



# 75

## שנות עצמאות במשפט

שופטים מספרים על פסקי דין  
משבעים וחמש שנות שפיטה

## **75 שנות עצמאות במשפט**

שופטים מספרים על פסקי דין משבעים וחמש שנות שפיטה



# 75 שנות עצמאות במשפט

שופטים מספרים על פסקי דין  
משבעים וחמש שנות שפיטה

עורכת ראשית

דפנה ברק־ארז

ועדת היגוי

אסתר חיות

אהרן ברק, דורית ביניש, אשר גרוניס, מרים נאור ז"ל, יגאל מרזל

מערכת

חני אופק־גנדלר, קרן אזולאי, דפנה בלטמן קדראי,  
גרשון גונטובניק, עמי קובו, גיא שני



הרשות השופטת

## **75 שנות עצמאות במשפט**

שופטים מספרים על פסקי דין משבעים וחמש שנות שפיטה

## **75 Years of Independence and Law**

Judicial Narratives of Seventy Five Years of Judging

רכזת המערכת: עו"ד יעל בר־יוסף

עורך לשון: מתן גולדבלט

עיצוב גרפי ועיצוב כריכה: ספי סיני

מסת"ב 978-965-442-244-4 ISBN

הנהלת בתי המשפט

התשפ"ג 2023

## תוכן עניינים

13	<b>הקדמה</b>
17	<b>זכויות אזרחיות ופוליטיות</b>
19	על שקרים ואמיתות חלקיות ועל חופש הביטוי האמנותי / אסתר חיות
25	פרשת "קול העם" וקולו של העם / אהרן ברק
29	"ילד הייתי בשואה" – על חופש הביטוי, צנזורה וצריכת הלב / אליעזר ריבלין
35	כל עוד הנר דולק: על הטיפול בחולה הנוטה למות / ניל הנדל
40	ההגנה על חופש ההפגנה: חופש הביטוי יוצא אל הרחוב / מיכל נד"ב
46	על אמת לשעתה ואמת לאמיתה: על חופש הביטוי, לשון הרע ועיתונאות הוגנת / גאולה לוי
52	כל קשר למציאות מקרי בהחלט: "הרומן הגנוז", חופש היצירה והזכות לפרטיות / אריאל צימרמן
57	מן הכלל אל הפרט: כבוד האדם וכבוד הבריות / פנינה גויבירט
63	"מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא שלטון אישים" / אליעד וינשל
68	על גאווה וחופש ביטוי: סיפורו של מצעד הגאווה הירושלמי / גלעד לובינסקי זיו
73	כבוד האדם בעת הגבלת חירותו: זכויות עצירים ואסירים בישראל / יגאל נמרודי
79	נערות בהפרעה / אפרת רחלי מאירי
85	<b>זכויות חברתיות</b>
87	כשאין כסף לתשלום חובות: על כבוד האדם וחירותו בהליכי אכיפה וגבייה / נועה גרוסמן
91	שמיכה קצרה, תרופה (מחוץ לסל), שוויון ומה שביניהם / דורון יפת
96	כבילה לא קבילה: על איסור כבילת עובד זר למעסיקו / טל גולן
101	על קו העוני וקו האופק / קרן אזולאי
107	הזכות לקיום מינימלי בכבוד – חוצה גבולות / ראמי נאסר
112	שבעים פנים לחינוך / איתי כרמי
117	<b>שוויון</b>
119	קולן נשמע והן ייצוגיות / ענת ברון
125	נשים וצבא: השמים אינם הגבול? / חני אופק־גנדלר
130	שוויון לאנשים עם מוגבלות: זכות ולא חסד / סיגל דוידוב־מוטולה

- 135 דוֹקוּיּוֹם בּמִרְחַב הַצִּיבוּרִי: הַשִּׁילוּט בְּעָרִים הַמְעוֹרְבוֹת וְהַשְּׁפָה הָעֵרֶבִית / רוֹן שְׁפִירָא
- 140 לַפְעָמִים הַדֶּרֶךְ לַפֶּאֶב וּלְבִרִיכָה עוֹבֵרֶת בְּבֵית הַמִּשְׁפָּט / יַעֲלֵ בַלְכֵר  
מֵה תִרְצִי, וְלֹא רַק מֵה תוֹכְלִי, לַעֲשׂוֹת כְּשֵׁתֵהֵי גְדוּלָה: הָעֵדָפָה מֵתִקְנָת וּתִיקוֹן  
הָעֵדָפוֹת / מִיכָל אֲגֻמוֹן־גּוֹנָן
- 146 הִלְכַת וֶרְד פְּרִי: מִס אֲמַת וְשׁוּוִיּוֹן הַזְדַּמְנוּוִיּוֹת / שְׁמוּאֵל בּוֹרְנֶשֶׁטִין
- 152 פֶּרֶשֶׁת דְּנִילוּבִיץ: בֵּין אִיסוֹר הַפְּלִיָה עַל רַקֵּע נְטִיָּה מִינִית לְהַכְרָה בַּמִּשְׁפָּחָה הַגָּאָה /  
דוֹרֵי סְפִיבֵק
- 157 "לֹא בְּבֵית סְפָרְנוּ" – קְלִיטָת הָעוֹלָיִם מֵאֲתִיּוֹפִיָּה כַּמְקָרָה מִבְּחָן / שְׁרִית עֵבְדִיאָן
- 162 כְּשֶׁהֲשׁוּוִיּוֹן אִינוּ נֹכַח: הַפְּלִיָּה בַּחִינוּךְ וּבִמְרַחֵב הַצִּיבוּרִי / אֲדוֹנָקוּ סַבְחַת־חַיִּימוּבִיץ
- 167 מִשְׁפָּט וְהִלְכָה נִפְגָּשׁוּ, צִדֵּק וּמְגִדֵּר נִשְׁקוּ / לִיאֵת בְּנַמְלֵךְ
- 173

### הַפְּרֵדַת רְשׁוּיּוֹת וְדִינֵי דְמוֹקְרַטִיָּה

- 179 הִלְכַת דְּרַעֲי־פִנְחָסִי: הַגִּשְׁתָּ כְּתָב אִישׁוּם וּפְסָלוֹת לְכַהוֹנָה / דּוֹרִית בִּינִישׁ
- 181 שְׁפִיט אוֹ לֹא שְׁפִיט? גַּם זֶה שְׁאֵלָה / נַעֲם סוֹלְבֵּרֵג
- 187 מִשׁוּוָּאָה עִם נַעֲלָם – הַסִּיפּוֹר עַל חוֹק־יְסוֹד: הַלְאֹם / דּוֹד חֲשִׁין
- 193 הַתְּעַרְבוֹת בְּגִ"ץ בְּהִלְיָכִים פְּנִימִיִּים שֶׁל הַכְּנֶסֶת: מִשְׁרִיד וְעַד אֲדִלְשְׁטֵיין / יִגָּאֵל מֵרְזוֹל
- 198 חוֹקָה שֶׁהִגִּיעָה לְפָרְקָה: מֵהַחֲלָטָה הַרְרִי לְבִיקוֹרַת שִׁיפּוֹטִית חוֹקֵתִית / מִשֶּׁה סוֹבֵל
- 204 "דֶּרֶךְ קִצְרָה שֶׁהִיא אֲרוּכָה": חֻקִּיקָה מְזוֹרֶזֶת וּבִיקוֹרַת שִׁיפּוֹטִית / שְׁמוּאֵל מְנַדְלָבּוּם
- 210 הַכּוֹל שְׁפִיט?! תְּרוֹמָתוֹ שֶׁל "הַתְּרַגִּיל הַמְּסַרִּיחַ" לְמִשְׁפַּט הַיִּשְׂרָאֵלִי / רַמִּי חַיִּימוּבִיץ'
- 216 עַל שׁוּוִיּוֹן בַּבְּחִירוֹת לְכְּנֶסֶת וְהוֹלְדָתָהּ שֶׁל הַבִּיקוֹרַת הַשִּׁיפּוֹטִית עַל חֻקִּיקָה /  
מִיכָל שְׂרֵבִיט
- 222 חֲסִינּוֹת חֲבָרֵי הַכְּנֶסֶת בְּכְּנֶסֶת בְּלִתֵי חֲסִינָה / אֲלַעְזֵר נַחֲלוֹן
- 227 "דְּמוֹקְרַטִיָּה מֵתְגוֹנֶנֶת": עַל פְּסִילַת רְשִׁימוֹת וּמוֹעֲמָדִים בְּכְּנֶסֶת / גַּלְעָד הַס
- 233 כֶּהֵנָּה בְּכְּנֶסֶת: דְּמוֹקְרַטִיָּה בְּצֵל הַגּוֹזְעָנוֹת / אֲמִיר לּוֹקְשִׁינְסְקִי־גֵל
- 239

### סְדְרֵי שִׁלְטוֹן וּמְנָהֵל

- 245 הַבְּטָחָה מְנַהֵלִית: הַבְּטָחָה מַחֲיִיבֶת? / יִצְחָק זְמִיר
- 247 מִי מַחֲלִיט עַל הַגִּשְׁתָּ כְּתָב אִישׁוּם? בִּיקוֹרַת שִׁיפּוֹטִית עַל הַחֲלָטוֹת הַיּוֹעֵץ  
הַמִּשְׁפָּטִי לְמִשְׁלָה / מְנִי מְזוּז
- 252 יִישְׁמַע הַצֵּד הָאֲחֵר: עַל זְכוֹת הַטִּיעוֹן בְּהִלְיָכִים מְנַהֲלִיִּים / יוֹהַנָּן עֵדִיאֵל
- 258 הַמְדִינָה זֶה אֵינִי? עַל נִיגוּד עֲנִינִים בְּשִׁירוֹת הַצִּיבוּרִי / עֵינַת אֲבַמָּן־מוֹלֵר
- 263 עַל רְשׁוֹת מְנַהֲלִית, עַל דִּין וְעוֹבְדָה, וְעַל מֵה שְׁבִינִיָּהֶם / עֵינָב גּוֹלוֹמֵב
- 269 לְהַבָּה בְּלֵב יָם / יַעֲקֹב שְׁפָסֵר
- 274 בֵּין הָאֲזֵרוֹחַ לְרְשׁוֹת: יְרִיבוֹת אוֹ שׁוֹתְפוֹת? / תַּמָּר נְאוֹת־פְּרִי
- 280

- 285 מעשה בנעליים ובזכויות: על רשלנות פקידותית ופיצויים / ג'מיל נאסר  
290 להסביר פנים לסבירות / מיה רוזמן-אלדור  
295 מלאכת השיפוט ומהפכת חופש המידע / רון גולדשטיין

301 **דת ומדינה**

- 303 מבט דור הראשונים על חופש הדת במדינה יהודית ודמוקרטיה / אילה פרוקצ'יה  
308 שוסע שסע: החזיר במסדרונות בית המשפט / צבי ויצמן  
313 מיהו יהודי? זו השאלה / חיה זנדברג  
319 שבת וינפש: פתיחת עסקים ומקומות בילוי בשבת / עודד שחם  
בין פשרה לפרישה: פסקי הדין בעניין כביש בר־אילן והעיר החרדית אלעד /  
325 שלמה פרידלנדר  
331 כולל או לא כולל שירות: על גיוס בחורי הישיבות / מנחם (מריו) קליין

337 **דיני חוזים**

- 339 מלאך, אדם או זאב: על תום הלב במשא ומתן חוזי / אורן שוורץ  
344 זה רק ביזנס? על הפן המוסרי בקיום חוזים / ירדנה סרוסי  
349 חוזה לך ברח? על שאלת קיום חוזים במצבים מורכבים / תמר אברהמי  
354 חתימה טובה: על זיכרון דברים ודרישת הכתב בעסקאות מקרקעין / אילן דפדי  
359 לפעמים סוס הוא לא רק סוס: על לשון, תכלית ונסיבות בפרשנות חוזה / אבי סתיו

365 **חוזים אחידים והגנת הצרכן**

- 367 ארץ זבת חלב ודבש: פרשת הסיליקון בחלב ומחירה / אסתר שטמר  
373 נדודי שינה בתל אביב: רכישת דירה מקבלנים ומקבוצות רכישה / מגן אלטוביה  
379 לא כל החוזים נולדו שווים: על קיפוח בחוזים אחידים / עאטף עיילבוני  
384 כל שנייה קובעת: על הטעיה צרכנית ותובענה ייצוגית / טל חבקין  
389 כרטיס להפלגה, תקנת הציבור והציבור הנאור / ליאורה אדלשטיין

393 **דיני נזיקין**

- לכל אדם הזכות לכתוב את סיפור חייו: ערכי השוויון וכבוד האדם בפסיקה  
395 פיצויים בדיני הנזיקין / יעל וילנר  
400 להיות או לא להיות? על "הולדה בעוולה" / טובה שטרסברג-כהן  
אסונות ותקלות בעולמו של "האדם הסביר": תור הזהב של עוללת הרשלנות /  
405 בלהה טולקובסקי



410 על כלבים, מזרקים והעדפת הניזוק / רם וינוגרד  
שאלות של "שנים אבודות" ו"סיבתיות עמומה": צדק והרתעה בדיני הנזיקין /  
415 גיא שני  
איך ראש נזק נולד? על עלי דעקה ולידתה של "הפגיעה באוטונומיה" /  
420 שרון צנצפר-הלפמן

### 425 קניין הפרט וקניין הכלל

"היכן שאנו אוהבים הוא בית": על המאבק לשוויון בהקצאת קרקעות למגורים /  
427 סלים ג'ובראן  
432 עשיית עסק ולא במשפט: על תחרות עסקית ודיני עשיית עושר / עופר גרוסקופף  
438 מי יזכה בתחרות על זכויות במקרקעין? / רון סוקול  
צדק צדק תרדוף גם במקרקעין: על צדק חלוקתי במקרקעין ונגישות שוויונית  
443 אליהם / גרשון גונטובניק  
448 תמונות מתערוכה: בין שוק הפשפשים לתקנת השוק / איריס רבינוביץ-ברון  
לכל המרבה במחיר? הטיטות המוקדמות של הכרזת העצמאות כנכס לאומי /  
454 מיכל הירשפלד  
"שניים אוחזין": על מציאת אבדה והמעמד של המשפט העברי במשפט הישראלי /  
459 אהרן אורנשטיין  
465 מי יציל את הבית שלי? בתים משותפים, קניין פרטי / טלי להב

### 471 משפט מסחרי ודיני תאגידים

473 מימון דק כקליפת ביצה / דוד מינץ  
478 מי ישמור על השולטים? תובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך / חאלד ככוב  
483 על דמוקרטיה בדיני תאגידים: שלטון הרוב והגנה על המיעוט בחברות / רות רונן  
489 איך מפקחים על דירקטוריון החברה? / יורם דנציגר  
חובת האמון של בעל שליטה בחברה: מבנק י.ל. פויכטונגר בע"מ לפויכטונגר  
494 תעשיות בע"מ / תמר בזק-רפפורט  
499 פסק הדין בעניין טבעול: בין הגנה על תחרות להגינות עסקית / חגית בולמש

### 505 התדיינות, ראיות וצדק דיוני

507 הסמכות הטבועה של בית המשפט לעשות צדק / שלמה לוין  
"אמת מארץ תצמח": חקר האמת בבית המשפט - האמנם בכל מחיר? /  
510 יצחק עמית  
516 קבילות ראיות וכבילת שיקול הדעת השיפוטי: הסכמים וגילוי האמת / אלכס שטיין

- 521 "בין שתי ערים": האם נתבע רשאי לחייב תובע ירושלמי להיבדק בתל אביב /  
צבי זילברטל  
האפשר לאכול מ"פירות העץ המורעל"? על פסילת ראיות שהושגו באמצעים  
527 פסולים / רות לורך  
533 סילוסטר ופודמסקי: מסעות ראשונים בנתיבות המשפט הפלילי / מוחמד עלי  
538 בחזרה אל המשפטים החוזרים / אפרת פינק  
543 אומרים הסכמה (לחיפוש) יש בעולם. מה זאת הסכמה? / איתי הרמלין  
548 "צדק (ב)צדק תרדוף": על תכליות ואמצעים בהליכי מעצר / שלמה בנג'ו

### 553 משפט פלילי

- 555 כבוד האשה וחירותה: מפרשת שמרת לפרשת קצב / דפנה ברק-ארו  
560 "דוד יעקובוביץ הגנו דנים אותך למיתה" / דבורה ברלינר  
טעויות קטלניות: על חובת הזהירות במשפט הפלילי ומבחן "האדם הסביר" /  
566 גלעד גויטל  
570 התפתחותה של הסתה / דנה מרשק-מרום  
מאסף ועד אסרף: קביעת גבולות הגזרה של הפיצוי לנפגע עבירה במסגרת  
575 ההליך הפלילי / טלי חיימוביץ לבנת  
580 הגנה מן הצדק: מפרשות יפת ובורוביץ ועד לפרשת ורדי / עמי קובו  
"כל שיש לו – למען הציבור יש לו"; על חובת האמונים ועל הפרת האמונים /  
585 מיכאל קרשן  
590 התעללות, ייאוש וקטל במשפט הפלילי / אוהד גורדון  
596 מגדר, הסכמה ומרמה בעבירות מין: על פרשת חן אלקובי / כריסטינה חילו-אסעד  
602 הסדרי טיעון: הכרח בל יגונה או כלי יעיל לאכיפת הדין? / טל ענר  
608 האחריות הפלילית של פגוע נפש – אימתי? / איילת השחר ביטון פרלה  
613 "בין הכתלים": מסע בין צדקה לצדק / אילנית אימבר  
618 מישהו שומע אותי: על ענישה ושיקום בבית המשפט לנוער / אביטל מולד

### 623 ביטחון ומצבי חירום

- 625 מעצרים מנהליים ושלטון החוק בימי בראשית / אשר גרוניס  
631 חקירות ביטחוניות במבחן הבג"ץ / חנן מלצר  
כשנשיא בית המשפט העליון משנה את דעתו: על הדילמה של החזקת אנשי  
637 חיזבאללה בתור קלפי מיקוח / בני שגיא  
642 פקודה בלתי חוקית בעליל: על חובת הציות ופרשת כפר קאסם / אהרן משנאות  
647 חנינה לפני משפט? פרשת קו 300 ולקחיה / שי יניב

- 653 משבר הקורונה: חקיקת חירום, זכות ההפגנה, והביקורת השיפוטית / רמי אמיר  
 658 מלחמה במגפה: לא כל האמצעים כשרים / דנה אמיר  
 664 המשפט והטרור המודרני: מבט על חוקיות הסיכולים הממוקדים / אמיר ויצנבליט

### משפט בינלאומי

- 669  
 671 בין אלון מורה לחוק ההסדרה / מרים נאור ז"ל  
 676 גדר המחלוקת: העתירות נגד גדר הפרדה / ארנון דראל  
 מנהגים פוגעניים, סובלנות ומשפט: מקרי המבחן של "מילת נשים", ו"כבוד  
 המשפחה" / רחל ברקאי  
 682 חושך שבטו – לא שונא בנו / דנה כהן-לקח  
 687 על כבודו של האדם וכבודו של החוק / יובל ליבדרו  
 692 מעבדות לחירות: איסור סחר בבני אדם / נסר אבו טהה  
 697 משפט, לא מדינאות: ההתנתקות בבית המשפט / גיא הימן  
 702

### דיני עבודה

- 707 מפסק דין עדנה חזין ועד ימינו אנו: האם ההפליה שינתה את פניה? /  
 ורדה וירט-ליבנה  
 709 "אל תשליכני לעת זקנה" וגיל פרישת חובה / יגאל פליטמן  
 715 דרישת תום הלב כאבן בוחן למעמדו של מועסק ולזכויותיו בתור עובד / נילי ארד  
 720 תבניות העסקה מורכבות: מי אחראי לזכויות העובד? / לאה גליקסמן  
 726 חופש העיסוק של עובד: מזכות מופשטת ל"הוראת ביצוע" / רועי פוליאק  
 732 השביתה שהתחפשה: על פעילות ארגונית ושביתות / אייל אברהמי  
 737 לעבודה ולמנוחה / צבי פרנקל  
 743 התשמע קולי? הליך השימוע וזכות הטיועון לפני פיטורים במשפט העבודה /  
 מוסטפא קאסם  
 748 הזכות לשכר שווה לאיש ולאישה: מרוזה פארקס לאורית גורן / כאמל אבו קאעוד  
 753 איך מגינים על התארגנות עובדים ראשונית? / אסף הראל  
 758 ניצול, לא חיבה: הטרדה מינית במקום העבודה / רויטל טרנר  
 762 היריון לא רלוונטי: פרטיות ושוויון במקום העבודה / רחל בר"ג-הירשברג  
 768

### דיני משפחה וירושה

- 775 של מי אתה ילד? / אספרנצה אלון  
 777 מרשם האוכלוסין בצומת של דת ומדינה / נפתלי שילה  
 782

"כשם שהנישואים אינם תנאי מספיק, כך גם אין הם תנאי הכרחי": על מעמד

- 787 הידועים בציבור / סארי ג'וסי  
792 הילדים שעוד לא נולדו / שירי היימן  
797 נישואי בני נח: על נישואין אזרחיים, שיפוט חילוני ושיפוט דתי / ערן שילה  
802 האם הכול שותפים להלכת השיתוף? / איריס אילוטוביץ סגל  
807 ילד אחד ושני בתים: מעיל אחד או שני מעילים / תמר סנונית-פורר  
812 מצווה לקיים רצון המת – אבל כיצד? / יניב לוזון

### 817 משפט וסביבה

- לעבדה ולשמרה: על המתח שבין זכות הקניין לבין שמירה על הטבע לטובת  
819 הכלל / מרדכי בורשטין  
"תנו לישון בשקט": על מטרדים סביבתיים ועל מלחמות האזרח הקטן /  
824 אחסאן כנעאן  
828 כבר לא משתלם לזהם: על אגרות אשפה והשיח הסביבתי / יוני לבני

### 835 משפט וטכנולוגיה

- פרטיות בעבודה בעידן המידע / סטפן (סטיב) אדלר  
837 מי אתה "אחד שידוע"? על חשיפת שמו של משמיץ אלמוני במרחב הדיגיטלי /  
842 אברהם אברהם  
848 לשון הרע בעולם המקוון / עמית יריב

### 853 משפט ושואה

- על "עוזריהם" של הנאצים: הרהורים על משפטי קאפואים ואנשי המשטרה  
855 היהודית / אליקים רובינשטיין  
861 משפט גרינוולד או משפט קסטנר, האיש שהציל נפשות מהשטן / עדנה ארבל  
867 מי אתה איוון (ג'והן) דמיאניוק: הסיפור שתם אבל לא נשלם / דפנה בלטמן קדראי  
873 שישה מיליון קטגורים: משפט אייכמן / תמר בר-אשר

### 879 רשימת פסקי הדין לפי שערים

### 890 הכותבות והכותבים



## הקדמה

שבעים וחמש שנות העצמאות של מדינת ישראל מציינות גם שבעים וחמש שנים למערכת בתי המשפט של המדינה. בתי המשפט פעלו בה במתכונת עצמאית כבר מימי העצמאות הראשונים, עוד במהלך מלחמת השחרור, אף כאשר המדינה שאך נולדה ניצבה בפני סכנה לעצם קיומה. בפרטים חלו שינויים, אבל לא בעקרונות היסוד, ובעיקר בעיקרון החוקתי המנחה את הפעילות של בתי המשפט בישראל מאז ראשית דרכם: עצמאות שיפוטית, שהיא תנאי בלעדי אין להבטחת הגינות ההליך. המרכזיות של העצמאות השיפוטית אף עוגנה בחוק יסוד: השפיטה, הקובע בסעיף 2 החגיגי כי "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". זוהי התורה כולה על רגל אחת.

תאריכים היסטוריים כמו חגיגת העצמאות הנוכחית מאפשרים לעצור לרגע את שטף חיי המעשה, ולהתבונן אחורנית. ספר זה מבקש להציג את הסיפורים וההתלבטויות מאחורי פסקי הדין שהפכו ל"אבני דרך" ושיש בהם להאיר את ההיסטוריה של המשפט הישראלי ושל העשייה השיפוטית, במתכונת נגישה לכול. מלאכת השפיטה נעשית עבור כל אחד ואחת מן האזרחים והאזרחיות בישראל. הם אלה שיוזמים את ההליכים ותורמים לעיצובו של עולם המשפט, וכך גם לעיצוב פניה של המדינה. עשייתה של מערכת המשפט היא בשירות הציבור, וממנו היא שואבת את כוחה.

הספר המוצג כאן כולל רשימות המוקדשות לפסקי דין שניתנו לאורך השנים, מאז שנותיה הראשונות של המדינה. הרשימות מדגישות את ההיבטים האנושיים, ההיסטוריים והציבוריים של פסקי הדין, כמו גם את תרומתם להתפתחות המשפט בישראל. כך מבקש הספר לשקף את מגוון הנושאים והדילמות שהגיעו לפתחם של בתי המשפט מאז קום המדינה. מטבע הדברים, חלק גדול מפסקי הדין הנסקרים בספר ניתנו בבית המשפט העליון, שלפסיקותיו יש מעמד מחייב של תקדים, על פי חוק יסוד: השפיטה, והם מחייבים את כל בתי המשפט (חוץ מבית המשפט העליון, שמוסמך לשנותם). עם זאת, הבחירה בפסקי הדין הנדונים בספר נועדה לשקף את העשייה של בתי המשפט בכל ערכאות השיפוט. בהתאם לכך, מצויות בו רשימות שהוקדשו לפסקי דין חשובים שניתנו בערכאות נמוכות יותר, שגם בהן מתבררים מעת לעת הליכים בעלי אופי עקרוני. מקום של כבוד נשמר גם לפסיקותיהם של בתי הדין לעבודה, אשר אינם כפופים במקרה הרגיל לערעור בזכות לבית המשפט העליון.

חגיגות העצמאות של המדינה הן גם חגיגות העצמאות של הרשות השופטת על כל שופטיה. לכן את כל הרשימות כתבו שופטים ושופטות בכל ערכאות השיפוט, רובם שופטים ושופטות שעודם מכהנים. אכן, זהו ספר של שופטים ושופטות הכותבים על פסקי דין. עם זאת, כדי להבטיח את מידת ה"ריחוק" הנדרשת, המחברים והמחברות אינם בפסקי דין שכתבו בעצמם.

כל אחת מהרשימות המובאות בספר מוקדשת לפסק דין או "מקבץ" פסקי דין, שיש בהם כדי להאיר נושא, דילמה או פרשה היסטורית בעלת חשיבות. כל אחת מהרשימות מביאה את הסיפורים העובדתיים שהולידו את פסקי הדין הנדונים בהם, ובמקרים המתאימים – תוך ניסיון למקם אותם בהקשר הרחב של התקופה או של אירועים סמוכים. בהמשך לכך מוצגות ההתלבטויות שעוררו הדיונים המשפטיים והשיקולים שעמדו על הפרק, כמו גם ההכרעה שהתקבלה. לבסוף, נבחנת גם החשיבות של פסקי הדין מבחינת ההיסטוריה של המשפט הישראלי, ההיסטוריה של מדינת ישראל, או היבטים חוץ־משפטיים אחרים. הסיפורים של פסקי הדין משקפים את הסיפור של העשייה השיפוטית: את תרומתה לפתרון הסכסוכים, את חשיבותה לקביעת אמות מידה ראיות להתנהגות שבין אדם לחברו ובין הפרט לרשות, ואת התמודדותה עם אתגרי הזמן, המקום והחברה.

כדי להציג רייעה רחבה, המשקפת את עושר הנושאים המגיעים אל דלתם של בתי המשפט, הרשימות מובאות בספר לפי שערים נושאים: זכויות אזרחיות ופוליטיות; זכויות חברתיות; שוויון; הפרדת רשויות ודיני דמוקרטיה; סדרי שלטון ומנהל; דת ומדינה; דיני חוזים; חוזים אחידים והגנת הצרכן; דיני נזיקין; קניין הפרט וקניין הכלל; משפט מסחרי ודיני תאגידים; התדיינות, ראיות וצדק דיוני; משפט פלילי; ביטחון ומצבי חירום; משפט בינלאומי; דיני עבודה; דיני משפחה וירושה; משפט וסביבה; משפט וטכנולוגיה; משפט ושואה. כפי שניתן להיווכח, חלק מהרשימות אינן עוסקות בנושאים העומדים על סדר היום הציבורי, אלא משקפות את מגוון התפקידים של מערכת המשפט ביישוב סכסוכים ובאכיפת הדין. לעיתים דווקא פסקי דין בנושאים "קטנים" הם בעלי השפעה רבה על חיי היומיום של כל אדם.

בשלב זה יש לציין את העוסקים במלאכה, שהם רבות ורבים, ולהודות להם. לספר מונתה ועדת היגוי, שכללה לצד נשיאת בית המשפט העליון, השופטת אסתר חיות, את קודמיה – הנשיא בדימוס אהרן ברק, הנשיאה בדימוס דורית ביניש, הנשיא בדימוס אשר גרוניס והנשיאה בדימוס מרים נאור ז"ל, שהלכה לצערנו לעולמה בעת שהעבודה על הספר עמדה בשלב מתקדם, כמו גם את מנהל בתי המשפט לשעבר, השופט בדימוס יגאל מרזל. המערכת המקצועית של הספר כללה את שופטת בית המשפט העליון דפנה ברק־ארו, ששימשה עורכת ראשית, ולצידה השופטת דפנה בלטמן קדראי, המשמשת גם מנהלת המרכז להכשרה ולהשתלמות שופטים, שצוותו היה שותף מלא לעשייה, השופטת חני אופק־גנדלר, השופט גרשון גונטובניק, השופט עמי קובו, השופט גיא שני והשופטת קרן אזולאי, המשמשת כיום רשמת בית המשפט העליון. תודה לכל אלו שתרמו מפרי עטם לספר. תודה נוספת שלוחה לרכזת המערכת, עו"ד יעל בר־יוסף, ולעורך הלשון, מתן גולדבלט.

הספר בכללותו הוא הזמנה לכל אחד ואחת, בראש ובראשונה לאלו שאינם משפטנים, להיכרות עם מערכת המשפט ועם העקרונות המנחים את פעולתה. צעידה בשבילי הספר מספקת התבוננות שהיא גם היסטורית וגם עכשווית על סוגיות שהעסיקו, ועודן מעסיקות, את החברה והמדינה. בעשותו כן, הספר משקף את התרומה של הרשות השופטת לחברה הישראלית, לרגל יום חגה המיוחד של מדינת ישראל.



**שופטי בית המשפט העליון בטקס הפתיחה ביום 14 בספטמבר 1948  
מימין לשמאל: השופט שניאור זלמן חשין, השופט יצחק אולשן, הנשיא משה זמורה,  
השופט שמחה אסף, השופט מנחם דונקלבלום  
באדיבות משפחת חשין**





**שופטי בית המשפט העליון בשנת 75 למדינה**  
**שורה קדמית, מימין לשמאל: השופט יצחק עמית, המשנה לנשיאה עוזי פוגלמן,**  
**הנשיאה אסתר חיות, השופט נעם סולברג, השופטת דפנה ברק־ארז**  
**שורה אמצעית, מימין לשמאל: השופטת ענת ברון, השופט דוד מינץ,**  
**השופט יוסף אלרון, השופטת יעל וילנר, השופט עופר גרוסקופף**  
**שורה אחורית, מימין לשמאל: השופט חאלד כבוב, השופט יחיאל כשר,**  
**השופטת רות רונן, השופטת גילה כנפי־שטייניץ, השופט אלכס שטיין**  
צילום: יוסי זמיר

# זכויות אזרחיות ופוליטיות



# על שקרים ואמיתות חלקיות ועל חופש הביטוי האמנותי

בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999)

## אסתר חיות

שְׁפֶת־אָמֶת תִּכּוֹן לְעַד וְעַד־אֲרָגִיעָה לְשׁוֹן שְׁקָר  
(משלי יב 19)

חופש הביטוי הוא אחת מאבני היסוד שעליהן מושתתת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לאורך השנים עמד בית המשפט העליון בפסיקתו על המעמד הרם של עיקרון זה והוא תואר, בין היתר, בתור "ציפור נפשה של הדמוקרטיה". אחד המרכיבים המרכזיים של חופש הביטוי הוא חופש היצירה – חופש הביטוי האמנותי – שהפסיקה העניקה לו הגנה מיוחדת, על רקע החשיבות של האמנות לפיתוח התרבות ולהבעת מחשבותיו של הפרט, משאלותיו והלך רוחו.

אבל האם ראוי כי חופש היצירה יפרוש את חסותו גם על יצירות שיש בהן אי־אמת? שאלה זו עמדה במוקד אחת הפרשות המרתקות בקורות הפסיקה הישראלית – פרשת סנש (בג"ץ 6126/94, סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999)) – שבה הצטלבו היבטים משפטיים, היסטוריים, חברתיים ותרבותיים ונדונה שאלת מקומו של דבר שקר ביצירה אמנותית מסוגת הדוקו־דרמה. חנה סנש נולדה בבודפשט בשנת 1921. בהיותה בת 18 עלתה לארץ, התנדבה לצבא הבריטי והוכשרה לשמש צנחנית. בשנת 1944, לאחר שצנחה באדמת יוגוסלביה עם יואל פלגי ופרץ גולדשטיין, נפרדה סנש מחבריה וחצתה את הגבול להונגריה, ארץ מולדתה, במטרה להציל יהודים רבים ככל הניתן מזוועות השואה. בטרם השלימה את משימתה נתפסה סנש ונשלחה לכלא בבודפשט, שם עברה חקירות קשות בעינויים, הואשמה בריגול ובגידה במולדת – ולבסוף, ביום 7.11.1944, הוצאה להורג והיא בת 23 בלבד. ביישוב היהודי הפך סיפור חייה של סנש לסמל להתנגדות אקטיבית מול הנאצים, והשירים שכתבה – דוגמת "הליכה לקיסריה" – הפכו לנכסי צאן ברזל.

כמה שנים לאחר מותה עלה שמה של חנה סנש באולם בית המשפט המחוזי בירושלים בהליך שזכה לימים לכינוי "משפט קסטנר"! תחילתו של הליך זה בכתב אישום שהוגש נגד

עיתונאי בשם מלכיאל גרינוולד בגין עבירה של הוצאת דיבה, לאחר שהלה פרסם כתבה ובה ייחס ל"ישראל (ר"ה) קסטנר - שהיה חבר ועד העזרה וההצלה בבודפשט בזמן השואה - שיתוף פעולה עם השלטון הנאצי. הדיון המשפטי היה פלטפורמה לבירור רחב יריעה על שואת יהודי הונגריה ולליבון מעשים שונים שיוחסו לקסטנר, לרבות הטענה שהפקיר את הצנחנים ובהם חנה סנש. פסק הדין בהליך ניתן בשנת 1955, ובמהלך בירור הערעור שהוגש לבית המשפט העליון נרצח קסטנר בידי מתנקשים.

פרשה זו שימשה השראה למחזה "קסטנר", אשר הוצג במקור בתיאטרון הקאמרי בשנת 1985 ושבמהמשך עָבַד לסדרת "דוקו־דרמה" בת שלושה פרקים בשם "משפט קסטנר". באחד מפרקי הסדרה מטיחה דמותו של ישראל קסטנר דברים קשים בדמותה של קתרינה סנש, אִמָּה של חנה: "ואני אגיד לך מי גילה למשטרה ההונגרית שפלגי וגולדשטיין עומדים להגיע אלי. היא! הבת שלך. חנה סנש הגיבורה! היא נשברה בחקירה שלה וגילתה הכל... לא בגללי נעצרו פלגי וגולדשטיין. אלא בגללה!".

רשות השידור התעתדה להקרין את הסדרה בחודש נובמבר 1994. אולם בסמוך למועד השידור המתוכנן הגישו כמה גורמים ובהם גיורא סנש, אחיה של חנה ז"ל, עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ וביקשו למחוק מן השידור את השורות המאשימות את חנה בהסגרת חבריה. בין הצדדים לעתירה לא הייתה מחלוקת כי שורות אלו נטולות בסיס היסטורי: חנה סנש לא הסגירה את חבריה, וקסטנר אף לא טען כך בזמן עדותו במשפט. נוסף על כך, רשות השידור הדגישה בתגובתה לעתירה כי בתחילת כל פרק בסדרה יובהר לצופים שאין לראות בה שחזור תיעודי אלא דרמה בדיונית. עם זאת, גיורא סנש טען כי שידור ההאשמות השקריות הללו פוגע בדמותה של אחותו ובשמה הטוב וכן ברגשות הציבור, ובפרט בניצולי השואה ובילידי הארץ שזכרה של חנה כה יקר להם.

ביום 7.11.1994, היום שבו מלאו חמישים שנה למותה של סנש, דחה בית המשפט העליון את העתירה - בדעת רוב של הנשיא אהרן ברק והשופט אליהו מצא נגד דעתו החולקת של השופט מישאל חשין - בפסק דין שפורסם, מחמת הדחיפות, ללא נימוקים. באותו הערב החל שידור הדוקו־דרמה בערוץ הראשון. עם זאת וחרף האישור של בית המשפט לשידור הקטע שעמד במוקד העתירה - הקטע האמור לא שודר לבסוף, משום שרשות השידור בחרה להשמיטו.

נימוקי פסק הדין פורסמו בשנת 1999. הנשיא ברק ציין בפסק דינו כי הקטע שבמוקד העתירה אכן פוגע בכבודה של סנש, בשמה הטוב ובדימוי שלה בתור גיבורה לאומית. אבל, כך קבע, חברה דמוקרטית אינה מגינה על מיתוסים לאומיים באמצעות פגיעה בחופש הביטוי והיצירה; ואמנם אינם היסטוריונים ואין לצפות מהם לשחזור האמת. עוד קבע הנשיא ברק כי אף שמתן הגנה לדבר שקר נוגד את האינטרס החברתי בשמירת האמת ההיסטורית, בסופו של דבר ידחה השיח הציבורי החופשי את השקר ויאמץ את האמת: "ניצחונה של האמת יבוא מכוחה הפנימי ומיכולתה להתגבר על השקר במאבק הרעיוני... האמת בכל הנוגע לחנה סנש תעלה מהדיון הציבורי העשוי לבוא בעקבות שידור היצירה. מדיון זה, ומפרסומיהם של

חוקרים וסופרים, תצופה האמת ותנצח את השקר. הם שיגבירו את זוהרה של חנה סנש, ויאירו את הלהבה שהיא יצרה. לא איסור שלטוני הבא מגבוה, אלא השתכנעות פנימית הבאה מבפנים היא שתביא לניצחון האמת על פני אי-האמת" (עמ' 840-841).

השופט מצא הצטרף לפסק הדין של הנשיא ברק. לעומתם סבר השופט חשין בדעת מיעוט כי אין להתיר את שידור השורות האמורות. לגישתו, "הצופה התמים – גם הצופה המשכיל – לא ידע מה אמת במחזה ומה אינו אמת", ומי שיראה את דמותו של קסטנר מטיחה את ההאשמות הללו בקתרינה סנש "לא יוכל שלא להשתכנע כי דברי-אמת הם דבריו" (עמ' 856). בנסיבות אלה סבר השופט חשין כי יש להעדיף את כבודה של חנה סנש ואת שמה הטוב על פני הזכויות של המחזאי ושל רשות השידור.

אחד העקרונות שביסוד פסק דינו של הנשיא ברק בעניין סנש נובע מעמדה אשר זכתה לכינוי "שוק הרעיונות החופשי". עמדה זו הובעה במאה ה-17 על ידי המשורר וההוגה האנגלי ג'ון מילטון, במאה ה-19 על ידי המלומד האנגלי ג'ון סטיוארט מיל, ובשנת 1919 אימץ אותה שופט בית המשפט העליון האמריקאי אוליבר ונדל הולמס הבן. על פי גישה זו, אין להטיל מחסומים על חופש הביטוי ולמנוע מרעיונות שונים להיכנס ל"שוק הרעיונות", אלא יש להתעקש על היותו "שוק" חופשי לחלוטין. זאת כדי שכל הביטויים – אמת ושקר כאחד – יוכלו לחדור לשוק ולהתחרות זה בזה על תשומת הלב של הציבור ועל אמונו. בסופו של תהליך זה, כך נטען, האמת תצא בהכרח וידה על העליונה, ותוקיע את השקר.

ואכן, במבחן התוצאה יש מי שסבור כי דווקא הסערה שהתעוררה סביב שידור סדרת הדוקו־דרמה "משפט קסטנר", סייעה בהנצחת האמת בנוגע לחנה סנש. כך, למשל, חוקר הספרות דן לאור כתב לימים כי "באופן פרדוקסלי, היה זה דווקא 'בג"ץ חנה סנש' שהעניק תוקף מחודש למעמדה של חנה סנש כגיבורה לאומית".<sup>2</sup> עוד אפשר לציין בהקשר זה כי בשנת 2021 הומחז סיפוריה של חנה סנש פעם נוספת – בסדרת סרטונים ("סטוריז") ברשתות החברתיות בכיכובה של משפיענית רשת.<sup>3</sup> הפעם באופן הנאמן למציאות, מוצגת חנה סנש בתור מי שעומדת באומץ בעיניו שיעברה בכלא ההונגרי, ושאינה נשברת בחקירתה.

הדימוי של "שוק הרעיונות החופשי" כהצדקה להגנה על פרסומים שקריים קיבל ביטוי בפסיקה הישראלית כבר בראשית ימי המדינה, בפסק הדין משנת 1953 הידוע בכינוי עניין קול העם. בעניין זה – שאומנם עסק בחופש הביטוי הפוליטי ולא בחופש היצירה האמנותית – קבע בית המשפט העליון כי התרופה לפרסום שאינו מדויק היא דיבור חופשי ולא שתיקה כפויה, וכי "רק בדרך של ליבון 'כל' ההשקפות והחלפה חפשית של 'כל' הדעות עשויה אותה 'אמת' להתברר" (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871, 877 (1953)).<sup>4</sup>

2 דן לאור "ישראל קסטנר וחנה סנש: מי באמת היה הגיבור – ומי הבוגד" הארץ (18.10.2013).

3 חיל החינוך והנוער "סיפוריה של צנחנית" YouTube (22.7.2021).

4 ראו רשימתו של אהרן ברק בספר זה, עמ' 25.

לאורך השנים קנתה לה השקפה זו מקום מרכזי במשפט הציבורי בישראל בנוגע לחופש הביטוי בכלל, ובפרט בנוגע לביטויים אמנותיים מסוגות שונות ומגוונות: דרמה, דוקו-דרמה ויצירות תיעודיות. אומנם, במקרה אחד, המוכר בכינוי פרשת עין גל (בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274 (1979)), אושרה החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול סרט תיעודי שהציג נרטיב בעניין גירוש ערביי ארץ ישראל מאדמותיהם בידי מתיישבים יהודים, בנימוק שלפיו יש הבדל משמעותי בין סרט תיעודי ל"סרט הסברתי המתמר להיות תיעודי אך לאמיתו של דבר יש בו הצגה מגמתית של מאורעות העבר, תוך סילוף העובדות ההיסטוריות". אבל הנימוק העיקרי לפסילת הסרט בעניין עין גל לא היה אופיו השקרי אלא "מהותו המסיתת", וכפי שיפורט בהמשך, פסיקה מאוחרת של בית המשפט העליון לא הלכה בעקבותיו.

מנגד, בפסקי דין אחרים נעזר בית המשפט העליון בדימוי של "שוק הרעיונות" כדי להגן על ביטויים תרבותיים ואמנותיים שאין בהם אמת. כך, למשל, בעניין לאור (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987)) נדון מחזה שהשווה בין הממשל הצבאי בשטחים לממשל הנאצי, ושהמועצה אסרה את הצגתו עקב "אופיו המסלף, המסית והפוגע". בית המשפט העליון פסל את החלטת המועצה והדגיש כי אותה יצירה "לא תניף כנף ולא תחדור לתודעה הציבורית בשל השקר שבה ובשל כישלונה באותה תחרות חופשית של דעות ורעיונות, המייחדת את הדמוקרטיה" (עמ' 433).

ארבע שנים לאחר שפורסמו נימוקי פסק הדין בעניין סנש, הורה בית המשפט העליון פה אחד על ביטול החלטה נוספת של המועצה, בעניין בכרי (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לבקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003)). במוקד עתירה זו עמד הסרט התיעודי "ג'נין ג'נין", אשר נוצר בעקבות פעולה של צה"ל במסגרת מבצע "חומת מגן", ואשר מטרתו המוצהרת הייתה להשמיע את הקול הפלסטיני בנוגע לאירועים שהתרחשו בג'נין. המועצה החליטה שלא להתיר את הקרנת הסרט, בין היתר מכיוון שהוא פוגע ברגשות הציבור, העלול לחשוב בטעות שחילי צה"ל מבצעים פשעי מלחמה באופן שיטתי ומכוון.

השופט דורנר, אשר כתבה את חוות הדעת העיקרית, סברה כי ראוי להתמודד עם הפגיעה ברגשות של הלוחמים והמשפחות השכולות "במגרש של חופש הביטוי", והביאה בהקשר זה מדבריו של ההוגה ג'ון מילטון: "תנו לה לאמת להתכתש עם השקר בתנאים פתוחים וחופשיים; כלום אפשר לה לאמת שתצא וידה על התחונה?" (עמ' 270). עוד סברה השופטת דורנר כי הרציונל שעמד בבסיס פסק הדין בעניין עין גל אינו יכול לעמוד עוד. זאת שכן מאז שניתן פסק הדין בשנת 1979 "השתנו העתים והשתנה הדין", והציבור הישראלי מסוגל עתה להתמודד עם ביטויים בעייתיים כגון אלו שנדונו בעניין בכרי. השופטים פרוקצ'יה וגרוניס הצטרפו לפסק הדין של השופטת דורנר, והשופטת פרוקצ'יה אף הוסיפה כי הדרך להתמודד עם השקר אינה בהטלת איסור על השמעתו,

כי אם "בעשיית שימוש מקביל בחירות הביטוי הנתונה לכל אדם להציג את האמת ולהתמודד באמצעותה כנגד הסילוף והכזב בשוק רעיונות ודעות פתוח וחופשי" – שבו תגבר האמת על השקר (עמ' 272). ואכן, בהמשך שודר בערוץ הראשון סרט תיעודי המדגיש את נקודת המבט של לוחמי צה"ל ובני המשפחות השכולות בנוגע לאירועים שתוארו בסרט "ג'נין ג'נין".

הנה כי כן, בנוגע לפתיחה לכתחילה של שוק הרעיונות לביטויים אמנותיים – אף שהם משקפים אמת חלקית, הצגה מגמתית של העובדות ואפילו ביטויים שקריים בעליל – המגמה הכללית בפסיקת בית המשפט העליון היא לאפשר את הצגתם, בדרך כלל ללא הבחנה בין סוגות שונות (ז'אנרים). כך נפסק לגבי יצירות תיעודיות דוגמת "ג'נין ג'נין"; לגבי יצירות דוקו־דרמה דוגמת הסדרה "משפט קסטנר" שנדונה בעניין סנש; ולגבי יצירות בדיוניות לחלוטין אשר שאבו השראה מאירועים אמיתיים, דוגמת המחזה שנדון בעניין לאור. ביסוד מגמה זו בפסיקה עומדת, בין היתר, ההנחה שבמסגרת שיח ציבורי חופשי – האמת תוכל לשקר ותגבר עליו.

עם זאת, לא למותר להזכיר כי בעשורים האחרונים הוגשו בארץ ובעולם כמה תביעות לשון הרע אשר עסקו בשאלה כיצד יש להתמודד עם ביטויים כאלה לאחר שחדרו לשוק הרעיונות, ועם הפגיעה שנגרמה לשם הטוב של אנשים בעקבות אותם ביטויים שקריים. כך, למשל, בישראל הוגשו מספר תביעות לשון הרע בידי חיילי צה"ל שלחמו במבצע "חומת מגן", על רקע האופן שבו הוצגו פעולות צה"ל בסרט "ג'נין ג'נין" אשר נדון בעניין בכרי.<sup>6</sup> תביעות בגין לשון הרע הוגשו גם בבתי משפט אמריקאיים נגד חברת המדיה "נטפליקס" בטענה כי האופן שבו הוצגו אירועים שונים בסדרות דוקו־דרמה שהפיקה, חוטא לאמת ועלול להטעות את הציבור. זאת אף שבחלק מן המקרים נכללה בסדרה הבהרה ולפיה מדובר ביצירה בדיונית.

אתגר ממשי לגישה הדוגלת ב"שוק הרעיונות החופשי" ולאופן שבו ביטויים מתחרים במסגרתו, מציבות ההתפתחויות הטכנולוגיות מרחיקות הלכת שחלו בעשורים האחרונים – ובראשן צמיחת הרשתות החברתיות, אשר מאפשרות לכל אחת ואחד ליצור מידע ולהביאו לפני קהילה גדולה. הקצב המעריכי שבו מתפתחת טכנולוגיית המידע, והתמורות הדרמטיות שמחוללת הטכנולוגיה בשיח הציבורי ובשיח החברתי, לצד ירידת הכוח הרגולטורי של המדינה בהקשר זה – כל אלה עשויים לעורר מחדש את השאלות האם, ובאיזו מידה, ראוי להמשיך להסתמך על כוחו של "שוק הרעיונות". זאת שכן ההתפתחויות הללו מאפשרות לכל אחת ואחד לא רק להשמיע את קולם, אלא גם להסתתר מאחורי פרופיל מזויף, להפעיל "בוטים" המייצרים ביטויים והמפיצים אותם ללא מגע יד אדם, ולהשתמש בטכנולוגיית "deep fake",

6 בעניין אחד, ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פ"ד סה(1) 567 (2011), מצא בית המשפט כי הביטויים שנכללו בסרט אכן היו שקריים, אבל קבע כי אופן הצגת פעולות צה"ל בסרט אינו מתייחס לקבוצה ספציפית של אנשים מסוימים, ולפיכך לא קמה ליחידים זכות תביעה אזרחית. בעניין אחר, ע"א 1726/21 בכרי נ' מוננאגי (23.11.2022), התקבלה תביעה שהוגשה נגד בכרי על-ידי קצין מילואים שהשתתף בלחימה בג'נין בגין הוצאת לשון הרע.



שבאמצעותה אפשר לייצר קובצי שמע וסרטונים שמציגים אנשים שכביכול עושים פעולות שמעולם לא עשו.<sup>7</sup>

מציאות חדשה זו עשויה להשפיע גם על האופן שבו החברה הישראלית על כל הקבוצות המרכיבות אותה, צורכת מידע ובוררת את האמת מבין השקרים. זאת שכן ההתפתחויות הטכנולוגיות מובילות לכך שכיום קל יותר מתמיד להפיץ מידע שקרי במהירות ובהיקפים ניכרים – וביטויים שקריים עשויים לעיתים לשרוד בשוק הרעיונות למשך זמן רב יותר, ולתפוס בו מקום בולט יותר, מאשר בעשורים שקדמו לעידן המידע החדש. כך, הקלות שבה אפשר לשגר פריטי מידע אל מרחבי הרשת מאפשרת לדברי שקר להתפשט כאש בשדה קוצים, והשיפור העצום שחל בטכנולוגיות של אגירת מידע מוביל לכך שמידע שהופץ ברשת האינטרנט עשוי שלא להימחק ממנו לעולם. לצד זאת, גם האמת עצמה הפכה בהקשרים מסוימים לשנויה במחלוקת, והיא נדרשת עתה להתחרות עם תפישות של "פוסט-אמת". לנוכח התפתחויות אלו בהחלט ייתכן שבעתיד יידרשו בתי המשפט לבחון שאלות חדשות שיתעוררו גם בנוגע לגישה ל"שוק הרעיונות".

בעקבות התמורות הטכנולוגיות הללו גם מתעורר לא אחת הצורך לפרש דברי חקיקה קיימים ולהתאים אותם למציאות החדשה, מאחר שחלקם נחקקו לפני שנים רבות, בלי שהמחוקק העלה על דעתו את מגוון הכלים שמספקת לנו הטכנולוגיה המודרנית. כך, למשל, נפסק לאחרונה כי יש לראות בפעולת השיתוף (share) ברשתות החברתיות משום "פרסום" הבא בגדרי חוק איסור לשון הרע, אף שהמשתף לא "פרסם" תוכן במובן המקובל של המילה – ואף שאין בחוק זה, שנחקק בשנת 1965, התייחסות מפורשת לרשתות החברתיות (רע"א 1239/19 שאל נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ (8.1.2020)).<sup>8</sup>

התאמת הכללים הרגולטוריים והמשפטיים בעניין חופש הביטוי בכלל – ובעניין חופש הביטוי והיצירה האמנותיים בפרט – למציאות שמשתנה תדיר, היא סוגיה חשובה הראויה לדיון ולליבון הן במישור המשפטי, הן במישור החברתי. אבל בבואנו לתת מענה לאתגרים חדשים אלה, אל לנו לדחוק לקרן זווית את הערכים והעקרונות שלאורם פסקו בתי המשפט הישראליים לאורך שבעים וחמש שנה, ובפרט את השאיפה לשמור מכל משמר על שיח ציבורי פתוח וחופשי, שבו יכול כל אדם לתת ביטוי לאמנותו ולאמת שלו.

7 בנוגע לחופש הביטוי הפוליטי ראו בהקשר זה החלטה של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-24 (תב"כ 9/24 יש עתיד – בראשות יאיר לפיד נ' עמותת "כן לשלום" (18.1.2021)). שם צוין כי סרטון אשר נערך בטכנולוגיית "deep fake", עלול בנסיבות מסוימות להביא בוודאות קרובה להטעיית הציבור ולסכן את עצם קיום הבחירות ואת המערכת הדמוקרטית כולה, וכי במקרים המתאימים יהיה מקום להשתמש בסמכויות שנתונות ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כדי למנוע את הפגיעה בבחירות.

8 ראו רשימתו של עמית יריב בספר זה, עמ' 848.

## פרשת "קול העם" וקולו של העם

בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953)

### אהרן ברק

התקופה היא מלחמת קוריאה. בעיתון "הארץ" פורסמה ידיעה שלפיה המדינאי האמריקני הנרי מורגנטאו אמר כי גיאורגי מאלנקוב, שהחליף בדיוק את סטאלין, אף גרוע ממנו, וכי כאשר תבוא שעת מבחן תעמיד ישראל 200,000 חיילים לצד ארצות הברית. בהמשך הידיעה צוין כי שגריר ישראל (לא"ם ולארצות הברית) מר אבא אבן הביע את הסכמתו המלאה להודעת מר הנרי מורגנטאו. בסמוך לאחר מכן פרסם העיתון "קול העם", העיתון בשפה העברית של המפלגה הקומוניסטית הישראלית, מאמר ולפיו המדיניות של ישראל היא "להעמיד 200 אלף חיילים ישראליים למלחמה נגד ברית-המועצות". במאמר צוין, בין השאר, כי "נגביר את מאבקנו נגד המדיניות האנטי-לאומית של ממשלת בן-גוריון המספסרת בדם הנוער הישראלי". אחריו פרסם העיתון "אל-אתיחאד", העיתון בשפה הערבית של המפלגה הקומוניסטית הישראלית, מסר דומה ובו צוין כי הממשלה מדרדרת את ישראל "למוות בשירות האימפריאליזם המגשיש אותם כבשר למכונת מלחמתם, ואילו המונים אלה אינם רוצים בגורל זה והם יוכיחו את סירובם". סמוך לאחר שני פרסומים אלה הודיע ראש הממשלה בכנסת כי ההודעה שהפרסומים מתבססים עליה היא "בדוטה עיתונאית", וכי כל שהצהיר שגריר ישראל באותה הזדמנות הוא כי "ממשלות העולם החפשי יודעות היטב על החלטתה המוצהרת של ישראל להגן על גבולותיה ומשטרה בפני כל הפיכה והתקפה" (דברי הכנסת 25.3.1953, 1096). לאחר שנמסרה הודעת ראש הממשלה, הפעיל שר הפנים את הסמכות שהוענקה לו להורות על הפסקת ההוצאה לאור של "קול העם" ושל "אל-אתיחאד". סמכות זו, שהוקנתה בעבר לנציב העליון הבריטי בסעיף 19(2) לפקודת העתונות, 1933, הוענקה עם קום המדינה לשר הפנים, ונוסחה המחייב נותר אנגלי. על פי לשונה רשאי שר הפנים לתת צו להפסקת פרסומו של עיתון לתקופה "אם מתפרסם בעתון דבר העלול, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור" ("likely to endanger"). שר הפנים החליט על הפסקת ההוצאה לאור של העיתון "קול העם" לתקופה של 10 ימים ועל הפסקת ההוצאה של העיתון "אל-אתיחאד" לתקופה של 15 ימים.

נגד החלטות אלה הוגשו שתי עתירות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. העתירות נדונו לפני הרכב השופטים אגרנט, זוסמן ולנדוי, כולם לימים נשיאים של בית המשפט העליון, וביום

16.10.1953 ניתן פסק דין שקיבל אותן ושהורה על ביטול הצו של שר הפנים (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שריהפנים, פ"ד ז 871 (1953)).

את פסק הדין כתב השופט אגרנט. לדעתו, פסק הדין של השופט אגרנט בפרשת קול העם הוא אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שנתן בית המשפט העליון מיום היווסדו ועד לעצם היום הזה. החשיבות של פסק הדין היא בשניים: ראשית, בהלכות שנקבעו בו לעניין חופש הביטוי במשטר דמוקרטי, ושנית, באמות המידה אשר ננקטו בפסק הדין באשר לפתרון בעיות משפטיות קשות.

צריך לזכור כי פסק הדין ניתן על רקע פגיעה קשה במיוחד בחופש הביטוי – סגירת עיתון בידי השלטון בשל תוכן הפרסום בו. החלטה מסוג זה חייבת להיות מבוססת על מקור סמכות, אבל סמכות פורמלית נמצאה בסעיף שצוין מפקודת העתונות. עדיין נותרו השאלות כיצד יש לפרש סמכות זו וכיצד להפעילה.

עיקר פסק דינו של השופט אגרנט מוקדש לחופש הביטוי. השופט אגרנט העמיד את הטעמים לחופש הביטוי על בסיס אידאולוגי רחב: חיפוש האמת, הבטחת המשטר הדמוקרטי וההגשמה העצמית של האדם. נקבע כי הזכות לחופש הביטוי היא "זכות עילאית" שהיא תנאי מוקדם למימוש של מרבית החירויות האחרות (עמ' 878). עוד נקבע כי הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית. אפשר להגבילה מטעמים שונים ובהם שלום הציבור. על פי הקבוע בפקודת העתונות, אפשר להגביל את חופש הביטוי העיתונאי כאשר הביטוי "עלול" ("likely") לסכן את שלום הציבור. השופט אגרנט בחן שני מובנים להבנת הדיבור "עלול". על פי המובן האחד, הפרסום "עלול" לסכן את שלום הציבור אם יש בפרסום משום נטייה לסכן את שלום הציבור. על פי המובן השני, פרסום "עלול" לסכן את שלום הציבור אם הסיכון הוא תוצאה קרובה לוודאי מהפרסום. לדעת השופט אגרנט, במדינה דמוקרטית יש לתת לדיבור "עלול" בפקודת העתונות את המובן של סיכון "קרוב לוודאי". בהמשך לכך, השופט אגרנט בחן אם בנסיבות העניין היה קרוב לוודאי שהפרסום בשני העיתונים יביא לפגיעה בשלום הציבור. מסקנתו הייתה שלילית. מכאן ההחלטה לקבל את העתירות ולבטל את ההחלטה של שר הפנים. פסק הדין ניתן בהסכמת שני חבריו של השופט אגרנט להרכב.

כפי שכבר צוין, לפסק הדין חשיבות רבה מהיבט ההגנה על חופש הביטוי. הונח בו בסיס רחב להגנה על חופש הביטוי בישראל. על בסיס זה נבנתה במשך השנים המסורת של חופש הביטוי. מסורת זו מקיפה לא רק את חופש העיתונות, אלא גם את החופש של כל אדם להפיץ מידע, לקבלו ולחשוף אותו. כמו כן נגזר ממנה חופש ההפגנה והתהלוכה. שנית, פסק הדין עמד על הקשר ההדוק שבין חופש הביטוי למשטר הדמוקרטי. השופט אגרנט קבע כי "מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיות. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון – פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש" (עמ' 884). לגישה זו – הגזרת מהאופי הדמוקרטי של המדינה את הזכות לחופש

הביטוי - השלכות על ההכרה בזכויות נוספות הנגזרות מהאופי הדמוקרטי של המדינה, כגון חופש ההתאגדות, כבוד האדם, חופש המצפון והדת ושוויון. קשר זה בין חופש הביטוי למשטר הדמוקרטי מאפשר לשאוב מהאופי הדמוקרטי של המדינה עקרונות יסוד כגון הפרדת רשויות, טוהר השיפוט, שלטון החוק ועצמאות השפיטה. אלה הם ערכים שחיוניים לקיומה של הדמוקרטיה ושאמורים להנחות את רשויות השלטון בפעולתן. בעניין קול העם בוסס התפקיד החשוב של בית המשפט לוודא שכך יהיה במסגרת הביקורת השיפוטית שהוא מעביר. מעבר לכך, לפרשת קול העם חשיבות מתודולוגית רבה החורגת מההקשר של הגנה על חופש הביטוי. השופט אגרנט עמד על מעמדם של עקרונות היסוד בפרשנות הדין ובפיתוחו. נקודת המוצא של השופט אגרנט היא "שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" (שם). על השופט לפרש את מילות החוק על רקע הווייתו של העם, חייו הלאומיים והאני מאמין שלו. על מערכת החיים הלאומיים למד השופט אגרנט ממקורות שונים. הוא הצביע בעיקר על שניים: מערכת החוקים והכרזת העצמאות. ממקורות אלה הוסק האופי הדמוקרטי של המדינה. מאלה הסיק השופט אגרנט את ההכרה בזכות לחופש הביטוי בישראל. הפסיקה שבאה לאחר מכן המשיכה בקו שיטתי זה. מהאופי הדמוקרטי של המדינה הסיקו בתי המשפט ערכים כמו שוויון, צדק ומוסר; מטרות חברתיות כמו עצם קיום המדינה, הפרדת רשויות, טוהר השיפוט, שלום הציבור וביטחון; אמות מידה כמו תום לב, צדק טבעי, הגינות, סבירות והעדר ניגוד עניינים; וכן זכויות אדם כחופש הפולחן, חופש העיסוק וכבוד האדם. בפרשת קול העם התנגש עקרון היסוד של חופש הביטוי עם עקרון היסוד של שלום הציבור. "עיקר הסבך מקורו בתופעה, שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה" (עמ' 880). כיצד יותר הסבך? התשובה של השופט אגרנט בפרשת קול העם היא כי הפתרון הוא באיזון בין העקרונות המתנגשים. האיזון אינו נקודתי. האיזון הוא עקרוני. פעולת ה"איזון" מחייבת מתן משקל לעקרונות המתנגשים. התוצאה של האיזון על בסיס המשקל היא "נוסחת איזון עקרונית". בפרשת קול העם נקבע האיזון העקרוני בין שלום הציבור לחופש הביטוי על פי נוסחת האיזון של "הוודאות הקרובה". על בסיס שיטת ניתוח זו קבע בית המשפט בפסיקתו לאחר פרשת קול העם נוסחאות איזון עקרוניות נוספות בהתנגשות בין עקרונות יסוד אחרים לבין עצמם. כך למשל נקבע כי בהתנגשות בין ביטחון המדינה לחופש היציאה מהארץ תחול נוסחת האיזון של "חשש כן ורציני".<sup>1</sup> בהתנגשות בין חופש הביטוי לטוהר השיפוט נקבע כי נוסחת האיזון היא "אפשרות סבירה".<sup>2</sup> העמדה השיטתית של השופט אגרנט בדבר הצורך באיזון עקרוני בין עקרונות יסוד מתנגשים היא התרומה המרכזית של פרשת קול העם. על פיה נוהג בית המשפט העליון עד לימינו אלה.

1 למשל בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד (מח) 491 (1994).

2 למשל ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565 (1983).

כיום, בעקבות כינונם של חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי־יסוד: חופש העיסוק בדבר זכויות האדם, מתעוררת השאלה מהו מקומן של נוסחאות האיזון השונות – כגון "ודאות קרובה", "חשש כן ורציני", "אפשרות סבירה" – במסגרתם. הדעה המקובלת היא כי כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לא הביא לביטול של נוסחאות האיזון שנקבעו בטרם כוננו חוקי היסוד, אלא להטמעתן במבחני האיזון הנוהגים מכוחם. נוסחאות האיזון הישנות המתבססות על פרשת קול העם, יקבלו עתה פיתוח נוסף בהתחשב במעמדם החוקתי. אם כן, המהפכה החוקתית שהתבטאה בחקיקתם של חוקי היסוד הפיחה חיים חדשים בנוסחאות האיזון הפסיקטיות הישנות. הוענקה להן עוצמה חוקתית.

לקראת סיום, חשוב להבהיר כי הגישה של השופט אגרנט בפרשת קול העם באשר לתפקידו של השופט בחיי האומה היא דינמית. על פיה, השופט הוא פרשן מוסמך של אורחות החיים של האומה ושל הפיכתן למערכת של כללי התנהגות. זהו תפקיד הצהרתי ומהותי גם יחד. הוא מבטא את קול העם העולה ממעמקי הווייתו הלאומית. ביטוי לכל אלה נתן השופט אגרנט בפרשת קול העם. ממנו עולה דמותו של השופט שמעון אגרנט בתור שופט דגול, המבטא את קולו של העם.

## **"ילד הייתי בשואה" – על חופש הביטוי, צנזורה וצריבת הלב**

בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987)  
בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989)

### **אליעזר ריבלין**

השנה היא 1984. המחזאי יצחק לאור כותב את המחזה "אפרים חוזר לצבא" ותיאטרון חיפה רוכש את הזכות להציגו. המחזה הוא בן עשר תמונות והמקום העיקרי להתרחשות האירועים בו הוא חדרו של אפרים, המושל הצבאי בשטחים. המחזה כולל ביקורת בוטה על הממשל הצבאי והוא נפסל להצגה על ידי המועצה לביקורת סרטים ומחזות, מועצה ציבורית שהחלה לפעול עוד בתקופת המנדט הבריטי מכוח חוקים שנחקקו באותה תקופה, ואפילו שמם המיושן משהו מעיד על התקופה שבה נחקקו – פקודת סרטי הראינוע ופקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת). בהחלטתה קבעה המועצה כי "ההצגה מעלה את דמותו של הממשל הצבאי בצורה מסולפת, מעוותת, מרושעת ואף זדונית". המועצה סברה שבהצגה יש משום פגיעה קשה ברגשות הציבור היהודי בעצם ההשוואה הנרמזת והגלויה של הממשל הישראלי לממשל הכיבוש הנאצי. המועצה גם חששה שיהיה בהצגה כדי ליצור הסתה לאי שקט ופגיעה בשלום הציבור. עתירה נגד החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול את ההצגה הוגשה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987)). השופטים שישבו בדין – ברק, נתניהו ומלץ – לא מצאו שיש במחזה משום הסתה מסוכנת, הגם שהסתייגו מתוכנו. השופט נתניהו חזר בהסכמה בפסק דינה על הגדרת המועצה כי יש במחזה "ממרח מגונה של ארוטיקה, פוליטיקה וסטיות מכל סוג" (עמ' 442). השופט ברק, שכתב את פסק הדין המרכזי באותו עניין, התייחס לקטע אחד במחזה, קטע שחזר בו כמה פעמים ושעניינו השוואה בין נער יהודי שהעביר תכשיטים תחת הכיבוש הנאצי, לנער ערבי שהעביר תכשיטים תחת הממשל הצבאי. הקטע הזה, ציין השופט ברק, עשוי לפגוע ברגשות הציבור היהודי. הוא עשוי לפגוע, בוודאי, ברגשותיו של אותו ציבור שחווה את השואה על גופו ונפשו. והינה, כך מגלה השופט, הוא עצמו ניצול שואה והוא עצמו חווה את חוויות הילד היהודי בשואה. "אני עצמי" כך מגלה לנו השופט ברק, "ילד הייתי בשואה, וחציתי גדרות וגבולות שנשמרו על-ידי הצבא הגרמני, כאשר על גופי דברים שהעברתם אסורה" (עמ' 441). הייתה זו אחת ההתבטאויות הנדירות של השופט ברק על

זיכרונות ילדותו בתקופת השואה. ההקבלה בין חייל גרמני העוצר את הילד היהודי, שהשופט רואה בו את עצמו, לחייל ישראלי העוצר נער ערבי, צרבה את ליבו של השופט ברק. חוויות הציבור היהודי שחווה את השואה נחו בדי השישב עצמו. הוא עצמו חש צריבה בלב למקרא המחזה.

הייתה במחזה משום פגיעה לא פשוטה בעצב חשוף של השופט עצמו. אבל לא היה באותה פגיעה כדי להשפיע על התוצאה במשפט. אנו חיים במדינה דמוקרטית, כך הדגיש בית המשפט, מדינה שבה צריבת לב שכזו היא לב ליבה של הדמוקרטיה. זו מדינה שכוחה אינו בהגנה על השמעת דברי נועם הערבים לאוזן. כוחה של החברה החופשית בא לכלל ביטוי דווקא בהגנה על הזכות של הזולת להשמיע דברים הצורמים את האוזן והצורבים את הלב.

אכן, לא כל פגיעה ברגשות הציבור מותרת ולא כל פגיעה ברגשות ראויה להגנה. אבל כל עוד הפגיעה ברגשות שהפרסום מסב, אינה קשה וחמורה, ואין היא במידה העולה על רף הסובלנות היאה לחברה דמוקרטית – אין בה, בפגיעה ברגשות, כדי להתיר פגיעה בחירות הביטוי. בית המשפט החליט במקרה זה כי על אף הרגישות לזיכרונות השואה אי אפשר לקבוע כי אותו קטע במחזה שנערכת בו השואה לממשל הנאצי, פוגע פגיעה כה קשה וחמורה ברגשות הציבור במידה שאף משטר דמוקרטי אינו צריך לשאתה. בהתנגשות שבין חירות הביטוי לרצון למנוע פגיעה ברגשות, גברה החירות. חופש הביטוי, כך נפסק, כולל גם את הזכות להשמיע דברים השנואים עלינו.

בית המשפט העליון הוסיף וקבע כי על המבקש לפגוע בחופש הביטוי להצביע לא רק על חומרת הפגיעה בציבור, כי אם גם על כך שההסתברות להתרחשות הפגיעה קרובה לוודאי. באיזון שבין הצורך למנוע פגיעה ברגשות הציבור לצורך להימנע מפגיעה בחופש הביטוי, לא נתנה המועצה לביקורת סרטים ומחזות, כך נקבע, משקל ראוי לחופש הביטוי, ועל כן בוטלה החלטתה.

המבחנים שיושמו בפסק הדין בעניין לאור: הצורך להוכיח שהפגיעה של הביטוי בשלום הציבור תהיה קשה וחמורה ושההסתברות לפגיעה כזו תהיה הסתברות של קרוב לוודאי – וזאת כתנאי בל יעבור להגבלת חירות הביטוי – מבחנים אלה ניסח בית המשפט עוד בראשית ימיה של המדינה. ההכרה בחשיבות של חופש הביטוי כזכות עילאית גובשה שנים רבות קודם להחקת חוקי היסוד שעייגנו את זכויות האזרח. חופש הביטוי, כך נפסק, הוא תנאי לקיומו של משטר דמוקרטי. בלעדיו מאבדת הדמוקרטיה את נשמתה. חופש הביטוי הוא גם תנאי בלעדיו אין לגילוי האמת. וחשוב מכול: בלא החופש להתבטא אין האדם יכול לממש את סגולותיו, לתת ביטוי לאישיותו.<sup>1</sup>

אלא שכפי שהמחיש פסק הדין בעניין לאור, לא תמיד קל ופשוט להגן על חופש הביטוי. הצורך להגן על חירות הביטוי אינו פשוט, אבל גם אינו מתמעט כאשר מושמעים דברים

1 ראו רשימתו של אהרן ברק בספר זה, עמ' 25.

השנואים עלינו, כאשר הדברים פוגעים ברגשותינו וכאשר הם מנוגדים לחלוטין לדעותינו ולהשקפותינו. הצורך להגן על חופש הביטוי אינו פוחת גם מקום שבו הביטוי נוגע בעצבים חשופים של הציבור, דוגמת הפרסום המעורר את זיכרונות השואה.

יצוין כי כמה שנים לאחר מתן פסק הדין הוחלט על ביטול הצנזורה על מחזות,<sup>2</sup> ונותרה רק הצנזורה על סרטים, שאף היא כמעט שאינה מופעלת. למעשה, ההכרה בחשיבות של חופש הביטוי לא הותירה מרחב ממשי לפסילת הצגות וסרטים, להבדיל מהגבלות אחרות של ביטוי, למשל מטעמים של הגנה על ביטחון המדינה.

התחרות בין חופש הביטוי לשיקולי הביטחון מתוארת בפסק הדין בעניין שניצר (בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989)). ברקע של פסק הדין עומדת חקיקה נוספת שהתקבלה במשפט הישראלי ב"ירושה" מן המשפט המנדטורי: תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, הכוללות פרק שמסמיך את הצנזורה הצבאית לפעול, והידועות גם בכינוי "תקנות ההגנה המנדטוריות".

שניצר היה עיתונאי ושימש עורך בעיתון שהופיע בתל אביב ושמו "העיר". כתב בעיתון הכין כתבה על המוסד ועל העומד בראשו. ראש המוסד עמד להתחלף באותם ימים וזהותו, כמו גם זהות ראש המוסד הנכנס, נשמרו באותם זמנים בסוד. החשש היה שחשיפת זהותו של ראש המוסד תסכן את ביטחונו האישי.

בכתבה שהעיתונאי ביקש לפרסם הוא התכוון למתוח ביקורת על התפקוד של ראש המוסד היוצא תוך ציון שמו והעובדה שהוא עומד לסיים את תפקידו. כדי להשיג את הסכמת הצנזור הצבאי לפרסום הכתבה, הגיש לו העיתון נוסחים שונים של הכתבה ואף ניאות להשמיט קטעים מסוימים מן הכתבה. הצנזור אסר בסופו של דבר לפרסם אותם קטעים בכתבה העוסקים בשלושה נושאים. נושא אחד היה התיאור של ראש המוסד. הצנזור סבר שקטעים אלה אין לפרסם משום שיש בהם כדי לגרום לזיהויו ובכך לפגוע בביטחונו האישי. השני היה הביקורת על הפעילות של ראש המוסד תוך הטלת דופי ביעילותו, אבל בלא לחשוף פרשיות שלא פורסמו כבר בעבר. דעת הצנזור הייתה שהטלת דופי בראש המוסד יש בה פגיעה ביכולת התפקוד של המוסד בכל דרגיו, במיוחד בתחום הביטחוני-מדיני. הנושא השלישי היה עיתוי החילופים בתפקיד ראש המוסד. עמדת הצנזור הייתה כי פרסום הידיעה בדבר הפרישה הצפויה של ראש המוסד הנוכחי אסור מחשש שהדבר ימקד את תשומת הלב באיש ובתנועותיו, ומאחר שהדבר עלול לשמש לזיהוי ראש המוסד, לדעת הצנזור, ובכך לגרום לסכנה ממשית לביטחונו האישי של ראש המוסד.

על החלטה זו השיגו העיתונאי והעיתון שבו שימש שניצר עורך, בעתירה שהוגשה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. לטענתם הקטעים שהצנזור פסל, למעט הקטעים שכללו פרטים שעשויים לזהות את ראש המוסד, היו ראויים לפרסום, ואילו פסילתם לא הייתה כדין והיה בה משום פגיעה אסורה בחופש הביטוי.

2 פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת) בוטלה בחוק העונשין (תיקון מס' 35), התשנ"א-1991.



בית המשפט העליון בהרכב השופטים ברק, מלץ וולנשטיין קיבל את העתירה. את תקנות ההגנה המנדטוריות, שמכוחן פעל הצנזור הצבאי, יש לפרש, כך נקבע, נוכח העובדה שהן כיום חלק מהדין במדינה דמוקרטית. בצד שיקולי הביטחון העומדים ביסוד התקנות, עומדים ערכים אחרים שכל חקיקה בחברה דמוקרטית צריכה להתפרש לאורם, ובהם חופש הביטוי. ערכי היסוד עלולים להתנגש זה בזה. כך עשויים שיקולי הביטחון להתנגש בערכים כמו חופש הביטוי, חופש התנועה וכבוד האדם, ובית המשפט נדרש לאזן ביניהם. במקרה זה התנגש הערך בדבר ביטחון המדינה עם הערכים בדבר חופש הביטוי, חופש הפרסום וזכות הציבור לדעת, כולם ערכים בסיסיים בשיטתנו המשפטית. ללא ביטחון, כך הדגיש בית המשפט העליון, אין קיום למדינה ואין קיום להסכמה החברתית שהיא בנויה עליה. ממילא אין גם קיום לחירויות היחיד שהמדינה נועדה להגשימן. בה במידה, ללא חופש הביטוי אין מאפשרים לאמת להיחשף, אין מאפשרים לאדם להגשים את עצמו ואין מאפשרים למשטר הדמוקרטי, המבוסס על שלטון של העם, בידי העם ולמען העם, ועל החלפת דעות, להתקיים. חופש הביטוי מבטיח את המשטר הדמוקרטי, אשר מצידו בא להבטיח זכויות יסוד אחרות.

נוסחת האיזון שנבחרה בפסק הדין בעניין שניצר אינה שונה מזו שבית המשפט העליון השתמש בה בפרשת לאור ובאלה שקדמו לה. לאמור: רק מקום שבו קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה, אפשר לאסור את הפרסום. מבחן זה יאה, כך הדגיש בית המשפט, גם לעניין פירושן של תקנות ההגנה המנדטוריות. מבחן זה שומר, מצד אחד, על ביטחון המדינה והסדר הציבורי שכן הוא מונע פרסום שיש בו ודאות קרובה לפגיעה של ממש בערכים אלה, ומצד שני, מגן על חופש הביטוי בתחומים נרחבים. בעקבות הפסיקה האמריקאית נתן בית המשפט ביטוי נוסחתי לאיזון הנדרש, במילים אלה: "השאלה היא תמיד, אם גודל הנזק [שהפרסום עלול להסב], כשהוא מקוּוּז על ידי הסיכוי שהוא לא יתרחש, מצדיק את הפגיעה ב[חופש הביטוי]" (עמ' 630).

כמו בעניין לאור כך גם בעניין שניצר היה מדובר בהפעלת צנזורה, כלומר במניעה מראש של הפרסום. מניעה מסוג זה מקפאה את חופש הביטוי עוד לפני שהביטוי בא לעולם. היא נעשית ללא הליך משפטי וללא הכרעה שיפוטית. בנסיבות אלה חשוב במיוחד לעמוד על כך ששלילת מידע מן הציבור תותר רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, לאמור רק בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה או באינטרסים חשובים אחרים. בהעדר ודאות קרובה לסכנה ממשית, כך הדגיש בית המשפט, חשוב כי תתקיים החלפה חופשית של דעות ורעיונות – בענייני ביטחון כמו גם בעניינים אחרים. דווקא משום האופי הקיומי של ענייני הביטחון חשוב שהציבור יהיה מודע לבעיות השונות באופן שיוכל להגיע להחלטות נבונות בבעיות יסוד המטרידות אותו.

מעבר לכך, נקבע שגם שיקולי ביטחון חייבים להיות מופעלים על פי החוק, ושכל מקום גם על אלה צריכה להתקיים ביקורת שיפוטית. עם זאת, כך הודגש, בית המשפט אינו מחליף

את שיקול הדעת הביטחוני של בעל הסמכות בשיקול הדעת הביטחוני של השופט. התפקיד של בית המשפט מצטמצם לבדיקת חוקיות שיקול הדעת הביטחוני וסבירותו. אשר לפרסום מושא העתירה, בית המשפט דחה את הטענה של הצנזור הצבאי כי תיפגע יעילות תפקודו של ראש המוסד אם הביקורת עליו תפורסם. אין ודאות קרובה כי פרסום ביקורת על התפקוד של ראש המוסד תביא לפגיעה ממשית בביטחון המדינה. זוהי אפשרות רחוקה במקרה הנוכחי. אכן, ביקורת אינה נעימה – דבר זה נכון לגבי ביקורת כלפי כל נושא משרה – אבל אין בחוסר נעימות זו כדי להשתיק ביקורת בחברה דמוקרטית, שבנויה על החלפת דעות ועל ויכוח ציבורי. חופש הביטוי, כך הבהיר בית המשפט בעניין שניצר, הוא גם חופש הביקורת והחופש להציג בשאלות מטרידות לנושאי השלטון. לעיתים הביקורת אינה מוצדקת, לעיתים היא קטנונית, לעיתים היא מזיקה. אבל בכל אלה אין כדי להצדיק את איסור פרסומה. השופט ברק חזר בהקשר זה על דברים שאמר בעבר השופט לנדוי בעניין החלטה שקיבלה המועצה לביקורת סרטים ומחזות: "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב".<sup>3</sup>

בית המשפט העליון הדגיש את התפקיד החיוני של העיתונות לשמש גורם בקרה במשטר דמוקרטי הבנוי על איוון ובקרה. על העיתונות מוטל התפקיד לחשוף ליקויים ולהתריע עליהם. על כן יש לאפשר לעיתונות למלא את תפקידה. במקרה זה שוכנע בית המשפט כי ביקורת על ראש המוסד אינה יוצרת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה. גם הסברה של הצנזור הצבאי כי פרסום עיתוי החילופים של ראש המוסד יביא לזיהויו, לא עמדה במבחן הביקורת השיפוטית. האפשרות שפרסום העובדה שמועד החילופים קרב ובא, יגדיל את הסיכון לביטחון של ראש המוסד היוצא, נמצאה בעיני בית המשפט ספקולטיבית בלבד, לאחר שלא הובא נתון כלשהו שיש בו כדי לתמוך בטענה זו. גם בעניין זה, כך נפסק, לא נתן הצנזור משקל מספיק לערך בדבר חופש הביטוי. גם בעניין זה נתקבלה העתירה. לעומת זאת, במהלך המשפט לא הייתה מחלוקת בין הצדדים כי פרטים שיש בהם כדי לזהות את ראש המוסד אסורים בפרסום – שכן מתקיימת לגביהם ודאות קרובה כי הפרסום יגרום נזק ממשי לביטחון המדינה. הוסכם שלא לפרסם פרטים אלה. בעניין זה מעניין להוסיף כי כיום, כידוע, זהותו של ראש המוסד גלויה לכל ואין גם איסור על פרסום מועדי החילופים של ראשי המוסד. היום אין גם מניעה לפרסם ביקורת על התפקוד של ראש המוסד. אם כן, אפשר לומר שבדיעבד הגישה שביטא פסק הדין התקבלה גם על גורמי הביטחון.

שני פסקי הדין, בעניין לאור ובעניין שניצר, שאת חוות הדעת המרכזיות בהם כתב השופט ברק, בחנו כאמור פגיעה בחופש הביטוי בדרך של מניעת הביטוי מראש – באמצעות שני גופי צנזורה: המועצה לביקורת סרטים ומחזות והצנזור הצבאי. שנים רבות קודם לכן כבר אימץ

3 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2416 (1962). הדברים מובאים בעמ' 642 לפסק הדין בעניין שניצר.

בית המשפט העליון את המימרה שלפיה הצנזור "הוא המסוכן מבין כל האויבים" של חופש העיתונות.<sup>4</sup> מניעה מראש מאיינת את הביטוי עוד קודם שהוא בא לעולם, בטרם יצא לאור. על כן ההבחנה בין מניעה מראש לענישת המפרסם בדיעבד, לאחר הפרסום, יש בה טעם נוסף המצדיק במקרים מסוג זה בחירה במבחן הוודאות הקרובה.

בית המשפט העליון לדורותיו נתן ביטוי בהיר לצורך לשמור על חופש הביטוי ולעשות כן דווקא כאשר יש קושי בכך – גם כאשר הביטוי מתחרה עם אינטרסים חיוניים כמו הצורך להגן על שלום הציבור והצורך לשמור על ביטחון המדינה, וגם כאשר הביטוי עצמו פוגע בעצבים הרגישים של החברה. פסקי הדין בעניין לאור ובעניין שניצר הם חוליות חשובות בשרשרת נמשכת זו.

4 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שריהפנים, פ"ד ז 871, 885 (1953).

# כל עוד הנר דולק: על הטיפול בחולה הנוטה למות

ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993)

## ניל הנדל

המתת חסד, רצח מתוך רחמים – האפשר? התיכנן סתירה גדולה מזו? רצח נחשב בשיטות משפט רבות, ובכללן במדינת ישראל ובמשפט העברי, לעבירה החמורה מכול. לפגיעה באדם – עולם ומלואו – שמסיימת את חייו. הכיצד תיחשב המתה לחסד, וביצוע רצח – למעשה של רחמים? אבל המציאות טופחת על פניהן של הגדרות מוחלטות. מורכבות החיים מכתיבה חשיבה חדשה והכרעות שאינן מובנות מאליהן. גם הטכנולוגיה וההתפתחויות המסחררות שחלו בעולם הרפואה פתחו את הדלת למצבים שלא התעוררו בעבר, ואפשרו להאריך את חי המטופלים באופנים שלא היו עולים על הדעת קודם לכן. הסוגיות המשפטיות קשות וסבוכות. מה חשיבות עמדתו של אדם שמודיע בנוגע לסיום חייו כי "רוצה אני"; והוא מוסיף ומבקש "סייע לי ברצוני זה"? האם יש חשיבות לכך שהמבקש שרוי בדיכאון, שהוא מתוסכל הואיל ואיבד שליטה על גופו, שהוא סובל (ובאיזו מידה), או שהמבקש למות מצוי בשלבים האחרונים של חייו? שאלות אלה מעניינות את הפילוסוף, את המומחה לתורת המוסר, את הרופא, את איש הדת ואת המשפטן. לעיתים אין מנוס מנקיטת עמדה. אם אסור לרצוח ולהרוג, האם אדם שמסייע למותו של אחר או שמשפיע עליו, עובר בכך – תמיד – עבירה פלילית? שאלות אלה נדונו בהרחבה בבית המשפט העליון בעניינה של יעל שפר ז"ל (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993)).

הילדה יעל שפר נולדה בפברואר 1986 בקיבוץ מרום גולן להוריה טלילה ויאיר. בהיותה כבת שנה אובחנה בתור חולה בטיי־זקס – מחלה גנטית חשוכת מרפא. בעת שהייתה כבת שנתיים וחצי הגישה אמה של יעל, בשם בתה, בקשה לבית המשפט המחוזי למתן הוראות "אם וכאשר יוחמר מצבה הבריאותי" של יעל "עקב התפתחות דלקת ריאות או כל מחלה אחרת, אשר בגינה תזדקק לסיוע נשימתי או מתן תרופות". האם ביקשה כי אם יתדרדר המצב של יעל, לא יחברוה למכונת הנשמה ולא יינתן לה עירוי, למעט תרופות לשיכוך כאבים. בעת הגשת הבקשה הייתה יעל מאושפזת בבית החולים במצב של "צמח" – ללא הכרה או דרך לתקשר. היא לא סבלה מכאבים, מפצעי לחץ או מהתכווצויות. בעת שהייתה רעבה או זקוקה לטיפול רפואי שגרתי בגין חום, דלקת אוזניים ומחלות ילדים רגילות אחרות – הייתה יעל בוכה עד שקיבלה מזון או טיפול שגרתי אחר. בתצהיר מטעם הרופאה שטיפלה ביעל צוין כי "מבחינה

סיעודית [יעל] מטופלת במצב שמעבר לסביר. אין היא מבוזה או מושפלת, כבודה נשמר מעל ומעבר. הינה נקיה... לכך יש להוסיף את התנאים הפיסיים הנוחים מעבר למקובל בכל הנוגע לטיפול בה; החל משהייתה בחדר ליחיד, המשך במוסיקה המושמעת בו לבקשתו של האב, מאוורר בחדרה וכיו"ב."

בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו – מפי השופט אליהו מצא – מחק את בקשת האם על הסף, בלי לדון בה באופן מהותי (ה"פ (מחוזי ת"א) 779/88 האגודה למען זכות האדם על חייו (עמותה רשומה) נ' בית החולים הממשלתי, ע"ש זיו בצפת, פ"מ התשמ"ט(2) 240 (1988)). הנימוק שניתן לכך היה שהבקשה הוגשה בידי אמה של יעל בלבד, בלי שאביה הצטרף לבקשה או הביע עמדה כלשהי. הדבר נעשה, לטענת האם, שכן האב היה "ממוטט לגמרי... בעלי שלא יכול להתייצב כאן וגם לא יוכל מאחר והוא שונא פרסומת". השופט מצא קבע כי גם בהנחה שאדם בגיר וכשיר היה זכאי לתבוע הוראות מעין אלה שנתבעו בקשר לסיום חייו – הנחה שלא נדונה והוכרעה בפסק הדין; וגם בהנחה שהוריו של קטיין רשאים לבקש בקשה כזו בשמו – הנחה שגם היא לא הוכרעה בפסק הדין; עדיין אין לאם סמכות לייצג לבדה את בתה.

האם ערערה לבית המשפט העליון, וערעורה נדחה בפסק דין שניתן בהרכב שכלל את המשנה לנשיא מנחם אלון והשופטים יעקב מלץ וחנוך אריאל. כדי שלא לעכב את ההכרעה, ונוכח המורכבות המיוחדת שעורר המקרה – ניתן פסק הדין מייד לאחר הדיון, וצוין כי הנימוקים יינתנו בנפרד. יעל נפטרה כמחצית השנה לאחר שניתן פסק הדין, ואילו נימוקי פסק הדין – שהשתרעו על פני כמאה עמודים – ניתנו למעלה מארבע וחצי שנים לאחר מכן. בנימוקיו הסביר המשנה לנשיא אלון, שכתב את עיקר פסק הדין, מדוע חרג בית המשפט ממנהגו והרחיב את היריעה במקרה שהכרעה בו הפכה זה כבר לתאורטית – בבחינת "תורה לשמה". צוין כי בדרך כלל ההכרעה בתיקים מסוג זה צריכה להיות ללא דיחוי, בלי שיהיה סיפק בידי בית המשפט להסביר את נימוקיו בהרחבה. לכן במקרה כזה מוצדק לחרוג מן הכלל ולהתייחס לגופם של דברים בהרחבה גם לאחר מעשה, כדי לקבוע הלכה למקרים הבאים והדחופים שיתעוררו בעתיד. היותו של הדיון צופה פני עתיד, ולא פני עבר, עולה גם מכך שדבר החקיקה שעמד במוקד ההכרעה היה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנחקק רק בשנת 1992. חוק יסוד זה בוודאי לא עמד במוקד ההכרעה בזמן מתן פסק הדין, בשנת 1988. אבל בית המשפט רצה להעמיד הלכה על מכוונה, מכאן והלאה, ולא התמקד רק במקרה שנדון לפניו בעבר.

בשונה מבית המשפט המחוזי, בית המשפט העליון לא סבר כי יש לחסום את דרכה של האם על הסף תוך מחיקת העתירה מטעמים של סמכות. לא היעדרותו של האב מן ההליך עמדה במוקד פסק הדין, אלא דיון במהות הבקשה שהתבקשה מבית המשפט: האם על הדין לכבד את הבקשה של חולה סופני (או של מי שבא בנעליו) שלא לחברו למכונות הנשמה ושלא לתת לו עירוי ותרופות אם יתדרדר מצבו? המשנה לנשיא אלון עמד על כך שהמפתח להכרעה בשאלה זו מצוי במתח בין שתי הוראות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ההוראה שלפיה אין פוגעים בחייו של אדם וההוראה שלפיה אין פוגעים בכבודו של אדם (ששתיהן מצויות

בסעיף 2 לחוק היסוד). במצב הרגיל אין התנגשות בין שתי הוראות החוק. אך מה אם כבודו של אדם דורש לפגוע בחייו? לפני שנציג את התשובה של בית המשפט לשאלה זו, נפנה את תשומת הלב לכך שבעצם הצבת השאלה דחה בית המשפט עמדה אפשרית שלפיה התנגשות כזו בין שני הערכים לא תיתכן, שכן כבודו של אדם לעולם לא ידרוש לפגוע בחייו. יש הכרה בכך שלפחות במקרים מסוימים, גם אם אלה מוגבלים לנסיבות מסוימות ביותר, רצונו של אדם כי לא ישמרו על חייו – הוא כבודו.

בתורו אחר האיזון הראוי בין חיים לכבוד, פנה המשנה לנשיא אלון תחילה למקורות המשפט העברי, ולאחר מכן ערך השוואה למשפט של מדינות דמוקרטיות אחרות. פנייה זו מבטאת את כפל פניה של מדינת ישראל – כפל פנים שמצוי בליבו של חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו – היותה של המדינה יהודית ודמוקרטית. המסקנה של המשנה לנשיא אלון הייתה כי היהדות אוסרת באופן נחרץ לבצע פעולות שגורמות באופן ישיר למותו של אדם. אסור לרצוח או להרוג. במסכת שבת הציגו חז"ל דימוי שלפיו "הגוסס... דומה לנר שמתפטף" ואין לכבותו. ברוח זו קבע המשנה לנשיא אלון בפסק הדין כי "גם הנר המתפטף – בוער, וגם הוא – יש בו כדי להאיר" (עמ' 125). ברם יש להבחין בין התערבות אקטיבית שמביאה למותו של אדם, לפעולה פסיבית שאינה מונעת את מותו הקרב ממילא. חשוב לשים לב לשני תנאים. הראשון מתייחס לטיב הפעולה שמבצע הרופא, והשני מתייחס למצבו של האדם שנוטה למות ושסובל מייסורים. בהגהותיו על ה"שולחן ערוך" סיכם הרב משה איסרליש (הרמ"א), שחי בפולין במאה ה-16, כי "אסור לגרום למת שימות מהרה... אבל אם יש שם דבר שגורם עיכוב יציאת הנפש... מותר להסירו משם, שאין בזה מעשה כלל, אלא שמסיר המונע". אף כי "הסרת המונע" יכולה להתבטא לא רק במחדל אלא גם בפעולה, החלק המהותי של "מסיר המונע" בגרימת המוות הוא סביל ולא פעיל וישיר, ולכן אין מדובר ב"מעשה" והדבר מותר. ואילו לגרום למוות באופן פעיל – אסור. המשנה לנשיא אלון הציג בפסק הדין דוגמאות למעשה ולמחדל שנחשבים ל"הסרת המונע", מזמנו של הרמ"א, לפני כ-450 שנה. הוא הוסיף והביא פסיקה של חכמי דורנו שלפיה אסור להרוג במעשה, גם אם מדובר בגוסס הנוטה למות. לצד זאת, הותרה הסרת עיכוב, למשל לא להמשיך פעולות רפואיות כגון חיבור למכונת הנשמה. כאשר לאיסור להמית באופן אקטיבי, הודגשו בפסק הדין העקרונות ההלכתיים של קדושת החיים והיותו של כל אדם ברוא בצלם אלוקים. בנוגע להיתר להסיר מונע כשמדובר בחולה סופני, הוצגו העקרונות של מניעת סבל, "ואהבת לרעך כמוך" ו"דרכיה דרכי נעם".

אשר לגישה המשפטית של מדינות דמוקרטיות אחרות, המשנה לנשיא אלון עמד על כך שכמעט כולן אוסרות לבצע "המתת חסד" באופן אקטיבי (אותנזיה אקטיבית), להבדיל מאי הארכת חייו של חולה סופני המבקש שלא להאריך את חייו (אותנזיה פסיבית), הכוללת הימנעות מפעולות מאריכות חיים, ולעיתים הפסקת פעולות מאריכות חיים. מסקנתו הייתה שהן מנקודת מבט "יהודית", הן מנקודת מבט "דמוקרטית" תנאים לאי הארכת חייו של חולה הנוטה למות הם לא רק רצונו בכך, אלא גם שהמתה היא בגדר "אי הארכה" של החיים –

בשונה מקיצור אקטיבי של החיים – ודרישה לכך שהחולה יסבול מייסורים קשים שיצדיקו את אי הצלתו. ההבחנות נשמעות מופשטות, אבל הן מעשיות וקונקרטיות. הן מאפשרות למשל להתיר ניתוק ממכונת החייה בנסיבות המתאימות, לצד איסור למנוע מהחולה מזון ושתייה. היישום של כללים אלה הוביל את המשנה לנשיא אלון לקבוע כי אין לקבל את בקשת האם. הדגש הושם בכך שיעל לא סבלה מכאבים ולא התייסרה, שהיא עדיין הייתה מסוגלת לשדר לסביבתה את מצוקותיה, כך ש"נרה עדיין בוער ומאיר לכל מי שמצוי בקרבתה" (עמ' 194). השופטים מלץ ואריאל הסכימו עם הדברים. עם זאת, השופט אריאל ביקש להוסיף ולחדד את עמדתו, שהייתה שונה במקצת מהעמדה של המשנה לנשיא אלון בשתי נקודות. ראשית, הוא הדגיש את הלגיטימיות של פניית הורה אחד של קטין לבית המשפט בבקשה לאי הארכת חייו, גם ללא הסכמת ההורה השני, ולא רק במקרים קיצוניים וברורים. שנית, בפסק הדין של המשנה לנשיא אלון ניתן עיקר המשקל לערכים של קדושת החיים ו"צלם אלוהים" של האדם, ואילו בפסק דינו הדגיש השופט אריאל את התפיסה הליברלית שלפיה יש לכבד את הרצון האוטונומי והחופשי של אדם ואת זכותו לקבוע מתי המשך חייו פוגע בכבודו.

בעת שנדון עניינה של יעל שפר לא היה במדינת ישראל חוק שעניינו סוגיית סיום חייו של חולה שמעוניין בכך או אי הארכתם. בעקבות פסק הדין והערות השופטים בדבר הצורך בהסדרת הנושא בידי המחוקק, מינה שר הבריאות בשנת 2000 ועדה ציבורית בראשות הרב פרופ' אברהם שטינברג לבחינת סוגיות שקשורות לטיפול בחולים הנוטים למות. 59 חברי הוועדה כללו רופאים בכירים, מומחים לסייעוד, לעבודה סוציאלית ולפילוסופיה ורבנים. בעקבות המלצות הוועדה נחקק חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005. החוק כולל למעלה מ-60 סעיפים, ומאז חקיקתו הוא תוקן פעם אחת בלבד, וגם זאת באופן טכני בלבד.

בהסדרים השונים של החוק ניתן משקל לערך קדושת החיים, לאיכות החיים של החולה ולאוטונומיית הרצון של החולה הנוטה למות – להבדיל משיקולים חברתיים או רצון בני משפחתו של החולה. למשל, החוק קובע את זכותו של חולה הנוטה למות לדרוש "טיפול רפואי חריג להארכת חייו", גם אם בראייה אובייקטיבית ולפי התפיסה הרווחת מדובר במצב שבו לא ראוי להאריך באופן מלאכותי את חייו של מטופל שמצוי במצב קשה ביותר. דוגמה נוספת להסדר המבטא את ערך קדושת החיים היא קביעת החוק כי יש לכבד את רצונו של חולה הנוטה למות שאינו רוצה שחייו יוארכו, אבל על המטפלים בחולה לעשות מאמץ סביר כדי לשכנעו לקבל – גם באמצעים מלאכותיים – חמצן, מזון, נוזלים ותרופות שגרתיות. דוגמה למשקל שניתן בחוק לאיכות החיים של החולה היא ההסדר שלפיו על הרופא לעשות ככל שביכולתו כדי להקל את סבלו של החולה הנוטה למות ואת כאבו, גם אם הדבר כרוך בסיכון סביר לחיי החולה. אם כן, החוק – כשמו כן הוא – עניינו החולה הנוטה למות. חולה זה מוגדר חולה הסובל מבעיה חשוכת מרפא שגם אם יקבל טיפול רפואי – תוחלת חייו אינה עולה על שישה חודשים. כמו כן נקבע מפורשות כי אין להתיר פעולה "המכוונת להמית, או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גם גרימת מוות". החוק מבחין גם בין מעשה למחדל. דוגמה לכך היא האיסור

להפסיק טיפול רפואי "רציף" באופן שעלול להביא למות החולה, תוך היתר "להימנע מחידוש טיפול רפואי רציף, שנפסק שלא במכוון", והיתר גם "להימנע מחידוש טיפול רפואי מחזורי". החוק מוסיף וקובע גם כי יש להקים ועדות מיוחדות – "ועדות מוסדיות" – שכוללות רופאים, אחות, עובד סוציאלי או פסיכולוג, איש אקדמיה מתחומי הפילוסופיה או האתיקה, משפטן ואיש דת. התפקיד המרכזי של ועדות אלה הוא להכריע במחלוקות שעלולות להתעורר בקשר לאופן יישומו של החוק במקרה מסוים. כמו כן ישנה הוראה להקים "ועדה ארצית" בעלת מאפיינים דומים, שהיא מעין "ערכאה גבוהה" מעל הוועדות המוסדיות.

הבה נסכם. פסק הדין שניתן בעניינה של יעל שפר ז"ל חשוב מכמה וכמה היבטים. ראשון – גורליות ההכרעה בין חיים למוות. שני – זריעת אור על הסוגיות הקשות שמגיעות לעיתים אל שולחן השופט. התחבטויות שכמעט שאי אפשר להכריע בהן, אולם חיי המעשה עומדים ודורשים: "שופט, עליך לפסוק". ואוסיף: גם אין הוא יכול להתמהמה בכך. על בית המשפט להכריע אף שהסוגיה מעוררת בעיות מורכבות של אתיקה, רפואה, דת ואנושיות. שלישי – ההסתמכות של המשנה לנשיא אלון על המשפט העברי בתור מקור ראשון ועיקרי לפסיקה. זאת, לצד הפניית המבט לשם השוואה לשיטות משפט דמוקרטיות של ימינו. חלק ממקורות המשפט העברי נוצרו בתקופתנו, אבל חלקם חוזרים מאות שנים לאחור ואף יותר מכך. כך נוצר שיח בין ראשונים לאחרונים במדינות שונות שחוצה זמן ומקום, ושמשמש בסיס לפסיקה במדינת ישראל בסוף המאה העשרים. רביעי – ההכרעה היא מורכבת ולא אחידה. אפשר להביט על ההבדל בין מעשה המתה ל"הסרת המונע" כעל הבדל בין רצה לעומת העדר חובה להציל במקרים מסוימים. יותר מכך, במקרים מסוימים ישנה אולי חובה שלא להציל. חמישי – שיתוף הפעולה בין בית המשפט למחוקק. בטרם ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין, הוצגו עמדות שונות בבתי המשפט המחוזיים. ההכרעה השיפוטית בחוות הדעת של המשנה לנשיא אלון היא מלאכת מחשבת. בהמשך לכך התוצאה של פסק הדין הולידה הסדר בחוק. הוא פרי הקשבה הדדית של חברי ועדת שטיינברג, שהגיעה להמלצות אחידות. הוא תוצר של שמיעת הזולת, נכונות להגיע לפשרה והתאמת הדין למציאות הטכנולוגית. ראוי לציין כי החוק "עובד" במובן זה שלמיטב ידיעתי אין דוגמה למצב שבו החלטת הוועדות שהוקמו מכוח החוק נתקפה ונדונה בבית המשפט. המלאכה הועברה מידי של בית המשפט לידי של המחוקק, אשר – באמצעות הקמת ועדה מקצועית ומגוונת – סלל דרך שנדמה כי התקבלה בציבור בהערכה ובכבוד. שישי – המתח האינסופי בין עקרונות אדם, בין ההתחשבות באיסור לאמפתיה לסבלו של הזולת. המשפט אינו יכול שלא להכריע גם במקרים הקשים ביותר, אך עליו לעשות זאת בהבנה ותוך איזון בין הערכים המתחרים. בסופו של דבר אין מדובר בהתנגשות אלא בהרמוניה, גם בסוגיות המאתגרות ביותר של חיי אנוש, פשוטו כמשמעו.



# ההגנה על חופש ההפגנה: חופש הביטוי יוצא אל הרחוב

בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994)  
בג"ץ 2557/05 מטה הרוב - ארגון הגג של כל תנועות השמאל נ' משטרת ישראל,  
פ"ד סב(1) 200 (2006)  
בג"ץ 5078/20 פדידה נ' מפקד מחוז ירושלים (19.8.2020)

## מיכל נד"ב

"איני מסכים למה שאתה אומר, אך אגן בחיי על זכותך לומר זאת". משפט קצר וידוע זה (המיוחס בדרך כלל לוולטר, הפילוסוף והסופר הצרפתי) מתמצת את הרעיון שבבסיס הזכות לחופש הביטוי. בבסיס הזכות נמצא עצם הביטוי, יהיה תוכנו אשר יהיה, ולא האהדה לו או ההסכמה לו. חופש הביטוי הוא החופש של כל אדם להשמיע את דעתו, ולצידו החופש לשמוע דעות אחרות. ההצדקות שבבסיס הזכות לחופש הביטוי הן היות הביטוי חלק מהאוטונומיה האישית של האדם שבאמצעותו מבטא האדם את עצמו, העובדה שלצורך גילוי האמת בהקשרים השונים והמגוונים שלה נדרש מרחב פתוח וחופשי להעלאת הדעות השונות, והיותו של חופש הביטוי חלק מהתנאים הנדרשים לכיסוס משטר דמוקרטי. חופש הביטוי בא לידי ביטוי בהקשרים שונים. כך, למשל, הזכות לקבל מידע ולהגיב עליו, הזכות להפגין ולהתאסף, הזכות לכתוב ספרים, עיתונים ומחזות והזכות לפרסם אותם.

למרות החשיבות הרבה של הזכות לחופש ביטוי היא אינה בלתי מוגבלת. ככל זכות, גם אותה יש לאזן בנסיבות שונות מול זכויות, ערכים ואינטרסים אחרים. מקרים כאלה הגיעו לאורך השנים לפתחו של בית המשפט, והוא נדרש לאזן בהם בין הזכויות, הערכים והאינטרסים השונים שעל הפרק.

את ההגבלות על חופש הביטוי מקובל לחלק לשתי קבוצות עיקריות: הגבלות הנוגעות לתוכן (בשל היותו גזעני או כרוך בהוצאת לשון הרע למשל) והגבלות הנוגעות לדרך הביטוי, מה שמכונה לא אחת הגבלות של "זמן, מקום ודרך". כאלה הן ההגבלות שמוטלות על עריכת הפגנות, הגבלות שאינן קובעות למפגינים מה יגידו, אבל עשויות לסרטט גבולות לגבי התנהלות בשכונת מגורים או במרכז כביש ראשי. בכך נתמקד.

כדי להדגים את הדברים נתחיל בימי הקיץ של שנת 2020. מגפת הקורונה החלה להתפשט בישראל חודשים ספורים לפני כן. מדינת ישראל עמדה באותה עת לאחר שלוש מערכות

בחירות שהתקיימו בתוך פחות משנה. במרחב הסמוך למעון הרשמי של ראש הממשלה ברחוב בלפור בירושלים נערכו דרך קבע הפגנות במחאה על תפקוד הממשלה בתקופת התפרצות מגפת הקורונה ועל כהונת ראש הממשלה, שנאשם בעבירות על טוהר המידות. תדירות ההפגנות עמדה על כארבע פעמים בשבוע, לרבות ביום שישי ובמוצאי שבת, והשתתפו בהן בין מאות לאלפי בני אדם בכל פעם.

כשישים תושבים משכונת רחביה וטלביה, שבשטחן התקהלו המפגינים, עתרו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. הם ביקשו להורות למשטרת ישראל להעתיק את ההפגנות שמתקיימות בסמוך למעון ראש הממשלה למקום אחר, או להגבילן בדרך אחרת מבחינת המקום, הזמן וכמות המשתתפים בהן. פסק הדין שניתן בעתירה ידוע בשם של ראשונת העותרים: עניין פדידה (בג"ץ 5078/20 פדידה נ' מפקד מחוז ירושלים (19.8.2020)).

העותרים טענו שההפגנות גורמות לפגיעה קשה בחופש התנועה שלהם בשל חסימת הרחובות הסמוכים ומסכנות את תושבי השכונות בהידבקות בנגיף הקורונה. עוד נטען שכתוצאה מההפגנות סובלים תושבי השכונות מהתפרעויות חוזרות ונשנות מצד חלק מהמפגינים, ממעשי השחתת רכוש וממפגעי רעש בשל שימוש באמצעי הגברה ואבזרי הרעשה שונים, כמו צופרי אוויר, חצוצרות, צפצפות, תופים וסירים. תופעות אלה, טענו העותרים, משבשות לחלוטין את חייהם.

משטרת ישראל מצידה טענה שההפגנות המתקיימות מול מעון ראש הממשלה אינן טעונות אישור מראש או רישיון, ושלמשטרה סמכות כללית לקבוע תנאים בעניינן. באשר לתנאים שנקבעו במקרה זה, נטען שהמשטרה קבעה תנאים שונים לקיום ההפגנות, ושהיא פועלת לאכיפתם לפי שיקול דעתה ובהתאם לאיזון המורכב הנדרש בין הזכויות והאינטרסים השונים שעל הפרק. התנאים שקבעה המשטרה היו ששימוש ברמקולים ובמכשירי הגברה מותר בימי חול בשעות 19:30-21:30 וביום שישי בשעות 13:00-14:00 ומשעה 16:00 עד סמוך לכניסת השבת, ושההפגנות יתפזרו בימי חול בשעה 23:00 ובמוצאי שבת בחצות. כמו כן, נקבע שישי להקפיד על הנחיות משרד הבריאות בעניין הקורונה, לרבות עטיית מסכות ושמירת מרווחים, ושחל איסור להיכנס לבתים ולחצרות פרטיים שלא כדין ולחסום צירים ללא אישור. עוד טענה המשטרה שלא הוגשה תלונה כלשהי בדבר פגיעה ברכוש או אלימות כלפי התושבים, ושכל מקום, טענות כאלה יש לברר בפנייה פרטנית של הנפגע, אם קיים כזה.

על רקע זה בית המשפט נדרש לקבוע אם להיעתר לדרישת העותרים להעתיק את מקום ההפגנות או להגבילן בדרך אחרת מעבר לתנאים שהמשטרה קבעה. במילים אחרות, בית המשפט נדרש להחליט אם ניתן משקל יתר לחשיבות זכות ההפגנה אל מול הזכויות והאינטרסים האחרים שעל הפרק ושלגביהם טענו התושבים העותרים. על כך השיב בית המשפט (השופטים פוגלמן, וילנר ושטיין) בשלילה.

נקודת מוצא לפסק הדין הייתה ההכרה בחשיבות של חופש ההפגנה. בהתאם לכך הוסבר שהתנאים שהמשטרה קבעה מאזנים באופן הולם בין חופש ההפגנה, מצד אחד, לזכויות

ולאינטרסים של התושבים, מצד שני. בפסק הדין הובהר שהזכות להפגין ולקיים אספה או תהלוכה היא אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל, ושזכות זו, הקשורה בטבורה לחופש הביטוי, שייכת לאותן חירויות המעצבות את האופי הדמוקרטי של המשטר בישראל, "שהביקורת על רשויות המדינה ועל אישי ציבור היא מנשמת אפו" (פסקה 19 לפסק הדין של השופט פוגלמן). בית המשפט ציין שההפגנה מעניקה לבני הציבור במה להשמיע את קולם, להביע את השקפותיהם בענייני המדינה ולהעלות סוגיות חברתיות על סדר היום הציבורי, ובכלל זה לבקר את רשויות השלטון ואישי הציבור.

לאור אמות מידה אלה בחן בית המשפט את נסיבות המקרה וקבע כי המגבלות שהמשטרה קבעה מאזנות כראוי בין זכות ההפגנה לזכויות ולאינטרסים האחרים שהעותרים טענו להם. בהקשר זה הוסבר שמיקום ההפגנה בסמוך למעון הרשמי של ראש הממשלה, שהוא סמל שלטוני, הוא אמירה נפרדת וחשובה כשלעצמה. המסר שהמפגינים מבקשים להעביר אינו בא לידי ביטוי רק בקריאותיהם ובשלטים שהם נושאים, אלא גם במיקום ההפגנה בסמוך למעון הרשמי של ראש הממשלה. שלילת הזכות של המפגינים להתכנס דווקא במקום זה, היא פגיעה קשה וחריפה בחירות ההפגנה ובחופש הביטוי של המפגינים. בית המשפט קבע כי על אף ההשלכות כבדות המשקל שיש לקיום ההפגנות בלב שכונות מגורים, הרי שנוכח האופי הציבורי המיוחד של המעון הרשמי של ראש הממשלה אין הצדקה לפגיעה כה קשה בחופש הביטוי וההפגנה בדרך של העתקת מקום ההפגנה. די במגבלות השונות שהמשטרה הציבה על משך ההפגנות ותדירותן.

אשר לרעש נקבע שמתווה ההגבלות שהמשטרה קבעה מאזן כראוי בין זכות המפגינים לקיים את ההפגנות ולהפיץ את מסריהם, לחירות של התושבים לקיים את שגרת חייהם. אשר לפגיעה בחופש התנועה של התושבים בשל החסימות, נקבע כי אלה מבוצעות בהתאם לכמות המפגינים וכדי להבטיח את הסדר הציבורי ואת שלום המשתתפים. עוד נקבע כי אין מגבלה על תושב המבקש להגיע לביתו ברגל, אלא הוא מורשה לעבור לאחר הצגת תעודת זהות, וכי פגיעה כזו היא בגדר מחיר שיש לשלם כדי לזכות בחיים בחברה דמוקרטית. כמו כן, נקבע כי זוהי מציאות החיים של מי שמתגורר ליד כיכרות מרכזיות בכלל וסמל שלטוני בפרט, וכי כל עוד הפגיעה כרוכה במימוש זכות ההפגנה אין מקום להתערב בה.

לבסוף, בכל הנוגע למגבלות מגפת הקורונה, נקבע שנוכח השמירה על כללי הריחוק החברתי והמסכות אין להגביל את זכות ההפגנה מטעם זה. יותר מכך, נקבע שדווקא בעת מגפה ובמצב חירום אין להשתיק את הביקורת ויש להקפיד על כך שפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות לא תעלה על הנדרש אלא תהיה ממוקדת ככל האפשר. מגבלה על מספר המפגינים בשל סכנות המגפה היא מגבלה על מימוש זכות ההפגנה, ומשמעותה שלילת הזכות ממי שמעוניין להשתתף במחאה.

חשוב להבהיר שלמעשה פסק הדין בעניין פדידה הלך בתלם החרוש היטב של פסקי דין קודמים שהגנו על חופש ההפגנה.

פסק דין חשוב קודם שעסק גם הוא בהפגנה, אלא שזו התבקשה בסמוך לבית פרטי של איש ציבור, ניתן בעניין דיי"ן (בג"ץ 2481/93 דיי"ן נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994)). באותו מקרה סירבה המשטרה לתת לעותר רישיון לקיים אסיפה מול הבית הפרטי של הרב עובדיה יוסף בירושלים. הרב יוסף היה באותה עת נשיא מועצת חכמי התורה, הגוף העליון של תנועת ש"ס, שהייתה מפלגה מיוצגת בכנסת. ביתו הפרטי של הרב יוסף היה בית משותף שבו גר הרב עם אשתו. הוא לא קיים בדירה בקביעות דיונים בנושאי פעילותו הציבורית, אבל הוא קיבל בדירתו ביקורים של אנשי שלטון. לרב היה משרד במקום אחר. העותר ביקש למחות על המשך הישיבה של ש"ס בממשלה. האספה שביקש לקיים הייתה מול בית הרב עם שלטים, מיקרופונים ובמה, והיו צפויים להשתתף בה כ־250 אנשים. ביסוד הסירוב של המשטרה להתיר את האספה עמדה הזכות של הרב יוסף לפרטיות. המשטרה הציעה לעותר לקיים את האספה במרחק אווירי של כ־200 מטר מבית הרב, אבל הוא סירב. החלטת המשטרה עמדה ביסוד העתירה לבג"ץ. העתירה נדחתה.

בית המשפט (המשנה לנשיא ברק והשופטים שלמה לזין וגולדברג) עמד על כך שבין הזכויות המתחרות בעניין זה נמצאות הזכות של איש ציבור, ככל אדם מן היישוב, לפרטיות בבית מגוריו, בבחינת "ביתו של אדם הוא מבצרו", וזכות ההפגנה. לא הייתה מחלוקת על כך שזכות ההפגנה היא זכות חשובה, אלא שכאמור, זכות זו אינה מוחלטת. בית המשפט פסק שבאזון בין הזכויות המתחרות יש עדיפות לזכות לפרטיות עת מדובר במעון הפרטי של איש הציבור. נקבע שאיש ציבור חושף עצמו לעינו הפקוחה של הציבור בפעילותו הציבורית, וביתו הוא המקום האחד שלו להימלט מן הפעילות הציבורית ולאגור כוח להמשכה. גם למשפחה של איש הציבור ולשכניו יש זכות לפרטיות ולכך שלא יטרדו. כמו כן נקבע שמאחר שאפקטיביות היא תכלית חשובה של זכות האספה, הרי שחלופה גיאוגרפית אפקטיבית לאספה תביא לכך שהזכות לפרטיות והזכות לקניין עשויות לגבור על זכות האספה. חלופה אפקטיבית כזאת היא המשרד של איש הציבור, להבדיל מביתו. על כן אם יש משרד כזה ויש אפשרות לאספה אפקטיבית, גוברת הזכות של איש הציבור, משפחתו ושכניו לפרטיות ולכך שלא יטרדו בהפגנות.

חשובה לא פחות הייתה הפסיקה שהבהירה את החשיבות הנוודעת לכך שהפגנות לא ינוטרלו בעקיפין באמצעות הערמת מכשולים כספיים. בפרשה אחרת, המכונה עניין מטה הרוב (בג"ץ 2557/05 מטה הרוב – ארגון הגג של כל תנועות השמאל נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006)), התעוררה השאלה האם אפשר להתנות קיום הפגנה בכך שהמארגנים יישאו בעלויות האבטחה, הכבאיות והאמבולנסים שנדרשים לקיום ההפגנה. במבט ראשון אפשר לחשוב שמדובר בשאלה טכנית, אבל השאלה נוגעת לליבת הזכויות לחופש הביטוי ולהפגנה. הימים היו ימי ערב תוכנית "ההתנתקות", שהוצאה לפועל באוגוסט 2005, ושעניינה היה פינוי תושבים מרצועת עזה ומכמה יישובים בצפון השומרון. תומכי ההתנתקות ביקשו לקיים צעדה בתל אביב והפגנה בכיכר דיזנגוף בתמיכה בתוכנית ההתנתקות. המשטרה התנתה את הרישיון

לקיום ההפגנה בהקמת גדרות ונקודות סריקה מוארות לבדיקת הקהל, בהצבת מאבטחים וסדרנים ובהצבת אמבולנסים וכבאיות. עלות דרישות המשטרה הייתה בסכום של למעלה מ־100,000 ש"ח. האם אפשר להציב דרישות כאלה בפני מפגינים?

בית המשפט (הנשיא ברק והשופטים נאור ורובינשטיין) פסק כי אף שהמשטרה מוסמכת להתנות רישיון הפגנה בתנאים, אין לה סמכות להתנות את ההפגנה במימון האבטחה כפי שדרשה. זאת נוכח החשיבות של הזכויות לחופש הביטוי ולהפגנה ונוכח התפקיד של המדינה והמשטרה להגן עליהן ועל מימושן. בית המשפט קבע שהזכות לחופש הביטוי היא זכות יסוד במשטר דמוקרטי, ושזכות ההפגנה היא חלק בלתי נפרד מזכות זו. כמו כן עמד בית המשפט על כך שחופש הביטוי הוא חלק מהזכות החוקתית של האדם לכבוד האדם בהיבטים שבהם הביטוי נוגע לכבוד של האדם. בהיותה זכות חוקתית, על המדינה חובה להגן עליה הן בכך שאסור לה לפגוע בזכות של אדם לחופש הביטוי וההפגנה, הן בכך שחובה עליה לאפשר את המימוש של זכות זו. כך, חובת המדינה להגן על חופש הביטוי מתבטאת בחובה להקצות את המשאבים הנדרשים כדי לאפשר מימוש בגבולות הסביר של חופש הביטוי ושל חופש ההפגנה. בכלל זה המשטרה חייבת לאפשר את מימוש זכות ההפגנה בכך שתשמור על הסדר הציבורי במהלך ההפגנה ותאבטח אותה.

נקבע ששמירת הסדר הציבורי בעת הפגנה כדי לאפשר את מימושה היא מהתפקידים המובהקים של המשטרה, אשר מופקדת על שמירת החוק והסדר הציבורי. על כן המשטרה אינה רשאית להטיל את האחריות לאבטחה ולשמירת הסדר הציבורי במהלך ההפגנות על המבקשים לממש את זכותם להפגין, כיוון שהטלת המעמסה הכספית על המפגינים תפגע בזכויותיהם לחופש הביטוי ולהפגנה. כמו כן, המשמעות של דרישת מימון כזו היא פגיעה בזכות ההפגנה של אלה שאינם יכולים לעמוד בתשלום. הטלת התשלום על המבקשים לממש את זכותם לחופש הביטוי גם עלולה לפגוע באלה המבקשים לבטא רעיונות מעוררי התנגדות רבה במיוחד, כיוון שהוצאות אבטחתם עשויות להיות גבוהות מהרגיל, אבל ההגנה על חופש הביטוי חשובה דווקא בנסיבות שכאלה. מעבר לכך, דרישה כזו לתשלום תפגע בדיון הציבורי בכך ששוק הדעות עלול להידלדל, ובכך גם ייפגע האופי הדמוקרטי של החברה.

לצד זאת, למשטרה שיקול דעת והיא אינה חייבת לאבטח כל הפגנה. הזכות לחופש הביטוי אינה מוחלטת. כשהמשטרה מתבקשת להתיר הפגנה היא רשאית לשקול את הכוחות והמשאבים העומדים לרשותה לאבטחת האירוע, בהתחשב במשימות האחרות שלה באותה עת ובסדר העדיפויות שלה בביצוע משימותיה. אם היא אינה יכולה להקצות את הכוחות הנדרשים לשמירת הסדר הציבורי, נוכח סדר הכוחות הנדרש לאבטחה או בשל משימות אחרות של המשטרה, היא רשאית להתנות את ההפגנה בתנאים של זמן, מקום ואופן, ובנסיבות קיצוניות, באין אפשרות פוגענית פחות, לסרב לאפשר את ההפגנה.

אשר למימון שירותי מד"א, נקבע שלא היה למד"א מקור חוקי לגבות תשלום עבור השירות נושא העתירה. לגבי שירותי הכבאות נקבע שעל פי הדין, מקבלת השירות היא העירייה שכן

היא הבעלים או המחזיקה בנכס שבתחומו ניתנו שירותי הכבאות, ועל כן עליה לשאת בעלות שירות זה.

אם נחזור לנקודת ההתחלה, הפסיקה של בית המשפט העליון בנושא ההפגנות לא חייבה להגן בכל מחיר על קיום הפגנות, אבל בהחלט קבעה שהגבלתן אמורה להיעשות בזהירות רבה. זאת משום שלא אחת קשה להפריד את המדיום מהמסר.

## על אמת לשעתה ואמת לאמיתה: על חופש הביטוי, לשון הרע ועיתונאות הוגנת

ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ,  
פ"ד לא(2) 281 (1977)

ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ,  
פ"ד לב(3) 337 (1978)

ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פ"ד סה(3) 369 (2012)  
דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין-אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014)

### גאולה לוי

כל הדמוקרטיה בעולם מתמודדת עם המתח בין ההגנה על חופש הביטוי ועל חופש העיתונות מצד אחד להגנה על כבוד הפרט ועל שמו הטוב מצד אחר. כולן מבקשות לסרטט את קו הגבול בין חופש להפקרות. התמודדות ערכית-משפטית זו חוזרת ומגיעה אל פתחו של בית המשפט העליון. נוסף לה נופך של מורכבות כאשר הפרסום נסב על עניינים ציבוריים, כך שתביעת לשון הרע עשויה להשפיע גם על השיח הפתוח בחברה.

הזירה הרשמית שבה מתנהלת המחלוקת היא חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. החוק מטיל אחריות אזרחית ואחריות פלילית על המפרסם דבר שפרסומו עלול להשפיל אדם או לבזותו. כמו כן, החוק מקנה למפרסם שורה של הגנות. אחת מהן היא הגנה על פרסום שהיה אמת ושהיה בו עניין ציבורי. הגנה נוספת מוקנית לפרסום שנעשה בתום לב, אם היחסים שבין המפרסם לאדם שאליו הופנה הפרסום הטילו חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום. הגנה שלישית היא פרסום שהוא הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד ציבורי או בקשר לעניין ציבורי, שכן אז הנחשף לפרסום מבין שאין המדובר בטענה לקיומה של עובדה זו או אחרת. הגנה אחרונה זו מאפשרת החלפת דעות חופשית בעניינים אלה החיונית בחברה דמוקרטית.

כיצד כל אלה באים לידי ביטוי בפועל? נפתח בפרשת הארץ נ' חברת החשמל על שני גלגוליה, שנדונה בבית המשפט העליון בשנות השבעים. תחילתה בפרסום בעיתון "הארץ" מיום 14.3.1967 על מכונית חדשה שחברת החשמל רכשה עבור המנכ"ל במקום מכונית זהה משנת 1963 שעמדה לרשותו. על פי המתואר בכתבה, בעקבות ביקורת ציבורית החליט המנכ"ל למכור את המכונית החדשה ולחזור להשתמש במכונית הישנה. המכונית החדשה

הוחזרה לסוכנות ולהלכה הועמדה למכירה. אבל, לפי הכתבה, למעשה אין חברת החשמל מעוניינת להיפטר מהמכונת והיא מקווה כי כאשר ישכח הציבור את הפרשה, תשוב המכונת לשרת את המנכ"ל.

חברת החשמל והמנכ"ל הגישו תביעת לשון הרע בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, והיא נדונה לפני השופט יוסף חריש, מי שכיהן לימים בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה בקובעו כי לא היה לעיתון הארץ יסוד עובדתי לטפול על חברת החשמל והמנכ"ל את ההאשמות הקשות שבכתבה. בית המשפט המחוזי קבע עוד כי באין קונים מתעניינים במכונת אלא מתי מעט, לא היה יסוד לטרוניה על משך הזמן שחלף בלא מכירת המכונת, מה גם שדרך המכירה נוהלה בידי הסוכנות. על כן בית המשפט המחוזי פסק כי המסקנות והדעות שהובאו בכתבה היו נטולות יסוד. בהתאם, הוצאת עיתון "הארץ", עורך העיתון והעיתונאים חויבו לפצות את המנכ"ל.

בשלב זה הגישו העיתון ואנשיו ערעור לבית המשפט העליון. הפרשה נדונה בו פעמיים: במסגרת ערעור אזרחי ובהמשך בדיון נוסף. בין השופטים התגלעו חילוקי דעות מהותיים לגבי גבולות חופש הביטוי בחברה דמוקרטית. כל השופטים ביקשו לחזק את היסודות הדמוקרטיים ולבצרם, אבל נחלקו באשר לדרך.

הערעור של עיתון הארץ התקבל בדעת רוב של השופטים שמגר וברנזון נגד דעת המיעוט של השופטת בן-פורת (ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281 (1977)). לגבי הפרסום על מנכ"ל חברת החשמל הוסכם על דעת כל השופטים כי הפרסום הוא לשון הרע. הדעות נחלקו לעניין תחולת ההגנות.

את חוות הדעת המרכזית כתב השופט שמגר, שזה לא כבר מונה לבית המשפט העליון. השופט שמגר פרס את משנתו שלפיה חופש הביטוי הוא זכות יסוד בעלת חשיבות מכרעת בקביעת אופי המשטר, ויסוד מוסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן של זכויות היסוד האחרות. מכאן השקפתו כי לחופש הביטוי מעמד על-משפטי, והוא מרכיב חשוב בפרשנות כל דבר חקיקה אף שהוא אינו מעוגן בחקיקה. השופט שמגר ביקש לקבוע קו מנחה ערכי, שלפיו יפורשו באופן ליברלי ורחב ההגנות בחוק לשון הרע.

השופט שמגר מיקד את הדיון בפרסום המתייחס לנושא תפקיד ציבורי או בקשר לעניין ציבורי, ולזיקה שביניהם לחופש הביטוי. בהיותו מי שבא אל השפיטה מן המנהל הציבורי ושהכיר את עוצמתו ואת הקלקולים שבו, ביקש השופט שמגר – וכמוהו השופט ברנזון – להבטיח את חופש הפרט וחופש העיתונות לבקר את המנהל הציבורי.

השופט שמגר פסק כי מתקיימת הגנה של אמת בפרסום בנוגע לעובדות שהובאו בכתבה, ואי הדיוקים שנפלו בעובדות משניים בחשיבותם. בנוגע לדעה המובעת בכתבה – שלגביה לא נדרש להוכיח יסוד של אמת – נפסק כי מתקיימת ההגנה של הבעת דעה בתום לב. הכתבה ביטאה את הרהורי ליבו של הכותב וייחסה לחברת החשמל ולמנכ"ל כוונה שככל הנראה לא הייתה להם, אבל הדבר אינו מסיר מהפרסום את הגנת תום הלב. זו נשללת רק מדברי זדון



שטמונה בהם אמירת שקר ביודעין או מתוך אי אכפתיות. השופט שמגר ביקש להימנע מצנזורה שיפוטית על הכתיבה ועל הסקת המסקנות של הכותב. הוא ביקש גם להימנע מחלוקה מדויקת בין עובדות להבעות דעה, והתריע מפני גישה מחמירה שדנה כל אי דיוק שולי לכף חובה. להשקפתו, אם יחשוש האזרח כי כל אי דיוק עובדתי פעוט עלול לסככו בהליכים משפטיים, הוא יחשוש מפני רשויות הציבור ויחניק את הביקורת.

בדיון הנוסף התהפכו היוצרות (ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337 (1978)). השופט שמגר נותר בעמדת מיעוט מול עמדותיהם של מ"מ הנשיא לנדוי והשופטים עציוני, יצחק כהן ובן-פורת. השופט ברנזון, שתמך בעמדת השופט שמגר בשלב הערעור, פרש לגמלאות לפני הדיון הנוסף, ולכן לא השתתף בו.

הפעם את חוות הדעת המרכזית נתן מ"מ הנשיא לנדוי. הוא תיאר את הדיון בתור פרשת דרכים בין "גישתה המתירנית של הפסיקה האמריקנית העלולה להובילנו אל דרך לא-דרך, ובין הגישה הבריאה יותר הנוהגת בכל יתר ארצות המשפט המקובל" (עמ' 355) (דברים שהתייחסו בראש ובראשונה להשוואה לבריטניה). מ"מ הנשיא לנדוי קבע כי אין לחופש הביטוי מעמד בכורה על פני הכבוד והשם הטוב, וכי אם יש מקום לדירוג, הזכות לכבוד ולשם טוב עומדת מעל לחופש הביטוי. הוא הזהיר מפני פרסום דברי ביקורת על אישי ציבור המכילים עובדות כוזבות, מפני כוחה הרב של העיתונות, ומכך שכלי תקשורת ההמונים מוחזקים בידי בעלי מונופול מעטים. כדי להמחיש את החשש, הרחיק מ"מ הנשיא לנדוי לרפובליקת ויימאר וציין שאחד האמצעים היעילים ביותר שבהם השתמשו היטלר וחבר מרעיו למוטט את המשטר הדמוקרטי, היה השמצה שלוחת רסן של ראשי המשטר, בלי שבת המשפט הגיבו כראוי במשפטי הדיבה שהוגשו.

לפיכך מ"מ הנשיא לנדוי ראה חשיבות עליונה בשמירת כבודו של איש הציבור, ודרש מעיתונות אחראית המבקרת את מעשי השלטון להימנע מהשמצות במעטה של ביקורת. על פי השקפתו, כדי לחסות בצל ההגנה של הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד ציבורי, חייבת להיות הפרדה ברורה בין תיאור העובדות להבעת הדעה על אותן עובדות. העובדות שעליהן מבוססת הבעת הדעה צריכות להיות נכונות, והבעת הדעה צריכה להיות כנה וסבירה. הוא הדגיש שדינו של עיתון כדין כל אדם ושאינן עומדות לו טענות הגנה שלא ניתנו לאדם מן היישוב. אשר לכתבה, את המשפט "למעשה אין חברת החשמל מעוניינת להיפטר מהמכוננית", סיווג מ"מ הנשיא לנדוי בתור עובדה, ולא בתור הבעת דעה. נפסק כי הצגה כזו של עובדה נעשית על סיכונן של הכותב, ואם אין הוא יכול להוכיח את אמיתותה, עליו לשאת באחריות.

השופט שמגר נותר חלוק על חבריו, אך דומה כי עמדתו הפכה ברבות השנים להשקפה המקובלת במשפט הישראלי.

לאורך שנות כהונתו בבית המשפט העליון השופט שמגר דבק בביצור מעמדה של העיתונות. במספר ניכר של פסקי דין הוא האיר מזוויות שונות את חופש הביטוי וחופש העיתונות. אחד הבולטים בהם הוא פסק הדין בעניין **בן ציון ציטרין**, שבו הוכר חיסיון עיתונאי בדרך של פיתוח

פסיקתי (ב"ש 298/86 ציטרון נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987)). גם בהעדר הוראה חקוקה הכיר בית המשפט העליון בקיומו של חיסיון המתיר לעד-עיתונאי שלא לגלות את מקורות המידע שלו, אף שהדבר עלול להגביל את האפשרות לגלות את האמת. נקבע כי האינטרס העומד מנגד, של זרימה חופשית של מידע אל העיתונות כדי להגשים את חופש העיתונות, מצדיק זאת.

בפרשת סרן ר' נ' אילנה דיין, בחלוף ארבעה עשורים מפרשת הארץ נ' חברת החשמל, שוב התעורר פולמוס בבית המשפט העליון סביב המתח בין חופש העיתונות לזכויות לכבוד ולשם טוב. גם הפעם התקיים ערעור ולאחריו דיון נוסף, הפעם לפני תשעה שופטים. שוב נתגלעו חילוקי דעות נוקבים בקרב השופטים, אבל המגמה התהפכה, והמטוטלת נעה לכיוון חופש הביטוי.

מדובר היה בכתבת תחקיר ששודרה בתוכנית "עובדה עם אילנה דיין" ושעסקה באירוע טרגי שהתרחש באוקטובר 2004 במוצב צה"ל בסמוך לרפיח. כתבת התחקיר הציגה אירוע של זיהוי דמות חשודה בקרבת המוצב, שהיה נתון בכוננות גבוהה. אש נורתה מהמוצב והופעלו אזעקה ומערכת כריזה. הדמות השליכה תיק, ברחה והסתתרה מאחורי תלולית חול. סרן ר', מפקד הפלוגה שאיישה את המוצב, הוזנק, רץ לכיוון הדמות, ירה לעברה שתי יריות ואז חזר וירה צרור נוסף, בבחינת וידוא הריגה. כתוצאה מהירי נהרגה נערה בת 13 תושבת רפיח. ביום שידור הכתבה הוגש נגד סרן ר' כתב אישום לבית הדין הצבאי. לימים הוא זוכה מכל האישומים. סמוך לאחר מכן הגיש סרן ר' תביעת לשון הרע נגד דיין והזכיינית "טלעד". הוא טען שהכתבה מציגה אותו כ"חיית אדם" רצחנית וצמאת דם המסתערת על ילדה תמימה שתעתה בדרכה לבית הספר, ושכתבה הוצאו דברים מהקשרם מתוך חומר גולמי שהודלף, צוירה תמונה חלקית ומעוותת ונוספו אמירות שחרצו את דינו.

בית המשפט המחוזי בירושלים, מפי השופט סולברג (לימים שופט בית המשפט העליון), קבע כי הכתבה היא פרסום לשון הרע נגד סרן ר', שהוצג כמי שהתנהג באכזריות וברשעות, היתמם בחקירתו ואילץ את חייליו לשקר בתחקיר צבאי. נקבע כי הפרסום אינו חוסה תחת ההגנות שבחוק, ולסרן ר' נפסק פיצוי בסך 300,000 ש"ח.

בערעור שהגישו דיין וטלעד נהפכה התוצאה (ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פ"ד סה(3) 369 (2012)). בבית המשפט העליון המשנה לנשיאה ריבלין והשופט עמית פסקו באופן תקדימי כי אין להטיל אחריות על דיין, משום שהפרסום היה בגדר "אמת לשעתה". כלומר, תמונת המציאות שעלתה מן הכתבה אינה שונה באופן מהותי מהאמת שהייתה ידועה באותה שעה, בהתאם ליכולות הברור העומדות לעיתונאי סביר.

השופט פוגלמן מצידו הצטרף לתוצאה אך ביסס אותה על ההגנה של "עיתונאות אחראית". לפי גישה זו, עבודה עיתונאית זהירה ואחראית עשויה להקים חובה מוסרית או חברתית לפרסם פרסום שיש בו עניין ציבורי משמעותי, ועבודה עיתונאית כזו מקימה הגנה מפני תביעות לשון הרע. ההגנה התבססה על כך שהוגש כתב אישום בעת ששודרה הכתבה. בית המשפט העמיד את התביעה הצבאית בחזקתה כי לא הייתה מגישה כתב אישום אילולא היו בנמצא ראיות

לכאורה, וקבע כי למערכת "עובדה" לא היו כלים יעילים יותר לבחון את הראיות. על כן בחינת הפרסום בראייה בדיעבד, לאחר שהראיות נתלבנו בהליך שיפוטי, מביאה למעשה להטלת אחריות מוחלטת על המפרסם.

לבקשתו של סרן ר' קיים בית המשפט העליון דיון נוסף בסוגיה, לפני הרכב מורחב של תשעה שופטים (דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין-אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014)). כל שופטי ההרכב עמדו על החשיבות הגדולה של חופש הביטוי וחופש העיתונות בחברה דמוקרטית. ברוב דעות של שמונה שופטים נפסק כי לדין עומדת הגנה מפני אחריות, אבל לא משום שהפרסום היה אמת, אלא משום קיומה של חובה לפרסם פרסומים בעלי אופי עיתונאי. בכך דעת הרוב אימצה את דוקטרינת "העיתונאות האחראית".

את חוות הדעת המרכזית כתב הנשיא גרוניס. נקבע כי יש להרחיב את תחולתה של הגנת תום הלב ולהכיר בקיומה של חובה עיתונאית לעשות פרסומים מסוימים, חובה שמקימה הגנה לפרסום עובדתי בעל חשיבות לציבור גם אם אמיתותו לא הוכחה. קביעה זו היא חידוש גדול והיא שינתה את ההלכה שנקבעה בזמנו בעניין הארץ נ' חברת החשמל. אז נפסק כי לעיתונאות בתור שכזו אין חובה לפרסם פרסומים אשר יש בהם עניין לציבור. הנשיא גרוניס קבע כי הגיעה השעה להכיר בקיומה של חובה עיתונאית המקימה הגנה, בעקבות תפיסות עדכניות של המשפט הישראלי לגבי האיזון הראוי בין חופש הביטוי וחופש העיתונאות לזכויות לכבוד, לשם טוב ולפרטיות. במציאת האיזון הובא בחשבון חשש מפני "אפקט מצנן" על העיתונות החוקרת. לצד הנכונות להרחיב את ההגנה לפרסומים עיתונאיים, הזהיר הנשיא גרוניס מפני עוצמתה של העיתונות ופערי הכוחות בינה למושא הפרסום. כדי להבטיח שההגנה לא תנוצל לרעה נקבעו יסודות נוספים: האחד הוא עניין ציבורי משמעותי בפרסום; השני הוא שהפרסום עומד בסטנדרט של עיתונאות אחראית, זהירה והוגנת. בפסק הדין לא פורטו אמות המידה המדויקות לעיתונאות אחראית, אבל הוצגו דרישות מקובלות כגון החובה לאמת את העובדות ולהסתמך על מקורות מהימנים ורציניים, פנייה מוקדמת למושא הפרסום ופרסום תיקון או הכחשה כאשר הדבר דרוש. שופטי הרוב הסכימו כי ההגנה חלה על כתבת התחקיר של דיין אף שהכתבה הייתה נחרצת ופסקנית. הנשיא גרוניס סבר כי המניע לפרסום חייב להיות חובה עיתונאית שחש המפרסם (העיתונאי), ואילו השופט פוגלמן לא דקדק במניעים של המפרסם, וציין כי הרצון להשיג "סקופ" אין בו פסול, וכי התחרות בעולם התקשורת מקדמת חריצות ושקדנות. גם השופטים הנדל ודנציגר קבעו כי שיקולי "רייטינג" או "סקופ" אינם פסולים מעיקרם, אם משקלם אינו מופרז. הנשיא גרוניס סבר כי הכתבה אינה חפה מקשיים, בשל שילוב אילוסטרציה וקטעי וידאו מאירוע אחר ובשל טון הפרסום. הגם שהפרסום קרוב לגבול המפריד בין פעולה עיתונאית אחראית לפעולה שאינה כזו, נקבע כי לא נחצה הגבול, שכן הרושם הכללי המתקבל מהכתבה "הוגן ולא בלתי מאוזן" (עמ' 752).

לעמדתו של הנשיא גרוניס הצטרפו המשנה לנשיא נאור והשופטים ארבל, ג'ובראן, דנציגר, הנדל, פוגלמן ועמית. מעניין לציין את השינוי בעמדת השופט עמית מול עמדתו בערעור.

השופט עמית "צעד צעד לאחור" לגבי הגנת "אמת לשעתה" וביכר את דוקטרינת "העיתונאות האחראית" להגנה על עיתונאי שפעל בשקיפה מקצועית סבירה וראויה, בדומה להגנה המוקנית לבעלי מקצוע אחרים.

פסק הדין ניתן נגד דעת המיעוט של השופט רובינשטיין. השופט רובינשטיין מתח ביקורת חריפה על העמדת חופש הביטוי מעל לשם הטוב עד כדי מתן הכשר ללשון הרע עיתונאית. הוא סבר כי אין לשנות מהפסיקה המסורתית, ולפיה היחסים בין עיתון לקוראיו אינם מטיילים על העיתון חובה מיוחדת ואינם מקנים לו זכייה מיוחדת לגבי פרסומים שיימצאו בלתי נכונים. לשיטתו, התחזקות התקשורת אינה מחלישה את הצורך להקפיד על האמת ועל כבודם של בני אדם, ובמקום שיש ספק – מוטב לטעות לטובתו של השם הטוב. השופט רובינשטיין סבר שאימוץ הדוקטרינה של עיתונאות אחראית בתור הגנה מפני לשון הרע מגביר את הכוח של התקשורת יתר על המידה, עד כדי "כרטיס פתוח" לפרסומים שאינם אמת. החשש גובר בעיניו בשל התחרות העסקית, האינטרסים הכלכליים ושיקולי רייטינג. בחוות דעתו הוא כיוון את הזרקור לסרן ר', קצין ששמו הטוב נרמס בכתבה ששיקפה ביטחון עצמי מופרז של התקשורת וחוסר רגישות כלפי הקצין. כפי שאפשר להיווכח, גבולות ההגנה על השם הטוב בהתנגשות עם חופש הביטוי מעוררים פולמוס חריף וההלכה המשפטית אינה קופאת על שמריה. בחלוף השנים ועם שינוי העיתים הוסטה נקודת האיזון מהגנת השם הטוב לחיזוק חופש העיתונות. בשנות השבעים של המאה הקודמת בית המשפט העליון שמר מכל משמר על השם הטוב של איש הציבור, מנכ"ל חברת החשמל, מפני הבעת דעה עיתונאית שהשתרבבו בה אי דיוקים עובדתיים. בשנות האלפיים בית המשפט העליון שמר מכל משמר על העיתונות והקים הגנה לפרסום עובדתי שלא הוכח כי הוא אמת, פרסום שנכרכה בו פגיעה בשם הטוב של סרן ר'. הפרסום העיתונאי נבחן במכלול, באופן סלחני יותר מהבחינה הדקדקנית שנהגה בעבר.

יש להניח כי תנועת המטוטלת לא תיפסק וכי הסוגיה, המחייבת הבהרה מתמדת, תמשיך להעסיק את בתי המשפט. מאז שידור הכתבה על סרן ר' חלפו שנים. חוק איסור לשון הרע נותר כפי שהיה לפני למעלה מיובל שנים. אבל עולם התקשורת והעיתונות שינה את פניו. לצד העיתונות והתקשורת המסורתיות התפתחו עיתונות מקוונת, תקשורת מקוונת ורשתות חברתיות. זירת האינטרנט הפכה לזירה מרכזית של מידע ודעות. מושג האמת הפך לחמקמק מתמיד. המושג "עיתונאות" קשה להגדרה. לצד הקדמה של חופש הביטוי ושכלולו, פרסומים שיש בהם כדי להשפיל ולבוז לא חלפו מן העולם. לא פעם סובלים פרסומים אלה, גם אם נעשו בתום לב, מאי דיוקים<sup>1</sup> המציאות המורכבת מזמנת אתגרים בהתנגשות בין חופש הביטוי לכבוד ולשם הטוב וביישום ההלכה המשפטית שכוונה, כך נראה, לעיתונות המסורתית המקצועית. היא תצריך דיוק בשאלה מי נהנה מהגנת "עיתונאות הוגנת" ומהן אמות המידה לאחריות ולהוגנות שהיא מבטאת. המלאכה לא תמה.

1 ראו רשימתו של עמית יריב בספר זה, עמ' 848.

# כל קשר למציאות מקרי בהחלט: "הרומן הגנוז", חופש היצירה והזכות לפרטיות

ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691 (2014)

## אריאל צימרמן

ידמה עצמו הקורא במצב הבא, שכל קשר בינו למציאות מקרי בהחלט: מתרווח לעת ערב בכורסתו, מתחיל בקריאת רומן חדש שזכה לשבחי הביקורות. כבר מן העמודים הראשונים חש הקורא שהוא מתחבר לעלילה המרתקת, כאילו הספר נכתב ממש עליו. הגיבור, מושא החיבה והטינה של הגיבורה, ממש כמותו: במראהו, בעיסוקו, בעברו. והינה הקורא חש לאיטו כי לא רק בדימוי מדובר אלא במצב ממשי: הספר נכתב ממש עליו. אף שבכריכתו הפנימית ציינה הסופרת שכל קשר בין הרומן לדמויות במציאות מקרי בהחלט, עולה וצפה בו דמות הקורא: הינה אין זו עוד הסופרת, כי אם אהובתו משכבר הימים שירה בו את חיצי ביקורתה; הינה אין זה עוד בן הזוג של הסופרת כי אם הקורא עצמו שמשוטט נכלם בין דפי הספר; הינה דמותו שלו ניבטת מן המראה שבספר, פועלת כפי שפעל הוא עצמו, עושה מעשים שאינו גאה בהם, מציגה את כל מאווייו הכמוסים של הקורא, אלו שחשף ברגע של אינטימיות עם זוגתו ושעתה נגלים לפני עולם ומלואו. שואל עצמו הקורא, שמגיע לכלל מסקנה כי על כורחו הפך לגיבור שלילי בספר שכל מכריו יזהו את דמותו בו: מה יעשה? האם מערכת המשפט תוכל לסייע בידו למנוע את המשך הפרסום של הספר?

מענה לתהייה זו מצוי בפסק הדין המקיף של בית המשפט העליון בעניינם של מחבר ספר ושל אישה, שנכנה אותם כאן יובל ואורית. בפסק הדין נדרש בית המשפט העליון להתמודד עם התלבטות חריגה: הגבלת פרסום ספר משיקולים של פגיעה בפרטיות (ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691 (2014)).

ביסוד אותו הליך, שיש בו דמיון חלקי בלבד למצב שבראשית הדברים, עמדה תביעתה של אורית, שטענה כי היא הגיבורה ברומן ביכורים בדיוני – בשמו אבל לא במהותו – שכתב יובל, בן זוגה לשעבר. לגישתה, באותו רומן, שכל מכריה יזהו מייד כי עליה נכתב, נחשפים חייה, מעשיה וכל צפונות ליבה לקהל הקוראים. הסופר היה אדם נשוי ואב לילדים שהתגורר עם משפחתו בירושלים, שם פגש באורית, שהועסקה בבית קולנוע בעיר, למדה בתור סטודנטית במוסד לאומנות והתגוררה עם בן זוגה. ההיכרות הפכה למערכת יחסים אינטימית ממושכת, תחילה בהיחבא ולאחר מכן תוך חשיפתה לסביבה הקרובה לשניים, ובהמשך פרידה של כל

אחד מן השניים מבין זוגו וחבירתם זה לזה לשנים אחדות. הספר כולל תיאורים מפורטים של תלאות יחסיהם, של תוכני פגישות, שיחות ומכתבים בין השניים, של עולמם הנפשי ועולמם הרגשי, ואפילו של פרטי יחסיהם האינטימיים.

עם ההוצאה לאור והפרסום מרובה מהלכי יחסי הציבור, פנתה אורית ליובל ולהוצאת הספרים בדרישה לחדול לאלתר משיווק הרומן ומהפצתו, לאסוף את כל העותקים שהופצו, ולפצותה בגין נזקיה. הוצאת הספרים הסכימה באופן חריג לחדול זמנית מהפצת הספר וגם פעלה לקבל מן החנויות עותקים שלא נמכרו. אבל הסכמות כוללות לייתור המחלוקת לא הושגו, וכך הועשרה הפסיקה בפסק דין ייחודי בשדה הקרב המשפטי שבין חופש היצירה האוטוביוגרפית המוגדרת בדיונית, לזכות של מושא היצירה לפרטיות.

טענה אורית: הספר במהותו הוא אוטוביוגרפי, ולצד חייו שלו פורס הסופר לפני הקוראים ולפני כל מכריה של הגיבורה גם את חייה שלה, את גופה, את רגשותיה, את חולשותיה, את צפונות ליבה וסודותיה הכמוסים, את פעילותה והעדפותיה המיניות ואת מערכות יחסיה האינטימיות. השיב יובל, הסופר: זו רק יצירה בדיונית, והדמויות שהכיר בחייו הן לה רק השראה. את טענותיו תמך בחוות דעת של שני חוקרי ספרות מן המעלה הראשונה, פרופ' אריאל הירשפלד ופרופ' חנן חבר, שחיוו דעתם הנחרצת הן באשר להשתייכות היצירה לסוגת הבדיון, הן באשר לנזק הרב שייגרם אם התביעה תתקבל ויצירות ספרות תיגנזנה רק בעטייה של אפשרות, ולו של מתי מעט, לזהות דגם מציאותי בדמות הספרותית.

התביעה של אורית הוגשה תחילה לבית המשפט המחוזי בירושלים, והיא התבססה על עילות של פגיעה בפרטיות ושל פגיעה בשם הטוב. השופטת גילה כנפי-שטייניץ קיבלה את עמדת אורית וקבעה שלא קמה ליוצר הגנה מוחלטת מפני התערבות שיפוטית ביצירה. הגנה זו תחול מקום שאיזון הערכים המתנגשים, הם חופש היצירה מזה והזכות לפרטיות מזה, יצדיק זאת. באותו מקרה נקבע שאין המדובר ברומן בדיוני כי אם בספרות תיעודית אשר רק מוסויות כבדיונית, ושדמות הגיבורה שם אינה אלא בת דמותה של אורית, שמכריה וקרוביה יכולים לזהותה בתור גיבורת הספר. בית המשפט המחוזי אסר להמשיך לפרסם את הרומן ולהפצו, והעניק לאורית פיצוי כספי. בשלב זה ערער יובל על פסק הדין.

בפסק הדין של בית המשפט העליון, שכתב השופט נעם סולברג בהסכמת המשנה לנשיא מרים נאור והשופט סלים ג'ובראן, נקבע כי לפנינו מקרה שיוכרע על דרך האיזון השיפוטי בין זכויות יסוד מתנגשות: חופש הביטוי, ובפרט חופש היצירה האומנותית, מזה, והזכות לפרטיות מזה.

אשר לחופש הביטוי, הרי שזה עומד על גילוי האמת, על הרווחה האישית ועל ערכו במשטר הדמוקרטי. הוא מקרין כמובן גם על הביטוי האומנותי, זה שנועד לאפשר את פיתוח התרבות האנושית ולהיות אמצעי להבעת מאווייו הכמוסים של האדם וביטויים בפועל. בגרדי ביטוי אומנותי נכללת גם היצירה האוטוביוגרפית, זו שאגב הוצאתה לפועל ושעה ששזורות בה דמויות מחיי הכותב, אפשר שתבוא מי מדמויות אלה ותטען כי דמות אמת היא שפרטיותה ושמה נפגעו. ביצירה האוטוביוגרפית יש כדי לקדם את המימוש העצמי של היחיד, וגם לסייע

בהגדלת הידע האנושי, ואגב כך בחקר האמת ובחשיפתה. יש בה כדי להבטיח את זרימת הידע הישיר בין המחבר לציבור תוך עקיפת מנגנוני פיקוח דוגמת כלי תקשורת או צנזורה ממשלתית, שמונעים את זרימת הידע החופשית. יש בה כדי לסייע למיעוט החברתי ולמיעוט התרבותי להתבטא כאוות נפשם ולהעשיר את מגוון הקולות שנשמעים במרחב הציבורי.

ומנגד – הזכות לפרטיות, זו שהפסיקה הגדירה "אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו" (ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (13.6.1999)). זוהי זכות אשר חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נותנים לה ביטוי בישראל. זכות זו עומדת על הצדקות עצמאיות: אלו גורסות שהפגיעה בפרטיות כמוה כפגיעה בכבוד האדם, ברווחתו וביכולת המימוש העצמי שלו, ושאינן האדם יכול להיות חפץ, אמצעי להשגת מטרות אחרות. היא עומדת גם על הצדקות אינסטרומנטליות: כאלו שראויות בזכות לפרטיות אמצעי להשגת תכליות מהותיות, ובהן הבטחת מערכות יחסי אמן בין האנשים, כמו גם אמצעי להבטחת חיי קהילה נאותים ובסיס לקיום משטר דמוקרטי. פגיעה בזכות זו פוגעת באוטונומיה האישית, קורעת את המסך שמפריד בין הפרטי לציבורי, וגורעת מהזכות של אדם לנהל את חייו כרצונו.

פגיעה מיוחדת בזכות לפרטיות מתבטאת במישור של מערכות יחסים אינטימיות. דומה כי זהו לב ליבה של הפרשה הייחודית. באינן פרטיות, יסרב אדם לחלוק עם אחר את האינטימיים שבסודותיו, שמא ייחשפו הדברים לפני העולם כולו. כך הוא לגבי מערכות יחסים מקצועיות או חבריות. ודאי כך לגבי מערכות של יחסים רומנטיים. באלו חושפים בני הזוג את מאווייהם, רצונותיהם ושאיפותיהם הכמוסים ביותר, הכול מתוך אמונה מלאה, בבחינת חוזה בלתי כתוב, שהאחר ישמש בן ברית נאמן ובעל סוד ולא יחשוף את הדברים לתועלתו.

אם כן כיצד נאזן? בפסק הדין לא נמצא הצורך לסרטט בדייקנות את כל הגבולות של הזכות לפרטיות, משום שטענות התובעת היו בליבת הפרטיות ונסמכו על הוראות החוק המפורשות, אלו שמגדירות בתור פגיעה בפרטיות "פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד" (סעיף 11(2) לחוק הגנת הפרטיות). אכן, סייג לדבר קם אם מדובר בפגיעה שיש בה "ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין", אבל עניין שכזה יש לבסס, כמובן (סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות).

ראשית, כך נפסק, יש לבחון את מידת הבדיון של הרומן. שני המומחים מטעם המחבר הסבירו בחן ובמימונות עד כמה נבדלת הקטגוריה של ספרות הבדיון מזו האוטוביוגרפית-היסטורית: "להיסטוריון טענת אמת. לסופר אין טענת אמת", תמצת פרופ' הירשפלד. בחינה של תכונות היצירה ויסודותיה התבניתיים והסגנוניים הובילו את המומחים למסקנה שהרומן משתייך לקטגוריה הראשונה, של רומן בדיוני, גם אם שאב המחבר השראה מניסיונו ומאירועים שחווה. עמדה מנומקת זו לא נתקבלה על דעת השופטים שבחנו את הרומן. המדובר במפגש בין תחומים שונים, זה של הספרות וזה של המשפט, שיש בהם מן הדומה אבל יש לשמר גם

את הגבולות שביניהם. ממטרות הספרות - יצירת האומנות כשלעצמה ויצירת משמעות עבור האדם. ממטרות המשפט - הכרעה בסכסוכים, השלטת סדר ועשיית צדק. אלו ואלו לא תלכנה תמיד יד ביד. הגדרה ספרותית של יצירה בתור בדיונית לא תחייב בהכרח הגדרה דומה בתחום המשפט. אימוץ תפיסת העולם הספרותית התומכת בכל מכתם, ובתנאי שהוגדר בדיוני, יאפשר בנקל לכל החפץ בכך לפרסם דברים שעולים כדי פגיעה בפרטיות ולשון הרע, אם רק העטו על הכתב לכוש ספרותי בדיוני, בשם אבל לא במהות. השופט שבא להכריע בשאלת ה"בדיון", אינו מסתפק בקטלוג בינרי של היצירה, כפי שעשו המומחים חוקרי הספרות, אלא בוחן את מידת הבדיון של היצירה ואת מידת הקרבה של הדמויות והאירועים שבה למציאות. הוא יעשה כן על פי מידת ההיכרות של הקוראים השונים עם האירועים שמופיעים ביצירה: ככל שגדולה האפשרות כי ידידיו, או שמא מכריו או אפילו קוראים מן הקהל הרחב, ידעו לזהות את האדם בתור מי שמכבב ברומן, גדל הסיכוי לכך שהפרסום ייאסר.

בפסק הדין נקבע כי בנסיבות העניין ודאי שהיה אפשר שזיהו את התובעת, בין קרוביה, בין גורמים רחוקים יותר. המחבר הזדהה בשמו, והוא גיבור הספר. זיקתו לתובעת ידועה. והיא: תיאורה החיצוני המפורט, מקום לימודיה, עבודתה, מגוריה עם בן זוגה אז, נתוניה המשפחתיים - בדומה למציאות. פרויקט הגמר החריג של הגיבורה - כשל התובעת. אירועים שנכללו ברומן - מן המציאות, זו שנכחו בה ומכירים אותה רבים אחרים, ואשר ידעו כי בתובעת המדובר. ושעה שברור דיו כי רבים יידעו שבתובעת המדובר, מאליו זועק הקושי הטמון בכך שהמחבר חולק עם קוראיו את הכמוסים שבסודותיה: פורס את מערכות יחסיה האינטימיות ביותר, חושף את מחשבותיה, רגשותיה, מאווייה, סודותיה וחייה המיניים, כך שחיי התובעת נפרסים כספר הפתוח לפני הקוראים.

על יסוד קביעות אלה האיזון בין הזכויות הנוגדות הוביל לתוצאה ברורה. בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות, הפגיעה היא בליבת הזכות ולא בשוליה. במערכת היחסים הפרטית שבין בני הזוג נחשף כל אחד מבני הזוג עד תום בזכות יחסי האמון שבין הצדדים, בלא מגננות ובלא שיעטה עליו את שריון הקשקשים שהוא נושא עימו בציבור. משטר משפטי ראוי מקנה הגנה על מערכת יחסים זו, שהמחבר הפר את האמון שהיא אמורה להתאפיין בו. אל מול הפגיעה רבת המשקל שניצבת על כף הפרטיות במאזניים החוקתיים, מידת הפגיעה בחופש הביטוי במקרה של גניזת הרומן מתונה בהרבה: פגיעה בחופש היצירה, שההגנה עליו נופלת במידת מה מההגנה על הביטוי הפוליטי; פגיעה שמקורה אינו בפעולת הרשות כי אם ברצונו של אחר בהגנה על פרטיותו, ולכן הוגדרה "בינונית". אם כן, השופט סולברג קבע שהאיזון בין פגיעה חמורה וקשה בזכות לפרטיות אל מול פגיעה בינונית בחופש הביטוי נוטה לטובת ההגנה על הפרטיות. הסכימו עימו השופט ג'ובראן והמשנה לנשיא נאור, בהסיפם מתובנותיהם. התוצאה המעשית של פסק הדין הייתה שפרסום הרומן והפצתו נאסרו. הרומן נגנז.

פסק הדין במקרה מיוחד זה התווה את קו הגבול בין חופש היצירה האוטוביוגרפית, גם אם הוגדרה שייכת לסוגת הבדיון, לזכות לפרטיות של אלו שבגני דמותם ניבטים מן היצירה.



כדרכם של קווי גבול שנוצרים מאיזון בין זכויות, המדובר בקו חמקמק, כזה שמאפשר תמיד ליוצר ולמושא היצירה הנטען גם יחד לטעון שהמקרה מצוי בעבר האחר של קו הגבול. עם זאת, פסק הדין הגדיר עיקרון בעל חשיבות רבה בממשק שבין עולם הספרות לעולם המשפט, כזה המציב בפני יוצרים והוצאות לאור תמרורי אזהרה באשר לתכנים שאפשר לפרסמם ושאי אפשר לפרסמם.

מובן שמזווית הראייה הספרותית בלבד ייחשב פסק הדין לכזה שמצר עד מאוד את חופש היצירה ושמגביל אותה. אפשר גם לתהות, כדרכם של יובל ושל המומחים מטעמו, אם באיסור פרסום הרומן כאן יש משום פתח לגניזת יצירות רבות בספרות העברית, בין שהן יצירות מופת ובין שאינן כאלה. תשובה אמפירית קשה לתת: אי אפשר לדעת אילו יצירות נמנעו סופרים מלכתוב כליל מאימת גניזתן בשל דמיון יתר של גיבוריהן בכוח לדמויות במציאות. עם זאת, אפשר גם אפשר לדעת שהמקרה המתואר נותר חריג מובהק.

החשיבות של פסק הדין נעוצה לטעמי דווקא באפקט המרתיע שהוא יוצר מפני חשיפת האחר, אפקט שאין בו ראשיתו של מדרון חלקלק. כפי שציין השופט סולברג, אי אפשר להעלות על הדעת שהמשפט יסדיר יחסים בין עורך דין ללקוח או בין רופא לחולה, אך לא יפרוס חסותו ויגן על מערכת היחסים הרגישה ביותר של בני זוג. דווקא בעידן שבו די לכל אדם במקלדת ובגישה לאינטרנט כדי שיוכל לחלוק מהגיגיו, יש קושי בהכשר משפטי לכל יצירה הנסבה על מסתרי נפשו של אחר ועל כלימתו, ובתנאי שהוכרזה היצירה "בדיונית". בית המשפט גם הדגיש: לו רק נעתר המחבר להצעות שהעלו בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון, כל אחד בתורו, טרם מתן פסק הדין, לשינויים שמשטטים את דמות הגיבורה, להרחיק את היצירה מן התובעת ו"לקרוע" אותה מנקודות הציון של מציאות יחסיו – היה אפשר להביא לפרסום היצירה. המחבר בחר שלא לפעול כך, והרומן נגנז. אחרים יכולים להישמר יותר, לפרסם ולא לפגוע. והדגישה גם המשנה לנשיא נאור: פסילת יצירה ספרותית לא תיעשה אלא במקרה נדיר.

חרף היות פסק הדין תקדימי, כזה המעלה על נס את הזכות לפרטיות גם ביצירות ספרות שמוגדרות "בדיוניות", הרי שהחשש לפגיעה עתידית בעולם הספרות הישראלית הוא דל. וכעת תנוח דעתו של הקורא כי בידו להתרווח בכורסתו, להתחיל בקריאת הרומן החדש שזכה לשבחי הביקורות, ולדעת זאת: לא על הקורא עצמו ועל מערכות היחסים שניהל הוא נכתב. סודות שחלק במקדש הפרטיות יישארו שמורים, וחיי לא יהיו כספר הפתוח.

# מן הכלל אל הפרט: כבוד האדם וכבוד הבריות

ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום,  
פ"ד מזו(2) 464 (1992)

## פנינה נויבירט

שרה קסטנבאום ז"ל הלכה לעולמה ונקברה בהר המנוחות בירושלים בחלקה שבחזקת חברה קדישא גחש"א (גמילות חסד של אמת) "קהילת ירושלים". חברה קדישא קהילת ירושלים הייתה אחת מתשע חברות קדישא שפעלו בעיר, אבל בפועל סיפקה שירותים ליותר ממחצית מתושביה. היא נוסדה טרם הקמת המדינה, ובשונה מחלק מחברות הקדישא האחרות שפעלו אותה עת, חברה קדישא קהילת ירושלים נועדה להיות החברה קדישא של הציבור הצינוני בירושלים, חילוני כדתי, והיא הקפידה על כיתוב על טהרת השפה העברית על גבי המצבות בבית העלמין.

בשלב הראשון של הסדרת הלוויה חתם נציג המשפחה על "טופס רישום הזמנת קבורה", שאליו צורף דף הסבר. בתחתית הדף צוין כי "לפי תקנות הח"ק [חברת קדישא], הכתב שעל המצבה יהיה כתוב אך ורק באותיות עבריות ללא ספרות וללא ציור או תמונה". לאחר שהסתיימה השבעה והחלה היערכות להקמת מצבה, פנו בן הזוג של המנוחה ובנותיה וביקשו לכתוב על מצבתה את שמה באותיות לועזיות ואת תאריכי לידתה ופטירתה לפי הלוח הגרגוריאני. הם טענו כי המנוחה נולדה בארצות הברית והתגוררה בה רוב חייה. הם האמינו כי כיתוב זה יהיה לכבוד המנוחה ולרצונה ויאפשר למוקירי המנוחה להתייחד עם זכרה באופן המיטבי.

חברה קדישא קהילת ירושלים הסכימה לרשום על גבי המצבה תאריכים לועזיים במילים עבריות. אבל היא סירבה לכיתוב לועזי ולציון ספרות על המצבה. בעשותה כן הסתמכה על ההסכמה שנתן נציג המשפחה קודם ללוויה. חברה קדישא קהילת ירושלים נימקה את סירובה בטעם הלכתי, בפגיעה הגלומה בציון תאריך שהוא מניין להולדת ישו הנוצרי. נוסף על כך סיפקה טעם לאומי, ולפיו בית העלמין מתייחד בציון ציוני, שבא לידי ביטוי בהנצחת השפה העברית על קברי המתים.

מאחר שהצדדים לא הגיעו אל עמק השווה, הגיש בן הזוג של המנוחה המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי בירושלים ובמסגרתה עתר למתן פסק דין הצהרתי שלפיו יורשה לו הכיתוב שהתבקש על המצבה (ה"פ (מחוזי י"ם) 2116/89 קסטנבאום נ' חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים", פ"מ התשנ"א(א) 122 (1990)). מר קסטנבאום טען כי טופס רישום הזמנת

הקבורה שנציג המשפחה חתם עליו הוא חוזה אחיד, וכי תניית (סעיף) ייחוד הכיתוב העברי היא תנאי מקפח. השופט ורדימוס (ורדי) זיילר, נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, קיבל את המרצת הפתיחה. הוא קבע כי הדרישה לייחוד הכיתוב העברי על המצבות היא אכן תנאי מקפח בחוזה אחיד, שדינו להתבטל. עוד הוא קבע כי לא הוכח בסיס הלכתי או טעם לאומי לאיסור ציון תאריכים אזרחיים על המצבה. באשר לכיתוב הלועזי פסק השופט זיילר כי אין לכפות התנהגות לאומית על הפרט תוך פגיעה בזכויותיו וברגשותיו.

חברה קדישא קהילת ירושלים ערעה לבית המשפט העליון על פסק הדין. הערעור נדון לפני הרכב שכלל את הנשיא מאיר שמגר, המשנה לנשיא מנחם אלון והשופט אהרן ברק, ושהוליד פסק דין חשוב המוכר בכינוי עניין **קסטנבאום** (ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א** "קהילת ירושלים" נ' **קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992)).

הערעור של חברה קדישא קהילת ירושלים נדחה ברוב דעות של הנשיא שמגר והשופט ברק נגד דעתו החולקת של המשנה לנשיא אלון. עם זאת, החשיבות של פסק הדין נעוצה בדיון העקרוני שהוא זימן בכמה מישורים: המעמד של גופים כמו חברה קדישא, שהם "פרטיים" במישור הרשמי אך ממלאים תפקידים ציבוריים חיוניים; כוחן של תניות ה"מוכתבות" בחוזים אחידים; ובעיקר השאלה של איזון בין כבוד האדם (הפרט) לערך הצינוני של הנחלת הלשון העברית.

אפשר להקדים ולומר כי השופטים היו תמימי דעים באשר לעקרונות המסגרת החלים על הסכסוך. כל השופטים הסכימו כי חברה קדישא היא גוף שיש לראות בו "יציר כלאיים", כלומר גוף שהוא לא רק פרטי אלא גם ציבורי, ולכן חייב לכבד את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי, ולא לנהוג כגוף פרטי בלבד. עוד הסכימו השופטים שהטופס שנציג המשפחה חתם עליו הוא חוזה אחיד, שיש מקום לבחון אם תנאיו הוגנים, אף כי הם נחלקו בדבר התוקף המחייב של התניה החוזית באשר לייחוד הכיתוב העברי.

באיזון הערכי בין האינטרסים המתנגשים הסכימו כל שופטי ההרכב כי אין לקבל את הנימוק ההלכתי שהציגה חברה קדישא להצדקת ייחוד הכיתוב העברי על המצבות. עם זאת, התגלעה מחלוקת עקרונית בנוגע לאיזון הראוי בין הערך הצינוני של הנחלת הלשון העברית לכבוד האדם של נפטר וקרוביו.

שבועות בודדים קודם לפרסום פסק הדין נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהכיר בזכות לכבוד האדם כזכות יסוד מרכזית של השיטה. לפיכך עניין **קסטנבאום** היה מפסקי הדין הראשונים שבו נדרשו המשנה לנשיא אלון והשופט ברק להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולמשמעותן מבחינת תכליתו והערכים שעליהם הוא נועד להגן. הקביעות בפסק הדין בעניין **קסטנבאום**, הגם שלא עסקו בביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים, שימשו תשתית לפסיקה הענפה שיישמה את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במגוון הקשרים לאחר מכן. דעת הרוב פסקה כי יש להתיר למר **קסטנבאום** את הכיתוב שביקש על המצבה. הנשיא שמגר קבע כי חברה חופשית לא תתערב בענייני הפרט אלא במקרים חריגים שיש להם הצדקה

אובייקטיבית, קרי: במקרה של פגיעה בכלל או בפרט אחר שהאדם הסביר אינו יכול להשלים עימה. הנשיא שמגר התרשם כי מבוקשו של מר קסטנבאום אינו יוצא דופן באופן קיצוני ואינו בעל אופי פוגע. הוא הוסיף וקבע כי יש לנהוג בסובלנות ולהתחשב באופן מרבי ברגשות מי שבא להנציח את יקירו בהצבת מצבה. הנשיא שמגר התרשם כי העקרונות שבשמם התנגדה חברה קדישא קהילת ירושלים לרישום הלועזי, שהוצגו כעקרונות מקודשים, אינם נהוגים בבתי קברות אחרים. לכן הוא סבר שאין הצדקה להטיל הגבלות על הפרט לשם הגנה על עקרונות אלה. נוסף על כך, קבע הנשיא שמגר כי ההסדר החוזי שנערך בדבר ייחודיות הכיתוב העברי אינו משנה את מסקנתו, שכן עקרונות המשפט הציבורי משליכים גם על ההסדר החוזי בין בעלי הדין ועל הכללים שלפיהם ייבחן תוכנו. קבורה היא שירות ציבורי חיוני, וחופש הבחירה של מי שבא בעת יגון להסדיר את קבורת יקירו הוא מוגבל, ולכך יש לתת משקל ביישום דיני החוזים. לכן גם עקרונות המשפט הפרטי מביאים לתוצאה דומה, בין שההוראה תיבחן במשקפיים של דיני החוזים האחידים ובין שתיבחן במשקפיים של תקנת הציבור בחוזים רגילים.

בדומה לכך, השופט ברק פסק כי חברה קדישא קהילת ירושלים כפופה לחובות מהמשפט הציבורי, ולכן מחויבת לפעול בהגינות ובסבירות ובלי לשקול שיקולים זרים ומפלים. הוא קבע כי החובה הציבורית של חברה קדישא קהילת ירושלים היא להגשים את התכלית העומדת ביסוד הסמכות השלטונית שהיא מפעילה. תכלית זו כוללת את התכלית הסובייקטיבית של הוראות החוק שמכוחן היא פועלת, ואת התכלית האובייקטיבית של כל דבר חקיקה בישראל, הכפוף לעקרונות היסוד של המשפט הדמוקרטי.

במסגרת השיקולים שחברה קדישא מוסמכת לשקול, מנה השופט ברק את שיקול הנחלתה של השפה העברית, לצד השיקול של כבוד האדם. הוא הבהיר כי כבוד האדם הוא זכות יסוד בעלת מעמד חוקתי המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד עמד השופט ברק על עקרון הסובלנות, העומד ביסוד הקיום של משטר דמוקרטי. השופט ברק קבע כי ייחודיות הכיתוב העברי על המצבה של אדם שאינו חפץ בכך, פוגעת פגיעה ממשית וקשה בכבודו של אותו אדם. מנגד, הוא קבע כי כיתוב לועזי על המצבה אינו פוגע פגיעה של ממש בכבוד האדם של אלה שהכיתוב אינו נראה להם. על כן באיזון בין השיקולים הנוגדים הכריע השופט ברק כי דרישת ייחודיות הכיתוב העברי אינה סבירה.

אגב זאת עמד השופט ברק על מרכזיות כבוד האדם, הנמנה עם זכויות האדם הבסיסיות, ושממנו נגזרות זכויות רבות. הוא הבהיר כי בהתאם להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, רשות שלטונית המבקשת לפגוע בכבוד האדם, חייבת לקבל הסמכה מפורשת וברורה המעוגנת בהוראות חוק ההולם את ערכי מדינת ישראל, וכי הפגיעה חייבת להיות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. במקרה זה, קבע השופט ברק, הסמכות שניתנה לחברה קדישא לנהל בתי עלמין אינה כוללת את הסמכות להכתיב כיתוב על מצבה ולפגוע בכבוד האדם של הנפטר ושל משפחתו.

באשר לתניה החוזית של ייחוד הכיתוב העברי, פסק השופט ברק כי היא תנאי מקפח בחוזה אחיד הפוגע בכבוד האדם מעבר למידה הראויה. השופט ברק הדגיש את האופי האחיד של

החווה, ובכלל זה של תניית ייחוד הכיתוב, בנסיבות שבהן הוא נחתם ללא משא ומתן של ממש, במצב קשה, בהיות קרובי המנוחה שרויים באבלם. עוד הוסיף השופט ברק כי יש לפסול תניה זו גם מכוח עקרון "תקנת הציבור", המעוגן בדיני החוזים. הוא קבע כי את חופש החוזים, שהוא זכות חוקתית, יש לאזן כנגד אינטרסים נוספים הראויים להגנה, בהם כבוד האדם. לדבריו, התניה בדבר ייחוד הכיתוב העברי נוגדת את תקנת הציבור בפוגעה פגיעה קשה וממשית בכבוד האדם ובסובלנות הנדרשת בחברה דמוקרטית.

מנגד, המשנה לנשיא אלון גרס בדעת המיעוט כי יש לקבל את הערעור של חברה קדישא קהילת ירושלים ולהכיר בערך העל של כיתוב בלשון העברית, שהיה מקובל על כל הנפטרים בבית העלמין, ושאיחד את אלה שמצאו בו את מנוחתם. גם המשנה לנשיא אלון ראה בחברה קדישא קהילת ירושלים גוף שכפוף לנורמות מהמשפט הציבורי. אבל הוא ראה בהחלטה על ייחוד הכיתוב העברי החלטה סבירה וראויה להגנה. המשנה לנשיא אלון הדגיש כי לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תכלית דו־ערכית: הוא נועד לעגן את ערכי מדינת ישראל הן היהודית, הן כדמוקרטית. בהיותם כאלה, יונקים ערכי המדינה מערכי מורשת ישראל והיהדות ומערכי הדמוקרטיה. המשנה לנשיא אלון ראה בייחוד של הכיתוב העברי ערך יסוד בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית בהתאם להוראות חוק היסוד.

המשנה לנשיא אלון סבר שדווקא בכיתוב הלועזי יש פגיעה חמורה באינטרס של הזולת, בכבוד המתים שבחרו להיקבר בבית העלמין בידועם כי הכיתוב על המצבות שם הוא על טהרת העברית, ובכבוד בני משפחותיהם. זאת בפרט מאחר שקרובי המנוחה היו יכולים לבחור בקבורה אצל חברות קדישא אחרות, המאפשרות כיתוב כפי רצונם. בהתאמה, המשנה לנשיא אלון קבע כי את התניה בדבר ייחוד הכיתוב העברי אין לפסול. הוא לא ראה בה משום תנאי מקפח, כי אם תנאי סביר והגון, בפרט מאחר שהיו חלופות ראויות לקבורה כפי רצון המנוחה וקרוביה. המשנה לנשיא אלון גם הזהיר מפני שימוש בלתי אחראי במושג "תקנת הציבור" לצורך פסילת תניות בחוזים. זאת נוכח חשיבות עקרון חופש החוזים, שממנו אין לסגת, זולת במקרים חריגים ויוצאי דופן של פגיעה באושריות יסוד של הסדר החברתי.

באיזון הראוי בין העקרונות המתנגשים עיקר המחלוקת בין המשנה לנשיא אלון לשופט ברק נסבה על המשקל הראוי שיש לייחס לערך הציבורי של הנחלת השפה העברית באמצעות הכיתוב על גבי המצבות.

השופט ברק גרס כי היתר לכיתוב לועזי על מצבות בבית העלמין שבחזקת חברה קדישא קהילת ירושלים לא יפגע פגיעה של ממש בכבוד האדם של אלה שהכיתוב אינו נראה להם. הוא סבר כי פגיעה שכזאת היא "פרי רגישות חריגה ויוצאת דופן" בלבד. אבל, לשיטתו של השופט ברק, הפגיעה בכבוד האדם שבעמידה על ייחודיות הכיתוב העברי היא שיוצרת פגיעה ממשית "[ב]רגישות הטבעית והרגילה של אדם הרגיש לכבוד האדם" (עמ' 523).

המשנה לנשיא אלון חלק על ההבחנה שערך השופט ברק בין מי שרגישותו טבעית ורגילה למי שרגישותו חריגה ויוצאת דופן. הוא עמד על עולם הערכים של הציבור הצינוני לכל גווניו,

שביקש להיקבר דווקא בבית עלמין זה מתוך ידיעה כי הכיתוב על המצבות בו הוא על טהרת העברית – אלו שביקשו במוותם לצוות חיים לשפה העברית. הוא הדגיש כי המתים הקבורים בבית העלמין אינם יכולים עוד להשמיע את קולם. הפגיעה בהם ובקרוביהם בביטול ייחודיות הכיתוב העברי על המצבה, היא פגיעה חמורה באינטרסים של הזולת ללא הצדקה ממשית, לאחר שעמדה למנוחה וקרוביה האפשרות לבחור במקום קבורה ההולם את תפיסת עולמם, בלי לפגוע בצביון המקום. מבחינה זו הפסיקה של המשנה לנשיא אלון נתנה ביטוי למשקל שיש לייחס לערכי הציבור ולרגשותיו באיזון בין הפרט לכלל. הוא הדגיש את חשיבות כבוד הבריות בתור ערך יסוד המוטמע בדין היהודי.

ביטוי ציורי לחשיבות המיוחסת לכבוד הבריות, שעליו עמד המשנה לנשיא אלון, מובא במדרש בתלמוד הבבלי (תענית כ, ע"א-ע"ב). המדרש מספר על רבי אלעזר, בנו של רבי שמעון בר יוחאי, שיצא מבית רבו ופגש באדם שנדמה לו מכוער ביותר. אותו אדם בירך את רבי אלעזר בשלום, אבל רבי אלעזר לא החזיר לו ברכה. תחת זאת הטיח באדם: "ריקה, כמה מכוער אותו האיש. שמא כל בני עירך מכוערין כמותך?". רבי אלעזר נזף באדם רק משום חזותו החיצונית ואף הניח, משום מה, כי כל בני עירו של אותו האדם מכוערים כמוהו.

האדם שפגש רבי אלעזר השיב לעלבונות שהוטחו בו, במילים: "לך ואמור לאומן שעשאני: כמה מכוער כלי זה שעשית!". בתשובתו זו הבהיר האדם לרבי אלעזר כי כל אדם נברא בצלם אלוקים. על כן אין לבוז לאיש, גם לאלו הנראים לך מכוערים ושונים ממך. תשובת האדם לרבי אלעזר ממחישה את חשיבות כבוד האדם, בבחינת "חביב אדם שנברא בצלם" (משנה, אבות ג, יד). אך לא פחות מכך, היא ממחישה את חשיבות כבוד הבריות. כולם נבראו בצלם, ובחירותיהם, ערכיהם ורחשי ליבם, טעונים הכרה מיוחדת.

רבי אלעזר קיבל את ביקורתו של האדם. הוא התנצל בפניו בנוכחות בני עירו – אותם בני עיר שכינה קודם לכן מכוערים – והכיר באחריותו לכבוד הפרט והכלל. את הלקח שהפיק מפרשה זו סיכם רבי אלעזר במילים: "לעולם יהא אדם רך כקנה ואל יהא קשה כארז". רבי אלעזר למד להתחשב באחר – ביחידים ובציבור. הוא הבין כי נדרשת ממנו התנהגות רכה וגמישה כלפי אלו השונים ממנו, כזו הנמשלת לרכות הגמישה של הקנה. הוא למד כי אין לפגוע ברצונות הציבור שביקרבו הוא בא, גם אם מנהגיו נדמים לו נחותים ומכוערים.

על ערכו של הציבור ועל הכבוד שיש לרחוש גם לו עמד המשנה לנשיא אלון בפסק דינו. בחירת קרובי המנוחה לקבורה בבית העלמין שבחזקת חברה קדישא קהילת ירושלים, חייבה, לדבריו, התחשבות במנהג המקום. גם אם ערכי שוכני בית העלמין שונים מערכי המנוחה וקרוביה, אין להקל ראש במנהג שהונהג בבית העלמין זה למעלה מיובל, אין לזלזל בו ואין לבטלו במחי יד. זאת בפרט מאחר שעמדו לקרובי המנוחה חלופות נגישות לקבור אותה כרצונם, תחת אכיפה על חברה קדישא קהילת ירושלים לעמוד בדרישותיהם.

ברוח מידת הגמישות שרבי אלעזר הטיף לה, ציין המשנה לנשיא אלון כי את דרישת הסובלנות הברורה הנדרשת מטעם הרוב כלפי המיעוט, ראוי לאזן במידה מסוימת של סובלנות

מטעם המיעוט כלפי הרוב. לצד ההגנה על זכויות הפרט מפני כוח הרוב, נדרש הפרט לכבד את ערכי הציבור, להבין אותם ולגלות אורך רוח כלפיהם.

בפסק הדין הסכימו למעשה כל השופטים כי עקרונות המשפט הציבורי ועקרונות המשפט הפרטי, הגלומים בדיני החוזים הכלליים ובדיני החוזים האחידים – מביאים לתוצאה זהה, כל אחד לשיטתו. הדבר ממחיש כי המשפט הציבורי והמשפט הפרטי מקיימים ביניהם יחסי איזון פנימי.

לצד זאת, ממחיש פסק הדין כי האיזון הערכי שבבסיס ענפי המשפט השונים עשוי להיות שנוי במחלוקת. במקרה זה הכריעה דעת הרוב כי יש להעדיף את כבוד הנפטר ובני משפחתו על פני ערך הנצחת השפה העברית. היא ביטאה אמירה ברורה בדבר הערך החוקתי שבהגנה על כבוד האדם מפני כוח הרוב. מונחת לנגד עינינו גם דעת המיעוט, שהדגישה את הערכים החוקתיים שבהגנה על כבוד הציבור ורגשותיו, בשמירת צביונו הציוני ובהכרה בכבוד הבריות לצד כבוד האדם.

## **"מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא שלטון אישים"**

בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80 (1949)  
בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951)  
בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד (2) 479 (2010)

### **אליעד וינשל**

בשנת 1949 סבר ראש הממשלה העוצמתי והבלתי מעורער של המדינה הצעירה, דוד בן-גוריון, כי ההעסקה של ד"ר ישראל שייב, האיידאולוג של תנועת הלח"י, בתור מורה היא סכנה לביטחון המדינה. שייב עתר לבג"ץ נגד ההחלטה שלא להעסיקו. במפגש זה בין דמות ה"מלך" לדמות "נביא הזעם" מצא בית המשפט העליון כר נוח לפיתוח העקרונות של ממלכתיות ושלטון החוק (בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951)). "כבודו של שר הבטחון במקומו מונח", פסק השופט שניאור זלמן חשין, אולם "עניני חינוך לא לו נמסרו, ולא בתחומי סמכותו הם מצויים" (עמ' 406). הוא הוסיף ש"מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא שלטון אישים" (עמ' 407). כך הובהר כי כלל היסוד שלפיו אין הממשל רשאי לפעול ללא סמכות לפי החוק, חל גם על המנהיג, דומיננטי ככל שיהיה, וכי ההגנה על זכות הפרט חלה גם לגבי אלה שנמנים עם המיעוט הפוליטי. ד"ר ישראל שייב היה מורה, מחנך ופעיל פוליטי עוד בתקופה שקדמה להקמת המדינה. עם הקמתה של תנועת הלח"י הוא הפך לאחד ממפקדיה ופעל במחתרת בכינוי "אלדד" (ובהמשך אימץ אותו לשם משפחתו החדש). יש שסוברים (גם בתוך התנועה הרוויזיוניסטית) כי בכתביו – לפני תקופת המחתרות ואחריה – ניכרו עמדות קיצוניות.

לאחר הקמת המדינה ביקש שייב לשוב לשמש מורה ופנה לצורך כך לכמה בתי ספר. אלו דחו את בקשתו עד שלבסוף הוצעה לו משרת הוראה בבית הספר הפרטי "מונטיפיורי" בתל אביב. והינה, בחלוף שבועיים הודיע מנהל בית הספר לשייב שאין ביכולתו להמשיך בהעסקתו. עד מהרה הובהר שהסיבה לכך היא התנגדות של ראש הממשלה ושר הביטחון. טעמיה הועלו על הכתב במכתב של בן-גוריון לשייב: "משרד הבטחון התנגד להזמנתך כמורה מפני שאתה מטיף בספרך ובעתונך להשתמש בנשק נגד צבא ההגנה לישראל וממשלת ישראל במקרים הנראים לך" (הציטוט מופיע בעמ' 415).

הינה כי כן, ראש הממשלה ושר הביטחון התנגד להעסקה של שייב בתור מורה בבית ספר פרטי, מאחר שמנקודת מבטו היה זה מעורב בהמרדה נגד הממשלה. מנגד טען שייב – אשר



יוצג בידי עו"ד אברהם וינשל, שאליו עוד אשוב – כי הרקע הוא "פעילותו במחתרת בעבר והשקפותיו הפוליטיות, שעמדו לו לשטן בדרכו" (עמ' 402).

נקודת המוצא לדיון הייתה העוצמה של הרשות המבצעת במארג היחסים בין רשויות השלטון. רשות זו פעלה עוד טרם נבחרה הכנסת הראשונה ובהעדר פרלמנט נבחר. בראשה עמד ראש ממשלה עוצמתי, ושליטה בה תנועה פוליטית דומיננטית ולמעשה הגמונית (מפלגת מפא"י). נוסף על כל אלה, הממשלה פעלה במצב חירום מובהק במהלך מלחמת העצמאות וגם לאחר שוך הקרבות.

האמת ניתנת להיאמר: מבחינת הממשלה הצעירה האיום לא היה חיצוני בלבד. טרם הקמת המדינה לא הייתה ביישוב היהודי הגמוניה מחייבת בכל הנוגע לשימוש בכוח המזוין, והחזיקו בו כמה כוחות צבאיים קטנים (ההגנה, אצ"ל ולח"י). עם הקמת המדינה פורקו המחתרות, אבל לא חלפה המחלוקת האידאולוגית הקשה. חלק מיוצאי המחתרות אצ"ל ולח"י סברו שבן-גוריון וממשלתו מסכנים את הקיום של עם ישראל בארצו החדשה, ואילו בן-גוריון סבר שגורמים אלה חותרים תחת השלטון ושתפיסותיהם יביאו לכיליון. רק שנים ספורות קודם לכן, בשנת 1944, הגיע המתח לשיאו בתקופת הסזון, עת ההגנה הייתה מעורבת במסירת אנשי אצ"ל ולח"י לידי הבריטים. המתח כמעט שהגיע לכדי מלחמת אחים במהלך חודש יוני של שנת 1948 בפרשת אלטלנה, כאשר בן-גוריון הורה (במטרה למנוע חימוש כוחות לוחמים שאינם סרים למרות שלטונות המדינה) לירות בתותחים על ספינה ובה נשק שיועד לאנשי אצ"ל. באירוע נהרגו 16 אנשי אצ"ל ובהמשך נעצרו כ-200 אנשי אצ"ל נוספים. במאמריו האשים שייב את בן-גוריון ברצח ובשיתוף פעולה עם השלטון הבריטי, ולהבדיל מהזרם המרכזי הרוויזיוניסטי, סירב להכיר בלגיטימיות שלטונו. אי אפשר להבין את החשיבות המשפטית של פסק הדין בעניין שייב ואת חשיבותו ההיסטורית ללא רקע זה.

את פסק הדין המרכזי כתב השופט שניאור זלמן חשין, אשר נמנה עם השופטים הראשונים של בית המשפט העליון. ההרכב הראשון של בית המשפט נקבע בחודש יולי של שנת 1948 בידי הממשלה הזמנית ובאישור מועצת המדינה הזמנית, עוד קודם שהתקיימו הבחירות לכנסת הראשונה. ברשימת המועמדים הסופית שאישרה הממשלה שבוע לפני המינוי, נכלל גם משפטן מקרב הזרם הרוויזיוניסטי, עו"ד אברהם וינשל, מי שלימים ייצג את שייב. בסופו של דבר הושמט שמו מהרשימה, ולרשימה נוסף השופט חשין. עוד מעגל נפתח ונסגר.

ויש עוד רקע לפסק הדין. עוד בחודש ינואר 1949, חודשים ספורים לאחר הקמת בית המשפט העליון, נדרש השופט חשין בפסק דין קצר ומכונן לעקרון שלטון החוק ולהגנה הנגזרת ממנו על זכויות היסוד. פסק הדין ניתן בעניין סלומון בז'רנו ואנשים נוספים שהתפרנסו משדלנות במשרדי רישוי הרכב ("מאכערים") ושכניסתם למקום נמנעה בשל רצון למנוע שחיתות (בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שריהמשטרה, פ"ד א 121 (1949)). לטענת המדינה, שיוצגה על-ידי חיים כהן, פרקליט המדינה (ולימים גם היועץ המשפטי לממשלה והמשנה לנשיא בית המשפט העליון), לא נדרש מקור סמכות לשם כך, מאחר שלאזרח אין זכות קנויה "לעסוק במשרדי התנועה כ'שליחים מקצועיים'" (עמ' 82).

בהתייחסו לכך בית המשפט נמנע מלעסוק בשאלות המהותיות שעלו מתגובת המדינה, והתמקד בנקודת המוצא: הפרט רשאי לעסוק במשלח יד שבחר בו לעצמו, והמדינה שמבקשת לפגוע ב"זכותו הטבעית" נדרשת להצביע על מקור סמכות להגבלת זכותו. העיקרון, שלימים כונה "עקרון חוקיות המנהל", נוסח בפסק הדין בעניין ב'זרנו כך: "מקום שמבקש מתאונן על כך, שפקיד ציבור אוסר עליו לעשות פעולה מסויימת, אין על המבקש להוכיח, כי קיים חוק אשר לפיו חלה על הפקיד הציבורי החובה להרשות לו לעשות את הפעולה, אלא להיפך, על הפקיד הציבורי להוכיח כי יש צידוק לאיסור אשר הוא אוסר" (עמ' 82).

פסק הדין מבטא את ההבחנה הבסיסית בין חירות הפרט, שהנחת היסוד לגביה היא שאינה מוגבלת, לסמכות המוגבלת של השלטון. הבחנה זו עומדת בבסיס עקרון שלטון החוק. גם אם התכלית שהשלטון מבקש לקיים מוצדקת – ודוגמה מובהקת לכך היא מניעת שחיתות – אין הוא רשאי לנקוט פעולה ללא סמכות, ובייחוד אם הפעולה פוגעת בזכות יסוד (במקרה זה חופש העיסוק). הטענה שלפיה על האזרח להוכיח את זכותו לעבוד במשלח יד מסוים, נדחתה ובית המשפט הבהיר שהכלל הפוך: בהעדר חקיקה מפורשת שאוסרת על אדם לעבוד במשלח יד, אין להגביל את זכותו. ולגבי העותרים בעניין ב'זרנו נפסק ש"זוהי זכותם: זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה" (עמ' 83).

התקדים שנקבע בעניין ב'זרנו נחשב לאבן יסוד של המשפט המנהלי ונמנה עם ההלכות המצוטטות ביותר של בית המשפט העליון עד היום. עם זאת, האמת ניתנת להיאמר שההקפדה על עקרון החוקיות באותו מקרה ופסילת מעשה המנהל לא עוררו רגישות מיוחדת. במובן זה בית המשפט הלך על "קרקע יציבה". שנתיים לאחר מכן, בחודש פברואר של שנת 1951, כאשר פסק בעניין שייב, הוא כבר נכנס לזירה הרגישה שבין האידאולוג של תנועת הלח"י לראש הממשלה דוד בן-גוריון.

המשמעות היסודית של עקרון שלטון החוק, כפי שהבהיר השופט אולשן בפסק הדין בעניין שייב, היא שהגבלות על חירות הפרט "צריכות להקבע על ידי החוק, כלומר על ידי החברה המשקפת את דעתה בחוקים הנחקקים בבית המחוקקים המייצג אותה, ולא על ידי השלטון המנהלתי, שתפקידו הוא רק לבצע את הטלת ההגבלות האלה, בהתאם לחוקים" (עמ' 411). מאחר שהוראות החוק לא הסמיכו את הממונה במשרד החינוך, ובוודאי לא את שר הביטחון, להורות להימנע מהעסקת מורה בבית ספר פרטי, הורה בית המשפט על בטלות ההנחיה שלא להעסיק את שייב.

הנימוק העיקרי לקבלת העתירה של שייב היה פשוט: אין הממשל רשאי לפעול ללא סמכות לפי החוק. השלטון פועל לפי חוק ומכאן שפעולתו ללא הסמכה בחוק אינה תקפה. בתמצית זהו עקרון שלטון החוק. המבחן הגדול של דמוקרטיה מודרנית הוא ביישומו – האם ברגעי האמת ובעת הכרעות שחשובות לשלטון ולמנהיג, ימשיך השלטון להיות כפוף לחוק. לכך מתייחסת האמירה הברורה והחדה של השופט אולשן בפסקה הראשונה לפסק דינו: "לו היינו

מסרבים להזקק לבקשת המבקש היינו מסייעים לכך שעקרון 'שלטון החוק' השולט במדינה ייעשה פלסטר" (עמ' 411).

הביקורת של בית המשפט על התנהלות ראש הממשלה בן-גוריון יצרה פסיקה מכוונת במועד שבו ניתנה. יש לזכור כי עם הקמת המדינה נקודת המוצא למערכת היחסים בין הרשויות הייתה מורכבת. בהכרזת העצמאות לא הותווה מבנה השלטון ולא נקבעו עקרונותיו הבסיסיים. החוקה שהייתה אמורה להיות מגובשת תוך זמן קצר, לא הותקנה. התוצאה היא שהסדרת מערכת היחסים בין הרשויות נותרה בעיקרה לרשויות השלטון עצמן: הכנסת, הממשלה ובית המשפט העליון. כל זאת בעיצומם של תקופת חירום ושל מעבר משלטון מנדטורי לשלטון עצמאי.

אם כן, מעבר לחשיבותו המשפטית נודעת לפסק הדין בעניין שייב חשיבות היסטורית גם בהיבט של ביסוס המעמד הממלכתי של בית המשפט העליון. אף שעמדותיו של שייב היו קיצוניות גם בקרב הרוויזיוניסטים, הרי שהניסיון למנוע את העסקתו נתפס כפגיעה בזכויות הפרט על רקע עמדתו הפוליטית וכחלק מניסיון להדרת זרם פוליטי. זאת ועוד, בתקופה האמורה לא רק שייב התקשה במציאת מקור פרנסה. גם "פורשים" רבים אחרים ובני משפחותיהם הודרו מתפקידים ציבוריים. אף שהמשמעות העיקרית של פסק הדין הייתה סמלית בלבד ובסופו של דבר שייב לא הועסק בתור מורה, הרי שפסק הדין בעניינו ביסס את האמון בבית המשפט כמוסד ממלכתי.

כפי שעולה בבירור מניתוח פסק הדין בעניין בז'רנו, עקרון חוקיות המנהל הוא עיקרון "פורמלי", אך בבסיסו ערכים מהותיים של הגנה על חירויות הפרט. זכות היסוד שעמדה במוקד פסק הדין בעניין בז'רנו ושגם שייב עתר לה, היא חופש העיסוק. לצד זאת אפשר ללמוד מפרשת שייב גם על חשיבות עקרון שלטון החוק בהיבטי השוויון וזכויות המיעוט.

פסק הדין נפתח בביקורת קשה על העותר שייב, אשר השופט חשין ראה בו מי שמנסה לפעול לעירוב בין הפוליטי לחינוכי, בין הממלכתי למפלגתי. פסק הדין הבהיר כי מנקודת המבט של השופטים אין מניעה לחוקק חוק שמונע להעסיק בתור מורים את אלה שמעורבים בפוליטיקה, בהם שייב, ולמעשה בית המשפט גם קרא לפעול כך. אלא שחקיקת חוק מעין זה הייתה מונעת משרות הוראה מציבור גדול של פעילי מפלגות השלטון, וממילא לא הייתה לממשלת בן-גוריון כוונה לנקוט צעד זה. אפשר אף לראות בהצעה של בית המשפט לחוקק חוק כללי בנושא, משום תמרור אזהרה מפני פרקטיקה שמנצלת הסדרה חלקית של תחום מסוים. ההקפדה שהפעלת סמכות – גם אם היא ראויה – תיעשה בצורה כללית ולפי חוק, תורמת לעקרון השוויון ומונעת פגיעה בזכויות אדם על בסיס קונקרטי ולא כללי.

עקרונות אלה נקבעו בפסיקה המוקדמת של בית המשפט העליון ואפשרו להגן על זכויות באמצעות שימוש בכלים פורמליים. הם מוסיפים להיות עקרונות חשובים ורלוונטיים. בחלוף השנים שוכלל היישום של עקרון חוקיות המנהל והובהר כי ככל שהפעולה השלטונית פוגעת יותר בזכויות הפרט, כך ההוראה המסמיכה בחוק שעליו היא מתבססת צריכה להיות ברורה יותר ומפורשת יותר.

ואומנם, בית המשפט העליון הבהיר בהודמנויות שונות שאין די בהוראת חוק מסמיכה שתשמש "קולב" להיתלות בו. דוגמה לשימוש "יצירתי" בסמכויות הקבועות בחוק התעוררה בעניינו של ד"ר עאדל מנאע שהגיש עתירה נגד שימוש במחסומי משטרה לא רק לצרכים מבצעיים, אלא גם לצורך גבייה מנהלית של חובות (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010)). לגורמי הביטחון סמכות להקים מחסומי דרכים במטרה להתמודד עם איום ביטחוני. לגורמי גבייה מנהלית של חובות נתונה סמכות להחרמת רכב של חייב, אולם אין הם רשאים להקים מחסומי דרכים לצורך כך. אבל בפועל נציגים של אגפי גבייה "הצטרפו" למחסומים שהמשטרה הקימה במזרח ירושלים על רקע ביטחוני. ושוב התעוררה השאלה: גם אם גביית חובות היא רצויה – האם פעלה המדינה בהתאם לסמכותה?

בעניין מנאע טענו הרשויות כי הסמכות הכללית של גורמי הביטחון לכידוק ביטחוני וסמכות רשות המיסים להחרים רכבי חייבים, מספיקות כדי לאפשר החרמת רכבים במחסומים. טענה זו נדחתה. נפסק כי כאשר פעולת הרשות עלולה להביא לפגיעה בזכות יסוד, "אין הרשות יוצאת ידי חובתה בהצביעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה... על ההסמכה לפעולה להיות ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית" (פסקה 14).

אם כן, לא רק שצריכה להיות סמכות בחקיקה, אלא שהסמכה זו אינה יכולה להיות בעלת אופי כללי, במיוחד אם מדובר בפגיעה בזכויות האדם. עקרון חוקיות המנהל מחייב לקבוע בחקיקה תנאים וסייגים להפעלת סמכות הפוגעת בזכויות הפרט. מגבלות אלה נחוצות במיוחד במדינה המודרנית, שבה כמעט כל הפעלת סמכות מעוגנת, גם אם בכלליות, בדבר חקיקה. לקראת סיום אבקש לחזור לחשיבות המשפטית וההיסטורית של פסק הדין בעניין שייב. בספרות הובעו בנוגע אליו עמדות שונות: יש שרואים בו פסק דין מכונן ויש שרואים בו פסק דין "מחנך". למעשה, אין בין שתי עמדות אלה סתירה.

ומילה אישית לסיום. דודו של אבי, עו"ד אברהם וינשל, היה אמור להימנות עם השופטים הראשונים של בית המשפט העליון, ובסופו של דבר לא מונה. בהתייחס לאותה תקופה סיפרו בני משפחתי על תחושותיהם כאשר התקשו, כרבים ממשפחות ה"פורשים", למצוא פרנסה עקב דעותיהם וזיהוים הרוויזיוניסטי. במידה מסוימת נראה שאברהם וינשל ייצג בפרשה לא רק את שייב, אלא גם את חבריו ומשפחתו. רוב הופך למיעוט ומיעוט הופך לרוב. אלה דברים המשתנים מעת לעת. לעומת זאת, נדרשת יציבות ביחס לעקרונות היסוד: עקרון שלטון החוק ותפקידו של בית המשפט באכיפתו הם תנאים בסיסיים להתקיימות החברה ולביסוס הממלכתיות בישראל.

1 על המחלוקת בעניין הנסיבות שהובילו לכך ראו אליקים רובינשטיין שופטי ארץ 64-65 (1980).

# על גאווה וחופש ביטוי: סיפורו של מצעד הגאווה הירושלמי

בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (27.12.2006)

## גלעד לובינסקי זיו

מצעד הגאווה הירושלמי, ובשמו הרשמי "מצעד הגאווה והסובלנות בירושלים", נוגע בעצבים החשופים של החברה הישראלית ומעורר רגשות חזקים – בעד ונגד – אצל רבים מאזרחי ישראל, גם כאלה המתגוררים הרחק מירושלים. סיפורו של המצעד, אשר מתקיים (כמעט) מדי שנה מאז שנת 2002, מדגים היטב את המורכבות הרבה הקיימת בחברה הישראלית סביב העיר ירושלים וסביב מצעד הגאווה. הלכה למעשה, המצעד הירושלמי התגלגל פעם אחר פעם לפתחם של בתי המשפט.

קהילת הלהט"ב (לסביות, הומואים, טרנסג'נדרים וביסקסואלים) ברחבי העולם נוהגת זה עשרות שנים לערוך מצעדי גאווה שנתיים. מצעדים אלה הם חלק מהמאבק הלהט"בי להכרה חברתית ולשוויון זכויות. נוסף על כך, המצעדים נועדו גם עבור קהילת הלהט"ב עצמה, כאמצעי לחזק את הלכידות הפנימית בין כל אחד ואחת מפרטיה, ולתמוך בלהט"בים החווים הפליה וקשיים בשל נטייתם המינית או זהותם המגדרית.

מצעד הגאווה רב-המשתתפים הראשון בישראל התקיים בעיר תל אביב-יפו בשנת 1998, וזאת לאחר שעוד קודם לכן התקיימו כמה אירועים מצומצמים יותר. החל משנת 2007 עיריית תל אביב-יפו קיבלה על עצמה את הפקת מצעד הגאווה התל אביבי, מה שהפך אותו עם השנים לאירוע ממוסד יותר. מצעד הגאווה הראשון בעיר ירושלים התקיים בשנת 2002 והופק בידי הארגון הירושלמי "הבית הפתוח". לאחר מכן התקיימו מצעדים גם בשנים 2003 ו-2004. שלושת המצעדים הראשונים עברו בשקט יחסי. ואולם בשנת 2005, לקראת קיומו של מצעד הגאווה הירושלמי הרביעי, התעצמה ההתנגדות לו בקרב חוגים שמרניים, לרבות גורמים המשתייכים לחברה החרדית. הדברים הגיעו לכדי כך שבמהלך המצעד התרחש אירוע אלימות חמור. אדם בשם ישי שליסל דקר שלושה מהצועדים ופצע אותם. הוא הועמד לדין פלילי, הורשע בין היתר בעבירה של ניסיון לרצח ונידון לעשר שנות מאסר בפועל<sup>1</sup>.

1 ע"פ 2625/06 שליסל נ' מדינת ישראל (17.12.2007).

בשנה שלאחר מכן, כלומר בשנת 2006, חזרו ופנו מארגני המצעד הירושלמי למשטרת ישראל וביקשו לקבל רישיון לקיום המצעד. ואולם זו הפעם סירבה המשטרה לתת אישור לקיום המצעד במהלך חודש ספטמבר של אותה שנה. הנימוק של המשטרה היה כי אין באפשרותה להקצות כוחות מספיקים לאבטחת האירוע, בשל כך שבאותו החודש חלים גם חגי תשרי היהודיים וגם חודש הרמדאן המוסלמי. "הבית הפתוח" והאגודה לזכויות האזרח, אשר לא השלימו עם הסירוב, עתרו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ נגד המשטרה וגורמים מעורבים אחרים, וביקשו להורות למשטרה לאשר את קיום המצעד. בסופו של דבר הגיעו הצדדים להסכמה עקרונית אשר לפיה המצעד יידחה ויתקיים לאחר תקופת החגים, והמשטרה תיתן רישיון לעריכתו, כפוף להתרחשויות.<sup>2</sup>

כמה ימים לפני המועד המתוכנן לקיום המצעד הוגשו לבג"ץ ארבע עתירות אחרות, אשר במסגרתן הוא התבקש לבטל את האישור שנתנה משטרת ישראל לקיומו של המצעד (בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (27.12.2006)). העותרים, פעילים בזירה הציבורית אשר התנגדו לקיומו של מצעד הגאווה בירושלים, העלו שתי טענות עיקריות: האחת, שקיים חשש קרוב לוודאי כי קיומו של המצעד יוביל לאלימות אשר תסכן חיי אדם, והשנייה, שקיום המצעד נוגד את האופי היהודי של ירושלים ופוגע ברגשות הדתיים של רבים מתושבי העיר. בין מועד הגשת העתירות למועד ההכרעה בהן, חלו שינויים במתכונת המצעד. במקור המצעד היה אמור להתקיים במתכונת של תהלוכה מגן העצמאות לגן הפעמון בירושלים. לאחר הגשת העתירות, קיים מפקד מחוז ירושלים הערכה מחודשת והגיע לכלל מסקנה שאם המצעד יתקיים במסלול האמור, יהיה בכך משום סיכון ממשי לפגיעה בחיי אדם. לפיכך המסלול שונה בהסכמה כך שהתהלוכה תתקיים באזור קריית הלאום בירושלים. בהמשך הדרך ונוכח העלאה כללית של רמת הכוונות הביטחונית במדינה, המשטרה והמארגנים הגיעו להסכמה שהאירוע ייערך במתכונת מצומצמת של התכנסות באצטדיון גבעת רם בעיר, ללא תהלוכה. בפועל, מתכונת מצומצמת זו – של התכנסות בלבד – היא שעמדה בסופו של דבר להכרעתו של בית המשפט הגבוה לצדק.

נקדים את המאוחר ונציין כי בית המשפט העליון דחה פה אחד את העתירות נגד אישור המשטרה לקיים את מצעד הגאווה במתכונתו המצומצמת. פסק הדין נכתב בידי הנשיאה דורית ביניש וניתן בהסכמת המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין והשופטת אילה פרוקצ'יה. מעניין לציין כי בצעד לא שגרתי השופטים הורו למפקד מחוז ירושלים להתייצב לדיון בעתירות, כדי שיפרט באופן בלתי אמצעי את השיקולים שהנחו אותו בקבלת ההחלטות בנוגע למצעד. נקודת המוצא של הדיון בפסק הדין הייתה כי הזכות של קהילת הלהט"ב לקיים את מצעד הגאווה בירושלים חוסה תחת שתי זכויות יסוד מרכזיות: חופש הביטוי וחופש ההפגנה (שלמעשה נגזר ממנו). היקף הפריסה של זכויות אלה רחב עד מאוד. הן אינן מגינות רק על דעות

2 בג"ץ 7348/06 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (19.9.2006).

מקובלות ואהודות, שהרי כדי להביע דעות שכאלה ספק אם נדרשת כלל הגנה של הדין. אדרבה, חופש הביטוי וחופש ההפגנה מגינים גם על דעות שאינן מצויות ב"מיינסטרים" הציבורי, לרבות דעות שעלולות לקומם חלקים מהציבור או להכעיסם. זו למעשה עיקר חשיבותם.

ואולם למרות המרכזיות והחשיבות של חופש הביטוי ושל חופש ההפגנה, הרי שכמו כל זכות אחרת, מידת ההגנה עליהם אינה מוחלטת. לעיתים נדרשות זכויות אלה לסגת מפני זכויות ואינטרסים מתחרים. בענייננו מתעורר מתח בין שתי הזכויות האמורות לשני אינטרסים חשובים אחרים: שמירה על ביטחון הציבור והגנה על רגשותיו. כיצד יש לאזן בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים?

תחילה נבחן בפסק הדין האיזון בין חופש הביטוי וחופש ההפגנה לאינטרס של שמירה על ביטחון הציבור. בית המשפט העליון ציין כי הסיכון לביטחון הציבור אינו נובע מהצועדים עצמם, אלא מהמתנגדים לקיום המצעד, כלומר מאלה המתנגדים למימוש חופש הביטוי וההפגנה (מה שהוגדר "קהל עוין"). בהקשר זה הודגש כי אין מקום לאפשר מצב דברים שבו קהל עוין ימנע מהצועדים לממש את זכותם להפגין ולבטא עצמם, שכן בכך יהיה משום פריס לאלימות ומתן "זכות וטו" לאותו קהל עוין. בית המשפט העליון אף הצביע על הקושי הנעוץ בכך שעותרים מסוימים טוענים לחשש מפני פגיעה בחיי אדם בשל עריכת מצעד הגאווה בירושלים, חרף העובדה שהמקור של חשש זה הוא בציבור שמתוכו הם באים, ושבשמו הם טוענים (פסקה 11).

בפסק הדין נקבע כי יש לצאת מנקודת מוצא שלפיה ליחיד או לקבוצה ישנה זכות לקיים אסיפה או תהלוכה על פי רצונם. על המשטרה מוטלת החובה לנקוט את כל האמצעים הסבירים העומדים לרשותה כדי לאפשר את קיום האירוע, לרבות הגנה על המשתתפים מפני "קהל עוין" המאיים או המפריע בכוח למימוש הזכות. אם חרף פעולות המשטרה הסיכון הנובע מ"הקהל העוין" בעינו עומד, ורק אז, יש לשקול הגבלה של חופש הביטוי וההפגנה, תוך שימוש במבחן "הוודאות הקרובה"<sup>3</sup>. על פי מבחן זה, ניתן להגביל את חופש הביטוי וההפגנה (בענייננו: את מצעד הגאווה) רק כאשר ישנן ראיות של ממש לכך שמתקיים חשש קרוב לוודאי לפגיעה קשה בשלום הציבור ובביטחונו. גם במקרה שמתקיימים התנאים של מבחן "הוודאות הקרובה", על המשטרה לפעול באופן מידתי ולבחור את האמצעי המגביל שפגיעתו בחופש הביטוי וההפגנה היא הפחותה ביותר.

על בסיס אמות המידה העקרוניות שפורטו לעיל, קבע בית המשפט העליון כי החלטת המשטרה לקיים את מצעד הגאווה במתכונת מצומצמת של התכנסות, מאזנת באופן מידתי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים, ועל כן אין מקום להתערב בה. החלטה זו שומרת על אינטרס ביטחון הציבור, ובד בבד מאפשרת את חופש הביטוי וההפגנה ואינה נותנת פריס לאותו "קהל עוין" האחראי לסיכון.

3 ראו רשימתו של אהרן ברק בספר זה, עמ' 25.

לאחר מכן עבר בית המשפט לדון באיזון שבין חופש הביטוי וחופש ההפגנה לאינטרס שעניינו הגנה על רגשות הציבור. בית המשפט הכיר בכך שפגיעה קשה ברגשות הציבור, לרבות רגשות דתיים, עשויה לעיתים להצדיק הגבלה של חופש הביטוי וההפגנה. עם זאת, הוא הדגיש את הסכנה הטמונה בכך, שהרי אם נגביל את חופש הביטוי וההפגנה כל אימת שציבור מסוים יטען לפגיעה ברגשות, התוצאה תהיה פגיעה אנושה באותן זכויות. בית המשפט קבע למעשה מבחן של מידה, "רף סיבולת" של פגיעה ברגשות, אשר רק מעבר לו יהיה ניתן להצדיק הגבלה של זכויות אדם. לעניין חופש הביטוי נקבע רף סיבולת גבוה ביותר. בית המשפט קבע שרק סכנה קרובה לוודאי לפגיעה עמוקה, רצינית וקשה ברגשות הציבור, לרבות רגשות דתיים, תצדיק הגבלה של חופש הביטוי – וגם אז, הגבלה זו צריכה להיות מידתית, כלומר לא לעלות על הנדרש.

בהתאם לכך נקבע, כי עוצמת הפגיעה ברגשות כתוצאה מקיום מצעד הגאווה אינה עוברת את "רף הסיבולת" המצדיק הגבלה של חופש הביטוי וההפגנה של המשתתפים. זאת בשים לב, בין היתר, למתכונת המצומצמת שבה אושר המצעד – מתכונת של התכנסות בלבד, באזור מתוחם המרוחק משכונות חרדיות.

אם כן, העתירות נגד קיום מצעד הגאווה בשנת 2006 נדחו, והוא התקיים כמתוכנן. אולם המחלוקת הציבורית סביב מצעד הגאווה הירושלמי הוסיפה לרחוש, והסוגיה שבה תוך זמן קצר לפתחו של בית המשפט. בשנת 2007 אישרה המשטרה את קיומו של המצעד, הפעם במתכונת של תהלוכה אשר בסופה אירוע קצר ("הפנינג") בגן הפעמון בירושלים. האישור שניתן היה למסלול תהלוכה קצר מכפי שהתבקש, וגם משך האירוע בסוף המצעד הוגבל לפרק זמן קצר מן המבוקש. נגד אישור זה הוגשו שתי עתירות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ובמסגרתן הועלו אותן שתי טענות עיקריות אשר לפיהן אין מקום לאפשר את קיום המצעד בשל חשש לפגיעה בביטחון הציבור וברגשות הציבור.<sup>4</sup> בית המשפט הגבוה לצדק – אשר דן בעתירות בהרכב שופטים זהה להרכב שדן בעתירות על מצעד 2006 – דחה אותן פה אחד בהתבסס על אותן אמות מידה עקרוניות. גם הפעם שמע בית המשפט העליון את הסבריו של מפקד מחוז ירושלים, אשר התייצב לדיון בעתירות. בפסק הדין נקבע כי ההחלטה לאשר את מצעד הגאווה במתכונת שבה אושר – הכוללת תהלוכה – מצויה במתחם הסבירות ומאזנת כראוי בין מכלול השיקולים. בית המשפט הדגיש בהקשר זה, בין היתר, כי מסלול המצעד עובר באזור שאינו אזור מגורים מובהק, והוא אף מרוחק מהשכונות החרדיות בעיר. בעקבות דחיית העתירות מצעד 2007 התקיים על פי המתוכנן. גם בשנת 2008 הוגשו עתירות נגד אישור מצעד הגאווה בירושלים במתכונת של תהלוכה. עתירות אלה נדחו גם הן פה אחד, על בסיס נימוקים דומים.<sup>5</sup>

4 בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (20.6.2007).

5 בג"ץ 5317/08 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (21.7.2008).



למעשה, תפקידה של מערכת המשפט בכל הנוגע למצעד הגאווה הירושלמי לא היה מוגבל רק לסוגיית עצם קיומו. בכמה מקרים אף חייבו בתי המשפט את עיריית ירושלים להשתתף במימון מצעד הגאווה וארגון "הבית הפתוח" המפיק אותו, ולהעניק סיוע לוגיסטי למארגניו, כמקובל לגבי פעילות חברתית עירונית.<sup>6</sup>

הסיפור המרתק של מצעד הגאווה הירושלמי, אשר ממשיך לצעוד מדי שנה, משקף את המורכבויות הייחודיות הקיימות בנוגע לעיר ירושלים – בהיותה עיר שהיא בעת ובעונה אחת בירה לאומית של מדינת ישראל, עיר קדושה לשלוש הדתות המונותאיסטיות, ויישוב שבו חיים יחדיו קהילות וציבורים בעלי מאפיינים שונים ומגוונים. דומה כי מורכבות זו עמדה ברקע דבריו של השופט אליעזר ריבלין בפסק הדין שעסק במצעד 2007: "ירושלים עירם של קהילות שונות היא, גם של בני הקהילה ההומו־לסבית. עיר שלום היא ודרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום."<sup>7</sup>

לא נוכל כמובן לחתום את הדברים בלי להזכיר את אירוע האלימות הנורא אשר התרחש במצעד הגאווה בירושלים בשנת 2015, ובו נרצחה שירה בנקי ז"ל ונפצעו חמישה צועדים נוספים. הרוצח היה לא אחר מאשר ישי שליסל, אותו אדם אשר דקר את הצועדים במצעד 2005, ואשר שוחרר מהכלא כחודש ימים בלבד לפני מצעד 2015. הוא הורשע בביצוע הרצח והדקירות, ונידון לעונש של מאסר עולם ועוד שלושים ואחת שנות מאסר במצטבר.<sup>8</sup> יהי זכרה של שירה ברוך.

6 למשל עת"ם (מנהליים י"ם) 526/05 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (26.6.2005); עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד (סד) 1 (2) (2010).

7 דבריו בהסכמה לפסק הדין של הנשיאה ביניש משנת 2007 שנוכר לעיל.

8 תפ"ח (מחוזי י"ם) 44503-08-15 מדינת ישראל נ' שליסל (19.4.2016); תפ"ח (י"ם) 44503-08-15 מדינת ישראל נ' שליסל (26.6.2016).

## כבוד האדם בעת הגבלת חירותו: זכויות עצירים ואסירים בישראל

בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980)  
בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2)  
545 (2009)  
בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (13.6.2017)

### יגאל נמרודי

אריה קטלן נעצר בשנת 1979 בחשד לביצוע עבירה, ולאחר שהוגש בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו כתב אישום נגדו, הוא נעצר עד תום ההליכים. הוא הוחזק בבית המעצר המרכזי של שירות בתי הסוהר ברמלה. היה זה בית מעצר חדש שנפתח זמן קצר קודם לכן ושנועד לספק תנאי כליאה מתקדמים לרווחת העצירים. ייחודו היה בשטח מחיה מרווח יחסית של 4 מ"ר לעציר. עם זאת, לצד תנאי הכליאה העדיפים, בהיבט מסוים השהות במקום הייתה קשה ביותר: רוני ניצן, מפקד בית הכלא, ניהל מאבק בנגע הסמים, שכלל שימוש באמצעי אכיפה חדשני – עריכת חיפוש בתוך גופם של העצירים, גם ללא הסכמתם, באמצעות חוקן.

באחד מימי המעצר הובא קטלן לבית המשפט לדיון במשפטו. עם שובו לבית המעצר בוצע בגופו חוקן, בניגוד לרצונו ועל אף התנגדותו, כדי לבחון אם הוא מסתיר בגופו סם. הבדיקה לא העלתה דבר. קטלן חש פגוע. הוא ניסח עתירה לבג"ץ, ובה טען בעמוד בודד, בכתב יד ובשפה פשוטה כי ביצוע החוקן בניגוד לרצונו נחשב להשפלה והוא אינו חוקי. הוא ביקש כי שירות בתי הסוהר יימנע מלבצע בגופו חוקן.

ניצן, מפקד בית המעצר, הוא שהעביר את העתירה של קטלן אל בית המשפט העליון. העתירה הונחה לפני שופט צעיר בבית המשפט העליון, אהרן ברק, שהורה ליועץ המשפטי לממשלה להשיב לעתירה. את היועץ המשפטי לממשלה ייצגה פרקליטה במחלקת הבג"צים, עו"ד מרים נאור.

היו אלו ימים קשים מבחינת שירות בתי הסוהר והאתגר הכרוך בהתמודדות עם נגע הסמים בבית המעצר. התגלה שבדיקות החוקן יעילות, והן היו אמצעי אכיפה ראשון במעלה. הנתונים היו מובהקים. בשנת 1978, טרם שהחלו הבדיקות, כ-70% מאוכלוסיית בית המעצר השתמשו בסמים מסוכנים. בשנת 1979, לאחר שהבדיקות החלו, 2% מאוכלוסיית בית המעצר השתמשו

1 העתירה והמזכר שערך רוני ניצן מוצגים במוזיאון מורשת בתי המשפט בבית המשפט העליון.

בסמים. לירידה בכמות הסמים המסוכנים שהוחדרו לבית המעצר הייתה משמעות מיוחדת: האלימות שנלווית לשימוש בסם פחתה משמעותית, ובית המעצר הפך למקום בטוח יותר עבור העצירים ושקט יותר. העתירה העמידה בסיכון את אמצעי האכיפה החדשני שמפקד בית המעצר הנהיג להתמודדות עם נגע הסמים.

סעיף 5 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, קבע באותה העת כי "בשעת קבלת אסיר ייערך בו חיפוש וחפצים אסורים יילקחו ממנו" (הביטוי "אסיר" בפקודה כולל גם עציר). הביטוי "ייערך בו חיפוש" מאפשר בדיקה על פני גופו של הנבדק. אך האם הוא מאפשר גם חיפוש שכולל חדרה לתוך גופו?

העתירה שנדונה לפני הרכב בראשות הנשיא משה לנדוי עם השופטים חיים כהן ואהרן ברק התקבלה (בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד' (3) 294 (1980)). השופט ברק כתב את חוות הדעת הראשונה. עמדתו הייתה כי לנוכח הפגיעה של בדיקת החוקן בעצירים, בכבודם ובאוטונומיה שלהם על גופם, הסמכות לבצע חוקן בניגוד להסכמה של העציר, חייבת להיות מעוגנת בחקיקה ראשית. היא מחייבת איוון מורכב, ועל כן אינה יכולה להיעשות על יסוד חקיקת משנה או נוהל פנימי. השופט חיים כהן הצטרף למסקנה בדבר העדר סמכות ומצא תימוכין נוספים למסקנתו במקורות המשפט העברי על "כבוד הבריות". הנשיא לנדוי הסכים עם השופט ברק כי את הנושא אין להסדיר בהנחיה מנהלית, אלא בחקיקה ראשית, אבל הוסיף כי אל לבית המשפט להדריך את הכנסת באשר לתוכן של הפתרון הראוי.

תוצאת פסק הדין הייתה מהדהדת. בפעם הראשונה קבע בית המשפט העליון כי "כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם", וכי "הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העציר והאסיר" (עמ' 298). בית המשפט קבע כי הסמכות להסדיר חיפוש בגופו של אדם באמצעות חוקן, נתונה למחוקק בלבד.

פסק הדין שם קץ לסבל הקשה של עצירים ואסירים כתוצאה מחוקן כפוי. הוא השיב להם את כבודם והעניק להם הגנה על גופם. הוא הגן על האוטונומיה שלהם בנוגע לגופם ושמר על פרטיותם. היה זה פסק דין עקרוני ומקיף ראשון בנושא כבוד האדם. לפסק הדין נודעת חשיבות גם ברמה החברתית-תודעתית בעצם האמירה ששולבה בו: "חומות הכלא אינן מפרידות בין העציר לבין כבוד האדם" (עמ' 298), והייתה לו השפעה מובהקת על עיצוב זכויות האדם בישראל בכלל, ועל זכויות אסירים ועצירים בפרט.

עצירים ואסירים משתייכים לקבוצה חלשה ופגיעה בחברה מעצם העובדה שחירותם נשללה והם נתונים במשמורת המדינה. דווקא בשל כך חשובה הגנת בית המשפט על זכויותיהם. העובדה שפסק הדין הראשון והמקיף בנושא כבוד האדם עוסק בחוליה החלשה בחברה, ממחישה את עומק המחויבות של בג"ץ להגנה על הזכויות של קבוצות מוחלשות.

הייחוד של פסק הדין נעוץ בהיבט נוסף. אף שהוא ניתן בשנת 1980, שנים רבות לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בחינה של פסק הדין מעלה שעיקרי היסודות, ההוראות והאיוונים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באים לידי ביטוי בפסק הדין. פסק הדין הניח מסד

משפטי לעיגון הזכויות לשלמות גופנית ולשמירה על כבוד האדם עוד טרם שנחקק חוק היסוד. הוא נוקט – לראשונה בפסק דין אחד – את כל המונחים שמשמשים כיום לבחינה חוקתית של פעולות רשויות השלטון: איזון בין זכויות, התנגשות בין ערכים, הסמכה מפורשת, תכלית ומידתיות.

למעשה, פסק הדין כולל את עיקר סעיפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנחקק 12 שנים מאוחר יותר. פסק הדין הגדיר את הזכות לשלמות גופנית ולכבוד "זכות יסוד". הוא דן בהרחבה בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוא הדגיש כי גישה המתירה חיפוש בתוך הגוף "עשויה להביא בעקבותיה תוצאות קשות לחירותו של האדם בישראל" (עמ' 299), והתייחס להיבט הפגיעה בפרטיות. נוסף על זאת, ובכך העיקר, בית המשפט בחן את נוהל החוקן באמות מידה שמזכירות את התבניות החוקתיות שנקבעו לימים בחוקי היסוד: הוא בחן אם זכות חוקתית נפגעה ואם קיים צידוק לפגיעה; הוא בחן את תכלית הנוהל ואם קיים קשר רציונלי בין האמצעים שנקבעו בנוהל לתכליתו; הוא בחן אם קיימת חלופה המגשימה את התכלית הראויה במלואה והפוגעת פחות בזכות לכבוד ("האם אין מנוס מביצוע חוקן? האין דרכים טובות יותר?". עמ' 303); והוא בחן אם קיים איזון ראוי בין האינטרסים השונים באופן שיבטיח כי כבוד האדם לא יפגע "אלא מטעמים הכרחיים ובתנאים מדויקים שייקבעו" (עמ' 308). הדרישה בחוק היסוד שלפיה פגיעה בזכות לכבוד תיעשה לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, מצאה ביטוי מרכזי כבר בפסק הדין, שהקדים את זמנו.

אריה קטלן השתייך לקבוצה חלשה ופגיעה בחברה: עצירים שחירותם נשללה. האמצעים שעמדו לרשותו במעצר היו מוגבלים. אבל היה לו טיעון מנצח, טיעון פשוט ובסיסי. הוא זעק נגד הפגיעה בזכויותיו ובגופו. די היה בטיעון פשוט ומובהק כדי לחולל מהפכה, גם כשהוא נטען בעמוד בודד, בכתב יד, בלשון לא משפטית.<sup>2</sup> מעבר להגנה על זכויות עצירים ממחיש מקרה קטלן כי שערי בית המשפט העליון פתוחים לפני כולם, וכי הצלחה בעתירה מצריכה טיעון טוב ואינה מחייבת התפלפלות משפטית. הוא ממחיש את נגישות בית המשפט לכל אדם, בין שהוא עצור ובין שהוא חופשי. לימים השתקף עקרון נגישות בית המשפט לציבור במבנה בית המשפט העליון, אשר אינו מוקף גדר או חיץ, אלא משתלב במרקם הציבורי.

ונשוב לקטלן, שהשתמש בכוחו המשפטי, ושפתח את הדלת לאחרים שבאו אחריו. לפסק הדין בעניין קטלן הייתה השפעה מובהקת על עיצוב זכויות עצירים ואסירים בישראל בפסיקה ובחקיקה. אשר לחקיקה, לימים חוקקה הכנסת חוק המסמיך את שירות בתי הסוהר לערוך חיפוש בגוף אסיר לגילוי סמים, אלא שהחיפוש בגוף האסיר הותנה בכך שזה ייתן הסכמתו, ואם הוא מסרב נדרש היתר מבית משפט (סעיף 95ח לפקודת בתי הסוהר). אשר לפסיקה, המשיך בית המשפט לעמוד על המשמר בקשר להגנה על זכויות האסירים והעצירים.

2 בעקבות קטלן הגישו שני אסירים נוספים עתירה דומה. כל העתירות נדונו יחד. בדיון עצמו כבר היה קטלן מיוצג, אבל חבריו ייצגו את עצמם.

בעניין קטלן הפגם היה בכך שלא הייתה הסמכה בחקיקה ראשית לפגיעה בזכות שנעשתה מכוח החלטה מנהלית. אך האם הסמכה בחקיקה מספיקה לפגיעה בזכויות אסירים ועצירים? בשנת 1992 נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכוחו, חקיקה ראשית הפוגעת בזכויות המנויות בו נתונה לביקורת שיפוטית. בשנת 2004 חוקקה הכנסת חוק שקבע כי במדינת ישראל יוקם לראשונה בית סוהר שיופעל וינהל בידי תאגיד פרטי ולא בידי המדינה.<sup>3</sup> מבחינת המדינה, החוק נחקק על רקע הצורך להתמודד עם הצפיפות הקשה בבתי הסוהר ונועד להשיג שיפור בתנאי הכליאה של האסירים, ותנאי המכרז כללו דרישה לבנות תאים מרווחים. עם זאת, החוק עורר קשיים חוקתיים. ההסדר התיימר להעביר סמכויות יסוד של המדינה בתחום אכיפת החוק – סמכויות כליאה – שהפעלתן כרוכה בפגיעה בזכויות אדם, לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח. נוצר חשש כי העברת הסמכויות תפגע בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בשנת 2005 הוגשה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עתירה נגד החוק. פסק הדין בפרשת הפרטת בית הסוהר דן בשאלה האם רשאית המדינה להקים בית סוהר שיופעל וינהל בידי חברה פרטית ולא בידי המדינה (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009)). מורכבות העתירה הייתה נעוצה בסעד המשפטי שהעותרים ביקשו לקדם: ביטול חוק של הכנסת אשר הורה על הקמת בית סוהר פרטי. בית המשפט דן בעתירה בהרכב מורחב של תשעה שופטים בראשות הנשיאה דורית ביניש, אשר כתבה את חוות הדעת הראשונה. הנחת המוצא של הדיון הייתה כי ביטול חוק של הכנסת הוא מהלך חריג שאמור להיעשות תוך הקפדה על שמירת האיזון בין עקרון הפרדת הרשויות להגנה על זכויות האדם וערכי היסוד העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל, בזהירות ובריסון ותוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שבחר המחוקק. עם זאת, הובהר "ש'יעילות'... אינה בבחינת ערך עליון, עת עסקינן בפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר שהמדינה מופקדת עליהן" (עמ' 632).

מסקנת הנשיאה ביניש הייתה כי החוק יפגע בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים, בשל העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לידי זכיין פרטי הפועל למטרות רווח. נקבע כי הפגיעה אינה עומדת במבחנים החוקתיים, ולכן אין מנוס מלהכריז על בטלות החוק. שבעה מבין השופטים ההרכב האחרים – המשנה לנשיאה ריבלין והשופטים פרוקצ'יה, גרוניס, נאור, ארבל, ג'ובראן וחיות – הצטרפו לעמדת הנשיאה, בדגשים שונים. מנגד, השופט אדמונד לוי נותר במיעוט. עמדתו הייתה כי אף שהפרטת שירותי הכליאה מעמיקה את הפגיעה בכבוד האסיר ובזכותו החוקתית לחירות, הרי שבשלב שבו החוק טרם יושם (בית הסוהר בניהול הזכיין טרם החל לפעול), הבחינה המשפטית מקדימה את זמנה, ו"מוטב היה להעדיף תחילה ריסון שיפוטי ולאפשר לכנסת, לדיון הציבורי, ולניסיון

3 חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004.

החיים המצטבר – לומר את דברם" (עמ' 741). קל להיווכח שכבוד האסיר היה גם לנגד עיניו של השופט לוי, אבל הוא ראה את הדרך למימושו באופן שונה.

תוצאת פסק הדין הייתה שאל יעד שיפור מערך הכליאה בישראל יהיה צריך להוסיף ולחתור באמצעים אחרים. נושא זה עמד למעשה במרכז פסק הדין הנוסף שייבחן כאן: פרשת שטח המחיה בבתי הסוהר, שעסקה בתנאי הכליאה של אסירים ועצירים, ובפרט בשטח המחיה אשר מוקצה לכל אסיר ועציר בבית הסוהר (בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (13.6.2017)). בעת שהחלה ההתדיינות בנושא, שטח תא ממוצע לאסיר בישראל עמד על 3.16 מ"ר. בכלא רמלה – כיום בית הסוהר ניצן (על שמו של רוני ניצן ז"ל) – שהתהדר בעת פתיחתו בשטח תא מרווח, היה המצב חמור ביותר: שטח המחיה לאסיר עמד על 2.4 מ"ר בלבד. סעיף 11ב(ב) לפקודת בתי הסוהר, שהוסף לה בשנת 2012, הסתפק בהצהרה כללית כי "אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו". תקנה 2(ח) לתקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010, קבעה כי "השטח הממוצע לאסיר בתא", כולל שטח השירותים והמקלחת, "לא יפחת מארבעה וחצי מטרים רבועים". הוראות אלו הטיבו את תנאי הכליאה בישראל, אבל נקבע בהן גם כי ההסדר יחול על מקומות מאסר שתכנון בנייתם החל לאחר חודש יוני 2010, "וככל הניתן" על תכנון השיפוץ של מקומות מאסר קיימים. על רקע זה הוגשה עתירה לבג"ץ, ובמסגרתה ביקשו העותרים להבטיח כי שטח המחיה המזערי שיוקצה לכל אסיר ועציר יעמוד על 4 מ"ר (לא כולל שירותים ומקלחת).

העתירה נדונה לפני הרכב בראשות המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין עם השופטים חנן מלצר ואורי שהם, והיא התקבלה פה אחד. המשנה לנשיאה רובינשטיין כתב את חוות הדעת הראשונה. פסק דין זה חתם את כהונתו בבית המשפט העליון ולמעלה מ-45 שנים בשירות המדינה. המשנה לנשיאה רובינשטיין הזכיר את מנהגו לערוך ביקורי פתע בבתי הכלא בליווי מתמחיו – כדי ללמדם כיצב נראה בית סוהר "מבפנים". עמדתו הייתה ברורה: נדרשת התערבות שיפוטית. שטח המחיה הנוכחי אינו עולה בקנה אחד עם זכות האסיר לקיום בסיסי בכבוד, לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא אינו עולה בקנה אחד עם הנהוג במדינות מתקונות. הוא אינו מתיישב עם היחס לאסיר במורשת ישראל. הפגיעה באסיר קשה ואינה מידתית. מסקנתו הייתה כי יש לקבוע שטח מזערי גדול יותר לתא, ולהנחות את שירות בתי הסוהר לפעול לתיקון המצב בבתי הסוהר באופן מדורג. מדובר בהחלטה נועזת מבחינת התערבות בהקצאת משאבים. השופטים מלצר ושהם הצטרפו לחוות הדעת של המשנה לנשיאה רובינשטיין, והתוצאה הייתה פסק דין שמגלה רגישות אנושית, ושבו חויבה המדינה להעמיד לכל אסיר ועציר שטח מחיה מזערי של 4 מ"ר (ללא שירותים ומקלחת), תוך 18 חודשים (פרק זמן שהוארך בהמשך).

בכך הושלמה "טרילוגיה" של הלכות שעוסקות בזכויות האסיר, אבל המלאכה עוד לא הושלמה. אומנם חוקן כפוי אסור לבצע, אבל בעיית הסמים בבתי הסוהר עדיין קיימת. גם בעיית הצפיפות טרם באה על פתרונה המלא. התאים המרווחים שהותקנו בבית המעצר

רמלה - היום כלא ניצן - בשנת 1978, הצטמצמו עם השנים. חלפו 40 שנים עד אשר בית המשפט העליון נדרש לעניין בפרשת שטח המחיה. המדינה לא עמדה בלוח הזמנים שנקבע בפסק הדין, ובית המשפט שב והאריך את המועד להעמדת שטח מחיה ראוי לאסיר.<sup>4</sup> אולם ההגנה על זכויות עצירים ואסירים היא כיום רחבה מבעבר. זכאותם להגנה היא עובדה מוגמרת. המסקנה החשובה ביותר היא גם הפשוטה והמובנת ביותר. כפי שציין השופט ברק בעניין קטלן, "חומות הכלא אינן מפרידות בין העציר לבין כבוד האדם" (עמ' 298). לכל אדם זכות לשלמות גופו וזכות לכבוד, גם לעציר או אסיר. אם נגזר על אדם להימצא מאחורי סורג ובריח, אין לאיש - זולת המדינה - סמכות אכיפה כלפיו. אם עליו להימצא ספון בתא - זכאי הוא לפחות למרווח מחיה מזערי.

4 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (29.6.2021) (בית המשפט האריך את המועד למימוש פסק הדין).

## נערות בהפרעה

ע"ש (מחוזי ת"א) 1171/03 פלוגית נ' ועדה פסיכיאטרית (20.10.2003)  
ע"ו (מחוזי ת"א) 9219-07-17 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (30.7.2017)

### אפרת רחלי מאירי

"הדבר המשוגע הוא שאת לא משוגעת"  
(מתוך הסרט "נערה בהפרעה" (1999), המבוסס  
על הרומן "נערה בהפרעה" מאת סוזנה קייסן,  
שיצא לאור בשנת 1993)

לימור, כך נכנה אותה כאן, צעירה כבת 21, סבלה במשך שש שנים מהפרעת אכילה מסוג אנורקסיה נרבוזה, מחלה המזוהה במידה רבה עם העידן המודרני. מחלה זו, שבה לוקות בעיקר נערות צעירות, מתאפיינת בהימנעות אובססיבית מאכילה, וזו מובילה לירידה במשקל עד כדי סכנת חיים. היא מתאפיינת גם בסירובן של אותן נשים לקבל טיפול. המחלה כיום מוכרת בתור "הפרעה נפשית" בספר האבחנות הרשמי (DSM), אך לא בתור "מחלת נפש" כפי שאובחנה בעבר.

עוד כשהייתה לימור קטינה היא אושפזה פעמים רבות במחלקת ילדים בבית חולים. בהגיעה לגיל בגרות המשיכו האשפוזים החוזרים של לימור בניגוד לרצונה, בשלב זה בבית חולים לחולי נפש. לאחר שהתנגדה לאשפוז הכפוי הגיע עניינה למערכת המשפט. השאלה שניצבה לדיון בהליכים משפטיים מסוג זה הייתה האם יש מקום לאשפוז נשים צעירות במצבה של לימור במתכונת של אשפוז כפוי של חולי נפש כדי לכפות הזנה שתמנע הידרדרות נוספת במצבן הגופני, ושלפחות בטווח הקצר תמנע את מותן. זוהי התלבטות אכזרית שחוזרת ועולה בחיי המעשה, וכך היא מגיעה גם אל פתחם של בתי המשפט.

סעיף 9 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, מקנה לפסיכיאטר המחוזי סמכות להורות על אשפוז כפוי של אדם אם הוא חולה ב"מחלת נפש" אשר פוגמת במידה ניכרת ב"כושר שיפוט או כושרו לביקורת המציאות", ו"עלול לסכן את עצמו או את זולתו סיכון פיזי מיידי". מי שמתמודדת עם אנורקסיה נרבוזה אכן לוקה במחלה, ואכן עלולה להיות חשופה לסכנת חיים מיידי. אבל האם מדובר במחלת נפש המצדיקה אשפוז בבית חולים לחולי נפש? שאלה זו מתעוררת במישור הרפואי המעשי וגם במישור המשפטי. מעבר לכך, במישור הטיפולי רגשי מתעוררות שאלות נוספות, ובהן האם טיפול כפוי במסגרת של בית חולים לחולי נפש אכן צפוי להוביל בטווח הארוך לתוצאות הרצויות – בין היתר בשים לב לכך שהטיפול הפסיכיאטרי



עשוי להיות בגדר חרב פיפיות אם הוא חושף את המטופלת לסביבה שאינה תמיד מיטיבה עימה או מתאימה לה. כך, למשל, כפיית טיפול תוך קשירת הידיים כדי למנוע התנגדות, כפי שנעשה לעיתים לחולי נפש וכפי שנעשה גם בעניינה של לימור, עשויה שלא להתאים למי שמתמודדת עם הפרעה נפשית מסוימת – אנורקסיה – הנוגעת לדימוי גופה.

כאשר מדובר בקטין או קטינה, הסמכות של ההורים בתור אפוטרופסים מסייעת לקבל החלטות הנוגעות לטיפול. כפועל יוצא מכך הפנייה לבתי משפט בעניינם של קטינים היא חריגה יחסית. לעומת זאת, כאשר מדובר בבגירות צעירות, מסגרת האפשרות להתערב בהחלטותיהן מצטמצמת. הקושי המשפטי מתעצם מאחר שבמקרה הרגיל טיפול בחולים אינו אמור להיות טיפול בכפייה. כך מתחייב מהזכויות לכבוד, לחירות ולאוטונומיה המוקנות לכל אדם. זכויות אלו עומדות במרכזו של חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, שנקודת המוצא שלו היא טיפול בהסכמה – למעט חריגים עת המצב הנפשי או הגופני של המטופל אינו מאפשר הסכמה מדעת, בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה או במצב חירום רפואי. בעניינה של הלוקה באנורקסיה מתעוררת התלבטות ממשית: אכן ישנו צורך לטפל במי שמצויה בסכנת חיים, אבל זו לא בהכרח סכנת חיים מיידית. נוסף על כך, סעיף 35(ב) לחוק טיפול בחולי נפש קובע כי מטרת האשפוז הכפוי היא לתת טיפול רפואי, ולא להגן על המטופל עצמו או על הציבור. על כן שאלת התאמתו לטיפול בחולות באנורקסיה שבה ועולה.

נשוב לעניינה של לימור. פעם אחר פעם היא ערערה על החלטות הוועדה הפסיכיאטרית בעניינה. ערעוריה נדחו בהתבסס על חוות דעת רפואית בדבר מסוכנותה הרבה לעצמה עד כדי סכנת חיים מיידית, כמו גם בשל היותה בעלת כושר שיפוט לקוי ונעדרת תובנה למצבה. לימור לא יכלה עוד לשאת את השהות במחלקה סגורה בבית החולים הפסיכיאטרי. ההזנה בכפייה, שהייתה כרוכה בקשירתה למיטה ובהחדרת אוכל לקיבתה בכוח באמצעים מלאכותיים ובמתן סמי הרדמה, הביאו אותה לברוח מהאשפוז הכפוי. שבועיים לאחר מכן הובילו אותה הוריה לבית חולים אחר לצורך אשפוז נוסף בשל הידרדרות נוספת במצבה הגופני. בבית החולים הוחלט שקיים צורך בהוצאת צו לאשפוז כפוי, וזה ניתן בידי הפסיכיאטר המחוזי. לימור ערערה על ההחלטה של הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית להאריך את אשפוזו בכפייה בחודש ימים. לטענתה, משקלה הנוכחי אינו מהווה סכנת חיים והאשפוזים החוזרים הם חסרי תועלת ממשית. הוועדה הפסיכיאטרית דחתה את הערעור בנימוק שבדיקתה העלתה שמצבה "תואם מצב פסיכומי עם הפרעה קשה בשיפוט וחוסר יכולת להפעיל שיקול-דעת ולהשתלט על החפים". הוראת האשפוז הכפוי הוארכה לתקופה נוספת בידי סגן הפסיכיאטר המחוזי בהתבסס על אותו אבחון. הוועדה הפסיכיאטרית קיבלה את עמדתו בנימוק שלימור ממשיכה לסבול מהפרעה קשה ביותר בדימוי הגוף בעוצמות פסיכוטיות, ושקיים סיכון גופני מיידית ברמה גבוהה ממנה לעצמה. לימור הגישה ערעור לבית המשפט המחוזי, וזה קיבל את הערעור בהחלטה של השופטת סביונה רוטלוי (ע"ש (מחוזי ת"א) 1171/03 פלזנית נ' ועדה פסיכיאטרית (20.10.2003)). בנימוקי ההחלטה הסביר בית המשפט המחוזי כי הועבר לעינון מכתב מטעם הצוות הרפואי המטפל

בלימור, ובו צוין כי אכן היא סובלת מהפרעת אכילה בחומרה גבוהה, אבל ללא הפרעה פסיכוטית – לא בהווה ולא בעבר. עוד צוין במכתב כי אין נשקפת סכנה מיידית לחייה וכי אין מקום לאשפזה בבית חולים פסיכיאטרי אלא בבית חולים כללי. בהמשך לכך קבעה השופטת רוטלוי כי האשפוז של לימור לא היה כדין, בהתחשב בכך שבכל אשפוזיה לא נצפתה אף פעם הפרעה פסיכוטית מלאה, כמו גם בכך שהקושי בכושר השיפוט שלה מכוון להפרעת אכילה בלבד. אם כן, בית המשפט המחוזי סבר שלא התקיים התנאי הבסיסי הראשון לאשפוז בכפייה בהתאם להוראות חוק טיפול בחולי נפש, והוא קיומה של מחלת נפש. הוא הסביר כי אנוקסיה, הגם שהיא מוגדרת הפרעה נפשית קשה אשר אחוזי התמותה ממנה הם גבוהים, איננה מוגדרת מחלת נפש ואף איננה פוגעת בתובנה ובבוחן המציאות של החולה, להוציא במקרה אחד בלבד, והיא עיוות תפיסת האדם בנוגע לגופו.

קודם להחלטה בעניינה של לימור העיסוק בנושא בבתי המשפט כמעט שלא היה קיים. דומה שלא הייתה מודעות מצד מטופלות לאפשרות לערער, או שהן לא זכו לסיוע משפטי (זכות שעוגנה במסגרת תיקון לחוק טיפול בחולי נפש רק בהמשך). אם כן, ההחלטה להורות על שחרורה של לימור מאשפוז כפוי הייתה בעלת אופי תקדימי (גם אם מבחינה רשמית לא הייתה כזו, מאחר שרק פסקי דין של בית המשפט העליון נהנים ממעמד של תקדים מחייב).

בפסק דינה בחרה השופטת רוטלוי לייחד מילים הן לטיפול הראוי בסובלים מהפרעה זו בשנים לב לאחוזי התמותה הגבוהה, הן לקושי הטבוע במצב המשפטי שאינו מאפשר אשפוז כפוי של מי שאינו מוגדר בתור חולה נפש רק כדי להגן על חייו ותוך התעלמות מרצונו וממטרות החוק. כל שכן, ברוב המקרים המסגרת הטיפולית של בית החולים לחולי נפש אינה מתאימה לחולות אנוקסיה בהיותן בריאות נפשית בכל תחומי חייהן מלבד הפרעת האכילה. לדבריה, "ראוי כי המערכות הנוגעות בדבר ייקחו לתשומת לבם את האמור בהחלטה זו, וכי ייערכו בהתאם באופן שיוכל להינתן הטיפול הראוי לסובלות מאנוקסיה נרבוזה במסגרת החוק ותוך כיבוד זכויותיהן" (פסקה 11), ו"השיקול שמנחה את בית המשפט אינו הדאגה לחיי החולה, אם ישוחרר מהאשפוז – שכן על כך מופקדות רשויות הרווחה והבריאות – אלא הדאגה למילוי הוראות המחוקק כדי למנוע אשפוז כפוי בניגוד למגבלות החוק..." (פסקה 9).

בקריאה לשידוד מערכות בתחום זה ביטא בית המשפט המחוזי גישה מחנכת ומעצבת כלפי הרשויות האחרות בכל הנוגע לטיפול הנכון והראוי בחולי אנוקסיה. בנסיבות העניין לימור הביעה הסכמה לאשפוז בבית חולים כללי ולכן נמצא פתרון מידי למקרה שלה. אבל לא ניתן בכך מענה לבעיה הכללית יותר שהייתה צפויה לשוב ולהתעורר בנוגע למי שמצויה בסכנת חיים ובכל זאת לא תסכים לאשפוז. בית המשפט המחוזי ציין שאל לו לכפות על אדם כזה טיפול ללא הסמכה בחוק, וכי הכרעה אם לאפשר אשפוז בכפייה בגין אנוקסיה, היא נחלתה של הרשות המחוקקת, ואילו השופט מפרש את החוק ומיישם אותו.

עד כה הכנסת נמנעה מלהכריע בעניין זה. בשנת 2012 הוגשה הצעת חוק פרטית שבה הוצע להחיל במפורש את האפשרות של אשפוז בכפייה גם על חולים באנוקסיה

נרבוזה.<sup>1</sup> הצעה זו לא קודמה. בכך נותר הנושא "פתוח" במידה רבה להפעלה של שיקול דעת שיפוטי לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה.

ואכן, בהעדר הכרעה בחוק, הנושא מוסיף להיות נדון בבתי המשפט על כל מורכבותו וזוכה גם להתייחסויות אחרות. החלטה שונה מזו שניתנה בעניינה של לימור קיבל השופט ציון קפאח בשנת 2017 בעניינה של דבורה, גם כן שם בדוי, צעירה בת 19 שהתמודדה עם אנורקסיה החל מגיל 9 (ע"ד (מחוזי ת"א) 9219-07-17 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (30.7.2017)). באותו מקרה בית המשפט המחוזי דחה את הערעור של דבורה על החלטת הוועדה הפסיכיאטרית שהורתה על הארכת אשפוזו בכפייה. השופט קפאח קבע כי האשפוז הכפוי הוא הכרח בל יגונה כאשר מדובר במצב קיצון של מטופלת הסובלת מאנורקסיה חמורה, המסרבת לטיפול רצוני והמצויה בסכנת חיים או עלולה להימצא במצב כזה. זאת גם אם סכנת החיים אינה מיידית בנקודת הזמן הנוכחית. בפסק הדין נקבע כי הואיל ודבורה לוקה בשיפוט מציאות פגום ובתפיסת גוף מעוותת ואינה משכילה להבין את חומרת מצבה ואת הסכנה הנשקפת לחייה כתוצאה מהתנהגותה – יש לראות באלה "תכנים פסיכויטיים ברורים". על כן יש לקבוע כי ההפרעה שדבורה סובלת ממנה עולה כדי מחלת נפש עת הקשר הסיבתי בין מחלתה למצבה הוא ברור. זאת הגם שהמונח "מחלת נפש" כפי שמופיע בסעיף 1 לחוק, נעדר כליל מהספרות הרפואית הרלוונטית ותחתיו מופיעה המילה "הפרעה".

חשוב לחזור ולהזכיר: אין הגדרה מפורשת בחוק למונח "מחלת נפש". בנסיבות אלה השופט קפאח סבר כי גם אם אנורקסיה אינה מוגדרת בתור מחלת נפש בספר האבחנות הרשמי – כאשר מאפייני המחלה הם קשים והחולה מצוי בסכנת חיים, האנורקסיה יכולה להיחשב למחלת נפש לצורך אשפוז כפוי. לפיכך ייתכנו מקרים שבהם "השיח המשפטי והשיח הרפואי אינם בהכרח זהים" (פסקה 3א)). לצד זאת, בית המשפט המחוזי הפנה לנייר עמדה שניסח איגוד הפסיכיאטריה בישראל בנוגע למחלת האנורקסיה, ואשר נכתב ככל הנראה לאחר שנת 2013. לפיו, החוק לטיפול בחולי נפש הוא המתאים לטיפול בחולה שכתוצאה ממחלתו פגומים כושר השיפוט שלו והכשרות שלו לביקורת מציאות, ולפיכך הוא עונה על דרישות החוק לאשפוז בכפייה. השופט קפאח הוסיף והסביר כי כיום אין עוד הבחנה נוקשה בין קטגוריות פסיכוטיות שונות, והמשקל מועבר לבחינת התסמינים הפסיכויטיים שבכל מקרה ומקרה. אם כן, הבחינה היא פונקציונלית: "ייתכנו מצבים בהם מטופל הסובל מהפרעה נפשית מסוימת יאובחן כמתמודד עם מחלת נפש כמשמעה בחוק, בעוד מטופל אחר הסובל מאותה מחלה אך בעוצמת תסמינים שונה לא ייכנס תחת הגדרה זו" (פסקה 3ב); (הדגשה במקור הוסרה).

כיצד אפשר להסביר את ההבדל בין ההכרעות? יכול להיות שהמחלוקת בין השופטים נעוצה בהבדלי גישות עקרוניים לגבי פרשנות החוק. אבל אפשר גם שההבדל נעוץ בנסיבות

1 הצעת חוק טיפול בחולי נפש (תיקון מס' 9) (החלת הוראות על בגיר שסובל מאנורקסיה נרבוזה), התשע"ב-2012.

המקרה. כזכור, לימור הביעה הסכמה לטיפול רצוני. בית המשפט המחוזי נחשף למכתב מהצוות המטפל הסותר את חוות הדעת של הפסיכיאטר המחוזי וסגנו בדבר מצבה של לימור, ולפיו הוא תואם מצב פסיכוטי עם הפרעה קשה בשיפוט וחוסר תובנה למצבה. הוועדה הפסיכיאטרית שדחתה את הערר של לימור לא ציינה את דבר קיומה של מחלת נפש, אלא את קיומה של תסמונת כפייתית קשה שמגיעה כדי סכנת חיים ממשית. לעומת זאת, בעניינה של דבורה, לצד מחלת האנורקסיה היא לקתה בהפרעת אישיות גבולית קשה עם התנהגות של פגיעה עצמית המתבטאת בניסיונות התאבדות. אמה מונתה לאפוסרופה עליה וחוות הדעת של הרופא המטפל בה (כמו גם הוועדה הפסיכיאטרית) סיווגה את האנורקסיה בתור מחלת נפש. היא עצמה לא שיתפה פעולה בטיפול ואף גילתה התנגדות לו.

מעניין לציין כי שני המקרים עוסקים בעניינין של בגירות המתנגדות לאשפוזן, להבדיל מקטינות. יש להניח כי לו היה מדובר בקטינה, המקרה לא היה מגיע לבית המשפט אם הייתה קיימת תמימות דעים בין הוריה לרופאים בדבר הצורך הרפואי באשפוז כפוי. בלי לגרוע מכך, יש לציין שבמהלך השנים גברה ההכרה ביישות העצמאית של הילד אל מול כרסום באוטונומיה המלאה של ההורים, תוך מעבר מעידן טובת הילד – שבו הילד הוא אובייקט – לעידן זכויות הילד – שבו הילד הוא סובייקט. השינוי ההיסטורי הוביל לצורך בשמיעת עמדת הקטין באשר למצבו. לכן כיום כאשר קטין מתנגד לאשפוז, חובה על הצוות המטפל לדווח כי קיימת התנגדות ולהביאה באמצעות עובדת סוציאלית לפני בית המשפט לנוער (במקרה שבו הקטין מעל גיל 15) או לוועדה הפסיכיאטרית (כאשר הוא מתחת לגיל 15). אין לצוות הרפואי או להוריו, האפוסרופסים הטבעיים, מונופול להכריע בעניין וההחלטה יוצאת מחוץ לשליטתם. הדבר מעוגן בחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960.

מעבר להיבטים הטיפוליים, אפשר לחשוב על התפקיד של המשפט בהיבטים אחרים שתורמים לעיצוב של תודעת הרזון המופרז. כך, ראוי לציין את חקיקת חוק הגבלת משקל בתעשיית הדוגמנות, התשע"ב-2012 (המכונה גם "חוק הפוטושופ"). חוק זה קובע מהו משקל הסף הנדרש לעיסוק בדוגמנות, כדי למנוע את השימוש בדוגמנים ודוגמניות רזים יתר על המידה שישמשו מודל לחיקוי המעודד הפרעות משקל או אכילה. עוד קובע החוק כי אם נעשה שימוש בתוכנת עריכה גרפית לצורך הצרת היקפי גוף בפרסומות, תופיע כתובית בולטת שתציין זאת. דבר חקיקה זה מדגיש כי שאלת האשפוז הכפוי ושאלת דרכי הטיפול הן חשובות, אבל אינן יכולות לעמוד לבדן.



# זכויות חברתיות



# כשאין כסף לתשלום חובות: על כבוד האדם וחירותו בהליכי אכיפה וגבייה

בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת -  
עמותה נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (1993)  
רע"א 6353/19 לשצ'נקו נ' כונס הנכסים הרשמי (11.2.2020)

## נועה גרוסמן

דפיקות בדלת. מוציאים לפועל מרוקנים את הבית מרהיטים. שוטרים אוזקים את אם המשפחה לעיני בנותיה הקטינות בדרך למאסר. צעקות ובכי. האם זהו חזיון בלהה? לקוח מסרט רע? לא. ואלה אינן פעולות שנגקטות כלפי פושעים פליליים, אלא כלפי "אנשים רגילים", בעלי חובות קשי יום.

אכיפה וגבייה של פסקי דין הן חלק בלתי נפרד ממערכת משפט מתוקנת. איזו תועלת יש בפסק דין אם אי אפשר לממשו? עם זאת, הן מהוות גם אתגר משפטי ואתגר אנושי לא פשוטים. מטבע הדברים, מדובר בפעולות כוחניות הכוללות ירידה לנכסיו האישיים של אדם. החוק המסדיר את הנושא הוא חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, והכלים שהוא מעניק לנושים הם "קשוחים": עיקול משכורת, חילוט מיטלטלין ואפילו מאסר. כאשר מדובר בחייבים חמקנים, ודאי יש לכך הצדקה. אך פעמים חייבי ההוצאה לפועל הם אנשים עניים המתקשים לשאת בעול החובות. הם אינם מצליחים לעמוד בעומס הכלכלי.

הסיפורים האישיים מאחורי פסקי הדין שבכותרת, של החייבת הצעירה שנאסרה לעיני בנותיה ושל פושט הרגל אנטולי שהתקיים בקושי מקצבת נכות, שאת סיפורם נביא בהמשך, משקפים את עולמם של אנשים רבים החיים בסמוך לקו העוני ומתחתי. חיים מן היד אל הפה. מתפרנסים בקושי ועל שכמם חובות רבים, חובות שנוצרו לרוב עקב תלאות היום-יום וקשיי מחיה.

השאלות שהתעוררו בהקשר זה בפסיקה של בתי המשפט, ושעיצבו את מערכת ההוצאה לפועל וחדלות הפירעון בישראל, אינן פשוטות. עד כמה ניתן להרחיק לכת במימוש העיקרון של עמידה על תשלום חובות? האם ניתן גם להחזיק אדם במאסר כדי ליצור תמריץ חזק שישלם את חובותיו? האם זהו אמצעי אכיפה לגיטימי או רק התאכזרות לשמה למי שידו אינה משגת? כאשר נחקק חוק ההוצאה לפועל והחליף את החוק העותומני משנת 1914 שחל קודם לכן, הוחלט אחרי התלבטות להשאיר על כנו את מנגנון המאסר בשל אי תשלום חוב גם בחוק



החדש. בהתאם לכך, סעיף 70(א) לחוק זה קבע שאם עד ליום מתן צו המאסר לא שילם החייב את החוב במועדים שנקבעו ואין דרך אחרת לביצוע פסק הדין, ייאסר החייב. כך במשך שנים המאסר היה כלי עזר משמעותי בגביית חובות. בפועל, ראשי ההוצאה לפועל חתמו על כמות אדירה של פקודות מאסר בלי לאמוד את המצב האישי של החייבים. כל זאת עד לפסק הדין הידוע בעניין פר"ח (בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת - עמותת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (1993)).

פסק הדין נולד בעקבות הטיפול בעניינה של מי שנכנה אותה כאן ריקי כהן (שם בדוי). ריקי הייתה אישה צעירה, אם יחידנית, שהובאה לפני ראש ההוצאה לפועל עם בנותיה הפעוטות. לא היה לה קרוב ומודע בעולם. לא הייתה לה אפשרות להשאיר את הבנות בהשגחת מבוגר. ריקי ביקשה לא להיאסר, למען הטיפול בבנותיה. החלטת ראש ההוצאה לפועל הייתה כי ריקי תיאסר, וכי הקטינות ייאסרו יחד עימה. מקרה קיצוני זה הזעיק את עמותת פר"ח (ששמה נגזר מראשי התיבות של המלים פושטי רגל חייבים) לעתור לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, לצמצום השימוש באמצעי של פקודות מאסר לצורך גביית חובות. במישור הפורמלי הדיון המשפטי נסב על תוקפה של תקנה 114 לתקנות ההוצאה לפועל, התש"ם-1979, כנוסחה באותו זמן, שמכוחה הוצאו פקודות מאסר נגד חייבים לתקופה של עד 21 יום.

בית המשפט העליון קיבל את העתירה בפסק דין שנתן המשנה לנשיא אלון בהסכמת השופטים ברק ומצא. פסק הדין בחן את התכליות של מערכת ההוצאה לפועל: לשמש מנגנון שבאמצעותו יכול בעל דין שזכה בערכאות לממש את פסקי הדין שניתנו לטובתו, ומנגד להגן על כבוד האדם ועל החירות של החייב ולצמצם את הפגיעה בה. עוד הוסבר כי בחלק ניכר של העולם הדמוקרטי בוטל השימוש במאסר בתור אמצעי לגביית חוב, וכי במדינות שבהן הושאר, אין הוא מבוצע אלא לאחר קיום דיון בנוכחות החייב שבו מתבררת השאלה האם לחייב יכולת לשלם את החוב ובכל זאת הוא משתמט מתשלומו. בית המשפט העליון ציין כי אין מידה ואין שיעור לערכה של חירות האדם, וכי שלילתה היא עבירה פלילית ועוולה אזרחית. לא לכך כיוון המחוקק בסעיף 70 לחוק ההוצאה לפועל. בסיכומו של דבר, נקבע כי תקנה 114 נחקקה בחוסר סמכות והיא בטלה ומבוטלת.

פסק הדין בעניין פר"ח הוא אחד מפסקי הדין שלהם הייתה השפעה עצומה על חיי המעשה. בעקבותיו נחקק תיקון חשוב לחוק ההוצאה לפועל (חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 19), התשנ"ט-1999) שייסד את המנגנון של "חקירת יכולת" בסעיף 67 לו. על פי ההסדר שנקבע בו, רשם ההוצאה לפועל נדרש לאמוד את יכולתו של החייב לפי מסמכים שונים, ובהתאם לה להורות על פריסה של החוב הכולל לתשלום חודשי. רק אם למרות זאת החייב לא שילם את הסכום החודשי, ניתן להגיש בקשה למאסרו. לפי אמות המידה שהותוו בעניין פר"ח תוקן בשנת 2008 גם סעיף 70(ג) לחוק ההוצאה לפועל. בתיקון זה נקבע כי לא יבוצע צו מאסר, אלא לאחר שהחייב הופיע אישית לפני ראש ההוצאה לפועל וניתן להתרשם מחזותו. לא עוד צווי

מאסר לפי ניירות בלבד. כמו כן נקבע בו בסעיף 70(ד) המתוקן כי "חייב שנאסר יובא שוב לפני רשם ההוצאה לפועל, בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 24 שעות ממועד מאסרו; הובא החייב כאמור, רשאי רשם ההוצאה לפועל לבטל את צו המאסר או לקצר את תקופת המאסר, בתנאים שייראו לו". כלומר, גם לאחר שנחתמת פקודת מאסר, נערכת בדיקה חוזרת. תנאי לביצועה הוא שהחייב יובא לפני רשם ההוצאה לפועל, וזה יחקור אותו ויבדוק אם החייב היה יכול לעמוד בתשלומים שהושתו עליו. אם מצא כי החייב זלזל בחובתו ולא שילם, יאושר המאסר. אבל אם רשם ההוצאה לפועל השתכנע כי העדר התשלום נבע מחוסר יכולת כלכלית, רשאי הוא לצמצם את תקופת המאסר ואף לבטלו כליל.

בג"ץ פר"ח הוביל מהפכה של ממש בהליכי ההוצאה לפועל בישראל. במטרה לצמצם את הפגיעה בחירות האישית, לא יינקטו עוד הליכי מאסר כלפי חייבים המתנהלים בתום לב והמשתפים פעולה עם הליכי חקירת היכולת, אך אין להם יכולת כלכלית לפירעון החוב.

החובה שבג"ץ פר"ח השית, להביא את החייב לדיון פרונטלי לפני ביצוע המאסר, היא חובה משפטית לאמוד את המצב הכלכלי של אדם ולעמוד עליו טרם שלילת חירותו. אך יותר מכך, חובה אנושית וחובה ערכית הן לראות פנים אל פנים את האדם שמאחורי הניירות. אילו הייתה נערכת בדיקה כזו לריקי כהן, היא לא הייתה נאסרת, ודאי לא עם בנוחיה הקטינות. מכאן ואילך אין מדובר עוד ב"חייב" סתמי, גורם עלום, שקוף, נטול פנים וגוף. מדובר באדם – אומנם בעל חובות, אבל גם בעל זכויות, והזכות לחירות תינטל ממנו רק לאחר בדיקה מדוקדקת ולא כדבר שבשגרה.

בשנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין פר"ח, ניתן ביטוי לעקרונות שהנחו אותו ביחס לחייבים מוחלשים גם בהקשרים נוספים, שתקצר היריעה לפרטם (דוגמת הכללים החלים על פינוי מדירת מגורים בהליכי הוצאה לפועל<sup>1</sup>).

ומגביית חובות בהליכי ההוצאה לפועל – נעבור לסקור את הפירעון במסגרת הליכי פשיטת הרגל. חייבי הוצאה לפועל רבים מוצאים מזור בהליכי פשיטת רגל, או כפי שהם מכונים כיום "הליכי חדלות פירעון". הכוונה היא לאותם מצבים שבהם הנסיבות הכלכליות של אדם הן כה קשות עד כי החוק מאפשר לו לקבל פטור מחלק מחובותיו כדי להתחיל "התחלה חדשה". בעבר נושא זה היה מוסדר בפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980, ששורשיה בתקופת המנדט, וכיום הוא מוסדר בחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018.

ניתן להדגים את הדברים באמצעות סיפורו של אנטולי לשצ'נקו (רע"א 6353/19 לשצ'נקו נ' כונס הנכסים הרשמי (11.2.2020)). אנטולי, יליד 1973, הוא עולה מחבר העמים שנקלע למצב רפואי על רקע נפשי. הוא לא הצליח להשלים שירות צבאי, לא השתלב בעבודה ולא הקים משפחה. עקב חסרון כיס הוא צבר חובות משמעותיים לשישה מוסדות בנקאיים. כיוון שלא

1 למשל ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004), ובעקבותיו תיקון סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל בשנת 2008 (חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), התשס"ט-2008).

הצליח לפרוע את חובותיו, פנה בשנת 2015 להליכי פשיטת רגל. במקביל, פנה לעזרת המוסד לביטוח לאומי. שם נקבעה לו זכאות לקצבת נכות חודשית בשיעור של 100% בגין העדר יכולת השתכרות. במילים פשוטות: מצבו הנפשי לא אפשר לו לעבוד והוא התפרנס רק מקצבת הנכות. כיוון שכך, הגיע עד פת לחם וביקש במסגרת הליכי פשיטת הרגל לפטור אותו כליל מהתשלום החודשי, שהרי הקצבה מחושבת בדיוקנות לפי צרכיו ואין הוא יכול לגרוע ממנה אפילו שקל אחד.

בבית המשפט המחוזי הופחת התשלום החודשי של 400 ש"ח שנקבע בפתיחת ההליך, עד לסך זעום של 100 ש"ח לחודש בלבד. לטענתו של אנטולי, גם בכך לא היה יכול לעמוד. על כן הוא ערער על פסק הדין. עניינו הגיע להכרעה עקרונית בבית המשפט העליון, והערעור אכן התקבל. השופט סולברג, בהסכמת השופטים מינץ ווילנר, היה ער לצורך לאזן בין זכויות הנושים לבין השמירה על כבוד החייב, הפעם בפן הכלכלי של זכות האדם למחיה בכבוד. פסק הדין בחן את סעיף 111(א) לפקודת פשיטת הרגל, שמכוחו הושת על אנטולי התשלום החודשי, אל מול סעיף 303 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, המעניק הגנות לחייבים מפני גבייה מגמלת הביטוח הלאומי. בהמשך לכך נקבע כי כשהחייב חסר כושר השתכרות בשיעור של 100% וגמלת הביטוח הלאומי היא הכנסתו היחידה, הוא זכאי לפטור מהתשלום החודשי נוכח התכלית של גמלת הביטוח הלאומי – "להבטיח את צרכי מחייתו המינימליים של הזכאי, לספק לו אמצעי קיום בסיסיים" (פסקה 16). הכול כדי לאפשר לחייב דל האמצעים מחיה בכבוד מתוך הקצבה הצנועה שהיא הכנסתו היחידה. כשנה לאחר מכן הוחלה ההלכה שנקבעה בעניין לשצ'נקו גם על מקרים קודמים שבהם בוצעו בעבר תשלומים מתוך כספי קצבה. נקבע כי יש להחזירם לידי המשלם (רע"א 6999/20 עוידה נ' כונס הנכסים הרשמי (24.2.2021)). בכך המהלך הושלם.

הפסיקה בעניינו של אנטולי לשצ'נקו עיצבה מחדש את פני הליכי חדלות הפירעון בישראל. תמו ימי תוכניות פירעון בסכומים זעומים הנמשכות לאורך שנים. מכאן ואילך חייבים המתקיימים מקצבאות ביטוח לאומי בלבד, ושאינן ברשותם נכסים אחרים בני מימוש, זוכים לאלתר להפטר (כלומר למחיקת יתרת החובות שלהם). הדבר מביא מזור לא רק לחייב עצמו, אלא גם למעגלים שלמים סביבו: בני משפחה קרובים, כגון הוריו, אשתו וילדיו. הרי עול חובותיו משליך גם על אורח חייהם. ההפטר שניתן לו בשל חוסר יכולת כלכלית, משחרר גם אותם לחיים חדשים בכבוד. אשר לנושים, בית המשפט העליון היטיב להסביר כי גם הם אינם נפגעים, שכן ממילא תוכניות הפירעון המקוצצות הללו אינן מעניקות לנושים מזור ממשי.

עניין פר"ח ועניין לשצ'נקו מדגימים שדיני זכויות האדם הם לא "בשמיים" אלא גם פה בארץ, בתחום המעשי של אכיפת חיובים ותשלום חובות. הם מבוססים על ההכרה בערך של כבוד האדם הן פיזית, הן כלכלית, ועל זכותו לחיים של חירות. התחשבות בחלש וקיום אנושי בכבוד הם ערכים יהודיים ואוניברסליים גם יחד. מאחר שכך, פסקי הדין הללו הם דוגמה מובהקת למזיגה בין הערכים היהודיים לערכים הדמוקרטיים של מדינת ישראל.

# שמיכה קצרה, תרופה (מחוץ לסל), שוויון ומה שביניהם

בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1 (2008)  
ע"ע (ארצי) 205/08 שירותי בריאות כללית - טיירו (9.11.2009)

## דורון יפת

גילה ויעקב חלו בסרטן המעי הגס. הרופא המטפל המליץ לגילה על קבלת טיפול בתרופת ה"אווסטין" וליעקב על קבלת טיפול בתרופת ה"ארביטוקס". גילה ויעקב הם שניים מחולים רבים שחלו במחלות קשות שהשלכותיהן התפקודיות משמעותיות, ושגורמות סבל רב ללוקים בהן. חולים קשים אלה מבקשים מימון ציבורי לטיפול רפואי מציל חיים או שעשוי לשפר את מצבם הרפואי או למנוע את התדרדרותו. מנקודת מבטם, כל תרופה, תהא עלותה אשר תהא, העשויה להציע סיכוי כלשהו להצלת חייהם, להארכתם או לשיפור איכות חייהם, ולו במעט – ערכה וחיוניותה לא יסולאו בפז. אבל הצרכים החברתיים עולים על האפשרויות הכלכליות ואין מנוס מקביעת סדר עדיפויות. ומכאן עולות שאלות: מהו הסטנדרט של טיפול רפואי סביר אשר קופת חולים מחויבת בו כלפי מבטחיה? מהו ההיקף של הזכות לבריאות? שאלות אלה מעוררות התחבטויות אנושיות של ממש שכן אלו מערבות בתוכן היבטים מגוונים: משפטיים, אתיים, פילוסופיים, מוסריים וכלכליים.

הדיון בשאלות אלה נעשה ב"צילם" של שני חוקים: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנחקק בשנת 1992, וחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. חוק היסוד מגן על זכויות האדם העיקריות הכלולות במסגרתו, ובכללן הזכויות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד. חוק ביטוח בריאות ממלכתי מכיר באחריות של המדינה לממן שירותי בריאות ציבוריים לטובת כל תושבי ישראל באמצעות קופות החולים, מתוך מחויבות לעקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית. באופן כללי, לקופת חולים שלושה מנגנונים לתת למבטחים תרופות במימון ציבורי: האחד, מתוך סל שירותי הבריאות הלאומי, שנכנה "סל התרופות". סל זה מגדיר את סטנדרט התרופות שכל תושב המדינה זכאי לקבל מקופת החולים שהוא חבר בה, ובמימון ציבורי. סל התרופות אחיד לכל קופות החולים, והוא מונה את שמות התרופות הכלולות בו ואת התווייתן, קרי: ייעודן ושימושן. סל התרופות נקבע מכוח חוק בריאות ממלכתי, והוא דינמי וניתן להרחבה מעת לעת. בכך נהנים כל תושבי המדינה מהבשורה הטמונה בהתפתחויות המדעיות ובפיתוח של טכנולוגיות רפואיות חדשות, כפוף להתחשבות באילוצי תקציב. מדי שנה מתכנסת ועדת

הסל לצורך גיבוש המלצותיה אילו תרופות לכלול בסל התרופות, ואילו אין מנוס מלדחות לעת הזו בשל אילוץ התקציב. ההחלטה הסופית בדבר הרכב סל התרופות נתונה בידי שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר ובאישור הממשלה. השני, הוספת שירות בריאות או תרופה לסל הפנימי שהקופה מציעה לחבריה. המדובר בהחלטה של הקופה. השלישי, "ועדת חריגים", שהיא גוף פנימי של הקופה הפועל על פי תקנונה. הוא נועד לתת לחבריה פתרון מהיר לבקשות מיוחדות ודחופות אשר אינן מקבלות מענה במסגרת סל התרופות הלאומי או הסל הפנימי של הקופה. ונחזור לגילה ויעקב, אשר לדאבונם שתי התרופות שנוקקו להן לא נכללו בסל התרופות באותה עת ולכן הם נאלצו לרכוש תרופות אלו מכיסיהם. אבל בגלל עלותן הגבוהה לא היה ביכולתם להמשיך לשאת במימון. על רקע זה הם וגם אחרים במצבם עתרו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ וביקשו לכלול אותן בסל התרופות הציבורי (בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג 1(1) 1(2008)). בין לבין נתקבלה החלטת ממשלה בדבר תוספת תקציב לסל שירותי הבריאות, ובמסגרתה נכנסה ה"אווסטין" לסל התרופות. למרבה הצער אירע הדבר לאחר שמרבית החולים שהיו שותפים להגשת העתירה כבר הלכו לעולמם. תרופת ה"ארביטוקס" נותרה מחוץ לסל, ולפיכך הצורך בהכרעה בעתירה נותר בעינו. כיוון שהצרכים החברתיים עולים על האפשרויות הכלכליות, הרי שלא אחת אנשים שתקוותם להכללת תרופה מסוימת בסל התרופות נכזבה, מבקשים מזור משפטי. לפיכך הם מגישים עתירה ומבקשים לחייב את ועדת הסל לכלול תרופה מסוימת בסל התרופות. כל עתירה עוסקת באדם שהוא עולם ומלואו. ריבוי עתירות העוסקות בתרופות שונות ממחיש את משמעות אילוץ התקציב, המחייבים תעדוף בין תרופות שונות, ואת היות מלאכת עריכתו קשה כקריעת ים סוף. למעשה, העתירה של יעקב העלתה לדיון לראשונה באופן ישיר את השאלה מהם "שירותי בריאות בסיסיים" הנכללים במסגרת הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא עוררה את סוגיות המעמד של הזכות לטיפול רפואי-תרופתי והמידה שבה המדינה אחראית לספק שירותים אלה במימון ציבורי לתושביה. העותרים טענו כי הזכות לבריאות זוכה להגנה חוקתית. העדר הכללת תרופה מצילת חיים בסל התרופות הוא פגיעה בזכויות החוקתיות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד. עוד נטען כי במסגרת התקציב הניתן למימון הסל, ראוי לאמץ שיטת מימון שוויונית באשר למכלול התרופות מצילות החיים ומאריכות החיים, בלא להעדיף תרופה אחת על פני האחרת. לטענתם, אי הכללתה של תרופת הארביטוקס בסל התרופות לא נתנה משקל ראוי לערך של הצלת חיי אדם, ומדובר בהפליה לרעה של העותרים ביחס לחולים אחרים שהתרופות הדרושות להם כן נכללו בסל. המדינה ביקשה לדחות את העתירה, שכן על בית המשפט לנהוג בריסון שיפוטי ולהימנע מלהסיק זכות חוקתית כללית לבריאות. באשר לטענה בדבר ההפליה טענה המדינה כי החלטותיה נתונות למגבלות תקציב, ומכאן החובה לקבוע סדר עדיפויות. עוד נטען כי לא ידוע אם תרופת הארביטוקס מאריכת חיים או שהיא משפרת את התסמינים של המחלה. ועדת הסל סברה כי אין לתת לתרופה זו עדיפות גבוהה על פני תרופות אחרות אשר הוכח לגביהן כי הן מאריכות חיים.

בית המשפט העליון דחה את העתירה. בעיקרו של דבר, הטעם לכך הוא שבית המשפט אינו יכול "לתעדף" את התרופה שהעותרים זקוקים לה, על פני תרופות אחרות שאישרה ועדת הסל, בנסיבות שבהן מדובר ב"משחק סכום אפס". ועדת הסל חייבת לבחור ולתעדף תרופות שכולן יכולות להועיל בעולם אידיאלי. בפן החוקתי בית המשפט עמד על כך שלזכות לשירותי בריאות מעמד חוקתי, ושמידת ההגנה עליה מחייבת גישה זהירה המושפעת, בין היתר, מזמינות המשאבים הציבוריים, ממוגבלותם ומהיכולות הכלכליות של המדינה. ספק אם דרישה למימון ציבורי של תרופות חדשניות נכללת בגרעין הקשה של הזכויות המנויות בחוק היסוד. מאחר שכך, דומה כי רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן תקום חובה חוקתית על רשויות המדינה לממן תרופה פרטנית מסוימת – אחת מני רבות שלגביהן מוגשות בקשות למימון ציבורי. השיקול התקציבי לגיטימי וענייני, וועדת הסל רשאית להתחשב בו במסגרת קביעת סדר העדיפויות בין הטכנולוגיות הרפואיות. לגוף העניין נקבע שאי אפשר לומר כי אמות המידה שהדריכו את ועדת הסל בשאלות המורכבות אשר נדונו לפניה (כגון יעילות התרופה, תרומתה לסיכויי ההחלמה של החולה ועלותה) הן בלתי ענייניות או בלתי סבירות במידה המחייבת את התערבות בית המשפט.

נושא המימון הציבורי לתרופות מגיע לעתים להתדיינות משפטית בבית הדין לעבודה. כך במקרים שבהם החולה אינו תוקף את ההחלטה של ועדת הסל שלא לכלול תרופה מסוימת (או התוויה) בסל התרופות הכללי שנהנים ממנו כל תושבי המדינה, אלא מבקש לקבל את המימון במסגרת "ועדת חריגים" של קופת החולים. כך עשה אילן טיירו ז"ל. אילן לקה במחלת סרטן מוח גרורתית וטופל בתרופת "טמודל", הרשומה בסל התרופות. לאחר שנמצא כי הטיפול בתרופה זו אינו יעיל במצבו, ניתן לו, בהמלצת רופאיו, טיפול רפואי המורכב משתי תרופות אחרות הכלולות בסל. הוכח שטיפול חריג זה יעיל, ובעקבותיו נבלמה התפתחות המחלה וחל שיפור בתפקודו. הטיפול המורכב משתי התרופות לא הותווה למחלתו בסל, ולכן הוא לא היה זכאי למימון ציבורי בקשר לטיפול זה. אילן הגיש לוועדת החריגים של שירותי בריאות כללית בקשה למימון הטיפול באופן מלא ומיידי, שכן עלות הטיפול החודשי הייתה כ-35,000 ש"ח והוא נאלץ לממן אותה באמצעות תרומות. לאחר שנדחתה בקשתו הוא הגיש לבית הדין האזורי לעבודה תביעה לקבלת המימון המבוקש. ההליך היה מכוון כלפי קופת החולים שלו, ובאופן ספציפי כלפי ההחלטות שקיבלה בנושא האישור החריג שביקש. בית הדין האזורי לעבודה הושיט לאילן את "עוגן ההצלה" הנכסף וקבע כי על קופת החולים לשאת במימון התרופה, תוך שאימץ את הטענה שלפיה "חריגות" המקרה נבחנת אפוא ביחס לחובת הקופה לפי סל השירותים, ולא ביחס למטופלים אחרים הנזקקים לטיפול שאינו בסל" (עב' (אזורי ת"א) 11068/07 טיירו – שירותי בריאות כללית, פסקה 34 (25.2.2008)).

הקופה ערערה לבית הדין הארצי לעבודה. בערעור טענה הקופה, בין היתר, כי החלטת ועדת החריגים התקבלה בסבירות, שכן מדובר בטיפול ניסיוני; כי החריגות צריכה להיבחן ביחס לשאר החולים במצבו; כי את אומדן עלות הטיפול יש לבחון בהתחשב בהשלכות הרחב

של ההחלטה, קרי: היקף המבוטחים החולים במחלה, ואילן אינו חריג ביחס אליהם. מנגד, אילן והמדינה תמכו בפסק הדין של בית הדין האזורי. אילן חזר וטען כי הטיפול החריג התחייב ממצב בריאותו החריג בנסיבותיו; כי אין לבחון את החריגות ביחס לחולים אחרים, שאם לא כן שום חולה לא יוכל לחצות את סף דלתה ולהיות מוכר בתור חריג; וכן כי הקופה מעולם לא הציגה ראיות לחריגה כלשהי מתקציבה ולשיעורה. אומנם אילן נפטר במהלך ההליך, אבל נוכח ההשלכות של המחלוקת, אשר העלתה שאלות עקרוניות בעלות אופי ציבורי לגבי ההתנהלות של ועדת חריגים ולגבי שיקוליה, סבר בית הדין הארצי לעבודה כי יש להידרש לערעור (ע"ע (ארצי) 205/08 שירותי בריאות כללית – טיירו (9.11.2009)).

בחוות הדעת המרכזית, שכתבה השופטת ארד בהסכמת השופט רבינוביץ, נקבע כי סיווג הטיפול והגדרתו בתור "טיפול מציל חיים" או "מאריך חיים" או "המעניק לו איכות חיים לתקופה מסוימת בלבד" או "טיפול ניסיוני", לא יהיו תנאי מוקדם או מחסום בפני הוועדה. יש להידרש לשיקולים בעלי אופי אובייקטיבי, בעלי אופי סובייקטיבי ובעלי אופי ציבורי (הנוגעים לעקרון השוויון). במישור האובייקטיבי יובאו בחשבון, בין היתר, מדיניות הקופה וסדר העדיפויות שקבעה, מדיניות משרד הבריאות ועמדתו, ניסיון שהצטבר בארץ ובעולם בטיפול החריג, וחוות דעת מומחים בתחום. בפן הסובייקטיבי יובאו בחשבון, בין השאר, טיפולים קודמים שניתנו למבוטח, האם קיימת מניעה רפואית מלקבל את הטיפול המותווה למחלתו בסל, האם הטיפול המבוקש ניתן בעבר לעמית ומה היו תוצאותיו, האינטרס הטיפולי החיוני בטיפול החריג ויעילות הטיפול החריג המבוקש. בהיבט הציבורי, אשר ליבתו בעקרון השוויון שהקופה מחויבת בו כלפי כל מבוטחיה, ייבחן השוויון המהותי. כלומר, הקופה רשאית להבחין בין מבוטחים מטעמים רלוונטיים. השופט צור ציין בחוות דעתו כי בדרך כלל, למעט במקרים חריגים, דחופים או מיוחדים, על בית הדין להימנע מלתת סעד אופרטיבי במקום ועדת חריגים במקרה שבו מצא פגם בהתנהלותה, ועליו להחזיר את הדיון אליה כדי שתשקול את העניין בהתאם להנחיותיו. אומנם, בסופו של דבר ומאחר שאילן הלך לעולמו בעת שהערעור היה תלוי ועומד – נמחק האחרון. אבל על אף מחיקתו הקביעות של בית הדין הארצי הותירו את רישומן. בעקבות פסק דין מנחה זה פרסם משרד הבריאות הנחיות לקופות החולים (חוזר) ובמסגרתן ביקש לפרט קווים מנחים לפעילות של ועדות חריגים בהיבטים דיוניים ומהותיים. בכך עוגנה ומוסדה הפעילות של "ועדת החריגים" תוך הבניית אופן הפעלת שיקול הדעת.

גם לאחר עיגון הנוהל נדרשו בתי הדין לעבודה להכריע בעניינים הנוגעים לאופן היישום של החוזר, וליתר דיוק בעניין דרך ההתנהלות של ועדות החריגים. כדי להמחיש את ההתלבטויות הלא פשוטות המתעוררות אציג שני מקרים. הראשון שבהם עוסק בתרופה "אקסונדיס 51" למחלת דושן, מחלת ניוון שרירים גנטית קשה הפוגעת ביכולת ההליכה, תרופה שעלותה מאות אלפי דולרים בשנה (ע"ע (ארצי) 21560-05-18 שירותי בריאות כללית – פלוני (6.6.2018)). בית הדין הארצי קבע כי ועדות החריגים של קופת חולים כללית, שהתכנסו שלוש פעמים בעניינו של הקטין החולה, לא קיימו את המוטל עליהן ולא שקלו את כל השיקולים הרלוונטיים

בהתאם לחוזר ובהתאם להלכה הפסוקה. בית הדין הארצי ציין כי בנסיבות החריגות והמיוחדות של המקרה – לרבות הייחודיות של הקטין כפי שזו עלתה מחוות הדעת הרפואית שהוגשה מטעמו – יש לאשר את התוצאה שאליה הגיע בית הדין האזורי, שדן בתיק בערכאה ראשונה, ולחייב את הקופה לספק לקטין את התרופה. בהקשר זה צוין כי הוועדה התעלמה מכל שיקול אחר פרט לשיקול התקציב, אשר אינו חזות הכול ואינו "מילת קסם". בית הדין הדגיש כי דרך המלך הייתה ועודנה החזרת הסוגיה לוועדת חריגים, אבל נוכח עוצמת הפגמים לאחר שלושה דיונים שהתקיימו לפניו, הדבר מצדיק להושיט את הסעד שהתבקש ולא החזיר את הדיון פעם נוספת לוועדה.

המקרה השני עוסק בתרופה "וימיזים" לטיפול במחלת המורקו, מחלה גנטית נדירה ביותר הגורמת למחסור באנזים מסוים, וכך גורמת לפגיעה קשה בתפקוד היומיומי ולמוות בגיל צעיר (ע"ע (ארצי) 47182-06-20 שירותי בריאות כללית – אליהו (1.9.2020)). במקרה זה התעורר מתח: מצד אחד – המצב הרפואי של החולים, היעילות הרפואית של התרופה (ולו בדרך של שיפור מסוים ומניעת התדרדרות המחלה), והעדרו של טיפול חלופי יעיל. מצד אחר – העלויות הגבוהות של התרופה לפרט בשילוב העובדה שבאותו מקרה לא היו נסיבות שהבחינו את החולה מכלל החולים שלוקים באותה מחלה. שילוב זה הביא לכך שהעלות השנתית של מתן התרופה לכל חברי הקבוצה הייתה 25-30 מיליון ש"ח. בית הדין קבע כי בנסיבות העניין ההחלטה של ועדת החריגים, שנתנה משקל יחסי רב לשיקול התקציב, אינה חורגת ממתחם הסבירות במידה המצדיקה את ביטולה. זאת כיוון שבידי ועדת החריגים הסמכות וראיית הרוחב הנדרשת בהתחשב בכך שהצרכים עולים על האפשרויות, ולבסוף היא הנושאת באחריות כלפיה כל המבוטחים בהינתן חוסר היכולת לספק את כלל צורכיהם.

יש להודות: בתיקי תרופות מתעורר מתח עז בין הרצון של חולה לקבל טיפול תרופתי במימון הציבור, כך שעלות הטיפול לא תמנע את נגישותו לתרופה, לשיקולים נוספים לרבות אילוצי תקציב. עקרונות היסוד של חוק ביטוח בריאות ממלכתי מביאים לכך שאוכלוסייה רחבה אשר הוכנסה לסל אחד, נהנית משירותי בריאות בסיסיים שיעילותם מוכחת, בחינם או בהשתתפות עצמית נמוכה. עם זאת, הסל מוגבל בגודלו. אי אפשר להתעלם מהחשיבות של הצלת נפש אחת, אשר טבועה עמוק בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולכן נדרשות ועדות חריגים לשאלה אם מוצדק לתת לחולה תרופה שאינה כלולה בסל. בכמה פסקי דין חייבו בתי הדין לעבודה את ועדת החריגים לתת תרופה לחולה. אבל לא אחת ולא שתיים ידו של השופט, אשר תיקי תרופות מדירים שינה מעיניו, תקצר מלהושיע.



# כבילה לא קבילה: על איסור כבילת עובד זר למעסיקו

בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006)

## טל גולן

יְכִי־יָגוּר אֲתָדָּהּ גַּר בְּאַרְצְכֶם לֹא תוֹנוּ אֹתוֹ. כְּאֲזַרְחַן  
מִכֶּם יִהְיֶה לְכֶם הַגֵּר הַגֵּר אֲתֶכֶם, וְאֶהְבֶּתָּ לּוֹ כְּמוֹדִי,  
כִּי־גֵרִים הָיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם (ויקרא יט 33-34).

הגירה לשם מציאת עבודה היא תופעה עתיקת יומין, בת אלפי שנים. היא מוכרת גם בהיסטוריה היהודית, ומוזכרת בסיפור ירידת בני ישראל למצרים בשל רעב. התופעה הלכה והתגברה בעת המודרנית בשל שלל סיבות, ובין היתר עוני נרחב, מלחמות אזרחים, אסונות טבע, הבדלים ניכרים ברמות החיים בין מדינות, תיעוש גובר והוזלת עלויות התחבורה והתקשורת. במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת הלך ועלה מספר העובדים הזרים אף במדינת ישראל, גם בשל סיבות מיוחדות למדינתנו: סגרים על שטחי יהודה והשומרון והפחתת מספר ההיתרים שניתנו לעובדים משם כדי להיכנס לישראל. כתוצאה מכך מספר העובדים הזרים שנכנסו לישראל – ובעיקר בתחומי הסייעוד, הבנייה והחקלאות – גדל בצורה ניכרת להיקף של כ־300,000 איש, ומרביתם שהו בישראל ללא היתר.

גידול זה יצר בעיות וקשיים בתחומים רבים. בין השאר הוא הוליד מדיניות שלפיה רישיון העבודה שניתן לעובד זר היה מוגבל להעסקה רק אצל המעסיק המסוים שהזמין אותו לארץ. אשר למעסיק, הוא מצידו התחייב להבטיח את יציאת העובד הזר מישראל בתום יחסי העבודה. השם של המעסיק גם הוטבע בדרכון של העובד, וחל על העובד איסור לעבוד אצל מעסיק אחר, זולת המעסיק המזמין, או לעבוד בעבודה אחרת. הפרת התנאים האלה הובילה לפקיעת היתר העבודה ולהפיכת העובד הזר לשוהה בלתי חוקי. המטרות היו למנוע "בריחת" עובדים למקומות עבודה אחרים שבהם אין הצדקה להעסקת עובדים זרים, ולהבטיח את יציאת העובד הזר מהארץ עם סיום העבודה שלשמה ניתן לו ההיתר להיכנס ארצה. מדיניות זו כונתה "הסדר הכבילה".

הסדר הכבילה נתקל בביקורת קשה. נטען שהוא פוגע קשות בזכויות האדם של העובדים הזרים והופך אותם לרכוש של המעסיקים, תוך כדי שלילת חופש העיסוק במובנו הבסיסי. היו שטענו שהסדר מוביל למיסוד של מעמד עובדים נחות שמצבו משול לעבדות מודרנית, היות

שהמעסיק יכול לפטר את העובד, וכך להפוך אותו באחת לשווה בלתי חוקי. כך גם הופכת התלות שבין העובד הזר למעסיקו למוחלטת, ופערי הכוח המאפיינים ממילא חוזי עבודה נעשים ניכרים בהרבה.

טענות אלה הועלו בעתירה עקרונית שהגישו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כמה ארגוני זכויות אדם, ובראשם "קו לעובד". העותרים טענו כי הסדר הכבילה מעניק למעסיק כוח עודף, שמשמש כר גידול נוח לתופעות קשות, כגון נטילת דרכונים מעובדים, כליאה, אי תשלום שכר ואלימות. לעיתים העובד הזר גם כלל אינו יודע שהוא מנויד ממעסיק אחד לאחר, וכך מוצא עצמו מפר את תנאי רישיונו. לכך נוספה התייחסות לסכומים הגבוהים שהעובד משלם כדמי תיווך לחברות כוח אדם ולמתווכים נוספים, ושהוא מתחייב להחזיר מתוך עבודתו בישראל. כך, למשל, בפסק הדין מתואר מקרה משנת 2004 שבו עובדים זרים מסין שילמו 10,000 דולר – סכום ניכר למהגר עבודה, גם היום ובוודאי גם אז. מנגד, המדינה טענה שהיא עומדת בפני אילוצים בניסיונה להתמודד עם תופעת ההגירה הבלתי חוקית, ושלאחר הגשת העתירה הוצא נוהל בדבר מעבר ממעסיק למעסיק. לכך השיבו העותרים שהסדר זה לא יושם הלכה למעשה, וגם לא אפשר מעבר בפועל של העובד למעסיק אחר.

העתירה התקבלה פה אחד בפסק דין חשוב שכתב השופט לוי, בהסכמת הנשיא ברק והמשנה לנשיא חשין (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא (1) 346 (2006)), ושמכונה גם בג"ץ הכבילה.

פסק הדין של השופט לוי הכיר בצורה מפורשת בחולשתם של מהגרי העבודה, שמרוכזים, לפי תיאורו, בתחתית סולם העבודה תוך כדי עיסוק בעבודות הנחשבות לקשות ולמסוכנות ביותר. פסק הדין תיאר כיצד חלק ניכר מהעובדים סובל מתנאי מחיה ועבודה ירודים, משכר נמוך (במקרים מסוימים גם פחות משכר מינימום), ולעיתים גם מתיוג שלילי ומעוינות חברתית. לא לחינם הוא תיאר את קבוצת העובדים הזרים בתור חלשה, ארעית, ענייה ובלתי מאורגנת. השופט לוי גם הכיר בכך שהסדר הכבילה פוגע בזכויות היסוד של העובדים הזרים, ושהוא פוגע בזכות לחירות ובחופש הפעולה של האדם. לשיטתו, הזיקה שבין תוקף רישיון הישיבה לעבודה עבור מעסיק יחידי פוגעת פגיעה קשה באוטונומיית הרצון של העובד הזר, והיא מחלישה – ואולי גם מבטלת כליל – את כוח המיקוח הנתון לו.

השופט לוי קבע עוד שהתוצאה של הסדר הכבילה למעסיק כורכת בין מעשה ההתפטרות – פעולה לגיטימית וזכות יסוד הנתונה לכל עובד, ולא כל שכן לפי חוק יסוד: חופש העיסוק – לסנקציה חמורה בדמות אובדן רישיון הישיבה בישראל. לכך לא תוכל להימצא הצדקה, היות שהדבר משולל לביטול למעשה של החירות להתפטר. המדובר גם בפגיעה בזכויות האדם לכבוד ולחירות, שמעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם ברמה העובדתית נמצא כי ההסדר היה רחוק מלהביא לתוצאות שלהגשמתן הוא כיוון, היות שהסדר הכבילה למעסיק עודד עבודה שלא כדיון, הקשה לפקח על העסקת עובדים זרים בישראל, ותנאי העבודה הקשים שנוצרו בעטיו אף פגעו בעובדים ישראלים.

השורה התחתונה בפסק הדין של השופט לוי הייתה חיוב המדינה לגבש הסדר העסקה חדש, מאוזן ומידתי שאינו מבוסס על כבילת העובד למעסיק יחידי, ותוך כדי הימנעות מכריכת פעולת ההתפטרות בסנקציה כלשהי, ובכלל זה אובדן המעמד בישראל. המשנה לנשיא חשין ציין מצידו כי מדובר במעין עבדות מודרנית, ובלשונו הציורית האופיינית דימה את העובדים הכפופים להסדר הכבילה "כעבדים של ימי-קדם, כאותם בני-אנוש שבנו את הפירמידות או שחתרו במשוטים להסיע ספינות של האימפריה הרומית אל המלחמה" (עמ' 403).

אין ספק שפסק הדין הרים תרומה ניכרת לשיח המשפטי בנוגע לעובדים זרים בכל הקשור להגנה על מעמדם ועל זכויותיהם. מאז ניתן ציטוטו אותו רבות בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה. אבל חשוב לא פחות להוסיף ולשאול אם הוא שינה את המציאות בשטח, ועד כמה הוא הביא למהפכה בחייהם של העובדים הזרים במדינת ישראל.

נתחיל את הדיון בשאלות נוספות אלה בסקירת האירועים שלאחר מתן פסק הדין. הקורא שנחשף רק לפסק הדין עצמו, יסבור בטעות כי הסדר הכבילה אכן בוטל סמוך לאחר ההכרעה שניתנה בשנת 2006. אבל לא כך אירע, היות שהמדינה נמנעה במשך זמן רב מליישם את פסק הדין. כשל זה אילץ את העותרים בעתירה לפנות בשנת 2008 לבית המשפט העליון בבקשה שהוגשה לפי פקודת בזיון בית משפט.

בבקשת הביזיון הכריע הרכב השופטים לוי, נאור ודנציגר. גם כאן כתב את חוות הדעת העיקרית השופט לוי. הוא ציין כי אף שהמדינה פעלה לגיבוש הסדרים חדשים, הרי שהם טרם פורסמו או יושמו, ורבות מרשויות האכיפה הוסיפו לפעול "משל פסק הדין [בג"ץ הכבילה] מעולם לא ניתן". מנקודת המבט של השופט לוי, המסקנה המתבקשת הייתה שהמדינה לא מילאה אחר הוראת פסק הדין, "ומיותר להדגיש את חומרתו של עניין זה" (החלטה מיום 24.11.2008, פסקה 7). מפאת רגישות הסוגיה וחשיבותה הורה בית המשפט העליון למדינה להמשיך לדווח על התקדמות יישום פסק הדין, והוא המשיך לעקוב מקרוב אחר ההתפתחויות. בהחלטה נוספת שניתנה בשנת 2009 במסגרת הדיון בבקשת הביזיון – שלוש שנים וחצי לאחר מתן פסק הדין – הביע השופט לוי (בהסכמת השופטים גרוניס וארבל) ביקורת נוקבת ומורת רוח ניכרת על התנהלות המדינה, וכתב שהיא השחיתה את זמנו של בית המשפט (החלטה מיום 3.12.2009). עם זאת, נוכח התקדמות מסוימת, ובכלל זה אימוץ של הסדר כבילה ענפי – כך שהעובד הזר נותר מוגבל לענף שבגיניו הוא הגיע לישראל, אבל לא למעסיק יחידי – נקבע שהעתירה הגיעה אל קץ דרכה.

בהמשך, בחודש מאי 2011, התקבל תיקון חוק שעסק בהסדר הכבילה הענפי בענף הסיעוד (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 21), התשע"א-2011). התיקון נחקק על רקע טרוניה מצד מטופלים סיעודיים בפריפריה כי מטפליהם עוזבים אותם לטובת תעסוקה במרכז המדינה, והם מתקשים למצוא מטפל חלופי בשל אזור מגוריהם. בשנת 2009 גם הגישו כמה מטופלים סיעודיים עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ובה טענו, בין היתר, שהססת נקודת האיזון בעקבות בג"ץ הכבילה חשפה אותם לסכנה מוגברת של נטישת מטפליהם ללא התראה מוקדמת הולמת.

בעוד העתירה תלויה ועומדת, וכחלק מהניסיון להתמודד עם התופעה שהתגלתה, נקבע בתיקון החוק האמור הסדר מיוחד לענף הסיעוד. הסדר זה הרשה לשר הפנים להגביל את מספר המעסיקים שעובדים זרים בתחום הסיעוד יוכלו לעבור ביניהם, ואת האזור הגיאוגרפי שבו יוכלו עובדי הסיעוד לעבוד. המחוקק היה ער לחשש כי צמצום יתר של מספר המעסיקים שעובד זר יכול להחליף והתיחום הגאוגרפי עלולים להחיות את הסדר הכבילה. מאחר שכך, נקבעה הוראה מפורשת ולפיה התקנות שיותקנו מכוח החוק "ייקבעו בשים לב... לחירותו של העובד, כך שלא ייכפה עליו לעבוד אצל מעסיק". על אף "הערת אזהרה" חקיקתית זו, ארגוני זכויות אדם טענו כי התיקון לחוק עיגן בחקיקה ראשית את הסדר הכבילה שבית המשפט העליון פסל.

מכל מקום, בית המשפט העליון הבהיר – אגב דיון בעתירה שהגישו המטופלים הסיעודיים, ותוך שציטט את "הערת האזהרה" של המחוקק למתקין התקנות – כי אין מתח בין בג"ץ הכבילה להסדר החדש שעוגן בחוק. הובהר בפסק הדין שפסק הדין בבג"ץ הכבילה "עסק בכלל העובדים הזרים ובא להגן על זכויותיהם", ואילו פסק הדין הנוכחי עוסק "אך בעובדי סיעוד נוכח צרכיהם המיוחדים של המטופלים הסיעודיים, ועל כן איננו רואים, כאמור הפרה מהותית באיזון שנקבע [בג"ץ הכבילה]" (בג"ץ 1834/09 יהודה נ' רשות האוכלוסין וההגירה ומעברי הגבול, פסקה ד (25.6.2012)).

ועדיין מהגרי העבודה הם משתתפים מוחלשים בשוק העבודה. כך, למשל, בהליך שעסק בעניינו של עובד זר מסין שנפצע באתר בנייה, עלה כי כלל לא ברור מי היה מעסיקו ומה השכר ששולם לו בפועל (ע"ע (ארצי) 16-10-14403-GANG – סוראל יישום שירותי בניה בע"מ (31.12.2017)). בפסק הדין תיארה השופטת רוננפלד בבית הדין הארצי לעבודה את מתכונת ההעסקה של עובדים זרים בענף הבניין באמצעות תאגידי כוח אדם (המכונה לעיתים "משטר התאגידים"). לדבריה, במהלך הדיון בהליך נפרסה תמונת מצב עגומה של העסקת העובד, תוך עמימות וניסיונות לטשטש את זהות המעסיק, ועלה תיאור של תשלומי שכר שהועברו אל העובדים בסכומים ניכרים ללא דיווח, וכחלק מתופעה קשה ומדאיגה של תאונות עבודה בענף הבניין.

בית הדין חתם את פסק דינו בקריאה לרשויות לבחון שינוי בתחומי הרישוי והאכיפה, וכלשונו: "בנסיבות המקרה התבררה חריגה מן ההסדר הנורמטיבי להעסקת העובד שהוא מהגר עבודה מסין, כשטענת כל הצדדים להליך היא, כי מקרה זה משקף התנהלות רחבת היקף בענף הבניה, לפחות בקשר למהגרי העבודה שמוצאם מסין. ללא ספק מצב דברים זה מצריך בדיקת עומק אצל כל הרשויות הנוגעות בדבר, אם בתחומי הרישוי והאכיפה בענף כוח אדם לבניה, אם בתחומי זכויות העובדים במקומות העבודה, ואם בתחום דיני המס. על רקע זה, ולאור ריבוי הגורמים המוסדיים הנושאים באחריות בתחומים בהם עסקנו בפסק הדין, נבקש כי פסק דין זה יובא לידיעת היועץ המשפטי לממשלה" (פסקה 62).

כך שבה והתגשמה פעם נוספת האזהרה של השופט לוי בהחלטה משנת 2009 בבקשת הביזיון, ולפיה "אין גבול לדמיון ולכושר היצירה האנושי, ולעולם יימצא זה אשר יבקש לנצל את חולשתם של הסדרים נורמטיביים להפקתו של רווח אישי על חשבון המהגר" (פסקה 9).

אפשר ללמוד מכך שהמלאכה עדיין לא תמה. פסקי דין נוקבים של בתי המשפט, ואפילו הרם שבהם, אינם מובילים תמיד לשינוי חברתי מייד. מטבע הדברים שינוי הוא תהליך, ולפסיקה יש תרומה להתהוותו, שכן היא מדגישה את זכויות האדם הבסיסיות של העובד הזר ופועלת להגן עליהן. אבל דומה שכדי שהתהליך יתחולל ודברים אכן ישתנו, לא די רק ביישום של פסק הדין, אלא נדרשת גם תמיכה חברתית בו תוך שינוי תפיסת־חברתי. מהות השינוי התפיסתי הנדרש גלומה באמירה היפה של הסופר והמחזאי מקס פריש, כפי שהביא אותה השופט אדמונד לוי בהליך אחר (בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(3) 117, 173 (2007)), ושבת המשפט העליון בשבתו כבג"ץ חזר עליה פעמים אחדות במקרים נוספים: "קראנו לזוג ידיים עובדות, ובאו בני אדם".

## על קו העוני וקו האופק

- בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005)
- בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012)
- עב"ל (ארצי) 17457-08-14 קרול - המוסד לביטוח לאומי (17.5.2018)
- בג"ץ 4988/19 רוזנצווייג מויסה נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל (20.1.2022)

### קרן אזולאי

"כאילו אפשר למתוח קו ולומר: מתחתיו העוני". שירו של המשורר רוני סומק, "קו העוני", צוטט בפתח הדיון בפסק דינו של השופט אדמונד לוי בפרשת עמותת מחויבות, שעסקה בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005)). שירה של המשוררת דליה רביקוביץ' על כך ש"אדם כשהוא רעב, או לא בטוח, הוא יעשה פשרות", צוטט בפסק דינה של השופטת אסתר חיות בפרשת חסן, שעסקה גם היא בזכות לקיום בכבוד ובתנאים לשלילת קצבת הבטחת הכנסה (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012)). מעניין שבשני ההליכים מצאו השופטים לנכון לצטט משירה העוסקת בעוני. אפשר שזו הרגישות האנושית שמעורר העיסוק בסוגיית התנאים הבסיסיים ביותר לקיום בכבוד. אפשר שמצבם המורכב של העותרות והעותרים שפנו לבית המשפט הוא אשר עורר חמלה והזדהות. ואפשר שזו הדרך לגשר על המתח שבין המציאות העובדתית הגסה לכללים המשפטיים, ולרכך את זו ואת אלה גם יחד.

שאלת הזכות לקיום אנושי בכבוד עמדה במוקד של שני ההליכים שצוינו. היא התעוררה גם בפסק דין מאוחר יותר של בית הדין הארצי לעבודה בפרשת קרול (עב"ל (ארצי) 17457-08-14 קרול - המוסד לביטוח לאומי (17.5.2018)). שלושת פסקי הדין עסקו בחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, שהסדרים הקבועים בו נועדו לספק רשת ביטחון אחרונה ליחידים ולמשפחות שאין בכוחם לספק לעצמם את ההכנסה הדרושה לצורך סיפוק הצרכים החיוניים ביותר. פסקי הדין מעוררים שאלות בעניין ההיקף של הזכות לקיום בכבוד, מידת ההגנה על זכות זו וטיבה של הביקורת השיפוטית בתחומים כלכליים ובאשר לסדר העדיפויות הנוגע למימוש של זכויות חברתיות.

בשנת 2003 ביקשה הממשלה להחיל שורה של רפורמות שעיקרן היה צמצום הגמלאות שהמדינה משלמת ועידוד היציאה לעבודה. במסגרת רפורמות אלה תוקן חוק הבטחת הכנסה.

בין היתר, הגמלה המוגדלת בוטלה לזכאים חדשים והופחתה לזכאים קיימים, בוצעה הפחתה דיפרנציאלית של שיעור הגמלה, וגיל הזכאות המינימלי לגמלה הועלה מ־20 ל־25. תיקונים אלה הצטרפו לצמצומים נוספים שנעשו, כך שכלל השינויים הסתכמו בהפחתה ממוצעת של 31% בשיעור הגמלאות המשולמות לזכאים. נוסף על האמור, כמה תיקונים נוספים ביטלו הקלות ופטורים שהוקנו לזכאי גמלה חדשים, דוגמת הנחות בארנונה.

שתי עתירות הוגשו נגד התיקונים לחוק, בפרשה שנודעה בשם פרשת עמותת מחויבות. העותרים היו אנשים פרטיים שנפגעו מהקיצוצים בגמלה, עמותות ציבוריות, אנשי אקדמיה ופעילים חברתיים. העותרים טענו שהתיקונים לחוק הבטחת הכנסה אינם חוקתיים, בשל פגיעתם בכבוד האדם במידה העולה על הנדרש. הם צירפו פירוט של הוצאותיהם החודשיות המינימליות, וטענו כי הקיצוץ בגמלה לא יאפשר להם לצרוך את השירותים הבסיסיים ביותר, דוגמת מזון, חינוך ובריאות.

בפסק דינו נדרש בית המשפט העליון לשאלת היקפה של הזכות לקיום אנושי בכבוד כחלק מן הזכות החוקתית לכבוד האדם. היסודות למענה לשאלה זו הונחו כמה שנים קודם לכן בפרשת גמזו, שבה נבחן עניינו של אדם שבמשך שנים נמנע מלשלם חובות מזונות לאשתו ולבתו (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001)). גמזו ביקש שבית המשפט יפרוס את חוב המזונות שנצבר לחובתו, וטען כי מאחר שהוא מחוסר אמצעים, דחיית בקשתו לפריסת החוב תביא לפגיעה בזכותו לקיום בסיסי בכבוד. בפסק הדין פירש הנשיא אהרן ברק את הוראות חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, וקבע כי הזכות של החייב לכבוד היא טעם מיוחד שיש להתחשב בו בעת הכרעה בבקשה לפריסת חוב. הנשיא ברק קבע כי "אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע (עמ' 375-376). על רקע האמור קבע הנשיא ברק כי יש להתחשב בזכותו של החייב למינימום של קיום אנושי, כחלק מן הזכות לכבוד האדם, ולשקול את טענות גמזו לפריסת החוב.

ההכרעה בעניין גמזו התקבלה אגב הליך אזרחי ולא במסגרת של ביקורת שיפוטית על חקיקה או על מדיניות ממשלתית. אולם בהמשך התעוררה הסוגיה במלוא עוצמתה בפסק הדין בפרשת עמותת מחויבות, שניתן בהרכב מורחב של שבעה שופטים. פסק דין זה הבהיר את הקשר בין הזכות לקיום בכבוד לבין ההגנה החוקתית על כבוד האדם, אם כי תוך חילוקי דעות באשר להיקף ההגנה המשפטית עליה.

בפסק דינו קבע הנשיא ברק בדעת הרוב כי הזכות לכבוד האדם היא אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד, ואשר בהעדרן "אין ממש בהיות האדם יצור חופשי, באשר ניטל כוחו לפתח את גופו ואת רוחו על פי רצונו, בתוך החברה שבה הוא חי" (עמ' 480). הנשיא ברק הוסיף וקבע כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב את המדינה לקיים מערכת שתבטיח "רשת מגן" למעוטי יכולת כלכלית כדי שלא יגיעו למצב של מחסור קיומי. רשת

מגן זו כוללת הבטחה שלאדם יהיו די מזון ומשקה לקיומו, מקום מגורים שבו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו; וכן תנאי תברואה ושירותי בריאות שיבטיחו גישה למערכת בריאות מודרנית. הנשיא ברק קבע אפוא אמת מידה של הגנה חוקתית על מינימום קיום בכבוד. עם זאת, הנשיא ברק קבע כי על העותרים מוטל הנטל להוכיח שההפחתה בגמלאות הבטחת הכנסה הובילה לפגיעה בכבוד, וכי הם לא עמדו בו. הנשיא ברק הסכים שהפחתה של הגמלאות תכביד עוד על חייהם הקשים ממילא של הזכאים לגמלה. אולם הוא סבר כי לא ניתן להעריך את רמת הפגיעה באופן כללי ותאורטי, אלא בבדיקה שהיא קונקרטיית וכוללת התייחסות גם לשירותים האחרים הניתנים לזכאים מלבד גמלת הבטחת הכנסה.

המשנה לנשיא מישאל חשין והשופטים אליעזר ריבלין, אילה פרוקצ'יה ואשר גרוניס הצטרפו לפסק הדין של הנשיא ברק. השופטת דורית ביניש הסכימה לפסק הדין תוך הסתייגות בשאלה של נטל ההוכחה. גישתה הייתה שעל העותרים מוטל רק הנטל הראשוני להוכיח את מקורות ההכנסה שלהם אל מול ההוצאות החיוניות השוטפות והקבועות שהם נושאים בהן. אילו העותרים היו עומדים בנטל הראשוני, היה הנטל עובר למדינה להוכיח כי על אף הפגיעה לכאורה בזכות החוקתית עקב הקיצוץ בגמלה, ישנם אמצעים אחרים להבטיח קיום אנושי מינימלי בכבוד. בנסיבות העניין לא היה בכך כדי להשפיע על התוצאה.

מנגד, השופט לוי קבע בדעת מיעוט כי הזכות לקיום אנושי בכבוד כוללת את הזכות לתנאי מחיה נאותים, ומטרתה אינה רק להבטיח את האדם ממחסור קיומי בלתי נסבל. "על חייו של אנוש להחזיק תוחלת וערך", קבע השופט לוי (בעמ' 495). אם כן, ההבדל ברור: לשיטתו של השופט לוי, יש מקום להגנה חוקתית על קיום נאות בכבוד (ולא רק קיום מינימלי בכבוד). זאת ועוד, השופט לוי מצא כי בנסיבות העניין העותרים הוכיחו את הפגיעה בזכות החוקתית, נוכח הספק שהתעורר באשר ליכולתם לקיים עצמם בכבוד על רקע הנתונים שהציגו.

הסוגיה של גמלת הבטחת הכנסה התגלגלה שוב לפתחו של בית המשפט העליון בעקבות העתירות שהוגשו בפרשת חסן ושביקשו לתקוף את חוקתיות סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה. הסעיף קבע כלל גורף שלפיו מי שבבעלותו או בשימושו כלי רכב, לא יהיה זכאי לקבל גמלת הבטחת הכנסה. כלומר, בסעיף נקבעה חזקה ששימוש או בעלות ברכב הם שווי ערך להכנסה בגובה הגמלה. העותרים טענו כי חזקה זו פוגעת פגיעה שאינה חוקתית בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד.

פסק הדין התייחס לסיפורי החיים הקשים של העותרים בפרשת חסן. מרביתם היו נשים חד-הוריות שנטל הפרנסה והטיפול בילדים רבץ על כתפיהן. כולן נזקקו לשימוש ברכב – כדי לצאת לעבודה, לטפל בילדים או להסיע בני משפחה מוגבלים, לצורך רכישת מזון ושירותי בריאות, וגם לשם הוצלת עלויות הנסיעה בהשוואה לתחבורה ציבורית. אחת מן העותרות הפסיקה לעבוד לאחר שהגמלה נשללה ממנה בעקבות השימוש ברכב – ולאחר ששבה וקיבלה את הגמלה, זו נשללה ממנה שוב לאחר שהתברר שהיא משתמשת ברכב של הוריה כשלוש פעמים בחודש. חלק מן העותרות צברו חוב משמעותי למוסד לביטוח לאומי בעקבות שלילת



הגמלה בשל שימוש מזדמן בכלי רכב של בני משפחה או מכרים, והן גם התבקשו להשיבה למפרע.

גם העתירות בעניין חסן נדונו בהרכב מורחב של שבעה שופטים. פסק הדין המרכזי ניתן מפי הנשיאה ביניש, וזה היה פסק הדין שנתנה ביום פרישתה מכס השיפוט. בפסק דינה קבעה הנשיאה ביניש כי הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם ובגרעינה, שכן "חיים בחרפת רעב, ללא קורת גג, תוך כדי חיפוש מתמיד מנין יבוא עזרו של אדם, אינם חיים בכבוד" (עמ' 828). הנשיאה ביניש קבעה כי הכלל הגורף שנקבע בסעיף 9א(ב), פוגע בזכות לקיום אנושי בכבוד משום שאינו משאיר מקום לבחינה פרטנית אם יש לאותו אדם הכנסה בהיקף שמבטיח את מימוש הזכות לקיום בכבוד. הנשיאה ביניש קבעה כי אין מניעה שהבעלות או השימוש ברכב ישמשו אומדן להערכת היקף ההכנסה של מבקש הגמלה, אבל אין לקבוע חזקה שאינה ניתנת לסתירה. היא הסבירה שקביעה קטגורית אינה מידתית, ובפרט היא אינה משקפת בחירה של המחוקק באמצעי שפגיעתו פחותה.

אחד החידושים המרכזיים בפסק הדין בפרשת חסן טמון באמירה המפורשת של בית המשפט העליון כי במישור העקרוני אין הצדקה להבחין בין זכויות אזרחיות לזכויות חברתיות, הן מבחינת חובת המדינה לממש את הזכויות, הן מבחינת מודל הביקורת השיפוטית במקרה של פגיעה באחת מן הזכויות. זכויות אזרחיות הן זכויות שהתפתחו על רקע הרצון להגביל את הכוח של המשטר. הן מתאפיינות בכך שחובת השלטון הניצבת מולן היא "שלילית" ומהותה להבטיח הגבלה מצומצמת של חירות הפרט. זכויות אזרחיות בולטות הן, בין היתר, הזכות לחופש ביטוי, הזכות לפרטיות והזכות לקניין. לעומת זאת, זכויות חברתיות הן זכויות שמבחינה היסטורית התפתחו לאחר הזכויות האזרחיות, והיסוד המרכזי שלהן הוא "חיובי", כלומר הן מבוססות על תפיסה חברתית שלפיה על השלטון לדאוג לפרט ולקדם את רווחתו. בין היתר כוללות הזכויות האזרחיות את הזכות לבריאות, הזכות לתנאי עבודה נאותים והזכות לקיום בכבוד.

בפרשת חסן נקבע כי החלוקה הדיכוטומית בין שני סוגי הזכויות אינה מוצדקת. הנשיאה ביניש הסבירה כי זכויות רבות כוללות פנים חיוביים ושליליים כאחד, במובן זה שגם הגנה על זכויות אזרחיות עשויה להצריך הוצאה ציבורית משמעותית. על כן הנשיאה ביניש דחתה את הטענה שלפיה יש הצדקה להחיל סוג שונה של ביקורת שיפוטית במקרה שבו בית המשפט דן בהפרה של זכות חברתית. במיוחד כך בנוגע לזכות לכבוד האדם, שיש לה גם היבטים של זכות אזרחית וגם היבטים של זכות חברתית.

פסק הדין בפרשת חסן ניתן פה אחד, בהסכמת השופטים מרים נאור, עדנה ארבל, אליקים רובינשטיין, סלים ג'ובראן, אסתר חיות ועוזי פוגלמן. השופט רובינשטיין הוסיף כי חוק הבטחת הכנסה מבטא תפיסה חברתית ראויה הנוטעה במסורת היהודית. בעשותו כן הוא התייחס למשפט העברי ולתורת המוסר היהודית וציין כי חובת העזרה לחלש היא חובה הלכתית ולא רק עצה מוסרית, וכי היא באה לידי ביטוי בחובת הצדקה, שהיא ערך מערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

אם כן, הרכב השופטים קבע כי סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה פוגע פגיעה שאינה מידתית בזכות לכבוד האדם, ועל כן הכריז על בטלותו. כדי לאפשר למחוקק שהות לגבש הסדר חלופי, הושהתה הכרזת הבטלות, ונקבע כי זו תיכנס לתוקף שישה חודשים לאחר מתן פסק הדין. לראשונה, בית המשפט העליון הכריז על בטלות סעיף בחוק על רקע פגיעה בזכות חברתית.

בעקבות פרשת חסן תוקן בחודש יולי 2012 חוק הבטחת הכנסה. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי בעקבות פסק הדין תבוטל החזקה החלוטה ולפיה בעלות או שימוש ברכב שוללים את הזכאות לגמלה. תחת זאת נקבעו תנאים לשלילת הגמלה או להפחתה מדורגת שלה כתלות במספר כלי הרכב, בשימוש ברכב ובשווי ותוך התחשבות במאפיינים נוספים, ובהם גיל התובע או הכנסתו מעבודה.<sup>1</sup>

פרשת חסן לא סתמה את הגולל על התנאים לשלילת גמלת הבטחת ההכנסה, ובהמשך לה נדונה בבית הדין הארצי לעבודה פרשת קרול. ביסוד ההתדיינות בפרשה זו עמדה השאלה האם תמיכה שמקבלים אנשים מעוטי יכולת מבני משפחה, היא "הכנסה" שיש להביא בחשבון כאשר נבחנת זכאותם לקבל גמלת הבטחת הכנסה. אחת המתדיינות הייתה אישה בת 69 שקיבלה במשך כעשרים שנה גמלת הבטחת הכנסה בסך של 2,040 ש"ח לחודש. הואיל וסכום זה לא הספיק להוצאותיה המינימליות, ילדיה סייעו לה בדרך של תשלום המשכנתה עבורה בסך של 2,400 ש"ח לחודש. המוסד לביטוח לאומי הודיע לה שהסיוע המתקבל מילדיה יחושב כהכנסה, ועל כן נשללה זכאותה לגמלה ונוצר לה חוב בגין גמלאות שקיבלה. בעלי דין אחרים בהליך קיבלו עזרה דומה מזדמנת או קבועה מבני משפחה או ממכרים. בפסק הדין המרכזי, שכתבה השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, נקבע בדעת רוב כי חוק הבטחת הכנסה מפרט את הרכיבים שיש להתחשב בהם במנגנון חישוב ההכנסה לצורך קביעת הזכאות לגמלה, וכי אין בהם או בפקודת מס הכנסה (שהחוק מפנה אליה) התייחסות לתמיכה כספית משפחתית או קהילתית. בית הדין קבע כי אין הצדקה לפרש את החוק פרשנות מרחיבה שמשמעותה הוצאת אדם ממעגל הזכאות לגמלה, וכי הסדר כזה הוא הסדר ראשוני שראוי שהמחוקק יקבע.

בשנים שלאחר פסקי הדין האמורים התייחס בית המשפט העליון לסוגיה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד גם בהקשרים החורגים מסוגיית הקיצוץ בקצבאות. כך, למשל, בבג"ץ 4988/19 רזונצווייג מויסה נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל (20.1.2022) החיל בית המשפט את חובת ההגנה על הזכות לקיום מינימלי בכבוד בעתירה שהוגשה על רקע הפרקטיקה של ניתוק צרכנים מאספקת חשמל בגין חוב. בפסק הדין, מפי השופטת דפנה ברק-ארז ובהסכמת השופטים יצחק עמית ודוד מינץ, נבחנו אמות המידה לניתוק צרכנים מחשמל בשל חובות כספיים. בית המשפט קבע כי הזכות לאספקת חשמל היא "בעלת זיקה מובהקת לזכות לקיום

1 הצעת חוק הבטחת הכנסה (תיקון מס' 40), התשע"ב-2012; חוק הבטחת הכנסה (תיקון מס' 40), התשע"ב-2012.

מינימלי בכבוד" (פסקה 70), ולכן יש להרחיב את מעגל הזכאים לחסינות מפני ניתוק מחשמל, כך שיקיף גם את אלה שחיים בעוני קשה. בית המשפט קבע כי זוהי "מצוות החוק ומצוות הלב" (פסקה 105). על כן נקבע כי יש להסדיר הליך שיחייב בחינה פרטנית וזכות טיעון טרם ניתוק צרכנים מאספקת חשמל.

פסקי הדין שהוצגו מסמלים התפתחות בפסיקה המתייחסת לזכויות חברתיות בכלל ולזכות לקיום בכבוד בפרט. פסקי דין רבים שבאו בעקבותיהם התבססו על היסודות שהם הניחו. עם זאת, עניינים נוספים אחרים נותרו בלתי פתורים. הסוגיה המרכזית שנשארה ללא מענה – בחקיקה או בפסיקה – היא הגדרת אותו "מינימום" לקיום אנושי בכבוד. בפסקי הדין לא הוצגה לבית המשפט הגדרה כזו, ונקודת המוצא לדיון הייתה כי מכלול שירותי הרווחה בישראל מספקים "סל" שנדרש לקיום מינימלי בכבוד, ושבמסגרתו יש מקום מרכזי לגמלת הבטחת ההכנסה. מדובר בסוגיה מורכבת. היא מערבת בדיקה עובדתית ושיקולי מדיניות באשר לחלוקת משאבים, והיא מייצגת את המתח שבין קביעת מדיניות כלכלית בידי המחוקק למידת ההתערבות של בית המשפט בקביעת מדיניות זו.<sup>2</sup> מכל מקום, גם ללא אותה הגדרה פיתחה הפסיקה את הזכות לקיום בכבוד בתור נקודת הבסיס לדיון גם במקרים אחרים שנבחנו, ויש להניח שיוסיפו להיבחן גם בעתיד. רוני סומק כתב: "הקו היחיד שראיתי היה קו האופק ומתחתיו הכל נראה עוני". ההגנה על הזכויות החברתיות נועדה להבטיח שכל איש ואישה לא רק יראו את האופק, אלא גם יוכלו להגיע אליו.

2 החלטה שקיבלה השופטת דורנר בפרשת עמותת מחויבות להורות לכנסת להגדיר מהו אותו מינימום, זכתה לביקורת. בתום דיון מיוחד פרסמה הכנסת סיכום ישיבה, שנבחר ברוב מביין כמה הצעות סיכום, ולפיו "הכנסת רואה בדאגה את גלישת בית המשפט העליון לנושאים שבמובהק הם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת". דברי הכנסת 13.1.2004, 8861, 8864.

# הזכות לקיום מינימלי בכבוד – חוצה גבולות

בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת (23.4.2020)

## ראמי נאסר

אדם, כל אדם, נושא עימו את זכויותיו בכל זמן ובכל מקום, והן חלק מכבודו. זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לחיות חיים רגילים, כבן אנוש, תוך הבטחת מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בכבוד בחברה שבה הוא חי.

במקביל, כל מדינה, וכמובן גם מדינת ישראל, רשאית להגן על ריבונותה, ולא להשלים עם כניסה בלתי חוקית אל גבולותיה. הקושי שמעוררת שהות בלתי חוקית במדינה התעצם על רקע הדיון באלו שמוגדרים שוהים בלתי חוקיים או "מסתננים", כלומר אנשים שנכנסו לשטח ישראל שלא דרך מעבר גבול מסודר. דיון זה מיוחס בעיקרו למסתננים מסודר ואריתריאה, שהם למעלה מ-90% מהמסתננים. המדינה אינה נוקטת כלפיהם צעדי הרחקה בכפייה, אם בשל קשיים מעשיים (דוגמת העדר קשר דיפלומטי בין ישראל למדינת המוצא) ואם בשל מדיניות "אי-הרחקה זמנית" על רקע האיסור במשפט הבינלאומי להרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. חלק משמעותי מהמסתננים פנו לרשות האוכלוסין בבקשה לקבל מקלט מדיני, ומרבית הבקשות לא הוכרעו. לאורך השנים ועל רקע הקושי בהרחקת המדינה ניסתה להסדיר את מקום שהייתם בארץ (משמורת במתקן "חולות")<sup>1</sup> ולתת תמריץ ליציאתם מרצון. אמצעים אלה נפסלו בפסקי דין של בית המשפט העליון או שלא הוכחה יעילותם.

המצב הייחודי של המסתננים, שבפועל חלקם מתגוררים בישראל שנים אחדות ויותר, הצריך התייחסות לשהייתם בארץ ולעבודתם בה. הם מחזיקים ברישיון שהייה זמני בלבד, אבל לא ברישיון עבודה, שניתן למי שנכנס לישראל לצורכי עבודה לפי חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991. מתוך הכרה בכך שגם למסתננים יש זכות לעבוד לפרנסתם בישראל כדי להתקיים בכבוד, בשנת 2011 הצהירה המדינה כי תימנע מאכיפת האיסור על העסקתם ללא רישיון עבודה, ובג"ץ אישר מדיניות "אי אכיפה" זו.<sup>2</sup> כך, בפועל, המסתננים מתפרנסים למחייתם.

אחד האמצעים הנוספים שבהם נעשה שימוש כדי לתמרץ יציאת מסתננים מהארץ מרצון, היה חקיקת "חוק הפיקדון". החוק קבע כי כל מי שמעסיק עובד זר שנכנס למדינה שלא כדין,

1 ראו רשימתו של יובל ליברדו בספר זה, עמ' 692.

2 בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (16.1.2011).

כלומר עובד זר שנחשב ל"מסתנן", לא יוכל להעביר לו את כל שכרו, אלא יידרש להפקיד עבורו בחשבון בנק ייעודי פיקדון חודשי בסכום השווה ל-36% משכר העבודה. מתוך סכום זה 20% ינוכו מתוך השכר של העובד (והם יכוננו רכיב העובד), ואילו 16% יופקדו בידי המעסיק מעבר לשכר העובד (והם יכוננו רכיב המעסיק). אשר לייעוד הפיקדון קבע החוק, בתמצית, כי כשני שלישים מסכום הפיקדון ישולמו למסתנן לכשיעזוב את הארץ. תשלום היתרה תלוי, בין היתר, בפרק הזמן שחלף מהמועד שבו היה על העובד המסתנן לצאת מהארץ ועד ליציאתו בפועל – ואם חלפו יותר משישה חודשים, לא תשלום היתרה.<sup>3</sup>

בעקבות חקיקת חוק הפיקדון קבוצת מסתננים וארגונים שונים עתרה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. היא ביקשה לבטל את החוק, בטענה כי ההסדר הקבוע בו פוגע בזכויות יסוד של המסתננים העובדים באופן שחורג מאמות המידה שנקבעו בדין (בג"ץ 2293/17 גרסגרה נ' כנסת (23.4.2020)). לשיטת העותרים, ניכוי רכיב העובד בניגוד לרצונו והפקדתו בפיקדון שוללים למעשה חמישית ממשכורתו לתקופה בלתי קצובה. שלילה זו עולה כדי פגיעה בזכות הקניין, בזכות לקיום מינימלי בכבוד של העובדים המסתננים ובזכות החוקתית לשוויון בהשוואה לעובדים זרים אחרים. לטענת העותרים, החוק נועד להפעיל לחץ על העובדים המסתננים ולשבור את רוחם כדי שיצאו מישראל, בניגוד לעקרונות המשפט הבינלאומי. נטען גם כי ההסדר יוביל עובדים מסתננים לעבוד ללא תלוש שכר, ללא הגנות וללא תשלומים למדינה. העותרים הדגישו כי ניכוי רכיב העובד עלול להוביל לפגיעה חריפה ביכולת של משפחות העובדים לרכוש מזון, מדור וטיפולים רפואיים, וכפועל יוצא מכך להגדלת מספר הילדים הנמצאים בסיכון. זאת בניגוד למחויבויות של המדינה מכוח אמנות בינלאומיות.

מנגד, המדינה טענה כי הסדר הפיקדון נועד להגשים ארבע תכליות ראיות: יצירת תמריץ כלכלי חיובי ליציאת מסתננים מישראל; הבטחת הזכויות הסוציאליות של העובדים המסתננים; הקטנת הפגיעה הקיימת ברמות התעסוקה והשכר של עובדים ישראליים באמצעות השוואת עלות ההעסקה של עובדים מסתננים לזו של עובדים ישראליים; ומתן נקודת פתיחה ראויה לתחילת חייהם של העובדים המסתננים מחוץ לישראל. עוד נטען שלא הונחה תשתית משפטית ועובדתית מספקת להוכחת פגיעה בזכויות העובדים המסתננים לשוויון ולקיום אנושי בכבוד.

הדיון בעניינם של המסתננים הצריך הכרעה בין אינטרסים מתנגשים: מצד אחד, עקרון היסוד הגלום בזכות של המדינה להגן על ריבונותה; מנגד, זכויות היסוד של המסתנן, ובהן הזכויות לקניין ולקיום מינימלי בכבוד.<sup>4</sup>

באפריל 2020 ניתן פסק הדין בעתירה. בפסק דין עקרוני בעל חשיבות חברתית, חשיבות חוקתית וחשיבות משפטית קבע בית המשפט בדעת רוב כי יש לבטל את הוראת החוק

3 סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014.

4 ראו רשימתה של קרן אזולאי בספר זה, עמ' 101.

המחייבת לנכות את רכיב העובד בסך של 20% משכרם של עובדים שהסתננו לישראל. עוד נקבע כי הפיקדון יתבסס על רכיב המעסיק בלבד, העומד על 16%.

כל השופטים הסכימו כי רכיב העובד בחוק הפיקדון פוגע בזכות העובד לקניין, שכן פרי עמלו הוא קניינו. בדעת הרוב מפי הנשיאה חיות, ובהסכמת המשנה לנשיאה מלצר והשופטים הגדל, פוגלמן, עמית וקרא, ניתן ביטוי למהות הייחודית של הקניין – שכר המסתנן-העובד, שהוא מקור מחייתו העיקרי. לאור זאת נקבע כי הפגיעה בזכות לקניין היא ממשית ומשמעותית, שכן מדובר בחמישית משכרו של העובד המשמש למחייתו. עוד נקבע כי אומנם שימוש בתמריצים כלכליים הוא אמצעי לגיטימי למימוש מדיניות הגירה, אבל האמצעי שנבחר שולל מהעובד-המסתנן את הזכות לקבל חמישית משכרו, שהוא הנכס העיקרי, אם לא היחיד, מתוך נכסיו בישראל. שלילה זו נעשית לפרק זמן בלתי מוגבל שסופו אינו ידוע, והיא עשויה לקרב בכך את השלילה לכדי הפקעת הכספים בפועל. בפסק הדין נקבע כי פגיעה בעוצמה זו אינה צולחת את המבחנים החוקתיים.

חלק מחברי המותב נדרשו לשאלה האם ניכוי רכיב העובד פוגע בזכות המסתנן לקיום מינימלי בכבוד. נקודת המוצא הייתה כי רכיב העובד כרוך בהכבדה נוספת על המצב הכלכלי הירוד ממילא של המסתננים, אשר נטשו את מולדתם ומשפחותיהם, ואשר קיומם הבסיסי תלוי באפשרויותיהם הכלכליות. על כן נשאלו השאלות האם אין בהסדר הפיקדון כדי לפגוע בזכות לכבוד של העובדים-המסתננים, וכפועל יוצא מכך, האם יש לקבוע שהמדינה לא קיימה את חובתה להבטיח את הזכות לקיום מינימלי בכבוד של אותם עובדים-מסתננים. בשאלה זו נחלקו דעות השופטים.

השופט עמית הניח לצורך הדיון כי גם לאחר שתנוכה חמישית משכרם, המסתננים לא ירדו אל מתחת לסף המינימום של קיום אנושי בכבוד ולא יגיעו לעוני מרוד ומשפיל. עם זאת, השילוב בין השתיים: שליחת היד לכיסם תוך פגיעה ברורה בזכות לקניין והבאתם אל סף המינימום, גם אם לא מתחתיו – מצדיק את פסילת ניכוי רכיב העובד שבהסדר הפיקדון. נקבע כי אין דומה מי שהגיע אל הסף המינימלי של קיום בכבוד ושאינו לו זכות "חיובית" לעלות יותר מכך, למי שהמדינה גרמה לו בדרך של פגיעה ישירה ובוטה בקניינו לרדת אל הסף המינימלי, בלי שהוא – בהיותו שוהה בלתי חוקי – זכאי למכלול הסדרי הרווחה הניתנים לאזרחי המדינה ותושביה. המשנה לנשיאה מלצר והשופט הגדל הדגישו את מציאות החיים של חלק משמעותי מהמסתננים. בהתאם לנתונים שהציגה המדינה, המסתננים משתכרים לפני הניכוי פחות משכר המינימום, והם אינם זכאים לשירותי רווחה או לקצבאות הביטוח הלאומי. במצב זה ניכוי של 20% משכר העבודה מביא את האדם העובד למצב שבו השכר שהוא משתכר בפועל נמוך משכר המינימום, שהוא המדד הקובע של שכר הדרוש למחייה. זאת למשך שנים ארוכות, ומועד קבלת הפיקדון מעורפל בשל נסיבות שאינן תלויות בעובד. בכך נשללת ממנו היכולת להתפרנס מעבודתו בכבוד ולהתקיים בכבוד, תוך סיכול אפשרויות השיקום עד כדי כך שהוא נצרך לידי מתנת בשר ודם כדי לשרוד.

מנגד, השופט סולברג, שהיה בדעת מיעוט, קבע כי אין עוררין על המעמד הרם של הזכות לקיום מינימלי בכבוד וכי הוכר זה כבר שזכות זו היא זכות חוקתית הנובעת ישירות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא הוסיף שהבטחת קיום חומרי מינימלי – לחם לאכול ובגד ללבוש, קורת גג, טיפול רפואי בסיסי – מתחייבת מן השמירה על כבוד האדם במובן הבסיסי ביותר של מונח זה, ואף נחוצה לשם מימוש של זכויות חשובות אחרות. השופט סולברג הדגיש כי כדי להצדיק התערבות ולבטל חקיקה ראשית, יש להוכיח שהחוק הנדון עלול להביא בפועל למחסור המגיע כדי מניעה של אמצעי קיום מינימליים של הנפגע. כך, אין די בהערכה בלבד לגבי הכבדה כלכלית כלשהי, אשר יש להניח כי ההסדר החוקי יסב לנפגע, אלא הבחינה היא תמיד קונקרטית ותוצאתית. בחינה זו נעשית על רקע כל נסיבות העניין, ובמסגרתה יש להניח תשתית עובדתית מלאה הנתמכת בתיעוד מתאים, שממנה אפשר להסיק את הפגיעה בכבוד האדם. השופט סולברג קבע שאין מחלוקת כי ניכוי של 20% משכר המסתננים כרוך בהכבדה נוספת על מצבם הכלכלי הירוד ממילא, אבל אין מדובר בפגיעה ממשית בזכותם החוקתית לקיום מינימלי בכבוד. המסתננים יכולים לשאת בניכוי של 20% משכר העבודה, בשים לב לנתונים שונים ובעיקר העובדה כי מסתננים מצליחים להעביר כספים אל מחוץ למדינה בלי להגיע לכדי מחסור קיומי של ממש.

עינינו הרואות, סוגיית המסתננים ממשיכה להימצא על סדר היום הציבורי והפוליטי. היא התגלגלה לא אחת לפתחו של בית המשפט העליון. הכרעת בית המשפט בפרשת גרסגהר, שהביאה לביטול הסדר הפיקדון שנקבע בחקיקה ראשית, עסקה בפלח מוגבל שלה. המסר המרכזי בפסק הדין של בית המשפט העליון הוא הרגישות החברתית והרגישות האנושית כלפי גורמים מוחלשים באוכלוסייה, שלעיתים קרובות אינם יודעים לעמוד על זכויותיהם או יכולים לעשות זאת. מפסק הדין עולה בבירור הצורך במתן הגנה מפני פגיעה בוטה וישירה בכיסם של המסתננים העובדים ומפני פגיעה בזכותם למינימום הנדרש לקיום בכבוד. פסק הדין מדגיש הלכה למעשה את חשיבות השמירה על כללי המשפט הציבורי וחובת ההגינות, אשר חלים ביתר שאת מקום שבו מדובר באוכלוסייה מוחלשת הסובלת מנחיתות מובנית, בדומה למקרה של המסתננים.

בית המשפט הבחין בין חוקיות הכניסה לישראל להגנה על שכרו של אדם שבזיעת אפו עמל להשגתו. נקבע כי עובדת כניסתו של מסתנן שלא כדון, בה בלבד אין כדי לשלול ממנו זכות מוגנת כלשהי או כדי להביא לכך שיאבד את כבודו באשר הוא אדם. בית המשפט נתן את דעתו לעובדה כי אלפי מסתננים כבר נמצאים במדינה וכי אין כניסה של מסתננים חדשים, והסיק כי על המדינה לאפשר למסתננים לדאוג לעצמם ולשמור על שכרם. כל זאת בלי לגרוע חמישית מהשכר שהם משתכרים בעמל יומם.

המסקנה של בית המשפט הייתה כי המדינה, אשר ביקשה לעודד את המסתננים לצאת מהארץ מצד אחד ולשמור על זכויותיהם באמצעות הסדר הפיקדון מצד שני, עלולה להביא לכך שהעובדים המסתננים לא יועסקו כלל וכך יגיעו לפת לחם, או יועסקו בתנאים פוגעניים

עוד יותר, או שהעסקים שמעסיקים אותם יקרסו. כל אלה תוצאות לא רצויות בעליל, גם בהיבט התועלתני הצר. לצד כל האמור, בית המשפט גם נדרש למצב של תושבי דרום תל אביב, שם מתגוררים מרבית המסתננים. אף שבית המשפט הכיר במצוקה האמיתית שבה הם נמצאים, הוא תהה אם מצוקה זו לא תחריף ככל שנגרום למסתננים להיות עניים יותר, על כל המשתמע מכך בהיבטים של פשיעה, אלימות וצפיפות, וגם בהיבטים של בריאות האוכלוסייה, כגון בימי התחלואה ממגפת הקורונה.

בית המשפט נתן את דעתו לכך שבניגוד למקרים שעסקו באזרחי מדינת ישראל, אשר נהנים מזכויות סוציאליות שונות, העובדים שעליהם חל הסדר הפיקודן אינם נהנים מאותן רשתות ביטחון כלכליות. גם לכך יש משקל בראייה הכוללת של המקרה ובמידת הפגיעה בעובדים. כך, מדובר לכל הפחות בפגיעה עוצמתית במיוחד, שחורגת מפגיעה "רגילה" בקניין.

אי אפשר להתעלם משיקולים נוספים, מוסריים, חברתיים ותועלתניים, אשר מצדיקים את המסקנה של בית המשפט. בפן המוסרי כפיית שלום שאינה מוגבלת בזמן בדמות ניכוי חמישית משכר העובד-המסתנן עד לעזיבתו את הארץ, אינה מוצדקת והיא פוגעת בזכות הקניין ובעקרון חופש החוזים. בפן החברתי עובד שאינו מקבל חמישית משכרו יכול להפוך לנטל על החברה, במיוחד אם אין לו מקור הכנסה נוסף. בפן התועלתני אין תועלת רבה בפגיעה הכלכלית במתן תמריץ שלילי לכניסת מסתננים חדשים לישראל, הואיל ובעיה זו פחתה ממילא בשנים האחרונות.

גם בימים אלה נותרו פתוחות שאלות רבות שנוגעות למדיניות ההגירה, ובכלל זה התמודדות עם שוהים בלתי חוקיים (ובהם מסתננים). אי אפשר להתעלם מהתפרצות נגיף הקורונה ומהשפעתה על פסיקת בג"ץ, אשר נתן את דעתו להשלכות הכלכליות של מצב החירום באותה תקופה על האוכלוסייה כולה, ובפרט על אוכלוסיות מוחלשות. תם ולא נשלם.



## שבעים פנים לחינוך

בג"ץ 2599/00 יתד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5)

834 (2002)

בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' כנסת ישראל, פ"ד סז(2) 155 (2014)

### איתי כרמי

"כמו הרבה מטרות נשגבות אחרות, כן גם מטרות החינוך הממלכתי בגדר אידיאלים הן שקשה, או אף בלתי אפשרי, להשיגן במלואן. וכבר אמר מי שאמר, שבשעת הגשמתו המלאה חדל האידיאל מהיות אידיאל (או מטרה)" חיים ה' כהן המשפט 619 (מהדורה שניה 1996)

פרשות המשפט בספר זה מזמנות לנו קרקע עשירה למחשבה. אנחנו קוראים ומגבשים דעה. לעיתים מסכימים ולעיתים חולקים. כל זאת הודות לאחד הבסיסים לקיומה של חברה: החינוך. יש הגורסים כי מטרתו של החינוך לשרת את החברה. אחרים סוברים כי מטרתו לשרת את היחיד. יש המאמינים כי הוא בכלל בשיירות התרבות או הדת, או הדרך לשמר מסורות, אמונות וערכים. כך או כך, אי אפשר לחלוק על חשיבותו. זו תהיה נקודת המוצא לדיון קצר זה בהתפתחות של הזכות לחינוך במשפט הישראלי, שבגדרו ננסה לפענח מדוע על אף ההסכמה הרחבה בדבר חשיבותו של החינוך, טמון קושי ממשי בביטוי המשפטי הלכה למעשה. במעמד המכונן של הקמת מדינת ישראל הכריז דוד בן-גוריון כי "מדינת ישראל... תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות". בהמשך להכרזה זו, שנה אחת בלבד לאחר הקמת המדינה נחקק חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, הקובע חובת חינוך (שממנה נגזרת הזכות לחינוך) לכל ילד וילדה. כמה שנים לאחר מכן נחקק חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, שמטרתו, על פי דברי ההסבר שליוו את הצעת החוק, "להשתית את החינוך היסודי על ערכי תרבות ישראל והישגי המדע, על אהבת המולדת ונאמנות למדינה ולעם ישראל, על אימון בעבודה חקלאית ובמלאכה, על הכשרה חלוצית, ועל שאיפה לחברה בנויה על חירות, שוויון, סובלנות, עזרה הדדית ואהבת הבריות". מכוח חוקים אלה הוקמה מערכת חינוך מדינתית המבטיחה חינוך חובה חנם במסלולי חינוך מגוונים. עם זאת, הכרעות בסיסיות אלה הותירו עדיין שאלות פתוחות רבות בהמשך הדרך. על אף החשיבות הברורה שייחס המחוקק לזכות לחינוך, היא לא קיבלה ביטוי חוקתי בחוקי היסוד שנחקקו לאורך השנים. הפער שבין חשיבותה החברתית ומעמדה הרם בתרבותנו

להעדרה מחוקי היסוד, זימן לפסיקה עיסוק בשאלה האם אפשר להכיר במעמד החוקתי של הזכות לחינוך מכוח פרשנות של הזכויות שנזכרו במפורש, ובראשן הזכות לכבוד האדם כקביעתה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שאלה זו נענתה תחילה בשלילה! אבל בהמשך השתנתה הגישה.

פסק דין שנחשב לציון דרך בהקשר זה ניתן בהליך שיזמה עמותת יתד (בג"ץ 2599/00 יתד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו"ד 834 (5) 2002)). ברקע הדיון עמד חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988, המורה כי ילדי החינוך המיוחד זכאים לשירותי חינוך מיוחדים על פי חוק, לרבות טיפולי פיזיותרפיה, ריפוי בדיבור, ריפוי בעיסוק וטיפולים נלווים או שירותים מיוחדים אחרים, כל ילד וצרכיו שלו. אבל החוק, שהתמקד בילדים הלומדים במסגרת החינוך המיוחד, לא כלל הסדר מפורש בנוגע לילדים הזקוקים לסיוע אך משולבים במוסדות הרגילים. הורים לילדים עם תסמונת דאון המשולבים בחינוך הרגיל עתרו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ וביקשו להורות למדינה לשאת במימון שירותי חינוך מיוחדים לילדים המשולבים במוסדות הרגילים. ההורים טענו כי תכליתו של חוק חינוך מיוחד מחייבת את הרשויות במימון שירותי חינוך מיוחדים, וכי המצב הקיים מאלץ הורים שאין ביכולתם לממן את החלק שאינו ממומן בידי המדינה, להעביר את ילדיהם (המתאימים לשילוב בחינוך הרגיל) למוסדות לחינוך מיוחד. על רקע זה טענו ההורים כי המדיניות של משרד החינוך פוגעת בזכות לחינוך, שהיא זכות יסוד, וכך גם בזכות היסוד לשוויון, שכן היא מפלה בין הורים שמשרד החינוך נושא בהוצאות החינוך המיוחד של ילדיהם, להורים הנושאים בעצמם בהוצאות חינוך אלו. נוסף על כך, הופר השוויון בין הילדים ששולבו בכיתות הרגילות הודות ליכולת הכלכלית של הוריהם לשאת בהוצאות אלו, לילדים שהועברו למוסד לחינוך מיוחד בשל העדר יכולת כלכלית מצד הוריהם לשאת בהוצאות שירותי חינוך מיוחדים.

המדינה לא חלקה בתגובתה על העדיפות הפדגוגית הטמונה בשילוב ילדים בעלי צרכים מיוחדים בחינוך הרגיל ואף הסכימה שמדיניות משרד החינוך היא לעודד את השילוב. עם זאת היא טענה שהזכות לחינוך מיוחד חינם ניתנת למימוש רק במוסד לחינוך מיוחד, ואילו היקף הסיוע לילדים המשולבים בחינוך הרגיל נתון לשיקול דעת המדינה וכפוף למגבלות התקציב. בפסק הדין, שכתבה השופטת דליה דורנר בהסכמת השופטים תיאודור אור ואדמונד לוי, נדחו טענות המדינה, ובית המשפט הורה לה לממן את שירותי החינוך המיוחדים גם עבור הילדים המשולבים במוסדות החינוך הרגיל.

מלבד התוצאה הצודקת בעניינם של ילדי החינוך המיוחד, החשיבות של פסק הדין חרגה מגבולות המקרה הנקודתי. אף שבית המשפט לא הכריע במישרין בשאלה האם הזכות לחינוך היא חלק מהזכות לכבוד האדם, כפי שזו הוכרה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, פסק הדין ביסס את הזכות לחינוך והניח כר רחב, עמוק ופורה להכרה במעמד הרם של ערך החינוך

1 בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ"ד 2 (3) 1996).

ובמעמד של הזכות לחינוך. השופטת דורנר הפנתה בפסק דינה למגוון מקורות המכירים בחשיבות של הזכות לחינוך. כך, השופטת דורנר התייחסה להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948, המעגנת בתוכה גם את הזכות לחינוך; הפנתה לאמנות בינלאומיות שמדינת ישראל אשררה ושמעגנות בתוכן את הזכות לחינוך; הצביעה על חוקות שונות ברחבי העולם אשר עיגנו את חובת המדינה להעניק חינוך לאזרחיה; ייחדה התייחסות למקומה של הזכות לחינוך במסורת היהודית; והפנתה להתייחסויות קודמות בפסיקה הישראלית בשבחה של הזכות. בהמשך ישיר לכך הוסיפה השופטת דורנר וקבעה: "זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה, ללא קשר הכרחי לזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (עמ' 843). בהכרעה כך, העניקה השופטת דורנר לזכות לחינוך מעמד של זכות יסוד פסיקתית. משמעות הדבר היא שבכל מקרה שבו ישנה יותר מפרשנות אפשרית אחת של הדין, בית המשפט מצווה להעדיף את הפרשנות המגשימה יותר – או זו המפירה פחות – את זכות היסוד לחינוך. על יסוד פרשנות זו בית המשפט חייב את המדינה לממן שירותי חינוך מיוחדים גם במוסדות החינוך הרגילים.

לימים, בראיון שהעניקה השופטת דורנר לאחר פרישתה, נשאלה מהו פסק הדין היקר לליבה או זה המסב לה גאווה רבה. השופטת דורנר השיבה: "אחד מפסקי הדין הקרובים לליבי, שהיה גם אחד האחרונים שיצאו תחת ידי, הוא פסק הדין בעניין יתד... 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 גיל"ת את הטענה כי הזכות לחינוך קבועה בחוק היסוד. 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 פירוש שאפשר לחייב את המדינה לממן את החינוך המיוחד".<sup>2</sup> הואיל וכלל הוא כי שופטים מדברים רק בפסקי דינם, התייחסות נדירה זו עשויה לשפוך אור על האבולוציה של המשפט.

הזכות לחינוך אינה מתייחסת רק לחובת המדינה לספק שירותי חינוך. היבטים אחרים של הזכות נוגעים לשאלות של בחירה ואוטונומיה באשר לדרכי החינוך של הילד. זו השאלה שעמדה במרכז של עתירה שהתייחסה לפטור שניתן למוסדות חינוך חרדיים מהחובה ללמד "לימודי ליבה". בפסק הדין, הידוע גם בכינוי עניין לימודי הליבה (בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' כנסת ישראל, פ"ד סז(2) 155 (2014)), ביקשו העותרים שבית המשפט יורה על פסלות חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, אשר הבטיח תקצוב מלא למוסדות חינוך

2 אלכסנדר (סנדי) קדר, פנינה אלון, עידן לרון וענת רום "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר" דין ודברים א 15 (2004).

חרדיים שהם ישיבות קטנות (תיכוניות), גם אם אין מתקיימים בהם לימודי ליבה, ובכך העניק למעשה פטור מלימודים אלה. העותרים, בהם צעירים בוגרי מוסדות חינוך חרדיים שלא למדו לימודי ליבה, טענו כי לימודי הליבה מעניקים בסיס ידע וערכים הדרושים לכל אדם כדי לממש את הפוטנציאל שלו, להשתלב בחברה ולחיות בה בכבוד. העותרים טענו עוד כי החוק פוגע באוטונומיה של הצעירים החרדים בכך שנמנעת מהם רכישת מיומנויות בסיס לקיום חיים עצמאיים ולמציאת עבודה המכבדת את בעליה. כמו כן נטען כי האוטונומיה של אותם צעירים נפגעת גם במובן של פגיעה בזכותם לצאת מהקבוצה שהם משתייכים אליה, בהעדר מיומנויות המאפשרות להם להשתלב במסלול חיים אחר.

המשיבים – הכנסת, משרד החינוך ועמותת איגוד מנהלי הישיבות והמוסדות התורניים – טענו מנגד כי אין מדובר במצב הרגיל של פגיעת הרוב בזכויות המיעוט, כי אם בבקשה לכפות לימודי ליבה על המיעוט. המשיבים טענו עוד כי לבנים במגזר החרדי עומדת בחירה בין כמה מסגרות חינוך המשלבות לימודי ליבה, ואין נמנעת מהם הבחירה במסלול הרצוי להם. מבין המשיבים מעניינת במיוחד עמדתם של כמה בוגרים חרדים שהשתלבו בשוק העבודה. לטענתם קיימת מגמה ברורה, נתמכת בנתונים, של עלייה במספר בוגרי הישיבות הפונים ללימודי השכלה גבוהה, מה שמפריך את הטענה שלפיה העדר לימודי ליבה בגיל התיכון מונע השתלבות בהשכלה גבוהה ובשוק התעסוקה.

בסופו של הליך העתירה נדחתה ברוב של שבעה שופטים (הנשיא אשר גרוניס, המשנה לנשיא מרים נאור והשופטים אליקים רובינשטיין, אסתר חיות, ניל הנדל, עוזי פוגלמן ויצחק עמית) נגד דעתם החולקת של השופטת עדנה ארבל והשופט סלים ג'ובראן.

עיון בחוות הדעת המקיפות שכתבו השופטים מלמד על קיומו של בסיס הסכמה רחב בדבר חשיבותה של הזכות לחינוך ומעמדה הרם. השופטת חיות ניסחה זאת תוך שהתכתבה עם חוליה קודמת בשרשרת הפסיקה, הלא היא בג"ץ יתד, בכותבה: "הזכות לחינוך חרוטה במגילת העצמאות ועוגן ויתד הונחו לה מאז גם בפסיקה ובחקיקה ענפה של הכנסת כזכות בסיסית שלא ניתן להפריז בחשיבותה..." (עמ' 294; ההדגשה הוספה).

במסגרת זו קשה, ואף עלול לחטוא לעומק העיוני שבפסק הדין, לנסות לתמצת את עמדות השופטים, אשר ערכו הבחנות עדינות ודייקו איש איש בחוות דעתו את נקודות המתח בעתירה המעוררת מחלוקת ערכית, אידאולוגית וחברתית בשאלת ההיקף של הזכות לחינוך ונגזרותיה. הנשיא גרוניס עמד על כך ששני הצדדים לעתירה מבססים את טענותיהם על אותן הזכויות ממש: הזכות לכבוד האדם, האוטונומיה של הפרט והזכות לחינוך. העותרים מתבססים על הזכות לחינוך במבט צופה פני עתיד, במובן של החובה שהיא מקימה כלפי המשיבים (כלומר, בהיבט החיובי של הזכות), ואילו המשיבים התבססו על הזכות העכשווית של הפרט (התלמיד והוריו) לבחור את תוכני הלימוד במוסד שבו ילמד (כלומר, ההיבט השלילי של הזכות). המשנה לנשיא נאור חידדה את השאלה האם הזכות לקבל חינוך, משמעה גם שעל המדינה לאלץ את הפרט לקבל חינוך. השופט עמית הסביר כי בעתירה זו "הזכות לחינוך, זכות בת של זכות האם

לכבוד, אינה משמשת אפוא צינה ומגן אלא חרב וחנית, ומכאן חולשתה. אף בהנחה כי הזכות לחינוך היא זכות חוקתית 'חזקה', ואף בהנחה כי לימודי ליבה בגיל התיכון הם חלק מהזכות החוקתית לחינוך, אין משמעות הדבר כי ניתן לחייב את המחוקק לכפותה על אחרים בניגוד לרצונם" (עמ' 324). השופט הנדל הסביר כי "סיווג הסוגיה כקשורה קשר כללי לזכות לחינוך איננו מוביל בהכרח לתוצאה מסוימת... לעיתים פגיעה בזכות לחינוך תעלה כדי פגיעה בזכות יסוד חוקתית, ופעמים שלא כך. המבחן הוא אם סוג הפגיעה הפרטנית ועוצמתה עולים כדי פגיעה בגרעין כבוד האדם וחירותו" (עמ' 264). בסופו של דבר רוב השופטים בחרו כאמור בגישה זהירה להתערבות בבחירה החקיקתית לאפשר פטור (מוגבל בהיקפו, רק בשלב של לימודים בתיכון) מלימודי ליבה, בחירה העומדת במרכזה של מחלוקת חברתית ופוליטית.

העמדה הפרשנית העומדת ביסוד פסק הדין היא כי הזכות לחינוך היא זכות בת של הזכות החוקתית לכבוד האדם, וחוסה בצילה במקרים שבהם מתקיים קשר ענייני הדוק בין הערך הנפגע (הזכות לחינוך) לערך המוגן (הזכות לכבוד האדם). לצד ההסכמה הרחבה בדבר חשיבותו של החינוך, פסק הדין בעניין לימודי הליבה משקף את חילוקי הדעות בנוגע לזכות זו, אשר יכולה ללבוש צורות שונות ולשאת משמעויות רבות. כך, למשל, התחדדו בו נקודות החיכוך הבאות: שאלת זכותו של הפרט (התלמיד) אל מול זכותה של הקבוצה (החברה); הזכות של הילד (במבט צופה פני עתיד) לגבי מסלול חייו הבוגרים אל מול הזכות של הוריו להעניק לו חינוך על פי השקפתם; זכות חיובית (התובעת מהמדינה יוזמה והקצאת משאבים) אל מול זכות שלילית (המבטיחה הימנעות מצד המדינה מלהתערב בחיי הפרט ובבחירותיו); הזכות של הפרט לעמוד על זכותו אל מול זכותו לוותר עליה, ועוד כהנה וכהנה מתחים פנימיים בין זכויות הנובעות מהזכות לחינוך או הנגזרות ממנה. כל אלה, לצד המאפיינים המיוחדים של מדינת ישראל בתור מדינה רבת-תרבותית, מחייבים איפוק ודיוק. מורכבות זו יכולה להסביר מדוע תפיסה רחבה שלפיה כבוד האדם הוא זכות חיובית, עלולה לפגוע בזכויות החוקתיות השליליות של האדם.

החינוך הוא ערך יסוד חשוב, רב-פנים ורב-דים. קל להסכים על חשיבותו כאשר הדיון הוא "מופשט" וכללי. הדברים הופכים למורכבים יותר בהקשרים פרטניים. אין הגדרה אחת מוסכמת וכוללת לחינוך, אין בעלים אחד לזכות, ומטרות החינוך מעוררות פולמוס ארוך ובלתי מוכרע. המחנך הדגול יאנוש קורצ'אק הורה בשדה החינוך את מה שעשוי להסביר היטב את ענייננו בשדה הפסיקה: "יהיה תמיד יום העכשיו רק המשך וסיכום של הנסיגות מיום האתמול, ולמען יום המחרת. כל בעיה, מן הדין שתיבחן באופן בלתי-תלוי מן ההשקפה הכללית".<sup>3</sup>

3 יאנוש קורצ'אק כיצד לאהוב ילדים 92 (יעקב צוק מתרגם 1963).

# שוויון



## קולן נשמע והן ייצוגיות

רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות (9.12.2015)

### ענת ברון

ההתדיינות בעניינה של תחנת הרדיו "קול ברמה" היא דוגמה מובהקת לאופן שבו אפשר וראוי לרתום את הכלי של תובענה ייצוגית כדי לקדם מטרות חברתיות. כפי שיפורט בשורות הבאות, פסק הדין שניתן בפרשה זו הוא אבן דרך משמעותית הן בשדה המשפטי של תובענות ייצוגיות, הן בקידום ההגנה על זכויות נשים במרחב הציבורי.

ראשיתו של ההליך בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה בבית המשפט המחוזי בירושלים נגד תחנת הרדיו קול ברמה - תאגיד פרטי שקיבל זיכיון להפעלת תחנת רדיו. הבקשה הופנתה נגד המדיניות המוצהרת שהתחנה נקטה בשנים 2009 עד 2011 - ולפיה אין להשמיע בשידורי הרדיו קול נשים, לא משתתפות בשידורים ולא מאזינות המתקשרות להביע דעה כאשר הרשות ניתנה למאזינים לעשות כן. ארגון "קולך", שהגיש את הבקשה ושפועל להשיג שוויון מגדרי בקהילה הדתית, טען כי מדובר במדיניות שמפלה נשים ושאסורה על פי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה).

בית המשפט המחוזי (השופטת גילה כנפי־שטייניץ) נעתר לבקשה ואישר לנהל תובענה ייצוגית נגד תחנת הרדיו, בשמן של כל מאזינות התחנה ושל כל הנשים שהיו מעוניינות להאזין לתחנה אבל נמנעו מלעשות כן בשל הדרת הנשים מהשידורים. תחנת הרדיו לא השלימה עם התוצאה והגישה על כך בקשת רשות לערער. מחמת האופי העקרוני של הבקשה בית המשפט העליון נתן לתחנת הרדיו רשות לערער על פסק הדין של בית המשפט המחוזי. אך לאחר שדן בערעור, דחה אותו לגופו בפסק דין שכתב השופט יורם דנציגר בהסכמת השופטות אסתר חיות ודפנה ברק־ארז (רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות (9.12.2015)). החשיבות של פסק הדין נעוצה באופן שבו בית המשפט יצק תוכן להוראות של חוק איסור הפליה, ובפרט בהתייחסותו לפרקטיקה של הבחנה מגדרית בין נשים לגברים מטעמים הלכתיים. הייחודיות של פסק הדין ביחס לפסקי דין אחרים שיצאו מפתחו של בית המשפט העליון ושעסקו בזכויות נשים, טמונה באופן השימוש בכלי הייצוגי כדי לקדם - ולהעצים - את ההגנה על זכויות אלה ואת היעילות שלה. כך בתמצית, ועתה בהרחבה.



אקדים כמה מילים על חוק איסור הפליה. החוק אוסר על מי שעיסוקו הפעלת מקום ציבורי או הספקת מוצר או שירות ציבורי, גם אם הוא גוף פרטי, להפלות מחמת גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית וכיוצא באלה. החוק מבטא תפיסה שלפיה יש להחיל את עקרון השוויון גם על גופים פרטיים הפונים לציבור הרחב בהצעת מוצר, שירות או מקום ציבורי. לצד זאת, נקבעו בחוק חריגים לכלל. אחד החריגים הוא כאשר ההפליה מתחייבת מהאופי של המוצר או השירות או ממהותו. דוגמה נפוצה לכך היא הפרדה בין נשים לגברים במלתחות ובחדרי שירותים. חריג אחר בחוק מאפשר לספק מוצרים או שירותים ציבוריים תוך הפרדה בין גברים לנשים – במקרים מצומצמים ומתוחמים שבהם קיים חשש שאם לא תישמר הפרדה מגדרית, יהיו קבוצות שיימנעו מטעמי דת מצריכת המוצר או השירות. חריג זה נדון בהרחבה בפסק דין שניתן בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט העליון, עניין ברזון (בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מדינת ישראל (12.7.2021)). שם נדונה תוכנית חומש שהגתה המועצה להשכלה גבוהה במטרה להרחיב את נגישות ההשכלה הגבוהה לציבור החרדי – באמצעות הקמת מסלולי לימוד לתואר ראשון באקדמיה שמיועדים לציבור החרדי בלבד ושמנתהלים בהפרדה בין נשים לגברים.

האיסור הגורף על הפליה, מצד אחד, והחריגים שבצידו, מצד שני, משקפים מתח עתיק יומין הקיים בחברה הישראלית, ובהתאמה גם במשפט הישראלי, בסוגיות של דת ומדינה. אל מול מעמדן של זכויות יסוד הנתונות לפרט – ובענייננו לנשים – כשוויון, כבוד, אוטונומיה וחופש ביטוי, ניצבים עקרונות רמי מעלה אף הם: חופש הדת והגנה על רגשות, וכן הכרה בחירות של קבוצות שונות בחברה לבטא את אמונותיהן ולקיים את מנהגיהן ואורחות חייהן הייחודיים להן (עקרון הרב-תרבותיות). הניגודיות והמאבק בין האינטרסים הללו, המושכים לכיוונים שונים, שזורים לאורכה ולרוחבה של פסיקת בית המשפט העליון העוסקת בזכויות נשים. יש לציין בהקשר זה את פסק הדין שבו נקבע כי בריכה ציבורית ביישוב תיפתח גם לרחצה מעורבת ולא רק לרחצה בהפרדה מגדרית (בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020)),<sup>1</sup> ואת עניין רגן, שם נקבע כי הפרדה בין נשים לגברים בקווי אוטובוס "מהדרין" היא אסורה (בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד (2) 530 (2011)). נקודת המוצא לדיון בעניין רגן הייתה שמפעיל תחבורה ציבורית אינו רשאי להורות לנשים היכן לשבת באוטובוס רק משום היותן נשים, או להורות להן מה עליהן ללבוש כדי שיורשו להיכנס לאוטובוס. אולם האתגר שבית המשפט העליון נדרש להתמודד עימו היה מעשי: כיצד הופכים מוסכמה משפטית זו לשינוי מציאות? וכיצד גורמים מצד אחד להפסקת הכפייה והאלימות כלפי נשים, ומצד שני בכל זאת מאפשרים למי שמעוניין בכך לקיים את תפיסת עולמו לגבי הפרדה מגדרית? בעניין זה נקבע כי נדרשת הגברה של האכיפה לאיסור הכפייה, הן מצד מפעילי האוטובוסים הן מצד משרד התחבורה, ובה בעת נדרשת הבהרה של המצב הנורמטיבי באמצעות שלטים, פעולות הסברה וכיוצא באלה.

1 ראו רשימתה של יעל בלכר בספר זה, עמ' 140.

ובחזרה לעניין קול ברמה. תחנת הרדיו פעלה מכוח רישיון שנתנה לה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בעקבות זכייתה במכרז להקמת תחנה ייעודית לציבור התורני-מסורתי-ספרדי. לעמדת התחנה, ההבחנה המגדרית בין נשים לגברים מתחייבת מהאופי התורני-מסורתי שלה, ולכן אין מדובר בהפליה. בית המשפט העליון לא שעה לטענה זו. הוטעם כי תחנת הרדיו חסמה בפני נשים את האפשרות להשתתף בשידורים, להשמיע את קולן ולהביע את דעתן – רק בשל עצם היותן נשים. נקבע כי מדובר בהדרת נשים, הפוגעת באורח אנוש בזכויות יסוד ובראשן הזכות לשוויון, וכי יש בה משנה חומרה בשל עצם העובדה שההדרה כרוכה גם בהשתקה ובפגיעה בחופש הביטוי. עוד הובהר כי פרקטיקה של הדרת נשים מקבעת תפיסה שלפיה אין לנשים מקום במרחב הציבורי, ושהחיים הציבוריים שייכים לגברים בלבד; וכי הדרת נשים מנציחה פערי מעמדות מגדריים בחברה ונותנת לגיטימציה להתייחסות משפילה ומנמיכה כלפי נשים.

על רקע דברים נכוחים אלה נפנה בית המשפט העליון לבחון אם בנסיבות המקרה יש תחולה לאחד החריגים לאיסור הפליה הקבועים בחוק, והגיע לכלל מסקנה שהמענה לכך הוא בשלילה. אומנם חריגים אלה מאפשרים בנסיבות מסוימות לנקוט מדיניות של הדרה והפרדה מגדרית בשל טעמי דת – אבל לא כל נורמה דתית יכולה להצדיק פגיעה כה חמורה בזכות לשוויון. בכל הנוגע לשידורי הרדיו, נקבע כי הנורמות ההלכתיות והפרקטיקה הדתית אינן מצדיקות דחיקת רגליהן של נשים מהשידורים. בעניין זה צוין בפסק הדין שהאיסור על השמעת קולן של נשים אינו איסור הלכתי מחייב, אלא בגדר "הידור מצווה" בלבד. למעלה מן הצורך הוסיף בית המשפט והבהיר כי גם אם היה מדובר בציוויו דתי – לא היה בו כדי להצדיק את הפגיעה בזכויות הבסיסיות של הנשים, ולא בהכרח היה מקום לתת לו תוקף בגדרי החריגים לחוק איסור הפליה. זאת משום שכל פרקטיקה תרבותית או דתית, גם אם היא מבוססת על ציווי הלכתי, כפופה לאמות מידה בסיסיות מסוימות, כגון אמת המידה של הזכות לכבוד האדם במובנה הגרעיני.

ראוי לציין בהקשר זה גם את האופן שבו התייחס בית המשפט לנזק שגרמה תחנת הרדיו כתוצאה מהפרקטיקה המפלה שנקטה. על פי חוק איסור הפליה, מדיניות מפלה גורמת נזק לקורבנותיה, ונזק זה הוא בר פיצוי. כאשר בית המשפט נדרש להגדיר את מעגל הקורבנות במקרה הנדון, הוא לא הגביל את הזכאות לפיצוי לנשים שבאופן אקטיבי ביקשו לשר או להתארח בשידור ושהתחנה סירבה להן – אלא הרחיב את המעגל כך שיכלול את כל מאזינות התחנה, ואף את אותן נשים שנמנעו מהאזנה לתחנה בשל הדרת הנשים. ההגדרה המרחיבה נובעת מן ההבנה שפרקטיקה של הדרת נשים פוגעת לא רק בקבוצה המודרת, אלא יוצרת "גלי הדף" הפוגעים במרקם החברתי בכללותו. היא נותנת לגיטימציה לתפיסה סטריאוטיפית שלפיה נשים נחותות מגברים, מנמיכה נשים ו"מנרמלת" את ההפליה נגדן. בהמשך לדברים האלה יש מקום לתהות: האם היה אפשר לכאורה להגדיל עוד יותר את מעגל הנפגעים מן ההפליה כך שיכיל את כל מאזיני התחנה, נשים וגברים כאחד? והאם בחברה דמוקרטית שוויון זכויות לנשים

הוא אינטרס רק של הנשים או שהוא אינטרס ציבורי משותף לכלל האוכלוסייה? אולם כאמור גברים לא נכללו בגדרה של הקבוצה הנפגעת, ומכל מקום ברור שעוצמת הפגיעה שנגרמה לנשים עולה במידה ניכרת על זו של הגברים, מאחר שנלווית לה ההשפלה שבעצם ההדרה.

לסיכום הדברים עד כה, ניכר כי פסק הדין בעניין קול ברמה נושא תרומה משמעותית למאבק על זכותן של נשים להשמיע את קולן. בציבוריות הישראלית מאבק זה מאתגר במיוחד מקום שבו הפגיעה בנשים נעוצה לכאורה בטעמים דתיים. לאחר איזון עדין בין האינטרסים המתנגשים עמד בית המשפט העליון איתן על הזכות של כל אישה להשתתף השתתפות שוויונית ופעילה בפעילות ציבורית דוגמת שידורי הרדיו. בתוך כך, יש חשיבות לאמירה הברורה שיצאה מבית המשפט העליון, שלפיה הפגיעה הגלומה בהדרת נשים אינה מתמצה בענייני הפרטי של אותן נשים שהיו מעוניינות לעלות לשידור ושנדחו בידי התחנה, אלא מדובר בפגיעה בכל אישה באשר היא אישה ואף בציבור ובחברה הישראלית בכללותה.

בנקודה זו אבקש להצביע על האופן שבו שימוש בכלי הייצוגי העצים את ההגנה שניתנה בעניין קול ברמה לזכויות נשים. התובענה הייצוגית היא כלי דינוי ייחודי, שמאפשר ליחיד לנהל תביעה בשם קבוצה של נפגעים – במקרים שבהם אין לחברי הקבוצה תמריץ כספי או אחר לממש באופן עצמאי את עילת התביעה הנתונה להם. מנגנון זה מקדם את זכות הגישה לבית המשפט, בפרט מקום שבו מדובר באוכלוסיות מוחלשות, ומאפשר לתת סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין. התובענה הייצוגית נותנת מענה ראוי לכשלי אסדרה והיא כלי אכיפה והרתעה ראשון במעלה. זאת בין היתר בשים לב להיקף הפיצוי הכספי העצום שעומד לא פעם על הפרק, ושמתבע הדברים הולך וגדל ככל שגדלה קבוצת הנפגעים (מטרות התובענה הייצוגית מנויות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006).

יש לציין כי חוק תובענות ייצוגיות אינו מאפשר לנהל תובענה ייצוגית בכל עילה, אלא ברשימה סגורה של עילות שהמחוקק הגדיר ושנקבעו בתוספת השנייה לחוק. לצד תביעות צרכניות ותביעות נגד מבטחים, בנקים, רשויות וכדומה – החוק מאפשר להגיש ולנהל תביעות בנושאים בעלי אופי וחשיבות חברתיים מובהקים, דוגמת תביעות בגין הפליה בעבודה ואי מתן שוויון הזדמנויות; פגיעה בזכויות אנשים עם מוגבלות; הנגשה של שידורי טלוויזיה ורדיו (כתוביות ושפת סימנים); וזכויות סוציאליות של עובדים. תביעה מכוח חוק איסור הפליה נמנית גם היא עם העילות שבגינן אפשר לנהל תובענה ייצוגית. מתוך רשימת העילות הללו ניכרת השאיפה של המחוקק לעודד שימוש בכלי הייצוגי לניהול תובענות בעלות חשיבות ציבורית ולהוביל שינוי חברתי בנוגע לאוכלוסיות מוחלשות.

עוד אציין כי נקודת המוצא בחוק תובענות ייצוגיות היא שיש עדיפות לכך שהתובע המייצג את הקבוצה יהיה בעצמו חבר בקבוצה ובעל עילת תביעה אישית. זאת בין היתר כדי שביט המשפט יוכל להתרשם באופן בלתי אמצעי מן הפגיעה בו. אלא שהגמול הכספי המובטח לתובע המייצג לא תמיד משמש תמריץ מספק להגיש תובענה ייצוגית ולנהל אותה. הסיבות לכך עשויות להיות מגוונות ולכלול בין היתר חשש מפני הסיכונים והעלויות הגבוהות יחסית

הכרוכים בהליך; קושי בגישה לערכאות משפטיות, בפרט כאשר מדובר באוכלוסיות מוחלשות; ולעיתים גם חסם תרבותי המונע מהפרט לעמוד בחזית של הליך משפטי הקורא תיגר אל מול מוסכמות חברתיות. המחוקק, שהיה ער לקשיים אלה, ושרצה לקדם הגשת תובענות ייצוגיות ראויות, קבע בחוק מנגנון שמאפשר בתנאים מסוימים גם לגופים הפועלים לקידום מטרות ציבוריות לנקוט הליך ייצוגי – תוך ויתור על הדרישה שאת ההליך ינהל אדם שנפגע בעצמו מהעוולה. בעניין קול ברמה בית המשפט העליון קבע כי קיים חשש ממשי שאלמלא הגיש ארגון "קולך" את הבקשה לאישור תובענה כייצוגית, היא כלל לא הייתה מוגשת. החסם התרבותי היה כה מובהק, עד שהארגון גם לא נדרש למעשה להוכיח קושי באיתור תובעת בעלת עילת תביעה אישית כפי שמורה החוק. אם כן, הרוח הנושבת מעניין קול ברמה היא של הסרת חסמים דיוניים באופן שמאפשר שימוש מיטבי בכלי הייצוגי להשגת מטרות חברתיות.

זאת ועוד. בפסק הדין בעניין קול ברמה נקבע כי אין להכביד את נטל ההוכחה בדבר הנזק שנגרם לחברות הקבוצה בידי תחנת הרדיו. מאחר שמדובר בהשפלה ובפגיעה ברגשות, הנזק הוא מעצם טבעו סובייקטיבי ואישי – דבר שהיה עלול להקשות על הוכחת הנזק לקבוצה כולה. אולם בית המשפט העליון הבהיר כי בשלב הדין באפשרות לנהל את התובענה כייצוגית אין צורך להיכנס לעובי הקורה בנדון, והדברים ילובנו בדיון בתובענה לגופה. עוד נאמר כי חוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב בפסיקת פיצויים, ובכלל זה מאפשר לפסוק סעד כספי בסכום כולל, וכל סעד אחר לטובת הקבוצה או הציבור (לפי סעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק).

למען שלמות התמונה אוסיף כי לאחר שניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין קול ברמה – שבשורה התחתונה אישר את החלטת בית המשפט המחוזי לאפשר את ניהול התובענה נגד תחנת הרדיו כתובענה ייצוגית – התובענה הייצוגית התנהלה לגופה בבית המשפט המחוזי, ובסופו של ההליך חויבה תחנת הרדיו בתשלום פיצוי בסך מיליון ש"ח לטובת הציבור. נקבע כי סכום זה ישולם לידי הקרן לניהול ולחלוקת כספים (שהוקמה לפי סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות) וישמש לתוכניות להעצמת נשים מסורתיות, דתיות וחרדיות. לאחר שהוגשו ערעורים הדדיים על פסק הדין, שנדחו אף הם בבית המשפט העליון, הגמול לארגון "קולך" הועמד על 80,000 ש"ח ושכר הטרחה לבאי הכוח המייצגים הועמד על 250,000 ש"ח (ע"א 8025/18 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה (30.6.2019)). סכומים אלה משקפים את התועלת הממשית שהצמיח ההליך הייצוגי לחברות הקבוצה ולציבור כולו.

פסק הדין בעניין קול ברמה מצטרף לקאנון של פסקי דין שיצאו מפתחו של בית המשפט העליון, ושתרמו לקידום מעמדן של נשים בחברה הישראלית. מן הראוי להזכיר בהקשר זה פסק דין פורץ דרך שניתן כעשרים שנה קודם לכן בעניינה של אליס מילר – שהביא לשילוב נשים במערך הטיס של צה"ל (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)).<sup>2</sup>

2 ראו רשימתה של חני אופק-גנדלר בספר זה, עמ' 125.

עם זאת, למרבה הצער, התופעה של פגיעה בזכויות נשים והפלייתן עודנה נוכחת בחברה הישראלית. השינוי בהתייחסות החברתית לאישה בתור שוות זכויות, יכולות ומעמד הוא כפי הנראה תהליכי ואורך זמן. בקרב חוגים מסוימים נשים עדיין נתפסות בתור גורם "מפריע" שיש להשתיק ולהחביא כדי שלא לפגום בהתנהלות של גברים. פרקטיקות של הפרדה מגדרית הופכות לרווחות יותר ויותר במרחב הציבורי, ובעצם ההפרדה יש משום "תיוג" קבוצת הנשים כנחותה מקבוצת הגברים. אנו עדים להפרדה מגדרית לא רק במסלולי לימוד ייעודיים לחרדים לתואר ראשון – אלא בכוונה לעשות זאת גם בלב המרחב הציבורי, במסגרת קורסים והכשרות מקצועיות של משרדי ממשלה.<sup>3</sup> החשש הוא שהיד עוד נטויה, ויש לעמוד על המשמר. מידת ההגנה הניתנת במשפט לזכויות נשים, משמשת נייר לקמוס להיותו של המשטר דמוקרטי. פסק הדין בעניין קול ברמה פורץ דרך באופן שבו הוא רותם את הכלי הייצוגי למאבק בהפליה מגדרית. יש לקוות כי במקרים המתאימים ארגונים נוספים ירימו את הכפפה וישכילו להשתמש בכלי הייצוגי רב-העוצמה כדי להשיג מטרות חברתיות חשובות, ובכלל זה קידום זכויות נשים.

3 למשל בקורס צוערים לשירות המדינה (סע"ש (אזורי י"ם) 8822-02-18 שדולת הנשים בישראל – נציבות שירות המדינה (8.8.2018)); בקורס הכשרה למורי דרך בחסות משרד התיירות (עת"ם (מנהליים י"ם) 3045-10-17 שדולת הנשים בישראל נ' משרד התיירות (14.2.2018)); ובקורס לנהיגה מונעת בחסות משרד התחבורה (ת"א (שלום ת"א) 53057-08-18 לאמור פרידמן נ' משרד התחבורה (28.6.2020)).

## נשים וצבא: השמים אינם הגבול?

בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)  
בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999)

### חני אופק-גנדלר

שרה אהרונסון, נתיבה בן יהודה, זהרה לביטוב, חנה סנש, הלה קליינברג, חביבה רייק, מניה שוחט ומרים שחור הן אחדות מני נשים רבות שהתנדבו להשתתף בכוח המגן והלחימה היהודי טרם הקמת המדינה. טיסה, צניחה, שמירה, לחימה קרקעית וריגול – אלה חלק ממגוון התפקידים שנשים לוחמות מילאו בהתנדבות טרם קום המדינה ותקופה קצרה לאחר הקמתה. עם הקמת המדינה הוקם צבא ההגנה לישראל, וגיוס הנשים לצבא הפך לחובה במתכונת שנחשבה לחריגה במונחים השוואתיים (כך נקבע בחוק שירות בטחון, התש"ט-1949, שהפך לימים לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986). ועם זאת, זמן לא רב לאחר מכן נקבע בפקודות הצבא שתפקידי הלחימה מיועדים לגברים בלבד, ולמעשה על נשים נאסר לשרת בהם אפילו בהתנדבות. נדרשו קרוב ליובל שנים ועתירה לבית המשפט העליון של אישה צעירה נחושה אחת כדי לשנות את המציאות שאסרה על נשים לשרת בתפקידי לחימה. אליס מילר חלמה להיות אסטרונאוטית. כאשר ביררה את תנאי הקבלה לנאס"א, סוכנות החלל, התברר לה שנדרשות לשם כך אלף שעות טיסה במטוס קרב. היא הוציאה רישיון טיס אזרחי ולקראת שירותה הצבאי ביקשה להתמייין לקורס טיס. בקשותיה נדחו כיוון שבאותה עת הוראות הצבא קבעו שאין לשלב נשים במקצועות לחימה. אליס היתה חדורת רצון לחולל שינוי שכן, כפי שסיפרה לימים בריאיון עיתונאי: "זה פשוט לא היה נראה לי הגיוני שבנות לא יכולות להתמייין לקורס טיס רק בגלל סוגיית המגדר... ושלחתי 121 מכתבים לכל חברי הכנסת ולנשיא ורק שניים ענו לי. כשהתבקשתי להתקשר לנשיא ויצמן, הוא אמר לי כבר בתחילת השיחה את המשפט המפורסם: 'מיידלע ראית פעם גבר סורג גרביים?' מרוב שהייתי בשוק סגרתי את הטלפון... בדיעבד, אותו המשפט ששיקף את עמדת החברה בצורה הבוטה ביותר הוא זה שפקח את העיניים".<sup>1</sup> בשנת 1994 הגישה אליס עתירה לבית המשפט העליון נגד הוראות הצבא (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)).

1 ריאיון זה הפך לימים לחלק ממערך הפעלה של משרד החינוך בנושא שוויון  
([https://meyda.education.gov.il/files/noar/willing\\_service28.pdf](https://meyda.education.gov.il/files/noar/willing_service28.pdf)).

בעתירתה טענה אליס מילר שעמדת הצבא הפוסלת נשים למקצועות הטיס, מפלה ופוגעת בזכות היסוד לשוויון בין המינים. היא טענה שמדיניות הצבא בשאלת השילוב של נשים בתפקידי לחימה אינה יכולה להיות גורפת, אלא חייבת להתייחס באופן פרטני לאופי התפקיד ולאופי של היחידה הלוחמת. מקצועות הטיס, כך טענה, הם דוגמה מובהקת לתפקידי לחימה שאפשר לשלב בהם נשים. ומה הייתה התשובה? הצבא הסכים שאין הבדל בין נשים לגברים מבחינת הכישורים הדרושים להצלחה בתפקיד הטייס. אבל הצבא דחה את הדרישה של אליס, מטעמים שמצויים במישורי התכנון, הלוגיסטיקה והתקציב. הצבא טען שהכשרת הטייס ממושכת וכרוכה בעלויות אדירות. טייס נדרש לשרת תקופה ארוכה לא רק בשירות סדיר (רגיל או נוסף), אלא גם בשירות המילואים. אבל, כך נטען, בהתאם למצב החוקי, שירות המילואים של הנשים אינו ודאי. לפי הוראת סעיף 39 לחוק, נשים זכאיות לפטור משירות סדיר עקב נישואין ולפטור משירות מילואים עקב היריון ולידה. כמו כן, בהתאם להוראת סעיף 29 לחוק בנוסחו אז, הן היו זכאיות לפטור משירות מילואים בהגיען לגיל 38, ואילו גברים – בהגיעם לגיל 54. אומנם אישה יכולה להתנדב לשירות מילואים, אבל אם תחזור בה מהסכמתה, הצבא יהיה חייב לשחררה. כמו כן, במצבי היריון ולידה קיימת הגבלת כושר שמונעת גיוס נשים למילואים גם אם הן תסכמנה לכך. אם כן, לשיטת הצבא, התוצאה היא העדר ביטחון וודאות בנוגע למשך השירות של הנשים, מה שצפוי לפגוע ביכולת תכנון כוח האדם לפי צורכי הצבא. לכך הוסיף הצבא בטיעונו שיקולי תקציב ולוגיסטיקה הכרוכים בהתאמת המתקנים הקיימים לקליטת נשים. הצבא הזכיר נימוק ערכי-חברתי נוסף, הוא מידת הסיכון לנפילה בשבי, אבל נמנע מלהתמקד בו.

העתירה עוררה מתח עז בין עקרון השוויון בין המינים אל מול צורכי הצבא, המבטאים למעשה את יכולתו לשמור ביעילות על ביטחון הציבור. המדובר בשני שיקולים כבדי משקל. איך ייערך האיזון ביניהם? בית המשפט העליון קיבל את העתירה ברוב של שלושה שופטים (השופט מצא, השופטת שטרסברג-כהן והשופטת דורנר) נגד שניים (השופט קדמי והשופט טל). דעת הרוב עמדה על החשיבות של הזכות לשוויון. היא קבעה שבהעדר ראיה בלשון החוק או בתכליתו לפרשנות אחרת, יש לפרש את החוק לפי ההנחה שהוא מתיישב עם הזכות לשוויון בין המינים ומכוון להגשימה. שופטי הרוב מתחו ביקורת על הטענה שהכשרת נשים לתפקידי טייסות אינה כדאית כלכלית חרף היותן בעלות כישורים מתאימים לכך. זאת כיוון שהמבחן האמיתי של שוויון הוא בהגשמתו הלכה למעשה בתור נורמה חברתית, ולא בדרך של הצהרות. אשר לקשיי התכנון והלוגיסטיקה נקבע שהם מבוססים על השערות והערכות היפותטיות, ולא על לקחים שנלמדו מניסיון מעשי מצטבר. השערות אלה יש להעמיד במבחן המציאות בדרך של ניסוי, ואי אפשר לפגוע על יסודן בזכות הנעלה לשוויון בין המינים. דעת הרוב קיבלה את העתירה והורתה לצבא לזמן את אליס למיון לקורס טיס. מנגד, דעת המיעוט ייחסה להחלטות של המופקדים על הביטחון הלאומי רמת סבירות גבוהה. היא ראתה ביחס השונה לנשים הבחנה מותרת שמבוססת על שיקולי ביטחון לאומי, להבדיל מהפליה אסורה. כאמור, בשלב זה נותרה עמדה זו, שהנחתה את רשויות הצבא במשך עשרות שנים, במיעוט.

קשה להפריז בחשיבות של פסק הדין בעניינה של אליס מילר. פסק הדין חולל מהפך בכל הנוגע לשילוב נשים בצבא. הוא סלל דרך חדשה בכל הנוגע לשוויון הזדמנויות בצבא, ובמיוחד בקשר לגיוס נשים לתפקידי לחימה. אחת מאבני הדרך במאבק לשוויון הזדמנויות מגדרי בשירות הצבאי הוא תיקון חוק משנת 2000 (חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 11), התש"ס-2000), שקבע כי לנשים זכות שווה לגברים למלא "תפקיד כלשהו בשירות הצבאי", אלא אם כן השוני בין המינים מתחייב ממהות התפקיד ומאופיו, והוסיף כי בשירות על פי התנדבות בתפקידים שקבע שר הביטחון (ואלה כוללים תפקידי לחימה), דין אישה כדין גבר.

הדברים לא נשארו כתובים עלי חוק בלבד. כברת הדרך שעבר הצבא מאז מתן פסק הדין מתבטאת בהיקף המקצועות הצבאיים, כולל תפקידי לחימה, שפתוחים היום גם לנשים. היא מתבטאת גם באופן זימון נשים למיון לתפקידי לוחמה. אליס נאלצה לשלוח מכתבים רבים לגורמים רבים כדי שתישקל בקשתה לקבל זימון למיון לקורס טיס. לעומת זאת, היום כל נערה המיועדת לשירות ביטחון נשאלת ביוזמת הצבא בשאלון ההעדפות אם ברצונה להתנדב לתפקידי לחימה. אם היא משיבה בחיוב, היא מוזמנת למיון לוחמות.

לצד זאת, שינויים אחרים טרם התחוללו. גם היום מופנות לצבא תביעות לפתוח תפקידים נוספים לנשים, וסירוב הצבא הביא להגשת עתירות נוספות, חלקן תלויות ועומדות. אבל לפסק הדין בעניינה של אליס מילר הייתה חשיבות רבה בפריצת הדרך. הוא העביר בקול צלול וברור מסר חברתי שלפיו בתביעות לשוויון בין המינים – בצבא ובאזרחות – השמיים הם הגבול.

לצד האתגר של שירות שוויוני לנשים מההיבט של שוויון הזדמנויות, מתמודד הצבא עם אתגרים נוספים שנובעים מהשירות המשותף של נשים וגברים. הצבא הוא מערכת היררכית נוקשה. לעיתים השירות הצבאי מתקיים בכסיס סגור, הרחק מהסביבה המוכרת והתומכת של החיילים והחיילות, ואלה לנים בו כמה ימים ויוצאים לחופשות קצרות בבתיהם. לעיתים כרוך השירות בתנאי לחץ ואינטנסיביות של 24/7. לכל אלה מתגייסים החיילים והחיילות זמן קצר לאחר שהפכו מקטינים לבגירים. מכלול הנסיבות עלול להיות קרקע פורה לניצול מיני במערכת שבה חיילות נתונות במקרים רבים לפיקודם של קצינים בכירים. פסק דין חשוב אחר, שמדגים פן זה של הדברים, ניתן בעניינם של תא"ל ניר גלילי והפקידה ששירתה תחתיו. בפסק הדין מכנים אותה פלונית כדי לשמור על פרטיותה, אבל כאן נכנה אותה אילנית (בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999)).

אילנית שירתה בתפקיד הפקידה האישית של ניר גלילי, מפקד בסיס צאלים בדרום בשנת 1995, זמן קצר לאחר שנדונה העתירה של אליס מילר. ניר היה קצין בדרגת תת אלוף, ואילנית – חיילת בשירות סדיר. בין השניים נוצרה בהסכמה מערכת יחסים אינטימית שכללה מפגשים בעלי אופי מיני בלשכה. לאחר אחד ממפגשים אלה התלוננה אילנית שמפקדה קיים עימה מגע מיני מלא בניגוד לרצונה. המשטרה הצבאית פתחה בחקירה, ובהמשך גלילי הועמד לדין משמעתי בגין התנהגות שאינה הולמת קצין. מאחר שאילנית לא הסכימה למסור עדות, לא הועמד גלילי לדין פלילי בבית דין צבאי. הוא הודה שקיים עם אילנית בהסכמתה יחסים



אינטימיים בעלי אופי מיני, אבל הכחיש שקיים איתה מגע מיני מלא. בהליך המשמעתי הורשע גלילי והוטל עליו עונש של נזיפה. הרמטכ"ל אימץ בהליך פיקודי את המלצת הפרקליטות הצבאית ועיכב את הקידום של גלילי בדרגה למשך שנתיים, וגלילי המשיך בשירותו בתפקיד מפקד הבסיס. מקץ שנתיים החליט הרמטכ"ל לקדם את גלילי לתפקיד בכיר במערך השדה של צה"ל (מפקד גיס) ולהעלותו לדרגת אלוף. הקידום היה משולב: בתפקיד וברגה. כאשר הדבר נודע בציבור, אילנית עתרה נגד החלטה זו. היא טענה שבגלילי דבק כתם מוסרי. הוא פגע בטוהר המידות בצבא, ונוכח הפגם הערכי החמור שבהתנהגותו והצורך לשמור על אמון הציבור – אין הוא ראוי להתקדם לתפקיד החדש ואין הוא ראוי לשמש אלוף. שר הביטחון והרמטכ"ל השיבו שהם רואים בחומרה את ההתנהגות של גלילי ופועלים למיגור הטרדות מיניות בצבא. עם זאת, בשל כישוריו יוצאי הדופן והמצוינות המקצועית שגילה, הם נתנו משקל לתועלת הרבה שתצמח לצבא משירותו בתפקיד המיועד. גלילי טען שכבר נענש, ושאינו להענישו ללא הגבלה לאחר ששילם מחיר אישי (מקצועי ומשפחתי) כבד.

גם מקרה זה הגיע לבג"ץ. גם פה העתירה התקבלה, במקרה זה – פה אחד (המשנה לנשיא שלמה לוין, השופטת טובה שטרסברג-כהן והשופט יעקב טירקל). בית המשפט העליון עמד על כך שחוסן הצבא ועוצמתו מבוססים על שני יסודות: הראשון – מוסריות וערכיות, והשני – מקצועיות צבאית. כיצד ייערך האיזון בין מקצועיות לערכיות שעה שדרכיהן נפרדות? בית המשפט מצא נקודת איזון מקורית בין האינטרסים ופיצל בין התפקיד לדרגה. על פי פסק הדין, הקידום של גלילי לדרגת אלוף עוכב, אבל כניסתו לתפקיד מפקד גיס לא עוכבה. הנימוק לכך היה שהקידום לדרגת אלוף מבטא מעמד והוקרה. את אלה, קבע בית המשפט העליון, אין מקום להעניק לגלילי, בשל חשיבות ערך טוהר המידות בצבא, ובמיוחד בקרב קצינים שעומדים בראש פירמידת הפיקוד. ביחסי מרות, במיוחד במערכת הצבאית ההיררכית, טבוע חוסר שוויון תהומי, וניצולו הוא התנהגות פסולה שיש לשרש. יש לפעול לחיזוק אמון הציבור בצבא לא רק בתור גוף מקצועי, אלא גם בתור גוף ערכי, שכן אליו מתגייסים בנינו ובנותינו כפיקודן יקר בידי הצבא ומפקדיו. הקידום בדרגה עלול לשדר מסר כפול שגורע מן הקביעה שיש לפעול בתקיפות נגד התנהגות בלתי הולמת של מפקדים על רקע מיני. לצד זאת, הקידום לתפקיד מפקד גיס יאפשר לנצל את הכישורים של גלילי ואת מקצועיותו. למעשה, אף שהקידום בדרגה ובתפקיד היו שלובים זה בזה, בית המשפט העליון פרם בפסק דינו שילוב זה. כך ניתנה הגנה למוסריות ולערכיות (שכן הקידום בדרגה עוכב) בלי לפגוע במקצועיות הצבא (שכן הכניסה לתפקיד לא עוכבה).

מעניין לציין כי בפסק הדין מצא בית המשפט העליון לנכון להתייחס גם לאילנית. בית המשפט קבע כי על אף גילה הצעיר יש לראות בה אישה עצמאית חופשית, בעלת אישיות משלה ורצון עצמי. על החיילת להיות מודעת לזכותה – ולחובתה – להדוף מעל עצמה מערכת יחסים אינטימית שאין היא רוצה בה, גם במסגרת ההיררכית הצבאית. אבל לשם כך על החיילת לקבל גיבוי מהצבא ולדעת שתוכל להתנגד לקשר, בלי לחשוש מפגיעה.

פסק הדין בפרשה זו היה סימן דרך במאבק לשמור על כבוד האישה כאדם מפני אלימות, הטרדות מיניות וניצול מיני ביחסי מרות. החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, נחקק טרם הגשת העתירה אבל לאחר ביצוע המעשים המיוחסים לגלילי. לכן הוא לא חל על המקרה. אבל רוחו שרתה על הדיון כולו. בית המשפט קבע קביעה חשובה ולפיה ניצול של חוסר השוויון התהומי בין מפקד לפקודתו לשם השגת טובות הנאה מיניות, גם אם הדבר נעשה בהסכמה, פסול ואסור. גם המאבק לשמירה על כבוד האישה לא הסתיים, אבל לפסק הדין הייתה תרומה חשובה לקידומו.

שני פסקי הדין – בעניינה של אליס ובעניינה של אילנית – ניתנו בשנות התשעים של המאה הקודמת בהפרש של שנים ספורות. במרכז שניהם עמד הצורך להתמודד עם דילמות שנוצרו בקשר לשירות נשים בצבא, ובעיקר המתח שבין ערכיות (במיוחד השוויון בין המינים וכבוד האישה) למקצועיות (מהיבט צורכי הצבא). בשעתו המתח נצבע בצבעים עזים, ובית המשפט ערך את מלאכת האיזון ברגישות ובוזהירות תוך ניסיון למצוא הסדר ביניים (עריכת ניסוי לשיבוץ חיילות בתפקידי לחימה) שבמהרה הפך להסדר קבע, או הסדר חלקי (מניעת קידום בדרגה לקצין בכיר בלי למנוע את כניסתו לתפקיד חדש).

בשנים שחלפו בינתיים, צבעו של המתח האמור בקשר לשתי הפרשיות הללו דהה במידה מסוימת, בהתחשב בכך שלא חלה פגיעה בתפקוד הצבא. כיום חיילות רבות משרתות בתפקידי לחימה, ובכל מקרה בתפקידים שבעבר היו פתוחים לחיילים בלבד. היעילות הביטחונית יוצאת נשכרת מכך. במקביל, זוהרה של המחויבות לשמור על שוויון בין המינים בצבא ועל כבוד האדם של החיילת – התעצם. זאת בלי לגרוע מכך שעדיין ניטש ויכוח לגבי ההיקף של העיקרון שנקבע ובשאלה האם הוא חל לגבי כלל תפקידי הלחימה.

ההשפעה של פסקי הדין אינה מוגבלת לשוויון ההזדמנויות בצבא. הם משפיעים גם על החיים האזרחיים. זאת לא רק בהיבט המעשי, נוכח היתרונות ששירות צבאי בתפקיד בכיר מקנה בחברה האזרחית, ונוכח הצבת גדרות מפני ניצול ביחסי מרות. פסקי הדין השפיעו באופן רחב יותר על עיצוב התודעה הציבורית. פסקי הדין תרמו לניפוץ תפיסות מפלות ולהחלפתן בתפיסות שמקדמות שוויון גם בהקשרים אזרחיים. המכתם "השמיים הם הגבול" הפך לסמל לקידום שוויון ההזדמנויות בין המינים בצבא ובחברה האזרחית גם יחד.

## שוויון לאנשים עם מוגבלות: זכות ולא חסד

בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996)  
בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר (5.5.2014)

### סיגל דוידוב-מוטולה

שחר בוצר נולד בשנת 1982 עם מחלת ניוון שרירים. בשל המחלה הוא מתנייד באמצעות כיסא גלגלים. כשהיה בן 11 עתר עם ארגונים שמייצגים אנשים עם מוגבלות, לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. בעתירתו הוא ביקש להורות לבית הספר שבו למד, לבצע את ההתאמות הנדרשות כדי לאפשר לו גישה מלאה ועצמאית לכל חלקי בית הספר. עתירתו – שהתקבלה – שימשה תקדים לא רק בנוגע לחובה להנגיש מוסדות חינוך ברחבי הארץ לאנשים עם מוגבלות, אלא גם בנוגע לזכויות אנשים עם מוגבלות בכלל. פסק הדין שניתן בעניין (בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996)) היה סנונית ראשונה וחשובה בשינוי התפיסה לגבי זכויות אנשים עם מוגבלות. שינוי זה עוגן כמה שנים לאחר מכן בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

שחר נולד בירושלים. כשהיה נער הבינו הוריו עד כמה חשובה הנגישות לצורך פיתוח עצמאותו. לצורך כך עברה המשפחה ליישוב חדש שהוקם באותה עת, "מכבים-רעות", וביקשה כבר בשלבי תכנונו שיכלול דרכי גישה והתאמות לאנשים עם מוגבלות. בקשתם נענתה רק בחלקה, ועל רקע זה הוגשה העתירה לבג"ץ בשנת 1993. שחר ביקש בה שמבני הציבור ביישוב – ובהם בית ספר, קופת חולים, סניף הביטוח הלאומי, בית כנסת, ספרייה ואולם ספורט – יותאמו כך שתתאפשר גישה מלאה אליהם לאנשים עם מוגבלות. את עתירתו ביסס, בין היתר, על תיקון שהוכנס בשנת 1981 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ושחייב להתקין סידורים מיוחדים לנכים בבניינים ציבוריים.

תוך כדי ההתדיינות הסכימה המועצה המקומית לחלק מהבקשות בעתירה, אבל נשאר כמה מחלוקות שחייבו הכרעה. כך, למשל, טענה המועצה המקומית שאין חובה לאפשר גישה ישירה בין חדר הכיתה שבו למד שחר לחדר השירותים המותאם לנכים. לשיטתה, די בכך שקיים חדר שירותים מותאם אחד בבית הספר – בקומה נפרדת שכדי להגיע אליה נדרש שחר לצאת מהבניין, להקיפו ולהיכנס מכניסה אחרת, תוך היעזרות באדם נוסף לצורך פתיחת שער ברזל. בנוגע למחלוקת נוספת טענה המועצה כי מקלט ציבורי שמשמש גם לצורך פעילויות חברה ותרבות, לא נועד "למתן שירות ציבורי", ולכן אין חובה בחוק להנגישו לאנשים עם

מוגבלות. העתירה נדונה בבית המשפט העליון בהרכב בראשות הנשיא אהרן ברק עם השופט יעקב קדמי והשופטת דליה דורנר, וזה החליט פה אחד לקבלה.

הנשיא ברק, שכתב את פסק הדין, הדגיש כי אין לקרוא את הסעיף הרלוונטי בחוק התכנון והבנייה באופן מילולי-טכני, אלא באופן התואם את תכלית החקיקה. מטרת הוראות החוק העוסקות בהנגשה היא לשלב את האדם עם המוגבלות באופן מלא בחיי החברה בכל תחומי החיים. ברמת הפשטה קונקרטית יותר התכלית היא לשלב את הילד עם המוגבלות בבית הספר תוך שמירה על עצמאותו והגנה על כבודו, מה שיעניק לו שוויון הזדמנויות אמיתי בחינוך. הנשיא ברק הדגיש שכיום "שוררת ההשקפה כי יש לשלב את הנכה בתוך החברה ולהבטיח לו שוויון של הזדמנות... הנכה הוא אדם שווה זכויות. אין הוא מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא חבר רגיל בחברה שבה הוא חי. מטרת ההסדרים אינה להיטיב עמו בבידודו, אלא לשלבו – בתוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת – במירקם הרגיל של חיי החברה" (עמ' 26). לשם כך יש לאפשר לאדם עם המוגבלות נגישות מלאה ושימוש פונקציונלי במקומות ציבוריים, כדי שיוכל להפיק את מלוא התועלת מהם, בדומה לכל אזרח, תושב ותלמיד שאינם עם מוגבלות. לאור זאת נקבע שלא די בכך שקיימת אפשרות גישה באמצעות כיסא גלגלים לקומה ששחר למד בה, ובנפרד מכך לקומה אחרת שחדר השירותים נמצא בה. נדרשת גם גישה נוחה בין שתי הקומות שתאפשר מעבר עצמאי ביניהן תוך זמן קצר וללא צורך בסייע. עוד נקבע שהמקלטים משמשים בפועל למתן שירות ציבורי, דוגמת חוגים או תנועת נוער, גם אם לא זה ייעודם המקורי. לכן "שילובם של נכים בחיי החברה, הבטחת כבודם ומתן הזדמנות שווה לנכים" מחייבים לראות במקומות אלה מבנים שחלה לגביהם חובת ההנגשה (עמ' 30). הנשיא ברק הוסיף והדגיש בתשובה לטענת המועצה המקומית בדבר העלויות הגבוהות הנדרשות ממנה, כי "הבטחת שוויון הזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש" (עמ' 27). בכך הוא ביטא את התפיסה כי היבט התקציב כשלעצמו אינו מצדיק להימנע מלכבד זכויות אדם, אם כי הוא נתון שיש לו רלוונטיות בעריכת האיזונים הנדרשים.

פסק הדין בעניינו של שחר בוצר יצר שינוי לא רק בדרך שבה נדרשו רשויות מקומיות לבצע התאמות והנגשות בבתי ספר ובמבני ציבור נוספים, אלא גם בשיח הנוגע לזכויות של אנשים עם מוגבלות בכלל. פסק הדין הכיר לראשונה בכך שאנשים עם מוגבלות זכאים להתייחסות שווה ולהשתתפות שוויונית בכל תחומי החיים, בזכות ולא בחסד. פסק הדין גם קבע לראשונה נקודת מוצא של שילוב, הכללה ושיתוף, להבדיל מהדרה, בידוד והרחקה. הדגש שהושם בפסק הדין הוא באדם ובהיותו חבר שווה זכויות בחברה, להבדיל מהתפיסה ששררה בעבר ושהדגישה בעיקר את המוגבלות בתור פגם הדורש תיקון. לפי התפיסה החדשה, האדם עם המוגבלות אינו צריך להתאים את עצמו למבנים הקיימים (הן הגשמיים, הן החברתיים) שתוכננו בלי להביא בחשבון את צרכיו, אלא זכאי לכך שיינקטו פעולות אקטיביות כדי שהמבנים הקיימים יתאימו גם לו. זאת כחלק מזכותו החוקתית לשוויון וכחלק בלתי נפרד מכבודו כאדם.

תפיסה חדשה זו באה לידי ביטוי מובהק בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, שנחקק כאמור בשנת 1998. המחוקק הבהיר את תכלית החוק כבר בסעיפיו הראשונים. נקבע כי מטרתו "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו" (כלשון סעיף 2 לחוק). תפיסת השוויון שעומדת בבסיס החוק היא תפיסה מתקדמת, ומטרתה תיקון עמוק היורד לשורש ההפליה שהיא מנת חלקם של אנשים עם מוגבלות בתחומי החיים השונים. הפליה זו נובעת הן מחסמים תודעתיים-תפיסתיים הכוללים דעות קדומות וסטריאוטיפים, הן מתבניות ודפוסי חשיבה שאינם מתחשבים בצרכים של אנשים עם מוגבלות, הן מחסמים גשמיים-מבניים. עם כולם נועד החוק להתמודד.

דיון בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות עצמו הגיע לפתחו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בעתירה חשובה שהגיש בשנת 2010 רמי מחמלי (בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר (5.5.2014)). רמי מחמלי שירת בשירות בתי הסוהר שנים רבות, קיבל חוות דעת טובות על תפקודו המקצועי לאורך השנים ועבר בהצלחה קורס קצינים. בשנת 2003 לקה במחלה, ונקבע שקיימת סבירות גבוהה כי זו נגרמה בשל תנאי עבודתו. בשל מצבו הבריאותי ובהתאם להחלטת ועדה רפואית צומצמה משרתו לשש שעות עבודה ביום (75% משרה). מאז צמצום משרתו הוא פנה שוב ושוב בבקשות להשתכר בתפקיד חדש כדי להתקדם בדרגתו, אבל נדחה על הסף מאחר שהמשרות ששאף אליהן לא התאימו לעבודה במספר השעות שמתור לו לעבוד בהן. בשלב זה הוא עתר לבג"ץ וטען ששירות בתי הסוהר מפלה אותו לרעה בניגוד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

העתירה נדונה בהרכב השופטת עדנה ארבל והשופטים (כתוארם אז) אליקים רובינשטיין וחנן מלצר והתקבלה בעיקרה פה אחד. בית המשפט העליון קבע שרמי מחמלי הופלה לרעה ולכן זכאי לסעד של קידום בדרגה, כך שתוענק לו דרגת רב-כלאי אישית. בית המשפט הגיע למסקנה זו אף שאין זכות קנויה לעובד להתקדם במקום עבודתו. למרות זאת בית המשפט שוכנע כי בנסיבות המקרה הייתה ציפייה לגיטימית לכך, בפרט מאחר שמדובר בעובד ותיק שמילא את תפקידיו לשביעות רצון הממונים עליו ושנותר בדרגתו תקופה ארוכה. השופט מלצר, שכתב את פסק הדין העיקרי, הדגיש: "במהלך אחד הדיונים בעתירה התבטאתי כי מעט חמלה מצד שירות בתי הסוהר, היתה מסייעת לעותר, רמי מחמלי. הדברים ראויים לתיקון. לא חמלה, קרי: נקיטה בפעולה לפנים משורת הדין, נדרשה כאן בנסיבות העניין, כי אם פעולה בהתאם לשורת הדין. ביצוע התאמות נדרשות, על מנת לשלב בתעסוקה אנשים בעלי מוגבלות, קל וחומר כאלה שמוגבלותם נוצרה במהלך עבודתם ובעקבותיה, תוך מתן העדפה מתקנת לאותם אנשים עם מוגבלות - הן חובות המוטלות על כל מעסיק (בכפוף להוראות החוק), על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, ועל המדינה כמעסיק בפרט. הדרישה לנקוט באמצעים אקטיביים על מנת לאתר עבור העותר תפקיד ההולם את כישוריו,

במצבו, תוך ביצוע התאמות נדרשות... הן דרישות חוקיות, ולא מחוות של רצון טוב גרידא" (פסקה 60).

השופט מלצר הסביר שחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מטיל על מעסיקים חובה ישירה לפעול וליצור תנאים שיאפשרו לקלוט אנשים עם מוגבלות בעבודה, לשלבם בה, לקדםם בה ולהשאירם בה. חובה זו נובעת מהגישה החברתית למוגבלות, שרואה במוגבלות ביטוי למגוון האנושי הקיים בחברה, וזו נדרשת מצידה לנהוג בשוויון כלפי כל אחד מחבריה. כחלק מכך יש לנקוט פעולה אקטיבית כדי לבצע התאמות שתאפשרנה לשלב אנשים עם מוגבלות בכל תחומי החיים, לרבות בתעסוקה, ולקדםם. רעיון ה"התאמות" משקף את ההבנה שאין די בדרישה שאדם עם מוגבלות יתאים עצמו לדרישות התפקיד, אלא שצריך גם להתאים את מקום העבודה לצרכיו. ההתאמות שיש לבצע אינן רק התאמות גשמיות, דוגמת רמפה או מעלון, ואינן רק התאמות מכניות או טכנולוגיות של עזרים או התקנים. הן גם התאמות דוגמת עיצוב מחדש של דרישות התפקיד, הגמשה של שעות העבודה, יצירת משרה חדשה או שינוי בנוהלי העבודה. אין מדובר ברשימה סגורה אלא בקשת אינסופית של אפשרויות, ולצורך גיבושה נדרשים "גמישות ומעוף מחשבתי מצד המעסיק" (פסקה 28). על המעסיק לראות את מקום העבודה דרך עיני האדם עם המוגבלות ומציאות חייו ובשיתוף עימו, כדי להביא בחשבון את צרכיו.

לפיכך החובה לבצע התאמות אינה פעולה "לפנים משורת הדין", אלא חובה ישירה שמוטלת על המעסיקים (לרבות מהשוק הפרטי) מכוח הוראת חוק מפורשת. היא מחייבת מעסיקים לבחון מחדש בפתחות וביצירתיות את המבנים, הנהלים, הנורמות והפרקטיקות המקובלות של מקום העבודה, כדי לאפשר השתלבות מלאה ושוויונית של העובד עם המוגבלות במסגרתו. לכן אין למהר לקבוע כי מחמת מוגבלותו עובד אינו כשיר לבצע תפקיד מסוים, אלא יש לבחון זאת רק לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות. הסייג היחיד לכך הוא שאין בביצוע ההתאמות משום "נטל כבד מדי", כהגדרת המחוקק בסעיף 8 לחוק. סייג זה נועד לאזן בין הזכויות של אנשים עם מוגבלות לנטל המוטל על המעסיקים, כדי שלא להביא לפגיעה כלכלית חמורה מדי במעסיק. המבחן הוא של סבירות ההתאמה ומידתיותה בהתחשב במכלול הנסיבות והמאפיינים של מקום העבודה, של העובד ושל ההתאמה הנדרשת, לרבות היקף המשאבים שמצויים בידי המעסיק. מלבד נושא ההתאמות בחן השופט מלצר היבטים נוספים של הפליית אנשים עם מוגבלות, ובהם חובת ההעדפה המתקנת. החוק מטיל על מעסיקים חובה לקדם ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות במקום העבודה, ומשמעות הדברים עשויה להיות העדפתם על פני אחרים. כך, במקרה זה נקבע ששירות בתי הסוהר היה אמור להעדיף את רמי מחמלי על פני מועמדים אחרים בעלי כישורים דומים לשלו, במינוי לתפקידים שהתמודד עליהם, אבל לא עשה כן. מטעם זה ובשל אי עשיית פעולות אקטיביות שיאפשרו את קידומו, התקבלה העתירה של רמי מחמלי. השופטת ארבל והשופט רובינשטיין הצטרפו לדעתו של השופט מלצר והבהירו שההתנהלות של שירות בתי הסוהר כלפי רמי מחמלי הובילה לפגיעה בכבודו, ושיש לפרש

את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות "פרשנות נדיבה" שתיתן ביטוי "ליחס המחודש של החברה בישראל, לפי קביעת המחוקק, לאנשים עם מוגבלויות" (פסקה ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

פסק הדין בעניין מחמלי הוא ציון דרך חשוב נוסף בהבנת הזכויות של אנשים עם מוגבלות, נוכח הפרשנות הרחבה והאמיצה שבית המשפט העליון נתן להוראות של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. פסק הדין הבהיר שאין לראות בחוק זה "הצהרה" בלבד אלא חוק שנועד לבצע שינוי, ולכן הוא מחייב יוזמה וביצוע פעולות אקטיביות. פסק הדין המשיך לחזק את התפיסה החדשה לזכויות אנשים עם מוגבלות שהחלה בפסק הדין בעניין בוצר: לא עוד "חסד" ו"עזרה" המבוססים על דעות קדומות והרחקה, אלא הבנה שאנשים עם מוגבלות הם חברים שווי זכויות בקהילה. לכן הם זכאים לכך שצורכיהם יובאו בחשבון בעת עיצוב מבנים ושירותים שהם חלק מהמרחב הציבורי וממקומות עבודה, ובדומה – בכל תחום מתחומי החיים.

העקרונות שהותוו בחוק ובשני פסקי הדין פורצי הדרך שהוצגו, הם עקרונות יסוד שמבטאים מחויבות עמוקה לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ושמדריכים את שיקול הדעת השיפוטי של בתי המשפט ובתי הדין לעבודה בכל הליך שמעורבות בו סוגיות הנוגעות לכך. החוק והפסיקה משתלבים זה בזה ופועלים יחד בתחומי החיים השונים לצורך השגת השוויון. עקרונות היסוד חלים באותו אופן כלפי מי שנולד עם מוגבלות וכלפי מי שמוגבלותו נוצרה בגיל מבוגר יותר, מי שמוגבלותו גופנית ומי שמוגבלותו נפשית או קוגניטיבית, מי שמוגבלותו נראית כלפי חוץ ומי שמוגבלותו נסתרת – וכל זאת בכל רצף הלקויות האפשריות וללא תלות באירוע החיים שיצר את המוגבלות. כולם חלק מהגיוון האנושי וחלק בלתי נפרד מהחברה.

טרם סיום כדאי לחזור לסיפור החיים מעורר ההשראה של שחר בוצר. בריאיון שנערך עימו הוא סיפר שהמפגש שלו עם הנשיא אהרן ברק שינה את מסלול חייו נוכח הדברים שנכתבו בפסק הדין בעניינו על "מיצוי הפוטנציאל שלי כאדם בלי קשר לנכות שלי" ("אדם אחד, רגע אחד" גלובס 11.12.2020). נכון לכתיבת שורות אלה הוא בן פחות מ-40 וכבר הספיק לנהל את רשת המחשוב של פיקוד העורף (בתפקידו הצבאי), לכהן תוך כדי לימודיו בתפקיד יושב ראש אגודת הסטודנטים (ונבחר כדבריו "לא כמנהיג נכים אלא כמנהיג שהוא גם נכה"), להתמנות למנכ"ל ארגון השחקנים ובהמשך ליושב ראש קבוצת תיירות, להיות חלק מרשימת "40 הצעירים המבטיחים" של מגזין "גלובס", ולכהן בתפקיד שותף מנהל בקרן הון סיכון שמשקיעה בחברות סטארט-אפ שיעודן חברתי או סביבתי. סקירה זו של פועלו מלמדת בדרך הטובה ביותר על חשיבות השילוב השוויוני של אנשים עם מוגבלות בכל תחומי החיים, לא רק למענם אלא גם למען החברה בכללותה.

# דו־קיום במרחב הציבורי: השילוט בערים המעורבות והשפה הערבית

בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
נ' עיריית תל־אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002)

## רון שפירא

"יהודי דבר עברית" – זו הייתה הסיסמה של מלחמת השפות בארץ ישראל שלפני הקמת המדינה. תחיית השפה העברית הייתה ללא ספק מן ההישגים החשובים של התנועה הציונית. העברית היא שפתה העיקרית של המדינה. אבל מה לגבי שפות אחרות שתושבי המדינה ואזרחיה מדברים בהן, ובראשן השפה הערבית? איזה מעמד יש להן?

בתקופת המנדט הבריטי היו שלוש שפות רשמיות בארץ ישראל: אנגלית, ערבית ועברית, ומעמדן עוגן בסעיף 82 לדבר המלך במועצה על ארץ־ישראל, 1922-1947. עם הקמת המדינה נותר סעיף זה על כנו, אבל נגרעה ממנו השפה האנגלית. השפה העברית הייתה לשפה הרשמית ה"מובילה" מבחינת חיי המעשה, שהשימוש בה דומיננטי בהיותה שפתו של הרוב, וגם בתור ביטוי לכך שהוקמה "מדינה יהודית בארץ ישראל", כלשון הכרזת העצמאות. אבל עובדות אלה חידדו את השאלות בדבר המעמד של השפה הערבית, שגם היא נותרה במעמד של שפה רשמית, ובדבר היקף השימוש הרצוי בה בהקשרים רשמיים ובפרהסייה הציבורית, מעבר לבחירה האישית של כל אדם באיזו שפה להשתמש.

השאלה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בשנת 1999, כיובל שנים לאחר קום המדינה, בעתירה שעסקה בשלטים הרשמיים המוצבים בערים המכונות "מעורבות", במובן זה שיש בהן אוכלוסייה מעורבת יהודית-ערבית, ושאינן מאופיינות בתור "יהודיות" או "ערביות". המדובר בערים תל אביב-יפו, רמלה, לוד ונצרת עילית. יצוין כי בחיפה, שהיא עיר מעורבת שחרטה על דגלה את הסובלנות בין העדות, היה השילוט הרשמי בשתי השפות, העברית והערבית, נוהג עוד מתקופת המנדט הבריטי, ובהמשך לאחר קום המדינה. בעתירה נטען כי בערים שיש בהן מיעוט ערבי, חייב כל השילוט העירוני (שלטי ההכוונה, ההדרכה, האזהרה, ההוריה והמודיעין, כמו גם השלטים המורים את שמות הרחובות) לכלול כיתוב גם בערבית. את העתירה הגישו ארגון עדאלה והאגודה לזכויות האזרח בישראל. לדברי העותרים, חובה זו מקורה הוא בראשונה במעמד השפה הערבית בתור שפה רשמית בישראל, והיא גם נגזרת מהמשפט הבינלאומי, מהזכות לשוויון ומכבוד האדם. כמו כן, נטען שהשילוט



בשפה הערבית נדרש לשם הפעלה נאותה של השירותים הציבוריים לכל תושבי העיר ולקידום השמירה על הסדר הציבורי.

הערים טענו מנגד שאין חובה כללית כזו, ושעניין השילוט נתון לשיקול דעתן. עם זאת, כמעט כל הערים היו נכונות להוסיף כיתוב בשפה הערבית לשלטי ההכוונה והשירותים העירוניים וקצבו פרקי זמן משוערים וסדרי עדיפויות שונים לכך. הן הדגישו שאין חלה עליהן חובה להוסיף כיתוב בערבית, אבל מתוך התחשבות בתושבים הערבים הן יעשו כן בתוך כמה שנים בשלטי הכוונה מרכזיים, במוסדות עירוניים המשרתים את כלל תושבי העיר ובאזורים שקיים בהם ריכוז ערבי.

בהתחשב באופי העקרוני של ההליך הוגשה בו גם עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם לסמכותו להביע עמדה גם בהליכים משפטיים שהוא אינו צד להם, המעוררים שאלות בעלות חשיבות ציבורית. היועץ המשפטי לממשלה טען כי אין חובה על העיריות המשיבות להציב שילוט בערבית. עם זאת, מאחר שהערבית היא שפה רשמית של מיעוט ניכר ומכובד במדינה, קמה לרשויות השלטון חובה לשקול את השימוש בשפה הערבית בהתאם לעניין הנדון. אמות המידה שהציג היועץ המשפטי לממשלה להפעלת שיקול הדעת של רשויות מקומיות הכוללות מיעוט ערבי ניכר, כללו הבחנה בין צירים ראשיים (שבהם יש להציב שילוט בערבית) לכבישים צדדיים; הבחנה בין אזורים שבהם ישנה אוכלוסייה גדולה דוברת ערבית לאזורים אחרים; הצגת שילוט מתאים גם בערבית בהכוונה למוסדות ציבוריים ובתוך המוסדות הציבוריים, בדגש על שלטי בטיחות ואזהרה, להבדיל משלטי הכוונה אחרים (שלטי רחובות וכיכרות ושלטים ציבוריים אחרים) שבהם חשיבות הדבר פחותה.

אפשר להיווכח כי לאחר שהתקבלו כל התגובות לעתירה, המחלוקת צומצמה. במישור המעשי הוסכם על הכול כי השילוט העירוני יכלול כיתוב גם בערבית באזורים שקיים בהם מיעוט ערבי, בצירים הראשיים ובדרכים המרכזיות. כמו כן, הוסכם כי שלטי הבטיחות והאזהרה יכללו כיתוב בערבית גם בחלקי העיר שאין בהם אוכלוסייה ערבית, וכך גם השילוט למוסדות העירוניים ובתוכם. חזית המחלוקת נגעה בשילוט העירוני בחלקי העיר שבהם הרוב המוחלט של האוכלוסייה הוא יהודי. העותרים לא הסתפקו בהסכמות וסברו כי בעיריות שיש בהן מיעוט ערבי חייבים כל השלטים העירוניים לכלול כיתוב גם בערבית. לעומת זאת עמדת הרשויות הייתה כי בשלטי הרחובות שאינם ראשיים אין חובה כללית כזו וגם לא בשכונות הלא ערביות, והעניין נתון לשיקול דעתן. מחלוקת אחרת נגעה ללוחות הזמנים הנדרשים לתיקון השילוט ולהוספת הכיתוב בערבית.

המחלוקת צומצמה אבל עדיין נדרשה להכרעה. בית המשפט העליון קיבל את העתירה בדעת רוב של הנשיא ברק והשופטת דורנר נגד דעת המיעוט של השופט חשין. בדעת הרוב הוסבר כי ככלל הצבת שלטי הכוונה בתחומי העיר אכן נתונה לסמכות העירייה. לצד זאת, הוסבר כי נקודת מוצא חשובה נוספת לדיון היא המעמד המיוחד של השפה הערבית, בשונה משפות אחרות שאזרחי המדינה או תושביה דוברים אותן. המעמד הרשמי של שפה מקרין

עצמו אל תוך גופו של המשפט הישראלי ומשפיע על פעולתו. בין השאר, הרשמיות של השפה היא שיקול משמעותי במכלול השיקולים הנדרשים בשעה שמופעלת סמכות שלטונית. נוסף על כך, דעת הרוב הדגישה את חשיבות ההגנה על הזכות של אדם להשתמש בשפתו כחלק מאישיותו. שפה היא הכלי שבאמצעותו האדם חושב, והמכשיר שבאמצעותו הוא יוצר קשר עם זולתו. השפה מקבלת חשיבות מיוחדת שעה שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט. השפה משקפת תרבות ומסורת ומבטאת פלורליזם חברתי. הכרזת העצמאות קבעה כי מדינת ישראל "תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות". חופש הפרט להתבטא בלשון הרצויה לו נגזר מהזכות החוקתית לחופש הביטוי ומהזכות החוקתית לכבוד האדם. חופש זה של הפרט מקים לרשות השלטונית חובה להגן עליו. לבסוף, הודגש הערך של הבטחת השוויון, שהוא מערכי היסוד של המדינה. מקום שבו חלק מן הציבור איננו יכול להבין את השילוט העירוני – נפגעת זכותו ליהנות באופן שוויוני משירותי העירייה. השפה אינה רק ביטוי לזהות של הפרט, אלא גם לזהות של הכלל. היא הבסיס המקשר את הפרטים להיות בני חברה אחת.

ועדיין בישראל רבים מדברים בשפות נוספות. מה מעמד השפה הרוסית, שרבים מעולי חבר העמים מדברים בה? ומה על השפה האמהרית, שפת יוצאי אתיופיה? האם מוטלת על הרשויות המקומיות חובה משפטית להנכיח אותן בציבוריות שלהן? במה הן נבדלות מהשפה הערבית? נפסק כי הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, זו השפה של המיעוט הגדול ביותר בישראל, שחי בישראל מימים ימימה, והיא קשורה במאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים שלו. זוהי השפה של אזרחים אשר מבקשים לחיות בישראל בתור אזרחים נאמנים ושווי זכויות תוך כיבוד לשונם ותרבותם. שנית, השפה הערבית מתייחדת גם במעמדה הרשמי כאמור. מעמד שכזה אינו נחלתן של השפות האחרות. בסופו של דבר, נקבע בדעת הרוב כי בשילוט העירוני יש להוסיף לצד הכיתוב העברי גם כיתוב בערבית, ונקבעו לוחות הזמנים להסדרת הנושא בכלל הרשויות המקומיות.

חשוב לציין כי אף שהנשיא ברק והשופט דורנר היו בדעת רוב, קיימת הבחנה בין גישותיהם. השופט דורנר נשענה במפורש על המעמד של השפה הערבית והכירה למעשה בזכות קבוצתית הכרוכה בשימוש בה. לעומת זאת, הנשיא ברק התמקד בביקורת על שיקול הדעת של הרשויות בהתאם לכללי המשפט המנהלי הרגילים.

בשונה מכך, השופט מישאל חשין סבר בדעת המיעוט כי דין העתירה להידחות. הוא הסכים כי לגופו של עניין ראוי להסדיר את הוספת השפה הערבית לשילוט בכל הערים המשמשות מרכז עבודה, שירותים ועסקים לרבים שאינם מתגוררים בתחומי הרשות המקומית, ולא רק בערים המעורבות. אבל הוא סבר שיש להותיר את ההכרעה בנושא בידי השלטון המרכזי, בדבר חקיקה.

השינוי שפסק הדין הביא בכנפיו בולט ביתר שאת לנוכח פסק דין קודם שהגן על השימוש בשפה הערבית: עניין ראם (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993)). באותו מקרה נדונה שאלה אחרת הנוגעת להיקף השימוש בשפה

הערבית: האם אפשר לאסור בחוק עזר פרסום מודעות של גורמים פרטיים בשפה הערבית בלבד. חוק עזר של עיריית נצרת עילית (כיום נוף הגליל) קבע כי מודעות יצטרכו להיות בעברית בלבד או באופן שהכיתוב בשפה העברית יתפוס שני שלישים משטחן. באותו הליך חברת בנייה ביקשה לפרסם על גבי לוחות המודעות בעיר פרויקטים שלה בשפה הערבית בלבד. כאשר נאסר עליה לעשות זאת על פי חוק העזר, היא נקטה הליך בבית המשפט המחוזי, ובו נדחו טענותיה. הערעור לבית המשפט העליון התקבל על בסיס ניתוח משפטי שהדגיש את חופש הביטוי בפרסום מודעות מסחריות מטעם חברות פרטיות, בשונה מרשות שלטונית. באופן כללי יותר, פסק הדין בנושא השילוט בערים המעורבות סלל את הדרך להתדיינות נוספות שבהן הועלו טענות שעניינן הרחבת השימוש בשפה הערבית. בחלק מן המקרים טענות אלה התקבלו,<sup>1</sup> ובחלקם האחר נדחו (למשל במקרה שבו נדחתה הדרישה לערוך את בחינות ההסמכה של לשכת עורכי הדין בערבית, לנוכח חשיבות השליטה בשפה העברית במקצוע זה).<sup>2</sup>

חשוב לשים לב לדמיון ולשוני בין המקרה של השפה הערבית להליכים משפטיים שעסקו בשימוש בשפות נוספות. דרישות אלה התקבלו במקרים מתאימים משיקולים דוגמת נגישות, ככל הנוגע למשלוח הודעות לבוחרים בשפות הרוסית והאמהרית,<sup>3</sup> או זהירות ופיקוח נפש, ככל הנוגע לסיכונים באתרי בנייה.<sup>4</sup> בלי למעט בחשיבותן של דוגמאות אלה, ההכרעה בעניין השפה הערבית חורגת מגדר הפן התועלתני ומבוססת גם על מעמדה המיוחד.

כמעט עשרים שנה לאחר שנדון נושא השילוט בערים המעורבות, הגיעה שאלת המעמד של השפה הערבית לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת הדיון בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הידוע לעיתים גם בשמו הקצר חוק יסוד: הלאום. חוק יסוד זה התייחס לשאלת השפות במדינה בסעיף 4 שלו ובהקשר זה קבע באופן מפורש כי "עברית היא שפת המדינה", ולצד זאת כי "לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה" וכי "אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית". בפסק הדין שעסק בכך<sup>5</sup> הובהר כי ההסדר שבחוק יסוד: הלאום נועד לשקף את המצב הקיים, בלי לגרוע מהמעמד של השפה הערבית, וכל שכן לא נועד ליצור שינוי מעשי בנוגע לנוכחותה במרחב הציבורי. כפי שנכתב עוד בעניין ראם: "השפה העברית, תפארתה לא תועם ועוצמתה לא תפחת אם נגלה הבנה וסובלנות לשפות האחרות המקובלות והשגורות בחלקים אלה ואחרים של החברה הישראלית, וראוי

1 למשל ע"א 4926/08 נאסף ואיל ושות' נ' הרשות הממשלתית למים וביוב (9.10.2013).

2 בג"ץ 8676/18 כבהה נ' שרת המשפטים (14.5.2019).

3 בג"ץ 3036/96 מפלגת ישראל בעליה נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הארבע-עשרה ולראש הממשלה, פ"ד נ"ד 108 (2) (1996).

4 בג"ץ 5215/17 קו לעובד – להגנת זכויות העובדים נ' משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (7.4.2019).

5 ראו רשימתו של דוד חשין בספר זה, עמ' 193.

שנכבדן ככל שיתבקש הדבר... עם זאת ייאמר מיד, כי לשפה הערבית ייחוד משלה, שכן היא מהווה שפת אם למרכיב חשוב וגדול של החברה הישראלית והיא חלק מרכזי בתרבות עשירה ורבת פנים, המשתלבת היטב בפסיפס התרבותי המגוון של המדינה" (עמ' 216-217). דברים יפים אלה, שנאמרו קודם לפסק הדין בפרשת **עדאלה** ולחקיקת חוק יסוד: הלאום, נכונים גם היום. הסובלנות והכיבוד ההדדי של הקהילות החיות בתוכנו, על שפתן ומנהגיהן, הוא המפתח לקיום המדינה, על מגוון אזרחיה.

## לפעמים הדרך לפאב ולבריקה עוברת בבית המשפט

ת"א (שלום י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (1.9.1996)  
רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011)  
בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020)

### יעל בלכר

שבת, 3 ביולי 1993. החופש הגדול. אברהים וחפיזה נעאמנה וארבעת ילדיהם, תושבי בית חנינא שבצפון ירושלים, נסעו ליום כיף בפארק המים בקיבוץ קליה. הקופאית שמעה את אברהים מדבר בערבית וסירבה למכור למשפחה כרטיסים. תעודת הזהות הישראלית לא הועילה, וגם לא דין ודברים ממושך (ופומבי) עם האחראים. משפחת נעאמנה נאלצה לחזור לביתה כלעומת שבאה. אברהים וחפיזה הגישו לבית משפט השלום בירושלים תביעה לפיצויים.

הימים היו ימי פיגועים ומתיחות ביטחונית בגבול הצפון. יומיים קודם, ביום חמישי, 1 ביולי 1993, השתלטו מחבלים על אוטובוס בירושלים, רצחו אישה ופצעו רבים אחרים. החברה המנהלת את פארק המים טענה שעל רקע זה ומתוך דאגה לביטחון המשפחה בשל חשש למעשי תגובה של יהודים, ניתנה לאברהים "המלצה תקיפה" שלא להיכנס לפארק. נטען כי באותו בוקר התעורר ויכוח "טיפשי" על כיסא בין יהודים לערבים וכמעט נוצרה תגרה, שנמנעה בהתערבות מאבטחים. החברה טענה שזכותה לפעול משיקולי ביטחון לשמירת שלום המבקרים, וְלֹא – היא עלולה להתחייב בנוזיקין, ושיש להתחשב בכך בקביעת החובות המוטלות עליה.

פסק הדין בתיק ניתן כעבור שלוש שנים. השופטת מרים מזרחי קיבלה את התביעה נגד החברה ופסקה למשפחת נעאמנה פיצויים בגין עוגמת נפש בסך של 10,000 ש"ח ושכר טרחת עורך דין (ת"א (שלום י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (1.9.1996)). בית המשפט דחה את הטענה שניתנה המלצה בלבד, וקבע שהיה מדובר באיסור כניסה. כמו כן נקבע כי אין בראיות בסיס ממשי לחשש שיפרצו תגרות על רקע הפיגוע החבלני הנזכר: "החיים בארץ באותה תקופה (וגם בתקופות אחרות שבהן נעשו פיגועים) התנהלו באופן שיהודים וערבים שנמצאו במגעים ובחיכוך מתמיד, לא נגררו לפעולות אלימות, זולת חריגים בודדים. משפחה, הורים וילדים, הבאה לנפוש בבריקה, אינה מעוררת חשש שפניה לתגרה כלשהי, והטענה כי עצם כניסתם למקום מעוררת חשש למדנים אינה משכנעת" (פסקה 4). עוד נקבע כי הדרך שהחברה בחרה בה לטפל בחששות מפני תוצאות החיכוך בין יהודים לערבים (גם אילו היו מבוססים) – איסור כניסה לערבים – אינה יכולה לעמוד. וכי מדוע לא תינקט דרך פוגענית

פחות, כגון הגברת האבטחה? ואם אין די בדרך כזו, ייתכן שיידרש להתמודד עם המצב בסגירת העסק, אבל לא לאסור כניסתם של ערבים בלבד.

אם כן, לפי פסק הדין גם עסק פרטי שמציע מרכולתו ושירותיו לציבור, חייב לכבד את עקרון השוויון ולהימנע מהפליה על בסיס השתייכות קבוצתית.

התוצאה מוצדקת מאין כמוה, אבל חשוב להסבירה. אכן, כשמדובר בגוף ציבורי שמעניק שירות לציבור, חובתו לנהוג בשוויון כמעט מובנת מאליה. גוף ציבורי נחשב לנאמן על נכסי הציבור, ומטיבו הוא מחויב לנהוג ביחיד הציבור בשוויון. אבל מכוח מה כופה המדינה על הפרט להתקשר בחוזה ולתת שירות לאדם אחר בניגוד לרצונו? לצידו של הפרט עומד ערך החירות והאוטונומיה של הפרט במובן של הימנעות מהגבלות שלטוניות על חופש הפעולה. זהו ערך דומיננטי בתחום דיני החוזים, שבו שולט עקרון חופש ההתקשרות (הזכות לבחור עם מי להתקשר ובאילו תנאים). החירות להתקשר היא הכלל, והחלת עקרון השוויון היא החריג. מצד שני ניצב ערך השוויון. הוא מצדיק התערבות שלטונית שתיצור תנאים שיאפשרו לכל אחד מהפרטים בחברה להגשים את האוטונומיה שלו. אם כן, שני הערכים הללו, שעקרון האוטונומיה של הפרט בבסיסם, מושכים לכיוונים מנוגדים.

הפתרון נעוץ בכך שבתחום הפרטי חלות מגבלות בהקשרים מיוחדים שמצדיקים זאת. הגנה על ערך השוויון גם כאשר הגורם המפלה אינו רשות ציבורית, חלה למשל, כשקיים פער משמעותי ביחסי הכוחות (כגון חברת ביטוח מול המבוטחים) או כשלאחד הצדדים מעמד מעין-ציבורי (כגון חברת החשמל).

מציאת נקודת האיזון בין החירות והאוטונומיה של הפרט לעקרון השוויון היא מורכבת ונגזרת מהמשקל היחסי שיינתן לערכים המתנגשים. זהו אתגר שניצב בפני החברה הישראלית מעם קום המדינה, לובש צורה ופושט צורה ומשתנה עם העיתים. החברה הישראלית מורכבת, קולטת עלייה ומגוונת מבחינה דתית, מבחינה עדתית ומבחינה אתנית. בשטח קטן חיים בה זה לצד זה הרוב היהודי ומיעוטים שונים: ערבים נוצרים ומוסלמים, דרוזים, בדואים וצ'רקסים. לכך מתווספים הסכסוך הישראלי-פלסטיני והמתחיות הביטחוניות. הכול לצד האתגרים האוניברסליים שמציבים הפליה על רקע גיל, מגדר או נטייה מינית, שוויון הזדמנויות לתושבי הפריפריה וכדומה. המורכבות הישראלית מזמנת מחלוקות מרובות זוויות ואפיונים. אתגר האיזון ניצב בפני המחוקק והמשפט הישראלי בהיותם ראי החברה. התרומה של בית המשפט נולדת מהמקרים הבאים לפניו, סיפורים אנושיים שצמחו מתוך כאב המציאות האישי, אשר יוצרים מציאות כטיפות החוצכות בסלע.

כיום ההגנה על השוויון במצבים שבהם פעולות מפלות נעשות מטעם גורמים פרטיים שפועלים במרחב הציבורי, כמו מסעדות ובתי מלון (להבדיל מפעולות פרטיות ממש), מבוססת על חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. הוא מכונה לעיתים גם "חוק הסלקטורים" שכן הוא נחקק, בין היתר, על רקע התופעה המכוערת של "מיון" בכניסה למועדונים לפי "שיוך קבוצתי".

אם חוק זה היה קיים כשניתן פסק הדין בעניין **נעאמנה**, הדרך של בית המשפט הייתה סלולה. אבל גם ללא חוק זה מצא בית משפט השלום את הפתרון באמצעות פרשנות. חלק ניכר מפסק הדין הוקדש לביסוס עילת תביעה בדיני החוזים. נקבע שהחברה המנהלת הציעה הצעה לכלל הציבור לבוא לפארק המים, ולא הייתה רשאית לחזור בה מההצעה בשעה שבני המשפחה כבר התייצבו במקום. זאת, לצד הפניה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעשה אז את צעדיו הראשונים. בכך נמצא מענה לעניינה של משפחת נעאמנה. אבל התברר גם שנדרש מענה כללי יותר למצבים של הפליה במרחב הציבורי. הוא נמצא, כפי שכבר צוין, עם חקיקת החוק בנושא, בשנת 2000. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב שהצורך בחוק נובע מכך ש"בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם".

במהלך השנים תוקן החוק כדי להתאימו למציאות הישראלית ולסתום פרצות שהתגלו בו. בנוסחו כיום הוא אוסר על מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, להפלות "מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם" ו"מחמת מקום מגורים". עוד נקבע כי "רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין". החוק חל גם על המדינה ועל מוסדות ציבור.

החוק פישט את ההליך המשפטי בתביעה בגין הפליה. ראשית, קמה לנפגע עילת תביעה במקרה שהחוק הופר, ונמנע הצורך לדון בשאלה האם הפרט חייב לכבד את עקרון השוויון. שנית, נקבעו חזקות (הנחות) ראייתיות שמעבירות את הנטל לבעל העסק להוכיח שלא הייתה הפליה. שלישית, נקבע פיצוי משמעותי בסך של עד 50,000 ש"ח (שמתעדכן לפי המדד) בגין כל הפרה, גם בלא שהנפגע נדרש להוכיח שנגרם לו נזק.

החוק תרם תרומה ניכרת לאכיפת עקרון השוויון ולהטמעתו בחברה. התנהלו (ומתנהלים) מכוחו הליכים לא מעטים, בעיקר בבתי המשפט לתביעות קטנות ובבתי משפט השלום (בהתחשב בסכומי התביעה). זהו תהליך דינמי ומתמשך. שנים לאחר שחוקק, הייתה התקשורת רוויה עדיין סיפורים על צעירים שנמנעה כניסתם למועדון בשל חזות "מזרחית", "קווקזית", "גרוזינית" או בהיותם כהי עור או בני מיעוטים. עם זאת, החוק אינו יכול להקיף את כל המקרים, ויישומו במקרים קונקרטיים כרוך באיזון בין ערכים מתנגשים. הצורך באיזון גם מובנה בחוק, המונה חריגים שבית המשפט נדרש ליצוק בהם תוכן, דוגמת "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו" של המוצר, המקום או השירות.

מעט לעת הגיעו שאלות הנוגעות ליישום החוק גם לפתחו של בית המשפט העליון. אחד המקרים המעניינים והחשובים שבהם ידוע בתור עניין **פרוז'אנסקי** (רע"א 8821/09 **פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (16.11.2011)). מעשה שהיה כך היה. באחד מלילות אפריל 2008 הגיע פבל, בן 24 באותה עת, למועדון לילה ברחובות. כניסתו נמנעה שכן, לפי מדיניות

המועדון, גיל הכניסה המזערי לנשים היה 24, ולגברים – 26. פבל הגיש תביעה לפי החוק לבית המשפט לתביעות קטנות. בנוסח החוק אז לא נאסרה במפורש הפליה מחמת גיל (שנכללה בו רק בתיקון מאוחר). כיוון שכך, נדחתה התביעה. פבל הגיש בקשת רשות לערער לבית המשפט המחוזי וטען שהתביעה הוגשה בשל הפליה מחמת מגדר ולא מחמת גיל, כלומר בשל הפלייתו לרעה בהשוואה לנשים בנות גילו. גם הערעור נדחה. בית המשפט המחוזי קבע שהבחנה המבוססת על מגדר מותרת בעניינים שונים (למשל בגיל הפנסיה), והיא מוצדקת גם כאן. מהי ההצדקה? בית המשפט המחוזי סבר שהתשובה נעוצה בכך שבפאב שותים משקאות משכרים; הניסיון מלמד כי ככל שהגיל נמוך יותר, ההסתברות שהשותים לשוכרה ינהגו שלא כראוי – גדלה; והתנהגות כזו אופיינית לגברים יותר מאשר לנשים. כמו כן, כך נקבע, לפי ניסיון החיים בגרותן של הנשים מקדימה להגיע.

פבל לא ויתר והגיש בקשה למתן רשות לערער לבית המשפט העליון. הרשות ניתנה, הערעור התקבל, ומדיניות המועדון נפסלה משום שהפלתה מחמת מגדר.

ישאל השואל, הלכך נועד החוק? האם המשפט צריך להתגייס לטובת הגברים כדי שיוכלו להיכנס לפאב כבר בגיל 24 ולא רק בגיל 26? פבל נמנה עם קבוצה חברתית "חזקה" (גברים צעירים "לבנים" הנמנים עם קבוצת הרוב האתנית), שאינה סובלת מהפליה היסטורית מתמשכת, ושאינה נזקקת להגנת בתי המשפט כדי לפלס את דרכה בחברה. האם ניתן וראוי לגייס את החוק גם לטובת אלה הנמנים עם הקבוצה ה"חזקה" בחברה? בית המשפט העליון השיב בחיוב. התשובה חשובה, ולא פחות מכך – גם הדרכים השונות אליה.

השופט דנציגר, שעזמו הסכים השופט לוי, קבע כי החוק אוסר כל הפליה פסולה, בין שהיא מופנית כלפי קבוצה שסובלת מהפליה מתמשכת ובין שהיא מופנית כלפי קבוצה "חזקה". כדי לשרש את ההפליה ההיסטורית נגד נשים, יש לדחות כל ניסיון להבחנה מגדרית על בסיס טעמים שאינם רלוונטיים ועל יסוד סטריאוטיפים היוצרים מעגל קסמים שפועל להנצחת הפליה. גם אם במקרה הנדון ההפליה היא נגד קבוצת הגברים, שאינה סובלת מהפליה היסטורית, סופה לשמר את ההפליה ההיסטורית נגד נשים ובכך להזיק יותר מכול דווקא לקבוצה זו. שלילת כל הפליה בלתי עניינית תוביל לשמירה על כבודם של הנמנים עם כל אחת מהקבוצות ולמיגור ההפליה בכללותה.

השופט ג'ובראן הסכים שמדובר בהפליה פסולה, אבל מנקודת מבטו הטעם לכך הוא שהפגיעה האמיתית המגולמת במדיניות המועדון היא דווקא בנשים. לדבריו, האווירה שהמועדון מבקש לייצר היא "אווירה המדיפה ניחוח כבוד של הירככיה מגדרית" (עמ' 42) ומשקפת קוד חברתי שמשמר יחסי כוח מובנים. המציאות שנכפית במועדון, מוכתבת בידי פער הגילים ויש בה "צד חלש" ו"צד חזק". הגבר מבוגר יותר, בעל השכלה רחבה יותר, ממון רב יותר ובגרות נפשית ובגרות רגשית תואמות לגיל, ולמולו האישה, שעיקר אפיונה בגילה הצעיר. זו מציאות שמעבירה מסר ולפיו הכוח של נשים הוא במראה החיצוני. ההבחנה מבוססת גם על הנחה שגברים נוטים לאלימות יותר מנשים, ועל תפיסה סטריאוטיפית שהנשים "עדינות ושבריריות".



אם כן, כל הדרכים הובילו לצורך להילחם בסטריאוטיפים המגדריים, תוך הכרה בכך שההפליה היא לכאורה נגד גברים, מבוססת על סטריאוטיפים מגדריים שתוצאתם העמקת הפגיעה בנשים.

ומהו הדין כשהבחנה על בסיס מגדר אינה מבוססת על כללים שונים לגברים ולנשים, אלא מתמקדת בעמידה על הפרדה ביניהם מטעמים של ערכי מסורת או דת? עם שאלה זו נצלול ל"בררכת המריבה" בקרית ארבע. על פי החלטת המועצה המקומית, הבריכה הציבורית היחידה ביישוב נפתחה לרחצה נפרדת בלבד, בלי לאפשר גם רחצה משפחתית מעורבת לגברים ולנשים. זאת, אף שהאוכלוסייה ביישוב מגוונת, ולפחות רבע מהתושבים אינם דתיים. המועצה טענה שבשל הקצאת שעות רחצה משפחתית בעבר (בעקבות הסכמה שהושגה בבג"ץ קודם) רבים מהתושבים החרימו את הבריכה וביטלו מינויים, עד שהפעלתה נעשתה ללא כדאית והיא נסגרה לתקופה ארוכה. בשלב זה קבוצת תושבים ביקשה לקיים רחצה משפחתית. משלא נענתה, עתרה לבג"ץ בהליך שהוליד את פסק הדין הידוע בתור עניין שוקרון (בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020)). חשוב לציין שהעתירה לא כוונה נגד הפרקטיקה של רחצה בהפרדה, אלא רק נגד המדיניות הגורפת שלפיה לא תתאפשר כלל גם רחצה משותפת.

העתירה התקבלה בפסק דין שהעביר מסר ברור. אכן, לא נעים לראות בריכה סגורה, אבל עדיפה בריכה סגורה על פני בריכה שאיננה משרתת בשוויון את כל התושבים. חוסר כדאיות כלכלית אינו יכול להצדיק הפליה. לעקרון השוויון יש מחיר כלכלי שצריך לשלם. כך לגבי בעל עסק פרטי, ובוודאי שכך לגבי רשות מקומית. עם זאת, גם כאן מעניין לראות את ההנמקות השונות של השופטים.

השופט עמית קבע שתוצאה זו מתבקשת מהחובה של המועצה לפעול באופן סביר, הוגן ושוויוני בהקצאת שעות הבריכה, שהיא משאב ציבורי העומד לרשות התושבים. על המועצה לפעול באופן שישירת את ציבור התושבים כולו, מה גם שהעותרים מייצגים מיעוט משמעותי. השופט גרוסקופף קבע שבקיום רחצה בהפרדה בלבד, נערכת למעשה גם הבחנה מטעמי מגדר. אומנם בנסיבות מסוימות אפשר לקיים רחצה בהפרדה מגדרית בבריכות ציבוריות, אבל רק בתור חריג צר. לעומת זאת, כאן החלטת המועצה הפכה את החריג לכלל. השופטת ברון הוסיפה כי כשם שאין חולק על חופש הדת הנתון לתושבים שמבקשים רחצה בהפרדה, כך באותה נשימה נתונה לכל אדם גם הזכות לחופש מדת. ההחלטה שלא להקצות שעות כלשהן לרחצה משפחתית, פוגעת בזכויות לכבוד ולחופש מדת ומפלה על רקע מגדר.

מקרה זה מדגים גם את יחסיות הגדרות הרוב והמיעוט. החפצים ברחצה משפחתית הם מיעוט בקרית ארבע, הגם שהם רוב בקרב תושבי המדינה. לעיתים גם קשה להגדיר מהו טיב ההפליה. הרחצה בהפרדה מגדרית בלבד היא הבחנה על רקע מגדר, אבל היא פוגעת באותה מידה בגברים ובנשים שחפצים ברחצה מעורבת, ויסודה דווקא בטעמים של אמונה דתית. נוסף על כך, המקרה מעורר מחשבה: מה אם לא הייתה זו הבריכה הציבורית היחידה ביישוב?

האם יש חשיבות לכך שמדובר במיעוט משמעותי? אילו חל שינוי בחלק מן הנתונים, האם התוצאה הייתה משתנה?  
אם כן, לא די להסכים על החשיבות של ערך השוויון. מימיה של בריכת השוויון הם עמוקים ומחייבים לשלוט ברזי הצלילה בה.

## מה תרצי, ולא רק מה תוכלי, לעשות כשתהיי גדולה: העדפה מתקנת ותיקון העדפות

בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994)

### מיכל אגמון-גונן

נשים מובילות ומעוררות השראה הן מודל עבור ילדות, נערות ונשים בתחומים שונים לגבי חלומות שאפשר להגשים ומקומות שניתן להגיע אליהם. מיעוטן של נשים בעמדות מפתח מבהיר לנערים צעירים שעבורם השמיים הם הגבול – ולנערות שלצידם שהגבול עובר בתקרת הזכוכית. מחקרים מעלים כי נשים שוקלות טווח רחב יותר של קריירות מאשר בעבר, אבל בשל השפעת סטריאוטיפים מגדריים יש להן עדיין הערכה עצמית נמוכה לגבי קריירה. חשוב שילדות, נערות ונשים יראו מודלים נשיים להצלחה בכל התחומים, ובעיקר בראש הפירמידה, בתפקידי מפתח. נשים ישראליות, המדברות בשפתן והחיות בקרבן, שאחרת איך הן יידעו שהשמיים הם הגבול גם עבורן?

אחת מדמויות הנשים המעוררות השראה היא שופטת בית המשפט העליון בארצות הברית, רות ביידר גינזבורג, שפעלה למען שוויון נשים. ידועה בהקשר זה אמירתה: "נשים שייכות לכל המקומות שבהם מתקבלות החלטות" (USA Today, 6.5.2009). לצערנו, גם היום זה אינו מצב הדברים. במאה העשרים ואחת, שבה נשים עמדו בראש מדינות, הצעידו אותן בבטחה בתקופת הקורונה ולראשונה אף נבחרה סגנית נשיא בארצות הברית, עדיין יש מעט מאוד נשים בעמדות מפתח בעולם בכלל ובישראל בפרט.

וכך זה קורה: דירקטור פורש, מוקמת ועדת איתור לתפקיד בכיר, מוקם צוות לגיבוש מדיניות ויש לאישה את התפקיד. הגוף הממנה, שעדיין רוב החברים בו הם גברים, פונה למועמדים רלוונטיים. הטיות חברתיות (מודעות או שאינן מודעות), כמו גם הפליה שיטתית מוטמעת (גם אם לא מכוונת או מודעת), מביאות לכך כי אנשים פונים לדומים להם לשם צירופם לקבוצה. הסטטיסטיקה מראה שבגופים רבים ובתפקידים רבים מכהנים גברים בשיעור גבוה במידה ניכרת מנשים.

החל משנות התשעים של המאה הקודמת הכיר המחוקק הישראלי בכך שהשוויון הפורמלי, המבטיח יחס שווה אל שווים, אינו נותן תשובה הולמת למקרים שבהם קיימים הבדלים בין מצבם של גברים למצבן של נשים. בהתאם לכך, נקבעה בשורה של חוקים חובת "ייצוג הולם" לנשים בתפקידי מפתח ובמוקדי קבלת החלטות – במגוון גופים, ועדות, מועצות ציבוריות

ודירקטוריונים של חברות ממשלתיות. כך, נקבע בסעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (שהוסף בו בשנת 1993),<sup>1</sup> כי בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית ינתן ביטוי הולם לייצוג של בני שני המינים. עוד נקבע כי "עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות הענין, דירקטורים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה". בשנת 1995 העבירה הכנסת תיקון לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, המגדיר את המחויבות של שירות המדינה לעיקרון של ייצוג הולם ואת סמכותה של נציבות שירות המדינה לפעול להשגת היעד באמצעים שונים, כולל שימוש בהעדפה מתקנת.<sup>2</sup> חובת הייצוג הולם בנוגע לשירות המדינה בכללותו הורחבה באמצעות סעיף 15א(א), שנוסף בתיקון מאוחר יותר לאותו חוק.<sup>3</sup> בשנת 2005 תוקן גם חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, ונקבעה בסעיף 16 החובה לתת "ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה", בוועדות ציבוריות ובוועדות לעיצוב מדיניות.<sup>4</sup> הוראה זו נתנה ביטוי לנורמה שנקבעה בהחלטה 1325 של מועצת הביטחון של האו"ם, שעניינה החובה לתת ביטוי הולם לנשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה בצוותים ובוועדות לעיצוב מדיניות לאומית. בהמשך, בשנת 2014, אומצה החלטה זו גם בהחלטת ממשלה.

מחוץ למגזר הציבורי גם כן ניכרו התפתחויות. כך, לחוק החברות, התשנ"ט-1999, נוספו בשנת 2011 הוראות ממשל תאגידי מומלצות (חוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א-2011), ובהן: "במינוי דירקטור בחברה ציבורית ובחברה פרטית שהיא חברת איגרות חוב, יגוון הרכב הדירקטוריון בהתחשב במין של המועמד, נוסף על החובה לגוון בהתחשב בידע ובניסיון של המועמד...".

ההסדרים שהוצגו בנושא של ייצוג הולם אינם מכוונים רק למנוע הפליה ישירה, אלא לקדם שוויון. הם אינם ממוקדים בהתנהלות אלא בתוצאה: העלאת ייצוג בקרב קבוצות המיוצגות בחסר, בתנאי שהמועמדים בעלי כישורים דומים לכישורי מועמדים אחרים. המודל המרכזי שנבחר לייצוג ההולם הוא אימוץ נוסחה גמישה, שדורשת ייצוג הולם בנסיבות העניין, ללא קביעה של מכסות נוקשות (אם כי קיימים גם מקרים כאלה).<sup>5</sup> על פי מודל זה, במקרה של תת ייצוג לקבוצה המודרת (כיום הדרישה לייצוג הולם קיימת בחקיקה גם לגבי האוכלוסיות הערבית והחרדית, בני העדה האתיופית ובעלי מוגבלויות), ולענייננו: תת ייצוג לנשים, יש

1 חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993.

2 חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 7), התשנ"ה-1995.

3 חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 11), התשס"א-2000.

4 חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000.

5 כך, סעיף 239(ד) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, מבקש להבטיח "מכסת מינויים" של אישה אחת בקרב הדירקטורים מן הציבור בקובעו: "בחברה שבמועד מינוי דירקטור חיצוני כל חברי הדירקטוריון שלה שאינם בעלי השליטה בחברה או קרוביהם הם בני מין אחד, יהיה הדירקטור החיצוני הממונה בן המין השני".

לשקול מבין אלו הכשירים לתפקיד גם את המין של מי שמשתייכת לקבוצה הסובלת מתת ייצוג. חשוב להדגיש: מדובר בנשים ראויות העומדות בכל דרישות התפקיד הרלוונטי, נשים השוות בכישוריהן לגברים המכהנים באותם תפקידים, ואולי עולות בכישוריהן עליהם. מדובר בתיקון העדפות (מה שקרוי העדפה מתקנת). כלומר, מטרת החקיקה היא לתקן מצב שבו הועדפו גברים על פני נשים, ולהביא להעדפת נשים על פני גברים עד לשוויון המיוחל. הדרישה לייצוג הולם היא כלי שעשוי להבטיח הזדמנות לשוויון מהותי של נשים.

למרות זאת המציאות לא השתנתה במידה מספקת. הנשים עודן מיעוט גם בכנסת וגם בממשלה. מאז קום המדינה לא כיהנה אישה בתפקיד שרה במשרד הביטחון, במשרד האוצר או במשרד לביטחון הפנים. גם בעולם העסקי נשים הן מיעוט בדירקטוריונים. בבית המשפט העליון הנשים עודן מיעוט, הגם שמספר השופטות והשופטים שווה בערכאות האחרות. על רקע זה ילדות, נערות ונשים שמסתכלות על מוקדי קבלת ההחלטות, רואות בהם רוב גברי, ולעיתים רק גברים. במצב דברים זה אי אפשר לשאול "מה תרצי לעשות כשתהיי גדולה?", "מהו החלום שלך? השאיפות?" כשמדובר בילדות, נערות ונשים, החשש הוא שהשאלה תהיה "מה תוכלי לעשות כשתהיי גדולה?".

כמו בהקשרים אחרים, השאלה היא לא רק מה אומר החוק, אלא כיצד הוא מיושם. פסק הדין הראשון שעסק בכך ניתן בעתירה שהוגשה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בעניין מינוי דירקטורים בחברות ממשלתיות (בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994)). באותו מקרה העתירות הוגשו לאחר שמונו גברים: האחד למועצת רשות הנמלים והרכבות, שבה לא כיהנה ולו אישה אחת בשעתו, והשניים האחרים לדירקטוריון בתי הזיקוק לנפט, שבו כל החברים היו גברים. טרם המינוי לא פנו לאף אישה, אף שהיו כאלה בדרגות הבכירות בשני המשרדים הרלוונטיים. העתירה התקבלה בפסק דין מכונן של השופט מצא בהסכמת השופטים קדמי וזמיר. בפסק דינו הוסבר כך: "מבחנו האמיתי של שוויון אינו בהכרזות על ההכרה בו, אלא בהגשמתו הממשית ובתוצאות המעשיות" (עמ' 521). ועוד: "חוסנה המוסרי של חברה שוחרת שוויון יכול להיבחן בהיקף האמצעים והמאמצים החיוביים שנכונה היא לנקוט ולהשקיע בשבירת הסטאטוס קוו וביצירת מציאות חדשה ושוויונית" (עמ' 526-527). כיוון שהשרים לא הצליחו להראות כי לא היו נשים ראויות במועד המינוי, בוטל מינוים של הגברים. פסק הדין הביא לכך שלראשונה מונו לאותם גופים נשים. מדובר בפסק דין מהותי, מגדלור בכל הנוגע לייצוג מגדרי הולם ולחובת השוויון.

אחד המקרים המעניינים שבו נוהל מאבק דו-שלבי שצלח רק בחלקו הראשון, נסב על מינוי מנכ"ל הרשות ללחימה בסמים ואלכוהול. במקרה זה הוגשה עתירה נגד מינוי גבר, יאיר גלר, למנכ"ל הרשות ללחימה בסמים ואלכוהול, בניגוד לחובת הייצוג ההולם, המחייבת העדפת נשים בעלות כישורים דומים לתפקידים ציבוריים (בג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל (20.4.2009)). באותה עת כיהנו נשים בתפקידי מנכ"ליות בארבע חברות ממשלתיות מתוך 66 חברות. בעתירה הראשונה שהגישה יעל ארן, שהייתה מועמדת לתפקיד, התברר כי המועמדים

נבחרו באמצעות ועדת איתור, שבה יעל ארן דורגה ראשונה ואחריה מר יאיר גלר (בהפרש של נקודה אחת). ועדת האיתור קבעה כי "הגב" יעל ארן היא המתאימה ביותר לעומת האחרים. ואכן, הגב" יעל ארן הציגה בפני הוועדה כיווני מחשבה מעניינים על עתיד הרשות, רקורד מקצועי מרשים והופעתה היתה משכנעת ביותר". לשלושת המועמדים הראשונים נערך שימוע לפני מנכ"ל משרד ראש הממשלה. הוא המליץ על מינויו של גלר, וזה אושר בממשלה. קודם לאישור המינוי בממשלה הוגשה העתירה ולצידה בקשה לצו ביניים שימנע את המינוי. בית המשפט לא הוציא צו ביניים, לנוכח העובדה שהרשות התנהלה ללא מנכ"ל תקופה ארוכה, וכן בנימוק כי המינוי הפיך. לאחר מכן, בפסק הדין, השופט לוי הדגיש "כי לא פגיעה בציבור הנשים בלבד גלומה בדבר, כי אם גריעה מענינו של הציבור כולו, מדמותה של החברה, מרווחתם של כל המרכיבים אותה, ומאיכותו של השירות הציבורי – המביט מטה, מבעד לרצפה תקרה של זכויות, בכוחות ובכישורים שלא יוכלו לבוא לידי ביטוי אך בשל תבניות חברתיות שזה מכבר אבד עליהן הכלח" (פסקה 4). השופט לוי עמד על כך כי מדובר בכישורים דומים, ציין כי לעולם יש קושי בהשוואה שכזו, אבל קבע כי במקרה זה, לפי ועדת האיתור, מתקיים התנאי. עוד הוסיף: "כד בבד, מצפה היית מן הגורם הממנה... כי... ייתן הוא את דעתו לשאלה כלום פער בקורות החיים או בכישורים המקצועיים שהציג מועמד פלוני, מקורו העיקרי הוא מגדרי... טלו, לדוגמה, תפקיד הדורש ניסיון בניהולן של מסגרות... מן הסוג שעשויים לרכוש, למשל, בעלי תפקידים בכירים בצה"ל במהלך שירותם הצבאי, או בזכותו. במציאות של מינוי, ומקל וחומר בזו שנהגה בשירות הצבאי בתקופות מוקדמות יותר, פשיטא כי פחות נשים יוכלו, למרבה הצער, לענות על דרישה זו של התפקיד" (פסקה 10). דברים אלו נכתבו כיוון שמנכ"ל המשרד ציין כי בהעדפתו את גלר נתן משקל להיותו אלוף משנה שמילא שורה של תפקידים מהותיים בצבא.

כתוצאה מהעתירה בוטל המינוי של מר גלר, ונקבע כי המינוי יישקל שוב לאור חובת הייצוג ההולם. בהמשך מונה שוב גלר לתפקיד לאחר שכבר הספיק לכהן בו במשך שנה. השר הורה למנכ"ל משרדו לראיין שוב את שלושת המועמדים הסופיים, וזה המליץ לשר למנות את גלר לתפקיד, לאחר שהביא בחשבון את הייצוג ההולם, ובהתבסס, בין היתר, על ניסיון ניהולי קודם. יעל ארן שבה ועתרה לבג"ץ נגד המינוי (בג"ץ 5158/09 ארן נ' ממשלת ישראל (7.1.2010)). אבל זו הפעם בית המשפט (הנשיאה ביניש בהסכמת השופטות פרוקצ'יה וארבל) דחה את העתירה וקבע כי בעת ההחלטה למנות שוב את יאיר גלר לתפקיד הובאה בחשבון במידה המתחייבת חובת הייצוג ההולם של נשים, וכי אין מקום להתערבות. לעניין התבססות על הניסיון הצבאי נקבע כי המנכ"ל התחשב "בניסיון הניהולי הרלוונטי של כל אחד מהם. עם זאת, בחינת המועמדים אל מול קריטריון זה התבצעה תוך התייחסות לשאלה האם שוני מגדרי הוא שניצב בבסיס הפער ביניהם. מסקנתו היתה כי נוכח העובדה שניסיונו הצבאי של גלר הינו בתחום החינוך, תחום בו אין להניח כי קיים יתרון מובהק לגברים על פני נשים, המקור לפער המקצועי בין המועמדים אינו מגדרי" (פסקה 12). על כן נדחתה העתירה ולא מונתה אישה לתפקיד.

אכן, יש להודות בכך שיישום ההסדרים שבחוק נתקל בקשיים. פעמים הוגשו העתירות כשכבר התקבלו החלטות על איש תפקידים, ואף היה חשש מפגיעה באלו שהתמנו. לכן לא אחת פסקי הדין אומנם הכירו בעיקרון, אבל נמנעו מהתערבות בהחלטות שכבר התקבלו. במקרים אחרים אושר העיקרון אך ההתדיינות הסתיימה בפשרה או בהתחייבות של הגוף הממנה כי בפעם הבאה תמונה אישה לתפקיד. כך, למשל, בנוגע למינוי למשרת סמנכ"ל מחשוב במוסד לביטוח לאומי (בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630 (1998)). באותה עת כיהנו במוסד שמונה סמנכ"לים, ובהם רק אישה אחת, שהייתה בחופשה לפני פרישה. בין המועמדות לתפקיד שהתפנה היו שתי נשים. חרף זאת מונה סמנכ"ל חדש שהוא גבר. בית המשפט העליון קיבל את העתירה, אבל כיוון שהמועמד שמונה כמעט שסיים את תקופת הניסיון, בית המשפט הורה לשר הממנה לבחון את המינוי בתום תקופת הניסיון. במקרה אחר, בנוגע לוועדה לבדיקת אירועי משט המרמרה (בג"ץ 5660/10 **עמותת איתך - משפטניות למען צדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סד(1) 501 (2010)), לא נכללה אישה בוועדה ודינוי הוועדה החלו. בית המשפט קבע כי הממשלה הפרה את חובתה לייצוג הולם בוועדה, מתח על כך ביקורת קשה והוסיף כי הפרת החובה הסטטוטורית מחייבת צירוף אישה לוועדה, אבל כיוון שדינוי הוועדה החלו, קבע בית המשפט העליון כי אם בתוך כשבועיים "יוצע המינוי לחמש נשים שהתפקיד לא הוצע להן עד כה וכולן לא יסכימו לקבלו - תצא הממשלה בכך ידי חובתה לפי חוק שווי זכויות האישה", וצו זה יבוטל. בסופו של דבר לא צורפה אישה. כך גם בעתירות בעניין משבר הקורונה שבהן נדרש מינוי נשים לצוות המקצועי בגוף המייצע למועצה לביטחון לאומי (בג"ץ 2541/20 **עמותת איתך משפטניות למען צדק חברתי נ' ראש הממשלה** (26.5.2020)) ובוועדת השרים לעניין ההתמודדות עם משבר הקורונה והשלכותיו, הקרויה קבינט הקורונה (בג"ץ 6313/20 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' ממשלת ישראל** (17.12.2020)). בשני המקרים בית המשפט עמד על חשיבות העיקרון. הוא קיבל במקרה הראשון את התחייבות הממשלה כי אם יוקמו צוותים נוספים הממשלה תעמוד על ייצוג הולם לנשים, ובמקרה השני מונו שתי נשים לקבינט הקורונה, והעתירה למעשה השיגה את יעדה. דוגמה נוספת אפשר למצוא בעתירות שדולת הנשים בעניין מינוי נשים לכהונה כשופטות בבית המשפט העליון. בעניין זה הוגשו שתי עתירות (בג"ץ 1240/18 **שדולת הנשים בישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים** (19.2.2018) ובג"ץ 6238/21 **שדולת הנשים בישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים** (7.10.2021)). בית המשפט, אף שדחה את העתירות בשל מועד הגשתן, עמד על כך שהוועדה תביא בחשבון גיוון מגדרי בהחלטותיה. חשוב להוסיף כי, כמו בהקשרים אחרים של קידום שוויון, אין די בפעילות משפטית, ויש לפעול גם במישורים החברתי והציבורי. אפשר להצביע על התרומה של ארגוני נשים הפועלים בעניין זה, ועל התרומה של נהלים ומסמכי מדיניות במגזר הציבורי. כך, למשל, הן נציבי שירות המדינה, הן היועץ המשפטי לממשלה עדכנו את הנחיותיהם בנושא. לעת עתה אנו עדיין רחוקות משוויון לנשים בעמדות מפתח. אפשר לראות כי זהו אחד מאותם מקרים שבהם הגשת עתירות באופן שוטף פועלת לתיקון המציאות גם כאשר לא

ניתנים פסקי דין תקדימיים. כמו כן, אפשר להתרשם שפסקי הדין משפיעים על התרבות הציבורית, מה שמביא ללחץ ציבורי וללחץ תקשורתי על מקבלי ההחלטות בעניין זה. אפשר לראות זאת לא רק במקרים שבהם מינוי נשים נדרש על פי החוק, אלא גם בציוות נשים לפנלים בתקשורת העוסקים בנושאים שונים, ובגיוון מגדרי בכנסים ובמשרות בכירות במשק. במבט צופה פני עתיד, מדובר בשינוי חברתי שכדי להביאו לידי מימוש, נדרשות הן אכיפה מעשית, ברוחו של פסק הדין הראשון בנושא, הן פעילות חברתית לקידום הייצוג ההולם עד שכמו שאמרה רות ביידר גינזבורג, נשים יהיו נוכחות בכל מקום שבו מתקבלות החלטות. אז יהיה אפשר לשאול בנות כמו בנים, נערות כמו נערים ונשים כמו גברים: "מה תרצי להיות?", "מהו החלום שלך, השאיפות שלך?", והתשובות יהיו ניתנות למימוש, יהיו אשר יהיו.



# הלכת ורד פרי: מס אמת ושוויון הזדמנויות

ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (30.4.2009)

## שמואל בורנשטיין

ורד פרי, אם לשני ילדים קטנים ועורכת דין במקצועה, הקימה משרד עורכי דין במטרה לפתח קריירה עצמאית. כדי שיהיה ביכולתה לעבוד, היא רשמה את ילדיה למעון יום ולמועדוניות. לדבריה, אלמלא שהו הילדים במסגרות טיפול והשגחה פרטיות עד לשעות אחר הצהריים, לא היה באפשרותה לקיים את עיסוקה כעורכת דין המתמחה בדיני נזיקין וביטוח, תחום שמחייב שעות עבודה ארוכות. על אף חיבוטי נפש וייסורי מצפון קשים בשל רצונה לבלות זמן עם ילדיה, ורד פרי נאלצה לדאוג להם למסגרות עד לשעות אחר הצהריים כדי שתוכל לעבוד ולהתפרנס. עם זאת, היא מצאה שקט נפשי בעבודתה מאחר שידעה כי ילדיה נמצאים, כדבריה, "בידיים טובות" במסגרות הטיפול וההשגחה שמצאה עבורם.

עד לשלב זה הסיפור של ורד אינו שונה מזה של נשים רבות אחרות שמבקשות לאזן בין השאיפה לעבוד ולפתח קריירה, לרצון לבלות עם ילדיהן ולטפל בהם. אבל מכאן ואילך הסיפור של ורד פרי מקבל תפנית. ורד סברה כי מן הראוי שגם המדינה תכיר בכך שהשמת הילדים במסגרות טיפול והשגחה היא תנאי הכרחי ליכולתה לעבוד ולהפיק הכנסה. הכרה כזו הייתה מאפשרת לה, לפי סעיף 17 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], להפחית את הוצאות הטיפול וההשגחה שהיו לה, מהכנסתה כעורכת דין עצמאית, ובהתאם לכך לשלם מס הכנסה רק על ההפרש. אבל עמדת שלטונות המס הייתה שאין להכיר בהוצאות טיפול והשגחה אלו. טעם ראשון לכך היה שמדובר בהוצאה "פרטית" ולא בהוצאה שהוצאה "לצורך ייצור הכנסה", בהתחשב בכך שוורד משקיעה בגידול ילדיה לא רק בגלל עבודתה ולצורך עבודתה. הטעם השני היה שקיים בחוק הסדר של מתן "נקודות זיכוי" לאם עובדת, אשר בשילוב עם קצבאות הילדים הוא מעין תחליף (כך נטען) להכרה בהוצאות טיפול והשגחה בילדים. ורד ערערה על כך לבית המשפט המחוזי ולבית המשפט העליון. שניהם קיבלו את עמדתה. וכך הגיעה לעולם המס הפסיקה הידועה בכינוי הלכת ורד פרי.

השאלה שעמדה להכרעה הייתה האם הוצאה שהוציא אדם עבור השגחה על ילדיו בעת שהוא יוצא לעבודתו, היא הוצאה שמותרת בניכוי מן ההכנסה החייבת. האם הוצאות אלה הן בגדר "הוצאות לייצור הכנסה"? כלומר, האם הוצאה זו "כרוכה ומשולבת" בתהליך ייצור הכנסה או שהיא פרטית במהותה? מה הדין אם הוצאה זו מעורבת? המענה לשאלות אלה נותן

ביטוי לכך שדיני המיסים אינם רק עניין תחשיבי, אלא גם מכשיר לעיצוב מדיניות חברתית כלכלית, וששיקולי מדיניות אלה חולשים על פרשנות החוק.

בבית המשפט המחוזי טענה ורד שיש לראות בהוצאות השגחה על ילדים הוצאות לייצור הכנסה, וכדבריה "ברור כי אלמלא הייתי צריכה לעבוד ולהתפרנס, הייתי מעדיפה לבלות את זמני עם ילדיי, לפחות עד הגיעם לגיל בו הדין מחייב לשלוח אותם לגן, וגם אז הייתי בוחרת לשלוח אותם רק לשעות מצומצמות שהחוק מחייב, ולא לשעות ארוכות, כפי שהיו בפועל, מחוץ לבית". השופט מגן אלטוביה בבית המשפט המחוזי קיבל טענה זו וקבע כי מדובר בהוצאה שנדרשת למעשה "שעה שעה במהלך הפקת ההכנסה", וכי היא אינה שונה מכל הוצאה אחרת שנועדה "להעלות את תפוקת העבודה" (עמ"ה (מחוזי ת"א) 1213/04 פרי נ' פקיד שומה גוש דן (3.4.2008)).

שלטונות מס הכנסה ערערו על פסק הדין לבית המשפט העליון. עיקר טענותיהם בערעור היה כי פסק הדין של בית המשפט המחוזי חורג מהכללים המקובלים לניכוי הוצאות לצורך מס. לטענתם, עלות ההשגחה על ילדים היא הוצאה פרטית שאינה "כרוכה ומשלתת" בתהליך ייצור ההכנסה. עוד נטען כי הוצאה זו, לכל היותר, "מעורבת", כך שחלקה פרטי וחלקה לייצור הכנסה, וכי הוצאות מעורבות אינן מותרות בניכוי. כמו כן חזרו שלטונות המס על טענתם שלפיה נקודות הזיכוי והקצבאות הן הסדר ממצה ואין מקום לתת לאם העובדת הטבה נוספת בדמות ניכוי הוצאות השגחה. עוד נטען כי פסק הדין ישרת בעיקר את השכבות המבוססות, שמוציאות הוצאות מסוג זה ואשר שיעור המס שלהן גבוה יותר ולכן תוצאת הניכוי גבוהה יותר; כי הוא יגרום לפגיעה קשה בקופת הציבור; וכי הוא "מדרון חלקלק" שסופו ניכוי הוצאות "פרטיות" מסוגים שונים.

הערעור נדון לפני הרכב מורחב של המשנה לנשיאה ריבלין, השופט רובינשטיין ושלוש שופטות: נאור, ארבל וחיות, שתיים מהן נשיאות לעתיד של בית המשפט (ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (30.4.2009)). בית המשפט העליון קבע פה אחד כי הוצאות השגחה על ילדים מותרות בניכוי כיוון שהוצאו לצורך ייצור ההכנסה. את מסקנתו זו ביסס על שלושה נדבכים ראשית, נקבע שהוצאת השגחה על ילדים היא בבחינת "הוצאה בייצור הכנסה". שנית, נקבע שגם אם מדובר ב"הוצאה מעורבת", כלומר חלקה בייצור הכנסה וחלקה אינו בייצור הכנסה, יש להתיר לנכות את אותו החלק שבייצור הכנסה. שלישית, נקבע, בניגוד לעמדת פקיד השומה, שהסדר הקצבאות ונקודות הזיכוי הניתנות בגין ילדים, אינם הסדר ממצה ואינם תחליף לניכוי ההוצאות. אשר לנדבך הראשון, בית המשפט ציין כי אין מחלוקת שהשמת ילדיה במסגרות השגחה היא כורח שבלעדיו ורד פרי לא הייתה יכולה להפיק הכנסות. בית המשפט הוסיף כי מחויבות זו של ההורים לספק השגחה לילדיהם הצעירים אינה רק מצוות הטבע. היא גם מצוות החוק. כמו כן, אין מחלוקת כי אלמלא יצאה ורד פרי לעבודתה, לא היו ילדיה נזקקים למסגרות השגחה, וכי לפחות חלק מההוצאות היו נחסכות. בית המשפט הדגיש כי בכך טמון השוני העקרוני והמהותי בין הוצאות השגחה על ילדים להוצאות אחרות בקשר לילדים, כגון מזון או תרופות, באשר את האחרונות אדם מוציא בין שהוא עובד ובין שלא.

עם זאת, השאלה החשובה והעקרונית שבית המשפט דן בה, היא האם לצורך הקביעה כי מדובר ב"הוצאה בייצור הכנסה", די בכך שההוצאה הכרחית לייצור ההכנסה – דוגמת הוצאות השגחה על הילדים של ורד פרי – או שנדרש כי היא תעמוד גם במבחן המכונה "מבחן האינצידנטליות", כלומר שהיא תהיה "כרוכה ומשולבת" בתהליך ייצור ההכנסה. מבחן "האינצידנטליות" שלט במשך שנים רבות בכיפה. לפיו, מותר לנכות הוצאה אם היא "משתלבת בתהליכו ומבנהו הטבעי של המקור" להפקת ההכנסה.<sup>1</sup> למשל, מקובל לומר כי הוצאות נסיעה למקום העבודה – אף שהן הכרחיות לייצור ההכנסה (ברור שהעובד לא יוכל לעבוד ולהפיק הכנסה אם לא יגיע למקום העבודה), אינן הוצאה מותרת בניכוי. הן אינן "אינצידנטליות" לייצור ההכנסה, ולפיכך הן נחשבות להוצאות "פרטיות" או להוצאות שהוצאו עוד בטרם החל הנישום לייצר הכנסה. כלום הוצאות השגחה על ילדים שונות מהוצאות נסיעה אלו? האם הן "עוברות" את מבחן האינצידנטליות?

בית המשפט העליון סבר שגם אם אין מדובר בהוצאה שעומדת בתנאי מבחן האינצידנטליות המסורתי, והיא אינה "משתלבת בתהליכו ומבנהו הטבעי" של מקור ייצור ההכנסה, אין בכך בהכרח כדי לאסור לנכות את ההוצאה. בית המשפט העליון ציין בעניין זה שבסוגיית ניכוי ההוצאות קיימים מקרים גבוליים רבים, ושראוי כי המחוקק יבהיר את עמדתו בעניין זה. אבל בהעדר הבהרה נדרש בית המשפט להכריע בדבר. בית המשפט העליון סקר את הפסיקה הרלוונטית וסיכם שלגישתו, מבחן האינצידנטליות הוא אך ורק מבחן עזר. לכן עשויות להיות הוצאות שיתורו בניכוי אף אם אינן מקיימות מבחן זה, ובתנאי שתעמודנה בדרישות האחרות לניכוי הוצאה. נקבע כי יש ליישם את מבחן האינצידנטליות – שמבוסס על תקדים בן מאה שנה – בראי כללי הפרשנות המקובלים כיום, ותוך התחשבות בתכלית החקיקה שעיקרה גביית מס על ההכנסה האמיתית שצמחה לנישום. הוצאה שאדם היה מוציא גם אם לא היה מפיך הכנסה, כגון הוצאת תרופות ומזון, לא תותר בניכוי. לעומת זאת, יש להתיר בניכוי הוצאות שיש להן "זיקה ממשית וישירה לייצור ההכנסה" ואשר הוצאו לשם ייצור ההכנסה בלבד. להוצאות השגחה על ילדים, הוצאות שהיו נחסכות אילו שני ההורים לא היו יוצאים לעבודה, זיקה ממשית וישירה לייצור הכנסה. השמת הילדים בהשגחה היא הכרח שבלעדיו אין ההורה יכול להפיק הכנסות, הכרח שנובע מהאחריות הטבעית של הורים על ילדיהם. לפיכך התרתן בניכוי עולה בקנה אחד עם עקרון גביית מס אמת. אלא שבכך אין די. כללי הניכוי מחייבים כי ההוצאה תהיה לשם ייצור הכנסה בלבד. הוצאה שבחלקה נועדה לשם ייצור הכנסה ובחלקה לשם מטרה אחרת – כלומר הוצאה "מעורבת" – לא תותר בניכוי. אכן, קיימות הוצאות, כגון תשלום לשמרטף ולמטפלת, שהרכיב העיקרי בהן הוא השגחה, ולפיכך אין קושי להתיר את ניכויין. מנגד, קיימות הוצאות, כגון עבור השתתפות הילדים בחוגים, שגם אם קיים בהן מרכיב של השגחה, אין זה המרכיב העיקרי, ולפיכך אין מקום להתיר את ניכויין. לעומת זאת, קיימות הוצאות שבחלקן נועדו להשגחה ובחלקן למטרה

1 ע"א 284/66 קופילוביץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, תל-אביב, פ"ד כ(4) 716, 718 (1966).

אחרת. נוכח הדרישה כי ההוצאה תהיה לשם ייצור הכנסה בלבד, האם אפשר להתיר בניכוי הוצאות מעורבות אלו?

כאן נדרש בית המשפט העליון לנדבך השני בהכרעתו, וגם בעניין זה מצא לנכון להעדיף את עקרון גביית מס האמת על פני יישום דווקני של כללים פורמליים. כאשר מדובר ב"הוצאה מעורבת", יש לנסות להפריד בין שני מרכיבי ההוצאה, ואחר כך להתיר בניכוי את החלק שמשמש לייצור הכנסה. זאת בדומה להליך שנקט המחוקק בעת שקבע כללים שונים באשר לגובה ההוצאה המותרת (או שיעורה) בסוגי הוצאות מסוימים, כגון הוצאות רכב, הוצאות נסיעה לחו"ל והוצאות אש"ל. לפיכך גם כאשר מדובר במסגרות השגחה שיש בהן ערך מוסף עבור הילדים, כגון שהות בגני ילדים, במועדוניות וכדומה, יש "לחלץ" מתוך ההוצאה הכוללת את ההוצאה בגין רכיב ההשגחה ולהתירה בניכוי. אם המחוקק לא קבע כללים בעניין זה, על בית המשפט להתערב ולומר את דברו. אשר לנדבך השלישי, דחה בית המשפט העליון את טענת רשויות המס ולפיה ההסדר שקובע בפקודה בדבר נקודות זיכוי ונקודות קצבה עבור ילדים, הוא הסדר ייחודי וממצה החוסם בפני הנישום את האפשרות לנכות הוצאות השגחה על ילדיו. לגישת בית המשפט, הסדר זה נועד למטרות אחרות, כפי שעולה, בין היתר, מההיסטוריה החקיקתית הנוגעת אליו. דגש מיוחד יש לשים בנימוק שנתן בית המשפט העליון בדחותו את טענת רשויות המס, ולפיה השכבות המבוססות באוכלוסייה הן אלו שבעיקר ייהנו מהתרת ניכוי הוצאות השגחה על ילדים, ותוצאה זו אינה רצויה מבחינת הצדק החלוקתי. לגישת בית המשפט, לא זו בלבד שהתרת ההוצאה בניכוי מתחייבת מהצורך לנהוג בשוויון ולמנוע עיוותים שנובעים ממיסוי יתר, אלא גם התוצאה המעשית של הסרת עיוותים אלה עשויה להמריץ נשים לצאת לעבודה. עידוד נשים מטפלות בילדים להיכנס לשוק העבודה, אינו חייב לבוא על חשבון נשים אחרות, בעלות הכנסה גבוהה. בית המשפט העליון הדגיש כי השיקול בדבר עידוד כניסת נשים לשוק העבודה אינו השיקול המנחה. ההכרה בתרומה של הנשים לשוק העבודה אינה מצטמצמת ליתרון המס שנוצר להן. אבל "הימנעות מהכרה בהוצאות הטיפול וההשגחה היא שריד חסר ערך, ובענייננו גם נוגד את החוק, לחלוקה הארכאית של תפקידי בני-הזוג שלפיה טבעם של דברים הוא שבת-הזוג אמונה על הטיפול ועל ההשגחה. שחרורה של בת-הזוג ממטלה זו בדרך של שכירת מטפלת נחשבה, על-פי אותה תפישה, להוצאה פרטית העולה כדי מותרות" (פסקה 32 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין). פסק הדין בעניין ורד פרי היה מהפכני. בשל אופיו זה קבע בית המשפט כי תחולתו תהיה על מקרים עתידיים בלבד. עם זאת, נקבע שגם ורד, שהביאה לשינוי ההלכה, תזכה ליהנות ממנה. אבל בכך לא בא העניין לסיום. בעקבות פסק הדין נדרש המחוקק לסוגיה והחליט לאסור בחקיקה ראשית באופן מפורש ניכוי הוצאות השגחה, ובכלל זאת גם מצא לנכון להחזיר על מכונו את "מבחן האינצידנטליות"<sup>2</sup>. בהצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת הוסבר כי היא

2 כך קובע כיום סעיף 132(1) לפקודת מס הכנסה בנוסחו המתוקן בעקבות חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 170), התשס"ט-2009.

נתמכת בטעמים של צדק חלוקתי, בטעמי תקציב "כבדי משקל" ובכך שקיים הסדר חלופי של מתן נקודות זיכוי (בתיקון גם ניתנו נקודות זיכוי נוספות בגין ילדים קטנים). כמו כן צוין החשש כי תעלה דרישה להרחבת תחולת פסק הדין על הוצאות נוספות.<sup>3</sup> עם זאת, בחקיקה שבאה בעקבות פסק הדין, נקבעו תמריצי מס שונים לעידוד היציאה לעבודה, ובהם הרחבת הסדר נקודות הזיכוי בגין ילדים.

שדולת הנשים עתרה נגד חוקתיות החוק שאסר על ניכוי הוצאות השגחה. לאחר הדיון היא חזרה בה מעתירתה בשל המשוכה החוקתית שעומדת בפני ביטול דבר חקיקה של הכנסת. בית המשפט העליון הוסיף כי "אין לנו אלא להביע תקווה, בשלב זה, כי לפחות הצעדים המעטים שנקבעו בחוק כדי להקל על משפחות תוך התחשבות בהוצאות הטיפול בילדים, ייושמו ויוגשמו" (בג"ץ 6795/09 שדולת הנשים בישראל נ' שר האוצר (23.2.2011)).

חשוב לציין כי ההתדיינות בעניין ורד פרי אינה הדוגמה היחידה להתמודדות עם שאלות של שוויון בתא המשפחתי בהקשר של דיני המס. ההכרה בשוויון בין בני הזוג בכל הנוגע לזכותם לצאת לעבודה, עמדה גם ביסוד הלכה חשובה אחרת של בית המשפט העליון, שנוגעת לשיטת חישוב המס של בני זוג – האם "במאוחד" או "בנפרד". ככלל, לחישוב "נפרד" – שתוצאתו היא הפחתה בנטל המס – זכאים בני זוג שאין "תלות" בין מקורות ההכנסות שלהם.<sup>4</sup> בפסק הדין בעניין קלס (ע"א 900/01 קלס נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד נז(3) 750 (2003)) נקבע שגם אם קיימת בחוק חזקה לגבי קיומה של תלות בין מקורות ההכנסה (כאשר הם עובדים באותה חברה שבה לאחד מהם יש מניות), הרי שחזקה זו ניתנת לסתירה. כלומר, אין כלל "אחיד" לכל התאים המשפחתיים, ואפשר להוכיח שבני הזוג הם עצמאיים כלכלית זה מזה.

אמת, הלכה זו צומצמה לאחר מכן בפסק דין אחר.<sup>5</sup> עם זאת, בדומה לפסק הדין בעניין ורד פרי, החשיבות של ההלכה שנקבעה אינה דווקא בתוצאת המס הסופית והקונקרטי, אלא בהכרה בכך שיש לפרש את דיני המס באופן שיביא לשוויון הזדמנויות לבני הזוג בתחום העבודה. הכרה זו כרוכה בזניחת תפיסות מיושנות באשר לתפקיד האישה, אשר נחשבה למי שאמונה על הטיפול בילדים ועל ההשגחה עליהם.

באופן כללי יותר אפשר להיווכח כי דיני המס הם זירה משמעותית שמשפיעה על השוויון בתא המשפחתי ועל השוויון המגדרי בתחום העבודה. יתר על כן ובעיקר, ניכר כי הערך החברתי המרכזי שעמד ביסוד הלכת ורד פרי – שוויון הזדמנויות בין בני זוג תוך הכרה בזכות של האישה לצאת לעבוד – חלחל לדיני המס ולמדיניות הרווחה, וכי הוא ממשיך לחלחל לתחומים נוספים וחשובים בחיינו.

3 הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 171 והוראות שעה), התשס"ט-2009.

4 לפי סעיף 66 לפקודת מס הכנסה.

5 ע"א 8114/09 מלביאלי נ' פקיד שומה אשקלון (1.2.2012); דנ"א 2103/12 מלביאלי נ' פקיד שומה אשקלון (24.6.2012).

# פרשת דנילוביץ: בין איסור הפליה על רקע נטייה מינית להכרה במשפחה הגאה

בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994)

## דורי ספיבק

לפני שנים רבות, בשנת 1993, חבשתי את ספסל הלימודים בתור סטודנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. במהלך השנה השלישית, במסגרת סמינריון ב"משפט והיסטוריה", התבקשתי לבחור נושא לעבודת מחקר. ידעתי מייד מה אני רוצה לחקור. הייתי הומו צעיר שאך יצא מהארון, ובאופן טבעי ביקשתי ללמוד מהי עמדת המשפט הישראלי בנושא.

ממצאי המחקר שערכתי, שפורסמו בשנת 1999 במאמר, היו עגומים. שם המאמר סיפר את הסיפור כולו: "בין שתיקה לגינוי".<sup>1</sup> אין זה המקום לפרט את הממצאים, אבל על דרך הקיצור אומר כי באופן כללי עצם קיומם של ההומואים נעדר כמעט לחלוטין מפסיקת בית המשפט העליון בארבעים שנותיו הראשונות. מעט ההזדמנויות שנקרו לשופטי העליון להביע את עמדתם בנוגע ללהט"בים בכלל, ולהומואים בפרט, לא היו בתיקים שבהם חברי הקהילה תבעו זכויות או טענו להפליה, אלא במקרים שבהם הם היו נאשמים בהליכים פליליים בעבירות מין. עבירות אלה נבעו, בין היתר, מהאיסור החוקי על מגע מיני "שלא כדרך הטבע", שאומנם נאכף לאורך השנים רק באופן חלקי ביותר, אבל בוטל והוצא מחוק העונשין רק בשנת 1988.<sup>2</sup> הנרטיב השיפוטי בפסקי הדין שמצאתי חיזק את הדימוי שהיה רווח אז, ולפיו יחסים מיניים בין גברים נחשבו לדבר מסוכן ומעוות המאיים לטרורף בסטייתו את החברה "הנורמלית" המוסרית. זהו הרקע ההיסטורי שבהתחשב בו ברור מדוע פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין דנילוביץ, שניתן בנובמבר 1994, נחשב עד עצם היום הזה לפסק דין פורץ דרך, חגיגי ואף היסטורי (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994)). זהו פסק דין שאפשר לומר עליו שהוציא את הקהילה הגאה מהארון המשפטי.

יונתן דנילוביץ, מראשוני הפעילים של הקהילה הלהט"בית בישראל,<sup>3</sup> תבע את מעסיקתו, חברת התעופה הלאומית של ישראל, לאחר שזו סירבה לבקשתו להקצות לבן זוגו כרטיסי

1 יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988" סוציולוגיה ישראלית א 257 (1999).  
2 חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988.  
3 יונתן דנילוביץ ז"ל נפטר ב-12.8.2022.

טיסה. דנילוביץ, דייל אוויר, טען שהוא זכאי להקצאת כרטיסים שכזו בהתאם להוראות ההסכם הקיבוצי, שלפיו קיימת זכות זו ל"בן/בת זוג (בעל ואישה)" של דייל אוויר, ולהוראות ההסדר הקיבוצי, שהרחיבו זכות זו גם ל"ידוע/ה בציבור כבעל/אישה של עובד/ת החברה". התביעה הוגשה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב והתקבלה. השופט יצחק לובוצקי ושני נציגי הציבור שישבו לדין לצידו, פסקו פה אחד לטובת דנילוביץ. אל-על עירערה על פסק הדין, אבל גם בבית הדין הארצי לעבודה, בהרכב שכלל את הנשיא מנחם גולדברג, סגן הנשיא סטיב אדלר, השופט יצחק אליאסוף וארבעה נציגי ציבור, סברו כל חברי ההרכב כי הדין עם דנילוביץ. הערעור של אל-על נדחה פה אחד.

אל-על לא ויתרה והגישה עתירה על פסק הדין לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. הדיון נקבע לפני הרכב של שלושה שופטים: המשנה לנשיא אהרן ברק, השופט יעקב קדמי והשופטת דליה דורנר.

המשנה לנשיא ברק, שכתב את חוות הדעת המרכזית, אישר את עמדת בתי הדין לעבודה. הוא ביסס את עמדתו על תיקון משנת 1992 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988,<sup>4</sup> שהוסיף את העילה של "נטייה מינית" לרשימת איסורי ההפליה הקבועים בחוק. משעה שהחליטה אל-על להעניק טובת הנאה בדמות כרטיסי טיסה לדיילים שיש להם ידועים בציבור ממין שונה, קבע ברק, שלילת זכות זו מבני אותו המין היא הפליה אסורה לפי התיקון לחוק. וכך הוא כתב: "עניין לנו בהבחנה שהיא שרירותית ובלתי הוגנת: וכי הפרידה מבין זוג מאותו מין קלה יותר מפרידה מבין זוג מהמין השונה? האם חיי השיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחווה וניהול התא החברתי, מחיי שיתוף אלה בין בני זוג ממין שונה?" (עמ' 762). למרות אמירות אלה, שמהן משתמע לכאורה הכרה במשפחה ההומואית, הדגיש השופט ברק שהוא מבסס את פסיקתו זו על איסור ההפליה הקבוע בחוק, ולא על פרשנות רחבה שתקבע שהמושגים "בן זוג" ו"ידועים בציבור" (בהסכם הקיבוצי) חלים גם על בני זוג מאותו המין. ברק העדיף שלא להכריע בכך, תוך שהוא מסביר כי מאחר שמדובר בשאלה סבוכה שמענה עליה אינו הכרחי לצורך ההכרעה, אפשר להשאיר ב"צריך עיון" למקרים עתידיים.

השופטת דליה דורנר הצטרפה לעמדה של המשנה לנשיא ברק, אבל נקטה גישה מרחיבה יותר. היא הדגישה כי היא סבורה, להבדיל מברק, כי אפשר לבסס את זכותו של דנילוביץ לא רק על התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שכאמור נחקק שנתיים קודם למתן פסק הדין ולאחר תחילת ההליכים המשפטיים, אלא גם על עקרון השוויון בכללותו, כפי שזה נקלט במשפט העבודה. על כן, לפי דעתה של השופטת דורנר, גם אילו לא נחקק התיקון לחוק היה מקום לפסוק לזכותו של דנילוביץ. זאת לאור השינויים שחלו בתפיסה החברתית בנוגע להומואים בישראל וגם בעולם, שינויים שבאו לידי ביטוי בין היתר בביטול האיסור הפלילי

4 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), התשנ"ב-1992.

על משכב זכר. עם זאת, גם השופטת דורנר, כמו השופט ברק, נמנעה מלדון – ומלהכריע – בשאלה הפרשנית בעניין היותם של בני אותו המין "בני זוג", "ידועים בציבור" ו"משפחה" במשמעות המשפטית של מושגים אלה.

אל מול עמדת שופטי הרוב כתב השופט קדמי דעת מיעוט, שבה הוא קיבל את העמדה הפרשנית של אל-על ודווקא ביקש להכריע בשאלות המשפטיות שחבריו להרכב נמנעו מלהכריע בהן. לדעתו של השופט קדמי, המושגים "בן זוג" ו"בת זוג" קשורים בלשון בני אדם קשר בל יינתק במושג "משפחה", ואין "משפחה" אלא אם כן בני הזוג הם משני המינים וחברו "לחיים משותפים בתא משפחתי, כשהשיתוף מתאפיין, בין היתר, בחיי אישות המיועדים, מושגית, להבטחת המשכיות החיים" (עמ' 772). אומנם השופט קדמי עמד על כך שלא כל זוג מסוגל להביא צאצאים לעולם או רוצה בכך, ושלא כל זוג הופך לזוג כדי להביא צאצאים לעולם. עם זאת, לדעתו אין בקיומם של חריגים אלה כדי לפגוע במשמעות המושגית עקרונית של המונח זוג. קדמי סבר כי "העובדה שבני הזוג החד-מיני מקיימים מסגרת חברתית 'דומה' במאפייניה החיצוניים לזו של המסגרת החברתית שמקיים הזוג הדו-מיני – התא המשפחתי הטבעי – אינה הופכת אותם לזוג דו-מיני" (עמ' 773), והוסיף כי בכל הנוגע לזוג החד-מיני "לא קיימת בין בני הזוג אותה מחויבות הדדית ליציבות השיתוף ולהמשכיותו, שיש בכוחה להניע את החברה להכיר בהם כזוג" (עמ' 775). השופט קדמי גם הזהיר שהעמדה של השופטים ברק ודורנר תוביל בהכרח להכרה בתא ההומואי כבתא משפחתי, כך שזוג בני אותו המין יוכרו בתור "בני זוג" ו"משפחה" גם מבחינה משפטית.

האם צדק השופט קדמי בחשש שהביע בדעת המיעוט שלו? לכאורה, לא היה בסיס לכך, מאחר שכאמור חוות הדעת של שופטי הרוב לא הכריעה בעניין זה. יתרה מכך, השופט ברק עצמו אמר באמרת אגב בפסק דין שניתן תשע שנים קודם לכן, כי "פשיטא שאם שני גברים או שתי נשים באים בפני בית המשפט, ומבקשים לאשר הסכם שביניהם כהסכם ממון, לא יאשרו בית המשפט, שכן המבקשים אינם בני-זוג".<sup>5</sup> על כן אין להתפלא כי בפרשת דנילוביץ הוא לא התייחס אל דנילוביץ ואל בן זוגו כאל "תא חברתי", להבדיל מ"תא משפחתי", ונמנע מלקבוע מסמרות בשאלה האם הם "בני זוג" ו"משפחה" במשמעות המשפטית של המילים. גם בפסקי דין מאוחרים יותר שבהם דן ברק בזכויות קהילת הלהט"ב, הוא לא הכיר מפורשות בתא הלהט"בי אלא התבסס על נימוקים אחרים. כך, בפסק הדין שבו התיר לזוג לסביות לאמץ זו את הילדים הביולוגיים של האחרת, הוא ביסס את פסיקתו על עקרון טובת הילד, הקבוע בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.<sup>6</sup> ובפסק הדין שבו נקבעה החובה לרשום בישראל נישואים בין בני אותו המין שנערכו בחו"ל,<sup>7</sup> הוא הדגיש שמדובר רק ביישום של ההלכה המשפטית

5 ע"א 640/82 בהן נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לט(1) 673, 689 (1985).

6 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נט(5) 64 (2005).

7 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים פ"ד סא(3) 537 (2006).



הוותיקה שלפיה פקיד הרישום של משרד הפנים מחויב בדרך כלל לרשום בישראל נישואים אזרחיים שנערכו בחו"ל, אף שאין לנישואים תוקף לפי החוק הישראלי.<sup>8</sup> עם זאת, המציאות הציבורית-חברתית והפסיקה בשנים שחלפו מאז, הוכיחו כי במידה רבה השופט קדמי צדק. בשורה של פסקי דין, שרבים מהם החלו את דרכם בערכאות הדיוניות, ובמיוחד בבתי המשפט לענייני משפחה, ושחלקם אף הגיעו להכרעה עקרונית בבית המשפט העליון, נוצר "אפקט דנילוביץ", כפי שלימים כינה אותו פרופ' אייל גרוס.<sup>9</sup> כלומר, החלה הכרה משפטית הדרגתית בתא המשפחתי של בני זוג בני אותו המין, ובכלל זה הכרה בבני זוג בני אותו המין בתור ידועים בציבור, תוך השוואה כמעט מלאה של זכויות בני המשפחה הלהט"בית לזכויות בני משפחות אחרות. יתר על כן, כמעט 30 שנה לאחר פסק הדין בעניין דנילוביץ, כיום כבר מכיר המשפט הישראלי בכך שהקהילה הלהט"בית נמנית עם אותן קבוצות מיעוט שההתייחסות אליהן "חשודה" מלכתחילה בהפליה, ובכך שהפליה זו היא פגיעה ב"גרעין הקשה" של הזכות לשוויון.<sup>10</sup> באופן ספציפי מכיר המשפט הישראלי גם בזכויות לשוויון ולהורות של בני זוג בני אותו המין.<sup>11</sup>

אחזור שוב אחורה בזמן ולביקורות שהוטחו בפסק הדין, יש לומר: מכאן ומכאן. באוקטובר 1995, שנתיים לאחר שהתחלתי במחקר ההיסטורי על עמדת בית המשפט העליון כלפי הקהילה הגאה, שאותו הזכרתי בפתח רשימה זו, התקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב כנס לציון שנה לפסק הדין בעניין דנילוביץ. הדוברים השונים התייחסו בהרחבה בעיקר לביקורות על פסק הדין שהגיעו מכיוונם של גורמים שמרניים, שטענו שמדובר בפסק דין אקטיביסטי המבטא התרחקות מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (ולא רק מדינה דמוקרטית) ופגיעה בערכי המשפחה. פרופ' מנחם מאוטנר, שהשתתף באותו כנס, אף התייחס לימים באחד ממאמריו<sup>12</sup> אל פסק דין זה כאל "קו פרשת המים" בביקורת על בית המשפט העליון מצד מתנגדיו.

אך לא הייתה זו הביקורת היחידה שנשמעה באותו הכנס. בעודי יושב באולם המלא מפה לפה, לכדה את אוזני באופן מיוחד הערה מן הקהל שהשמיע אחד הסטודנטים, ישי בלנק שמו, לימים פרופסור למשפטים ודקאן הפקולטה.<sup>13</sup> הסטודנט טען כי אפשר להתייחס אל פסק הדין גם כאל פסק דין שמרני, בשל הקו ההטרונורמטיבי המובהק שבו בחרו ללכת שופטי הרוב. הוא התכוון בהערתו לכך שהנורמות החברתיות שפסק הדין מחזק, ושעל יסודן הוענקו הזכויות לדנילוביץ ולבן זוגו, הן נורמות שיסודן במבנה המשפחתי המסורתי וההטרונורמטיבי. במילים

8 ראו רשימתו של נפתלי שילה בספר זה, עמ' 782.

9 אייל גרוס "הסיפור של דנילוביץ: 'תנו לדייל להתרומם אל-על'" מעשי משפט י 13 (2019).

10 עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד (סד) 1 (2010).

11 בג"ץ 781/15 ארדיפנסק נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (27.2.2020).

12 מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645, 684 (2002).

13 אז גם לא ידעתי כי שנה מאוחר יותר יהפוך לבן זוגי לחיים.

אחרות, יסודן בהנחה כי מערכת יחסית זוגית, יציבה, רומנטית ומונוגמית הנמשכת לאורך שנים ואולי לאורך החיים כולם, היא היא מערכת היחסית הזוגית הראויה להכרה ולתמיכה חברתית, ועל בסיסה יוערכו גם המערכות הזוגיות האחרות.

השנים הוכיחו שהנתיב ההטרונורמטיבי, כלומר זה שגוזר את הנורמות החברתיות מן הדגם המסורתי של זוגיות הטרוסקסואלית, הפך להיות נתיב המאבק המשפטי העיקרי של הקהילה הלהט"בית בחתירתה לשוויון, והמשפחה הלהט"בית הוצבה בחזית המאבק. ההצלחה של אפיק זה הייתה מסחררת, כפי שטענו חוקרים, פוליטיקאים, ואישי ציבור. היא אפשרה ללהט"בים לזכות בזכויות ובשוויון פורמלי, להשיג הישגים חברתיים עצומים, ולשנות באופן יסודי את היחס אליהם. אבל בזאת, למעשה, הקהילה עברה מיינסטרימיזציה תוך נטישת כיוונים קויריים ואנטי-ממסדיים שאפיינו את תנועת השחרור הגאה בשנים מוקדמות יותר.

בשנים הרבות שחלפו מאז אותו היום, הביקורות מכאן ומכאן על פסק הדין ממשיכות להדהד, ואיתן השאלות: האם מדובר בפסק דין אקטיביסטי? או שמדובר בפסק דין שמרני, בהיותו מיינסטרימי והטרונורמטיבי? ואולי היה מדובר בפסק דין שההכרעה בו פשוטה וברורה מאליה, בהיותו מבוסס על הוראת חוק מפורשת, ועל כן היה אפשר לצפות דווקא להכרעה פה אחד לטובת דנילוביץ גם בבית המשפט העליון? אזכיר בקשר לכך כי שלושת חברי ההרכב בבית הדין האזורי פסקו פה אחד לטובת דנילוביץ, וכך גם שבעת חברי ההרכב בבית הדין הארצי.

אך אם היה זה פסק דין כה פשוט וקל, מדוע התייחס אליו הנשיא אהרן ברק בראיון שנתן לאחר פרישתו בתור אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שנתן?<sup>14</sup> ומדוע בחר בו בית המשפט העליון להיות אחד מפסקי הדין הלא רבים המוצגים במוזיאון מורשת בתי המשפט המצוי בבית המשפט העליון? דומה שנכון שאשאיר לכל אחד מהקוראים לענות בעצמו על שאלות אלה. מכל מקום, אין ספק שפסק הדין היה נקודת מפנה משמעותית בפסיקת בית המשפט העליון. פסק הדין בעניין דנילוביץ סגר את הפרק העגום של ה"שתיקה וגינוי" שנמשך לאורך ארבעת העשורים הראשונים לקיומו של בית המשפט העליון, ופתח פרק חדש, שבו בני המיעוט הלהט"בי – שעיימו אני נמנה בגאווה – מוכרים בתור זכאים לכבוד, לשוויון ולהגנה מפני הפליה. מטריית ההגנה על זכויות האדם שבית המשפט העליון פרס להגן על זכויות מיעוטים בישראל, מגינה מאז ניתן, ועד היום, גם עלינו.

# “לא בבית ספרנו” – קליטת העלייה מאתיופיה כמקרה מבחן

בג”ץ 7426/08 טבקה, משפט וצדק לעולי אתיופיה נ’ שרת החינוך, פ”ד סד(1)  
820 (2010)

## שרית עבדיאן

במהלך העשור הראשון של המילניום החדש התעוררה בעיר פתח תקווה מחלוקת עזה בין בתי הספר הציבוריים לבתי הספר הפרטיים באשר לשיבוץ של ילדי העולים מאתיופיה במסגרות החינוך בעיר. אף שבתי הספר הציבוריים (הממלכתיים-דתיים) היו מחויבים בקליטת ילדי העולים, רבים מבתי הספר הפרטיים בעיר (דתיים וחרדיים כאחד) סירבו לקבלם לשורותיהם, בטענה כי מידת דתיותם לא תואמת את זו הנדרשת בבית הספר. מחלוקת זו הגיעה ל”נקודת רתיחה” בשנת 2008, שהתבטאה תחילה בשביתה שעליה הכריז ועד ההורים של ארבעה בתי ספר ציבוריים המשתייכים לזרם הממלכתי-דתי בעיר,<sup>1</sup> ולאחר מכן בשביתה מטעם מועצת ההורים העירונית.<sup>2</sup> זאת בעקבות טענות לשיבוץ “לא הוגן” של ילדי העולים מאתיופיה במערכת החינוך העירונית. שביתות אלה הסתיימו רק לאחר שהעירייה הצהירה שגם מערכות החינוך הפרטיות בעיר יחויבו לקלוט לשורותיהן ילדי עולים חדשים בני העדה האתיופית. חרף האמור, שנה אחר שנה, כבריטואל קבוע שחוזר על עצמו, לא נמצא פתרון לילדי העולים ורבים מהם נותרו ללא שיבוץ למסגרות החינוך ערב שנת הלימודים – לא בחינוך הציבורי ולא בפרטי. כפי שנראה, מחלוקת זו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בעתירה שהגיש ארגון “טבקה”, המקדם את הזכויות של בני העדה האתיופית – משמעות שמו בשפה האמהרית היא “עושה צדק”. העתירה הובילה למתן פסק דין מכונן בכל הנוגע לעקרונות החלים על שוויון בחינוך (בג”ץ 7426/08 טבקה, משפט וצדק לעולי אתיופיה נ’ שרת החינוך, פ”ד סד(1) 820 (2010)).

ישראל היא מדינה הניזונה מקליטת עלייה, ובמובן מסוים קליטת העלייה היא אחת ההצדקות להקמתה. הדבר השתקף בהכרזות העצמאות, שבה נאמר כי “מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות” וכי היא “תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל

1 אילן מציק “סוף לאפליית התלמידים האתיופים בפ”ת?” nrg 13.4.2008.  
2 נעמה טלמור “שביתה בפ”ת: לאתיופים אין היכן ללמוד” וואלה 31.8.2008.

אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין" ותבטיח "חינוך ותרבות". האם בקרב ילדי העולים התממש החזון לשוויון בחינוך?

גלי העלייה הגדולים והמשמעותיים בשנותיה הראשונות של המדינה הם שעיצבו במידה רבה את האופי של מדינת ישראל כפי שאנו מכירים אותו היום. בשנות השמונים של המאה הקודמת החלה העלייה מאתיופיה, והיא נמשכת עד היום. כל גלי העלייה לישראל הציבו בפני החברה הישראלית משימה ציונית מן המעלה הראשונה של קליטת העולים ושילובם בחברה הישראלית. כמוכן, האתגר המשותף לכל העליות הוא שילוב של אנשים בעלי מאפיינים ואורחות חיים שונים. אבל, בשונה מגלי העלייה הגדולים של שנות החמישים והשישים, שהתרחשו בתקופה בה המדינה הייתה מורכבת ברובה המוחלט מעולים חדשים, העולים מאתיופיה הגיעו למדינה בעלת מרקם חברתי מפותח, שרבים מאזרחיה הם כבר בני הדור השני או השלישי בארץ. העולים מאתיופיה גם הגיעו ממדינה בעלת מאפייני רקע מיוחדים ושונים. נקודת הזמן שבה התרחשה העלייה מאתיופיה, העלתה במלוא עוזה את הסוגיה של חלוקת האחריות לקליטת העלייה. סוגיה זו עלתה קודם כול ברמה הארצית, בעיקר באשר לאופן פיזור העולים בערים השונות, ובהמשך ברמה המוניציפלית, באשר לאופן פיזור העולים בתוך הרשות המקומית. בהמשך לכך, אחת מן הסוגיות החשובות והמורכבות בהליך הקליטה של העולים מאתיופיה נגעה לאופן השיבוץ של ילדי העולים במסגרות חינוך.

פתח תקווה הייתה בין הערים שקלטו אל שורותיה עולים חדשים רבים מבני העדה האתיופית, ובמובן זה אפילו אפשר לכתוב אותה "מצטיינת בקליטת עלייה". עם זאת, כפי שצוין, קליטת העלייה הובילה למחלוקות בין תושבי העיר באשר לאופן השיבוץ של ילדי העולים במסגרות חינוך, בעיקר נוכח הסירוב של בתי הספר הפרטיים הדתיים בעיר לקבל לשורותיהם את ילדי העולים. זה המקום לציין כי במדינת ישראל גם מוסדות החינוך המוגדרים פרטיים זוכים לתקצוב מהמדינה, גם אם חלקם בשיעור מופחת.<sup>3</sup> עוד יצוין כי ילדי העולים מאתיופיה שולבו ברובם המכריע במסגרות חינוך דתיות, בין השאר כיוון שהם נדרשו לעבור בארץ הליך של גיור לחומרה, שמחייב אותם לקיים אורח חיים יהודי-דתי, לרבות על דרך של חינוך במוסדות דתיים. ערב שנת הלימודים התשס"ט לא נמצאו מסגרות חינוך לכל ילדי העולים החדשים בני העדה האתיופית. בתוך כך, בתי הספר הדתיים הפרטיים סירבו לקלוט את ילדי העולים. בשלב זה הגישה עמותת טבקה את העתירה, ובה התבקש בג"ץ להורות למדינה ולעיריית פתח תקווה לפעול לשיבוץ מיידי של ילדים עולי אתיופיה בבתי הספר בעיר.

3 במדינת ישראל קיימים שלושה סוגי מוסדות חינוך: מוסדות רשמיים שלרוב מוחזקים בידי המדינה או רשויות מקומיות ושהוכרוזו רשמיים, ולצורך רשימה זו נכנה אותם "מוסדות ציבוריים"; מוסדות מוכרים שאינם רשמיים, שהמדינה מתקצבת באופן חלקי; ומוסדות "פטור", אשר סוגיית התקצוב שלהם לא הוסדרה בחקיקה אבל בפועל חלקם זוכים לתמיכה כספית מן המדינה (בשיעור פחות מן השיעור שהמוסדות המוכרים שאינם רשמיים זוכים לו). המוסדות המוכרים שאינם רשמיים ומוסדות הפטור מכונים כאן לצורך הנוחות: מוסדות חינוך "פרטיים".

עד שהגיעה העתירה לדיון, לאחר פתיחת שנת הלימודים, התברר כי בינתיים נמצאו מוסדות חינוך שקלטו את כל התלמידים יוצאי העדה האתיופית. בית המשפט היה צריך לשאול עצמו אם להימנע מהכרעה, שהרי הבעיה נפתרה והפכה להיות – בשפה המשפטית – "תאורטית". התשובה שניתנה לכך הייתה שלילית, מאחר שלמעשה היה מדובר בתסריט שחזר על עצמו. עוד בשנת 2005 הגישה עמותת טבקה עתירה דומה ערב פתיחת שנת הלימודים, וזו נמחקה בשעתו לאחר שהתלמידים שובצו בסופו של דבר לבתי ספר בעיר. כמו כן, עוד טרם ניתנה ההכרעה של בית המשפט בעתירה, התברר כי גם בפתח שנת הלימודים התש"ע סירבו כמה מוסדות לקבל לשורותיהם ילדי עולים, ובשל כך נשארו ילדים בלא שיבוץ למסגרת חינוך כלשהי, ורק "ברגע האחרון" נפתרה הבעיה. בשים לב לכך שמדובר בסוגיה החוזרת על עצמה שנה אחר שנה, הבהיר בית המשפט העליון כי קמה הצדקה להכריע בעתירה. חשוב להדגיש כי בית המשפט העליון ממעט להכריע בסוגיות שהפכו לתאורטיות. בחירתו להכריע בעתירה אף שילדי העולים שובצו כולם במסגרות באותו מועד, מעידה על החשיבות שבית המשפט ייחס להעמדת הלכה על מכונה בכל הנוגע להדרה של ילדים יוצאי אתיופיה מקבלה למסגרות חינוך בפרט, ובנוגע לערך השוויון בחינוך בכלל.

בית המשפט העליון דן בסוגיות שעלו בעתירה, בפסק דין חשוב שכתבה השופטת פרוקצ'יה, בהסכמת השופטים רובינשטיין ומלצר. נקודת מוצא חשובה לפסק הדין הייתה הקביעה כי הזכות לחינוך היא חלק מהזכות לכבוד האדם במובנה החוקתי. החינוך חיוני למימוש של זכויות האדם בתור פרט ולמיצוי יכולותיו וכישוריו, והזכות של אדם לקנות דעת, תרבות, ערכים ומיומנות היא תנאי לקיום ולחיים בכבוד אנושי. בהמשך לכך נקבע שאת הזכות החוקתית לחינוך יש לממש באופן שוויוני, ושעל הרשויות מוטלת החובה לספק חינוך שוויוני לכל ילד בישראל. כלומר, גם הזכות לשוויון בחינוך היא זכות חוקתית. בית המשפט הסביר שהפליה בחינוך עלולה ליצור תחושת קיפוח ונחיתות בילד שכלפיו היא מופנית, לפגוע בבטיחונו העצמי, ולהטמיע בתהליך התבגרותו חוויה של דחייה וניכור חברתי. כפי שנכתב: "הפגיעה בכבוד הילד היא חלק מהפגיעה בכבוד האדם אך יש לה מימד מיוחד משלה על שום פגיעותם המיוחדת של ילדים, רכים בשנים, שטרם צברו כוחות גוף ונפש להתמודד עם מאבקי החיים ועם תופעות חברתיות פסולות. ככל שיקר ומקודש הוא כבוד האדם – כבודו של ילד מקודש פי כמה, משהוא זקוק להגנת החברה אף יותר מן המבוגר" (עמ' 848).

לצד הזכות לשוויון בחינוך, בית המשפט העליון הכיר בזכות של הורים לחנך את ילדיהם בהתאם להשקפת עולמם ואמונתם. על רקע זה הוא דן במתח שעלול להתעורר בין הזכות לשוויון בחינוך לזכות ההורים לבחור בחינוך בעל מאפיינים ייחודיים. בהתייחסו לכך התשובה שנתן ליישוב המתח הייתה חד-משמעית. זכות ההורים לחנך את ילדיהם באופן ייחודי כפופה לחובתם של מוסדות החינוך להבטיח שוויון בחינוך. בית המשפט הסביר כי גם מוסדות חינוך פרטיים חייבים בכיבוד הזכות לשוויון בחינוך, וכי בתי ספר פרטיים יהיו רשאים שלא לקבל תלמידים לשורותיהם רק במקרים נדירים וחריגים שבהם מדובר "[ב]תנאי בלעדיו אין לעצם

קיומו של המוסד" (עמ' 855). כתוצאה מכך בית המשפט קבע כי גם על מוסדות החינוך הפרטיים חלה החובה לקלוט את ילדי העולים מאתיופיה, וכי ההסברים שנתנו בתי הספר הפרטיים באשר להתאמה של ילדי העולים מבחינה דתית, "אינם קבילים ואינם משכנעים" (עמ' 867). בית המשפט הוסיף והסביר כי אם קיים צורך להשקיע בהכשרת התלמידים גם לצורך השלמת הפערים בתחומי הדת ולימודי הקודש, בתי הספר הפרטיים נדרשים לעשות זאת כדי להבטיח את שוויון ההזדמנויות שיקבלו אותם תלמידים.

לבסוף נקבע כי במקרים של הפליה בקבלה למוסדות חינוך, על הרשויות להשתמש באמצעים הנתונים בידיהן כדי למנוע מצבים של הפרת הזכות לשוויון. כך, הוסבר כי הרשויות מוסמכות להפסיק באופן מלא או חלקי הזרמת כספים ממשלתיים למוסד חינוכי או להפסיק תמיכה כלכלית מטעם הרשות המקומית. במקרים קיצוניים יותר אפשר גם לשלול מבית הספר את הרישיון ולהוציא צו לסגירתו.

דומה כי אין חולק שפסק הדין בעניין טבקה עסק במקרה של הפליה בוטה על רקע השתייכות עדתית, ובמובן מסוים ההכרעה בו אינה מעלה ספקות של ממש. אפשר לומר שהיא כמעט אינטואיטיבית. עם זאת, היישום של העקרונות שנקבעו בפסק הדין מעורר שאלות בכמה מישורים.

תחילה הוא מעורר שאלות רחבות יותר בנוגע לחובות הציבוריות שיש להטיל, אם בכלל, על מוסדות חינוך פרטיים בישראל. ליבת ההכרעה בעניין טבקה עסקה בשוויון שבין ילדי העולים מאתיופיה לתלמידים בבתי הספר הפרטיים. במישור זה בית המשפט הכריע כי הזכות לחינוך ייחודי של התלמידים בבתי הספר הפרטיים נסוגה מפני הזכות לשוויון של ילדי העולים. אבל אפשר להשקיף על הסוגיה שעלתה בעניין טבקה גם כעוסקת בשוויון שבין התלמידים בבתי הספר הציבוריים לתלמידים בבתי הספר הפרטיים. נקודת המוצא היא שהקליטה של ילדי עולים במוסדות חינוך היא משימה חשובה, אשר דורשת מטבע הדברים הן משאבים כלכליים, הן תשומות חינוכיות. הסירוב של בתי הספר הפרטיים לקלוט לשורותיהם תלמידים שהם עולים חדשים, יוביל לשיבוצם של אלה בבתי הספר הציבוריים בלבד. הריכוז של ילדי העולים במוסדות החינוך הציבוריים בלי שיוקצו למוסדות אלה משאבים ציבוריים נוספים, עשוי – בפן התועלתני – להקנות לתלמידים במוסדות החינוך הפרטיים יתרון. אפשר לומר שהדרמה האנושית בעניין טבקה העלתה שאלות נוספות: האם חובות ציבוריות, כמו החובה החשובה של קליטת ילדי העולים, יש להטיל רק על מסגרות החינוך הציבוריות? האם אי קבלה של ילדי העולים למסגרות החינוך הפרטיות לא רק מפירה את הזכויות של ילדי העולים, אלא גם משפיעה בעקיפין על אופן חלוקת המשאבים בין המסגרות הפרטיות לציבוריות? באופן רחב יותר, האם יש להחיל על מוסדות חינוך פרטיים חובות אינטגרציה נוספות, למשל בכל הנוגע לשילוב של אוכלוסיות מיוחדות? האם נכון להגביל את מבחני הקבלה למוסדות החינוך הפרטיים, ולחלופין לחייבם בקליטה של אחוז מסוים של תלמידים שאינם בעלי הישגים לימודיים גבוהים, כדי לאזן בין הנטל המוטל לפתחה של מערכת החינוך הציבורית לזה

של מערכת החינוך הפרטית? נשוב ונזכיר כי מדובר במוסדות שחלק לא מבוטל מהם זוכים לתקצוב מסוים מהמדינה. מדובר כמובן בשאלות כבדות משקל, שאומנם לא נדונו במישרין בפסק הדין בעניין טבקה, אבל גם הן עוסקות במתח שבין הזכות של הורים להקנות לילדיהם חינוך ייחודי, לזכות לשוויון בחינוך.

כמובן, פסק הדין הוא בעל חשיבות רבה גם בשל המסר העולה ממנו בנוגע לשוויון וקבלה של העולים מאתיופיה באופן רחב יותר, ולא רק בקשר לקליטתם במוסדות החינוך. לא סוד שקליטת עלייה היא משימה הדורשת משאבים רבים. הדבר נכון בפרט באשר לעולים החדשים מאתיופיה, מדינה בעלת מרקם חברתי שונה ומרקם תרבותי שונה. החשיבות של ערך השוויון מדגישה את חובתנו, חברה קולטת עלייה, למצוא את המשותף והמאחד על פני השונה והמפריד, ולהפנות משאבים לקליטת העולים גם כאשר האתגרים הכרוכים בקליטתם מצד האוכלוסייה הוותיקה בישראל, הם גדולים יותר. הדבר מתחייב מערך השוויון אשר הוגדר בפסק הדין, כמו בפסקי דין רבים אחרים, "נשמט אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (עמ' 845).

על כך יש להוסיף כי המפתח למדיניות מוצלחת של קליטת עלייה נעוץ בחלוקה שוויונית של המשימות הנלוות לכך בקרב האוכלוסייה הוותיקה בישראל. אחד התנאים שעשויים לעודד קליטה מוצלחת של עולים חדשים בארץ, ובפרט העולים החדשים מאתיופיה, הוא פיזורם בקהילות שונות תוך מתן תמיכה ועזרה מתאימות שיקלו את השתלבותם בחברה ובתעסוקה ואת השתלבותם המשפחתית. הניסיון הרב של מדינת ישראל בקליטת עלייה מלמד כי ריכוז של עולים חדשים בערים או שכונות מסוימות עשוי להקשות את השתלבותם הן בחברה, הן בתעסוקה. זאת גם משום שמטבע הדברים כל רשות מקומית מוגבלת במשאבים שהיא עצמה יכולה להקצות לטובת קליטת עלייה, וגם בהתחשב ברצון לייצר אינטגרציה בין קהילות שונות. אם כן, אפשר לומר כי בחינוך, כמו בשאר מישורי החיים, קליטת עלייה מוצלחת מתחילה בחלוקת האחריות באופן שוויוני הן בין הרשויות המקומיות, הן בתוך הרשות המקומית עצמה. אבקש לסיים בכמה מילים אישיות. נולדתי בעיר באר שבע, גדלתי בה וחונכתי בה. בילדותי היא הצטיינה בקליטת עולים מאתיופיה, הן מבחינה מספרית, הן מבחינה מהותית. באותה עת העולים מאתיופיה שוכנו גם בשכונות ברמה סוציו-אקונומית גבוהה ושובצו במערכות החינוך בשכונות אלה. למיטב זיכרוני, בילדותי כשליש מילדי כיתתי היו עולים – מאתיופיה ומברית המועצות. מתוך החוויה האישית שלי למדתי כי חינוך שכס מול שכס עם מי שאורחות חייו, מנהגיו והרקע הכלכלי שממנו הוא מגיע שונים, מצמיח ילדים גמישי מחשבה, רחבי אופקים, בעלי מורכבות אנושית ורגישות חברתית. הדבר נכון באשר ללמידה עם עולים חדשים בפרט, וייתכן שגם באשר ללמידה במוסדות חינוך רב-גוניים בכלל.

## כשהשוויון אינו נוכח: הפליה בחינוך ובמרחב הציבורי

בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (1981)  
בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009)

### אדנקו סבחת-חיימוביץ

"חינוך הוא הנשק החזק ביותר שאפשר להשתמש בו  
כדי לשנות את העולם"  
(גלסון מנדלה, נאום בתיכון מדיסון פארק, 23.6.1990)

מה בין הפליה במערכת החינוך להפליה בייצוג בסדרת טלוויזיה? נביא כאן שני סיפורים של הפליה על רקע מוצא שעוררו דיון ציבורי נרחב, ושגם הגיעו אל פתחו של בית המשפט העליון. על אף הדמיון הטיפול בנושא במרחק של כמעט שלושים שנה היה שונה בתכלית. סיפור אחד עניינו בהפליה באופן הצגת חלקם של יהודי המזרח בהשוואה ליוצאי ארצות אירופה בסיפור של העם היהודי בסדרת הטלוויזיה "עמוד האש". העתירה שהוגשה לבג"ץ בנושא נדחתה והשידור לא נמנע, על אף יחס לא שווה בין שתי הקבוצות באופן הצגת סיפורן ותרומתן. הסיפור השני עניינו בהפליה שמקורה בהפרדת תלמידות ספרדיות מחברותיהן האשכנזיות בבית הספר החרדי בעמנואל. כאן הורה בית המשפט העליון למשרד החינוך להפעיל את סמכותו ולנקוט צעדים למניעת ההפליה, משלילת תקציב ועד לשלילת הרישיון של בית הספר. נפתח דווקא בסיפור המאוחר מבין השניים, שהוליד את פסק הדין הידוע בכינוי עניין נוער כהלכה (בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009)). עמנואל היא מועצה מקומית חרדית שנוסדה בשנת 1983. מתגוררים בה תושבים ממוצא מזרחי וממוצא אשכנזי. בשלהי שנת הלימודים התשס"ז (2007) הודיעה העמותה שמפעילה את בית הספר היסודי לבנות "בית יעקב" בעמנואל, על העברת התלמידות ממוצא ספרדי למגמת לימוד "כללית", ואילו חברותיהן ממוצא אשכנזי הועברו למגמת לימוד "חסידית". בפועל נחצה בית הספר לשניים באמצעות מחיצות וכניסות נפרדות. חצר המשחקים נחצתה לשניים באמצעות יריעת בד וגדר הפרדה. חדר המורים נחצה לשניים. שעות הלימוד שונו כך שההפסקות יתקיימו בשעות שונות. התלבושת האחידה שונתה לתלמידות בית הספר החדש. התוצאה הייתה הפרדה בין התלמידות ממוצא ספרדי לחברותיהן ממוצא אשכנזי, מה שעורר שאלות הנוגעות לשתי זכויות חשובות: הזכות לחינוך והזכות לשוויון.



הזכות לחינוך היא זכות בסיסית המגלמת בתוכה את חובת המדינה לספק חינוך חינם ואת האיסור לפגוע בזכות זו אלא על פי חוק. למדינה יש אחריות ישירה לספק חינוך באמצעות מוסדות חינוך רשמיים, היא מקצה להם משאבים וחובתה לפקח עליהם. בד בבד עם ייסודה של מערכת החינוך הממלכתית הכירה המדינה בצורך של מגזרים שונים לחנך את ילדיהם ברוח צביונם התרבותי הייחודי, אמונתם הדתית ושיוכם הקהילתי. מסגרות החינוך שאינן מוחזקות בידי המדינה נקראות "החינוך המוכר שאינו רשמי", והן רשאיות להקנות לתלמידיהן תוכני חינוך התואמים את תפיסתן וערכיהן. הכרה זו נובעת מהזכות של כל יחיד בחברה ללמוד במוסד התואם את תפיסת עולמו. המדינה רשאית לתת רישיון למוסד שכזה בהתקיים תנאים, שאז הוא זכאי לתקצוב ממשרד החינוך ונתון לפיקוחו. הפיקוח נוגע הן לחינוך ברוח העקרונות הערכיים המאפיינים את החינוך הממלכתי, הן לענייני מנהל, לרבות שיעורי שחר לימוד וגבייתו. בית הספר "בית יעקב" הוא מוסד חינוך "מוכר שאינו רשמי" הפועל ברישיון משרד החינוך, הנתון לפיקוחו והנהנה מתקצוב המשרד.

ההפרדה בין התלמידות עוררה תרעומת, וזו הובילה להגשת עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. ההחלטה של העותרים לנקוט הליך משפטי לא הייתה קלה. הרי הם ראו עצמם בשר מבשרו של הציבור החרדי, ובכל זאת "הזמינו" את מערכת המשפט להיכנס לבית פנימה, בליט ברירה.

את פסק דין העיקרי כתב השופט לוי בהסכמת השופטים ארבל ומלצר. בפסק הדין באה לידי ביטוי ההתנגשות החזיתית בין הזכות של התלמידות ממוצא ספרדי לחינוך, לזכויות של בית הספר לחינוך מגזרי ולאוטונומיה בעיצוב מתכונת החינוך בין כתליו. במסגרת הזכות לחינוך מגזרי ביקש בית הספר שהתלמידות ממוצא אשכנזי, השייכות לציבור "החסידים", לא תיחשפנה לאורח החיים של אלה ממוצא ספרדי, שבית הספר הגדיר "מודרני". המודרניות הנטענת התבטאה בשפה וקוד לבוש, כך שלשיטת בית הספר היה הבדל ב"מידת ההחמרה" באורח החיים הדתי בין שתי הקבוצות, הבדל שהצדיק את ההפרדה ביניהן. השאלות שניצבו לפתחו של בית המשפט העליון היו האם עניין לנו בהפרדה בין תלמידות מטעמים ענייניים או שמא בהפליה פסולה, והאם טענה לאוטונומיה תרבותית חינוכית יכולה להצדיק השלמה עם פרקטיקות מדירות ובוטות.

התרומה של פסק הדין היא לא רק בהכרה באיסור על הפליה בחינוך (שאף זכה להכרה מפורשת בסעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000), אלא בהטלת חובה מעשית על משרד החינוך להבטיח חינוך שאינו מפלה, בהתאם לחובותיו לפי חוק לימוד חובה, התש"ט-1949. נקבע כי משרד החינוך צריך לחקור את התנהלות בית הספר כדי לוודא שמדובר בשיקולים לגיטימיים הנובעים מהצביון של בית הספר, ולא בכסות להרחקה של קבוצה על בסיס נתון לא רלוונטי כמו מוצא. בית הספר קבע תקנון ובו הדרישות המוצבות בפני כלל התלמידות. אלא שבחינה מדוקדקת של הכללים בתקנון גילתה כי הוא העניק העדפה ברורה לתלמידי ממוצא אשכנזי בעוד הוא מערים קשיים ביוקריטיים על התלמידי ממוצא ספרדי. נקבעו בו,

למשל, דרישות לא רלוונטיות כמו תפילה בהברה אשכנזית וקבלת סמכות רוחנית אשכנזית על התלמידות והוריהן, דרישות שאין להן קשר לצביון של בית הספר. הרי אפשר לקיים תפילות ופולחן דתי בנפרד בלי שהדבר יפגע בתוכן הלימודי של בית הספר. פסק הדין מלמדנו כי במקום שבו עולה טענה להפליה, יש חשיבות לבחינת ההתנהלות של בית הספר ולא רק להצהרותיו. אין פסול בגישה חשדנית, שהרי גישה חשדנית זו היא שאפשרה למשרד החינוך לברר את העובדות, ומכאן – לבית המשפט לרדת לחקר המניע העומד מאחורי ההחלטה בדבר הפרדה בין התלמידות, ולקבוע שההפרדה נעוצה במוצא של התלמידות ולא בהבדלים באורחות החיים.

בית המשפט העליון קבע כי בהפרדה שבוצעה הייתה פגיעה בזכות של התלמידות המזרחיות לחינוך, וכפועל יוצא מכך חייב את העמותה המפעילה את בית הספר להסיר כל סממן של תופעת ההפליה. עוד קבע בית המשפט העליון כי משרד החינוך חרג מסמכותו בכך שהוא נמנע מהפעלת האמצעים העומדים לרשותו לצורך מניעת ההפליה. לכן נקבע כי אם העמותה לא תקיים את הוראות בית המשפט, על משרד החינוך לנקוט את כל האמצעים לתיקון המצב, לרבות שלילת הרישיון של בית הספר או תקציבו.

פסק הדין שניתן עורר סערה ודיון בקרב תושבי המקום ומחוצה לו. הלכה למעשה הוא לא קיים. העותרים פנו שוב לבית המשפט העליון, והפעם בבקשה לכפות על המשיבים לקיים את פסק הדין. בית המשפט הטיל קנס על העמותה שהפעילה את בית הספר. אלא שההתנגדות באה גם מצד ההורים של התלמידות האשכנזיות, שסירבו לציית לפסק הדין של בית המשפט העליון. לכן נדרש שוב בית המשפט העליון לעניין, ולדין צורפו ההורים שסירבו לשלוח את בנותיהם לבית ספר שבו ילמדו תלמידות ספרדיות. מאחר שאותם הורים עמדו על סירובם הוטלו עליהם קנסות. אבל גם בכך לא תמה מלאכתו של בית המשפט העליון, שכן ההורים עדיין לא שינו מעמדתם. בית המשפט נדרש שוב לעניין והפעם הטיל מאסר על אותם הורים סרבנים. במהלך ריצוי מאסרם הושגה פשרה שאפשרה לשחרר את ההורים שנאסרו בשל אי קיום פסק הדין.

בתור חברה לשעבר בוועד המנהל של עמותת טבקה, צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה, במשך שנים רבות, נחשפתי למתח התמידי בעמותה בסמוך לפתיחת שנת הלימודים סביב דיווחים על בתי ספר שלא קיבלו תלמידים ממוצא אתיופי.<sup>1</sup> הקושי לשכנע כי מדובר בהפליה על רקע מוצא היה קשה. לא תמיד תלמידים זכו לסעד המבוקש, לנוכח הצהרות של בתי ספר שלא תאמו את הנעשה בשטח, כך שהמניע לא נחשף ובהעדר נתונים מספקים בית המשפט לא מילא את תפקידו לקבוע נורמות כמו בעניינן של התלמידות מעמנואל. הפליה לובשת צורה ופושטת צורה והופכת למתוחכמת יותר. מכאן הקושי לגלותה. לכן יש חשיבות לשכלול הכלים לבירור המניעים שמאחוריה כדי לעמוד על טיבה, אימתי היא עניין הקשור במאפיינים

1 ראו רשימתה של שרית עבדיאן בספר זה, עמ' 162.

הייחודיים של בית הספר ומתי היא רק נועדה להרחיק את האחר מגבולותיו. קל להתחבא מאחורי הסברים כמו "אופיו" או "צביונו" הייחודי של בית הספר. החשיבות של פסק הדין היא בבחינה המעמיקה ובקילופן של הטענות עד לשכבה המגלה את המניע שבבסיס ההחלטה, והוא הרצון בהפרדה בין תלמידות אשכנזיות לחברותיהן הספרדיות.

הזכות של קבוצה לחנך את ילדיה בצורה מסוימת אינה יכולה לחסום אחרים מלבוא בשעריה, כל זמן שהם מקיימים את אותו אורח חיים ומחזיקים באותם ערכים שבבסיס תכליתו של בית הספר או מטרותיו. כל עילה אחרת, דינה להיפסל. במובן זה בית המשפט אינו רק משמש מגינים של קטינים מפני הפליה בזכותם לחינוך. הוא גם מעצב את התפיסה החברתית כי חינוך הוא זכות יסוד ופגיעה בו מותרת רק במקרים שנבחנו בדקדוק, גם אם מדובר במוסד חינוכי שאינו רשמי המקבל תמיכה כספית מהמדינה.

הפליה באה לידי ביטוי בצורות שונות. הנפוצה שבהן היא שלילת זכויות, שאותה קל יחסית לאתר ולתת סעד אופרטיבי בגינה. עניין נוער כהלכה מראה את מורכבות המאבק בהפליה ואת הסעד הנחרץ שהעניק בית המשפט. מנגד, ישנן צורות הפליה שאינן עוסקות בשלילת זכות במובנה המסורתי, אלא בהדרה של קבוצות מהמרחב הציבורי אף שהזירה הציבורית מעצבת את התודעה. ההתמודדות של המשפט עימן היא זהירה יותר. על רקע זה נחזור לעתירה שהוגשה בעניין סדרת הטלוויזיה "עמוד האש". הסדרה הייתה, זאת יש להזכיר, "מפעל דגל" של רשות השידור באותה תקופה. עיני כל הציבור בארץ היו נשואות לסדרה, שנועדה להציג באופן מסודר וחגיגי את הסיפור של המפעל הציוני על סמך חומרי ארכיון מרגשים. החגיגות הופרה כאשר הוגשה עתירה של ויקי שירן, ילידת מצרים, אקדמאית, משוררת, אשת תקשורת ופעילה חברתית, לצד אנשי ציבור מזרחים נוספים שביקשו לאסור את שידור הסדרה בטלוויזיה ואת השימוש בסרטים שהופקו. לטענתם, הסדרה במתכונתה זו אינה מציגה את התמונה בשלמותה, מאחר שהיא מתמקדת רק בסיפור של יהודי אירופה ובכך מעוותת את האמת ההיסטורית ופוגעת בתדמית הקבוצה המזרחית בעיני עצמה ובעיני אחרים. העותרים הראו כי הזמן, התקציב והמחקר שהושקעו בקבוצה מהמוצא הספרדי היו פחותים בהיקפם ביחס לקבוצת יוצאי אשכנז. לסיפור של הקבוצה הספרדית לא ניתן ביטוי הולם ביחס לזה שניתן לקבוצה האשכנזית. גם המועד שממנו החל הסיפור של העם היהודי בסדרה עשה עוול לסיפור של קבוצות ועליות שהיו בארץ לפני כן ושתרמו את חלקן.

בעקבות הפנייה של ויקי שירן וחבריה הוקמה ועדה שליוותה את הסדרה, ותיקונים הוכנסו. אבל אלה לא הניחו את דעתה, וכך הוגשה עתירה לבג"ץ. היא נדונה לפני הרכב השופטים שמגר, בן-פורת ושלמה לוינ ונדחתה (בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד (לה) 365 (1981)). ברובד הפורמלי בית המשפט דחה את העתירה על בסיס גישתו המסורתית להגבלות מזעריות של חופש הביטוי. זאת בשים לב לסעד המבוקש: מניעת שידור. בית המשפט העליון קבע כי אין אמת אחת, כי את הסיפור של העם היהודי אפשר לספר גם כך וגם כך, וכי מאחר ששתי הגישות אפשריות ולגיטימיות אין מקום לתת את הבכורה דווקא לאחת מהן, שאם לא כן בית

המשפט שם עצמו "ממונה על" על הרשות לקבוע את התכנים עצמם. כמו כן הוסבר שבית המשפט יתערב על דרך של איסור שידור רק בנסיבות קיצוניות שבהן עולה "סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור הרחב... או אי-חוקיות ברורה וגלויה בעלת גוון אחר" (עמ' 378). זאת כדי שלא לפגוע בחופש הביטוי.

לפי פסק הדין, התוצאה היא כי כל קבוצה רשאית לספר את סיפורה בדרכה שלה ומנקודת מבטה, ואין בכך לפגוע בתרומה של אף אחת מהן. אבל במבט לאחור אפשר גם להבין שפסק הדין מיעט במשמעות שיש לכך שרשות השידור הממלכתית, באותה עת הערוץ הראשון, מציגה תכנים באופן שניתן לראותו לא שוויוני. לשירן לא הוצעו משאבים דומים להפקת סדרה נוספת, ומבחינה מעשית לא ניתנה במה יעילה להשלמת התמונה שהוצגה במסגרת הסדרה. המחלוקת בנושאי הייצוג של קבוצות בחברה ושוויון ההזדמנויות של הנמנים עימן היא שיש רלוונטי גם כיום. אפשר לשער שכיום לא הייתה מופקת הסדרה "עמוד האש" באותו אופן. התקופה הייתה תקופה של ערוץ שידור ממלכתי יחיד, כך שלחוסר הייצוג הייתה משמעות גדולה יותר בהעדר חלופה שבה תוכל הקבוצה ממוצא ספרדי לתת במה שווה לסיפורה. הסדרה "עמוד האש" עיצבה את התודעה בדבר הנרטיב של בניית האומה במשך תקופה ארוכה. כיום יש ערוצים שונים, ואפשר לנקוט דרך אחרת, גם אם לא מיטבית, כמו הפקה נוספת באותו ערוץ או שידור בערוץ אחר. לעומת זאת, הנושא של הפליה בחינוך ממשיך להיות רלוונטי. לכן גם התפקיד של בית המשפט מוסיף להיות חשוב. במבט כללי יותר עלינו להכיר בכך, ולהיות מודעים לכך, שהפליה היא כמו נגיף המשנה את צורתו, הוופך לנזיל, לדינמי ולגמיש והמקשה על היכולת לחשוף פרקטיקה זו.

חשוב כמובן לזכור כי הפליה אפשר למצוא פתרונות גם מחוץ לבית המשפט. הפנייה לבית המשפט היא אחת מדרכי הפעולה האפשריות במישור הציבורי. במחאה של קהילת יוצאי אתיופיה משנת 2015 אחת הסוגיות שהועלו הייתה "שיטור יתר" כלפי בני הקהילה. הטענה הייתה כי השיעור הגבוה של צעירים יוצאי אתיופיה בבתי הכלא ביחס לחלקם באוכלוסייה מעיד על תופעה של שיטור יתר. ההסבר שניתן היה כי פניות של שוטרים לצעירים אלה בלי שקדם לכך חשד לביצוע עבירה, מוביל למפגש טעון שבו צעירים מצאו עצמם במעצר בגין עבירות כלפי שוטרים. אחת התולדות של המחאה הייתה החלטת ממשלה (מס' 2254 מיום 5.1.2017) שקבעה כי שוטרים יישאו עליהם מצלמות גוף, מה שיאפשר תיעוד של חילופי הדברים בינם לאזרחים. ההנחה הייתה שיהיה בכך כדי לצמצם את הפניות של שוטר לאזרח ללא עילה, לאפשר להתחקות אחר הלך רוחו של השוטר בעת הפניה לאזרח, לרסן את תגובת שני הצדדים ולתעד באופן מלא את התנהלות המעורבים. זוהי רפורמה חשובה שלא נולדה בהליך שיפוטי, אבל היא באה לעולם באקלים משפטי המבקש להילחם בגילויי הפליה השונים.

פסק הדין בעניין נוער כהלכה לימד אותנו כי אם מדובר בזכות בסיסית כמו חינוך, מידת הסבלנות להפרתה המפלה תהיה אפסית ובית המשפט העליון יחייב את הרשויות השונות

לפעול בהתאם לערכי המדינה. כאשר ההפליה נוגעת לזכויות בסיסיות, המענה חייב להיות חד וברור, וראוי שהנטל על מי שנטען כלפיו יהיה משמעותי. זאת בשים לב לכך שתוצאות הפגיעה בחינוך יכולות להיות הרסניות ובלתי הפיכות. הפליית ילד מנציחה פערים, ויש שיאמרו שהיא מכבה את נפשו, אינה נותנת ביטוי ליכולותיו, מסלילה אותו וגוזרת את עתידו. החשיבות של החינוך נגזרת ממטרותיו השונות, החל מהקניית ידע ועד להכנה ליציאה לעולם. כדברי השופט לוי בפסק הדין: "מטרות החינוך נוגעות לעולם התוכן שממנו הגיע התלמיד ולתרבותו, הן נוגעות למורשתו ולאורח חייו, ועל מוסדות החינוך לאזן בין הצורך להקנות כלים ומיומנויות שאיתם יהא התלמיד מסוגל לצאת אל העולם ולממש את יכולותיו, לבין הצורך התרבותי, הערכי והלאומי לגבש את אופיו של התלמיד ולחנכו לאור זהותו הלאומית ולאור מורשת אבותיו" (עמ' 424).

## משפט והלכה נפגשו, צדק ומגדר נשקו

בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988)  
בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988)

### ליאת בנמלך

מדינת ישראל הצעירה ידעה ליתן מקום של כבוד לערך השוויון, שנכלל מייד עם הקמתה במגילת העצמאות. קריאה בהוראות של חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, שנחקק בשנותיה הראשונות של המדינה, מעוררת גם היום השראה. מדינת ישראל הייתה גם מהמדינות הראשונות במערב שבהן כיהנה ראשת ממשלה. ואולם, בפועל נוצר מתח בין עקרון העל שהתווה חוק שיווי זכויות האשה למציאות החברתית. מתח זה נוצר, בין היתר, נוכח מעמד הבכורה שהעניקה מדינת ישראל לדין הדתי בכל הנוגע לדיני המעמד האישי – נישואין וגירושין. בעקבות מתח זה הובאו לפתחו של בית המשפט בתום העשור הרביעי להקמת המדינה שתי עתירות נפרדות, שלהן מכנה משותף: הזכות של נשים להימנות עם גופים סטוטוריים (כלומר גופים שהוקמו מכוח חוק ופועלים על פיו) שעניינם מתן שירותי דת, אותם שירותים שגם הן נזקקות להם. העתירות הולידו שני פסקי דין תאומים של בית המשפט העליון ש"נולדו" בהפרש של ארבעה ימים בשנת 1988. פסקי דין אלה הניעו הליך של שינוי ותיקון, וחיזקו וביצרו את המחויבות לשוויון בין המינים בנקודת התפר שבין הפן הניהולי של מתן שירותי דת לבין ההלכה.

את העתירה הראשונה הגישה לאה שקדיאל, תושבת ירוחם וחברה במועצת הרשות שביקשה לכהן במועצה הדתית המקומית, האמונה על אספקת שירותי הדת לתושבי ירוחם. שקדיאל, אישה שומרת מצוות, נבחרה למועמדת לתפקיד מטעם מועצת ירוחם. ההליך לבחירת המועצה הדתית עבר כמה נפתולים, ובסופם החליטה ועדת השרים לפי סעיף 5 לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971, שלא למנות את שקדיאל לחברת המועצה הדתית. ההחלטה שלא למנות את שקדיאל התקבלה על רקע התנגדות הרב המקומי, אשר גובתה בעמדת הרבנות הראשית לישראל. זו סברה כי הגם שמועצה דתית היא גוף מנהלי, הרי שהיא משרתת עניינים דתיים-עירוניים בסביבה הלכתית מובהקת. כמו כן הצביע השר לענייני דתות על מסורת – תרתית משמע – שלפיה נמנעה מועמדות של נשים למועצה הדתית. נוסף על כך, סברה ועדת השרים כי נוכח הדעות שהביעה שקדיאל בנושאי דת ומדינה, כפי שאלה פורסמו באמצעי התקשורת, קיים חשש סביר כי מינויה יגרום לנתק בין המועצה הדתית לרב המקומי, ולמחלוקת חריפה בתוך ההנהגה הדתית בירוחם, עד כדי שיתוק הפעילות הסבירה והתקינה של המועצה הדתית.

את העתירה השנייה הגיש אברהם פורז, שהיה חבר מועצת עיריית תל אביב-יפו. העתירה עסקה בשאלת כהונתן של נשים באספה הבוחרת את רב העיר תל אביב-יפו, וביתר דיוק בשאלה האם מועצת הרשות המקומית רשאית להימנע מלבחור אישה לאחת מנציגי המועצה באספה הבוחרת, רק בשל היותה אישה. באותה עת עמדה על הפרק בחירה של רב חדש לעיר תל אביב-יפו. מועצת העירייה קיימה דיון בסוגיה זו והביעה חשש כפול מפני השלכות הכללת אישה בגוף הבוחר: חשש כי רב העיר אשר ייבחר במעורבות נשית לא יזכה לשיתוף פעולה מצד הרבנות הראשית ולא יוכל למלא כראוי את תפקידו, וחשש מפני הרתעת מועמדים ראויים מהגשת מועמדות לתפקיד רב העיר.

תחילה התקבלה העתירה של לאה שקדיאל (בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988)). פסק הדין ניתן פה אחד בהרכב שכלל את המשנה לנשיא מנחם אלון עם השופט אהרן ברק והמשנה לנשיא לשעבר מרים בן-פורת. את חוות הדעת הראשונה והעיקרית כתב המשנה לנשיא אלון. המשנה לנשיא אלון קבע כי ניתוח הנימוקים שבהחלטת ועדת השרים מוביל למסקנה כי הגורם לחששות שצוינו בהחלטה הוא עצם היותה של העותרת אישה, וכי הדבר נוגד את איסור ההפליה מטעמי מין, שהוא עקרון יסוד ומעוגן בחוק שיווי זכויות האשה. המשנה לנשיא הדגיש כי המועצה הדתית היא גוף מנהלי ולא גוף הפועל על פי דין תורה, ולכן גם אילו מבחינה הלכתית אישה הייתה מנועה מלכהן בגוף כזה, לא היה בכך משום נימוק רלוונטי לעניין הרכב של גוף מנהלי. עוד הדגיש הוא כי החששות שהביעו המשיבים אינם שקולים כנגד עקרון היסוד של אי הפליית נשים.

המשנה לנשיא אלון, נושא דגל המשפט העברי, הקדיש חלק משמעותי מפסק דינו לדיון מקיף ומאלף בעמדות ההלכתיות בעניין בחירה אקטיבית ופסיבית של נשים, כלומר הזכות לבחור והזכות להיבחר לתפקיד ציבורי. המשנה לנשיא אלון הציג יריעה רחבה של עמדות הלכתיות בנושא, דעות השוללות מעורבות נשים בתפקידים ציבוריים לצד דעות שלא ראו מניעה כלשהי לכך. במסגרת סקירה זו ציטט המשנה לנשיא את דברי הרב יחיאל וויינברג בשאלה זו שנכתבו בשנת 1951, ולפיהם יש להניח את המחלוקת בין האוסרים לבין המתירים "לזמן שיבוא ויכריע" (עמ' 260). בפרספקטיבה היסטורית, ציין המשנה לנשיא אלון, אכן בא הזמן והכריע, שהרי נשים מכל גווי ציבור שומרי התורה והמצוות משתתפות בבחירות למוסדות המדינה. גם בשאלת זכות בחירה פסיבית הכריע הזמן לגבי רובו של ציבור שומרי התורה והמצוות, שהרי כהונתן של נשים דתיות בתפקידים ציבוריים הפכה לחיזיון נפוץ.

השופט ברק הצטרף לתוצאה שאלה הגיע המשנה לנשיא אלון, בהדגישו כי גם אם לפי ההלכה הדתית אישה אינה כשירה לשמש חברת מועצה, הרי ש"דיני הכשירות שבהלכה לחוד, ודיני הכשירות שבחוק לחוד" (עמ' 273). עוד קבע השופט ברק כי יש לפרש את חוק שירותי הדת באופן העולה בקנה אחד עם עקרון השוויון, וכי כל איוון בין האינטרסים הרלוונטיים חייב להתבסס על ההנחה בדבר שוויון.

בסמוך לאחר מכן ניתן פסק הדין בעניין פוריז (בג"ץ 953/87 פוריז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988)). במקרה זה כתב השופט ברק את חוות הדעת העיקרית, והוא ניתן בהסכמתם של השופטים שלמה לוין וחנוך אריאל. בפסק דינו שב וקבע השופט ברק כי התכלית בדבר הגשמת עקרון השוויון עומדת בבסיס כל הוראות הדין, ובכללן הוראות חוק שירותי הדת והתקנות בדבר בחירת רבני עיר. גם כאן קבע השופט ברק כי אין יסוד לתפיסות כי כשירותם של חברי האספה הבוחרת נקבעת על פי ההלכה היהודית, וכי מי שאינו כשיר על פי ההלכה לבחור ברב אינו כשיר לכך על פי החוק והתקנות. לכן גם אם לפי דין תורה אישה אינה כשירה לכהן באספה הבוחרת, הלכה זו אינה חלה במסגרת "החקיקה החילונית". השופט ברק ציין כי חזקת השוויון בין המינים (הבאה לידי ביטוי גם בחוק שיווי זכויות האשה) היא עקרון יסודי המדריך את פעולות הרשויות השלטוניות ומכוון אותן, ובכלל זאת בבחירת נציגים לאספה הבוחרת. השופט ברק הוסיף כי מועצת העירייה לא נתנה בהחלטתה משקל כלשהו לעקרון השוויון ונתנה משקל מלא ליעילות הבחירה, ועל כן מדובר ב"איזון לקוי ופגום, הפוסל את החלטתה של מועצת העירייה" (עמ' 338).

שני פסקי הדין הם פסקי דין מכווננים שהעלו על נס את עקרון השוויון עוד בטרם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

במבט ראשון קריאת פסקי הדין עשויה לעורר תהייה באשר לעצם הצורך בקיום דיון שכזה בישראל של סוף שנות השמונים של המאה הקודמת, שהרי העתירות הוגשו למעלה משלושה עשורים לאחר חקיקת חוק שיווי זכויות האשה. יתר על כן, גם ההיסטוריה החקיקתית של תקנות בחירות רבני עיר מלמדת כי ההגבלה ההיסטורית מימות המנדט על שיתוף נשים באספה הבוחרת רב עיר, הוסרה בידי מחוקק המשנה עוד במהלך שנות השבעים.

אבל המציאות מלמדת כי היה גם היה צורך בדיון והכרעה בשאלת כשירותן של נשים להימנות עם הגופים הסטטוטוריים שבמוקד פסקי הדין. דומה כי הצורך בקיומו של דיון כאמור נבע מהאופי של אותם גופים, אשר היה אפשר לראות בהם גופים מנהליים ייחודיים מחמת תפקידם כנותני שירותי דת על פי ההלכה. בהיותם כאלה, היו שסברו כי גם בכל הנוגע להרכבם יש להחיל נורמות הלכתיות נטענות. המדינה טענה בעניין שקדיאל כי "מסורת היא בישראל, שאין נשים מכהנות כחברות במועצות דתיות" (עמ' 233). משמעות הטענה היא כי גופים סטטוטוריים העוסקים בשירותי דת מושפעים מהדין הדתי, ובמובנים מסוימים נתונים למרותו עד כדי דחיקת עקרון השוויון, וכי העדר כשירות נטען לכהן בהם על פי ההלכה גובר על כשירות המועמדים לפי הדין הכללי, ובהם כללי הדין המנהלי. אם כן, השאלה שהובאה לפתחו של בית המשפט העליון בפסקי הדין בעניין שקדיאל ובעניין פוריז עוררה את שאלת גבולות השפעת הדין הדתי בישראל: האם ההלכה שעל פיה מתנהלים שירותי הדת והדין האישי במדינת ישראל יכולה להשליך – ולהתגבר – על הדין המנהלי ועל עקרון השוויון בנוגע להרכב של גופים סטטוטוריים שנועדו לספק את שירותי הדת?



התשובה שניתנה לכך בפסקי הדין הייתה חד-משמעית. בפסק הדין בעניין שקדיאל נקבע כי "אין כל דבר בחוק ובתכליתו, שממנו ניתן ללמוד, כי דיני הכשירות שבהלכה הם דיני הכשירות שבחוק, ועל-כן, אפילו על-פי ההלכה אין אישה כשירה לשמש כחברת המועצה, אין אישה בלתי כשירה לשמש במועצה הדתית על-פי חוק שירותי הדת. דיני הכשירות שבהלכה לחוד, ודיני הכשירות שבחוק לחוד" (עמ' 273; ההדגשה הוספה). ובפסק הדין בעניין פורז נקבע: "אפילו לפי דין תורה אין אישה כשירה לכהן באסיפה הבוחרת, אין הלכה זו תופסת במסגרת של 'חקיקה חילונית' כמו חוק השירותים הדתיים או התקנות" (עמ' 324). אם כן, בית המשפט קבע כי תחולת הדין הדתי בישראל מוגבלת אך ורק לתחומים שהוגדרו מפורשות בחקיקה, והבהיר כי אין בנורמות הלכתיות נטענות כדי להביא לדחיקת עקרון השוויון במעגלים שמחוץ לדל"ת האמות שהוגדרו בחוק, כגון מעורבות נשים בגופים סטוטוריים המעניקים שירותי דת. ההלכה שנקבעה בשני פסקי הדין, אשר הייתה אז חדשנית, פותחה בפסיקה לאורך השנים ויושמה גם בהקשרים אחרים, דוגמת העתירה שנסבה על בחירת מנהל לבתי הדין הרבניים (בג"ץ 8213/14 כהנא דרור נ' השר לשירותי דת (15.8.2017)). באותו עניין כתב המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין כי "בשעה (טובה) שבה נשים תופסות מקום של כבוד במגוון תפקידי השירות הציבורי, אין זה מתקבל על הדעת כי לא יינתן ביטוי הולם לייצוגן בהנהלת בתי הדין הרבניים. בפתיחת שעריו של בית הדין בפני נשים שתשמנה בתפקידים ניהוליים, יש ערך רב, כאמור, לא רק לציבור הנשים בכללותו כי אם גם לחיזוק מעמדו של בית הדין, שאמון הציבור בו הוא תנאי חיוני לתפקודו" (פסקה ל).

בשנת 2014 תוקנו התקנות החלות על בחירת רבני ערים,<sup>1</sup> וכעת הן מורות כי כ-30% לכל הפחות מחברי האספה הבוחרת יהיו נשים. מאז אותו תיקון לתקנות מונו רבני עיר רבים בהתאם להסדר שנקבע בהן, ובהם הרב הראשי הספרדי לירושלים (הרב שלמה משה עמאר). והינה המציאות מלמדת כי העובדה שחלק משמעותי מחברי האספה הבוחרת הן נשים, לא גרמה לרבנים מוערכים להימנע מהגשת מועמדות ולא גרמה לרבנות הראשית שלא לשתף עימם פעולה. אם כן, התברר כי לא היה ממש בחששות שהביעה המדינה בעניין פורז; וכך הם פני הדברים בנוגע לחששות שהובעו בעניין שקדיאל: מאז מכהנות נשים במועצות דתיות ומתן שירותי הדת לא נפגע.<sup>2</sup>

הינה כי כן, בפרספקטיבה של זמן אפשר להבחין בתהליך השינוי שהתרחש בעקבות פסקי הדין, ובמבט לאחור דומה כי ההתנגשות לכאורה בין ההלכה לשוויון שעמדה במרכזם של

1 תקנות שירותי הדת היהודיים (בחירות רבני עיר), התשס"ז-2007, כפי שתוקנו בתקנות שירותי הדת היהודיים (בחירות רבני עיר) (תיקון), התשע"ד-2014. ההפניה היא לתקנה 8(ב) בנוסחה המתוקן. ראו גם הוראות בעניין ייצוג הולם לנשים בס' 856 לחזור מנכ"ל המשרד לשירותי דת ע"ז (13.8.2017).

2 בשנת 2022 פרסם המשרד לשירותי דת מודעה הקוראת לנשים להיכנס למאגר המועמדים לתפקיד "ממונה במועצה דתית" ברחבי הארץ. ראו גם תקנות שירותי הדת היהודיים (תנאי כשירות ופסלות ואופן אישור הכשירות או הפסלות של מועמדים לתפקיד ממונים במועצות הדתיות), התשפ"ב-2022, הכוללות תקנה בדבר ייצוג הולם לנשים (תקנה 15).

פסקי הדין בעניין שקדיאל ובעניין פורז, לאו התנגשות הייתה. זאת כפי שהמניעה לכהונת נשים שנטענה כאילו "מסורת היא בישראל, שאין נשים מכהנות כחברות במועצות דתיות", לאו מניעה הייתה. כך עלה מהסקירה ההלכתית שבפסק דינו של המשנה לנשיא אלון. כמי שדגל בהרחבת תחומי השפעת המשפט העברי ובפרשנות מרחיבה לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, בחר השופט אלון לקרב בין שני צידי המשוואה "יהודית-דמוקרטית", ובכך הייתה גדולתו.

בסיום חוות דעתו כאילו צפה המשנה לנשיא אלון את המהפכה הנשית בעולם התורה שהייתה אז בשלביה הראשונים: "והלוא הדברים קל וחומר. לעניין לימוד תורה לאישה, מצויה הלכה מפורשת בתלמוד ובכל הפוסקים, שלא רק שפטורה היא מלימוד תורה אלא אף אסורה היא בלימוד תורה, ודין זה נסמך על לימוד מפסוק שבתורה – ולמדתם אותם את בניכם – ולא בנותיכם. אך בעקבות שינויים חברתיים-אידיאולוגיים מעמיקי התמורה שאירעו בדורות אחרונים, חל שינוי מהותי ומרחיק לכת בסוגיה זו, נקבע, שלא רק שאיסור אין, אלא האישה אף חייבת בלימוד תורה, ולא רק שלומדת היא לעצמה, אלא מלמדת היא אף בניהם של אחרים. ואם כך עלה בסוגיית לימוד תורה לאישה, קל וחומר שכך צריך שיעלה לעניין בחירת אישה על-ידי הציבור למילוי 'משימה' ציבורית, שלדעת הרוב המכריע של חכמי ההלכה אין לכך כל איסור מפורש בהלכה התלמודית גופה... ואם חל שינוי כה מהותי כביטול האיסור החמור של לימוד תורה לאישה בעקבות תמורות חברתיות ואידיאולוגיות, על שום מה לא יחול שינוי, שהוא הרבה פחות מהותי, בעקבות אותן תמורות חברתיות אידיאולוגיות גופן, ואישה תהא רשאית לכהן כחברה במועצה דתית? ... והאם אין במניעת אפשרות כהונתה של אישה זו במועצה דתית דווקא, שעה שלוקחת היא חלק פעיל בתחומים חינוכיים, לימודיים, תרבותיים, חברתיים ופוליטיים שונים משום עלבון קשה לכבודה ולמעמדה כאישה דתית דווקא? למלא תפקידים מתפקידים ציבוריים בכל תחומי החיים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים – כן, אך למלא תפקיד ציבורי בגוף ציבורי שדואג לאורחות חייה הדתיים – לא?" (עמ' 268).

פסקי הדין בעניין שקדיאל ובעניין פורז הם מפסקי הדין שבהם זיהה בית המשפט את גודל השעה ואת הבשלתם של תהליכים בקרב ציבור הנשים שומרות תורה ומצוות ובחברה הישראלית בכללותה. לא זו בלבד שהדרת נשים מגופים האמונים על מתן שירותי דת היא הפליה אסורה, אלא שהמעורבות של נשים במתן שירותי דת שעה שהן עצמן צרכניות מרכזיות של שירותים אלה, היא מעורבות חיובית ואף חיונית, לא רק לנשים המבקשות להשתתף בכך אלא לחברה כולה. מעורבות זו מעניקה משמעות ותוקף להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. בזמן שחלף מאז מתן פסקי הדין אפשר לחזות בעוצמת המהפכה שעברו ציבור הנשים שומרות תורה ומצוות, אשר אינן מסתפקות רק במעורבות בגופים מנהליים האמונים על מתן שירותי דת ובשותפות בהם, אלא מבקשות להן חלק מהותי בעולמה של תורה. כפי שחזה המשנה לנשיא אלון, ה"יהודית" וה"דמוקרטית" יכולות – וצריכות – לצעוד יד ביד.



# הפרדת רשויות ודיני דמוקרטיה



# הלכת דרעי-פנחסי: הגשת כתב אישום ופסלות לכהונה

בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5)  
404 (1993)

בג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת  
ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993)

## דורית ביניש

בשיח המשפטי, בשיח הציבורי ובשיח החברתי התקבע המושג הלכת דרעי-פנחסי בתור אבן  
דרך משמעותית בפיתוח הנורמות של המשפט הציבורי.

ההלכה בענייניו של השר דרעי ובענייניו של סגן השר פנחסי יצאה מלפני בית המשפט  
העליון בשני פסקי דין שניתנו בשנת 1993 בהרכב מורחב של חמישה שופטים. מאז ועד  
היום זכתה ההלכה לפרשנות ולהתייחסות בפסקי דין שבהם נדונו סוגיות של פסילה מכהונה  
ציבורית. החידוש המרכזי של שני פסקי דין אלה נוגע ליצירת נורמות במרחב הציבורי בכל  
הקשור להפסקת הכהונה של נושאי תפקידים שסטו מהשורה ושהתגבשו ראיות מנהליות נגדם  
באופן שאפשר לייחס להם עבירה פלילית ולהעמידם לדין בגינה.

כדי לרדת לעומקה של ההלכה מן הראוי לעמוד בתכלית הקיצור על העובדות שהיו ברקע  
אותה פסיקה. הימים היו ימי ממשלת רבין, והשר דרעי כיהן בה בתפקיד שר הפנים מטעם  
מפלגה שותפה לקואליציה. נגד השר דרעי הוכן כתב אישום שייחס לו עבירות של קבלת  
שוחד והפרת אמונים ועבירות נוספות לנוגעות לטוהר המידות. כתב האישום הוגש לכנסת  
לשם הסרת חסינותו. התנועה לאיכות השלטון עתרה לבית המשפט הגבוה לצדק בטענה כי  
"הנורמות המשפטיות והציבוריות הראויות מחייבות הפסקתה על אתר של כהונתו של השר".  
עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה דומה לזו של העותרת, ובשמו נטען בבית המשפט  
שעד לתום המשפט הפלילי של השר יהיה מנוגד לעקרונות יסוד של משפט וממשל כי דרעי  
יוסיף לכהן בתפקיד שר בממשלה. העמדה של היועץ המשפטי לממשלה הובאה לידיעת ראש  
הממשלה בטרם התקיים הדיון בעתירה, אבל ראש הממשלה סירב לקבל עמדה זו. לשיטתו  
של ראש הממשלה, הוא קיבל התחייבות בכתב מדרעי בעת הרכבת הממשלה כי אם יוגש כתב

1 הכותבת שימשה באותה עת בתפקיד פרקליטת המדינה וייצגה את המדינה בשתי העתירות.

אישום נגדו לבית המשפט הוא ישעה עצמו מהממשלה. ראש הממשלה מצידו התחייב שלא להפעיל את סמכותו ולהפסיק את כהונת השר, אלא אם כן ימולאו התנאים שנקבעו במכתב של דרעי, היינו אם – ועם – הגשת כתב האישום לבית המשפט. ראש הממשלה ביקש למסור את עמדתו זו לבית המשפט והוסיף כי יש בעמדתו כדי להגן על נורמה ציבורית בעלת חשיבות, והיא האמינות של ראש הממשלה המקיים את התחייבותו. עוד העלה ראש הממשלה טענה משפטית ולפיה יש להבדיל בין נבחרי ציבור לעובדים אחרים שחל עליהם חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963. מטעמו נטען עוד כי חוק יסוד: הממשלה אינו מסדיר את נושא ההעברה מתפקיד של שרים או סגני שרים עקב חקירות או הרשעות פליליות. לפיכך, לטענתו, ההסדר שבחוק הוא הסדר שלילי ואין הוראת דין מחייבת בעניין זה.

במרכז הדיון עמד הסעיף המסמיך את ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו, שקבע באותה עת: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו"<sup>2</sup>. לעניין סגן שר היה סעיף בנוסח דומה, וזה נדון בעניינו של פנחס<sup>3</sup>.

העתירה בעניינו של דרעי התבררה כאשר הדיון בכנסת בהסרת חסינותו טרם הסתיים. את פסק הדין בעתירה זו כתב הנשיא שמגר והוא התמקד בשני נושאים: ראשית, התוקף המשפטי של ההתחייבות שקיבל על עצמו ראש הממשלה כלפי השר דרעי; שנית, מהות הסמכות של ראש הממשלה לפי הסעיף בחוק יסוד: הממשלה הדין בהעברת שר מתפקידו (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993), המכונה כאן פרשת דרעי).

בנושא הראשון קבע בית המשפט מפי הנשיא שמגר כי התחייבות להגביל מראש את הסמכות להעביר אדם מתפקידו בכנסת, בממשלה, בשירות המדינה, בתאגיד שהוקם בחוק, בחברה ממשלתית או בכל גוף ציבורי אחר, נוגדת את ההוראות המפורשות והברורות של סעיף 13 לחוק יסוד: הממשלה ואינה מתיישבת עם העקרונות הכלליים של המשפט המנהלי: "כבילת הסמכות נוגדת את התכלית החקיקתית של הענקת הסמכות, לפיה נמסרת לראש הממשלה הסמכות להעביר מתפקיד, כאשר הנסיבות העולות לפניו מצדיקות או אף מחייבות זאת, ואין עליו סייג ואין לגביו תנאי, אלא הצורך הענייני להשתמש בסמכותו למטרתה" (עמ' 416).

עוד קבע הנשיא שמגר כי החוק השאיר לבעל הסמכות הסטטוטורית את חופש שיקול הדעת כדי שיוכל להפעיל את סמכותו בדבר העברת אדם מתפקידו, למטרתה ולשם הפעלתה כאשר הדבר נדרש, לפי שיקולים לגוף העניין. בהפעלת כוחו ולמנות ובהפעלת כוחו להעביר מן התפקיד פועל בעל הסמכות בתור נאמן הציבור. משמעות הדבר היא כי סמכות המינוי או

2 סעיף 21א לחוק יסוד: הממשלה בנוסחו באותה עת. כמפורט בהמשך, בשנת 2001 נכנס לתוקף נוסח חדש של חוק יסוד: הממשלה.

3 סעיף 36א לחוק יסוד: הממשלה, גם כן בנוסחו באותה עת.

ההעברה מהתפקיד, מן הראוי שתופעל בהגינות, ללא שיקולים זרים ולטובת הציבור. זו מהות שיקול הדעת המסור לראש הממשלה למנות ולהעביר מכהונה. כך, בית המשפט פירש את סמכות ראש הממשלה בנושא הפיטורין בתור סעיף הקובע סמכות שבשיקול דעת.

אבל גם סמכות שבשיקול דעת אינה נטולת מסגרת נורמטיבית, וחלים על השימוש בה כל הכללים הנוגעים להפעלת שיקול דעת מנהלי. עם הענקת הסמכות לבעל התפקיד קמה החובה להפעילה. לפיכך גם כאשר הסעיף המסמיך נוקט לשון "רשאי", משמעות הדבר כי בעל הסמכות "חייב" להפעילה בנסיבות מסוימות. לענייננו סמכות הרשות הופכת לסמכות חובה כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי הפעלת הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין.

לפיכך נקבע שהבטחה שלטונית שלא להשתמש בסמכות להעביר נושא משרה מהתפקיד, אין לה תוקף. ליבת ההחלטה היא כי על בעל הסמכות להפעילה למטרתה ולהימנע משיקולים זרים: "שיקולים פרלמנטריים פוליטיים יכול שיהיו לגיטימיים בנסיבות נתונות, אך יש לבחון אותם תוך איזון נאות עם יתר השיקולים; כאשר בין יתר השיקולים כלולה העובדה שיש ראיות לכאורה כי בוצעה עבירה על-ידי חבר בממשלה, יש לרלוואנטיות לחומרתה של העבירה. ככל שהעבירה חמורה יותר, פוחת משקלם של כל השיקולים האחרים" (עמ' 423).

אי הפעלת הסמכות יכולה להיחשב בנסיבות מסוימות לבלתי סבירה: "העבירות המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן, ואי הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי סבירות קיצונית... הפגיעה באמינות השלטון עקב אי העברה מהתפקיד של מי שמואשם בעבירות חמורות של שחיתות, היא חמורה בהרבה מן הפגיעה באמינות עקב אי קיום הבטחה שהחוק אסר מעיקרו את נתינתה" (עמ' 424).

אשר על כן נפסק על דעת ההרכב כולו כי יש להצהיר שמן הדין שראש הממשלה יפעיל את סמכותו לפי חוק יסוד: הממשלה ויעביר את השר דרעי מכהונתו.

עניינו של סגן השר פנחס נדון לפני אותו הרכב שופטים. הדיון התקיים כמה ימים לאחר הדיון בעניין דרעי והיה בבחינת דיון המשך. הסוגיות המשפטיות היו דומות ועל כן היה מכנה משותף לשני המקרים (בג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993), המכונה כאן פרשת פנחסי). נגד פנחסי, שהיה חבר כנסת וסגן שר, גובש כתב אישום שייחס לו עבירות של רישום כוזב במסמכים והגשת דוחות כוזבים למבקר המדינה. העבירות היו נגועות במרמה אבל לא בנטילת כספים לכיסו. הכנסת סירבה להסיר את החסינות של פנחסי<sup>4</sup> ולפיכך היה ברור שבתקופת כהונתו בכנסת לא יוגש נגדו כתב אישום שיאפשר לקבוע אם הוא אשם.

את פסק הדין כתב השופט ברק, שעמד על הדמיון והשוני בין הפרשה שלפניו לעניין דרעי. ברק עמד על כך שהעבירות במקרה זה חמורות פחות, ועם זאת קבע כי בשני המקרים נפגע

4 ראו רשימתו של אלעזר נחלון בספר זה, עמ' 227.



אמון הציבור מהמשך הכהונה. הנסיבות המבדילות את עניינו של פנחסי מעניינו של דרעי הן בכך שלא נטל כספים לכיסו, ובכך שהוא אינו צפוי להרשעה באותו שלב כיוון שחסינותו לא הוסרה. אבל לחומרה, בהיותו נושא משרה ציבורית בכירה פעל פנחסי להונאת מבקר המדינה, וזו מעילה באמון ובאמינות. בנסיבות אלה על הגורם בעל הסמכות לשקול את מגוון השיקולים הרלוונטיים, ובהם בעיקר השפעת המשך הכהונה על אמון הציבור בשלטון.

פסק הדין עמד על ההבחנה בין כהונה בתור חבר כנסת לכהונה שהיא חלק מהרשות המבצעת. בהתחשב בחוסר האפשרות הדיונית לברר בבית המשפט את הטענות הנוגעות לעבירות שיש עימן קלון, נפגם אמון הציבור במוסדות השלטון ואין עוד הצדקה להמתין לתום הכהונה לאחר זמן ממושך. בפסק דינו התייחס בית המשפט גם למצב שנחשף לפניו ובו עמדתו של ראש הממשלה, כפי שהובאה לידיעתו, לא עלתה בקנה אחד עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה. בעניין זה קבע בית המשפט כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את ראש הממשלה, ולפיכך היא גם העמדה המייצגת אותה בבית המשפט. הטעם לגישה זו נעוץ בהשקפה כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת. טענותיו לפני בית המשפט מבטאות את תפיסתו המשפטית. עם זאת, בהיותו רשות שלטונית גם היועץ המשפטי לממשלה כפוף לחוק ונתון לביקורת שיפוטית (עמ' 473).

על יסוד כל אלה ובהתאם לנורמות שנקבעו בעניין דרעי, הגיע בית המשפט למסקנה דומה ולפיה על ראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולהפסיק את הכהונה. כל שופטי ההרכב הצטרפו למסקנה וניתן צו החלטי.

לפסקי הדין ולהנמקה ניתנו במשך השנים פרשנויות שונות. הנורמה שנקבעה בהם נדונה בשורה של פסקי דין, גם אלה הנוגעים למינוי לכהונה או להפסקתה ולא רק בהקשר של סעיף ההסמכה בחוק יסוד: הממשלה. כך למשל כאשר בית המשפט דן בתפקידים שאינם בממשלה עצמה, כמו ראשי ערים נבחרים ואחרים.<sup>5</sup> עם זאת, נמתחה גם ביקורת על משמעות ההלכה ותוקפה מצד אלה שמבקשים לצמצם את עילת הביקורת המנהלית של אי סבירות.

מנקודת מבטי אפשר לומר שהשימוש בעילת הסבירות בביקורת השיפוטית בנסיבות הלכת דרעי-פנחסי אינו מרכזי הכובד של ההלכה. הנשיא שמגר והשופט ברק הבחינו בין תנאי הסף הנוגעים לכשירות למינוי, לבין הפעלת שיקול הדעת באופן שלא ניתן משקל הולם לשיקולים הענייניים תוך העדפת שיקולים פוליטיים שאינם מבטאים נכונה את הערכים הרלוונטיים. אין מדובר בעילה משפטית עמומה אלא באי סבירות קיצונית, עילה מוכרת משכבר הימים. נקבע כי כאשר שיקול דעת מנהלי מופעל, יש לשאול מהו המשקל הראוי שיש לתת לשיקולים השונים המובאים בחשבון כאשר בוחנים המשך כהונה של מי שגובש נגדו אישום פלילי: "איוון הוא פעולה נורמטיבית. היא נועדה לשקף את ערכם החברתי של ערכים ואינטרסים במכלול

5 בג"ץ 4921/13 אומ"ץ - אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סו(3) 135 (2013).

הערכים החברתיים. אין היא פרי תפישותיו הסובייקטיביות של השופט. היא ביטוי לתפישותיה האובייקטיביות של החברה" (פרשת פנחסי, עמ' 465-466).

הערכים והאינטרסים שיש להביא בחשבון הם חלק מהמשפט גם כשאינם מופיעים מפורשות בחקיקה. במסגרת האיזון בין השיקולים השונים יש לתת משקל רב לשיקול בדבר אמון הציבור במערכת השלטון ובערכים שעליהם בנויה שיטת השלטון והמשפט. פסקי הדין אינם קובעים ערכים מוחלטים. נקבע בהם כי יש לפעול מתוך רגישות למהות התפקיד, לאפיונו ולתכונותיו. השופט ברק הדגיש שהשיקול של אמון הציבור אינו השיקול היחיד. בין היתר הוא ציין שלא הרי תפקיד שהציבור בחר באדם למלאו, כגון תפקיד של חבר כנסת, כהרי משרה שאדם התמנה לה כחלק ממעשה השלטון.

פסקי הדין נעים סביב הציר של שמירה על אמון הציבור, שמשמעותו במובן הרחב היא האמון במוסדות השלטון. אמון הציבור במובן זה אינו נמדד בפופולריות ובמשאלי דעת קהל. הכוונה לערך של נאמנות הציבור לעקרונות הממשל וחוקיותם כשהוא מבוסס על נאמנות רשויות השלטון ומנהיגיו לתפקידם בתור שליחי ציבור המקיימים את חובת הנאמנות בינם לציבור שנושא אליהם את עיניו. אמון הציבור, מושג שאנו מרבים להשתמש בו בלי להגדירו, מבוסס על הכרה בערך האובייקטיבי של האמינות והמהימנות, שהן חלק בלתי נפרד ממערכות שלטוניות וממסדיות בשיטת המשטר שלנו.<sup>6</sup>

נראה כי אפשר לראות בפסקי הדין מסר ולפיו, מוסדות השלטון אינם יכולים לתפקד ולמלא את שליחותם הציבורית שעה שעבירות שעל פי טיבן יש בהן קלון מיוחסות לנושאי התפקידים ברשות המבצעת. בית המשפט, המופקד על השלטת ערכי המשפט, אינו יכול להשלים עם מציאות שבה יש אישור לכהונה של נושא משרה שיש ראיות מנהליות מספיקות להיותו מעורב במעשה שחיתות או בעבירה שיש עימה קלון, והכול על דעת הגורם הממנה.

מאז פסקי הדין שקבעו את ההלכה, שבה ועולה שאלת תחולתה על נסיבות שונות על פי מהות התפקיד: שרים בממשלה, סגני שרים, ראשי רשויות מקומיות – בנסיבות של ראיות מנהליות לקיומן של עבירות, תוך בחינת הסמכות להפסקת כהונה או למינוי.

לאחר שניתנו פסקי הדין נחקק בשנת 2001 נוסח חדש של חוק יסוד: הממשלה, ובו נכלל הסדר מפורש שעניינו אי כשירות לכהונה עקב הרשעה שיש עימה קלון. בעקבות תיקון החוק התעוררה השאלה האם מכך שהחוק שותק בנוגע למצב שבו נושא המשרה טרם הורשע, אפשר ללמוד כי ישנה המצב המשפטי שנקבע בהלכת דרעי-פנחסי.

בסופם של הדיונים בנושא הדעה שהתקבלה על דעת רוב שופטי בית המשפט העליון היא שהלכת דרעי-פנחסי לא בוטלה והיא בתוקף. המחלוקות בפסיקה בעניין זה מתייחסות רק לנסיבות המצדיקות את החלטה. השאלה עלתה גם בעתירה שהוגשה נגד האפשרות של הטלת

6 הרחבתי בעבר על גישתי בעניין זה: דורית ביניש "אמון הציבור במערכת המשפט – הרצאה בכנס השנתי לזכרו של אמנון ליפקין-שחק" *ICON-S-IL Blog* (27.6.2021).

הרכבת הממשלה על נאשם בפלילים (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה 6.5.2020 ו-27.5.2020)). באותו עניין נקודת המוצא לדיון הייתה שההלכה עומדת על כנה, אלא שהחלטה על תפקיד ראש הממשלה, שמשליך על המערכת הפוליטית באופן אחר, אמורה להיות שונה. כך הנשיאה חיות התייחסה לסוגיה זו: "לא למותר לציין כי בניגוד לטענות שהועלו בפנינו במהלך הדיון, הלכה זו בכל הנוגע למינוי ולהעברה של שרים מתפקידם, ממשיכה לחול גם לאחר חקיקת חוק יסוד: הממשלה החדש משנת 2001" (פסקה 9 לפסק דינה). וכן השופט עמית: "אקדים ואומר כי אני מסכים עם חברתי הנשיאה, כי הלכת דרעי-פנחסי עדיין חיה ובוועט... חזקה על המחוקק המכונן כי אילו ביקש לבטל את הלכת דרעי-פנחסי, היה עושה זאת במילים מפורשות" (פסקה 6 לפסק דינו).

אם כן, אפשר לומר כי להלכת דרעי-פנחסי שמור מקום מרכזי בהתוויית הנורמות המשטריות והציבוריות שלנו. לצד זאת, נוכח מכלול השאלות העולות בנסיבות שונות מתעורר צורך בבסיס הנורמות הציבוריות הראויות. בעניין זה התבטאה השופטת דפנה ברק-ארז בפסק הדין שעסק בעניינו של ראש הממשלה: "טוב יהא אם המצב המשפטי בסוגיה שבמחלוקת יובהר באמצעות תיקון מתאים לחוק יסוד: הממשלה. החלה של תיקון כזה באופן שצופה פני עתיד בלבד... יכולה להעביר מסר ערכי חשוב... מכל מקום, אף ללא תיקון כזה, ניתן לצפות ולקוות שחברי הכנסת יביאו בחשבון גם שיקולים ערכיים הנוגעים להתאמתו של מועמד לתפקיד ראש הממשלה. ההתחשבות בכך היא חלק ממערכת הערכים של המשפט הישראלי והחברה הישראלית כולה" (פסקה 23 לפסק דינה).

גם אני בדעה כי נותר מקום לפיתוח ההלכה בידי בית המשפט ולהתאמתה לנסיבות השונות והמשתנות. אבל חשוב מכול, ראוי שהמחוקק ייתן דעתו לצורך בקביעת הנורמות בחוק יסוד: הממשלה ויגדיר את שיקול הדעת, את היקף פריסתו ואת תחולתו.

## שפיט או לא שפיט? גם זו שאלה

בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801 (1951)

בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988)

### נעם סולברג

בסבך "עילות הסף" שהלכו ונשתרשו במשפטנו, ושעל סמכּן עשוי בג"ץ לדחות עתירה על הסף מבלי לקיים בה דיון לגופו של עניין – נחבאת אל הכלים, מבוישת קמעא, עילת אי השפיטות. השימוש בה הולך ופוחת מדור לדור.

ניכרת לעין הבחנה בין עילת סף זו לעילות הסף ה"רגילות". בשונה מאלה האחרונות, שעניינן בפגמים שנפלו בעתירה גופה או בהתנהלות העותר (למשל שיהוי, אי ניקיון כפיים, אי מיצוי הליכים), קביעה שיפוטית כי העתירה לא שפיטה, אינה מעידה בהכרח על פגם שנפל בהתנהלות העותר או באופן שבו ניסח את עתירתו; מרכז הכובד איננו שם, אלא בבית המשפט: העדר נכונות מצד בית המשפט לדון בסוגיה נושא העתירה, אם נמצא כי היא נוגעת בהכרעות פוליטיות, מדיניות, חברתיות-ציבוריות, המסורות במובהק לשיקול דעתן של רשויות המדינה האחרות, דוגמת הממשלה, הכנסת או נשיא המדינה. במילים אחרות, אם מתקיימות עילות הסף ה"רגילות", אזי עשויה העתירה להידחות מבית המשפט והלאה מחמת פגמיה; לעומת זאת, אם נמצא כי עניינה אינו שפיט, בית המשפט ייסוג לאחור, ירחיק עצמו ממנה, גם אם בה כשלעצמה לא נפל פגם; וזאת לשם שמירה על עקרון הפרדת הרשויות ובהתאם לתפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית.

אבקש אפוא לתור אחר אותה עילה חמקמקה שכמעט שנשתכחה, אנסה לתהות על קנקנה. עילת אי השפיטות – ימיה כימי המדינה. לראשונה נדרש בית המשפט העליון לעילה זו בראשית שנות ה-50, בעתירה נגד נשיא המדינה אז, ד"ר חיים וייצמן: כנסת ישראל הראשונה הביעה אי אמון בממשלת ישראל השנייה. ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, נאלץ להגיש לנשיא המדינה הודעה בדבר התפטרות הממשלה. לאחר שהוגשה, נועץ הנשיא עם נציגי הסיעות בכנסת וביקש מראש הממשלה "לעשות מאמץ חדש על מנת למצוא פתרון יציב ונאות במסגרת הכנסת הנוכחית ולהקים ממשלה חדשה, שתיהנה מתמיכת הרוב בכנסת זו. יודע אני שלא קל התפקיד הזה לך במצב הנוכחי, אולם משוכנע אני, שמחובתי לבקש זאת מידך. אני מבקשך להעביר פנייתי זו לידיעת שאר הגורמים, שעמם תבוא בדברים ולהביע את תקוותי, שישתפו פעולה עמך למען השגת הסדר בריקיימא ונאות – ואני תפלה שתצליח". ראש הממשלה

השיב: "אם אתה, אדוני הנשיא, רואה סיכוי להקמת ממשלה, שתיהנה מאימון הרוב בכנסת, הרי עליך לפנות לאחד מנציגי הסיעות שהצביעו נגד הממשלה הנוכחית. אם יצליח איש מהם להקים ממשלה, אמסור לו מקומי בנפש חפצה ואאחל לו מקרב לב הצלחה בעבודתו. אם דבר כזה לא ייתכן... הרי פועל הסעיף 11(ד) של חוק המעבר, תש"ט-1949, המחייב את הממשלה הנוכחית, שיש לי הזכות לעמוד בראשה, להמשיך בתפקידיה עד היכון ממשלה חדשה לאחר הבחירות". נוכח תשובה זו הודיע הנשיא ליושב ראש הכנסת, יוסף שפרינצק, כדברים האלה: "לאחר תשובתו של מר בן-גוריון ולאור התוצאות של ההתיעצויות עם נציגי הסיעות בכנסת הגעתי לידי מסקנה שהממשלה שהתפטרה תמשיך בתפקידיה בהתאם לחוק המעבר עד היכון ממשלה חדשה לאחר הבחירות".

שניים מחברי הכנסת הראשונה – עֵרִי ז'בוטינסקי והלל קוק – עתרו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ וטענו כי הנשיא הפר את חוק המעבר ופגע פגיעה קשה בכנסת בקובעו כי הממשלה היוצאת תוסיף לכהן עד לאחר הבחירות, מבלי לנסות להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חברי כנסת אחרים זולת בן-גוריון. הגם שניתן לאפשר לממשלה יוצאת לכהן עד לאחר שתיבחר כנסת חדשה, הרי שלפי סעיף 9 לחוק המעבר: "לאחר התיעצות עם נציגי סיעות בכנסת יטיל נשיא המדינה על אחד מחברי הכנסת את התפקיד להרכיב את הממשלה". בעתירה נטען כי יש להבחין בין מצב דברים רגיל, שבו הכנסת והממשלה ממלאות את ימיהן, והממשלה היוצאת מוסיפה לתפקד עד לאחר הבחירות, למקרה שבו הופע אי אמון בממשלה היוצאת, שאז אין לאפשר לה להוסיף לכהן, אף לא עד למועד הבחירות. מאחר שכך, היה על הנשיא להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על ח"כ אחר מן הכנסת הנוכחית. לדבריהם, הותרת ממשלה זמנית שכזו על מכוונה שוללת מן הכנסת אפשרות להביע בה אי אמון, שהרי כבר "זכתה" לאי אמון. המשך כהונתה מעניק לה היתר משתמע לפעול כראות עיניה, מבלי להתחשב בדעת הכנסת.

חיים כהן, היועץ המשפטי לממשלה אז, התייצב בבג"ץ וביקש להשמיע את עמדתו בסוגיה, משום שהדין בעתירה נוגע לזכויות של הממשלה ועלול לפגוע באינטרס הציבורי. טענה מקדמית טען, כי בית המשפט איננו מוסמך לעסוק בסוגיה נושא העתירה; כי היא אינה מתאימה להכרעה שיפוטית.

בפסק הדין שניתן הידוע כעניין ז'בוטינסקי (בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה' 801 (1951)) השווה הנשיא זמורה בין הדין הנוהג בישראל, לזה שבארצות הברית והביא מדברי השופט פרנקפורטר: "בית-דין פדרלי ייזקק לסכסוך רק, אם זה 'ניתן להכרעה שיפוטית'... פנייה אל הרשות השיפוטית של בתי-הדין הפדרליים אפשרית רק במסיבות אשר לפי חוש המומחיות של המשפטן מהוות 'ענין או סכסוך'. ההיקף והתוצאות של הבקורת המופקדת בידי הרשות השיפוטית, על פעולה אקסקוטיבית ולגיסלטיבית מחייבים אותנו לשמור את התחומין האלה בקפדנות יתרה". הנשיא זמורה ציין: "אני מוצא כאן ביטוי מוצלח ביותר להגדרת התחומין של הכח השיפוטי. אין לשאוב את התשובה לשאלה, מה הם העניינים

שהנהלת הצדק דורשת הכרעה בהם, מן הים הגדול של יחסים פילוסופיים, דתיים ומוסריים, כי זה ירחיב את התחומין לכל דבר הדרוש לתיקון העולם. מצד שני אין להגדיר כאן תחומין לפי שיטה גיאומטרית טהורה. יש הודאה כנה מצד השופט המלומד בחוסר האפשרות השכלית של הגדרה מדוייקת ומוחלטת, בהשליכו את יהבו על מה שהוא קורא... חוש המומחיות של המשפטן... בהכרתנו המשפטית-השיפוטית נצטרך למצוא את התשובה לשאלה, אם נדרשנו להכריע בענין שהוא תוך תחום השיפוט או מחוצה לו" (עמ' 813; ההדגשה הוספה). בהתאם נקבע כי "הבקשה הנדונה יוצאת לגמרי מן התחומין הקבועים לרשות השיפוטית. בכלל, כל דבר התפקיד להרכיב ממשלה... כשמפעילים כלפיו את 'חוש המומחיות של המשפטן' - נמצא לא justiciable, אינו ניתן להכרעה שיפוטית. יש כאן יחסים שלפי טיבם הם מחוץ לתחום השיפוטי; הם שייכים ליחסים בין נשיא המדינה, הממשלה והכנסת, היינו לרשויות האקסקוטיביות והפרלמנטריות... אילו נענינו לבקשת המבקשים, היינו עוברים את התחומים של הרשות השופטת והיינו דורכים על שטח פוליטי ואקסקוטיבי... 'לבית משפט זה אין כל שאיפה לכוח כזה'" (עמ' 814-815). נפסק אפוא כי "השאלה שהובאה לפנינו נוגעת לסמכויות האקסקוטיביות והפוליטיות של הנשיא ואינה בתחום הרשות השופטת. אנו דוחים איפוא את הבקשה מחוסר סמכות" (עמ' 815).

לימים שבה עילת אי השיפוט ונבחנה לעומקה באחד מפסקי הדין שניתנו לגבי פטור מגיוס לבני ישיבות, הידוע כעניין רסלר (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988)). לדעת השופט ברק, הגישה המשתמעת מעניין ז'בוטינסקי, שלפיה אי שפיטות משמעה העדר סמכות - יסודה בטעות. בית המשפט נדרש לבחון אם, אף שישנה סמכות לדון בה, העתירה ראויה לדיון שיפוטי בשני מובנים: שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית. "השפיטות הנורמטיבית באה להשיב על השאלה, אם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד לפני בית המשפט", קרי - היא נועדה לבחון אם לבית המשפט נתונים כלים משפטיים מתאימים המאפשרים לו לדון בסכסוך שהובא לפניו; לעומת זאת, "השפיטות המוסדית באה להשיב על השאלה, אם בית המשפט הוא המוסד הראוי להכרעה בסכסוך, או שמא ראוי לו לסכסוך שיוכרע בידי מוסד אחר, כגון הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת", אף שיש בכוחו של בית המשפט לעשות כן באמצעות הכלים שברשותו (עמ' 474). הווי אומר, שאלה אחת היא מה אפשרי מבחינה משפטית, ושאלה אחרת היא מה ראוי לעשות. הלכה למעשה, כך השופט ברק, המובן הראשון מתקיים תמיד: "אין פעולה, שהמשפט לא חל עליה. כל פעולה נתפסת בעולם המשפט... כל דבר הוא 'עניין משפטי', במובן זה שהמשפט קובע לגביו עמדה, אם מותר הוא או אסור" (עמ' 477). לשיטתו, מאחר שעל השלטון לפעול בסבירות, הרי שחריגה ממתחם הסבירות עשויה להיות נתונה לביקורת שיפוטית, גם כאשר מדובר בהחלטה הדורשת מלאכת איזון מורכבת, דוגמת הכרעה פוליטית, מקצועית וכיוצא באלה. אליבא דשופט ברק, גם יציאה למלחמה או עשיית שלום הן החלטות שיפוטיות, שכן גם אלה מונחהות בידי נורמה כלשהי שאפשר לבחון באמות מידה משפטיות.

בהתייחס למובן השני - השפיטות המוסדית - מציין השופט ברק כי השאלה מה ראוי לכירור משפטי, ומה איננו ראוי, אינה פשוטה כלל ועיקר. משום שבית המשפט מוסמך לפרש את החוק ואת גבולותיו, מחובתו גם לבחון את חוקיות פעולות הרשות השלטונית: "השאלה החשובה אינה כבודה של רשות זו או כבודה של רשות אחרת. השאלה החשובה היא כיבודו של החוק. כשלעצמי, איני יכול לראות כיצד העמדת רשות שלטונית על כיבוד החוק יש בה כדי לפגוע ברשות זו או לשבש את היחסים בינה לבין הרשויות האחרות" (עמ' 490). השופט ברק התייחס לאפשרות שבית המשפט יתערב בהכרעות הכרוכות בעניינים פוליטיים: "אין דבר בעקרון הפרדת הרשויות שיש בו כדי להצדיק שלילת ביקורת שיפוטית על פעולות שלטון, יהא אופיין אשר יהא, ויהא תוכנו אשר יהא. נהפוך הוא: עקרון הפרדת הרשויות הוא המצדיק ביקורת שיפוטית על פעולות השלטון, גם אם הן בעלות אופי פוליטי, שכן הוא מבטיח, כי כל רשות תפעל כדין ברשותה שלה, ובכך תובטח הפרדת הרשויות" (עמ' 491-492). גם אין בכך משום פגיעה בדמוקרטיה, שכן במשטר דמוקרטי נדרש לאזן בין שלטון הרוב לזכויות היחיד, וכזאת יעשה באמצעות בית המשפט. אשר לחשש מפני פוליטיזציה של המשפט: "כאשר שופט בוחן את חוקיותה של הכרעה פוליטית, אין הוא נותן ידו - לא לחיוב ולא לשלילה - לגופה של אותה הכרעה... הוא בודק אך את חוקיותה על-פי אמות מידה משפטיות. בכך הוא ממלא את תפקידו הקלאסי... לא את האידיאולוגיה שלו מביע השופט, אלא את תפיסתו המשפטית באשר לחוקיותה של האידיאולוגיה. עיסוק כזה באידיאולוגיה לגיטימי הוא לרשות השופטת" (עמ' 492-493). אליבא דשופט ברק, הימנעות בית המשפט ממילוי תפקידו, מחשש לפוליטיזציה, היא שמביאה עימה היבטים פוליטיים, ושעלולה לפגוע בשלטון החוק ובאמון הציבור בו. עילת אי השפיטות המוסדית בעייתית מאוד, לשיטתו, יסודותיה רעועים, והשימוש בה יעשה "רק במקרים מיוחדים, שבהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט". רשימת המקרים האפשריים אינה סגורה, והיא נקבעת "על-פי ניסיון החיים השיפוטי ועל-פי חוש המומחיות של השופט" (עמ' 496). עד כאן דבריו.

ההבחנה בין השפיטות הנורמטיבית לשפיטות המוסדית מקובלת על הנשיא שמגר חרף הסתייגותו מדברי השופט ברק, שלפיהם "אין לך נושא שאינו שפיט, וכל נושא יכול להיות נדון בבית-משפט" (עמ' 518). אומנם באמצעות תורת הסבירות אפשר להעביר תחת שבת הביקורת השיפוטית כל פעולה של הרשות השלטונית, גם הכרעות גורליות מתחום יחסי החוץ והביטחון; אך אליה וקוץ בה, שכן גישה זו עלולה לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות, ולהפר את האיזון העדין ביניהן: "אם התיאוריה, המאפשרת דיון בערכאות השיפוט בכל עניין, תתממש באופן תדיר... יהיה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התיפקוד של הרשויות האחרות" (עמ' 519). אומנם גם הנשיא שמגר סבור כי "הפיקוח השיפוטי לעולם עומד" (עמ' 519), אך לא בכל מקרה קיימת הצדקה להפעילו. הדבר תלוי באופי הדומיננטי של הנושא: לעיתים ימצא כי ראוי שהסוגיה תוכרע בידי הרשות השיפוטית, ולעיתים יתברר כי יש להותירה בידי הרשות המחוקקת או המבצעת. בדומה, ייתכנו מקרים שמקצתם יתבררו בידי

רשות זו, ומקצתם בידי אחרת. אם כן, לא לחינם בא לעולם מבחן השפיטות המוסדית, "שהרי המבחן הנורמאטיבי היה חובק הכול בלי לפתור מאומה, ואין צריך לומר, שהיה גורר את בית המשפט להכרעות פוליטיות מובהקות" (עמ' 521). במצב דברים זה, כך הנשיא שמגר, "חוש המומחיות של המשפטן צריך להגן על בית המשפט – ועל יתר רשויות השלטון – מפני תוצאה מעין זו... כאשר חוש המומחיות של המשפטן מלמד, כי הנושא, כולו או מקצתו, הוא באופן ברור וגלוי בעל אופי פוליטי או בעל איפיון אחר, המכוון לכך כי ההכרעה בו תימסר לידיה של רשות אחרת, הרי אותו חלק שהוא בעל אופי כאמור... מן הראוי שיופנה אל מי שמופקד עליו לפי חלוקת התחומים בין הרשויות... וחזקה על בית המשפט, כי יידע להתייחס לנושאים שיובאו לפניו לפי איפיונם, כדי לבחור את מה שראוי להכרעה שיפוטית וכדי לא להיתפס להכרעות משפטיות, המכסות על בעיה שאופיה האמיתי והמכריע הוא פוליטי" (עמ' 521 ו-524).

בתום הבחינה המעמיקה בעניין רסלר לגבי עילת אי השפיטות, נותרנו למעשה עם אותו מבחן עמום – חוש המומחיות של המשפטן – וגבולותיו מטושטשים אף יותר מבעבר נוכח צמצומו, הן לגישתו המחמירה של השופט ברק, הן לגישת הנשיא שמגר. אם כן, תועלתו מוגבלת בהיותו פלואידי, הכרעה על פיו לא תמיד צפויה ולא בהכרח נהירה. הסתמכות על תחושותיו של השופט איננה מספיקה כדי לשכנע בנכונותו של פסק דין, בפרט כשהיא עשויה להשתנות משופט לשופט, איש איש לפי שיקול דעתו. אומנם, בהסתמך על גישת הנשיא שמגר דלעיל, נעשה בפסיקה שימוש באופי הדומיננטי של העניין העומד על הפרק לשם בחינת שפיטותו, אך זאת במידה ובמשורה וביד קפוצה.<sup>1</sup>

ברבות השנים ניטשטשו אותם גבולות שגבלו ראשונים, מושכלות יסוד שהוצבו בשנת 1951, עד אשר כיום עילת סף זו – העדר השפיטות – הלכה ונדחקה לקרן זווית, השימוש בה

1 למשל, בבקשה להכרה בלאום ישראלי (ה"פ (מחוזי י"ם) 6092/07 אורנן נ' משרד הפנים (15.7.2008)) מסקנתי הייתה כי הסוגיה איננה שפיטה, משום שאופייה הדומיננטי הוא ציבורי, אידאולוגי, חברתי, היסטורי ופוליטי. הלכה למעשה התבקש לקבוע כי התגבש לאום חדש במדינת ישראל – משותף לכל תושביה ואזרחיה – בין שהשתייכו עד כה ללאום היהודי, הערבי והדרוזי, ובין שהשתייכו לכל לאום אחר. סברתי כי אומנם הנושא שפיט מבחינה נורמטיבית, אבל איננו שפיט מבחינה מוסדית, נוכח השלכותיו מרחיקות הלכת והרות הגורל על דמותה של המדינה, על אופייה ועל עתידה, ומאחר שההיבט הדומיננטי בו הוא לבר-משפטי. בנסיבות אלה "שב ואל תעשה" עדיף על פני "קום עשה": "כשם שקבלתי שכר על הדרישה, כך אני מקבל שכר על הפרישה" (בבלי, פסחים כב, ע"ב), כשם שבית המשפט מקבל את שכרו בפסיקת הדין, כך הוא מקבל את שכרו (במטבע של אמון הציבור) בהימנעותו מלפסוק את הדין מקום שבו ראוי להימנע ולחדול. אבל בבית המשפט העליון (ע"א 8573/08 אורנן נ' משרד הפנים, פ"ד (30) 44, 70 (2013)) לצד דחיית הערעור לגופו צוין כי אי אפשר לומר שמדובר בסוגיה לא שפיטה מבחינה מוסדית. זאת אף ש"דיון זה כרוך בשאלות יסוד של מדינת ישראל, של העם היהודי, של הצינונות ושל תפיסות שונות של לאום ולאומיות... המקום הטבעי לדיונים הללו אינו בין כתלי בית המשפט, אלא בזירות אחרות של השיח הציבורי והכתובה האקדמית. טוב לו לבית המשפט אם ינהג בריסון רב בסוגיות אלה". עינינו הרואות: גם במקרה מובהק שכזה נמנע בית המשפט מלהצהיר כי הסוגיה איננה שפיטה.



נדיר, שמור למקרי קיצון מובהקים, דוגמת בקשה להתערבות שיפוטית במבצעים צבאיים, בהסכמים בילטרליים, במגעים מדיניים רגישים, וכיוצא באלה.

לטעמי, עניין ז'בוטינסקי, חרף "התיישנותו", מעורר בסוגיית השפיטות כמה שאלות אקטואליות נוקבות שכמעט שנשכחו מלב: האם רצוי שחברי כנסת יגישו עתירות "פרלמנטריות" לבג"ץ, או שמא יש להפנותם לביתם, הוא מבצרים - הכנסת? האם עתירות שכאלה אינן מביאות לעירוב מין בשאינו מינו, להסגת גבול הכנסת והממשלה בידי בית המשפט? האם ראוי לבית המשפט להכניס ראשו בתוככי הקלחת הפוליטית הרוחשת - בין שיוזמי העתירה הם חברי כנסת, בין שלא - או שמא מוטב כי ירחיק עצמו ממנה? האם אמון הציבור יתחזק כתוצאה מכך או ייפגע? האם המומחיות של בית המשפט רלוונטית לשאלות פוליטיות, לברי-משפטיות, כגון דא? האם עמדתו הערכית עדיפה על עמדת נבחרי הציבור? עניין ז'בוטינסקי לא ללמד על עצמו יצא, אלא על הכלל כולו. שם דובר אומנם בחברי כנסת אשר בחרו לצאת מתחומי המגרש הפוליטי, ולבוא בשערי בית המשפט כדי שיכריע בעניינים מתחום פועלם שלהם; לפיכך היה אפשר לזהות בנקל את אי השפיטות, את המיקום הגאומטרי הבעייתי, ובהתאם נקבע כי בית המשפט לא יכניס ראשו בין ההרים הרמים, וכי הניסיון לערבו בעניין לא לו - לא יצלח. ועדיין, גם כאשר העותר אינו חבר כנסת אלא "סתם" אדם מן השורה הפונה בעניינים פוליטיים, מדיניים וחברתיים-ציבוריים במובהק, מתחום שיקול הדעת של רשויות המדינה האחרות - נדרש השופט היושב בדיון לבחון בקפידה את הסוגיה שלפניו על פי נושאה, האם היא מתאימה לבירור משפטי, או שמא עצם הדיון בה, ודאי ההכרעה, צופנים בחובם תקלה ומכשול. ההכרעה אינה פשוטה - לעיתים גם עיסוק בנושאים משפטיים מובהקים, ובכלל זה זכויות אדם, אינו מנותק מן הזירה הפוליטית - אך היא מתחייבת. כניסה שאינה מוכרחת לזירה הפוליטית, למערכת היחסים המורכבת שבין הממשלה לכנסת, בתחומים המשתייכים לזירה זו במובהק, אינה מתאימה לבירור והכרעה שיפוטיים. סופה ש"תקלקל את השורה". צריך להישמר מפניה, כדי להבטיח את אמון הציבור בשפיטה. "איזהו גיבור? הכובש את יצרו, שנאמר (משלי טז 32): 'טוב ארך אפים מגבור ומושל ברוחו מלוכד עיר'" (משנה, אבות ד, א).

## משוואה עם נעלם – הסיפור על חוק יסוד: הלאום

בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021)

### דוד חשין

ביום ה' באייר התש"ח בעיר תל אביב התכנסה מועצת המדינה הזמנית. ראש הממשלה הראשון דוד בן-גוריון עמד נרגש במושב המועצה. הוא הישיר את מבטו לקהל הרב שישב בטקס הכרזת העצמאות, שהתקיים במוזיאון תל אביב, והכריז בקול רם ובאופן חגיגי על "הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל". הכרזת העצמאות, המוכרת גם בשם מגילת העצמאות, הגדירה את מדינת ישראל בתור מדינתו של העם היהודי, ולצד זאת הבטיחה "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות". רבים רואים בהכרזת העצמאות את ה"אני מאמין" של החברה בישראל, והדברים שנאמרו בה השפיעו במידה רבה על עיצוב האופי של המדינה – מדינה יהודית ודמוקרטית. רוחה של מגילת העצמאות קיבלה ביטוי גם בחוקים שונים שענינו את היותה של המדינה יהודית ודמוקרטית. האופי היהודי של המדינה מעוגן בראש ובראשונה בחוק השבות, התש"י-1950, שקובע את הזכות הטבעית של כל יהודי לעלות לארץ ישראל. אבל חוק זה אינו עומד לבדו, ולצידו ניצבים סמלי המדינה, השפה העברית בתור השפה הרשמית של המדינה, חגי המדינה ויום השבת בתור יום המנוחה, ועוד היד נטויה. לצד זאת, מדינת ישראל הייתה מאז שחר הקמתה מדינה דמוקרטית, וערך חשוב זה עוגן בחוקי היסוד על זכויות האדם משנת 1992: חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קיבעו את נוסחת האיזון הידועה – "יהודית ודמוקרטית".

המתח בין "יהודית" ל"דמוקרטית" ליווה את המדינה לאורך כל שנותיה, אבל דומה כי שיאו היה ביום 19.7.2018, עם חקיקתו של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, המוכר בשיח הציבורי בשם "חוק יסוד: הלאום". נוסחו של חוק יסוד זה קבע באופן מפורש כי מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי. אכן בכך אין חדש. כאמור האופי היהודי של מדינת ישראל כבר זכה לביטוי בחוקים קודמים ולהכרה בבית המשפט העליון. אבל לראשונה הוא עוגן בחוק יסוד. הלשון של חוק היסוד עוררה בקרב המיעוט הערבי את השאלות לאן נעלמה הדמוקרטיה, והאם אבד ערך השוויון.

הרקע לשאלות אלו הוא בכך שבשונה מחוקי היסוד על זכויות אדם, שענינו את הנוסחה היהודית-דמוקרטית, הנוסח של חוק יסוד: הלאום כלל רק את המרכיבים "היהודיים" של

המדינה, ללא אזכור מפורש של הזכות לשוויון של כלל האזרחים. תומכי חוק היסוד טענו כי הדבר אינו נדרש, לנוכח העובדה שההיבט הדמוקרטי של המפעל החוקתי זוכה לביטוי בחוקי יסוד אחרים, ובראשם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תשובה זו לא הפיסה את דעת המתנגדים – חלקם ביקרו את רעיון חקיקתו מתחילתו, וחלקם ביקרו אותו בעיקר בשל ההימנעות מאזכור מפורש של הזכות לשוויון. בסופו של דבר חוק היסוד התקבל ברוב של 62 חברי כנסת אל מול 55 מתנגדים ושני נמנעים. הנוסח שהתקבל היה שונה מזה שהוצע תחילה, ו"ריכך" חלק מן ההוראות שנכללו בהצעה. עם זאת, העיקרון של עיגון האופי היהודי של המדינה ללא אזכור מפורש של דמוקרטיה או שוויון נותר על כנו. כך הוויכוח נמשך גם לאחר קבלתו של חוק היסוד.

בעקבות חקיקתו של חוק יסוד: הלאום הוגשו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לא פחות מ-15 עתירות. את העתירות האלה הגישו ארגוני זכויות אדם ואנשים פרטיים המשתייכים למגזרים שונים בחברה הישראלית. העתירות כונו נגד הכנסת, הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה. בעיקרו של דבר ובלי להידרש לפרטים המשפטיים, מרבית העתירות התמקדו בשלושה סעיפים מסוימים בחוק יסוד: הלאום, שהצדיקו לשיטת העותרים להורות על ביטול חוק היסוד או על תיקונו. הראשון היה סעיף 1(ג) לחוק היסוד, שקבע כי רק לעם היהודי זכות להגדרה עצמית לאומית במדינה. השני היה סעיף 4 לחוק היסוד, שקבע כי שפת המדינה היא עברית (ואילו לשפה הערבית "מעמד מיוחד"). השלישי היה סעיף 7, שנסב על עידוד ההתיישבות היהודית. במישור המשפטי העיוני הדרמה המיוחדת שעמדה ברקע של הדיון הייתה העובדה שהעתירות כונו נגד תוקפו של חוק יסוד. זאת בניגוד לעתירות "רגילות" של ביקורת שיפוטית המכוונות נגד תוקפו של חוק "רגיל".<sup>1</sup>

הדיון בעתירות התקיים ביום 22.12.2020 בבית המשפט העליון בפני הרכב מורחב של 11 שופטים בראשות הנשיאה חיות עם המשנה לנשיאה מלצר והשופטים הנדל, פוגלמן, עמית, סולברג, ברק-ארז, מזוז, ברון, קרא ומינץ. מחמת חשיבותו נכלל הדיון במסגרת "פילוט" הדיונים שמשודרים בשידור ישיר, וכך הציבור כולו היה יכול לעקוב אחר מהלך הדברים. העותרים טענו בלהט רב שחוק יסוד: הלאום, ולפחות הוראות מסוימות בו, מנוגדים למבנה החוקתי הבסיסי של מדינת ישראל ולערכי היסוד של שיטתה המשפטית. הם מיקדו את טענותיהם בקיומן של מגבלות מהותיות על הסמכות של הכנסת ככובעה כרשות מכוננת, המצדיקות לגישתם קיום ביקורת שיפוטית על התוכן של חוק היסוד. העותרים טענו בכאב כי מדובר באחד מאותם מקרים חריגים ונדירים המצדיקים קיום ביקורת שיפוטית על תוכן של חוק יסוד. ברקע הדברים עמד הדיון המתנהל גם במשפט החוקתי ההשוואתי באשר להיקף של דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי". כוונת הדברים היא לכך שברגיל אין מניעה לתקן את חוקתה של מדינה, אבל נטען כי קיימים מקרים נדירים שבהם תיקון לחוקה שומט את יסודותיה, ולכן אינו תקף.

1 ראו רשימתו של משה סובל בספר זה, עמ' 204.

אקדים את המאוחר ואציין כבר כאן כי בפסק הדין המרכזי, שניתן מפי הנשיאה חיות ובהסכמת כל שופטי ההרכב – למעט השופט קרא – נדחו כל העתירות. בעיקרו של דבר, העיקרון שהתקבל על דעת הרוב היה שאפשר לקיים את חוק יסוד: הלאום באמצעות פרשנות המכונה "פרשנות מקיימת", כלומר כזו הבוחרת בחלופה הפרשנית שעולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה, וכדברי הנשיאה חיות כזו "העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים, ועם העקרונות והערכים שעוגנו בהם זה מכבר" (פסקה 10 לפסק דינה). עיקרי ההנמקה התומכת בכך מפורטים בפסק הדין של הנשיאה חיות, המנומק לעילא ולעילא והמשתרע על פני 63 עמודים. שאר שופטי הרוב, לצד צירוף קולם לפסק הדין של הנשיאה, הוסיפו הארות ותובנות חשובות משלהם בהתייחס לסוגיות שנדונו בפסק הדין. חלקם הדגישו את הקשיים בחוק היסוד, וחלקם סברו שאינו מעורר קשיים של ממש. מכל מקום, כולם הסכימו לגישה המיישבת אותו עם תוכנם של חוקי היסוד האחרים, כך שהמדינה היהודית אינה באה על חשבון המחויבות לדמוקרטיה ולשוויון. לעומתם, השופט קרא סבר בדעת מיעוט כי חוק היסוד כולל תכנים הנמצאים בסתירה חזיתית עם העקרונות העולים מחוקי היסוד האחרים. לכן, לשיטתו, היה מקום להוציא צו על תנאי המכוון אל המדינה והדורש ממנה להתייבב ולתת טעם מדוע סעיפים 1(ג), 4 ו-7 לחוק יסוד: הלאום לא יבוטלו.

בעיקרו של דבר, פסק הדין של בית המשפט העליון עסק בשתי שאלות משפטיות מהותיות: הראשונה, שאלת הפרשנות של חוק היסוד, והשנייה, שאלת הסמכות של בית המשפט העליון לבקר חוק יסוד של הכנסת (הנגזרת משאלה בסיסית יותר והיא האם חלות מגבלות על הכוח של הכנסת בחקיקת חוקי יסוד).

הנשיאה חיות פתחה בהגדרת גבולות הסמכות של הכנסת לפעול בתפקיד הרשות המכוננת, מי שמחוקקת את חוקי היסוד, שאמורים להיות פרקים בחוקה העתידית של ישראל (בהתאם להחלטת הררי משנת 1950). אומנם, חוקי היסוד נתפסים "בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית והציבורית שלנו כחלק מחוקת המדינה"<sup>2</sup>, אבל תהליך כינון החוקה טרם הושלם, והחוקה הישראלית עודנה מצויה בתהליך של עיצוב וגיבוש.

על רקע האמור הציגה הנשיאה חיות את השאלה האם אפשר לקבוע כבר עתה שקיימים בשיטתנו עקרונות יסוד שאינם ניתנים לשינוי. בהמשך לכך היא קבעה כי בכל הנוגע לעצם הזהות של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – התשובה לשאלה זו היא בחיוב. "זאת, שכן המערך החוקתי בכללותו אינו מותיר מקום לספק כי קיומה ודמותה של מדינת ישראל באו לה מן השילוב – 'יהודית ודמוקרטית' וכי זהו הלב הפועם של 'החוקה נוסח ישראל'. אכן, המבנה החוקתי שלנו אינו שלם ובהחלט ייתכן כי יתווספו לו קומות והסתעפויות בהמשך הדרך, אך שני עמודי התווך הללו – העמוד היהודי והעמוד הדמוקרטי – הוצבו בו זה מכבר. שלילת איזה מהם מובילה להתמוטטות המבנה כולו" (פסקה 18 לפסק דינה).

2 בג"ץ 4908/10 בריאון נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 299 (2011).

הנשיאה חיות הסבירה כי בחינה של הטקסטים החוקתיים הקיימים ושל "המעטפת" החוקתית שמלווה אותנו לאורך שנות קיומה של המדינה – ובכללם מגילת העצמאות וחוקי יסוד – מאששת את המסקנה כי אף שהפרויקט החוקתי טרם הושלם, היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית הוא חלק בלתי נפרד מזהותה ומשקף את הסיפור של מדינת ישראל. בלי למצות, אסתפק כאן בהבאת אך שתי דוגמאות חשובות. סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע באופן מפורש כי "חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". לכך יש להוסיף את סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, הקובע כי רשימת מועמדים או מועמד לא ישתתפו בבחירות לכנסת אם יש במטרותיהם או במעשיהם משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

שאלה נפרדת היא, כהבהרת הנשיאה, אם בית המשפט העליון מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד, בהינתן המגבלות הצרות אשר חלות על הסמכות של הכנסת בתור רשות מכווננת, כלומר הרשות שמחוקקת את חוקי היסוד (ולא רק חוקים רגילים). הסמכות של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד. לעומת זאת, בקיום ביקורת שיפוטית על התוכן של חוקי היסוד מתעורר לכאורה קושי, הטמון בכך שחוקי יסוד אלה מצויים בפסגת המדרג הנורמטיבי הפוזיטיבי, ומהם שואב בית המשפט עצמו את סמכויותיו. על רקע זה מתעוררת שאלת הסמכות, שיש לה פנים לכאן ולכאן. הנשיאה לא נדרשה להכריע בה, בציינה כי מכל מקום חוק יסוד: הלאום אינו שולל את המאפיינים היהודיים והדמוקרטיים הגרעיניים של המדינה באופן המצדיק התערבות בתוכנו. אומנם אין לכחד, היא הוסיפה, כי חוק יסוד: הלאום מעורר קשיים ושאלות חוקתיות נוקבות. אבל, כאמור, יש להם מענה בדרך של פרשנות מקיימת – הנסמכת על עקרונות וכללים פרשניים של הרמוניה חקיקתית הנוהגים בשיטתנו המשפטית, שחלה הן על ההיבטים הדמוקרטיים של המדינה, הן על היבטיה היהודיים.

באשר להעדרו של עקרון השוויון מסעיף 1 לחוק היסוד, שבו הוגדרה מדינת ישראל ויוחדה בתור מדינת הלאום של העם היהודי, קבעה הנשיאה חיות כי אכן היה מוטב אם ערך השוויון היה מעוגן בחוק יסוד זה. עם זאת היא הבהירה כי מלאכת הביקורת השיפוטית אינה עוסקת בתבונתו של החוק אלא בחוקתיותו, וכי בית המשפט אינו מחליף את המחוקק. חוק יסוד: הלאום הוא רק פרק אחד בחוקה העתידית של מדינת ישראל, ולפיכך העובדה שעקרון השוויון אינו מופיע בחוק יסוד זה אינה מכרעת. עוד הוסיפה הנשיאה חיות כי חוק יסוד: הלאום מנוסח בלשון הצהרתית, מה שמעיד על כך שאינו פוגע בזכויות אישיות של אזרחים שאינם יהודים, וגם אינו מקנה זכויות עודפות לפרטים שמשתייכים ללאום היהודי.

בעניין המעמד של השפה הערבית, הנשיאה חיות עמדה על כך כי גם טרם חקיקת חוק יסוד: הלאום הדין בישראל העניק מעמד בכורה לשפה העברית על פני השפה הערבית. לפיכך, סעיף 4 לחוק היסוד נועד לשקף את המצב הקיים, ולא לגרוע מהמעמד של השפה הערבית.

התכלית בדבר ביצור המעמד של השפה העברית היא תכלית חשובה שאינה כרוכה בפגיעה במעמד של השפה הערבית. בנסיבות אלה נקבע כי גם בהקשר זה יש לבחור בפרשנות מקיימת של חוק היסוד באופן שלא יפגע במעמד של השפה הערבית הן להלכה, הן למעשה. אשר על כן, נקבע כי אפשר ואף מן הראוי לפרש את סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום "כך שלצד היותה של השפה העברית שפתה העיקרית של המדינה, לשתי השפות – העברית והערבית – מעמד רשמי" (פסקה 80 לפסק הדין של הנשיאה חיות).

בעניין ההתיישובות יהודית, הנשיאה חיות קבעה כי אין לשלול ערך חוקתי אחד רק משום שהוא עלול להימצא במובן מסוים במתח עם ערך אחר. על כן אין לשלול את ערך ההתיישובות היהודית, אף שהוא עלול להיות במתח עם ערכים אחרים, ובפרט עם עקרון השוויון. כך בייחוד משום שסעיף 7 לחוק יסוד: הלאום מנוסח באופן כללי ואינו קובע הסדרים מפורטים שעולים כדי פגיעה מוחשית בשוויון.

מנגד, השופט קרא סבר בדעת מיעוט שיש מקום לקבוע כי קיים קושי חוקתי בסעיפים שצינו בחוק יסוד: הלאום, מכיוון שהם שוללים את ליבת הזהות הדמוקרטית של ישראל "ומזעזעים את אמות הסיפים של המבנה החוקתי" (כפי שציין בפתח פסק דינו).

במישור הסמכות השופט קרא קבע כי הסמכות של הכנסת בחקיקת חוקי יסוד מוגבלת, ועל כן בית המשפט העליון מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על השימוש בה. בהמשך לכך הוא סבר שאין להשלים עם כך שחקיקת חוק יסוד: הלאום מבקשת להכפיף את הזהות הדמוקרטית של המדינה לזהותה היהודית. לשיטתו, חוק יסוד: הלאום הוא חוק מפלה הלוקה בחסרם מהותיים, בהתעלמותו מעקרון השוויון ומהזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל. את דבריו הוא חתם בדברים הכואבים הבאים: "המיעוט (הערבי והדרוזי) בישראל – מיעוט ילידי, שאינו גר תושב או זר, הרואה במדינת ישראל את מולדתו בה מבקש הוא לחיות את חייו כשווה בין שווים, מתקומם על הדרתו ועל שלילת היותה של מדינת ישראל גם מדינתו. יוזמי החקיקה ומוביליה, מעצם היותם קבוצת הרוב במדינה, אינם חשים 'על בשרם' את הפגיעה הקשה שהם גורמים למיעוטים במדינה. כמאמר הפתגם הערבי הידוע: 'אין דומה מי שידו במים למי שידו באש'. ובשפת המקור: *اللى ايده فى الميه مش زى اللى ايده فى النار*" (פסקה 57 לפסק דינו).

פסק הדין בעניין חוק יסוד: הלאום הוא מהחשובים שניתנו מאז הקמת המדינה, אולי דווקא משום שהוא משאיר גם שאלות פתוחות. בית המשפט העליון קבע כי מה שנעלם מהלשון של חוק יסוד: הלאום לא הביא לשינוי ממשי בתוכן של הזכות לשוויון שמוקנית לכל אחד מתושבי המדינה ובהיקפה. ומה תהיה המשמעות המעשית של חוק יסוד: הלאום – רק הזמן יגיד. נדמה שהתשובה לכך תימצא בזירה הציבורית ובהמשך הדיאלוג החוקתי בין הרשויות, ולא רק בין כותלי בית המשפט.

# התערבות בג"ץ בהליכים פנימיים של הכנסת: משריד ועד אדלשטיין

בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982)  
בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת  
(23.3.2020)

## יגאל מרזל

אחד מעקרונות היסוד החשובים של המשפט הוא העיקרון של שלטון החוק. זהו העיקרון שלפיו חייבת כל רשות מרשויות השלטון לפעול על פי חוק. כולם כפופים לחוק בלא יוצא מן הכלל. כולם – כל הרשויות: הרשות המחוקקת (הכנסת), הרשות המבצעת (הממשלה) והרשות השופטת (בתי המשפט). כיצד חל עיקרון זה על הכנסת? זוהי השאלה שבה נעסוק בהמשך הדברים.

במציאות החיים הפרלמנטריים בכנסת ובנוגע להחלטות שמתקבלות במסגרתה, מועלית לפעמים טענה שהכנסת או נושא תפקיד בה – כגון יושב ראש הכנסת או יושב ראש ועדה מוועדות הכנסת – לא פעלו לפי הדין, כלומר קיבלו החלטה שלא לפי הכללים המחייבים בדין. כך, למשל, כאשר הדיון בתהליך החקיקה היה צריך להתנהל בצורה מסוימת לפי התקנון, אבל לא כך קרה בגלל החלטה שהתקבלה בניגוד לו. או דוגמה אחרת: כשלפי התקנון צריך להיקבע דיון בנושא מסוים, אך זה לא נקבע. רוב הטענות מסוג זה הן חלק מהוויכוח הפוליטי בכנסת וכלי ניגוח בידי צד אחד נגד הצד האחר. אבל לעיתים טענות כאלה מוצאות את דרכן לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. כך למשל טענה של חבר כנסת שביקש שתתקיים הצעת אי אמון בממשלה לפי התקנון, אבל יושב ראש הכנסת קבע את הדיון בה לשעה מאוחרת יותר מהקבוע בתקנון לדיון בהצעות מעין אלה, והוא עשה זאת, לפי הטענה, כדי להבטיח רוב לממשלה – רוב שלא היה אם ההצעה הייתה נדונה במועד המחייב.

לכאורה, מקרה פשוט. עקרון שלטון החוק – שחל גם על המחוקק – מחייב שבית משפט שאליו מגיעה טענה כזו, יפסוק שיושב ראש הכנסת פעל בניגוד לדין. ומעבר לכך, לכאורה מתבקש גם שבית המשפט ייתן סעד בדמות צו אופרטיבי לקיים את הצבעת אי האמון במועד. אבל בפועל בתי משפט רבים בעולם אינם ממהירים להתערב בהחלטות פנימיות של המחוקק. הם נוקטים ריסון וזהירות, תוך שניתן מרחב פעולה אוטונומי למחוקק בניהול ענייניו הפנימיים. כך גם בישראל. בית המשפט העליון מוכן לשמוע טענות על הפרת הדין בניהול

העניינים הפנימי של הכנסת, אבל ההתערבות בהחלטות עצמן במצבים כאלה היא נדירה. כיצד אפשר ליישב גישה זו עם עקרון שלטון החוק? והאם יש מקרים שבהם מוצדק ונכון לבית המשפט להתערב בעניינים פנימיים של ניהול הכנסת?

כדי לנסות לתת תשובה לשאלות הללו, נחזור לדוגמה שהבאנו קודם, מקרה שבו מוגשת הצעת אי אמון בממשלה אבל יושב ראש הכנסת קובע את הדיון בה לשעה מאוחרת מהמועד המקורי הנדרש. מקרה כזה אירע במציאות בשנת 1981, והוא הגיע לבית המשפט העליון בפרשה המכונה פרשת שריד (בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982)). סיעת המערך הגישה הצעת אי אמון בממשלה ביום מסוים. לפי תקנון הכנסת, הצעת אי אמון תידון "בישיבה הרגילה הקרובה". ביום המוחרת הייתה קבועה ישיבת כנסת לשעה 11:00 ולכן סיעת המערך ביקשה – וציפתה – שהצעת אי האמון תידון במועד זה. אבל יושב ראש הכנסת אז, חבר הכנסת מנחם סבידור, קבע את הדיון בהצעת אי האמון לשעה 17:00 באותו היום. הטעם לכך, לטענתו, היה שבאותו יום התקיימה אזכרה לדוד בן-גוריון. בהמשך באו גם טעמים נוספים, כמו מחלה של ראש הממשלה והיות שר הביטחון בחוץ לארץ. ח"כ יוסי שריד, חבר בסיעת המערך, עתר לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עוד באותו הערב. הוא טען שיש להתערב בהחלטת יושב ראש הכנסת, שהתקבלה בניגוד לתקנון, ותוך שיושב ראש הכנסת משמש "מכשיר בידי הממשלה" ולכן קובע את שעת ההצבעה לפי נוחותה שלה. בג"ץ שמע את העתירה בבוקר שלמוחרת, ובפסק הדין דחה את העתירה בלי להתערב בהחלטת יושב ראש הכנסת.

מדוע נדחתה העתירה בפרשת שריד? ובכן, תחילה קבע בית המשפט העליון, בהרכב של שלושה שופטים בראשות השופט ברק, שיש לו הסמכות לדון בשאלות מעין אלה, לפי החוק הקובע את סמכות בית המשפט עצמו. לכן השאלה אינה שאלה של סמכות בית המשפט אלא שאלה של שיקול הדעת בהתערבות של בית המשפט במקרה שכזה. היקף הביקורת השיפוטית על הפעולות השונות של הכנסת משתנה בהתאם לסוג הפעילות שבה מדובר. בהמשך לכך עמד בית המשפט על האופי המיוחד של תפקיד יושב ראש הכנסת ושל הכנסת עצמה.

ומהו היקף ההתערבות כאשר מדובר בהחלטות לעניין סדרי העבודה של הכנסת? בית המשפט ציין שפועלים כאן שני שיקולים נוגדים: השיקול האחד הוא עקרון שלטון החוק, שעמדנו עליו כבר. עיקרון זה חל גם על הליכים פנימיים של הכנסת. על המחוקק לכבד את החוק, במיוחד במתן הזדמנות לחברי הכנסת למלא את שליחותם (כגון להגיש הצעת אי אמון). אשר על כן, נפסק כי הביקורת השיפוטית של בית המשפט על הפרת התקנון בעניין זה חיונית, שאם לא כן "בלא דיין אין דין" (עמ' 202). השיקול השני, העומד אל מול עקרון שלטון החוק, הוא עקרון הפרדת הרשויות, שלפיו לכנסת אוטונומיה על סדרי עבודתה וחופש פעולה לנהל את ענייניה. מכוח עקרון הפרדת הרשויות והיכולת של הכנסת לבדוק את החלטותיה שלה, "מן הראוי הוא, על-כן, כי הרשות השופטת תכבד את ענייניו הפנימיים של הגוף המחוקק ולא תתערב בהם" (עמ' 203). נוסף על כך, החלטות רבות מעין אלה, שעניינן בפעילות הפנימית של



הכנסת, הן החלטות הנוגעות ליחסי הקואליציה והאופוזיציה ולכן יש להן "מטען פוליטי כבד" (עמ' 203). גם בשל כך ראוי שהרשות השופטת תיזהר בהתערבות בעניינים אלה. לאחר שמנה בית המשפט העליון את השיקולים לכאן ולכאן, הוא קבע אמת מידה להתערבותו – המוכרת כיום בכינוי הלכת שריד. לפיה, בית המשפט צריך לבדוק מקרים כאלה לפי מבחן שמתחשב "במידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי" (עמ' 204). בעניין זה קבע בג"ץ כי אם הפגיעה היא קלה ואין בה השפעה על יסודות המשטר הפרלמנטרי, בית המשפט ימשיך את ידו ותהיה בכורה לעצמאות הכנסת וייחודה; ולעומת זאת אם הפגיעה היא ניכרת ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי, הצורך בהבטחת שלטון החוק יגבר על כל שיקול אחר. מבחן זה הוא מעין "מקבילית כוחות", כלומר ככל שהפגיעה הצפויה בעקרונות היסוד של השיטה היא מהותית וגדולה יותר, כך תגבר הנטייה להתערב בהחלטה, וההפך. ומה עלה בגורלה של הצעת אי האמון של סיעת המערך? כבר גילינו את תוצאת פסק הדין שלפיה העתירה נדחתה. מוסבר בפסק הדין כי בשינוי שעת ההצבעה באותו המקרה לא היה מדובר בפגיעה מהותית. מדובר לכל היותר בסטייה קלת ערך. אין מדובר למשל בשלילה רצינית של האפשרות לקיים הצבעת אי אמון בממשלה – שהיא למשל הייתה מצדיקה התערבות של בית המשפט.

לפני שננוע קדימה על ציר הזמן מאז 1981 והלכת שריד ועד ימינו אנו, כדאי לשים לב לכמה נקודות חשובות: ראשית, בית המשפט העליון הכיר בכך שלכנסת יש מעמד מיוחד. לכנסת יש אוטונומיה משל עצמה, ויש לנהוג כבוד בהחלטותיה ובעצמאותה כחלק מעקרון הפרדת הרשויות. שנית, אף שיש לכנסת מעמד מיוחד, היא אינה חסינה מביקורת שיפוטית על החלטותיה. עקרון שלטון החוק חל גם עליה והיא חייבת לפעול לפי חוק גם בענייניה הפנימיים. שלישית, אמת המידה להתערבות שכזו, כעולה מהלכת שריד, מביאה בחשבון את מירקם החיים הפרלמנטריים בחלק הראשון של הנוסחה ומאפשרת מרווח תמרון נרחב לכנסת ולנושאי התפקיד בה. זאת נוכח הייחודיות במעמדה והצורך לאפשר לה תפקוד תקין. אבל חלקו השני של המבחן שנקבע, שעניינו מידת הפגיעה בעקרונות היסוד של השיטה, הוא חשוב לא פחות. וכאן להלכה ולמעשה הבהיר בית המשפט שיש לו תפקיד חשוב בשמירה על כללי המשחק הפרלמנטריים כדי למנוע פגיעה בעקרונות היסוד של המשטר. בית המשפט הבהיר בפרשת שריד, כאמור, שאם הייתה נשללת או נפגעת פגיעה רצינית האפשרות לקיים הצבעת אי אמון בכנסת – הייתה קמה עילת התערבות. נחזור אל שעון הזמן ואל קורותיה של הלכת שריד. בשנים שחלפו הוגשו לבג"ץ רק לעיתים רחוקות עתירות בטענות נגד החלטות שעניינן הניהול הפנימי של הכנסת. ולא רק שהיו מעט עתירות – ההתערבות של בג"ץ בהחלטות עצמן הייתה נדירה ביותר. ידועות בהקשר זה ההתערבויות בהגנה על הזכויות של חבר הכנסת כהנא וסיעתו (בשנת 1985)<sup>1</sup> ובפסק

1 ראו רשימתו של אמיר לוקשינסקי-גל בספר זה, עמ' 239.

הדין בעניין אדלשטיין, שמייד נעסוק בו. אם כן, אפשר להניח שהכנסת ונושאי המשרה בה נוהגים בריסון, באחריות ובזהירות, מכבדים את הוראות הדין והתקנון, וכך ראוי הוא. ואפשר גם להניח, וכך ראוי הוא גם כן, שגם אם ישנן סטיות מהכללים במקרים אלו או אחרים, הן מוצאות פתרון במסגרת השיג והשיח הפוליטיים והתחרות הפוליטית בכנסת.

לכן המקרה הנוסף של התערבות בג"ץ בהחלטות הכנסת שכבר ציינו – פרשת אדלשטיין (בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (22.3.2020)) – הוא חריג הן בעצם ההתערבות, הן בנסיבותיו. זאת בשל טעמים של הבטחת רצון הרוב והעברה מסודרת של השלטון.

השנה היא 2020, כמעט 40 שנה אחרי פרשת שריד. מדינת ישראל חווה אי יציבות שלטונית, שבאה לידי ביטוי בקיום שלוש מערכות בחירות רצופות בלא הקמת ממשלה. לאחר מערכת הבחירות השלישית נקבע מועד להשבעת הכנסת. טרם הורכבה ממשלה. חברי כנסת מכמה סיעות, שמנו יחד 61 חברי כנסת, פנו אל יושב ראש הכנסת בפועל אז, ח"כ יולי אדלשטיין, בבקשה להניח על סדר יומה של הכנסת במועד השבעתה הצעה למינוי יושב ראש קבוע לכנסת הנכנסת. יושב ראש הכנסת סירב לעשות כן. הנימוק שנתן לסירובו היה הצורך, ורצון העם, לאפשר הקמת ממשלת אחדות רחבה ולהימנע ממהלכים פוליטיים חפוזים.

המקרה הגיע לפתחו של בג"ץ במסגרת כמה עתירות – חלקן הוגשו בידי סיעות וחברי כנסת וחלקן הוגשו בידי תנועות ציבוריות. הטענות נגד יושב ראש הכנסת היו, בין היתר, שהוא פועל בהחלטתו בניגוד לתקנון הכנסת, בחוסר סמכות ובחוסר סבירות ושהחלטתו נגועה בשיקולים זרים. זאת שעה שהוא עצמו נותר בתפקידו מן הכנסת הקודמת רק מכוח עקרון רציפות הכנסת. בג"ץ דן בעתירות בתיק זה בהרכב של חמישה שופטים בראשות הנשיאה חיות וקיבל אותן פה אחד.

בפתח פסק הדין הנחה עצמו בית המשפט לפעול לפי המבחן שנקבע בעניין שריד ולפסוק לפיו, כלומר לבדוק אם החלטת יושב ראש הכנסת במקרה זה פגעה במרקם החיים הפרלמנטריים או בעקרונות היסוד של משטרנו החוקתי. תשובת ההרכב כולו לכך הייתה בחיוב. נקבע שאומנם תקנון הכנסת מאפשר מרווח פעולה בקביעת מועד בחירת יושב ראש הכנסת, אבל היות שיושב הראש מכהן רק מכוח רציפות הכנסת ומדובר בעניין שנוגע בו ישירות, שיקול דעתו בנדון מצומצם ביותר. יושב ראש הכנסת מחזיק בתפקידו "כפיקדון זמני" (פסקה 9). מתוקף תפקיד יושב הראש עליו לנהוג באי תלות ובממלכתיות. זאת ועוד: באי העלאת בקשת 61 חברי הכנסת לדיון ישנו חשש לסיכול רצון הבוחר. הרצון להקים ממשלת אחדות, שעלה בתור טעם להחלטה, אינו יכול להצדיק אותה, שכן מדובר בריבונות הכנסת ובפעולתה, ולא בפעילות הממשלה. לכן זהו שיקול פוליטי של יושב ראש הכנסת שאין לו מקום בנסיבות המקרה. בית המשפט נסמך בהנמקתו גם על הנהוג והמקובל, שלפיו במרבית הכנסות יושב ראש הכנסת נבחר כבר ביום כינוס הכנסת.

סיכם בית המשפט העליון את דבריו בקביעה זו: הסירוב של יושב ראש הכנסת במקרה זה "חותר תחת יסודות התהליך הדמוקרטי. הוא פוגע במובהק במעמדה של הכנסת כרשות

עצמאית וכן בתהליך המעבר השלטוני" (פסקה 15). לפיכך המסקנה היא שמדובר באחד מאותם מקרים חריגים שבהם נדרשת ההתערבות של בית המשפט כדי למנוע פגיעה בשיטת המשטר הפרלמנטרית. ועוד הוסף בפסק הדין שבמקרה זה יש בהתערבות גם משום חיזוק המעמד של הכנסת בתור רשות נפרדת מהממשלה.

פסק הדין בעניין אדלשטיין הוא חריג. חריג בנסיבות שמתוארות בו, בראש ובראשונה. אבל לענייננו חריג גם היות שמדובר במקרה שבו בית המשפט העליון התערב בהחלטה פנימית של הכנסת.

למעשה, חריגות פסק הדין לא התמצתה בכל אלה. גם הסעד שנתן בית המשפט – ומה שקרה בעקבות פסק הדין – היו חריגים. בג"ץ קבע כאמור שמדובר במקרה המצדיק התערבות לפי המבחן שנקבע בפרשת שריד, אבל הסעד האופרטיבי שנקבע היה צו מוחלט המורה ליושב ראש הכנסת לכנס את מליאת הכנסת בהקדם האפשרי לצורך בחירת יושב ראש קבוע לכנסת, "ולא יאוחר מיום רביעי, 25.3.2020". זאת כאשר פסק הדין עצמו ניתן ביום 23.3.2020 (כלומר תוך 48 שעות). עצם ההחלטה לקבוע מועד מסוים לכינוס הכנסת ולא להסתפק בחובה לקבוע מועד "בהקדם האפשרי", היא חריגה. אפשר להסבירה בזמן שחלף מאז הבקשה ליושב ראש הכנסת, בזמן שחלף בביורר העתירה, וגם במתואר בפסק הדין בדבר פנייה שנעשתה ליושב ראש הכנסת לפני פסק הדין וסירובו להביא את הצעה לדיון במועד מדויק זה או אחר. ועדיין, מדובר בצעד חריג ואף דרמטי שככל הנראה לא היה ממנו מנוס בנסיבות שתוארו.

אבל גם נסיבות ההמשך לפסק הדין היו דרמטיות: סמוך לפקיעת המועד שקצב בית המשפט (48 שעות), התפטר יושב ראש הכנסת אדלשטיין מתפקידו. הוא סירב, בפומבי, לקיים את צו בית המשפט. בית המשפט נדרש להליך נוסף, של ביזיון בית המשפט, ובמסגרתו קבע שמדובר בהפרה בוטה של שלטון החוק ונתן סעד חריג נוסף שאפשר את קיום הדיון בבחירת יושב ראש לכנסת בדרך אחרת וחרף ההתפתרות. בהתייחס לאי קיום פסק דינו כתב בית המשפט מילים מהדהדות אלה: "אכן, ידענו בעבר מקרים שבהם רשויות השלטון 'גררו רגליים' בקיום צווי בית משפט וכן מקרים שבהם לא מילאו אחר צווים אלה בשל טענות לקושי ביישומם או באכיפתם או בשל הצורך בהתארגנות. אך מעולם עד היום לא אירע בדברי ימי המדינה שגורם שלטוני סירב בריש גלי ובהתרסה לקיים צו שיפוטי באומרו כי צו מצפוננו אינו מאפשר לו לקיים את פסק הדין... אם כך נוהג בעל השררה, מדוע ינהג אחרת האזרח מן השורה?" (החלטה מיום 25.3.2020, פסקה 4).

ולבסוף: הלכה למעשה, לא נדרש מימוש החלטת בג"ץ בשני ההליכים, שכן הוקמה ממשלת אחדות ונבחר יושב ראש לכנסת ברוב אחר.

הינה כי כן, הנסיבות והפסיקה בעניינים פנים-פרלמנטריים – מפרשת שריד לפרשת אדלשטיין ומה שביניהן – מדגימות עד כמה מדובר בסוגיה רגישה במארג היחסים העדינים שבין הרשויות בישראל. אכן, יש לסוגיה "פתרון בית ספר" בדמות המבחן שנקבע לפני 40 שנה בפרשת שריד. זהו מבחן שהגיונו בצידו ושהוכיח את עצמו לאורך השנים במיעוט העתירות,

בחריגות ההתערבות ובהתערבות במקרים החריגים שבחריגים שבהם בית המשפט אומנם נקלע למחלוקת הפוליטית הגועשת, אבל מצא מקום להתערב לשם שמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים. בדומה לתחומי משפט אחרים, בתחום זה – אף ביתר שאת – הזהירות, האיפוק והריסון של הרשויות כולן עדיפים הם על פני ההכרעה; אבל כל זאת רק במסגרת עקרון שלטון החוק והשמירה עליו. מאחר שבאין דיין אין דין, יש לבית המשפט תפקיד חשוב בשמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים.

## חוקה שהגיעה לפרקה: מהחלטת הררי לביקורת שיפוטית חוקתית

- ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995)
- בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997)

### משה סובל

ימיו של המשפט החוקתי בישראל כימיה של המדינה. בהכרזה על הקמת המדינה מיום 14 במאי 1948 נקבע, בדומה למקובל ברוב רובן של המדינות הדמוקרטיות, כי לישראל תהיה חוקה כתובה. ההכרזה הטילה את קביעת החוקה על "האספה המכוננת הנבחרת" והורתה על השלמת התהליך עד ליום 1 באוקטובר 1948.

בדיעבד התברר כי משימה זו הייתה מורכבת בהרבה ממה שנצפה מלכתחילה. הבחירות לאספה המכוננת נערכו רק ביום 25 בינואר 1949 בשל התמשכות מלחמת העצמאות. האספה המכוננת (הכנסת הראשונה) קיימה במשך כשנה דיונים על קביעת החוקה, אבל לא הצליחה להגיע להסכמה בנושא. חברי הכנסת שהתנגדו לכך טענו, בין היתר, כי אין למהר לאשר חוקה בשעה שהייתה צפויה הגעת מיליוני עולים ממדינות ותרבויות שונות, וכי מצב החירום הביטחוני ששרר במדינה יקשה על הענקת הגנה חוקתית לזכויות האדם. המפלגות הדתיות גרסו שתורת ישראל היא החוקה הבלעדית של העם היהודי. הרתיעה של מפלגת השלטון באותם הימים (מפא"י) מחוקה שתצר את הכוח של הממשלה, שימשה כר נוח לטיעונים של מתנגדי החוקה. כך גם העובדה ששיטת המשפט באנגליה, שעליה נסמך המשפט הישראלי בראשית דרכו, תפקדה ללא חוקה כתובה.

בהעדר אפשרות לגבש הסכמה רחבה במחלוקות העמוקות שהתגלעו, החליטה הכנסת הראשונה ביום 13 ביוני 1950 שלא לאמץ חוקה שלמה אלא לבנות את חוקת המדינה בצורה הדרגתית של "פרקים פרקים" שכל אחד מהם יהיה חוק יסוד בפני עצמו. החלטה זו קרויה "החלטת הררי" על שם חבר הכנסת יזהר הררי, שיזם אותה. היא ביטאה פשרה פוליטית שמצד אחד הכירה בסמכות הכנסת להתקין חוקה, ומהצד האחר אפשרה לכנסת לאשר כל אחד מפרקי החוקה בנפרד לאחר שתושג לגביו הסכמה.

הכנסות שבאו לאחר "החלטת הררי" לא מיהרו ליישם אותה. חוק היסוד הראשון התקבל רק בידי הכנסת השלישית בשנת 1958 (חוק יסוד: הכנסת). מאז ועד לשנת 1988 אישרה מליאת הכנסת שמונה חוקי יסוד נוספים, שעסקו בעיקר בעקרונות היסוד של הממשל ובמוסדות המדינה. תשעת חוקי יסוד אלו היו רחוקים מלהגשים את מפעל כינון החוקה, בראש ובראשונה משום שנעדר מהם אזכור של זכויות האדם היסודיות ואופן ההגנה עליהן כמקובל בחוקות הכתובות של הדמוקרטיות המודרניות. בהעדר חוקי יסוד בנושא זכויות האדם פיתח בית המשפט העליון את ההגנה עליהן בדרך פסיקתית תוך הסתמכות על הזכויות הטבעיות, על מהות הדמוקרטיה ועל הערכים המופיעים בהכרזת העצמאות. הדבר אפשר לבתי המשפט להגן על זכויות האדם מפני פגיעה מצד הרשות המבצעת, אבל לא להגביל את הכנסת מלפגוע בזכויות האדם באמצעות חוק. מרכיב חשוב נוסף שהיה חסר בתשעת חוקי היסוד הנזכרים הוא שפרט לכותרת שהבדילה אותם מיתר החוקים ("חוק יסוד" ללא ציון שנת החקיקה) לא עלה מתוכם כי מוקנית להוראותיהם עדיפות נורמטיבית גורפת על פני חוקים רגילים. כתוצאה מכך לא הייתה מניעה לכך שחוק רגיל יבטל הוראה שבחוק יסוד או יסייג אותה. כמו כן, לא נכללה בתשעת חוקי היסוד הוראה שהכירה בסמכות של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת ולקבוע כי חקיקה ששינתה מהסדר שנקבע בחוקי היסוד בטלה.

במהלך השנים פורסמו והוגשו הצעות שונות לחוקי יסוד שיעניקו הגנה חוקתית לזכויות האדם ושישמשו "מגילת הזכויות" הרשמית של ישראל. בסופו של דבר אחת מההצעות הבשילה בחודש מרץ 1992 לשני חוקי יסוד במסגרת מהלך שקידמה קבוצת חברי כנסת בתמיכת שר המשפטים דן מרידור. הכנסת אישרה ביום 3 במרץ את חוק יסוד: חופש העיסוק, וביום 17 במרץ את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הקו שהנחה את המהלך היה פשרה הדומה במהותה ל"החלטת הררי". במטרה לעקוף את המחלוקות, שלא פחתו עם השנים, בנוגע להענקת מעמד חוקתי לזכויות אדם מסוימות, נבחרו זכויות אדם שהיה אפשר לגבש הסכמה לגביהן, ואילו זכויות אדם "רגישות" יותר נותרו חוסות תחת ההגנה הפסיקתית שהעניק להן בית המשפט.

חוקי היסוד משנת 1992 טמנו בחובם חידושים מהותיים ברמה החוקתית שלא נמצאו בתשעת חוקי היסוד שקדמו להם. בשניהם נקבע כי "כל רשות מרשויות השלטון" חייבת לכבד את זכויות האדם המוגנות על פיהם, מה שכונה בספרות המשפטית בשם "פסקת הכיבוד". נוסף על כך, נכללה בהם הגדרה של התנאים ההכרחיים לכך שפגיעה בזכויות האדם המוגנות תיחשב לפגיעה מותרת. תנאים אלה כונו בספרות המשפטית בשם "פסקת ההגבלה" בהגדירם את מסגרת ההגבלה המותרת של הזכויות: "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (כך בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992, וכך בנוסח מעודכן של חוק יסוד: חופש העיסוק משנת 1994; הניסוח של פסקת ההגבלה בחוק יסוד: חופש העיסוק המקורי משנת 1992 היה שונה, אם כי המהות הייתה דומה). כמו כן, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נכלל סעיף שכותרתו "שמירת דינים", המבהיר כי אין בהוראותיו "כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". הצד השני של

המטבע הוא שחוק היסוד פוגע בתוקפו של דין (ובכלל זה חוק) שנחקק לאחר מועד תחילתו ושמפר את הוראותיו. חוק יסוד: חופש העיסוק כלל גם הוא סעיף שהתייחס לתנאים הנדרשים לכך שחוק או תקנה הפוגעים בחופש העיסוק בסתירה להוראותיו יוסיפו לעמוד בתוקף.

מהוראות אלו עולה שאף הכנסת חייבת לכבד את הזכויות הקבועות בחוקי היסוד, ותוכל להגבילן רק אם החוקים המגבילים יעמדו בתנאים שנקבעו. אבל כך רק לכאורה. מלוא המשמעות של הדברים הובהרה לראשונה כאשר ניתן פסק הדין בעניין **בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995))**.

ברקע האירועים שעמדו ביסוד ההתדיינות באותו עניין עמדה חקיקה מיוחדת שהעניקה למגזר החקלאי הסדרים של פריסת חובות והפחתתם, תוך הקמת מנגנון ייחודי של דיון בחובות המגזר לפני "משקם". הסדרים אלו נקבעו בחוק שזכה לכינוי "חוק גל" על שם יוזמו, חבר הכנסת גדליה גל (חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב-1992). החוק עצמו נחקק בתחילת חודש מרץ 1992, שבועיים לפני אישורו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחודש אוגוסט 1993 התקבל תיקון לחוק שהרחיב את זכויות החייבים.

פסק הדין בעניין **בנק המזרחי עסק בשלושה הליכים משפטיים אזרחיים שנושים של גופים ואנשים המשתייכים למגזר החקלאי, הגישו לשם גביית חובות שחקלאים אלו צברו. בהליך הראשון הגיש בנק המזרחי לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו תביעה כספית נגד תשע אגודות חקלאיות למימוש ערבותן כלפי הבנק לחוב של חברה שנכנסה להליכי פירוק. בהליך השני הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו תביעה כספית נגד מושב העובדים "גבעת יואב" ותשעה מחבריו בגין דמי השכרת ציוד שלא נפרעו. בהליך השלישי פתחה אגודה חקלאית תיק הוצאה לפועל נגד שניים מחבריה בגין חוב כספי, אבל ראש ההוצאה לפועל סגר את התיק והאגודה החקלאית ביקשה מבית המשפט המחוזי בחיפה רשות לערער על ההחלטה. בכל שלושת ההליכים החייבים הסתמכו על זכויות שהוקנו להם בתיקון לחוק גל. מנגד חלק מהנושים טענו שהחייבים אינם רשאים להיבנות מההגנה הנוספת שהקנה להם התיקון, באשר תיקון זה בטל. הבטלות נובעת מהעובדה שהתיקון, שהתקבל בכנסת כמה חודשים לאחר אישור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, פוגע בזכות הקניין של הנושים, המוגנת על פי סעיף 3 לחוק היסוד, והפגיעה אינה עומדת בדרישות של פסקת ההגבלה.**

בשניים מן ההליכים ניתנו החלטות שקבעו כי התיקון לחוק גל בטל, ועל ההחלטות הוגשו בקשות רשות לערער. באחד מההליכים לא נקבע כך, מאחר שהטענה לבטלות התיקון לא הועלתה, ועל ההחלטה הוגש ערעור. מחמת החשיבות העקרונית של הנושא ניתנה רשות לערער ובית המשפט העליון דן בכל הערעורים בהרכב מורחב של תשעה שופטים בראשות הנשיא מאיר שמגר. כמו כן, היועץ המשפטי לממשלה מיכאל בן-יאיר התייצב כצד נוסף לדיון. פסק הדין העקרוני של ההרכב המורחב ניתן בחודש נובמבר 1995, לאחר הפרישה של הנשיא שמגר (בתקופת שלושת החודשים שבהם היה מוסמך לחתום על פסקי דין) ולאחר שהנשיא אהרן ברק נכנס לתפקידו.

התוצאה המעשית של פסק הדין התקבלה פה אחד בידי כל תשעת השופטים. הקביעה של שניים מבתי המשפט המחוזיים בדבר בטלות התיקון לחוק גל נהפכה, והדיון הוחזר אליהם כדי שיבררו את טענות ההגנה של החייבים על פי החוק המתקן. כל השופטים הסכימו כי החוק המתקן, על אף פגיעתו בזכות הקניין של הנושים, עומד בדרישות של פסקת ההגבלה: שמיטת חובות חלקית המיועדת להביא לשיקומו של החייב הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; שיקום המגזר החקלאי מגשים תכלית ראויה; ומידת הפגיעה של החוק המתקן בקניין הנושים אינה עולה על הנדרש לשם הגשמת התכלית.

לכאורה, בית המשפט העליון היה יכול להתחיל ולסיים את פסק הדין בקביעות אלו. הוא נהג אחרת מאחר שנדרשה הבהרת כוונתה של הכנסת בעת שאישרה שלוש שנים קודם לכן את שני חוקי היסוד המגינים על זכויות האדם. בית המשפט העליון קיבל את ההנחה החוקתית שעמדה ביסוד שתיים מההחלטות של בתי המשפט המחוזיים. הוא הבהיר כי אילו הפגיעה בזכות הקניין של נושי המגזר החקלאי לא הייתה עומדת בדרישות של פסקת ההגבלה, היה מקום לקביעה שיפוטית שתיקון החוק בטל, אף שהחוק המקורי נותר בתוקפו משום שנחקק לפני חוק היסוד.

זה היה הבסיס לכתיבת פסק דין מונומנטלי, אחד הארוכים (אם לא הארוך ביותר) בתולדות בית המשפט העליון (339 עמודים). רוב רובו (כ-90%) הוקדש לפריסת ניתוח משפטי, היסטורי והשוואתי סדור ומקיף שלכאורה לא נדרש לביסוס התוצאה המעשית שנפסקה.

את חוות הדעת העיקריות כתבו הנשיא היוצא שמגר, הנשיא הנכנס ברק והשופט מישאל חשין. הדיון שנערך בפסק הדין בשאלות החוקתיות שהתעוררו אגב הדיון בערעורים, חשף הסכמות לצד מחלוקות בקרב השופטים.

החלק הראשון של פסק הדין עסק בשאלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת מכוח חוקי היסוד. בשאלה זו הסכימו כל השופטים כי שני חוקי היסוד משנת 1992 העניקו לבית המשפט סמכות להצהיר על בטלות של חוק המאוחר להם בזמן, אם אותו חוק פוגע בזכויות האדם המוגנות בהם שלא בהתאם לדרישות של פסקת ההגבלה. הפקדת סמכות זאת בידי בית המשפט הייתה בגדר חידוש מהפכני בממשק המתקיים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. אומנם בית המשפט העליון ביטל בשנת 1969 בעניין **ברגמן** חוק רגיל שעמד בסתירה להוראה בחוק יסוד: הכנסת משנת 1958 שלפיה רק רוב של חברי הכנסת מוסמך לשנות את יסודות שיטת הבחירות, ובהם עקרון השוויון (בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969)). אלא שאז דובר ב"שריון פורמלי" שניתן לחוק היסוד, כלומר בדרישה הטכנית הנוגעת למספר חברי הכנסת שיש בכוחם לחוקק חוק המשנה הוראה שנקבעה בחוק היסוד.<sup>1</sup> לעומת זאת, חוקי היסוד משנת 1992 הפקידו בידי בית המשפט את סמכות ההגנה על זכויות האדם באמצעות "שריון מהותי" המתבטא באמות מידה **תוכניות** הנדרשות על פי פסקת ההגבלה מחוק הפוגע בזכות האדם.

1 ראו רשימתה של מיכל שרביט בספר זה, עמ' 222.



החלק השני של פסק הדין דן בשאלה האם מוקנה לחוקי היסוד מעמד חוקתי עליון בהשוואה לחוקים רגילים. בשאלה זו התגלתה מחלוקת בין שמונה שופטים לשופט חשין. רוב השופטים סברו כי קיים הבדל מעמד בין חוק יסוד לחוק רגיל. חוק רגיל נתון לשינוי בידי הכנסת בכל עת. לעומתו, חוק יסוד הוא מסמך נורמטיבי עליון שבאמצעותו הכנסת יוצרת הגבלות לא רק כלפי חוץ (כמו בחוק רגיל) אלא גם כלפי עצמה בתור רשות מחוקקת. לכן אין בכוחו של חוק רגיל לסתור הוראה של חוק יסוד. השופט חשין גרס מנגד כי מאז פיזור הכנסת הראשונה, שכינה גם בתפקיד אספה מכוננת, הכנסת נעדרת סמכות לכונן חוקה לישראל. לפיכך מבחינה עקרונית המעמד של חוק יסוד אינו גבוה מהמעמד של חוק רגיל, אם כי פסקת הגבלה בחוק יסוד תיאכף כל עוד חוק אחר לא ביטל אותה באופן מפורש.

נוסף על כך, שופטי הרוב נחלקו ביניהם לגבי התאוריה המבססת את המעמד החוקתי העל־חוקי של חוקי היסוד: הנשיא הנכנס ברוך, שלדעתו הצטרפו שופטים נוספים, צידד בתאוריית "שני הכובעים" של הכנסת. לפי תאוריה זו, קביעת חוקי יסוד נעשית בתוקף הסמכות של הכנסת בתור רשות מכוננת, הנשמרת ברציפות לאורך השנים מאז ההוראה שבהכרזת העצמאות, בשונה מחוקים רגילים הנקבעים בידי הכנסת בתור רשות מחוקקת. הנשיא היוצא שמגר העדיף את תאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת בתחום החקיקה, שממנה נגזרת הסמכות של הכנסת לכונן חוק יסוד במעמד חוקתי הניצב מעל חוק רגיל. המשותף לשתי התאוריות של שופטי הרוב הוא בתפיסה שכל חוקי היסוד הם פרקים בחוקה הכתובה והפורמלית של המדינה על פי "החלטת הררי".

פסק הדין בעניין **בנק המזרחי סלל** את הדרך לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, אבל, כפי שהוסבר, בפסק הדין עצמו אותה ביקורת לא הופעלה. בחלוף כשנתיים קיבלה ההלכה שנקבעה בו לבוש מעשי ראשון בפסק הדין בעניין **לשכת מנהלי ההשקעות** (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997)). במקרה זה עמדה במרכז הדין "הוראת מעבר" בחוק שאושר בשנת 1995 ושהסדיר את העיסוק בניהול תיקי השקעות. הוראת המעבר אפשרה לתת רישיון למי שעסק בתחום במשך שבע שנים, אבל זו הייתה דרישה נוקשה יחסית, שפגעה בחופש העיסוק של רבים שכבר היו "מושקעים" בתחום. לכן בית המשפט קבע כי מדובר בהוראת מעבר שאינה עומדת בדרישת המידתיות הנכללת בפסקת ההגבלה.

עניין **לשכת מנהלי ההשקעות** היה המקרה הראשון שבו בית המשפט העליון התערב בתוכן של חקיקת הכנסת על בסיס חוקי היסוד משנת 1992. ההתערבות הייתה בעניין פעוט לכאורה: הוראת מעבר בהקשר של רישוי מקצוע. עם זאת, היא הבהירה שהעקרונות שנקבעו בעניין **בנק המזרחי** אינם רק על ספר. כמו כן, היא הבהירה כי ביקורת שיפוטית על חקיקה אינה עוסקת רק בעניינים העומדים ברומם של עולם אלא בהגנה על זכויות הפרט, במקרה זה אנשים שעמדו בפני סכנת פגיעה במשלח ידם באופן שלא נתן משקל מספיק, לצד חשיבות תכליתו של החוק החדש, למסלול חייהם. מאז נתן בית המשפט העליון פסקי דין נוספים שהכריזו על

בטלות הוראות חוק מחמת פגיעתן בזכויות האדם המוגנות בחוקי היסוד משנת 1992. אבל האמת צריכה להיאמר: מספר פסקי הדין שבהם נדחו טענות בדבר בטלות חוקים בשל פגיעה בזכויות אדם מוגנות, גדול עשרת מונים. הזהירות היתרה והאיפוק הרב שבית המשפט מגלה טרם קבלת טענה המבוססת על הלכת בנק המזרחי, מגשימים את המהות, החדשנות והמרכזיות של הלכה זו בהבטחת האיזון הראוי בין עקרון הפרדת הרשויות וכיבוד ריבונות הכנסת בתור הרשות המחוקקת, לתפקיד שהוטל על הרשות השופטת בחוקי היסוד להגן על זכויות האדם מפני פגיעה בלתי חוקתית בהן.

# ”דרך קצרה שהיא ארוכה”: חקיקה מזורזת וביקורת שיפוטית

בג”ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע”מ  
נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נט(2) 14 (2004)  
בג”ץ 10042/16 קוונטינסקי נ’ כנסת ישראל (6.8.2017)

## שמואל מנדלבום

השנה היא 2016. בהתאם לנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שפורסמו באותה שנה, מחירי הדירות בישראל השלימו מאז שנת 2008 עלייה בשיעור ממוצע של 110%. ממשלת ישראל יזמה תוכניות וצעדים שמטרתם הייתה לבלום את עליית מחירי הדירות. במסגרת זו גיבש שר האוצר אז משה כחלון הצעה להטיל מס הידוע בשם ”מס הדירה השלישית”. על מטרתו אפשר ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק שבה נכלל המס, ובהם צוין: ”כדי להתמודד עם העלייה במחירי הדירות, מוצע להטיל מס על מי שהוא בעלים של שלוש דירות או יותר... המס נועד בעיקרו לתמרץ את מי שמחזיק בכמה דירות לשם השקעה, למכור דירות אלה או את חלקן... בכך יוגדל היצע הדירות בשוק המשני באופן שיתמוך בירידה של רמת מחירי הדירור”<sup>1</sup>.

המס המוצע עורר ביקורת רבה כבר מראשית דרכו הן בשל טיעונים כלכליים של חוסר יעילות וחשש שבעלי הדירות ”יגלגלו” את המס על שוכרי הדירות, הן מטעמים משפטיים של פגיעה לא מידתית בזכות הקניין, שהיא זכות יסוד במשפט הישראלי, של בעלי הדירות. על אף הביקורת שר האוצר היה נחוש לאשר את המס המוצע, שבו ראה את ”ספינת הדגל” במאבק להורדת מחירי הדירות, ובהתאם הושקעו מאמצים מרובים בקידום מהיר של הליך החקיקה שנועד להביא לאישורו.

הליך החקיקה החל בקבלת החלטת ממשלה שבה נקבעו עקרונות המס החדש, ונמשך בהצעת חוק מפורטת במסגרת מה שמכונה ”חוק ההסדרים”. הכוונה היא לחוק מפורט הכולל תיקונים ורפורמות שנדונים בדרך כלל לצד הצעת חוק התקציב השנתי ושומרים לגבות את המדיניות המשתקפת בחוק התקציב.

1 הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע”ז-2016.

נציין כי לאורך השנים נמתחה ביקורת על השימוש שעשתה הממשלה ב"חוק ההסדרים" לעריכת שינויים מרחיקי לכת במשק ובחברה. נטען כי בכך נגרמת פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ואף בהליך הדמוקרטי התקין.

כידוע, על פי עקרון הפרדת הרשויות במתכונתו ה"מסורתית", הרשות המחוקקת – הכנסת – היא שאחראית על הכנת החוקים השונים, על גיבושם ועל אישורם, ואילו הרשות המבצעת – הממשלה – פועלת ליישומם.

אלא שבפועל, את מרבית הצעות החוק מכינה ויוזמת הממשלה. בהתאם, קיימת חשיבות מרובה בכך שבכנסת יתקיים לכל הפחות דיון מעמיק בהצעות החוק הממשלתיות המובאות לאישורה, כדי להבטיח שלציבור, באמצעות נציגיו בכנסת, יהיה חלק משמעותי בעיצוב "ספר החוקים" בישראל.

מתכונת "חוק ההסדרים" מטבעה יוצרת קושי מהותי בקיום דיון ראוי בכנסת, בשל העובדה שמרוכזים בחוק אחד מספר רב של נושאים סבוכים ומורכבים שחבר כנסת "סביר" יתקשה מאד להתמצא בהם. נוסף על כך, הצורך באישור חוק ההסדרים עם חוק התקציב מוביל בדרך כלל ללחצים על חברי הכנסת (במיוחד חברי הקואליציה) לאשר את החוק בלוחות זמנים קצרים ואינטנסיביים שאינם "תורמים" לאפשרות התעמקות בחקיקה המוצעת. בנסיבות אלו הובע חשש שחברי הכנסת והכנסת בכללותה יהפכו ל"חותמת גומי" המאשרת מהלכים מרחיקי לכת של הממשלה ללא בדיקה ראויה.

הביקורת החלה להותיר את חותמה בהתדיינות שנסבה על חוק ההסדרים לשנים 2003-2004 ושהולידה את התקדים הידוע בכינוי עניין מגדלי העופות (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004)). באותו מקרה נדונה רפורמה חקיקתית משמעותית שעיקרה ביטול מועצות חקלאיות, דוגמת מועצת הפירות. מועצות שחלקן פעלו במשך עשרות שנים, אוחדו למועצה חקלאית אחת.

העותרים טענו כי החופזה שבה אושר החוק מלמדת שלא התקיים דיון של ממש בהשלכות מרחיקות הלכת של ביטול המועצות החקלאיות הקיימות. בפסק הדין העקרוני שנתנה השופטת ביניש (בהסכמת הנשיא ברק והשופט חשין) הותוו העקרונות הנוגעים לפיקוח על הליך החקיקה. הוסברה בו הבעייתיות הרבה של חקיקת "חוק הסדרים". עם זאת הובהר כי אין מקום לביטול דבר חקיקה רק בשל השימוש ב"חוק ההסדרים" או בשל הפרה כלשהי של תקנון הכנסת, אלא נדרש שהפגם שנפל בהליך החקיקה יהיה כזה שפוגע בעקרונות היסוד של הליך החקיקה.

השופטת ביניש פירטה את עקרונות הליך החקיקה וקבעה כי נכללים בהם שמירה על "עקרון הכרעת הרוב"; עקרון השוויון הפורמלי, שלפיו לכל אחד מחברי הכנסת קול אחד בכל הצבעה; עקרון הפומביות, שלפיו כל הליכי החקיקה יהיו שקופים וגלויים לציבור; ו"עקרון ההשתתפות", שלפיו לכל חבר כנסת ישנה הזכות להשתתף בהליך החקיקה. חידוש חשוב שנקבע היה כי "עקרון ההשתתפות" מחייב לא רק שתינתן לכל חבר כנסת האפשרות להיות

נוכח פיזית בהצבעה על כל חוק, אלא גם ש"תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק" (עמ' 50). כמו כן הובהר כי בית המשפט רואה בכל אחד מחברי הכנסת מי שאמור להצביע מתוך עמדה שגיבש לאחר שבחן כל חוק מוצע.

היה אפשר לחשוב כי עמדה זו עשויה לפתוח פתח משמעותי להתערבות בג"ץ בהליכי חקיקה במקרים שבהם יהיה ברור כי חברי הכנסת לא באמת הבינו את החוק שהם אישרו, או לא באמת הכירו אותו. אלא שבית המשפט העליון "צינן" מחשבות כאלו בשתי קביעות עקרוניות. האחת, בית המשפט הגביל את אפשרותו להתערב בהליכי חקיקה רק במקרים חריגים ונדירים שבהם נשללה מחברי הכנסת "כל אפשרות מעשית" לדעת על מה הם מצביעים (עמ' 51), ובית המשפט עצמו ציין כי הוא מתקשה לראות מתי יתרחש מקרה קיצוני כזה. נוסף על כך, בית המשפט הבהיר היטב כי הצדקה להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה תהיה רק כאשר נמנעה מחברי הכנסת האפשרות לגבש עמדה בנוגע לחוק העומד להצבעה, אבל אם חברי הכנסת בחרו שלא להתעמק בחוק המוצע, אזי בית המשפט לא יתערב בהליך החקיקה.

בהקשר זה הודגש כי, בשונה מכל גוף מנהלי, על הכנסת לא חלה החובה לקיים "הליך חקיקה נאות", הכולל איסוף עובדות רלוונטיות וקיום דיון ראוי בטרם קבלת ההחלטה. בהתאם, בג"ץ לא יתערב בהליכי החקיקה גם במקרה שבו יתברר שהכנסת בחרה לאשר חוק מסוים ללא דיון ראוי וללא בדיקה נאותה של העובדות. לגופו של עניין בית המשפט קבע כי השימוש ב"חוק ההסדרים" הוא מופרז וכי הליך החקיקה החפוז פגע באפשרות חברי הכנסת לגבש עמדה מושכלת בנוגע לסוגיות המהותיות שהועלו. אבל מכיוון שאי אפשר לקבוע כי נמנעה מחברי הכנסת אפשרות כלשהי לדעת על מה הם מצביעים, אין מדובר במקרה שהוא קיצוני במידה המצדיקה התערבות בהליך החקיקה, ובית המשפט הותיר על כנו את חוק ההסדרים שאושר. עם זאת, הזרע להתערבות נטמן.

לאחר עניין ארגון מגדלי העופות הוגשו עתירות רבות לביטול חוקים בשל פגיעה ב"עקרון ההשתתפות", אבל לנוכח המבחן המחמיר שנקבע להתערבות בג"ץ בהליך החקיקה, נדחו כל העתירות. כך עד לדיון בעניין קוונטינסקי (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל 6.8.2017), שנסב על הליך חקיקת מס דירה שלישית.

כאמור לעיל, המס נכלל כפרק ב"חוק ההסדרים" לשנים 2017-2018, אשר אושר בכנסת בקריאה שנייה ושלישית ביום 22.12.2016 בסיום הליך חקיקה מהיר ואינטנסיבי שארך פחות מחודשיים. עוד "טרם יבשה הדיו" על חוק ההסדרים שאושר וכבר הוגשו כמה עתירות שכוונו באופן ספציפי למס הדירה השלישית וביקשו לבטלו. הטענה העיקרית של העותרים הייתה כי הליך החקיקה בנושא זה היה לקוי ופגום באופן קשה המצדיק את ביטולו.

למעשה, מראשית הדיון בעתירות היה ברור כי אכן נפלו פגמים מהותיים בהליך אישור מס הדירה השלישית בכנסת. יותר מכך, חלק נכבד מהטענות הועלו כבר "בזמן אמיתי" תוך כדי הליך החקיקה הן בידי חברי כנסת, הן בידי היועצים המשפטיים שליוו את ההליך. הן התמקדו בדיון שהתקיים בנושא בוועדת הכספים.

ביום 21.11.2016 התקיים דיון ראשון במס החדש בוועדת הכספים, ובעקבות השגות שעלו בו התקיים שיח בין נציגי משרד האוצר לנציגי הייעוץ המשפטי, ובמהלכו העבירו נציגי האוצר כמה טיוטות של פרק מס הדירה השלישית. במקביל נקבע דיון בוועדת הכספים ליום 15.12.2016. כבר ביום 2.12.2016 התריע היועץ המשפטי של הכנסת על הקושי בלוחות הזמנים שנקבעו לאישור חוק ההסדרים, שאינם מאפשרים דיון ראוי במס הדירה השלישית, והוא הציע לפצל את הדיון או לדחות את האישור של כל חוק ההסדרים למועד מאוחר יותר. מועד הדיון בוועדת הכספים נותר על כנו, אבל רק ב־15.12.2016 בשעה 21:00 העבירו נציגי משרד האוצר נוסח עדכני של פרק מס הדירה השלישית. הוא הופץ בין חברי הוועדה בזמן שהם דנו בנושאים אחרים בחוק ההסדרים. לאחר חצות החל בוועדה הדיון במס המוצע, וכבר בתחילתו ביקשו חלק מחברי הוועדה לדחות את הדיון תוך שהם מציינים כי מדובר בהצעת חוק מורכבת, כי לא ניתנה להם אפשרות סבירה לעיין בה, וכי הם מצויים בדיונים משעה 9:00 בבוקר, ולפיכך יתקשו לקיים דיון ענייני. טענותיהם זכו לתמיכה של היועצת המשפטית של הוועדה, שציינה כי "אני חושבת שההליך פה הוא הליך מאד בעייתי", בין היתר מאחר שגם צוות הייעוץ המשפטי לא הספיק להתעמק בנוסח העדכני של פרק מס הדירה השלישית, ושמע לראשונה עם חברי הכנסת על שינויים מהותיים שהוכנסו בנוסח החוק המוצע. על אף כל הטענות וגם לאחר שחברי הוועדה מהאופוזיציה נטשו את הדיון, החליט יושב ראש ועדת הכספים להמשיך בדיון. נציגי האוצר הסבירו בו את הסעיפים השונים, תוך שנציגי הממשלה מאיצים בחברי הכנסת שנכחו בדיון שלא להערים קשיים ולא לשאול "שאלות מיותרות". לאחר כמה שעות, בבוקר ה־16.12.2016 (יום שישי), אושרה בוועדת הכספים לקריאה שנייה ושלישית הצעת חוק ההסדרים, ובכלל זה פרק מס הדירה השלישית. כבר ביום ראשון (18.12.2016) פנה היועץ המשפטי של הכנסת אל יושב ראש ועדת הכספים וקבע כי מכלול הנסיבות מצביע על פגם מהותי היורד לשורש הליך החקיקה. במקביל פנה יושב ראש הכנסת ליושב ראש הוועדה וביקשו לקיים דיון נוסף בנושא, אלא שכל הפניות לא הועילו, והכנסת אישרה כאמור את הצעת חוק ההסדרים בשלמותה, כולל מס הדירה השלישית, ארבעה ימים לאחר מכן.

לנוכח כל העובדות שתוארו, נדרש בית המשפט העליון להכריע אם הפגמים שהתגלו בהליך החקיקה מצדיקים את ביטול הפרק בחוק ההסדרים שעניינו מס הדירה השלישית. את פסק הדין העיקרי כתב השופט סולברג (שאליו הצטרפו הנשיאה נאור והשופטים חיות והנדל), שעמד בפסק דינו על הריסון השיפוטי הנדרש מבג"ץ כאשר הוא בא להפעיל ביקורת שיפוטית על פעילות הכנסת, בהתחשב במעמדה הריבוני ובעקרון הפרדת הרשויות. עם זאת, במקרה מיוחד זה סבר השופט סולברג בדעת רוב כי דין העתירה להתקבל.

לפני השופטים בעניין קוונטינסקי עמדה השתלשלות העניינים בוועדת הכספים שפורטה. בין שופטי הרוב שררה תמימות דעים על כך שהנסיבות מחייבות התערבות של בית המשפט, וכדברי הנשיאה נאור: "לדעתי, מה שהתרחש באותו לילה בוועדת הכספים אסור שיתרחש" (פסקה 6 לפסק דינה).

ההתעלמות של יושב ראש ועדת הכספים מאזהרות היועצים המשפטיים ומפניית יושב ראש הכנסת לקיום דיון נוסף, החלטתו לקיים דיון ב"כל מחיר" בהצעת החוק בעניין מס הדירה השלישית בנסיבות שבהן היה ברור כי קיימת פגיעה מהותית באפשרות של חברי הכנסת לבחון את המס המוצע ולגבש עמדה עניינית כלפיו, בתוספת הלחצים שהופעלו תוך כדי הדיון על חברי הכנסת להביא לאישור מהיר של החוק – כל אלו יצרו תשתית עובדתית מתאימה לקבלת החלטה על ביטול פרק החוק בעניין מס הדירה השלישית.

אלא שבפני בית המשפט עמד קושי משפטי בכך שלמרות כל הפגמים עדיין אי אפשר לקבוע כי נשללה מחברי הכנסת אפשרות כלשהי לגבש עמדה בנוגע לחוק המוצע. השופט סולברג, שהיה ער לקושי האמור, הציע "עדכון וליטוש" של המבחן שנקבע בעניין ארגון מגדלי העופות, כך "שבית משפט זה יתערב בהליכי חקיקה ראשית רק כאשר נשללה מחברי הכנסת אפשרות מעשית כלשהי לקיים דיון מינימלי בהצעת החוק ולגבש עמדה מושכלת לגביה" (פסקה 69 לפסק דינו). יישום מבחן זה על נסיבות הדיון בוועדת הכספים הצביע, לדעת הרוב, על כך שלא היה אפשר לקיים דיון מינימלי בחוק המוצע, ובכך נפל פגם מהותי בהליך החקיקה. בהתאם הוחלט על ביטול הפרק בחוק ההסדרים שעניינו "מס הדירה השלישית", תוך שניתנה לכנסת האפשרות לחזור להליך החקיקה משלב הדיון בוועדת הכספים.

כל שופטי הרוב הדגישו כי הם אינם משנים את ההלכה שנקבעה בעניין ארגון מגדלי העופות, אלא רק מיישמים אותה בהרחבה מסוימת על הנסיבות החריגות שהוצגו לפנייהם. לעומתם סבר השופט מזוז בדעת מיעוט כי אין מקום להתערבות בית המשפט בהליך החקיקה, מאחר שהפגמים שנפלו בו אינם מהווים עילה לפסילת חוק על פי ההלכה הקיימת, וכי החלטת הרוב מהווה שינוי מהותי של ההלכה הפסוקה. בין השאר, ציין השופט מזוז בדעת המיעוט כי הדיון בוועדת הכספים ארך בסיכומו של דבר כשמונה שעות. בהתאם לכך אי אפשר, לעמדתו, לטעון כי לחברי הכנסת לא ניתנה אפשרות כלשהי לגבש עמדה. עוד הצביע השופט מזוז על כך שההצבעה במליאת הכנסת על אישור חוק ההסדרים התקיימה כשבוע לאחר הדיון בוועדת הכספים, כך שלפני כל חברי הכנסת עמדה אפשרות מעשית להבין כנדרש את החוק המובא לאישורם.

בראי השנים שחלפו, החשיבות העיקרית של פסק הדין בעניין קוונטינסקי היא במציאת "נקודת הכיל" הרגישה של הביקורת השיפוטית על הליכי החקיקה בכנסת. מצד אחד, אסור לשכוח שהכנסת היא בית המחוקקים, ומעמדה הרם מצריך ריסון ניכר בהפעלת הביקורת השיפוטית על התנהלותה הפנימית. מצד אחר, נודעת חשיבות מרובה לקיום דיון פרלמנטרי בוועדות ובמליאת הכנסת בטרם תאושר הצעת חוק ותהפוך להיות דבר חקיקה. הביקורת השיפוטית באה לחזק את המעמד של חברי הכנסת בהליך החקיקה מול הלחץ הממשלתי. עם זאת, התערבות בהליכי חקיקה נותרה חריג שבחריג, ובית המשפט הדגיש כי אין מקום להתערבותו במקום שבו הכנסת בוחרת שלא לקיים דיון ראוי בחוק המובא לאישורה. גם

במישור המעשי פסק הדין נותר דוגמה בודדת לפסילת חוק של הכנסת בשל פגמים בהליך החקיקה. יש לציין כי בהמשך נדחתה הבקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין (דנג"ץ 6571/17 היועץ המשפטי לממשלה נ' קוונטינסקי (19.5.2021)).

וכיצד כל זה נגמר? פסק הדין שניתן לא מנע כמובן מן הכנסת לחזור ולדון בחקיקת חוק מס דירה שלישית. אבל המומנטום הפוליטי כבר היה שונה והנושא נזנח. בפועל גם לא נעשה ניסיון נוסף כלשהו של הממשלה או הכנסת לחדש את הליך החקיקה בעניין מס הדירה שלישית שבוטל. נושא זה חלף ובטל מן העולם – אבל הותיר תקדים משפטי בעל חשיבות שנועד לוודא כי יתאפשר לחברי הכנסת לקיים דיון, ולו בסיסי, בהסדרים שמביאים עימם חוק ההסדרים בפרט והליכי החקיקה בכלל.



# הכול שפיט?! תרומתו של "התרגיל המסריח" למשפט הישראלי

בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353 (1990)  
בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991)

## רמי חיימוביץ'

ביום 12.4.1990 התכנסו חברי הכנסת ה-12 במליאה. המתח היה בשיאו. לא בכל יום מתרחשת דרמה פוליטית שעשויה להסתיים במהפך ובממשלה חדשה או במפח נפש ל"טוענים לכתר". ראש הממשלה המיועד, ח"כ שמעון פרס, עד לא מזמן שר האוצר ומי שיזם את הפלת ממשלת האחדות הלאומית, המתין דרוך בכיסאו. רעייתו סוניה השקיפה בהתרגשות מיציע האורחים. לצידו ח"כ יצחק רבין בפנים מכורכמות. הישיבה אמורה להתחיל, אבל משהו – או ליתר דיוק משהו – חסר. שני חברי כנסת ממפלגת "אגודת ישראל", שחתמה על הסכם קואליציוני עם מפלגת העבודה בראשות פרס, נעדרו מן המשכן ובלעדיהם אין לממשלה המיועדת רוב. פניו של פרס נפל. גורלה של הממשלה המיועדת נחרץ. ההצבעה בוטלה והישיבה פוזרה. פרס לא אמר נואש והמשא ומתן הקואליציוני נמשך עוד כמה שבועות, אך בסופו דווקא יצחק שמיר, ראש הממשלה המכהן, הוא שהצליח שוב להרכיב קואליציה.

אירוע דרמטי זה, שיצחק רבין (בין השאר, קופירייטר מוצלח) כינה "התרגיל המסריח", היה חלק מסדרת מהלכים פוליטיים שכללו התפרקות והתאחדות של סיעות, מעבר חברי כנסת מסיעה לסיעה בהבטחה לתפקידי שרים וסגני שרים, ואפילו הבטחות כספיות תמורת תמיכה בקואליציה. כל אלה יצרו תחושות קשות בציבור הישראלי. עמד על כך השופט מנחם אלון בפתח פסק הדין בעניין ז'רז'בסקי (בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991)): "גבולות האסור והמותר הפוליטיים נפרצו, ועלתה 'אידיאולוגיה' שהמטרה הפוליטית, הנשגבה בעיני זה או אחר, מקדשת את כל האמצעים, ולא דווקא אלה שהם פוליטיים. תופעות אלה נתקלו בביקורת חריפה של הציבור, רובו ככולו, שהגיב עליהן בדרכי התרעה ומחאה המקובלים במשטרנו הדמוקרטי" (עמ' 760). מערכת הבחירות הבאה, ב-1992, התנהלה תחת רישומה של הסיסמה "מושחתים נמאסתם", ובסופה אכן התרחש מהפך שלטוני ויצחק רבין הפך לראש ממשלה.

זהו הרקע לפסקי דין מכווננים שבהם נדרש בית המשפט העליון לעסוק במעמד המשפטי של הסכמים פוליטיים. אגב כך הוא חידד ויכוח משפטי ויכוח ציבורי שמלווים אותנו עד היום באשר להיקף הביקורת השיפוטית על רשויות השלטון האחרות.

כדי להבין את התהליך המשפטי שהוביל לפסקי דין אלה, את תוכנם ואת השפעתם, נתחיל בהסבר קצר על המושג הבסיסי שאנו עוסקים בו: "הסכם קואליציוני" או "הסכם פוליטי". שיטת הבחירות בישראל היא "שיטה יחסית". בבחירות לפרלמנט הישראלי (הכנסת) מתמודדות רשימות רבות, המציגות לציבור מצע של רעיונות שברצונן לקדם ואת שמות המועמדים מטעמן. הבחירות הן ארציות, והציבור נדרש לבחור פתק ובו שם אחת המפלגות. בסופו של תהליך הבחירות מיוצגות הרשימות בכנסת בהתאם לחלק היחסי של הבוחרים שבחר בהן, כפוף לאחוז החסימה. כך מספר המושבים היחסי בכנסת משקף את אחוז המצביעים היחסי בבחירות. הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת וזקוקה לרוב של חברי כנסת שיתמוך בה. שיטת הבחירה היחסית מובילה למצב שבו לאף רשימה אין רוב מוחלט שיאפשר לה להקים ממשלה לבדה, ועליה לחבור לרשימות אחרות ולגבש "קואליציה" (יְחֻדָּה) שתכלול רוב של חברי כנסת. מאחר שכל רשימה מבקשת לקדם ערכים ומטרות משלה ולייצג את הציבור שבחר בה, מתקיים משא ומתן "קואליציוני" לגבי חלוקת התפקידים ולגבי המדיניות שהממשלה תנקוט (קווי היסוד). תוצאות משא ומתן זה הן "ההסכמים הקואליציוניים", שמשקפים את ההסכמות והפשרות שהרשימות הגיעו אליהן. אומנם נקטנו את המונח "הסכמים קואליציוניים", שכן הם בעלי החשיבות הרבה ביותר, אבל ההסכם הפוליטי אינו מוגבל לקואליציה, והוא יכול להקיף כל הסכמה בכתב בין מפלגות, רשימות וחברי כנסת. למעשה, הסכמים מסוג זה אינם מוגבלים לכנסת או למישור הארצי. הם נמצאים גם בגופים אחרים שמתקיימות בהם בחירות: רשויות מקומיות, ההסתדרות, לשכת עורכי הדין ועוד.

ההסכמים הקואליציוניים קובעים את מדיניות הממשלה ואת הרכבה ונוגעים לכל אזרח במדינה. על רקע זה מעורר מעמדם המשפטי שאלות כבדות משקל. האם ההסכם מחייב? האם מדובר בחוזה שחלים עליו דיני החוזים ושהצדדים לו (המפלגות) רשאים לפנות לבית המשפט ולבקש אכיפה או פיצוי על הפרתו? ואולי מדובר בחוזה לטובת צד שלישי (הציבור), והוא שרשאי לבקש את אכיפתו או לתקוף אותו? או שבכלל זו הסכמה חסרת תוקף משפטי ומעמדה ציבורי בלבד – הציבור ישפוט בקלפי? ומעבר לכל אלה, עד כמה ראוי לו לבית המשפט לעסוק בכלל בנושא ציבורי ופוליטי שכזה?

היה מצופה כי סוגיות כבדות משקל אלו, שנוגעות לליבת העיסוק הפוליטי והעיסוק הציבורי, יזכו למענה בחקיקת הכנסת, אבל היא נמנעה מלעסוק בהן. כך הן הגיעו לבתי המשפט בלי שזכו להסדרה בחוק, ובית המשפט העליון הוא שנדרש לפתח את הדין בנוגע אליהן. במשך שנים רבות בית המשפט לא עסק כלל בהסכמים קואליציוניים בכנסת, אבל נדרש במשורה להסכמים בגופים קטנים יותר: ברשויות המקומיות, בתוך מפלגות ובגופים ציבוריים. כך, למשל, פסק הדין הראשון שבו נבחן בהרחבה המעמד החוקי של הסכם קואליציוני, עסק בכלל בלשכת עורכי הדין (בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73 (1987)). נקבע בו שעל הסכם מסוג זה אין חלות נורמות המשפט הפרטי (חוק החוזים ודומיו) אלא נורמות של המשפט הציבורי, ושיש קושי להורות על אכיפתו.

המשבר הפוליטי-ציבורי בשנת 1990 האיץ את התהליך, וכך בית המשפט נדרש לעסוק בהסכמים פוליטיים במישור הארצי. אבל טרם שנדרש לתוכן של ההסכמים הקואליציוניים ולמעמד המשפטי, בית המשפט העליון היה צריך להחליט בשאלת גילויים לציבור. שאלה זו עמדה במרכז פסק הדין בעניין שליט (בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353 (1990)). כבר הוסבר שההסכמים הקואליציוניים נוגעים לכל אזרח במדינה. אבל במשך שנים רבות הם "הוצעו... כאילו היו מכתבים אינטימיים" (בלשונו של השופט יצחק זמיר בבג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח תקווה, פ"ד מח(5) 630, 639 (1994)). גילוי ההסכמים לא היה נוח לאלו שחתמו עליהם, שכן הם שיקפו פשרות, חזרה מהבטחות והצהרות שניתנו בתקופת הבחירות, וניתורים על חלק מעקרונות היסוד של המפלגה – וכל אלו עשויים לעורר כעס אצל הבוחרים, לחץ ציבורי, אובדן תמיכה ואי שקט בתוך המפלגה עצמה. כך היה עד לאותו משבר אמון שתואר למעלה. אבל בעקבותיו ביקש הציבור לדעת מהם התפקידים, התקציבים והערכים שעליהם הסכימו או יתרו נבחריו. רצון זה הוליד עתירות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בדרישה שיורה על חשיפת ההסכמים.

בהליך נדונו כמה עתירות מכל קצות הקשת הפוליטית שאוחדו יחד, וכולן עסקו בשאלה אחת ויחידה: האם סיעות של הכנסת שעורכות ביניהן הסכמים קואליציוניים לקראת כינון ממשלה, חייבות לפרסם הסכמים אלה ברבים? בדין ישבו הנשיא שמגר והשופטים ברק וגולדברג.

קריאת פסק הדין מלמדת כי גם השופטים וגם בעלי הדין הסכימו שהנושא ראוי להסדרה בחקיקה ראשית או בחוק יסוד – ושגם בהעדר הסדר מפורש על בית המשפט העליון להכריע בעתירות. איש לא כפר בסמכות בית המשפט להורות על הגילוי. לגוף הדברים נקבע, וזה העיקר, שיש לגלות את ההסכמים משלושה טעמים מרכזיים. ראשית, תומכת בכך זכות הציבור לדעת. הסכם קואליציוני אינו חוזה פרטי. חברי הכנסת הם נאמני הציבור, חובתם לפעול למען הציבור, והסכמים פוליטיים מגדירים את אופן ביצוע תפקידם הציבורי או אף מגבילים אותו. טבעי שהאזרחים שהצביעו לחברי הכנסת על בסיס המצע שהציגו יהיו מודעים לתוכן של ההסכמים אלה, שלעיתים קרובות יש בהם סטייה מהמצע שהוצג או תוספת לו. שנית, הזכות של הציבור לפקח על נבחריו. משטר דמוקרטי בנוי על שיתוף מתמשך של הציבור במידע על מערכות השלטון ועל פועלם של הנבחרים. פרסום ההסכמים נדרש כדי שהציבור יוכל לפקח על פעילותם של הנבחרים ולכלכל את צעדיו בהכרעות פוליטיות עתידיות. שלישית, הפרסום יבטיח שהנבחרים פועלים לטובת הציבור. אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המגורה הוא השוטר היעיל ביותר. הידיעה שההסכם ייחשף ברבים ויהיה נתון לביקורת, תשפיע על תוכנו ותבטיח שישרת את טובת הציבור.

על יסוד קביעות אלו הורה בג"ץ לפרסם ברבים את ההסכמים, וקרא למחוקק להסדיר בחקיקה ראשית את הנושא על פרטיו. נקפוץ שנים מספר קדימה ונגלה כי המחוקק אכן נענה לקריאה זו. תחילה עוגן הנושא בחוק יסוד: הממשלה, וכעת הוא מוסדר בסעיף 1 לחוק

הממשלה, התשס"א-2001, שכולל חובת גילוי רחבה של כל הסכם בכתב בקשר לכינון של ממשלה, למינוי שרים וסגני שרים, להצבעה על חוק התקציב ועוד. במישור הפרטני הוא מחייב להעביר את ההסכם המלא למזכיר הכנסת מבעוד מועד, לפני יום הבחירות או ההצבעה על כינון הממשלה בכנסת.

פסק הדין בעניין שליט היה פסק דין מכונן בנוגע למעמד המשפטי של הסכמים פוליטיים ולסמכות של בית המשפט לדון בהם, אבל עסק בסוגיה הצרה יחסית של גילויים לציבור. עתה, משגולו ההסכמים, נדרש בית המשפט העליון למשימה גדולה בהרבה של בחינת מעמדם החוקי, מעמדם המשפטי וסמכות בית המשפט להתערב בהם. בכך עוסק פסק הדין בעניין ז'רז'בסקי. על כובד משקלה של המשימה אפשר ללמוד גם מהפער בהיקפם של שני פסקי הדין (16 עמודים בעניין שליט מול 119 בעניין ז'רז'בסקי).

ומעשה שהיה כך היה. במקביל למאמצים של שמעון פרס ומפלגת העבודה להקים קואליציה, ניהלו יצחק שמיר והליכוד מאמצים לגבש קואליציה משלהם. ביום 11.4.1990 חתמו הליכוד וסיעה נוספת, הסיעה לקידום הרעיון הציוני, על הסכם. במכוון לא כינינו את ההסכם "קואליציוני", שכן מלבד כינון הממשלה וחלוקת התפקידים הוא עסק גם בשיתוף פעולה בין הסיעות אם יישארו באופוזיציה, ובמיזוג עתידי של הרשימות בבחירות הבאות, כולל שריון לחברי סיעת הרעיון הציוני ברשימת הליכוד. יוסף ז'רז'בסקי, חבר מרכז הליכוד שהשתתף בבחירות לכנסת מטעם המפלגה, לא היה מרוצה. הוא סבר שההסכם פוגע בו ובליכוד ועתר לבג"ץ בדרישה שזה יקבע כי ההסכם אינו חוקי ויבטלו.

זו הפעם כלל ההרכב את המשנה לנשיא אלון ועימו השופטים ברק וגולדברג, שישבו לדין גם בעניין שליט. שלושת השופטים הסכימו על התוצאה: לקיים את ההסכם, כפוף לפסילה של הוראות מסוימות בו. אבל הדרך שבה הגיעו לתוצאה הייתה שונה בתכלית, ובאופן חריג השופטים גם ענו זה לחוות דעתו של זה. כך התחדדו בפסק הדין מחלוקות משפטיות וציבוריות המלוות אותנו עד היום, בעיקר בנוגע לתפקיד של בית המשפט וליחסים בינו לרשויות השלטון האחרות.

המשנה לנשיא אלון פתח את דבריו באזהרה: בית המשפט חייב לנהוג זהירות ואיפוק בעתירות בעלות אופי פוליטי. זאת, מאחר שהתערבותו מחלישה את המערכת הפוליטית ועלולה לגרום ל"פוליטיזציה" של השיפוט ולפגיעה באמון הציבור באובייקטיביות השיפוטית. הוא הוסיף וקבע קביעות שהיו מקובלות על הכול: שהסכם פוליטי הוא שפיט – כלומר שבית המשפט רשאי, וחייב, לעסוק בו כדי להגן על הציבור, ושאינ מדובר בחוזה רגיל שחלים עליו דיני החוזים של המשפט הפרטי, אלא בחוזה ציבורי שחלים עליו כללי המשפט הציבורי. אבל כאן נפרדות הדרכים. המשנה לנשיא אלון סבר שכל עוד המחוקק הישראלי לא קבע מהם כללי המשפט הציבורי, אין מקום לשימוש נרחב במושגים כלליים כמו סבירות או מתחם הסבירות (שהיו מרכזיים בפסיקתו של השופט ברק, שישב עימו במושב), זאת, מאחר שאין בידי בית המשפט קני מידה משפטיים לבדיקת הסבירות של הסכמים פוליטיים. אם כן, לפי

המשנה לנשיא אלון, לא מתפקידו של בית המשפט להכריע בסבירות של התחייבות פוליטית, וכל בדיקה מעין זו תהיה כרוכה בפוליטיזציה מובהקת של מערכת השיפוט. המשנה לנשיא אלון פנה בהקשר זה למשפט העברי ולמורשת ישראל. בחינה של אלו הובילה אותו למסקנות שלהסכמים פוליטיים תוקף מחייב, ושאפשר לפסול הסכמות הסותרות הסדר חקיקתי מפורש. הוא הבהיר עוד כי בשל האופי המיוחד של ההסכם הפוליטי אי אפשר להורות על אכיפתו או לפסוק פיצוי בשל הפרתו, והסעד היחידי הוא ביטול הסכם או תניה שנוגעים באי-חוקיות. על רקע קביעות עקרוניות אלו אלון בחן את סעיפי ההסכם נושא העתירה, וקבע, למשל, כי הסכמה על הפקדת ביטחונות וערבויות כספיות שעניינם אופן הפעלת שיקול דעת שלטוני, אסורה משום שהיא מנוגדת לחוק, ואילו הסכמה על שריונים ברשימה לכנסת מותרת שכן אין בחוק הישראלי הוראה הקובעת כיצד תגובש רשימת המועמדים.

השופט ברק הצטרף כאמור לתוצאה, אבל לא לדרך. מנקודת מבטו, על רשויות השלטון לפעול בהתאם לחוק בכל פעולותיהן, ולכן במישור העיוני "הכול שפיט", שכן בית המשפט הוא הגורם המוסמך לבחון אם פעולה חוקית או לא (גם אם יש מקום לכך שבמקרים מתאימים, לא שכיחים, בית המשפט יימנע מהכרעה מטעמים שנוגעים להפרדת רשויות). פועל יוצא הוא שגם ההסכם הפוליטי שפיט, וזוהי אף תוצאה רצויה שכן באין דיין אין דין, והביקורת השיפוטית מבטיחה שנבחרי הציבור ינהגו ביושר, בהגינות ובסבירות בכל פעולותיהם וגם בכריתת הסכמים פוליטיים שעוסקים בתפקידם הציבורי. אומנם בסופו של דבר את מעשי נבחרי הציבור ישפוט הציבור בקלפי, אבל משפט הציבור אינו תחליף לבחינת חוקיות ההסכמים והפעולות בבית המשפט. הוסכם שהסכם פוליטי אינו חלק מהמשפט הפרטי ושהוא נשלט בידי המשפט הציבורי. אך, בניגוד לשופט אלון, סבר השופט ברק שקיימים הסדרים חוקיים מתאימים במשפט הישראלי ואין צורך לפנות למשפט העברי. עם הסדרים אלה נמנים, למשל, הסבירות, חובת נבחרי הציבור לפעול כנאמני הציבור ולטובתו, תקנת הציבור והוראות חוקיות מסוימות. יישום הסדרים אלה מחייב לקיים הבטחות ולכבד הסכמים פוליטיים, שכן הפרתם פוגעת באמון הציבור ברשות, והם מאפשרים לבית המשפט לקבוע כי כאשר ההסכם נוגד את הדין או את החובות השלטוניות של הרשות, יש לבטלו. השופט ברק הסכים שהתרופה העיקרית היא ביטול הסכם או תנאים הנוגדים את הדין, אבל לא שלל אפשרות להורות על אכיפתו במקרים נדירים, והמבחן המכריע הוא מבחן הסבירות. בתוצאה הסופית – כיבוד רוב ההסכם וביטול חלק ממנו – הוא הצטרף, כאמור, לתוצאה שהשופט אלון הגיע אליה.

השופט גולדברג הסביר בפסק דין קצר ומעשי כי מכיוון שהעותר ביקש לבטל את ההסכם בטענה שאינו חוקי, אין צורך לעסוק בשאלות עקרוניות בנוגע לדינים החלים על הסכם פוליטי, ודי לבדוק אם התחייבויות הצדדים נוגדות את החוק ואת העקרונות "החוקיים". הוא הצטרף לתוצאה ששני חבריו הגיעו אליה, בציינו כי "ההנמקות בדברינו לעיל חלוקות ושונות הן, שופט שופט ונימוקיו עמו. אך כולן מובילות לאותה מסקנה בעתירה שלפנינו" (עמ' 867), ובכך הסתפק.

התוצאה בעניין ז'רז'בסקי הושגה פה אחד, אבל לא שיקפה הסכמה בסוגיות היסוד. בפן המעשי לא נקבעה נורמה ברורה בעניינם של הסכמים פוליטיים, ובשונה מסוגיית הגילוי, המחוקק נמנע בשנים הבאות מלעסוק בהיבטים הנוספים שקשורים בהסכמים מסוג זה. בית המשפט העליון נדרש גם בהמשך לבחינת החוקיות של ההסכמים הפוליטיים והקואליציוניים, כל מערכת בחירות ושאלותיה וכל קואליציה והסכמותיה. נוסף על כך, הדעות השונות בנוגע לשפיטות של ההסכמים הפוליטיים הפכו לסמל למחלוקת הציבורית בנוגע לתפקיד של בית המשפט, מחלוקת שהשתקפה כבר בעמדות שהובעו בפסק הדין. דווקא משום כך כדאי לזכור שכל שופטי ההרכב – ללא קשר לחלוקת תוויות של "שמרנים" ו"ליברלים" – הסכימו שתפקידו של בית המשפט הוא להגן על הציבור במדינת ישראל, ושכולם ראו לנכון להתערב בהסכם פוליטי שהוראותיו מנוגדות לחוק ולטובת הציבור.

# על שוויון בבחירות לכנסת והולדתה של הביקורת השיפוטית על חקיקה

בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969)  
בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981)

## מיכל שרביט

האם הכנסת רשאית לחוקק חוק שמבחין בין רשימות המיוצגות בכנסת הקיימת לרשימות חדשות שעתידות להתמודד בבחירות לכנסת הבאה? בפועל, אימוץ של הבחנה זו בהקשר לזכות לקבל מימון להוצאות הבחירות הוליד את פסק הדין בעניין ברגמן (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969)), אחד מפסקי הדין החשובים שבית המשפט העליון נתן מאז הקמתו.

הילונו מתחיל בתקופה שקדמה לבחירות לכנסת השביעית ולרשויות המקומיות בחודש אוקטובר 1969. המצב הכלכלי הרעוע של המפלגות, ובעיקר משבר כספי עמוק שאליו נקלעה מפא"י, מפלגת השלטון, הביא את ראשי המפלגות לגבש תפיסה חדשה למימון פעילות המפלגות מקופת המדינה. אין להתפלא שההצעה זכתה להסכמה רחבה. היא הולידה חוק שהעניק לכל המפלגות שנבחרו לכנסת השישית מימון מקופת המדינה על פי גודל הסיעות המייצגות אותן, ושלמעשה שלל לחלוטין מימון לרשימות מועמדים חדשות לכנסת השביעית.<sup>1</sup> נגד הבחנה זו כוונה העתירה של ד"ר אהרן ארתור ברגמן, עורך דין במקצועו, מי שבעברו נשא בתפקידים בכירים בשירות המדינה, בין היתר הממונה על הכנסות המדינה ונציב מס הכנסה הראשון.

ברגמן החליט שלא להבליג על מה שנראה בעיניו שימוש לא ראוי בכספי ציבור, ועל כן עתר לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כדי לסכל את החוק שהתקבל בכנסת. טענתו המהותית הייתה כי שלילת המימון מרשימות חדשות לכנסת עומדת בסתירה לעקרון השוויון בבחירות הקבוע בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, שלפיו "הכנסת תיבחר בבחירות... שוות...". חוק היסוד "שריין" את עקרונות היסוד של שיטת הבחירות בכך שהורה כי את סעיף 4 אפשר לשנות רק בחוק שיתקבל ברוב של 61 חברי כנסת בכל שלבי החקיקה (סעיף 46 לחוק היסוד). ברגמן עתר לפסול את חוק המימון החדש, שלשיטתו פגע בשוויון בבחירות, ובהתחשב בכך שלא הייתה מחלוקת כי החוק לא עמד בדרישה הפורמלית לקבלתו ברוב הנדרש בכל שלבי חקיקתו. הדיון

1 חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), התשכ"ט-1969.

בבית המשפט התמקד במשמעות הדרישה לבחירות "שוות". ברקע הדברים עמדה שאלה נכבדה לא פחות: האם בית המשפט מוסמך לפסול את התוקף של חוק של הכנסת אם זה מנוגד למצוות סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת? בשל החשיבות העקרונית של הדיון הוא נערך בהרכב מורחב של חמישה שופטים בראשות הנשיא אגרנט. את פסק הדין כתב השופט לנדוי, לימים גם הוא נשיא, ולדעתו הצטרפו שאר ארבעת שופטי ההרכב.

היועץ המשפטי לממשלה אז, מאיר שמגר, טען במענה לעתירה שסעיף 4 לחוק היסוד דן רק בשיטת הבחירות במובנה הטכני, כך שעקרון השוויון פירושו אך ורק שלכל בוחר קול אחד בעל משקל שווה: "קול אחד לכל אחד". בית המשפט העליון דחה עמדה זו. בפסק הדין נקבע שיש לתת למילה "שוות" משמעות רחבה המכוונת גם ליכות לבחור וגם ליכות להיבחר, ושזו האחרונה חייבת להתבטא גם בשוויון הסיכויים של רשימות המועמדים השונות המתחרות בבחירות לכנסת. בית המשפט עמד על כך שפרשנות זו עולה בקנה אחד עם עקרון היסוד של שוויון הכול בפני החוק. גם אם עיקרון זה אינו מעוגן בסעיף מפורש, לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף "משוריין" של חוק יסוד, הרי ש"הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (עמ' 698). מכאן הגיע בית המשפט למסקנתו ששלילה מוחלטת של המימון לרשימות חדשות היא הפרה ממשית של שוויון הסיכויים בין הרשימות ונוגדת את עקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק היסוד, ושאינן להצדיקה.

בהמשך לכך הורה בית המשפט לשר האוצר לפעול לפי חוק המימון "רק אם הוראות המימון שבחוק יוחקו מחדש ברוב הדרוש, או אם יתוקן החוק על-מנת להסיר את חוסר השוויון שבו" (עמ' 700). במובן הצר המשמעות של הסעד הייתה הוראה לשר האוצר להימנע מלפעול בהתאם לחוק. אבל המשמעות המשתמעת של סעד זה הייתה הכרה בכך שבהשוואה לחקיקה רגילה של הכנסת יש כוח עודף לחוקי היסוד, לפחות כאשר מדובר ב"סעיף משוריין", כלומר סעיף שקובע כי אין לשנותו אלא ברוב מיוחד, כפי שהורה חוק יסוד: הכנסת בנוגע לסעיף 4. במובן זה החשיבות של פסק הדין בעניין ברגמן חורגת מהסוגיה של דיני הבחירות לכנסת, והוא חלק מהתשתית החוקתית של המשפט הישראלי. זו הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון, הרשות השופטת, מצא לפסול חוק שחוקקה כנסת ישראל, היא הרשות המחוקקת; וכל זאת בנושא המצוי בליבת המשטר הדמוקרטי, שהוא הרצון להבטיח אפשרות לכניסת סיעות חדשות לכנסת, כחלק מן הזכות להיבחר. במיוחד הדברים אמורים שעה שהמפלגות הקיימות בכנסת המכהנת הן שקבעו את "כללי המשחק" לכניסת רשימות חדשות לכנסת הבאה, דבר שחיוק את הצורך בשמירה של בית המשפט מפני פגיעה אפשרית בדמוקרטיה. על כן יש שרואים בפסק דין זה את תחילת המהפכה החוקתית, שהמשכה בין היתר בחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992. בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995),<sup>2</sup> שבו נדרש בית המשפט העליון

2 ראו רשימתו של משה סובל בספר זה, עמ' 204.



בהרכב מורחב של תשעה שופטים למעמד של חוקי היסוד ולביקורת השיפוטית על פיהם, השופט יצחק זמיר פתח את פסק דינו כך: "המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בפרשת ברנמן" (עמ' 468).

פסק הדין התקדימי בעניין ברנמן התקבל בהפתעה גמורה בממשלה ובכנסת בהינתן שהמימון למפלגות הוקפא ושעה שהיה עליהן להיערך לבחירות הממשמשות ובאות. את הפתרון המעשי מצא היועץ המשפטי לממשלה שמגר, שבתקופה קצרה עמל על קידום חוק מתקן לחוק המימון על פי הערות בית המשפט העליון. חשש נוסף שהתעורר היה שמא ההצלחה של ברנמן תעודד הגשת עתירות נוספות לפסילת חוקי בחירות קיימים על בסיס הפרשנות החדשה שנתן בית המשפט העליון לעקרון השוויון בבחירות. על כן, בבחינת הקדמת תרופה להתערבות שיפוטית נוספת, הזדרזה הכנסת לחוקק חוק ברוב של 61 חברי כנסת שנועד "לחסן" את כלל חקיקת הבחירות שאושרה עד אז, מפני טענה לפגיעה בשוויון שלא ברוב הדרוש בהליך החקיקה. חוק זה הוא חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, שמכונה גם "חוק התשריר". בין חוקי הבחירות ש"חוק התשריר" חל עליהם נכלל גם חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, שבו נקבעו הסדרים לזמני תעמולת בחירות בשידורי הרדיו והטלוויזיה למפלגות המשתתפות בבחירות לכנסת. תיקון לחוק זה, שקבע למפלגות חדשות זמני תעמולה קצרים יותר ביחס למפלגות המיוצגות בכנסת, עמד ביסוד פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת אגודת דרך ארץ (בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981)). כאן יש להוסיף כמה מילות הסבר.

עד לשנות התשעים של המאה הקודמת פעל בישראל ערוץ שידורי טלוויזיה ישראלי יחיד, הערוץ הממלכתי שהפעילה באותה עת רשות השידור, שאותה "ירש" לימים תאגיד השידור הציבורי. לא היו ערוצי טלוויזיה מסחריים, ולא הייתה זירה תקשורתית באינטרנט. בפסק הדין בעניין אגודת דרך ארץ תיאר הנשיא לנדוי את ההשפעה האדירה שיש לתעמולת הבחירות בערוץ הטלוויזיה הממלכתי על הציבור "היושב כשבו מול תיבת הטלוויזיה (שבה בעיקר המדובר), כאשר זו משדרת בערוץ היחיד, שאין לצופה מפלט ממנו (אלא אם רוחו עומדת בו לסגור את המכשיר)" (עמ' 7). לכן השאלה כמה זמן תעמולה תקבל כל רשימה בערוץ הממלכתי, הייתה קריטית.

בנוסף של החוק שזכה ל"תשריר" ניתנו לכל רשימה 25 דקות שידור ברדיו ו-10 דקות בטלוויזיה. נוסף על כך, החוק קבע שמפלגות המיוצגות בכנסת היוצאת יזכו לתוספת של 4 דקות ברדיו ושל 4 דקות בטלוויזיה עבור כל חבר כנסת שלהן המכהן בכנסת היוצאת. תיקון נוסף לחוק משנת 1981<sup>3</sup> חרג מכך. הוא הפחית 2 דקות מזמן השידור של כל הרשימות ברדיו ובטלוויזיה והוסיף 2 דקות לשידורי הרדיו והטלוויזיה לכל חבר כנסת של מפלגה שמיוצגת בכנסת היוצאת. משמעות התיקון הייתה שהזמן של כל המפלגות, ובכללן הרשימות החדשות,

3 חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 6), התשמ"א-1981.

קוצץ, אבל המפלגות הקיימות קיבלו זמן נוסף. בניגוד לנוסח הקודם של החוק, אשר אושרר ב"חוק התשריר", התיקון לחוק התעמולה לא היה מוגן בחוק התשריר ולא התקבל ברוב הדרוש בכל שלבי החקיקה. כך חזרה ושבה שאלת שוויון הסיכויים בבחירות לכנסת אל פתחו של בית המשפט העליון בעתירה בעניין אגודת דרך ארץ. גם לצורך כך התכנס הרכב מורחב של חמישה שופטים.

בניגוד לחוק המימון שנדון בעניין ברגמן ושהתיימר שלא לתת לרשימות החדשות דבר, הפגיעה של התיקון לחוק דרכי התעמולה ברשימות החדשות הייתה פחותה שכן הוא השאיר להן זמני שידור מסוימים. הבדל זה הוליד שוני בפרשנויות שנתנו שופטי ההרכב לעקרון השוויון, אף שהייתה ביניהם תמימות דעים באשר לתוצאה הסופית של פסק הדין.

נאמן לעמדתו כפי שהובעה בעניין ברגמן, קבע הנשיא לנדוי כי השוויון שבו מדבר סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת הוא שוויון מהותי תוך התחשבות ראויה בנתונים המבדילים בין רשימה חדשה למפלגה קיימת. נקודת מוצא זו הייתה מוסכמת גם על השופט ברק, אשר קבע כי בקביעת שוויון הסיכויים בין הרשימות השונות, גדולות כקטנות, ותיקות כצעירות, אין לנקוט אמת מידה שלפיה שוויון פירושו זהות. לעמדתו, הענקת פרק זמן זהה לכל רשימה ורשימה מביאה בוודאי לזהות, "שוויון פורמאלי", אך אינה יוצרת שוויון מהותי, "שוויון מטריאלי" (עמ' 11). זו הייתה גם הדעה של השופט בייסקי. עם זאת, הנשיא לנדוי והשופט ברק נחלקו בשאלה כיצד על בית המשפט לבחון אם בתיקון לחוק התעמולה הופר השוויון המהותי. לאמור, האם הגדלת זמן השידור ב־2 דקות לכל חבר כנסת של המפלגות הקיימות לעומת הפחתת 2 דקות מזמן השידור היחיד שעומד לרשות הרשימות החדשות, מפירה את השוויון המהותי בין כלל הרשימות המתמודדות לכנסת?

הנשיא לנדוי בחן את שלבי החקיקה השונים של התיקון לחוק ומצא שהכנסת כלל לא התייחסה בדיוניה לצורך לשמור על שוויון הסיכויים של רשימה חדשה. מאחר שהכנסת לא נתנה דעתה לעניין זה, הוא סבר שאין להעמיד את הכנסת בחזקת הכשרות שעומדת לה בדרך כלל ושלפיה לא חרגה מהוראת חוק משוריינת. לעומתו, השופט ברק סבר שאין להעמיד את ההכרעה בשאלה האם נפגע עקרון השוויון, על בחינת ההיסטוריה של אופן קבלת החוק בשלבי חקיקתו בכנסת. לעמדתו, "ההכרעה צריכה לפעול על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק" (עמ' 17). לגישת השופט ברק, יש לפנות לשכל הישר, לניסיון החיים ולחוש המומחיות של המשפטן, שיש בכוחם להציב גבול בין אסור למותר, בין שווה ללא שווה. השופט ברק היה ער לכך "כי בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי אין אנו פועלים בצורה מדעית ומדויקת, אך חושש אני, כי דרך טובה ממנה אין" (עמ' 16). בנוגע לתיקון לחוק התעמולה מסקנתו הייתה כי הזמן שהוקצב בו לרשימות השונות אין בו כדי להבטיח שוויון סיכויים. ראשית, לשיטתו זמן של 8 דקות אינו מספיק לרשימות חדשות להציג כראוי לציבור את מועמדיהן ואת המצע שלהן, להבהיר במה הן נבדלות מאחרות ולהשיב לביקורת שמופנית כלפיהן. שנית, ובזה היה העיקר לדעתו, לרשימות הוותיקות והגדולות ניתן זמן שידור שעולה

בהרבה על המינימום הדרוש להן להצגת עמדתן כראוי. זמן נוסף זה הן ניצלו בדרך כלל לתגובות שוטפות על אירועי הבחירות ולשידור חדשות ששידורן אסור במהדורות הרגילות בשל האיסורים על תעמולה, עד כי רישומן של הרשימות החדשות או הקטנות הטשטש בתודעת הבוחר. גם השופט בייסקי הצטרף בדגשים שונים לאותה מסקנה תוך התייחסות לעיקרון של שוויון הסיכויים.

גישה שונה לפרשנות עקרון השוויון הביע השופט שמגר, במידה רבה ברוח העמדה שהציג בפרשת **ברגמן**, בעת שעוד היה יועץ משפטי לממשלה. לגישתו, המילים "בחירות... שוות" שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת מתייחסות לשוויון הפורמלי, כלומר לקביעת אמת מידה בסיסית ופשטנית ככל האפשר, אשר בנסיבות העניין מתבטאת בזמן שידור שווה לכל רשימה. השופט שמגר הכיר בכך ששיקולי הגינות וצדק מחייבים לעיתים סטייה מן השוויון הפורמלי המוחלט כך שלא כל מתחרה יהיה זכאי לגנתן זהה בתחרות על הקול של הבוחר. אלא שלישיתו, כדי ליצור בהירות חוקתית שתוכל לשמש למחוקק קו מנחה מראש, נכון לקבוע שכל סטייה משוויון אבסולוטי, גם כזו שהיא מוצדקת וסבירה בעיני בית המשפט, תיחשב לפגיעה בשוויון ותחייב רוב של 61 חברי כנסת בהליך החקיקה. בדרך זו גם כל אזרח ידע שהייתה סטייה מעקרון השוויון ולא יזו מטרע נעשה הדבר. לדעתו, "עדיף בעיניי, שלא נטשטש את מושג השוויון במאניפולציות מספריות, שאינן מעוגנות בסופו של דבר אלא בתחושתו של מי שעוסק בכך, ואשר מוליכות למבוי הסתום של העדר כל אמת מידה ברורה וגלויה וידועה מראש" (עמ' 23). ברוח דומה קבעה השופטת בן-פורת ששוויון פורמלי אין משמעו בהכרח זמן זהה לכל רשימה, ושאפשר לקבוע מדד אחד אחר, דוגמת קביעת זמן פרוגרסיבי. במובן זה השופטת בן-פורת סברה שאפשר לקבוע מדד שיענה הן על השוויון הפורמלי, הן על השוויון המהותי.

בסיכומו של דבר, בשני פסקי הדין הנזכרים בית המשפט העליון פסל חקיקה של הכנסת. מעניין שלמרות הנופך המהפכני שיוחס לפסיקה זו, למעשה בית המשפט לא דן בה בשאלות יסוד חוקתיות שנוגעות לסמכות של בית המשפט לדון בחוקיות של חקיקה ראשית של הכנסת או בחוקתיותה, ולמעמד של חוקי היסוד. הטעם הרשמי לכך הוא שבשני המקרים היועץ המשפטי לממשלה לא ביקש לעורר שאלות נכבדות אלה, מאחר שסבר כי נכון וראוי שלא לחסום את הדיון בעתירות לגופן. הדיון בשאלות אלה הפציע רק שנים רבות לאחר מכן.

מעבר לפן החוקתי, שני פסקי הדין חידדו את המורכבות של הזכות לשוויון ואת מובניה הרבים. הם אימצו פרשנות מהותית וערכית לעקרון השוויון, כזו המדגישה את ההזדמנות השווה ואת השוויון בסיכויים. הם עשו כן אגב דיון בעתירות ששייכות לזירה הפוליטית, אבל תפיסת השוויון שאומצה בהן – שאינה מסתפקת בשוויון פורמלי – היא נכס של המשפט הישראלי גם בדיון בשאלות הנוגעות למהלך החיים של כל אחד ואחת מאיתנו במגוון רחב של הקשרים.

## חסינות חברי הכנסת בכנסת בלתי חסינה

בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492 (1993)

בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995)

בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865 (2005)

### אלעזר נחלון

שני חברי כנסת, שני כתבי אישום, חמישה פסקי דין ותיקון חוק אחד. פסקי הדין שבית המשפט העליון נתן בעניין חסינותם של חברי הכנסת רפאל פנחסי ומיכאל גורלובסקי, בהפרש של כעשור, כללו התערבות בהחלטות הכנסת והיו מרובי פנים: הם תרמו תרומה מהותית לפיתוח דיני החסינות, ובה בעת יצרו חיכוכים ממשיים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. רפאל פנחסי היה ממקימי תנועת ש"ס וכיהן כחבר כנסת, כסגן יושב ראש הכנסת, כסגן שר וכשר. במקביל שימש פנחסי גם גזבר התנועה. בשנת 1993, לאחר חקירה ממושכת, החליט היועץ המשפטי לממשלה להעמיד את פנחסי לדין בעבירות כזב ומרמה. נטען כי פנחסי ואחרים נמנעו מלרשום בספרי תנועת ש"ס תשלומים לפעילי בחירות, כדי שלא לחשוף כי הפעילים עבדו בניגוד להצהרות שנתנו בהליכי פטור משירות צבאי. במקביל, לשם קבלת כספי מימון מפלגות, הגישו פנחסי ואחרים הצהרות כוזבות, שבהן העלימו את התשלומים. בהיותו חבר כנסת היה פנחסי בעל "חסינות", והוא ביקש להשתמש בה כדי להימנע מהעמדה לדין. מהי אותה "חסינות"?

העיקרון של חסינות חברי הכנסת נקבע בסעיף 17 לחוק יסוד: הכנסת, והפרטים נקבעו בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, שלעיתים מכונה חוק החסינות. לענייננו חשובים במיוחד שני מרכיבים של החסינות: זו המכונה "עניינית", וזו המכונה "דיונית". החסינות העניינית משמעה שחבר כנסת חסין מפני כל פעולה משפטית בגין הבעת דעה או מעשה שהיו "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" (סעיף 1 לחוק). על פי החוק אז, מעשה או הבעת דעה כאלה לא יכלו להקים עילה לדין פלילי או לתביעה אזרחית.<sup>1</sup> החסינות

1 בשלב מאוחר יותר חוק החסינות תוקן, וכיום החסינות העניינית אינה חלה על מעשים הדומים בעיקרם לאלה שמראש מונעים התמודדות לכנסת. בין היתר החסינות אינה כוללת מעשים שיש בהם שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, שלילת אופייה הדמוקרטי של המדינה, הסתה לגזענות ותמיכה בטרור.

העניינית עומדת לחבר הכנסת לעולם, ואי אפשר לנוטלה ממנו. החסינות הדיונית, לעומתה, צרה יותר מבחינות מסוימות ורחבה יותר מבחינות אחרות: היא מתייחסת לדין הפלילי בלבד ומונעת העמדה לדין רק בעת הכהונה, אך המניעה קיימת גם בהעדר זיקה כלשהי בין המעשים לתפקיד. על פי החוק אז, כדי להעמיד חבר כנסת לדין נדרש היועץ המשפטי לממשלה לבקש ליטול את חסינותו הדיונית, וזו הייתה ניטלת רק באישור ועדת הכנסת, ובעקבותיה המליאה. היועץ המשפטי לממשלה ביקש אפוא ליטול את חסינות פנחסי, ועדת הכנסת קיבלה את הבקשה, וכך גם המליאה. מדובר בהחלטה המתיישבת עם האינטואיציה המוסרית והמשפטית, שכן קשה להצדיק הבחנה בין פנחסי לכל אדם המואשם במעשי מרמה חמורים, אשר אמור להילחם על חפותו בבית המשפט. פנחסי לא חשב כך, ועתר לבג"ץ כדי לבטל את ההחלטה. פנחסי טען, בין היתר, שהמעשים המיוחסים לו נעשו "במילוי תפקידו", ומכוח חסינותו העניינית אי אפשר להעמידו לדין בגינם, וכן שחסינותו הדיונית ניטלה בלא שהכנסת בחנה את מידת ההצדקה להעמידו לדין. נוסף על כך טען פנחסי שנפלו פגמים בהליך.

בית המשפט העליון דן בעתירת פנחסי בהרכב מורחב של חמישה שופטים. בשל דחיפות העניין ניתנה תחילה ההכרעה בלוויית נימוקים קצרים, ורק בחלוף כשנה וחצי ניתנו הנימוקים בהרחבה. שני החלקים יכוננו בהמשך: פסק הדין הראשון.

בחלק שפורסם תחילה דחה בית המשפט, מפי השופט ברק, כמעט את כל הטענות שהעלה פנחסי נגד ניטלת חסינותו. טענה אחת בלבד התקבלה, ברוב דחוק של שלושה מול שניים: בית המשפט קבע כי בהליך נפל פגם, משום שלחברי הכנסת לא הייתה הזדמנות מספקת לעיין בכתב האישום ובפרוטוקולי הדיונים קודם להצבעתם. בשל כך השיב בית המשפט את הדיון למליאת הכנסת, כדי שתתקן את הפגם ותקבל החלטה חדשה (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492 (1993); השופטים ברק, שלמה לוי ודב לוי מול הנשיא שמגר והשופט גולדברג).

בחלק שפורסם בהמשך ניתנו הנימוקים לדחיית כל יתר טענות פנחסי בעניין חסינותו, והוא שתרם את התרומה המשמעותית ביותר לפיתוח דיני החסינות בישראל (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995)). פסק הדין נכתב בידי השופט ברק, שבינתיים הפך למשנה לנשיא, וכלל דיון רחב במוסד חסינות חברי הכנסת. דיון זה הביא לצמצום החסינות, וכן לצמצום של שיקול דעת הכנסת לגבי ניטלתה.

**ראשית**, המשנה לנשיא ברק התייחס להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת בעניין החסינות, כלומר למידת הנכונות של בית המשפט להתערב בהן. בשנים קודמות נושא זה היה נתון במחלוקת עמוקה בין שופטים שדגלו בביקורת צרה לאלה שדגלו בביקורת רחבה, אולם בינתיים פרשו תומכי הגישה המצמצמת והמחלוקת הוכרעה כאילו מאליה. זאת ועוד: נוסח פסק הדין מעלה אפשרות שהיקף הביקורת הורחב עוד יותר מבעבר.

**שנית**, המשנה לנשיא ברק קבע, על יסוד עמדה שהובעה בפסיקה קודמת, כי החסינות הדיונית מפני העמדה לדין נועדה למנוע התנכלות לחבר כנסת מצד גורמי האכיפה. על כן כאשר מבקש

היועץ המשפטי לממשלה לנוטלה, השאלה היחידה שרשאית הכנסת לשאול היא האם הבקשה נובעת משיקולים פוליטיים. אם התשובה שלילית, חייבת הכנסת ליטול את החסינות ואינה רשאית לשקול אף שיקול אחר, לרבות מידת ההצדקה להעמדה לדין. במקרה של פנחסי לא הוכחו שיקולים פוליטיים כלשהם, ולפיכך היה על הכנסת להיעתר לבקשת היועץ.

**שלישית**, המשנה לנשיא ברק עשה ניסיון ראשון לדון באופן סדור ומקיף בגבולותיה של החסינות העניינית. חסינות זו חלה כאמור על פעולות שעשה חבר הכנסת במילוי תפקידו או למענו, והשאלה הייתה כיצד ייתכן שפעולה בלתי חוקית תיחשב לחלק מתפקיד חבר כנסת. ברק עמד על התכליות שבבסיס החסינות, ובכללן הבטחת חופש הפעולה של חברי הכנסת, ומנגד על ערכי היסוד שהחסינות פוגעת בהם, ובהם שלטון החוק והשוויון. על יסוד איזון בין אלה קבע ברק שהחסינות העניינית נועדה להגן רק על פעולות בלתי חוקיות המבוצעות ב"מיתחם הסיכון שהפעילות החוקית... יוצרת מטבעה ומטיבה" (עמ' 685). מהגדרה זו עולה שהמוקד הוא בהגנה על חבר הכנסת מפני גלישה בלתי מתוכננת אל מעשים בלתי חוקיים. זאת להבדיל מביצוע מודע ומתוכנן של מעשים כאלה, אשר אינו חוסה תחת החסינות גם אם חבר הכנסת סבור שהוא חלק מתפקידו.

לפסק הדין של המשנה לנשיא ברק הצטרפו השופטים שלמה לוי ודב לוי, ואילו הנשיא שמגר והשופט גולדברג הציעו מבחנים כלליים יותר להיקפה של החסינות העניינית. מכל מקום, כל השופטים סברו שמעשי המרמה והכזב שיוחסו לפנחסי – אשר היו מחושבים ומתוכננים – אינם חוסים תחת חסינות זו.

כפי שכבר צוין, על אף שפסק הדין דחה את מרבית טענות פנחסי, ההחלטה על נטילת חסינותו בוטלה בשל פגם בהליך. באותה עת ההנחה הרווחת הייתה שמדובר בעניין שולי ובר תיקון, ואחת הכותרות בעיתונים אף העריכה ש"פנחסי הרוויח מקסימום שבועיים" (אמנון לוי **חדשות** 19.7.1993, 6). אלא שלמרבה ההפתעה לא כך היה, ובהצבעה החוזרת הצביעו רוב חברי הכנסת נגד נטילת החסינות. "תדהמה, זעזוע וגינויים חריפים במערכת הפוליטית", כתב בעקבות ההצבעה עיתונאי צעיר בשם גדעון סער (**חדשות** 30.7.1993, 12). אחד מחברי ועדת הקלפי סיפר כי כאשר נתגלו התוצאות "היינו המומים", וגם חבר כנסת בשם בנימין נתניהו הגדיר את השינוי בהחלטה "תמוה" (שם, 11).

מה עמד בבסיס השינוי? אפשר שהיה מדובר, בין השאר, ב"הצבעת מחאה" כלפי התערבות יתר של בית המשפט בעבודת הכנסת. השערה זו נתמכה בביקורת החריפה, ויש שיאמרו מוצדקת, אשר נמתחה על אותה התערבות מקשת רחבה של חברי כנסת, ממרצ ועד הליכוד (**חדשות: השבוע** 23.7.1993, 10-11).

עד מהרה הוגשה נגד ההחלטה עתירה נוספת. על רקע פסק הדין הראשון היה מצופה שעתירה זו תתקבל, שהרי בית המשפט כבר קבע שהמעשים אשר יוחסו לפנחסי לא נעשו כחלק מתפקידו, ושהחלטה להעמידו לדין נתקבלה משיקולים ענייניים. אלא שגם כאן נכונה הפתעה: העתירה נדחתה בפסק דין בן פחות מעמוד אחד. זאת ועוד: בית המשפט נמנע

מלהתייחס באופן כלשהו לנסיבות הקונקרטריות, והסתפק בהפניה אל "[ה]מדיניות השיפוטית... בכל הנוגע למידת התערבותו של בית משפט זה בנושאים שהם בסמכותה של הכנסת" (בג"ץ 4281/93 התנועה לשינוי שיטת הממשל בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 3 (18.4.1994)). קשה להלום את הפער בין פסק דין זה לפסק הדין הראשון הן מבחינת התוצאה, הן מבחינת תיאור היקף הביקורת השיפוטית על הכנסת. נראה שפסק הדין שיקף מאמץ של בית המשפט להימנע מהמשך החיכוך עם הכנסת, אולי גם על רקע חיכוך משמעותי אחר שהתעורר באותם ימים עם הממשלה, בעקבות פסק דין נוסף שהורה על הפסקת כהונת פנחסי בתפקיד סגן שר.<sup>2</sup>

בכך לא בא העניין לסימו. בשנת 1996 נבחרה כנסת חדשה, והיועץ המשפטי לממשלה ביקש לשוב וליטול מפנחסי את חסינותו. פנחסי טען שאי אפשר להגיש בשנית בקשה שנדחתה, והעניין הובא שוב לפתחו של בית המשפט העליון. השופט ברק, שבניתיים הפך לנשיא, דחה את טענת פנחסי, תוך שהוא נשען על התשתית הרעיונית שהונחה בפסק הדין הראשון, בדבר פגיעת החסינות בערכי שלטון החוק והשוויון (בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 364 (1996)). בעקבות פסק הדין חזר היועץ והגיש את הבקשה, זו הפעם פנחסי לא התנגד לה, חסינותו ניטלה, והוגש נגדו כתב אישום. בהמשך הגיע פנחסי להסדר טיעון עם המדינה, הודה בעיקר המעשים שיוחסו לו, והורשע. כחלק מן ההסדר נגזר על פנחסי עונש של מאסר על תנאי וקנס, אשר אֶפְשָׁר לו להמשיך בכהונתו כחבר כנסת.<sup>3</sup> ואכן, פנחסי המשיך ואף נבחר ללא פחות מיושב ראש ועדת הכנסת, שדנה כזכור בבקשות לנטילת חסינות. אומנם בית המשפט העליון הביע הסתייגות מהבחירה, אבל לא ביטל אותה, ופנחסי כיהן בתפקידו עד לשנת 1999 ואז פרש מן הכנסת (בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547 (1998)).

בחלוף שנים אחדות שב בית המשפט העליון ונדרש לנושא החסינות.<sup>4</sup> היה זה בעקבות בקשת היועץ המשפטי לממשלה ליטול את החסינות של חבר הכנסת מיכאל גורלובסקי, אשר בשתי הצבעות הצביע גם בשם חבר כנסת אחר. ועדת הכנסת דחתה את בקשת היועץ, שכן חלק מחבריה סברו כי המעשים אינם מצדיקים העמדה לדין פלילי, מה גם שגורלובסקי כבר נענש קודם לכן בהרחקה זמנית מפעילות בכנסת (פרוטוקול הוועדה מיום 23.12.2003). נגד ההחלטה הוגשה עתירה לבג"ץ. מעניין שדווקא היועץ המשפטי לממשלה – אשר ביקש ליטול את החסינות – טען כי דחיית בקשתו נעשתה כדין ואין לבטלה. בית המשפט

2 ראו רשימתה של דורית ביניש בספר זה, עמ' 181.

3 הדין אז אֶפְשָׁר לחבר כנסת להמשיך בכהונתו כל עוד לא הוטל עליו עונש מאסר בן שנה לפחות. בינתיים שונה הדין, וכיום הוא קובע כי הרשעה סופית בעבירה שיש עימה קלון מביאה לפגיעת כהונה (סעיף 42 לחוק יסוד: הכנסת).

4 יצוין כי סוגיית החסינות העניינית נדונה גם בשנת 1996, אבל פסק הדין לא שיקף פיתוח ממשי של ההלכה מעבר למה שנקבע בפרשת פנחסי, ועל כן לא אתעכב עליו (בג"ץ 5151/95 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 245 (1996)).

העליון בהרכב של שבעה שופטים, גם הפעם מפי הנשיא ברק, דחה פה אחד את עמדת היועץ וביטל את ההחלטה, תוך חזרה על העקרונות שנקבעו בפסק הדין הראשון בפרשת פנחסי ויישומם: ההיקף הרחב של הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת בענייני חסינות; שיקול הדעת המצומצם של הכנסת, אשר רשאית לבחון רק אם שיקולי היועץ היו פוליטיים; וקביעה לגוף העניין כי על פי המבחנים שפותחו בפרשת פנחסי, ההצבעה הכפולה אינה חוסה תחת החסינות העניינית. המשמעות הייתה שעמדתו של הנשיא ברק בעניין חסינות חברי הכנסת הפכה להלכה המחייבת, ורוב מוחלט של השופטים אימץ אותה בכל העניינים שעל הפרק<sup>5</sup> (בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5), 865 (2005)). כמו בפרשת פנחסי, גם הפעם הולידה התערבות בית המשפט תגובת נגד של הכנסת. אלא שכעת הייתה התגובה חריפה עוד יותר: בניגוד לעולה מפסק הדין, שבה ועדת הכנסת והחליטה שלא ליטול את חסינות גורלובסקי (פרוטוקול הוועדה מיום 1.6.2005). "ועדת הכנסת מצפצפת על בג"ץ", הייתה הכותרת באחד מעיתוני הערב (גלובס 1.6.2005).

לא זו בלבד, אלא שבניסיון מובהק לשנות את המצב המשפטי שיצר פסק הדין, תיקנה הכנסת את חוק החסינות בתוך פחות מחודשיים. התיקון היה בעל שני פנים: מצד אחד, הוא צמצם את החסינות הדיונית, שאינה עומדת עוד לחברי הכנסת כברירת מחדל ועליהם לבקשה. מצד שני, הוא הרחיב את אפשרות הכנסת לקבוע חסינות הרבה מעבר למה שאפשר בית המשפט. ניכר גם שאחת העילות לקביעת חסינות נוסחה על יסוד העניין הקונקרטי של גורלובסקי (סעיף 4(א)(3)(ג) לחוק החסינות).

כיצד הגיב בית המשפט להחלטה השנייה בעניין גורלובסקי, שלמעשה עמדה בניגוד לפסק דינו? כמו בפרשת פנחסי, גם הפעם הצליח בית המשפט להימנע מהמשך העימות עם הכנסת, ואישר הסכמה בין הצדדים שייתרה את הצורך להכריע בשאלת חוקיות ההחלטה. על פי ההסכמה, יהיה אפשר לשוב ולפעול בעניין גורלובסקי בהתאם למצב החוקי החדש, תוך התעלמות מן ההליכים שנגקטו עד אז. כך, היועץ יודיע על כוונתו להגיש כתב אישום כנדרש על פי חוק החסינות המתוקן, גורלובסקי יוכל לבקש לקבוע לו חסינות, וועדת הכנסת תידרש לבקשתו על יסוד העילות החדשות שבחוק (בג"ץ 5372/05 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת (9.10.2005)). אומנם ההסכמה אפְּשָׁה לקבוע לגורלובסקי חסינות ללא קושי, על יסוד העילה החדשה שנוסחה כאילו עבורו, אבל בסופו של דבר הוא עצמו נמנע מלבקש זאת. בתוך זמן קצר סיים גורלובסקי ממילא את כהונתו בכנסת, הועמד לדין, ובמסגרת הסדר טיעון הורשע ונענש.

גם בפרשת פנחסי וגם בפרשת גורלובסקי ביטל בית המשפט העליון החלטה של הכנסת או של ועדת הכנסת. פסקי דין אלה פיתחו ממשית את דיני חסינות חברי הכנסת ותרמו

5 אימוץ זה משקף תהליך רחב יותר, שבו עמדות שהביע השופט ברק בשנים מוקדמות הפכו בהמשך, וביתר שאת בעידן נשיאותו, לעמדה המקובלת ולהלכה המשפטית המחייבת.



משמעותית להבהרת מוסד משפטי זה. עם זאת, במבט לאחור ספק אם הם הביאו לתוצאות רצויות, הן בענייניהם של פנחסי וגורלובסקי הן במישורים רחבים יותר.

אפשר להרהר מה היה קורה לו בפסק הדין הראשון בפרשת פנחסי הייתה מתקבלת דווקא דעת המיעוט, ובית המשפט היה נמנע מלהתערב בהחלטת הכנסת ליטול את החסינות הדיונית, שאין חולק על נכונותה. לצד מניעת חיכוך עם הכנסת, במצב זה היה פנחסי עומד לדין כשלוש שנים מוקדם יותר, ובית המשפט לא היה נדרש לתת את פסק הדין השני באותה פרשה, אשר השלים עם הותרת החסינות על כנה ויצר מתח עם פסיקתו הקודמת. אפשר גם להרהר מה היה קורה לו בפסק הדין הראשון בפרשת גורלובסקי הייתה מתקבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ובית המשפט היה נמנע מלהתערב בהחלטה שלא ליטול את החסינות הדיונית, אשר טעמיה היו עימה. לצד מניעת חיכוך עם הכנסת, במצב זה היה גורלובסקי עומד לדין לאחר סיום כהונתו, כפי שממילא קרה, ובית המשפט לא היה נדרש לתת את פסק הדין השני באותו עניין, שהשלים עם האפשרות שגורלובסקי ייהנה מחסינות, בניגוד לעמדתו הקודמת.

מנגד, פסק הדין בפרשת גורלובסקי הביאה לתיקון חוק החסינות, ובסופו של דבר אולי תהיה בכך ברכה: מצד אחד התיקון תורם לקידום שלטון החוק והשוויון בכך שכעת ברירת המחל היא העדר חסינות ולא קיומה, ומצד שני הוא מאפשר לקבוע חסינות בעילות רחבות יותר מבעבר, ייתכן שבצדק. ימים יגידו.

## **”דמוקרטיה מתגוננת”: על פסילת רשימות ומועמדים לכנסת**

ע”ב 1/65 ירדור נ’ יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ”ד יט(3)  
365 (1965)

ע”ב 2/84 ניימן נ’ יו”ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה, פ”ד לט(2)  
225 (1985)

ע”ב 1/88 ניימן נ’ יו”ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים־עשרה, פ”ד מב(4)  
177 (1988)

א”ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־21 נ’ כסיף (18.7.2019)

### **גלעד הס**

השנה הייתה 1933. גרמניה בסופה של תקופה המכונה ”רפובליקת ויימאר”, ומצבה בכי רע: הכלכלה בשפל חסר תקדים, האינפלציה משתוללת והממשלות שנבחרות באופן דמוקרטי אינן מצליחות לבסס שלטון יציב. על רקע זה נערכה מערכת הבחירות של מרץ 1933. בסופה זכתה המפלגה הנאצית בהנהגת אדולף היטלר ב־43.9% מהקולות, ובהתאם לכך ב־288 מושבים בפרלמנט הגרמני. בתוך פחות משנה ממועד הבחירות היטלר ניצל את הישגיו הדמוקרטיים לחיסול הדמוקרטיה על כל מוסדותיה וכונן דיקטטורה אכזרית אשר תוצאותיה האיזומות ידועות. לא לשווא נפתח הדיון העוסק בפסילת רשימות ומועמדים לכנסת במדינת ישראל, דווקא באזכור של תפיסת השלטון בידי המפלגה הנאצית בשנות ה־30 של המאה הקודמת. הקריסה הטראומטית של רפובליקת ויימאר הדמוקרטית משמשת בסיס לנרטיב ”הדמוקרטיה המתגוננת” שעמד במידה רבה ביסוד פסילת מפלגות ומועמדים מלהשתתף בבחירות. לא מוגזם לומר כי הסוגיה של פסילת רשימה או מועמד מלהשתתף בבחירות לכנסת מצויה בלב ליבן של ההתחבטויות שמעוררת השיטה הדמוקרטית, ומחייבת איזון בין האינטרסים המרכזיים ששיטת המשטר הדמוקרטית מקדשת. מהצד האחד ניצבות הזכות לבחור והזכות להיבחר. ברור מאליו כי הזכויות לבחור ולהיבחר עומדות בבסיס הדמוקרטיה ומאפשרות את קיומו של הליך בחירה דמוקרטי. זכויות אלו הן גם אמצעי מהותי למימוש של זכויות אזרח ואדם בסיסיות נוספות, כגון חופש הביטוי, עקרון השוויון והזכות להתאגד. אם כך, מה מצדיק את הפגיעה החמורה בזכויות האדם והאזרח הטמונה בפסילת מועמדים ומפלגות? התשובה המסורתית קשורה לאותה קריסה טרגית של רפובליקת ויימאר ולרצון

לשמור על קיום המדינה ועל שלמותה. כך, במקרה שבו השתתפות מפלגה או מועמד בבחירות עלולה לסכן את הקיום של המדינה עצמה, מעשה הפסילה משמעותו הגנה על המדינה. בדומה, כאשר המטרה של מפלגה או מועמד היא לשלול את המשטר הדמוקרטי במדינה, קמה הצדקה למנוע מהם להשתתף באותו הליך דמוקרטי שהם שוללים.

הברירה שמציבה פסילת הרשימות היא ברירה קשה. האם נפסול רשימה ובכך נפגע בזכות המועמדים מטעמה להיבחר לכנסת ובזכות האזרחים לבחור במועמדים אלו? או שמא נימנע מפסילת הרשימה ונסתכן באובדן המדינה או הדמוקרטיה? כמו כן, האם עלינו לבחון פגיעה נוספת, שאינה רק פגיעה במדינה או בדמוקרטיה, כתוצאה מאי פסילת הרשימה?

הסיפור של ההתמודדות עם שאלות אלה התחיל בישראל בשנת 1965. בראשית שנות ה־60 של המאה הקודמת הקימה קבוצת אזרחים, רובם ערבים, את אגודת "אל־ארד" (אדמה, בערבית). רשם האגודות העותמניות קבע כי מטרת ההתאגדות היא לפגוע במדינת ישראל ובשלמותה, ולכן סירב לרשום אותה. העתירה שהוגשה נגד החלטה זו נדחתה לאחר שבית המשפט העליון קבע כי מטרת האגודה היא "שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה דהיום בפרט" (בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח (4) 673, 677 (1964)). אנשי קבוצת "אל־ארד" לא אמרו נואש וביקשו להתמודד בבחירות במסגרת רשימה שכונתה "רשימת הסוציאליסטים".

וכך הובאה הדילמה של פסילת הרשימות במלוא הדרה לפתחו של המשטר במדינת ישראל הצעירה יחסית. קבוצת אנשים שבית המשפט העליון עצמו קבע כי במטרותיה שוללת היא שלילה גמורה את הקיום של מדינת ישראל, ביקשה להשתתף בבחירות לכנסת ישראל.

כיצד תוכרע דילמה זו? החקיקה באותה עת לא התייחסה במפורש לסוגיה של פסילת רשימות. עובדה זו היוותה קושי ממשי, שכן לפי עקרון היסוד של המשפט הציבורי הישראלי, רשות מנהלית אינה יכולה להפעיל כוח שלטוני ללא הסמכה בחקיקה. זהו עקרון "חוקיות המנהל".<sup>1</sup> ואם הכוח השלטוני פוגע בזכויות יסוד, על ההסמכה להיות מפורשת יותר. ועדת הבחירות, הכפופה לעקרון חוקיות המנהל, החליטה לפסול את "רשימת הסוציאליסטים" מלהשתתף בבחירות לכנסת, בטענה כי זאת שוללת את קיומה של מדינת ישראל. נציג הרשימה, יעקב ירדור, הגיש על כך ערעור בחירות לבית המשפט העליון.

בפסק דין מכונן וחשוב, שניתן בדעת רוב של הנשיא שמעון אגרנט והשופט יואל זוסמן נגד דעת המיעוט של השופט חיים כהן, נקבע באופן תקדימי כי הדמוקרטיה בישראל היא "דמוקרטיה מתגוננת". לכן גם כאשר אין הסמכה מפורשת בחוק, אפשר לפסול רשימה מלהשתתף בבחירות כאשר מטרת המפלגה היא שלילת הקיום של מדינת ישראל (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 (1965)).

1 ראו רשימתו של אליעד וינשל בספר זה, עמ' 63.

אפתח דווקא בדעת המיעוט. בעולם המשפט בכלל, ובמלאכת כתיבת פסקי הדין בפרט, במקרים רבים האופן שבו מוצגת המחלוקת שעומדת להכרעה מוביל להכרעה במחלוקת. כך, בעניין ירדור השופט חיים כהן – בפסק דין שהנשיא אגרנט כינה מאלף ואמיץ – קבע כי השאלה שלפניו היא שאלה של סמכות: האם ועדת הבחירות מוסמכת לפסול רשימה לכנסת? כלומר, לעמדת השופט כהן, השאלות בנוגע לאיזון אינטרסים חוקתיים או בעניין הדמוקרטיה המתגוננת אינן במרכז הדיון כלל. השאלה המתעוררת אינה אלא שאלה פרשנית מוגדרת ומתוחמת של סמכות. כאשר מגדירים כך את המחלוקת המרכזית, הדרך קלה לקביעה כי נושא פסילת רשימות מלהשתתף בבחירות מחייב הסדרה בחקיקה ראשית, וכי בהעדרה ולאור עקרון חוקיות המנהל אין לוועדת הבחירות סמכות לפסול רשימות.

דעתם של שופטי הרוב הייתה כאמור שונה. הנשיא אגרנט לא דחה את הגישה העקרונית של השופט כהן. אבל, בניגוד לו, הוא סבר שאפשר, גם על סמך החוק הקיים, להגיע לתוצאה הפרשנית שלפיה קיימת סמכות לוועדת הבחירות לפסול רשימות. הנשיא אגרנט קבע כי פרשנות של דבר חקיקה בישראל יש לערוך לאור העקרונות החוקתיים (הקונסטיטוציוניים בלשונו) של מדינת ישראל. לשיטתו התוצאה של פרשנות זו במקרה הנדון היא פסילת הרשימה. בשונה מכך, השופט זוסמן בפסק דין יוצא דופן אינו משתתף ב"משחק" הפרשנות של עמיתיו. כבר בפתח פסק דינו הוא קבע ברורות כי ועדת הבחירות אינה מוסמכת בחוק, לרבות בדרך של פרשנות החוק, לאשר – או לפסול – רשימות מועמדים לפי שיקול דעתה. עם זאת, מייד לאחר מכן הציב השופט זוסמן במרכז הבמה המשפטית את הנרטיב המרחף על כלל הסוגיה: הקריסה של רפובליקת ויימאר. המראה הברור של רפובליקת ויימאר קורסת תחת מגפיו של היטלר, אשר נבחר בדרך דמוקרטית, הוא שאפשר לשופט זוסמן לסטות מהנתיב שצעדו בו חבריו להרכב, ולקבוע כי גם בהעדרו של חוק פוזיטיבי המאפשר את פסילת הרשימות, הזכות להגנה עצמית של המדינה מפני השמדתה יוצרת "דין טבעי" (Natural Law) המאפשר את פסילת הרשימה.

אם כן, פסק הדין בעניין ירדור הוא פסק דין מכונן בתולדות מדינת ישראל. ראשית, במישור של רשימה זו דעת הרוב כוננה את דוקטרינת "הדמוקרטיה המתגוננת" אף ללא עיגון מפורש בחקיקה. שנית, במישור תורת הפרשנות פסק הדין של הנשיא אגרנט הנהיג עקרון יסודי בפרשנות החוק הישראלי, שעל פיו יש לפרש דבר חקיקה לאור עקרונות היסוד של השיטה. שלישית, פסק הדין מציג באופן נאה את המתח בין "אקטיביזם שיפוטי", שהתבטא בפסקי הדין של השופטים אגרנט וזוסמן, לבין הגישה הפורמליסטית של השופט כהן. מתח זה מלווה אותנו עד ימינו. הוא גם מלמד כי "אקטיביזם שיפוטי" עשוי להתבטא בתוצאה שאינה נוטה דווקא לכיוון הליברלי.

וכעת להמשך גלגוליו של הנושא. בשנת 1984 ביקשו להתמודד לכנסת שתי רשימות מהקצוות השונים של הקשת הפוליטית. הראשונה – תנועת "כך" אשר נוסדה בידי הרב כהנא, והשנייה – "הרשימה המתקדמת לשלום" מהצד השמאלי של המפה הפוליטית. על רקע התקדים בעניין ירדור פסלה ועדת הבחירות המרכזית את שתי הרשימות מלהתמודד בבחירות.

החלטה זו של ועדת הבחירות הובאה לפתחו של בית המשפט העליון בפסק דין שידוע כיום בכינוי עניין ניימן הראשון (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985)). באופן כללי, שופטי הרוב צעדו בעקבות הלכת ירדור כלשונה, במובן זה שהוכרה הסמכות של ועדת הבחירות לפסול רשימה לכנסת. עם זאת, בפסק הדין נקבע כי הואיל ושתי הרשימות אינן מבקשות לשלול את עצם קיום המדינה, יש לבטל את החלטות הפסילה. חשוב לציין בהקשר זה כי השופט אהרן ברק, לימים נשיא בית המשפט העליון, הוסיף באמרת אגב כי לשיטתו ראוי להרחיב את הלכת ירדור כך שתאפשר פסילת רשימה גם כאשר מטרת הרשימה היא לשלול את האופי הדמוקרטי של המדינה, ולא רק את עצם קיומה.

תוצאה זו של פסק הדין התקבלה באי נחת והובילה בסופו של דבר להכרה מפורשת של המחוקק באפשרות לפסול רשימות, ובמתכונת רחבה יותר מכפי שנקבע בהלכת ירדור עצמה. בשנת 1985, כעשרים שנה לאחר הלכת ירדור וזמן לא רב לאחר פסק הדין בעניין ניימן הראשון, תיקנה הכנסת את חוק יסוד: הכנסת והוסיפה בו את סעיף 7א, אשר מורה כי ועדת הבחירות תהיה רשאית לשלול את הזכות להתמודד בבחירות ממפלגות אשר במטרותיהן או במעשיהן נכללים אלו: שלילת קיומה של מדינת ישראל בתור מדינת העם היהודי; שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה; או הסתה לגזענות. בכך הכנסת הלכה כמה צעדים רחוק יותר מאשר בית המשפט העליון. היא לא הסתפקה עוד בעילת "הדמוקרטיה המתגוננת" במובנה הצר, כלומר בפסילה עקב סכנה לקיום המדינה, אלא הרחיבה את טעמי הפסילה גם לעילת "הדמוקרטיה המתגוננת" במובנה הרחב כפי שהציע השופט ברק בעניין ניימן הראשון, ואף קבעה עילה נוספת של הסתה לגזענות. בכך נפתחה הדלת לדיונים חוזרים ונשנים בבקשות פסילה, שכעת היה להן ענף מפורש להיתלות בו. למעשה, במהלך השנים הכנסת שבה ותיקנה את סעיף 7א, תוך שהיא מוסיפה עילת פסילה נוספת בנוגע לתמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור; ותוך מתן אפשרות לפסול רשימות או מועמדים בודדים מתוך הרשימה.

סמוך לאחר התיקון שעיגן את הסמכות לפסול רשימות בגדרי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, הוא עמד למבחן במערכת הבחירות העוקבת. בשנת 1988 חזרו וביקשו הרב כהנא ותנועת "כך" להשתתף בבחירות לכנסת. בשלב זה ועדת הבחירות פסלה פעם נוספת את רשימת "כך". גם החלטה זו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון, בהליך שהוליד את פסק הדין הידוע בכינוי עניין ניימן השני (ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177 (1988)). הפעם דרכו של בית המשפט להכרעה הייתה קלה יותר. בית המשפט לא נזקק עוד לעקרונות "על-חוקתיים", למשפט טבע או לפרשנות לאור עקרונות היסוד. כל שנזקק לו בית המשפט הוא יישום הוראות החוק החדש יחסית על העובדות שלפניו. בעשותו כן קבע בית המשפט העליון כי מאחר שהמאפיינים המרכזיים של רשימת "כך" שוללים את האופי הדמוקרטי של המדינה ומסיתים לגזענות, יש מקום לפסול את הרשימה מלהשתתף בבחירות. בית המשפט העליון אף הטעים כי מאחר שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, כדי לפסול רשימה נדרש

כי הראיות המנהליות נגד אותה הרשימה יהיו ברורות וחד־משמעיות, וכי פעולה נקודתית של המפלגה או פעולה יחידנית של פעיל מפלגה, אין די בהם כדי לבסס פסילת רשימה. לצורך כך יש להציג ראיות על דפוס פעולה שיטתי המעיד על כוונה לשלילת האופי הדמוקרטי או על הסתה לגזענות. בנסיבות העניין דפוס כזה הוצג לגבי רשימת "כך" וזו כאמור נפסלה.

משלב זה ואילך הותרה הרצועה. בכל מערכת בחירות מוגשות בקשות פסילה לרוב, בהיקף שנראה רחוק מרחק רב מן הוזהירות שאפיינה את תפיסת "הדמוקרטיה המתגוננת" בראשית דרכה. במהלך השנים ניתנו פסקי דין נוספים בסוגיה.<sup>2</sup> עם זאת, עד לשנת 2019 בקשות הפסילה לא אושרו ובית המשפט נמנע מלפסול רשימות או מועמדים.

בשנים האחרונות שב ונדרש בית המשפט לסוגיית פסילת מועמדים ורשימות. לקראת הבחירות לכנסת ה־21 נדונה החלטת ועדת הבחירות לפסול את ד"ר עופר כסיף ואת רשימת רע"ם-בל"ד מלהתמודד בבחירות לכנסת, לצד החלטותיה שלא לפסול את רשימת חד"ש-תע"ל ואת מיכאל בן ארי ואיתמר בן גביר. בית המשפט העליון החליט בהרכב של תשעה שופטים וברוב דעות לאשר את ההשתתפות של כל המועמדים והרשימות בבחירות לכנסת, למעט השתתפותו של מיכאל בן ארי, אשר נפסלה בשל סדרת התבטאויות שעולות כדי הסתה לגזענות כלפי הציבור הערבי בכללותו. יש לציין כי על רקע ההלכה הדרושת קיומן של ראיות חד־משמעיות המלמדות על דפוס פעולה של הסתה לגזענות, הוצגו לפני בית המשפט העליון כ־40 ראיות המתייחסות למעשים והתבטאויות של מיכאל בן ארי נגד הציבור הערבי בכללותו (א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־21 נ' כסיף (18.7.2019)). זמן קצר לאחר מכן, בסבב הבחירות לכנסת ה־22, שהתקיימו כמה חודשים לאחר מכן, נדרש שוב בית המשפט העליון לשאלת פסילת רשימות ומועמדים לכנסת. בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון כי בניצי גופשטיין וברוך מרזל פסולים מלהשתתף בבחירות, לאחר שהוצגו בעניינם עשרות ראיות, שמתפרסות על פני תקופה ארוכה, ושמהן אפשר ללמוד באופן משכנע וחד־משמעי על הסתה עקבית ובוטה לגזענות נגד ערביי ישראל. לעומת זאת, נקבע כי איתמר בן גביר, רשימת "עוצמה יהודית" ו"הרשימה המשותפת" כשירים להתמודד לכנסת ואין מקום לפסול אותם, נוכח העדר מצע ראייתי מספק לכך שהתקיימו בהם עילות הפסילה (ע"ב 5487/19 סגל נ' בן גביר (25.8.2019)). לעומת זאת, לקראת הבחירות לכנסות ה־23 וה־24 הדיונים בהחלטות פסילה הסתיימו בביטול של החלטות כאלה בבית המשפט העליון ברוב דעות, כך שלא נפסלו רשימה או מועמד כלשהו.<sup>3</sup>

2 למשל א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003); ע"ב 561/09 בל"ד - המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־18 (7.3.2011); א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע עשרה נ' זועבי, פ"ד סו(2) 813 (2013); א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי (10.12.2015).

3 א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־23 נ' יזבק (9.2.2020); א"ב 1156/21 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־24 נ' מראענה (28.2.2021).

אי אפשר להתייחס כאן לכל המקרים שפורטו. עם זאת, במבט כללי עולות כמה מסקנות. ראשית, ברור כי הורחב עד לבלי הכר תחום ההגנה של "הדמוקרטיה המתגוננת". במאה הקודמת, החל מעניין ירדור ועד עניין ניימן השני, האיזון נערך בין זכויות היסוד לבחור ולהיבחר אל מול הסכנה לקיום המדינה ולאחר מכן גם הסכנה לדמוקרטיה. והינה, התיקונים לחוק יסוד: הכנסת והפסיקה בעקבותיו הרחיבו את העילות שמכוחן אפשר לשלול את הזכויות לבחור ולהיבחר: לא עוד עילה קיצונית של סכנה לקיום המדינה או סכנה לדמוקרטיה, אלא עילות נוספות המאפשרות פסילת הרשימה, ובהן הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין. שנית, ניכר כי נושא פסילת הרשימות הפך לכלי משחק מקובל ונפוץ במגרש הפוליטי הישראלי. מקום המדינה ועד סוף המאה העשרים היינו עדים למקרים בודדים בלבד של פסילת רשימות או של דיון משפטי בנושא, ואילו רק בארבע מערכות הבחירות שהתקיימו בשנים 2019-2021 נדרשה ועדת הבחירות לדון בבקשות לפסילה של כ-20 (!) מועמדים ורשימות, ובית המשפט העליון נדרש לכמה הליכים בנושא.

התחלנו את מסענו זה ברפובליקת ויימאר וקריסתה. לאחר מכן בחנו איך אימץ בית המשפט הישראלי בפסק דין יוצא דופן את דוקטרינת "הדמוקרטיה המתגוננת", ופסל רשימה כאשר זו שללה את קיומה של מדינת ישראל. המשכנו וראינו כיצד הפסיקה של בית המשפט העליון הולידה בסופו של דבר תיקונים בחוק יסוד: הכנסת שהרחיבו את העילות לפסילת רשימות ומועמדים. כמו כן ראינו כי דיונים בפסילת רשימות והליכים משפטיים בגין פסילה שכזו נעשו נפוצים, וכי יש הרואים בהם חלק בלתי נפרד מהמשחק הפוליטי. על כך יש להצטרף.

## כהנא בכנסת: דמוקרטיה בצל הגזענות

בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985)  
בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1985)  
בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986)

### אמיר לוקשינסקי-גל

התשמ"ד, שנת 1984. ישראל נתונה במשבר. האינפלציה דוהרת לשיא של 440% בשנה וגורמת לרבים לאבד את הונם ולעמוד בפני סכנת עוני. צה"ל שקוע בעומק לבנון לאחר מלחמת לבנון הראשונה וסופג אבדות קשות כמעט מדי יום. זה לא כבר פרש במפתיע ראש הממשלה מנחם בגין, והמדינה נכנסה למערכת בחירות. תוצאות הבחירות לא הובילו להכרעה בין הגושים. לכנסת נכנס מספר שיא של סיעות (15), ולראשונה מוקמת בישראל ממשלת אחדות לאומית תוך הסכמה לחילופים בין ראשי הממשלות, שמעון פרס ויצחק שמיר. דובר נוסף מתרחש. הרב מאיר כהנא, מנהיג תנועה גזענית בשם "כך", זוכה לתמיכה של 25,907 בוחרים ועובר במעט את רף אחוז החסימה באותם ימים (1%). לאחר כמה התמודדויות הוא מצליח להיבחר לכנסת.

כחודש ימים קודם לכן פסלה ועדת הבחירות המרכזית את רשימת "כך" מלהתמודד בבחירות, בנימוק שהיא "דוגלת בעקרונות גזעניים ואנטי דמוקרטיים העומדים בסתירה להצהרת העצמאות של מדינת ישראל". אולם נוכח העדר הסכמה בחוק באותה עת לפסילת רשימות בשל מצען (כפוף לחריג שנקבע בפסיקה בנוגע לרשימות שמתנגדות לקיום המדינה) ביטל בג"ץ את החלטת הוועדה והתיר לרשימה להתמודד.<sup>1</sup>

ההישג של כהנא עורר חששות בקרב חוגים שונים. נשיא המדינה חיים הרצוג ביטא זאת בישיבה הראשונה של הכנסת (דברי הכנסת 13.8.1984, 2): "אנו משתבחים, ובדין, במשטר הדמוקרטי הנאור שלנו... אבל הדברים אינם מובנים מאליהם. ההיסטוריה יודעת משטרים דמוקרטיים רבים שקרסו בעתות משבר. אף אנהנו איננו חסינים בפני תופעות המעמידות את הבית הזה בסכנה".

1 בית המשפט העליון החליט על כך בשנת 1984, סמוך לבחירות. נוכח הצורך להחליט בדחיפות נקבע שנימוקים יינתנו בהמשך. פסק הדין המנומק ניתן בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985). ראו רשימתו של גלעד הס בספר זה, עמ' 233.



חברי הכנסת הביעו שאט נפש מהרעיונות הגזעניים של כהנא בדרכים מגוונות. רבים נהגו לצאת מהמליאה בעת שנאם, כך שהשמיע את דבריו לפני כנסת כמעט ריקה. ח"כ מיכאל איתן ערך טבלה שהמחישה את הדמיון הרב בין הצעות חקיקה של כהנא לחוקי נירנברג. יושב ראש הכנסת שלמה הלל ביקש גם הוא להפעיל את סמכויותיו כדי להצר את צעדיו של כהנא בכנסת. בין השאר, הוא קיבל שתי החלטות משמעותיות שנדון בהן כאן: הוא סירב להניח על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק גזעניות של כהנא, משום שהיו מנוגדות לערכי המדינה (כפי שנפרט מייד); הוא הוסיף וקבע שכהנא אינו רשאי להעלות הצעת אי אמון בממשלה, בשל היותו "סיעת יחיד".

כהנא עתר לבג"ץ נגד ההחלטות וביקש לבטלן. חרף ההסתייגות העזה מהעמדות של כהנא בית המשפט קיבל את עתירותיו מטעמים שחשוב להסביר.

כאן יש לעצור לרגע ולשים לב כי פניית חבר כנסת לבית המשפט כדי שיתערב בעבודת הכנסת, אינה מהלך מובן מאליו. לכנסת מעמד רם ומיוחד. היא בית הנבחרים של המדינה והגוף המוסמך לחוקק חוקים. הכנסת מוסמכת בחוק יסוד: הכנסת לקבוע בתקנון הכנסת את סדרי עבודתה. מדוע יתערב בית המשפט במערך היחסים הפנימי שבין הכנסת לחבריה? האין בכך משום "הסגת גבול" הכנסת ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות?

אולם כהנא ביסס את עתירותיו על פסק דין תקדימי של בג"ץ שניתן כשלוש שנים קודם לכן. פסק הדין הכיר באפשרות שבית המשפט יתערב בהחלטות הכנסת ובסדרי עבודתה במקרים חריגים שיש בהם פגיעה ניכרת במרקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של המשטר החוקתי.<sup>2</sup>

בעתירה הראשונה (בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985)) נדונה ההחלטה של יושב ראש הכנסת למנוע מכהנא להניח שתי הצעות חוק, "מאחר וכלולים בהם דברי גזענות שיש בהם עלבון, אשר מקומם לא יכירם בחוק, ומאחר שהם פוגעים בערכים שעליהם מושתתת מדינת ישראל ואופיה הדמוקרטי ובכבוד הכנסת". דובר בהצעות חוק מקוממות וגזעניות שכוונו בעיקר נגד הציבור הערבי. כך למשל הוצע שרק יהודי יורשה להיות אזרח המדינה, ואילו לא יהודי יהיה במעמד של "גר תושב" ויטלו עליו חובות של "מסים ועבודות". אם לא יסכים – יגורש בכוח. "ישללו מגר תושב הזכויות להשתתף בהליכים פוליטיים, לבחור ולהיבחר לתפקיד שררה. יוקמו חופים נפרדים ליהודים וללא יהודים, ועוד.

הקושי היה שתקנון הכנסת בנוסחו אז לא הסמיך את יושב ראש הכנסת לפסול הצעת חוק בשל כך שתוכנה הפוליטי אינו ראוי. התקנון, שהכנסת עצמה קובעת, מסדיר את "כללי המשחק" הפרלמנטריים. בלי שמירה על כללים אלה עלול הרוב לקפח את המיעוט ולפגוע בייצוג הנאות בכנסת של אוכלוסיות שלמות. עקרון שלטון החוק מחייב כי גם הכנסת תהיה

2 בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982). ראו רשימתו של יגאל מרזל בספר זה, עמ' 198.

כפופה לכללים שהיא קובעת. האם הסלידה מהצעות כהנא והזיכרונות הקשים שהן מעוררות, מצדיקים לסטות מעיקרון זה? בג"ץ ביכר את השמירה על שלטון החוק על פני המחיר שנלווה להעלאה להצבעה של הצעות חוק גזעניות, וביטל את החלטת יושב ראש הכנסת. נפסק כי החריגה מהליכי החקיקה הקבועים בתקנון פוגעת עמוקות ביסודות המבנה של המשטר החוקתי ובחיים הפרלמנטריים.

בעתירה השנייה (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד לט' (3) 141 (1985)) נדונה ההחלטה למנוע מהסיעה של כהנא להגיש הצעת אי אמון, בנימוק שסיעה של חבר כנסת יחיד מנועה מלעשות כן. אבל תקנון הכנסת קבע בפשטות ש"כל סיעה רשאית להציע לסדר־היום סעיף על הבעת אי-אמון לממשלה", ומכאן שגם החלטה זו לא הייתה על פי התקנון. גם כאן חזר בית המשפט על העיקרון שיושב ראש הכנסת כפוף לתקנון הכנסת. נקבע כי חרף מסגרת ההתערבות המצומצמת בהחלטות הכנסת נדרש לבטל את ההחלטה, מאחר שהיא פוגעת משמעותית בתפקיד עיקרי של הכנסת: פיקוח על הממשלה בהצעות אי אמון.

בשני המקרים כתב את פסק הדין השופט ברק, לימים נשיא בית המשפט העליון. הוא הדגיש מצד אחד את עקרון שלטון החוק, שמחייב גם את רשויות השלטון ובראשן הכנסת, בבחינת "שלטון החוק במחוקק". כך הובהר: "ובראש ובראשונה חייבת הכנסת עצמה בכיבוד חוקיה שלה. הכנסת היא 'בית הנבחרים של המדינה'... ומשמשת היא בפעולתה דוגמה לכל אזרחי המדינה ורשויותיה. כשם שדורשת היא מהם לכבד את חוקיה שלה, כן חייבת היא לדרוש מעצמה לכבד את חוקיה שלה" (בג"ץ 73/85, בעמ' 157). מן העבר האחר הודגשו המעמד הרם של הכנסת, אופייה בתור גוף נבחר ופוליטי והחשיבות בכך שיאפשרו לה לנהל את ענייניה הפנימיים ללא התערבות שיפוטית "הן בשל חוסר הרצון לשפוט את הפוליטיקה והן בשל חוסר הרצון לפוליטיזאציה של השפיטה" (שם, בעמ' 157). עוד עמד ברק על עקרון הפרדת הרשויות, אבל הבהיר ש"הפרדה זו אין משמעותה, שכל רשות היא לעצמה, בלא כל התחשבות ברשות האחרת. תפיסה כזו תפגע עמוקות ביסודות הדמוקרטיה עצמה, שכן משמעותה דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה. נהפוך הוא: הפרדת רשויות משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות אלא גשרים מאזנים ומפקחים" (שם, בעמ' 158). ברק הסביר שיש לאזן בין השיקולים הנוגדים ולמצוא את "שביל הזהב" ביניהם. תם ולא נשלם.

בג"ץ לא מיצה את תפקידו השיפוטי בפרשנות תקנון הכנסת ובקביעת אמת המידה להתערבותו בהחלטותיה, אלא הוסיף וצייץ בפסקי הדין שהכנסת רשאית לשנות את תקנונה. בג"ץ הבהיר שאם פירוש שבית המשפט נותן אינו מקובל על הרשות המחוקקת, אזי "בכוחה לשנות את הדין, בדרך החקיקה, ואין בכך כל חוסר כבוד לרשות השופטת" (בג"ץ 73/85, בעמ' 163-164). הוא הדגיש שדווקא כך מתקיימת הפרדת הרשויות הראויה. כל רשות מבצעת את תפקידה החוקתי: הרשות המחוקקת מחוקקת; הרשות השופטת מפרשת את דבר החקיקה; ואם הרשות המחוקקת אינה מרוצה מהתוצאה, בכוחה לשנות את הדין. אין במעשי הרשות

האחת משום "פגיעה" באחרת או "חוסר כבוד" כלפיה, אלא "נהפוך הוא: משתזרים הם זה בזה, ובכך קובעים הם את כלליה של שיטתנו המשפטית, שבה משמשים יחדיו חקיקה ושפיטה, שפיטה וחקיקה" (שם).

יושב ראש הכנסת קיבל את פסק הדין ברגשות קשים. לפי דיווח בעיתונות, הוא אמר שאינו "מסוגל מבחינה נפשית להעלות על שולחן הכנסת הצעות חוק גזעיות של ח"כ כהנא" (יהושע ביצור "הלל: אינני מסוגל נפשית להניח הצעת החוק של ח"כ כהנא" מעריב 8.11.1985, 2). לאחר הפתרון שמצא היה לפעול במתווה שהוצע בפסקי הדין, ולהביא לתיקון תקנון הכנסת. לאחר דיונים מרתוניים אישרה הכנסת תיקון לתקנונה, ולפיו יושב ראש הכנסת וסגניו לא יאשרו הצעת חוק "שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". התיקון הוחל על כל הצעת חוק שטרם הונחה על שולחן הכנסת, ולפיכך הוא מנע גם את ההצעות של כהנא. יושב ראש הכנסת סיכם את הדיון בציינו: "אני חושב שהכנסת מילאה היום את חובתה, ואת הציפייה של כלל עם ישראל ממנה, בכך שבהצבעתה ובקבלת התיקון הזה היא קבעה נורמה חדשה, נורמה ברורה וחד־משמעית, שאנחנו איננו מוכנים לתת לחוקים שיש בהם גזענות, שיש בהם כדי להכתים את שם המדינה... מהלכים בתוכנו" (דברי הכנסת 13.11.1985, 444).

כהנא הגיש הצעות חוק גזעניות נוספות, ושוב מנע יושב ראש הכנסת להעלותן, על יסוד ההוראה החדשה בתקנון. כהנא עתר פעם נוספת לבג"ץ וטען שהגבלת האפשרות להגיש הצעת חוק צריכה להיעשות בחוק ולא בתקנון. העתירה נדונה לפני הרכב מורחב של חמישה שופטים, וכל החברים בו הסכימו כי יש לדחותה (בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986)). עם זאת התגלעה מחלוקת מהותית בנוגע להנמקת התוצאה, מחלוקת ששיקפה את המתח הקיים בסוגיית ההתערבות השיפוטית בהחלטות הכנסת.

הנשיא שמגר, שאליו הצטרפו המשנה לנשיא בן-פורת והשופט ברק, פסק שהאפשרות הפתוחה לפני חבר כנסת יחיד ליזום הצעת חוק אינה זכות יסוד חוקתית. הוסבר שפרלמנטים רבים בעולם מגבילים את הזכות של חבר יחיד להעלות הצעות חוק ודורשים תמיכה ראשונית של מספר מסוים של חברים. זאת מתוך הבנה שממילא כדי שהצעת חוק תתקבל יש צורך להשיג רוב. לכן אפשר להגביל את הזכות גם בתקנון הכנסת.

שני השופטים הנוספים בהרכב הסכימו לתוצאה, אבל מטעמים שונים כאמור. השופט דב לוין ציין שלטעמו יש לדחות את העתירה על הסף. לדבריו, גם אם הפר יושב ראש הכנסת את תקנונה (ולטעמו של השופט לוין לא הייתה הפרה כזו) אין מקום שבג"ץ יושיט סעד למי שמבקש לכפות על הכנסת לדון בהצעות חוק גזעניות שנוגדות את ערכי היסוד של המדינה. לגישתו, "בעצם פתיחתו של הליך חקיקתי בכל אחד מהחוקים המוצעים יש משום פגיעה קשה ומבישה בתדמיתה של מדינת ישראל כמדינה נאורה ודמוקרטית" (עמ' 407).

השופט מנחם אלון, לימים המשנה לנשיא, ביקר בחריפות את פסקי הדין הקודמים שפתחו פתח להתערב בהחלטות הכנסת. השופט אלון הסכים כי "שלטון החוק, והחלתו גם על מחוקקו,

ערך עליון הוא" (עמ' 420). עם זאת, לתפיסתו, המבחן המשפטי שנקבע בפסקי הדין הוא עמום ומותיר שיקול דעת נרחב מדי לבית המשפט. השופט אלון הציע לאמץ מבחן אחר, שנועד לבטא ריסון שיפוטי רב יותר. לפיו בית המשפט יבדוק רק "אם הייתה חריגה מסמכות או אם נתקיים ההליך במסגרת הסמכות הנתונה, ואזי לא יפשפש אחר המניעים, שעמדו מאחורי שיקול-דעתם של חברי הכנסת, ולא יהרהר, שמא נפל במניעים אלה פסול" (עמ' 416). לדבריו, ריסון זה חיוני לשמירה על איזון הולם בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת ועל יחסי כבוד הדדיים ביניהן, "ולא זו בלבד שריסון עצמי זה אין בו משום פגיעה, כביכול, בשלטון החוק, אלא ריסון עצמי זה הוא המבטיח שלטון זה, כפשוטו וכמשמעו" (עמ' 416).

חילוקי הדעות העזים בין השופטים לא הובילו לשינוי המבחן המשפטי שנקבע. עם זאת, אפשר שהיה בהם כדי להשפיע על אופן יישומו, והמחלוקת כשלעצמה משקפת את התפיסה המכילה של בית המשפט העליון כלפי דעות מיעוט ואת ההכרה בחשיבותן. במהלך השנים מאז פסקי הדין הנדונים שמר בג"ץ על ריסון רב בעתירות נגד החלטות הכנסת בסדרי עבודתה. מתוך כ-20 עתירות שהוגשו בעניין זה מאז עתירות כהנא, התקבלו שתיים בלבד. בשנת 1991 התערב בג"ץ כאשר יושב ראש הכנסת הפר התחייבות שנתן ושעוגנה בפסק דין, להעלות להצבעה הצעה לתיקון חוק יסוד: משק המדינה (בג"ץ 5711/91 פורז נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מו(1) 299 (1991)). כשלושים שנים לאחר מכן, במרץ 2020, התערב בג"ץ פעם נוספת כאשר לאחר מערכת בחירות סירב יושב ראש הכנסת היוצאת להעלות להצבעה את בחירת יושב הראש הקבוע של הכנסת החדשה, חרף בקשה של רוב חברי הכנסת לעשות כן (בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (23.3.2020)).

פסקי הדין בעניין כהנא הם בראש ובראשונה ביטוי להתמודדות הנמשכת עם המאבק בגזענות. הם מלמדים על הצורך לפעול מולה בנחישות וללא מורא, אך זאת באמצעות שמירה על המסגרות החוקיות ולא בחריגה מהן. ביסוד גישה זו ניצבת התפיסה שהדמוקרטיה הישראלית חזקה דיה להתמודד עם תופעות גזענות, ואל לה להיות מונעת רק מפצעי הזיכרון המר של רפובליקת ויימאר, שכידוע התמוטטה לאחר שהמפלגה הנאצית תפסה את השלטון. בדברי הסיום של פסק הדין בעניין הצעות החוק הגזעניות כתב בית המשפט: "מבינים אנו ללבם של יושבי-ראש הכנסת וסגניו. כמוהם סבורים, אף אנו, כי שתי הצעות החוק של העותר פוגעות בעקרונות יסוד של משטרנו החוקתי, מעוררות זיכרונות מחרידים ויש בהן כדי לפגוע באופי הדמוקרטי של מדינת ישראל. אם סבורים אנו, בכל זאת, כי יש להעמידן על סדר יומה של הכנסת, הרי בא דבר זה דווקא משום אותם ערכי הדמוקרטיה, היקרים ללבם של יושבי-ראש הכנסת וסגניו, ואשר העותר בא לפגוע בהם" (בג"ץ 742/84, בעמ' 96).

נוסף על כך, פסקי הדין הם ביטוי להגשמה ראויה של עקרון הפרדת הרשויות ולשיח מכבד ומפרה ביניהן המחזק את יסודות הדמוקרטיה הישראלית. המשמעות העמוקה של עקרון הפרדת הרשויות, כפי שהבהיר השופט ברק, אינה חומות בין הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים. הגשר הנורמטיבי בין הרשויות, שביטוי אדריכלי לו מצוי בשביל המקשר בין משכן

הכנסת לבית המשפט העליון, התגשם בפרשות כהנא הלכה למעשה. בית המשפט הגן על עקרון שלטון החוק והקפיד על החלתו גם על המחוקק. הכנסת הגיבה כראוי. היא לא הפרה את החוק, אלא תיקנה אותו כך שימנע ממפלגות גזעניות דוגמת "כך" להיבחר לכנסת, וכך שיאפשר לה לחסום הצעות חוק גזעניות. מפרשה זו יצאה הדמוקרטיה של מדינת ישראל נשכרת ומחוזקת לעתיד לבוא.

# סדרי שלטון ומנהל



## הבטחה מנהלית: הבטחה מחייבת?

בג"ץ 135/75 סאייטקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1)  
(1975) 673

### יצחק זמיר

פסק הדין בעניין סאייטקס, שדן בשאלת התוקף של הבטחה מנהלית, הוא פסק דין קצר (פחות משלושה עמודים), צנוע (אינו מציג מלומדות), ולכאורה שולי. אבל למעשה הוא פסק דין חשוב ומופתי. הוא חשוב משום ששאלת התוקף של הבטחה מנהלית (כלומר הבטחה שרשות מנהלית נותנת) היא שאלה חשובה מבחינה מעשית. רשויות מנהליות רבות נוהגות לפזר הבטחות רבות באמצעות נושאי תפקידים שונים ברשות, ובני אדם רבים נוהגים לסמוך על הבטחות אלה. האם באמת ניתן לסמוך על הבטחה כזאת? זהו גם פסק דין מופתי משום שהוא נותן תשובה טובה לשאלה זאת בדרך לא שגרתית.

העובדות שביסוד פסק הדין פשוטות. משרד המסחר והתעשייה הוציא בשנת 1974 חוזר שבו הבטיח לחברות תעשייה מסוימות סיוע כספי לעידוד הייצוא של מוצרי החברה באותה שנה. אבל מאוחר יותר באותה שנה בעקבות פירות המטבע הישראלי, שינה המשרד את מדיניותו וחזר בו מן ההבטחה. החברות עתרו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בבקשה שיחייב את המשרד לקיים את ההבטחה עד למועד של שינוי המדיניות. מכאן השאלה: האם הבטחה מנהלית (שקוראים לה לעיתים גם הבטחה שלטונית) היא בעלת תוקף מחייב?

התשובה הצפויה הייתה ברורה ופשוטה: לא. במשפט הפרטי זאת התשובה המוסכמת מאז ומתמיד: רק חוזה מחייב. הבטחה שאדם נותן, גם אם מבחינה מוסרית ראוי לקיים אותה, מבחינה משפטית אין לה תוקף. וכך גם במשפט הציבורי: בעבר נקבע כי אין תוקף להבטחה שרשות מנהלית נתנה, וכי תוצאה זו היא אפילו בגדר קל וחומר: הרשות קיבלה סמכות מכוח החוק כדי שתפעיל אותה בכל עת כפי שראוי באותה עת, ואסור שהבטחה תגביל את הרשות בניגוד לחוק. הרשות היא נאמן הציבור וחייבת לשקול מהי ההחלטה הנכונה ביותר מבחינת האינטרס הציבורי, בהתאם לנסיבות השוררות בעת קבלת ההחלטה (ולא להיות כבולה להבטחה שנתנה בעבר בנסיבות שונות).

אך לא כך קבע בית המשפט בפסק הדין בעניין סאייטקס (בג"ץ 135/75 סאייטקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673 (1975)). השופט ברנזון (בהסכמת השופטים זוסמן ומני) פסק: "לפי תפיסתי, המצב הוא פשוט וברור ואינו מעורר שום קושי. ניתנה הבטחה



ואין סיבה שלא לקיימה ככתבה וכלשונה... כלל גדול הוא שרשות ציבורית חייבת לכלכל את מעשיה בתום לב, כלומר לנהוג ביושר ובהגינות ביחסיה עם האזרח... הבטחה שניתנה על-ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקויים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה. אמינות הממשל בעיני הציבור חשובה לאין ערוך מן האפשרות שיינתן לו לחזור בו או לסגת, במקרה זה או אחר, מההבטחה שנתן או מהתחייבות שקיבל על עצמו כלפי האזרח בגדר סמכותו החוקית ואפשרות הביצוע המעשית... כאשר ניתנת הבטחה חוקית על-ידי מי שהסמכות בידו לתתה ובידו גם למלא אחריה, היא מחייבת, ובאין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה – יש לכבדה, ובית-משפט זה יצווה על מילויה" (עמ' 676). בכך שונתה ההלכה המשפטית שהייתה קיימת עד אז. ההלכה החדשה קבעה כי להבטחה מנהלית, אם היא מקיימת תנאים מסוימים, מוקנה תוקף משפטי. לכן אם לרשות המנהלית אין "צידוק חוקי לשנותה או לבטלה", היא חייבת לקיימה. אין חידוש בכך שבית המשפט, בישראל כמו במדינות אחרות, יוצר הלכה משפטית חדשה, וגם אין מניעה לכך שבית המשפט ישנה הלכה קיימת כדי להתאים אותה להתפתחויות שחלו במשך הזמן בנסיבות, בתפיסות ובצרכים החברתיים. החוק מסמיך את בית המשפט לעשות זאת, ובית המשפט, בייחוד בית המשפט העליון, עושה זאת כדבר שבשגרה. אכן, חלק גדול מן המשפט הוא יציר כפיו של בית המשפט. בפועל, בית המשפט הוא "שותף זוט" של הכנסת ביצירת המשפט. כך בייחוד בעניינים שלא הוסדרו כלל בחוק. יש עניינים רבים כאלה, ושאלת התוקף המשפטי של הבטחה מנהלית היא עניין כזה.

ובכל זאת, פסק הדין בעניין סאייטקס הוא יוצא דופן. דבר רגיל הוא שפסק דין, בייחוד פסק דין שמבטל הלכה או יוצר הלכה, מתארך על פני עמודים רבים, לעיתים עשרות עמודים ולעיתים אפילו יותר, והוא גדוש דיונים עמוקים בסוגיות עקרוניות, בוחן בפירוט את כל השיקולים בעד ונגד ועמוס לעייפה באסמכתאות של מאמרים ופסקי דין בעניין הנדון או בעניינים דומים שניתנו בישראל ואף מחוץ לישראל. יתרה מזאת, דבר רגיל הוא שפסק דין כזה מורכב למעשה מפסקי דין אחדים. תחילה כותב את פסק הדין המוביל אחד השופטים, כפי שהוסכם על הרכב השופטים באותו עניין, ואז מצטרפים אליו פסקי דין נוספים של שופטים אחרים בהרכב שכל אחד מהם, גם אם הוא מסכים להכרעה שבפסק הדין המוביל, רואה לנכון להוסיף גוונים, פרטים ומחשבות משלו. התוצאה היא לא אחת שהקורא התמים לא רק מתייגע מקריאת פסק הדין, אלא גם מתקשה לבור את הבר מן התבן ולדעת לבטח מה נקבע בפסק הדין ולמה.

היה אפשר לצפות שכך יהיה גם פסק דין בשאלה אם להקנות תוקף מחייב להבטחה מנהלית. אבל פסק הדין בעניין סאייטקס מפתיע: הוא דוגמה שאינה שכיחה לדרך שונה של יצירת משפט. הוא אינו דן בטענות אפשריות לכאן ולשם, אינו עורך השוואה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, אינו מברר את המצב במדינות אחרות וגם אינו נזקק לאסמכתאות משפטיות, לא מאמר ואפילו לא פסק דין, אלא הוא מסתפק בעיקרון של "יושר והגינות".

עקרון ההגיונות, שהוא עיקרון מקובל במשפט הציבורי, נובע מן הרעיון שכל רשות מנהלית היא נאמן של הציבור, שכן היא קיבלה את הסמכות מן הציבור כדי להפעיל אותה למען הציבור על פי עקרונות מסוימים, ובכלל זה עקרון ההגיונות כלפי כל אדם. מעיקרון זה בית המשפט יכול לגזור כללי משפט, ומתברר שאפשר לעשות זאת, ונראה שלא אחת אף ראוי לעשות זאת, בפסק דין פשוט וקצר המסתמך על עקרון ההגיונות (או על עיקרון אחר, לפי העניין) ומסתפק בכך. אכן, בית המשפט עשה זאת בהצלחה לא אחת. כך, לדוגמה, הוא גזר מעקרון ההגיונות את הכלל הקובע כי רשות מנהלית אינה רשאית לקבל החלטה הפוגעת באדם לפני שנתנה לו הזדמנות להשמיע את טענותיו לפניו,<sup>1</sup> ואת הכלל המחייב כל רשות שמסרבת לבקשה להפעיל סמכות במקרה מסוים, למשל לתת רישיון, לנמק את הסירוב.<sup>2</sup>

המבחן של פסק דין כמו זה שניתן בעניין סאייטקס, הוא מבחן כפול: מבחן השכל הישר ומבחן המעשה. הניסיון הממושך מלמד שבדרך כלל פסקי דין כאלה עומדים במבחן זה בהצלחה: הם מחזיקים מעמד לאורך שנים רבות. וכיצד עמד פסק הדין סאייטקס במבחן זה? התשובה מורכבת.

מאז ניתן פסק הדין בעניין סאייטקס ועד היום ניתנו פסקי דין רבים מאוד בשאלת התוקף של הבטחה מנהלית. בכלום, ללא יוצא מן הכלל, בית המשפט הלך בנאמנות בעקבות התקדים שנקבע בעניין סאייטקס. הוא מעולם לא חלק על ההלכה שלהבטחה מנהלית יש תוקף משפטי ושחובה לקיימה אם היא ממלאת אחר התנאים שנקבעו בפסק דין זה. מבחינה זאת פסק הדין בעניין סאייטקס הוכיח עצמו כהצלחה גדולה.

אולם, כפי שקורה לא אחת, קיים פער בין ההלכה למעשה. להלכה פסקי הדין הרבים כיבדו את הפסיקה בעניין סאייטקס, אבל למעשה הם לא מימשו את השינוי שפסק הדין ביקש לחולל. כמעט כל העתירות שבהן בית המשפט התבקש לחייב רשות מנהלית לקיים הבטחה שנתנה, נדחו, בבחינת ימין מקרבת ושמאל דוחה, בנימוק שאחד התנאים הנדרשים לפי פסק הדין לצורך מתן תוקף להבטחה, לא קיים. על פי רוב הן נדחו בגלל נטל ההוכחה. אומנם בעניין סאייטקס לא נקבע על מי מוטל הנטל להוכיח את קיום התנאים, אבל פסקי הדין המאוחרים קבעו כי נטל זה מונח כולו על העותר. אולם בפועל קשה מאוד לעותר להוכיח, ולעיתים קרובות גם לא אפשרי להוכיח, שהרשות התכוונה לתת "תוקף משפטי" להבטחה, או שאותו אדם שנתן את ההבטחה מטעם הרשות הוסמך כדין לתת הבטחה כזאת, או ש"כוחו של המבטיח למלא אחריה". זאת ועוד, אותם פסקי דין שבהם נקבע כי כל התנאים הנדרשים קיימו, כמעט תמיד הוסיפו וקבעו ביד קלה כי היה "צידוק חוקי" שאפשר לרשות לסגת מן ההבטחה. מכל מקום, מתוך העתירות הרבות שבהן בית המשפט התבקש לחייב את הרשות לקיים הבטחה על יסוד פסק הדין בעניין סאייטקס, הוא נענה לבקשה, באופן מלא או חלקי, רק במקרים מעטים מאוד.

1 ראו רשימתו של יהונתן עדיאל בספר זה, עמ' 258.

2 ראו בג"ץ 143/56 אהגי' נ' המפקח על התעבורה, פ"ד יא 370 (1957).

על כן, בפועל, הכלל הפך להיות חריג: בית המשפט אינו מחייב רשות לקיים הבטחה שנתנה אלא רק במקרים מעטים מאוד.

כתוצאה מכך, רשויות מנהליות עלולות עדיין לתת הבטחות באופן בלתי אחראי כדי לשרת מטרות כשרות יותר או פחות, בניגוד לדרישות המנהל התקין, מתוך מודעות שדבר לא יקרה להן גם אם לא יקיימו את ההבטחה. בני אדם שסומכים על החלטות אלה עלולים להיפגע, בניגוד לדרישת הצדק.

לכן, לדעתי, מתוך נאמנות לרוח פסק הדין בעניין **סאייטקס**, ראוי להקל את נטל ההוכחה המוטל על העותר. די לדרוש ממנו שיוכיח כי הרשות נתנה לו הבטחה רצינית שאדם סביר היה סומך עליה, כדי להעביר אל הרשות את הנטל להוכיח שעדיין היא רשאית לסגת מן ההבטחה. פסק הדין בעניין **סאייטקס** הוא מקרה מאלף גם בקשר לטענה שבית המשפט העליון לוקה באקטיביזם שיפוטי. לפי טענה זאת, שעם הזמן הפכה להיות מקובלת כעובדה, מאז שנות השמונים של המאה הקודמת בית המשפט העליון מתערב ללא הצדקה ומעבר למידה בהחלטות שלטוניות. לכן, אומרת הטענה, ראוי לנקוט צעדים כדי להחזיר את המצב לקדמתו, לתקופה שלפני שנות השמונים, שבה בית המשפט העליון נהג בריסון הראוי. פסק הדין בעניין **סאייטקס** משנת 1975 הוא דוגמה, אחת מרבות, שמפריכה טענה זאת.

טענת האקטיביזם השיפוטי אינה טענה נכונה, ראשית, משום שהאקטיביזם השיפוטי היה קיים ובולט מאז הקמת המדינה. בעצם ברור שלא היה לישראל בית משפט אקטיביסטי כמו בית המשפט העליון בשנים המכוננות שלאחר הקמת המדינה. הוא, ולא הכנסת, הפך מערכת פקודות של משטר קולוניאלי שהסמיכו את השלטון לדכא זכויות אדם, למערכת חוקים שהולמת מדינה דמוקרטית. די לציין כדוגמה את פסק הדין בעניין **קול העם**, שביצר את חופש העיתונות בניגוד ללשון הפשוטה של פקודת העיתונות משנת 1933.<sup>3</sup> עניין **סאייטקס** הוא דוגמה נוספת. הוא ניתן בשנת 1975 בידי שופטים מדור הראשונים, וקשה לתאר פסק דין אקטיביסטי יותר. שנית, בניגוד לדעה רווחת, אקטיביזם שיפוטי אינו מושג פסול. הוא אינו ערך, טוב או רע, אלא רק מכשיר שיכול, כמו כל מכשיר, לשרת מטרה טובה או מטרה רעה. לדעתי, האקטיביזם של בית המשפט העליון הופעל מאז הקמת המדינה לאורך כל השנים עד היום בתבונה, באיפוק ובדרך כלל לטובה. כאלה היו, ללא ספק, פסקי הדין בשנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה, שבהם בית המשפט ביסס את זכויות האדם והטמיע את שלטון החוק. כזה הוא גם פסק הדין בעניין **סאייטקס**, שביקש לעשות את התנהלות הרשויות אחראית יותר והוגנת יותר, לחזק את אמון הציבור בשלטון, ולעשות צדק עם בני אדם שסמכו על הבטחת הרשות.

שלישית, לא נכון שבית המשפט העליון נעשה מאז שנות השמונים אקטיביסטי יותר (לפי הטענה, הרבה יותר) מאשר בשנים שקודם לכן. אולי אפילו, כפי שלא מעט משפטנים טוענים,

3 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שריהפנים, פ"ד ז 871 (1953). ראו רשימתו של אהרן ברק בספר זה, עמ' 25.

ההיפך הוא הנכון. ההתפתחות שחלה בתקופה האחרונה אינה האקטיביזם אלא זאת: בתקופה האחרונה החל המסע להחלשת הביקורת השיפוטית על החלטות שלטוניות, וכדי לקדמו גויסה לראשונה הטענה בדבר אקטיביזם שיפוטי.

שאלת התוקף של הבטחה מנהלית היא דוגמה המפריכה את הטענה שהאקטיביזם השיפוטי מאפיין את בית המשפט העליון דווקא בתקופה שמאז שנות השמונים. אומנם ברור שבית המשפט העליון נתן בשנים שחלפו מאז גם פסקי דין אקטיביסטיים, אבל ברור גם שהוא נתן בשנים אלה לא פחות, וכנראה אף יותר, פסקי דין מרוסנים.

פסק הדין בעניין סאייטקס גילה אקטיביזם שיפוטי מובהק באמצע שנות השבעים, ודווקא פסקי הדין הרבים שניתנו בשנים שלאחר מכן, עד עצם היום הזה, הפגינו את ההיפך מאקטיביזם: בפועל הם החזירו את המצב בשאלה זאת כמעט למצב שהיה קיים לפני פסק דין זה. לדעתי, המצב הקיים מזמין – ויצדיק – אקטיביזם שיפוטי שיקנה להבטחה המנהלית את המעמד שהיא ראויה לו, לא רק להלכה אלא גם למעשה.

# מי מחליט על הגשת כתב אישום? ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה

בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990)

## מני מזוז

הביקורת השיפוטית שמפעילים בתי המשפט על מעשי השלטון ועל החלטותיו היא בין היתר אמצעי ליישום העיקרון הדמוקרטי של "איזונים ובלמים", ולפיו כל רשות שמפעילה סמכויות שלטוניות נתונה לפיקוח ולבקרה. ליועץ המשפטי לממשלה סמכויות נרחבות בתחום הפלילי, שנוגעות לפתיחה בחקירה, להעמדה לדין, להסדרי טיעון ולהחלטות גלוות אחרות. עם זאת, ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי בתחום זה מעוררת קשיים לא פשוטים. מכאן השאלה מה היקף הביקורת שבית המשפט יפעיל על החלטות היועץ המשפטי בתחום זה.

ההלכה הפסוקה בנושא זה נקבעה במקרה שבו עובדות הרקע היו דרמטיות במיוחד: משבר המניות הבנקאיות שפרץ בחודש אוקטובר 1983. בתקופה שקדמה לכך הבנקים השקיעו כספים ב"ויסות" המחירים של מניותיהם. כאשר לא יכלו עוד להזרים כספים כדי לשמר את עליית המחירים של המניות, מחירי המניות קרסו. ציבור המשקיעים ביקש למכור את המניות שהחזיק, אבל לבנקים לא היו מקורות כספיים מספיקים לקלוט את כל המניות, ואלה עמדו לפני התמוטטות. על מערכת הבנקאות איים משבר חמור, וציבור המשקיעים, שכלל את רוב הציבור, עמד להיפגע קשות. הבורסה לניירות ערך נסגרה, והמסחר בה הופסק. הממשלה התערבה וגיבשה הסדר שלפיו המדינה קיבלה על עצמה לפדות את המניות הבנקאיות שבידי הציבור לפי ערכן ערב סגירת הבורסה. הערך של התחייבות זו הגיע לסך של קרוב ל-7 מיליארד דולר. בדוח שמבקר המדינה הגיש על משבר מניות הבנקים הוא המליץ לקיים חקירה בפרשה. בעקבות הדוח החליטה הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת להקים ועדת חקירה ממלכתית, שתפקידה לחקור "את כל העובדות והגורמים שהביאו לוויסות המניות הבנקאיות... ולמשבר במניות אלה שאירע בחודש אוקטובר 1983". בראש הוועדה עמד שופט בית המשפט העליון, ד"ר משה בייסקי, ומכאן גם השם שבו היא נודעה בדיון הציבורי, ועדת בייסקי. ביום 16.4.1986 הוגש דוח הוועדה, אשר בין היתר הצביע על האחראים למשבר וכלל המלצות אישיות ומוסדיות. בדוח תואר תהליך ייסות המניות בידי הבנקים ונקבע שתהליך זה היה כרוך לכאורה בביצוע עבירות פליליות שונות מצד הבנקים והפועלים מטעמם. הוועדה המליצה שהיועץ המשפטי לממשלה יבחן את הממצאים ויחליט כיצד לפעול נוכח החשדות על הפרות החוק שפורטו בדוח. היועץ המשפטי הורה

למשטרת ישראל לחקור בנושא. למעשה, החקירה לא הוסיפה ממצאים על אלה שנכללו בדוח הוועדה, ובסיומה הומלץ להגיש כתבי אישום נגד כעשרים נאשמים מבין המעורבים, ואף הוכנו טיוטות כתבי אישום. לאחר עיכוב לא קצר החליט היועץ המשפטי לממשלה בנובמבר 1989 שלא להעמיד לדין את הבנקים והבנקאים שהיו מעורבים בפעולות הוויסות. בהחלטתו קבע היועץ המשפטי כי "אין עניין לציבור" בהעמדת הבנקאים לדין, בין היתר מאחר שהם נשאו בסנקציות אישיות בעקבות המלצות ועדת בייסקי והודחו מתפקידיהם, וגם נאסר עליהם להמשיך לעסוק בתחום הבנקאות. כמו כן, צוין כי אשמת הוויסות רובצת גם לפתחן של רשויות המדינה, שידעו על הוויסות מצד הבנקים אבל לא פעלו להפסיקו. נוכח האמור ובשל הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירות, סבר היועץ המשפטי שאין הצדקה לנקוט הליכים פליליים נגד הבנקים והבנקאים. נגד החלטה זו הוגשו עתירות לבג"ץ, והן גם התקבלו, כמפורט בהמשך.

כדי להבין את האופי התקדימי של פסק הדין שניתן במקרה זה, יש לחזור ולהזכיר את הגישה המסורתית המצמצמת של בית המשפט העליון בנוגע להתערבות אפשרית בהחלטות של היועץ המשפטי לממשלה. ההלכה בעניין זה נקבעה לראשונה בפסק הדין בעניין פרידה שור משנת 1956 (בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285 (1957)). המקרה עצמו היה עניין שולי ועסק בעתירה נגד החלטת היועץ המשפטי לעכב הליכי קובלנה פלילית פרטית שהעותרת פתחה בהם נגד עורכת דין בגין "הוצאת שם רע". השופט אגרנט – לימים נשיא בית המשפט העליון, ובהקשר הנוכחי חשוב יותר לציין ששימש בהמשך גם יושב ראש ועדה שהגישה בשנת 1962 דוח בנושא סמכויות היועץ המשפטי לממשלה – עמד בפסק הדין על מעמד היועץ המשפטי לממשלה בהליכים פליליים ועל כללי ההתערבות של בג"ץ בהחלטותיו. בין היתר הוא קבע שבהליכים פליליים היועץ המשפטי מייצג את הריבון (העם), ולא את הממשלה, ואת האינטרס הציבורי הכרוך בהליכים אלה, ולפיכך מוקנית לו השליטה על ההליך הפלילי. כמו כן, נקבע שאומנם היועץ המשפטי כפוף לביקורת בג"ץ, אבל הביקורת השיפוטית שיפעיל בג"ץ על החלטותיו "מן ההכרח שתשתרע על שטח צר למדי", ותוגבל רק לבחינה אם ההחלטה "יסודה ביושר ובתום לב; במניעים טהורים ולא נפסדים; במטרה הכרוכה באינטרס הציבורי..." (עמ' 300-301).

הלכה זו שלטה בכיפה שנים רבות. אבל במהלך השנים, בעיקר החל בשנות השמונים של המאה העשרים, היה אפשר למצוא בפסיקה התייחסות גם לעילות נוספות להתערבות בהחלטת היועץ המשפטי מלבד "חוסר תום לב", כגון "עיוות מהותי", "שרירות" ו"חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין". עם זאת, בפועל, כל העתירות שהוגשו נגד החלטות של היועץ המשפטי לממשלה נדחו.

רק בשלהי שנת 1989 התערב בג"ץ לראשונה בהחלטת היועץ המשפטי כאשר פסל ברוב דעות החלטה של היועץ המשפטי שלא לנקוט הליכים פליליים בגין עבירת "סוב יודיצה" נגד עיתונאי בשל כתבות שכתב במהלך משפט דמיאניוק (בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356 (1989)).

וכאן אנו חוזרים לפסק הדין בעניין גנור, שקיבל ארבע עתירות שהוגשו נגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה אז, יוסף חריש, שלא להעמיד לדין את המעורבים בפרשת ויסות מניות הבנקים, "מחוסר עניין לציבור".

את פסק הדין כתב השופט אהרן ברק, ואליו הצטרפו הנשיא מאיר שמגר והשופט שלמה לזין. השופט ברק סקר את הפסיקה מאז הלכת פרידה שור תוך הצגתה בתור תהליך הדרגתי של התפתחות והרחבה. בהמשך לכך הוא הציג את העקרונות החלים על התערבות בג"ץ בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה בתחום הפלילי: לבית המשפט סמכות לבקר את החלטות היועץ המשפטי, שאינו נהנה מחסינות מפני התערבות בג"ץ. בידי היועץ סמכויות רבות עוצמה, ולכן יש לקיים עליו פיקוח שיפוטי, שהוא חיוני "לשלטון החוק ולחירות האדם בישראל" (עמ' 527). עם זאת, ליועץ המשפטי נתון שיקול דעת רחב בהחלטה אם להעמיד חשוד לדין, ומכאן שיועצים משפטיים שונים עשויים להגיע להחלטות שונות, וכולן תהיינה חוקיות. בית המשפט, כך נקבע, אינו "יועץ-משפטי-על" ולא ישים עצמו בנעלי היועץ המשפטי לממשלה. בית המשפט בוחן את חוקיות החלטות היועץ המשפטי, לא את תבונתו. בהמשך לכך נקבע שהעילות הפוסלות מעשה מנהלי של כל רשות שלטונית ברשות המבצעת, חלות גם על החלטות היועץ המשפטי לממשלה, ושאינן הצדקה ליצירת מערכת דינים מיוחדת לביקורת על החלטותיו.

לעניין שיקול הדעת של היועץ המשפטי בהחלטה על העמדה לדין, נקבע שאומנם החוק מעניק ליועץ המשפטי שיקול דעת רחב מאוד שלא להגיש כתב אישום, גם במקרה שקיימות ראיות מספיקות, אם הוא סבור שאין "עניין לציבור" בניהול ההליך, אבל אין זה שיקול דעת מוחלט. נקודת המוצא היא כי מאחר שהמחוקק קבע כי התנהגות פלונית פלילית היא, הרי שיש אינטרס ציבורי כי החשוד בעבירה יועמד לדין, כדי להגן על הערכים והעקרונות שהאיסור הפלילי מייצג. זאת, אלא אם כן קיימות נסיבות שבגינן הנזק שייגרם לאינטרסים ולערכים חשובים אחרים אם החשוד יועמד לדין, עולה על הנזק שבאי העמדה לדין. בעניין זה יש להתחשב, בין היתר, בשיקולים כגון חומרת העבירה ונסיבות ביצועה, הנסיבות האישיות של החשוד והפגיעה בקורבן העבירה.

לאחר ניתוח הנימוקים והשיקולים שהנחו את היועץ המשפטי בהחלטתו במקרה זה, הגיע בית המשפט למסקנה כי אומנם השיקולים ששקל היועץ המשפטי – הסנקציות האישיות שהוטלו על הבנקאים, הזמן הרב שחלף ומודעות רשויות המדינה לוויסות – אינם שיקולים זרים. אבל המשקל שנתן להם לוקה "בסטייה מהותית, היורדת לשרש העניין", מהאזיון הראוי בין השיקולים שעליו לשקול, ועל כן מדובר בהחלטה "בלתי סבירה לחלוטין" (עמ' 523).

פסק הדין בעניין גנור נתפס בתור שינוי מההלכה שנהגה עד אז, ובתור גישה שמרחיבה את היקף הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי בתחום הפלילי. בעקבות זאת מתחו גורמים שונים ביקורת על פסק הדין. מיכאל בן-יאיר טען בהרצאה שנשא (בעת שכיחן בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה) כי הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי

"צריכה להיות מצומצמת יותר מן הביקורת השיפוטית הנוהגת על החלטת כל רשות מינהלית אחרת".<sup>1</sup> לדבריו, הנימוקים של השופט ברק להצדקת הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ טובים לעצם קיום סמכות ביקורת, אבל לא באשר להיקפה. בהמשך לכך הוא מנה שורה של בעיות וקשיים ש"הגישה החדשה" מעוררת. ולחיזוק דבריו הוא ציין כי באנגליה, שממנה אומץ למשפטנו מוסד היועץ המשפטי לממשלה, כמו גם בארצות הברית, הגישה היא כי ה־Attorney General מופקד בלעדית על ניהול ההליכים הפליליים ועל קביעת האינטרס הציבורי בניהולם, וכי אין הוא כפוף בעניין זה כלל לביקורת בתי המשפט.

ביקורת דומה ונוספת העלו כותבים נוספים.<sup>2</sup> הם טענו כי ההלכה מנוגדת לעקרון הפרדת הרשויות, שכן בהתערבותו בהחלטות היועץ המשפטי בג"ץ נוטל לעצמו למעשה את תפקיד התביעה. כמו כן, נטען כי התערבות בהחלטות התביעה עלולה לפגוע באובייקטיביות ההליך הפלילי, שכן יהיה קשה לנאשם, וגם לציבור, להאמין כי אחרי שבג"ץ קבע שיש ראיות להגשת כתב אישום או שיש עניין ציבורי בהגשתו, לא תהיה לכך השפעה על בית המשפט – המחוזי או השלום – שבו יתנהל ההליך הפלילי. עוד נטען ל"חשש לדחיפה לאכיפת יתר", שכן רוב מכריע של העתירות בסוגיה זו הן נגד החלטות שלא לפתוח בחקירה או שלא להגיש כתב אישום. לשיטת המבקרים, ההלכה החדשה מעלה חשש שבתיקים גבוליים או מעוררי מחלוקת תועדף החלטה לפתוח בחקירה ולהגיש כתב אישום, כדי להימנע מביקורת שיפוטית. כתוצאה מכך, במקום שהביקורת השיפוטית תגן על זכויות הפרט מפני הפעלת יתר של המשפט הפלילי בידי רשויות התביעה, היא עלולה להוביל לתוצאה הפוכה. לבסוף נטען כי קיים קושי לקיים הליך דיוני הולם בעתירות הנוגעות להחלטות בתחום הפלילי, בשל הבעייתיות הכרוכה בחשיפת חומר הראיות ושיקולי התביעה בשלב זה, וכי עתירות אלה גורמות לעיכובים בהליכים הפליליים, שממילא סובלים מעינויי דין.

האומנם פסק הדין בעניין גנור הוא שינוי מהלכת פרידה שור? והאם מדובר ב"גישה חדשה" שמרחיבה את היקף הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי בתחום הפלילי? לצד הטענות והקשיים שהוצגו, הערכה ביקורתית של עניין גנור מחייבת לדעתי הסתכלות רחבה יותר. ראשית, בהפעלת ביקורת שיפוטית בידי בג"ץ קיימות בפועל כל השנים התייחסות שונה ואמות מידה שונות בנושאים השונים וכלפי הרשויות השונות. כך, קיימת הבחנה בין ביקורת על החלטות בתחומים המדיני והביטחוני לביקורת על החלטות בנושאים אזרחיים. כמו כן, קיימת הבחנה בין ביקורת על החלטות הממשלה והחלטות הכנסת וועדותיה לביקורת על

1 ההרצאה פורסמה לאחר מכן כמאמר: מיכאל בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה(2) 5, 6 (1996).

2 למשל דוד קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה(2) 121 (1996); קנת מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה(2) 189 (1996); רות גביוון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה(2) 27 (1996).



החלטות של דרגי הביצוע. פער זה אינו נובע ממקור סמכות שונה לביקורת, אלא מעקרונות הפעלת הביקורת השיפוטית. כך, למשל, הערכת סבירות החלטת הרשות מושפעת במידה רבה מהיקף שיקול הדעת שמוענק לה בדין. לגורמי ביצוע מוענק בדרך כלל שיקול דעת מוגבל בתחום המצומצם שהם מופקדים עליו. לעומת זאת, לקובעי מדיניות, כגון הכנסת והממשלה, יש שיקול דעת רחב מאוד שלרוב אינו מוגבל לתכליות מסוימות. מקור אחר לפער הוא עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות. בית המשפט מכבד את החלטות הכנסת והממשלה, שנבחרות בידי העם, שמייצגות אותו, ושמתפקידן לקבוע את המדיניות הציבורית בתחומי החיים השונים. לפיכך גוזר על עצמו בית המשפט איפוק רב יותר בהתערבות בהחלטותיהן. מכאן שאומנם הסמכות ועילות הביקורת זהות לגבי כל הרשויות, אבל אמות המידה להפעלתן עשויות להשתנות בין סוגי רשויות ובסוגי עניינים שונים.

שנית, יש לראות בהלכה בעניין גנור חלק מהמגמה הכללית בתפיסת הביקורת השיפוטית שבית המשפט העליון התווה החל משנות ה־80: מתפיסה שמדגישה הכרעה בסכסוכים קונקרטיים, לתפיסה רחבה יותר, שרואה בבית המשפט העליון מי שמופקד גם על שמירת שלטון החוק וערכי הדמוקרטיה. שינוי זה לווה במהלכים כלליים שונים, שעיקריהם צמחו מהותי של דרישת "זכות העמידה", שפתח את הדלת לתופעה של "עתירות ציבוריות"; הרחבת הביקורת לתחומים שבעבר נתפסו בתור "לא שפיטים"; ופיתוח עילות הסבירות והמידתיות. כל אלה יצרו מציאות שבה כל החלטה שלטונית עשויה להיות נתונה לביקורת שיפוטית. יש לראות בפסק הדין בעניין גנור חלק ממגמה כללית זו. במילים אחרות, אפשר לראות בפסק הדין בעניין גנור לא פסק דין שקבע הלכה חדשה באשר לביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי והתביעה הפלילית, אלא רק פסק דין שניסח מחדש את ההלכה בסוגיה זו בהתאם למינוח העדכני הכללי בתחום הביקורת השיפוטית.

שלישית, עיון בעשרות הרבות של פסקי הדין שניתנו בסוגיה זו מאז פסק הדין בעניין גנור, מצביע בבירור על כך שבפועל בג"ץ המשיך בגישה מרוסנת ומצמצמת מאוד בהתערבותו בהחלטות היועץ המשפטי בתחום הפלילי. את המקרים שבהם התערב בהחלטות כאמור, אפשר למנות על אצבעות כף יד אחת. יתרה מזו, גם ברמה הרטורית הבהיר בג"ץ שוב ושוב שהתערבותו בהחלטות היועץ תהיה "מצומצמת ביותר" ו"מוגבלת אך למקרים נדירים ויוצאי דופן", ובמיוחד אם מדובר בתקיפת החלטה שנוגעת לשאלת קיומן של ראיות מספיקות להגשת כתב אישום.

רביעית וכאמור, פסק הדין בעניין גנור לא חולל למעשה שינוי בכללי ההתערבות של בג"ץ בהחלטות היועץ המשפטי בתחום הפלילי. מבחני ההתערבות נשארו צרים ומצומצמים, וגם ההתערבות בפועל נשארה נדירה. השינוי המשמעותי שאירע הוא בפתחת דלתות בג"ץ לעתירות ציבוריות נגד החלטות היועץ המשפטי ורשויות התביעה, כחלק מהמגמה הכללית של "עתירות ציבוריות". כתוצאה מכך, החל משנות ה־90 כמעט כל הליך של בדיקה או חקירה נגד איש ציבור מלווה בעתירות לבג"ץ, נוסף על "עתירות פרטיות" של חשודים ונפגעי עבירה.

לסיכום, החשיבות של עניין גנור היא בהדגשת קיומה של ביקורת שיפוטית יעילה על החלטות היועץ המשפטי לממשלה – גם אם בפועל היא תופעל בריסון ובמשורה – שכן פיקוח שיפוטי זה הוא חיוני לשלטון החוק ולהגנת חירות האדם. השינוי המהותי שאירע אינו בהתערבות רבה יותר בהחלטות היועץ המשפטי, אלא בכמות העתירות שמוגשות בנושא זה ובנכונות בג"ץ לדון בעתירות לגופן. נראה שהריסון בהתערבות בהחלטות לגופן, נכון שיוביל גם להגבלת הדיון בעתירות ציבוריות כוללניות, שאינן מצביעות לכאורה על פגם בהחלטה. יש לזכור שלצד החשיבות בקיום ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי, יש לכך "מחיר" בהשלכות על ההליך הפלילי, ולו בעיכוב של חודשים ושנים בניהול ההליך הפלילי. המגמה צריכה להיות של כללים בררניים יותר שיאפשרו לבית המשפט לא לוותר על ביקורת יעילה על החלטות היועץ המשפטי, ובה בעת לצמצם את "הנזק הנלווה" של ביקורת כזו.

# יישמע הצד האחר: על זכות הטיעון בהליכים מנהליים

בג"ץ 3/58 ברמן נ' שריהפנים, פ"ד יב 1493 (1958)

## יהונתן עדיאל

פסק הדין בעניין ברמן (בג"ץ 3/58 ברמן נ' שריהפנים, פ"ד יב 1493 (1958)), שניתן בבית המשפט העליון בידי השופטים זילברג, זוסמן וויתקון, הוליד את אחד התקדימים החשובים במשפט הישראלי בנושא של זכות הטיעון. הכוונה היא לזכות של כל אדם לטעון נגד החלטה שעומד לקבל גורם שלטוני ואשר עלולה לפגוע בו. הצד השני של זכות הטיעון הוא חובת השמיעה שמוטלת על הרשות.

מעשה הרשות המנהלית שעמד לביקורת בית המשפט בעניין ברמן, היה החלטת שר הפנים לנתק את שכונת נחלת יצחק מתחום עיריית תל אביב-יפו ולספחה למועצה המקומית גבעתיים. החלטה זו נתן שר הפנים מכוח סמכותו לפי פקודת העיריות. לפי הפקודה, הוא הוסמך לשנות את השטח של עירייה לאחר קיום חקירה לגבי אותו שטח בידי ועדה ולאחר שבדק את דוח הוועדה. הוועדה שמינה השר לצורך כך אכן קיימה חקירה ושמעה את דברי נציגי התושבים מחייבי הניתוק, אבל לא פנתה מיוזמתה לברר אם קיימים גם תושבים המחזיקים בדעות אחרות ולא שמעה את דברי התושבים שהתנגדו לניתוק, והיו כאלה. לאחר שהגיע דוח הוועדה לפתחו של השר, פנו אליו תושבים אשר התנגדו לניתוק וביקשו להתקבל אצל השר כדי לשטוח לפניו את טעמי התנגדותם לניתוק. אבל השר סירב לקבלם ולשמוע את טעמי התנגדותם, חתם על אכרזת הניתוק ובכך סיים את הטיפול בנושא.

נגד ההחלטה הוגשו שתי עתירות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ – של תושבים מהשכונה ושל חברת "יצהר" שפעלה במקום – והדיון בהן אוחד. העתירות כללו טענות רבות. העיקרית והחשובה שבהן נגעה לכך ששר הפנים לא אפשר למתנגדים לטעון נגד החלטה שעמד לקבל, אף שידע באופן פוזיטיבי כי קיימת התנגדות נחרצת כזו והוא התבקש לאפשר את השמעת הטענות. מנגד, העמדה הרשמית של המדינה, בשם שר הפנים, הייתה כי זכות הטיעון, שהיא זכות חשובה, מוקנית רק בהליכים שיפוטיים או מעין שיפוטיים, כלומר כאשר ההליך דומה מבחינת טיבו להליך שמתנהל בבית משפט. כפי שיפורט בהמשך, טענה זו נדחתה.

חשוב לשים לב להקשר הכללי שבו ניתן פסק הדין. היה זה בשנת 1958, בסוף העשור הראשון לתקומת מדינת ישראל, תקופה של מציאות ביטחונית קשה ואתגרי הקמה. עם זאת, השופטים המייסדים, שהרחיקו לראות מעבר לאתגרי השעה את חשיבות עיצוב האופי

הדמוקרטי של המדינה גם לדורות הבאים, הניחו בה את הבסיס לעקרונות היסוד של השיטה ולזכויות האדם. זאת תוך הכרה בחשיבות זכויות הפרט – הדיוניות והמהותיות – אשר השלטון מחויב בכיבודן על אף אתגרי השעה. במסגרת ביצור זכויות האדם שעליו שקדו בתי המשפט, ובראשם בית המשפט העליון, נקבעו גם הכללים המחייבים את הרשות המנהלית ביחסיה עם הפרט, כללים שהושתתו על חובת ההגינות המנהלית ועל עיקרי הצדק הטבעי.

כלל מרכזי במסגרת זו שנקבע בעניין ברמן, היה זכות הטיעון, שכנגדה עומדת חובת השמיעה המוטלת על הרשות. כלל זה נוסח על ידי השופט זילברג כך: "לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין שיפוטי) – לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו מפני הפגיעה העתידה. היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של הענין הנדון" (עמ' 1508).

הכלל של זכות הטיעון נקלט אל המשפט המקומי מן המשפט האנגלי, שבו נהג זה מאות שנים. פסק דין אנגלי קדום אף ייחס אותו לסיפור גן העדן, שבו ניתנה זכות טיעון לאדם הראשון כשאלוהים נמנע מלחרוץ את דינו לגירוש מגן עדן בלי לשמוע תחילה את דבריו. אבל בית המשפט העליון אימץ את הכלל במתכונת רחבה יותר ונדיבה מזו שנהגה באותה עת במשפט האנגלי, וכך דחה את הגבלתה של זכות הטיעון רק להליכים שיפויים או מעין שיפויים.

במקרה אחר קבע בית המשפט העליון כי חובת השימוע או זכות הטיעון "באה לעשות צדק עם בני אדם, שהאינטרס שלהם עשוי להיפגע מההחלטה... [נוסף על כך] היא באה להבטיח קביעת משטר של הגינות ויושר בפעולותיה של הרשות השלטונית, ובכך אף להבטיח את אמון הציבור בפעולותיה" (ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 364 (1981)).

חובת השימוע, נקבע בפסק דין ברמן, היא חלק בלתי נפרד ממשטר דמוקרטי. הממשל הדמוקרטי, הסביר בית המשפט, "ידו בכל, והוא פורש את מצודתו על כל ענפי החיים. אף הוא אינו נרתע, ואינו רשאי להירתע, מפני חדירה לרשות היחיד, אלא שבמשטר דימוקרטי החדירה אינה באה מן החוץ ואינה ניתנת מלמעלה, כי השלטון גופו – עצמו ובשרו של האזרח הוא, ודר עמו יחד באקלים רוחני אחד. קירבה זו מקהה את חודה של ההתערבות, ומכפרת על רוע הגזירה הפוגעת באינטרסים של הפרט. כי נאמנים פצעי אוהב'. לכן, ולשם טיפוחה של הרגשת קירבה זו, חייבת המדינה הדימוקרטית לשקוד על כך, שלא תהא כל מחיצה חיצונית, בירווקרטית, חוצצת בין השולט והנשלט. למען יידע האזרח וירגיש, כי אם נצטווה להביא קורבן משלו, הרי נעשה הדבר לא מתוך 'עמדה של כוח', אלא לאחר שיקול זהיר של 'זה-כנגד-זה' אשר בענייני הכלל והפרט. זו היא על רגל אחת כל תורת הממשל הדימוקרטי כולה – ואידך זיל גמור: כי הכל צרור ומקופל במכסימה היסודית האמורה" (עמ' 1511).

בנסיבות המקרה שנדונו בפסק דין ברמן, קבע בית המשפט, הניתוק של שכונת נחלת יצחק מתל אביב-יפו וסיפוחה לגבעתיים אכן הביאו לשינוי חשוב במעמד של תושבי השכונה, שחדלו לחסות בצילה של עיריית תל אביב-יפו והוכנסו תחת כנפי מועצה אחרת. מאחר שחלק מהתושבים התנגדו לניתוק ולא רצו בו, קבע בית המשפט, יש לראות בהם משום נפגעים עקב הניתוק. זאת בין שטעמי ההתנגדות היו מוצדקים לגופם ובין שלא.

שר הפנים ידע על קיום המתנגדים, הנפגעים העתידיים, אבל לא זו בלבד שלא הזמין אותם להשמיע דברים, אלא אף התנגד לשמיעתם. בנסיבות אלה, קבע בית המשפט, התנהלותו לא הייתה התנהלות ראויה, בהיותה בניגוד לזכות הטיעון.

חשיבות מיוחדת נודעת לכלל זה מקום שבו הגורם המנהלי המפעיל את הסמכות הוא בעל אופי מעין שיפוטי, שאז יש להקפיד בקיום דווקני של זכות הטיעון. בעניין ברמן לא היה לפני השר ריב בין שני צדדים. על כן הכרעתו לא הייתה הכרעה מעין שיפוטית. אבל, כפי שהוסבר, זכות הטיעון והבטחת ההגנות של ההליך אינן מוגבלות עוד למסגרת זו.

בעניין ברמן בית המשפט העליון היה ער לכך שהוא מתווה עיקרון, מעין מצפן לגבי כיוון הדרך, וכי היישום של כלל זה מעלה שאלות רבות נוספות שלא נדונו בפסק הדין. על כן צוין בפסק הדין ש"היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקריות של הענין הנדון". במשך השנים מאז הונחה אבן יסוד זו במשפט המנהלי הישראלי, נזקקו בתי המשפט לכלל זה במצבים רבים ושונים, ואף הרחיבו את חובת השמיעה לענפי משפט אחרים, דוגמת משפט העבודה.<sup>2</sup> תוך כדי כך פיתחו בתי המשפט את ההלכה, הגדירו ביתר פירוט את היקף התפרסותה ואף הרחיבו את היקף ההגנה המוקנית לפרט. זאת נוכח העובדה ש"בעידן הנוכחי הולכת וגדלה המודעות לזכויות האדם באשר הוא אדם" (כדברי הנשיאה ביניש בעע"ם 1038/08 **מדינת ישראל נ' געאביץ** (11.8.2009)).

שאלה חשובה העולה במישור המעשי נוגעת למהות הפגיעה אשר מקימה לפרט זכות טיעון ואשר מטילה על הרשות המנהלית חובת שמיעה. בפסק דין ברמן חובת השימוע חלה על "פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה". כלומר לא רק פגיעה בזכות, אלא די בכך שתהיה פגיעה באינטרס חשוב. כך, נפסק שחובת השימוע יכול שתקום גם בהתקיים פגיעה בצפייה לגיטימית (שאינה מקימה זכות) לקבל טובת הנאה (בג"ץ 2527/03 **אסעיד נ' שר הפנים**, פ"ד נח(1) 139, 142 (2003)). עם זאת, הפגיעה שבגינה קמה חובת השימוע חייבת להיות ישירה וממשית. כך, החלטה בדבר מתן רישיון לאדם אינה מחייבת את הרשות, למעט במקרים חריגים, להקנות זכות שימוע למתחרה עסקי של אותו אדם שעשוי להינזק עקב מתן הרישיון (בג"ץ 365/08 **נטוויז'ן בע"מ נ' משרד התקשורת** (17.6.2009)).

זכות הטיעון (וכנגדה חובת השימוע) היא זכות (וחובה) יחסית. כפי שהדברים אמורים גם בזכויות אחרות, היא אינה זכות מוחלטת. יש שאל מול זכות הטיעון יעמדו אינטרסים מתחרים,

2 ראו רשימתו של מוסטפא קאסם בספר זה, עמ' 748.

שאו ההיקף של זכות הטיעון ודרכי הגשתה ייקבעו תוך איזון בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים (בג"ץ 3495/06 מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (30.7.2007)). למשל, בהתקיים צורך בפעולה צבאית מיידי, יכול שדחיפות הפעולה המנהלית תגביל את חובת השימוע או שממוש חובה זו יחייב דחייה, ולו חלקית, של הפעולה המנהלית. לדוגמה, כשצורכי הביטחון חייבו פעולה על אתר של הריסת מבנה, נקבע שיש לאפשר לנפגע לפנות תוך זמן קצוב למפקד הצבאי ולבית המשפט, ושעד למיצוי זכות הטיעון יש להסתפק בפעולה שהיא הפיכה, כגון פיגוי ואטימה, ולהשהות את ההריסה עד לאחר ההכרעה השיפוטית (בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529 (1989)).

פסיקה ענפה התפתחה גם לגבי דרך מימוש חובת השימוע. העיקרון בעניין זה הוא שיש להבטיח שמיעה הוגנת באמצעות מתן הזדמנות נאותה להשמעת הטענות. מתן הזדמנות נאותה, נקבע בפסיקה, מחייב את הרשות להודיע מראש על נושא השימוע, לאפשר עוד לפני השימוע קבלת מידע הנוגע לכך, ולתת זמן להכנת הטיעון. ככלל, השימוע אינו חייב להיערך בעל פה, ויכול שיעשה גם בכתב, ורק בנסיבות מיוחדות עשויה חובת השימוע לחייב את הרשות המנהלית לקיים שימוע בעל פה (בג"ץ 10307/08 איגוד חברות הפרסום נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פסקה 5 (8.12.2008)). שאלה נוספת עולה לגבי מועד השימוע. האם הרשות חייבת לקיים את חובת השימוע לפני ביצוע המעשה המנהלי, או שאפשר לקיימה גם לאחריו? זכות הטיעון נועדה לאפשר לנפגע האפשרי להשמיע דברו לפני הרשות כדי להשפיע על ההחלטה. מכאן נגזרת ההלכה "כי רשות מוסמכת, שמוטלת עליה חובת שימוע, חייבת לקיים את השימוע לפני קבלת ההחלטה. לא עשתה כן, ואפילו הציעה לקיים שימוע לאחר קבלת ההחלטה, הפרה את חובת השימוע" (בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 305 (1994)). אבל קיימים מקרים שבהם השימוע יהיה בדרך כלל שימוע מאוחר. אלה הם מקרים מיוחדים שבהם "שימוע מוקדם אינו מתיישב עם מהות הסמכות או עם תכלית החוק, או שהוא עלול לסכל את התיפקוד התקין של הרשות המינהלית, או שיש בו כדי לפגוע באופן ממשי באינטרס חשוב אחר. איזון האינטרסים במקרים כאלה מלמד כי הנזק שייגרם לאדם כתוצאה משימוע מאוחר אינו שקול כנגד הנזק שייגרם לאינטרס אחר כתוצאה משימוע מוקדם. לכן צריך אדם, במקרים כאלה, להסתפק בשימוע מאוחר" (שם, עמ' 305). כזה, למשל, הוא המקרה של הוצאת צו זמני לעיקול נכס.

מעבר לכל אלה, השימוע חייב שיעשה בלב פתוח ובנכונות לקבל את עמדת הטוען, גם כאשר הרשות גיבשה לעצמה דעה נוגדת עוד לפני השימוע. "המבחן הקובע הוא, אם היה אותו אדם בעל לב פתוח ונתון לשכנוע מנימוקי ההתנגדות (his mind was open) כדי לסטות מדעתו הקדומה, או שמא עמדתו היא נחרצת ומנוי וגמור עמו לדבוק בה ולאשר את האקט בכל הנסיבות, ויהיו נימוקי ההתנגדות אשר יהיו (closed mind)" (בג"ץ 701/81 מלאך נ' יושב ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד לו(3) 1, 8 (1982)).

שאלה חשובה מתעוררת לגבי תוצאות הפרה של זכות הטיעון וחובת השימוע. האם הדבר מביא בכל מקרה לבטלות ההחלטה, או שאפשר להציל את ההחלטה מבטלות חרף

הפרת חובת השימוע? בעניין זה חל כלל הבטלות היחסית, הנוהג לגבי כל החלטה פגומה של רשות. כלל זה מאפשר לבית המשפט להתאים את הסעד הניתן בגין ההפרה לנסיבות המקרה תוך התחשבות, בין היתר, בחומרת ההפרה, בנזק שנגרם לנפגע בגינה ובנזק שעלול להיגרם לציבור אם תבוטל ההחלטה.

לפיכך הסעד שנותן בית המשפט בגין הפרת זכות הטיעון וחובת השמיעה, יכול שישתנה ממקרה למקרה. לנוכח החשיבות של זכות הטיעון בתור זכות יסוד בהליך המנהלי, בדרך כלל הפרה של זכות זו גוררת אחריה את בטלות ההחלטה. המשמעות היא שבמקרה הרגיל הרשות תצטרך לשמוע את הצד הנוגע בדבר ולאחר מכן לקבל החלטה חדשה. אבל כאשר הפגם שנפל בהחלטת הרשות הוא פגם חמור, יכול שההפרה תביא לבטלות ההחלטה בלא שהרשות תוכל לחזור ולשקול את הסוגיה ולתת החלטה חדשה. במקרים אחרים, במיוחד במקרים של הפרה קלה, יכול שהפרת חובת השימוע לא תביא לבטלות ההחלטה, על אף הפגם שנפל בה.

במבט לאחור, בעניין ברמן קבע בית המשפט העליון את קווי המתאר של זכות הטיעון באופן שמשלב בין יציבות וגמישות. העיקרון הוא ברור ויציב: זכות הטיעון וחובת השמיעה שבצידה. לצידו הגמישות אשר יכול שתתבטא במתכונת השימוע. כך, אף שפסק הדין בעניין ברמן ביטל את החלטת השר וקבע שיש לבטל את אכרזת הניתוק ולהחזיר את המצב לקדמותו, כפי שהיה קיים לפני האכרזה, פסק הדין לא שלל לגופה את ההחלטה להעתיק את השכונה מתל אביב-יפו לגבעתיים. לפיכך שר הפנים היה יכול להמשיך בתהליך, לשמוע את התושבים ולקבל מחדש אותה החלטה. בפועל לא כך קרה. נחלת יצחק היא שכונה בתל אביב-יפו עד עצם היום הזה.

## המדינה זה אני? על ניגוד עניינים בשירות הציבורי

בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח־תקוה נ' מועצת עיריית פתח־תקוה,  
פ"ד לד(2) 566 (1980)

### עינת אבמן־מולר

"ראוי הוא הקהל שיראה וידע כי נבחריו עושים והם נקיי־כפיים; כי עושים הם בכל מאודם לטובת הכלל ולא לביתם, כי מחשבתם ולבם נתונים לטובת הציבור ולא לטובתם־שלהם; כי דרכם ישרה ודעתם נקייה. שאם אחרת ייעשה וייראה, כי אז היינו כולנו לבוקה ומבוקה ומבולקה" (השופט מישאל חשין בבג"ץ 6499/99 המפד"ל – המפלגה הדתית הלאומית נ' בן עזרא, פ"ד נג(5) 606, 619 (1999))

ניגוד עניינים בקרב מנהיגים ואנשים המופקדים על ענייני הציבור היה קיים משחר האנושות. אינטרסים אישיים היו המניע – והמנוע – להחלטות קטנות כגדולות. דוד המלך, שחשק בבת שבע, אשת אוריה החיתי, ושרצה לכסות על מעשיו, ניצל את מעמדו בתור מנהיג הצבא והורה להציב את אוריה בחזית המלחמה כדי להביא למותו. הנרי השמיני, שמלך באנגליה במאה ה־16, הוביל מהפכה ששינתה את פני ארצו לעד כשהחליט להתנתק מהכנסייה הקתולית ומכפיפות לאפיפיור, רק בשל רצונו להתגרש מאשתו הראשונה קתרין ושאיפתו ליורש עצר זכר. ועוד לא אמרנו דבר על מלך צרפת לוֹאִי ה־14, שהכרזתו "המדינה זה אני" מבטאת אולי יותר מכול את התפיסה שהייתה רווחת בתקופות מסוימות, שמה שטוב למלך טוב למדינה. הניסיון האנושי מלמד כי הימצאות אדם במצב שבו מילוי תפקידו הציבורי עשוי להיות מושפע מאינטרס אחר שאינו קשור בהפעלת הסמכות, היא פתח לשימוש לרעה בכוח שניתן לו ואף לשחיתות. אחד המנגנונים לריסון הכוח ולהבטחת הליך קבלת החלטות תקין והוגן, הוא הכלל האוסר על ניגוד עניינים. הכלל קובע כי אסור לו לאיש הציבור להימצא במצב שקיימת בו אפשרות ממשית של ניגוד עניינים בין האינטרס שהוא מופקד עליו לאינטרס אחר כלשהו שהוא קשור עימו.

קשה שלא להתרשם מהמקום הנכבד שתופס העיסוק בסוגיית ניגוד העניינים בשיח הציבורי העכשווי. הנושא עולה תדיר הן בזירה הציבורית, הן בזירה המשפטית. התקשורת מרבה לבחון מינויים והחלטות על רקע האיסור על ניגוד עניינים. מבקר המדינה, האמון מתוקף תפקידו על בחינת טוהר המידות, נפנה לאורך השנים לא אחת לבחון פעולות והחלטות מן ההיבט הזה.



אנשי ציבור בכירים נחקרו – ואף הורשעו – בעבירות פליליות בשל כך שפעלו בניגוד עניינים. בית המשפט בישראל נדרש מאז ראשית ימיו לדון באיסור על ניגוד עניינים בתחומי המשפט השונים. בתחום המשפט הציבורי נדון העניין בהקשרים שונים ועל רקע מגוון נסיבות: למן השאלה מה דינה של החלטה להעניק רישיון למכירת ירקות לאדם פלוני שבנו, חבר המועצה המקומית, היה שותף לאותה החלטה,<sup>1</sup> ועד לשאלה האם יש להגביל את המעורבות של ראש ממשלה שנאשם בפלילים בקביעת שיטת המינוי של בכירי מערכת אכיפת החוק ובבחירת שופטים חדשים לבית המשפט העליון.<sup>2</sup>

הבנת התפתחות הכלל האוסר על ניגוד עניינים במשפט הישראלי, לא תהיה שלמה בלי שנחזור אחורה בזמן לפסק הדין המכונן שניתן בעתירה שהגישה סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה לפני שנים רבות (בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566 (1980)).

המסע בזמן לוקח אותנו לשנת 1979. בראשות עיריית פתח תקווה עמד דב תבורי, מסיעת המערך. מועצת העיריה מנתה 23 חברים מחמש סיעות שונות. כל הסיעות, למעט סיעת הליכוד שמנתה שישה חברים, היו חברות בקואליציה. מועצת העירייה החליטה ברוב קולות חברי הקואליציה למנות את אורי מוכתר, נציג סיעת "אחוזה" במועצה, ליושב ראש הוועדה לענייני ביקורת, נוסף על כהונתו בוועדת ההנהלה בעירייה. סיעת הליכוד במועצה, שהחלטה זו ניתנה נגד דעתה, עתרה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ וביקשה כי יורה על ביטול הבחירה של מוכתר ליושב ראש הוועדה לענייני ביקורת, וכי יצווה על בחירה של אחד מחברי סיעת הליכוד האופוזיציונית ליושב ראש הוועדה.

בכתב העתירה, שנפרס על פני שני עמודים בלבד, תוארה בקצרה השתלשלות האירועים, ונטען בתמצית ובפשטות כי "בחירת חבר הנהלת העירייה ליו"ר הביקורת שלה נוגדת את רוח החוק, את עיקרי הצדק הטבעי ואת המוסר הציבורי האלמנטרי ואת רצון הבוחר". לא בכדי נטען באותה עת ל"רוח החוק" ולא ל"חוק" עצמו. החקיקה שעסקה בנושא אסרה במפורש רק על כהונה של ראש העיר או סגניו בוועדת הביקורת.<sup>3</sup> בתשובתה לעתירה בחרה מועצת עיריית פתח תקווה להתמקד בהוראת החוק, וטענה כי מאחר שיושב ראש ועדת הביקורת הנבחר אינו סגן ראש העירייה ואינו חבר הסיעה של ראש העירייה, אין הוא פסול לתפקיד.

הרכב השופטים בבית המשפט העליון החליט לקבל את העתירה, בדעת רוב של השופטים אהרן ברק וחיים כהן נגד דעתו החולקת של השופט דוד ככור. העתירה התקבלה בחלקה

1 בג"ץ 140/62 גזנאוי נ' המועצה המקומית כפר עקרון, פ"ד טז 1578 (1962).

2 בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.3.2021).

3 סעיף 149 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. אגב, לימים תוקן הסעיף בחוק, וכיום הוא קובע מפורשות כי חברי ועדת ההנהלה לא יהיו חברים בוועדה לענייני ביקורת, וכי יושב ראש ועדת הביקורת יהיה מבין חברי האופוזיציה.

הראשון בלבד במובן זה שנקבע כי מוכתר יהיה פסול מלהיות יושב ראש הוועדה לענייני ביקורת, ואפילו חבר בה, כל עוד הוא חבר בוועדת ההנהלה. בית המשפט קבע כי בתפקיד חבר ועדת ההנהלה על מוכתר לייצג לראש העיר בכל הנוגע לביצוע תפקידיו, ובתפקיד חבר הוועדה לענייני ביקורת ויושב הראש שלה עליו לנקוט עמדה ולהסיק מסקנות שמתבקשות מממצאי הביקורת באשר לפעילות של ראש העיר ולעצות של ועדת ההנהלה. "אין מבוקר נעשה מבקר", פסק בית המשפט ופסל את המינוי (עמ' 578).

את הכרעתו השתית בית המשפט על הכלל בדבר ניגוד עניינים. "כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים" (עמ' 569). כך פתח השופט ברק את הדיון המשפטי בפסק דינו. במילים אלה הצהיר השופט ברק על קיומו של הכלל בשיטת המשפט שלנו מאז ומעולם, ובה בעת קבע את הכלל והגדיר אותו מחדש. במשפט תמציתי זה, שבו לכל מילה משמעות וכוונה, מקופלים העבר והעתיד, הקיים והמתחדש. משפט זה, שעליו אפשר לומר שהוא בבחינת כל התורה כולה על רגל אחת, יהיה גם נקודת המוצא לדיוננו. באמצעותו ובאמצעות פירוקו לאיבריו השונים ננסה לעמוד בקצרה על מהות הכלל האוסר על ניגוד עניינים ועל מקומו של פסק הדין בפיתוח הכלל. בקובעו כי מדובר בכלל יסוד בשיטתנו המשפטית, הצביע השופט ברק על שני מקורות חשובים לכלל האוסר על ניגוד עניינים: כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה. כללי הצדק הטבעי מבטאים דרישות בסיסיות של הגינות דיונית, ונהוג לדבר עליהם בקשר לשני כללי יסוד: זכות הטיעון והאיסור על משוא פנים. כללים אלה, כפי שהם נוהגים במשפט הישראלי, נעוצים במשפט האנגלי והפכו לחלק מ"המשפט המקובל" נוסח ישראל. הכלל האוסר על ניגוד עניינים הוא למעשה גלגול של הכלל האוסר על משוא פנים, שאומץ בפסיקה כבר בשנותיו הראשונות של בית המשפט, ושהוחל בתחילה בעיקר על תפקידים שיפוטיים או מעין שיפוטיים. מקור נוסף לאיסור על ניגוד עניינים מצא השופט ברק במעמד של איש הציבור בתור נאמן הציבור. עקרון הנאמנות קובע שהמדינה, באמצעות הפועלים בשמה, היא נאמן הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי. איש הציבור לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס של הציבור הוא פועל. מתוך שכך, עליו לפעול בהגינות ולהתנתק מכל אינטרס נוגד בהפעלת סמכויותיו.

את הכלל ניסח בית המשפט בלשון איסור. להפרת האיסור עשויות להיות תוצאות בכל שטחי המשפט. ההפרה עשויה להשליך על תוקפה של ההחלטה שנתקבלה במצב של ניגוד עניינים, ועשויה גם להטיל אחריות על המפר – במישורים האתי, המשמעתי ולפעמים גם הפלילי.<sup>4</sup>

בית המשפט קבע בפסק הדין כי אף שתחום הפעולה המקורי של הכלל נוגע לתפקידים שיפוטיים או מעין שיפוטיים, אין הוא מוגבל למצבים אלה בלבד. נקבע שכל גוף ציבורי, יהא תפקידו אשר יהא, חייב לבצע את תפקידו ללא דעה קדומה ומשוחדת, ללא פניות וללא משוא פנים. קביעה זו היא צעד משמעותי בפיתוח הכלל האוסר על ניגוד עניינים ובהרחבתו, שכן

4 ראו רשימתו של מיכאל קרשן בספר זה, עמ' 585.

לראשונה הובהר מפורשות כי הכלל חל על עובד הציבור באשר הוא, ועל כל תפקיד שהוא נושא בו – לא רק תפקידים שיפוטיים או מעין שיפוטיים, אלא גם תפקידים מנהליים מובהקים. טעמי האיסור הובאו גם הם בפסק הדין. תכליתו להבטיח כי עובד הציבור, שבידיו הופקדה הסמכות, יפעיל אותה תוך שהוא מעמיד לנגד עיניו את השיקולים הרלוונטיים להפעלת אותה סמכות, ושיקולים אלה בלבד. אין עניינו של הכלל בשקילה בפועל של שיקולים זרים, ודי בכך שהאינטרס הנוסף שיש לבעל התפקיד עלול לפגוע ביכולתו לבצע את תפקידו כראוי. לפיכך, הכלל אוסר על עובד הציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים, ובכך הוא מבקש למנוע את הרע בטרם יארע.

אופיו המניעתי של הכלל מוסבר בין היתר על רקע הקושי לזהות לאחר מעשה את השפעת האינטרס הנוגד על ההחלטה. מאחר שהסמכות המנהלית כרוכה במקרים רבים בהפעלת שיקול דעת רחב ובשקילת שיקולים מגוונים, לא תמיד יהיה אפשר לקבוע אם בסופו של דבר ההחלטה שהתקבלה מערבת שיקולים זרים. יתר על כן, תמיד יהיה אפשר להצדיקה על יסוד נימוקים אחרים שאינם קשורים בטובתו האישית של מקבל ההחלטה. גם מעבר לקושי הראיתי, התפיסה היא שעצם ההימצאות במצב של ניגוד עניינים היא שורש הרע. היא שיוצרת משוא פנים גם אם בפועל לא הופעל שיקול דעת לא ראוי, וגם אם אין פגיעה בפועל בטוהר המידות. ההבנה היא כי האדם מטבע ברייתו חפץ בטובת עצמו וייתה – גם אם לא באופן מודע – לטובת האינטרסים שלו או האינטרסים שהוא מזדהה עימם. מכאן גם נובעת ההנחה כי כאשר מצויים במצב של ניגוד אינטרסים, אי אפשר להבטיח שהחלטות תהיינה נקיות משיקולים שאינם ממין העניין.

יתר על כן, מחקרים שבחנו הטיות מראים שאנשים אינם רואים בעצמם מוטים לטובת עצמם כפי שהם מייחסים זאת לאחרים. משמעות הדבר היא שכאשר אנשים נדרשים לשפוט את טוהר השיקולים של אדם אחר המצוי בעמדת החלטה, הם ייטו להעריך כי ניגוד האינטרסים משפיע עליו הרבה מעבר למה שיעריכו בנוגע לעצמם.<sup>5</sup> וכאן טעמו הנוסף של הכלל: שהצדק לא רק ייעשה אלא גם ייראה. עובדת הימצאו של עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית, שכן בין שבפועל יהיה משקל לאינטרס הזר בקבלת ההחלטות ובין שלא, יתעורר בלב הציבור החשש כי שיקולים זרים הם שמנחים את עובד הציבור. חשש זה בא האיסור למנוע.

חשוב להבהיר: לא כל אינטרס נוגד שיש לעובד הציבור יביא להחלת הכלל עליו. קיומו של חשש רחוק או תאורטי בלבד לא יצדיק התערבות בהתנהלות הגוף הציבורי. לפיכך נקבע מבחן הסתברותי אובייקטיבי המחיל את האיסור כאשר קיימת אפשרות ממשית לניגוד עניינים. השופט ברק הוסיף כי יש בפסיקה סימוכין גם להשקפה אחרת הדורשת מבחן מחמיר יותר,

5 יובל פלדמן "הפסיכולוגיה של ניגוד עניינים" ניגוד עניינים במרחב הציבורי 57, 99 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכים 2009).

ולפיו די בקיום "חשש סביר" לניגוד עניינים. שאלה זו שבה ועלתה בפסיקה מאוחרת, שהוסיפה להתלבט בשאלת המבחן הראוי שיש להחיל. מכל מקום, ייתכן שמבחינה מעשית אין הבדל מהותי בין המבחנים בשלב היישום. בסופו של דבר, ההכרעה במקרה נתון מבטאת עמדה חברתית-אתית לגבי הנורמות שיש להחיל על אנשי ציבור בשים לב למהות האינטרס הנוגד (למשל, האם אינטרס אישי או מוסדי) ולעוצמתו.

ולאחר שעטה על הכלל הישן לבוש חדש, נתן לו השופט ברק גם שם הולם: הכלל בדבר ניגוד עניינים. לראשונה בפסיקה נעשה שימוש בביטוי זה, שכה שגור בפנינו היום. השימוש בביטוי החדש "ניגוד עניינים" מערב את השפה בתהליך היצירה המשפטי ורוותם אותה לתהליך של הגדרת הכלל מחדש ועיצובו. אף שהמהות הבסיסית של הכלל לא השתנתה, שמו החדש מתאר באופן ברור ומדויק יותר את המשמעות שמבוקש לתת לו. לא עוד כלל האוסר על "משוא פנים", ביטוי שמעורר קשר אסוציאטיבי להליך משפטי ושיוצר קונוטציות של דעה קדומה ושל שיקולים זרים, אלא כלל האוסר על "ניגוד עניינים", שמתוך עצמו מדגיש את האינטרסים של בעל התפקיד ולא את מצבו התודעתי, ושמעביר את מרכז הכובד למצב שהוא מצוי בו: מצב שבו אינטרסים שונים מושכים אותו זה לצד אחד, וזה לצד אחר.

על רקע כל אלה פנה בית המשפט לבחון את נסיבות המקרה שלפניו. באופן ספציפי נדרש בית המשפט לשאלה מהי תחולת הכלל כאשר קיימת הוראת חוק הקובעת הסדר מיוחד בנוגע לניגוד עניינים. האם יש בכך כדי לשלול את התחולה של העיקרון הכללי? בעניין זה נחלקו הדעות בין השופטים. המחלוקת לא הייתה על העיקרון, אלא על יישומו בנסיבות הנדונות לאור ההוראה בפקודת העיריות האוסרת על ראש העיר או סגניו לכהן בוועדת הביקורת. דעת המיעוט סברה שיש להיצמד לסייגים הקבועים בחוק ולא להוסיף עליהם. ואילו בדעת הרוב נקבע כי הוראת החוק הקובעת איסור על בעלי תפקידים מסוימים לכהן בוועדה לענייני ביקורת, אינה הוראה ממצה ואין בה כדי לשלול את תחולת הכלל האוסר על ניגוד עניינים בנוגע למצבים אפשריים אחרים שהחקיקה אינה מציינת מפורשות, שהם רבים ומגוונים. לאור זאת נפסלה כאמור חברותו של מוכתר בוועדת הביקורת כל זמן שהוא משמש חבר בוועדת ההנהלה.

בשנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין, הורחבה התחולה של הכלל האוסר על ניגוד עניינים. למרותו של הכלל כפופים ממלאי תפקידים שיפוטיים ומעין שיפוטיים, עובדי ציבור, נבחרים ציבור, תאגידים ציבוריים וגם גופים פרטיים שפועלים בשם הרשות ומטעמה. כמו כן, ברור היום שהאינטרס הנוגד יכול להיות בעל מאפיינים שונים: לא רק אינטרס כספי, אלא גם טובת הנאה לא חומרית שיכולה לצמוח לבעל התפקיד. לא רק אינטרס של איש הציבור עצמו, אלא גם של מקורביו או של גוף אחר, פרטי או ציבורי, הקשור אליו. לא רק אינטרס אישי, אלא גם אינטרס מוסדי (כלומר אינטרס שנובע ממילוי תפקיד ציבורי אחר, כפי שהיה במקרה שנדון בפסק הדין עצמו). אפשר למצוא כיום בחוקים רבים הוראות שמטרתן למנוע מראש ניגוד עניינים במינימים לגופים ציבוריים או בתפקודם. בצד זה גובשו מגוון פתרונות שמטרתם

לנטרל מצבים של ניגוד עניינים, בלי שיהיה צורך לנקוט את הצעד הדרסטי של פסלות לכהונה. בהקשר זה מוכרת הפרקטיקה של עריכת הסדר ניגוד עניינים לבעלי משרה בשירות הציבורי, הסדר שבו מתחייב בעל התפקיד לקבל על עצמו מגבלות מסוימות לצורך מניעת ניגוד עניינים. פסק הדין בעניין סיעת הליכוד הוא ללא ספק אבן יסוד בבניית הכלל האוסר על ניגוד עניינים במשפט הישראלי. פסק הדין לא יצר עיקרון חדש, אך חידש את הקיים. חשיבותו בהנחת תשתית רעיונית להלכות ישנות ובגיבוש כלל סדור ומובנה המותאם לצורכי הזמן והמקום. מעבר לתרומתו לעיצוב הכלל בדבר ניגוד עניינים, התבוננות על פסק הדין ממרחק הזמן מאפשרת לנו הצצה על תהליך רחב יותר של התפתחות המשפט הציבורי בישראל ועל האופן שבו בית המשפט, באמצעות המקרה המסוים שבא לפניו ועל רקע המקרים הקודמים לו, מבנה כללים סדורים שיש בהם כדי להתוות את המשך הדרך. ואם נרחיק מבט עוד יותר, נוכל גם להשקיף על התמורות שחלו בחשיבה הפוליטית בסוגיית ניגוד העניינים לאורך ההיסטוריה האנושית ועל מקומה המרכזי בשיח הציבורי של ימינו.

## על רשות מנהלית, על דין ועובדה ועל מה שביניהם

בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983)  
בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5)  
412 (1994)

### עינב גולומב

"והשולט על העובדות הוא זה המשליט לעתים את  
רצונו על הדין" (דברי השופט אהרן ברק בבג"ץ  
297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 36 (1983))

החיים בעולם המודרני מושפעים באופן עמוק מהחלטות שמקבלות רשויות המנהל, האמונות  
על שיקוף תפיסות החברה המאורגנת והסדר הציבורי הנוהג בה ועל יישומם. השפעה זו  
ניכרת בכל תחומי החיים של הפרט: במתן רישיונות מקצוע ורישיונות עסק, באישור תרופות,  
בהענקת היתרי בנייה, ברישום שינויים במעמד האישי, ועוד היד נטויה.

כיצד מקבלות רשויות המנהל את החלטותיהן? שתי השאלות הבסיסיות ביותר בהקשר זה  
הן מהו הבסיס העובדתי להחלטה וכיצד הוא נקבע. הרשות המנהלית אינה בית משפט, ולכן  
קביעת העובדות אינה מבוססת על דיני הראיות. עם זאת, יש להבטיח שקבלת ההחלטות תהיה  
מבוססת על עובדות מהימנות דיין. לצורך כך פותח בפסיקה "כלל הראיה המנהלית".

נדגים את הדברים באמצעות ההיסטוריה של שעון קיץ בישראל, כפי שזו נדונה בעניין  
ברגר (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983)). השנה היא שנת 1982, ולפתחו  
של שר הפנים אז הובאה פנייה של קבוצה מקרב הציבור להורות על הפעלת שעון קיץ במשך  
תקופה מוגדרת בשנה. זאת כדי להתאים בין שעות הערנות לשעות זריחת השמש. אין זו  
הפעם הראשונה שבה התעוררה הסוגיה, ובשנים שקדמו לפנייה זו היא עמדה בלב מחלוקת  
ציבורית סוערת. התומכים בהנהגת שעון קיץ התחמשו בטענות בדבר העלאת פריון העבודה,  
חיסכון באנרגיה והשפעה חיובית על רווחת הציבור ועל הבריאות. המתנגדים טענו כי מדובר  
בהשערות בלתי מוכחות, וכי יש בהנהגת שעון קיץ כדי לפגוע ברווחתם של חלק מבני הציבור  
(הורים וילדים) ובהקשר הישראלי – גם בנוחות הציבור הדתי. אל מול עמדות קוטביות אלה  
ניצב שר הפנים, שבידו הסמכות לפי חוק להחליט. שר הפנים החליט שלא להנהיג שעון קיץ.  
החלטתו התבססה על קביעתו העובדתית כי לא הוכחו היתרונות שנטען שגלומים בהנהגת  
שעון קיץ. לצד זאת קבע שר הפנים כי הנהגת שעון קיץ תביא לפגיעה ממשית בציבור הדתי

בשל מועד תפילת שחרית ובשל חשש לחילול שבת נוכח השעה המאוחרת של יציאת השבת. על החלטתו זו הוגשה עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.

העתירה נדונה לפני הרכב בראשותו של מ"מ הנשיא מאיר שמגר, ולצידו השופטים אהרן ברק ויהודה כהן. הגם שהעתירה נדחתה, בפסק הדין נקבעו עקרונות חשובים באשר לדרך קבלת ההחלטה המנהלית. נקודת המוצא לדיון הייתה שהסמכות של שר הפנים (כפי שנקבעה בחקיקה באותה עת) היא סמכות שבשיקול דעת. אין השר מחויב לקבוע שיעון קיץ, ובה בעת אין הוא מוגבל מלקבוע שיעון קיץ. הדבר נתון לשיקול דעתו. עם זאת, שיקול הדעת שמסור לשר אין משמעו קבלת החלטה שרירותית. בית המשפט קבע כי כל החלטה שיקבל השר, תהיה זו או תהיה אחרת, חייבת להיות מבוססת על תשתית עובדתית המצדיקה אותה. השאלה שהעמיד בית המשפט היא האם התשתית העובדתית שקבע שר הפנים באותו מקרה – לאמור: העדר יתרונות מוכחים להנהגת שיעון קיץ ולצד זאת השפעות שליליות של הדבר על חלק מהציבור – עומדת בדרישות הדין. פסק הדין מעגן כמה עקרונות מרכזיים באשר לאופן קביעת העובדות בידי הרשות המנהלית ולאופן שבו מפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית על פעולת הרשות בהקשר זה. ראשית, נקבע כי אמת המידה לקביעת ממצא בידי הרשות היא אמת מידה של סבירות. כלומר, יש לבחון אם בחומר הרלוונטי שעמד לפני הרשות יש כדי להביא באופן סביר לממצא שנקבע. שנית, פורטו השלבים בהליך קביעת הממצאים וקבלת ההחלטה בידי הרשות המנהלית. שלבים אלה כוללים: איסוף נתונים וסיכומם; בדיקת המשמעויות של הנתונים; וסיכום ההחלטה והנמקתה. שלישית, בית המשפט שב על פסיקה קודמת אשר קבעה כי באיסוף הנתונים בידי הרשות המנהלית ובשימוש בהם לצורך קבלת החלטה, אין הרשות מוגבלת בדיני הראיות. כלומר, הרשות המנהלית רשאית להתבסס גם על ראיות אשר אינן קבילות בבית המשפט. רביעית, הליך הבירור העובדתי וקביעת הממצאים בידי הרשות מושפע ממהות העניין העומד על הפרק. כך, בעניינים הכרוכים במומחיות ובמקצועיות מיוחדת, על תהליך זה להלוו את רמת המורכבות שמדובר בה, כגון באמצעות היוועצות במומחים בתחום.

המבחנים האמורים אינם משקפים טכניקה, כי אם מהות. הם עצמם מבחנים גמישים שיש לצקת בהם תוכן ביישום במקרה קונקרטי. הדבר בא לידי ביטוי בולט בעניין ברגר עצמו, שבו נחלקו דעות השופטים. דעת הרוב, מפי השופט ברק ובהסכמת השופט כהן, סברה כי מהלך הבירור וקביעת תשתית הנתונים בידי השר באותו עניין עמד באמות המידה המחייבות. בהתאם לכך נקבע ברוב דעות כי הנתונים שעליהם הסתמך שר הפנים טרם קבלת החלטתו – שהיו בעיקרם עמדות של גורמים ציבוריים ואחרים משנים קודמות, אשר לא הצביעו באופן ברור ומובהק על יתרונות חברתיים הגלומים במעבר לשיעון קיץ – הם תשתית סבירה לביסוס ההחלטה שקיבל. מנגד, דעת המיעוט מפי מ"מ הנשיא שמגר סברה שלא כך הדבר. דעת המיעוט נתנה משקל לכך שלפני השר לא הובאו נתונים מקצועיים בדוקים וכתובים שיש בהם לשלול את עמדת העותרים בדבר היתרונות הגלומים בשיעון קיץ. עוד גרסה דעת המיעוט כי

השר לא היה רשאי להסתפק בקביעה כי מדובר בנושא שיש לגביו דעות לכאן ולכאן. היה עליו לערוך הליך סדור של איסוף נתונים עדכניים, ונוכח מהות הנושא – גם בדיקה עיונית ומדעית באמצעות קבלת חוות דעת מקצועיות. לפיכך מסקנת דעת המיעוט הייתה כי טרם התגבשה תשתית נתונים סבירה שעליה היה השר יכול לבסס החלטה לחיוב או לשלילה. זהו אחד מאותם מקרים שבהם הכללים המשפטיים מוסכמים, אבל יש מחלוקת לגבי יישומם.

וכך לא בא לעולם שעון הקיץ באותה שנה. לימים המחלוקת החוזרות בנושא הובילו לשינוי החוק שחל בתחום זה, הוא חוק קביעת הזמן, התשנ"ב-1992, ונקבעו מראש מועדי שעון הקיץ. אומנם בכך בא הנושא של שעון הקיץ על פתרונו, אבל השאלות הנוגעות לתשתית העובדתית של ההחלטה הוסיפו להתעורר בהקשרים רבים אחרים.

סוגיית אופן קביעתה של התשתית העובדתית בידי הרשות המנהלית לצורך קבלת החלטה שבתחום סמכותה שבה ועלתה בעניין יורונט (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994)). באותו מקרה נדונה החלטה של שרת התקשורת באשר לתנאים לשימוש בשירותי מידע קולי בינלאומיים שנותנות חברות ישראליות. נקבע בה כי התשלום לאותן חברות ייעשה באמצעות תשלום ישיר של מקבלי השירות לחברות, ולא על דרך של תשלום כולל לחברת בזק (שהייתה באותה עת חברת התקשורת המקומית לכלל השיחות) והעברת עמלה מסוימת לחברות בגין השירות. צורת תשלום זו חייבה בפועל כי הצרכן במדינה הזרה ישתמש בכרטיס אשראי בינלאומי. משרד התקשורת הבהיר כי התנאי נדרש כדי למנוע חשש שייגרם נזק כספי לחברת בזק ולמדינת ישראל, להגן על האינטרסים של הצרכנים במדינות הזרות ולהגן על תדמית מדינת ישראל ויחסי החוץ שלה. העותרות טענו כי צורת התשלום שנקבעה מכבידה ביותר על הצרכן ותהפוך את השירות שהן נותנות לבלתי אטרקטיבי ולכזה שנועד לכישלון. לטענתן, הכבדה זו נעשתה בשל כך שרוב השירותים שיצאו מישראל היו בעלי אופי מיני. המדינה הכחישה את קיומו של טעם הקשור לתוכן השירות, ודבקה בשלושת הטעמים הנזכרים.

גם במקרה זה הוגשה עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ נגד חוקיות ההחלטה להתנות את הרישיון בתנאי האמור. בפסק דין מפי השופט יצחק זמיר ובהסכמת השופטים אליהו מצא ויעקב קדמי קיבל בית המשפט את העתירה. בפסק הדין בחן בית המשפט, בין היתר, אם לשלושת הטעמים שלטענת הרשות המנהלית עמדו ביסוד החלטתה, יש עיגון הולם בתשתית הראייתית. במוקד פסק הדין ניצבה הקביעה כי נפל פגם בתשתית העובדתית ששימשה את שרת התקשורת בקביעת התנאי לשימוש בשירותי מידע קולי. בית המשפט יישם את הקביעות בעניין ברגר תוך הרחבה וחידוד של כללי הבדיקה הראייתית שבה מחויבת הרשות המנהלית בהפעלת סמכות הנתונה לה בדין. בית המשפט קבע כי על הרשות לפעול במתווה רב-שלבי. השלב הראשון הוא שלב איסוף הנתונים. כפי שנקבע בפסק הדין, היקף האיסוף ואופן ביצועו עשויים להיות מושפעים ממהות העניין, כגון מידת המורכבות הכרוכה בו, סוגיות מקצועיות מיוחדות ועוצמת ההשלכות של ההחלטה על הציבור או על הפרט.



השלב השני הוא סינון המידע הרלוונטי מתוך כלל הנתונים שנאספו. כך, נקבע כי על הרשות המנהלית להשתמש בנתונים רלוונטיים בלבד, ולצורך כך עליה לבצע מהלך מקדים של סינון נתונים בלתי רלוונטיים. השלב השלישי הוא הערכת הנתונים מבחינת אמינותם. בית המשפט חוזר על ההלכה שלפיה אין הרשות המנהלית כבולה בדיני הראיות החלים בבית המשפט, אלא אמת המידה בהערכת מהימנות הראיות בידי הרשות היא סבירות. לאמור, הראיות שעליהן מתבססת הרשות המנהלית צריכות להיות ראיות שאדם סביר היה רואה להסתמך עליהן בהקשר של העניין העומד על הפרק. השלב הרביעי אף הוא מצוי במישור הערכת הנתונים, ובמסגרתו על הרשות להעריך את דיות הראיות ומהותיותן לקבלת ההחלטה העומדת על הפרק, גם זאת באמת מידה של סבירות.

על יסוד המבחנים האמורים קבע בית המשפט כי התשתית שעליה ביססה השרה את החלטתה, איננה עומדת באמות המידה המחייבות בקבלת החלטה מנהלית. בית המשפט קבע כי מדובר בתשתית "רדודה ורעועה" הנשענת על הערכה כללית ומעורפלת. מסקנתו הייתה כי משרד התקשורת לא פעל באופן סביר לאיסוף נתונים רלוונטיים לפני קבלת החלטתו, וכי אין ראיות מנהליות מספקות מבחינה מהותית התומכות בהחלטה שהתקבלה. מן הדברים עולים שני עקרונות מרכזיים המתווים את דרך קביעתם של ממצאים עובדתיים בידי הרשות המנהלית. עקרונות אלה נגזרים מתפיסה מהותית של מעמד הרשות המנהלית ושל תפקידה ומתוך שיקולי מדיניות כלליים.

עיקרון ראשון הוא המעמד של הרשות המנהלית כנאמן הציבור. במעמדה זה אין היא רשאית לקבל החלטות שרירותיות. בהיותה נאמן הציבור, על הרשות לפעול באופן שיבטיח כי מכלול הנתונים הרלוונטיים פרוסים לפניו בטרם מתן החלטתה. זאת באופן שיאפשר קבלת החלטות ענייניות המותאמות לצורכי הציבור האמיתיים והעדכניים, יבטיח את הוגנות ההחלטה וימנע חשש לשרירות. הליך סדור וממצה של בירור עובדתי וקביעת ממצאים לפי השלבים שהוצבו בפסיקת בית המשפט העליון בעניין ברגר ובעניין יורונט, נועד להיות ערובה תהליכית למימוש תכלית זו.

עיקרון שני הוא עקרון השמירה על היעילות והגמישות בפעולת הרשות. הדבר נדרש כדי שהרשות תוכל לממש הלכה למעשה את התכלית החברתית שעליה היא מופקדת. הוא משקף את העובדה כי בחיי המעשה פעולת הרשות מושפעת ממגוון של אילוצים שיש לתת להם ביטוי בעת קביעת מתכונת הפעולה המחייבת אותה. כך, למשל, קיומם של שיקולי עומס ומגבלות תקציב החלות על הרשות, הצורך הנגזר מכך לקבוע סדר עדיפויות, הצורך לקבל החלטות באילוץי זמן, קיום מגוון רחב מאוד של תחומים שהרשות מופקדת עליהם, או שוני בין סוגים שונים של החלטות שמצריך התאמה של דרכי הטיפול. עיקרון זה בא לידי ביטוי, למשל, בכלל שלפיו הרשות המנהלית איננה כבולה לדיני הראיות הרגילים החלים בבית משפט. לעיתים שני העקרונות האמורים משלימים זה את זה, אבל לעיתים הם מובילים לדרכי פעולה שונות. כך, למשל, השאיפה להגינות מרבית ולדיוק מרבי עשויה להצריך העמקת החקר

העובדתי תוך הפיכת כל אבן הנקרית בדרך, ואילו עקרון היעילות ידגיש את הצורך בפילוס הדרך להחלטה מנהלית ובקבלתה בתוך זמן סביר ובמגבלות נתונות של חלוקת משאבים בין כלל המשימות שלפתיחה של הרשות. כיצד מיושב המתח בין שני העקרונות במסגרת כללי המשפט המנהלי?

פסקי הדין בעניין **ברגר** ובעניין **יורונט**, כמו גם פסקי דין נוספים של בית המשפט העליון, נמנעו מלקבוע כללים אחידים ונוקשים, ותחת זאת העדיפו כללים גמישים, שבהם היחס בין העקרונות מושפע מנסיבות העניין המסוים העומד לדיון. אמת המידה המרכזית שנקבעה היא "סבירות" הקביעות העובדתיות של הרשות. אין זה רף של אופטימליות (כך, למשל, בהליך המנהלי אין עורכים חקירות נגדיות למוסרי הודעות), שהרי שמירה על עקרון הגמישות והיעילות בפעולת הרשות המנהלית איננה מתיישבת עם רף מעין זה. מהעבר האחר, אי קיום הליך של בירור ראיתי, או רידודו וריקונו מתוכן מהותי (כגון ביסוס החלטה על "שמועות" בלבד), חותרים תחת מעמד הרשות כנאמן הציבור ומגבירים את הסיכון להחלטות פוגעניות, בלתי מושכלות ושרירותיות. אם כן, כלל המפתח הוא "סבירות". יישום הכלל הוא גמיש. הוא משתנה בין היתר בשים לב לעניין העומד להכרעת הרשות, ועומק הבירור והיקפו עשויים להשתנות בין מקרים שונים. כך, לדוגמה, נקבע כי כאשר החלטת הרשות עלולה להביא לפגיעה בזכויות אדם מוגנות, יגבה הרף הנדרש מהרשות בקביעת התשתית העובדתית שביסוד החלטה. נקודת האיזון משתנה במקרה שבו עומדת על הפרק פגיעה מסוג זה, ומעמדם של שיקולי היעילות פוחת. דוגמה לשמירה על האיזון בין היעילות להגינון במסגרת הגמישות הראייתית באה לידי ביטוי בשימוש בראיות חסויות. הרשות המנהלית רשאית בשל אילוצים שונים לבסס את החלטתה על ראיות חסויות מהפרט. אבל מטעמי הגינון עליה לתת לו פרפרזה תמציתית כך שיוכל להתמודד עם החלטתה.

אם כן, בית המשפט העליון קבע מסגרת כללים סדורה ומחייבת לקביעת העובדות בהליך המנהלי. מדובר, כאמור, במסגרת גמישה, כך שהיקפה, אורכה, רוחבה ועומקה עשויים להשתנות בהתאם לנסיבות העניין. השימוש של הרשות המנהלית במסגרת כללים אלה כפוף, ככל החלטה מנהלית, לביקורת שיפוטית.

מאז ניתנו פסקי הדין שנדונו כאן חלפו עשרות שנים, אבל אמות המידה שנקבעו בהם נותרו ללא שינוי. זאת במידה רבה בזכות המבחן הגמיש שנקבע בפסיקה. אבל אין לטעות ולחשוב כי גמישות זו יכולה להכיל כל תהליך של קביעת עובדות. הפסיקה של בית המשפט העליון קבעה אבני דרך מחייבות לקביעת העובדות המנהליות. שמירה עליהן היא "חגורת ביטחון" לכך שהמבחן הגמיש יופעל כהלכה. פסקי הדין מדגימים, ומדגישים, את החשיבות של שלב קביעת העובדות בידי הרשות המנהלית, שעשוי לא אחת לחרוץ את התוצאה. תפיסה זו אפשר לסכם במילותיו של השופט ברק בעניין **ברגר**, שבהן גם פתחנו בכותרת הדברים: "מתוך עיסוקנו בהלכות המשפט נוטים אנו לעתים להזניח את עובדות החיים, אך בלא קביעת העובדות אין משמעות לדיון, והשולט על העובדות הוא זה המשליט לעתים את רצונו על הדין" (עמ' 36).

## להבה בלב ים

בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל  
(27.3.2016)

בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1)  
177 (2014)

### יעקב שפסר

ביום 3 בפברואר 2016 היה אולם הדיונים המרכזי בבית משפט העליון מלא מפה לפה בקהל נרגש ומתוח שהגיע לצפות בהכרעה היסטורית בסוגיה חברתית מרכזית בעלת השלכות רב-דוריות שהסעירה באותה עת את המדינה. עניינה היה שאלת ניהול משאבי הטבע בישראל. החלטות מנהליות מעצם טיבן צופות פני עתיד, אבל רק על חלקן אפשר לומר שהן תעצבנה את דמותו לדורות הבאים. החלטות הנוגעות לניהול ארוך הטווח של משאבי הטבע בישראל ולחלוקת העושר שהוא מניב, שייכות לאלה. הן עוסקות באינטרסים ציבוריים רמי מעלה ששאלת היחס ביניהם שנויה במחלוקת ציבורית, וההכרעה שתתקבל צפויה להשפיע על הדורות הבאים. הדיון בעתירה היה שיאו של פולמוס ציבורי ופוליטי רחב היקף, שבמרכזו מאבק בין גופים חברתיים שונים לתאגידי ענק מסחריים בתחום האנרגיה בקשר לרישיונות שקיבלו חברות מסחריות לקידוחי גז במרבצים העשירים שהתגלו בסמוך לחופי המדינה. תחילת הפרשה הייתה בשלהי העשור הראשון של המאה ה-21, עת התגלו במעמקי המים הכלכליים של מדינת ישראל בים התיכון מאגרי הגז "תמר", "לווייתן" ומאוחר יותר גם "תנין-כריש". גילוי מאגרים אלה הוביל לשינויים משמעותיים במפת משאבי הטבע של ישראל, שכן היה בהם כדי להבטיח, כך על פי ההערכה, עתודות אספקת גז טבעי של כ-125 שנות צריכה במשק הישראלי כולו.

אין ספק שלגילוי זה תרומה דרמטית לעצמאות האנרגטית של מדינת ישראל. זו באה לידי ביטוי בפוטנציאל הצמצום האפשרי - אולי עד כדי ביטול - של התלות ביבוא מוצרי אנרגיה שהשתמשו בהם קודם לכן (פחם, נפט, סולר ומזוט), עניין שהוא משמעותי בעיקר לנוכח המצב הגאופוליטי של המדינה. יש בו גם שיפור משמעותי באיכות הסביבה מאחר שתחנות הכוח במדינת ישראל לא ישתמשו בדלק המזהם, אלא בגז טבעי שנחשב לדלק נקי וידידותי יותר. אין לבטל גם את התרומה הצפויה להכנסות המדינה ולרווחת הציבור מהמיסים והתמלוגים הצפויים להתקבל מהפקת הגז.

עם זאת, הגילוי הביא למחלוקות ציבוריות רחבות היקף, שהמכנה המשותף להן הוא השאלה מיהם הזכאים ליהנות ממאגרי הגז: האם מדובר במשאב שהוא נכס ציבורי שהבעלות בו מוקנית לכלל אזרחי המדינה ותושביה, בהווה ובעתיד? או שמא מדובר בקניין פרטי של התאגידים הזכיינים שקיבלו את הרישיון לעריכת החיפוש ושמימנו אותו? המחלוקות שיקפו שאלות יסוד חברתיות עמוקות יותר הנוגעות לערכי הדמוקרטיה, לצדק חלוקתי, לנאמנות ציבורית, לקיימות ולשימור רב-דורי.

על רקע האמור "התלקחה" סוגיית הגז (תרתי משמע) והפכה למתקפות חוצבות להבות בשיח החברתי-כלכלי במדינת ישראל שבאו לידי ביטוי בהפגנות, במודעות ענק ובמאבקים תקשורתיים ומשפטיים. לכל אלה גויסו מיטב המומחים בארץ ובעולם, בכירי עורכי הדין, אנשי אקדמיה מובילים בתחומי המדע, הכלכלה והמשפט, יועצי תקשורת, יחצ"נים ולוביסטים מהארץ ומהעולם.

העיסוק בנושא התפתח בשלושה שלבים עיקריים. השלב הראשון התחיל עם גילוי מאגרי הגז הגדולים "תמר" (2009) ו"לווייתן" (2010). המשמעות הכלכלית של הגילוי הביאה את שר האוצר באותה עת, ד"ר יובל שטייניץ, להקים ועדה ציבורית בראשות פרופ' איתן ששינסקי לבחינת מדיניות המס והתמלוגים מהפקת נפט וגז טבעי ולעדכונה. ביום 3.1.2011 הוגש דוח הוועדה. הומלץ בו לבצע שינויים משמעותיים במשטר המיסוי, ובכללו הטבות המס ושיעורן, וחלוקה של הרווחים הנובעים מהפקת הגז בין הזכיינים לציבור. המלצות הוועדה עוגנו בחוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א-2011, המכונה גם "חוק ששינסקי". בשלב זה נראה כי הממשלה והגופים החברתיים ראו עין בעין בסוגיה זו אל מול הזכיינים – תאגידי הגז.

הצורך להגדיר את המדיניות הרצויה לשמירת עתודות לאספקת התצרוכת המקומית אל מול האפשרות לייצוא הגז, הביא להקמת ועדה ממשלתית בין-משרדית נוספת, בראשות מנכ"ל משרד האנרגיה מר שאול צמח. על יסוד המלצות הוועדה, שהוצגו ביום 29.8.2012, החליטה הממשלה לשמור כמות מסוימת של הגז הטבעי בתור עתודה למשך 25 שנה, לצד ייצוא הגז הנותר, שהיה חלק ניכר מהכמות שהתגלתה.

החלטה זו הביאה לשלב השני במאבק. בניגוד לשלב הקודם, הפעם נראה כי התפצלו דרכי הממשלה והגופים החברתיים, והאחרונים יצאו להפגנות ולפעולות מחאה רבות. במסגרת זו הגישו בשנת 2013 כמה עמותות וחברי כנסת עתירה לבית המשפט העליון שבבתו כבג"ץ, שתכליתה הייתה לצמצם למעשה את מכסות הייצוא ולהותירן בידי הציבור (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177 (2014)). הטענה של העותרים הייתה שמדובר ב"הסדר ראשוני", כלומר הסדר הקובע מדיניות כללית ועקרונות מנחים, ולא הסדר משני העוסק רק בישום של מדיניות. על כן, כך נטען, קביעתו בידי הרשות המבצעת חייבה חקיקה של הכנסת הכוללת הסמכה מפורשת לעשות כן, בהתחשב, בין היתר, בהשלכות שתהיינה להכרעה זו על הדורות הבאים של החברה הישראלית. ואילו המדינה טענה כי די בסמכות הכללית מכוח חוק הנפט, התשי"ב-1952, ואין נדרשת סמכות מפורשת ומפורטת

נוספת. אם כן, המחלוקת הייתה אם היה די בחקיקה הקיימת כדי לשמש מסגרת הסמכה להחלטת הממשלה, או שעל הכנסת להידרש לכך ולעגן בחקיקה סמכות מפורשת לממשלה לקבוע את מדיניותה הכללית. בית המשפט העליון, שדן בעתירה בהרכב מורחב של שבעה שופטים בראשות הנשיא גרוניס, דחה ברוב דעות את טענות העותרים וקבע שאומנם מתווה הגז הוא הסדר ראשוני, אלא שיש לממשלה סמכות להסדירו לפי חוק הנפט, ועל כן הוא חוקי. מנגד, השופטים רובינשטיין וג'ובראן סברו בדעת מיעוט שיש לפסול את החלטת הממשלה בהיותה הסדר ראשוני שנקבע בחוסר סמכות, שכן ההסמכה הקיימת אינה מספקת.

השלב השלישי במאבק עסק ב"מתווה הגז", הכינוי שהוענק להסכם שגובש בין המדינה באמצעות הממשלה לתאגידי הגז. ההסכם נכרת ביום 16.8.2015, ועניינו היה בין היתר הסדרת אופן ניהול משאבי הגז הטבעי בישראל, לרבות סוגיות הנוגעות לבעלות על המאגרים, לייצוא ולמיסוי משק הגז הטבעי בישראל. המשא ומתן לקראת ההסכם החל עוד בשנת 2010 במסגרת מגעים בין תאגידי הגז לממונה על ההגבלים העסקיים (כיום: הממונה על התחרות) לקבלת צו מוסכם לפטור בתנאים מהסדר כובל (כך שיהיה מותר להסכים על מחירי הגז, בניגוד לאיסור שחל בדרך כלל על תיאום מחירים). הסדר כובל הוא הסדר שנעשה בין צדדים עסקיים שאחד מהם מגביל את עצמו באופן העלול למנוע - או להפחית - תחרות בעסקים מול האחר או מול אחרים שאינם צד להסכם. ללא אישור הממונה על ההגבלים העסקיים או בית הדין להגבלים עסקיים, ייחשב ההסכם לעבירה פלילית ועלול אף להתבטל. בענייננו סירב הממונה על ההגבלים העסקיים באותה עת, פרופ' דיויד גילה, לפטור את תאגידי הגז מהאיסור שחל על עשיית הסדר כובל. כישלון המגעים הוביל לחתירה להסדר כולל של השאלות שמעוררת הפעילות בתחום, באופן שיבטיח את אטרקטיביות התחום של חיפוש גז בישראל, בלי שבנקים בארץ ובעולם יירתעו ממימון שלהם, תוך שמירה על האינטרס הציבורי. סופו של המשא ומתן בא לידי ביטוי בהסכם רגולטורי כולל אשר קיבל תוקף של החלטת ממשלה. הסכם זה כלל, בין השאר, התחייבות של הממשלה לכך שלא יחול שינוי בו במשך עשר שנים, מה שכונה "הוראת היציבות" של ההסדר. המתווה שהוסכם לא היה מקובל על הממונה על ההגבלים העסקיים, פרופ' דיויד גילה, והוא סירב לאשרו והחליט להתפטר מתפקידו. המתווה נתקל גם בהתנגדות מצד גורמים נוספים ונמתחה עליו ביקורת גם מצד מבקר המדינה. על פי סעיף 52 לחוק ההגבלים העסקיים, מוסמך שר הכלכלה בנסיבות מיוחדות וחריגות ובתנאים הקבועים בחוק, בשל שיקולי מדיניות חוץ או שיקולי ביטחון המדינה לפטור הגבל עסקי מהוראות חוק ההגבלים העסקיים. בדצמבר 2015 פטר ראש הממשלה בתפקידו כממלא מקום שר הכלכלה את מתווה הגז מהוראות חוק ההגבלים העסקיים מכוח סעיף 52 לחוק. המתווה אף עורר שוב את זעמם של הארגונים החברתיים, והם יצאו למאבק ציבורי ולהפגנות ברחבי הארץ.

מצב דברים זה הביא להגשת ארבע עתירות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בידי עמותות ציבוריות שונות שבראשן התנועה לאיכות השלטון בישראל ואדם טבע ודין, ובידי

חברי כנסת ומפלגות (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.2016)).

העתירות תקפו, בין היתר, את היקף הזכויות שהעניקה הממשלה לחברות ואת האופי הקשיח של מחויבות המדינה כלפיהן. הועלו בהן שני טיעונים מרכזיים אשר היו גם הציר המרכזי שביסוד פסק הדין. הטענה הראשונה הייתה נגד ההחלטה לפטור את ההסכם מעמידה בתנאי חוק ההגבלים העסקיים. נטען כי ישנו קושי בכך שהאישור ניתן מידי ראש הממשלה בתור ממלא מקום שר הכלכלה, לנוכח ריבוי התיקים המצויים בידו, וכי האישור ניתן משיקולים כלכליים שאינם הכרחיים לביטחון המדינה או ליחסי החוץ של ישראל. המדינה טענה כי האישור ניתן כדין ומשיקולים עניינים בלבד. הטענה השנייה הייתה נגד הוראת היציבות הרגולטורית שנקבעה במתווה, שבה כבלה הממשלה את עצמה ואת הממשלות שיבואו אחריה למשך עשור משינוי מדיניותה בנוגע למשק הגז בשלושה תחומים: מיסוי, ייצוא והגבלים עסקיים. יתרה מכך, הממשלה התחייבה גם להתנגד להצעות חוק פרטיות המבקשות לערוך שינויים בתחומים אלה, ואם בכל זאת תתקבל הצעת חוק פרטית – ליזום הצעת חוק ממשלתית שתשיב את המצב לקדמותו. המדינה עמדה על חשיבות היציבות הרגולטורית, שכן יישום ההסכם כרוך בעלויות אדירות לזכיינים, ולכן יש חשיבות ביציבות המתווה. המדינה גם הדגישה כי בלעדי הוראת היציבות אין תוחלת למתווה כולו. המשמעות המעשית של ההתחייבות ליציבות רגולטורית הייתה שרווחי הזכיינים הובטחו למשך עשור לפחות. אבל "מחיר" היציבות הוא שבידי הדורות הבאים – שעתידם מושפע מהחלטה זו – לא יהיה הכוח המשפטי לשנותה, אלא הם יהיו כבולים לה למשך עשור.

בית המשפט העליון דן בעתירה בהרכב מורחב, הפעם של חמישה שופטים – בראשות המשנה לנשיאה רובינשטיין, עם השופטים ג'ובראן, חיות, פוגלמן וסולברג. חשיבות הנושא באה לידי ביטוי בין היתר גם בהתייצבות התקדימית של ראש הממשלה, לבקשתו, לאחד הדיונים בעתירה כדי להשמיע את עמדתו לפני הרכב מורחב של שופטי בית המשפט העליון שהתכנס לדיון בנושא.

הטענה הראשונה, הנוגעת לתוכן ההסכם ולמתן הפטור מהוראות חוק ההגבלים, נדחתה. בית המשפט העליון אישר בפסק הדין חלקים שונים הקשורים למתווה, ובכללם האישור שניתן לפטור מתנאי חוק ההגבלים העסקיים, לנוכח הכרה בשיקולים ביטחוניים בעניין זה. הטענה השנייה, הנוגעת להוראת היציבות, נתקבלה ברוב של ארבעה שופטים (נגד דעתו החולקת של השופט סולברג), כך שהוראת היציבות הרגולטורית נפסלה. דעת הרוב קבעה כי הוראת היציבות מערערת למעשה את הכלל הבסיסי במשפט המנהלי בדבר איסור כבילת שיקול דעת הרשות. הענקת סמכות לרשות כוללת בצידה חובה להפעיל את שיקול הדעת, שאין להגבילו. על אחת כמה וכמה מגועה הממשלה מלהגביל גם ממשלות עתידיות. כפי שהסביר המשנה לנשיאה רובינשטיין: "הממשלה חרגה מגדרי סמכותה, וביקשה – אולי ברצון טוב – לערוך אסדרה של סוגיה מערכתית רב קדקודית רגישה, חשובה ובעלת השלכות אדירות, שלא על

דרך חקיקה" (פסקה קמג לפסק דינו). השופטת חיות נקטה לשון חריפה אף מזו בצינה כי ההוראות "כובלות את ידיה ואת רגליה של הממשלה כמי ששולטת למעשה על הליך החקיקה בכנסת... [ה]תחייבות... חוצה בעיניי את כל הגבולות המותרים בדמוקרטיה פרלמנטרית והיא צובעת בצבע בלתי חוקי ברור ומובהק את הוראות הכבילה" (פסקה 8 לפסק דינה). בית המשפט העליון קבע בדעת הרוב כי התחייבות הממשלה שלא לשנות את מדיניותה לתקופה של עשור אינה חוקית והיא בטלה. עם זאת, דעת הרוב נחלקה בתוכה בנוגע למשמעות ביטול הוראת היציבות. שלושה מבין שופטי הרוב (המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופטים ג'זבראן ופוגלמן) קבעו כי דין המתווה כולו להתבטל נוכח הצהרת המדינה שלפיה פסקת היציבות היא תנאי הכרחי לו, אבל יש לתת למדינה פרק זמן של שנה שבו באפשרותה לפעול לאסדרה מחודשת. השופטת חיות קבעה שהוראת היציבות בטלה, ותו לא. מנגד, דעת המיעוט שביטא השופט סולברג בפסק דינו מצאה כי למרות הגבלת שיקול הדעת של הממשלה הנוכחית והבאות אחריה, אין מקום לבטל את הוראת היציבות ואין צורך בחקיקה ייחודית בנושא. השורה התחתונה הייתה ביטול מתווה הגז כולו בשל ביטול פסקת היציבות תוך שהבטלות הושעתה למשך שנה כדי לאפשר למדינה את הסדרתו מחדש.

בעקבות פסק הדין אישרה הממשלה בחודש מאי 2016 מתווה חלופי, שבו בוטלה הכבילה הגורפת של הממשלות הבאות, ובכך יצא לדרכו מימוש המתווה. לאחר שניתן פסק הדין הובע חשש מפני השלכתו על עתיד חיפושי הגז בישראל. אבל עד מהרה התברר כי אלה לא נפגעו. עתיד מתווה הגז הוכרע.

ואולם נראה שהחשיבות של פסק הדין פורסת כנפיה מעבר לנושא הנקודתי שהוא דן בו. בפסיקתו חידד בית המשפט העליון באופן ברור את חשיבות הפרדת הרשויות ואת קו הגבול הנמתח בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. עניין חשוב לא פחות – לצד הזכות לשרת את הציבור, ישנה חובה להפעיל את שיקול הדעת ואין רשות גם לבעל הסמכות להגביל את עצמו מלהפעילו. הממשלה והכנסת נבחרו לייצג את העם בזמן נתון. הממשלה אינה יכולה לכבול את ידי הכנסת, ושתייהן אינן יכולות לכבול את ידיהן או את ידי הממשלה והכנסת שיבואו אחריהן, מהפעלת שיקול דעת ומקבלת ההחלטות הנדרשות לטובת הציבור בהתאם למציאות העדכנית המונחת לפנייהן.

פסק הדין הוא גם חידוש חשוב בתחום דיני הרגולציה ובדין התקדימי שנערך בו במבנים רגולטוריים מורכבים. בכלל זה – ההתייחסות לכך שמתווה הגז הוא "הסכם רגולטורי", כלומר תוצר של הסכמה בין הרגולטור לתאגיד המבוסס על הבנות הדדיות ועל אסדרת פעילות התאגיד, שבו ניתנה הקלה רגולטורית לגורם מפוקח בתמורה לכך שקיבל על עצמו מצדו מרצון מחויבויות.

העותרים ראו בפסק הדין ניצחון לצדק לנוכח עמידת בג"ץ כ"חומה בצורה" אל מול הניסיון להעלות את מונופול הגז אל מעל החוק בישראל. לדבריהם, יכול הציבור בישראל לזקוף קומה מהצלחת המאבק ומכך שהדורות הבאים באמצעות נציגיהם המוסמכים יוכלו להידרש

להסדרה הרצויה ולהתאימה למציאות העשויה להשתנות במרוצת הזמן. מנגד, תאגידי הגז הדגישו כי, למעט הוראת היציבות, אושרו כל רכיבי המתווה. בדבריהם הדגישו את העובדה שגם בית המשפט הכיר בנחיצות של יציבות רגולטורית ושל יצירת תנאים שיאפשרו את ההשקעות הדרושות לצורך חיפוש מאגרי גז ופיתוחם. כאמור, לאחר מתן פסק הדין קבעה הממשלה מתווה חלופי שבו אין כבילה גורפת של הממשלות הבאות.

למרות האמור נראה כי הפולמוס החברתי בשאלות הערכיות שעמדו ביסוד העמדה של כל אחד מהצדדים, נותר בעינו. האיסור על הוראות יציבות הכובלות את שיקול הדעת המנהלי מבטיח כי כל דור ודור יוכל להידרש בעתיד לשאלת היקף השימוש במשאבי טבע – הן מהבחינה הסביבתית והן מבחינת חלוקת העושר הכרוכה בכך. שאלה זו עודה בוערת. במידה רבה זוהי השאלה, בה"א הידיעה, של העתיד.



## בין האזרח לרשות: יריבות או שותפות?

בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998)

### תמר נאות-פרי

האם מי שמגיש בקשה לרשות מנהלית צריך "להתנדב" לספר פרטים שעלולים לפגוע בסיכויים שזו תיענה בחיוב? האם מי שמבקש רישיון צריך לציין במפורש כי ייתכן שאינו עומד באחד מן התנאים לקבלתו? שאלות מסוג זה נוגעות למערכת היחסים היומיומית בין האזרח לרשות וקשה להגזים בחשיבותן.

חברת קונטרם בע"מ מפעילה מסופי מטענים לסחורות המגיעות מחו"ל בפיקוח המכס. תחום עיסוק זה אינו מצוי במרכז הזירה הציבורית. חרף זאת שמה של קונטרם מוכר לכל משפטן העוסק בתחום המשפט הציבורי, בזכות פסק דין פורץ דרך שניתן בעניינה בנושא שלכאורה יכול להיראות "משעמם" וטכני: הארכת רישיון להפעלת מחסן.

אחד התנאים לקבלת הרישיון מהמכס היה שהחברה תהיה בעלת זכות בשטח המיועד להקמת המחסן ולהפעלתו, זכות בעלות או שכירות וכדומה, שכן לא ניתן לתת רישיון לשימוש בקרקע למי שאין לו זכות מתאימה בה. השטח שבו פעל המחסן של קונטרם היה בבעלות רשות הנמלים והרכבות, ובמועד הגשת הבקשה לקבלת הרישיון היה לקונטרם סכסוך עם רשות הנמלים והרכבות לגבי השטח. לא נפרט את פרטי הסכסוך, ורק נאמר בתמצית כי קונטרם טענה שהוסכם בין הצדדים שהיא תוכל לאחסן סחורה בשטח, ואילו רשות הנמלים והרכבות טענה שלא הייתה הסכמה כזאת. מכל מקום, למרות המחלוקת קונטרם הקימה מחסן בשטח. רשות הנמלים והרכבות הגישה תביעה נגד קונטרם וביקשה לסלק אותה מהשטח.

וכך, כאשר פנתה קונטרם למכס בבקשה לקבל רישיון להפעיל את המחסן, היא לא ציינה את המחלוקת הקשה עם רשות הנמלים והרכבות ולא הזכירה את ההליך המשפטי שהתנהל באותה העת ממש בין השתיים. במקום זאת היא הצהירה שיש לה זכויות בשטח הרלוונטי לבקשת הרישיון.

קונטרם קיבלה את הרישיון המיוחל מהמכס, אך בשלב מסוים לאחר מכן גילו נציגי המכס על אודות הסכסוך בין קונטרם לרשות הנמלים והרכבות. המכס ביקש הסברים מקונטרם, תשובותיה לא סיפקו אותו, והוא החליט שלא לחדש את הרישיון. בשלב זה קונטרם עתרה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, בדרישה להורות על זכאותה לקבלת הרישיון המבוקש.

פסק הדין שניתן עסק לא רק בהיבטים הטכניים בעניינה של קונטרם, אלא בדיון מעמיק באשר למערכת היחסים בין האזרח לרשות (בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' אנה המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998)). ייחודו של פסק הדין הוא גם בכך שמתוארים בו הבדלי גישות מהותיים בנושא זה שהתגלעו בין חברי ההרכב: הנשיא ברק, השופט מישאל חשין והשופט זמיר. נקודת המוצא המוסכמת של כל חברי ההרכב היא שאין שוויון או סימטריה בין הפרט לרשות וכי, מטבע הדברים, קיים פער כוחות בין הפרט לרשות. הרשות היא עוצמתית, בכוחה לקבל החלטות הנוגעות לפרט, בכל תחומי החיים, ויש הכרח להגביל את כוחה למול הפרט באמצעים חוקיים. היטיב לבטא את פערי הכוחות הסופר ש"י עגנון, שתיאר בסיפורו "תהילה" את אוזלת היד של מי שמבקש לצאת נגד רשות הפועלת, לכאורה, בגדר סמכותה: "שהרי מי יכול לדין עם שתקיף ממנו!".

הנחת יסוד נוספת המשותפת לשלושת השופטים היא כי קיימת חובת הגינות שחלה על הרשות ואשר מכוחה חייבת הרשות לנהוג באופן הגון כלפי הפרט. המדובר בחובת הגינות רחבה ומקיפה, שבאה לידי ביטוי בהיבטים דיוניים ומהותיים כאחד, במנעד רחב של היבטים. יוצא מכך שאין חולק בדבר חובת ההגינות מצד הרשות כלפי הפרט, חובה המבוססת על כך שהרשות היא נאמנה של הציבור ושל הפרטים המרכיבים את הציבור ויונקת את כוחה ממנו.

עד כאן הדעות דומות. הפערים בין הגישות ומורכבות הדיון בפסק הדין נוגעים לשאלה אחרת, והיא בנוגע לקיומה של חובת הגינות "הפוכה", כלומר בשאלה האם יש לקבוע שגם הפרט חב חובת הגינות כלפי הרשות, או שמא בשל אי השוויון, פערי הכוחות והעובדה שהפרט אינו פועל בנאמנות עבור הרשות, הוא פטור מלנהוג בהגינות כלפיה.

ראשון הכותבים מבין השופטים היה השופט זמיר, שהציג גישה עקרונית שנהוג לתאר בתור "תפיסת השותפות". לשיטתו, חלה חובת הגינות ביחסים שבין האזרח לשלטון, וחובה זו היא הדדית, דו-סטריית. חובת הגינות זו צומחת מהאמנה החברתית שביסוד המדינה הדמוקרטית, והרשות והאזרח "אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה" (עמ' 320). השופט זמיר הוסיף: "האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום. כנגד זכותו כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות" (עמ' 320). הובהר כי יש הבדל בהיקף ובמהות בין החובות המוטלות על הרשות לאלו המוטלות על האזרח, אבל כדי לקדם את רווחת הפרט, יש להכיר גם בחובות של הפרט כלפי השלטון. במקרה הנוכחי מחובת ההגינות הכללית צומחת חובת הגילוי, והעותרת קונטרם הפרה אותה.

שונות היו הגישות של שני השופטים האחרים, אשר הניחו קיומה של "יריבות" בין האזרח לרשות, להבדיל מאשר "שותפות".

את עמדת הקיצון מן הצד האחר הציג השופט חשין. לשיטתו של חשין, "היחיד והשלטון אין הם שווי־זכויות, אין הם שווי־כוחות ואין הם שווי־מעמד. הם גם אינם ידידים זה לזה" (עמ' 367). משנתו היא כי העיקרון הבסיסי בבחינת מעמד הפרט הוא "עקרון־החופש של היחיד, ועיקרון זה – כשהוא לעצמו – אינו מוליד חובת הגינות" (עמ' 368). על כן, לדידו, אין לחייב את הפרט – מכוח עקרון הגינות כללי – לגלות מידע גם כאשר הוא מבקש רישיון מהרשות. זאת שכן חובת ההגינות של השלטון כלפי האזרח נדרשת כדי להגביל את כוח השלטון פן יפגע בפרט וכביד עליו, אבל אין צידוק דומה להטיל חובת הגינות על הפרט כלפי השלטון. בהמשך הוסבר כי נגד שרירות אפשרית של הרשות יש לקבוע שאין חלות חובות מצד הפרט כלפי הרשות, אלא אם כן הן הוטלו מכוח חקיקה ברורה או מכוח הדין. כלומר, כל עוד אין חובת גילוי חוקית מפורשת, אין לחייב את הפרט בחובה שכזו מכוח עיקרון כללי, והטלת חובת הגינות, ולו נקודתית, פוגעת בחירות ובחופש של הפרט.

הנשיא ברק הציג עמדה שאפשר לראות בה כעמדת ביניים. גם לדידו, האזרח והרשות אינם שותפים, וקיימת ביניהם יריבות, שכן השלטון הוא נאמן הציבור אבל הפרט אינו נאמן של השלטון ואינו אמור לפעול לרווחת השלטון. לשיטתו, העיקר הוא תפיסת חירות הפרט בחברה דמוקרטית, וכאן עמדתו כעמדת חשין. עם זאת, הנשיא ברק בעמדה כי אפשר להכיר בקיומן של חובות המוטלות על הפרט כלפי השלטון, אבל הן אינן מבוססות על חובת הגינות כללית המוטלת על הפרט, אלא נובעות ממערך דינים פרטני "פרי איזון בין ערכים מתנגשים". חובות ספציפיות כאלו "הן פשרה בין זכות האדם של הפרט לבין אינטרס הכלל של הציבור" (עמ' 350) ופרי מערך של איזונים בין חירות הפרט לבין אינטרסים של הרשות.

והרי לנו שלוש השקפות שונות לגבי מהות "השלטון", מעמד הפרט מול השלטון ויחסו עימו. חוות הדעת השונות שופכות אור על המשנה המשפטית של הכותב, שיונקת מתפיסתו החברתית.

ישאל הקורא: כיצד למרות ההבדלים העקרוניים בין העמדות של שלושת חברי ההרכב התוצאה הייתה אחידה? התשובה נעוצה בכך שלא הייתה מחלוקת על כך שאחד מהתנאים לקבלת הרישיון היה קיומה של זכות שכירות בשטח, ועל כך שהזכות של קונטרם הייתה שנויה במחלוקת – שכן התנהל משפט בינה לרשות הנמלים והרכבות לגבי השאלה אם יש לה זכות שכזו. לכן שלושת חברי ההרכב הגיעו למסקנה שהיה על קונטרם לדווח על המחלוקת כאשר היא התבקשה להצהיר על זכויותיה בקרקע בנושא, הגם שכל אחד מהם הגיע למסקנה זו בדרך שונה. התוצאה הסופית המשותפת כאמור מעניינת במיוחד נוכח הפערים המהותיים בין הגישות של השופטים. בהקשר זה פסק הדין בעניין קונטרם הוא דוגמה (אחת מיני רבות) לכך שלעיתים ההכרעות השיפוטיות אינן מחייבות בחירה או העדפה של גישה אחת מבין כמה שהשופטים מציגים, שכן התוצאה המשפטית זהה. עם זאת, החשיבות של פסק הדין היא בהצגת השוני בתפיסות, שמביאה לבחינה מעמיקה של האינטרסים המתנגשים – לטובת מקרים עתידיים ובאופן שתורם לשיפור התוצאות ולהכרעות מאוזנות, הוגנות, מנומקות וברורות לצדדים.

עוד חשוב לחזור ולהדגיש את המוסכם והמאחד בפסק הדין, בדבר חובת הרשות לנהוג בהגינות כלפי האזרח ובדבר המרכזיות של עקרון היסוד שלפיו הרשות היא נאמנה של הציבור ומחויבת לפעול לטובתו – ואך ורק לטובתו. קביעות אלו שבפסק הדין מצטרפות לפסיקה קודמת ומבססות באופן מעמיק ומפורט את קיומם של החובה ושל העיקרון.

בדומה, שלושת השופטים כאחד הדגישו את מעמד זכויות הפרט ואת החובה להציב גבולות מלפני השלטון פן תיפגענה זכויות אלו (ומעניין במיוחד לקרוא את הדברים מפי שלושת שופטי בית המשפט העליון ששניים מהם כיהנו קודם לכן בתפקיד יועצים משפטיים לממשלה, והשלישי – בתפקיד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה).

אמירות אלו אשר בפסק הדין, המשותפות לכל חברי ההרכב, שימשו בסיס לפסיקה מאוחרת, בבחינת לבנים בקיר ההולך ונבנה של המשפט המנהלי-ציבורי. "חוזקו" של פסק הדין הוא בקביעה הברורה, המשותפת והבלתי מתפשרת פה אחד בהקשר זה.

לצד זאת, אי אפשר לטשטש את חילוקי הדעות, שאינם רק משפטיים, אלא מבטאים את המורכבות של מערכת היחסים בין הפרט לשלטון. יש מקום לחרדה מפני העוצמה של השלטון, שעלולה לשמש בסיס לפגיעה בזכויות, ומכאן תפיסת היריבות המשקפת את התובנה המסורתית של החשיבה הליברלית. מצד אחר, המדינה היא "מיזם משותף" שאמור לקדם את טובת הכלל, וללא תרומה למיזם משותף זה דרכו לא תצלח, כפי שהדגיש השופט זמיר. הדברים מקבלים משנה חשיבות אם יש לנו ציפיות להרחבת תפקידי המדינה בעידן מדינת הרווחה.

בקריאה עכשווית של פסק הדין קשה שלא לחשוב על המחלוקת הציבוריות הרבות אשר היו מנת חלקנו מאז, למשל לגבי החלטות השלטון שנוגעות להתמודדות עם וירוס הקורונה. המדובר במגוון נרחב של סוגיות משפטיות חוצות תחומים ותקדימיות שנוגעות לנושאי החיסונים, מערכת החינוך, הגבלת התנועה, תפקוד מערכת הבריאות, שימוש בכלים טכנולוגיים ועוד. האם בחשיבה על כל אלה צריך לחשוש מהכוח של השלטון, או דווקא לסמוך על סיועו ולסייע לו בתמורה? כנראה גם זה וגם זה.

תפיסת השותפות של השופט זמיר יכולה להוביל לתוצאה של הרחבת חובות הפרט כלפי הרשות בתקופות חירום ובתקופות לא שגרתיות. תוצאה זו משתלבת במגמה לעודד את הציבור להשתתף בתהליכים שהשלטון אמון עליהם, על יסוד שיתוף, דיון, קירוב עמדות, מיצוי אינטרסים משותפים, מעורבות פעילה ועוד – במיוחד "בזמנים קשים". בחלק מאותם הימים היה קשה שלא למצוא היגיון, תכלית ואפילו נחמה מסוימת בעיקרון שמנחה את גישת השופט זמיר, ולפיו השלטון זקוק לשיתוף פעולה מצד הציבור כדי לדאוג לרווחת הציבור. צפייה בנציגי מערכת הבריאות – אשר הפצירו בציבור מעל כל במה אפשרית לגלות אחריות, לעשות יותר מאשר את המינימום החוקי הנדרש, ולפעול במה שניתן לכנות "הגינות" כלפי השלטון – המחישה את הרציונל והתועלת שבתפיסת השותפות והדהדה את האמירה של השופט זמיר בחוות דעתו כי "עובד הציבור הוא בשר מבשרי" (עמ' 342). בדומה, אפשר להיזכר בהקשר

זה במימרה של נשיא ארצות הברית לשעבר, ג'ון קנדי: "אל תשאל מה המדינה יכולה לעשות בשבילך. שאל מה אתה יכול לעשות בשביל המדינה".

אבל אולי דווקא ההפך? שהרי התנהלות השלטון במהלך התקופה האמורה גם חשפה צדדים של התערבות יתר של זרועות השלטון בכל תחומי החיים למשך תקופה ממושכת, אגב הצרת האוטונומיה של הפרט בתצורתיה השונות, פגיעה בפרטיות, בחופש העיסוק, בחופש התנועה ועוד, עד כדי התקוממות של הציבור ושיח שכולל דימויים של "האח הגדול". אפשר שהמסקנה מהאמור חייבת להיות שתפיסת היריבות של השופט ברק והעמדה של השופט חשין הן הבסיס הראוי לבחינת יחסי אזרח-רשות, שכן יש להקפיד הקפדה יתרה על שמירת זכויות הפרט דווקא בתקופות חירום, שעה שיד השלטון "על ההדק" קלה. ככל שגוברת הפגיעה בפרט, כך יש להסיג אחורה ראייה של "הדדיות" בין אלו שאינם שווים.

השאלות יפות לא פחות לזמן שגרה, ובל נשכח שהנושא שנדון בעניין קונטרם היה שגרתו מאין כמותו. האם אז יש להכיר בתפיסת השותפות, לרבות כדי לקדם ערכים של סולידריות ושל רצון לתרום לחברה ולקהילה? וזאת נזכור: אם נכיר בגישת השותפות ורף ההתנהגות המצופה מהאזרח כלפי הרשות יעלה, כך נוכל גם לדרוש את הגבהת הרף הנגדי, משמע: את הציפיות והדרישות מהרשות כלפי האזרח, ובכך נביא למצב שבו השירות מטעם הרשות יהיה טוב יותר. מנגד, אפשר שגם לאחר "החזרה לשגרה", ובכלל, התפיסה הראויה היא תפיסת היריבות, וקידום ערכים חברתיים מן הראוי שיעשה במערכות החינוך, הביטחון, הבריאות וכולי.

שאלה מאתגרת נוספת היא האם לגבי כל הנושאים בכל הזמנים יש לבכר תפיסה אחת על פני רעותה. שמא נכון להתאים את הגישות להקשר שמדובר בו? כך, למשל, כאשר מדובר בהטלת חובת הגינות כלפי השלטון, האם הדברים אמורים באותה מידה בהתייחס לפרטים "חזקים", עשירים ובעלי ידע ולתאגידים, להבדיל מפרטים מוחלשים שעליהם יש להגן במיוחד מפני שרירות השלטון? האם יש מקום להבחין בין אזרחים ותושבים לזרים מבחינת זיקתם למדינה?

שאלות אלו ואחרות מוסיפות עדיין להתברר, וחוות הדעת של שלושת שופטי בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין קונטרם הן מצע, השראה ונקודת אחיזה להמשך הדיונים מאז ניתן פסק הדין עד היום, וכך גם בעתיד.

# מעשה בנעליים ובזכויות: על רשלנות פקידותית ופיצויים

ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005)

## ג'מיל נאסר

אזרח הבא במגע עם רשויות השלטון זכאי לקבל יחס הוגן וענייני. כאשר הרשות חורגת מן השורה ואינה נוהגת כך, אפשר להגיש עתירה – לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מנהליים – ולדרוש את תיקון המעוות. אבל לעתים מתעוררת לאחר מעשה השאלה האם אפשר לתבוע פיצויים בגין התנהגות לא ראויה של רשות מנהלית מקום שזו גרמה לנזק.

חברת "אבנעל", שעסקה בתחום של ייבוא נעליים לישראל והפצתן בה, העניקה את שמה לפסק דין חשוב בתחום דיני הנזיקין שעסק בכך. עימה הגיעו להתדיינות גם חברת האם שלה "דאלי נעליים בע"מ" והבעלים יצחק שני, ובפי כולם דרישה לפיצויים בשל התנכלות מצד רשויות המדינה ואכיפה מפלה של מדיניות ייבוא נעליים לישראל.

מעשה שהיה כך היה. אבנעל ודאלי החזיקו בזכות הפצה בלעדית בישראל של נעלי "פוני", שיוצרו במזרח הרחוק. אי שם בחודש יולי 1986 נודע ליצחק שני, כמו לרבים אחרים, כי שר התעשייה והמסחר קבע מדיניות של מכסות לייבוא נעלי ספורט מהמזרח הרחוק. המכסות נקבעו לפי אמות מידה שונות, כגון הבחנה בין יבואנים ותיקים ליבואנים חדשים. יצחק בדק את אמות המידה של משרד התעשייה והמסחר, ובשים לב למספר נקודות המכירה שהיו לחברות שלו הוא ביקש, וגם קיבל, מכסה כוללת לייבוא של 29,000 זוגות נעליים. הפעילות העסקית החדשה החלה, העסקים זרמו כרגיל, והכול התנהל כמצופה.

עד שביום 20.10.1988 פורסמה כתבת תחקיר על יצחק ושתי החברות שבבעלותו. בכתבה נטען כי במהלך השנתיים הקודמות דאג יצחק באמצעות חברות אלו "לנפח" את מחירי הנעליים שהוא מייבא, כדי לעמוד במחירי המינימום שקבע משרד התעשייה והמסחר לגבי נעליים מיובאות. בעקבות הכתבה פתחו חוקרי אגף המכס בחקירה נגד יצחק והחברות שבבעלותו, וממצאיה הועברו לידי הגורמים המוסמכים במשרד התעשייה והמסחר.

לאחר פרסום הכתבה חש יצחק בשינוי באופן הטיפול בו מצד פקידי משרד התעשייה והמסחר. מבחינתו היה ברור כי היחס של הפקידים הממשלתיים כלפיו שונה מהיחס שהעניקו לחברת רוסון המתחרה (שייבאה נעלי "נייק"), וכי שונות זו מלמדת על הפליה ופגיעה בזכויותיו. יצחק טען בין היתר לקיפוח בקביעת מכסות הייבוא ובאכיפתן, בהפעלת פיקוח קפדני על

הסחורה המיובאת, בהתנכלות שבאה לידי ביטוי בביצוע ביקורות מדוקדקות ופשיטות על משרדי החברות, ובסירוב בלתי מוסבר להקצות רישיונות ייבוא. אות להתנכלות מצא יצחק בכך שבמחשבי אגף המכס הוספה "כוכבית" ליד השמות של החברות אבנעל ודאלי - סימן אוהרה לכך שמדובר בחברות החשודות בהפרת חוקי הייבוא.

בטוח בצדקתו פנה יצחק לגורם המוסמך במשרד התעשייה והמסחר, מר סורולוביץ. הוא שטח לפניו את כל הנתונים שלטענתו מלמדים על הפליה כלפיו, במיוחד בהשוואה לחברה המתחרה רוסון. הובטח ליצחק כי טענותיו ייבדקו והוא יקבל תשובה. לאחר זמן לא ארוך הוא נענה בדחייה מלאה של טענותיו. משרד התעשייה והמסחר ציין בתשובתו כי פעל בהתאם לסמכות הנתונה לו על פי חוק ובהתאם לקביעת שר התעשייה והמסחר, לרבות אמות המידה האחידות שיישם באופן ענייני על כל בעלי העסקים שהיו מעוניינים לייבא נעליים מהמזרח הרחוק. בכל הקשור להוספת "כוכבית" במחשבי אגף המכס, טען המשרד כי הדבר נעשה עקב חשדות להעלאת מחירים באופן מלאכותי.

יצחק הופתע מהתשובה שכן הוא סיפק - כך חשב - נתונים ברורים להוכחת צדקת טענותיו. בשלב זה הוא החליט להגיש תביעה.

יצחק (והחברות בשליטתו) הגישו תביעת פיצויים לבית המשפט המחוזי בירושלים בחודש אוקטובר 1991 (ת"א (מחוזי י"ם) 782/91 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל (29.12.1999)). בתביעה נטען כי התובעים נתקלים בהתנהגות בלתי ראויה מצד פקידי משרד התעשייה והמסחר, לרבות התנכלות ופגיעה כלכלית. שתי עילות עמדו בבסיס התביעה: האחת, רשלנות לפי דיני הנזיקין, והשנייה, הפרת חובות מן המשפט המנהלי.

המדינה מצידה טענה כי דין התביעה להידחות. היא הסבירה כי האכיפה הקפדנית והפחתת מכסת הייבוא היו מוצדקות מאחר שנבעו מחשדות לניפוח מחירים ולביצוע עבירות על חוקי הייבוא, חשדות שלא התעוררו לגבי החברה המתחרה. באשר להוספת סימן כוכבית לצד שמות החברות התובעות במחשבי אגף המכס, נטען כי היה מדובר בנוהל שנועד להציב מעין "תמרור אוהרה" לפקידי המכס. עוד נטען כי הסירוב להקצות לתובעים רישיונות ייבוא לנעליים לשנת 1990, היה מוצדק נוכח הדיון שהתקיים בוועדת הייבוא והייצוא בעקבות פרשת ניפוח המחירים, ונוכח הכוונה להגיש כתב אישום נגד המעורבים בפרשה. לבסוף, הוכחשה הטענה כי נשללה מהתובעים זכות הטיעון בשל כך שנמסרה להם הנמקה שגויה - בהתחשב בכך שבפועל הם העלו את טענותיהם לפני הרשויות.

התביעה התקבלה בבית המשפט המחוזי (השופט צבן) בחלקה, ובהמשך לכך נפסק פיצוי כספי של 100,000 ש"ח. פיצוי זה נפסק באופן כולל בגין אכיפה מפלה (פיקוח קפדני במיוחד על אבנעל והצבת תנאים שלא נדרשו מהחברה המתחרה), בגין מתן הנמקה שגויה ושלילת זכות הטיעון בכל הנוגע לסירוב להקצות רישיונות ייבוא לשנת 1990, ובגין עיכוב רשלני בהסרת סימון הכוכבית משמות החברות במחשבי אגף המכס. עם זאת, חלק מהטענות האחרות, כגון הטענה בדבר התנכלות זדונית, נדחו. בהקשר זה נפסק כי הפשיטות שערכו חוקרי מס הכנסה

על משרדי החברות היו חלק מהפעלת סמכות על פי דין לשם חקירת חשדות לביצוע עבירות, מה גם שבפועל אכן עלה כי החברות של יצחק העלו מחירים באופן מלאכותי.

יצחק החליט לערער לבית המשפט העליון. בערעור נטען כי סכום הפיצויים שנפסק הוא נמוך. כמו כן נטען שטעה בית המשפט המחוזי בכך שלא פסק פיצויים בגין הסיכוי להקצות רישיונות ייבוא לשנת 1990 ובגין ההתנכלויות מצד פקידי המשרד בשנים הרלוונטיות. מנגד, גם המדינה הגישה ערעור ובמסגרתו טענה כי כל קביעותיו של בית המשפט המחוזי נגדה שגויות. הודגשה הטענה כי חיוב המדינה בפיצויים בשל הפרת חובות מנהליות נעשה שלא כדין, שכן אין עילת תביעה כזו במשפט הישראלי. נוסף על כך נטען כי אין – ולא הייתה – אכיפה מפלה, וכי הסרת הכוכבית בשיהוי מסוים נבעה מחשדות בדבר התנהגות יצחק והחברות שבבעלותו. לבסוף נטען כי מאחר שלא הוכח נזק, לא הייתה הצדקה לפסיקת פיצויים על דרך האומדנה. וכיצד נגמרה הפרשה? בפסק הדין שניתן דחה בית המשפט העליון את הערעור של יצחק וקיבל את ערעור המדינה באופן חלקי (ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005)). בהתאמה, בית המשפט העליון העמיד את הפיצוי שישולם ליצחק על 40,000 ש"ח. מבחינת התנהגות פקידי משרד התעשייה והמסחר קבע בית המשפט העליון כי אי אפשר להצביע על הפליה, אבל מנגד קיימת רשלנות שמזכה את יצחק בפיצויים.

בית המשפט העליון הדגיש בפתח דבריו כי השאלה המרכזית העומדת לדיון היא האם זכאי אדם לפיצויים בגין התנהלות פגומה של הרשות המנהלית. נוסף על כך נבחנה השאלה האם קיימת זכות תביעה לפי עילה מנהלית, או שמא רק אם תימצא רשלנות בהתנהגות פקידי משרד התעשייה והמסחר.

בית המשפט העליון פסק כי הקביעה שהתנהלות של רשות שלטונית היא מפלה, איננה רק קביעה עובדתית הנסמכת על השוואת נתונים של מכסות ייבוא בין שתי חברות שונות. הרי, הלכה למעשה, קורה כי עקב כורח המציאות מבוצעת אכיפה חלקית או מדגמית עקב שיקולי תקציב וכוח אדם. עם זאת, אפשר להצביע על הפליה אם נקיטת האכיפה השונה הייתה מבוססת על שרירות או על מטרה פסולה. החשדות שיצחק הצביע עליהם בכל הקשור לחברה המתחרה רוסון אינם יכולים ללמד על הפליה כלפיו.

בעניין טענת ההתנכלות סמך בית המשפט העליון את ידיו על קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה מדובר בטענה כללית שלא הוכחה. הרי בסופו של דבר, פשיטות חוקרי המכס והמע"מ נעשו עקב חשדות שהתעוררו בקשר להתנהלות החברות של יצחק. היה בסיס לחשדות של ניפוח מחירים.

בסופו של דבר, בית המשפט העליון דחה את מרבית הטענות של יצחק. אבל במישור העקרוני יש לפסק הדין חשיבות רבה. בית המשפט העליון הכיר בכך שהנמקה שגויה לגבי אי הקצאת רישיון הייבוא לחברות של יצחק ושליטת זכות הטיעון שלהן, הן התנהגויות רשלניות מצד משרד התעשייה והמסחר, ושהדבר מזכה את יצחק בפסיקת פיצויים מתאימים. אומנם הנזק שנגרם הוא נזק לא רכוש, אבל אפשר לכמת אותו בהתאם לשיקול דעת בית המשפט.



בית המשפט אמר מפורשות כי כאשר אזרח בא במגע עם רשות מנהלית ועובדיה בעניין הנוגע לו, הוא זכאי ליחס ענייני והוגן. כאשר חובה זו מופרת וכאשר ניתנת הנמקה שגויה תוך שלילת זכות הטיעון, עשוי להיגרם לאזרח נזק לא־רכושי בר פיצוי בניזקין. בשורה התחתונה קבע בית המשפט העליון כי בגין הנזק הלא ממוני, המבוסס על הנמקה שגויה ושלילת זכות הטיעון, יש לפסוק סכום כולל בסך 30,000 ש"ח. באשר לפיצוי המגיע בגין אי הסרת ה"כוכבית", קבע בית המשפט פיצוי כולל בסך 10,000 ש"ח.

על אף הסעד המצומצם שניתן בו בסופו של דבר, פסק הדין בעניין **אבנעל** סלל את הדרך להכרה באחריות בניזקין של הרשות בגין פגיעה בזכויות, מכוח **עוולת הרשלנות** המוכרת בדיני הנזיקין הרגילים. הנמקת פסק הדין הניחה תשתית משפטית לפסיקת פיצויים גם במקרים אחרים שבהם הרשות פוגעת בזכויות אדם. לצד זאת, בית המשפט לא הכריע בו לגבי האפשרות לחייב את הרשות בתשלום פיצויים מכוח **עילה מנהלית**, כלומר מכוח עילת תביעה המבטאת את החובות המיוחדות שבהן נושא השלטון, נושא שהתעורר בפסיקה מאוחרת יותר.<sup>1</sup> אחד הטיעונים התומכים בהטלת אחריות כזו במקרים מסוימים הוא האפשרות "לפזר" את העלויות והנזקים הכרוכים בפעילות של הרשות, בין כלל האזרחים (במקום שרק הנפגע יישא בהם). יתר על כן, הפסיקה נדרשה גם לשאלה האם יש מקום לחייב רשויות שלטון בתשלום פיצויים בגין הפרה של זכויות חוקתיות גם אם הדבר נעשה ללא כל אשם ("עוולה חוקתית"). סוגיה זו נדונה למשל בהליך שיזמו בעלי עסקים אשר עסקיהם פונו במסגרת "תכנית ההתנתקות". בעלי העסקים קיבלו פיצוי מכוח חוק מיוחד: חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.<sup>2</sup> עם זאת, הם דרשו פיצוי נוסף מכוח **עילת תביעה חוקתית**, כלומר בשל הפגיעה בזכויותיהם עקב פינוי עסקיהם. בית המשפט העליון דחה את הטענה. הודגש כי במקרים שבהם לפגיעה בזכות החוקתית נלווה יסוד של אשם – התנהלות בלתי חוקית או בלתי סבירה של הרשות – ייתכן כי תוכר זכות לפיצויים מכוח עילת תביעה מנהלית עצמאית. אבל מהו הדין במקרים שבהם נזק לפרט עקב פעולה שלטונית שאין אשם בצידה? בעניין זה קבע בית המשפט העליון כי גם בהנחה שבמקרים חריגים אפשר להכיר בעוולה חוקתית ללא אשם, במקרה הנדון אין מקום לעשות כן. יצירת עילת תביעה חוקתית נועדה, באופן כללי, למקרים שבהם אם לא יפסקו פיצויים בדרך זו, יישאר הנפגע ללא סעד, וייווצר חסר מהותי בהגנה על הזכות החוקתית. לעומת זאת, כאשר קיים בחוק מנגנון פיצוי הוגן, אין מקום להכיר בעילת תביעה חוקתית.<sup>3</sup>

בכל מדינה דמוקרטית נחשבים בתי המשפט למגינים על זכויות האזרח מול השלטון. מילוי תפקיד זה מבטיח שבעלי השררה לא יתנהלו באופן שרירותי, בלתי סביר או בלתי ראוי. בית

1 ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004).

2 ראו רשימתו של גיא הימן בספר זה, עמ' 702.

3 ע"א 7703/10 ישועה נ' מנהלת סל"ע, פ"ד סז(1) 25 (2014).

המשפט נתפס לא רק בתור מי שמעניק סעד לאזרח, אלא גם בתור גורם מחנך שהחלטותיו ערכיות וצופות פני עתיד. כעת נותר לצפות, ואף לקוות, כי פקידים בשירות הממשלתי יחשבו פעמיים בטרם ינהגו בצורה לא עניינית ולא ראויה עם האזרח הנזקק לשירותיהם. ומנגד, האזרח מצידו, ידע ידע כי יהיה זכאי "לקבל את יומו", וכי לטענותיו בדבר פגיעה בזכויותיו יש דלת פתוחה ואוזן קשבת בבית המשפט. כך גם באותם מקרים שבהם לא יוצא התובע מבית המשפט כשכל מבוקשו בידו.

# להסביר פנים לסבירות

בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980)

## מיה רויזמן-אלדור

אחד מהתפקידים המסורתיים של בתי המשפט הוא לפקח על רשויות השלטון כדי לוודא שבעלי התפקידים בהן אינם חורגים מגבולות הסמכות שהפקיד בידיהם החוק, ואינם מנצלים את סמכותם לרעה. בישראל תפקיד הביקורת השיפוטית כאמור הופקד עם קום המדינה בידי בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ומאז בתהליך הדרגתי הועבר גם לבתי משפט נוספים. כך, מאז קום המדינה בתי המשפט פוסלים החלטות מנהל שחרגו מסמכות, שהתקבלו על בסיס שיקולים זרים, שהפלו לרעה או שהתקבלו בהליך לא הוגן. אלה הן עילות הביקורת השיפוטית "הקלאסיות". אבל במרוצת הזמן התעוררה השאלה האם בתי המשפט רשאים גם לבקר – ולפסול – החלטות מנהל אך מן הטעם שאינן "סבירות". האם אין בכך התערבות יתר בגרעין שיקול הדעת השלטוני? האם די בכך שהחלטת המנהל אינה סבירה כדי להצדיק את פסילתה, גם אם לא הוכחה עילת ביקורת שיפוטית "קלאסית" אחרת, למשל שהרשות הונעה בידי שיקולים זרים? במילים אחרות, האם אי הסבירות היא עילת ביקורת שיפוטית "עצמאית"?

החובה של הרשות לנהוג בסבירות מוכרת זה שנים רבות במשפט המנהלי הישראלי ובמשפט המנהלי האנגלי (שממנו שאב המשפט הישראלי השראתו),<sup>1</sup> אבל רק בהמשך הוכרה עילת הסבירות בתור עילה עצמאית לביקורת שיפוטית על פעולות המנהל. פסק הדין שנחשב לציון דרך בתחום זה ידוע בכינוי עניין דפי זהב (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980)). בפסק דין זה הובהר שבמסגרת הליך של ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית, גם אם ההחלטה לא הייתה נגועה בשיקולים זרים, אלא התבססה על שיקולים ענייניים בלבד – היא עלולה להיפסל אך ורק מהטעם שאינה סבירה, כלומר הרשות לא שקלה שיקול שהיה צריך לשקול או ששקלה את כל השיקולים הרלוונטיים אך איזנה ביניהם באופן כה מעוות שלא יוכל לתקון. כפי שיוסבר בהמשך, הנושא שנדון בעניין דפי זהב לא היה רגיש או שנוי במחלוקת כשלעצמו. אבל ההכרעה העקרונית שבו עוררה מאז שיח משפטי ושיח ציבורי גועשים בנוגע למידה הראויה להתערבות בית המשפט בהחלטות המנהל הציבורי.

1 למשל ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנוגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026 (1959) ובג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד לה(2) 94 (1976).

העיסוק בפסק הדין כרוך בנסיעה אחורה במנהרת הזמן אל ישראל של שנות השישים והשבעים של המאה הקודמת, עת הממשלה סיפקה את שידורי הטלוויזיה והרדיו בעצמה ותחרות בתחום הייתה בגדר חלום. בתוך כך הממשלה התקשרה עם חברה פרטית ("רג'י") בהסכם למתן זיכיון בלעדי לריכוז ענייני הפרסומות עבור שידורי הרדיו בקול ישראל תמורת קבלת רווח מוסכם מהכנסות הפרסומות. ההסכם התייחס לתקופה של עשר שנים והיה אמור להתחדש לתקופות זהות נוספות אלא אם כן יבוטל קודם לכן. בשנת 1970, סמוך לפני מועד קבלת ההחלטה על הארכת הזיכיון לרג'י, הציגה דפי זהב את מועמדותה לקבלת הזיכיון לשידורי הפרסומות בעתיד. הניסיון הראשון של דפי זהב לא צלח, אך היא לא אמרה נואש, ובשנת 1979 שבה וביקשה מרשות השידור לשקול את מועמדותה. מכיוון שנדחתה בשנית, ולאחר שרשות השידור החליטה להאריך את ההסכם עם רג'י בעשר שנים נוספות – עתרה דפי זהב לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. בעתירה נטען כי החלטת הרשות מנוגדת להנחיותיה הפנימיות ולחובה לאפשר הזדמנות שווה להתמודד על משאבי הציבור, ונבעה מנימוקים פסולים.

העתירה נדונה לפני הרכב שכלל את הנשיא משה לנדוי והשופטים מרים בן-פורת ואהרן ברק. ביסוד העתירה עמדה סוגיית ההזדמנות השווה להתחרות על משאבי ציבור. שלושת שופטי ההרכב סברו כי החלטת רשות השידור התקבלה בסמכות ולא הייתה נגועה בשיקולים זרים, וכי לא התקיימה בענייננו אף אחת מן העילות ה"קלאסיות" שהמשפט המנהלי הישראלי הכיר בהן אותה עת כמצדיקות את פסילת החלטת הרשות. למרות זאת עדיין התעוררה השאלה: האם חובת הרשות לא אמורה לכלול בדיקה של הצעות נוגדות? האם לא כך מחייב השוויון? ויותר מכך – האם לא כך מחייבת ההתנהלות הסבירה של רשות מנהלית? ואם אלה הם פני הדברים – האם שאלות אלה הן מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית?

כל השופטים סברו שיש לדחות את העתירה. אבל אגב כך התעוררה ביניהם מחלוקת ממשית בשאלה האם מלכתחילה היה צריך לבחון את המקרה גם מנקודת מבט של סבירות. הנשיא לנדוי לא מצא לנכון לראות בעילת הסבירות (או "אי הסבירות") עילה עצמאית לביקורת שיפוטית על החלטות המנהל, ומבחינתו דחיית העתירה הייתה פשוטה. לעומתו, השופט ברק סבר שיש מקום לבחון את הנושא גם מהיבט הסבירות. לגופו של עניין גם השופט ברק דחה את העתירה, מאחר שלא שוכנע בהעדר הסבירות של החלטת רשות השידור, בשים לב לסיכון הכלכלי הטמון בבחירה בדפי זהב, חברה חדשה בתחום. במידת מה, גם אם באופן מצמצם יותר, תמכה בעמדתו השופטת בן-פורת.

אם כן, החשיבות של פסק הדין בעניין דפי זהב טמונה לא בתוצאתו המעשית, אלא בכך שהוכרה שם לראשונה האפשרות לפסול החלטה מנהלית מחמת אי סבירותה, בתור טעם עצמאי. הבסיס העיוני לעילת הסבירות הוא היותה של הרשות המנהלית נאמנת הציבור. בהיותה כזו שומה עליה לקבל אך ורק החלטות המשרתות את הציבור ואת תכליות החוק המסמיך והמאזנות בצורה ראויה בין השיקולים הרלוונטיים. בעניין דפי זהב השופט ברק סרטט קווים לדמותה של "אי הסבירות": בכל מקרה הסבירות תיבחן על רקע עובדותיו המיוחדות אל מול המטרה שהרשות

המנהלית מבקשת להגשים ומתן המשקל הראוי לאינטרסים הבאים בחשבון. היא תימדד באמות מידה אובייקטיביות (האם רשות ציבורית סבירה הייתה עשויה לקבל את ההחלטה שהתקבלה בפועל). נוסף על כך, לכל רשות מנהלית חופש בחירה לקבל החלטות שונות בתחומי הסמכות שהפקיד בידה המחוקק. היא יכולה להחליט לפעול או שלא לפעול, לקדם מהלכים בעוצמות משתנות וכיצא באלה. כל אלה יוצרים מתחם פעולה המכונה "מתחם הסבירות". ככלל, בית המשפט לא יחליף את שיקול הדעת המנהלי בשיקול דעתו שלו, ורק אי סבירות קיצונית היורדת לשורשו של עניין והמצוייה מחוץ ל"מתחם הסבירות" תצדיק לבטל את ההחלטה המנהלית.

מאז פסק הדין בעניין דפי זהב השתמש, ומשתמש, בית המשפט בעילת הסבירות כדי להגן על זכויות של פרטים או על אינטרסים ציבוריים מפני החלטות מנהליות פוגעניות, כחלק מיישום מטרות הליך הביקורת השיפוטית בדמוקרטיה. דוגמה מעניינת להגנה על זכויות פרטים תוך שימוש בעילת הסבירות אפשר למצוא בעתירת ויכסלבאום. מדובר בעתירה נגד הסירוב של שר הביטחון לאפשר הוספת כיתוב אישי וצירוף שמות אחים על מצבה של חלל צה"ל, כדי לשמור על אחדות בקבורתם של חללי צה"ל. העתירה בדיון הנוסף התקבלה ברוב דעות, ונפסק שהחלטת שר הביטחון לא הייתה סבירה, כי לא לקחה בחשבון את מלוא השיקולים הרלוונטיים, ובכללם שיקול רגשות קרובי החייל (דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995)). דוגמה נוספת אפשר להביא מעניין ווסר, שם נפסלה ההחלטה שלא למגן את כל כיתות התלמידים ביישובי "עוטף עזה" במיגון מלא, אלא להסתפק לשם כך בשיטת "המרחבים המוגנים". בית המשפט ציין את עוצמת האיום על חיי תלמידי עוטף עזה מפני רקטות ה"קסאם" ואת האפשרויות המעשיות שבאמצעותן אפשר להיטיב את ההתמודדות עם הסיכון. נפסק כי נוכח שיקולים אלה האיזון שערכה המדינה בין השיקול הביטחוני-מקצועי לשיקול התקציבי, חרג משמעותית ממתחם הסבירות. המדינה חויבה למגן את כל הכיתות הללו במיגון מלא (בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007)).

נוסף על כך, השימוש בעילת הסבירות כבעילה עצמאית מאפשר ביקורת שיפוטית מהותית על החלטות מנהליות שיש חשד כי הן נגועות בשיקולים זרים (כמו העדפת מקורבים או שקילת שיקולים פוליטיים פסולים) שקיים קושי להוכיחם. בשל הכללים הדיוניים המיוחדים החלים על בירורן של עתירות נגד החלטות של רשויות מנהליות, לעיתים אי אפשר לבסס עובדתית חשדות לשיקולים זרים שעמדו ביסוד החלטה מנהלית מסוימת. עילת הסבירות יכולה לאפשר פסילת החלטות מסוג זה. דוגמאות לשימוש בעילת הסבירות מקום שהיה קשה להוכיח שיקולים זרים, אפשר למצוא בעתירה שבה נפסלה החלטת מנכ"ל משרד הפנים שלא לאשר הקמת אצטדיון כדורגל בירושלים על רקע התנגדות אידאולוגית של המפלגות החרדיות להקמתו (בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529 (1989)); בעתירה שבה נפסלה החלטת עיריית נהריה על חלוקת זמן לאגודות ספורט לצורך אימונים בברכה העירונית, בשל מתן משקל יתר לשיקול ההישגיית שהיטיב עם האגודה המקורבת פוליטית לראש העיר (בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17 (1983)), ועוד היד נטויה.

השימוש בעילת הסבירות כבעילה עצמאית לבחינת שיקול הדעת המנהלי ולפסילת החלטות מנהליות, הוא גורם מרסן משמעותי למנהל הציבורי על כל שורותיו. די בידיעה של הרשות המנהלית כי סבירות החלטתה חשופה לביקורת – כדי לתמרץ אותה לשפר את הליך קבלת ההחלטות מלכתחילה. מובן כי יש בכך כדי לחזק את שלטון החוק ואת טוהר המידות בקרב רשויות המנהל. אבל בצד היתרונות הרבים הגלומים בהפעלת ביקורת שיפוטית על סבירות החלטת הרשות המנהלית, השימוש בעילת הסבירות כבעילת ביקורת עצמאית מעורר גם חששות וסיכונים לא מבוטלים. חששות אלו עמדו במרכז השיח המשפטי והשיח הציבורי וגם הוצגו בידי שופטים, אנשי אקדמיה ואנשי ציבור בכלל.

ביקורת עיקרית נגד השימוש בעילת הסבירות כבעילה עצמאית לפסילת החלטות מנהליות מצביעה על הקושי לצקת למבחן ה"סבירות" תוכן אובייקטיבי שיספק בסיס להערכת התוצאה המשפטית המתבקשת מהפעלתו. בתוך כך, קיים חשש שבית המשפט יחליף את שיקול הדעת של הרשות המנהלית בשיקול דעתו שלו, תוך פגיעה בעקרונות הדמוקרטיה ובהפרדת הרשויות שבבסיסה. ביקורת זו עלתה הן בנוגע להחלטות שיש בהן מרכיב מקצועי מובהק (שבהן אין לבית המשפט מומחיות), והן בנוגע להחלטות שבמרכזן שיקולים ערכיים נורמטיביים (בשים לב לכך שבית המשפט אינו מוסד נבחר או ייצוגי). נטען בהקשר זה כי מרבית ההחלטות המנהליות המובאות לביקורת שיפוטית נדרשות לאזן בין אינטרסים ציבוריים שכל אחד מהם חשוב בפני עצמו, וקבוצות חברתיות שונות חלוקות ביניהן אשר לאופן האיזון הראוי ביניהם. פסילה של החלטות כאלו בעילה עצמאית ויחידה של "אי סבירות", מעצם טיבה עלולה לחשוף את בית המשפט לביקורת ציבורית קשה. סיכון זה קיים גם אם פסק הדין יבהיר כיצד אי הסבירות נגזרת מאמות מידה אובייקטיביות ומדוע מדובר באי סבירות קיצונית; והוא קיים בפרט במדינה רבת-תרבותית כישׂראל, שכמעט שלא יימצא בה עניין שאינו שנוי במחלוקת ערכית בין קבוצות שונות. בהמשך לכך, חלק מהמבקרים הדגישו את העמימות הנטענת של עילת הסבירות תוך התייחסות לקושי לזקק מפסקי הדין שפסלו החלטות מנהליות מחמת אי סבירות, את המבחן המשפטי שעליו ביסס בית המשפט את הכרעתו. לפיכך, ובניגוד למהות המקורית שיוחדה לה בתור עילת ביקורת אובייקטיבית, יישומה בפועל עלול לייצר אוסף של החלטות בודדות וסובייקטיביות שאינן נשענות על כללים אחידים ושאינן מתמזגות למסכת אחת, כך שקשה לדלות מתוכן כללים ברורים ומנחים. הדבר עלול לפגוע בוודאות וביציבות המשפטית שכה רצויות והכרחיות להתנהלות של רשויות מנהליות וליכולת ההסתמכות של פרטים, ועלול גם להיראות שרירותי.

להמחשת המתח המובנה בין הפוטנציאל והיתרונות הגלומים בשימוש בעילת הסבירות כבעילה עצמאית לביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות, לחששות מפני השימוש בעילת ביקורת זו, ניתן להפנות אל המחלוקת שהתעוררה בין השופטים שדנו בעתירה נגד מינוי של חיים רמון לתפקיד שר ומשנה לראש הממשלה לאחר הרשעתו בפלילים (בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445 (2007)). מצד אחד, בית משפט השלום שהרשיע אותו לא הטיל עליו קלון, המונע לתקופה מסוימת כהונה בתפקיד שר.

מצד שני, היה מדובר במינוי לתפקיד רם בסמוך מאוד להרשעה. העתירה נדחתה ברוב דעות של השופטת פרוקצ'יה ושל השופט גרוניס מתוך עמדה של צמצום התערבות בית המשפט בהחלטות שלטוניות למצבים של חוסר סבירות קיצוני. לעומת זאת, השופטת ארבל סברה בדעת מיעוט שיש לפסול את המינוי מחמת חוסר סבירות. בהקשר שבו אנו עוסקים מעניין לציין את חילוקי הדעות בקרב דעת הרוב עצמה. השופט גרוניס עמד על הקשיים הנלווים לשימוש בעילת הסבירות, שבטעניים יש לטענתו לצמצם מאוד את השימוש בה ולייחדו רק למקרים שבהם אי אפשר להשתמש בעילות ה"קלאסיות". לעומתו, השופטת פרוקצ'יה (וגם השופטת ארבל) עמדו על החשיבות של העילה ועל חיוניותה להפעלת ביקורת שיפוטית ראויה ולהגנה על פרטים ועל האינטרס הציבורי מפני החלטות מנהל פוגעניות, והתנגדו לצמצום השימוש בה.

הוויכוח בעניין זה חי ובוטט, אך קשה להעלות על הדעת ביקורת שיפוטית יעילה על המנהל הציבורי ללא שימוש כלשהו בעילת הסבירות. יש לזכור כי במקרים רבים גם כאשר קיימים שיקולים זרים, קשה להוכיחם. במובן זה חשוב לשמר ביקורת מסוג של אי סבירות, שאינה דורשת בחינת "כליות ולב". אפשר גם להתבונן בעניין דפי זהב עצמו. התקשרות בחוזה בלי לבחון חלופות אחרות היא החלטה שעלולה לפגוע קשות באינטרס הציבורי. גם אם אינה נגועה בשיקולים זרים, חשוב שתהיה אפשרות לבקר אותה.

מכל מקום, ההתערבות בהחלטות המנהל מחמת העדר סבירות ממילא משתנה בהתאם למהות העניין. ככל שעל הפרק החלטה מקצועית יותר של הרשות המנהלית, כך נוהג בית המשפט בריסון רב יותר. אם מדובר בעניין של מדיניות, הגם שהכשירות של בית המשפט לפסול החלטה מחמת העדר סבירות, רבה יותר – בית המשפט מוכוון באמצעות "מתחם" של סבירות, ולא בנקל יקבע שהחלטת הרשות חרגה ממתחם זה, גם אם הוא עצמו היה מקבל החלטה שונה. מאז פסק הדין בעניין דפי זהב אין עוד עוררין על ההכרה שעילת הסבירות היא עילה עצמאית לביקורת שיפוטית על החלטות המנהל בישראל. בפועל, שאלת ה"התערבות" בשיקול דעת המנהל היא בעלת משקל (או לא) בהתאם למדיניות השימוש בעילת הסבירות. ככל שבית המשפט יקפיד יותר על שימוש בעילת הסבירות רק במקרים של חריגה "קיצונית" או "מהותית" ממתחם הסבירות – הקשיים הטמונים בעילה זו יתעמעמו, ולהפך.

למרות הביקורות שהושמעו נגד השימוש בעילת הסבירות כבעילה עצמאית לפסילת החלטות של רשויות מנהליות, השימוש שנעשה בה עד כה היה שימוש מתון ומבוקר, ובעקבות הביקורות אף ניתן לזהות מגמה נוספת של משנה זהירות בהקשר זה. יש להניח, ולקוות, שהתבונה של השופטים ורגישותם למרקם היחסים העדין בין הרשות השופטת לרשות המבצעת יאפשרו להוסיף לעשות שימוש מושכל בעילת הסבירות גם בעתיד, תוך הליכה זהירה ומחושבת על החבל הדק שבין החתירה המתמדת לביצור שלטון החוק בשלטון לבין השאיפה לשמור על חירות הפעולה של רשויות המנהל בניהול ענייני המדינה בתחומי סמכותן ומומחיותן.

# מלאכת השיפוט ומהפכת חופש המידע

ענ"ם 3908/11 הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר (22.9.2014)

## רון גולדשטיין

מאז העת העתיקה מנסות חברות אנושיות להתמודד עם העומס המוטל על מערכות המשפט שלהן. למעשה, כבר בספר שמות מסופר כי בעת ששפט משה את העם, הוא נשא לבדו בעול הכבד של השפיטה מתוך מסירות מוחלטת לתפקידו וישב "לְשֹׁפֵט אֶת הָעָם... מִן הַבֶּקֶר עַד הָעֶרֶב" (שמות יח 13). יתרו, חותנו של משה, אשר ראה כמה כבד העומס עליו, התריע כי עליו להרוג ממנהגו לשפוט לבדו והציע לו לאצול סמכויות שיפוט לאנשים נוספים. כך, למעשה, הוקמה מערכת השיפוט הראשונה של עם ישראל במענה לבעיית העומס.

ההתמודדות עם בעיית העומס השיפוטי והעניין הציבורי שהיא מעוררת מלווים את דרכה של מערכת המשפט הישראלית עוד מימי קום המדינה. כך, למשל, כבר בשנת 1951 דווח בעיתון "חרות" על עומס קשה במערכת בתי המשפט אשר הוביל לכך שחודש נובמבר של אותה שנה "יוקדש כולו לשמיעת וכן סיום משפטים פליליים, אשר הצטברו למאות ולאפים בתיקי בתי המשפט" (חרות 31.10.1951, 2). בידיעה אחרת שפורסמה באותו עיתון כשמונה שנים לאחר מכן, תואר כי "המחסור בשופטים בבתי המשפט שלנו הפך למכה הפוגעת ברבים... המצב הגיע לידי ממדים כאלה שעורך־דין בעל מצפון חייב היה ליעץ לשולחו לא להזדקק לבית־משפט" (חרות 2.10.1959). וכעת נדלג בזמן קדימה פעם נוספת: בכתבה משנת 1983 שפורסמה בעיתון "מעריב" דווח כי בבית המשפט העליון חולפות שלוש שנים עד שערעור אזרחי מובא לפני השופטים, וחצי שנה נוספת עד מתן פסק הדין (מעריב: סופשבוע 28.1.1983, 9). אלו דוגמאות ספורות מני רבות המלמדות כי כבר מקום המדינה חזרו ועלו שאלות שעניינן העומס השיפוטי. זאת מתוך הכרה בכך שהקלה בעומס שבו נושאים השופטים היא הכרחית לצורך הבטחת זכויות אדם בסיסיות ל"צרכני" מערכת המשפט, ובהן זכות הגישה לערכאות והזכות למשפט הוגן, וכדי להגן מפני עינוי הדין הכרוך בהתמשכות ההליכים המשפטיים. הסיבות לעומס הן רבות ומגוונות, ונראה כי הסיבה המרכזית לכך היא שמספר השופטים בישראל נמוך ביחס לעולם, ואילו מספר עורכי הדין גדול פי ארבעה מהמוצע העולמי.<sup>1</sup>

1 גלי אביב ודליה ארנטל עומס העבודה השיפוטי במערכת בתי המשפט בישראל (מחלקת המחקר של הרשות השופטת 2021).



ככל שחלפו השנים ועל רקע העניין הציבורי הרב בנושא החלה מערכת בתי המשפט לפרסם לציבור מיוזמתה נתונים שונים על היקף העומס המוטל על השופטים ועל מספר התיקים הממתינים להכרעה. כך, בריאיון שהתקיים עימו בשנת 1990 ציין מנהל בתי המשפט הפורש, השופט מרדכי בן-דרור, כי "יש מיליון תיקים פליליים ואזרחיים בשנה... גם אם ימונו עוד מאה שופטים, לא יעזור הדבר... על השופטים רובץ עומס כבד מדי ו'זה לא בריא לא רק לשופטים אלא גם לציבור...' (מעריב: משפט 8.7.1990). לפיכך לא פלא שמערכת בתי המשפט פועלת כל העת למדוד את תופעת העומס ולבדוק אותה כדי לתת לה מענה וכדי לשפר את השירות שהיא נותנת לציבור. תפיסה זו – שלפיה מה שאינו ניתן למדידה אינו ניתן לניהול – היא שעומדת בבסיס השאיפה המתמדת למדוד את הביצועים של הרשות השופטת ולבחון אותם. אין מדובר ב"רדיפה" אחר מספרים, אלא בתורת ניהול שלמה המאפשרת לנצל באופן המיטבי ביותר את המשאבים המוגבלים של בתי המשפט. ואכן, מהלכי התייעלות רבים שנקטו בשנים האחרונות על בסיס הנתונים המדידים, הובילו לשיפור משמעותי בקצב סגירת התיקים בבתי המשפט, כפי שמעלים הדוחות הסטטיסטיים שמפרסמת הנהלת בתי המשפט מדי שנה בשנה.

בשנת 2009 אותגרה מערכת בתי המשפט בידי העיתון הכלכלי "דה מרקר", אשר סבר כי אין די בנתונים הסטטיסטיים שמפרסמת מדי שנה הנהלת בתי המשפט בנוגע להיקף העומס השיפוטי. העיתון ביקש לקבל מהנהלת בתי המשפט נתונים בדבר מספר התיקים המצויים במלאי של כל אחד מהשופטים של בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון, ואת משך חיי התיק מאז פתיחתו. הנהלת בתי המשפט הסכימה להעברת הנתונים, לרבות חלוקתם בין שופטים – אבל בלי לציין כל שופט בשמו. לעומת זאת, העיתון ביקש שקיפות מלאה שתכלול גם התייחסות שמית-פרטנית לכל שופט. מחלוקת זו הולידה את אחד התקדימים החשובים בנושא של "חופש המידע" במדינת ישראל, שידוע בכינוי עניין דה מרקר (ע"מ 3908/11 הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר (22.9.2014)).

הדרישה של עיתון "דה מרקר" לקבל את המידע בדבר מספר התיקים המצויים במלאי של כל שופט תוך זיהויו האישי, לא הייתה יכולה לקרום עור וגידים אלמלא הוראותיו של חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, שנחקק כמה שנים קודם לכן ושמורה כי "לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית, בהתאם להוראות חוק זה" (כלשוננו של סעיף 1 לחוק). לצד זאת, מונה החוק כמה סייגים לתחולתו.

סטיוארט ברנד, מהאבות של תרבות האינטרנט, קבע בשנת 1984 בכינוס ההאקרים הראשון כי מידע רוצה להיות חופשי. בכך הוא ביטא את השאיפה של רבים להפוך את המידע בעולם בכלל ובאינטרנט בפרט לחופשי, חינומי ונטול הגבלות. מהפכת חופש המידע, אשר צברה תאוצה במדינות רבות בעולם במהלך העשורים האחרונים, החלה למעשה עוד לפני כ-250 שנה, כאשר אנדרס חידניוס, כומר מפנילנד שהיה חבר בפרלמנט השוודי, הצליח לקדם בפרלמנט השוודי תיקון חוקתי אשר עיגן כבר בשנת 1766 את זכותו של הפרט לקבל מידע מרשויות השלטון. היה זה מהלך פורץ דרך ושובר מוסכמות אשר סייע לקדם בשוודיה נגישות ו שקיפות לפעולות

השלטון. בחלוף כמאתיים שנים מעת חקיקת חוק חופש המידע הראשון בעולם בשוודיה, נחקק בשנות השישים של המאה הקודמת חוק דומה בארצות הברית, ובעשורים שחלפו לאחר מכן נחקקו דברי חקיקה דומים בעשרות מדינות אחרות. כולם סייעו להגביר את האמון ברשויות השלטון ולממש את ערכי הדמוקרטיה, שכן ללא זרימת מידע קשה לממש בצורה מושכלת את הזכויות הדמוקרטיות ולסקר את מעשי השלטון.

בישראל כלל השקיפות השלטונית והזכות הבסיסית המוקנית לכל אדם לקבל מידע מהרשות הציבורית, שהיא מיסודות התרבות הדמוקרטית, הובטחו תחילה מכוח עקרונות שהותו בפסיקה של בתי המשפט. "כל ה'סודיות' הזו" – כתב השופט ויתקון עוד בשנת 1967 – "המקימה מחיצה ופורשת מסך בין השלטון ובין האזרח, לא יכירנה מקומה במינהל תקין במשטר חפשי. יש ומן הסתם היא נובעת מגאוות השררה ויש והיא נותנת מקום לחשד שבאמת יש מה להסתיר" (בג"ץ 337/66 עזבון פיטל נ' ועדת השומה שלייד עיריית חולון, פ"ד כא(1) 69, 71 (1967)). באותה עת הדברים כווננו בעיקר לזכותו של הפרט לקבל מידע הנוגע לו עצמו. בהמשך, בדומה למדינות רבות בעולם, נחקק חוק חופש המידע, המקנה כאמור זכות כללית יותר לקבל מידע מרשויות השלטון, כפוף לחריגים שקבע החוק (הנוגעים לשמירה על אינטרסים חשובים אחרים, דוגמת ביטחון ופרטיות).

חוק חופש המידע חל גם על גופים "בעלי סמכות שפיטה על פי דין – למעט לגבי תוכנו של הליך משפטי" (סעיף 2 לחוק). אחד הסייגים שנקבעו בחוק לכלל של זכות עיון ושעמד במרכז פסק הדין בעניין דה מרקר, קובע כי הרשות אינה חייבת למסור מידע אשר גילוי עולול לשבש את התפקוד התקין של הרשות הציבורית או את יכולתה לבצע את תפקידיה.

הנהלת בתי המשפט טענה במענה לדרישת העיתון "דה מרקר" כי יש להבחין בין מידע מוסדי למידע אישי. בהתאם לכך היא הייתה נכונה לבטא את ערך השקיפות באמצעות מסירה של נתונים כמותיים סטטיסטיים לגבי העומס במערכת. אשר למידע אישי, חשיפת העומס המוטל על כל שופט ושופט תוך זיהום האישי תגרום לשיבוש פעולת בתי המשפט או היכולת של השופטים לבצע את תפקידם. בהקשר זה נטען כי המידע המבוקש אינו יוצר תמונה מהימנה מספיק של העומס על המערכת או על שופט מסוים בה. עוד נטען כי התמונה המעוותת שייצור מידע זה תפגע בשופטים בדרכים שונות, לרבות פגיעה בשמם הטוב, גרימת תחושת עוול ופגיעה בתפקוד השופטים שיישפטו ברבים על בסיס גורמים מדידים בלבד שאינם משקפים את איכות עבודתם וטיבה, ובלי שיש לשופט הבודד יכולת להגן על שמו הטוב ברבים. כפועל יוצא מכל אלה, טענה הנהלת בתי המשפט, אמון הציבור בשופטים ייפגע מאוד כתוצאה מפרסום של מידע חלקי ומעוות. באין הסכמה, מימש "דה מרקר" את זכותו להגיש עתירה מנהלית בנושא לבית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (עת"ם (מנהליים י"ם) 43366-03-10, עיתון דה מרקר נ' מנהל בתי משפט (14.4.2011)). העתירה נדונה לפני הנשיאה מוסיה ארד, והיא הורתה על קבלתה כמובן זה שהנהלת בתי המשפט תהיה מחויבת לפרסם את הנתונים המבוקשים בצירוף שמות השופטים.

הנהלת בתי המשפט לא השלימה עם פסק הדין וערערה עליו לבית המשפט העליון. המחלוקת בשאלה האם יש לפרסם את נתוני עומס התיקים לצד השמות הפרטניים של השופטים, הובאה להכרעה של הרכב מורחב, והוא הוציא תחת ידו פסק דין תקדימי ברוב דעות (השופטים ארבל, ג'ובראן, חיות, דנציגר ופוגלמן נגד דעתו החולקת של השופט הנדל, והשופט רובינשטיין אחז בעמדת ביניים).

היה זה מקרה מיוחד שבו נקרתה בדרכם של שופטי בית המשפט העליון, "בשר מבשרה של המערכת", כפי שציינה השופטת ארבל בפסק דינה (פסקה 17), ההזדמנות להתבונן פנימה, לתוך קרביה של מערכת בתי המשפט, ולערוך דיון מעמיק בסוגיות תקדימיות הנוגעות לחובות של מערכת בתי המשפט להחיל על עצמה נורמות של שקיפות, פתיחות והנגשה של מידע לציבור. בתוך כך גם דן בית המשפט במהות התפקיד השיפוטי, בחוסן האישי הנדרש ממי שממלא תפקיד זה, ובהיקף הביקורת על התנהלות השופט במסגרת מילוי תפקידו בתור כלי לשיפור אמון הציבור במערכת השפיטה כולה.

בפסק הדין דחתה דעת הרוב את הטענות של הנהלת בתי המשפט אחת לאחת והבהירה כי דווקא בהינתן רום הכהונה השיפוטית ישנה חשיבות רבה למנגנונים המבטיחים את השקיפות של בתי המשפט ואת הבקרה עליהם. על כן, כך נקבע, קשה לקבל את הטענה של הנהלת בתי המשפט כי דווקא פרסום הנתונים המספריים על אודות התיקים שבטיפולו של כל שופט הוא שיוביל לפגיעה קשה בהם. עוד נקבע בהקשר זה כי עמדה זו של הנהלת בתי המשפט עומדת בסתירה לשקיפות ולאופן ההתנהלות המאפיינים את המערכת ביומיום באולם בית המשפט ובפסיקת הדין.

השופטת ארבל, שכתבה את פסק הדין העיקרי, הוסיפה וציינה כי הטענות של הנהלת בתי המשפט אינן נותנות למעשה משקל ראוי לרף האישי, המקצועי והערכי הגבוה שבו נדרש השופט לעמוד, כמו גם לרף האחריות הגבוה ביותר המצופה ממנו. רף אחריות גבוה זה כרוך, כפי שנקבע, גם בחשיפה לביקורת כחלק מהתפקיד השיפוטי. החוסן הפנימי של השופטים והחוסן של המערכת כולה יאפשרו להם לשיטתה להתמודד גם עם פרסומים שליליים אם יהיו כאלה. שופטים נוספים הסכימו עם השופטת ארבל במסקנתה שלפיה יש לחייב את הנהלת בתי המשפט לפרסם את נתוני העומס הפרטניים של שופטי בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון בצירוף שמות השופטים. גם הם הדגישו כי התפקיד השיפוטי מחייב – מעצם הווייתו – שקיפות מרבית שהיא תנאי בלעדיו אין לביסוס אמון הציבור במערכת המשפט. השופט פוגלמן ציין כי זוהי תפיסת יסוד המתבטאת, בין היתר, בעקרון פומביות הדיון ובחובת ההנמקה. שופטי הרוב לא התעלמו מהקשיים הכרוכים בהחלטה. כך, השופטת חיות ציינה את החשש כי הדגש המיוחד בעילות פעולתה של הרשות השופטת ופרסום התיקים התלויים ועומדים אצל כל שופט בנפרד, אכן עלולים "לנשוף בעורפם" של השופטים ולגרום להם להאיץ יתר על המידה את הדיונים ואת מתן פסקי הדין על חשבון איכותם (פסקה 3). עם זאת, לא היה בכך כדי לשנות את מסקנתה.

מנגד, חשש זה הוביל את השופט הנדל לקבוע בדעת מיעוט כי יש לקבל במלואה את העמדה של הנהלת בתי המשפט. השופט הנדל סבר כי התועלת בפרסום מידע אישי שולית כיוון שכבר מפורסם המידע המוסדי, ומנגד פרסום כזה יגרום לנזק רב. הוא סבר כי הפניית זרקור רב עוצמה לעבודה של השופט הבודד תפגע בוודאות קרובה ביעילות עבודתם של שופטים, וכפועל יוצא מכך בוז של המערכת בכללותה. השופט רובינשטיין סבר כי יש לנקוט עמדת ביניים שלפיה יש לאפשר את פרסום הנתונים הנוגעים לשופטי בית המשפט העליון בלבד, בשל בכירותו וכדי למנוע מראית עין שמבקש הוא למנוע את הפרסום בנוגע לנעשה בו. לעומת זאת, אשר לנתונים הנוגעים לשופטי בתי המשפט המחוזיים ההחלטה תתקבל לאחר תקופה שבה יופקו הלקחים מהשלכות פרסום המידע האישי בבית המשפט העליון.

בסופו של דבר, שופטי הרוב – השופטים ארבל, ג'ובראן, חיות, דנציגר ופוגלמן – באו לכלל מסקנה כי החששות הנובעים מפרסום הנתונים שביקש העיתון אינם מגיעים לדרגת ודאות קרובה כי תתרחש פגיעה בתקינות פעולתה של הרשות השופטת אם יימסר המידע המבוקש. מאחר שכך, נקבע כי ידה של הזכות לדעת על העליונה במקרה זה. כמו כן הדגישה בהקשר זה השופטת חיות כי מסקנה זו יפה ביתר שאת לרשות השופטת, המורה לא אחת על אכיפתה של זכות זו ועל יישומה בכל הנוגע לרשויות אחרות. על כן נקבע כי חשוב שבית המשפט העליון יפעל בעניין זה כאמרתם של חז"ל בבחינת "נאה דורשים ונאה מקיימים".

לפסק הדין שניתן בעניין דה מרקר חשיבות מיוחדת מעבר לביסוס הזכות לקבל מידע בהתאם לחוק חופש המידע, ולדיון המעמיק והחשוב על אודות מעמדו של השופט ועל החוסן הנדרש ממנו. פסק הדין מעביר מסר חשוב הנוגע לביקורת העצמית שהרשות השופטת מפעילה לגבי פעילותה: מערכת בתי המשפט צריכה, ומחויבת, להחיל על עצמה אותן אמות מידה שהיא דורשת מרשויות שלטון אחרות ומחילה עליהן, אם לא למעלה מכך.

פסק הדין החשוב של בית המשפט העליון בעניין דה מרקר לא היה סיום של דרך, אלא להפך. גם לאחר שניתן נמשכים המאמצים להרחבת השקיפות של המערכת. בהקשר זה אבקש לסיים בתובנות משלי המבוססות על ניסיוני בעת שכיהנתי בתפקיד הרשם המנהלי של בית המשפט העליון. במסגרת תפקיד זה טיפלתי במאות בקשות לקבל מידע שהוגשו בהתאם להוראות החוק. הבקשות הללו הכבידו לעיתים על העבודה השוטפת וחייבו הקצאת משאבים משמעותית אשר גרמה לא אחת לעיכובים בטיפול במשימות מנהליות אחרות. עם זאת, לנוכח החשיבות הרבה שהרשות השופטת מייחסת לערכים של שקיפות ונגישות, הושקעו משאבים רבים במתן מענה מקיף ומלא ככל הניתן לכל פנייה שהתקבלה, ולעיתים אף נמסר מידע רחב מזה שהתבקש. היו גם מקרים שבהם בקשות לקבלת מידע מכוח החוק הובילו לחשיבה מחודשת בדבר פרסום יוזם ותקופתי של נתונים שעד אז לא פורסמו לציבור כלל. חרף ההכבדה והעומס הכרוכים בטיפול בבקשות המוגשות לפי חוק חופש המידע, אין ספק כי הטיפול בהן קידם – וממשיך לקדם – ערכים חשובים של שקיפות ונגישות, והגביר את אמון הציבור במערכת. זו, אולי, אחת התרומות החשובות ביותר של חוק חופש המידע: ביסוס אמון הציבור במערכות השלטון.



# דת ומדינה



## מבט דור הראשונים על חופש הדת במדינה יהודית ודמוקרטיה

בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962)

### אילה פרוקצ'יה

שבעים וחמש שנות קיומה של המדינה הן תקופה רבת-משמעות בהתפתחותם של החברה והמשפט בישראל. יש עניין רב במבט אל "דור הראשונים" ואל פסיקת הראשונים כדי לבחון את מבטם שלהם על ערכי היסוד של המדינה כפי שהם חזו אותם בסמוך לאחר קום המדינה, וכיצד ערכים אלה התפתחו עם מיסודם של מוסדות המדינה ושינויי העיתים. כמה פסקי דין שניתנו בדור הראשונים קנו להם מקום היסטורי של אבני פינה במשפט הישראלי. חשיבותם אינה מיטשטשת גם בצד ההתפתחות הענפה של ההלכה הפסוקה שהולכת עם הזמן, שחושפת את מכלול הוויות החיים של החברה והפרט בישראל ושממודדת עם שאלות הרוח גורל המעסיקות את האדם והמדינה. מה מייחד אותם פסקי דין ספורים שנתרו בתודעת המשפט כנכסי צאן ברזל, ושמאירים עד היום את המחשבה המשפטית והאנושית? מדוע זוכים פסקי דין אלה למה שניתן אולי לכנות "חיי נצח"?

הפרשה הידועה בכינוי עניין פרץ נ' כפר שמריהו (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962)) היא אחת מאותן פסיקות שהשתמרו בזיכרון המשפטי-היסטורי, ונעמוד כאן על משמעותה. זהו פסק דין קטן מידות וקצר הנמקה שמשקלו ועומקו המשפטי אינם עומדים ביחס דומה להיקפו.

הרי סיפור המעשה: בתחילת העשור השני לקום המדינה בישוב כפר שמריהו פעל בית כנסת אחד בלבד, שבו נתקיימה מסורת תפילה אורתודוקסית. העותרים, תושבי המקום, ביקשו לממש את רצונם להתפלל על פי מסורת היהדות המתקדמת, שאותה לא יכלו לממש בבית הכנסת הקיים. לקראת שמחת תורה פנו העותרים למועצה המקומית בבקשה לשכור אולם שהיה בבעלותה, לצורך תפילת החג. המועצה השיבה בשלילה.

טעמי התנגדות המועצה היו בעיקרם אלה: ביישוב קיים בית כנסת אחד שבידו לספק את הצרכים הדתיים של כל תושבי המקום; חוגים מסוימים ביישוב הביעו לפני המועצה התנגדות נחרצת להשכרת האולם למטרת תפילה על פי מסורת לא אורתודוקסית וציינו כי יראו בכך פגיעה חמורה ברגשותיהם; היישוב מתאפיין בשאיפה לקיים אחדות בחיי הציבור המתגורר בו, והמועצה מבקשת לקדם שאיפה זו ולמנוע פילוג. השכרת אולם בנסיבות האמורות תתרום



לפילוג הצפוי. מעבר לכך, נטען שהחלטת המועצה שלא להשכיר את האולם שבבעלותה היא פעולה בתחום המשפט הפרטי, להבדיל מפעולה שלטונית. מדובר בנכס שמשכירה המועצה, ובכך דומה מצב הדברים, לכאורה, לזה של בעלי נכסים פרטיים המשכירים נכסיהם בשוק הפרטי. לפיכך נתון לה שיקול דעת מלא מה ייעשה בנכסיה, ואין לכפות עליה השכרה בניגוד לרצונה.

העותרים פנו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בבקשה לחייב את המועצה לשנות את החלטתה ולהשכיר להם את האולם. בית המשפט דן בעתירה בהרכב השופטים יואל וזסמן, אלפרד ויתקון וחיים כהן, קיבל אותה והורה למועצה היישוב להשכיר לעותרים את האולם לתפילת החג. מחמת האופי העקרוני של הדיון, לצד חוות הדעת הראשית שכתב השופט כהן, גם שני החברים הנוספים בהרכב הוסיפו דברים משלהם, וכל אחד מהם האיר היבטים שונים שהעמיקו את הניתוח של הסוגיות ואת הבנתן.

פסק הדין ייחס משקל למעמדה של ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, הידועה בכינוי הכרזת העצמאות. הוא ציין שההכרזה הבטיחה מפורשות חופש דת ופולחן לכל אזרח במדינה. גם אם לא העניקה לפרט זכות על דרך של תביעה משפטית, הרי "אורח חייהם של אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח נר לרגליה" (עמ' 2116).

ומהו חופש הדת? אמונה דתית ופולחן הם "דברים שבלב" שאינם נמדדים בקנה מידה אובייקטיבי השווה לכול. עניינו של כל פרט הוא להחליט מהי עבודת הקודש וצורת התפילה שבהן ימצא מענה לרגשותיו. השונות בין בני אדם בדרכי האמונה הרצויות להם עלולה לגרור פגיעה ברגשות, אבל אין בפגיעה כזו כדי להצר את חופש האמונה. גם החשש מפילוג בין קהילות דתיות אינו עילה המצדיקה פגיעה כזו, שאחרת חופש הדת יתרוקן ממשמעותו. אין להשיג אחדות בציבור על דרך של כפייה ופגיעה בחופש המצפון והדת.

כזכור, המועצה השליכה יתבה גם על כך שהחלטתה בנושא השכרת האולם היא החלטה בעלת אופי פרטי או עסקי, בדומה להחלטת בעל נכסים פרטי ברכושו, ולכן אין מקום להתערב בה. גם טענה זו נדחתה. נפסק כי בהחלטתה בעניין השכרת האולם פועלת הרשות בתור "נאמן כלפי הציבור" וממלאת תפקיד ציבורי על פי דין גם בשימוש בנכסיה. בהיותה כזו, ובהבדל מאדם פרטי העושה בנכסיו, היא כפופה לאמות המידה המקובלות במשפט הציבורי. בעניין זה אין הבחנה בין פעולה בנכס הנעשית בידי רשות ציבורית במסגרת המשפט הציבורי לפעולה הנעשית בידיה במסגרת המשפט הפרטי. כך או כך, הרשות חבה חובה לכבד את חופש הדת של הפרט והקהילה ולנהוג יחס שוויוני כלפי הקהילות השונות. במקרה זה עמדו לעותרים הזכויות לחופש דת ולשוויון ביחס לקהילה המסורתית ביישוב. בסירובה להשכיר להם את האולם לצורך תפילה, המועצה הפלתה אותם לרעה ביחס לאחרים על יסוד נימוקים פסולים. לפיכך יש מקום להתערבות שיפוטית לביטול ההפליה ולחיוב המועצה להשכיר לעותרים את האולם. ראוי לציין כי כדי להגשים את חופש הדת בתנאים של שוויון, בית המשפט לא הסתפק באיסור על הרשות הציבורית לפגוע בחופש הדת בדרך של כפייה, ואף לא התיר לה להסתפק

בנקיטת עמדה ניטרלית, בבחינת "שב ואל תעשה". הוא חייב אותה במעשה אקטיבי: השכרת האולם לתפילה. אכן, השגת השוויון אפשרית, בין היתר, כאשר מובטחת נגישות ממשית למשאבים הציבוריים לפרט ולקהילות.

התרומה של התקדים שנקבע בעניין פריץ נ' כפר שמריהו לפיתוח המשפט משתקפת בשלושת המישורים שפורטו: מעמדה של הכרזת העצמאות בתור מקור משפטי לערכי היסוד שעליהם הוקמה המדינה; מהותה של זכות היסוד לחופש דת ופולחן ומשמעותה המורכבת במדינה יהודית ודמוקרטית; ומעמדה של הרשות הציבורית בעשייה בנכסיה בתורת "נאמן הציבור".

הכרזת העצמאות נושאת אופי של אקט מדיני בעל נפקות משפטית ומבטאת את מערכת ערכי היסוד של המדינה. ערכים אלה בעיקרם הם זכות ההגדרה העצמית-הלאומית של העם היהודי; "הפן הדמוקרטי" של המדינה במישור המוסדי הנוגע למהלכי השלטון, ובמישור המהותי של זכויות האדם; והפן היהודי של המדינה. אף שההכרזה אינה נושאת אופי חוקתי, היא משמשת לאורך השנים מסמך יסוד משפטי שבהשראתו מתפתחת הפסיקה בישראל, ושעל פיו מתפרשים חוקי המדינה וחוקי היסוד. חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אף מורים במפורש כי יש לכבד את זכויות היסוד של האדם ברוח עקרונות הכרזת העצמאות.

בזכויות האדם המפורשות בהכרזת העצמאות מצויות גם הזכויות לשוויון ולחופש דת ומצפון. עקרונות הכרזת העצמאות הן "המטרייה הנורמטיבית" השורה על המשפט כולו, בבחינת "הנשמה היתרה של המשפט". ההכרזה מבטאת את חזון העם ואת ה"אני מאמין" שלו. כבר בתחילת דרכה של המדינה שימשה ההכרזה מקור לפיתוחן של זכויות אדם פרטניות – ובהן חופש הביטוי בפרשת קול העם<sup>1</sup> וחופש הדת והפולחן במקרה שלפנינו.

חופש הדת והפולחן הוכר לראשונה בפסק הדין מושא ענייננו בתור זכות יסוד פסיקתית של האדם, המוכרת בידי בתי המשפט והמפותחת בידיהם, בהשראת הכרזת העצמאות. שנים לאחר מכן, בעקבות חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוכר חופש זה בתור זכות-בת חוקתית של האדם מכוח ערך "כבוד האדם" שבחוק היסוד. זכותו של אדם לאוטונומיה של הרצון הפרטי מולידה את חופש האמונה הנובע מאישיותו של האדם, מתפיסת עולמו, מצו מצפונו ומייחודו בתור פרט; לכל אלה זיקה ישירה לכבודו כאדם. חופש האמונה משמעו גם החופש לבחור בזרם הדתי הרצוי לאדם, וגם החופש שלא להאמין בדת כלשהי אלא לחיות כחילוני. גם החופש במשמעות אלה נגזר מכבוד האדם.

פסק הדין בעניין פריץ נ' כפר שמריהו משקף את ההכרה המזוקקת בחופש האמונה, ובמקרה זה את החופש להשתייך לקהילה דתית בעלת מסורת משלה שאינה נמנית עם הזרם האורתודוקסי המקובל. הוא קובע את חובתו של השלטון לאפשר לקהילה כזו לממש את אמונתה בלא כפייה ובתנאים של שוויון. חובה זו של השלטון היא חובה אקטיבית שעניינה מעשים ופעולות למימוש השוויון, ואין די בגישה ניטרלית של הימנעות מכפייה או אי התערבות מצד השלטון.

1 ראו רשימתו של אהרן ברק בספר זה, עמ' 25.

אבל מאז ניתן פסק הדין, מציאות החיים בנושאי דת ומדינה הפכה למורכבת בתנאי הארץ ותושביה. ככל זכות חוקתית, כך גם חופש הדת והחופש מדת נתונים להגנה יחסית בלבד של המשפט. היקף ההגנה מותנה באיזון המידתי בין זכויות אלה לזכויות נוגדות של הזולת (למשל, זכות האדם הדתי מול זכות האדם החילוני או זכות האדם האורתודוקסי מול זכות אדם דתי בזרם דתי שונה), או בינן לתכליות ציבוריות חשובות שיש להגשימן בחברה רב־תרבותית.

מבין התכליות הציבוריות האלה בולט ערך היסוד בהכרזת העצמאות שעניינו "מדינה יהודית". בהקשר זה עולות שאלות: מהו הצביון היהודי של המדינה שההכרזה ראתה לנגד עיניה? וכיצד יש ליישב בין יהדותה של המדינה לערכים דמוקרטיים של זכויות האדם, ובהם חופש דת וחופש מדת?

האם "מדינה יהודית" משמעה מדינה שאורחות חייה כפופים לערכי היהדות האורתודוקסית המסורתית, שאז ממילא נפגם השוויון כלפי זרמים לא אורתודוקסיים וכלפי חילונים? או שמא זו יהדות במובנה המורשתי הרחב המקיפה את התרבות היהודית על כל גווניה, כזו המסוגלת להכיל את כל זרמי הדת ואף את הציבור החילוני בתוכה? האפשרות הראשונה מתקשה ליישב בין מדינה יהודית למדינה דמוקרטית המכבדת חופש דת בתנאים של שוויון. האפשרות השנייה מאפשרת שמירה על צביון יהודי בשילוב עם מתן חופש יחסי לזרמי הדת השונים ולחילוניות. שאלות אלה מצויות במחלוקת עמוקה ובעולם של ניגודים בציבוריות הישראלית. הן נענו בחקיקה ובפסיקה הישראלית בצורות שונות. חלק מההסדרים מאמצים תפיסה דתית מסורתית המוטלת על כלל הציבור (למשל, נישואין וגירושין על פי דין תורה וכן הגבלות שונות בשבת ובכשרות).<sup>2</sup> חלק מהם מחפשים, ומוצאים, את הדרך לעגן צביון יהודי למדינה בראייה רחבה תוך הכרה הולכת וגוברת בזכויות של זרמים דתיים לא אורתודוקסיים (למשל בענייני גיור וזכות תפילה במקום קדוש), ובזכות של הציבור החילוני לעצב את אורחות חייו במרחב הציבורי (למשל ברשויות מקומיות שיש בהן רוב חילוני).

בראייה כוללת, עד כה לא רק שלא הושג שוויון בין הקהלים הדתיים השונים ובינם לחילונים, אלא גם נוצר אי שוויון בולט במתן הנחות ופטורים לבני הקהילה החרדית מנשיאה בנטלים אזרחיים המוטלים על החברה כולה, כגון הפטור מגיוס בחורי ישיבות לצה"ל<sup>3</sup> והפטור שניתן לחלק מבתי הספר בחינוך החרדי מלימודי הליכה שנועדו להבטיח שוויון הזדמנויות וקיום מכנה משותף בסיסי בין מגזרי החברה. המחלוקת העמוקה בשאלה מהו הצביון היהודי הראוי של המדינה משפיעה במישרין על תוכנן של זכויות האדם לחופש דת וחופש מדת, וממילא גם על מהות חובתן של הרשויות הציבוריות להגן על זכויות אלה לא רק באופן סביל, אלא גם באופן פעיל, כרוחו של פסק הדין בענייננו.

2 ראו רשימותיהם בספר זה של עודד שחם, עמ' 319, וצבי ויצמן, עמ' 308.

3 ראו רשימתו של מנחם (מריו) קליין בספר זה, עמ' 331.

אנו מצויים במערך מורכב של מדינה המבקשת לסרטט את צביונה היהודי תוך ניגוד פנימי חריף בין תפיסת היהדות המסורתית לתפיסת היהדות המורשתית הרחבה המסוגלת להכיל את זכויות האדם לחופש אמונה בכל היקפן. ניגוד זה טרם יושב.

חרף כל אלה, המגמה המסתמנת בפסיקת בית המשפט לאורך שנים היא ליצור במידת האפשר וכפוף לחקיקת הכנסת, סביבת חיים המאפשרת לפרטים ולקהילות לממש את אמונתם ואת אורחות חייהם בלא פגיעה בלתי מידתית בזולתם, ותוך שמירה על הצביון היהודי של המדינה במשמעותו הרחבה. הלכת פרץ נ' כפר שמריהו משמשת השראה לתפיסה זו.

פסק הדין בעניין פרץ נ' כפר שמריהו הניח יסוד גם להשקפה המשפטית הרווחת שלפיה רשות ציבורית הפועלת בנכסיה חייבת לשקול שיקולים מתחום המשפט הציבורי ולכבד זכויות אדם, נוסף על חובתה לכבד את כללי המשפט הפרטי החלים על פעולות שונות הנעשות בנכסים. כלל זה נובע מהיותה של הרשות הציבורית "נאמן הציבור", מעמד המטיל עליה חובה לפעול לטובת הציבור גם כאשר היא פועלת בנכסיה. בעניין זה אין מקום להבחין בין פעולה בעלת אופי שלטוני לפעולה אחרת. אם כן, על הרשות הציבורית הפועלת בנכסיה חלה "דואליות נורמטיבית": כפיפות למשפט הפרטי ולמשפט הציבורי כאחד, המחייבים אותה, בין היתר, לכבד זכויות אדם ולנהוג בהגינות, בסבירות, בתום לב, בשוויון, ובלי שרירות וניגוד ענייניים.

הלכת פרץ נ' כפר שמריהו היא אבן דרך במשפט הישראלי. היא, לצד פסיקות נוספות, הניחה את היסוד להכרה בהכרזת העצמאות כבמקור משפטי נורמטיבי להגדרת ערכי היסוד שעליהם הוקמה המדינה. בתחום ערכים אלה היא הכירה בזכות היסוד של האדם לחופש דת ואמונה. היא התייחסה לצביון היהודי של המדינה בתפיסה רחבה המיישבת צביון זה ללא קושי עם חופש דת אמיתי לזרמים דתיים שונים הזכאים למעמד שוויוני. היא הניחה יסוד להשקפה כי הרשות הציבורית חייבת בכיבוד כללי המשפט הציבורי גם בניהול נכסיה.

מאז ניתן פסק הדין, זרמו מים רבים בנהרות החקיקה והפסיקה בשאלות דת ומדינה, במהות ישראל כמדינה יהודית ובהשלכה של הצביון היהודי על האיזונים הראויים בערכים הדמוקרטיים של חופש הדת לגווניו השונים והחופש מדת. עוד רבה הדרך, וטרם הגענו למנוחה ולנחלה בתחום דת ומדינה, אבל רוחה של הלכת פרץ נ' כפר שמריהו שורה עלינו כבשורה עתיקת יומין שלא נס ליחה: "איש באמונתו יחיה".

## שוסע שסע: החזיר במסדרונות בית המשפט

בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40 (1956)  
בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר נתניה, פ"ד ח 1254 (1954)  
בג"ץ 72/55 פריידי נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד י 734 (1956)  
בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004)

### צבי ויצמן

"יכול אני לתאר לעצמי, שעם אשר מלחמת החירות שלו בימי החשמונאים היתה קשורה בהתנגדות לאכילת בשר חזיר, אשר סבל לא מעט במשך אלפים שנה על שלא נכנע למי שרצה להאכילו בשר-חזיר, יהא נוהג פבוד במנהג-קדומים זה, ושהעיר העברית תאסור בתחומיה מכירת בשר-חזיר" (ברל כצנלסון "בועד הפועל הציוני" כתבי ב. פצנלסון כרך ששי 203, 213 (התש"ז))

מאז ראשית ימיה של המדינה לא ירדה מסדר היום הפוליטי ומסדר היום המשפטי סוגיית גידול החזיר ומכירתו. אפשר לשער כי הקטטה והמריבה בעניין החזיר, הורתן בדימוי השלילי שדבק בו בתרבות היהודית, עד שהפך למשל ולשנינה לכל דבר שיקופץ ותועבה, הרבה מעבר לפן ההלכתי הטהור הנוגע לאיסורי האכילה שמקורם בתורה. כמאמר חז"ל: "עשרה קבים נגעים ירדו לעולם – תשעה נטלו חזירים ואחד כל העולם כולו" (ראו בבלי, קידושין מט, ב). ונדמה הדבר שאין לך עניין הרחוק מן היהודי, המטשטש את זהותו ואת לאומיותו והפוגע בהן, יותר מן החזיר.

בתחילה התגלגלה לפתחו של בית המשפט סוגיית גידול החזיר. הינה קיצורו של מעשה. בראשית שנות החמישים של המאה שעברה לא היה חוק כתוב שאוסר לגדל חזירים. עם זאת, הוראה בעניין זה נתן המפקח על המזונות, בעל תפקיד מנהלי שהוסמך לפעול בעניינים שונים שקשורים באופן חלוקת המזון, בשיווק ובפיקוח עליו. אותו מפקח הוציא צווים שהופנו ל-96 מגדלי חזירים ושהורו להם להפסיק את גידול החזירים תוך פרק זמן קצוב, מאחר שלא ניתן להם היתר רשמי לגדלם. כעבור זמן הוסיף המפקח והוציא צו כללי שהורה כי "לא יגדל אדם חזיר, לא יחזיק ולא יטפל בו, אלא לפי היתר בכתב מאת המפקח ובהתאם לתנאי ההיתר". או אז קמו להם שניים מאותם מגדלי חזירים וביקשו להתריס ולמחות נגד אותם הצווים הפוגעים

בפרנסתם ובעיסוקם. האחד – מר אויגן לזרוביץ, יהודי אשר עם שותפיו שימש בעלים של דיר חזירים שהחזיק 160 ראש בסמוך לתל אביב, והאחרת – גב' סעדה ג'ורג', נוצרייה שלה דיר חזירים מימים ימימה בסרפנד אל עאמר, כפר ערבי ששכן מדרום למחנה צריפין. השניים, אשר פרנסתם נסמכה על גידול חזירים, פנו תכף ומייד ל"פירמה של עורכי־דין ידועים בתל־אביב", כלשונו של השופט ברנזון, וביקשו היתר להחזקת החזירים ולגידולם. בעקבות בקשתם זו ניתנו להם היתרים זמניים לגדל חזירים בתנאים מסוימים, שעיקרם כי גידול החזירים ייעשה בשטח מוגבל במחוז הצפון (שמאוכלס בעיקר באלו שאינם יהודים), דוגמת נצרת, שפרעם וטבחה. אלא שהמגדלים לא היו מוכנים "להירתם בעולו של התנאי הזה", וטענו שהוא לא־חוקי, שרירותי ומבוסס על שיקולים זרים (בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40 (1956)). לטענתם, לא טעמי בריאות ומשק שעניינם בשיוק מזון עמדו מאחורי צו איסור החזיר – אלא טעמים דתיים ולאומיים. ואם נבוא ללב הטענה: כל רשות מנהלית יכולה לבצע רק פעולות שהמחוקק הסמיך אותה לעשותן – והמפקח על המזונות הוסמך לשקול רק שיקולים הנוגעים לתברואה ולמזון, ולא שיקולי דת.

השופט ברנזון, אשר היה מודע לרגישות הסוגיה שהונחה לפתחו, ביקש להקהות את עוקצה ולשוות לה פן טכני ומנהלי בלבד, שעיקרו דיון בשאלה האם הפעיל המפקח על המזונות את סמכותו כדין ומשיקולים ראויים. הוא הסביר שלא בכשרות של בעל חיים מדובר אלא בכשרות של המעשה החקיקתי־מנהלי. והינה, הלכה למעשה, לא עניינים של פיקוח על המזון, טיבו ואופן חלוקתו עמדו בראש מעייניו של המפקח על המזונות, אלא הוא פעל "מטעמים שבמדיניות פוליטית־לאומית־דתית" (עמ' 52). עם השופט ברנזון הסכימו השופטים אגרנט וזוסמן. בהתאם, בית המשפט העליון ביטל את הצווים והבהיר שאם המדינה רוצה להסדיר את עניין גידול החזירים באופן כזה או אחר, שומה עליה לפעול בדרך של חקיקה ראשית או של הסמכת אחרים לכך. אבל מטרת ההסמכה צריכה להיות ברורה מתוך מעשה החקיקה המסמיך. "מאבקי החזיר" התנהלו לא רק במישור הארצי, אלא גם במישור המקומי. רשויות מקומיות שונות ניסו להפעיל את כוחן השלטוני לצורך איסור מכירה של בשר חזיר בשטחן, תוך ניצול סמכותן לתת רישיונות עסק. אותן רשויות התנו רישיונות לניהול עסק בכך שלא יימכרו בו בשר חזיר ומוצריו. כאן שבה ועלתה הטענה שאין די בהוראות מסמיכות לרשויות בתחום הרישוי, אלא נדרשת הסמכה לשקול שיקולי דת במסגרת זו. בית המשפט נדרש לחוקיות ההתנאה של מתן רישיון עסק באי מכירת בשר חזיר, בעניין אקסל (בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר נתניה, פ"ד ח 1254 (1954)). באותו עניין נקניקיה היא שהציתה את אש המחלוקת. העותר, מר אקסל, ביקש לפתוח חנות לממכר מוצרי בשר בנתניה, אבל סירב להתחייב כי הנקניקיות שהוא מוכר בחנותו עשויות בשר כשר. העירייה מצידה סירבה לתת לו רישיון עסק. הנשיא אולשן, בהסכמת השופטים זוסמן וויתקון, קיבל את טענת העותר וחייב את העירייה לתת לחנות הנקניקים את רישיון העסק. הוא הבהיר שמכירת בשר חזיר בתחומי הרשות המקומית היא "בעיה כללית וארצית, שאינה מיוחדת למקום מסוים, ופתרונה נתון לסמכותו הייחודית

של המחוקק הארצי, אלא אם כן מצא המחוקק הארצי לנכון להעביר את כוח ההחלטה בענין זה לסמכויות המקומיות" (עמ' 1531, ההדגשה הוספה). אם כן, לו חפץ המחוקק להעניק לרשויות המקומיות את הסמכות להתנות מתן רישיון עסק באיסור מכירת בשר חזיר, שומה היה עליו לציין זאת מפורשות בחקיקה המסמיכה אותן לפעול בתחום של רישוי עסקים.

גם ניסיון של עיריות לאסור מכירת חזיר בשטחן באמצעות חקיקת חוקי עזר מקומיים, נדחה בידי בית המשפט העליון. נפסק שרשות מקומית אינה מוסמכת לאסור בחקיקת משנה מכירת בשר חזיר, כל עוד לא נקבעה סמכות זו מפורשות בחקיקה מסמיכה (בג"ץ 72/55 פריידי נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד י 734 (1956)). בנמקו גישה זו ציין השופט גויטיין, בהסכמת השופטים ש"ז חשין וזילברג, "שאינו לאפשר לגוף, אשר לו סמכות של חקיקת-משנה בעלת אופי מקומי, להסדיר בעיות דתיות תחת המסווה של הסדרת מכירת בשר במקום מסויים. על הכנסת ולא על העירייה להסדיר עניני דת" (עמ' 752).

על רקע פסקי דין אלה סוגיית הסדרת האיסור למכור בשר חזיר ולגדלו עברה לכנסת. זו חוקקה חוקים בתחום של הטלת הגבלות על גידול חזירים ומכירת בשרם, אם כי במתכונת שכללה חריגים. בעיקרו של דבר, החקיקה הבחינה בין סוגיית גידול החזיר, שלגביה נקבעה הסדרה ארצית כוללת, לסוגיה של מכירת בשר חזיר, שבעניינה הוסמכו הרשויות המקומיות לפעול כל אחת בתחומה שלה. כך, בכל הקשור למכירה של בשר החזיר נחקק חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), התשי"ז-1956, שמכונה גם "חוק ההסמכה המיוחדת", ושאפשר לרשויות מקומיות לחוקק חוקי עזר בנושא (אבל השאיר פתח לכך שיהיו רשויות בישראל שבהן אפשר למכור בשר חזיר ללא הגבלה, לפי בחירת הרשות). לעומת זאת, בכל הקשור לעצם גידול החזיר נחקק בהמשך חוק איסור גידול חזיר, התשכ"ב-1962, שאסר על גידול חזירים בישראל (אבל קבע לכך חריגים: בצפון הארץ, באזור שמאוכלס בעיקר נוצרים, ובהקשרים מיוחדים של גני חיות ומכוני מדע).

על עוצמת הרגשות שעורר הדיון הציבורי סביב החקיקה, אפשר ללמוד מדבריהם של חברי תנועת החירות באותה עת, ח"כ מנחם בגין ז"ל. הוא לא היה יכול לשלוט ברוחו עת נשא דברים בעניין החוק, והבהיר כי המחוקק הסתפק בהטלת סנקציה כספית על מגדלי חזירים נוכח היותם של כלל המגדלים "רודפי בצע" המוכרים את ערכי לאומיותם תמורת בצע כסף, שהרי "אין אדם צריך להיות דתי כדי להחליט לא לגדל חזיר במדינת יהודים. הוא צריך רק להיות בעל טקט, אנושי, פשוט, כדי לחפש לו פרנסה אחרת" (דברי הכנסת 19.2.1962, 1308).

הלכה למעשה, במשך שנים רבות החקיקה בנושא נחשבה לנקודת איזון סבירה. בפועל, היא אפשרה לרשויות מקומיות רבות שהיו מעוניינות בכך, לחוקק חוקי עזר שמגבילים מכירת בשר חזיר ומוצריו בשטחן. וכך לרגע היה דומה כי המהומה שככה וכי נמצא הפתרון הנורמטיבי הראוי לבעיית גידול החזיר ומכירתו.

אלא מה? הגיעו ובאו להן שנות התשעים של המאה הקודמת ועימן גלי העלייה המבורכים מחבר העמים. חלק מעולים אלה, אשר נהגו לצרוך בשר חזיר בארצות מוצאם, יצרו ביקוש

לבשר החזיר ומוצריו במקומות מגוריהם. על רקע זה התרבו החנויות המוכרות בשר חזיר ומוצריו בערים מסוימות. נוסף על כך, התקבלו בכנסת באותה תקופה חוקי־סוד: חופש העיסוק וחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הדגישו את זכויות הפרט ואשר הניחו בסיס לטענה שהמגבלות בנושא עשויות להיפסל. ושוב התעורר לו המתח שבין האמונה הדתית והרגשות הלאומיים של האחד לזכות של האחר להתנער מכבלי הדת והלאום המסורתיים. וכך שבה והתלקחה לה אש המחלוקת בעניין החזיר.

כמה עיריות יזמו חוקי עזר מקומיים שאוסרים מכירת חזיר בשטחן. חלקן (כמו טבריה) אסרו לחלוטין את מכירת החזיר, וחלקן (כמו כרמיאל) הגבילו אותה לחלק משטחן. חלק מרשויות אלה התאפיינו בחיכוכים על רקע זה בין אוכלוסייתן הוותיקה, שהייתה בעלת מאפיינים מסורתיים, לתושבים חדשים שהגיעו ממדינות חבר העמים. בשלב זה הגישה חברת הכנסת מרינה סולודקין ממפלגת ישראל בעליה עתירה לבג"ץ (בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004)) נגד תוקפם של אותם חוקי עזר. העותרת טענה כי חוקי העזר פוגעים בחופש העיסוק של העוסקים במכירת בשר חזיר בתחומי אותן עיריות, ובחופש המצפון והדת של אלה שצורכים מוצרים אלו.

כיוון שבמהלך ניהול ההליך בבית המשפט התחלפו שרי הפנים, נמצא שהונחו לפתחו של בית המשפט הן עמדת שר הפנים היוצא, מר אלי ישי, הן עמדת שר הפנים הנכנס, מר אברהם פורז. מתוך עמדותיהם אפשר ללמוד על הפערים הערכיים בחברה הישראלית. השר אלי ישי סבר כי יש לאסור מכירת חזיר ומוצריו בכל תחומי רשות שמתגוררים בה יהודים, כדי שלא לפגוע ברגשות התושבים וכדי לבטא את התוכן והערך הלאומי והדתי של איסור זה. ואילו השר אברהם פורז סבר כי לא ראוי שרשות מקומית כלשהי תחוקק חוקי עזר המגבילים מכירת בשר חזיר.

כעת, כאשר חוקי העזר הוצאו בהסמכה של "המחוקק הארצי" בכבודו ובעצמו, באה שעת האמת. בית המשפט נדרש לבחון את פרי מעשה החקיקה ולקבוע אם ההגבלות על מכירת חזיר שנעשו מכוח ההסמכה של המחוקק עצמו, הן פעולה מידתית וראויה, או שמא יש לגנותה על שהיא פוגעת בערכי החופש וזכויות הפרט.

מחמת הרגישות הציבורית של הסוגיה נקבע הדיון בנושא לפני הרכב של תשעה שופטים בראשות הנשיא ברק. בית המשפט היה מודע לחשיבות הרגע והשעה ולכך שפסיקתו תעצב בתחום זה את החיים המשותפים של ציבורים שונים בישראל. בהתאם לכך הוא חתר לגישה שקולה. בפסק הדין נקבע כי על הרשות המקומית להפעיל את שיקול דעתה באופן המאזן כראוי בין התכליות המתנגשות בהתייחס לנתונים המקומיים של כל רשות ורשות. במלאכת האיזון נדרשת הרשות המקומית לאזן בין ההתחשבות ברגשות הדתיים והלאומיים לשיקולים הקשורים לחירויות הפרט. האיזון ייערך על פי המבחנים של מידתיות וסבירות, שעיקרם הוא כי הגבלה על זכויות אדם אפשר שתהא כדין אם היא הולמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, נועדה לתכלית ראויה ופוגעת בזכויות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש.



בית המשפט נמנע מלפסול באופן גורף את חוקי העזר שעמדו לפניו. הוא הורה לרשויות המקומיות לשוב ולבחון את כל השיקולים הרלוונטיים לכל רשות ורשות בהתחשב בהרכב תושביה ובאפשרויות הסבירות שעומדות לחפץ בכך להשיג בשר חזיר באותו אזור. הלכה למעשה, הנשיא ברק הורה לרשויות לאזן בין האינטרסים השונים של תושביהן, ובכלל זה לאזן בין שיקולי דת ולאום לשיקולים הנובעים מחירות הפרט, והכול בהתייחס לנתונים המקומיים. כך, מקום שתושביו, למעט מיעוט זעיר, מתנגדים למכירת חזיר, לא מן הנמנע כי מכירתו תיאסר שם על אף הפגיעה המסוימת בזכויות הפרט הנלווית למניעה שכזו. לעומת זאת, במקום שהרוב הגדול של תושביו מבקשים לצרוך בשר חזיר ומוצריה, לא מידתי לאסור בו על מכירת בשר חזיר, למרות הפגיעה ברגשות הדתיים או הלאומיים של קבוצת המיעוט. ברור שעיקר הבעיה היא במקום שחלק ניכר מתושביו מתנגדים למכירת החזיר, ומנגד קיים ציבור נכבד המעוניין בצריכתו. כאן יש להתחשב ב"רמת הסיבולת" של כל קבוצה מקבוצות התושבים, ולוודא כי הפגיעה שתיפגע קבוצה מסוימת מהכרעת הרשות המקומית, לא תהיה פגיעה שאינה מידתית כלפיה. פסק הדין הזכיר בהקשר זה את האפשרות להבחין בין חלקים שונים של הרשות המקומית (כך שלא יהיה דין שווה לכל האזורים בה, אלא תיערך הבחנה בין האזורים בהתאם למאפייני תושביהם). אכן, אין מדובר במבחן פשוט ליישום. אפשר לומר שבמקרים מורכבים אלה יש שיקול דעת לרשות המקומית להסדיר את הפרהסיה שלה בתחום זה, ובתנאי שתישמר נגישות בפועל עבור הציבור החי בה והמבקש לצרוך בשר חזיר ומוצריה. בפועל, מאז שניתן פסק הדין דומה כי שקטה הארץ, וכי אין עניינו של החזיר שוסע שסעים בציבור הישראלי כבעבר.

אכן, רק פתרון מאוזן ומתחשב שאינו תואם ל"עמדת המקסימום" של איזה מבין הציבורים, יכול לאפשר המשכם של חיים ציבוריים בשותפות זהות ולמנוע פירוד ושסע בין המחנות.

## מיהו יהודי? זו השאלה

בג"ץ 72/62 רופאיזן נ' שר־הפנים, פ"ד טז 2428 (1962)

בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970)

בג"ץ 7625/06 רגצ'ובה נ' משרד הפנים (31.3.2016)

### חיה זנדברג

שנת 1962. זמן לא רב קודם לכן נגזר דינו של אדולף אייכמן למוות, וערעורו היה תלוי ועומד בבית המשפט העליון. המדינה כולה האזינה מעל גלי האתר לקולות מן המשפט, מרותקת, והתוודעה למוראות השואה. האח דניאל, כומר קתולי ממסדר הכרמליתים בחיפה, עתר לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק וביקש לקבל תעודת עולה ולהירשם במרשם האוכלוסין כשייך ללאום היהודי. סיפורו האישי הדהד את הסיפורים האישיים הטרגיים והמורכבים שהמדינה כולה נחשפה אליהם במהלך משפט אייכמן.

האח דניאל, ובשמו הקודם אוסוולד רופאיזן, נולד בתור יהודי בפולין בשנת 1922. הוא היה פעיל בתנועת נוער ציונית, ועם סיום לימודיו התיכוניים בשנת 1939 היה כשנתיים בהכשרה חלוצית בוויילנה בהכנה לעלייתו ארצה. ביוני 1941 נתפס בידי הגסטאפו אבל הצליח להימלט והשיג תעודה ארית מזויפת. בעזרת התעודה נעשה למזכיר תחנת המשטרה הגרמנית בעיר מיר. הוא יצר קשר עם קבוצות מחתרת יהודיות והעביר להן אזהרות על פעולות חיסול צפויות. כאשר נודע לו שהגרמנים עומדים לחסל את הגטו היהודי במיר, הודיע על כך ליהודי הגטו וסיפק להם נשק. הודות לו נמלטו רבים מהם ליערות וניצלו. בעקבות הלשנה הוא נכלא, ושוב הצליח לברוח. בשלב זה הוא מצא מקלט במנזר, ובו קיבל על עצמו את הדת הנוצרית. בהמשך עזב את המנזר, הצטרף לשורות הפרטיזנים וזכה לאות הצטיינות על פעולותיו בתור פרטיזן. בשנת 1945 הפך לכומר והצטרף למנזר הכרמליתים. בשנת 1958 נעתרו רשויות פולין לבקשתו והעניקו לו תעודת מסע לישראל לאחר שויתר על אזרחותו הפולנית.

האח דניאל ראה עצמו ככל נימי נפשו בן הלאום היהודי, אף שהמיר את דתו לנצרות. תחושתו זו גם נתמכה בהלכה היהודית. מבחינה הלכתית יהודי שהמיר דתו נותר יהודי. לכן האח דניאל ביקש לעלות לישראל בתור יהודי, מכוח חוק השבות, התש"י-1950, ולהירשם במרשם האוכלוסין כשייך ללאום היהודי. שר הפנים סירב לבקשתו, וכך התגלגלה הסוגיה לפתחו של בית המשפט. חוק השבות קובע בסעיף 1 שלו ש"כל יהודי זכאי לעלות ארצה". בזמנו המחוקק לא פירש את הביטוי "יהודי" בחוק. לכן השאלה המשפטית שבית המשפט העליון נדרש להכריע בה,

הייתה כיצד לפרש ביטוי זה. מכאן הכינוי שדבק בעתירה של האח דניאל: "מיהו יהודי?". כותרת זו נכרכה לימים גם בעתירות רבות נוספות שעסקו בגורלם של אנשים נוספים, חלקם יהודים לפי ההלכה וחלקם לא.

העתירה של האח דניאל נדחתה ברוב דעות (בג"ץ 72/62 רופאיון נ' שריהפנים, פ"ד טז 2428 (1962)). השופט משה זילברג קבע בדעת רוב שהמונח "יהודי" בחוק השבות הוא בעל משמעות אזרחית, ולא בעל משמעות דתית-הלכתית. לכן יש לפרש את המונח "כהוראתו הרגילה בלשון בני-אדם" (עמ' 2437). בהתאם לכך, מכיוון שלפי המשמעות הרגילה, "יהודי שהתנצר איננו נקרא 'יהודי'" (עמ' 2438), יש לקבוע שהאח דניאל אינו יהודי כמשמעו בחוק השבות. את פסק דינו פתח השופט זילברג באלו המילים: "לפנינו אדם אשר, בשנים האפלות של השואה באירופה, חרף את נפשו למוות פעמים אין ספור למען אחיו היהודים, בבצעו את מעשי-ההצלה הנועזים מתוך גוב האריות ממש של הבסטיה הנאצו-גרמנית. הנסֶרֶב לאדם זה את משאת נפשו הגדולה: להתמזג כליל עם העם אשר אהב, ולהתאזרח, לא כזר-מהגר אלא כיהודי-עולה, בארץ חלומותיו? ברם הוקרה זו, והחזקת-טובה מרובה זו, אסור לה שתהא ל'אהבה המקלקלת את השורה'... אשר האח דניאל מבקש מאתנו הוא: להעביר קו על המשמעות ההיסטורית, המקודשת, של השם 'יהודי'... ההוד וההילה האופפים את מְקַדְשֵׁי-השם בימי הביניים, יחווירו וימוגו עד לבלתי הכר, וההיסטוריה שלנו תאבד את המשכיותה הרצופה" (עמ' 2432).

השופט משה לנדוי, לימים נשיא בית המשפט, הצטרף לעמדה של השופט זילברג. הוא הפנה לדברים שכתב בנימין זאב הרצל, חוזה המדינה, שסירב לקבל לשורות ההסתדרות הציונית יהודי שהתנצר, ולדברי אחד העם, שסבר שאי אפשר להפריד בין הדת היהודית ללאום היהודי. כך סברו גם השופטים אליהו מני וצבי ברנזון. השופט ברנזון הוסיף: "אילו יכלתי... ללכת אחרי נטיית לבי הייתי נעתר למבקש, אלא שלצערי אינני בן-חורין לעשות כן, כי עלי לפרש את הדיבור 'יהודי' בחוק השבות... במובן שהוא שגור בימינו בפי העם" (עמ' 2450-2451). השופט ברנזון הבהיר ש"אינני חושב כי אנו השופטים רשאים לצאת חלוצים לפני המחנה... המשפט הולך בעקבות החיים ולא החיים בעקבות המשפט" (עמ' 2455).

לעומתם, השופט חיים כהן סבר בדעת מיעוט שיש לקבל את העתירה. השופט כהן הסכים שהמונח "יהודי" צריך לקבל פרשנות אזרחית ולא פרשנות דתית. אבל הוא סבר שהפרשנות האזרחית של הביטוי צריכה להיות סובייקטיבית, כך שכל מי שבתום לב רואה בעצמו יהודי צריך להיחשב ליהודי לצורך החוק. השופט כהן נסמך בפסיקתו, כלשונו, על "חזון נביאי ישראל: 'פתחו שערים ויבוא גוי צדיק שומר אמונים...' " (עמ' 2442).

בסופו של דבר העתירה נדחתה כאמור ברוב דעות. האח דניאל אכן זכה באזרחות ישראלית, אבל לא מכוח חוק השבות. הוא התגורר במנזר הכרמליתי בחיפה על הר הכרמל שצופה אל הים התיכון. הוא נפטר בחיפה בשנת 1998 ונקבר בישראל. בריאיון שקיים בחלוף השנים אמר: "היום אני חושב שהם צדקו... שלא הייתי צריך להעמיד את העם בישראל... בפני בעיה כל כך קשה, מסובכת, וכל כך מוקדם".

וכעת היישר לשנת 1968. מלחמת ששת הימים הסתיימה לא מכבר. הטלוויזיה הישראלית משדרת את שידורה הראשון. עמוס עוז מפרסם את הרומן "מיכאל שלי". נתן אלתרמן זוכה בפרס ישראל לספרות. מוקם תיאטרון החאן הירושלמי. הדי מלחמת ההתשה נמשכים. הפעם העותר הוא בנימין שליט, פסיכולוג וקצין בחיל הים בדרגת רב סרן. בזמן שהותו של שליט בסקוטלנד לרגל לימודיו הוא נישא לאזרחית בריטית, לא יהודייה. בתום לימודיו, בשנת 1960, הוא חזר עם רעייתו לחיפה, עיר הולדתו, והתגרר בה. במועד הגשת העתירה היו השניים הורים לאורן, בן 4, ולגליה, בת שנה. לאחר לידת הבן מילא שליט טופס דיווח על הלידה. בפריט הדת הוא סימן קו (כלומר, חסר דת), ובפריט הלאום סימן "יהודי". חרף דיווח זה משרד הפנים רשם בפריט הדת של הבן: "אב יהודי, אם נוכרייה", ובפריט הלאום כתב: "לא רשום". לאחר לידת הבת כתבו שליט ורעייתו למשרד הפנים שהם מבקשים לרשום את בתם כחסרת דת ו"כשייכת ללאום העברי או היהודי", והבהירו "כי כל רישום אחר נוגד את רצוננו ומהווה פגיעה בחופש מצפוננו". רס"ן שליט ורעייתו האמינו בלב שלם שילדיהם שייכים ללאום היהודי מאחר שאביהם יהודי, ובשל כוונתם לחנך את ילדיהם ברוח התרבות היהודית, לשלבם במסגרות חינוך דוברות עברית ולהמשיך להתגרר עימם בחיפה, ובשל מאפיינים נוספים מסוג זה של התרבות היהודית. אבל הנחיות משרד הפנים קבעו שמי שאינו יהודי על פי דתו, לא יירשם בפריט הלאום כיהודי. על כן פקיד משרד הפנים סירב לבקשה. שליט עתר לבג"ץ בשמו ובשם ילדיו.

כך נחשפה זווית נוספת של שאלת "מיהו יהודי?": האם קיים לאום יהודי, עם יהודי, שנפרד מהדת היהודית? נוכח חשיבות השאלה ויסודיותה הדיון בעתירה התקיים בהרכב מורחב – חריג באותם ימים – של תשעה שופטים (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970)). את משרד הפנים ייצג היועץ המשפטי לממשלה עצמו, שאך זה מונה לתפקיד, מאיר שמגר, גם הוא לימים נשיא בית המשפט העליון.

הפעם העתירה התקבלה ברוב דעות. חמישה שופטים סברו שיש לקבלה, וארבעה שופטים סברו שיש לדחותה. במוקד הדיון עמדה שאלת הפרשנות של חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, מאחר שלעותרים כולם הייתה אורחות ישראלית, כך שלא נזקקו לחוק השבות. סעיף 2 לחוק מרשם האוכלוסין קובע שבמרשם האוכלוסין יירשמו לכל תושב פרטיו השונים, ובהם הדת והלאום שהוא שייך אליהם. השאלה המשפטית שנדונה הייתה מהם גרי הסמכות של פקיד משרד הפנים בשעה שהוא רושם את פריט הרישום "לאום" במרשם האוכלוסין. ארבעה משופטי הרוב (השופטים יואל זוסמן, אלפרד ויתקון, חיים כהן ואליהו מני) שבו והדגישו שאין הם מכריעים בשאלה היסודית האם הילדים שייכים ללאום היהודי, מאחר שזו אינה השאלה העומדת לדיון לפנייהם. הם הסבירו שעומדת לפנייהם רק שאלת הפרשנות של חוק מרשם האוכלוסין, שתכליתו היא איסוף נתונים על תושבי המדינה. בחוק נקבע במפורש שרישום הדת והלאום במרשם האוכלוסין אינו ראייה לכאורה לנכונות האמור בו. על כן לפקיד מרשם האוכלוסין אין סמכות לשמש שופט ולפסוק בניגוד להצהרה הסובייקטיבית של תושב

שמצהיר בתום לב מה הלאום שלו ושל ילדיו. עמדה מסוג אחר ביטא השופט ברנזון, שנמנה גם הוא עם שופטי הרוב. בשונה מחבריו הוא נדרש בכל זאת לשאלה מהו הלאום היהודי במשמעותו האזרחית לצורך חוק מרשם האוכלוסין, במובחן ממשמעותו הדתית. לדבריו: "אין התפיסה ההלכתית תואמת את המציאות הממשית של ימינו במדינת ישראל... אצלנו, אשה לבעל יהודי נאמן למדינה, אף שהיא לא־יהודיה לפי דתה (או שהיא בת בלתי דת, כמו במקרה שלנו), עלתה עם בעלה לארץ מתוך הזדהות עם העם היהודי וקשירת גורלה עם גורל העם במדינת ישראל, והם מחנכים את ילדיהם כשאר ילדי ישראל, האם לא נכיר בילדים אלה כבני הלאום היהודי לצורך רישום במרשם התושבים ונשאירם כבני־בלי־לאום במדינת ישראל?" (עמ' 605-607).

מנגד, שופטי המיעוט סברו שאין מקום להתערב בהחלטה שקיבל משרד הפנים. מ"מ הנשיא זילברג הסכים שהפרשנות של חוק מרשם האוכלוסין צריכה להיות פרשנות אזרחית, בדומה לגישה שאומצה בפרשת האח דניאל. אבל הוא קבע שהפרשנות האזרחית בסוגיית הלאום זהה במקרה זה לפרשנות הדתית. לדבריו, מבחן ההלכה נתמך ב"היסטוריה ארוכה של כמה אלפי שנים... ההלכה של התייחסות הילד אחרי האם קיימת בישראל לפחות החל מתקופת עזרא, היינו החל מאמצע המאה החמישית לפני הספירה". על כן, לשיטתו, "החיפוש אחרי מבחן חדש של זהותנו הלאומית, מהווה למעשה שלילה גמורה של המשך קיומו של העם היהודי" (עמ' 493, 503). בגישה קרובה לכך החזיק השופט יצחק קיסטר, שסבר גם הוא שאין עילה להתערב בהחלטת משרד הפנים. לדבריו, "אין... לדון על־פי הלכי רוח של היום ואפילו של דור אחד או יותר, לגבי עם עתיק יומין כמו עם ישראל, ולקבוע כי השקפה מסויימת שקנתה שביטה אצל חלק מן העם היא השקפה שתישאר קבועה; ושמה השקפת בת־חלוף היא שתיעלם או תתבטל עם שינוי העתים" (עמ' 554).

דגש שונה מעט אפשר למצוא בפסקי הדין של שני שופטי המיעוט האחרים: הנשיא שמעון אגרנט והשופט נדווי. השופט נדווי סבר שאין לבית המשפט כלים משפטיים לקבוע אם ההנחה שמשד הפנים פעל על פיה אינה חוקית. זאת נוכח המחלוקת הציבורית העזה בשאלה האם מבחני הלאום היהודי הם מבחנים אוֹבֵי־קִיטִיבֵיִים־הִלְכִיתִיִים או מבחנים סובייקטיביים־תרבותיים. לדבריו, "מה בכוחו של בית־משפט לתרום לפתרונה של מחלוקת אידיאולוגית כזאת המפלגת את הציבור? התשובה היא: לא כלום, וכל המצפה למלה הגואלת מפי השופטים אינו אלא משלה עצמו ברוב תמימותו" (עמ' 520). הנשיא אגרנט הצטרף לעמדה זו. לדבריו, "מוטב ששופט לא ינקוט עמדה לגבי שאלה אידיאולוגית, השנויה במחלוקת גדולה בקרב הציבור; שכן במקרה כזה מן הנמנע שהשקפתו האישית תגלם את אשר החברה בכללותה רואה כאמת" (עמ' 604).

מכל מקום, מאחר שדעת הרוב הורתה, כאמור, לפקדי משרד הפנים לרשום את שני הילדים בתור "יהודים", כך נעשה. אבל זה אינו סוף הסיפור. פסק הדין של בית המשפט העליון ניתן ביום 23.1.1970. ביום 3.2.1970 פרסמה הממשלה הצעת חוק לתיקון חוק השבות בכל הנוגע

להגדרת "יהודי". כבר ביום 10.3.1970 התקבל החוק המתקן בכנסת (חוק השבות (תיקון מס' 2), התש"ל-1970), וביום 19.3.1970 פורסם בספר החוקים. התיקון לחוק קבע כי "יהודי" – גם לצורך חוק מרשם האוכלוסין – הוא "מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת".

בשנת 1971 נולד לבני הזוג שליט בן נוסף, תומר. בני הזוג ביקשו ממשרד הפנים לרשום את הילד כ"יהודי" בפריט הלאום, כפי שנעשה לגבי שני אחיו. משרד הפנים, שהסתמך על התיקון לחוק, סירב. על רקע זה הוגשה עתירה נוספת לבית המשפט הגבוה לצדק: לרשום את הבן תומר כבן הלאום ה"יהודי" או לפחות ה"עברי". זו הפעם העתירה נדחתה (בג"ץ 18/72 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כו(1) 334 (1972)). בית המשפט העליון קבע שהוראות החוק המתקן הן ברורות, ושעל פיהן אי אפשר לרשום את הילד כ"יהודי" בפריט הלאום. כמו כן, אי אפשר לעקוף את הוראת המחוקק באמצעות רישום הלאום "עברי" במקום הלאום "יהודי", שכן "יהודי" ו"עברי" חד הם. בשנת 1975 עזבה משפחת שליט את הארץ לשוודיה. בשנת 1981 התגרשו בני הזוג. רס"ן שליט נפטר בשנת 1988 בבריטניה.<sup>1</sup>

בינתיים חלפו כמה עשורים מאז ניתנו פסקי הדין בענייניהם של האח דניאל ושל משפחת שליט. הלבוש הנוכחי של המחלוקת בשאלת "מיהו יהודי?" מתמקד בסוגיית הגיור. כזכור, ההגדרה ל"יהודי" בחוק כוללת את האפשרות של גיור. אבל איזה גיור נחשב למספק? רק גיור אורתודוקסי? רק גיור בפיקוח הרבנות הראשית? שאלה זו חזרה והגיעה לפתחו של בית המשפט בעתירות רבות. בהדרגה ניתנה לשאלות אלה תשובה שלילית. במיוחד ראויים לציון שני פסקי דין שניתנו בהרכב מורחב של תשעה שופטים: פסק דין אחד שניתן בשנת 2016 בעניין גיורים אורתודוקסיים שנעשו בישראל שלא במערך הגיור הממשלתי (בג"ץ 7625/06 רג'צ'ובה נ' משרד הפנים (31.3.2016)), ופסק דין נוסף שניתן בשנת 2021 בעניין גיורים קונסרבטיביים ורפורמיים שנעשו בישראל (בג"ץ 11013/05 דהן נ' שר הפנים (1.3.2021)). בשני המקרים קבע בית המשפט העליון בדעת רוב שעל המתגיירים חל חוק השבות, ולכן הם יהודים לצורך החוק. בית המשפט העליון עמד על כך שבעת תיקון חוק השבות הוגדר המונח "יהודי" כך שיכלול מי "שנתגייר", והכנסת בחרה שלא להוסיף את המילים "לפי ההלכה" בקשר לגיור. על כן אין מקום לדרישה שגיור ייעשה אך ורק באמצעות מערך הגיור הממשלתי, אלא יש להכיר בגיור שנעשה ב"קהילה יהודית מוכרת". הכוונה היא "לקהילה מבוססת ופעילה בעלת זהות יהודית משותפת וידועה, שלה מסגרות קבועות של ניהול קהילתי, ואשר משתייכת לאחד הזרמים המוכרים באוכלוסייה היהודית העולמית" (פסקה 30 לפסק הדין של הנשיאה נאור בעניין רג'צ'ובה, בעקבות פסיקה קודמת). עם זאת, הובהר שכדי להבטיח את תום הלב של המתגיירים, חוק השבות יחול רק על מי ששהה בישראל כדין בעת גיורו. שופטי המיעוט (השופט אליקים רובינשטיין במקרה הראשון והשופט נעם סולברג במקרה השני), לא חלקו על המסקנה המשפטית ששופטי הרוב

1 יאיר שלג "120 הנבחרים של 1970" הארץ 6.9.2002.

הגיעו אליה, אבל לדעתם נכון לתת לכנסת שהות נוספת לחוקק חוק שיכריע במחלוקת. החוק לא תוקן עד כה.

”האם אתה מסמֶּפֶט ... את תנועת השחרור של עִמְנו? – שאל אותו [בנו הסטודנט].

– של איזה עם? – שואל אותו האב, והבן משיב לו:

– של עמנו שלנו, היהודי.

– האם גם אנחנו עם? – שואל האב נאיבית.

– אלא מה אנחנו?

– אני יודע מה אנחנו? אנחנו יהודים...”

(שלום עליכם המבול 177 (אריה אהרוני מתרגם 1991)).

## שבת וינפש: פתיחת עסקים ומקומות בילוי בשבת

ת"פ (מקומיים י"ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ התשמ"ח(ב) 265 (1987)  
דג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (26.10.2017)

### עודד שחם

משחר קיומה של מדינת ישראל, ולמעשה אף לפני הקמתה, העסיקו את החברה בה מחלוקות הנוגעות למעמד הציבורי של יום השבת. הדבר מובן, ואפשר שאף בלתי נמנע, נוכח האופי ההטרוגני של אוכלוסיית המדינה, המקוטבת בהשקפותיה כלפי עניינים שבדת ובמסורת. שורש המחלוקת מצוי במתח המובנה בין ערכיו של ציבור שומר שבת, שחלקו, לכל הפחות, רואה בפעילות הנוגדת את ההלכה פגיעה באורחות חייו, לערכיו של ציבור חילוני, אשר להשקפתו נועדה השבת למנוחה ולבילוי, והגבלתן של אלו היא הפוגעת באורחות חייו.

לכן לא מפתיע שגם בית המשפט העליון נדרש לא אחת לעסוק בסוגיות הנוגעות למעמד השבת. אלה התעוררו בשורה של הקשרים, וכדוגמאות בלבד נזכיר את פסקי הדין שבהם נדחתה עתירה נגד היתר להעסיק את עובדי הטלוויזיה הישראלית בשבת,<sup>1</sup> אושר לסגור בשבת קטע מרחוב השומר בבני ברק,<sup>2</sup> ואושרה חלקית בלבד החלטת שר התחבורה לסגור בשבת את רחוב בר-אילן בירושלים (באופן שחייב התחשבות נאותה בתושבי המקום).<sup>3</sup>

נדגים מחלוקת זו באמצעות שני פסקי דין שניתנו בהפרש של שלושים שנים, האחד בבית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים והאחר בידי הרכב מורחב של בית המשפט העליון. בשניהם התעוררה הסוגיה בהקשר של פתיחת עסקים ומקומות בילוי ביום השבת.

הראשון שבהם הגיע לדיון בשנות השמונים של המאה הקודמת. הוא נדון לפני השופטת אילה פרוקצ'יה, לימים שופטת בית המשפט העליון, ובאותה עת שופטת בתחילת דרכה בבית המשפט לעניינים מקומיים. באותו מקרה נדון עניינם של מפעילי בתי הקולנוע "אורנע" ו"בית אגרון" בעיר ירושלים, אשר הואשמו בהפרת חוק העזר העירוני האוסר על הפעלת בתי קולנוע ביום השבת (ת"פ (מקומיים י"ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ התשמ"ח(ב) 265 (1987)). השנה הייתה 1987 ואכיפת האיסורים הקבועים באותו חוק עזר הייתה עניין שבשגרה. על אף

1 בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד (1) 337 (1970).

2 בג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב והמרכז, פ"ד לב (2) 160 (1978).

3 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997). ראו רשימתו של שלמה פרידלנדר בספר זה, עמ' 325.



זאת עורכי הדין של הנאשמים סירבו לקבל את רוע הגזירה והעלו לפני בית המשפט לעניינים מקומיים טענה מקדמית ולפיה ההסדר הקבוע בחוק העזר בטל מעיקרו, וכפועל יוצא מכך בטלים האישומים.

באותה תקופה טרם באו לעולם חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי־יסוד: חופש העיסוק. אבל הטענות שהועלו לא כוונו כלפי חוק של הכנסת אלא כלפי חוק עזר עירוני, אשר מעמדו הוא של חקיקת משנה, ולכן היה כפוף מאז ומתמיד לביקורת שיפוטית. הנאשמים טענו כי העירייה לא הייתה מוסמכת לחוקק בחוק עזר עירוני את האיסור לפתוח בשבת בתי עסק מסוג זה (המכונים בעגה המשפטית "בתי עינוגים"). זאת נוכח כלל היסוד במשפט הציבורי שלפיו כל פעולה של רשות מנהלית, ובכלל זה הסמכות של עיריית לחוקק חוקי עזר, חייבת להיות מעוגנת במקור הסמכה מטעם הכנסת (עקרון חוקיות המנהל). טענה נוספת שהעלו הנאשמים הייתה לחוסר סבירות, שכן חוק העזר איזן באופן מעוות את השיקולים הרלוונטיים הנדרשים. השופטת פרוקצ'יה קיבלה את שתי הטענות וזיכתה את הנאשמים.

במישור הסמכות נקודת המוצא העקרונית של בית המשפט הייתה שחופש הדת, הנמנה עם חירויות היסוד של האדם, כולל גם את החירות שלא להאמין, ולעצב את תוכני החיים בהתאם. על רקע זה קבע בית המשפט כי הגבלות הנוגעות לענייני דת ומצפון צריכות להיקבע בחקיקה ראשית. האיסור שהטיל חוק העזר על פתיחת בתי קולנוע בשבת, התבסס על סעיף 249(20) לפקודת העיריות [נוסח חדש], המסמיך את העירייה להסדיר את שעות הפתיחה והסגירה של בתי עסק ו"בתי עינוגים". בית המשפט קבע כי סמכות זו נועדה להגשים מטרות של סדר ציבורי וחיי עיר תקינים באמצעות איזון בין קיום פעילות עסקית בעיר להשבתת העסקים לצורך מנוחה. היא לא נועדה לעצב בחקיקה את צביון חיי התושבים בשבת. עוד קבע בית המשפט כי האיסור על פתיחה בשבת של חנויות ושל בתי מלאכה מתיישב עם המגמה ליצור איזון בין פעילות עסקית למנוחה, ועם הערך הסוציאלי של השבת כיום המנוחה השבועי גם עבור אוכלוסייה שאינה שומרת מצוות. לעומת זאת, את האיסור לפתוח בתי עינוגים אי אפשר להסביר ברצון לקדם ערך סוציאלי. מטרתו היחידה היא לעצב את תכניו של יום השבת ברוח ציוויי ההלכה. בכך יש חריגה מן הסמכות שהמחוקק נתן לעירייה.

במישור הסבירות נקבע כי באיסור על פתיחת בתי עינוגים בשבת לא ניתן משקל ראוי לאינטרסים של חלקי הציבור השונים ולצורך לאזן ביניהם. הוסבר כי הפעלת בתי עינוגים בשבת אינה פוגעת בתחום הפרט של האדם הדתי (אף שהיא פוגעת ברגשותיו הדתיים). לעומת זאת, האיסור להפעיל פוגע בחירויות הפרט החילוני. הוא כופה עליו להימנע מיציקת תכנים שהוא רוצה בהם ליום המנוחה, ולקיים אורח חיים שאינו חפץ בו.

פסק הדין של השופטת פרוקצ'יה לא קבע תקדים באופן פורמלי, שהרי ניתן בבית המשפט לעניינים מקומיים, והפסיקה שלו אינה מחייבת בתי משפט אחרים. אבל הוא נתפס בתור מה שמשקף את המצב המשפטי והשפיע על המשך ההתפתחות של הנושא במשפט הישראלי.

בעקבות פסק הדין תוקנה בשנת 1990 פקודת העיריות, והוכנס בה תיקון הידוע בכינוי "חוק ההסמכה"<sup>4</sup>. כך נוסף בה סעיף 249(21), הקובע כי עירייה רשאית להפעיל את סמכותה להסדיר את שעות הפתיחה והסגירה של בתי עסק לגבי ימי המנוחה, "בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית". בכך שונה הדין וגובש מקור סמכות לחקיקת חוקי עזר מהסוג שנפסל.

לאחר מכן אכן היו עיריות שהשתמשו בסמכות שהוקנתה להן להחליט על היקף הפתיחה של עסקים בשבת.<sup>5</sup> למעשה, חוק זה עמד במרכזו של המחלוקת שניטשה שנים לאחר מכן לגבי פתיחת עסקים בשבת בתל אביב. בהיפוך היוצרות, הפעם הועמד לביקורתו של בית המשפט תיקון לחוק עזר עירוני אשר התיר באופן מוגבל פתיחת בתי עסק בשבת.

ואלה עיקרי סיפור המעשה: קודם לתיקונו אסר חוק העזר לתל אביב-יפו על פתיחת חנויות בשבת, כפוף לחריגים מצומצמים. עיריית תל אביב-יפו נהגה לאכוף איסור זה באופן מתון, באמצעות הטלת קנסות בלבד. בעלי חנויות עתרו נגד העירייה בטענה כי האיסור אינו נאכף באופן אפקטיבי. לטענתם, בכך נגרם עיוות: בעלי חנויות שמרו על האיסור, נפגעו שכן בהעדר אכיפה משמעותית מתחריהם פעלו בשבת תוך הפרת חוק העזר והפיקו רווחים תוך יצירת תחרות לא הוגנת. בשנת 2013 קיבל בית המשפט העליון את טענות בעלי החנויות וקבע כי כל עוד לא שָׁנָה חוק העזר, נקודת המוצא היא שעל העירייה לאכוף.<sup>6</sup> בעקבות פסק הדין תיקנה העירייה את חוק העזר והתירה פתיחת עסקים בשבת בשלושה מתחמים מסחריים, פתיחת חנויות נוחות בתחנות דלק ופתיחת מרכולים.

פקודת העיריות קבעה באותה עת כי התוקף של חוק עזר מותנה בכך שהובא לידיעת שר הפנים וזה החליט שלא להתנגד לו. בענייננו פסל שר הפנים אז, גרעון סער, את ההוראות הנוגעות לפתיחת מרכולים. בהמשך לכך העירייה שבה ותיקנה את חוק העזר. היא קבעה היתר מצומצם לפתיחת מרכולים לפי מפתח אזורים וכפוף למגבלות שונות, ובהן קבלת היתר. הפעם החליט שר הפנים סער לעכב תחילה את כניסת התיקון לתוקף עד להחלטתו אם לפוסלו. כחודש לאחר מכן התפטר שר הפנים סער מתפקידו, ובמשך כשנתיים וחצי מאז לא התקבלה החלטה לגופו של התיקון.

לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ הוגשו כמה עתירות מנוגדות בנוגע לתיקון: הן לפסילת התיקון, הן לאישורו. עתירת העירייה נגד שר הפנים התקבלה בהרכב השופטות נאור, חיות וברק-ארז (בג"ץ 6322/14 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (19.4.2017)). הטעם לכך היה העדר החלטה של שר הפנים בנושא. בית המשפט העליון קבע כי ההימנעות הנמשכת מקבלת החלטה היא למעשה סירוב בלתי מנומק, וכי המדינה לא עמדה בנטל להצדיקו. להשלמת התמונה יצוין שבסמוך למתן פסק הדין הודיע שר הפנים דרעי כי החליט

4 חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א-1990.

5 ראו למשל בג"ץ 5073/91 תאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192 (1993).

6 עע"ם 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו (25.6.2013).

לפסול את התיקון. החלטה זו התקבלה באיחור ולא הייתה לפני בית המשפט בעת שניתן פסק הדין.

במידה רבה ההנמקה של פסק הדין הייתה מבוססת על אי התערבות בשיקולים של הרשות המקומית ובאוטונומיה שלה, מה שהותיר מרחב פעולה לכל רשות. עם זאת, פסק הדין הפך לנושא למחלוקת ערכית בין דתיים לחילונים, ועד מהרה הוגשה בקשה לקיים בו דיון נוסף. הבקשה נענתה, והתקיים בנושא דיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים (דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (26.10.2017)). בדעת רוב של חמישה שופטים נגד שניים הוחלט להשאיר את פסק הדין המקורי על כנו. חוות דעת הרוב ניתנה מפי הנשיאה נאור, ואליה הצטרפו השופטים חיות, דנציגר, עמית וברק-ארז. בדעת מיעוט נותרו השופטים הנדל וסולברג.

בעיקרו של דבר, בדעת הרוב נקבע כי תיקוני חוק העזר נעשו בסמכות, וכי אין לומר שאינם סבירים. הוסבר כי התיקונים אינם סותרים את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, האוסרות על בעל עסק לעבוד בעסקו ביום השבת. נקבע כי הרשויות המקומיות בישראל הוסמכו במפורש בחוק ההסמכה להתקין הוראות שעניינן פתיחת עסקים בתחומן ביום שבת. אשר לסתירה האפשרית שבין חוק ההסמכה להוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, נקבע כי מדובר בשתי מערכות דינים הפועלות במישורים שונים. הן אינן סותרות זו את זו. חוק שעות עבודה ומנוחה אינו עוסק בשאלת פתיחת עסקים ביום המנוחה או סגירתם, אלא בשאלה האישית של עבודה ביום המנוחה.

עוד נקבע כי התיקונים לחוק העזר מצויים בגדרי מתחם שיקול הדעת שהעניק לעירייה חוק ההסמכה. צוין כי לתיקונים נלווית פגיעה בזכויות הסוחרים ואחרים, המשפיעה על התכלית הסוציאלית ועל התכלית הלאומית שביסוד הועדת השבת ליום מנוחה. מנגד, ניצבות זכויות אחרות שהתיקונים מגינים עליהן, ובהן חופש העיסוק וחופש המצפון. נקבע כי מלאכת האיזון בין הזכויות המתנגשות הוטלה על הרשות המקומית. על נקודת האיזון שתיבחר לשקף את האופי הייחודי של כל עיר ואת הפתרונות האפשריים בנסיבותיה. במקרה זה התיקונים נועדו לשקף נקודת איזון ייחודית המתאימה לעיר תל אביב-יפו: הותר לפתוח עסקים במספר מצומצם מאוד של מתחמים מסחריים ולפתוח מספר מוגבל של מרכולים לפי מפתח אזורי, באופן שנתן משקל לאופי של כל אזור. נקודת האיזון שנבחרה מאפשרת שמירה על הצביון הייחודי של השבת.

בהחלטתו קבע שר הפנים כי התיקון פוגע בתכלית הסוציאלית של יום המנוחה ובמעמד הלאומי-דתי של השבת. בחוות דעת הרוב נקבע שאין מקום לדון לראשונה בעמדת השר במסגרת הדיון הנוסף. מעבר לדרוש נדונה החלטת השר גם לגופה. נקבע כי עמדת השר אינה עולה בקנה אחד עם חוק ההסמכה. בחוק ניתנה לעירייה הסמכות לערוך את ההכרעה הערכית במסגרת חוקי העזר. השר הוסמך לפקח על חוקיות החלטת העירייה, לא להחליף את שיקול דעתה. עמדת השר היא בלתי סבירה, שכן היא לא נתנה משקל של ממש לאוטונומיה של

העירייה. עמדתו גם אינה מתיישבת עם תכלית האיזון שביסוד חוק ההסמכה, שכן היא עמדה גורפת ולפיה למעשה יש לאסור על פתיחת כל בית עסק, למעט צורך חיוני.

השופט יצחק עמית, שהצטרף לעמדת הנשיאה נאור, הדגיש את המעמד המיוחד של הרשות המקומית במדינה רבת-תרבותית כמדינת ישראל. צוין כי הסמכת הרשות המקומית לקבוע הסדרים לעניין האופי הציבורי של השבת, מאפשרת לרשות לעצב הסדרים בהתאם לאופי תושביה ולצביון המקומי. לעומת זאת, פתרון אחיד ונוקשה עלול לכפות הסדר תרבותי בלתי הולם בצורה נרחבת. בהיבט המעשי חוק ההסמכה הסמיך את הרשות המקומית לפעול על פי שיקול דעתה, המחייב התאמה לאופי התושבים והמקום. ההסדר שנקבע מדוד ומאוזן. הוא מבטא שמירה על האופי של השבת במרחב הציבורי, לצד התחשבות בצורכי היומיום של חלק נכבד מתושבי העיר.

גם שני שופטי המיעוט נדרשו בחוות דעתם לשאלת היחס בין חוק ההסמכה לחוק שעות עבודה ומנוחה, האוסר לפתוח בתי מלאכה או חנויות ביום המנוחה השבועי. השופט הנדל סבר כי השילוב בין החוקים יוצר הסדר שלפיו בדרך כלל לא יפתחו בשבת בתי מלאכה או חנויות, אבל לא תיאסר פתיחת "בתי עינוגים". עם זאת, לרשות המקומית ניתנה סמכות לסטות מהסדר זה, בהיתר לתעשייה ומסחר או באיסור על פתיחת בתי עינוגים. שיקול הדעת שניתן בחוק לרשות בהקשר זה מצומצם יחסית. לפיכך לשר הפנים סמכות רחבה להתערב בחקיקה המקומית. השופט סולברג סבר כי ההסדר שהמחוקק יצר בשני החוקים מבחין בין בתי עינוגים, שהסמכות להסדרת פתיחתם נמסרה לרשות המקומית; לבתי מסחר, שפתיחתם ביום המנוחה נאסרה כליל ושלרשות המקומית אין כלל סמכות להורות על פתיחתם.

בסופם של דברים הגישה העקרונית העולה מפסקי הדין היא, כדברי הנשיאה נאור, כי "חיים משותפים אינם 'הכל או לא כלום', אלא מבוססים על סובלנות לדעה שונה, כבוד הדדי וויתורים הדדיים... הם שעונים על ההכרה שהאדם הוא יצור חופשי המעצב את סיפור חייו, אך גם על ההכרה כי הוא עושה זאת במסגרת חברה ולא על אי בודד... יסודם בהבנה שכל אחת ואחד מאיתנו נושאים באחריות לחברה כולה, אולם אין בכך משום ויתור על מרכיבי יסוד בזהותנו או על ייחודו של כל אחד מאיתנו. לא תפישה של 'אני לא אחתום על חילול שבת', אלא הכרה בחינויותה של תפישת 'חיה ותן לחיות'" (פסקה 49 לחוות דעתה). עיקרי הדברים צוטטו בהסמכה גם בחוות הדעת של שופט המיעוט סולברג, אשר הוסיף את גישתו שלפיה "נוח ותן לנוח". אבל שאלת היישום נותרה במחלוקת.

בפסק הדין בדיון הנוסף לא נאמרה המילה האחרונה בנושא זה. בעקבות פסק הדין הוכנס תיקון נוסף בפקודת העיריות (הידוע בכינוי "חוק המרכולים")<sup>7</sup>. במסגרת התיקון נוסף לפקודה סעיף 258א, שלפיו לא יפורסם חוק עזר בעניין פתיחה וסגירה של עסקים בימי מנוחה (למעט

7 חוק לתיקון דיני הרשויות המקומיות (חוקי עזר בעניין פתיחתם וסגירתם של עסקים בימי מנוחה), התשע"ח-2018.

מסעדות למיניהן ומקומות של עינוג ציבורי) אלא לאחר ששר הפנים נתן את הסכמתו, המותנית בכך שפתיחת העסקים נדרשת כדי לספק צרכים אשר לדעתו הם חיוניים. בהתחשב בכך, כמו גם במלאכת האיזון העדינה שהותוותה בפסק הדין, הטעונה התאמה למאפיינים הייחודיים של כל רשות מקומית, אפשר להניח כי המחלוקת בדבר האיזון ההולם בין הערכים המתנגשים בנושא השבת צפויה ללוות את הציבור בישראל גם בעתיד. כפי שחתמה השופטת ברק־ארז את חוות דעתה (פסקה 47 לחוות דעתה), "יש לקוות כי הדיון בנושא זה ימשיך להתקיים במקום הראוי לו – בזירה הציבורית".

## בין פשרה לפרישה: פסקי הדין בעניין כביש בר־אילן והעיר החרדית אלעד

בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997)  
בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד  
הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000)

### שלמה פרידלנדר

לסגור או לא לסגור את כביש בר־אילן בירושלים בשבת? בשאלה זו נחלקו חילונים וחרדים, ועליה הפגינו, התווכחו בוועדות ציבוריות והתדיינו בבית המשפט העליון. מבחינת החילונים מדובר בעורק תחבורה ראשי שצריך להיות פתוח בכל עת. מבחינת החרדים מדובר ברחוב פנימי בשכונתם, כמוהו כרחובות הסמוכים לו, הסגורים לנסיעה בשבת. עמדה זו התחזקה על רקע השינויים ההדרגתיים שחלו בעיר ירושלים ושחזקו את האופי החרדי של הסביבה. בשנת 1988 החלו הפגנות חרדים שקטות בדרישה לסגירת הכביש בשבת. בשנת 1993, לאחר שגדל הייצוג של החרדים במועצת העיר ירושלים והוקמו עורקי תחבורה חלופיים – התגברה דרישתם לסגירתו. בשנת 1994 הקימה העירייה את "ועדת שטורם", וזו המליצה כי הכביש ייסגר בשבת בשעות התפילה, למעט לתושבי השכונה החילונים. מועצת העיר אישרה את ההמלצה, אך שר התחבורה ישראל קיסר, מממשלת יצחק רבין, דחה אותה לנוכח קביעת המפקח על התעבורה שכביש בר־אילן הוא עורק תחבורה ראשי, והכביש נותר פתוח. הפגנות החרדים הסלימו עד כדי יידוי אבנים על המכוניות, ודעת הקהל סערה. ביוני 1996 הורכבה ממשלתו של בנימין נתניהו. לבקשת שר התחבורה החדש הרב יצחק לוי מהמפד"ל, המפקח שקל מחדש את עמדתו בהתחשב בתושבי השכונה החרדים, וביוני 1996 החליט על סגירת הכביש בשבת בשעות התפילה. ביולי 1996 פנו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כמה עותרים במסגרת שלוש עתירות: סיעת מרצ ואישי ציבור המשתייכים למפלגה, אחות בהדסה שמתגוררת בשכונה ושנדרשת לנסוע לעבודתה בשבת, ואדם עם מוגבלות בתנועה הנוהג לבקר בשבתות את הוריו המבוגרים המתגוררים בשכונה. העתירות כוונו לפתיחת הכביש בשבת לחלוטין. מנגד עתרה עמותת דתית־חרדית בתמיכת ועד השכונה לסגור את הכביש בשבת לחלוטין, למעט עבור רכב חירום. הללו הטעמו כי הרבנים והתושבים מתנגדים לאלימות השוליים הקיצוניים.

בית המשפט העליון חתר לפשרה, ועל פי המלצתו הקים שר התחבורה באוגוסט 1996 את "ועדת צמרת". הוועדה המליצה בדעת רוב לסגור את הכביש בשבת בשעות התפילה בתנאי שיובטחו הסדרי ניידות לחילונים, לצד חילוקי דעות באשר לטיבם של הסדרים אלה. בשלב זה, כנראה משום שהמפקח לא היה שלם עם ההחלטה, שר התחבורה נטל לעצמו את סמכות המפקח והחליט לסגור את הכביש בשבת בשעות התפילה, למעט רכב חירום, תוך שעורקי תחבורה חלופיים יישארו פתוחים.

כל המאמצים להגיע להסכמה נכשלו, ובהעדר הסכמה נדרשה הכרעה בעתירות. בית המשפט העליון דן בהן בהרכב מורחב של שבעה שופטים בראשותו של הנשיא ברק. באפריל 1997 פסק בית המשפט העליון בדעת רוב כי יש מקום לקבל את העתירות באופן חלקי, בכל הנוגע לעניינם של תושבי השכונה. הוסבר כי הגם שהחלטת השר מאזנת בסבירות בין כל הנוסעים לבין תושבי השכונה החרדים – היא חסרה התייחסות לצורך המיוחד של התושבים החילונים ומבקריהם. לפיכך העניין הוחזר לשר להחלטתו מחדש. לאמיתו של דבר, ההכרעה הייתה מורכבת יותר. שלושה משופטי ההרכב: השופטים אור, חשין ודורנר – תמכו בקבלת העתירות לפסול את סגירת הכביש בשבת בשעות התפילה. שלושה שופטים נוספים: הנשיא ברק, המשנה לנשיא לוין והשופט מצא – תמכו בקבלת העתירות במתכונת החלקית המתוארת, קרי: צידדו בסגירת הכביש בשבת בשעות התפילה, כפוף לפתרון סביר עבור התושבים החילונים ומבקריהם. השופט השביעי, השופט טל, סבר שיש מקום לדחות את העתירות לפתיחת הכביש ולקבל את העתירה לסגירתו המלאה כל השבת. עמדה זו הייתה דעת מיעוט מוחלטת, אבל הכריעה את הכף בין שני ה"מחנות"; השופט טל החליט להצטרף מן הבחינה המעשית לדעת המצדדים בסגירת הכביש בשבת, בשעות התפילה לפחות.

פסק הדין בפרשת **כביש בריאילון** מכיל 171 עמודים ו-141 אסמכתאות. כל אחד משבעת השופטים בהרכב ניתח את נתוני התחבורה והדמוגרפיה ונימק את גישתו. בשל קוצר המצע נסתפק בהצגת עיקרי הדברים, תוך העדפת המבט הרחב על פני ההתמקדות בפרטים.

השופט דורנר סברה שהסדר מסוג זה בענייני דת ומדינה טעון חקיקה. אבל שאר השופטים קבעו כי הגם שהסמכות שהופעלה נועדה לתכלית תעבורה – מותר במסגרתה להתחשב באורחות החיים של האוכלוסייה המושפעת מהסדר התעבורה. כך נפסק בשנת 1962 כאשר קטע רחוב בסמוך לבית הכנסת "ישורון" בירושלים נסגר לנסיעה בשבת בשעות התפילה כדי שרעש המכוניות לא יפריע למתפללים,<sup>1</sup> ובשנת 1978 כאשר קטע מרחוב השומר בבני ברק נסגר לנסיעה בשבת כדי שלא לפגוע באוכלוסייה החרדית שסביבו.<sup>2</sup> אם כן, המחלוקת העיקרית בין השופטים לא נגעה לשאלת הסמכות – אלא לשאלה אם הסמכות הופעלה תוך איזון סביר בין היבט התעבורה להיבט הדת.

1 בג"ץ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טז 2665 (1962).

2 בג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב והמרכז, פ"ד לב (2) 160 (1978).

כל השופטים הסכימו שכביש בר־אילן הוא עורק תחבורה ראשי, ושבהיותו כזה יש לכלל הציבור זכות – וצורך – להשתמש בו. השופטים הסכימו שהשבת ורצון התושבים לחוותה לא רק בבתייהם אלא גם בצאתם ובבואם בסביבתם הקהילתית – הם ערכים מוגנים במדינה יהודית ודמוקרטית. השופטים הסכימו שהזכויות והאינטרסים הם יחסיים, שהאיזון ביניהם מחייב פשרה המצויה במתחם הסבירות, ושרק חריגה מנהלית ממנו תצדיק התערבות שיפוטית. אבל השופטים נבדלו זה מזה בראיית הנתונים, הזכויות, האינטרסים והמשקל היחסי הראוי להם. מכאן מסקנותיהם השונות בשאלת הסבירות של פשרת השר.

הנשיא ברק, שכתב את חוות הדעת העיקרית, קבע שהשאלה העקרונית היא "עד כמה ניתן להגביל זכויות אדם בשל הפגיעה ברגשות אדם" (עמ' 16). בכך סימן את המדרג הנורמטיבי החולש על המחלוקת. לגישתו, סגירת הכביש בשבת פוגעת בחופש התנועה של החילונים, שהוא זכות אדם בכירה. לעומתה, הנסיעה בכביש בשבת פוגעת באינטרס החרדים שלא יפגעו ברגשותיהם ובאורח חייהם הדתיים. חופש הדת של החרדים, שהוא במעלת זכות אדם, אינו נפגע, משום שאין כופים אותם לחלל שבת בעצמם. מצד שני, הנשיא ברק הכיר בחומרת הפגיעה שהנסיעה בכביש, במיוחד בשעות התפילה, גורמת לחוויית השבת של תושבי השכונה החרדים, לעומת אי הנוחות הקלה יחסית שתיגרם לנוסעים, אשר דרכם החלופית תארך כשתי דקות נוספות (נוכח סלילת כביש עוקף). לפיכך הנשיא ברק, והמשנה לנשיא לוינ והשופט מצא, שהצטרפו לדעתו, היו מוכנים לקבל שפשרת השר סבירה – בתנאי שיימצא פתרון סביר לתושבי השכונה החילונים ומבקריהם, שסגירת הכביש תפגע בהם במיוחד. לגישתם, רף הסיבולת של הציבור החילוני הכללי, להבדיל מזה שמתגורר בשכונה, צריך לאפשר פשרה כזו. השופטים אור, חשין ודורנר הדגישו את החשיבות התחבורתית של הכביש, שהמפקח על התעבורה קבע לפני התערבות השר שסגירתו בשבת לא תעלה על הדעת, ואת הבכורה הנורמטיבית של זכויות האדם הנפגעות מסגירתו. לדעת השופט אור, סגירת הכביש פוגעת גם בזכות האדם של החופש מדת, ולדעת השופט חשין היא פוגעת בזכות הקניין משום שכביש ראשי שייך לציבור ולא לבעלי המקרקעין שבצידו. לעומת זאת, המשקל של חופש הדת של החרדים נחלש ככל שהוא חורג מרשות היחיד שלהם לרשות הרבים הכללית. השופטים ציינו את הסגירה של 120 רחובות פנימיים בשכונות חרדיות ואי מתן פיצוי תחבורתי לירושלמים החילונים כנגד ה"הפקעה" בשבת של כביש בר־אילן. להערכתם, סגירת הכביש לסירוגין, בשעות משתנות התלויות בכניסת השבת ויציאתה, תוביל בפועל להדרת הנוסעים מהכביש במשך כל השבת. לפיכך סברו שעל הכביש להישאר פתוח במשך כל השבת, וראו בהחלטת השר חריגה ממתחם הסבירות.

השופט טל גרס כי רגשות אדם, כגון רגשות לאומיים ודתיים, הם עיקרים בהוויה האנושית, עד כדי נכונות להקרבת חיים. לפיכך אין להתמקד במדרג הזכויות והאינטרסים אלא ביחס הפגיעה בהן. סגירת כביש תוך הפניית התנועה לדרך חלופית ארוכה יותר בשתי דקות, פחותה בחומרתה מנסיעה בשבת בשכונה חרדית, שהיא "כמדקרות חרב" בערכים המקודשים ביותר



של תושביה (עמ' 178). לפיכך היה ראוי שהכביש ייסגר לכל השבת. מאחר שנותר יחידי בדעתו – הצטרף למצדדים בסגירת הכביש בשבת בשעות התפילה.

כל הוועדות, הרשויות והשופטים צידדו – בהבדלים קלים – בפשרה בין האינטרסים הנוגדים של הקהילות השונות ההולמת את המתח בין ליברליזם לזכות לתרבות. אפשר אף להצביע על נטייה לעבר התחשבות בחרדים.<sup>3</sup> כולם הסכימו שקהילות שונות צריכות להתפשר ביניהן כדי לחיות יחד. ויכוחים אידאולוגיים אינם מניבים שכנוע אלא מעמיקים קיטוב. התמקדות בפגיעה ברגשות אינה הולמת ניגודי אינטרסים והיא מעודדת קורבנות תחת סובלנות. לעומת זאת, הטעמת הזכות לשוויון עשויה להושיב את הצדדים על "ספסל ערכי" אחד, ולמנוע "כיפוף ידיים" נורמטיבי. לו השכנים הירושלמים היו מתלבטים יחד בשאלה האם הנאת הנוסעים החילוניים מפתחת הכביש גדולה מהנאת התושבים החרדים מסגירתו או קטנה ממנה, במקום לריב בנוגע לשאלות האם השבת קדושה יותר מחופש הפרט או פחות ממנו, ואם חילולה מכאיב מכפייתה או להפך – אולי היו מצליחים ליישב את מחלוקתם בדרכי פשרה ושלום.

מכל מקום, כיום הכביש סגור בשבת בשעות התפילה, אבל גם בשאר השבת התנועה בו דלילה. נראה שנוסעים רבים מעדיפים לנסוע בדרכים חלופיות נוחות יותר שנסללו מאו, ולא "להסתבך" עם שעות פתיחה וסגירה עמומות ותגובות עוינות לנסיעה במקום. הדמוגרפיה, הפוליטיקה, המשפט והכבישים החדשים – כל אלה ביחד הפכו את כביש בר־אילן לרחוב פנימי בשכונה החרדית. ועם זאת, התנועה בו אינה אסורה לחלוטין, מכוח אותו תמהיל. ומירושים – לאלעד.

בשנת 1996 החליטה הממשלה להקים עיר חרדית, אלעד, ליד ראש העין ולהרעיף על רוכשי הדירות הטבות כספיות משמעותיות החורגות מאלה שניתנו לאוכלוסיות אחרות. על רקע זה הוגשה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עתירה של עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות, ששמה מעיד על מטרתה, ושל אזרחים שביקשו בשם עקרון השוויון כי יתאפשר להם לרכוש דירות באלעד, ולחלופין לרכוש דירות בעיר סמוכה במחיר ותנאים זהים.

בית המשפט העליון, מפי השופטת ביניש ובהסכמת הנשיא ברק והשופטת שטרסברג-כהן, קיבל את העתירה בקובעו שההטבות שניתנו נגועות בהפליה פסולה (בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000)). בית המשפט קבע כי לו העניקה המדינה הטבות לחרדים באזורי עדיפות לאומית או בשל נזקקות כלכלית, כמו לכלל הציבור, ולו בנתה דירות מוזלות למגזר החרדי בהיקף יחסי לבנייה עבור מגזרים אחרים – דיינו. אלא שטובה כפולה ומכופלת הרעיפה המדינה על החרדים: בנתה להם דירות מוזלות באלעד אשר במרכז הארץ, והקצתה אותן לרוכשים החרדים בלא

3 לשם השוואה, אמנת גביון-מדן (2003), שחתרה להסדר כולל על דרך הפשרה בין דתיים לחילוניים, כללה הסכמה על כך שעורקי תחבורה ראשיים לא ייסגרו.

לבדוק בציציות מצבם הכלכלי, והרבתה בבנייתן למגזר החרדי מעל ומעבר למגזרים האחרים ולשיעור החרדים בכלל האוכלוסייה – בלא לבסס צורך ב"העדפה מתקנת" וצידוק לה. בית המשפט בהביר שאינו רשאי לצוות על המדינה להעניק הטבות דומות לכולם, משום שאינו יכול להעריך את השלכותיהן התקציביות. לפיכך התרופה להפליה תהיה בביטול ההטבות החריגות, למעט לאלה שכבר רכשו את הדירות המוזלות בתום לב ובהסתמך על התחייבות המדינה.

עד כאן – מדובר ביישום של עקרונות מקובלים שכבר נקבעו בפסקי דין קודמים. למעשה, מבחינת השפעתו המשפטית, עיקרו של פסק הדין אינו בקביעה הפשוטה בדבר חובת הרשות המנהלית לנהוג בשוויון ובדבר הפרטה, אלא בהערת אגב שהכשירה הקמת עיר נפרדת לחרדים. מלכתחילה על כך הייתה ההשגה העיקרית של העותרים, אבל בדיון צמצמו את עתירתם לטענה החלופית בדבר ההפליה בהטבות. בית המשפט קבע בעניין זה כך: "ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסיה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת כיום בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה אישית שלו" (עמ' 508-509). בית המשפט ביסס את אמירתו זו על הגישה הרווחת בקרב מלומדים כי למיעוטים הזכות לקיים את ייחודיותם ולשמר אותה, כחלק מהאוטונומיה האישית של חבריהם. בפשטות, גם להם הזכות "להרגיש בבית" במרחב הציבורי. יוער כי נהוג להחריג מן הזכות לתרבות קהילתית את הגבלת האוטונומיה של חברי הקהילה.<sup>4</sup> ספק אם אלעד צפויה לקיים תנאי זה. בפרשת ועדות הקבלה ליישובים קהילתיים הזכות של קהילות מיעוט לתרבות ולמימושה במרחבים נפרדים הוזכרה כזכות מוסכמת.<sup>5</sup> מנגד, עתירת תושבים בשכונה חילונית נגד הקמת מוסד חרדי בשכונתם נדחתה, בקריאה "לפשרה מאוזנת ומידתית בין תפישות עולם, אמונות, דעות ואורחות חיים של פרטים, שהגורל הועיד אותם להשתייך לאותו עם ולחיות יחדיו באותה פיסת קרקע".<sup>6</sup> את ההבדל בין פסקי הדין אפשר לייחס לחוסר הסימטריה בין היבדלות המיעוט מפני הרוב להיבדלות הרוב מפני המיעוט, ולהעדפה ערכית לשילוב על פני כל היבדלות שהיא. עם זאת, הדברים מורכבים יותר גם משום שהציבור המאכלס את הערים החרדיות החדשות אינו בהכרח ציבור מוחלש במישור ההשפעה הציבורית.

אפשר לשער שהפחתת הנכונות לדו-קיום מתוך פשרה, כיעד המשותף של הוועדות, העירייה, השר והשופטים בפרשת כביש בריאילן – הגבירה את הדרישה למרחבים הומוגניים

4 ז'וזה ברונר ויואב פלד "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה: ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית" רביתרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 107, 119, 127-128 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוני שמיר עורכים 1998).

5 בג"ץ 2311/11 סבא נ' כנסת ישראל, פ"ד סז(2) 1, 81, 145-146 (2014).

6 בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331, 384 (2010) (השופטת פרוקצ'יה).

נבדלים, שהודגמה בפרשת **אלעד**, ואת הנטייה להשלים עימה. כביכול נחסך בכך טורח הפישור בין האינטרסים המנוגדים של מגזרי האוכלוסייה. אבל הכרה בזכותן של קהילות להתבדל, על יסוד זכותן לתרבות והאוטונומיה של יחידיהן – מזמינה גם היבדלות של קהילות הנמנות עם הרוב,<sup>7</sup> ומאיצה היפרדות של החברה הישראלית לשבטים. מדיניות של היבדלות צפויה ליצור קיטוב והקצנה ולפורר את הלכידות החברתית. היא מחזקת גורמים שמרניים וקיצוניים ומתעלמת מגוונים ותהליכי שינוי שחיים בצוותא עשויים ליצור.<sup>8</sup> היא נוטה לפגוע בחירות של יחידים בקהילה ולקפח קבוצות מוחלשות בתוכה. היא מובילה לתיוג האוכלוסייה המתבדלת, לחיזוק סטריאוטיפים שליליים לגביה, לניכורה ולהחלשתה הכלכלית. "הדרך שלא נבחרה" בפרשת **אלעד** היא התעקשות על קרבה, על חיכוך, על השפעות גומלין, על פשרות ועל הסתגלות הדדית.<sup>9</sup> דו־קיום בין תרבות ליברלית לשאינה ליברלית אינו קל לשתיהן. ולפיכך נראה שהחברה הישראלית, וכך גם הפסיקה של בית המשפט העליון, ימשיכו לנוע בין הקטבים של "ביחד" ו"לחוד".

- 7 בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד (4) 220 (2000); בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004).
- 8 תמר אלאור וערן נריה "המשוטט החרדי": צריכת זמן ומרחב בקרב האוכלוסייה החרדית בירושלים" חרדים ישראלים: השתלבות בלא טמיעה? 171 (עמנואל סיון וקימי קפלן עורכים 2003).
- 9 ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילונים בישראל" דין ודברים 115, 85 ו-119 (2011).

## כולל או לא כולל שירות: על גיוס בחורי הישיבות

בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1)  
619 (2006)

בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (12.9.2017)

### מנחם (מריו) קליין

אינתיפאדה ראשונה. הכוחות הסדירים מותשים והגדוד שלי גויס למילואים כדי לשחררם. אני עוזב אישה ושני ילדים קטנים ליותר מחודש ימים של תעסוקה מבצעית. אשתי מטפלת בשני ילדינו הקטנים לבד בבית. פחות משני עשורים לאחר מכן אותם שני ילדים גדלים, מתגייסים ומשתתפים בפעילות מבצעית באותה גזרה.

חוק שירות בטחון, התש"ט-1949, הנהיג שירות חובה שחל על כלל האוכלוסייה, כפוף לסמכות שר הביטחון לתת פטור פרטני. חובת הגיוס הכללית נותנת ביטוי להיות זה"ל צבא העם, שהרי העם משרת את העם. נוסף על כך, חובת השירות הכללית יצרה הזדמנות ייחודית למפגש בין-תרבותי שבו כל הקבוצות והפרטים המרכיבים את החברה הישראלית נפגשים בשירות הצבאי ומתלכדים לשם הגשמת מטרה משותפת, היא ביטחון המדינה. אבל לא הכול משרתים בו בפועל. אחת המחלוקות הנמשכות בנושא זה נוגעת להסדרים המיוחדים הנוגעים לגיוס של בני הישיבות.

הרקע ההיסטורי לדברים מורכב. בשנותיה הראשונות של המדינה הורה שר הביטחון לדחות את הגיוס של תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם". הטעם להסדר זה היה קשור בהרס הישיבות באירופה בשואה וברצון לשמור על הגחלת ולמנוע את סגירת הישיבות בישראל בשל גיוס תלמידי הישיבות לצבא. באותה עת מספר המשוחררים השנתי לא עלה על כ-400 תלמידי ישיבות שלמדו במספר מצומצם של ישיבות. בשנות השבעים של המאה הקודמת הוכפל מספר האברכים שנכללו בהסדר דחיית שירות הביטחון. בשנות השמונים בוטלה המכסה ובוטלה ההגבלה על מספר הישיבות השותפות להסדר. כתוצאה מכך מספר הזכאים להסדר דחיית השירות טיפס במהירות. מתוך המחזור המתגייס לצה"ל ב-1987 קיבלו 1,674 תלמידי ישיבות דחיית גיוס (כ-5.4% מכלל המחזור). נכון לשנת 1996 כבר היו 28,547 דחויי שירות שתורתם אומנותם, דהיינו כ-7.4% משנתון הגיוס. בשנת 2005 כבר היו מעל 40,000 דחויי שירות, מחזורי הגיוס של צעירים מהחברה החרדית גדלו, ומספרי הפטורים לשירות צבאי הוכפלו, שולשו ורובעו. הכמות הפכה למהות. מתן פטור לקבוצה חברתית משמעותית הביא למתחים

חברתיים בשל תחושת חוסר השוויון בנשיאה בנטל הביטחוני. המחלוקת היא קודם כול ציבורית, אבל בשל כך שהגיוס בישראל מחויב על פי חוק (כיום חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986), ובשים לב להכרה בזכות לשוויון בתור זכות יסוד במשפט הישראלי, מתעוררות גם שאלות משפטיות מורכבות האופייניות לחברות רבות. בתוך כך התעוררה ההתלבטות מה הדין כאשר קיימת התנגשות חזיתית בין אורחותיה של קבוצה חברתית הדוגלת בלימוד תורה בתור אורח חיים, לערך השוויון הגלום בחובה של כלל אזרחי המדינה לשרת בצבא העם. ואם נדרש שינוי חברתי, מה גבולות הסיבולת של המשפט להסדרים שאינם שוויוניים המיועדים להגביר את השוויון בטווח הארוך, וכיצד תיערך הביקורת השיפוטית עליהם?

עתירות בנושא זה הוגשו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כבר בשנות השישים והשבעים של המאה הקודמת, חלק גדול מהן בידי עו"ד יהודה רסלר, שהיה העותר "הציבורי" החוזר בתחום זה. תחילה נמנע בית המשפט העליון מעיסוק בנושא רגיש זה ודחה את העתירות מטעמים הנוגעים לכך שאין לעותרים "זכות עמידה" (כלומר אינטרס ישיר) או שהנושא אינו שפיט (כלומר הוא שייך לזירה הציבורית-פוליטית).<sup>1</sup> אבל ככל שהנושא הוסיף "לבעבע" והוגשו עתירות נוספות, בית המשפט העליון מצא עצמו נדרש לסוגיה.

הפעם הראשונה שבה התקבלה עתירה בנושא הייתה בשנות התשעים של המאה קודמת. את העתירה באותו מקרה הגיש חבר הכנסת (אז) פרופ' אמנון רובינשטיין (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998)). בית המשפט העליון זיהה את המתח החברתי העצום האופף את הסוגיה, וזה התבטא בהכרעתו, בלי שנדרש לאיזון הערכי עצמו. נקבע כי כיוון שהסוגיה עצמה שנויה במחלוקת בציבור ולא רק שאינה זוכה להסכמה ציבורית רחבה אלא היא הביאה לקרע עמוק בחברה; כיוון שבמרוצת השנים הפך הפטור מטעם זה למשפיע על מגזר שלם, ולא על פרטים בודדים, ולמעשה על החברה בכללותה; וכיוון שהמדובר במדיניות ארוכת טווח ולא נקודתית או מוגבלת בזמן – אזי ההכרעה בה צריכה להיעשות בידי הכנסת בחקיקה ראשית. אומנם לשר הביטחון מוקנית סמכות לדחיית שירות, אבל זאת על בסיס אישי בלבד, ולכן הבעיה האידאולוגית והבעיה החברתית הקשורות בגיוס של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם חייבות למצוא את פתרוןן בחוק של הכנסת. בעקבות כך באוגוסט 1999 מינה ראש הממשלה אהוד ברק ועדה לגיבוש ההסדר הראוי בסוגיה ("הועדה לגבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות"). בראשות הוועדה עמד שופט בית המשפט העליון (בדימוס) צבי טל, ובשיח הציבורי היא קרויה על שמו.

באפריל 2000 הגישה ועדת טל את המלצותיה. בפתח דבריה ציינה הוועדה כי היא השתכנעה שעיקר הבעיה בהסדר הקיים אינו ביטחוני אלא חברתי. בעקבות מסקנות ועדת טל נחקק

1 למשל בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238 (1970); בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81 (1981); ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708 (1982); בג"ץ 179/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4) 421 (1982). ראו רשימתו של נעם סולברג בספר זה, עמ' 187.

חוק דחיית שירות ביטחון לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, שידוע בזירה הציבורית בשמו הבלתי רשמי "חוק טל". בתמצית, החוק אפשר לדחות את מועד ההתייצבות לבדיקות או לשירות ביטחון של מי שלומד באופן סדיר בישיבה ושאינו עוסק בכל עיסוק נוסף. בכך עיגן החוק את המצב שקדם לו. נוסף על כך, הנהיג החוק שתי אפשרויות נוספות: הראשונה, שירות אזרחי אשר ביצעו יקנה פטור משירות בצבא. השנייה, יציאה ל"שנת הכרעה" שבה יידחה השירות הצבאי בלי שהמיועד לשירות נדרש לעמוד בתנאים לפטור, ושכסיומה יכריע בדבר המשך דרכו: חזרה ללימודים תורניים, שירות צבאי או שירות אזרחי. החוק נחקק בתור הוראת שעה למשך חמש שנים הניתנות להארכה בהחלטת הכנסת לחמש שנים נוספות. השאלה האם הפשרה המעוגנת בחוק היא שוויונית ולכן חוקתית, עמדה במרכז עתירה נוספת שהוגשה לבית המשפט העליון (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006)). לטענת העותרים, בשל הפגיעה בזכויות האדם חוק טל אינו חוקתי. הוא אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. הוא אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל לא כמדינה יהודית ולא כמדינה דמוקרטית. לדעת העותרים האמצעי שננקט – דחיית השירות הגורפת – לא יגביר את שילוב החרדים בחברה. הוא יגביר את הניכור בינם למתגייסים לצה"ל. בראש ההרכב ישב הנשיא ברק, ועימו המשנה לנשיא מישאל חשין והשופטים (בתאריהם באותה עת) ביניש, פרוקצ'יה, לוי, גרוניס, נאור, ג'ובראן וחיות. באותה עת העתירה נדחתה ברוב דעות גדול נגד דעת המיעוט של המשנה לנשיא חשין.

השופטת פרוקצ'יה היטיבה לנתח את ההתלבטות שביסוד הדיון. מצד אחד, יש להכיר בקיומה של שונות חברתית עמוקה שמאפיינת את בני הקהילה החרדית, שמבדילה אותם בתפיסה הרוחנית ובאורח החיים מיתר חלקי הציבור בישראל, ואשר הביאה לניתוקם ההדרגתי ממרקם חיי החברה במדינה. מנגד, חיוני לקיים שוויון בסיסי בין כל חלקי החברה חרף השונות ביניהם, על בסיס שותפות חיים אמיתית בנשיאה בחובות ובזכויות בתור יסוד מהותי שהמשטר הדמוקרטי בנוי עליו. הצורך לגשר על פני הפער בין שתי אמיתות אלה הוא העומד ביסוד הסוגיה החוקתית שעמדה לפתח בית המשפט. פתרון הסוגיה נעוץ בדרך היישוב בין שתי האמיתות הנוגדות ובאמצעים ובקצב שיש לנקוט כדי לגשר על פני הניגוד העמוק שנוצר.

הנשיא ברק, שכתב את פסק הדין העיקרי, ציין שגיוס של תלמידי ישיבה שתורתם אומנותם מעורר בעיות חברתיות, צבאיות ואידאולוגיות קשות ומורכבות. הן חורגות מעבר לבעיה של המתגייסים בלבד, והן בעיה חברתית כללית של המגזר החרדי. הן גם בעיה של החברה הישראלית כולה. פתרון הבעיות שנוי במחלוקת קשה בין חלקי החברה בישראל. חוק טל פוגע קשות בכבוד האדם של בני קבוצת הרוב, המחויבים בשירות צבאי. אומנם הוא נועד לתכלית ראויה, אבל בשלב זה הוא פוגע באופן בלתי מידתי בזכות לשוויון של המשרתים בצבא. עם זאת, אי אפשר לקבל הכרעה סופית באשר למידתיות החוק, שכן לא ניתנה לחוק "הזדמנות ראויה" להגשים את מטרותיו (עמ' 722). הכנסת עצמה צפתה את הצורך בזמן ראוי כדי לחולל את השינויים החברתיים שיביאו לפתרון, ולו חלקי, של הבעיה. על כן היא קבעה שהחוק

יעמוד בתוקפו חמש שנים מיום פרסומו, תוך אפשרות להאריכו בהחלטת הכנסת. הנשיא ברק ציין שנתורה מעל לשנה עד לחלוף מועד זה. משכך חוקתיות החוק מותנית בעיקרו של דבר במידתיותו. בשלב שבו הוגשה העתירה, הוא הפציר בחרדים לגורלו של החוק מכל קצווי החברה הישראלית לנצל את הזמן שנותר כדי להביא לשינוי במגמות הקיימות. הוא הדגיש שהתשובה לבעיה החברתית היא בפתרון חברתי מוסכם המבוסס על סובלנות ועל הבנה. הנשיא ציין שאם השינוי לא יבוא, קיים חשש רציני שהחוק ייהפך לבלתי חוקתי.

המשנה לנשיא חשין תמך בדעת מיעוט בקבלת העתירה ובביטול החוק. הוא הדגיש את הפגיעה הקשה בזכות לשוויון ואת הפער הקשה מנקודת מבטו בין מידת המעורבות הגבוהה של נציגי הציבור החרדי בקבלת החלטות במדינה לבחירתם "להוציא עצמם" מן הכלל. לדבריו, "נציגיהם של בני הישיבה יושבים בכנסת ומחוקקים על כל נושאים של החברה בישראל... ועל כל אלה: דעתם יכולה שתכריע בנושאי שלום ומלחמה ובשילוחם של אחרים למלחמה. בעשותם את שהם עושים, וכפי שהם עושים; בתובעם לעצמם את שהם תובעים; ובקבלם את שהם מקבלים; הוציאו עצמם בני העדה מרשות היחיד שלהם ובאו אל רשות הרבים. שלא כבני כת האיימיש אשר נשארו ספונים ברשות היחיד, בני העדה סמוכים אל שולחן הקהל וזוכים הם להטבות מלאה הטנא. ומי שיצא אל רשות הרבים ונהנה משררה ומהטבות ליחיד, חייב לנהוג כפי שנוהגים ברשות הרבים ולחוב בחובות שהרבים והיחיד חבים בהם... על רקע כל אלה, היכול מי להעלות על דעתו – בכנות ובאמת – כי בני אותה עדה שתורתם אומנותם – והם רבבות רבבות – לא ישרתו כלל בצבא?" (עמ' 764-765). המשנה לנשיא חשין סבר כי בחוק טמון פגם גנטי מולד, ולכן אין צורך להמתין ולבחון את יישומו בפועל.

השופט גרוניס הצטרף לתוצאת הרוב אבל מנימוק שונה מהותית. הוא קבע בדעת יחיד שאין צידוק להפעיל ביקורת שיפוטית על החוק. מדובר בחוק שבו קבוצת הרוב הסכימה כחלק מפשרה חברתית לתת זכות יתר לקבוצת המיעוט. לדידו, יש לצמצם את הביקורת השיפוטית על חקיקה רק למצבים שבהם יש להגן על מיעוט ועל יחידים מפני העריצות של הרוב. לא מתפקידו של בית המשפט לשמש אפוטרופוס לבני קבוצת הרוב "ולהוציא בעבורם את הערמונים מן האש" (עמ' 810). השופטת חיות, כיום נשיאת בית המשפט העליון, הסכימה לפסק הדין של הנשיא ברק, אבל הוסיפה כמה מילים "נבואיות": "תם ולא נשלם" (עמ' 779).

בהמשך לכך האריכה הכנסת את התוקף של חוק טל בחמש שנים נוספות. שוב הוגשו עתירות נגדו, ושוב הן נדונו בהרכב מורחב, הפעם בראשות הנשיאה ביניש עם המשנה לנשיאה ריבלין והשופטים גרוניס, נאור, ארבל, רובינשטיין, חיות, מלצר והנדל (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012)). בית המשפט העליון פסל ברוב דעות את החוק, נגד דעות מיעוט של המשנה לנשיאה ריבלין, השופטת ארבל והשופט גרוניס. דעת הרוב הסתמכה על הקביעות בפסק הדין הקודם והחליטה שהגיעה העת לבחון אם החוק משיג את מטרתו. על בסיס הניסיון בהפעלת החוק נקבע שאין בו אמצעי פיקוח על יישומו, והדבר תלוי במידה מכרעת ברצון של תלמידי הישיבות. דעת הרוב מצאה שהפגמים בחוק טבועים

בו עצמו, ושבגללם האמצעים שהוא נוקט לא ישיגו את מטרתו. התוצאה הייתה שיש לבטל את החוק, אבל בג"ץ דחה את תחילת הבטלות בחצי שנה. לעומת זאת, המשנה לנשיאה ריבלין והשופטת ארבל סברו בדעת מיעוט שטרם הסתיימה תקופת המבחן שראוי להעניק לחוק. הם הציעו להשאיר את העתירות תלויות ועומדות ולבקש הודעת ערכון נוספת על המשך יישום החוק. השופטת ארבל ציינה כי לתהליך שבבסיס החוק נדרש זמן, וניכרת בינתיים מגמה של התקדמות, ולכן לא נכון לגדוע אותו בשלב זה. השופט גרוניס שב על עמדתו שלפיה אין מקום לדון בעתירה נגד תוקף החוק, מאחר שהוא מגלם זכות שהרוב העניק למיעוט. נוסף על כך, לטעמו, מוטב שהסוגיה תוסדר במרחב הציבורי, ולא בבית המשפט – ויש לדחות את העתירות. בעקבות זאת חוקקה הכנסת חוק חדש, שמעגן את הסמכות של שר הביטחון לדחות את השירות הצבאי של תלמידי הישיבות ולפטור אותם בשלב מסוים מהשירות, מכוח סמכות מפורשת המתייחסת לקבוצה שתורתם אומנותם (חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014). לשימוש בסמכות זו נקבעו כמה סייגים, ובהם עמידת הציבור שתורתו אומנותו במסכות גיוס שהממשלה תקבע. עם זאת, ההתניה בין הפטור לעמידה ביעדי הגיוס לא הייתה כלל ברזל, ובחוק עוגנה אפשרות מסוימת להמשיך את הסדר הדחייה גם בהעדר עמידה ביעדים. החוק נועד לחול עד ל-2023.

גם נגד חוקתיות חוק זה הוגשה עתירה (בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (12.9.2017)). וגם בעתירה זו דן הרכב מורחב, זו הפעם בראשות הנשיאה נאור עם המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופטים חיות, מלצר, הנדל, פוגלמן, עמית, סולברג ושהם. הפעם העתירה התקבלה ברוב דעות של חברי ההרכב, נגד דעת המיעוט של השופט סולברג. בית המשפט העליון חזר וקבע גם בפסק דין זה, כמו בקודמו, שהסדר הגיוס המיוחד לבני הישיבות פוגע בשוויון בצורה עמוקה ובאופן המקים פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. עוד הוסבר שקיים כשל עמוק ביכולת של הסדר הגיוס החדש לממש את תכליתו המרכזית: צמצום משמעותי של אי השוויון בחלוקה בנטל השירות הצבאי. ההסדר מבטיח אולי "שקט תעשייתי" בטווח הקרוב, אבל אין בו כדי להביא לתקווה לשינוי מהותי במצב. הפגמים העיקריים בהסדר החדש הם שבשש השנים הראשונות להפעלתו ההסדר וולונטרי לחלוטין ונעדר סנקציות, וכמו כן ההסדר אמור לפקוע בשנת 2023 בלא שנקבע הסדר שיחול לאחר מכן. עם זאת, החליט בג"ץ שהבטלות לא תחול מייד, אלא תיכנס לתוקפה שנה מיום מתן פסק הדין. למעשה, גם פסק דין זה אינו סוף פסוק, כי הוא חוזר ומעביר את זירת ההכרעה לכנסת. עדיין אפשר לומר: "תם ולא נשלם".

הגיוס של אלה שתורתם אומנותם ממחיש את האתגרים הניצבים בפני בית המשפט בחברה רבת-תרבותית שבה קיימת התנגשות בין השאיפות של הקבוצות השונות המרכיבות את הפסיפס החברתי לבין חובות כלליות שנקבעו בחוק. בכל הנוגע לסוגיית השוויון בנטל הביטחוני, התנגשות זו רבת עוצמה. זאת בשל ההיקף של קבוצת האזרחים שתורתם אומנותם, בשל עוצמת ההתנגשות בין השירות הצבאי לאורחות חייה, ובשל כך שהמדובר בגיוס חובה



לצבא על הסיכון הכרוך בו לחיילים. תחילה, בית המשפט העליון קבע שההסדר צריך להיות בחקיקה ראשית, ולא די בהחלטה מנהלית. בהתאם לכך גיבש המחוקק לאורך השנים כמה הסדרים אשר נועדו למצוא שביל זהב בין האינטרסים. בית המשפט הכיר בקיום מרחב תמרון למחוקק לבנות גשרים חברתיים שיביאו לחלוקה שוויונית של הנטל הביטחוני, גם אם במהלך הדרגתי וארוך טווח. אומנם ההסדרים שהמחוקק קבע שיקפו את מורכבות הסוגיה, אבל על אף ההבנה כי תהליך שינוי חברתי מצריך זמן, יעילותם לא עמדה במבחן הביקורת השיפוטית. שביל הזהב טרם נמצא, והאתגרים המשפטי והחברתי היו ונותרו עצומים. הם ממחישים את הקושי בעיצוב כללים משפטיים בחברות רבות-תרבותיות שבהן לקבוצות השונות משאלות סותרות. ונחזור לענייננו: הצבא נועד להיות צבא העם, אבל עדיין לא כולם משרתים בו. עוד חזון למועד.

**חוזים**



## מלאך, אדם או זאב: על תום הלב במשא ומתן חוזי

ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב (1) 231 (1977)  
ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז (4) 673 (1983)  
ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג (1) 441 (1989)  
ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו (3)  
289 (2002)

### אורן שוורץ

כיצד יש לנהל משא ומתן בעסקה חשובה? מאליו ברור שאנו מבקשים להשיג את התנאים הטובים ביותר בעסקה. הרי זהו הציר שעליו סובב המשא ומתן. אך האם כל האמצעים כשרים להשגת מטרה זו? מה עלינו לגלות לצד השני? מה הם הגבולות להפעלת כישורינו המסחריים? סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, מנסה להשיב לשאלות אלו ומצווה על צדדים במשא ומתן לנהוג בתום לב. אולם מהו בדיוק אותו תום לב שאליו כיוון המחוקק? כיצד יש לנהוג במי שנפגע מהפרתו? המענה לשאלות אלו לא התקבל ב"מכת חרב" אלא התפתח בהדרגה, שלב אחר שלב, על רקע אתגרים משפטיים שהציב שוק הבנייה הישראלי בפני מערכת בתי המשפט. פרשה ראשונה שראוי לפתוח בה התרחשה בשנים 1974-1975 ועסקה בבעל מגרש בשם חיים ספקטור (ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב (1) 231 (1977)). על המגרש היה אפשר לבנות בית דירות, וספקטור ביקש למכור אותו לקבלן שיוכל לעשות זאת. מתווך מטעם ספקטור ערך בדיקות לקראת מכירת המגרש, ואז התברר כי בכוונת הרשות המקומית להפקיע חלק נכבד מהקרקע. הפקעה עתידית זו הפחיתה את אפשרות הבנייה בקרקע מ-16 דירות ל-12 בלבד. כאשר הובא המידע לידיעת הקונה, הוא ביקש להפחית את התשלום ובסופו של דבר נמנע מכריתת החוזה. מה עשה ספקטור? הוא התחכם ופנה למתווך אחר בלי לשתפו במידע בעניין ההפקעה. אותו מתווך, שהיה קפדן פחות מקודמו, לא גילה את דבר ההפקעה והזמין את הקבלן צרפתי לעסקה. צרפתי, שלא ידע על ההפקעה הצפויה, חתם על הסכם המכר. לימים, כשנודע לצרפתי עליה, ביקש הוא לבטל את החוזה. משלא נענה, הוא תבע את ספקטור בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. השופטת אבנור קיבלה את הטענה של הקבלן צרפתי שלפיה הוא התקשר בחוזה עקב טעות, והורתה על ביטול החוזה.

ספקטור ערער לבית המשפט העליון, והערעור נדון לפני הרכב בראשות מ"מ הנשיא לנדוי עם השופטים יצחק כהן ואשר. במרכז ההליך ניצבה השאלה האם ספקטור היה חייב לגלות

לקבלן צרפתי את דבר ההפקעה העתידית. כדי לענות על כך, נדרש בית המשפט העליון לקבוע את הגבולות של חובת הגילוי בשלב הטרם-חוזי, שנובעת מחובת תום הלב. אך מה המשמעות של מושג כוללני זה, שהמחוקק כינה "בדרך מקובלת ובתום לב"?

בית המשפט העליון השיב שהתנהגות בתום לב משמעה "התנהגות ביושר ובהגינות". אופן התנהגות כזה מחייב לגלות לצד השני מידע שמהותי עבורו, כלומר מידע שחשוב לשיקולים של אותו צד בעסקה. בכך שהמידע ניתן לגילוי עצמאי אין כדי להכשיר את אי הגילוי. מנקודה זו נחלקו דעות השופטים. השופט אשר היה בדעה כי ספקטור ידע, או היה חייב לדעת, כי החלטת הקבלן צרפתי לקנות את המגרש תלויה במספר הדירות שאפשר לבנות במגרש. להפקעה השפעה מהותית על מספר הדירות, ולפיכך אי גילוייה נחשב להפרה של חובת תום הלב, הפרה שבאמצעותה הוטעה צרפתי. מכאן זכותו לבטל את החוזה. עמדה זו נותרה דעת מיעוט. הגישה של יתר חברי ההרכב הייתה שונה. שופטים אלו הזהירו מפני התערבות יתר בחוזים מסחריים. הם סברו שאין צורך להכביד בקביעת נורמות התנהגות בשלב שלפני כריתת החוזה. תום הלב הוא עניין סובייקטיבי. מאחר שמספר הדירות לא עלה במפורש במשא ומתן, לא הייתה חובה על המוכר לגלות את עניין ההפקעה. לפיכך נמצא שספקטור לא הפר את חובת תום הלב. עם זאת, במישור התוצאה הוכרה זכותו של צרפתי לבטל את החוזה מכוח הוראות חוק המכר בנוגע לאי התאמה בתכונות המגרש. אם כן, גישת הרוב בעניין ספקטור לעקרון תום הלב הייתה מצמצמת יחסית. כפי שנראה – לא כך היה לאורך זמן.

עניינם של יוסף קסטרו ודוד פניני, שבחן את חובת תום הלב במשא ומתן, התרחש גם הוא בשנת 1974. קסטרו, תושב חוץ, ביקש לרכוש דירה. לצורך כך פנה לחבר ילדות שלו – פניני. השניים נפגשו. קסטרו סמך "בעיניים עצומות" על פניני והשתכנע לרכוש דירה מחברת פנינדר, שפניני ניהל. בסופו של דבר נערך זיכרון דברים, חוזה תמציתי, ומכוחו רכש קסטרו דירת מגורים ברחוב הרצל בקרית אתא. קסטרו שילם לחברה במיטב כספו. אולם החברה נקלעה לקשיים כלכליים והדירה לא נבנתה. בדיעבד התברר כי המגרש שבו היה אמור לקום בניין המגורים, ובו גם הדירה של קסטרו, כלל לא היה בבעלות פנינדר. פניני לא גילה מידע זה לקסטרו.

קסטרו הגיש תביעה לבית המשפט המחוזי בחיפה, וזה חייב את פניני ואת פנינדר להחזיר לו את הכספים ששילם בתוספת פיצויים בסך 70,000 ל"י, ששיקפו את ההפרש בין המחיר ששילם לשווי של דירה חדשה.

הנתבעים הגישו לבית המשפט העליון ערעור וזה נדחה פה אחד בהרכב של מ"מ הנשיא חיים כהן והשופטים יצחק כהן וברק (ע"א 230/80 פנינדר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713 (1981)). עם זאת, בין השופטים בהרכב התגלעו חילוקי דעות בשאלה מכוח איזו עילה שבחוק יזכה קסטרו לפיצוי מפניני, בהתחשב בכך שהוא לא היה צד לחוזה. השופט חיים כהן סבר כי המעמד הדומיננטי של פניני בעסקה מלמד על התחייבות אישית שלו כלפי קסטרו. לעומת זאת, לפי עמדת השופט ברק יש לחייב את פניני בפיצויים מכוח הפרת

חובת תום הלב במשא ומתן. השופט יצחק כהן הצטרף לעמדה של השופט ברק, בהתחשב באופי העקרוני של המחלוקת הוחלט לקיים בעניין זה דיון נוסף (ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983)). בהרכב ישבו הנשיא הפורש יצחק כהן, הנשיא שמגר והשופטים ברק, בייסקי ושלמה לוי. הנשיא שמגר, שכתב את חוות הדעת המרכזית, התבסס על ההקשר הלשוני של סעיף 12 לחוק החוזים והגיע לידי מסקנה כי החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן החוזי היא חובה עצמאית. היא חלה על כל אדם שהשתתף במשא ומתן, בין שנכרת חוזה ובין שלא. כך גם במקרה שבו אדם אינו צד לחוזה אולם השתתף במשא ומתן. התוצאה היא שפניני, גם אם לא חתם על זיכרון הדברים בשמו (אלא בשם החברה), עדיין היה כפוף לחובה לנהוג בתום לב. כן נקבע כי החובה לנהוג בתום לב נקבעת על פי קנה מידה אובייקטיבי, קרי: כיצד ראוי לנהוג באותן נסיבות. כמו בעניין ספקטור, נקבע כי לעיתים אין די בשתיקה או בהימנעות משקר. היושר וההגינות מחייבים לא אחת לעשות מעשה ולנקוט גילוי אקטיבי. מאחר שפניני לא גילה לקסטרו שהמגרש אינו בבעלות החברה, נמצא שיש לחייבו בפניני בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן החוזי, הגם שלא היה צד לחוזה. היותו של פניני שלוח של חברת פנידר ומנהל בה, אינו מגן מפני עילת התביעה האישית נגדו בעילת הפרת חובת תום הלב.

חלפו שנים מספר והתעוררה שאלה נוספת. האם תום לב כולל גם שוויון? שאלה זו התעוררה בעניינה של חברת בית יולס, שהפעילה בית אבות בחיפה. בשנת 1976 ביקשה בית יולס להרוס את מבנה בית האבות ולהקים במקומו מבנה חדש. לצורך כך פרסמה מכרז והזמינה חברות בנייה להגיש את הצעותיהן לבניית בית האבות. בפרסום הדגישה בית יולס כי אינה מתחייבת לקבל את הצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא. כמקובל במכרזים, נדרשו המציעים לצרף ערבות בנקאית בשיעור 5% מגובה הצעתם. למכרז הוגשו כמה הצעות, בהן הצעה של חברת רסקו. בניגוד ליתר המציעות, רסקו לא צירפה להצעתה ערבות בנקאית של ממש, אלא כתב ערבות של חברת בת שלה. ועדת המכרזים של בית יולס ערכה בדיקות והחליטה כי רסקו, שנחשבה לחברה גדולה ואמינה, תבצע את העבודות אם תפחית במחיר שהציעה. לאחר משא ומתן קיבלה רסקו את הדרישות של בית יולס והחזרה נחתם. מכאן החל הליך משפטי מסועף. שתי חברות בנייה אחרות שהשתתפו במכרז סברו כי קופחו, ונקטו בבית המשפט המחוזי בחיפה הליכים לקבלת צו מניעה ופיצויים.

בית המשפט המחוזי (השופט קציר) לא מצא פגם בכך שבמכרז פרטי במטרה להשיג את ההצעה הטובה ביותר, נוהל משא ומתן רק עם רסקו. גם לעניין הפגם בנושא הערבות הבנקאית לא ניתן משקל רב. נמצא שבית יולס נהגה בתום לב סובייקטיבי, והתביעה נדחתה.

רביב ערערה לבית המשפט העליון, ובו נוצרה מחלוקת חזיתית בסוגיה (ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533 (1982)). השופט ברק ביקש לצעוד "צעד אחד קדימה" ולראות בעקרון תום הלב דרישה ליושר והגינות שכוללת גם ניהול שוויוני של משא ומתן. מנגד, גישתו של השופט שלמה לוי הייתה שיש למעט בהתערבות ביחסים החוזיים,

ובכלל זה אין לכפות על הצדדים לנהוג בשוויון זה כלפי זה. השופט טירקל, שישב אף הוא בהרכב, נטה לדעתו של השופט לויין.

האופי העקרוני של המחלוקת הוביל להחלטה שגם במקרה זה יתקיים הליך של דיון נוסף (ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989)). אולם חילוקי הדעות לא יושבו לחלוטין. דעת הרוב, שבה החזיקו המשנה לנשיא מנחם אלון והשופטים שלמה לויין ומלץ, הייתה שאין להרחיב את תחולת עקרון תום הלב. הכללת חובת השוויון במשא ומתן מסחרי יוצרת תוכן שהמחוקק לא התכוון אליו. בית יולס ניהלה את המשא ומתן לקראת כריתת חוזה הבנייה בחוסר שוויון כדי שתוכל להגיע לתוצאה הטובה ביותר מבחינתה: קבלן בעל יכולת מקצועית גבוהה במחיר נמוך. אין פסול בכך. דעת מיעוט משמעותית הביעו הנשיא שמגר והשופט ברק. שופטים אלו סברו כי "חופש החוזים" אין משמעו שכל האמצעים כשרים. נהפוך הוא: כדי לשמור על חופש החוזים צריך להקפיד על כללי משחק הוגנים. לשיטתם, במקרה זה בעצם הבחירה במסלול של מכרז קיבלה בית יולס על עצמה אמות מידה של שוויוניות. בית יולס הייתה רשאית לקבל הצעה שאינה הזולה ביותר במכרז, אולם היה עליה לעשות כן לאחר משא ומתן שוויוני עם כל אחת ואחת מהמזעירות שחפצו בכך. ניהול משא ומתן עם רסקו בלבד וחוסר ההקפדה על מילוי תנאי הפקדת הערבות הבנקאית מפירים את עקרון תום הלב. הפרה זו מצדיקה לחייב את בית יולס בהוצאות שנגרמו למזעירות בקשר למכרז.

ושאלה נוספת: במקרים שבהם בית המשפט יגיע לכלל מסקנה שהופרה חובת תום הלב, איזה סעד יקבל הצד הנפגע? פיצויים על הוצאות שהוציא לשווא? או אולי פיצויים שמשקפים את העסקה שהפסיד? שאלה זו התחדדה בעניינה של חברה בשם ע.ר.מ. רעננה, שפרסמה בשנת 1992 מכרז פרטי לביצוע עבודות תשתית. במכרז, שנחשב לשלב במשא ומתן חוזי, השתתפו כמה חברות בנייה. אחת מהן הייתה קל בנין, שהציעה לבצע את העבודות בתמורה ליותר מ-7 מיליון ש"ח. ע.ר.מ. רעננה ביקשה להפחית את המחיר שהציעו המתחרות במכרז, וקבעה מחיר מטרה נמוך יותר. לאחר משא ומתן הסכימה קל בנין לבצע את העבודות גם במחיר זה. אולם בסופו של דבר העדיפה ע.ר.מ. רעננה לחתום על חוזה עם חברה אחרת, שלא השתתפה כלל במכרז.

קל בנין סברה שנהגו בה בחוסר תום לב, והגישה תביעת פיצויים לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. תביעה זו נדחתה, וקל בנין ערערה לבית המשפט העליון (ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002)).<sup>1</sup> על הפרק עמדה השאלה האם הפרה של חובת תום הלב יכולה לזכות את הנפגע בפיצוי בגין הרווח שנמנע ממנו באי קיומו של החוזה.

1 בלי להרחיב, ההתדיינות בין הצדדים כללה גם פסק דין קודם שקבע כי מוקד הדיון יהיה בשאלה של הפרת החובה לנהוג בתום לב, להבדיל מהשאלה האם נכרת חוזה בין הצדדים. ע"א 4850/96 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נב(5) 562 (1998).

הנשיא ברק כתב את חוות הדעת המרכזית בפסק הדין, שרוממה את המעמד של חובת תום הלב בתור עקרון יסוד במשפט הישראלי. השופטים אור ואנגלרד הצטרפו אליו. הנשיא ברק הבהיר בלשון חדה מהן הדרישות שמקימה החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן החוזי: "כל צד דואג לאינטרס שלו עצמו, אך הוא עושה כן באופן הוגן תוך הבטחת המשימה המשותפת של הצדדים" (עמ' 298). מה דינו של מי שהפר את החובה לנהוג בתום לב? התשובה של הנשיא ברק התבססה על מטרת הפיצוי: "השבת המצב לקדמותו". אם אחד הצדדים נהג בחוסר תום לב בשלב שבו טרם עוצב החוזה ואי אפשר באותה עת לצפות מה יהיו תנאיו, הפיצויים ישקפו את הנזק שנגרם מעצם ניהול המשא ומתן (כגון הוצאות ייעוץ מקצועי, הכנת מסמכים ושעות עבודה שכרוכות במשא ומתן). התוצאה שונה במקרה שבו הפרת חובת תום הלב מתרחשת בשלבים הסופיים של המשא ומתן, כגון ערב כריתת החוזה. במקרה כזה רק בשל חוסר תום הלב נמנעה כריתת החוזה. הפיצויים ההולמים הם "פיצויי קיום", קרי: פיצויים בשיעור הרווח שהיה צומח לנפגע אילו החוזה היה מקיים. במקרה של ע.ר.מ רעננה החוזה היה חלק ממסמכי המכרז ולא הייתה מחלוקת על תנאיו. קל בנין הסכימה לבצע את העבודות שבחוזה במחיר שהתבקש. אבל ע.ר.מ רעננה נהגה בחוסר תום לב: התקשרה בחוזה עם קבלן שלא השתתף במכרז. אלמלא חוסר תום הלב של ע.ר.מ רעננה, הייתה קל בנין מתקשרת בחוזה וזוכה להכנסות. בנסיבות אלה, כך קבע בית המשפט העליון, הפיצויים בשל הפרת חובת תום הלב יהיו בשיעור הרווח המשווער שהיה צומח לקל בנין אילו החוזה היה מקיים.

ההתפתחות של עקרון תום הלב שקבע המחוקק הישראלי, מלמדת על היחס שבין דבר חקיקה לפרשנות של בית המשפט העליון לאותה הוראת חוק. בסעיף 12 לחוק החוזים קבע המחוקק סטנדרט התנהגות כוללני ומופשט. אחד התפקידים של המשפט בחברה המודרנית הוא להכווין התנהגות. השימוש במושג כוללני חייב את בתי המשפט בבואם להכריע בסכסוכים שבין אדם לחברו, למנות את הפרטים של תקן ההתנהגות הרצוי. תהליך ההבהרה מהו תום לב במשא ומתן חוזי, היה מורכב והתפרס על פני יותר מ-20 שנים של פולמוס משפטי. כל זאת בחתירה להגינות שתיחשב מספקת, אך אינה "מידת חסידות". כלשונו של השופט ברק בדיון הנוסף בעניין בית יולס: "החוק אינו דורש, שהצדדים יהיו מלאכים זה לזה. אך החוק דורש, כי הצדדים לא יהיו זאבים זה לזה. דרישתו של החוק היא, כי אדם לאדם – אדם" (עמ' 484).



## זה רק ביזנס? על הפן המוסרי בקיום חוזים

ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988)  
ע"א 3912/90, Eximin S. A., תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל  
פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993)

### ירדנה סרוסי

"חוזים יש לכבד", *pacta sunt servanda*. זהו המכתם הלטיני שהגדיר עבור רבים את התמצית של דיני החוזים לאורך דורות. אבל מהי המשמעות המדויקת שלו? האם מי שמתקשר בחוזה מקבל על עצמו התחייבות לקיים את החוזה, או שההתחייבות היא רק לפצות את הצד הנפגע אם החוזה לא קיים? כמו כן, לאיזו דרגת סיוע ושיתוף פעולה צד לחוזה יכול לצפות מחברו? דמו בנפשכם שחתמתם על חוזה עם אדם לרכישת מוצר מסוים. עוד תארו לעצמכם שזמן מה אחר כך המוכר מבשר לכם כי המוצר לא יישלח אליכם בזמן הקרוב, שכן הוא מכר אותו לצד שלישי במחיר כפול מהמחיר שסוכם ביניכם. לא שילמתם עדיין על המוצר, ולא נגרם לכם נזק בשל אי האספקה. אבל ללא ספק התאכזבתם. אולי גם הרגשתם שאת הרווח הנוסף אתם יכולתם להפיק. איזה סכום תתבעו בכתב התביעה? האם תוכלו לדרוש את הרווחים של המוכר מהחוזה הנוסף? האם יש משמעות להתנהגות של המוכר בהקשר זה? ובכלל, האם יש לשלב שיקולים של מוסר ויושר בדיני החוזים, או שהבכורה נתונה לשיקולים הכלכליים?

אלו הן בדיוק השאלות שעמדו בבסיס פסק דין אשר עסק בחוזה לאספקת ברזל שחברה גרמנית וחברה ישראלית כרתו כחודש לפני מלחמת יום הכיפורים (ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988)). בחוזה התחייבה החברה הגרמנית לספק לחברה הישראלית משלוח של ברזל. אבל נוכח קשיים בשילוח הברזל עקב המלחמה ובשל עלייה נקודתית במחירי הברזל, החליטה המוכרת להפר את ההסכם ולמכור חלק מהברזל לצד שלישי במחיר גבוה יותר מאשר המחיר שסוכם בחוזה. לאחר זמן מה חזרו מחירי הברזל לשיעורם הרגיל והחברה הקונה לא הייתה יכולה להוכיח שנגרם לה נזק. עם זאת, היא תבעה לקבל את רווחי המוכרת מהעסקה עם הצד השלישי.

בית המשפט המחוזי בחיפה קיבל את התביעה. החברה המוכרת ערערה על הכרעה זו. העניין הגיע לפתחו של בית המשפט העליון, ותחילה הוא נדון בהרכב של שלושה: השופטים בן-פורת, ברק ושילה. בפסק הדין שנתן הרכב זה הפך בית המשפט העליון את פסק הדין של בית המשפט המחוזי וקבע שהקונה איננה זכאית לקבל את רווחי המוכרת מהעסקה. עם זאת,

בשל האופי החדשני של השאלות שעלו בדיון, החליט נשיא בית המשפט העליון אז, השופט יצחק כהן, שהסוגיה ראויה להתברר בדיון נוסף בהרכב מורחב של חמישה שופטים.

בדיון הנוסף התהפכה שוב התוצאה, תוך חילוקי דעות.

דעת הרוב, שבה החזיקו השופטים שלמה לוין, גבריאלי בכ ואהרן ברק, הייתה שאפשר יצריך להעביר את רווחי המוכרת, הצד המפר, לקונה, הצד התמים. ביסוד עמדה זו ניצבו שיקולים של צדק לנפגע, הרתעת המפר וקיום החוזה בהגינות ובמוסריות. לשיטתם של שופטי הרוב, הכרה בזכות של הצד התמים לקבל את רווחי הצד המפר תהיה גורם מדרבן לקיום החוזה. מוכר יהסס רבות לפני שימכור לצד שלישי נכס שהתחייב למכור לקונה, שכן הוא יידע כי הוא יידרש לשלם לקונה את הרווחים שיפיק וכל טובת הנאה נוספת שתצמח לו מההפרה. בנסיבות שכאלה אין טעם בהפרה. הכרה בזכות לקבל את הרווח של הצד המפר תחזק את הקשר החוזי ותגביר את כיבודו.

ראוי לצטט מדברי השופט שלמה לוין בהקשר זה: "הגישה החוזית האמורה... מעבירה את הדגש מהסיכון שבנזקי ההפרה אל ההפרה עצמה; יש בה כדי להרתיע צד לחוזה מלהפר את התחייבויותיו על פיו; יש בה כדי להשתלב בתחושת הצדק הרווחת בחברה הישראלית, שעל פיה לא יצא החוטא נשכר. היא אמנם מנוגדת לאסכולה הכלכלית של המשפט, אך תפיסתה של אסכולה זו מתעלמת, לענייננו, מהעובדה, שמדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברובוטים" (בעמ' 237).

העמדה של שופטי המיעוט, המשנה לנשיא מרים בן-פורת והשופט דב לוין, הייתה שונה. הם סברו כי במקרה שכזה אין להעביר את רווחי העסקה לקונה. לגישתם, אם קיים חוזה בין צדדים והחוזה אינו מקוים, דיני החוזים הם שחולשים בלעדית על פתרון הבעיות שהתהוו כתוצאה מההפרה. על פי עובדות המקרה, קיבלה הקונה בסופו של דבר תמורה מלאה לכספים שהעבירה, ולא עלה בידה להוכיח שניזוקה עקב הפרת החוזה. לשיטתם, תביעה להעברת הרווחים יכולה להתלוות אך ורק לתביעה לאכיפת החוזה, שאז מבקש התובע לקבל הן את הנכס והן את הרווחים שהופקו ממנו. למעשה, הם גם הביעו חשש שבגישת הרוב טמון סיכון רציני ליציבות של עולם הסוחרים בכלל ושל המתקשרים בחוזים בפרט. החשש הוא שירבו המקרים שבהם הצד המקיים, אף שכמעט שלא ניזוק, יתבע לעצמו את הרווחים ממכירת הנכס ביום מן הימים. כמו כן, הכרה בכך שניתן להעביר את רווחי הצד המפר לנפגע, עשויה להרבות התדייניות ולגזול זמן שיפוטי יקר ומשאבים ניכרים.

למעשה, בבסיס המחלוקת שהוצגה ניצב מאבק בין שתי גישות מהותיות: אחת שמדגישה את הפן התועלתני של המשפט, ואחרת שמדגישה שיקולים של צדק והגינות.

הגישה הראשונה, שמוצאת את ביטויה בדעת המיעוט, תואמת את האסכולה הכלכלית למשפט. היא גורסת שחוזה הוא מכשיר כלכלי ואמצעי להגדלת המסחר, ובהתאם – להגדלת התועלת החברתית הכוללת (המצרפית). לכן אם נקרית בדרכו של אחד הצדדים לחוזה הזדמנות טובה יותר שהרווח ממנה עולה על הנזק שעלול להיגרם לצד השני, עליו להפר את

החווה ולפעול בהתאם למצב שיביא לתועלת הכללית הגדולה ביותר. הפרה של חוזה כדי לנצל הזדמנות טובה יותר ולהגדיל את הרווחה המצרפית, מכונה "הפרה יעילה". גישה כלכלית שמצדדת בהפרה יעילה, מקדשת את התועלת הכלכלית המופקת לחברה ומייחסת חשיבות פחותה לשיקולי צדק ולהתנהגות של הצדדים בינם לבין עצמם. בהתאם לגישה זו, הפרת חוזה שתביא להגדלת הרווח המצרפי, היא פעולה רצויה, וכל ניסיון למנוע אותה, דוגמת העברת רווחי המפר, פוגם ביעילות הכלכלית.

אם נבחן זאת בראי הפרשה האמורה, נראה שהפרת החווה הייתה לכאורה משתלמת מבחינה כלכלית-חברתית, שכן הברזל מצא את דרכו לגורם שמוכן לשלם עליו את הסכום הגבוה ביותר, כלומר לגורם שיפיק ממנו את התועלת הרבה ביותר. הכרה בזכות הנפגע לקבל את טובת ההנאה במקרה שכזה, תנציח מצב של חוסר יעילות כלכלית, שכן כאמור לעיתים היעילות הכלכלית מצדיקה את הפרת החווה. לטענת חסידי האסכולה הכלכלית, בנסיבות אלה ראוי להפר את החווה שכן המצב של כל הצדדים ייטב, ולפחות לא יפחת, כתוצאה מההפרה, והרווחה החברתית תגדל. לעומת זאת, הכרה בזכות של הקונה לקבל את טובת ההנאה שהמוכר זכה בה, תמנע את ההפרה וכך תפגע ביעילות הכלכלית ובמטרה של השגת רווחה מרבית.

הגישה השנייה, שבאה לידי ביטוי בדעת הרוב, סוברת שאומנם יעילות כלכלית היא עניין חשוב, אבל ישנם גם שיקולים נוספים על התועלת הכלכלית. לפי גישה זו, חוזים טומנים בחובם לא רק שיקולים כלכליים, אלא גם שיקולים של צדק ומוסר. הם מיועדים לאפשר חיי חברה תקינים. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו המשותפים כחברה וכעם. אם צד שלישי פונה למוכר ומבקש לרכוש ממנו נכס שהתחייב למכור לאחר, ראוי שיקבל תשובה כי צר לו למוכר, אך אין הוא יכול למכור לו את הנכס. אם הצד השלישי עדיין מעוניין בנכס, יתכבד נא ויפנה לקונה, אולי יסכים זה למכור לו את הנכס. ראוי ונכון שהצד המבקש לקיים את החווה הוא שיזכה ברווח האמור, מאשר שהצדדים והציבור כולו ילמדו שההפרה היא כדאית ומשתלמת. אפשרות לתבוע את רווחי המפר תשרת את המדיניות המשפטית של עידוד כיבוד חוזים ותחליש את הפיתוי להפרתם.

השופט ברק, שנמנה עם שופטי הרוב לאחר שחזר בו באופן מעניין מהעמדה שצייד בה בפסק הדין הראשון, הוסיף כי גם מבחינה כלכלית שמירה על המסגרת החוזית ושקילת שיקולים מוסריים יביאו להגדלת התועלת הכלכלית. הרי בעצם ההפרה קשורות הוצאות נכבדות לשני הצדדים, כגון הוצאות ההתדיינות שעתידה להתקיים, ואלו עשויות לנטרל את היעילות הכלכלית של ההפרה. כמו כן, הפגיעה המובהקת ביותר ביציבות המסחר הרי היא הפרת ההתחייבות מכוח החווה, ולא כיבודה.

עניין אדרס הוא פסק דין תקדימי שתורגם לשפות זרות ושלמד בכל העולם. ההחלטה בפרשה היא נדבך חשוב בבסיס הגישה שרואה בחווה יותר מאשר מסמך המקנה פיצויים במקרה של הפרה, ושמטילה חובות של הגינות על הצדדים לו. בעשותו כן הבהיר בית המשפט

העליון שדיני החוזים בישראל משלבים שיקולים של התנהגות מוסרית וצודקת, ושביט המשפט לא ייתן ידו למצב שבו אחד הצדדים יפר חוזה רק בשביל להפיק רווחים, גם אם ההפרה משתלמת כלכלית. בית המשפט העליון התווה דרך להתנהגות ביחסים חוזיים שחורגת מיחסים כלכליים בלבד ושמשלבת גם שיקולים של מוסר וצדק.

שנים מספר לאחר מכן ניתן פסק דין חשוב שעסק גם הוא בדרישות ההגינות במערכת היחסים בין צדדים לחוזה (ע"א 3912/90, Eximin S. A., תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993)). במקרה זה הלך בית המשפט העליון צעד נוסף בתלם שחרש, והציב "תקן" חדש ומחמיר עוד יותר להתנהגות בין צדדים לחוזה.

באותו מקרה אקסימין, חברה בלגית, רכשה עבור אחד מלקוחותיה בארצות הברית מספר גדול של מגפי ג'ינס מחברה ישראלית, טקסטיל והנעלה. הלקוח האמריקאי אישר את דגם המגפיים שהוזמן. לאחר שהמגפיים יוצרו ושוגרו לארצות הברית, התברר שהם מפירים את זכויות הקניין הרוחני של חברת ליוויס הידועה, ועל כן אסורים בשיווק בארצות הברית באותה תצורה. אקסימין תבעה את טקסטיל והנעלה להשבת המחיר ששולם עבור הסחורה. לטענתה, טקסטיל והנעלה ייצרה את המגפיים בידיעה שהם מפירים את הזכויות של ליוויס, ועל כן האחריות למחדל מוטלת עליה. מנגד, טענה החברה הישראלית שאקסימין הייתה מודעת לזכויות של ליוויס ובכל זאת הזמינה את הדגם ואישרה אותו. על כן, כך נטען, היא עצמה הניחה שאין בעיה כלשהי בסחורה.

אם כן, זהו מקרה שבו אפשר לומר שבשני הצדדים דבקה אשמה מסוימת. אבל, לפי הגישה המסורתית לדיני החוזים, האחריות נופלת על שכמו של צד אחד: מי שמוגדר כמפר. בשונה מכך, בית המשפט העליון, בדעת רוב של הנשיא מאיר שמגר בהסכמת השופט יעקב מלץ, קבע שיש לחלק את האחריות לנזק שווה בשווה בין שתי החברות, שכן שני הצדדים נושאים באשמה במשותף. מצד אחד, אקסימין היא שהזמינה את המגפיים וגם ידעה שהדגמים שהוזמנו מפירים את הזכויות של ליוויס. מצד שני, טקסטיל והנעלה ידעה שהדגם האמור אסור בשיווק בארצות הברית, ובכל זאת נמנעה מלפנות לאקסימין לברור העניין, מתוך הנחה שהאחרונה הכשירה את הקרקע לשיווק המגפיים.

פסק הדין ניתח את התנהגות הצדדים וקבע ששניהם פעלו שלא כשורה שעה שלא טרחו לשתף פעולה ביניהם. הצדדים היו חלוקים לגבי נטל האחריות לביצוע פעולות שונות, ובמקום להסדיר את הסוגיה וליישר את ההדורים, פעל כל אחד מהם על דעת עצמו בעוצמו את עיניו כלפי הנזק שעלול להיגרם ובהניחו שהאחר יישא בו. כל אחד מהם צפה את הנזק אבל לא טרח להבהיר לאחר את סכנת קיומו, אף שבבירור היה יכול לעשות כן. הדרישה לשתוף פעולה מתחייבת מעצם קיומו של קשר בין הצדדים שתכליתו הצלחת שניהם. שיתוף פעולה זה אינו מסתיים עם כריתת החוזה, אלא הוא ממשיך לחול גם במהלך ביצועו. סביר שלאורך דרכם המשותפת ייתקלו הצדדים בבעיות שונות שידרשו גמישות מסוימת ואפילו סטייה ממה שנקבע מלכתחילה. חלוקת האחריות לנזק בין הצדדים היא חלוקה בדיעבד, ויש בה למעשה

כדי לעודד שיתוף פעולה מבראשית. בית המשפט עמד על כך שבדרך זו יגבר האמון בין הצדדים והם ינקטו משנה זהירות בביצוע העסקה.

ראוי לציין גם את דעת המיעוט של השופט אליעזר גולדברג, שסבר כי אין להטיל כלל אחריות על טקסטיל והנעלה, היצרנית, מאחר שאקסימין הייתה מודעת לכך שהדגם המבוקש מפר את זכויות ליווי'ס. משעה שאקסימין בכל זאת בחרה להזמין את ייצורו, אין לבוא בטרוניה ליצרנית שמילאה את בקשתה. לשיטתו יש לראות באקסימין כמי שהסכימה לקבל על עצמה את הסיכון הכרוך בכך, ואם עצמה את עיניה, אין בכך להצדיק את חלוקת הנזק בינה ליצרנית. אי שיתוף הפעולה בין הצדדים גם הוא אינו מצדיק את חלוקת הנזק, מפני שכל אחד מהם ידע את סכנת קיומו של הנזק הצפוי ולא נזקק לצד האחר כדי שיעמידו על סכנה זו.

פסק הדין בעניין **אקסימין** פיתח את הנחות המוצא של הפסיקה בעניין **אדרס**. בעניין **אדרס** בית המשפט העליון יצק שיקולים של מוסר בסיסי אל תוך התנהגות הצדדים לחוזה והרתיע מפני הפרתו, ואילו בעניין **אקסימין** קבע בית המשפט העליון כי לא רק שאסור להפר חוזה, אלא גם יש לשתף פעולה בעת ביצועו. כלומר, לא די בקיום החוזה כשלעצמו, אלא יש לקיים את החוזה בשיתוף פעולה ומתוך דאגה לצד השני. נוסף על כך, בעניין **אדרס** הובהר כי התנהגות שאינה בהתאם לאמות המידה שנקבעו עלולה לגרום להעברת הרווחים שנוצרו מאותה התנהגות, ואילו בעניין **אקסימין** נקבע כי התנהגות שאינה כשורה יכולה גם להביא לחלוקה בנזקים שנוצרו.

בשני פסקי הדין גם יחד בית המשפט העליון דן בשאלות שנובעות מהתנהגות צדדים לחוזה, וקבע שיש לאופן התנהלות הצדדים השלכות משמעותיות. בית המשפט העליון נתן בכורה לשיקולי צדק ודחה את הגישה שלפיה יש להתעלם מהם, כדי להגן על יכולת ההסתמכות על האמור בחוזה. בהכרעותיו אלה העביר בית המשפט העליון מסר ברור שלפיו בשיטת המשפט הישראלית חוזים אינם מסתכמים רק בהיבט הכלכלי שלהם, ויש "תקן" התנהגות ראוי בניהול עסקים. מנקודת מבטו של המשפט הישראלי, החוזה אינו רק כלי קר להקצאת סיכונים ולתכנון לעתיד, אלא הוא טומן בחובו את אמות המוסר הבסיסיות המייחדות אותנו כחברה וכמדינה.

## חוזה לך ברח? על שאלת קיום חוזים במצבים מורכבים

ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705 (1994)  
ע"א 5131/10 אזימוב נ' בנימיני, פ"ד סו(1) 442 (2013)  
רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998)

### תמר אברהמי

"חוזים יש לקיים" – זהו כלל היסוד של דיני החוזים. אבל האם כך בכל מצב? או שמא לעיתים אפשר לומר לחוזה, על דרך ההשאלה: לך ברח?<sup>1</sup>

יוסי מאיה היה איש עסקים. בשנת 1990 רכש מאיה סחורה מכמה יהלומנים ונתן כנגדה המחאות בסך של כמיליון וחצי דולר עם תאריכים עתידיים. לפני שהגיע מועד פירעון ההמחאות, עזב מאיה את הארץ למקום לא ידוע, בחזקתו היהלומים ומאחוריו חובות. היהלומנים נותרו ללא הסחורה וללא התמורה. בשלב זה פנה אליהם מתווך בשמו של מאיה. המתווך הציע: קבלו היהלומים ונכסים אחרים ששוויים נמוך בשיעור ניכר משווי הסחורה שמכרתם, וותרו על יתרת החוב. אחרי התייעצות חתמו היהלומנים על "הסכמי ויתור" שהונחו לפניהם. אחרי שחתמו, קיבלו נכסים והחזירו את ההמחאות. לימים אישר מאיה שאם היהלומנים לא היו מסכימים לחתום על הסכמי הויתור, לא היו מקבלים דבר.

לאחר שקיבלו את הנכסים, הודיעו היהלומנים כי הם מבטלים את הסכמי הויתור מאחר שאלה נחתמו "כתוצאה מעושה וכפייה". את הנכסים שקיבלו, העבירו אל קופה שנועדה לטובת כל הנושים של מאיה.

המקרה התגלגל אל בית המשפט ועימו השאלה: מה התוקף של הסכמי הויתור? מצד אחד עומד הכלל המוכר והבסיסי שחוזים יש לקיים. חברה לא תוכל להתקיים ולהתפתח אם חוזים שנכרתים בין חבריה לא יכובדו. קיום הסכמים הוא אינטרס ציבורי המושתת על תפיסות של צדק, מוסר ויעילות חברתית. מצד שני, יש טעמים אישיים וציבוריים גם לכך שלא כל הסכם יכובד, ובעיקר אם אינו מבוסס על רצון אמיתי. למשל, "הסכמה" של ילד בן 5 איננה חוזה שחברה מתוקנת תרצה לתת לו תוקף ולקיימו. מהו קו הגבול?

היהלומנים הגישו לבית המשפט המחוזי בקשה לפתוח בהליכי פשיטת רגל ולתת צו כינוס נכסים נגד מאיה. בית המשפט המחוזי קבע שהיהלומנים היו רשאים להודיע על ביטול הסכמי

1 שלמי תודה ל"חוזה לך ברח", העלון ההיתולי האלמותי של מחזור לימודי בקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

הוויתור, וכי התקיימו הדרישות הקבועות בדין לפתיחת הליך פשיטת רגל. הבקשה התקבלה וניתן נגד מאיה צו כינוס נכסים.

מאיה הגיש לבית המשפט העליון ערעור, וזה נדון לפני הרכב בראשות הנשיא שמגר עם השופטים אליעזר גולדברג ומישאל חשין (ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705 (1994)).

חלק מרכזי בדין הוקדש לסעיף 17, המכונה "כפיה", בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לפי הוראה זו, כאשר צד התקשר בהסכם "עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום", הצד הנפגע רשאי בדרך כלל לבטל את החוזה. אבל לא כל מצב שבו אדם סבור ש"נכפה" עליו לחתום על הסכם, מצדיק אפשרות להשתחרר ממנו. ברור לכול כי התקשרות שנעשית תוך כפייה גופנית אלימה היא פסולה. התקשרות כזו איננה משקפת רצון חופשי להתקשר בהסכם. כמו כן, ברור זה שנים בארץ ובעולם שהרצון החופשי של אדם יכול להישלל גם כשאין לכך ביטוי גשמי כמו הצמדת אקדה לרקתו של החותם. בעניין מאיה צוין שבמשפט המודרני הפעלת לחץ כלכלי לסוגיו היא המקרה הרגיל של כפייה.

אלא שגם הכרה בקיומה של כפייה כלכלית אינה מקדמת אותנו די הצורך לפתרון. כפי שציין השופט מישאל חשין: "כולנו נתונים בלחצים ובכפיות כלכליות מכל עבר... לא כל לחץ ולא כל כפייה מן התחום הכלכלי יניבו זכויות לביטולו של חוזה... בשוק חופשי רשאי פלוני לעשות שימוש ביתרון עסקי כלכלי שיש לו על אחרים, וחוזה הצומח מתוך מערכת מעין זו לא נסווג אותו כחוזה שנכרת בכפייה. לו אחרת פסקנו, כי אז הכרתנו ביטחון ויציבות בחיי המסחר, וכזאת לא יעלה על הדעת" (עמ' 719). רק במקרה של לחץ כלכלי חריף ו"בלתי לגיטימי" תקום זכות לבטל הסכם (עמ' 720). אם יש חלופה סבירה ומעשית להתקשרות בהסכם, אי אפשר לטעון שנפל פגם ברצון החוזי.

ומה במקרה של מאיה? השופט חשין סבר שאם מאיה היה רוכש את היהלומים בתום לב, נקלע לאחר מכן לקשיים כלכליים, מצביע על קשייו ומציע ליהלומנים במישרין הסדר, או אז מצב הדברים היה מתקבל על הדעת ולגיטימי. אבל במקרה של מאיה, לדעת השופט חשין, חצתה ההתנהלות את גבול הלגיטימיות. מאיה עזב את הארץ למקום לא נודע ובלתי להודיע אימתי – ואם בכלל – יחזור. אל היהלומנים בוצעה פנייה עקיפה, ולמעשה הועמד להם אולטימטום. בהינתן איכותו ועוצמתו, דבק בלחץ "פסול מוסרי-חברתי כלכלי" המקנה זכות לביטול חוזה (עמ' 719). לעומת זאת, הנשיא שמגר והשופט גולדברג – אף שהסכימו כי ההתנהגות של מאיה הייתה פסולה ופגעה בכללי המשחק העסקי-המסחרי – לא סברו שהיהלומנים נמצאו במצב של "כפייה". לחצים כלכליים, חברתיים ופסיכולוגיים בדרך כלל אינם פוגמים בחופש הרצון החוזי. רק לחצים כבדים החותרים תחת "עצם הרצון המינימאלי", יצדיקו אפשרות לביטול הסכם (עמ' 740). היהלומנים היו למעשה קבוצת חברות העוסקות בסחר ביהלומים. החברות, שהיקף עסקיהן היה ניכר, היו מתואמות ביניהן היטב. לא הייתה טענה שהחברות היו קורסות אם לא היו מקבלות תמורה. היהלומנים יכלו לפנות להליכים

משפטיים כדי לאכוף על מאיה את חובו. הם יכלו לפנות למשטרה. לכן אין לומר שלא עמדה ליהלומנים ברירה סבירה כלשהי ושנשלל רצונם החופשי.

ומה לגבי הדופי בהתנהגות של מאיה? האם לא יינתן לכך ביטוי? לדעת השופט גולדברג, היהלומנים מחויבים בהסכמי הוויתור, אבל הם יכולים לדרוש פיצוי על הנזק שנגרם להם בשל הלחץ הפסול. את הבסיס לכך מצא בעילה של חוסר תום לב במשא ומתן, הקבועה אף היא בחוק החוזים.

הנשיא שמגר מצידו הדגיש כי ההתנהגות של מאיה, שצבר יהלומים במודע ובכוונה תחילה כדי לברוח לחו"ל, היא התנהגות "אנטי חברתית מובהקת" ואולי גם בלתי חוקית (עמ' 741). לדעתו, אומנם הרצון החופשי של היהלומנים לא נפגע והם אינם זכאים לבטל את ההסכמים, אבל קיים נתיב עיוני אחר. הנשיא פנה אל סעיף 30 בחוק החוזים, הקובע כי "חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". הוא סבר כי נוכח הדופי שנפל בשלב ההתקשרות בהסכמי הוויתור, אפשר לומר כי הסכמים אלה נכרתו בסתירה לתקנת הציבור. כך, אף שדחה את קיומה של עילת הכפייה, הצטרף הנשיא שמגר לתוצאה המעשית של השופט חשין ו"משך את השטיח" מתחת לרגליהם של הסכמי הוויתור.

דוגמה שונה להתמודדות עם נסיבות אישיות מאתגרות אנו מוצאים במקרה שהתרחש כעשרים שנה מאוחר יותר. בליבו – דירת מגורים, ואולי צריך לומר כבר עתה, טרגדיות משפחתיות (ע"א 5131/10 אזימוב נ' בנימיני, פ"ד סו(1) 442 (2013)).

רחל אזימוב, אם חדי-הורית, התגוררה שנים רבות בארצות הברית. אחד מילדיה בעל צרכים מיוחדים נרחבים וזקוק להשגחה רצופה. עם פרישתה לגמלאות ביקשה רחל לעבור לגור בסמוך לאחותה בגבעת זאב כדי שזו תוכל לסייע לה בטיפול בבנה. לזוג בנימיני הייתה דירה בפסגת זאב, שבה גרו וגידלו את ילדיהם. גם חייהם של הזוג בנימיני לא סגו בשושנים. בנם הצעיר חלה במחלת נפש. בנם הבכור נפטר ממחלת הסרטן בגיל 32. בנימיני העמידו את דירתם למכירה בעצת קרוביהם ובמחשבה ששינוי מקום המגורים יסייע להם להתגבר על האובדן. לאחר משא ומתן נחתם הסכם שבו מכרו בנימיני לרחל את הדירה בפסגת זאב.

רחל החלה לבצע את התשלומים כסדרם. אבל לאחר כשלושה חודשים הודיעו בנימיני שהם מבטלים את ההסכם "מטעמים הומניים". בנימיני טענו לקושי בהתנתקות מהדירה שבנם המנוח גדל בה ולחשש מהתדרדרות במצב הנפשי של האם. הם הציעו לדון בפיצוי שישלמו, אבל רחל עמדה על קבלת הדירה. רחל טענה כי לא טעמים הומניים הובילו את בנימיני להודיע על ביטול ההסכם, אלא טעמים כלכליים. מאז ההתקשרות חלו שינוי ניכר בשער הדולר ועלייה ניכרת במחירי הדירות. רחל טענה גם שנוכח עליית מחירי הדירות ידה אינה משגת עתה לרכוש דירה בסמוך לאחותה. היא הדגישה שהיא סובלת מדיכאון ושנאלצה לשלוח את בנה למוסד לאחר שנים של טיפול צמוד. שני הצדדים גיבו את טיעוניהם בחוות דעת רפואיות.



הפרת ההסכם בידי בנימיני לא הייתה שנויה במחלוקת. השאלה הייתה האם בנסיבות כה מורכבות יש לכפות על בנימיני לקיים את החוזה, או להסתפק בפסיקת פיצויים לטובתה של רחל אזימוב.

במשפט הישראלי, הסעד הראשוני והמרכזי שזכאי לו מי שנפגע מהפרת חוזה, הוא אכיפת החוזה. כדי לעודד אנשים לקיים חוזים, יש לאכוף עליהם את שהבטיחו, גם אם התחרטו. לא תמיד הייתה זו עמדת הדין בישראל, ואין זה העיקרון השולט בכל שיטות המשפט. אבל מאז חקיקת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ולאורך השנים, בוצר בישראל מעמד הבכורה של סעד האכיפה.

אכיפה היא נקודת המוצא, אבל אינה בהכרח נקודת הסיום. החוק קובע סייגים שבהם לא יינתן לנפגע מן ההפרה סעד של אכיפה. לפי אחד הסייגים, הסכם לא ייכף גם אם הופר, במקום שבו האכיפה היא "בלתי צודקת בנסיבות הענין" (סעיף 3(4) לחוק).

רחל הגישה לבית המשפט המחוזי תביעה להורות על אכיפת חוזה המכר ולחייב את בני הזוג בנימיני לשלם לה פיצוי בגין הפרת החוזה ובגין העיכוב במסירת החזקה בדירה. לאחר שמיעת ראיות קיבל בית המשפט המחוזי את גרסת בנימיני כי הקושי להתנתק מהדירה הוא שעמד בבסיס הודעתם על ביטול החוזה, דחה את תביעת רחל לאכיפתו והורה לבנימיני לשלם לה פיצוי שנקבע בחוזה.

רחל ערערה לבית המשפט העליון. במרכז ההליך עמד הדיון בסייג הצדק לסעד האכיפה. השופטת חיות, שכתבה את פסק הדין העיקרי, ביארה כי על כפות המאזניים יונחו בין השאר היבטים של אשמה מוסרית בהתנהלות כל אחד מהצדדים לחוזה כלפי הצד האחר, וגם שיקולים הנוגעים לנזק. צוין כי בית משפט אמור להחליט "למי מהצדדים ייגרם עוול גדול יותר הן במובן המעשי, הן במובן המוסרי, אם תתקבלנה טענותיו של הצד שכנגד" (עמ' 465).

מאזן של עוול וסבל הוא קשה ביותר. אבל בית המשפט לא נותר ללא סיוע במלאכת האיזון. נפגע ומפר אינם ניצבים באותה נקודת מוצא. מלכתחילה נוטים המאזניים לטובת הנפגע, אשר זכאי לאכיפת החוזה בהיותה סעד בעל מעמד בכורה. המאזניים ממשיכים לנטות לטובת הנפגע אלא אם כן יובאו שיקולים כבדי משקל ויוכח שאי הצדק שייגרם מהאכיפה הוא חמור. ומה לגבי בנימיני? בית המשפט העליון הצביע על כך שהטעם שבני הזוג נתנו לביטול ההסכם, לא נבע משינוי נסיבות פתאומי ובלתי צפוי שקרה לאחר ההתקשרות. הטעם לביטול היה הערכה מחודשת של שיקול שהיה ידוע מלכתחילה, ההשפעה של צעד העזיבה, ודובר בחשש בלבד, מובן ככל שיהיה. בית המשפט לא שוכנע כי האכיפה תגרום בפועל למצוקה קשה וחמורה. במקביל ניתן משקל לנסיבות האישיות של רחל ולמצוקה שתגרום לה אם תיאלץ להסתפק בפיצוי כספי.

בסופו של דבר הגיעה השופטת חיות, בהסכמת השופטים הנדל וסולברג, למסקנה שאין לשלול מרחל את סעד האכיפה. למרות התקופה שחלפה מאז ההתקשרות, קבע בית המשפט העליון כי על בנימיני לקיים את ההסכם וכי רחל זכאית לדירה. כפי שציין השופט סולברג,

דובר במקרה שבו ניכר סבל רב משני צידי המתרס. המועקה של בני הזוג בנימיני נגעה ללב. גם חייה של רחל קשים. המשנה לנשיא נאור, אשר דחתה בקשה לדיון נוסף, כינתה את המקרה "חריג, בשל הסיפור האנושי העומד מאחוריו", מקרה שנסיבותיו "יוצאות דופן" (דנ"א 2532/13 בנימיני נ' אזימוב, פסקאות 13 ו-17 (21.5.2013)). נקודות הפתיחה השונות שמהן יצאו הצדדים בשל העיקרון המורה על בכורת סעד האכיפה, והמאזן הזהיר שבוצע, הובילו אל התוצאה.

במצבים אחרים המצוקה שהצדדים לחוזה נקלעים אליה נובעת מתוכנו המקורי. כזו למשל הייתה המצוקה של הינדה מילגרם, שחתמה עם רשת משען על חוזה לעבור לבית אבות של הרשת, אבל גילתה – כאשר מצבה הפך לסייעודי – כי החוזה שעליו חתמה מקנה לבית האבות כוח חד-צדדי לקבוע את המחיר שתצטרך לשלם בשלב זה, והכול – כאשר אין לה בית לחזור אליו. בסופו של דבר נפטרה הינדה לאחר ארבעה חודשי אשפוז סיעודי בבית האבות של משען. גם לאחר פטירתה נותרה השאלה העקרונית על כנה: האם היה אפשר להתנות באופן חד-צדדי כזה על המחיר. לאחר שהיורשים של הינדה סירבו לשלם את החוב עבור האשפוז הסיעודי, הגישה נגדם רשת משען תביעה בבית משפט השלום. היורשים טענו להגנתם כי הסעיף המקנה לבית האבות כוח לקבוע את התעריף הסיעודי, הוא "תנאי מקפח" בחוזה אחיד, לפי חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, ועל כן אין לתת לו תוקף.

בית משפט השלום דחה את טענת היורשים וקבע שהסעיף בחוזה עומד במבחני סבירות והגינות. הערעור שהגישו לבית המשפט המחוזי נדחה גם הוא, ונקבע כי דייר "חופשי" שלא להתקשר כלל עם בית האבות לעניין השלב הסיעודי. בשלב זה הגישו היורשים של הינדה בקשת רשות לערער לבית המשפט העליון, שבה העלו את טענותיהם תוך הדגשת הפן העקרוני שלהן. בית המשפט העליון אכן נתן רשות לערער ואף קיבל את הערעור עצמו. הרכב בראשות הנשיא ברק ועימו השופטים שלמה לוי ותיאודור אור קבע כי הסעיף בחוזה שבין הינדה מילגרם לבית האבות הוא בעל אופי מקפח, והורה על ביטולו (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיבון מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד (נב) 145 (4) (1998)). בית המשפט העליון עמד על כך שחוזה בית אבות מתאפיין ביחסים ארוכי טווח המצריכים איזון בין ודאות לבין הסתגלות לתנאים משתנים ("חוזה יחס"). פרשנות החוזה בוצעה על רקע תכליתו להסדיר יחסים אלה ולהבטיח צרכים ושירותים על בסיס ביטחון ויציבות. בית המשפט נתן את הדעת ליחסים המיוחדים הנוצרים בין דייר לבית אבות, שמבוססים על המשכיות, אמון ותלות הולכת וגוברת. בשלב שבו המצב של דייר בית אבות הופך לסייעודי, כתב הנשיא ברק, חופש ההתקשרות העומד לו הוא "כחופש של הקבצן לישון מתחת לגשר. זה איננו חופש מעשי" (עמ' 163). לעתיד הוצע לקבוע בחוזים כאלה נוסחה לקביעת התעריף הסיעודי אשר תאזן בין האינטרסים השונים. פסק הדין בעניין מילגרם הוא אבן דרך בהתייחסות אל חוזי יחס ככלל, ואל חוזי יחס צרכניים המבוססים על יחסי אמון או תלות מיוחדים בפרט.

חוזים יש לקיים, אכן, אבל המצבים השונים נבדקים גם לגופם. כל סוגיה והשיקולים העקרוניים, הציבוריים והחברתיים הקשורים בה. כל מקרה ומצוקתו. כל פרשה והאירועים האנושיים שמאחוריה. מלאכת האיזון המורכבת נמשכת מדי יום ביומו בערכאות השונות.

## חתימה טובה: על זיכרון דברים ודרישת הכתב בעסקאות מקרקעין

ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281 (1979)  
ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996)

### אילן דפדי

מי שרכש דירת מגורים או מכר דירה כזו נאלץ לא פעם להתמודד עם השאלה האם לחתום על "זיכרון דברים", כלומר מסמך המגלם את עיקרי ההסכמות בין הצדדים. השאלה מתעוררת על רקע הרצון ליצור ודאות בדבר קיומה של העסקה ולהבטיח את רצינות הצד השני להתקיימותה. לא פעם ההצעה לעשות זאת מגיעה מצד המתווך בעסקה. האם רצוי לעשות כן? מה המעמד המשפטי של זיכרון הדברים ומה ההשלכות של עריכתו? האם הוא חוזה? מתי הוא ייחשב לחוזה שנעשה "בכתב"?

אפשר לבחון שאלות אלה באמצעות סיפור מעשה שכך היה: לחוה רבינאי היה מגרש והחברה "מן שקד" ביקשה לרכוש אותו. לאחר שניהלו משא ומתן, חתמו הצדדים ביום חמישי בביתה של חוה על זיכרון דברים. נוסח זיכרון הדברים היה פשוט. צוינו בו פרטי המקרקעין, שמות הצדדים ותאריך החתימה. כמו כן צוינו בו המחיר, מועדי התשלום ומועד לחתימת החוזה. הכול בכמה שורות תמציתיות.

במעמד החתימה נכחו חוה, בעלה ונציג החברה. חוה חתמה על זיכרון הדברים. החברה לא חתמה, אבל נציגה מסר לידי חוה המחאה על סך של 15,000 ל"י, הסכום שהוסכם לשלם במועד זה. עוד סוכם כי 100,000 ל"י נוספות ישולמו במועד חתימת החוזה, שנקבע כי יתקיים לאחר כשבוע, ועוד 160,000 ל"י ישולמו בזמן ההעברה בטאבו. חוה הפקידה בבנק את הכסף שקיבלה, ביום שישי שלמוחרת. ביום ראשון התקשרה חוה אל נציג החברה והודיעה לו כי היא חוזרת בה מכל העניין ואין היא מעוניינת לחתום על החוזה. עוד באותו יום דאג בעלה למשוך המחאה מחשבון הבנק שלה על סך של 15,000 ל"י במקום זו שניתנה והופקדה כאמור. יומיים לאחר מכן קיבלה חוה הודעה בכתב מטעם החברה כי הצדדים ייפגשו כדי לחתום על החוזה במועד שנקבע בזיכרון הדברים. להודעה צורף זיכרון הדברים חתום בידי מנהל החברה ונושא חותמת שלה. בתגובה לכך שלחה חוה מכתב רשום שאליו צירפה את המחאה. בהמשך התנהלה בין הצדדים התכתבות נוספת ובמהלכה דרשה החברה לחתום על החוזה, וצירפה טיוטה שלו למכתבה. על כך השיבה חוה כי אין חוזה בין הצדדים. לאחר כל זאת הגישה החברה

תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו וביקשה כי בית המשפט יאכוף את זיכרון הדברים (ת"א (מחוזי ת"א) 997/72 חברת מן שקד בע"מ נ' רבינאי (23.1.1977)).

בבית המשפט טענה חוה כי זיכרון הדברים אינו הסכם מחייב, מאחר שהחברה חתמה עליו רק לאחר שחזרה בה מהצעתה. נוסף על כך, היא טענה כי הצדדים ביקשו לראות עצמם קשורים בחוזה רק עם חתימת ההסכם, ולכן זיכרון הדברים לא יצר ביניהם קשר חוזי מחייב. כמו כן, בזיכרון הדברים היו חסרים פרטים מהותיים. התביעה התבררה לפני השופט אשר, לימים שופט בית המשפט העליון. בפסק הדין שנתן, הוא דחה את הטענות של חוה. הוא קבע כי הצעתה התקבלה בידי החברה כבר באותו מעמד שבו נציג החברה, שהיה מוסמך מטעמה לסיים את העסקה, מסר לחוה את ההמחאה. לנוכח זאת השופט נעתר לבקשת החברה לאכוף את זיכרון הדברים.

חוה הגישה לבית המשפט העליון ערעור, וזה נדון בידי הרכב שכלל את הנשיא זוסמן והשופטים ויתקון וברק (ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281 (1979)). הערעור נדחה. את פסק הדין העיקרי כתב השופט אהרן ברק. הוא העלה לדיון את השאלה באילו נסיבות אפשר לראות בזיכרון דברים שבו נכתב כי בעתיד ייעשה החוזה, משום מסמך שמבסס קשר חוזי מחייב, גם אם לא ייחתם הסכם נוסף בהמשך הדרך, נוכח התנגדות אחד הצדדים. על כך השיב כי אפשר להשקיף על זיכרון הדברים משתי נקודות מבט. לפי האחת, עריכת זיכרון הדברים היא שלב אחד מבין שלבי המשא ומתן שסיומם בכריתתו של חוזה מחייב. בהתאם לכך, עריכת זיכרון הדברים היא שלב ביניים במשא ומתן אשר נועד להעלות על הכתב את מה שהצדדים כבר הסכימו ביניהם. זאת מתוך הבנה כי אין לראות בהסכמה זו משום רצון מגובש של הצדדים להתקשר בהסכם (המכונה אצל המשפטנים "גמירות דעת"). לפי השנייה, המשא ומתן שניהלו הצדדים הוביל אותם להסכמות שהן למעשה חוזה מחייב שאי אפשר לחזור ממנו, וההסכמות המחייבות באו לידי ביטוי בחתימת זיכרון דברים. על כן הסכמות אלה עומדות בעינין גם אם לא ייחתם הסכם רשמי בהמשך. זיכרון הדברים הוא הסכם גמור ומוחלט היוצר את הקשר המשפטי בין הצדדים.

באילו נקודות מבט לבחור? לצורך כך הציג השופט ברק שני מבחנים. המבחן הראשון נוגע לכוונה של הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב ביניהם עם ההסכמה על זיכרון הדברים. על כוונה זו יש ללמוד על פי אמות המידה של האדם הסביר, מהתנהגות הצדדים ומתוכן זיכרון הדברים. הבחינה צריכה להדגיש שני עניינים: היסודות שהצדדים קבעו בזיכרון הדברים ו"נוסחת הקשר" שנקבעה בינו לחוזה הרשמי שייחתם בעתיד. כך, למשל, אם הצדדים קבעו בזיכרון הדברים את עיקרי היסודות לעסקה, אפשר להניח כי כוונתם הייתה לקשר משפטי מחייב ולא לשלב ביניים במשא ומתן. לעומת זאת, אם תנאים יסודיים לעסקה – כמו מחיר, כמות וזמן – לא הוסכמו, יש להניח כי מדובר בשלב ביניים בלבד במשא ומתן, שטרם הסתיים. לגבי נוסחת הקשר, אם בזיכרון הדברים נכתב במפורש כי אין הוא מטיל על הצדדים חיוב כלשהו לפני שחתמו על החוזה הרשמי, הרי שבכך הביעו את דעתם כי מדובר בשלב ביניים. לעומת

זאת, אם הצדדים קבעו כי הוא מחייב אותם, הרי שבכך הביעו את דעתם כי הוא מקור הזכויות והחובות ביניהם. השופט ברק מצא לנכון לציין כי ברוב המקרים הצדדים אינם נוקטים לשון ברורה באשר לנוסחת הקשר, ולכן יש לפרש את לשון הצדדים ואת כוונתם. במצבים שבהם נכתב במפורש כי זיכרון הדברים כפוף לחתימה על חוזה רשמי, מקובל לראות בזאת את כוונת הצדדים לראות בזיכרון הדברים שלב ביניים בלבד במשא ומתן. במקרים שבהם נכתב כי הצדדים חותמים על זיכרון הדברים עד שיוכן חוזה רשמי, הרי שמשמעות הדברים היא שרצו כי זיכרון הדברים ייכנס לתוקף מייד. אבל אין נוסחאות קבועות לכך, והכול תלוי בכוונת הצדדים, שעליה יש ללמוד ממכלול העובדות של המקרה.

המבחן השני בודק קיום הסכמה בגוף המסמך על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה. יש לדעת כי כדי שהסכם יהיה מחייב, ההסכמות הכלולות בו צריכות להיות ספציפיות ואין די בהצהרת כוונות כללית (המשפטים מכנים זאת "דרישת המסוימות"). מדובר בתנאי נפרד ועצמאי. גם אם הייתה כוונה ליצור קשר משפטי מחייב, אין מקום לראות בה הסכם מחייב אם הצדדים לא נתנו ביטוי בזיכרון הדברים לפרטים החיוניים והמהותיים של העסקה. בהעדרם לא נוצר קשר משפטי מחייב. התנאים המהותיים של העסקה משתנים מטבע הדברים מעניין לעניין. במכירת מקרקעין טבעי כי תנאים אלה יכללו את פרטי הצדדים, את תיאור הנכס, את המחיר ואת מועדי התשלום. הדרישה רוככה במשך הזמן, והכלל הוא כי במקום שבו המבחן הראשון מתקיים, כלומר הצדדים התכוונו ליצור קשר משפטי מחייב, אין צורך שכל התנאים החיוניים והמהותיים יופיעו בזיכרון הדברים, ואפשר להשלים את אותם פרטים באמצעות הוראות חוק משלימות.

בהתאם לשני המבחנים הללו, נקבע בפסק הדין כי במקרה הנדון זיכרון הדברים יצר קשר משפטי מחייב בין הצדדים וכלל את הפרטים המהותיים החיוניים לעסקה.

שאלת התוקף של זיכרון הדברים מקבלת התייחסות מיוחדת כאשר מדובר בעסקה במקרקעין. על פי סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, התחייבות לעשות "עסקה במקרקעין" צריכה להיעשות בכתב. בדרך כלל חוזה יכול להיות מחייב גם אם הוא נעשה בעל פה. גם התנהגות יכולה לבסס הסכמה מחייבת. אבל כאשר מדובר בעסקה במקרקעין, בשל חשיבותה דורש המחוקק רצינות מיוחדת וודאות. דרישת הכתב משרתת דרישות אלה. בית המשפט העליון אף קבע כי המשמעות של דרישה זו היא שהכתב יכלול את הפרטים החיוניים של העסקה (דוגמת שמות הצדדים, זיהוי הנכס והמחיר). על רקע זה חוזה רבינאי טענה כי זיכרון הדברים שעליו חתמה אינו מחייב, גם משום שלא כלל את כל הפרטים המהותיים שצריך לכלול חוזה בכתב, תוך הדגשת העובדה שהוא לא נחתם תחילה בידי נציג החברה. אבל גם טענה זו נדחתה. השופט ברק קבע כי אפשר לראות בזיכרון הדברים מסמך בכתב, משלושה טעמים. האחד, דרישת הכתב אינה כוללת דרישה לחתימה. השני, אם נקבל את דרישת החתימה, הרי שבפועל המסמך נחתם בידי שני הצדדים, אם כי לא בו זמנית. השלישי, די בכך שחוזה חתמה על המסמך. על פי פסק הדין, ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין

היא של המוכר. לכן אם נקבע כי קיימת דרישה לחתימה, הרי שזו מתייחסת לחתימת המוכר. משחתמה חוה על זיכרון הדברים, הרי שהתקיימה דרישת הכתב.

המשמעות של הדרישה שעסקה במקרקעין תהיה בכתב ומגבלותיה התחדדו עוד יותר בפסקי דין מאוחרים יותר. דוגמת קצה לקושי שמעוררת דרישה זו אפשר להביא מסיפור הסכסוך בין יעקב קלמר לבני הזוג מאיר ושרה גיא. קלמר, שהיה בעלים של מגרש, התקשר בהסכם בעל פה עם בני הזוג גיא, שהיו אדריכלים. בני הזוג היו אמורים לבנות על המגרש שני בתים ובתמורה לקבל את חצי המגרש ואת הבית שייבנה עליו. הצדדים לא חתמו על הסכם בכתב, אבל היו ברשותם מסמכים אחרים שהיה אפשר ללמוד מהם על היחסים ביניהם. מאיר גיא חתם על זיכרון דברים עם חברה קבלנית לבניית השלד של הבתים. בזיכרון הדברים נכתב שקלמר וגיא מתקשרים עם אותה חברה קבלנית לבניית השלד של שני הבתים לפי תוכניות בנייה שהכינו בני הזוג. הצדדים פתחו חשבון בנק משותף. הוכנו תוכניות בנייה במטרה לקבל היתר. הוכנה גם טיוטת חוזה, אבל זו לא נחתמה. בני הזוג בנו את ביתו של קלמר לפי דרישותיו, והאחרון לא התערב בבניית ביתם. לאחר שהבנייה הסתיימה, עברו בני הזוג להתגורר בביתם. אבל קלמר סירב להעביר את מחצית המגרש שעליה שוכן ביתם של בני הזוג על שםם, ואף תפס חזקה בבית שיועד לו, בניגוד לרצונם. בני הזוג גיא הגישו נגד קלמר תביעה לאכיפת ההסכם לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, וזה קיבל אותה. השופט זפט קבע שלא נערך הסכם בכתב. עם זאת, הוא קבע כי על קלמר לרשום את מחצית המגרש על שםם של בני הזוג, בהתאם להסכם ולפי חובתו לנהוג בתום לב. הערעור שהוגש על כך לבית המשפט העליון נדחה בפסק דין חשוב שנתן הרכב השופטים ברק, גולדברג וזמיר (ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996)).

המקרה של קלמר הוא דוגמת קצה להתנגשות בין הכלל החוקי הפורמלי לתחושת הצדק. השופט זמיר, שכתב את פסק הדין העיקרי, הסביר כי לולא היה מדובר בעסקה במקרקעין, היה אפשר ללא קושי להסתפק בראיות שהובאו בכתב ובעל פה כדי לקבוע שקלמר הפר את ההסכם ולכן יש לאכוף את ביצועו. אבל מאחר שמדובר בעסקת מקרקעין הטעונה מסמך בכתב, ושזוהי דרישה מהותית, יש לבחון אם היא התקיימה. לצורך כך השופט זמיר בחן את מידת הביצוע של העסקה. הוא הסביר כי במהותה העסקה שהתגבשה בין הצדדים הייתה עסקת קומבינציה המורכבת משתי עסקאות: התחייבות להעביר זכות במקרקעין והתחייבות לבנות על אותם מקרקעין. לדבריו, מקרה שבו העסקה בוצעה ברובה, עשוי להצדיק פרשנות מיוחדת לדרישת הכתב. במקרה כזה אפשר לרכך את דרישת הכתב כך שזו תותאם למציאות החיים. לדבריו, "אם ביצוע מלא של עיסקה במקרקעין עשוי לייתר באופן מלא את דרישת הכתב, הרי ביצוע חלקי של עיסקה במקרקעין מאפשר לוותר באופן חלקי, כלומר להקל, על דרישת הכתב" (עמ' 195). בנסיבות העניין הוא קבע כי קיימים מסמכים המצביעים על קיומה של עסקת קומבינציה. אם אלה אינם מספקים, הרי שלנוכח הביצוע החלקי שהסתיים בתפיסת החזקה בשני הבתים, יש לאכוף את העסקה.

השופט ברק הסכים לתוצאה שאליה הגיע השופט זמיר, אבל לא הסכים לגישתו שלפיה בעסקת קומבינציה שבוצעה בחלקה יש שיקולים מיוחדים המשלימים את החסר. לדבריו, אם הנתונים העובדתיים לא היו מספקים את דרישת הכתב לפני תחילת ביצוע העסקה, אזי אין בביצועה כדי לספק דרישה זו. לטעמו, הפתרון הוא בהיזקקות לעקרונות משפטיים חיצוניים לסעיף 8 לחוק המקרקעין. לצורך כך הוא הסתייע בעקרון תום הלב הקבוע בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ולפיו במשא ומתן לקראת כריתת חוזה אדם חייב לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. לשיטתו, במקרים המתאימים אפשר לחרוג מדרישת הכתב בשם מה שכינה "זעקת ההגינות" (עמ' 197).

השופט גולדברג הצטרף גם הוא לתוצאה. הוא הבהיר כי אפשר לבסס את הפתרון על עקרון תום הלב, ובלבד שזה יוגבל למקרים שבהם קיימת הסתמכות משמעותית על החוזה כך שהתעלמות ממנה תוביל לתוצאה קשה ובלתי צודקת.

מכל מקום, חתימה על זיכרון דברים אינה עניין של מה בכך. ייתכן שחתימה עליו תחייב גם במקרה שבו לא נחתם בשלב מאוחר יותר חוזה מפורט בכתב שנוסח כהלכה בידי עורך דין. במקרים שבהם אפשר להבין מתוכן זיכרון דברים הכולל פרטים מהותיים של העסקה, כי המשא ומתן הסתיים, בית המשפט עשוי לראות בו הסכם מחייב אשר יש להורות על אכיפתו. זאת לעיתים גם בניגוד לכוונת אחד הצדדים. במקרה כזה אפשר להשלים את החסר באמצעות הוראות חוק משלימות. לכן רבים מעדיפים שלא "לקחת את הסיכון". אם בכל זאת מבקשים לחתום על זיכרון דברים, יש להקפיד על ניסוחו כדי להימנע מתוצאה בלתי רצויה. אשר לדרישת הכתב, במקרים מיוחדים בית המשפט עשוי להשתמש בשיקולים של תום לב והגינות כדי להגיע לתוצאה צודקת.

מכל מקום, הדיון בנושא זיכרון דברים אינו רק עניין לתום לב. קשה כנראה לחלוק על תום הלב של חוזה רבינאי, אשר מנקודת מבטה חתמה בסך הכול על "זיכרון דברים" ולבסוף מצאה עצמה מחויבת בהתחייבות חוזית לכל דבר ועניין.

## לפעמים סוס הוא לא רק סוס: על לשון, תכלית ונסיבות בפרשנות חוזה

ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2)  
265 (1995)

דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת  
ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006)

ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (20.11.2019)

### אבי סתיו

צדדים חותמים על חוזה. לימים פורץ ביניהם סכסוך, ומתגלעים חילוקי דעות לגבי פרשנות החוזה. הם פונים לבית המשפט. על השופט לפרש את החוזה. כיצד עליו לעשות זאת? התשובה הראשונית, המובנת מאליה, היא כי יש לפרש חוזה על פי הכתוב בו. הסיבה לכך פשוטה. מטרת העל של פרשנות החוזה - על כך מסכימים הכול - היא לזהות את כוונת הצדדים. הצדדים ניהלו משא ומתן והעלו את הסכמותיהם על הכתב. הדעת נותנת שהנוסח שהם גיבשו יחד משקף את רצונם המשותף. אבל לא תמיד הדברים כה פשוטים. לעיתים משתמשים בחוזה בביטויים עמומים או בלשון שניתנת לפרשנויות שונות. לעיתים החוזה אינו מתייחס למצבים או נושאים מסוימים. לעיתים הלשון נראית ברורה במבט ראשון, אבל צד לחוזה עשוי לטעון שלמעשה כוונת הצדדים הייתה אחרת. עשויים להיות גם מקרים שבהם יישום של החוזה פשוטו כמשמעו יוביל לתוצאה שנראית לא הגיונית מבחינה מסחרית.

נניח שהצדדים הסכימו כי צד אחד ימכור לצד השני "סוס". אבל המוכר טוען כי בלקסיקון הפרטי של הצדדים המילה "סוס" משמעותה מכונה מסוימת. בחוזה עצמו אין לכך אינדיקציה, כך שמי שקורא אותו בתור מסמך העומד בפני עצמו, סבור שמדובר בסוס פשוטו כמשמעו. מה יעשה בית המשפט? האם הוא יחייב את המוכר לספק לקונה חיה הולכת על ארבע מכיוון ש"כך כתוב בחוזה", או שמא יהיה בית המשפט קשוב גם לטענה שהכוונה הייתה אחרת? וכיצד יקבע בית המשפט למה התכוונו הצדדים, כאשר החוזה שותק בעניין זה?

פתרון אפשרי למקרים כאלו הוא לנסות ללמוד על כוונת הצדדים מהנסיבות החיצוניות, כלומר ממקורות שאינם החוזה עצמו. כך, למשל, אפשר להביא עדויות לגבי הכוונה של הצדדים בזמן החתימה על ההסכם, אפשר לנסות להעריך איזו מטרה הצדדים ביקשו להשיג באמצעות החוזה ואיזו פרשנות מגשימה אותה בצורה הטובה ביותר, אפשר לבחון חוזים קודמים שנחתמו



בין הצדדים, ואפשר גם לבדוק את ההקשר שבו נחתם החוזה ואיזו פרשנות שלו הגיונית יותר מבחינה מסחרית.

למעשה, אין חולק שתהליך הפרשנות צריך להביא בחשבון גם את נסיבות כריתת החוזה ואת תכלית החוזה. אבל יש מחלוקת בשאלה מה היחס בין לשון החוזה לנסיבות. האם הנסיבות יובאו בחשבון רק כאשר אי אפשר למצוא תשובה ברורה בלשון החוזה, או שמא בכל מקרה יש להתחשב גם בנסיבות במסגרת התהליך הפרשני? האם רשאי בית המשפט לסטות מהמשמעות הפשוטה של לשון החוזה כאשר הוא סבור שהנסיבות מלמדות על כוונה אחרת? שאלה זו העסיקה – ומעסיקה – רבות את בתי המשפט בארץ ובעולם.

נפתח בפסק דין שנתן בית המשפט העליון באמצע שנות התשעים של המאה הקודמת, הידוע כהלכת אפרופים (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995)). פסק הדין עורר הדים רבים והוליד דיון ער, אשר עורר עניין גם בקרב הציבור הרחב.

מעשה שהיה כך היה: בתחילת שנות התשעים החלו גלי עלייה גדולים ארצה ממדינות ברית המועצות לשעבר, ועקב כך נוצר מחסור בדירות למגורים. כדי לעודד בנייה למגורים, יזמה המדינה תוכנית שכללה הקצאת קרקעות לקבלנים לצורך בניית בנייני מגורים, תוך התחייבות כי אם הקבלן לא יצליח למכור את כל הדירות היא תקנה ממנו את הדירות הנותרות. מחיר הרכישה ושאר התנאים של התוכנית נקבעו ב"חוזה מסגרת", אשר כל קבלן שהשתתף בתוכנית חתם עליו. המדינה התחייבה לשלם את המחיר המלא של הדירות, אבל ההסכם כלל מנגנון להפחתת התמורה שיקבל הקבלן במקרים מסוימים. אחד מהסעיפים שעסקו בהפחתת התמורה קבע כך: "במקרה של מימוש התחייבות רכישה בפרייקטים... לאחר תום תקופת הביצוע, ינוכה ממחיר הדירה... סכום בשיעור של 5% בגין כל חודש שלאחר תקופת הביצוע". חברת אפרופים הייתה חברה קבלנית אשר הוקצו לה קרקעות מהמדינה ואשר חתמה על חוזה המסגרת. כאשר הגיעה הבנייה לשלב שבו לפי חוזה המסגרת יש למדינה התחייבות רכישה, ביקשה אפרופים לממש את ההתחייבות. המדינה לא חלקה על חובתה לרכוש את הדירות, אבל טענה שיש להפחית 6% מהמחיר, בשל כך שאפרופים איחרה בחודש וחמישה ימים בהשלמת השלב שאליו הגיעה הבנייה, ביחס ללוח הזמנים שנקבע בחוזה. את טענתה השתיתה המדינה על הסעיף הנזכר, הקובע ניכוי של 5% מהמחיר בגין כל חודש איחור. אפרופים לא חלקה על כך שאיחרה בהשלמת אותו שלב בבנייה, אך טענה שהסעיף הקובע הפחתה במחיר כלל אינו מתייחס לאיחור בביצוע הבנייה, אלא לאיחור בהגשת דרישת התשלום על ידי הקבלן. אם כן, השאלה שהתעוררה הייתה כיצד יש לפרש את הסעיף בחוזה המסגרת. הסעיף קובע שאם "מימוש התחייבות רכישה" נעשה לאחר "תקופת הביצוע", יש להפחית מהמחיר "תקופת הביצוע" – על כך לא הייתה מחלוקת – היא התקופה שבה היה על הקבלן להשלים את הבנייה של הדירות במלואן. השאלה הייתה מה משמעות המילים "מימוש התחייבות רכישה". אפרופים טענה כי המשמעות ברורה. ה"מימוש" של התחייבות הרכישה הוא הצגת

דרישת התשלום על ידי הקבלן למדינה. לפיכך רק כאשר הקבלן הציג את דרישת התשלום לאחר תום מלוא התקופה שהוקצתה לבניית הדירות, חל המנגנון המאפשר ניכוי מהמחיר. אין חולק שהדרישה הוגשה לפני תום התקופה, טענה אפרופים, ולפיכך המדינה אינה רשאית לנכות מהמחיר. מנגד טענה המדינה כי פרשנות זו אינה הגיונית. המטרה של הצדדים הייתה לדרבן את הקבלנים לעמוד בלוחות הזמנים לביצוע הבנייה, ולפיכך ברור שהסנקציה שנקבעה התייחסה לאיחור בביצוע הבנייה, ולא לאיחור בעניין פעוט וחסר חשיבות כמו מועד הצגת דרישת התשלום. לפיכך טענה המדינה כי הסעיף מתייחס למקרה שבו הקבלן מאחר בביצוע שלבי הבנייה בהתאם ללוח הזמנים שקבוע בחוזה.

נוכח חילוקי דעות אלו הגישה אפרופים תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים. התביעה נדונה על ידי השופט טל, לימים שופט בית המשפט העליון, והוא אימץ את הפרשנות של אפרופים לחוזה לאחר שנתן משקל ניכר ללשון החוזה, וקיבל את תביעתה. על פסק דין זה הגישה המדינה ערעור לבית המשפט העליון, וזה נדון לפני הרכב שכלל את המשנה לנשיא אהרן ברק ולצידו השופטים דב לוין ואליהו מצא. הערעור התקבל תוך חילוקי דעות. השופט מצא, שכתב את חוות הדעת הראשונה, קבע שיש לדחות את הערעור. השופט מצא הסכים כי בחינת הסעיף לאור תכליתו העסקית והגיונו המסחרי מובילה לפרשנות שהמדינה טענה לה. אבל השופט מצא קבע כי אין מקום להביא בחשבון שיקולים אלו, וזאת מן הטעם שלשון הסעיף ברורה. במקרה כזה, קבע השופט מצא, על השופט המפרש את החוזה להישאר בגבולות הלשון, ולא לפנות כלל לבחינת ה"נסיבות".

אבל דעתו של השופט מצא נותרה לבסוף דעת מיעוט. את חוות הדעת העיקרית נתן המשנה לנשיא ברק, והוא התייחס במסגרתה בהרחבה לשאלת היחס בין לשון החוזה לנסיבות כריתתו. המשנה לנשיא ברק הפנה לסעיף 25(א) לחוק החוזים (נוסח כללי), התשל"ג-1973, אשר באותה תקופה קבע כך: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות".

הוא ציין כי סעיף זה הובן בעבר כך שהוא קובע שני שלבים נפרדים והיררכיים בפרשנות החוזה. ראשית, נבחנה לשון החוזה בפני עצמה, בהתעלם מנסיבות כריתת החוזה, כדי ללמוד ממנה את אומד דעתם של הצדדים, כלומר מה הייתה כוונתם. שנית, ורק כאשר המסקנה הייתה שלא נמצאה תשובה לשאלה הפרשנית בלשון החוזה, נבחנו הנסיבות. גישה זו, שכונתה "תורת שני השלבים", נדחתה בפסק הדין. המשנה לנשיא ברק הסביר כי אי אפשר לקבוע שלשון החוזה היא ברורה, בלי לבחון את נסיבות כריתתו של החוזה ואת המטרה שהצדדים ביקשו להגשים במסגרתו. אם המטרה היא להגשים את כוונת הצדדים, הוסיף ושאל ברק, מדוע יש להתעלם מהנסיבות כאשר אפשר ללמוד מהן מה הייתה אותה כוונה?

המשנה לנשיא ברק המחיש את גישתו באמצעות הדוגמה שהוצגה לגבי מכירת "סוס", שבה בשפה הפרטית של הצדדים לחוזה כשהם אומרים "סוס" הם מתכוונים למכונה. לפי תורת שני השלבים, על בית המשפט להתעלם מהראיות על כוונת הצדדים, שכן לשון החוזה ברורה. אבל

ברור שבמקרה כזה אם בית המשפט יאכוף פרשנות שלפיה החוזה מתייחס לחיה "סוס", זו תהיה תוצאה אבסורדית ולא צודקת.

במקום "תורת שני השלבים" הציע ברק גישה שונה לפרשנות החוזה. על פי גישה זו, פרשנות החוזה נעשית באמצעות פנייה לשני מקורות הפרשנות – הלשון והנסיבות – במקביל, תוך "תנועה בלתי פוסקת מלשון החוזה לנסיבותיו החיצוניות" (עמ' 314). לשיטתו, אין מקום לערוך בדיקה מקדמית אם הלשון "ברורה" או "לא ברורה" כדי לדעת אם אפשר לפנות לנסיבות בתור מקור פרשני. מלכתחילה יש לפרש את החוזה תוך התחשבות הן בלשון והן בנסיבות. עם זאת, ללשון החוזה נותר תפקיד ייחודי בשני מובנים. ראשית, קיימת חזקה (כלומר, הנחת עבודה) שהצדדים התכוונו לפרשנות העולה מהמשמעות הטבעית הרגילה של הלשון. שנית, בדרך כלל אי אפשר לאמץ פרשנות אשר אין לה "נקודת אחיזה" בלשון החוזה, גם אם היא עולה מהנסיבות. אבל, הוסיף וקבע ברק, במקרים קיצוניים, כאשר פירוש מילולי של החוזה יסכל לחלוטין את המטרה שהצדדים כיוונו אליה, רשאי השופט אפילו לשנות את לשון החוזה כדי שהחוזה יוכל להגשים את תכליתו.

ומן הכלל אל הפרט. במקרה שנדון בפסק הדין, נפסק כי ברור שכוונת הצדדים הייתה לקבוע סנקציה למקרה של איחור בביצוע הבנייה. כל תוצאה אחרת אינה הגיונית. אכן, הסכים ברק, לשון הסעיף אינה יכולה לשאת את הפרשנות שלפיה הוא מתייחס לאיחור בביצוע הבנייה. המילים "מימוש התחייבות רכישה" אינן יכולות להתפרש בשום אופן כך שיתייחסו להשלמת הבנייה. אולם, זהו המקרה המתאים שבו על בית המשפט לשנות את לשון החוזה כדי שתתאים לכוונת הצדדים, כפי שניתן ללמוד אותה ממכלול נסיבות העניין. השופט דב לוינסקי הסכים עם ברק, ולפיכך התוצאה הייתה שהערעור שהגישה המדינה התקבל, ונקבע שיש להעדיף את הפרשנות שהיא טענה לה.

הלכת אפרופים נחשבת לאבן דרך בסוגיית פרשנות חוזים. פסקי דין רבים התבססו עליה ואימצו את גישתה. אבל פסק הדין זכה גם לביקורת לא מועטה. הועלה חשש שמא פסק הדין הביא להחלשת המעמד של לשון החוזה יתר על המידה. נטען כי עשוי להתקבל הרושם שאין דבר כזה חוזה "ברור". על פי הטענה, לא משנה כמה מאמצים ומשאבים יקדישו הצדדים כדי לנסח את החוזה באופן שישקף בבירור את הסכמותיהם, מאחר שתמיד יהיה אפשר לטעון כי הנסיבות תומכות בפרשנות אחרת. במתכונתה החריפה הטענה היא שהדבר עלול לפגוע ביכולת של הצדדים ליהנות מוודאות בקשר לחוזה שהם מקבלים על עצמם, ולגרום לכך שבמקום שהצדדים יהיו חופשיים לעצב את החוזה כרצונם, בית המשפט ייכנס לנעליהם ויכפה עליהם את החוזה שלשיטתו הוא הנכון והראוי.

הוויכוח המשיך להתנהל גם לאחר מכן. כך, למשל, בפסק הדין בעניין ארגון מגדלי ירקות, אשר ניתן בהרכב מורחב כעשר שנים לאחר שנפסקה ההלכה (דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006)) – אף שהוסכם כי הלכת אפרופים עומדת על מכונה, חלק מהשופטים סברו כי יש לסייג אותה ולמתן אותה.

הקושי העיקרי, קבע השופט חשין, אינו בהלכת אפרופים עצמה, אלא ב"רוח אפרופים", שמשמעם ממנה חוסר ודאות ומעורבות יתר של בית המשפט בקביעת תוכן החוזה (עמ' 57). השופט גרוניס הוסיף והדגיש: "האזהרה מפני הפיכתו של בית המשפט למעין 'צד' לחוזה, ומפני שכתוב החוזה על ידי בית המשפט, ראוי לה שתהדהד מבית המשפט בקריית שמונה ועד זה שבאילת" (עמ' 92).

גם תומכיה של הלכת אפרופים הדגישו לא פעם כי ההלכה לא התכוונה לחתור תחת עקרון היסוד שלפיו הצדדים הם שקובעים את גבולות החוזה, ובית המשפט מנסה לזהות מה הייתה כוונתם. הביקורת, ציין השופט ריבלין באחד מפסקי הדין, מתייחסת ל"מיתולוגיה של אפרופים", ולא להלכה כפי שהיא אכן נקבעה.<sup>1</sup>

בשנת 2011 תוקן סעיף 25(א) לחוק החוזים, וכיום הוא קובע כך: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו".<sup>2</sup> האם תיקון זה משנה את הלכת אפרופים או שמא הוא מאמץ אותה? גם בעניין זה התגלעו חילוקי דעות.<sup>3</sup> יש המדגישים את העובדה שהתיקון לסעיף מבטל סופית את "תורת שני השלבים". אחרים טוענים כי התיקון דווקא חידד את חשיבות הלשון בפרשנות החוזה.

ואומנם, בפסקי דין מאוחרים יותר שב בית המשפט העליון וחידד כי ללשון החוזה יש משקל מרכזי בקביעת הפרשנות, במיוחד כאשר מדובר בהתקשרות בין שני גופים עסקיים אשר הקדישו מחשבה ומשאבים לניסוח חוזה מפורט. בפסק הדין בעניין ביבי כבישים (ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (20.11.2019)) ציין השופט אלכס שטיין כי "לא כל החוזים נולדו שווים" (פסקה 12 לפסק דינו). בהקשר זה הוא ערך הבחנה בין "חוזה פתוח", שבו מסדירים הצדדים מערכת יחסים ארוכת טווח ומטבע הדברים אינם יכולים לצפות כל התפתחות, ל"חוזה סגור", שבו מתייחסים הצדדים לנושא תחום ומוגדר. בחוזים מהסוג האחרון הנחת המוצא היא כי הצדדים העלו על הכתב את מלוא הסכמותיהם, ולפיכך יהיה ללשון החוזה משקל רב. השופטים פוגלמן וגרוסקופף הסכימו לעיקרון כי יש להחיל כללי פרשנות שונים על חוזים מסוגים שונים. השופט גרוסקופף הוסיף וציין כי לשיטתו ההבחנה החשובה אינה נעוצה ברמת הפירוט של החוזים, אלא בזהות המתקשרים בהם. כאשר מדובר בחוזה מסחרי בין גופים עסקיים, אזי יעלה המשקל של לשון החוזה בתהליך הפרשני, מתוך הנחה כי לצדדים אלו יש כלים לעצב את החוזה כך שישקף את הסכמותיהם באופן מדויק. אפשר לסכם ולומר כי הלכת אפרופים הביאה שינוי מהותי באופן שבו יש לפרש את החוזה. היא ביטלה את "תורת שני השלבים", שקבעה שיש לבחון את נסיבות כרייתת החוזה רק אם

1 ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, פ"ד (3) 577, 609-610 (2010).

2 חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011.

3 רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר הברה לתביעות בע"מ, פ"ד (2) 563 (2012).

הלשון אינה ברורה. תחת זאת, היא קבעה תהליך פרשני חד־שלבי, אשר במסגרתו ייבחנו לשון החוזה ונסיבות כריתתו במקביל. עם זאת, אם היה נראה תחילה כי ההלכה מאפשרת גם פרשנות שאינה מתיישבת כלל עם לשון החוזה, באו הפסיקה שניתנה לאחר מכן והתיקון לחוק – וחידרו כי הלשון קובעת את גבולות הגזרה של הפרשנות. כאשר בית המשפט מפרש חוזה הוא אינו מנסח עבור הצדדים את החוזה שלשיטתו היה ראוי שיקבלו על עצמם. הוא מנסה לאתר את כוונת הצדדים, תוך מתן משקל מרכזי ללשון החוזה אבל תוך התחשבות גם בנסיבות, ובשום מקרה לא תאומץ פרשנות אשר מנוגדת לחלוטין ללשונו של החוזה. רוח אפרופים נרגעה, המיתולוגיה פגשה את המציאות, ושוק מכירת הסוסים שב לפעול כסדרו.

# חוזים אחידים והגנת הצרכן



# ארץ זבת חלב ודבש: פרשת הסיליקון בחלב ומחירה

ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ  
נ' עזבון ראבי (4.12.2011)

## אסתר שטמר

מה הייתם עושים לו גיליתם כי לחלב שאתם שותים הוכנס חומר כימי זר שאינו מיועד לשתייה? איך הייתם מרגישים? וגם - האם הייתם מגישים תביעה בשל כך? וכיצד? שאלות אלה ואחרות התעוררו בפסק הדין שניתן בתובענה הייצוגית שהגיש תופיק ראבי בשם צרכני החלב של חברת תנובה, בעלת המחלבות הוותיקה, ושהולידה פיצוי משמעותי לציבור הצרכנים בשווי 38.5 מיליון ש"ח בערכם לשנת 2011.

מעשה שהיה כך היה: לקראת סוף שנת 1993 גילתה מחלבת רחובות של חברת תנובה תקלה באחת המכונות בקו הייצור של החלב העמיד דל השומן %1. התקלה גרמה להקצפת יתר במזיגת החלב. עלות התיקון הייתה צפויה להיות גבוהה מאוד. הפתרון שמצאו אנשי המחלבה היה הוספת סיליקון לחלב, מה שאכן פתר את בעיית הקצפת היתר. אלא שאנשים אינם מצפים לשותות חלב עם סיליקון. הסיליקון הוא חומר כימי, והוא אף נאסר לשימוש בחלב פרה לשתייה, לפי התקן הישראלי שהיה מחייב באותה עת. הוא נרכש בתור חומר ניקוי ולא היה אמור להימצא בחלב. מכל מקום, במישור המעשי, הכול - או לפחות החלב - המשיך לזרום. במהלך כשנה וחצי הוסיפה מחלבת תנובה סיליקון לכ-13 מיליון ליטר חלב. הוספת הסיליקון לא פורסמה לצרכנים. אולם סודות סופם להתגלות. הפרשה נחשפה בתחקיר שפורסם בעיתונות. תנובה הכחישה תחילה את דבר הוספת הסיליקון. אבל כשבועיים לאחר פרסום הפרשה בתקשורת קבעה ועדת חקירה פנימית, שמונתה בעקבות הפרסום, כי אכן הוסף סיליקון לחלב. בשלב זה תנובה אספה את החלב מן המדפים, ולפי הוראת משרד הבריאות השמידה את יתרת החלב שכלל סיליקון. חברת תנובה ונושאי משרה בכירים בה (מנכ"ל החברה, מנהל אגף החלב ומנהל המחלבה) הועמדו לדין פלילי בשל אי מילוי הוראות התקן הרשמי. לאחר שהודו בעבירות שיוחסו להם, קיבל בית המשפט הסדר טיעון שהושג עימם, והטיל עליהם קנס כספי.

אבל מה על הנזקים של הצרכנים שרכשו - ואף שתו - את החלב? כיצד אפשר לאמוד נזק של מי ששתה חלב ושכשנודע לו בדיעבד שהכיל סיליקון, התמלא בתחושת גועל ועוגמת נפש, אך לא נגרם לו נזק ממשי? מי בכלל יגיש תביעה כזו? האם "משתלם" לתבוע בגין נזק קטן יחסית לכל צרכן (גם אם גדול לציבור בכללותו במצטבר)?



חלק מן המענה לשאלות אלו מצוי בהליך שמכונה "תובענה ייצוגית", ושמעוגן כיום בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. זוהי תובענה שמגיש אדם בשם ציבור של אנשים שחוו אירועים דומים ושנגרמו להם נזקים דומים. בהקשר הצרכני מדובר בנזק נמוך לצרכן הבודד, כזה שאדם בדרך כלל לא יגיש תביעה בגינו. אבל הצטברות הנזקים יכולה להיות משמעותית הרבה יותר. אכן, נזק קטן לצרכנים רבים עשוי להתגבש לנזק גדול לקבוצה בכללותה, כזה שכדאי להגיש בגינו תביעה, כך שהנתבע יאלץ לשלם פיצוי משמעותי מאוד. באמצעות פיצוי כזה תושג הרתעה מפני מעשים דומים בעתיד. זוהי דרך חשובה להסדיר את יחסי הצרכנות בישראל. עם זאת, נוכח המאפיינים המיוחדים של הליך זה, תובע שמבקש לנהל הליך של תובענה ייצוגית נדרש לקבל את האישור של בית המשפט לכך.

נשוב לענייננו: ימים אחדים לאחר שהחלב הורד מן המדפים, הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בקשה לאישור תובענה ייצוגית כזו נגד תנובה. המבקש, תופיק ראבי טען כי צרך את החלב, כי לא ידע על אודות הוספת הסיליקון לחלב, וכי הדבר לא צוין על האריזה. בכך הפרה תנובה את החוזה הבלתי כתוב עם הצרכנים, ועליה לשלם להם פיצוי בגין הסכומים ששילמו עבור החלב, ופיצוי בגין עוגמת הנפש שגרמה תנובה לכל הצרכנים בהתנהגותה המטעה והמזלזלת.

הדיון בתביעה היה ארוך, כצפוי מתביעה שכורכת סכום גבוה מאוד של פיצוי עם שאלות משפטיות חדשות שבחלקן טרם נדונו בבתי המשפט בישראל. תחילה אושרה התביעה כייצוגית בבית המשפט המחוזי, אם כי לא לגבי הפיצוי הכספי (סגן הנשיא טלגם). שני הצדדים ערערו. לערעור של ראבי הצטרפה המועצה הישראלית לצרכנות, והוא נתמך גם בעמדת היועץ המשפטי לממשלה. בית המשפט העליון (השופטים מרים נאור, שלמה לוין ואילה פרוקצ'יה) אישר ברוב דעות את החלטת בית המשפט המחוזי להכיר בתביעה כתביעה ייצוגית, והוסיף וקבע שתחושות שליליות ותחושות גועל גם הן לכאורה נזק בר פיצוי.<sup>1</sup>

הדיון בתביעה עצמה הוחזר לבית המשפט המחוזי. בשלב זה פסק בית המשפט המחוזי (השופט עמירם בנימיני) שתנובה הטעתה את הצרכנים והפרה את התקן הישראלי (ת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 יורשי ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (7.10.2008)).

לשם הכרעה בסוגיות עצם ההטעיה והנזק שנגרם בעקבותיה, הונחו לפני בית המשפט חוות דעת של מומחים וסקרי דעת קהל, נוסף על דוח ועדת בדיקה שהקימה תנובה עצמה. בית המשפט הסיק מן הראיות כי הסיליקון לא גרם שום פגיעה גופנית באלו שצרכו אותו, ובאותו שלב לא היה ברור אם עלולה להיות פגיעה כלשהי בעתיד. עם זאת, לא אמור להיות סיליקון

1 ההחלטה לאשר את התובענה הייצוגית ניתנה בת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 ראבי נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (13.6.1996). הערעור נדון בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נו(4) 673 (2003).

בחלב, ותגובה הפרה באופן ברור את התקן הישראלי בהוספתו. חומרה יתרה נמצאה בעניין משום שתגובה הסתירה את הוספת הסיליקון.

מהו הפיצוי למי שצרך את החלב עם הסיליקון ושלא נגרם לו נזק גופני?  
להערכת גודלה של קבוצת הנפגעים מינה בית המשפט המחוזי את פרופ' יחזקאל אופיר, מומחה לכלכלה ולשיווק, וביקש לבחון, בין השאר, מה המספר של רוכשי החלב העמיד. בעקבות ממצאי חוות דעתו נקבע כי מספר חברי הקבוצה עומד על כ־220,000 איש, שכולם סבלו נזק בגין הפגיעה באוטונומיה, ומחציתם גם בשל התחושות השליליות שחוו. הנזק האחיד הועמד על 250 ש"ח, ולפיכך הנזק הכולל – על 55 מיליון ש"ח.

תגובה ערערה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, וכך חזרה הפרשה לסיבוב שני בבית המשפט העליון. את פסק הדין בבית המשפט העליון כתבה השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות, ואליה הצטרפו השופטים עוזי פוגלמן ויצחק עמית. בשלב זה הדין התמקד בשאלות של הגדרת הנזק, קביעת סכום הפיצוי ואופן תשלומו (ע"א 10085/08 תגובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי (4.12.2011)).<sup>2</sup>

פסק הדין עסק קודם כול בשאלת ההכרה בנזק מסוג של פגיעה באוטונומיה, כלומר בזכותו של אדם לתכנן את חייו ולפעול לפי בחירותיו. הזכות היסודית לכבוד, שנתונה לכל אדם, כוללת זכות לאוטונומיה "להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה". זכות בסיסית זו חלה על כל ההיבטים המרכזיים בחיי האדם, לרבות "חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו" (פסקה 33).

בית המשפט אימץ קביעות קודמות של בית המשפט העליון בתחומים דומים (בעיקר רפואיים), וקבע כי פעולתה של תגובה פגעה באוטונומיה של הרצון של מי שרכש את החלב שכלל סיליקון וצרך אותו. עם זאת, הוטעם כי לא כל מי שצרך חלב עם סיליקון זכאי לקבל פיצוי, אלא רק צרכנים שחשו רגשות עזים של גועל, זעם ותסכול. כלומר, צרכן שנותר אדיש לפגיעה באוטונומיה שלו ושלא חווה תחושות שליליות בשל כך – אינו זכאי לפיצוי.

בכך לא הסתיימו השאלות שבהן דן פסק הדין. מורכבות לא פחות היו השאלות שנוגעות לקביעת גובה הפיצוי ולחלוקת הפיצוי לנפגעים. האם ניתן לפצות כל מי שרכש קרטון חלב עם סיליקון ושצרך אותו לפני למעלה מעשור? כיצד אפשר לברר לגבי כל אחד מחברי הקבוצה אם צרך, ומה הייתה תחושתו בקשר לכך? האם יש לקבוע פיצוי אחיד לכל אחד מחברי הקבוצה, או שמא לבדוק כל צרכן ולהעריך את הנזק שנגרם לו? בדיקה זו היא כמעט בלתי אפשרית בחלוף שנים רבות. בית המשפט העליון אישר שאפשר להסתמך על סקר צרכנים כדי לקבוע מי הם חברי הקבוצה שסבלו את הנזק בגין התחושות השליליות והפגיעה באוטונומיה. ואשר לגובה הסכום: נדרשת הוכחה סבירה, עוגן מתאים, להערכת הנזק, ואפשר להסתמך על ניסיון

2 לאחר שניתן פסק הדין של בית המשפט העליון נדחתה בקשה לקיים דיון נוסף. דנ"א 9416/11 עזבון ראבי נ' תגובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (31.5.2012).

החיים, על השכל הישר ועל מדיניות משפטית ראויה. כך נקבעת כל אומדנת נזק שאינו נזק בר הוכחה. בית המשפט העליון אישר את קביעת בית המשפט המחוזי, שהעמיד את הנזק הפרטי על 250 ש"ח לכל אחד מן הניזוקים. בהעדר אפשרות לאתר כל ניזוק ולבחון את נזקו באופן פרטי, נקבע פיצוי אחיד לכל אחד מחברי הקבוצה שסבל נזק. גובה הסכום מייצג פגיעה שעוצמתה אינה ברף הגבוה ביותר של הפגיעות האפשריות באוטונומיה. בית המשפט הזהיר מפני הפרזה בפיצוי עבור הנזק שנגרם בנסיבות אלו, וקבע סכום שאינו גבוה וגם אינו נמוך, ושמביא בחשבון גם את השונות בתוך הקבוצה.

כיוון שקשה לברר מי צריך את החלב הנגוע בסיליקון בזמן אמת, אימץ בית המשפט העליון עקרונית את שיטת החישוב הכוללת שקבע בית המשפט המחוזי, והחליט כי יינתן פיצוי קבוצתי לפי הנזק שנגרם לקבוצה כולה. חוק תובענות ייצוגיות מאפשר מנגנונים מסוג זה, ובהם האפשרות לפצות את הקבוצה או את הציבור, ולא דווקא כל אחד מחברי הקבוצה. עדיין נדרש חישוב, אבל לא חלוקה לכל אחד מן הנפגעים הרבים מאוד.

לפי הסקרים שנערכו הוערך שיעור רוכשי החלב עם סיליקון שחוו רגשות כעס, זעם או גועל, בכ- 70% מאלו שרכשו את החלב וצרכו אותו (220,000 איש), כלומר 154,000 איש. בשים לב לפיצוי האחיד בסכום של 250 ש"ח הועמד הפיצוי לקבוצה הזכאית על סכום כולל של 38.5 מיליון ש"ח. בקשת תנובה לקבוע את הנזק על בסיס הרווח שצמח לה ממכירת החלב, אשר לטענתה עמד על כ- 4.3 מיליון ש"ח – נדחתה. הגם שעקרונית אפשר לחשב את הנזק לפי הרווח שנגרם, השיטה אינה ישימה לכל מקרה. במקרה זה גם לא הוצגו נתונים מפורטים שלפיהם היה אפשר לחשב את הפיצוי על בסיס השיטה של שלילת הרווח.

שאלה עקרונית נוספת מתייחסת לאופן החלוקה: כאן גדר ההתלבטות מתייחסת לכך שקשה עד מאוד לזהות את חברי הקבוצה. כיוון שעקרונית הפיצוי צריך להיות משולם לנפגע, היה צריך להקדיש מאמץ למצוא כל אחד ואחד מבין 154,000 אנשים שהם סטטיסטית חברי הקבוצה. לפעמים אפשר לעשות זאת. אבל כאן – כעבור שנים ובהנחה שמעטים שומרים קבלות מפורטות של רכישות קטנות מסוג חלב עמיד – הבחינה הזו כנראה בלתי אפשרית. משום כך הוחלט להעביר את הסכום כולו, 38.5 מיליון ש"ח, למטרות כלליות יותר: קרן מחקרים ומלגות בתחומי המזון והתזונה מצד אחד, וחלוקת מוצרי חלב לאוכלוסיות נזקקות, באמצעות עמותות שעוסקות בכך, מצד אחר.

הפיצוי באופן זה סוטה מדרך התשלום המקובלת בדין. בדרך כלל הנפגע הוא שזכאי לפיצוי. ואילו כאן כספי הפיצוי מועברים למטרות אחרות. אומנם המטרות חשובות וראויות חברתית, וייתכן שתהיה להן השפעה עקיפה על חברי הקבוצה הניזוקים ושתיגרם להם תועלת עקיפה – אבל ברור שהנפגעים לא יזכו בפיצוי ישיר. עדיין הודגש שנדרשת זיקה מסוימת בין ציבור הניזוקים לציבור המפוצים.

אפשרות הפיצוי העקיף תקום בעיקר בתביעות שעוסקות בעוולות צרכניות, שבהן המטרה העיקרית של פסק הדין היא הרתעת המזיק, והפיצוי לניזוק משני בחשיבותו. אם נעמוד על

פיצוי לניזוקים בלבד, ולפי התנאים שנקבעו בפסק הדין חלקם הגדול לא יוכלו להוכיח את הנזק – המזיק ישלם פחות, וההרתעה תפחת. לכן האינטרס הכולל של הצרכנים הוא בפיצוי העקיף שמבטיח כי המזיק ישלם את הנזק, גם אם לא לניזוק הישיר.

כדאי להפנות זרקור לקביעות נוספות בפסק הדין: ראשית, השופטת חיות קבעה כי אחד התחומים המובהקים שבו באים לידי ביטוי יתרונות התובענה הייצוגית הוא דיני הגנת הצרכן. לא לחינם נקראת ההתדיינות בתחום זה "אכיפה אזרחית ציבורית" או "אכיפה פרטית".

הפרת דינים צרכניים כגון הוספת רכיב במוצר ללא ציון שלו על גבי האריזה, בניגוד לתקן הרשמי, היא הטעיה ופעולה שלא בתום לב. כדי להגשים את המטרות העיקריות בחוק הגנת הצרכן, יש לעמוד על דרישת תום הלב ולאפשר לצרכן לקבל את כל המידע הרלוונטי לפני שהוא מתקשר בעסקה. אין לאפשר הסתרה מכוונת של מידע ביחסים שבין יצרן לצרכן, שאין לו המידע המלא על המוצר, במיוחד אם מדובר במוצרי מאכל. לכל אדם הזכות להחליט אם לחשוף את עצמו ואת משפחתו לצריכת חומר כימי שטיבו אינו ידוע לו.

שנית, תחושת הגועל האישית אינה נזק קטן מדי שהמשפט אינו מתעניין בו. אין מדובר ב"זוטי דברים". כאשר מדובר בנזק שנגרם לקבוצה גדולה, אין להתייחס לנזק האישי, אלא לזה המצטבר. הנזק המצטבר הוא נזק משמעותי שבית המשפט צריך להתערב בו.<sup>3</sup>

שלישית, יש שטוענים כלפי הנזק של פגיעה באוטונומיה כי אינו ראוי לפיצוי במשפט. כמעט הכול מסכימים שאין מדובר בכל פגיעה ביכולת הבחירה של האדם, כי אם בפגיעה שנוגעת בנושאי ליבה חשובים כגון שלמות הגוף, נושאים שנוגעים ב"גרעין הקשה" של האוטונומיה, ורק במקום שנגרם נזק. היו מקרים שבהם נדחתה טענה בדבר נזק כזה, בין השאר משום שהמזיק לא גרם לו במכוון.

ראוי לציין כי כמה שנים לאחר שניתן פסק הדין בעניין תנובה תוקן חוק תובענות ייצוגיות: לאחר שנים שבהן עלו שאלות כיצד לחלק סכומים שאי אפשר לחלק לחברי הקבוצה, ושיטתית הועדפו תרומות לעמותות שעוסקות בתחומים דומים, תוקן החוק והוקמה קרן לניהול ולחלוקת כספים שנפסקו בתובענות הייצוגיות. כאשר בית המשפט מחייב נתבע לשלם פיצוי בתובענה ייצוגית ואינו יכול לקבוע פיצוי ישיר, או כאשר לאחר הפיצוי הישיר נותרת יתרה שלא חולקה – היא אינה מוחזרת לנתבע, אלא מועברת לאותה קרן. הקרן מחלקת את הכספים באופן שקוף ושוויוני באמצעות ועדה ציבורית שפועלת לפי כללים שפורסמו (כפי שמורה סעיף 27א לחוק).<sup>4</sup>

אם כן, כפי שציינה השופטת חיות בפסק דינה במקרה זה, "התובענה הייצוגית היא כלי דיוני ייחודי אשר באמצעותו ניתן לקדם ולהגשים באופן יעיל ואפקטיבי את ההגנה על עקרונות

3 בפסק דין מאוחר יותר הוחלט שבדרך כלל הגנת "זוטי דברים" לא תחול בגדר תובענות ייצוגיות דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (4.7.2021).

4 חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10), התשע"ו-2016.

וערכים ועל זכויות משפטיות מהותיות" (פסקה 21). בהקשר הצרכני של צריכת חלב, שהוא מזון בסיסי, ההסדרה הראויה כללה הכרה בפיצוי בגין נזק תוצאתי מפגיעה בליבת הזכות לאוטונומיה ובפיצוי קבוצתי. נקווה שהונח נדבך בהרתעה של חברות המזון, שאינן יכולות להסתיר את פעולותיהן ולצפות שלא יחויבו רק משום שמדובר בפגיעה קטנה בצרכן בודד. ככל הנראה, הרתעה כזו היא אפשר להשיג רק באמצעות תובענה ייצוגית.

# נדודי שינה בתל אביב: רכישת דירה מקבלנים ומקבוצות רכישה

ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617 (1979)  
ה"פ (מחוזי ת"א) 16-06-39815 מרק נ' חג'ג' (1.1.2018)

## מגן אלטוביה

רכישת דירה. בישראל – לא אחת חלום רחוק. יש לקשור בין חלומות ומשאבים כדי לעמוד במשימה. אבל מה קורה כאשר ניגשים לכך? מהן ההגנות המשפטיות הניתנות לרוכשי דירות? המודל המסורתי של רכישת דירה שעודה בבנייה הוא רכישה מקבלן. כדי להגן על רוכשים מפני התמוטטות כלכלית של קבלנים, ובמקרים אחרים – מכך שקיום ההתחייבויות יהיה חסר, נחקקו במהלך השנים חוקים שנועדו לתת הגנות מיוחדות לרוכשי דירות, דוגמת חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, וחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974. עם זאת, גם בהתחשב בהגנות שהחוק שואף לספק, פערי הכוחות בין רוכשי הדירות לקבלנים הם משמעותיים. לעיתים קרובות הקבלן הוא שמכתיב לרוכשי הדירה את תנאי הרכישה, ואילו האחרונים אינם מדקדקים בחוזים שעליהם הם חותמים, וגם אם ברצונם להשפיע על תנאי הרכישה, אינם בעלי כוח מיקוח ניכר.

על רקע מציאות זו קבלנים מסוימים עלולים לנסח חוזים באופן דרקוני, ובתוך כך לפטור עצמם מאחריות באופן גורף. חוזה מסוג זה נדון בפסק הדין הידוע בכינוי עניין רוט (ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617 (1979)). בני הזוג רוט רכשו דירה מחברה קבלנית בשם ישופה (בניה) בע"מ, ובקיצור ישופה. אכן, הדירה סופקה, ובכך שפר מזלם בהשוואה לאלו שלעיתים רוכשים דירות ונתקלים בהתמוטטות של חברות קבלניות. אבל הדירה סופקה באיחור של כחצי שנה ובמצב שאינו ראוי למגורים.

בני הזוג רוט הגישו תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ובה ביקשו לקבל את הפיצוי המוסכם שנקבע בחוזה, מפאת הפרתו. בשלב זה חברת ישופה הפנתה לסעיף בחוזה הפוטר למעשה את חברת הבנייה מכל חבות כאשר נמסרת החזקה בדירה. נקבע בו כי קבלת הדירה תשמש "ראייה סופית ומכרעת על מילוי התחייבויות המוכרת על פי חוזה זה". המשמעות המעשית של הסעיף היא שכאשר נמסרה הדירה לחזקת הקונים, נחסמה דרכם אל המזור המשפטי שהם עשויים להיות זכאים לו. בפני הקונים ניצבה ברירה אכזרית: יקבלו את הדירה – יאבדו את זכותם, אך אם לא יקבלו את הדירה – יישארו ללא קורת גג, על המשמעויות

הכלכליות שנובעות מכך. בני הזוג רוט טענו כי הסעיף לחוזה הוא בבחינת תנאי מקפח בחוזה אחיד שיש לראותו כבטל, וכי מכל מקום זהו סעיף הסותר את "תקנת הציבור" וכך בטל גם מטעם זה. בית המשפט המחוזי לא קיבל את טענותיהם, ודחה את תביעתם על הסף.

ערעור על כך הוגש לבית המשפט העליון, נדון לפני הרכב השופטים שמגר, אשר ואלון, והתקבל. בפסק הדין הובעו גישות שונות באשר לדרך הראויה להגנת רוכשי הדירה בנסיבות העניין, אבל כל השופטים סברו כי דין הערעור להתקבל כך שהתביעה תחזור להתברר בבית המשפט המחוזי. מאחר שבנסיבות העניין לא הוכח שהחוזה היה "אחיד", הדיון התמקד בשאלה האם יש פסול בתניית (סעיף) הפטור שנכללה בו לפי דיני החוזים הכלליים – בין מבחינת "תקנת הציבור" ובין מבחינת החובה לנהוג ב"תום לב".

נוסיף כאן כמה מילות הסבר. דיני החוזים הכלליים מסמיכים את בית המשפט לבטל הוראות בחוזה הסותרות את "תקנת הציבור" (עיקרון המעוגן כיום בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973).<sup>1</sup> מדובר בהוראות שאם יתאפשר השימוש בהן יפגע באופן ניכר אינטרס ציבורי חשוב. וכאן יש לזכור שאם היה מאושר השימוש בתניית הפטור שנכללה בחוזה עם משפחת רוט, משמעות הדברים הייתה שגם קבלנים אחרים היו יכולים להשתמש בה, וכך הוראות פטור שכאלה היו הופכות לנפוצות בענף הבנייה כולו. נוסף על כך, דיני החוזים הכלליים מסמיכים את בית המשפט לנקוט צעדים משפטיים נוכח הוראות חוזיות הסותרות את החובה של הצדדים לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב" (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים). האם בעניין רוט היה מוצדק להשתמש בכלים אלה? את חוות הדעת הראשונה כתב השופט שמגר, שסבר כי, בהתאם לנטען, הסעיף בחוזה סותר את תקנת הציבור – הן בשל האינטרס הציבורי הטמון בתחום הדיור, הן בשל חומרת ההגבלה בסעיף בחוזה, אשר למעשה חוסם מבני הזוג תרופה שהם נזקקים לה כתוצאה מהפרת החוזה מצד חברת הבנייה.

מנגד, השופט אלון סבר שיש לנקוט גישה מצמצמת יותר בפסילת תנאים מטעמים של "תקנת הציבור", כלומר במתכונת שמטילה הגבלה רחבה יחסית על חופש החוזים. עם זאת, הוא סבר שהדעת אינה נוחה מהתנהגות החברה הקבלנית, וכי השימוש בסעיף הפטור בנסיבות העניין עשוי להיחשב לפעולה שאינה בתום לב, בניגוד לסעיף 39 לחוק החוזים. כלומר, הסעיף אינו פסול בהכרח, אך עדיין השימוש בו עשוי להיות פסול. בהתאם לכך קבע כי יש מקום להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי כדי לברר נקודה זו. השופט אשר הצטרף לחוות דעתו. פסק הדין בעניין רוט נחשב לפסק דין פורץ דרך מכמה בחינות. ראשית, הוא ביטא עמדה שיפוטית ברורה באשר לצורך להגן על רוכשי דירות גם מחוץ לדיני החוזים האחידים. כל השופטים היו שותפים לעמדה זו גם אם נחלקו הדעות באשר לדרך המשפטית המדויקת שבה יש ללכת בהקשר זה. כמו כן, וכך לפי דעת הרוב, הוא ביסס את מעמדו של עקרון תום הלב בתור אבן יסוד במשפט הישראלי. אפשר להגיע לתוצאה שתנייה חוזית המעניקה זכות או

1 ראו רשימתה של ליאורה אדלשטיין בספר זה, עמ' 389.

שוללת זכות – אם היא מנוצלת לרעה, שלא בתום לב ובדרך מקובלת, הרי שאף כי הוסכמה בין הצדדים במועד כריתת ההסכם, לא ייתן בית המשפט יד ל"ניצול" זה.

פסק הדין בעניין רוט ניתן בשנת 1979. מאז חלו שינויים רבים בעולם הנדל"ן. בהתאם לכך, עולם המשפט נדרש להוסיף להתאים עצמו לאתגרים החדשים. אחת הדוגמאות המובהקות לכך היא סוגיית ההתמודדות המשפטית עם המודל של "קבוצות רכישה". הכוונה היא למודל שבגדרו קבוצת אנשים רוכשים מגרש ובונים בית עליו, והם נחשבים לשותפים במיזם, בלי שיש במיזם "קבלן". לכן ההגנות הרגילות של החוקים שנחקקו כדי להגן על רוכשי דירות אינן חלות. ברוב המקרים מדובר במיזם מורכב שמאחוריו עומד יזם, אשר גם מערכת היחסים שלו עם רוכשי הדירות מאופיינת בפערי כוחות, ובה ידו על העליונה. בכך חשופים רוכשי הדירות לסכנות נוספות, בין היתר בכל הנוגע ליכולת המיקוח ולתלות שלהם.

נשווה בדעתנו, לצורך הדין, בני זוג צעירים, גיא ואדנה (השמות בדויים), הרוכשים דירה ב"מגורי המחר", קבוצת רכישה מסוג זה. החתימה על סדרת המסמכים אצל עורך הדין הייתה סיום מרגש לתקופה של לבטים וחששות לצד בדיקות ולימוד של הנושא. מהר מאוד הבינו בני הזוג שקבוצת הרכישה הפכו לעסק של ממש, עסק שמעורבים בו בעלי תפקידים רבים. עורך דינם הבהיר להם שמבחינה משפטית אין מדובר ברכישת דירה, אלא בהצטרפות למיזם מורכב שאורך זמן ושבסופו הם יצאו ממנו ובידם דירה במגדל מגורים מודרני. ברגע שבני הזוג שכרו את שירותיו של חבר עורך דין העוסק בתחום, הם הפקידו בידיו את כל הדקדקנות המשפטית. מבחינתם, כשיצאו באותו ערב לאחר חתימת סדרת המסמכים, הם קנו דירה.

החודשים נקפו והדיווחים שקיבלו היו דלים. מפיסות מידע שכן הגיעו הם למדו שחלים עיכובים משמעותיים. הגדלת אחוזי הבנייה הנדרשת לשם הקמת בית הדירות במתכונת שתוכננה, טרם אושרה. העירייה דורשת דרישות שונות בקשר עם היטלים למיניהם וגם דרישות בקשר עם התשתית הנדרשת כדי לאשר את הגדלת אחוזי הבנייה. רשות מקרקעי ישראל מערימה קשיים בהארכת תקופת החכירה ודורשת דמי חכירה בסכומים ניכרים. סכומים לא מבוטלים הועברו לחשבון הבנק של הקבוצה, שמנוהל בידי הנאמן, מיופה הכוח. מדי פעם שמעו גיא ואדנה סיפורים על קבוצת רכישה שבהן נמצא שמנהל הקבוצה השתמש בכספים שלא לצורכי הקבוצה והערים קשיים על הגורמים המפקחים. בינתיים הם המשיכו לשלם שכר דירה ובמקביל החלו לשלם תשלומים חודשיים על חשבון ההלוואות שנטלו כדי לשלם עבור הדירה במיזם. "רצינו לקנות דירה, רצינו", אמרו זה לזה בייאוש הולך וגובר.

עורך הדין של בני הזוג פנה לנאמן בבקשה למסור מידע עדכני, העתקים של התכתבויות והתקשרויות עם ספקים, דינים וחשבונות וכיוצא באלו. הוא נענה ב"לך ושוב": הנאמן מפנה לעורכי הדין, עורכי הדין מפנים לרואי החשבון, ואלו מצידם מפנים אצבע לנאמן, שבלא אישורו אין בידם למסור מידע, וחוזר חלילה. הנאמן משיב כי על פי הסכמי ההתקשרות שגיא ואדנה חתמו עליהם, אין הוא מחויב במסירת דין וחשבון מעבר לעדכונים הכלליים שמסר. הזמן עובר, הכספים מוזרמים, ואין סימן כלשהו שתהיה דירה בטווח הזמן שהוערך בתחילת



הדרך. אדנה וגיא סחופים בנדודי שינה, וכך גם רבות ורבים, טובות וטובים מהחברות והחברים בקבוצת הרכישה במיזם "מגורי המחר", זוגות ויחידים שביקשו להגשים את החלום הישראלי להיות בעל דירה.

הדמויות המתוארות, כמו מיזם "מגורי המחר", הן פרי הדמיון. אבל, ביסודם של דברים, המתואר אינו דמיוני כלל וכלל. הוא נועד להמחיש את הרקע שעמד בבסיס הבקשה שהונחה לפני השופט גונטובניק בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ושהולידה פסק דין מוביל שעסק בשאלת הזכות של חברי קבוצת רכישה לקבל מידע (ה"פ" מחוזי ת"א) 39815-06-16 מרק נ' חג'ג' (1.1.2018).

במקרה זה כמה חברים בקבוצת רכישה במיזם מורכב לבנייה של שני מגדלי מגורים בתל אביב ובהם 486 דירות, ביקשו מידע ומסמכים. אף שחברי הקבוצה השקיעו כספים הבנייה התעכבה. לוועד המפקח בשם חברי הקבוצה ולחברי הקבוצה לא נמסרו מידע מלא ומסמכים המבהירים מה קורה ומדוע המיזם "תקוע". "מאות משפחות לא ישנות בלילות ומוסרת מהם האמת והעובדות לאשורן", כתבו המבקשים. לדבריהם, הם רכשו דירות מוגמרות על בסיס מצג שהוצג להם. לטענתם, קבוצת חג'ג' – שמוכרת בתור חברת נדל"ן המתמחה בייזום פרויקטים, בשיווקם ובניהולם, ושמגדירה עצמה כך – היא שמעורבת במיזם, כפי שהיא עצמה דיווחה. "מגדל הצעירים" הוא מיזם הדגל שלה. מבחינת המבקשים עו"ד חג'ג' הוא ה"פנים" של קבוצת חג'ג' והכתובת הראשונה שחברי הקבוצה מצאו לפנות אליה כדי לקבל מענה לדרישתם בקשר עם המידע החסר. אבל לא רק הוא נדרש להעביר מידע ומסמכים. כל מי שמעורב בניהול המיזם ובליוייו, לרבות משרד רואי החשבון, נכלל בבקשה.

הבקשה הגיעה לדיין בעת שקבוצת הרכישה הפכו ל"בון טון" של עולם הנדל"ן והתחום שיווע לאסדרה. למעשה המשק כולו היה זקוק לכך בעידן שבו גוברת פעילות כלכלית בקבוצות באמצעות שלוח או נאמן. בשנת 2016, השנה שבה הוגשה הבקשה בעניין מרק נ' חג'ג', גיבשה לשכת עורכי הדין המלצה בדבר הצורך בשקיפות מלאה, פיקוח ובקרה בקבוצות הרכישה. זאת לאחר שהתפוצצה מה שזכתה לכינוי "פרשת ענבל אור", כלומר התמוטטות העסק של ענבל אור, יזמית נדל"ן ומארגנת קבוצות רכישה.

בית המשפט המחוזי היה ער למורכבות של מיזם בנייה באמצעות קבוצת רכישה וכינה אותו "מסע ארוך" (פסקה 16). השופט גונטובניק היה ער לעובדה שלא כל מי שמצטרף לקבוצת רכישה, בידו "[ה] ציוד המתאים לצעדה. ברוב המקרים מדובר בהדיוטות בתחומי הנדל"ן והיזמות, המעורבים בהתקשרות גדולה ורבת חשיבות מבחינתם, בה הם משקיעים את מירב הונם" (שם). על רקע זה בית המשפט סבר שעליו לאמץ עקרונות המכוונים להגנה על חברי קבוצות רכישה, על אף העדר חקיקה מפורשת בנושא (בשונה מהחקיקה שחלה על רכישה מקבלנים ושנזכרה בתחילת רשימה זו). נקודת המוצא של בית המשפט המחוזי הייתה הצורך בשקיפות. השקיפות בפעילות הקבוצה הכרחית כדי שחבריה לא יתנהלו בלא לדעת מה קורה. השקיפות היא כלי הביקורת הטוב ביותר לוודא כי בעלי תפקידים למיניהם לאורך חיי המיזם

לא ינצלו את כוחם לרעה. בית המשפט המחוזי חתר לקבוע חובת גילוי מהותית שאפשר לאכוף בלי שמערכת ההסכמים שחברי הקבוצה קיבלו על עצמם וההתניות שבה יכרסמו בשקיפות ובחובת הגילוי (שצריכה להיות שוטפת לאורך כל חיי המיזם) או ינטרלו אותן.

תחושות הצדק, ההגינות וההוגנות הניעו את בית המשפט בעניין מרק נ' חג'ג'. במקרה זה ביקש בית המשפט לפתח אמות מידה מחייבות בקשר לחובת מסירת המידע. בעניין רוט, שנדון בפתח הדברים, הוראת החוק אפשרה לבית המשפט לקבוע שעל אף קיומה של תניה חוזית מוסכמת, את הוצאתה לפועל יש לעשות באופן הוגן, בתום לב.

אם כן, על איזה בסיס השתית בית המשפט בעניין מרק נ' חג'ג' קביעת הוראות מחייבות שאי אפשר לוותר עליהן בהסכמה, בקשר עם חובת הגילוי ומסירת המידע? איך אפשר לשריין הוראות שיאפשרו להגשים את עקרון השקיפות ושיאפשרו לחברי קבוצות הרכישה לישון טוב יותר בלילה? לשם כך בית המשפט פנה לעקרונות של דיני השליחות והנאמנות. לפי סעיף 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, שליח חייב לנהוג כלפי שולחו בנאמנות ולמסור לשולח כל ידיעה ומסמך הנוגעים לנושא השליחות. גם לפי סעיף 7 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, הנאמן חייב למסור לנהנים דין וחשבון על ענייני הנאמנות. באופן כללי יותר חל במקרה זה העיקרון של חובת האמון, שעליה מבוסס התחום של דיני האמנות.

בית המשפט קבע כי מידת השליטה שיש לחבר בקבוצת רכישה על הפעולות הנעשות בשמו ולטובתו, היא מוגבלת ביותר. במצב דברים זה נכון לאמץ את דיני האמנות ולהכפיף את הפועלים בקבוצה עבור חברי הקבוצה, ישירות ובעקיפין, לחובות אלו.

מי חב בחובת הגילוי? נציגות הרוכשים ומארגן הקבוצה ודאי שחבים בה. הם שולחים של חברי הקבוצה. אבל לא רק הם. הקבלנים והחברות המספקות שירותים שונים ליזם מארגן הקבוצה ולנציגות הדיירים, אף הם חבים בחובת גילוי לחברי הקבוצה, בשל הקשר העקיף שיש להם אל אלו באמצעות הפועלים בשם הקבוצה. חובת הגילוי אינה נטולת גבולות. הגנה על אינטרסים לגיטימיים של גורמים שונים תגביל את מסירת המידע, קבע בית המשפט. למשל, פרטים אישיים של חברי הקבוצה ראוי שיזכו להגנה בשם ההגנה על הפרטיות, פרטים על רווחי הקבלנים הספקים יכול שיוגנו מחמת היותם סוד עסקי או מסחרי, וכדומה.

כך הוצבה בדרך פרשנית נורמה של התנהלות בשדה קבוצות הרכישה, נורמה שיונקת מחובת האמון בדין הכללי ושממלכת עם הוגנות ועקרון תום הלב. פסק הדין שניתן בעניין רוט ושהזכרנו קודם, מהדהד ברקע.

בסופו של דבר חויבו כל הגורמים שנכללו בבקשה: הוועד המפקח המורכב ברובו מנציגי הרוכשים, עורך הדין מיזופה הכוח שכונה "מנאמני העסקה", חברת הנדל"ן, החברה הקבלנית ומשרד רואי החשבון, למסור מידע לאחר שבית המשפט בחן את נחיצות כל פריט ופריט של הדרישה ואיזן בין האינטרסים השונים.

הצגנו כאן שני פסקי דין שבהם בית המשפט יצא להגן על המבקשים לרכוש דירות מפני גורמים חזקים מהם. בעניין רוט התגייס בית המשפט למנוע מקבלנים להכניס סעיפים בעלי

משמעות דרקונית, באמצעות הטלת מגבלות על הכוח החוזי. בעניין מרק נ' חג' הוא חייב מארגנים של קבוצת רכישה וגורמים נוספים המלווים אותה, למסור מידע לחברי הקבוצה, הפעם באמצעות החלת הדינים הכלליים של השליחות, הנאמנות והאמונות. פסק דין זה מציב מפת דרכים. בית המשפט זיהה בו מי ראוי להגנה ומהם הערכים הראויים לאימוץ. בהתאם מפרש הוא את המערכת ההסכמית ואת הדין החל, באופן שמתווה קווים מנחים לעתיד לבוא. השקיפות מאפשרת לחברי קבוצות רכישה לקבל מידע בזמן אמת, לפקח על הפועלים בשמם ולבקר אותם. בכך אפשר להקטין התרחשויות שלא לטובת הקבוצה ולמנוע מחברי הקבוצה טרדות של חוסר וודאות ו... נדודי שינה.

# לא כל החוזים נולדו שווים: על קיפוח בחוזים אחידים

ע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3) 113 (1977)  
עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה,  
פ"ד לד(3) 365 (1980)

## עאטף עיילבוני

חיי היומיום מחייבים אותנו, כדבר שבשגרה, לחתום על חוזים המכונים "חוזים אחידים". מדובר בדרך כלל בחוזים מסחריים בין נותני שירות וספקים לבין "האזרח הקטן", כגון עסקאות עם חברות ביטוח, התקשרויות עם ספקי אינטרנט ופעולות בנקאיות שונות. למעשה, מדובר במצבים שבהם מצרך או שירות משווקים לקהל הרחב בתנאים זהים אשר נקבעו מראש בידי הספק, המנסח את החוזה ולמעשה כופה את תנאי העסקה על לקוחותיו.

מידת הנכונות של בית המשפט להתערב בהתקשרות חוזית בין שני צדדים לחוזה, תלויה במידה רבה בזהות אותם צדדים וביחסי הכוחות ביניהם. בדרך כלל בית המשפט ייטה שלא להתערב בהסכמים הנערכים בין צדדים מאוזנים מבחינה כלכלית ועסקית אשר גיבשו את ההסכם לאחר משא ומתן חופשי ביניהם. זאת להוציא מקרי קצה שבהם סעיף בחוזה פוגע ב"תקנת הציבור"! אבל דיני החוזים האחידים – להבדיל מדיני החוזים הכלליים – מתירים להתערב בתנאים מקפחים בחוזה אחיד ואפילו לבטלם. במילים אחרות: כאשר שני צדדים מחליטים להתקשר בחוזה, פתוחה לפניהם הדרך לעצב את תנאי החוזה לפי רצונם, ובית המשפט יימנע לרוב מלהתערב בשיקול דעתם העסקי. לעומת זאת, מקום שבו מדובר בצדדים המצויים מלכתחילה בחוסר שוויון כלכלי, עסקי, או אינפורמטיבי, ומקום שבו רק אחד מהם קובע את תנאי החוזה ו"כופה" אותם על הצד האחר כתנאי מוקדם לכריתת החוזה, כי אז הדין מאפשר הגנה על הלקוח.

המקור החוקי המעגן כיום את ההסדרים המיוחדים החלים על חוזים אחידים הוא חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. חוק זה הוא גלגול מאוחר ומשופר של החוק הקודם, שנחקק כ־18 שנים קודם לכן: חוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964, שהיה חלוצי בעולם בתחום. חוק החוזים האחידים הישן חוקק על רקע הצורך העקרוני לאפשר לבית המשפט להפעיל ביקורת

שיפוטית על תנאים מכבידים ובלתי הוגנים בחוזים אחידים. הנחת המוצא הייתה שבחוזים מעין אלה חופש ההתקשרות של הלקוח הוא מוגבל, ולכן יש למנוע שימוש לרעה בכוח של הספק. עם זאת, לא היה די בחקיקת החוק. היה צריך לפרשו וליישמו בפסיקה של בתי המשפט, תוך הבהרה שנקודת המוצא המסורתית של דיני החוזים – חופש החוזים – אינה מתאימה לחוזים אחידים.

פסקי הדין שניתנו בשלבים מוקדמים יחסית של התפתחות החקיקה בנושא, מלמדים על הבעייתיות שהייתה טמונה בחוק המקורי, על ההתפתחות בשינוי התפיסה של בית המשפט העליון בנושא, כמו גם על חלק מהטעמים שהובילו לבסוף לחקיקת הגרסה המעודכנת לחוק. אחד מפסקי הדין הראשונים בתחום ניתן בעניין **שמעוני** (ע"א 764/76 **שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד** (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3) 113 (1977)). שמעוני, נהג משאית, הזמין בחודש יוני 1974 משאית ממפעלי רכב אשדוד. המועד המשוער לאספקת המשאית נקבע בחוזה לחודש אוקטובר 1974, אבל בפועל סופקה המשאית לשמעוני רק בחודש מרץ 1975. שמעוני נוכח שבחווזה שעליו חתם מופיע תנאי שפוטר את הספק מחובת פיצוי בגין איחור באספקת המשאית. תנאי החוזה הוכתבו באופן בלעדי בידי הספק. שמעוני הגיש תביעה בבית המשפט המחוזי בבאר שבע ובמסגרתה תבע פיצוי בגין נזקיו עקב האיחור באספקת המשאית. הוא טען כי התנאי שפוטר את הספק מחובת פיצוי הוא תנאי מגביל בחוזה אחיד, ושיש לבטלו בהיותו מקפח. ואם כך – חוזרת על כנה חובת תשלום הפיצויים המוטלת על הספק מכוח הדין הכללי.

בית המשפט המחוזי (השופט יעקב טירקל, לימים שופט בית המשפט העליון) דחה את התביעה של שמעוני, בקובעו כי התנאי האמור אינו מקפח. איש לא כפה על שמעוני לרכוש את המשאית דווקא אצל מפעלי רכב אשדוד או לרכוש משאית חדשה בכלל, אין לראות בהחלפת המשאית צורך "חיוני ועממי" שהכרח לספקו, וחזקה על שמעוני שהיה מודע לתניה (סעיף) האמורה, אשר אינה מעוררת אינטרס ציבורי שמצדיק התערבות של בית המשפט.

בשלב זה לא אמר שמעוני נואש והגיש ערעור לבית המשפט העליון. אבל גם שם הוא לא מצא סעד. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות בשאלה האם מדובר בתנאי מקפח. דעת הרוב השיבה על שאלה זו בשלילה. השופט שמגר, שאליו הצטרף השופט שרשבסקי, קבע כי לא כל תנאי מגביל בחוזה אחיד יוצר בהכרח קיפוח שמביא לבטלות התנאי. תנאי כאמור יבוטל רק אם הוא מעניק לספק יתרון בלתי הוגן שמקפח את הלקוח. השופט שמגר ציין שתנאי בחוזה יהיה מקפח אם מצטרפים להם יחד שני גורמים: האחד, שתוכן התנאי בלתי רצוי מבחינה מוסרית או סוציאלית, והשני, שהתנאי הותנה במסגרת חוזה שהצד המקופח לא היה חופשי להתנגד לו, במובן זה שאם הלקוח יסרב לתנאי המגביל – תישלל ממנו האפשרות לקבל את השירות או המצרף. השופט שמגר הוסיף וקבע כי קיפוחו של הלקוח נמדד על פי אמת מידה מוסרית וחברתית. הוא הבחין בין תנאים מגבילים שעלולים לפגוע בחיי אדם או לגרום נזק לבריאות, שאז הנטייה להתערבות בית המשפט תהיה גדולה יותר, לתנאים שעניינם עסקאות ממון בלבד, שאז תקטן הנטייה להתערבות בית המשפט, אלא אם כן מדובר בשירותים ציבוריים או חיוניים.

בדברים אלה "הדהד" השופט שמגר את הפסיקה שקדמה לחוק החוזים האחידים ושהכירה באפשרות לפסול תניות פטור מפיצוי בגין נזקי גוף. במקרה הנדון דובר על עסקה מסחרית עם חברה שלא הייתה בגדר מונופול, כך ששמעוני היה יכול לפנות לספק אחר. לא היה מדובר בשירות חיוני או ציבורי. לכן קבע השופט שמגר שאותו תנאי אינו בלתי רצוי מבחינה מוסרית או חברתית, ולפיכך אין מקום לבטלו.

מנגד, השופטת בן-פורת הגיעה בדעת מיעוט למסקנה אחרת וסברה שהתנאי הוא מקפח, ושדינו להתבטל בהיותו בלתי הוגן. היא סברה כי אין יסוד להבחנה בין תנאי הפוגע בבריאותו של אדם לתנאי הפוגע "רק" ברכוש. היא הדגישה כי אומנם המטרה העיקרית של החוק היא כלכלית, אבל אפשר לבטל גם תנאי שאינו כלכלי המגלם בתוכו קיפוח. עוד הדגישה השופטת בן-פורת כי האפשרות לפנות לספק אחר אינה שיקול המצדיק קביעה שתנאי מסוים אינו מקפח. די בכך שהספק מכתוב ללקוח תנאי לא הוגן או בלתי סביר, כדי לפסול אותו. בהתאם, לשיטתה, תנאי בחוזה המשחרר את הספק מכל התחייבות באשר למועד האספקה, מעניק לספק יתרון לא הוגן אשר מקפח את זכויות הלקוח, ודינו להתבטל.

גישת השופט שמגר בדעת הרוב של פסק הדין ביטאה את ההלכה ששלטה בבית המשפט העליון באותה תקופה. המבחנים שאליהם הפנה השופט שמגר (צמצום החוק לנזקי גוף, לשירותים חיוניים או למונופול) הביאו, הלכה למעשה, לצמצום המקרים שבהם בתי המשפט קבעו שתנאי הוא מקפח או נוגד את תקנת הציבור. לא הובאו בחשבון פערי הכוחות הברורים בין הספק ללקוח בפרשת שמעוני. עובדה זו חיזקה את הנטיות השמרניות שבהן החזיקה באותה עת הפסיקה בנוגע לשימוש בחוק החוזים האחידים ולביטול תניות חוזיות על פיו. נראה כי פסק הדין משקף גישה המתאימה יותר לחוזה "מסורתי" בין שני צדדים שווים, שיכולים ליצוק בעצמם תוכן לחוזה, ולא למצב של חוזה אחיד בין שני צדדים שפערי הכוחות ביניהם מובהקים, ואשר רק אחד מהם מכתוב את תוכן החוזה. גישה פרשנית מצמצמת זו הותירה אפשרות של פגיעה בציבור שהחוק נועד להגן עליו, ואי הגשמת התכלית שאליה כיוון המחוקק: הגנה מפני ניצול לרעה של כוח הספק.

בספרות המקצועית התפרסם מחקר רחב היקף. הוא מלמד כי באותה עת פירשו בתי המשפט את הוראות החוק בצורה שמרנית. התוצאה הייתה שהחוק ה"היסטורי" לא יושם די הצורך ולא הביא לאיזון הרצוי בפערי הכוחות בין הספק ללקוח (בבדיקת הפסיקה נמצא כי מתוך עשרות פסקי דין שפורסמו, רק בשני מקרים בוטל תנאי בחוזה אחיד בהיותו מקפח).<sup>2</sup> עם זאת, כשלוש שנים לאחר פסק הדין בעניין שמעוני ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בתיק נוסף שבמרכזו עמד חוק החוזים האחידים: עניין קשת (עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365 (1980)). בפסק הדין הסתמנה תפנית בגישת בית המשפט העליון. הוא העניק במקרה זה פרשנות רחבה יותר להוראות החוק (שהיה

2 סיני דויטש "חוק החוזים האחידים: כישלון ולקחים לעתיד" מחקרי משפט א 62, 74-88 (1980).

אז). פסק הדין לא עסק בהתדיינות בין חברה ללקוח מסוים, אלא בבקשה של חברת קשת, בעלת מפעלים לניקוי יבש, לאשר את נוסח החוזה האחיד שלה. החוזה כלל תנאי המגביל את זכויות הלקוח לפיצוי לסכום שלא יעלה על פי 15 מדמי הניקוי, גם אם הנזק שנגרם ללקוח היה גדול יותר ונגרם עקב הרשלנות הבלעדית של קשת. לצד זאת, קשת הציעה ללקוחותיה לרכוש על חשבונם ביטוח המעניק פיצוי על מלוא נזקייהם, והתחייבה להסביר ללקוחות את תנאי הביטוח.

הבקשה נדונה תחילה לפני המועצה להגבלים עסקיים, כמקובל באותה עת (כיום בקשות מסוג זה נדונות בבית הדין לחוזים אחידים), והיא סירבה לאשר את התנאי. בשלב זה ערערה קשת על כך לבית המשפט העליון, אבל ערעורה נדחה.

השופט יצחק כהן קבע, בהסכמת הנשיא לנדוי, כי אין מקום לפרשנות מצמצמת שלפיה אפשר לפסול תנאי מגביל בחוזה אחיד רק אם התנאי פוגע בבריאותו של אדם. הוא סבר כי אפשר לפסול תנאי מגביל גם כאשר מדובר בנזק כלכלי בלבד, אם התנאי מעניק יתרון בלתי הוגן לספק ומקפח את זכויות הלקוח. בכך אימץ השופט כהן את דעת המיעוט של השופטת בן-פורת בפרשת שמעוני. השופט כהן הדגיש כי השירות המדובר ניתן לציבור לקוחות נרחב המכיל שכבות אוכלוסייה מגוונות, ולא תמיד הן יבינו את הסבר החברה לעניין הביטוח. לשיטתו, בנסיבות מעין אלה לא בהכרח יהיה ברור ללקוחות החברה שאם לא יעשו ביטוח מיוחד – יקבלו פיצוי קטן בהשוואה לנזקם, גם אם הנזק נגרם כולו באשמת החברה. בהמשך לכך, בנסיבות אותו מקרה קבע השופט כהן כי תנאי המצמצם את חובת החברה לפצות את הלקוח עד סכום מסוים, בהתעלם מגובה הנזק האמיתי שנגרם מרשלנות החברה, הוא תנאי מקפח הנותן יתרון בלתי הוגן לספק, ודינו להיפסל.

השופט שמגר נימק את החלטתו באופן שונה, אבל הגיע לאותה תוצאה. בסופו של דבר גם הוא סבר שההגבלה הקיצונית שקובע החוזה האחיד בכל הנוגע לאחריות הספק בגין מעשי רשלנות הגורמים נזק לרכושו של הלקוח – אחריות שהייתה קיימת לפי הדין הכללי אילולא אותו תנאי – היא בגדר ניצול לרעה של כוח הספק ועושה של "האדם הקטן". השופט שמגר אישר כי חוק החוזים האחידים מופעל בעיקר בתחום הכלכלי, אך בד בבד הדגיש כי שאלת ההגינות של תנאי נבחנת על פי התפיסות המוסריות והחברתיות המקובלות בחברה חופשית. ההבדלים בגישות השונות בחלוף הזמן מאז פסק הדין בעניין שמעוני ועד לפסק הדין בעניין קשת, הם מובהקים. הם מלמדים על שינוי תפיסה ועל נכונות רבה יותר של בית המשפט להתערב בחוזים אחידים ולפסול תניות מקפחות. החשיבות של פסק הדין בעניין קשת היא בעיקר בכך שפסק הדין הוביל לפתיחת הדלת להתערבות משמעותית יותר של הערכאות השיפוטיות בחוזים אחידים, מה שכשלעצמו היה נחוץ והכרחי כדי לקיים את תכלית החוק.

שנים בודדות לאחר שניתן פסק הדין בעניין קשת, וכ־18 שנים מעת שנחקק החוק המקורי, בא לעולם חוק החוזים האחידים החדש. אפשר להבין כי המחוקק סבר שהחוק הקודם ודרך הפעלתו לא הביאו לתוצאות המיוחלות, כך שנדרשה החלפת חלק מהסדריו. בהצעת החוק

שקדמה לחוק המעודכן הובהר במפורש כי מטרת השינויים בחוק היא "שיפור הביקורת בתחום החוזים האחידים מצד בית הדין לחוזים אחידים, בתי המשפט, הארגונים הצרכניים והלקוחות".<sup>3</sup> השינויים בחוק החוזים האחידים העדכני עניינם בשלושה מישורים. מישור אחד הוא החלת החוק על כל תנאי בחוזה אחיד, ללא קשר לנושא החוזה, תוך הרחבת הגדרת התנאים המקפחים שאפשר לבטלם. מישור שני הוא הבהרת הוראות החוק ושילובן לכדי מטריה משפטית אחת תחת הוראות חוק החוזים האחידים, כך שאין צורך להיזקק להוראות חוק כלליות בדיני החוזים. המישור השלישי הוא שקשת רחבה יותר של גורמים קיבלו מעמד של צד לדיונים בבית הדין לחוזים אחידים. החוק מקנה סמכות לבתי המשפט – בדיעבד – ולבית הדין לחוזים אחידים (שהוקם בחוק החדש) – מראש – לבטל או לשנות תנאי בחוזה אחיד שיש בו משום קיפוח לקוחות, או שיש בו יתרון בלתי הוגן לספק העלול להביא לקיפוח לקוחות. זאת ועוד, החוק מפרט היום כמה תנאים בחוזה שלגביהם נקבעה חזקה כי הם מקפחים ("חזקות קיפוח"). באופן כללי אפשר לחלק את חזקות הקיפוח לכמה קבוצות עיקריות: תנאים שמגבילים את אחריות הספק או שפוגעים בזכויות חוקיות של הלקוח, תנאים המגבילים את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות, ותנאים שמגבילים את חופש ההתקשרות של הלקוח או שמרשים לספק לשנות באופן חד-צדדי את החוזה. החוק קובע כי תנאי בחוזה אחיד השולל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל, וכך גם תנאי בחוזה אחיד הפוטר את הספק מאחריות המוטלת עליו בדין לנזק גוף או למעשה זדון. "חזקות הקיפוח" שמוזכרות בחוק מפרטות תנאים נפוצים אשר יש בהם לכאורה משום קיפוח הלקוח. חזקות אלה מטילות על הספק את הנטל לשכנע כי אותם תנאים אינם מקפחים וכי הם סבירים בנסיבות המסוימות. עם זאת, אין מניעה כי הערכאה השיפוטית תורה על פסילת סעיפים בחוזה אחיד שיוכח כי הם מקפחים, גם אם לא נכללו ברשימה שבחוק.

המשפט הישראלי "הקדים את זמנו" בתחום החוזים האחידים. בתחילת הדרך היו שהשמיעו ביקורת על חקיקתו של חוק החוזים האחידים משנת 1964, שלא היה אז כדוגמתו. כך למשל כתב פרופ' צלטנר כי "המחוקק שלנו, באמביציה רבה, הלך בדרך שלו".<sup>4</sup> רבים חששו מפני פגיעה בוודאות העסקית ובחופש החוזים. אבל החששות התבררו, ומדינות רבות הלכו בדרכו של המשפט הישראלי. כיום, לאחר חקיקת החוק החדש ועליית המודעות להגנת הצרכן, הגישה הרווחת היא שנדרשת לעיתים התערבות בחוזים אחידים לצורך ביטול תנאים לא הוגנים המשקפים את חוסר השוויון בין הספק ללקוח. הינה כי כן, מה שנחשב בשנות ה-60 פורץ דרך (ואולי מרחיק לכת) – נראה היום כמעט מובן מאליו. שינוי התפיסה בא לידי ביטוי בפסיקת בתי המשפט, הממשיכים להתמודד עם האתגר של התאמת הדין לחיי המסחר המודרני.

3 הצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1981.

4 זאב צלטנר "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם משך חצי היובל מאז קום המדינה (המשך)" הפרקליט כט 198, 231 (1974).



## כל שנייה קובעת: על הטעיה צרכנית ותובענה ייצוגית

דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003)

### טל חבקין

בעידן אחר, זה שקדם למהפכות האינטרנט והסלולר, כל שיחת טלפון עלתה הרבה כסף, ושיחה לחו"ל – אפילו יותר. בעידן ההוא – שנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת – את השיחות הבינלאומיות בחיוב ישיר ניהלנו באמצעות ספקית אחת ויחידה: חברת בזק. בזק פרסמה שהשיחה תחויב בתשלום בהתאם למשכה המדויק, "אפילו אם שוחחת חצי דקה בלבד". יוסף ברזני גילה שהפרסום מטעה. בזק נהגה לחייב בעד שיחות לחו"ל לפי "יחידות מונה" – יחידות זמן קבועות, בנות כמה שניות כל אחת, שתעריפן נקבע לפי יעד השיחה. הצרכנים שילמו על שיחה בהתאם למספר היחידות שהשתמשו בהן. ומה אם השיחה נגמרה באמצע היחידה? בזק חייבה אותם גם על השניות שנותרו עד לסיום היחידה. במילים אחרות, צרכני השירות שילמו עבור זמן ארוך מזה שצרכו, בניגוד למה שנאמר בפרסום של בזק. מאחר שהמחיר של יחידת מונה היה אגורות ספורות, הפער בין המחיר שבזק גבתה בפועל למחיר לפי זמן השיחה האמיתי היה "כסף קטן" מנקודת מבטו של צרכן יחיד בנוגע לשיחה אחת. מנקודת המבט של בזק הדברים נראו אחרת: ההכנסה מכל הלקוחות בשל "עיוגול" המחיר כלפי מעלה בכל השיחות הצטברה למיליוני שקלים חדשים מדי חודש. ברזני החליט לעשות מעשה. הוא הגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד בזק. לטענתו, היא הטעתה את לקוחותיה בפרסומיה האמורים, וחברי הקבוצה זכאים לפיצוי כספי בשווי הסכום העודף שנגבה באמצעות ה"עיוגול" כלפי מעלה של יחידת המונה האחרונה. ברזני העריך את סכום התביעה בכ-101 מיליון ש"ח.

אותן שנים היו עידן אחר גם בתחומים שונים של המשפט. שניים מהם חשובים לתובענה של ברזני: דיני הגנת הצרכן ודיני התובענות הייצוגיות. ראשית, הדין המהותי. ברזני תבע בגין עוולת ההטעיה הצרכנית, הקבועה בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. לפיה, אסור לעוסק לעשות דבר שעלול להטעות צרכן בעניין מהותי בעסקה. מחיר השירות הוא, כמוכן, עניין חשוב. בבסיס דיני הצרכנות ניצבת ההנחה שבדרך כלל הכוח של הצרכן קטן מהכוח של העוסק. פער הכוחות בא לידי ביטוי בשלב עיצוב העסקה, בשלב המימוש שלה ובשלב ניהול הליכים על הפרת הדין. אחד ההיבטים שבהם הצרכן חלש מהעוסק, הוא מידע.

לעוסק יש בדרך כלל מידע רב יותר מלצרכן בנוגע לטיב המוצר או השירות, בנוגע למחירם, בנוגע לתנאי העסקה וכדומה. האיסור על הטעיה צרכנית נועד לפתור חלק מהקשיים בעניין. שנית, הפנן הדיוני. כאמור, ברזני ביקש לאשר תובענה ייצוגית נגד בזק. בפשטות, תובענה ייצוגית היא הליך משפטי ייחודי שמאפשר לתובע אחד (ובא כוחו) לקבץ תביעות דומות נגד נתבע, לנהל אותן במאוחד ולייצג את כלל התובעים (המכונים יחד "קבוצה") בלי צורך לקבל את הסכמתם. בדרך כלל לכל חבר בקבוצה נגרם נזק קטן, ולא כדאי להגיש תביעה עצמאית בגינה. גופים גדולים עלולים לנצל זאת ולגרוף לכיסם במצטבר סכומי עתק שלא כדין. התובענה הייצוגית נועדה לתקן את כשל השוק הזה. היא מאחדת את כל התביעות ה"קטנות" להליך אחד שמשלם לנהל ושנועד לשלול מהנתבע את הרווח הלא חוקי. על כן התובענה הייצוגית היא מכשיר חשוב לאכיפת הדין – באמצעות האדם הפשוט – ולהרתעה מפני הפרתו. לצד יתרונותיה וחשיבותה, התובענה הייצוגית כרוכה בסכנות, ובהן חשש שישתמשו בה ממניעים פסולים (כגון סחטנות או תחרות לא הוגנת), וחשש מניגוד עניינים בין התובע המייצג ובא כוחו (החפצים בגמול ושכר טרחה גבוהים ובמהירות) לשאר חברי הקבוצה. כדי להתגבר על החששות הללו נדרשים מנגנוני הגנה דיוניים המבטיחים שבית המשפט יפקח על ניהול התובענה הייצוגית.

בית המשפט העליון הכיר עוד בשנת 1969 באפשרות לנהל תובענה ייצוגית על סמך תקנות ישנות שסיפקו לכך רק מסגרת כללית (ע"א 79/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (1969)). עם זאת בית המשפט העליון הגביל אז את הסעד שיינתן: רק הצהרה על זכותו של התובע, בלי פיצויים. לא היה כדאי להשתמש במנגנון תביעה זה, והוא הפך לאות מתה. המחוקק נענה לקריאות לשינוי המצב. החל משנת 1988 נחקקו חוקים שונים שאפשרו לנהל תובענה ייצוגית בתחומים מגוונים ולתבוע בה סעד כספי. אחד מתחומים אלו הוא הגנת הצרכן, באמצעות פרק מיוחד שהוסף לחוק (פרק 11). חקיקה זו קבעה לראשונה מסגרת דיונית לניהול תובענות ייצוגיות. היא נועדה להבטיח שמכשיר זה ישיג את תכליותיו ובוד בבד ימנע את הסכנות הנלוות לשימוש לא זהיר בו. לשם כך קבע המחוקק, למשל, שלב מקדמי מיוחד: בקשת אישור. התובע ובא כוחו נדרשים להוכיח שהם עומדים בתנאים מסוימים לפני שיינתן להם אישור לנהל תובענה ייצוגית בשם הקבוצה. בין היתר, התובע המייצג נדרש לשכנע שיש לו עילת תביעה אישית (כלומר הוא עצמו נפגע מהתנהגות הנתבע, ויש סיכוי סביר שבתום ההתדיינות יהיה זכאי לקבל את הסעד שתבע), ושהתובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. בשנים שלאחר מכן התלבט בית המשפט איזו גישה לנקוט בפרשנות התנאים הנדרשים לאישור תובענה ייצוגית. הנשיא ברק, למשל, כתב כי אף ש"התובענה הייצוגית היא רבת עוצמה" היא אינה "מכשיר 'מונסטרואיז'" שיש לחשוש מפניו (רע"א 4556/94 טצט נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 785, 791 (1996)). השופט חשין, לעומתו, דימה אותה "לנשק בלתי קונבנציונלי" ול"רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו" (בדיון נוסף בעניין ברזני שעוד נחזור אליו, בעמ' 406).

הסכסוך בין ברזני לבזק הגיע לערכאות השיפוט בתקופה זו של התהוות. בקשת האישור התבררה בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. סגן הנשיא טלגם קבע שהפרסומים של בזק אכן עלולים להטעות, ושהתנאים לאישור תובענה ייצוגית מתקיימים. אבל הוא הגביל את הסעד שחברי הקבוצה יוכלו לקבל להצהרה שבזק הטעתה את הלקוחות, בלא פיצוי כספי. סגן הנשיא טלגם הסביר כי לכל אחד מחברי הקבוצה נגרם נזק שונה, ו"אין לקבוע קביעה שרירותית ואחידה של דמי נזק באופן שיהיה בכך פיצוי יתר לחלק מיחיד הקבוצה ופיצוי חסר לחלק האחר". על כן התובענה הייצוגית אינה המנגנון היעיל וההוגן לבירור תביעה ייצוגית לתשלום סכום כסף. חברי הקבוצה יוכלו להגיש תביעות אישיות על סמך הסעד ההצהרתי שיינתן, אם יינתן, בסוף הבירור (ת"א (מחוזי ת"א) 916/96 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (9.2.1997)).

ברזני ערער בסוגיית הסעד הכספי, ובזק ערערה על עצם קבלת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. הערעור נדון לפני הרכב בראשות הנשיא ברק עם השופטים שטרסברג-כהן ואנגלרד (ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה (4) 584 (2001)). עיקר המחלוקת נגע לשאלה אם היסודות של עוולת ההטעיה הצרכנית שונים מאלה של עוולת ההטעיה ה"רגילה". במקרה הרגיל עוולת ההטעיה מחייבת להוכיח שלושה יסודות (תנאים) מצטברים: הנתבע הציג לתובע מצג שאינו תואם את המציאות (יסוד ההטעיה); התובע שינה את התנהגותו בשל המצג השגוי (יסוד ההסתמכות); המצג השגוי הוא שגרם לכך שהתובע שילם מחיר גבוה מזה שהיה משלם אלמלא נחשף למצג השגוי (יסוד הקשר הסיבתי). כלומר, הטעיה "רגילה" הצריכה את ברזני להוכיח שהוא נחשף לפרסום של בזק, שחל שינוי בהתנהגותו בגלל חשיפתו לפרסום (למשל, הוא חייג לחו"ל פעמים רבות יותר או ניהל שיחות ארוכות יותר), ושאלמלא נחשף לפרסום, היה נוהג אחרת (לעומת זאת, אם הפרסום לא השפיע על התנהגותו של ברזני והוא היה מתקשר לחו"ל בכל מקרה, הוא לא יזכה לפיצוי).

אך האם בהקשר הצרכני אמות המידה לקיומה של הטעיה צריכות להיות שונות? דעות השופטים נחלקו. השופטת שטרסברג-כהן, שכתבה את חוות הדעת הראשונה בערעור, סברה שיש לקבל את הערעור של ברזני, ואילו שני חבריה סברו שיש לדחותו. השופטת שטרסברג-כהן הסבירה כי כדי שעילת ההטעיה הצרכנית תוכל להגשים את מטרתה, אין לדרוש הוכחה שהצרכן נחשף למצג המטעה, ואפשר להסתפק בדרישה שהמצג עלול להטעות. היא הציעה שהטעיה צרכנית אינה מחייבת להוכיח הסתמכות. לשיטתה, אפשר להוכיח קשר סיבתי באמצעות אימוץ חזקה (הנחה) שלפיה אם העסקה בוצעה לאחר פרסום המצג המטעה, המצג הוא שגרם לשינוי ההתנהגות של הצרכן, כל עוד לא הוכח אחרת. על כן סברה השופטת שטרסברג-כהן שהיה מקום לאשר ניהול תובענה ייצוגית לסעד כספי. לעומת זאת, הנשיא ברק הסכים שהפרסום של בזק עלול להטעות, אבל סבר שאין הבדל בין הטעיה "רגילה" בניזקין להטעיה צרכנית, ושיסודות ההסתמכות והקשר הסיבתי זהים בשניהן. ברזני לא טען שנחשף לפרסומים המטעים ושישנה את התנהגותו על בסיסם. לכן הוא לא הוכיח שנגרם לו נזק. בלי

נוק אין פיצוי. מכך מתחייבת המסקנה שאין לברזני עילת תביעה אישית לפיצוי כספי. מסקנה זו שומטת את הקרקע תחת יכולתו לנהל תובענה ייצוגית. הנשיא ברק סירב להרשות לברזני לנהל תובענה ייצוגית לסעד הצהרתי. ברזני ביקש לייצג את קבוצת אלו שנגרם להם נזק כספי ושזכאים לפיצוי בשל כך. הוא עצמו אינו משתייך לקבוצה הזו, ולכן אינו מייצג ראוי. השופט אנגלרד סבר שלא הוכח שהפרסום של בזק עלול להטעות, אבל מאחר שחבריו להרכב קבעו אחרת, צירף דעתו לדעת הנשיא.

ברזני עתר לקיים דיון נוסף בפסק הדין. על הפרק עמד גורלה של עילת ההטעיה הצרכנית, וליתר דיוק: יכולתה למנוע את התופעה הפסולה של הטעיה מצד עוסקים שגרמו נזקים קטנים לצרכנים רבים – תופעה שרווחה בישראל בהעדר כלי אסדרה יעיל להתמודד עימה. עוולת ההטעיה הצרכנית, כך נטען, תוכל להגשים מטרה זו רק אם יתאפשר לנהל תובענה ייצוגית. לטענת ברזני, לא מעשי להוכיח שכל אחד ואחד מחברי הקבוצה נחשף לפרסום המטעה והסתמך עליו. לכן דרישת ההסתמכות והצורך להוכיחה יעקרו מתוכן את עילת ההטעיה הצרכנית ויהפכוה לאות מתה.

קו טיעון זה הוביל את המועצה הישראלית לצרכנות להתייצב לצד ברזני. בצעד נדיר החליט בית המשפט העליון לקיים דיון נוסף בפרשה. בצעד נדיר עוד יותר הוא נעתר לבקשת המועצה לצרכנות להצטרף להתדיינות. אולם בסופו של דבר הדיון הנוסף נדחה על חודו של קול. השופט חשין, שכתב את חוות הדעת הראשונה, פתח את הדיון ב"הערה מתודית והיא מן הליבה" (עמ' 401). לשיטתו, "התובענה הייצוגית אינה אלא מכשיר דיוני לצירוף תביעות אישיות עוד ועוד להליך אחד ויחיד". לכן גם אם היא משפיעה על פרשנות עילת ההטעיה הצרכנית, אין להפוך אותה ל"עיקר-העיקרים לפירוש" (עמ' 403). הוא הזכיר שהחקיקה בנוגע לתובענות ייצוגיות נחקקה לאחר חוק הגנת הצרכן, ועל כן בהעדר אמירה מפורשת של המחוקק, אין היא משנה בדיעבד את הפרשנות של עילת ההטעיה הרגילה. טענת העותרים שלפיה יקיץ הקץ על התובענה הייצוגית הצרכנית אם העתירה תידחה, לא שכנעה את השופט חשין. הנשיא ברק והשופטים אור וביניש הסכימו עימו.

מנגד, בדעת המיעוט השופטת שטרסברג-כהן חזרה על עיקרי עמדתה שבפסק הדין. השופט מצא הצטרף אליה בחוות דעת חריפה, כפי שכינה אותה השופט חשין, ויש שיאמרו: פורצת דרך ומקדימה את זמנה. גם הוא פירש את יסודות עילת ההטעיה הצרכנית בשונה מעילת ההטעיה הרגילה, נוכח התכליות המיוחדות של חוק הגנת הצרכן. הוא הדגיש שעמדת הרוב מתמקדת "יתר על המידה בברזני האיש ופחות מדי בקבוצת הצרכנים שאותה הוא מבקש לייצג ובעוול שנגרם לה" (עמ' 444). השופט מצא הציע להסתפק בהוכחת פוטנציאל של נזק לציבור הצרכנים לצורך קיום יסוד הנזק ובקשר סיבתי צרכני שלפיו "די להוכיח כי הפרסום היה עלול להטעות את הניזוק ולגרום לנזקו, וכי המפרסם התכוון שכך אומנם יקרה" (עמ' 458). בעניין ברזני עצמו סבר השופט מצא שאין להפריז בחשיבות של עילת התביעה האישית. שופטי הרוב שללו מברזני את האפשרות לייצג את הקבוצה בתביעה ייצוגית לסעד הצהרתי. לשיטת

השופט מצא, היה מקום לקביעה זו אילו היה תובע מייצג אחר שיכול לייצג את הקבוצה בעילה כספית. אבל לא נמצא תובע כזה, ואם יבוא בעתיד – תובענתו תידחה מחמת התיישנות. השופט דורנר סברה בדעת יחיד שיש מקום לאשר תובענה ייצוגית על כך שבזק הפרה את איסור ההטעיה בדיני החוזים.

תוצאת הדיון הנוסף הותירה תחושת החמצה. בזק המונופוליסטית לא פיצתה את ציבור צרכניה בעד סכומי עתק שגרפה לכיסה מהטעיותם. בתום שבע שנות מאבק משפטי יצא ברזני וידיו על ראשו. הובע חשש שפסק הדין יקשה על פיתוח שיאפשר לכלי התובענה הייצוגית להגשים את תכליותיו החשובות.

כיום, כמעט שני עשורים לאחר הדיון הנוסף, לא נפריז אם נאמר שהלכת ברזני קהתה וצומצמה במידה ניכרת. כמה טעמים לכך. ראשית, כשלוש שנים לאחר הדיון הנוסף חוקק חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, אשר יצר מסגרת דיונית מקיפה וכוללת מקודמתה. בין יתר השינויים, הסמיך החוק החדש את בית המשפט להחליף תובע שאינו מתאים לייצג את הקבוצה, בתובע אחר, אם בוססה עילת תביעה ייצוגית ויתר התנאים לאישור ניהול תובענה ייצוגית מתקיימים (סעיף 8(ג)(2) לחוק). עילת תביעה אישית אינה עוד תנאי בלעדיו אין, כל עוד ניתן לאתר תובע חלופי שאוחז בעילה כזו. שנית, במישור המעשי, נוכח תוצאת הדיון הנוסף מעטים המקרים שבהם יימצא תובע שיטען להטעיה צרכנית בלא לטעון להסתמכות ולקשר סיבתי בעניינו. שלישית, עם חקיקת החוק והרחבת רשימת העילות שבגינן אפשר להגיש תובענה ייצוגית, החששות משימוש בכלי החלו להתפוגג ופינו את מקומם לפסיקה שמקנה משקל רב מבעבר למפגש העקרונות שבין דיני הגנת הצרכן לדיני התובעות הייצוגיות. בפסק הדין בעניין הסיליקון בחלב קבע בית המשפט העליון פיצוי כספי בסך 38.5 מיליון ש"ח לקבוצה בעילת הטעיה צרכנית על דרך המחדל, קרי: אי גילוי מידע מהותי.<sup>1</sup> לא בכדי כתבה השופטת חיות, לימים נשיאת בית המשפט העליון, במאמר לציון עשור לחוק תובענות ייצוגיות: "אני רוצה להעז ולומר כי אילו נדונה בקשתו של ברזני כיום... היה בית המשפט מאשר את ההליך ומורה על החלפת התובע המייצג".<sup>2</sup> אכן, דיני התובעות הייצוגיות עשו מאז כברת דרך ארוכה. אפשר לומר בביטחון שכיום נמצאים אנו בעידן אחר.

1 ראו רשימתה של אסתר שטמר בספר זה, עמ' 367.

2 אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אורחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935, 945 (2016).

# כרטיס להפלגה, תקנת הציבור והציבור הנאור

ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319 (1963)

## ליאורה אדלשטיין

בשנת 1958 עליתי ארצה מאנגליה על סיפונה של האונייה "תיאודור הרצל", וההפלגה עברה ללא אירועים מיוחדים. באוצר התמונות הישן של משפחתי אני נראית מסתובבת על הסיפון, ילדה קטנה ובלונדינית, לבושה באפור הצלה. ללמדך שכבר אז הייתה מודעות לבטיחות ולשלום הנוסעים.

גורלה של שושנה מזיאר, שנסעה באותה ספינה שנתיים לאחר מכן ממרסיי לישראל, לא שפר עליה כמוני, והיא לקתה בהרעלת קיבה. היה זה עקב העובדה שהטבת, גרהרד רוזנשטוק, השתמש בחומרי גלם לא טריים. היא סבלה ודוותה במשך ארבעה חודשים, אבל החלימה. להחלמתה תרמה אולי החלטתה הנחושה לתבוע את חברת "צים", בעלת האונייה, את רב החובל שלה ואת הטבת. וכך אכן עשתה, בעזרת הפרקליטים עו"ד פנחס מעוז ועו"ד שלמה לברון. היא הגישה תביעה בסך 3,000 לירות לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (ואם תהיתם מה היה אז הערך של 3,000 לירות, יצוין כי בפסק הדין של בית המשפט המחוזי הוערך חודש עבודה בסכום של 240 לירות). התיק הגיע לאולמו של השופט זאב צלטנר, באותה עת הנשיא התורן של בית המשפט המחוזי, שהיה גם פרופסור ידוע שם בתחום דיני החוזים ולימים הנשיא של בית המשפט המחוזי. בהליך התברר כי על כרטיס הנסיעה שרכשה שושנה מזיאר הופיע סעיף הפוטר את חברת "צים" מכל נזק שיארע לנוסע או נוסעת בשל רשלנות בעת היותם על האונייה.

באותה עת טרם באו לעולם משפטנו דיני החוזים האחידים, הכוללים הגנות מיוחדות מפני סעיפים מקפחים בחוזים שמכינים בעלי עסקים באופן חד-צדדי לצורך התקשרות עם לקוחותיהם (אף כי המחוקק הישראלי כבר הגה בכך, והעבודה לקראת חקיקתו של חוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964, כבר החלה).<sup>1</sup> על הנשיא התורן צלטנר (שהיה גם אחד היועצים לעבודת ההכנה) הוטלה המשימה לבדוק אם אפשר לתת לגב' מזיאר את מבוקשה למרות חסרונה של חקיקה מיוחדת.

ואכן השופט צלטנר קיבל את התביעה (ת"א (מחוזי ת"א) 457/60 מזיאר נ' "צים" חברת השיט הישראלית בע"מ, פ"מ לד' 121 (1962)). הוא קבע כי על "צים" ועל הטבת לפצות את

1 ראו רשימתו של עאטף עיילבוני בספר זה, עמ' 379.

התובעת, אם כי לא בסכום המלא של התביעה אלא רק ב־24% אחוז ממנו, סכום שהשופט זילברג מבית המשפט העליון כינה בהמשך "סכום פעוט". הנשיא התורן צלטנר פטר מאחריות רק את רב החובל.

הנשיא התורן צלטנר נימק בקצרה את מסקנתו בדבר קבלת התביעה. סעיף הפטור נוגד את מבחני "הסדר הציבורי" של החברה הישראלית, ולכן הוא מוחרג מהכלל הרגיל המחייב צדדים לחוזה לקיים את ההתחייבויות והתנאים שקיבלו על עצמם. כאן המקום להבהיר שדיני החוזים, אז וגם היום, שוללים את תוקפו של חוזה הסותר את "תקנת הציבור" (מה שכונה באותה עת "הסדר הציבורי"). כיום עיקרון זה מעוגן בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. חברת "צים" והטבח לא היו שבעי רצון מתוצאה זו. מבחינתה של "צים" החשש היה נעוץ כנראה גם במשמעות הרוחבית של הפסיקה, שכן מעתה כל בר בי רב שימעד על הסיפון בשעת סערה או יחלה, יוכל לתבוע אותה. על כן הוגש ערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון. העניין הובא לפני הרכב שכלל את השופטים משה זילברג, משה לנדוי ואלפרד ויתקון (ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319 (1963)).

הדיון התמקד בתוקף של סעיף הפטור. תוצאתו הייתה פסק דין חשוב, משמעותי ותקדימי הנלמד כך עד היום. השופט זילברג כתב בשפתו העשירה והספרותית את חוות הדעת העיקרית. הוא בחן את הפרשנות האנגלית השמרנית לסעיף פטור דומים. בפסק דין משנת 1954<sup>2</sup> הביע הלורד דנינג עזווע מהיקף סעיף הפטור את חברת הספנות מאחריות לכל מעשה, בכל נסיבה, כולל אף התנהגות זדונית, אבל קבע לבסוף שהחוק האנגלי מתיר למוביל להטיל תנאי שכזה. השופט זילברג כינה גישה זו "השמרנות המתמרמת": מביעה התמרמות מוסרית כמס שפתיים, מצד אחד – ומשלימה עם המצב הקיים, מצד אחר (עמ' 1328).

על כן העדיף השופט זילברג את הגישה האמריקאית ה"נועזה" כדבריו (עמ' 1328). הוא הסביר שבאמריקה, כמו בדין היהודי, קיימות חרדה רבה יותר לחיי האזרח ולביטחוננו וסלידה מהתופעה של רמיסת האדם הקטן בגלגלי החברות הגדולות. קדושת החיים – כתב השופט זילברג – חשובה מקדושת החוזים. לפי הגישה האמריקאית, על סעיף פטור מאחריות להיות סבירים והוגנים, אחרת יראו בהם סעיפים שנסחטו מהלקוח בכורח הנסיבות. השופט זילברג הצדיק אימוץ זה של הפסיקה האמריקאית, שאינו, כדבריו, ילד זר – אלא לשון אחרת לאימוץ השקפות יסוד הנטועות בעומק התודעה היהודית, המקדשת כאמור חיי אדם. השופט זילברג, שהיה גם פרופסור למשפט עברי, נתן בכך ביטוי, כפי שנהג לא אחת בפסיקתו, גם למקורות היהודיים.

מעניינת גם העמדה של השופט ויתקון, שהיה בעל רקע משפטי מסחרי-כלכלי, ושבחן את הסוגיה מבעד למשקפיים כלכליים שנים רבות לפני שהוקמה בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו המחלקה הכלכלית. השופט ויתקון שיקף לפני הקורא את הלכטים של השופט הבא לתעדף אינטרסים נוגדים. הוא לא סבר שרק הכלל של קדושת החיים צריך לגרום לפסילת

2 .Adler v. Dickson [1955] 1 QB 158 (CA)

סעיף פטור כזה, אלא בחן אם ביטול התנאי יגביר את מידת הזוהרות של חברת הספנות ועובדיה. השופט ויתקון ערך השוואה למצב (העתידי באותה עת, טרם חקיקת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975) שבו גם אם האחריות לא תהיה מותנית באשמה לא יחול בקרב הנוהגים ברכב זלזול בחיי אדם. על כן הוא סבר שהתוצאה היחידה של ביטול הפטור מאחריות עבור חברת "צים" תהיה שהסיכון יפוזר על כל האוכלוסייה עקב ייקור כרטיס הנוסע בשל הצורך לרכוש ביטוח. גישה זו הייתה חדשנית בתקופתה ורק מאוחר יותר הפכה לגישה שלטת למדי.

השופט לנדוי, שהסכים עם שני חבריו, הדגיש גם הוא את הסתייגותו מהגישה האנגלית "השמרנית". הוא ציין כי אפשר ללמוד מן הגישה הצרפתית, המרחיבה יותר, וכי מכל מקום בית המשפט לא יכפה את השקפת עולמו הפרטית בנוגע לטוב ולמועיל, "אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב" (עמ' 1335).

בשנת 1964, זמן לא רב לאחר שניתן פסק הדין, בא לעולם חוק החוזים האחידים הראשון, שקבע שתנאי מקפח בחוזה אחיד – בטל. בהמשך נחקק חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, שהחליף אותו. החוק העדכני גם מתייחס ספציפית לבטלות תנאי בחוזה אחיד הפוטר את מנסחו מאחריות לנזק גוף (סעיף 5(ב)). אבל בפסק הדין **צים נ' מזיאר** בית המשפט הגיע לאותה תוצאה לא על בסיס דבר חקיקה, אלא על סמך תחושת הצדק וההגינות של בית המשפט, שמניעה גם כיום שופטים רבים בהחלטותיהם.

אם כן, החשיבות של פסק הדין בעניין **צים נ' מזיאר** אינה בכך שהרכב השופטים הוביל בו (כל אחד מנימוקיו) את ההגנה מפני סעיף מקפח בחוזה אחיד למי שבידו אין ברירה אלא להתקשר בחוזה. הלא כבר בשעת כתיבת פסק הדין ישבה הכנסת על המדוכה בעניין חוק החוזים האחידים, והוא נכנס לתוקף חודשים בודדים לאחר מכן ואפשר כאמור לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד. החשיבות של פסק הדין היא בכך שהציב אלה מול אלה את הערכים הנוגדים של חופש החוזים ולשון החוזה לעומת העצמת האזרח הפשוט או חסר האמצעים – תוך שימוש בשורת ההיגיון, בצדק ובשכל הישר.

מעניין לציין שבישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט שקדמה לחקיקת החוק, ח"כ אליהו מרידור חיווה דעתו כי "לצערי הרב בתי המשפט... לעתים קרובות אומרים שהם מצטערים על דבר מסוים, שאין זה נראה להם צודק, אבל אין להם תרופה". על כן, כך הוסיף, "מטרת החוק הזה היא להרחיב את העילות שיאפשרו לבית המשפט לפסול תנאים לא הוגנים בחוזה".<sup>3</sup> זאת הוא אמר חודשים ספורים לאחר שפורסם פסק הדין בעניין **צים נ' מזיאר**, שדחה את דברי הלורד דנינג מאותו טעם בדיוק.

עוד אפשר לציין – מחוץ להקשר המיידני של דיני החוזים – שבפסק הדין בעניין **צים נ' מזיאר** טבע השופט לנדוי מושג שנראה מובן מאליו בשעתו, אבל הפך מקור לפולמוס בהמשך.

3 פרוטוקול ישיבת ועדת חוקה חוק ומשפט, 30.10.1963, עמ' 6.



הביטוי הוא "הציבור הנאור". השופט לנדוי השתמש בו בהסבירו שהמקור של רעיונות היסוד שעליהם מושתת המשפט, הם מושגי יסוד של צדק ומוסר וצורכי המשטר החברתי והכלכלי, שהולכים ומשתנים כל העת.

אבל מיהו הציבור הנאור? היה אפשר להבין שבאמירה זו התייחס השופט לנדוי אל הציבור הישראלי על כל חלקיו. הלא הציבור הישראלי הוא הציבור שבקרב השופט הישראלי יושב. עם זאת, האמת ניתנת להיאמר שהציבור הישראלי הוא מגוון, ובמהלך השנים היו שראו בשימוש בביטוי "ציבור נאור" רמז להבחנה בין מי שהוא נאור למי שאינו כזה. ודאי שלא לכך הייתה הכוונה, מה גם שבעניין צים נ' מזיאר עצמו לא נדון נושא שהיה צפוי להיות שנוי במחלוקת בין ציבורים שונים בישראל בהתאם להשקפת עולם פוליטית או אידאולוגית. השאלה חזרה ועלתה, במשתמע או במישרין, בהקשרים אחרים. בתיק אחר שנדון בערך באותה תקופה עלתה שאלה רגישה יותר: תוקפו של חוזה שנעשה בין גבר נשוי לאישה שהייתה ידועה בציבור שלו. גם שם נבחנה השאלה מהיבט "תקנת הציבור" (ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009 (1963)). השופט ויתקון חזר והתייחס לכך שיש לבחון את "דעת הציבור", "והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו". מייד לאחר מכן הוא הוסיף: "ציבור זה הוא, כמוכן, הציבור שבארצנו ובזמננו" (עמ' 1026).

לימים התגלגל המונח "הציבור הנאור" גם לדיונים בתחום המשפט הציבורי, ובהם הוא הוצע בתור אמת מידה שבאמצעותה אפשר לאזן בין ערכים נוגדים. כך למשל נדון ביטוי זה בהקשר של חוק עזר שחייב את המציבים שלטים ברחובות העיר להשתמש רק בשפה העברית, ונטען ששמירה דווקא על מילות החוק פוגעת בחופש הביטוי (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 205-207 (1993)).<sup>4</sup> ואומנם, בהמשך הדרך כתב המשנה לנשיאה רובינשטיין בהתייחסו לאמון הציבור ובהשוותו מושג זה למושג "הציבור הנאור", כך: "לא איכנס לפולמוס הקשור בביטוי 'הציבור הנאור' שנטבע בכוונה טובה ושהפך שנוי במחלוקת".<sup>5</sup> אכן לכלל ציבור התרבות שלו והתכנים שלו, ואין הכרח להעדיפם על פני תכנים של ציבורים אחרים. בימינו אנו השונות והגיוון הם שתפסו מקום של בכורה.

ייתכן שאילו פסק הדין בפרשת צים נ' מזיאר היה נכתב היום, היו השופטים נוקטים שפה אחרת. ייתכן שהיו נזהרים מלהשתמש בצמד המילים "הציבור הנאור", וייתכן שהיו מדגישים יותר את ההיבט הכלכלי הכרוך במתן פיצוי לנוסעת על חשבון גביית פרמיית ביטוח גבוהה יותר מכלל הציבור. אפשר גם שהשופטים לא היו נדרשים כלל לדרך הארוכה שהלכו בה, לאור חקיקה צרכנית מאוחרת. כל אלה אינם גורעים מהתרומה החשובה של פסק הדין למשפט הישראלי.

4 ראו רשימתו של רון שפירא בספר זה, עמ' 135.

5 בג"ץ 4921/13 אומ"ץ - אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סו(3) 135, 225 (2013).

# דיני גזיקין



# לכל אדם הזכות לכתוב את סיפור חייו: ערכי השוויון וכבוד האדם בפסיקת פיצויים בדיני הנזיקין

ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד (ס) 13 (2005)

## יעל וילנר

ביום 29.2.1996 בשעה 20:30 רים אבו חנא, שהייתה תינוקת בת חמישה חודשים באותה העת, נסעה עם אביה בכבישי הצפון. במהלך הנסיעה התנגש הרכב שרים ואביה נסעו בו, ברכב אחר, וכתוצאה מכך נפגעה רים הפעוטה ונגרמה לה נכות קוגניטיבית קשה אשר בעקבותיה הייתה רים צפויה להיזקק לעזרה רבה למשך כל ימי חייה. הנכות גם הייתה צפויה לפגוע ביכולת ההשתכרות העתידית שלה. אמה של רים הגישה תביעה לפיצויים בשמה לבית המשפט המחוזי בחיפה (ת"א (מחוזי חי') 621/98 אבו חנא נ' אבו חנא (17.10.2002)), ובה תבעה, בין היתר, פיצויים בגין אובדן כושר השתכרות.

סגן הנשיא פיוזם בבית המשפט המחוזי קיבל את התביעה וקבע, בין היתר, שאת הפיצוי בגין הפסד ההשתכרות העתידי של רים יש לחשב באופן גלובלי. הוא הביא בחשבון את השכר הממוצע במשק, את השכר הממוצע בכפר ריינה (מקום המגורים של רים) ואת הרקע הסוציו-אקונומי שלה. גובה הפיצוי שנפסק לרים עמד על 500,000 ש"ח.

על פסק הדין של בית המשפט המחוזי הוגש ערעור לבית המשפט העליון. השאלה שעמדה ביסוד הערעור הייתה כיצד לפסוק פיצויים לתינוקת שאך זה נולדה. במילים אחרות, השאלה הייתה כיצד אפשר להשיב לקדמותו את המצב של רים, אשר כושרה להשתכר נפגע כתוצאה מהתאונה. לצורך מענה לשאלה זו נדרש בית המשפט לשמש מעין "מנבא עתידות" ולקבוע מה הייתה צפויה להיות ההכנסה של רים אלמלא נפגעה בתאונה.

הדילמה הייתה ברורה: קשה עד מאוד בהעדר נתונים קונקרטיים לנבא כיצד תינוקת רך בשנים יתפתח ויגדל, מה יהיו כישוריו ויכולותיו, כיצד יכלכל את צעדיו, באילו נתיבים יבחר לפסוע, ומה תהיינה הבחירות שיבחר בחייו הבוגרים. כלומר, בניגוד לאדם בוגר, שלגביו כבר קיימים בעת התאונה נתונים המאפשרים לחזות את עתידו המקצועי (הכנסתו בעבר ובהווה), אופק קידום בעבודה, שאיפות מקצועיות שכבר הספיק להגשים, ועוד), הרי שלגבי קטינים, אשר טרם החלו לצעוד בנתיב חייהם המקצועיים, מידע שכזה עוד לא קיים. הניסיון לחזות את עתידם המקצועי כמעט שאינו יכול להישען על נתונים אינדיווידואליים של הקטין, כמו אישיותו וכישוריו, השאובים כולם מקורות חייו הקצרים, ולעיתים הקצרצרים.

לפיכך ובהעדר נתונים שאפשר ללמוד מסיפור חייה הקצר של רים, מתכונותיה או מכישוריה שהיו יכולים ללמד על כושר השתכרותה העתידי, עמדו לפני בית המשפט שתי אפשרויות עיקריות בניסיון להתחקות אחר עתידה המקצועי אלמלא התאונה:

האפשרות הראשונה הייתה לאמוד את כושר ההשתכרות העתידי של רים בהתאם לנתונים סטטיסטיים המבוססים על השתייכותה המגדרית והמגזרית, על מקום מגוריה, על מעמדה הסוציו-אקונומי ועל השכלת הוריה. אפשרות זו, אשר חברת הביטוח הנתבעת צידדה בה, נשענה על ההנחה שלפיה הדרך הסבירה ביותר לאמוד את כושר ההשתכרות העתידי של רים בהעדר נתונים אינדיווידואליים בעניינה, היא לבחון מהו השכר הממוצע שמשתכרות נשים במשפחתה, בסביבתה, במגזר שהיא משתייכת אליו ובכפר שהיא מתגוררת בו. נתונים אלה, אף שהם אינם תחזית מדויקת, יובילו, כך נטען, לחישוב המסתבר ביותר של כושר ההשתכרות העתידי של רים וישבו באופן מיטבי את המצב של רים לקדמותו אלמלא התאונה.

חברת הביטוח טענה שאמה של רים אינה עובדת, וגם סבתה חדלה לעבוד לאחר נישואיה. כמו כן, נטען שהשכר הממוצע של נשים בכפר ריינה אינו עולה על סך של 3,000 ש"ח לחודש. על רקע כל האמור ביקשה חברת הביטוח לקבוע שהפיצוי בגין הפסד כושר ההשתכרות העתידי של רים יחושב על בסיס נתונים אלה.

האפשרות השנייה הייתה לאמוד את כושר ההשתכרות העתידי של רים בהתאם לשכר הממוצע במשק ובהתעלם משייכוה המגדרי, העדתי, המגזרי או הסוציו-אקונומי. באפשרות זו צידדה רים, אשר טענה (באמצעות אמה) כי השכר הממוצע בכפר מגוריה הוא שיקול זר הנוגד את עקרון השוויון. על כן ובהעדר אפשרות אמיתית לחזות את עתידה המקצועי אלמלא התאונה, הרי שחישוב הפיצוי המבוסס על גובה השכר הממוצע במשק הוא הדרך היעילה והצודקת ביותר למימוש תכליות דיני הנזיקין.

פסק הדין המכונן של השופט אליעזר ריבלין, בהסכמת השופטים אשר גרוניס וסלים ג'ובראן (כולם בתואריהם באותה עת) (ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו הנא, פ"ד ס(3) 13 (2005)) ביכר את האפשרות השנייה. נקבע ש"חישוב הפיצויים על פי שיוך קבוצתי יוצר הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין. הפליה זו הוגדרה במשפטנו 'הקשות שבהפליות'" (עמ' 61). בהתאם לכך נקבע שאין להניח לגבי רים, בהתבסס על הרקע הסוציו-אקונומי שלה ושייכוה הקבוצתי, כי לא היה באפשרותה אלמלא התאונה, להגיע לרף השכר הממוצע במשק. השופט ריבלין ביסס את פסק דינו על כמה נימוקים, אשר בראשם עמדה הזכות לאוטונומיה – שהיא הזכות של כל אדם לכתוב את סיפור חייו, ושנגזרת מכבוד האדם שלו ומחירותו. לגישתו, "מקום שבו נגרעת מן האדם יכולת ההשתכרות בשל מעשה עוולתיני] גריעה זו מפחיתה ממבחר דרכי החיים העומד בפני כל אדם לבחירתו שלו. היא מצמצמת את אופק האפשרויות הפתוח בפניו. היא קובלת אותו במוסרות של נכות. היא מגבילה את יכולתו לכוון את נתיבות חייו כרצונו בתחום המרכזי כל כך בחייו של אדם – ההשתלבות בשוק העבודה – ולממש את הזכות לחופש עיסוק, שהזכרה כזכות יסוד גם במשפטנו" (עמ' 49). השופט ריבלין הטעים כי

מתן פיצוי לפי רף ההשתכרות הממוצע במשק בתור בסיס לחישוב הפסד ההשתכרות של קטין, עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו, שכן הוא הנתון המשקף את מבחר האפשרויות שהיה פתוח לפני הקטין, והוא הנתון האוצר את מבחר הסיפורים הפתוחים לפני כל ילד בישראל.

עוד נקבע כי הסתמכות על השכר הממוצע במשק בתור בסיס לקביעת כושר ההשתכרות העתידי של קטין נפגע גם עולה בקנה אחד עם שיקולים חלוקתיים ועם שיקולים של צדק מתקן. זאת מאחר שהתחשבות בנתונים סטטיסטיים המבוססים על שיוך מגדרי, גזעי או אתני של הניזוק עלולים, הלכה למעשה, לקבע את הפערים החברתיים ואת המציאות ההיסטורית של העדר שוויון. בהמשך לכך הוסבר כי יצירת כלל אחיד של הפיצוי לכולם, "ליילד וליילדה, לאיש ולאשה, לשחור וללבן, לבני כל הדתות, יהיה מוצאם האתני אשר יהא", מגשימה את הזכות לשוויון (עמ' 61).

כמו כן, נקבע שגם מנקודת מבט כלכלית אין להתבסס על נתונים הנובעים מהשיוך הקבוצתי של הקטין לצורך חישוב כושר השתכרותו העתידי, שכן בכך יתמרצו מזיקים לנזקוט אמצעי זהירות קפדניים פחות כלפיו – בהיות מחיר הפגיעה בילד אחד שונה ממחיר הפגיעה בילד אחר, גם אם נסיבות הפגיעה והנזק בשני המקרים זהים לגמרי.

על רקע כל האמור קבע השופט ריבלין כי הנחת העבודה בנוגע לניזוקים שטרם הגיעו במועד התאונה לבגרות, ואשר מסלול חייהם המקצועי טרם התגבש, היא כי יש לערוך את חישוב אובדן כושר ההשתכרות שלהם על בסיס ההנחה שאלמלא התאונה היו משתכרים לפי שיעור השכר הממוצע במשק. חזקה זו, כך נקבע, ניתנת לסתירה באמצעות ראיות בעלות משקל רב המלמדות בהסתברות גבוהה כי אלמלא התאונה, היה הקטין משתלב בעתיד במקצוע מסוים או מתקשה בכך.

החשיבות של פסק הדין בעניינה של רים אבו חנא, שעורר עניין גם מחוץ לישראל, חורג מגבולות הסוגיה שנדונה בו. פסק הדין עסק בשאלות נכבדות הנוגעות, בעיקרו של דבר, לשאלת התכליות של דיני הנזיקין ומטרותיהם.

אחת המטרות המסורתיות העיקריות של דיני הנזיקין היא "השבת המצב לקדמותו". התפיסה האינדיווידואלית העומדת בבסיס תכלית זו של דיני הנזיקין נועדה להעמיד את הניזוק המסוים במקום שהיה עומד בו אלמלא ביצוע העוולה, באמצעות פיצוי כספי שהמזיק חייב לשלם לו. בהתאם לכך, נקבע לא אחת שדיני הערכת הנזק בנזיקין אינם מבוססים על סטטיסטיקות או על ממוצעים של שכר, אלא על התמקדות בנזק האינדיווידואלי שנגרם לניזוק, ובצורך להשיב את מצבו לקדמותו.

מנקודת מבט זו אפשר לטעון כי פסק הדין בעניין אבו חנא אינו מתיישב באופן מלא עם התכלית של השבת המצב לקדמותו. שהרי אם מטרת דיני הנזיקין היא להשיב את המצב של הניזוק המסוים לקדמותו, אין מקום לערוך חישוב המבוסס על נתון סטטיסטי-כללי (השכר הממוצע במשק), שאינו מביא בחשבון שום נתון המתייחס לפרט הנדון. לכאורה, התחשבות

בנתונים האישיים של הקטין הנובעים מסיפור חייו, שכולל את השתייכותו המשפחתית, את השתייכותו המגדרית ואת השתייכותו הקבוצתית, הייתה יכולה לנבא באופן מדויק יותר, או לפחות מסתבר יותר, את עתידו המקצועי אלמלא התאונה.

קושי זה עמד לנגד עיניו של השופט ריבלין לאורך כל פסק דינו, וכפי שהוסבר הוא בחר להתמודד עימו בדרכים שונות, הן בזיקה לזכות לאוטונומיה, הן בזיקה לזכות לשוויון.

כפי שצוין, אחת הדרכים לרכך את הקושי האמור היא לקרוא את פסק הדין של השופט ריבלין כך שהוא מתייחס לפיצוי שנפסק בגין אובדן כושר ההשתכרות, בין היתר, כאל פיצוי עבור הפגיעה בזכות לאוטונומיה, כלומר פגיעה בזכות של הקטין הניזוק לבחור מבין האפשרויות השונות והרבות שעמדו לפניו אלמלא התאונה, מה יהיה בעתיד מסלולו המקצועי. כפי שציין השופט ריבלין במפורש: "במקום שנשללת מן האדם היכולת לבחור במתווה חיי בגלל מעשה של עוולה, באים דיני הניזיקין ומבקשים להחזיר את המצב על כנו ולהשיב לו, כמיטב היכולת, את הזכות שאבדה, לאמור את הזכות להתוות את סיפור חייו, סיפור של תקווה, סיפור של שאיפה להגשמתה של התקווה" (עמ' 49; ההדגשה הוספה). כלומר, הפיצוי בגין ראש הנזק של הפסד השתכרות בעתיד אצל קטין משקף את מלוא הנזק שנגרם לו כתוצאה מהפגיעה בזכותו לאוטונומיה: שלילת הבחירה במסלול חייו המקצועי.

חרף האמור, נראה כי המתח שבין התפיסה האינדיווידואלית העומדת בבסיס התכלית המרכזית של דיני הניזיקין, לשאיפה להגן – מהותית ואקספרסיבית – על השוויון בין ניזוקים שונים ובין קבוצות שונות בחברה (מטרות שזרות לדיני הניזיקין וששייכות לתחומי המשפט הציבורי), מלווה את פסק הדין בעניין **אבו חנא** ועומד בבסיסו.

ואומנם, נראה שפסק הדין בעניין **אבו חנא** הוא דוגמה אחת לתופעה רחבה יותר, והיא הטשטוש המסוים של הגבולות שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי. פסק הדין העניק בכורה לזכויות חוקתיות ולשיקולים ציבוריים, ובהם הזכות לאוטונומיה, הזכות לשוויון, הזכות לכבוד, שיקולי צדק מתקן, צמצום פערים חברתיים וקידום שוויון חברתי. התחשבות בשיקולים חוקתיים מעין אלה באופן מפורש וברור במסגרת דיני חישוב הפיצויים בתביעות ניזיקין הייתה בגדר חידוש מובהק. כפי שציין השופט ריבלין בפסק דינו, השאלה האם דיני הניזיקין נועדו במהותם לקדם את הערכים המוגנים במשפט החוקתי – ובהם ערכי השוויון והצדק החלוקתי – שנויה במחלוקת, והיא מעוררת שאלות לא פשוטות. השופט ריבלין ציין עוד כי הוא אינו מכריע במחלוקת נכבדה זו במסגרת פסק הדין בעניין **אבו חנא**, אלא כי הוא רק מבקש לומר שלקביעותיו "יש בסיס גם בתפיסות צדק החורגות מגישת הצדק המתקן ועקרון השבת המצב לקדמותו, והחותרות להגשמת ערכים של שוויון" (עמ' 55). אולם בזוהרות המתבקשת אציין שעל אף האמור, קריאה מעמיקה בפסק הדין בעניין **אבו חנא** מעלה כי ערכי השוויון והזכות לכבוד עומדים בבסיס פסק הדין לאורכו ולרוחבו, וכי במובן זה פסק הדין הסיט את כובד המשקל מהתכליות המסורתיות של דיני הניזיקין, ששלטו בכיפה במשך שנים, אל עבר שיקולים הלקוחים מתחומי המשפט החוקתי, שהיו כנטע זר בתחום זה עד לפסק הדין בעניין **אבו חנא**.

יתר על כן, נראה שפסק הדין בעניין **אבו חנא** היה נקודת מפנה גם בכל הנוגע לאופן חישוב הנזק של ניזוק באמצעות חזקות והנחות עבודה שאינן נשענות על הנתונים האינדיווידואליים של הניזוק. כך, בשנים שחלפו מאז שניתן, נקבעו בפסיקת בית המשפט העליון הנחות עבודה נוספות אשר חרגו מהתפיסה האינדיווידואלית של דיני הערכת הנזק, בלי שהניזוק נדרש להוכיח את נזקו הקונקרטי על סמך ראיות המעוגנות בנסיבותיו המסוימות.

בין החזקות – הנחות העבודה – אפשר למנות את החזקות הבאות: חזקה שלפיה הנכות התפקודית של קטין שווה לנכותו הרפואית; חזקת גיל פרישה, שלפיה שכיר, גם אם הוא מצוי בתחילת דרכו המקצועית, יעבוד עד לגיל הפרישה הקבוע בחוק; החזקה שלפיה אובדן כושר ההשתכרות של קטינים יחושב לפי השכר הממוצע במשק כבר מעת בגרותם (או שחרורם מהצבא), ולא באופן מדורג; החזקה שלפיה עבור התקופה שבה הניזוק היה צפוי לשרת בצבא, הפיצוי בגין אובדן כושר עבודה יעמוד על 70% מגובה השכר הממוצע במשק, בין היתר לנוכח הוצאות המחייה שהצבא מספק; החזקה שלפיה יש לנכות 70% מהפיצוי עבור הפסדי שכר בתקופה שבה הניזוק שוהה במוסד, בין היתר לנוכח הוצאות המחייה שהמוסד מספק; החזקות בחישוב הנזק בשנים האבודות; והחזקה שלפיה בן זוג שנותר בחיים לאחר אירוע נזיקי, יצא לעבוד ויהיה בעל יכולת השתכרות.

מגמה ברורה זו, שבגדרה נקבעו חזקות כלליות רבות לקביעת גובה הפיצוי של ניזוקים שונים, אפיינה את פסיקת בית המשפט העליון בשנים שחלפו מאז פסק הדין בעניין **אבו חנא**, ואפשר שאף בעקבותיו. מגמה זו בוודאי מקילה את ניהול תיקי הנזיקין, ויש בה כדי לפשט ולייצר אחידות (ויש שיגידו: שוויון) בין ניזוקים שונים. עם זאת, היא נמצאת במתח עם התכליות המסורתיות של דיני הנזיקין, ובראשן התכלית שלפיה יש להשיב את המצב של הניזוק הנדון לקדמותו.

רים אבו חנא יצאה נשכרת מפסק הדין הערכי והחשוב בעניינה, וכך גם ילדות וילדים רבים מרחבי ישראל. נראה שלעולם לא נדע אם אומנם אלמלא התאונה רים עצמה הייתה משתכרת בגובה השכר הממוצע במשק, וייתכן כי התשובה לשאלה זו גם אינה חשובה. עצם ההכרה בכך שכל ילד וילדה יכולים – וזכאים – לכתוב את סיפור חייהם, בלי שזה ייקבע מראש בכלים משפטיים בהתאם להשתייכותם המגזרית והמגדרית, היא כשלעצמה יוצרת שינוי במציאות החברתית ותורמת לקידום השוויון בין בני האדם.



## להיות או לא להיות? על "הולדה בעוולה"

ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986)  
ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פ"ד סה(2) 797 (2012)

### טובה שטרסברג-כהן

בתי המשפט מורגלים בשאלות משפטיות קשות. לעיתים השאלות המשפטיות טומנות בחובן גם דילמות מוסריות. אבל לא רבות הן הסוגיות הנוגעות בעצבים כה רגישים של משפט ושל מוסר כמו הסוגיה הידועה בכינוי "הולדה בעוולה".

העובדות בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) היו כדלקמן: אישה פנתה עוד בטרם נישואיה, לרופאה לשם קבלת ייעוץ גנטי כדי לברר אם מחלה תורשתית הקיימת במשפחתה – והפוגעת קשות בהתפתחות הגופנית והנפשית של יילודים זכרים – עלולה לפגועה בצאצאיה. שאם כך הדבר, נחושה היא שלא להביא ילדים זכרים לעולם. הרופאה קבעה שאין חשש כזה. בהסתמך על קביעה זו הרתה האישה וילדה בן זכר הפגוע במחלה התורשתית. חשוב לציין כבר בשלב זה כי הילד לא היה יכול להיוולד בריא, בשל הפגם הגנטי-תורשתי. שתי האפשרויות היחידות היו להביא לעולם ילד עם מוגבלות, או לא להביא להיוולדו כלל. מבחינה זו נזקו היה לכאורה עצם חייו, על כל המורכבות הנובעת מכך.

הורי הילד – האישה ובן זוגה – והילד בעצמו, שגדל בינתיים, הגישו תביעת פיצויים נגד הרופאה ובית החולים בבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א (מחוזי ים) 277/81 כץ נ' זייצוב (20.6.1982), השופט זיילר). בית המשפט המחוזי דחה על הסף את התביעה של הקטין משום העדר עילת תביעה בספר החוקים, אבל לא דחה על הסף את התביעה של ההורים.

על פסק הדין של בית המשפט המחוזי הוגשו שני ערעורים: ערעור של הילד ושל הוריו (בשל דחיית התביעה), וערעור של הרופאה ושל בית החולים (בשל כך שתביעת ההורים לא נדחתה על הסף). הערעורים סבו על השאלה אם אפשר לתבוע רופא שהתרשל במתן ייעוץ גנטי, שלפיו אין חשש להיוולדו של ילד חולה, במצב שבו היו רק שתי אפשרויות: ללדת ילד חולה או לא להביא ילד לעולם. לא הייתה אפשרות שייוולד ילד בריא. הערעורים נדונו בבית המשפט העליון לפני הרכב של חמישה שופטים. ארבעה מן השופטים (המשנה לנשיא מרים בן-פורת והשופטים אהרן ברק, שלמה לוין ודב לוין) קבעו ברוב דעות, נגד דעת המיעוט של השופט אליעזר גולדברג, כי יש להכיר עקרונית באחריותו של רופא – יועץ גנטי – הן כלפי היילוד, הן כלפי הוריו, מקום שבו קיימת התרשלות מצד הרופא בקביעתו שאין חשש שייוולד

ילד עם מוגבלות, קביעה שגרמה להולדתו של ילד במומו. על כן קבעו הם כי יש להטיל אחריות על הרופאה ועל המוסד שעבדה בו ולחייבם בתשלום פיצויים לילד ולהוריו. עילת התביעה ידועה בשם "הולדה בעוולה". עם זאת, עולה מפסק הדין גישה שונה בין השופטים לבסיס שעליו מושתתת עילה זו, לסוג הנזק ולראשיו.

המשנה לנשיא בן־פורת קבעה כי שורש הבעיה נעוץ בשאלה האם במסגרת ההולדה בעוולה קיים "נזק" במובנו המשפטי. לשיטתה, השאלה היא כלום ייתכן כי חיים מוגבלים גרועים מאי קיום. לשיטתה, זוהי שאלה שהתשובה עליה מורכבת, אבל היא סברה שאפשר להשיב עליה בחיוב, ובהתאם לכך להכיר בעילת ההולדה בעוולה של הקטין ושל הוריו. המשנה לנשיא הוסיפה כי תשובה זו גם משקפת את המדיניות הרצויה. לדעתה, ייתכנו מקרים, אם כי נדירים, שבהם יהיה אפשר לקבוע שטוב היה לאדם פלוני אילולא נולד. אחד הטעמים המסורתיים להסתייגות מעילת ה"הולדה בעוולה" היה חשש שמא ההכרה בה תגרור אחריה תביעות של קטינים נגד הוריהם, תוך פגיעה בשלמות המשפחה ובשיקול הדעת הרחב שיש להשאיר להורים אם להעמיד צאצאים אם לאו. המשנה לנשיא בן־פורת אינה שותפה לחשש האמור. באשר לטענה שלא מתפקידו של בית המשפט להכיר בעילה חדשה, היא השיבה שאין מדובר בעילה חדשה שדינה להיקבע בחוק, אלא ביישום של עילת הרשלנות הקבועה בחוק. המשנה לנשיא בן־פורת הוסיפה כי אין נימוק מיוחד להפחית מהאחריות של יועצים גנטיים כאשר מתברר כדבעי קיומה של רשלנות מצידם. כל שנדרש מיועץ גנטי הוא שיבצע בדיקה ראויה ושיהיה זהיר במידת הסבירות המקצועית בהסקת המסקנות ממנה. לסיכום, קבעה היא כי אין מנוס מלהעריך את החיים במום אל מול אי חיים.

השופט ברק הסכים לפסק הדין של המשנה לנשיא בן־פורת וכמוה גם הוא סבר שיש להכיר עקרונית באחריותו של רופא כלפי קטין והוריו מקום שהתרשלותו של הרופא במתן הייעוץ הגנטי גרמה להולדתו של ילד חולה. עם זאת, נימוקיו היו שונים: הגישה העקרונית של השופט ברק התבססה על כך ש"חובת הזהירות המושגית של הרופא מטילה עליו לנקוט אמצעי זהירות סבירים, כדי שחיייו של הקטין יהיו ללא מום", וש"זכותו של הקטין, כי לא תהא התרשלות, אשר תעשה את חייו לחיי מום. אין לו לקטין כל זכות לאי־חיים. האינטרס, אשר הדין מגן עליו, אינו האינטרס של אי החיים אלא האינטרס של החיים ללא מום. על־כן הנזק, שלו אחראי הרופא המתרשל, אינו בעצם גרימת החיים או במניעתם של אי החיים. הנזק שלו אחראי הרופא הוא בגרימתם של חיים פגומים. על־כן גם הערכתו של נזק זה אינה צריכה לקחת בחשבון את המצב של אי החיים" (עמ' 116). השופט ברק הסביר כי היתרון של גישתו נעוץ בכך שכפי שאינו נזקק להשוואה בין מצב החיים למצב אי חיים, כך אין הוא נדרש "להתמודד עם הבעיות הפילוסופיות־לוגיות־אתיות של הערכת אי החיים" (עמ' 117).

שני שופטים נוספים בהרכב הכירו בעילת התביעה של "הולדה בעוולה", כל אחד מטעמיו. השופט שלמה לוי הצטרף לעמדתו של השופט ברק, הגם שהצביע על כך שאינה חפה מקשיים. השופט שלמה לוי הביא בתור דוגמה את המקרה הבא: אישה שלידותיה מועדות להביא לעולם

צאצאים בעלי מום מקבלת מרופא ייעוץ רשלני לגבי אמצעי מניעה. לו נולד וולד בריא, לא היה יכול לתבוע את הרופא בגין עצם היולדו. לפיכך אין גם סיבה לשלול ממנו פיצוי מהרופא מחמת המום שהוא סובל ממנו. ואם כך הוא, אפשר לפצל את העובדות מושא התביעה הנדונה בין טענות הקטין התובע כלפי עצם הולדתו לטענותיו לגבי המום שנגרם לו. השופט דב לוין הצטרף לחוות הדעת של המשנה לנשיא בן-פורת. הוא הבהיר שנקודת המוצא שלו היא שחיים, אפילו הם חיים במום, עדיפים על אי חיים. עם זאת, לשיטתו, יכול שמומו של היילוד יהיה כה כבד עד שייאמר על אותו יצור אנוש כי "חיוי אינם חיים" וכי "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא" (עמ' 126). מן הצד השני עמדה דעת המיעוט של השופט גולדברג. לשיטתו, הקטין שנולד עם מחלה תורשתית כאשר היה יכול להיוולד אך ורק במומו או לא להיוולד כלל, אינו יכול לתבוע בגין רשלנות הרופאה במתן ייעוץ גנטי. לדעתו, אין בידינו למצוא בכללי המשפט הקיימים מענה לקיומה של הזכות שלא להיוולד, שהקטין טוען לה. התפיסה הערכית המופשטת על מהות היצירה והחיים אינה מספקת ליצירת אמת מידה לקיומה של זכות משפטית שלא להיוולד כלל. יסוד הבעיה בדבר "מהות" אי הקיום מצוי כל כולו בתחום ההגות על סודות הבריאה, ולא בתחום המעשי-משפטי. על כן העדפת חידלון טרם בריאה על פני החיים (ולו במקרים נדירים) היא בלתי אפשרית. השופט גולדברג חלק על הגישה של השופט ברק שלפיה גם אם אין לקטין זכות לאי חיים, "הרופא אחראי בגין גרימתם של חיים פגומים, ונזק זה מתגבש כהשוואה בין החיים הפגומים לבין החיים ללא פגם" (עמ' 129). לשיטתו, אי אפשר לטעון למצב רצוי (של חיים ללא מום) כשמצב זה לא היה יכול להתרחש כלל. לבסוף, הוסיף השופט גולדברג, כי השלכותיה של ההכרה בעילת התביעה של הקטין תהיה הרבה מעבר לזכותו להיות מפוצה. הכרה כזו תגרור אחריה מתן עצות רפואיות זהירות מדי שימנעו לידות, עקב חשש של רופאים יועצים גנטיים להימצא מפירים את חובת הזהירות כלפי היילוד ולהיות חשופים לתביעותיו אם ייוולד במום. יתרה מזאת, אין בידי בית המשפט כלים לתחום את גבולות החובה שהוא מטיל על רופאים. אין בידם של רופאים לדעת מראש מתי יהיו צפויים הם לשלם פיצויים במקרה נתון. לכן, כדבריו של השופט גולדברג, לא רק שבית המשפט אינו יכול להכיר בעילת התביעה של הקטין, אלא גם "רצוי הדבר שנושאים חדשניים שיש בהם ולהם השלכות רבות פנים כל כך מוטב שיוסדרו על ידי המחוקק ולא על ידי בתי-המשפט החסרים את היכולת לבחון את ההשלכה הכללית של הנושא" (עמ' 130).

אם כן, פסק הדין בפרשת זייצוב הכיר לא רק בעילת התביעה של ההורים, אלא גם בעילת התביעה של היילוד עם המום. אבל הרוח לא שקטה, ושאלות רבות נותרו פתוחות. כך למשל: כיצד נעריך את נזקו של מי שנולד עם מוגבלות, אם החלופה היא אי קיום כלל? והאם כל מום – קל או חמור – מקים זכות תביעה?

רבע מאה חלפה, ושוב התכנס בית המשפט העליון לדון באותה סוגיה, הפעם בהרכב מורחב של שבעה שופטים (ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פ"ד סה(2) 797 (2012)). את חוות הדעת המרכזית בעניין המר כתב המשנה לנשיא ריבלין. פסק הדין ניתן ביום פרישתו מכס

השיפוט ושאר חברי ההרכב – הנשיאה (בדימוס) ביניש, הנשיא גרוניס, והשופטים נאור, ארבל, רובינשטיין וג'וראן – הצטרפו לפסיקתו, תוך הוספת הערות והתייחסויות משל עצמם. בעניין המר לא הכיר בית המשפט העליון בעילת התביעה של הילד שנולד עם מום (שכונתה "חיים בעולה"), אך הרחיב את עילת התביעה של ההורים (שכונתה "הולדה בעולה") כך שיהיה אפשר לפסוק להורים פיצוי שיכסה את ההוצאות הכרוכות בגידול הילד ובסיפוק כל צרכיו, למשך כל תוחלת חייו.

בפסק הדין של המשנה לנשיא ריבלין בעניין המר התייחס הוא לעניין זייצוב וקבע כי שתי ההנמקות שהובאו בעניין זה להכרה בעילת התביעה של הילד, מעוררות קשיים ממשיים: הגישה שהציגה המשנה לנשיא בן-פורת מחייבת לקבוע במקרים מסוימים שטוב לו לאדם אלמלא בא לעולם. חייו של הילד במומו – הם הנזק. אבל, לדעת המשנה לנשיא ריבלין, אי אפשר לבסס קביעה זו מבחינה משפטית, והיא גם אינה ראויה מבחינה ערכית. המשנה לנשיא ריבלין הדגיש כי לבית המשפט כלל אין מידע על טיבם של אי-חיים, וכפי שכתב בית משפט בארצות הברית, "אף אחד עוד לא שב משם". יתר על כן, גם אם נניח שקיימים מצבים שבהם עדיף לאדם שלא היה נולד, הרי שלבית המשפט אין כלים להגדיר מצבים אלה ולתחום אותם. המשנה לנשיא ריבלין התייחס גם לגישה של השופט ברק, שלפיה הנזק שגרם הרופא הוא "חיים במום" בהשוואה לחיים ללא מום. לשיטתו, גישה זו מעוררת גם כן קושי, שכן האפשרות של חיים ללא מום כלל לא הייתה על הפרק. כלומר, גם אלמלא ההתרשלות של הרופא, הילד לא היה יכול לבוא לעולם בריא. המשנה לנשיא ריבלין הדגיש כי פסיקת פיצויים בנוזיקין נועדה להשיב את המצב לקדמותו, והגישה של השופט ברק – הרואה לנגד עיניה מצב של חיים ללא מום – חורגת מעיקרון זה. עוד הוסיף המשנה לנשיא ריבלין ועמד על הקושי הערכי הטמון בתפיסה שלפיה חייו של ילד שנולד עם מוגבלות יכולים להיחשב – בעיני הילד עצמו – ל"נוק". לחיים, כך הדגיש המשנה לנשיא ריבלין, יש ערך מוחלט, שאינו פוחת בשל קיום של מגבלה או מום. לכן הקביעה כי מוטב לו לאדם שלא היה נולד כלל, עומדת בסתירה לערכי יסוד של קדושת החיים, כבוד האדם וחזיונותיהם של אנשים עם מוגבלות לכבוד ולשוויון.

עוד נקבע בפסק הדין של המשנה לנשיא ריבלין כי אין בביטול ההכרה בעילת התביעה של הילד כדי למנוע מתן פיצוי להורים בתביעתם שלהם. "בתביעת ההורים" – כך נפסק – "אין חייו של הילד עצמו מוגדרים כנזק. הנזק מתבטא בתוצאות הכספיות העודפות ובתוצאות הנפשיות שבהן נושאים ההורים, בעל כורחם, עקב ההתרשלות" (עמ' 836). עוד הודגש כי עילת התביעה של ההורים מושתתת על כך שניטלה מהם האפשרות לבחור שלא להביא לעולם ילד עם מוגבלות. יתרה מכך, לשיטתו של המשנה לנשיא ריבלין, ההכרה בעילת התביעה של ההורים גם מגשימה את המטרה הראויה שעמדה בבסיס הלכת זייצוב: מתן פיצוי שיכסה באופן מלא ככל האפשר את הצרכים הרפואיים, השיקומיים והסיעודיים של הילד במוגבלותו. עוד קבע המשנה לנשיא ריבלין כי על ההורים לא רק להוכיח את ההתרשלות של הרופא, המתבטאת גם בכך שלא יידע את ההורים בדבר חשש להולדתו של הילד עם לקות, אלא גם לבסס את הקשר

הסיבתי בין ההתרשלות של הרופא לנזק. לשם כך "יש להראות, בשלב הראשון, כי אילו עמד לפני הוועדה להפסקת היריון מלוא המידע הרפואי הרלוונטי (מידע שלא הובא לידיעת ההורים בשל ההתרשלות) – הייתה הוועדה מאשרת להורים את הפסקת ההיריון" (עמ' 839-840). המשנה לנשיא ריבלין היה ער לקושי הרב הכרוך בבירור בדיעבד לגבי האופן שבו ההורים היו פועלים אילו המידע הרלוונטי לגבי המצב של הילד היה נמסר להם מבעוד מועד. לפיכך קבע הנחת עבודה: במקום שבו ועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת ביצוע הפלה, בית המשפט יניח שההורים היו מחליטים לבצע הפלה. הנחה זו היא נקודת מוצא – אבל לא נקודת סיום. עדיין יכול בית המשפט להשתכנע שההורים במקרה המסוים היו נמנעים מביצוע הפלה. אבל גם אם ימצא כך, עשוי בית המשפט לפסוק להורים פיצוי "בגין הנזק שנגרם להם בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם, לאמור: בזכותם לקבל באופן מושכל החלטה כה חשובה בחייהם. בגין נזק זה זכאים הם לפיצוי נפרד" (עמ' 848).<sup>1</sup>

פסק הדין בעניין המר לא פתר את כל הקשיים. ספק אם אפשר להציג פתרון משפטי מושלם לסוגיה כה מורכבת, הנוגעת בשאלות רחבות מתחומי המוסר, הפילוסופיה והדת. אבל בית המשפט העליון ניסה להגשים בפסיקתו שתי תכליות. תכלית אחת היא הכרה בלתי מסויגת בערך האדם שנולד: "אדם בצלם אלוהים נולד" – כתב השופט ריבלין – "משנולד – יש להגן על כבודו ועל קדושת חייו. אין ערוך לחייו, יהיו קשים כאשר יהיו. אין ערוך לחייו, תהא מוגבלותו אשר תהא. החיים הם ערך עליון – לכול" (עמ' 828-829). תכלית שנייה היא קביעת מסגרת משפטית שתאפשר במקרים מתאימים להגשים את עקרונות דיני הנזיקין – צדק והרתעה יעילה – במצבים של "הולדה בעוולה", תוך הקניית פיצוי הולם למשפחה המתמודדת עם גידולו של ילד עם מוגבלות.

סוף דבר: אני סבורה כי התשתיות העובדתיות בעניין זייצוב ובעניין המר הן שונות בתכלית. מאחר שכך, גם המסקנות המשפטיות הנבנות על בסיס התשתיות העובדתיות השונות, אמורות להיות שונות. בעניין זייצוב היה מדובר במצב טרום היריון, ואילו בעניין המר דובר על היריון שהיה בעיצומו. בעניין זייצוב היו בפני האישה שתי אפשרויות: האחת להוליד ילד חולה, והשנייה להימנע מהיריון ומהולדת ולד כשקיימת ודאות שייולד עם מחלה תורשתית המטילה בו פגמים קשים. באותו מקרה האישה הייתה נחושה בדעתה שלא להיכנס להיריון אם ידוע שהדבר יוביל להולדת ילד עם מוגבלות – דבר שנגזר מהאוטונומיה של האישה על גופה. לעומת זאת, בעניין המר היה מדובר בהיריון שהחל זה כבר ושהיה בשלב מתקדם, כך שההחלטה שלא להביא את הילד לעולם, הייתה כרוכה בהפסקת היריון – מצב שונה בתכלית מההחלטה להימנע מלהרות. תשתיות עובדתיות שונות אלה מביאות לטעמי גם למסקנות משפטיות שונות, אבל אין זה המקום הנכון לפתוח את הדיון בכך. דומה כי השאלות הכרוכות בסוגיה המשפטית של הולדה בעוולה במקרים השונים שבהם היא מתעוררת, יוסיפו לאתגר את בתי המשפט.

1 ראו רשימתה של שרון צנציפר־הלפמן בספר זה, עמ' 420.

# אסונות ותקלות בעולמו של "האדם הסביר": תור הזהב של עוולת הרשלנות

ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982)  
ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985)

## בלהה טולקובסקי

בקיץ של שנת 1976 שהה שלמה ועקנין, אז נער כבן 15, בבריכת השחייה העירונית בבית שמש. לאחר שבילה בבריכה כמה שעות, קפץ קפיצת ראש במקום שבו המים היו רדודים. שלמה עשה זאת אף שידע כי המים אינם עמוקים. למרבה הצער ראשו נחבט בקרקעית הבריכה, ונגרמה לו פגיעה קשה שכללה שברים בחוליות הצוואר ושיתוק חלקי בכל ארבעת הגפיים. את הנעשה אין להשיב. אך האם לפחות יש מי שיפצה אותו על הנזקים שנגרמו לו בגין התאונה, או שמא הוא אחראי לבדו לאסונו?

שלמה הגיש תביעה לפיצויים נגד בעלת הבריכה – המועצה המקומית בית שמש – ונגד החברה שהמועצה המקומית התקשרה עימה בהסכם להפעלת הבריכה. התביעה התבססה על עילה שעומדת במידה רבה במרכז דיני הנזיקין: עוולת הרשלנות הקבועה בסעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ש"רשנו" עוד מתקופת המנדט הבריטי.

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה לאחר שקבע כי כל אדם בר דעת, ובכלל זה גם נער כבן 15 שנה, מבין היטב את הסיכון הטמון בקפיצה לבריכה שמימיה רדודים ויודע להעריך אותו. שלמה סמך על כושרו לבצע את הקפיצה כהלכה – ונתבדה, כך שאין לו להלין אלא על עצמו (ת"א (מחוזי י"ם) 75/78 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש (17.1.1980)).

הערעור שהוגש לבית המשפט העליון הוביל לאחד מפסקי הדין המצוטטים ביותר בדיני הנזיקין (ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982)). בהרכב ישבו השופטים אהרן ברק, דב לוין ושושנה נתניהו, ואת פסק הדין העיקרי כתב השופט ברק, אז עדיין בשנות השיפוט הראשונות שלו בבית המשפט העליון. השופט ברק קבע כי דין הערעור להתקבל וכי המועצה המקומית והחברה המפעילה את הבריכה התרשלו כלפי שלמה. באיזה מובן?

בפסק דינו סרטט השופט ברק את "נוסחת" הניתוח המשפטי של עוולת הרשלנות. ומאז ועד ימינו אלה יודע כל פרח משפטים כי עוולת הרשלנות מורכבת משלושה יסודות: חובת זהירות, הפרה של אותה חובה (התרשלות), וקשר סיבתי בין הפרת חובת הזהירות לנזק שנגרם.

ומהי המשמעות של אותו מושג שסתום ערטיילאי: "חובת זהירות"? הכוונה היא לכך שהמזיק היה חייב לצפות את הנזק שעלול להיגרם לניזוק, להביא אותו בחשבון ולנקוט אמצעי זהירות למניעתו.

השופט ברק הבחין בהקשר זה בין שני רבדים של חובת הזהירות: "חובת זהירות מושגית" ו"חובת זהירות קונקרטיית". חובת הזהירות המושגית עוסקת באופן מופשט בקטגוריות שלמות של יחסים בין מזיקים אפשריים לניזוקים אפשריים: מעביד ועובד, רופא ומטופל, מורה ותלמיד, יצרן וצרכן, בעלים או מחזיק במקרקעין והמבקר בהם, וכיוצא באלה מערכות יחסים שבמסגרתן צפוי כי התרשלות עלולה לגרום לנזק. חובת הזהירות הקונקרטית עוסקת בעובדות של המקרה הנדון. בהקשר זה בית המשפט בוחן אם בנסיבות העניין היה על המזיק, בתור אדם סביר או בתור בעל מקצוע סביר, לצפות את התרחשות הנזק ואם היה עליו לנקוט אמצעי זהירות למניעתו.

בקביעת ההיקף של חובת הזהירות בית המשפט נדרש לשיקולים של מדיניות משפטית. לא כל נזק שאפשר באופן תאורטי לצפות את אפשרות התרחשותו, מטיל על המזיק חובה לנקוט אמצעי זהירות למניעתו, שהרי כלשונו של השופט ברק: "חיי היום-יום מלאים סיכונים, אשר לעתים מתממשים וגורמים נזקים, מבלי שיוצרי הסיכונים יישאו באחריות בניזוקין. הטעם לכך הוא, שאותם סיכונים טבעיים ורגילים הם לפעילות האנוש המקובלת, ובגינם נקבע, כעניין של מדיניות משפטית, כי חובת זהירות קונקרטית אינה מתגבשת. סיכונים אלה סבירים הם, וחיי חברה מתוקנים לוקחים את קיומם בחשבון" (עמ' 126).

כיצד נבחין בין סיכון סביר לסיכון בלתי סביר שבגיננו תוטל חובת זהירות המחייבת את המזיק לנקוט אמצעי זהירות? בעניין זה נקבע כי סיכון בלתי סביר הוא סיכון שאינו כרוך באופן טבעי בפעילות שבמהלכה נגרם הנזק. לדוגמה, ההולך בדרך או היורד במדרגות עלול לעיתים למעוד ולהחליק. נפילה או החלקה הן תופעות רגילות בחיים. אבל שבר במדרגות שבגיננו אירעה הנפילה, יוצר סיכון בלתי סביר שאינו נובע באופן טבעי מעצם הירידה במדרגות. אותו סיכון בלתי סביר מטיל על המחזיק במקרקעין חובה לנקוט אמצעי זהירות למניעתו על דרך של תיקון השבר, מניעת הגישה למקום או אזהרה מפני הסיכון שבקיום השבר.

אמת המידה לבחינת הדברים היא מנקודת המבט של מי שנחשב במידה רבה ל"גיבור" של עולם המשפט: "האדם הסביר". בקביעת הגבולות של חובת הזהירות בית המשפט מתחשב בצורך להבטיח את ההתנהלות התקינה של חיי החברה והכלכלה, תוך איזון בין חופש הפעולה הנדרש לקיום מגוון של פעילויות בתחומי החיים השונים, להגנה על שלמות הגוף והרכוש של הפרט בחברה. ככל שהסיכון הכרוך בפעולה מסוימת גדול מהתועלת החברתית שבקיומו ומהעלות שנדרשת למניעתו, כך ייטה בית המשפט להטיל חובת זהירות, שמשמעותה, למעשה, חובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים למניעת סיכון בלתי סביר.

נשוב לשלמה שנפגע בעת שקפץ קפיצת ראש למים הרדודים. האם על המועצה המקומית, בהיותה בעלת המקרקעין, ועל החברה שהפעילה את הבריכה, מוטלת חובת זהירות קונקרטית

למנוע את הסיכון הכרוך בקפיצה למי הבריכה? במילים אחרות, האם הסיכון של פגיעה כתוצאה מקפיצת ראש למים רדודים הוא סיכון טבעי הנובע מהשימוש בבריכה, או שמא מדובר בסיכון בלתי סביר שמוטלת חובה לנקוט אמצעי זהירות למניעתו? בעניין זה נקבע כי הסיכון שבקפיצת ראש למים רדודים הוא סיכון בלתי סביר שמפעילת הבריכה הייתה צריכה לצפותו. התועלת החברתית שבחשיפת המשתמש בבריכה לסיכון מסוג זה היא אפסית, והסיכון הכרוך בו הוא גדול. מנגד, אמצעי הזהירות שנדרשים למניעת הסיכון הם פשוטים וזולים. בנסיבות אלה מוטלת חובה לנקוט אמצעי זהירות, דוגמת הצבת שלטים האוסרים על קפיצה באזור המים הרדודים ופיקוח של המציל על קיום ההוראה האמורה. אמצעי זהירות אלה אינם כרוכים בהוצאה בלתי סבירה, ויש בהם איזון ראוי בין הגנה על המשתמש בבריכה להמשך התפקוד התקין של הבריכה.

מאחר שנמצא כי המועצה המקומית ומפעילת הבריכה הפרו את חובת הזהירות בכך שלא נקטו אמצעי זהירות סבירים למניעת הסיכון של פגיעה כתוצאה מקפיצה למים הרדודים, הוטלה עליהן אחריות מכוח עוולת הרשלנות לפצות את שלמה בגין הנזק שנגרם לו. לצד זאת נקבע שגם שלמה היה צריך לדעת את הסיכון שבקפיצה למים הרדודים, כך שהוא תרם ברשלנותו לאירוע התאונה. תרומת הרשלנות של שלמה הוערכה בשיעור של 33%, כך שבפועל על המועצה המקומית ומפעילת הבריכה הוטלה אחריות לפצותו בשיעור של 67% מגובה הנזק שנגרם לו בגין התאונה.

מוטת כנפיהם של דיני הנזיקין, ושל דיני הרשלנות כחלק בלתי נפרד מהם, כוללת גם מעשים או מחדלים רשלניים שגרמו נזקים אחרים, לא רק נזקי גוף. תחולתם מתפרסת לא רק על נזק שגרם הפרט אלא גם על התרשלנות של הרשות השלטונית. דוגמה לרשלנות שלטונית כזו אפשר להביא מהסיפור של אלי גורדון (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985)).

גורדון מכר את מכוניתו לאדם אחר. העברת הבעלות על הרכב נרשמה במשרד הרישוי. חרף זאת גורדון המשיך לקבל דוחות מעיריית ירושלים על עבירות קנס שביצע רוכש הרכב. גורדון פנה לעירייה, הודיע לה על העברת הבעלות ברכב וביקש את ביטול הדוחות. אבל לא זו בלבד שהדוחות לא בוטלו, אלא גם הוצא צו מאסר נגד גורדון בשל אי תשלום הקנס. בצר לו שב גורדון ופנה לעירייה והסב את תשומת ליבה כי יש חשש שהוא ייאסר. למרבה הפלא, גם פנייה זו לא הועילה. גורדון נאסר ושוחרר רק לאחר ששילם את הקנס שהוטל עליו, ללא עוול בכפו.

בשלב זה גורדון הגיש תביעה נגד עיריית ירושלים ועתר לפיצויים בגין הנזק וההטרדה שנגרמו לו עקב מאסרו. אף שהסיפור נראה ברור ופשוט לכאורה, מבחינה משפטית הוא עורר שאלות מורכבות. השאלה שעמדה במוקד הדיון הייתה האם אפשר להגיש נגד העירייה, בתור רשות שלטונית שנקטה הליך פלילי, תביעה לפיצויים מכוח עוולת הרשלנות. להבהרת הסוגיה יש להקדים ולציין כי בפקודת הנזיקין קיימת עוולה ספציפית שמתייחסת לנקיטת הליך פלילי



שהוא הליך סרק, היא עוולת הנגישה (סעיף 60 לפקודת הנזיקין). אלא שכדי לזכות בפיצויים מכוח עוולת הנגישה, יש להוכיח כי ההליך הפלילי ננקט מתוך כוונת זדון, כלומר מתוך כוונה וידיעה שמדובר בהליך סרק. במקרה זה עיריית ירושלים לא פעלה מתוך כוונת זדון. במצב דברים זה, שבו היסודות של העוולה הספציפית שחלה על העניין לא התקיימו, עלתה השאלה האם אפשר להטיל על העירייה אחריות מכוח עוולת הרשלנות, שאינה דורשת הוכחת כוונת זדון. התביעה הוגשה לבית משפט השלום בירושלים. זה דחה את התביעה על הסף תוך שקבע כי אי אפשר לראות בעירייה, שפעלה על פי נתונים שקיבלה ממשרד הרישוי בדבר הבעלות על הרכב, מי שהתרשלה (ת"א (שלום י"ם) 350/81 גורדון נ' עיריית ירושלים (2.9.1981)). על פסק הדין של בית המשפט השלום הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי. זה קיבל את הערעור וקבע כי רשות ציבורית אחראית בגין שימוש רשלני בסמכויותיה, כך שיש לשמוע ראיות בשאלה האם העירייה התרשלה בפעולותיה לאחר שגורדון התריע בפניה על הטעות ברישומי משרד הרישוי (ע"א (מחוזי י"ם) 158/81 גורדון נ' עיריית ירושלים (22.12.1982)). עיריית ירושלים לא השלימה עם פסק הדין והגישה בקשת רשות לערער לבית המשפט העליון.

רשות לערער ניתנה, והערעור נדון לגופו בבית המשפט העליון בהרכב מורחב של חמישה שופטים בראשות הנשיא מאיר שמגר. השופט ברק, שכתב את פסק הדין הראשי גם במקרה זה, עמד על היחס שבין העוולות הספציפיות שבפקודת הנזיקין, דוגמת תקיפה, הסגת גבול וכליאת שווא – שלצורך הוכחתן יש להוכיח את קיומם של כל יסודות העוולה – לעוולת הרשלנות, שהיא "עוולת מסגרת" הקובעת נורמת התנהגות כללית. בהמשך לכך הוא הסביר כי בכוחה של עוולת הרשלנות, שמבוססת על יסודות משפטיים נורמטיביים, להסדיר מכוח פרשנות שיפוטית מגוון רחב של נסיבות ומערכות יחסים. בלשון ציורית השמיענו השופט ברק כי העוולות שבפקודת הנזיקין אינן "איים" בודדים של אחריות שכל המוצא עוגן על אחד מהם אינו יכול להטיל עוגן גם באחר. העוולות השונות אף אינן "מגנטים" של אחריות שכל הנמצא בתחום המשיכה של אחת מהן ממילא מוצא מתחום המשיכה של עוולה אחרת. "העוולות בפקודה הן רשתות רשתות, המוטלות זו על גבי זו, על מערכת עובדתית נתונה" (עמ' 125). לפיכך גם אם אין מתקיימים היסודות של עוולה ספציפית, עדיין אפשר לבחון אם מוטלת על המזיק אחריות מכוח עוולת הרשלנות, שהיא עוולת מסגרת החולשת על מגוון של מצבים והתנהגויות.

עולה מכך שאפשר לתבוע גם מכוח עוולת הרשלנות. אבל האם אין משמעות לכך שהתביעה היא נגד רשות שלטונית שפעלה בהוצאת הדוח ובאכיפתו מכוח הסמכות הנתונה לה על פי החוק? השופט ברק הדגיש בהקשר זה כי שעתו היפה של המשפט הישראלי הייתה כשבוטלה החסינות המיוחדת של המדינה, שגם אותה קיבלנו ב"ירושה" מדיני חסינות הכתר הבריטי. לפיכך בתביעה בעילה של רשלנות אין הגנה שלפיה המעשה שעשתה הרשות השלטונית, היה בגדר סמכויותיה על פי הדין. המשמעות היא שכאשר רשות שלטונית פועלת באופן רשלני בהפעלת סמכויות הביצוע שמכוח החוק נתונות לה או מוטלות עליה, וכתוצאה מכך נגרם נזק, נתונה לנפגע זכות תביעה על יסוד עוולת הרשלנות.

בעניינו של גורדון נקבע כי על העירייה, שפעלה בהוצאת הדוח מכוח סמכויותיה השלטוניות, מוטלת חובת זהירות לפעול בסבירות ולנקוט אמצעי זהירות כדי שלא לגרום נזק מיותר. מעת שגורדון הסב את תשומת הלב של העירייה לכך שרישומי המחשב של משרד הרישוי אינם מעודכנים, היא לא הייתה יכולה לטמון את ראשה בחול, והיה עליה לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע את הנזק הצפוי כתוצאה מהוצאת דוח שגוי. בסיכומם של דברים נקבע כי על אדם סביר, ובכלל זה על רשות שלטונית התובעת בפלילים, מוטלות חובות זהירות מושגית וקונקרטית לצפות את התרחשותו של נזק כלפי מי שהוטרד כתוצאה מהליך פלילי שהוגש נגדו בטעות ומתוך רשלנות. עוד נקבע כי גם נזק שמתבטא בהטרדה בלבד שאינה נלווית לנזק גוף או רכוש, הוא נזק בר תביעה מכוח עוולת הרשלנות.

כפי שנאמר, עוולת הרשלנות נמצאת בליבם של דיני הנזיקין. "נוסחת הרשלנות" מוסיפה לרתק את עולם הנזיקין עד היום, ואף הוצעו דרכים נוספות להתבונן בה בפסקי דין מאוחרים יותר.<sup>1</sup> עם זאת אין מחלוקת על המרכזיות של עוולת הרשלנות ועל החשיבות של חובת הזהירות בתור בסיס משפטי ובסיס מוסרי להטלת אחריות על אדם בגין נזק שגרם לזולתו. הגדולה של עוולת הרשלנות נעוצה בכך שהיא קובעת עיקרון גמיש המבוסס על אמת מידה של "האדם הסביר" או "בעל המקצוע הסביר". עיקרון זה מתפקד כרקמה חיה ונושמת המאפשרת לביית המשפט לפתח את דיני הרשלנות מכוח פרשנות שיפוטית ולהתאימם למגוון רחב של מצבים. אותו כלל נורמטיבי חל על אדם שפגע שלא במתכוון ברכוש של שכנו, על הרופא שביצע ניתוח מוח חדשני, ועל רשויות השלטון הממלאות את סמכויות הביצוע שמוטלות עליהן מכוח החוק. אלה כאלה מחייבים בנורמת התנהגות המציפה מהאדם הסביר או מבעל המקצוע הסביר.

אכן, מנגד עשויה להישמע ביקורת כי פסק דין שמטיל אחריות בנזיקין הוא בגדר "חוכמה שלאחר מעשה", פרי ניתוח מושכל שנעשה בתנאים סטרייליים של אולם המשפטים. זוהי ביקורת שנמצאת לנגד עינינו ושחייבת לכוון את מעשינו. בית המשפט מנחה את עצמו להיזהר מקביעת אמות מידה לא ריאליות. הוא בוחן את התנהגות הנתבע על פי הידע והנסיבות שהיו ידועים או שהיו צריכים להיות ידועים "בזמן אמת", כלומר בעת ההתרחשות שגרמה לנזק. כך, למשל, אם מדובר בתביעה של רשלנות רפואית, הדברים ייבחנו על פי אמת המידה של "הרופא הסביר", בהתאם לידע הרפואי ולפרקטיקה הרפואית המקובלת שהיו נהוגים במועד האירוע.

לצד זאת, הפרשנות השיפוטית מאפשרת את התאמת הכלל הנורמטיבי שנחקק לפני שנות דור, למציאות החיים המשתנה. ובלשונו של השופט ברק בעניין גורדון: "דיני הנזיקין צריכים לפתור לא רק את בעיות העבר אלא גם את בעיות ההווה והעתיד. הם צריכים להיות גמישים ומותאמים לצורכי החיים המשתנים. לא מבצרים סגורים אלא ערים פתוחות, הקולטות סיכונים חדשים ואירועים שלא ניתן היה להעלות על הדעת את קיומם" (עמ' 125).

1 ראו ע"א 4486/11 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פ"ד סו(2) 682 (2013).

## על כלבים, מזרקים והעדפת הניזוק

ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990)  
דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003)

### רם וינוגרד

גבר בן שבעים ושלוש וילדה בת חמש, חבורת כלבי פרא ומזרק מאלחש. אלה ה"מרכיבים" העומדים ביסוד אחת מהמגמות בדיני הניזקין המודרניים בישראל: העדפת הניזוק בתנאים של ספק.

בבוקר לא עבות של יום 18.6.1981 יצא מר שמואל מלך, שמלאו לו זה לא כבר 73 אביבים, לצעידתו הנמרצת היומית סמוך לביתו בשכונת מגוריו. עת חלף ליד הבית של בני הזוג קורנהויזר, התנפלה עליו עדת כלבים פראיים ומסוכנים. שלושה מהם – שני כלבים מסוג רוטוויילר וכלב שלישי שככל הנראה היה מסוג רועה גרמני – קרעו את בשרו ושיברו את עצמותיו, בעודם מטלטלים אותו מהכביש למדרכה ככלי אין חפץ בו. עוברי אורח שהגיעו למקום לשמע זעקות השבר של מלך חששו מלהתערב בנעשה. התקיפה המזעזעת פסקה רק לאחר שבני הזוג קורנהויזר הגיעו למקום ועצרו בכלבים. שני כלבי הרוטוויילר שהשתתפו בתקיפה הקשה היו בבעלות קורנהויזר. זהות הכלב השלישי נותרה בגדר תעלומה. ככל הנראה היה מדובר ב"כלב רחוב" שהזדמן למקום. אין חולק שלכל הפחות חלק מהנזק נגרם בידי כלב זה. למלך נגרמו נזקים גופניים ונפשיים קשים ביותר כתוצאה מהתקיפה האכזרית.

השאלה שהתעוררה היא מי יישא בתוצאה המשפטית של התקיפה בידי כלב זה: האם הנפגע האומלל, שיפוצה רק על חלק יחסי מהנזק שנגרם לו, או שמא הבעלים של שני הכלבים הנוספים ישלמו את מלוא הפיצוי גם עבור הנזק שגרם כלב הרחוב שאינו באחריותם. מלך דרש כי קורנהויזר יפצו אותו בגין מלוא הנזקים שנגרמו לו. בית המשפט המחוזי קיבל את טענותיו וחייב את קורנהויזר לשלם למלך פיצוי עבור כל נזקיו. בית המשפט העליון קיבל את ערעורם וקבע שכל אחד משלושת הכלבים גרם בנשיכותיו לנזק נפרד, ניתן להבחנה. לפיכך על קורנהויזר לשאת רק בשני שלישים מהנזק שגרמו הכלבים למלך, לפי היחס המספרי בין שני כלבי הרוטוויילר שבבעלותם לכלב הרחוב. קביעה זו נהפכה בהמשך, ברוב דעות בדיון הנוסף שהתקיים בבית המשפט העליון בהרכב מורחב של חמישה שופטים (ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990)). בפסק דין זה נקבע כי מאחר שמדובר בנשיכות רבות שנגרמו בתקיפה אחת, הרי שאי אפשר להוכיח איזה כלב גרם לאילו נזקים. דעת הרוב קבעה כי זהו

מצב שבו כמה מזיקים נפרדים גורמים ל"נזק שאינו ניתן לחלוקה". במצב כזה זכאי הנפגע לתבוע מכל אחד מהמזיקים את מלוא נזקו.

פסק הדין בדיון הנוסף נפתח בחוות הדעת של השופט דב לוין, שפרס יריעה רחבה של הנמקות. בפתח דבריו הוא הבהיר כי הברירה העומדת לפני בית המשפט עוסקת במהותה בשאלה האם כשמתעורר ספק, יש להעדיף את הניזוק או את המזיק. תוצאת פסק הדין יכולה להיות אחת משתיים: או שמלך יזכה בפיצוי רק בגין חלק מהנזקים אף שהיה עובר אורח "חף מכל אשם", או שקורונהויוזר יפצו אותו על מלוא הנזק, ולמעשה יישאו גם בתוצאות התקיפה של כלב שאינו בבעלותם ושהם אינם אחראים למעשיו. ההכרעה של השופט דב לוין הייתה כי "במקרי גבול" יש להעדיף את הניזוק (עמ' 96). שני שופטים נוספים שהגיעו לאותה מסקנה, השופטים שלמה לוין ותיאודור אור, הסתפקו באמירה שהכלבים נחשבים למזיקים נפרדים שגרמו לנזק אחד שאינו ניתן לחלוקה. בנסיבות אלה היה על קורונהויוזר להוכיח איזה נזק גרם כל אחד מהכלבים, והם לא עמדו בנטל זה. לפיכך עליהם לפצות את מלך על מלוא הנזק שנגרם לו. השופטת נתניהו, שהייתה בדעת המיעוט בהליך הראשון בבית המשפט העליון ושדעתה התקבלה עתה בידי הרוב, הוסיפה לדברים תוך שהיא אומרת כי ניסיון להפריד בין הנזקים שנגרמו למלך "שאת בשרו אכלו הכלבים ואת עצמותיו שברו בהתנפלות הנוראה", יביא לתוצאה "מלאכותית, שרירותית ובלתי מתקבלת על הדעת" (עמ' 131-132). מנגד, השופט בך, שנותר במיעוט, סבר כי גם אם לעיתים יש מקום להעדפת הניזוק, הרי שההצדקה לכך היא רק כאשר הוא נותר ללא פיצוי ולא כאשר הוא זוכה לפיצוי חלקי.

התוצאה המעשית של פסק הדין היא שבמקרים שבהם גרמו כמה מזיקים לנזק "שאינו ניתן לחלוקה", יהיה על כל אחד מהם להוכיח איזה חלק באחריות מוטל על חבריו. אם לא יעשה כן, יהיה אפשר לתבוע ממנו את מלוא הפיצוי. מאחר שבפועל אי אפשר בדרך כלל להוכיח זאת, יכול הנפגע לתבוע כל אחד מהמזיקים על מלוא הנזק. מטבע הדברים הנפגע תובע את המזיק שכיסו "עמוק" יותר. זה ייאסף לשלם את מלוא הסכום, ולנסות לגבות חלק יחסי מהאחרים.

פסק הדין הפך לאבן היסוד בכל דיון הנוגע לחלוקת אחריות בין מזיקים שפעלו בנפרד ושגרמו לנזק שלא ברור אם ניתן להפרידו. דיונים סוערים נערכו – ונערכים – בעקבותיו בפקולטות למשפטים, בספרות ובפסיקה המאוחרות לו. אלה כללו העלאת הגדרות שונות לתת-קטגוריות אפשריות לנזקים שאינם ניתנים לחלוקה, תוך הצגת דוגמאות יצירתיות ביותר למגוון תרחישים שבהם אפשר אולי להחיל את הכלל, והעלאת שאלות סבוכות נוספות.

שאלת העדפת הניזוק עמדה גם במרכז ההתדיינות בפרשה נוספת, גם היא טרגית: ביום 5.4.1984 הגיעו רביד משה בת החמש ואימה למרפאת השיניים "שילון" באשקלון לצורך ביצוע סתימה בשיניים של רביד. מרפאת השיניים הוקמה במסגרת פרויקט שיקום שכונות בתמיכת הקהילה היהודית באנגליה, ובכל עת עבדו בה בהתנדבות רופאי שיניים מאנגליה. אחד מהם, ד"ר קליפורד, טיפל ברביד. הוא הזריק לה זריקת אלחוש בלסת התחתונה והפנה אותה לצילום בחדר הסמוך. נראה שהתהליך הפחיד את רביד, שניסתה להימלט מחדר הצילום. במהלך

ניסיון הבריחה הבחינה אימה שהיא נוטה על צידה. רביד הפכה מנומנמת. היא הובהלה לבית החולים ושם אובחנה אצלה פגיעה נוירולוגית קשה. לדאבון הלב התברר כי לרביד נגרמו הפרעות קשות, שבאו לידי ביטוי בחולשה קשה של פלג הגוף השמאלי, בירידה קוגניטיבית ובפגיעות נוספות. רביד, באמצעות הוריה, תבעה את ד"ר קליפורד בטענה שהתרשל.

לא הייתה מחלוקת כי בספרות הרפואית לא דווח מעולם על נזקים מעין אלה כתוצאה מזריקת האלחוש. עם זאת, היה ברור שדבר מה הקשור בביצוע הזריקה גרם לנזקים. כלומר, הנזק היה תוצאה עובדתית של המעשה. ככל הנראה הנזק נגרם מחדירת המזרק לעורק הממוקם בלסת. משם חומר האלחוש נדד למוח, גרם להיצרות של כלי דם ולקריש. חדירה של המזרק לעורק הייתה מוכרת בספרות הרפואית, אך עד למקרה של רביד הנזקים הידועים היו קלים וחולפים. אלא שזו הפעם, לראשונה בהיסטוריה הרפואית הידועה, הנזק היה קשה וקבוע. את הנזק היה אפשר למנוע אילו הרופא היה משתמש במזרק המאפשר שאיבה מוקדמת, שבעזרתה אפשר לוודא כי המחט לא חדרה לכלי דם. אלא שהרופא השתמש במזרק שאינו שואב.

מכאן ההתלבטות: האם יש לפצות ילדה שעולמה חרב עליה על לא עוול בכפה, גם אם משמעות הדבר היא להטיל אחריות על רופא מתנדב שלא צפה את הנזק מאחר שמעולם לא דווח על שכמותו קודם לכן?

בית המשפט המחוזי קבע שאי אפשר לדעת בוודאות מה גרם לנזק, ושלא הוכח עובדתית כי מדובר בתרחיש שהיה אפשר למנוע בדרך כלשהי. מטעם זה הוא דחה את התביעה. הערעור על כך נדחה תחילה בבית המשפט העליון, אבל התוצאה השתנתה גם כאן בסופו של דבר בדיון נוסף שנדון לפני הרכב מורחב (דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003)).

בפסק הדין שניתן בהליך הערעור בבית המשפט העליון, העמדה של שופטי הרוב הייתה שבמקרה שבו אפשר לצפות רק נזק קל ממעשה, אין מוטלת חובה משפטית לצפות נזק חמור ששונה ממנו באופן מהותי. לעומת זאת, בדיון הנוסף נהפכה הקערה על פיה. דעת הרוב הדגישה (מפי השופט אור), שהזרקה ללא שאיבה היא פעולה רשלנית. פסק הדין הסתמך בהקשר זה, בין היתר, על כך שהזרקה כזו מנוגדת להוראות היצרן של חומר ההרדמה שקליפורד השתמש בו.

אשר לשאלה אם הנזק שנגרם הוא צפוי, נשען המענה על ההנחה שבשלב ראשון נגרם לרביד נזק קל וצפוי, ורק לאחר מכן התפתח נזק קשה. על נזק זה הוחלו העקרונות של "ריחוק הנזק" ו"הגולגולת הדקה". סוגיית "ריחוק הנזק" עוסקת במקרה שבו נגרם לאדם נזק גוף וכתוצאה ממנו התפתחו נזקים נוספים מ"מעגל שני". לא כל נזק מ"מעגל שני" הוא כזה שיש לפצות בגינו. לדוגמה, טענה כי יש לפצות על נזקים שנגרמו מכך שבשל הפגיעה הנפגע לא נסע לפגישת עסקים, הפסיד הזדמנות עסקית טובה, כפועל יוצא מכך לא יוכלו ילדיו ללמוד באוניברסיטת יוקרה, ייגרמו להם הפסדי הכנסה עתידיים, ונכדיו יאלצו לחזור על הפתחים – אינה טענה. אבל בית המשפט סבר שהנזק שנגרם לרביד לא היה מרוחק עד כדי כך. נוסף על כך, העיקרון של "הגולגולת הדקה" קובע שהמזיק מקבל את הניזון כפי שהוא. גם אם גולגולתו של דקה כקליפת ביצה, ומכה שהייתה גורמת לנזק קל לאדם מהשורה תבקע את גולגולתו של

ניזוק זה, יישא המזיק בתוצאה המשפטית של מעשיו. בית המשפט סבר שכך היה בעניינה של רביד. נוסף על הנמקות אלה, שנטועות בדיני הנזיקין המסורתיים, הוסיף השופט אור הנמקה שעניינה נטיית מאזני הצדק: אין זה צודק כי הניזוק החף מאשמה יישא בנזק שהביא עליו המזיק, שהתירשל במעשיו ושגם צפה אפשרות לנזק קל. במקרה מעין זה יש להעדיף את הניזוק.

הקביעות בפסק הדין בעניין קליפורד טשטשו את הגבול בין מעשה צפוי למעשה לא צפוי. אם עד לפסק הדין רווחו בדיני הנזיקין ההנחה וקביעות בית המשפט שלפיהם אדם לא יחויב לפצות אדם אחר בשל נזק שלא היה אפשר לצפות, היה נראה שפסק הדין בעניין קליפורד טרף את הקלפים בסוגיה. בכלל זה הועלו הטענות כי מדובר במקרה של "hard cases make bad law", וכי פרשנות אפשרית של קביעותיו תביא להרחבה בעייתית של גודרי האחריות ברשלנות.<sup>1</sup>

בשני המקרים שתוארו לעיל, דן בית המשפט והכריע בסוגיות ליבה של דיני הנזיקין. אלא שנראה כי אגב העיסוק בסוגיות אלה הוכשרו הלבבות לביסוס כלל של "העדפת הניזוק", שהשימוש בו הפך לרווח יותר בעשורים שלאחר מכן, בהשראת עקרונות של צדק מתקן.<sup>2</sup> לכך נוספה הנמקה כלכלית, שנשענת על התמריצים שעומדים לצדדים ועל האפשרות לפיזור הנזק באמצעות חלוקתו בין כמה מזיקים. רעיון פיזור הנזק נשען לעיתים קרובות על ההנחה שבמרבית הפעמים המזיקים מבוטחים, והתשלום לניזוק יתגלגל לחברת הביטוח וממנה לכלל משלמי הפרמיות.

הנמקות עקרוניות אלה הן שעמדו בבסיס כמה הלכות נוספות שיצאו מבית מדרשו של בית המשפט העליון, ושהובילו להעדפת הניזוק על פני המזיק בכמה הקשרים. דוגמה ראשונה שאפשר להזכיר נוגעת לאותם מקרים שבהם קיימת "עמימות עובדתית" לגבי הסיבה שגרמה לנזק. השופטת נאור קבעה כי בתחום זה יש הקלות שיעמדו לרשותם של ניזוקים בלבד ולא לרשות המזיק. זאת מהטעם שקיימת "א-סימטריה מוסרית" בין המזיק שהוכח שהתירשל, לניזוק. הנזק הוא נחלת הניזוק, "לפיכך, גם הפתרון הוא נחלתו של הניזוק ולא של המזיק" (דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול, פ"ד סד (1) 533, 701 (2010)).<sup>3</sup> דוגמה שנייה להעדפת הניזוק אפשר להביא מהסוגיה של "אובדן סיכויי ההחלמה". לעיתים טיפול רפואי לא נכון גורם להפחתת סיכויי ההחלמה של המטופל. לדוגמה: לחולה במחלה קשה קיים סיכויי החלמה של 60%. בעקבות טיפול רשלני ירדו סיכויי ההחלמה ל-30%. בפועל

1 נראה שחשש זה פס מן העולם בעקבות פסק הדין שניתן ברע"א 4394/09 לנדרמן נ' סג"ב הנדסה ושות' (1993) בע"מ (30.12.2010).

2 ראו למשל דברי השופט (כתוארו אז) ניל הנדל בע"א 6894/15 זלצר נ' צבירי, פסקה 22 (7.9.2017): "התוצאה של העדפת הניזוק על פני יתר המזיקים מוצדקת בראי הצדק המתקן והשבת המצב לקדמותו, שכן רשלנותם של יתר המזיקים הובילה לנזק שנגרם לניזוק".

3 ראו רשימתו של גיא שני בספר זה, עמ' 415.

החולה לא החלים. הכלל הבסיסי בתחום זה הוא שהמטפל המזיק צריך לשלם למטופל פיצוי יחסי לפי אחוז סיכויי ההחלמה שהופחת. בהמשך לכך נקבע כי אם המטופל יוכיח שאיבד למעלה מ-50% מסיכויי ההחלמה, הוא יקבל פיצוי על מלוא הנזק, וכי הכלל הזה חל באופן א-סימטרי לטובת ניוזקים בלבד. השופט עמית נימק קביעה זו בכך שהחלת כלל א-סימטרי לא תשנה את התמריצים של המזיקים, ושהיא נתמכת בשיקולים של צדק מתקן ושל צדק מחלק (ע"א 3900/14 ל' ד' נ' המרכז הרפואי הלל יפה (2.12.2015)).

דוגמה שלישית ואחרונה נוגעת לכלל החל על הפחתה מהפיצוי בגין גמלאות שישולמו לנפגע. כאשר אדם נפגע במעשה נזיקין והוא זכאי גם לגמלה מהמוסד לביטוח לאומי, "מנכים" את סכום הגמלה מהפיצוי. הן הפיצוי והן ה"ניכוי" מחושבים על פי תוחלת חיי הנפגע. קביעת תוחלת החיים לצורך החישוב נעשית על בסיס טבלאות של תוחלת חיים ממוצעת. אם מומחה רפואי קובע שתוחלת החיים היא אחרת, הניכוי אמור להיות מבוצע לפי תוחלת חיים זו. אלא שבית המשפט העליון קבע כי את קיצור תוחלת החיים ה"אמיתית" בעת ניכוי גמלאות המוסד לביטוח לאומי, אפשר להביא בחשבון רק כשהנתון פועל לטובת הנזוק ולא כשהוא פועל לטובת המזיק (ע"א 2278/16 פלונית נ' מדינת ישראל (12.3.2018)).

הייחוד בקביעות אלה אינו בעצם העובדה שעניינו של הנזוק זכה לעדיפות. המחוקק עצמו מצא לנכון להעדיף את הנזוק בכמה הקשרים הנוגעים לדיני הנזיקין, בעיקר בכל הנוגע לדרכי חישוב הפיצוי, מסיבות סוציאליות ואחרות. אלא שהעדפה לצורך חישוב הפיצוי בגין הנזק שנגרם לניזוק אינה זהה להחלת כלל שהוא באופן מוצהר א-סימטרי. ההנחה שלפיה ראוי ונכון לקבוע כללים א-סימטריים במשפט, אינה נקיה מספקות. היא עומדת בניגוד לעקרון העל הדוגל בשוויון. יש צורך בהנמקות כבדות משקל שמעוגנות בעקרונות יסוד, כדי שיהיה אפשר לסטות מעיקרון זה. אלמלא פסקי הדין פורצי הדרך בעניין מלך ובעניין קליפורד ספק אם היה אפשר להגיע לאותה קפיצת מדרגה חשיבתית המטילה כלל א-סימטרי שפועל לטובת הנזוק לבדו.

הכלל בדבר העדפת הנזוק מעורר התלבטויות לא פשוטות. דומה שיש מקום לנטייה להעדפת הנזוק כאשר השיקול הכלכלי של פיזור הנזק מתקיים. כך, לדוגמה, כאשר הנתבע הוא גוף מסחרי-כלכלי גדול ומבוטח. שאלה נפרדת היא האם יש די הצדקות להפעלתו גם במישור היחסים כלפי מזיק לא מבוטח, אז יש לאזן אך בין שיקולי צדק מתקן לזכויות המזיק ולעקרון השוויון. שאלה זו עוד תוסיף להתלבן.

# שאלות של "שנים אבודות" ו"סיבתיות עמומה": צדק והרתעה בדיני הנזיקין

ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר  
העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004)  
דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל - חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533 (2010)

## גיא שני

דיני הנזיקין נועדו בראש ובראשונה לעשות צדק, אבל הדרך אל הצדק קשה ורצופה מהמורות. כיצד משיגים צדק כאשר ילד נופל לבור ונהרג, ומשפחתו דורשת פיצוי בגין הפסד השכר שהילד היה צפוי להרוויח בבגרותו? ומהו הצדק כאשר תינוקת נולדת עם שיתוק מוחין לאחר עיכוב בביצוע הניתוח הקיסרי, ולא ברור אם מצבה היה טוב יותר אלמלא הרשלנות? על פי דיני הנזיקין, הצדק יוגשם אם המזיק ישיב את המצב של הניזוק לקדמותו. אבל מהי השבת המצב לקדמותו? הרי אי אפשר באמת להזיז את מחוגי השעון לאחור ולהעלים את תוצאות העוולה. אדם שאיבד את ידו בתאונה רשלנית יישאר גידם. אדם שאיבד את חייו לא ישוב לחיק משפחתו. התשובה של דיני הנזיקין היא שיש לשאוף להשיב את המצב לקדמותו עד כמה שאפשר, באמצעות פיצוי כספי. לצד שאיפה זו, שמתמקדת במזיק המסוים ובניזוק המסוים, ישנה תכלית נוספת לדיני הנזיקין: יצירת הרתעה יעילה מפני ביצוע עוולות. שתי מטרות אלה – צדק והרתעה – יוצגו כאן בהקשר של שתי פרשות מטלטלות מבחינה אנושית ומבחינה משפטית.

פרשה אחת היא עניין מיכאל אטינגר ז"ל (ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004)). מיכאל, נער בן 12, השתעשע עם חברו באתר משחקים ברובע היהודי שבעיר העתיקה בירושלים. לפתע נפל לבור בלתי מגודר ונחבל בראשו. הוא נפטר ביום המחרת. בני משפחתו הגישו תביעת נזיקין נגד גורמים שונים, ובהם עיריית ירושלים והחברה לשיקום הרובע היהודי. המחלוקת בין הצדדים התמקדה בשאלה מהו גובה הפיצוי שמגיע לתובעים בעקבות האירוע הנורא, ובעיקר: האם זכאים התובעים לפיצוי בגין "השנים האבודות".

מהי משמעות המונח המסתורי "השנים האבודות"? בתמצית, הכוונה לשנות החיים שהנפגע איבד בשל התאונה. השאלה שנשאלה בפרשת אטינגר הייתה האם היררשים של מיכאל יפוצו על אובדן ההשתכרות שלו בשנים אלה. וכאן המקום להבהיר: איש אינו חולק על כך שאדם שנפגע בתאונה ושאבד מיכולת ההשתכרות שלו, יפוצה על כך. לעומת זאת,



התעוררה מחלוקת של ממש בשאלה האם מי שמת כתוצאה מן התאונה יפוצה (וליתר דיוק: יורשיו יפוצו) בגין אובדן ההשתכרות בשנים שבהן לא יחיה. במבט ראשון, עצם השאלה מעלה תמיהה: כלום ייתכן כי אדם שנפגע באירוע נזיקין ושנגרם לו מום, יהיה זכאי לפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות, ואילו אדם שהפגיעה בו ובכושרו להשתכר היא הפגיעה המוחלטת – זו שאין קשה ממנה – לא יהא זכאי לכך? הרי אם נאמר שלראשון קמה זכות לפיצויים ולשני לא, נדע מייד שבהיבט המשפטי הנזיקי זול יותר להרוג מאשר לפצוע.

חרף התמיהה זו הייתה ההלכה הפסוקה במשך שנים ארוכות. היא נקבעה בפסק דין תקדימי שניתן בשנת 1982 בעניין הילדה שרון גבריאל ז"ל, שגם היא נהרגה בתאונה (ע"א 295/81 עיזבון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו(4) 533 (1982)). פסק דין זה ניתן בדעת רוב (של הנשיא יצחק כהן בהסכמת השופטים שמגר וביסקי). שופטי הרוב היו ערים לחוסר הצדק הגלום בכלל זה, אבל סברו שהעיוותים הכרוכים בהכרה בפיצוי עבור "השנים האבודות" גדולים יותר. "הרעיון, שלילד שנהרג בתאונה נגרם נזק על-ידי כך שנשללה ממנו האפשרות לעבוד ולהשתכר במשך כל תקופת חייו עבודה רגילים" – כך כתב הנשיא כהן – "מוציא את משמעות הביטויים 'נזק ממוך' ו'אבדן נכס' ממובנם הרגיל ונותן להם משמעות בלתי מציאותית" (עמ' 571-572). שני שופטים היו בדעת מיעוט: השופט אהרן ברק והשופט שלמה לוין. השופט ברק כתב בפסק דינו שכושר ההשתכרות הוא נכס השייך לבעליו, ושפגיעה בנכס זה ראוי שתזכה את הניזוק או את עיזבונו בפיצויים. אולם, כדרכם של דברים, המיעוט נותר מיעוט, והרוב התווה את הדרך. דרך ארוכה, כעשרים שנים שבהן "השנים האבודות" היו, אכן, אבודות.

כזה היה המצב המשפטי עד לשנת 2004, עת התכנס פעם נוספת הרכב מורחב של בית המשפט העליון, זו הפעם בראשות הנשיא ברק, ולצידו השופטים אור, מצא, דורנר וריבלין, לדון בתביעת עיזבון אטינגר ולבחון בשנית את סוגיית "השנים האבודות". בפסק הדין, שכתב השופט ריבלין בהסכמת כל חברי ההרכב, נקבעה הלכה חדשה. לפי פסק הדין, ניזוק שתוחלת חייו קוצרה עקב מעשה עוולה, זכאי לפיצוי עבור אובדן יכולת ההשתכרות ב"שנים האבודות". זכאות זו מתקיימת בין שהנפגע נהרג בתאונה או סמוך לאחריה (ואת התביעה מגישים יורשיו הבאים בנעליו), ובין שהנפגע עודנו חי אבל צפוי לחיים קצרים יותר בשל התאונה. פסק הדין שניתן בעניין אטינגר מושתת על העיקרון הבסיסי של הפיצוי בנזיקין: השבת המצב לקדמותו. מטרת הפיצויים היא להעמיד את הנפגע במצב שבו היה אלמלא אירוע הנזיקין, עד כמה שאפשר לעשות כן באמצעות תשלום כסף. זו גם תכלית הפיצוי בגין אובדן יכולת ההשתכרות. בין שמדובר בניזוק שנותר עם פגיעה גופנית ובין שמדובר בניזוק שחייו קוצרו, זה וגם זה איבדו מן היכולת לממש את פוטנציאל ההשתכרות. וכשם שהראשון זכאי לפיצוי בגין ההפסד הזה – כך גם השני. בית המשפט העליון הוסיף ופירט שיקולים של צדק ושל הרתעה יעילה התומכים בכך שזנק כה כבד – איבוד כושר ההשתכרות ב"שנים האבודות" – לא יישאר ללא פיצוי. נקבע שאין מקום להפחית את הפיצוי רק משום שנוסף על הפגיעה ביכולת ההשתכרות של הניזוק, גרם המזיק גם לקיצור תוחלת חייו. אומנם, קיצור תוחלת החיים משמעותו שהניזוק

עצמו לא יוכל ליהנות מכספי הפיצויים, ואלה יעברו ליורשיו ולבני המשפחה התלויים בו. אבל תוצאה זו נובעת מדיני הירושה ואינה משליכה על עצם הזכאות לפיצוי. אדרבה: יתרון נוסף, סוציאלי במהותו, שצומח מן ההכרה בזכות לפיצויים בגין "השנים האבודות", הוא פתרון הבעיה של התלויים בניזוק-המנוח, שנותרו ללא תמיכה כלכלית ולעיתים גם ללא אפשרות עצמאית לתביעה.

פסק הדין בעניין **אטינגר** שיווה לנגד עיניו שיקולים של צדק ושל הרתעה יעילה וביקש למנוע מצב שבו נזק גדול יישאר ללא מענה מכוח דיני הנזיקין. שיקולים דומים ושאיפה דומה הדריכו את בית המשפט העליון בפרשה נוספת, שהסעירה את עולם הנזיקין כמה שנים לאחר מכן: פרשת **מלול** (דנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל - חיפה נ' מלול**, פ"ד סד(1) 533 (2010)). עדן מלול נולדה בטרם עת (מצב של פגות), ונמצא שהיא לוקה בשיתוק מוחין. בית המשפט קבע שהצוות הרפואי איחר לבצע ניתוח קיסרי, ועל כן התרשל. עם זאת, נמצא כי הסיכוי שהתרשלות זו גרמה למחלת הפעוטה הוא נמוך, כ-20% בלבד. רוב הסיכויים הם שהנזק היה נגרם גם אלמלא האיחור בניחוח, משום שהתינוקת נולדה פגה (ועל כך לא הייתה לרופאים השפעה). האם בנסיבות אלה יש מקום להטיל אחריות על בית החולים ולחייבו לפצות את עדן? על פי כללי ההוכחה המסורתיים, התשובה לשאלה זו היא בשלילה. אדם שמגיש תביעת נזיקין אינו יכול להסתפק בהוכחה שהנתבע התרשל. עליו להוכיח גם את **הקשר הסיבתי** בין ההתרשלות לנזק. במקרה של מיכאל אטינגר לא היה קושי לקבוע שקיים קשר סיבתי, כלומר שאלמלא ההתרשלות (הותרת בור בלתי מגודר) - לא היה נזק. אבל לעיתים הקשר הסיבתי עמום יותר ומוטל בספק. כדי לזכות בתביעה, על התובע להוכיח את הקשר הסיבתי בהסתברות של 51% לפחות. אם יצליח בכך, יקבל פיצוי **מלא** על הנזק שנגרם לו. אם לא יצליח בכך - גם אם הקשר הסיבתי יוכח ב-49% או אפילו ב-50% - התובע יצא **בלא כלום**. כלל זה - של "הכול או כלום" - מונח בבסיס משפט הנזיקין והמשפט האזרחי כולו. זהו כלל "אכזרי" לעיתים שעשוי לגזור גורלות על פי אחוז אחד לכאן או לכאן. עם זאת, מדובר בכלל נחוץ שמאפשר לבית המשפט להכריע גם במצבים של אי ודאות.

וכאן יש לשאול: האם הכלל של "הכול או כלום" נכון ומוצדק תמיד, או שמא ראוי לקבוע לו חריגים? כדי להמחיש את ההתלבטות, נִשְׁנָה לנגד עינינו מפעל מזהם שגורם לעלייה בשיעור התחלואה בסרטן בשכונה הסמוכה. הנתונים הסטטיסטיים מלמדים שיש אחוז גבוה יותר של חולים בשכונה מאשר באוכלוסייה הכללית. עם זאת, בשל מגבלות הידע האנושי אי אפשר לדעת לגבי כל חולה בשכונה אם מחלתו נגרמה בשל החשיפה לזיהום, או שמא אינה קשורה לכך. נניח שאחד החולים תובע את המפעל ומצליח להראות באמצעות ראיות סטטיסטיות אפידמיולוגיות שהסיכוי שקיים קשר סיבתי בין התרשלות המפעל למחלתו הוא 30%. לפי כללי ההוכחה הרגילים, התביעה תידחה שכן ההסתברות לקיום קשר סיבתי אינה חוצה את רף ה-50%. האם זו תוצאה צודקת? והאם היא עולה בקנה אחד עם השאיפה ליצור הרתעה מפני גרימת זיהומים סביבתיים?

אם כן, ישנם מצבים של "סיבתיות עמומה", שבהם הוכח שהנתבע התרשל כלפי התובע, והוכח גם שהתובע סובל נזק, אבל אין אפשרות מדעית להוכיח ב-51% שקיים קשר סיבתי. כך היה גם בפרשת מלול, שבה כאמור הקשר הסיבתי בין התרשלות הצוות הרפואי למחלה של הפעוטה הוכח בהסתברות של 20% בלבד. אבל השופט גריל בבית המשפט המחוזי (ת"א (מחוזי חי') 1058/94 מלול נ' בית חולים "כרמל" חיפה (18.7.2002)) ואחר כך גם המשנה לנשיא מצא והשופטים נאור וג'ובראן בבית המשפט העליון (ע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005)) סירבו לדחות את התביעה. נפסק שכאשר השיטה של "הכול או כלום" גורמת לאי צדק, אפשר לחרוג ממנה ולאמץ כלל של "פיצוי לפי סיכוי" (ובניסוח אחר: אחריות יחסית). משמעות הדבר היא שבית המשפט יפסוק לתובע פיצוי חלקי בהתאם למידת ההוכחה של הקשר הסיבתי. כך למשל במקרה של עדן מלול נקבע פיצוי בשיעור של 20% מן הנזק, בהתאם להסתברות שקיים קשר סיבתי בין התרשלות הצוות הרפואי למחלה.

קביעה זו הייתה כה חדשנית עד שנמצא כי ראוי לכנס את בית המשפט העליון לדיון נוסף, הפעם בהרכב של תשעה שופטים. בדיון ניצבו זו מול זו שתי גישות מתחרות. דעת הרוב, שמנתה חמישה שופטים, קבעה שבדרך כלל אין להכיר בחריג של אחריות יחסית במקרים של סיבתיות עמומה (הנשיאה ביניש והשופטים ריבלין, פרוקצ'יה, לוי וגרוניס). דעת הרוב הדגישה את היתרונות של כלל ההכרעה המסורתית, הכלל של "הכול או כלום" לפי מאזן ההסתברויות. הוא מקדם הוגנות ויעילות, מכווין התנהגות ומצמצם טעויות שיפוט. שופטי הרוב הביעו חשש שחריג האחריות היחסית יביא עימו פריצת גבולות ויפחית ודאות במשפט. חלקם סברו שמדובר ב"מהפכה" שאינה מתאימה ל"חקיקה שיפוטית". מצידו השני של המתרס התמקמו ארבעה שופטים שתמכו בחריג האחריות היחסית (השופטים נאור, רובינשטיין, ג'ובראן וארבל). לפי דעת המיעוט, חריג זה יחול במקרים שבהם הוכח שהנתבע התרשל, והוכח גם שההתרשלות היא גורם סיכון משמעותי לנזק, אבל הניזוק ניצב בפני קושי מובנה להוכיח ב-51% קשר סיבתי (בשל מגבלות הידע והמדע). במקרים אלה יוכל בית המשפט לפסוק פיצוי לפי סיכוי כדי למנוע תוצאה בלתי צודקת. גם שופטי המיעוט מנו שיקולים שונים שתומכים בגישתם, בראש ובראשונה חתירה לצדק, וסברו שאפשר לאמץ חידוש זה גם בדרך של פסיקה (להבדיל מחקיקה).

כך, הפור נפל על חודו של קול. חריג האחריות היחסית שנקבע בשלב הערעור – בוטל בדיון הנוסף. עם זאת, דעת הרוב הותירה פתח לפסיקת פיצוי לפי סיכוי במקרים מסוימים של נזק קבוצתי. כדי לזהות את המקרים הללו נשוב לדוגמת המפעל המזהם. שם, כזכור, המפעל יצר סיכון כלפי קבוצה גדולה של ניזוקים אפשריים (תושבי השכונה). אצל חלק מהתושבים שחלו בסרטן, הסיבה לכך היא החשיפה לזיהום, ואצל אחרים המחלה אינה קשורה למפעל. בעיית הסיבתיות העמומה מתבטאת בחוסר האפשרות להבחין בין אלה לאלה. על פי הכלל הרגיל של "הכול או כלום", אם ההסתברות לקיום קשר סיבתי אצל כל חולה אינה חוצה את רף ה-50%, כל התביעות תידחנה והמפעל יהיה חסין מפני אחריות בנוזקין. המשמעות היא

שהניזוקים יישארו ללא פיצוי, ובד בבד תיפגע הרתעת המזיק מפני התנהגות רשלנית. כל זאת אף שברור כי המפעל גרם נזק לאנשים מסוימים, בלתי מזהים, בתוך קבוצת החולים (בשונה מהמקרה של מלול, שבו רוב הסיכויים – 80% – שבית החולים לא גרם נזק כלשהו).

השופט ריבלין, שכתב את פסק הדין המרכזי של דעת הרוב, ביקש לתת מענה למקרים מסוג זה באמצעות חריג שהוא כינה "חריג ההטיה הנשנית". מדובר בחריג לכלל של "הכול או כלום". הוא מאפשר לבית המשפט לפסוק פיצוי לפי סיכוי אם מתברר שהתובע באותו הליך משתייך לקבוצה של ניזוקים שנחשפו כולם לסיכון דומה שיצר מזיק אחד. ההיגיון של חריג ההטיה הנשנית נעוץ בכך שהמזיק ישלם בסופו של דבר פיצוי לפי הנזק החברתי שגרם, והניזוקים האפשריים יתחלקו בפיצוי. הינה דוגמה מספרית: נניח שבדוגמת המפעל המזהם ישנם 100 חולים בשכונה, ומבחינה סטטיסטית 30 חלו בגלל הזיהום, והשאר – בגלל סיבות אחרות. נניח גם שכל אחד מהחולים סובל נזק של מיליון ש"ח. בנתונים אלה הנזק החברתי שהמפעל גרם הוא 30 מיליון ש"ח. בעולם של מידע מלא המפעל היה משלם פיצוי מלא של מיליון ש"ח לכל אחד מ-30 החולים שניזוקו בגלל החשיפה. אבל על פי הידע האנושי הקיים אי אפשר להבחין בין החולים מחמת ההתרשלות לשאר החולים. על פי חריג ההטיה הנשנית, ישולם פיצוי של 300,000 ש"ח לכל אחד מ-100 החולים. כך ישלם המזיק פיצוי כולל בסך של 30 מיליון ש"ח – סכום זהה לנזק הסביבתי האמיתי – ותושג הרתעה יעילה.

האם המקרה שנדון בפרשת מלול מתאים לחריג ההטיה הנשנית? התשובה לכך שלילית. עדן מלול לא הייתה שייכת לקבוצה של ניזוקים שנחשפו לסיכון דומה. היא מקרה בודד. לכן החריג אינו חל, ומכיוון שהקשר הסיבתי בין מחלתה להתרשלות הרופאים הוכח רק ב-20%, דין תביעתה להידחות. עם זאת, בית המשפט העליון קבע שמסיבות מעשיות ומכיוון שמדובר בהליך של דיון נוסף המתמקד בסוגיה המשפטית, משפחת מלול לא תידרש להשיב כספים שכבר שולמו לה על פי פסק הדין בערעור.

ראוי לציין כי ניסיונות שנעשו מאז פרשת מלול להוכיח את התנאים של חריג ההטיה הנשנית, לא צלחו. כך היה למשל בתביעה הקשורה לפרשת רמדיה הידועה (שעסקה בשיווק תחליף חלב פגום),<sup>1</sup> וכך היה גם בתביעה שנסבה על זיהום מימי נחל הקישון.<sup>2</sup> היו שטענו כי דיני הנזיקין לא בהכרח מתאימים לטפל במקרים של נזקים קבוצתיים (לגבי החיילים שצוללו במי הקישון נקבע הסדר שמקל להכיר בחלקם לפי דיני השיקום של משרד הביטחון). כך או כך, במישור העקרוני אין ספק שפרשת מלול פרצה דרך לא רק בסוגיה המורכבת של סיבתיות עמומה, אלא גם בעצם הגדרת התפקיד של דיני הנזיקין והיקף התפרסותם. זאת על רקע אתגרים חדשים שקשורים באורח החיים המודרני, כגון התמודדות עם עולות המוניות, זיהומים סביבתיים ונזקים חברתיים רחבי היקף.

1 ע"א 1415/13 ל' ב' נ' היינץ רמדיה בע"מ (22.7.2014).

2 ע"א 6102/13 עצמון נ' חיפה כימקלים בע"מ (24.9.2015).

# איך ראש נזק נולד? על עלי דעקה ולידתה של "הפגיעה באוטונומיה"

ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999)

## שרון צנציפר-הלפמן

מיאסה עלי דעקה אושפזה בבית חולים לשם ביצוע ניתוח מתוכנן בכף רגלה. כעבור חמישה ימים היא שוחררה מבית החולים משותקת בכתף. התברר כי ממש לפני ביצוע הניתוח החליטו רופאיה לנתחה בכתף בשל בעיה רפואית אחרת. מקרה חריג זה הוביל לפסיקת בית המשפט העליון שלפיה יש לפצות את מיאסה בגין עצם הפגיעה בזכותה לקבל החלטות על גופה. כך נולד ראש נזק חדש, פרי פיתוח מקורי של המשפט הישראלי: "הפגיעה באוטונומיה".

מיאסה סבלה מאז לידתה מדפורמציה בכף רגלה השמאלית. כחצי שנה לפני הניתוח היא החלה לסבול מכאבים בכתפה הימנית. היא עברה בירור רפואי ועלה חשד לגידול ממאיר. מיאסה נבדקה בקופת החולים, שם נמסר לה על הממצא בכתפה, והוסבר לה שהוא מצריך בירור באמצעות ביופסיה בנייתוח כדי להגיע לאבחנה ברורה ולשלול את החשד שמדובר בגידול. עם זאת, הרופא לא הצביע על דחיפות הניתוח, ובמשך התקופה שחלפה מאז הבדיקה, לא נעשה דבר לקראת ניתוח בכתף ולא נקבע מועד לביצועו.

כעבור חצי שנה, בשנת 1988, בעת שהייתה כבת 29, אושפזה מיאסה בבית חולים לצורך ניתוח כף רגלה. ביום האשפוז היא הוחתמה על טופס הסכמה לניתוח ברגל. במשך יומיים נעשו כל הסידורים הדרושים לקראת ביצוע ניתוח זה. לא נערכו בדיקות הקשורות לכתף, ולא נערך רישום כלשהו בדבר התייעצות שהתקיימה בבית החולים בנוגע לשינוי הניתוח. ואולם כשהייתה על שולחן הניתוחים, לאחר שקיבלה תרופות הרגעה וטשטוש, הוחתמה מיאסה על טופס הסכמה לניתוח הכתף במקום הניתוח בכף הרגל. השינוי בנייתוח חל, ככל הנראה, בעקבות החלטת הרופאים שהתקבלה בסמוך לניתוח, ולפיה הממצא בכתף מחייב ניתוח דחוף יותר מניתוח הרגל. לה עצמה לא נמסר מדוע הוחלף הניתוח, מה הייתה הדחיפות בנייתוח הכתף שהצדיקה את עריכתו דווקא באותו מועד ובמקום הניתוח ברגל, ומה הסיכונים הכרוכים בנייתוח זה.

הכתף נותחה. לא נתגלה שום ממצא. אולם בעקבות הניתוח נותרה מיאסה כשהיא סובלת מנכות בשיעור של 35% בשל כתף "קפואה". בשלב זה היא הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי בנצרת לקבלת פיצויים בגין הנזקים שנגרמו לה כתוצאה מהניתוח בכתפה. היא טענה שהרופאים התרשלו בעצם עריכת הניתוח, וכן שלא נתנה הסכמתה לניתוח זה ולא ידעה

כלל על כוונת הרופאים לבצעו. היא הוסיפה וטענה כי הדבר נודע לה רק לאחר שהתעוררה מההרדמה של הניתוח, אז הוכתה בתדהמה כשגילתה שנותחה בכתף.

תביעתה של מיאסה התבססה, אפוא, על טענות לרשלנות בטיפול וכן לרשלנות בשל אי קבלת "הסכמה מדעת" לטיפול. וזאת יש להסביר: במישור העקרוני כל טיפול רפואי בחולה מחייב את הסכמתו, ולא סתם הסכמה – אלא כזו שהתבססה על מידע מתאים שנמסר לחולה. דוקטרינת "ההסכמה מדעת", שמעגנת עיקרון זה, פותחה על רקע שינוי תפיסה עמוק בדבר היחסים שבין הרופא למטופל. בעבר יחסים אלה נבחנו במשקפיים פטרנליסטיים. לרופא ניתן מעמד בלעדי בבחירת הטיפול הרפואי, ולא ניתנו משקל ומעמד לקולו של המטופל. ההכרה בזכויות היסוד של האדם ובצורך להגן עליהן, הובילה, בתהליך הדרגתי, להסתת מרכז הכובד לעבר המטופל, תוך שניתן לו מעמד בכורה בגיבוש ההחלטה על ביצוע הטיפול הרפואי בגופו. כיום אין לבצע טיפול רפואי בגופו של אדם, אם לא ניתנה לכך הסכמתו המודעת. לצורך קבלת "הסכמה מדעת" על הרופא לספק למטופל מידע הולם על מצבו, על מהות הטיפול המומלץ ומטרתו, על הסיכונים והסיכויים הטמונים בטיפול ועל חלופות טיפול סבירות. זאת כדי לאפשר לו לקבל החלטה מושכלת ומודעת בעניין הטיפול, ולשקול באופן עצמאי איזה טיפול לקבל ומאיזה טיפול להימנע. כמה שנים לאחר האירועים המתוארים כאן אף נחקק חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, שענין באופן פורמלי עיקרון זה.

על אף עיגונה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת", תובעים שביקשו לסמוך את תביעתם על דוקטרינה זו, נתקלו בקושי. כדי שתובע יזכה בתביעה, הוא נדרש להוכיח את היסודות של עוולת הרשלנות, ובכלל זה לא רק את ההתרשלות של הרופא אלא גם את הקשר הסיבתי בינה לבין הנזק.

והינה, במקרים רבים, גם אם עלה בידי התובע להוכיח שהרופא התרשל בכך שלא סיפק לו את המידע הדרוש לקבלת הסכמה מושכלת, לא היה אפשר להוכיח את הקשר הסיבתי לנזק, כלומר שאילו גילה לו הרופא את המידע הנדרש, החלטתו הייתה שונה והוא היה מסרב לטיפול שבוצע. מיאסה נתקלה באותו קושי, ומטעם זה נדחתה תחילה התביעה שהגישה. בית המשפט המחוזי קבע שלא הייתה רשלנות בעצם ההחלטה לבצע את הניתוח. עוד נדחתה טענתה שלפיה לא ידעה על הניתוח בכתף או שהופתעה מעריכתו. נמצא שהיא הייתה ערה לקיומה של בעיה בכתפה, חתמה על טופס ההסכמה לניתוח והסכימה לטיפול. לבסוף, נפסק כי גם בהנחה שמיאסה לא קיבלה את מלוא המידע לפני הניתוח, לא הוכח הקשר הסיבתי בין הנזק שנגרם לה לבין הפרת החובה הנטענת של הרופאים לספק לה מידע זה.

מיאסה לא השלימה עם התוצאה. היא ערערה על פסק הדין לבית המשפט העליון. מחמת חשיבותו העקרונית של ההליך ערעורה נדון בהרכב של שבעה שופטים: הנשיא אהרן ברק, המשנה לנשיא שלמה לוין והשופטים תיאודור אור, מישאל חשין, טובה שטרסברג-כהן, דורית ביניש ויצחק אנגלרד. השופטים כולם היו תמימי דעים שיש לקבל את הערעור ולפסוק למיאסה פיצוי, אך נחלקו באשר לדרך לתוצאה זו.

את דעת הרוב כתב השופט אור, ואליו הצטרפו ארבעה משופטי ההרכב: הנשיא ברק, המשנה לנשיא שלמה לוין והשופטים חשין ואנגלרד. השופט אור קבע תחילה שלא הייתה רשלנות רפואית בטיפול במיאסה: לא בעצם ההחלטה לבצע ביופסיה בכתף (שכן היה מדובר בצורך רפואי, וכל רופא סביר היה פועל כך), לא באופן ביצוע הניתוח ולא בטיפול שמיאסה קיבלה לאחר הניתוח. מכאן המשיך השופט אור ובחן אם יש מקום לפצות את מיאסה בגין נזקי הגוף שנגרמו לה בשל הפרת החובה לקבל את הסכמתה המודעת לטיפול הרפואי. לצורך כך הוא קבע שהסכמה של מיאסה לביצוע הניתוח בכתף לא הייתה "הסכמה מדעת". מיאסה אושפזה לצורך ניתוח ברגלה. סמוך לביצוע הניתוח היא הוחתמה על טופס הסכמה לניתוח בכתף, בלא שהוסברו לה כנדרש חיוניות הניתוח, דחיפותו וסיכוניו. אומנם הייתה לה ידיעה בדבר הצורך בניתוח כזה. אבל החתמתה על טופס הסכמה בעודה על שולחן הניתוחים לקראת ניתוח אחר שאליו הוכנה, וההסברים הכלליים שקיבלה מפי רופאיה, אינם עונים על הדרישה לקבלת "הסכמה מדעת". על כן רופאיה הפרו את חובתם לתת למיאסה מידע מלא בטרם הניתוח, ובכך התרשלו.

על רקע זה הוסיף השופט אור ובחן אם קיים קשר סיבתי בין התרשלות הרופאים קבלת הסכמה מדעת של מיאסה, לבין הנזק הגופני שנגרם לה, כלומר אם התרשלות הרופאים היא שגרמה לנזק. לצורך כך נבדק מה היה קורה אם כל העובדות הרלוונטיות לצורך קבלת הסכמתה היו מובאות לידיעתה והיא הייתה מתבקשת לתת את הסכמתה לביצוע הניתוח. השופט אור הגיע למסקנה כי נוכח האמון שהיה למיאסה ברופאיה, והצורך בעריכת הניתוח כדי לברר אם קיימת סכנה חמורה לבריאותה בשל חשש לגידול ממאיר – יש להניח במידת ודאות גבוהה ביותר שמיאסה, ככל אדם בר דעת, הייתה מסכימה לביצוע הניתוח. האפשרות שלא הייתה מסכימה והסיכוי לכך הם קלושים ביותר, אם לא אפסיים ממש. מאחר שכך, נפסק כי על אף התרשלות הרופאים ומחדלם באי קבלת הסכמה מודעת של מיאסה לביצוע הניתוח, לא הוכח הקשר הסיבתי הנדרש בין מחדל זה לבין הפגיעה הגופנית שנגרמה למיאסה. כפועל יוצא נקבע כי מיאסה אינה זכאית לפיצוי בגין נזקי הגוף שנגרמו לה עקב ביצוע הניתוח.

בכך אמור היה להיסתם הגולל על תביעתה של מיאסה, בהתאם לעקרונות המשפטיים שהיו מוכרים עד אותה עת. אולם – וכאן חדשנותו של פסק הדין – אף שלא נגרם למיאסה נזק גוף כתוצאה מאי קבלת הסכמתה המודעת (שהרי נקבע שהייתה מסכימה בכל מקרה לביצוע הניתוח בכתף), המשיך השופט אור ובחן אם יש לפסוק למיאסה פיצוי בגין הנזק הלא גופני שנגרם לה עקב הפגיעה באוטונומייה שלה.

השופט אור עמד על זכותו היסודית של כל אדם לאוטונומייה. מדובר בזכותו של הפרט לשלוט בסיפור חייו ולעצבו, להחליט על כל מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה. זכות זו של האדם חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו והיא מרכזית להווייה של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל אדם כעולם בפני עצמו. בפן הגופני כוללת הזכות את חירותו של האדם מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו.

לזכות האדם לכבוד ולאוטונומיה חשיבות רבה בהקשר של טיפול רפואי. הטיפול הרפואי, כך הוסבר, מצוי בגרעין הקשה של זכותו של כל אדם לשלוט בחייו. עשויה להיות לו השפעה ישירה, ולא פעם בלתי הפיכה, הן על אורך חייו, הן על איכות חייו. זהו הבסיס שעליו הושתתה דוקטרינת ה"הסכמה מדעת".

על רקע זה נפסק כי הפגיעה בכבוד האדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע הליך רפואי בגופו שלא בהסכמתו המודעת, מגבשת נזק לא ממוני שיש לפצות בגינו במסגרת דיני הנזיקין. נזק זה מתקיים גם אם המטופל היה מסכים לביצוע הטיפול, ולכן אינו זכאי לפיצוי בגין נזקי הגוף הנובעים מהטיפול.

בעניינה של מיאסה נפגעה זכותה היסודית לכבוד ולאוטונומיה. נסיבות מתן הסכמתה לא עמדו בדרישות ל"הסכמה מדעת". אף אם הייתה לה ידיעה כללית בדבר הצורך לבצע ביופסיה בכתפה, הרי שהיא למדה על הכוונה לבצעה בזמן ובמקום שבהם נעשתה, רק סמוך מאד לביצוע הניתוח, בהיותה בחדר הניתוח. מאחר שכך, לא התאפשר למיאסה להפעיל שיקול דעת של ממש בדבר ביצוע הפעולה האמורה בגופה, ונפגעה זכותה היסודית לשלוט על שיעשה בגופה.

אשר לגובה הפיצוי, צוין כי בדרך כלל, הפיצוי שהניזוק יהיה זכאי לו בגין עצם הפגיעה בזכותו לאוטונומיה יהיה נמוך באופן יחסי לפיצוי בגין נזקי הגוף. אין מדובר בפיצוי עונשי או בפיצוי לדוגמה, אלא בפיצוי בגין פגיעה בערך בלתי מוחשי אשר בדרך כלל, מטבע הדברים, היקפו מוגבל. בנסיבות העניין הועמד הפיצוי על סך של 15,000 ש"ח.

שתי חברות ההרכב הנוספות – השופטות ביניש ושרטרברג-כהן – סברו אף הן שיש לפסוק פיצויים למיאסה, אך הגיעו למסקנה זו בדרך שונה. השופטת ביניש קבעה כי יש להניח שאילו היו בידי מיאסה, כאישה מוגבלת עקב נכות מלידה, כל הפרטים הרלוונטיים בדבר הבדיקה והסיכונים הכרוכים בה, היא לא הייתה מסכימה לבדיקה במועד ובאופן שבהם בוצעה, בשל הסיכון לתפקוד התקין של זרועה. לכן, לשיטת השופטת ביניש, היה מקום לפצות את מיאסה בגין מלוא נזקי הגוף שנגרמו לה. בעשותה כן הסתייגה השופטת ביניש מהאפשרות להכיר בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. השופטת שטרטרברג-כהן קבעה שלצורך בחינת השאלה האם קיים קשר סיבתי בין העדר הסכמתה מדעת של מיאסה, לבין הנזק שנגרם לה, יש להשתמש ב"מבחן הערכת הסיכויים". לפי מבחן זה, הפיצוי ייקבע בשיעור ההסתברות שהמטופל אכן היה מסכים לטיפול לו נמסר לו המידע הרלוונטי קודם למתן הטיפול. במקרה זה, כך היא קבעה, אי אפשר ללמוד כיצד הייתה מיאסה מחליטה אילו ניתן לה המידע הרלוונטי לצורך ביצוע הניתוח, והסיכוי שהייתה מסכימה לביצועו שווה לסיכוי שלא הייתה מסכימה לו. במצב דברים זה, סברה השופטת שטרטרברג-כהן שראוי לפסוק למיאסה פיצוי בשיעור מחצית מנזקי הגוף שנגרמו לה כתוצאה מביצוע הניתוח, בצירוף פיצוי בגין עצם הפגיעה באוטונומיה. ההכרה ב"פגיעה באוטונומיה" כראש נזק בר פיצוי בפסק הדין בעניין דעקה הייתה תקדימית ומכוננת בכמה מובנים.



בראש ובראשונה, פסק הדין הרחיב באמצעות הטלת אחריות בנוזיקין, את ההגנה על האוטונומיה של המטופל ועל זכותו לקבלת מידע בדבר הטיפול הרפואי. הגנה זו השתרעה זה כבר על נזק גופני שנגרם למטופל. עתה נקבע ששלילת חופש הבחירה של המטופל היא נזק לאוטונומיה שלו, שאפשר לפצות בגינו במסגרת עוולת הרשלנות, תהא אשר תהא ההחלטה שהמטופל היה מקבל אילו נתבקשה הסכמתו.

שנית, הקביעה שלפיה יש מקום לפיצוי בגין נזק שאינו גופני, נזק של פגיעה בכבוד האדם ובחירותו, סללה את הדרך לשימוש בעוולת הרשלנות לשם הגנה על זכויות אדם.

שלישית, במרוצת השנים התקדים שנקבע בעניין דעקה הלך והשתרש. אף שבאותו מקרה נפסק למיאסה פיצוי סמלי, על נזק שיורי, הלכו סכומי הפיצוי בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה וגדלו במאות אחוזים. בפסק דין שניתן 12 שנה לאחר הלכת דעקה, פסק בית המשפט העליון פיצוי בסך 250,000 ש"ח (ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטובי (22.2.2011)). כיום סכום הפיצוי עשוי להגיע למאות אלפי ש"ח.

רביעית, השימוש הראשוני שנעשה ב"פגיעה באוטונומיה" בהקשר של רשלנות רפואית, התפתח במרוצת השנים לתחומים אחרים בדיני הנוזיקין וזכה להכרה גם בתחומי משפט אחרים, כמו בפסק דין שניתן בתובענה הייצוגית שהוגשה בגין צריכת חלב עם סיליקון.<sup>1</sup>

חשוב לציין כי על הלכת דעקה גם נמתחה ביקורת. היו שטענו כי הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה מבטא את הרצון להעניק פיצוי לתובע במקרים שבהם יש לדחות את תביעתו בעילות של רשלנות בטיפול ושל העדר "הסכמה מדעת" לטיפול, ובהעדר מקור פיצוי אחר. הכלי החדש, כך נטען, פותח בלא שנקבעו אמות מידה ליישמו ולהערכת הפיצוי. היו שהביעו חשש מפני תביעות מדומות בגין פגיעה באוטונומיה במקרים שבהם הטיפול הרפואי הועיל לחולה והצלחה. היו אף שטענו כי הפגיעה באוטונומיה הפכה ל"סוס פרא" שהתפשט אופקית (לנושאים החורגים מתחום הרשלנות הרפואית) ואנכית (תוך הגדלת סכומי הפיצוי), וקראו לריסונו (הדברים משתקפים, למשל, בפסק הדין בע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד (3) 164 (2012)).

על אף האמור, הלכת דעקה עומדת על תילה. שנים חלפו מאז שנפסקה. ראש הנזק הצנוע והמדוד התבסס והפך לרכיב משמעותי בתביעות נוזיקין. בתי המשפט עושים בו שימוש כדבר שבשגרה והוא אף חלחל לתחומי משפט נוספים. ההכרה בראש נזק נפרד, עצמאי וחדשני בגדרה של עוולת הרשלנות העצימה את הגמישות בפסיקת פיצויים במקרים הראויים, הדגישה את החשיבות החברתית והחשיבות המוסרית של כבוד האדם והאוטונומיה של הפרט, תרמה לעיצוב ערכים אלה והטמיעה את ההגנה עליהם אל תוך דיני הנוזיקין. מיאסה דעקה עצמה לא קיבלה פיצוי גדול, אך בהחלט תרמה לפיתוח המשפט הישראלי.

1 ראו רשימתה של אסתר שטמר בספר זה, עמ' 367.

# קניין הפרט וקניין הכלל



## **"היכן שאנו אוהבים הוא בית": על המאבק לשוויון בהקצאת קרקעות למגורים**

בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989)  
בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000)

### **סלים ג'ובראן**

חיים פרידמן הוא יהודי אזרח צרפת המתגורר שנים רבות בפריז עם בני משפחתו. חיים עובד בתור אח במחלקה הכירורגית של בית החולים פיטייה-סלפטריר. אשתו שמרית, מורה, נותנת שיעורים פרטיים בעברית לבני הקהילה היהודית בעיר. חיים ושמרית ראו פרסום שהציע למכירה קרקע פרטית בכפר קטן כחצי שעה נסיעה מפריז, והם החליטו לרכוש קרקע בכפר ולשפר את איכות חייהם לקראת יציאתם לגמלאות. בני הזוג פנו לוועד הכפר, שטיפל בנושא, וביקשו להגיש הצעה לקנות קרקע לבניית ביתם. הם מילאו בטפסים את פרטיהם האישיים, ולאחר תקופה ארוכה שבה לא ניתן להם מענה, השיבה להם מזכירת ועד הכפר כי לצערה הם לא יוכלו לרכוש קרקע בכפר מכיוון שהם יהודים, וזה "כפר לנוצרים בלבד עם מרקם חיים נוצרי ייחודי". הייתכן?

הסיפור של בני משפחת פרידמן בצרפת הוא דמיוני, אבל מקרה זהה התרחש במציאות לבני הזוג עאדל ואימאן קעדאן כאן בישראל בשנות התשעים של המאה הקודמת. כאשר עאדל קעדאן היה ילד קטן, הוא היה מתלווה לפעמים לאביו ויוצא עימו לעבודות גנות באזור תל אביב. הילד התפעל מהבתים בתל אביב והחליט שביום מן הימים גם לו יהיה בית גדול ויפה. כשגדל החליט ללכת ללמוד בבית הספר לסייעוד בבית החולים בתל השומר, וכבר בתקופת לימודיו לא היה לו קל לשכור דירה, כי השכנים לא רצו ערבי. לאחר סיום הלימודים הוא חזר לכפרו, באקה אל-גרבייה, התחתן עם אימאן, ולזוג נולדו ארבע בנות.

לאחר כמה שנים ביקש עאדל להגשים את חלום ילדותו ולבנות בית פרטי ביישוב הקהילתי קציר, הממוקם בסמוך לכפרו. בני הזוג קעדאן פנו בעניין לאגודה השיתופית קציר, וזו השיבה להם שלא יוכלו לבנות את ביתם ביישוב, מאחר שהם ערבים והיישוב מיועד ליהודים בלבד. השניים הגישו עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, באמצעות האגודה לזכויות האזרח, ובכך החל המאבק האישי ארוך השנים שלהם לבנות את ביתם במקום שהם בחרו בו. מאבק אישי זה הפך לאחד מפסקי הדין החשובים ביותר בתולדות המדינה ולציון דרך במאבק לשוויון של החברה הערבית בישראל ובאיזון בין ערכי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית לערכיה כמדינה יהודית.

מאבקם של בני הזוג קעדאן אתגר את התפיסה הציונית הבסיסית של יישוב ארץ ישראל בידי יהודים. המוסדות הלאומיים, שפעלו טרם הקמת המדינה, מילאו תפקיד ראשון במעלה בהגשמת החזון הציוני, בקיבוץ גלויות, בגאולת קרקעות ובהפרחת הארץ. העתירה של משפחת קעדאן ביקשה, בין היתר, להכריע אם גם עשרות שנים לאחר הקמת מדינת ישראל עדיין הערכים היהודיים והציוניים של המדינה מאפשרים לנהוג איפה ואיפה בין אזרחי המדינה: האם חוקי ממדינת ישראל הדמוקרטית להקצות קרקעות למגורים רק ליהודים, והאם הערך של יישוב הארץ גובר על עקרון השוויון המצוי בבסיסה של ישראל כמדינה דמוקרטית.

אכן, המתח בין היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית להיותה מדינה דמוקרטית נחשף במלוא עוזו בעתירה של בני הזוג קעדאן, ובית המשפט העליון נאלץ למצוא את האיזון הראוי בין שני הערכים הללו. התיק נדון בהרכב של חמישה שופטים בראשות הנשיא אהרן ברק, ולצידו השופטים אור, חשין, קדמי וזמיר (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258 (2000)). בפסק הדין קבע הנשיא ברק בדעת רוב כי באופן כללי המדינה חייבת לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין. אין המדינה או מי שקיבל קרקע מידי המדינה, יכולים לנהוג בהפליה, ולכן הסירוב שבני הזוג קעדאן נתקלו בו אינו חוקי. השופט קדמי סבר בדעת מיעוט כי העמדה העקרונית המחייבת שוויון בהקצאת מקרקעין של המדינה אינה חוסמת את הפתח בפני עריכת איזון בין ערך השוויון לערכים אחרים, ובהם ערך הביטחון הלאומי, וכי אפשר להסתפק בפסק דין הצהרתי לעתיד בדבר המעמד של ערך השוויון ומשקלו.

בית המשפט העליון הדגיש כי החובה לנהוג בשוויון מעוגנת בהכרזת העצמאות, אשר קבעה כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". כמו כן, הנשיא ברק הדגיש כי לא רק ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מחייבים את המדינה לנהוג בשוויון, אלא גם ערכיה היהודיים משום "שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים... 'עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה...'/... שנתפרש בפי חז"ל כ'משפט השווה לכולכם'... התקדש בתורת ישראל מאז היה לעם'... השופט אלון עמד על כך כי 'יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים... בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם באשר הוא - שוויונו ואהבתו'" (עמ' 281-282).

כלומר, לפי הפרשנות של הנשיא ברק אין מתח בין שוויון ליהדות ולדמוקרטיה. להפך - ישנה הרמוניה בין ערכים אלה. אם כן, מה ייחודה של ישראל כמדינה יהודית? על כך השיב בית המשפט במשל המפתח, ולפיו "מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי", בדמות חוק השבות (עמ' 282), כלומר רק לבני העם היהודי יש זכויות יתר לעלות לישראל ולקבל בה אזרחות. זה אחד הביטויים המובהקים ביותר להיותה של ישראל מדינה יהודית. אבל בתוך הבית פנימה חובה לנהוג בשוויון זכויות מלא כלפי כל בני הבית: "משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים,

ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור... משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים... אין אפוא כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (עמ' 283). אם כן, השוויון הוא ערך עליון בפעולותיה של המדינה בכלל, ובהקצאת קרקעות למגורים בפרט. עם זאת, בחיי המעשה הבכורה שניתנה לעקרון השוויון לא יושמה בפועל מייד. פסק הדין בעתירה ניתן בחודש מרץ 2000, אבל עד נובמבר 2000 לא ניאות הישוב קציר לאשר את קבלת המשפחה. בנובמבר 2001 החליטה ועדת הקליטה לדחות את המועמדות של בני הזוג קעדאן בנימוק שהשתלבותם ביישוב לא תעלה יפה. בשנת 2003 הגישו בני הזוג עתירה נוספת, ורק בדצמבר 2005 – למעלה מ-10 שנים מהגשת העתירה המקורית – נחתם חוזה החכירה. זהו מקרה אחד המעיד על הכלל.

אפשר להוסיף ולשאול: האם קביעת בית המשפט בדבר המעמד של עקרון השוויון יכולה למנוע מקבוצה ייחודית לבנות קהילה סגורה? כך, למשל, האם בעקבות פסק הדין בעניין קעדאן לא יכולה קהילה חרדית מבודלת להקים יישוב קהילתי נפרד, שלא יוקצו בו קרקעות לחילונים או לאלו שאינם יהודים? האם קהילה אקולוגית טבעונית אינה יכולה לגור ביישוב שיוקצו בו קרקעות רק למי שמאמין באורח חיים זה? מדובר בשאלה סבוכה של איזון בין עקרון השוויון לערכים של הגנה תרבותית ושמירה על המיעוט המבקש דווקא לבדל עצמו מהרוב. באופן כללי נקבע בעניין קעדאן כי מדיניות "נפרד אבל שווה" אינה מדיניות חוקית, כך שאי אפשר להקים יישובים נפרדים לערבים וליהודים, משום שההפרדה "משרדת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית" (עמ' 280). אבל מקום שבו הרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע "התבוללות כפויה", ישנם מצבים שבהם טיפול נפרד אבל שווה עשוי להיות חוקי.

דוגמה לכך יכול לשמש פסק הדין בעניין אביטן (בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989)). במקרה זה נדונה החלטה להחכיר מקרקעין ביישוב מסוים רק לבדואים, במסגרת המדיניות להעביר בדואים החיים בנגב למגורים של קבע. הבקשה של עותר יהודי לחכור מקרקעין ביישוב זה נדחתה. בהמשך דחה בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ את העתירה שהוגשה בנושא, בקובעו כי "ההתייחסות היא אל בדואים, אשר במשך שנים רבות חיו חיי נוודות, וניסיונות שלהם להשתקעות במקום קבע לא עלו יפה והיו כרוכים בהפרות חוק, עד שנוצר אינטרס למדינה לסייע להם, ובכך גם להשיג מטרות ציבוריות חשובות. האופי ודרך החיים של נוודים ללא יישובי קבע מסודרים, על כל הכרוך בכך, הם העושים את הבדואים לבני קבוצה ייחודית, שהמשיבים סבורים שראויים הם לסיוע ולעידוד, תוך התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה, ולא העובדה שהם ערבים" (עמ' 305).

פסק הדין בעניין **אביטן** ניתן עוד לפני פרשת **קעדאן**. אם כך, האם בני היישוב קציר אינם יכולים לטעון כי הם קבוצה מבודלת המבקשת לשמור על תרבותה ומרקם חייה הייחודי ללא ערבים? בית המשפט העליון דחה טענה זו. ראשית, המדינה לא יכלה לטעון אפילו למדיניות של "נפרד אבל שווה", שכן המדינה לא הצביעה על כך שהיא מקימה יישובים קהילתיים לערבים בלבד. המדינה מקצה מקרקעין רק ליישובים קהילתיים יהודיים. שנית, לא היו מאפיינים כלשהם שמייחדים את היהודים המבקשים לבנות את ביתם ביישוב הקהילתי קציר, ושמצדיקים הקצאת קרקע של המדינה להתיישבות יהודית בלבד. תושבי היישוב אינם "קבוצה ייחודית", נהפוך הוא: כל יהודי בישראל, כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים כפריים, כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר.

פסק הדין בעניין **קעדאן** עורר – ועדיין מעורר – דיון ער בציבוריות הישראלית. היו שטענו כי פסק הדין הוא "סופה של הציונות", וכי בית המשפט העליון מחק בפסק דינו סממן יהודי משמעותי מערכיה של המדינה: התיישבות יהודית. מנגד היו שטענו שהיחס השוויוני לכול הוא חלק מהחזון הציוני, ומכל מקום יש להבחין בין התקופה שקדמה להקמת המדינה לעת הזו. הוויכוח סביב פסק הדין הוביל גם לניסיונות ממשיים לבטלו.

ניסיון משמעותי לצמצום ההשפעה של פסק הדין הוא החוק שזכה לכינוי "חוק ועדות קבלה", ולמעשה הוא תיקון לפקודת האגודות השיתופיות, שמסדירה את פעילותן של האגודות המנהלות יישובים קהילתיים.<sup>1</sup> החוק קובע שתי אמות מידה עיקריות לדחיית בקשה למגורים ביישוב: הראשונה כי "המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה", והשנייה "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב". לצד זאת, נקבע בחוק סעיף נגד הפליה אשר קובע כי הוועדה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי "גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". נקבע גם כי ההחלטה של ועדת הקבלה חייבת בהנמקה, וכי החלטתה נתונה לערר לפני ועדת השגות, וההחלטה של זו כפופה לעתירה מנהלית. לאחר שנחקק תיקון זה הוגשה נגדו עתירה חוקתית, גם היא לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. העתירה נדחתה בעניין **סבח** לאחר שנדונה בהרכב מורחב של תשעה שופטים. דחיית העתירה הייתה ברוב של חמישה שופטים נגד ארבעה לאחר שנקבע כי היא אינה בשלה לדיון ולבחינה, משום שלא ברור מה יהיו התוצאות של החוק בפועל (בג"ץ 2311/11 **סבח נ' כנסת ישראל**, פ"ד סז(2) 1 (2014)). שופטי המיעוט, שנמנתי עימם, סברו כי העתירה בשלה להכרעה וכי יש להכריז על בטלות החוק. החוק מעניק שיקול דעת רחב מדי, ותוצאתו תהיה מפלה, בין היתר נוכח הרכב ועדת הקבלה, והניסיון שנצבר מיישום פסק הדין בעניין **קעדאן** מלמד זאת.

ניסון נוסף, שלא צלח, לבטל את פסק הדין בעניין **קעדאן** היה בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. בהצעת החוק נכלל סעיף 7(ב), שקבע כי "המדינה רשאית

1 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011.

לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת". כוונתו של הסעיף הייתה להכשיר ברמה החוקתית את ההפליה בהקצאת קרקעות. נגד הצעה זו קם קול זעקה והתעורר דיון ציבורי ער, ואפילו נשיא המדינה לשעבר ראובן ריבלין פנה בצעד חריג מאוד לכנסת וביקש כי יתוקן נוסח הסעיף. הנשיא ציין בפנייתו כי "הסעיף בנוסח העומד בפניכם היום קובע כי ניתן לסרב לקבל מועמד לקהילה למעשה מכל טעם שהוא, לרבות מטעמי דת ולאום". לדברי הנשיא, "אני חושש כי האופן הרחב שבו נוסח סעיף זה, ללא איזונים, עלול לפגוע בעם היהודי, ביהודים ברחבי העולם ובמדינת ישראל, ואף יכול לשמש כנשק בידי אויבינו. אני מבקש גם להפנות את מבטינו פנימה, לתוככי החברה הישראלית: האם בשם החזון הציוני אנו מוכנים לתת יד לאפליה ולהדרה של איש או אישה על רקע מוצאם? הנוסח המוצע של סעיף 7(ב) העומד בפניכם לדיון מאפשר למעשה לכל קהילה, בצורה הרחבה ביותר וללא שום הגבלה או איזון, להקים יישוב ללא מזרחיים, ללא חרדים, יישוב ללא דרוזים, ללא להט"ב. האם זו משמעותו של החזון הציוני? בטוחני כי לא זאת הייתה כוונת מציעי החוק, וכי אין זאת כוונתכם, חברי הוועדה, חברי הכנסת". לבסוף נזנח נוסח זה, ובנוסח שהתקבל נקבע רק העיקרון הכללי שלפיו "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה".

"היכן שאנו אוהבים הוא הבית. בית שרגלינו יכולות לעזוב, אך לא ליבנו", כתב השופט האמריקאי הדגול אוליבר ונדל הולמס. המאבק לשוויון בהקצאת קרקעות ובמכירת דירות למגורים מעורר רגשות עזים בציבוריות הישראלית מכיוון שביתו של אדם הוא מבצרו, ומאחר שזה המקום שכולנו אוהבים, וליבנו תמיד שם. אני מקווה שהמאבק לשוויון בהקצאת קרקעות למגורים יביא ליחסי שכנות טובים בין מגורים ואוכלוסיות שונות, וכך יתקרבו, גשמית ומהותית, בני החברה הישראלית מכל האוכלוסיות, המגורים והשבטים.

השוויון בהקצאת קרקעות למגורים הוא גם ביטוי למאבק רחב יותר לשוויון בין ערבים ליהודים במדינת ישראל. כאמור, עקרון השוויון בין יהודים לערבים במדינת ישראל עוגן כבר בימי ראשית המדינה בהכרזת העצמאות, והוא מצא ביטוי בעמדות של כל המנהיגים הישראלים מכל קצוות הקשת הפוליטית. כך, למשל, זאב ז'בוטינסקי ומנחם בגין דגלו ב"שוויון זכויות גמור, מוחלט ומושלם, בלי שום יוצא מן הכלל: יהודי או ערבי או ארמני או גרמני, אין הבדל בפני החוק"<sup>2</sup>. לצערי הרב עקרון השוויון, שהוא חלק בלתי נפרד מהדין-אין-איי של מדינת ישראל, לא עוגן בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. אני תקווה כי לא ירחק היום ועקרונות הדמוקרטיה והשוויון יעוגנו גם בחוק יסוד זה.

2 זאב ז'בוטינסקי עקרונות מנחים לבעיות השעה 75 (יוסף נדבה עורך 1981).



## עשיית עסק ולא במשפט: על תחרות עסקית ודיני עשיית עושר

ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גיגי לטד, פ"ד כט(1) 597 (1974)  
רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ,  
פ"ד נב(4) 289 (1998)

### עופר גרוסקופף

פסקי דינם של בתי המשפט רוויים בסיפורים על שיתופי פעולה שהכזיבו: בני זוג שנישואיהם עלו על שרטון, שותפים עסקיים שהסתכסכו, או צדדים להסכם שלא עלה יפה. במצבים אלה ההסכמות שהושגו בין הצדדים בתקופת הזוהר של שיתוף הפעולה, משמשות לרוב בסיס להתדיינות המשפטית המלווה לעיתים את הליך ההיפרדות הקודר.

אבל בפסיקה מצויים גם דפוסים אחרים של התדיינות. אחד הבולטים שבהם הוא זה שבו יריבים אשר ניהלו עד לשלב מסוים את קרבותיהם בעולם המעשה, מוצאים לנכון להעביר את הסכסוך ביניהם לזירה המשפטית. לדפוס זה שייכים המצבים שבהם עסקים אשר בשגרה מתחרים על ליבו של קהל הצרכנים על בסיס איכות המוצר, רמת השירות וגובה המחיר, מוצאים עצמם נאבקים בבתי המשפט בהתדיינות המוכרעת על סמך מצע ראייתי, טיעונים משפטיים והוראות הדין.

לא זהו המקום להרחיב על היתרונות של שימוש בתחרות המסחרית להכרעה בין עסקים. להתרשמותי, לרוב העברת היריבות מהזירה העסקית לבתי המשפט אינה מועילה לא לעוסקים ולא לציבור. היא כרוכה בהסטת אנרגיות ומשאבים לכיוון שאינו יצרני. תועלתה למי מהצדדים בסופה של ההתדיינות מועטה, אם בכלל. ועדיין, כאשר עוסק סבור שמתחרה גרם לו עוול, עומדת לו האפשרות לברר את עניינו בבית המשפט. התדיינות בין מתחרים עסקיים הן, הלכה למעשה, חזון נפרץ.

אך מהו הבסיס המשפטי לניהול התדיינות בין מתחרים עסקיים? בשונה משיתופי פעולה שהכזיבו, לרוב אין בין מתחרים עסקיים הסכמות אשר הפרתן יכולה לשמש בסיס לתביעה. ואם קיימות הסכמות שכאלה הן במקרים רבים בלתי חוקיות, שהרי הדין אוסר באופן כללי על עשיית הסדרים המגבילים את התחרות בעסקים ("הסדרים כובלים"). מכאן שאופן ניהול התחרות בעבר איננו יכול במקרה הרגיל לשמש בסיס לבחינת טענות הצדדים על דרך התנהלותה בהווה. ואכן, תביעות בין מתחרים מבוססות לרוב על פגיעה אסורה בזכויות

מוכרות. כך, למשל, טענה להפרת קניין רוחני של התובע, כגון הפרת פטנט או נטילת מוניטין, או לגרימת נזק לנכסיו, כגון פגיעה בשמו הטוב בקרב לקוחותיו. הרעיון שביסוד תביעות אלה ברור: במסגרת תחרות מסחרית נדרש כל צד להשתמש במשאבים העומדים לרשותו, על פי החוק. כאשר מתחרה עסקי עושה שימוש אסור במשאבים לא לו, או מנסה לנצח בתחרות באמצעות פגיעה שלא כדין במשאבי יריבו, נוצר בסיס להתערבות משפטית.

שני פסקי הדין שבהם נעסוק משתייכים לדפוס התביעה של התדיינות בין מתחרים עסקיים. בשניהם דובר בתובעים שחשו כי מתחרה עסקי גרם להם עוול, ועל כן הגישו תביעות משפטיות. אלא שהעוול שהם הלינו עליו לא לווה בפגיעה בלתי חוקית בזכות השייכת להם: לא הפרת פטנט, לא גנלת מוניטין, לא הוצאת לשון הרע, ואף לא עילה קניינית או נזיקית מוכרת אחרת. תחושת עוול היא בוודאי מניע לפניה להתדיינות, אך בה לבדה אין די כדי להצדיק מתן סעד משפטי. לשם כך נדרשת עילה משפטית מוכרת. בתי המשפט, אשר גילו הבנה לתחושת העוול, נדרשו להכריע אם עילה כזו אכן קיימת לתובעים שלפניהם. בשני המקרים עלה בידי בית המשפט העליון לעשות כן, תוך שימוש במערכת הדינים הקרויה "דיני עשיית עושר ולא במשפט". מערכת דינים זו מבוססת על העיקרון שלפיו מי שהתעשר שלא על פי דין על חשבון חברו חייב להשיב לו את טובת ההנאה שהפיק. נקרב מבטנו לפסקי הדין כדי לראות כיצד יושם עיקרון כללי זה בהקשר של תחרות בין עוסקים.

נפתח, לפי הסדר הכרונולוגי, בעניין פלאימפורט (ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה גייגי לטר, פ"ד כט(1) 597 (1974)). באותו מקרה דובר בשני עסקים מתחרים אשר שיווקו בשמות שונים את אותו תכשיר כימי להגנת הצומח: חברת ציבה גייגי, אשר ייצרה את התכשיר בישראל, וחברת פלאימפורט, אשר ייבאה אותו מחו"ל.

במסגרת התדיינות קודמת טענה ציבה גייגי כי הפעילות של פלאימפורט הפרה פטנט הרשום על שמה. התביעה התקבלה בבית המשפט המחוזי, וביום 19.4.1970 ניתן צו מניעה קבוע נגד פלאימפורט. הוגש ערעור לבית המשפט העליון, וזה התקבל ביום 9.9.1970 תוך שנקבע כי הפטנט חסר תוקף, ולפיכך בוטל צו המניעה.<sup>1</sup> כתוצאה מכך התאפשר לפלאימפורט לחזור לפעילות, אלא שבינתיים חלפה לה עונת הפעילות של שנת 1970, שכן תקופת צריכת המוצר היא בין מאי לספטמבר.

בעקבות זאת נפתחה המערכה השנייה בין הצדדים, כאשר הפעם פלאימפורט דרשה לקבל מציבה גייגי את הרווחים שהפיקה בעונת 1970, דהיינו בתקופה שבה היה צו המניעה בתוקף. בבית המשפט המחוזי בתל אביב נדון העניין לפני השופט שלמה לוין, לימים המשנה לנשיא בית המשפט העליון.<sup>2</sup> בפסק דין מלומד, הנסמך בעיקרו על מקורות מהמשפט האמריקני, הורה השופט לוין על סילוק התביעה על הסף מחמת העדר עילה. כבר בפתח הדברים הובהר כי

1 ע"א 273/70 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה ל.ט.ד., פ"ד כד(2) 341 (1970).

2 המ' (מחוזי ת"א) 8378/72 ציבה גייגי לטר נ' פלאימפורט בע"מ, פ"מ התשל"ד(2) 414.

לפלאימפורט אין עומדת זכות תביעה בנוזקין נגד ציבה גייגי, שהרי הנוזק שספגה הוא בעקבות פסק דין שבוטל בערעור, ולפיכך נחשב לנוזק שבית המשפט הוא שגרם אותו. השופט לוין הוסיף וקבע כי אי אפשר לתבוע במקרה זה גם את טובת ההנאה שהפיקה ציבה גייגי מצו המניעה. אכן, אין חולק על כך שאם במסגרת פסק דין ניתנו מזומנים או נכסים, הרי שעם ביטולו בערעור יש להשיב את אותם מזומנים או נכסים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. אבל במקרה הנוכחי פסק הדין שבוטל לא העביר "קניין" כלשהו ליצרן הישראלי, בוודאי לא את המוניטין של פלאימפורט. הרווחים של ציבה גייגי בעונת 1970 נבעו ממכירת המוצר שייצרה, ובמצב דברים זה לא קמה לפלאימפורט האפשרות לתבוע בהם חלק.

פלאימפורט, אשר יוצגה בידי עורך הדין הנודע ד"ר אמנון גולדנברג, ערערה לבית המשפט העליון. הערעור נדון לפני הרכב מורחב של חמישה שופטים (מ"מ הנשיא יואל זוסמן והשופטים חיים כהן, אליהו מני, יצחק קיסטר ויצחק כהן) והתקבל על דעת כל שופטי ההרכב. הגישה המצמצמת של בית המשפט המחוזי, שלפיה בעקבות ביטול פסק דין אפשר לתבוע במסגרת דיני עשיית עושר רק השבה של מזומנים או נכסים שהועברו על פיו, נדחתה פה אחד. הובהר כי "דיני ההשבה אינם כה מוגבלים" (עמ' 604), וכי בעניין זה אין מקום ללכת אחר ההלכה המסתמנת בארצות הברית. אבל על השאלה בגין מה בכל זאת נדרש היצרן הישראלי להשיב ליבואן את הרווח שהפיק, נחלקו הדעות. מ"מ הנשיא זוסמן (שעימו הסכים השופט מני) ביסס את חוות דעתו על הנימוק של "נטילת מוניטין", שכן צו המניעה גרע ממוניטין היבואן וגרם להתעשרות היצרן הישראלי. ואולם בעניין זה עדיפה בעיני דווקא עמדת השופט לוין, שהרי גם אם מוניטין פלאימפורט נפגע, לא מכך באה התעשרות ציבה גייגי. השופט קיסטר סבר שהמקרה הוא "פשוט בתכלית", וכי יש לראות ביצרן הישראלי מי שהתעשר מכך שהצליח "לרכוש לו חוג לקוחות", דהיינו מי שנהנה "מה'מערופיא' של המערערת" (עמ' 612, 613). אולם גם גישה זו מוקשית בעיני, שכן ליבואן לא הייתה זכות שלקוחותיו ימשיכו לסחור עימו, ומעבר לקוחות מסוחר לסוחר אינו כשלעצמו עילה להתערבות משפטית. את הגישה השלישית, והעדיפה בעיני, הציג השופט יצחק כהן, לימים נשיא בית המשפט העליון, ולפיה תביעת היבואן מבוססת על כך שהיצרן נטל מהיבואן את "זכותו של אדם למכור את סחורתו" (עמ' 607). במילים אחרות, הגם שעוולה לא הייתה כאן, נטילה של זכות בעלת אופי קנייני, זכות הפעולה בשוק, הייתה גם הייתה. מאחר שנטילה זו הייתה באמצעות פסק דין, אין מקום לפיצוי על הנוזק שנגרם. אבל משבוטל פסק הדין אין הוא יכול לשמש מגן מפני תביעה להשבת הרווח במסגרת דיני עשיית עושר.

נדלג בזמן כחצי יובל, ונגיע לעניין א.ש.י.ר. (רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד (4) 289 (1998)). השאלה שהועמדה לדיון במקרה זה הייתה האם, ובאילו תנאים, אפשר להעניק מכוח דיני עשיית עושר הגנה משפטית לרעיונות שאינם מוגנים במסגרת דיני הקניין הרוחני. במילים אחרות: מוצר או שיטה המשמשים עוסק פלוני – האם אפשר למנוע העתקה שלהם בידי מתחריו גם במצבים שבהם אותו מוצר או

שיטה אינם מוגנים בפטנט, זכות יוצרים או זכות קניין רוחני אחרת? השאלה עוררה חילוקי דעות קשים בבתי המשפט המחוזיים. בהינתן חשיבותה אוגדו לדיון אחד שלוש פרשיות ונקבעו מלכתחילה לפני הרכב מורחב שכלל שבעה שופטים (הנשיא אהרן ברק, המשנה לנשיא שלמה לוין והשופטים תיאודור אור, מישאל חשין, יצחק זמיר, טובה שטרסברג-כהן ויצחק אנגלרד). ואלה, בתמצית, שלוש הפרשיות שנדונו זו לצד זו: "פרשת א.ש.י.ר." עסקה בחיקוי של כמה אביזרי אמבטיה המיוצרים בטאיוואן והמיובאים לארץ לשם שיווק ברשתות שונות (ללא תווית היצרן). "פרשת הרר" עסקה בהעתקה של מערכת מבלטים שנועדה לייצור והרכבה של מסגרות אלומיניום המשמשות לצרכים שונים. "פרשת אתר" בחנה העתקה של שיטה המאפשרת לייצר אלבומי תמונות המשלבים כריכה רכה עם דפים קשיחים. המשותף לשלוש הפרשיות הללו הוא שבכולן לא הייתה לתובע טענה להפרה של זכות קניין רוחני (או זכות מוכרת אחרת). למרות זאת הורו בתי המשפט המחוזיים במסגרת דיון בבקשות למתן סעד זמני כי יש למנוע את העתקת המוצר או השיטה שהשתמש בה, וזאת מכוח דיני עשיית עושר. גם בפסק הדין שניתן בעניין א.ש.י.ר. גילה בית המשפט העליון גישה פרשנית מרחיבה בנוגע להיקף הפריסה של דיני עשיית עושר. בדעת רוב (נגד דעתו החולקת של השופט אנגלרד) נקבע כי אפשר להכיר בכך שהתעשרות היא בלתי מוצדקת (בלשון החוק: שלא על פי זכות שבדין) גם כאשר היא אינה אסורה על פי דין אחר. משמעות הדבר היא שכשם שבעניין פלאימפורט סירב בית המשפט העליון לתחום את ההשבה בגין פסק דין שבוטל למצבים של העברת מזומנים או נכסים, בעניין א.ש.י.ר. סירב בית המשפט העליון לתחום את ההשבה בגין העתקה של רעיון למצבים של פגיעה בקניין רוחני. בכך נפתחה הדרך לדיון בשאלה אימתית ראוי להכיר בזכות תביעה נגד מתחרה עסקי בגין העתקה שאינה אסורה על פי דיני הקניין הרוחני.

אבל אף שבנוגע לעצם השימוש בדיני עשיית עושר התגבשה בעניין א.ש.י.ר. הסכמה רחבה יחסית, הרי שבנוגע לאופן פעולתם התגלעו חילוקי דעות בין שופטי ההרכב. חלקם נגעו לשאלה מהם התנאים להכרה בקיומה של זכות בלעדיות ("מונופול") ברעיון שאינו מוגן בדיני הקניין הרוחני מכוח דיני עשיית עושר. בצד השקפה מרחיבה יחסית שהביעו חלק משופטי ההרכב (בעיקר השופטים שטרסברג-כהן וזמיר), הובעה דעה מצמצמת יותר בידי שופטים אחרים (המשנה לנשיא לוין והשופט חשין). הבדלי הגישות השתקפו גם בתוצאה המעשית: כל שופטי ההרכב סברו שיש לדחות את הבקשה לצו מניעה זמני בשתיים מהפרשיות: פרשת א.ש.י.ר. ופרשת אתר, מאחר שגם לגישת המרחיבים לא הוכחה בשלב זה "מידה מספקת של ייחודיות וחדושה" המצדיקה מתן סעד זמני (עמ' 434). לעומת זאת, לגבי הפרשייה השלישית, פרשת הרר (שנסבה על העתקת מערכת המבלטים), סברו השופטים המרחיבים כי התגבשו התנאים למתן סעד זמני, ואילו המצמצמים הגיעו למסקנה הפוכה (השופט לוין מאחר שלא הובהר מדוע לא התבקשה הגנה לפי דיני הקניין הרוחני – כאן דיני המדגמים, הקרויים היום דיני העיצובים; השופט חשין מאחר שהנושא אינו חורג מ"תחום הכבידה" של דיני הקניין הרוחני).

הנשיא ברק (שעמו הסכים השופט אור), צירף דעתו לעמדת השופטים המרחיבים בנוגע לתוצאה המעשית, אבל עשה זאת על בסיס הנמקה שונה ומעניינת במיוחד. לשיטתו, בצד האפשרות להעניק זכות בלעדיות מכוח דיני עשיית עושר, יש לבחון אם ההעתקה אינה הפרה של כללי התחרות ההוגנת החלים בין הפועלים בשוק. ביסוד גישה זו עומדת התפיסה כי גם כשאין הצדקה להעניק בלעדיות ("מונופול") על רעיון שאינו מוגן באמצעות דיני הקניין הרוחני, עדיין העתקתו בנסיבות מסוימות עלולה להיות התנהגות פסולה המצדיקה התערבות שיפוטית. כך, למשל, העתקה שיטתית וללא בדיקה של דרכי הפעולה של המתחרה עשויה לעלות כדי תחרות בלתי הוגנת, גם אם אין להעניק לעוסק התובע זכות באף שיטה או מוצר שהועתקו. מכאן שבצד דיני הקניין פועלים גם דיני התחרות ההוגנת, כאשר ההגנה על כללי התחרות יכולה במקרים מתאימים להיעשות מכוח דיני עשיית עושר.<sup>3</sup>

מעבר לחשיבותם העניינית, פסקי הדין בעניין פלאימפורט ובעניין א.ש.י.ר. ממחישים היטב את חיוניותה, עצמאותה ויצירתיותה של הפסיקה הישראלית, כפי שהן משתקפות בדיני עשיית עושר. מערכת דינים זו עוסקת בשאלה ההופכית לזו שבה דנים דיני הנזיקין. דיני הנזיקין מסדירים מצבים שבהם מוטלת חובה על אדם לפצות את חברו בגין נזק שגרם לו, ואילו דיני עשיית עושר מגדירים אימתי יש לשלול מאדם טובת הנאה שהפיק על חשבון חברו.

הדין האנגלי של מחצית המאה העשרים, ובעקבותיו גם המשפט המנדטורי, לא הכיר בקיומו של תחום משפטי שעניינו השבת התעשרות (להבדיל מפיצוי על נזק). אבל עובדה זו לא מנעה את הפיתוח העצמאי של תחום זה בפסיקה הישראלית. כבר בשנותיו הראשונות הכיר בית המשפט העליון בקיומו של תחום משפטי נפרד, והשופט שניאור זלמן חשין אף העניק לו שם עברי קולע, "עשיית עושר ולא במשפט", המבוסס על פסוק בספר ירמיהו (יז 11). במשך השנים קבע בית המשפט העליון הלכות חשובות רבות בתחום זה, חלקן בעלות היבטים תקדימיים גם ברמה העולמית. במקביל זכה פיתוחו של התחום לדחיפה עצומה בזכות מפעלו של פרופ' דניאל פרידמן, אשר ספרו "דיני עשיית עושר ולא במשפט" הוא בגדר "מורה נבוכים" לענף משפטי מורכב זה. לכל אלה הצטרף לבסוף גם המחוקק, אשר בשנת 1979 חוקק את חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 – אלא שחוק קצרצר זה סומך הלכה למעשה את ידיו על מפעלה של הפסיקה. עיקרו מצוי בסעיף 1 לחוק, המקנה סמכות רחבה לבתי המשפט לבצע חקיקה שיפוטית במסגרת עיקרון כללי שתחומיו רחבים מני ים.

בפסקי הדין פורצי הדרך שעסקנו בהם, כמו בפסקי דין רבים נוספים, ידע בית המשפט העליון לתת מענה מקורי, אנליטי וראוי לבעיה משפטית מתחום דיני עשיית עושר שלא הוסדרה בעבר. ברבות הימים חודדה, הובהרה ולעיתים גם צומצמה ההלכה המשפטית בפסיקה

3 להרחבה ראו עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 89-93, 330-303 (2002).

מאוחרת,<sup>4</sup> ובהקשרים מסוימים גם בהתערבות של המחוקק.<sup>5</sup> אבל עצם הנכונות להתמודד עם שאלות משפטיות חדשות, משקפת את תפיסת העולם של הפסיקה הישראלית. ביסוד תפיסה זו ההכרה כי ההחלטה אם להתערב צריכה להיות מבוססת על דיון מושכל, ולא על ברירת המחדל של דחיית הבלתי מוכר. היטיב לבטא זאת הנשיא זוסמן בעניין פלאימפורט: "העובדה שהשופט לא מצא תקדים בו זכה אדם בהשבה על הפסד רווחים שצמחו ליריבו עקב פסק־דין מוטעה, אינה מוכיחה שבמקרה כזה יימנע בית־המשפט מלעשות משפט צדק, להשיב את המצב לקדמתו. הדבר אינו נבצר ממנו. מוכיחה אותה עובדה רק שענין כזה לא בא עוד בפני בית־המשפט, ואולם משהועמד עכשיו לפנינו, עלינו להציג לעצמנו את השאלה, אם נסיבותיו המיוחדות של הענין מחייבות אותנו לסטות מכללי ההשבה שנתגבשו במרוצת השנים, או שמא עלינו לנהוג על־פיהן גם בענין דנן" (עמ' 603).

דברים כדרבונות. ואת שאמר הנשיא זוסמן בעניין דיני עשיית עושר ולא במשפט, אפשר לומר בשינויים המחויבים על כל ענף מענפיו של המשפט הישראלי.

- 4 על צמצום הלכת א.ש.י.ר. וסיווגה בפסיקה המאוחרת ראו עופר גרוסקופף "הנשר והנסיכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים 201 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים 2009); עופר טור־סיני ומיכל שור־עופרי "א.ש.י.ר. חוגגת עשרים – מחקר אמפירי" משפטים נא 163 (2021).
- 5 למשל סעיף 2 לחוק העיצובים, התשע"ז-2017, המסייג את תחולת הלכת א.ש.י.ר. בכל הנוגע לזכות בעיצוב.

## מי יזכה בתחרות על זכויות במקרקעין?

ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999)  
ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003)

### רון סוקול

בני הזוג אהרונוב נישאו בשנת 1965. במהלך חיי הנישואין הם רכשו חלקת קרקע חקלאית. כעבור שנים נקלעו חיי הנישואין שלהם למשבר ובשנת 1990 ערכו בני הזוג הסכם גירושין. בהסכם הגירושין הסכימו בני הזוג כי חלקת המקרקעין תעבור לבעלותה המלאה של האישה, מזל, והסכמה זו אושרה כהסכם ממון לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973. אבל, בפועל, זכויות הבעלות בחלקה לא נרשמו על שמה של מזל וגם לא נרשמה לזכותה הערת אזהרה במרשם המקרקעין. בשנת 1992, כאשר ביקשה מזל למכור את זכויותיה במקרקעין, גילתה להפתעתה כי בן זוגה לשעבר נותר חייב כספים לבנק אוצר החייל, וכי לטובת הבנק נרשם עיקול על הזכויות של הבעל במקרקעין.

בצר לה פנתה האישה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו וביקשה שיצהיר כי זכותה במקרקעין מכוח הסכם הגירושין גוברת על זכויות הבנק הנושה למימוש העיקול. עימות זה בין הזכויות החוזיות של האישה לזכויות הבנק הנושה, הוביל להתדיינות שהסתיימה בפסק דין שנתן בית המשפט העליון בשנת 1999 ושנחשב לאחד מפסקי הדין החשובים בדיני הקניין בישראל (ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999)).

כדי לדון בפסק הדין יש לצעוד לאחור קמעא ולהבהיר את השאלות המשפטיות שעמדו להכרעה. חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מורה כי אי אפשר לרכוש זכות במקרקעין אלא על פי החוק. הוא מוסיף וקובע כי עסקה לרכישת זכויות קניין במקרקעין תסתיים רק עם רישום זכות הקניין במרשם המקרקעין, המוכר בציבור בכינוי "טאבו" (סעיף 7(א) לחוק). עד להשלמת הרישום רואים בעסקה שבין מוכר הזכות במקרקעין לרוכש רק כהתחייבות לעשות עסקה (סעיף 7(ב) לחוק). הוראות אלו נועדו להבטיח את תוקפו של מרשם המקרקעין ואת נכונותו, ולהבטיח כי כל אדם יוכל לפנות למרשם וללמוד על זהות בעלי הזכויות, על טיב הזכויות ועל מועד רכישתן. ממועד ההתחייבות לרכישת הזכויות במקרקעין (החווה) ועד מועד השלמת רישום העסקה במרשם המקרקעין עשוי להתקיים פער זמנים. לכן נקבע בסעיף 126 לחוק המקרקעין כי רשם המקרקעין רשאי לרשום הערת אזהרה בדבר ההתחייבות שקיבל על עצמו המוכר לעשות עסקה במקרקעין. החוק גם קובע בסעיף 127 כי משנרשמה הערת אזהרה לא

תירשם עסקה סותרת, אלא בהסכמת הזכאי או בהוראת בית המשפט. רישום הערת האזהרה נועד להתריע בפני הציבור ולהזהירו כי בוצעה עסקה במקרקעין.

על רקע הוראות חוק אלו נדון העימות שבין מזל לבנק. בבית המשפט המחוזי (השופט גורן) נקבע כי זכותה של מזל גוברת על זכותו של הבנק מכוח העיקול. הכרעה זו לא הייתה מובנת מאליה, בהתחשב בכך שזכותה של מזל לא הייתה רשומה. ההכרעה גם לא התיישרה לכאורה עם תקדים שנקבע שנים קודם לכן בבית המשפט העליון, ולפיו כל עוד לא נגמרה עסקת הרכישה ברישום, זכותו של הרוכש נשארת זכות חוזית בלבד, כלומר היא בעלת תוקף כלפי המוכר אבל אינה תקפה כלפי צד שלישי (בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121 (1971)).

הבנק ערער על פסק הדין לבית המשפט העליון, וזה דן בסוגיה בהרכב מורחב של שבעה שופטים בראשות הנשיא אהרן ברק, המשנה לנשיא שלמה לוי והשופטים תיאודור אור, מישאל חשין, טובה שטרסברג-כהן, דליה דורנר ויצחק אנגלרד.

חברי ההרכב הסכימו כולם לדחיית הערעור, כלומר לתוצאה שלפיה זכותה של מזל מכוח ההתחייבות החוזית שקיבלה מבעלה, גוברת על זכותו של הבנק הנושה למימוש העיקול. בכך שינה בית המשפט את התקדים שניתן שנים קודם לכן בפרשת בוקר, ושבו נקבע כי כל עוד לא נגמרה עסקה ברישום, הזכות החוזית מחייבת רק את הצדדים לה, אבל לא פועלת כלפי צד שלישי.

במישור העקרוני נקבע בפסק הדין כי כאשר מוכר מתחייב להקנות בעלות במקרקעין או במיטלטלין לרוכש, מוענקות לרוכש עוד בטרם השלמת העסקה "זכויות מהותיות" בנכס. זכויות מהותיות אלו, שבית המשפט כינה "זכויות מן היושר תוצרת הארץ", שוללות מנושה מאוחר יותר את הכוח לממש את זכויותיו כלפי המוכר באמצעות הנכס הנמכר (עמ' 240). זכויות מהותיות אלו של הרוכש, אותן "זכויות מן היושר", תקפות ופועלות כלפי כל אדם, כלומר מדובר בזכות שמקנה לרוכש עדיפות כנגד כל אדם ("זכות חפצא"), למעט כנגד קונה בשוק פתוח או קונה בתום לב ובתמורה שהשלים את העסקה ברישום.

בפסק הדין הוסבר עוד כי העדיפות הניתנת לרוכש וההכרה בזכות המהותית שיש לו בנכס הנמכר, נלמדות מהוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין. סעיף זה, העוסק על פי כותרתו ב"עסקאות נוגדות", מורה כי כאשר בעל נכס מכר את זכויותיו לכמה רוכשים, זכותו של הרוכש הראשון עדיפה על פני הרוכשים המאוחרים. אף כי לעדיפות זו עשויים להימצא סייגים (שיידונו בהמשך), ראה בית המשפט העליון בהוראה זו משום הכרה בזכות המהותית והמיוחדת של הרוכש הראשון בנכס הנמכר, או בלשון בית המשפט, מתן עדיפות לרוכש הראשון מלמד כי נתונה לו "זכות שבייחוד בנכס מושא ההתחייבות למכר" (עמ' 245). מאחר שלרוכש הראשון אינטרס קנייני בנכס, מתחייבת המסקנה כי רוכש שני אינו ראוי לעקל את הנכס, ומכאן שגם נושה של המוכר אינו יכול לעקלו. הזכות שבייחוד שהוענקה לרוכש עם השלמת ההתחייבות לעסקה, גוברת על הזכות של הנושה המעקל.

לפסק הדין בפרשת אהרונוב חשיבות וייחוד מכמה היבטים. פסק הדין שינה תקדים קודם.



שינוי תקדים, במיוחד כשזה נקבע בהרכב מורחב של בית המשפט העליון, אינו עניין שבשגרה. הוא כרוך במחיר מהיבטים של עקרונות חשובים לכל מערכת משפטית, ובהם עקרון היציבות והוודאות. הוא פוגע בציפיות הציבור, פוגע בהסתמכות הציבור על הדין ועלול לשבש את חיי המסחר. על כן נזהר בית המשפט מהפיכת תקדימים שנפסקו ושומר את כוחו לעשות כן למקרים מיוחדים בלבד. עם זאת, לבית המשפט העליון יש סמכות לעשות כן, והוא משתמש בכוחו זה כאשר הניסיון המצטבר מלמד כי התקדים הקודם גרם לתקלה בלתי צפויה, כאשר התקדים הקודם טרם היכה שורשים במציאות, כאשר מציאות החיים השתנתה וכדומה.

ולגוף הדברים, בפסק הדין בית המשפט העליון הכיר לראשונה בכך שגם לאחר חוק המקרקעין ייתכנו זכויות מהותיות בנכס אף אם טרם נרשמו. בכך ביטא בית המשפט את ההכרה בזכויות של רוכשי מקרקעין ובצורך להגן עליהם. להגנה זו חשיבות רבה בשל המספר הרב של נכסים שאינם רשומים בלשכת רישום המקרקעין ובשל הקשיים הרבים המתעוררים בבואו של רוכש לרשום את זכויותיו. ההכרה בזכות העדיפה של רוכשים על פני נושיו של המוכר מבטאת רצון למצוא פתרון צודק במצבים קשים שבהם לא דבק אשם באיש מהמתחרים על הזכות. פסק הדין מחזק את המעמד של רוכשי דירות אל מול הקבלנים, מוכרי הדירות והבנקים המממנים את הקבלנים. על פסק הדין בפרשת **אהרונוב** נמתחה גם ביקורת. כך, נטען כי ההכרה בזכויות קנייניות לא רשומות פוגעת בכוחו של מרשם המקרקעין ומעודדת רוכשים להימנע מלפעול לרישום. הועלה גם חשש שמא פסק הדין ירתיע בנקים וגורמים פיננסיים מלממן עבודות בנייה. כיום, בחלוף למעלה משני עשורים, דומה שחששות אלו לא התגשמו. כוחו של המרשם לא פחת, מרבית הרוכשים ממהירים לרשום הערת אזהרה כדי להבטיח את זכויותיהם, והגופים המממנים מצאו דרכים שונות להבטחת השקעותיהם.

טענה נוספת שהועלתה היא כי פסק הדין מבטא גישה אקטיביסטית של בית המשפט, בקביעת הלכה הסוטה מהוראה מפורשת של חוק המקרקעין ששוללת הכרה בזכויות מן היושר. ספק אם יש בסיס לטענה זו, שהרי פסק הדין מעוגן בהוראות החוק עצמן (סעיף 9 לחוק) ובהשלמת חסר באמצעות שימוש בכלי ההיקש. אלו בדיוק תפקידיו של בית המשפט, אשר מצווה למצוא פתרון משפטי לסוגיה הניצבת לפניו בהעדר תשובה מפורשת בחוק. בית המשפט אימץ את הוראות המחוקק בדבר עדיפות הרוכש הראשון על פני רוכש מאוחר והשתמש בעדיפות זו, שהדין קבע, במצב חדש שלא נדון בחקיקה הקודמת.

בסופו של דבר נותר על מכונו התקדים שנקבע בפרשת **אהרונוב**, שלפיו התחייבות תקפה לרכישת נכס מקנה לרוכשים "זכויות מן היושר תוצרת הארץ" בנכס הנמכר. על כן האוחז בהתחייבות תקפה לעסקה במקרקעין יזכה בעדיפות על פני נושה של המוכר, גם אם הזכות של הרוכש טרם נרשמה במרשם המקרקעין וגם אם טרם נרשמה הערת אזהרה לזכותו. קביעה זו חלה הן על רכישת זכויות בנכסי מקרקעין, הן על רכישת זכויות בנכסי מיטלטלין. עוד חשוב לזכור כי, על פי פסק הדין, העדיפות הניתנת לרוכש הראשון חלה על כל סוגי הזכויות במקרקעין, ולא רק על התחייבות לרכישת זכות הבעלות.

כאמור, ההלכה בפרשת אהרונוב נסמכה בעיקר על היקש מהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, העוסקת בתחרות בין עסקאות נוגדות והקובעת כלל הכרעה בתחרות בין שני רוכשים שרכשו נכס ושטרם השלימו את רישומו. לכלל הכרעה זה, המקנה עדיפות לרוכש הראשון בזמן, נקבע סייג ולפיו אם הרוכש המאוחר פעל בתום לב, שילם תמורה והעסקה לטובתו נרשמה, תהיה זכותו של הרוכש המאוחר עדיפה.

כלל הכרעה זה עורר לא מעט תהיות וקשיים, שכן על פי פשוטם של דברים העדיפות של הרוכש הראשון אינה מושפעת מהתנהגותו; גם רוכש שנמנע ברשלנות, או אפילו במכוון, מלרשום הערת אזהרה, ושלא הזהיר את הציבור מפני רכישת הנכס, ייהנה מעדיפות. תוצאה זו ולפיה זכותו של רוכש מאוחר שבדק את המרשם ולא מצא בו אזהרה, תידחה מפני זכותו של הרוכש הראשון, פגעה בתחושת הצדק וההגינות. לכך ניתן לימים מענה בפסק הדין בפרשת גנז, שהתמקד בהשפעת ההתנהגות של הרוכש הראשון על תוצאות התחרות בין עסקאות נוגדות (ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003)).

כדי להבין את המחלוקת וההכרעה בפרשת גנז, נפתח בסיפור המעשה. בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ הייתה הבעלים הרשום של מקרקעין ומכרה אותם לחברה בשם נוטריקון בע"מ. עסקת מכר זו לא הסתיימה ברישום, והמקרקעין נותרו רשומים על שם הבעלים המקורי: בריטיש. כעבור כמה שנים, בשנת 1976, מכרה נוטריקון את זכויותיה במקרקעין לשלמה גנז, וגם הוא לא טרח להשלים את הליכי הרישום ואף לא הביע עניין במקרקעין שרכש. כ-17 שנים לאחר מכן, אף שהעסקה עם גנז נותרה תקפה, ניצלה נוטריקון את העדר הרישום ומכרה את המקרקעין בשנית, הפעם לאגודה השיתופית של חברי קיבוץ אפק, שעיבדו את המקרקעין במשך שנים רבות. בהסכמת החברות בריטיש ונוטריקון רשם הקיבוץ הערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין, והעסקה דווחה לרשויות המס.

כשנודע לגנז על מכירת הזכויות לקיבוץ אפק, הוא פנה לבית המשפט המחוזי בנצרת (השופט בן-דוד) וביקש להצהיר כי, מכוח הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, זכותו בתור הרוכש הראשון בזמן גוברת על זכותו של הקיבוץ. על כן הוא עתר להורות על ביטול הערת האזהרה שנרשמה לטובת הקיבוץ.

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה של גנז, והוא ערער על כך לבית המשפט העליון. גם ערעור זה נדון בהרכב מורחב, בראשותו של הנשיא ברק, המשנה לנשיא שלמה לוין והשופטים אליהו מצא, טובה שטרסברג-כהן, יצחק אנגלרד, אליעזר ריבלין ואילה פרוקצ'יה. משני עברי המחלוקת ניצבו זה כנגד זה גנז, שטען כי זכותו עדיפה בהיותו הרוכש הראשון; וקיבוץ אפק, שטען כי בשל מחדלו של גנז לרשום הערת אזהרה, איבד גנז את זכות הראשונים שלו על פי סעיף 9 לחוק. את פסק הדין המרכזי כתב הנשיא ברק. תחילה קבע בית המשפט כי אף שנוטריקון לא נרשמה בתור בעלת הזכויות במקרקעין, ואלו נותרו רשומות על שם בריטיש, יש לראות בשתי העסקאות שביצעה נוטריקון – מכירה לגנז ומכירה לקיבוץ אפק – עסקאות במקרקעין שתחול עליהן הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. עוד מצא בית המשפט כי שתי העסקאות תקפות ועל כן הן ניצבות זו לצד זו בתחרות.

בית המשפט העליון ציין כי, על פי לשונו של סעיף 9 לחוק המקרקעין כפשוטה, הרוכש הראשון אינו חייב לרשום הערת אזהרה בדבר עסקת המקרקעין כתנאי לעדיפותו. עם זאת, בית המשפט הדגיש כי סעיף זה אינו עומד בבדידותו והוא חלק ממערך נורמטיבי כולל המטיל על כל אדם חובות שונות. בין החובות המוטלות על כל אדם הטוען לזכות, מצויה גם החובה לפעול בתום לב בהפעלת הזכות ובמימושה. הנשיא ברק הגיע למסקנה כי עקרון תום הלב דורש כי הרוכש הראשון יפעל בהגינות תוך התחשבות בציפייה הסבירה של רוכשים מאוחרים, ועל כן מוטל עליו נטל לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה. אם לא יעמוד הרוכש הראשון בנטל זה, הוא עלול לאבד את עדיפותו בתחרות מול רוכש מאוחר. עם זאת, הנשיא ברק הבהיר כי לא בכל מקרה יאבד הרוכש הראשון את עדיפותו, שכן כל מקרה ייבחן על פי נסיבותיו ועל פי מערכת היחסים שבין הרוכש הראשון לרוכשים מאוחרים. כך למשל אם הרוכש הראשון נמנע מלרשום הערת אזהרה, אבל הרוכש השני ידע בדרך אחרת על העסקה הקודמת, לא תיפגע העדיפות של הרוכש הראשון. גם במצבים שבהם קיים קושי אובייקטיבי לרשום את ההערה שאינו קשור לרוכש הראשון, לא תיפגע זכותו העודפת.

כל שופטי ההרכב הסכימו עם התוצאה ולפיה בנסיבות המקרה ידו של הקיבוץ תהיה על העליונה. זאת שכן גנז - הרוכש הראשון בזמן - נמנע מרישום הערת אזהרה ומכל פעולה אחרת שתעיד על כך שרכש את הזכויות, והתנהגותו הצדיקה לשלול ממנו את העדיפות. עם זאת לא כל השופטים היו שותפים לכל הנימוקים של הנשיא ברק. חלקם סברו כי אין מקום להטיל על הרוכש הראשון נטל מכוח עקרון תום הלב, לרשום הערת אזהרה, אלא די בקביעה הכללית כי מוטלות עליו חובות חיצוניות, ובהן החובות לנהוג בתום לב ולהימנע מהתרשלות. התוכן של החובות, כך סברו אותם שופטים, ייקבע בכל מקרה לפי נסיבותיו. דעה נוספת הביעה השופטת פרוקצ'יה, ולפיה רישום הערת אזהרה בידי הקונה המאוחר ממלא את תנאי הסייג הקבועים בסעיף 9 עצמו, והשלמת העסקה ברישום אינה נדרשת לצורך תחולתו. מכל מקום, בסופו של דבר הכלל שהנחילה פרשת גנז לפסיקה העתידית, הוא שבמצב הרגיל אי רישום הערת אזהרה הוא הפרת חובת תום הלב המוטלת על הרוכש הראשון.

התקדים שנקבע בעניין גנז התבסס על עקרונות של הגינות וצדק. אף שיש בו, לכאורה, פגיעה בעקרונות היציבות והוודאות תוך מתן שיקול דעת לבית המשפט להחיל עקרונות של צדק ויושר, הרי שלמעשה הוא יצר כלל המתמרץ כל רוכש למהר לרשום הערת אזהרה. בכך הוא מחזק את כוחו של המרשם, וזוהי תוצאה רצויה.

שני פסקי הדין שנדונו כאן - בפרשת אהרונוב ובפרשת גנז - השלימו את שהשמיט המחוקק. הם נתנו מענה למצבים קשים והדגישו את החשיבות של שיקולים ערכיים בבחירת כללי הכרעה בין זכויות ואינטרסים מנוגדים. בית המשפט הבהיר כי כללי הכרעה אינם חייבים להיות כללים בינאריים, וכי אפשר להכריע בתחרות בין זכויות מנוגדות במצבים שונים על פי עקרונות של צדק והגינות.

# צדק צדק תרדוף גם במקרקעין: על צדק חלוקתי במקרקעין ונגישות שוויונית אליהם

בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות  
הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002)  
ע"א 8956/17 מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר-צור יגאל (14.1.2021)

## גרשון גונטובניק

הקרקע היא, פשוטו כמשמעו, הבסיס לקיום שלנו כפרטים. ללא קורת גג מעל לראשנו לא נוכל לחיות חיים ראויים. המגורים שלנו משפיעים גם על היבטים חשובים אחרים של חיינו: על הזדמנויות החינוך שניתן לילדינו, על אפשרויות התעסוקה שלנו ועל השכנים שסובבים אותנו ושעמם אנו באים במגע. הקרקע היא גם הבסיס לקיום שלנו כחברה. כפי שכתב השופט אור בעקבות עתירה של הקשת הדמוקרטית המזרחית שסיפורה יובא בהמשך: "אם האומה ומפעלה התרבותי הם ה'נשמה' של העם, הרי שמקרקעיה הם ה'גוף' שלו. על בסיס הקרקע מנהלים הפרט והחברה את כל מעגל חייהם" (בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 62 (2002)).

כבר בראשית ימי התנועה הציונית היה ברור שאי אפשר להקים בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל ללא קרקעות – והרבה. באמצעות הקרן הקיימת לישראל נעשה מאמץ עילאי לרכוש קרקעות בארץ, ונקבע העיקרון ולפיו הקרן תשמור על הבעלות בקרקעות שהיא רוכשת, כדי שתוכל לקדם מטרות ציבוריות שונות בנוגע לפיתוח הקרקע לטובת הכלל. כיום הקרן הקיימת היא בעלים של יותר מ-2.5 מיליון דונם, שהם כ-10% מאדמות המדינה וכמחצית מקרקעותיה החקלאיות. גם מדינת ישראל היא בעלת שטחי קרקע נרחבים (כ-70% מאדמות המדינה). על רקע זה נדרש ניהול מאוחד של כל הקרקעות הללו. לכן נחקקו בשנת 1960 חוקי-יסוד: מקרקעי ישראל, חוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, וחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 (לימים שונה שמו לחוק רשות מקרקעי ישראל).

חוק היסוד עוסק ב"מקרקעי ישראל", שכוללים, בין השאר, את אדמות קק"ל והמדינה. הוא עיגן את העיקרון שהבעלות בהם לא תועבר, אלא בהתאם לחריגים שייקבעו בחוק. במקביל הוקם מינהל מקרקעי ישראל – כיום, כאמור, רשות מקרקעי ישראל – לצורך ניהול הקרקעות. במועצת המינהל היו חברים נציגים של הקרן הקיימת לישראל (שחלקם היו בעלי תפקידים במגזר החקלאי) ונציגים מטעם הממשלה. בראש כל אלה עומד שר, בזמן האירועים שיוצגו –

שר התשתיות הלאומיות. השליטה בקרקעות נועדה לאפשר להשיג יעדים ציבוריים חשובים, דוגמת חקלאות, מגורים, מסחר ותעשייה, ולצד זאת לשמור על שטחים פתוחים.

אבל במקום שבו מרוכז כוח רב ואפשר לחלק משאבי ציבור, קם חשש מפני שימוש לא הוגן בכוח ומפני חלוקת משאבים לא צודקת. כך, במהלך השנים הועלו טענות ולפיהן מינהל מקרקעי ישראל מעדיף את המגזר החקלאי, שכלל את הקיבוצים ואת המושבים. העדפה זו באה לעיתים, כך נטען, על חשבון התושבים של עיירות הפיתוח, שגם הן ממוקמות בפריפריה ושחיים בהן מזרחים רבים, להבדיל מאשכנזים. בהקשרים אחרים הועלו טענות להדרת אזרחים ערבים וקבוצות אחרות מהיכולת לגור ביישובים החקלאיים.

סוגיית הצדק החלוקתי בניהול מקרקעי ישראל עלתה במלוא עוזה בפסק הדין שניתן בעתירה הנזכרת, ושידוע בתור עניין שיח חדש. במרכז ההתדיינות עמדו אדמות חקלאיות ששייכות למינהל והוקצו לקיבוצים ולמושבים לצרכים חקלאיים. מטבע הדברים, בחלוף הזמן ובהתאם לצרכים החברתיים יכול לקום צורך לשנות את הייעוד של הקרקעות מחקלאות לייעודים אחרים, כמו מגורים, מסחר או תעשייה. אז עולה השאלה מה דין החקלאים שהשתמשו בהן לפני השינוי. בהתאם למדיניות שנהגה במשך עשרות שנים, במקרה שכזה היה על החקלאים להחזיר את האדמות למינהל, והם קיבלו פיצוי צנוע יחסית. זאת משום שהפיצוי צריך לשקף את הזכויות לפני שינוי הייעוד, והשווי הכלכלי של האדמות החקלאיות נמוך בהרבה מהשווי של אדמות שמשמשות לייעודים האחרים.

והינה, בשנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת, נקלעו תנועות הקיבוצים והמושבים למשבר כלכלי. המחויבות של חברים רבים לאידאולוגיה שלהן פחתה, ורבים מבני הדור הצעיר ביקשו לנסות את מזלם בערים הגדולות. קם צורך לחזק את התנועות הללו. במקביל לכך, על רקע גל העלייה הגדול ממדינות ברית המועצות לשעבר התעורר צורך להפשיר לבנייה קרקעות שבעבר היו חקלאיות. מפגש אינטרסים זה הוליד שינוי במדיניות המינהל והוביל לקבלת שלוש החלטות חשובות.

החלטה 717 דנה בקרקעות חקלאיות שייעודן השתנה לשימוש תעשייתי, ואפשרה ליישובים חקלאיים להשכיר אותן במקום להחזירן למינהל. החלטה 727 קבעה שאם הייעוד של קרקע ביישוב חקלאי השתנה למגורים, היישוב יוכל לקבל פיצוי בהתאם לייעוד החדש, וכך לקבל פיצוי כספי נכבד, במיוחד ביישובים במרכז הארץ. החלטה 737 קבעה שאם יישוב חקלאי יורחב בעקבות שינוי הייעוד של הקרקע למגורים, החברים ביישוב או מי שהם המליצו עליו יוכלו לשכור בתים ונחלות בתנאים מועדפים. מדובר אפוא בהחלטות בעלות משמעות כספית ניכרת, ומגולמות בהן הטבות משמעותיות ביותר למגזר החקלאי.

החלטות אלה עמדו במרכזן של עתירות שהוגשו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. בעתירות נטען שההחלטות התקבלו שלא כדין ובהעדפה לא מוצדקת של המגזר החקלאי. היו בהן דגשים שונים. חלקן הדגישו את שמירת השטחים הפתוחים ואת האינטרס הציבורי הכללי. חלקן הדגישו את הקיפוח הנמשך של עיירות הפיתוח ושל העולים ממדינות המזרח, מסר שהדגישו

ארגון הקשת הדמוקרטית המזרחית, המזוהה במידה רבה עם המאבק שהוליד את העתירות. חברי המגזר החקלאי טענו מנגד כי ההטבות מוקנות להם בזכות ולא בחסד. לדעתם, המתנגדים התעלמו מהתרומה הניכרת של המגזר החקלאי לטובת פיתוח המדינה, גם קודם להקמתה, בעת שהמתיישבים בקרקע חזו בתנאים קשים ביותר, הרחק מנוחות המחיה ביישובים העירוניים.

בעקבות העתירה והדיון הציבורי שנלווה לה, החליטה הממשלה לעשות "בדק בית" והקימה ועדה כדי לבחון את המדיניות בנוגע לקרקעות הללו (ועדת מילגרום). הוועדה סברה שיש לשנות את ההחלטות כדי שתהיינה מאוזנות יותר. בהתאם, היועץ המשפטי לממשלה הודיע שמינהל מקרקעי ישראל מתכוון לקבל החלטות חדשות, והמדינה הסכימה שדין ההחלטות הקיימות להתבטל. לכאורה, התייתרה בכך הכרעה שיפוטית בעתירות כפי שהוגשו. אבל בשל חשיבות העניין והשלכותיו העתידיות החליט בית המשפט, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, לכתוב פסק דין מנחה בנושא. השופט אור כתב את פסק הדין, והצטרפו אליו הנשיא ברק והשופטים מצא, שטרסברג-כהן, דורנר, ביניש ופרוקצ'יה.

השופט אור הסביר שהמדיניות בנוגע למקרקעי ישראל צריכה להתחשב בשיקולי "צדק חלוקתי", כלומר החלוקה הצודקת של משאבי החברה. הוא עמד על החשיבות של מקרקעי ישראל לחיים של כולנו כאן. מינהל מקרקעי ישראל משמש נאמן של הציבור כולו, ועליו לפעול בהגינות ותוך מתן הזדמנות שווה לכל הציבור. הקרקע היא משאב מוגבל. הענקת קרקע לאחד באה בהכרח על חשבון האחר, ויש להימנע מהטבות יתר למגזר אחד על פני רעהו. אכן, יש להכיר תודה למגזר החקלאי על תרומתו הרבה ליישוב המדינה, אבל עדיין השאלה היא האם ההטבות שהוא זכה להן היו מידתיות.

השופט אור העלה על נס "את הערך של הגשמת צדק חלוקתי בהקצאת מקרקעין על ידי מינהל מקרקעי ישראל. עניינו של ערך זה בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים. החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים" (עמ' 64). בהתאם לכך, נקבע שבקבלת החלטות בעתיד יהיה צריך לשמור על חלוקה צודקת בין המגזר החקלאי למגזרים האחרים. מלאכת השמירה על הצדק החלוקתי היא מלאכה מורכבת. היא מסורה למינהל מקרקעי ישראל, ולא לבית המשפט – אבל בית המשפט נדרש לוודא שכאשר המינהל מפעיל את סמכותו, הוא שומר גם על עקרון הצדק החלוקתי. בהקשר זה הודגשה חשיבות הביקורת השיפוטית. ללא ביקורת שיפוטית עלול להתממש הסיכון שתינתנה הטבות מרחיקות לכת לקבוצות מסוימות על חשבון הציבור הכללי. קיים חשש "הקרובים לצלחת" יקבלו יותר מחלקם הראוי, על בסיס הפליה ושיקולים לא ענייניים. בית המשפט העליון ביטל את ההחלטות וקבע שתתקבלנה החלטות חדשות שיעניקו את המשקל הראוי לשיקולי הצדק החלוקתי.

זוהי החשיבות הגדולה של פסק הדין. ביד האחת הוא זיקק את עקרון הצדק החלוקתי וקבע שהוא עיקרון משפטי מחייב שרשויות המדינה המחלקות משאבים נדרשות להתחשב בו, במיוחד בתחום המקרקעין. בכך הורמה תרומה לחיים שוויוניים יותר וצודקים יותר בישראל.

ביד השנייה הובהר שבתחום זה יש להקפיד על ביקורת שיפוטית כדי לצמצם את הסיכון להעדפת מקורבים ולחלוקה לא צודקת של משאבים ציבוריים יקרי ערך.

במקרים אחרים מה שעומד על הפרק אינו מדיניות מקרקעין ארצית כוללת. שאלות של צדק ושוויון בגישה למקרקעין יכולות להתעורר גם בהקשרים נקודתיים. וכאן נפנה לבריכת שחייה במועצה המקומית כוכב יאיר-צור יגאל, גיבורת פסיקה עקרונית נוספת של בית המשפט העליון (ע"א 8956/17 מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר-צור יגאל (14.1.2021)).

המועצה החליטה שמרכז הספורט ביישוב, ובו בריכת השחייה, יהיה פתוח לתושבי היישוב בלבד. את המרכז הפעילה עמותה, אבל זו הייתה קשורה בקשר הדוק למועצה: המועצה מינתה חלק מחברי הוועד שלה, סייעה לה בכספים והעמידה לרשותה ללא תמורה את הקרקע שהמרכז פועל בה. לכן היו למרכז הספורט גם מאפיינים של גוף ציבורי. עד לשנת 2010 נמכרו המנויים למרכז הספורט לכל המעוניין, בין שהוא תושב היישוב ובין שלא. באותה השנה הוחלט להגביל את המנויים כך שרק תושבי היישוב יוכלו לרכוש אותם. אבל כתוצאה מכך הצטמצמו הכנסות המרכז, ולכן הוחלט לאפשר כניסה גם לתושבי יישובים שכנים, ובלבד שילדיהם לומדים במוסדות החינוך ביישוב. לכן כאשר משפחת מנסור הערבית מהיישוב הסמוך טירה באה וביקשה לרחוץ בבריכה, היא נענתה בסירוב.

מדוע זה נקבעה מדיניות הכניסה לבריכה כפי שנקבעה? אפשרות אחת היא שכך נעשה מתוך רצון להעדיף את תושבי המקום. הבריכה ממוקמת ביישוב. הגיוני שהיא תהיה פתוחה קודם כול לתושביו, שכן היא באה לשרת אותם. אם תתאפשר כניסה ללא בקרה לבריכה, עלולה להיפגע הנגישות של התושבים המקומיים לשירותיה. אולם עולה החשש שקיימת אפשרות נוספת. תושבי המועצה המקומית כוכב יאיר-צור יגאל הם ברובם יהודים. כך גם המשפחות שמתגוררות מחוץ ליישוב ושילדיהן לומדים בו. מנגד, בקרבת היישוב מתגוררת אוכלוסייה ערבית. האם המדיניות נועדה בעצם למנוע כניסה של ערבים לבריכה, מתוך כוונה להפלותם? משפחת מנסור טענה שמדובר בהפליה לכל דבר ועניין, ונקטה הליך משפטי בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד. בהליך זה היא ביקשה הצהרה שלפיה מדיניות מכירת הכרטיסים והמנויים במקום היא מפלה. נטען כי המועצה הפרה את החובה שמוטלת על גורמים ציבוריים לנהוג בשוויון. כמו כן נטען שהופר בנסיבות העניין חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. החוק אסר, בין השאר, על הפליה מחמת לאום בכניסה ל"מקומות ציבוריים" המשמשים את הציבור, ובכלל זה בריכות שחייה. בהמשך תוקן החוק ונוסף לו איסור על הפליה מחמת מקום מגורים.

במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי החליטה המועצה לשוב ולהגביל את הכניסה לבריכה רק לתושבי היישוב. העמדה העקרונית שהציגה הייתה שאין לה כוונה להפלות ערבים, ושקיים אינטרס לגיטימי לתת שירותים על בסיס קהילתי. כך, לאורך כל הדרך הדיון התנהל בשני מישורים: ראשית, במישור העובדתי - האם אכן לא הייתה כוונה להפלות ערבים, ושנית, במישור המשפטי - מהם הגבולות המותרים להעדפה קהילתית.

בנסיבות המקרה לא הוכח שפרנסי היישוב התכוונו להפלות ערבים בהחלטותיהם. אבל אין די בכך כדי לשלול הפליה. לפעמים משתמשים באמת מידה שהיא עצמה אינה מפלה, אבל התוצאה שלה מפלה. ואם אי אפשר להצדיק את התוצאה, הרי שקמה הפליה פסולה, לא מכוונת אבל תוצאתית, שמדירה באופן לא צודק ממשאבים ציבוריים.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי, מפי השופט גרוסקופף, קבע שאפשר לתת עדיפות למשתמשים המקומיים בבריכה. אבל העדפה זו לא יכולה להיות גורפת מדי, ולכן יש לאפשר למכור מינויים לתושבי חוץ בהיקף של 10% מהמינויים לכל הפחות. משפחת מנסור לא ראתה בכך סעד מספק, וערערה על פסק הדין לבית המשפט העליון. כפי שנראה, הערעור התקבל, אבל באופן ששיקף הבדלי דעות מסוימים בשאלה של העדפה קהילתית. במרכז פסק הדין עמדה המחלוקת מהם הגבולות המותרים להעדפת תושבים מקומיים. האינטרס המקומי הוא חשוב, אבל גם אי אפשר לומר שהרשויות המקומיות הן "איים" אוטונומיים. הן חולקות אותה מדינה.

השופטת ברק-ארוז קבעה שלגיטימי להתחשב בצרכים של היישוב המקומי, אבל מוטלות על המועצה גם חובות כלפי הציבור הרחב. עליה לאפשר נגישות להזדמנויות גם למי שאינם תושביה. משקל נכבד מדי לשיקולי קידום קהילתיות במקום עלול להוביל להגבלה מעוותת של הזדמנויות שפתוחות לציבור הכללי. כך במיוחד במציאות הכוללת בישראל, שקיימת בה רמה גבוהה של היפרדות במגורים של קבוצות אוכלוסייה שונות. פסק דינה הכיר בחובה המוטלת על גורמים מקומיים להתחשב גם בצרכים של הציבור הכללי כדי להשיג את התוצאה של נגישות שוויונית למשאבים ציבוריים. השופטת ברק-ארוז שאלה: "האם קיימת סולידריות חברתית במדינת ישראל, או שמא כל קהילה וכל רשות מקומית יכולות להסתגר ולהתגדר לטובת עצמן? אין מדובר אפוא רק בבריכה של כוכב יאיר צור יגאל, אלא בדמותה של ישראל כמדינה וכחברה, להבדיל מאשר כרצף של 'איים' או כאגד של קהילות ותת-חברות" (פסקה 88). מכל מקום, היא הצביעה על כך שלא התקיים ברור של ממש בנוגע לצורך להגביל כניסה של לא מקומיים ובנוגע לחלופות אחרות להעדפת תושבים מקומיים. לכן היא קבעה שיש להחליט מחדש בנושא על בסיס תשתית עובדתית מספקת. שני חברי ההרכב הנוספים, השופטים מינץ ומזוז, הסכימו לתוצאה, אבל מפסקי דינם עלו גישות שמסתייגות פחות מהעדפה קהילתית. השופט מינץ הזכיר בהקשר זה את הכלל של "עניי עירך קודמים". השופט מזוז ציין שיש לבחון את שיקול הקהילתיות בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו.

שוב אנו רואים את התפקיד החשוב שבית המשפט ממלא בהבטחת נגישות שוויונית וצודקת למשאבים ציבוריים בחברה שלנו. את הסולידריות החברתית אמורה לבנות החברה, אבל המשפט יכול להרים תרומה חשובה לקידומה באמצעות מניעה של הדרה לא צודקת ולא שוויונית. רשויות הציבור אמורות לקדם את האינטרסים של כולנו. הן משמשות נאמן של הציבור כולו. במקום שבו ניתנת העדפת יתר או נמנעת נגישות למשאבים ציבוריים שלא בצדק, על המשפט לומר את דברו.



## תמונות מתערוכה: בין שוק הפשפשים לתקנת השוק

ע"א 5664/93 כנען נ' *United States of America*, פ"ד נא(1) 114 (1997)  
דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632 (2003)

### איריס רבינוביץ-ברון

מי לא חולם לקנות באקראי חפץ שיתגלה בהמשך שהוא אוצר לא ידוע? חלום זה כמעט שהתממש עבור זהבה כנען בעת שרכשה בשוק הפשפשים בתל אביב שתי תמונות שהתגלה בהמשך שהן פרי יצירתו של הצייר ראובן. אולם בסופו של דבר החלום התפוגג לאחר שלושה "סבבים" של התדיינות משפטית.

תמונות של הצייר ראובן רובין הושאלו בידי בעליהן, מוזיאון ישראל ואדם פרטי, לממשלת ארצות הברית לצורך הצגתן בתערוכה שנערכה במוזיאון היהודי. התמונות הפליגו לארצות הברית והוצגו בתערוכה במוזיאון. בדרכן חזרה ארצה התמונות נעלמו. ממשלת ארצות הברית, שביטחה את הציורים בביטוח עצמי, שילמה לבעלים המקוריים של הציורים את סכום הביטוח בסך 100,000 דולר. המוזיאון היהודי הוסיף עוד 15,000 דולר בהשתתפות עצמית.

ברבות הימים התמונות התגלגלו לידי סוחרת בשוק הפשפשים ביפו, והיא מכרה אותן לסוחרת אחרת, זהבה כנען, תמורת 250 ש"ח. כנען קנתה אותן כתמונות של צייר לא ידוע. כאשר הוציאה אותן מהמסגרות שלהן כדי לשלוח אותן לניקוי, היא הופתעה לגלות על גביהן סימון של המוזיאון היהודי ושהן חתומות בשם "ראובן". זהבה כנען לא שקטה, אלא פנתה למטרה ולמוזיאון כדי לברר את העניין. משם הדרך הייתה קצרה לגילוי כי הציורים שרכשה בשוק, הם למעשה ציורים מקוריים של הצייר הנודע ראובן רובין שערכם באותה עת עמד על כ-115,000 דולר. בשלב זה הציורים הופקדו, בהסכמת כל הצדדים, במוזיאון בית ראובן עד להכרעה בדבר גורלם.

השאלה שהתעוררה במלוא עוצמתה הייתה: למי הזכות בציורים? לבעלים המקוריים, ולכן בסופו של דבר לממשלת ארצות הברית, שבאה במקומם לאחר ששילמה עבורם? או לזהבה כנען, שקנתה אותם בתום לב בשוק הפשפשים?

במקרה מסוג זה נדרש איזון בין אינטרסים מתנגשים. מצד אחד, החשיבות של הגנה על הקניין. מצד אחר, הרצון להבטיח את תקינות חיי המסחר. האיזון בין השיקולים האלו הביא לקיומו של כלל המכונה "תקנת השוק". כלל זה אמור להסדיר את התנאים שבהם אפשר לרכוש בבטחה טובין הנמכרים בשוקים. בישראל הוא מעוגן בסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968,

הקובע כך: "נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום לב". כלומר, אם אדם רוכש נכס בתנאי תקנת השוק – בתום לב ובמהלך העסקים הרגיל – הוא יהפוך לבעלים גם אם יתברר שהנכס היה שייך לאדם שאינו המוכר (למשל, שהנכס נגנב מבעליו). השאלה שהתעוררה במלוא עוזה הייתה כיצד יש ליישם את הכלל בנסיבות העניין.

ממשלת ארצות הברית הגישה תובענה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו וביקשה להצהיר על בעלותה בציורים. תביעתה התקבלה בידי השופט מיכאל בן-יאיר, שסבר כי למעשה לא נכרת חוזה בין הצדדים, בשל טעות מהותית בזהותו של הממכר, וכי תקנת השוק לא חלה. לכן הוא קבע שהציורים שייכים לממשלת ארצות הברית. עם זאת, הוא חייב אותה להחזיר לקונה את הסכום ששילמה עבור הציורים (ת"א (מחוזי ת"א) 339/90 *United States of America נ' כנען*, פ"ד התשנ"ד(1) 397 (1993)).

זהבה כנען ערערה על כך לבית המשפט העליון, שם נדחה הערעור ברוב דעות (השופטים טובה שטרסברג-כהן וצבי טל נגד דעתו של השופט יעקב טירקל. ע"א 5664/93 *כנען נ' United States of America*, פ"ד נא(1) 114 (1997)). שופטי הרוב סברו כי התמורה הנדרשת במסגרת תקנת השוק היא "תמורה ממשית", להבדיל מהמחיר הסמלי ששילמה זהבה כנען תמורת הציורים. שופט המיעוט סבר כי לעניין דרישת התמורה ולעניין דרישת הסוג, הממכר הוא אותו ממכר שרואים לנגד עיניהם המוכר והקונה הסביר ולכן לגישתו תנאי תקנת השוק התקיימו. זהבה כנען לא אמרה נואש והגישה בקשה לקיום דיון נוסף. רק במקרים חריגים, כאשר מדובר בפסק דין שקובע הלכה שעומדת בסתירה להלכה קודמת או שיש בה קושי או חשיבות מיוחדת, רשאי בית המשפט לקבוע כי יתקיים דיון נוסף באותו עניין לפני הרכב מורחב יותר של בית המשפט העליון. במקרה זה נקבע כי יתקיים דיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים. תוצאת פסק הדין הייתה שגם ב"גלגול" השלישי נקבע כי זהבה כנען לא רכשה זכות בעלות בציורים, זו הפעם ברוב דעות של ארבעה נגד שלושה שופטים. עם שופטי הרוב נמנו הנשיא ברק והשופטים אור, חשין ושטרסברג-כהן, ושופטי המיעוט היו המשנה לנשיא שלמה לויין והשופטים טירקל ואנגלרד (דנ"א 2568/97 *כנען נ' ממשלת ארצות הברית*, פ"ד נז(2) 632 (2003)). העניין המיוחד שמעורר המקרה נובע מכך שמדובר במצב שבו בית המשפט צריך להכריע בין שני צדדים שהם תמי לב: הבעלים המקורי מצד אחד, ומי שרכש בתום לב מצד שני. נהוג לכנות מצב מסוג זה בשם "תאונה משפטית". הוא נגרם בגלל צד שלישי שאשמתו ברורה, אבל בסופו של דבר כלל איננו צד להליך. כיצד מחליטים למי לתת עדיפות במצב דברים זה? תאונות משפטיות יכולות לקרות לא רק כאשר אדם קונה תמונה או חפץ אחר בשוק. תאונות כאלו יכולות לקרות למשל גם במצבים של רכישת מקרקעין, כאשר לדוגמה אדם מוכר לקונה בית שאינו שלו, ובית המשפט נדרש להכריע בין הבעלים המקוריים לקונה. גם במקרה כזה

מתעורר קושי מבחינת שיקולי הצדק להכריע בין הצדדים. אבל לכל הקשר ישנם מאפיינים משלו, ובפסק הדין בעניין כנען נדון, כאמור, מצב של רכישת תמונות בשוק הפשפשים. מצב הדברים הייחודי בתיק מאפשר לנו ללמוד על הרבה יותר מאשר גישות שונות לפרשנות של סעיף 34 לחוק המכר, שהיה אמור להסדיר את הסוגיה. בדיון הנוסף נקודת המוצא הייתה שאין מחלוקת כי ממשלת ארצות הברית הייתה הבעלים של הציורים. כמו כן, לא הייתה מחלוקת כי זהבה כנען רכשה את הציורים בתום לב. הסוגיה המרכזית שעמדה במחלוקת הייתה מהי התמורה הדרושה לצורך עמידה בתנאי סעיף 34 לחוק המכר.

חלק משופטי הרוב אכן מצאו את הפתרון במסגרת סעיף 34 לחוק המכר. זאת באמצעות הפרשנות שנתנו לדרישת התמורה. דרישת התמורה איננה כתובה באופן מפורש בסעיף 34 אלא היא נלמדת מכך שההגנה ניתנה למי ש"קנה" נכס. זאת להבדיל, למשל, ממי שקיבל נכס במתנה. ואכן, סעיף 1 לחוק המכר קובע כי "מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר". שופטי הרוב קבעו כי התמורה הנדרשת כדי לבוא בגדר סעיף 34 צריכה להיות "תמורה ממשיית". התמורה הממשית נמדדת לפי הערך האובייקטיבי של הנכס כפי שנגלה בדיעבד, ולא לפי הסוג "מדומה" של הנכס. כלומר, בענייננו דרישת התמורה לציורים שרכשה גב' כנען בשוק הפשפשים לא תיבחן לפי ערכם של ציורים שצייר אמן לא ידוע, אלא של ציורים יקרי ערך של הצייר הנודע ראובן רובין. ההסבר שניתן לכך הוא שדרישת התמורה לא נועדה רק ללמד על תום הלב של הרוכש, אלא היא מסייעת בעריכת "מאזן הנזקים" בין הבעלים המקורי לקונה. כך, במצב דברים שבו הפער בין התמורה ששולמה לערך האמיתי הוא ניכר, לא ייווצר מצב שבו הבעלים המקורי נותר ללא רכשו והקונה נהנה מ"מתת שמיים" (windfall) שכלל לא ציפה לה. השופטת שטרסברג-כהן התייחסה גם לדרישה כי המוכר יעסוק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, וסברה כי יש לבחון זאת בדיעבד ובאופן אובייקטיבי. בענייננו מאחר שהמוכרת לא עסקה במכר יצירות אומנות בעלות ערך, השופטת שטרסברג-כהן מצאה כי תנאי זה אינו מתקיים.

לצד זאת, שניים משופטי הרוב, הנשיא ברק והשופט אור, בחרו להכריע במחלוקת מחוץ לגדרי סעיף 34 לחוק המכר. השופט אור, כמו הנשיא ברק שהצטרף לחוות דעתו, סבר כי יש להכריע בבקשה במסגרת דיני החוזים ומה שמכונה דיני עשיית עושר ולא במשפט. השופט אור סבר כי מדובר במצב דברים שבו קיימת טעות משותפת של המוכרת (בשוק) והקונה (זהבה כנען). לכן החוזה ניתן לביטול בידי המוכרת לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לשיטתו של השופט אור, אפשרות ביטול זו התגלגלה לידי הבעלים המקוריים. לכן, לשיטתם של הנשיא ברק והשופט אור, ממשלת ארצות הברית הייתה רשאית לבקש לבטל את החוזה עם זהבה כנען. במצבים של ביטול לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, נדרשת החלטה של בית המשפט. בית המשפט אף רשאי להתנות את הביטול בפיצוי. על כן השופטים אור וברק סברו כי ממשלת ארצות הברית רשאית לדרוש את ביטול ההסכם, בתנאי שתשיב לקונה,

זהבה כנען, את הסכום של 250 ש"ח ששילמה עבור התמונות, בצירוף 10,000 ש"ח פיצוי בגין טרחתה שהביאה לגילוי האמת בנוגע לתמונות.

מדוע הלכו השופטים ברק ואור בדרך לא פשוטה זו לפתרון הסוגיה? הנשיא ברק מגלה לנו את השקפתו המשפטית בסיום פסק דינו, ונראה ששם טמונה התשובה לשאלה. הנשיא ברק כותב בעניין זה כך: "ידועה האימרה כי מקרים קשים מביאים לדין רע. כשלעצמי סבור אני כי האימרה צריכה להיות כי דין רע מביא למקרים הקשים. תפקידנו כשופטים הינו לגרום לכך כי במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותנו מקרה קשה יביא לדין טוב. נראה לי כי דין זה מצוי בפסק דינו של חברי השופט אור. נקודת המוצא שלי – כמו גם נקודת הסיום שלי – הייתה השאיפה לפתרון צודק. איני סבור כי צודק הוא להשאיר התמונה בידיה של גב' כנען. אני סבור כי הצדק דורש כי התמונה תוחזר לבעליה המקוריים. כך גם הדין. המקרה הקשה הופך למקרה קל" (עמ' 693).

ומדוע הפעלת הסמכות לבטל את החוזה מחמת טעות משותפת, צודקת יותר? משום שהיא מאפשרת תוצאה שהיא בינרית פחות מהפתרון של תקנת השוק. הרי לפי סעיף 34 לחוק המכר ייתכן רק אחד משניים: או שמתקיימים תנאי הסעיף ואז הקונה זוכה בכול, או שלא עלה בידו להוכיח את התנאים ואז הוא נותר ללא הממכר וללא התמורה (בלי להידרש לשאלה האם באפשרותו לתבוע את המוכר). כפי שהוסבר, השופט אור התנה את הביטול של הסכם המכר בכך שממשלת ארצות הברית תשלם לזהבה את הסכום ששילמה עבור הציורים, בצירוף 10,000 ש"ח. בכך הוא הביא לתוצאה שבה יש חלוקה מסוימת של הנזק והסיכון בין הבעלים המקורי לקונה.

פסק הדין בדיון הנוסף ניתן נגד דעת המיעוט של המשנה לנשיא שלמה לויין והשופטים טירקל ואנגלרד. גם שופטי המיעוט התמקדו בניתוח של סעיף 34 לחוק המכר תוך התייחסות לדרישת התמורה. אבל הם אימצו גישה פרשנית שונה בעניין זה. לשיטתם, דרישת התמורה נבחנת בראי הערך המדומה של הממכר כפי שנחזה בשעת המכר, ולא לפי הערך האובייקטיבי של הממכר. בלשון אחרת, הבחינה נעשית במבט של מלכתחילה ולא מנקודת מבט של בדיעבד. השופט טירקל התייחס גם הוא לשאלת הפתרון הצודק. בהקשר זה הוא הוסיף בפסק דינו "הערה על מידת הצדק: חופש המסחר וזכות הבעלים המקורי – מה עדיף?" (עמ' 711). השופט טירקל ציין כי לעניין מידת הצדק, לכאורה התוצאה שהגיעו אליה שופטי הרוב עדיפה בשל הפער הגדול בין שוויים האמיתי של הציורים למה ששולם עבורם. הוא הוסיף כי התוצאה שהבעלות עוברת לקונה היא אכן תוצאה קשה. אבל לשיטתו לא רק שזו הפרשנות הנכונה של סעיף 34, אלא שהיא בלתי נמנעת. לשני הצדדים טענות צודקות ובית המשפט נדרש להכריע על מי להטיל את נטל ההפסד ואת נטל הסיכון. השופט טירקל הוסיף כי הפער בין השווי המדומה לשווי הממשי אינו מלמד בהכרח כי מידת הצדק היא עם צד זה או אחר. במקרה זה, שבו הקונה נהגה, לכל הדעות, ביושר, בהגינות ובתום לב, מידת הצדק היא להעדיף את הקונה ולא את המשיבה. השופט טירקל הוסיף והבהיר מדוע בחינה אובייקטיבית של

התמורה, שתיעשה בדיעבד, עלולה לפגוע במסחר. ובלשונו: "ובייחוד בשווקים כגון שוק הפשפשים; בחנויות לממכר חפצים וספרים ישנים ובחנויות כיוצא באלה. קונה סביר יירתע מרכישת מיטלטלין בשוק כזה משום החשש שבעתיד יתברר כי הם יקרי ערך ואז יאבד אותם ואת התמורה ששילם עבורם. ומי מאתנו אינו פוקד שווקים ססגוניים שכאלה בתקווה כמוסה למצוא פריט יקר ערך או אפילו מנורה הטומנת בחובה שד קטן המגשים משאלות... במחירי מציאה?" (עמ' 708).

המשנה לנשיא שלמה לזין הצטרף, כאמור, לדעת המיעוט. המשנה לנשיא לזין בחן את המשפט ההשוואתי וציין כי ישנם פתרונות מגוונים לסוגיה זו בשיטות המשפט השונות, וסעיף 34 לחוק המכר איננו בגדר תופעה יוצאת דופן. לדעת השופט לזין, הפתרון שנקט המשפט הישראלי הוא ברור. לשיטתו, המחוקק בחר להעדיף את צורכי המסחר על פני זכויות הבעלים המקורי. הרעיון הוא שבשוק פתוח נוהגים בני האדם לקנות מיטלטלין ללא חקירה ודרישה, ותכלית החקיקה הייתה להפוך את העסקאות הנערכות בהם לסופיות. המשנה לנשיא לזין ציין כי זהבה כנען הייתה תמת לב. הוא הוסיף והביע את עמדתו שלפיה "כשעמד הפרשן על תכלית החקיקה עליו לפעול במסגרת הדין, ואל לו להשיג את גבולו של המחוקק" (עמ' 652). אם כן, לשיטתו הפתרונות "היצירתיים" אינם עולים בקנה אחד עם כוונת המחוקק ועם הדין.

השופט אנגלרד, שנמנה גם הוא עם שופטי המיעוט, הדגיש כי המסקנה השיפוטית היא פעולה יצירתית המאפשרת כניסה של שיקולים ערכיים בשלבים שונים של ההליך. אבל הערכים אינם ערכיו האישיים של השופט אלא ערכיו של המחוקק, כפי שהם עולים מההסדר המשפטי ומהכללים המושגיים המשמשים למציאת הפתרון.

בסופו של דבר, שופטי המיעוט הצטרפו לתוצאה של השופט אור, אף שלא הצטרפו להנמקתו. זאת כדי לגבש רוב לתוצאה זו וכך להקטין את הנזק של הקונה, זהבה כנען. בהתאם לפסק הדין של השופט אור, חויב הבעלים המקורי להחזיר לקונה את הסכום ששילמה ולשלם לה פיצוי בסך 10,000 ש"ח על טרחתה.

אם כן, הדעות נחלקו, ובסופו של דבר נקבע ברוב דעות כי הזכות של הבעלים המקוריים גוברת. עם זאת, גם בקרב שופטי הרוב לא הייתה כאמור תמימות דעים לגבי ההנמקה המשפטית שמובילה לתוצאה האמורה. השופט אור והנשיא ברק הפליגו לדיני החוזים ועשיית עושר, חלף הכרעה במסגרת סעיף 34 לחוק המכר שעוסק בסוגיה. דרכם של שופטי המיעוט אל התוצאה, יישום דרישות סעיף 34 כלשונו, הייתה "חלקה" יותר.

כך או כך, אין ספק שהיה זה מקרה מיוחד. מעניין לראות כי דווקא בגדרו של סיפור מעשה נטול מורכבות עובדתית השופטים אינם מסתפקים בבחינת השיקולים ה"מסורתיים" שבבסיס תקנת השוק: הגנה על הקניין מול הגנה על המסחר. דומה שהסיבה לכך היא שמדובר, כאמור, בהכרעה בין שני צדדים תמי לב שאי אפשר להכריע אותה לפי התשובה לשאלה "מי אשם", וברור כי כל הכרעה תפגע בהכרח בצד שהוא תם לב. נראה שחלק משופטי הרוב היו מוכנים לאמץ מתווה משפטי יצירתי כדי להגיע לתוצאה שהם סבורים כי היא נכונה וצודקת בנסיבות

המקרה. מהלך זה והתגובות לו חשפו את חילוקי הדעות ואת מגוון הגישות השיפוטיות לפתרון הסכסוך שניצב לפניהם. פסק הדין מספק לקוראים מבט אל תפיסות העולם השיפוטיות של השופטים דרך הדיון בגבולות הראויים של ההגנה שתקנת השוק מעניקה לקונה דוגמת זהבה כנען.

עם זאת, בסופו של דבר השאלה הבסיסית שניצבת לפני כל מי שנחשף לסיפור המעשה ושגם העסיקה את השופטים בפסקי דינם, מחזירה אותנו לנקודת המוצא – לקושי להכריע במצבים של "תאונה משפטית" בין צדדים תמי לב, ולקבוע מה התוצאה הנכונה והצודקת. בסיומו של המסע המשפטי, בפסק דין בדיון נוסף של בית המשפט העליון, בית המשפט אמר את דברו. הכרעה יש, אך אי אפשר להתעלם מכך שאף אחד מן הפתרונות במצב כזה אינו מושלם.

# לכל המרבה במחיר? הטיוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות כנכס לאומי

ע"א 8323/17 מדינת ישראל נ' בעהם (20.5.2019)

## מיכל הירשפלד

באפריל 1948, אביב התש"ח, ישב מרדכי בעהם, עורך דין צעיר בן 33, אל שולחנו בתל אביב. הוא הביט בדפי הטיוטה הריקים שמולו, אחז בעט והחל לכתוב בהם תחילה באנגלית ואחר כך בעברית: כתב, מחק, חזר וכתב וחזר ומחק והוסיף מילים ומשפטים, מעל לכתוב ובצדדיו. מחוץ לביתו התחוללה מלחמה. ירושלים, שבה ישבו חלק מבעלי התפקידים במדינה שבדרך, הייתה נצורה. אי הוודאות הייתה רבה, אבל בעהם קיבל על עצמו משימה לאומית דחופה וסודית: כתיבת טיוטה למה שנודע לימים בתור הכרזת העצמאות של מדינת ישראל, או בלשונו אז: "הצהרה בדבר מדינה יהודית", והוא היה מרוכז בה כל כולו.

את מלאכת הכתיבה החל בעהם באיסוף ציטוטים ממקורות שונים שסבר כי הם מתאימים לשמש בסיס להצהרה, ובכלל זה ציטוטים מהכרזת העצמאות של ארצות הברית. את הציטוטים רשם בכתב ידו באנגלית והכתיר אותם בכותרת "הצהרת העצמאות" (טיוטה זו כונתה לימים "טיוטת הפסוקים"). בהמשך הוא ערך את הציטוטים, העתיק אותם מחדש וגם תרגם אותם מאנגלית לעברית (מסמכים שכונו בהמשך "הטיוטה האנגלית" ו"הטיוטה העברית"). את הטיוטה העברית הוא הכתיר בכותרת "הצהרה בדבר מדינה יהודית", ובשוליה נרשם: "סודי, הצעה ראשונה, 27.4.1948". אגב, בטיטה זו (שכונתה "ההצעה הראשונה") הופיע לראשונה המונח המפורסם "צור ישראל" – זה שנזכר גם בנוסח הסופי של הכרזת העצמאות: "מתוך בטחון בצור ישראל הננו חותמים בחתימת ידינו לעדות על הכרזה זו".

ההצעה הראשונה הודפסה במכונת כתיבה וצורף לה מזכר מודפס, שבו נכלל הסבר לנוסח אותה הצעה ראשונה ושכותרתו "תזכורת בדבר ההצהרה בדבר מדינה יהודית". בעהם הגיש את ההצעה הראשונה עם המזכר שהכין, למחלקה המשפטית של מנהלת העם, הגוף שקדם למשרד המשפטים של ממשלת ישראל. בהמשך עברה הצעה ראשונה זו תיקונים ושינויים רבים בידי אנשים רבים במהלך שלושת השבועות מאז הוגשה ועד שנולדה הכרזת העצמאות של מדינת ישראל, הכרזה שהפכה מאז לטקסט המכונן של המדינה. את הנוסח הסופי של ההכרזה קרא דוד בן-גוריון, יושב ראש מנהלת העם וראש הממשלה הראשון, בישיבת מנהלת העם שנערכה ביום שישי, 14 במאי 1948, ערב כניסת השבת ויציאת המנדט הבריטי מארץ ישראל.

ומה היה גורלם של מסמכים אלה? הטיטות המוקדמות שכתב בעהם נותרו ברשותו, כנראה בכספת בביתו. בחלוף שנים רבות, לאחר שהלך לעולמו בשנת 1987, מצאו בני משפחתו את הטיטות בעיזבונו. לימים, בשנת 2015, החליטו בניו, רפאל ודניאל, להעמיד את הטיטות למכירה פומבית לכל המרבה במחיר. בקטלוג המכירה הועמד המחיר ההתחלתי של הטיטות על 250,000 דולר, אבל ההערכה הייתה כי המחיר שיושג עבורן בסופו של דבר ינוע בין חצי מיליון למיליון דולר.

לאחר שנודע לה דבר המכירה הפומבית, נזעקה המדינה בניסיון לעצור את מכירת הטיטות. היא הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים ועתרה לכך שייאסר למכור את הטיטות, ושיינתן צו שיורה על השבתן לרשות המדינה לשם הפקדתן בגנזך המדינה. המדינה טענה שבעהם כתב את הטיטות במסגרת עבודתו עבור מנהלת העם והמדינה שבדרך ומטעמן, ועל כן הן אינן קניינו הפרטי אלא קניין המדינה. ממילא הזכויות בטיטות לא עברו בירושה לבניו, ומקומן בגנזך המדינה, כפי שנקבע בחוק הארכיונים, התשט"ו-1955. המדינה טענה שמשפחת בעהם שמרה על הטיטות או החזיקה אותן בנאמנות, וזו באה אל קיצה עם ניסיונה למכור אותן. מנגד, בניו של בעהם טענו שיש לדחות את תביעת המדינה. לטענתם, אביהם החל לעבוד במשרד המשפטים רק לאחר קום המדינה. את עבודתו במחלקה המשפטית של מנהלת העם בטרם הקמת המדינה עשה בהתנדבות, חלקה בביתו מחוץ לשעות העבודה, בתור אדם פרטי, ועל כן הטיטות הן קניינו האישי. בהקשר זה הדגישו הבנים שאת טענותיה בנוגע לתפקידו של בעהם ולמעמדו לא תמכה המדינה בראיות קבילות בהליך משפטי. עוד טענו הבנים שתביעת המדינה התיישנה. לטענתם, עילת התביעה נולדה עם סיום העבודה של בעהם על הטיטות, בשנת 1948, כלומר 67 שנה לפני הגשת התביעה. לחלופין הם טענו לשיהוי קיצוני בהגשת התביעה.

בית המשפט המחוזי דחה את תביעת המדינה. בפסק הדין נקבע שהאינטרס הציבורי בהשבת הטיטות לרשות המדינה נסוג אל מול השיהוי בהגשת התביעה. שיהוי זה הביא לנוק ראייתי לבנים שכן בחלוף הזמן נפטרו כל המעורבים בפרשה ונמנעה מהם היכולת להציג ראיות קבילות בהליך משפטי בנוגע לעובדות הנחוצות להגנתם. עוד נקבע שהמדינה ידעה זה כבר שהטיטות נמצאות אצל בני משפחת בעהם, אבל לא נקטה פעולה כדי להשיבן לרשות המדינה – ושהדבר מעיד כי המדינה זנחה את זכות התביעה שלה. מסיבות אלה דחה בית המשפט את התביעה. למעלה מהצורך התייחס בית המשפט גם לגופם של דברים וקבע כי לא עלה בידי המדינה להוכיח את עמדתה. המדינה לא הוכיחה שבעהם היה עובד המחלקה המשפטית במנהלת העם במועדים הרלוונטיים. לא הוכח מתי הוטלה עליו המשימה לנסח את הכרזת העצמאות ואם עסק במשימה בתור עובד או בתור מתנדב, במיוחד נוכח העובדה שחלק מהמסמכים נכתבו בביתו ומחוץ לשעות העבודה.

בכך לא הסתיים המאבק המשפטי בין הצדדים. המדינה לא אמרה נואש ופנתה לבית המשפט העליון בערעור על פסק הדין. זו הפעם התקבלה עמדת המדינה, והערעור התקבל. בפסק הדין,



שכתב השופט דוד מינץ בהסכמת השופטים ניל הנדל ויעל וילנר, נקבע כי הטיטות הן קניינה של המדינה ועל כן מקומן בגנוז המדינה.

בין הצדדים לא הייתה מחלוקת כי הטיטות הן בגדר "חומר ארכיוני", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק הארכיונים. אבל הם נחלקו בשאלה האם הטיטות הן חומר ארכיוני "של" מוסדות המדינה, או שמא הן הקניין הפרטי של בניו של בעהם, שעבר להם בירושה מאביהם. כדי להכריע בשאלה זו נדרש בית המשפט לבחון את נסיבות עריכת הטיטות, ובראש ובראשונה את שאלת המעמד והתפקיד של מרדכי בעהם במחלקה המשפטית של מנהלת העם, טרום הקמת המדינה. שאלות אלה אינן שאלות משפטיות בלבד. הן טומנות בחובן הכרעות בשאלות היסטוריות בנוגע לאופן הקמתם של מוסדות המדינה שבדרך ערב הכרות המדינה ולאופן פעולתם.

כאן בא לידי ביטוי הקושי הניצב בפני בית המשפט כאשר הוא נדרש להכריע בשאלות היסטוריות. בניגוד להיסטוריונים, בית המשפט כפוף לדיני הראיות, ואת הכרעתו בשאלות העובדתיות עליו לבסס אך ורק על עובדות שהוכחו לפניו בהתאם לדיני הראיות. ככלל, בית המשפט מבסס את הכרעתו על עדויות של האנשים הנוגעים בדבר ועל מסמכים שהם מציגים במסגרת עדותם. אלא שבמקרה זה לא נותר בחיים אדם כלשהו שיכול להעיד על העובדות הרלוונטיות. הראיות שהמדינה ביססה עליהן את התביעה היו מסמכים היסטוריים שונים מארכיון המדינה, התיק האישי של מרדכי בעהם מארכיב משרד המשפטים, חוות דעת היסטורית של פרופ' יורם שחר בדבר הגלגולים של הכרות העצמאות והיומן האישי של אורי ידן, חבר המחלקה המשפטית במנהלת העם וממקימי משרד המשפטים, שתיעד ביומן שכתב את תקופת הקמת המדינה.<sup>1</sup>

כך נדרש בית המשפט להרכיב בעצמו את המארג או ה"פאזל" העובדתי היסטורי שעלה מהמסמכים ההיסטוריים שהגישו שני הצדדים, לצורך הכרעה בשאלה שלפניו בנוגע לדרך שבה הוקמו מוסדות המדינה ולאופן הפעולה של האנשים שעסקו במלאכת הקמתה.

כבר נאמר שמוטב לו לבית המשפט להדיר רגליו מן "השדה ההיסטורי", שכן הכלים הקיימים בידי היסטוריונים אינם מתאימים להכרעה משפטית. אלא שלעיתים אין לבית המשפט מנוס מלעשות כן, שכן הוא אינו פטור מלהכריע במחלוקת העובדתית שבין הצדדים.

עובדות הרקע לא היו שנויות במחלוקת. מרדכי בעהם נולד באוקראינה בשנת 1915 ועלה עם משפחתו לארץ ישראל בשנת 1924. לאחר שהשלים את לימודיו בגימנסיה הרצלית, הלך בעהם בדרך של אביו, שהיה עורך דין מצליח בתל אביב, אל לימודי המשפטים והשלים אותם באנגליה. לאחר שובו לישראל החל בעהם לעבוד בשנת 1941 במשרד המשפטים המנדטורי. בשנת 1945 עבר לעבוד במשרד של אביו ומייד לאחר קום המדינה החל לעבוד במשרד המשפטים של מדינת ישראל.

1 יורם שחר "הטיטות המוקדמות של הכרות העצמאות" עיוני משפט כו 523 (2002); ספר אורי ידן כרך ראשון: האיש ופועלו 17 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים 1990).

אלא שכזכור, את הטיוטות כתב בעהם כמה שבועות לפני קום המדינה (את ההצעה הראשונה הגיש 18 ימים לפני הכרזת המדינה). על כן השאלה שנדרש להכריע בה הייתה האם הצליחה המדינה להוכיח במידה מספקת כי במועד ניסוח הטיוטות פעל בעהם עבור המחלקה המשפטית של מנהלת העם ומטעמה, בהוראתו של העומד בראשה (פליקס רוזנבליט, לימים פנחס רוזן) ולא על דעת עצמו עבור עצמו.

בית המשפט העליון השיב בחיוב על שאלה זו. נקבע שגם בהעדר מסמך כתוב מאת רוזן או מי מטעמו המורה לבעהם להתחיל בניסוח הכרזת העצמאות, תעודות היסטוריות שונות שהוגשו מטעם שני הצדדים, מעידות על הקשרים של בעהם למחלקה המשפטית ועל התפקיד שמילא בה. עוד נקבע כי מחומר הראיות הכולל עולה שבעהם כתב את הטיוטות כחלק מתפקידו במחלקה המשפטית, כנראה בהנחייתו של פנחס רוזן, ועבודתו לא הייתה פרי יוזמה פרטית שלו במנותק מעבודת המחלקה המשפטית. על כן קבע בית המשפט העליון שהטיוטות נוצרו מתוקף פועלו של בעהם מטעם מוסדות המדינה שבדרך, ושדי בכך כדי להוביל למסקנה שהטיוטות שייכות ל"מוסד ממלכתי שקדם להקמת המדינה", כך שהזכויות בהן שייכות למדינה ומקומן בגנזך המדינה.

פסק הדין הדגיש שגם אם חלק מהמסמכים נכתב בביתו הפרטי של בעהם, אין בכך כדי להופכם לקניינו הפרטי. המסמכים כולם נכתבו כחלק מהפעילות של בעהם במחלקה המשפטית. המקום הגיאוגרפי שבו התבצעה העבודה על המסמכים והמועד המדויק שבו נכתבו הטיוטות, אין בהם כדי לשנות ממסקנה זו, בפרט בנסיבות התקופה הסוערת של הקמת המדינה. בקשר לתקופה סוערת זו נקבע כי מהמסמכים ההיסטוריים שהוגשו (דוגמת פרוטוקולים מהשיבות הראשונות של מנהלת העם מאמצע חודש אפריל), עלה כי בימי המלחמה שקדמו להקמת המדינה שרר בקרב מוסדות הנהלת היישוב חוסר סדר, לעיתים אף אנדרלמוסיה, שלווה בתחושת חוסר ודאות ובתחושת תכיפות שלא אפשרו הקמה סדורה ושיטתית של מוסדות המדינה שבדרך או הקפדה על אופן העסקת עובדיהם.

אחד המסמכים ששימשו ביסוד ההכרעה בדבר התפקיד של בעהם וקשריו למחלקה המשפטית, היה מכתב שכתב פנחס רוזן, מנהל המחלקה, ל"מרכז המפקד לשירות העם" ביום 6.5.1948 בניסיון למנוע את הגיוס של בעהם לשירות צבאי. במכתב כתב רוזן ש"מר מרדכי בעהם, עו"ד, עובד בתורת מתנדב במחלקתי". עוד נסמך פסק הדין על מזכר שכתבו, בין השאר, בעהם וידין לפנחס רוזן ביום 9.5.1948 בקשר לעיבוד שעברה הטיוטה בהמשך. בנסיבות אלה נקבע שקשה לקבל את הגרסה שלפיה כתיבת הטיוטות החלה ביוזמה פרטית של בעהם ושולבה תוך ימים ספורים בעבודת המחלקה המשפטית. פסק הדין נסמך גם על מכתב שכתב בעהם עצמו בשנת 1968, וממנו עלה כי הנוסח הסופי של הטיוטה העברית גובש עוד לפני 27.4.1948 בשיתוף פעולה עם אורי ידין. בעהם גם ציין במכתב כי את המילים שבשולי הטיוטה: "סודי, הצעה ראשונה, 27.4.48", כתב ידין עצמו. בית המשפט ראה במכתב זה חיזוק משמעותי לעמדת המדינה, שכן במסגרתו העיד בעהם עצמו כ"מסיח לפי תומו" על הקשר שלו למחלקה המשפטית ועל נסיבות ניסוח הטיוטות.

בית המשפט העליון לא התעלם מהקושי להסתמך על מסמכים אלה מבחינת דיני הראיות, שכן מי שכתב אותם לא היה עוד בחיים, אבל נקבע כי "בנסיבות התיק בכללותו" שני הצדדים ויתרו במידה כזו או אחרת על כללי הראיות הנוקשים (פסקה 24). עוד נקבע כי הגרסה שלפיה בעהם היה חלק מהמחלוקה המשפטית כבר בעת כתיבת הטיוטות, מתיישבת גם עם הרשומות ביומן של אורי ידן, מנהל המחלוקה המשפטית, אף שבית המשפט נמנע מלהסתמך בהכרעתו על הרשומות, נוכח הקושי בהגשתן כראיה ללא אפשרות להעיד את כותב היומן ולחקור אותו. לבסוף, בית המשפט העליון דחה גם את טענות ההתיישנות והשיהוי. בנוגע לטענת השיהוי נקבע שבאיוון בין האינטרסים השונים של הצדדים להליך גובר האינטרס של הציבור. בהקשר זה הודגש שאת האינטרס הציבורי בענייננו יש לבחון גם מנקודת המבט של דיני הקניין התרבותי, השואפים להגן על נכסי התרבות של עם או מדינת לאום ולהשיבם לחזקתם. זאת בהתחשב בכך ש"טיוטות בעהם להכרזת העצמאות הן חלק מהנכסים התרבותיים של מדינת ישראל, עדות לעברנו, חלק מהזהות הקולקטיבית שלנו" (פסקה 35). על כן קיים אינטרס ציבורי משמעותי בהשבת המסמכים לחזקת המדינה. כל אלה הובילו את בית המשפט לתת בכורה לאינטרס הציבורי המשמעותי והייחודי שבהשבת הטיוטות לחזקת המדינה ולהעדיפו על פני טענות הבנים לשיהוי בהגשת התביעה.

השופט הנדל, שהסכים כאמור עם השופט מינץ, הדגיש כי גם הוא היה מעדיף שלא להכריע הכרעה משפטית במחלוקת ההיסטורית. לדבריו, מדובר בסכסוך היסטורי של עם, וכאשר נדרשת הכרעה במהלכים מכוננים שהם חלק מתרבותו של עם, טוב שזו תיעשה "על ידי מומחים לדבר – היסטוריונים". אף שאין מנוס מהכרעה במחלוקת בין הצדדים, "עדיף שההיסטוריה תשפוט את ההיסטוריה".

פסק הדין שעסק בטיטות של הכרזת העצמאות הוא דוגמה להגנה משפטית על נכסי התרבות של העם ועל שימור זכרונו ההיסטורי. לצד זאת, הוא משקף גם את המתח שבין המשפט להיסטוריה ואת הצורך להתגבר על הקושי שבהגשת מסמכים היסטוריים באופן התואם את דיני הראיות, במקרה שבו נדרשת הכרעה בשאלה היסטורית. עניין טיוטות הכרזת העצמאות הוא יחיד ומיוחד. עם זאת, למעשה, הוא מייצג סוגה של מקרים שחוזרים מעת לעת כאשר בבתי מכירות פומביות "צצים" חפצים או מסמכים בעלי ערך לאומי היסטורי שהתגלגלו מיד ליד ושכעת מוצעים למכירה בידי אנשים פרטיים לכל המרבה במחיר. ושוב חוזרת השאלה: האם הכול סחיר?

## **"שניים אוחזין": על מציאת אבדה והמעמד של המשפט העברי במשפט הישראלי**

ע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, פ"ד לד(3) 57 (1980)  
ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה(2) 785 (1981)

### **אהרן אורנשטיין**

המשפט הישראלי מבוסס על חקיקת הכנסת ועל פרשנותה בידי בתי המשפט. הוא מובחן מן המשפט העברי, שהוא אחד מנכסי הרוח של התרבות היהודית. מה היחס בין המשפט הישראלי למשפט העברי? על שאלה זו נשתברו קולמוסים רבים, חלק מהם בעקבות סיפורו של אליעזר הנדלס.

אליעזר מצא שתי אגרות חוב על סך 10,000 לירות כל אחת בחדר הכספות של בנק קופת עם. המאבד לא אותר. אליעזר דרש את האבדה לעצמו אבל הבנק סירב. הבנק טען שהוא זכאי לבעלות באבדה. הסכסוך בין אליעזר לבנק נדון לא פחות משלוש פעמים: תחילה בבית המשפט המחוזי בירושלים, לאחר מכן בערעור שהוגש לבית המשפט העליון, ולבסוף בדיון נוסף בהרכב מורחב של בית המשפט העליון, הליך נדיר יחסית ששמור למקרים מורכבים וקשים. זאת, לא בשל האבדה עצמה, אלא בשל המחלוקת שאותרה בסביבתה – באשר למקומו של המשפט העברי במשפט המדינה.

במרכז ההליך עמדה פרשנותו של חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973. החוק מטיל חובה על מי שמוצא אבדה ונוטל אותה, להשיבה לבעליה או להודיע עליה בהקדם למשטרה. בהתאמה, החוק מקנה למוצא זכות באבדה אם בעליה לא נמצא. הוא נחקק במידה לא מבוטלת בהשראת המשפט העברי. בהקשר זה, ולכך חשיבות רבה לענייננו, לפי סעיף 3 לחוק, אם האבדה נמצאת "ברשות הזולת", להבדיל מאשר ברשות הרבים, ייחשב בעל המקום למוצא, כך שהחובות והזכויות באבדה מוקנות לו. השאלה שעמדה לדיון הייתה האם חדר הכספות של הבנק נחשב ל"רשותו של אדם אחר". לכאורה, מנקודת המבט הרגילה של דיני הקניין של המשפט הישראלי, חדר הכספות שייך לבנק ולכן מדובר ברשותו של הבנק, ולא ברשות הרבים. אבל אליעזר טען כי מנקודת המבט של המשפט העברי יש לראות בחדר הכספות "חצר שאינה משתמרת", שרואים בה רשות הרבים.

לכאורה היה מדובר בשאלה פרשנית "קטנה". אבל ברקע הדברים התעוררה השאלה העקרונית יותר האם יש מקום לתת משקל לנקודת המבט של המשפט העברי בפרשנות הדין.

ההליך החל בבית המשפט המחוזי בירושלים ונדון לפני נשיאו יהודה וייס. אליעזר דרש לקבל את הבעלות באבדה לאחר שהמאבד לא אותר. לשם ביסוס עמדתו הציג אליעזר שלוש חוות דעת הלכתיות שתמכו בעמדתו, ובית המשפט המחוזי בחר לפרש את הדין בהתאם להן ופסק לטובת אליעזר.

בשלב זה הבנק ערער לבית המשפט העליון, והערעור התקבל. השופט ברק סבר בדעת רוב שיש להגדיר את חדר הכספות "רשותו של אדם אחר", כדי להגדיל את סיכויי המאבד למצוא את האבדה. זאת מאחר שהמאבד צפוי לפנות לבנק כדי לברר אם אבדתו נמצאה, ואין לו אפשרות לאתר לבדו את הלקוחות שהזדמנו לחדר הכספות כדי לפנות אליהם. מ"מ הנשיא לנדוי הצטרף לדעתו של השופט ברק. לעומת זאת, השופט אלון סבר בדעת מיעוט שיש להגדיר את חדר הכספות "רשות הרבים", כדי לעודד את המוצא לקחת את האבדה ולדווח למשטרה על מציאתה, כדי שאם בסופו של דבר המאבד לא יאותר, יהיה המוצא זכאי לקבלה. בתוך כך התחדדה המחלוקת הגדולה בין השופט ברק לשופט אלון בדבר מקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי ובדבר מעמדו. השופט ברק סבר שהפנייה למשפט העברי בוודאי מותרת, אבל "הפנייה למשפט העברי אינה פנייה למערכת נורמטיבית ממנה מתבקש ציווי, אלא הפנייה היא לאוצר של מחשבה משפטית ממנה מתבקשת השראה. הפנייה היא אל 'משפט' במובנו התרבותי - ולא אל 'משפט' במובנו הנורמטיבי" (עמ' 67). על כן, לשיטת השופט ברק, המשפט העברי יכול להיות מקור להשראה, אבל אינו מחייב. בהתאם לכך, הוא נמנע מלהסתמך על המשפט העברי בפרשה זו. מנגד, השופט אלון סבר ש"חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973, הריהו אחד הפרקים בחקיקה הישראלית העצמאית של דיני המשפט האזרחי, וככל הנוגע לקודיפיקציה עצמאית זו, מקום בראש נתיחד למשפט העברי בפרשנותה" (עמ' 80). לכן, לדעתו, מאחר שהחוק נחקק תוך הישענות על המשפט העברי, יש להבין את המונחים בו בויקה אליו.

לגופו של עניין, השווה השופט אלון בין הבנק המודרני לשולחני (חלפן כספים) ולחנווני שנזכרים במשנה (בבא מציעא ב, ד). השופט אלון הסביר שלא הקניין במקרקעין קובע את הזכות לקבל את האבדה, אלא הסבירות ממי נפלה: האם מהשולחני או מאחד הלקוחות שהזדמנו למקום. מכיוון שהשליטה של השולחני באזור המיועד ללקוחות מוגבלת, המקום נחשב ל"חצר שאינה משתמרת" והבעלות באבדה תינתן ללקוח שמצא אותה ולא לשולחני. כך גם בענייננו, לפי השופט אלון. הבעלות באבדה שנמצאה בחדר כספות שפתוח לקהל, תינתן לאליעזר ולא לבנק.

אליעזר לא אמר נואש. הוא ביקש מבית המשפט העליון לקיים דיון נוסף בפרשה. בית המשפט העליון נעתר לבקשת אליעזר וקיים דיון נוסף לפני הרכב מורחב של חמישה שופטים. לפן העקרוני של המחלוקת תרם חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שנחקק בינתיים ושנכנס לתוקף ביום 31.7.1980, חודשים אחדים לאחר שניתן פסק הדין המקורי בבית המשפט העליון (17.2.1980) ובטרם הוכרע הדיון הנוסף, שפסק הדין בו ניתן ביום 9.3.1981.

חוק יסודות המשפט ניתק את הזיקה בין המשפט הישראלי למשפט האנגלי וקבע כי באופן עקרוני במקום שבו נתקל בית המשפט בשאלה שאין לה תשובה ברורה בדין – שומה עליו להכריע בה "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" (בסעיף 1 לחוק). כפי שניתן להיווכח, חוק יסודות המשפט לא הזכיר במפורש את המשפט העברי אלא, כאמור, עקרונות מסוימים של מורשת ישראל. הניסוח המעורפל נועד, כך ניתן להניח, להפיס את דעתם של רבים ולמצוא "עמק שווה". אבל, כפי שמראה הדיון בענייניו של אליעזר, לא בהכרח היה בו כדי ליישב מחלוקות.

למעשה, המחלוקת בין השופטים ברק ואלון הייתה כפולה. ראשית, השופט אלון סבר שחוק יסודות המשפט מקנה מעמד למשפט העברי עצמו, ואילו השופט ברק סבר שההפניה היא לעקרונות כלליים של מורשת ישראל במובן רחב ומופשט. שנית, השופט אלון סבר שהחוק מקנה למשפט העברי מעמד פרשני, ואילו השופט ברק עמד על כך שהחוק עוסק רק בהשלמת חסרים במשפט בנושאים שאינם מוסדרים בחקיקה, להבדיל מאשר בפרשנות חקיקה קיימת. ראוי להביא דברים בשם אומרם. לדעת השופט אלון, "הפנייה למערכת המשפט העברי כמקור הראה ראשי וראשון במעלה לפרשנותו של המשפט הישראלי, כאשר פנייה זו נעשית בעיון הראוי והזהירות הדרושה, לפי צורכי השעה וענייניו של החוק, תעניק למשפט הישראלי שורשים היסטוריים משלו ותפתח סינתזה זו שבין מערכת המשפט העברית לבין מערכת משפטה של המדינה היהודית" (עמ' 795).

השופט ברק חלק על השופט אלון. לדבריו, "מקום שדבר חקיקה דורש פירוש, ומלאכת הפירוש קשה על השופט, אין לומר כלל ועיקר, כי ההשראה הפרשנית חייבת לבוא, בראש ובראשונה, מעקרונות המשפט העברי, המהווים מקור ראשי וראשון במעלה... את דבר החקיקה צריך לפרש מתוכו, לשם הגשמת מטרת החקיקה על רקע מציאות החיים שלנו" (עמ' 797).

יתר שופטי ההרכב (הנשיא משה לנדוי, שהיה חלק מן ההרכב המקורי בדיון בערעור, מ"מ הנשיא חיים כהן והשופט שלמה לוין) הצטרפו לדעתו של השופט ברק. כך הסביר, למשל, הנשיא לנדוי: "נפרה את מחשבתנו המשפטית מאוצרותיו העשירים של המשפט העברי, המגלם את חכמת החיים של קדמונינו, תוך יחס של יראת כבוד אליו, אבל נשמור נא על חופש הבחירה שלנו, בני הדור הזה, לפי צורכי זמננו, ללא קביעת סדר קדימה למקורות השראתנו וללא הטלת 'חובת הראיה' על הפרשן, שעליו יהיה להראות, בכל מקרה, מדוע אין הוא מוכן להיזקק למשפט העברי לצורך פרשנותו בסוגיה זו או אחרת" (עמ' 799). אליעזר הפסיד במערכה המשפטית ולא זכה באבדה. אבל הוויכוח שניצת בעניין לא נדם.<sup>1</sup>

פסק דין בולט של אלון, באותו זמן כבר המשנה לנשיא בית המשפט העליון, שבו הוא הסתמך על מקורות רבים של המשפט העברי, ניתן בפרשת יעל שפר (ע"א 506/88 שפר נ' שפר)

1 ראו למשל ד"ר 40/80 קניני נ' כהן פ"ד לו(3) 701 (1982); בג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991). ראו רשימותיהם בספר זה של יניב לוזון, עמ' 812, ורמי חיימוביץ', עמ' 216.

מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993)). פסק הדין נסב על בקשת אימה של יעל, פעוטה שחלתה בטיי זקס, שלא לטפל בפעוטה אם יוחמר מצבה. המשנה לנשיא אלון צלל בים המקורות של המשפט העברי והגיע למסקנה שעל פי עקרון קדושת החיים, לא היה מקום להיעתר לבקשה. הוא ציין כי "יעל אינה סובלת ואינה מתייסרת. כבודה נשמר מעל ומעבר. יעל בוכה, ככל ילד, כאשר זקוקה היא להאכלה או לטיפול שיגרתי רגיל. נרה עדיין בוער ומאיר לכל מי שמצוי בקרבתה. בתנאים אלה, ובמציאות זו, קדושת חייה של יעל, גם במצבם הסופני, היא הערך הבלעדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדת בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית" (עמ' 194).<sup>2</sup>

למעשה, הגם שהעמדה של השופט אלון לא התקבלה בתור הלכה משפטית, המשפט העברי מוסיף לשמש מקור השראה לפסיקה במקרים מתאימים, בין השאר משום שהרשות לפנות אליו קיימת, גם אם אינה חובה.

ב"קפיצה קדימה" ראוי להזכיר פסיקה עדכנית שמזכירה את מקורות המשפט העברי, דוגמת זו של השופט אליקים רובינשטיין, שכיהן אף הוא בתפקיד המשנה לנשיאה, ושהמשיך את דרכו של השופט אלון בבית המשפט העליון מבחינה זו.<sup>3</sup> בפסק הדין שנתן רובינשטיין ביום פרישתו מבית המשפט העליון ושעסק בתנאי הכליאה של אסירים ועצורים בישראל (בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (13.6.2017)), הוא ייחד דיון רחב למקורות המשפט העברי בסוגיה זו. וכך סיכם את הדברים: "כפי שהדעת נותנת והשכל הישר מחייב, מקיים המשפט העברי איזון בין כבוד האסיר לבין תכליות הענישה הגלומות במאסר, אך העיקר לענייננו – הוא מבקש לשמור על כבוד האסיר, המוחלש, הזקוק לשיקום. בודאי יתמוך המשפט העברי בהקלה בתנאי האסירים, ככל שאין בכך כדי לפגום בתכליות הענישה" (פסקה פו).

רובינשטיין הקדיש בפסק דינו דיון ארוך לסוגיית "המשפט העברי בשיטת משפטנו" (פסקאות פז-ק לפסק דינו). נקודה חשובה שרובינשטיין מדגיש בדבריו היא היותו של המשפט העברי נכס תרבותי של עמנו, שאינו נחלתה של היהדות הדתית בלבד. אשר על כן הציפייה היא שגם שופטים ועורכי דין שאינם משתייכים לציבור שומרי המצוות, ישתמשו בו מתוך ראייה תרבותית לאומית.

בפסק דינו מנה המשנה לנשיאה רובינשטיין שלוש משוכות שצריך לחלוף על פניהן כדי לשלב את המשפט העברי בפסיקה: רצון, ידע וזמן.

הרצון יבוא, כאמור, אם ציבור המשפטנים יפנים את התובנה כי מדובר בנכס תרבותי לאומי ששייך באותה מידה לכל חלקי העם. משוכת הידע הפכה למשמעותית פחות נוכח עבודתם

2 ראו רשימתו של ניל הנדל בספר זה, עמ' 35.

3 ראו על כך בהרחבה נעם סולברג ושרה גולד "לחיבת המשפט העברי": שילוב המשפט העברי במשפט המדינה בפסיקתו של השופט אליקים רובינשטיין" ספר אליקים רובינשטיין כרך א 415 (אהרן ברק ואח' עורכים 2020).

הברוכה של משפטים בדורנו שהוציאו ספרי עיון הכתובים בלשון מודרנית והמנגישים את המשפט העברי גם למשפטנים המתקשים לגשת למקורות באופן עצמאי. באשר למשוכת הזמן הוסבר כי "אם ישנם נכונות רעיונית ורצון, ימצא גם הזמן הדרוש" (פסקה צו).

על משוכות הידע והזמן אפשר להתגבר בעזרת סיוע פנימי ובעזרת סיוע חיצוני. סיוע פנימי יכולים לתת עוזרי מחקר בתוך מערכת בתי המשפט. כך, לפני כמה שנים מונתה בבית המשפט העליון עוזרת משפטית בכירה בעלת תואר שלישי במשפט עברי, והגדרת תפקידה היא לסייע לשופטים בתחום זה.

סיוע חיצוני משמעו הסתייעות בחוקרי משפט עברי ממשרד המשפטים, מהפקולטות למשפטים וממכוני המחקר. נקודה זו מחזירה אותנו לפסיקה בעניין הנדלס. כפי שכבר צוין, אליעזר הנדלס הצטייד בשלוש חוות דעת הלכתיות והגיש אותן לבית המשפט המחוזי. השופט ברק הסתייג מכך בפסק דינו בערעור, בהטעימו: "המשפט העברי לענייננו הוא שיטת משפט המשמשת להשראה שיפוטית בדרך של השוואת משפטים. לומדים עליה מתוך הספרים הפתוחים לציבור. לא נראה לי כי ראוי הוא, בנסיבות אלה, להיזקק לשאלה הנוגעת במישרין לענין נשוא המשפט, ושהוזמנה לצורכי המשפט, ולתשובה הניתנת בעקבותיה" (עמ' 68). לעומתו, השופט אלון ראה זאת בחיוב: "מדוע לא נקל על מלאכתו זו של השופט על ידי הגשת חוות דעת של יודעי משפט עברי המבהירה עמדתו של המשפט העברי בסוגיה הנדונה?" (עמ' 83).

בפסיקה מאוחרת יותר, שבה נדון עניין פלילי שהועלו בו טענות הנוגעות גם למשפט העברי,<sup>4</sup> ניאות בית המשפט העליון לברר עניין זה באמצעות חוות דעת שהמדינה הגישה לו. השופט בכור כתב: "לשופטים הוצגה חוות דעת של ד"ר נ' רקובר, היועץ למשפט העברי במשרד המשפטים, ובה סקירה של האסמכתאות, עליהן הוא סומך את חוות דעתו. אין פסול בזה, כל עוד בית המשפט בודק את מה שנאמר באסמכתאות שצוטטו ומאמץ את הדעה, שהובעה בחוות הדעת, לאחר שסבר, שהיא תואמת את האסמכתאות, וכך אמנם עשו השופטים המלומדים" (עמ' 288). אפשר להצביע גם על מקרים אחרים שבהם בית המשפט פנה ביוזמתו למכון מחקר כדי לקבל חוות דעת בדבר עמדת המשפט העברי בסוגיות שעמדו על הפרק.<sup>5</sup> כל תיק ומאפייניו המיוחדים. בכל מקרה צריך בית המשפט להחליט אם יש מקום לפנות למקורות המשפט העברי ומהי הדרך הנכונה לעשות זאת.

בשנת 2018, 38 שנים לאחר שנחקק לראשונה, תוקן חוק יסודות המשפט כך שהוסף בו במפורש המונח "המשפט העברי". למותר לציין שאין בתוספת זו כדי לפתור את כל המחלוקות

4 ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 281 (1980). בקשה לדיון נוסף בתיק זה נדחתה בד"נ 37/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 371 (1980).

5 ראו למשל ע"מ (מחוזי י"ם) 755/05 פלוגית נ' פלוגי (5.12.2005). (השופט יוסף שפירא אישר את ההיזקקות של בית המשפט לענייני משפחה לחוות דעת של המרכז ליישומי משפט עברי במכללה האקדמית נתניה); ת"א (מחוזי י"ם) 5380/03 עזבון רחלין נ' ציסין (22.2.2009). (השופט משה דרורי פנה לאותו מכון מחקר לצורך בירור שאלה שעמדה לדיון).



באשר לפרשנות החוק ולאופן יישומו, אבל יש חשיבות הצהרתית לכך שהמחוקק "קורא לילד בשמו".

נחזור להתחלה: המשפט העברי הוא אחד מנכסי צאן הברזל של עמנו והוא מכיל עושר משפטי רב ועושר תרבותי רב. אחרי ששכחו הדי המחלוקות בין ברק לאלון, דומה שבפועל במחלוקת זו של "שניים או חזין" מוצאים חיי המעשה שביל זהב שבו הפסיקה מפנה למקורות המשפט העברי ומשתמשת בהם – בלי לדון עוד בשאלות העקרוניות. זהו חלק מחיי המעשה.

## מי יציל את הבית שלי? בתים משותפים, קניין פרטי

רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550 (1994)

רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999)

### טלי להב

פתגם אנגלי ידוע גורס כי "ביתו של אדם הוא מבצרו", והדברים יפים גם מחוץ לגבולות אנגליה. אבל רוב התושבים במדינת ישראל גרים בדירות מגורים בבתים משותפים. הדירות הן המבצר הפרטי אך הן חלק ממבצר גדול יותר, גבוה ובעיקר משותף.

איך גורמים לאנשים שונים בעלי אינטרסים וטעמים שונים להתעשת ולפעול יחד, לעיתים נגד האינטרס הפרטי של כל אחד ואחד מהם? מה קורה כאשר הבניין ישן, רעוע ועלול לקרוס ברעידת אדמה? או כאשר הוא חלילה קורס ולמי מבעלי הדירות יש תנאים ודרישות להקמת הבניין מחדש? האם מוצדק להתערב ולנהל את הקניין הפרטי של בעלי הדירות, ומה קורה כשהגבול בין הקניין הפרטי למשותף מיטשטש?

הבית המשותף מכיל בחובו מספר קטן או גדול של אנשים הגרים בחירות מוחלטת בדירותיהם הפרטיות אבל מקיימים אינטראקציה חברתית יומיומית במרחב המשותף. מורכבות היחסים בין בעלי הזכויות בו יוצרת לא אחת חיכוך. המחלוקות בשאלות מי ינהל את הבית המשותף, מה יהיה תעדוף ההוצאות לתחזוקת הרכוש המשותף, מי יישא בהוצאות אלה ובאיזה שיעור, עלולות להתעצם בעיתות משבר אובייקטיבי. בעיתות שלום בעלי הדירות יכולים ללא מגבלת זמן לחלוק רצון להתכנס לשם פעולה מיטיבה משותפת, כגון איטום הגג, בניית מרפסות, הרחבת דירות, שיפוץ הרכוש המשותף, שדרוג ואף חיזוק המבנה. אבל בעיתות חירום, ולא כל שכן במצב קיצון של קריסת הבית המשותף, יש לבחון – תוך הערכה מחושבת – כיצד או אם יש להתערב בהליך קבלת ההחלטות של בעלי הדירות, אפילו בניגוד לרצון החופשי של חלק מהם. המתחים שבין הקניין הפרטי לצורך המשותף ובין החירות של הפרט לאחריות החברתית המוטלת עליו, הביאו לקביעת הסדרים מאזנים בידי המחוקק וערכאות השיפוט שלפניהן באו להתדיין במקרים שבהם נדרשה הכרעה (החל במפקח על רישום מקרקעין שלו מסורות סמכויות כל אימת שמדובר בסכסוך בין בעלי דירות בנוגע לבית המשותף שבו הם גרים, והמשך בבתי המשפט).

פסק דין חשוב שדן במתח בין הקניין הפרטי למשותף בעת חירום, מוכר בכינוי פרשת צודלר, שהגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בשנת 1993 (רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד

מח(5) 550 (1994)). הימים היו ימי מלחמת המפרץ הראשונה בשנת 1991. טיל סקאד עיראקי פגע פגיעה ישירה בבית משותף בעיר רמת גן. הרס רב נגרם לבניין ולשישה בניינים נוספים בסביבתו. עיריית רמת גן נרתמה לסייע לבעלי הדירות ויזמה תוכנית לבניית בניינים חדשים במקום אלו שנהרסו, כך שכל אחד מבעלי הדירות יזכה בדירה חדשה שגודלה אף כפול מן הדירה שנהרסה, בלי שבעלי הדירות נדרשו לשלם תשלום נוסף. לשם מימון תוספת השטחים והפיתוח ההיקפי ניתנה ליזמים האפשרות לבנות במתחם דירות נוספות, שיימכרו בשוק החופשי, מה שהגדיל את מספר הדירות במתחם. 57 מתוך 61 מבעלי הדירות שנהרסו נתנו את הסכמתם לתוכנית. שניים מבעלי הדירות התנגדו לתוכנית המוצעת. כדי לשקם את הבית שנהרס, הגישו המשקמים למפקח על רישום המקרקעין בקשה לפי סעיף 60 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. סמכותו בהקשר זה נוגעת לאישור ההליך הנדרש לבניית הבית החדש, כולל סוגיית הרוב הנדרש, חלוקת ההוצאות ודיון בסירוב של מיעוט בעלי הדירות המתנגד למתווה. המפקח על רישום המקרקעין אישר בסופו של דבר את המתווה שהוצע לשיקום הבית. המתנגדים ערערו על החלטתו לבית המשפט המחוזי, וזה דן בטענות וקיבל את הערעור. בשלב זה הוגשה בקשת רשות לערער לבית המשפט העליון, וזו נדונה לפני המשנה לנשיא אהרן ברק והשופטים מישאל חשין ודליה דורנר. בדיון בבקשה נדונה בין היתר השאלה האם הביטוי "להקים את הבית המשותף", המופיע בסעיף 60 לחוק המקרקעין, מתייחס לדרישה דווקנית לבניית בית זהה לזה שנהרס, תוך שימור מלוא החלק היחסי של בעלי הדירות המקוריות ברכוש המשותף, או שמא גם לבנייה במתכונת אחרת, משופרת.

פסק הדין שניתן בפרשת צודלר נתן מענה למקרה המיוחד שנדון בו. אבל במבט רחב יותר אפשר לראות בו סנונית ראשונה בשמי המשפט שהתוותה הלכה למעשה עקרונות שיחולו גם במקרים אחרים, ובראשם סוגיית חיזוק של הבית המשותף מפני רעידת אדמה, במסגרת מה שמכונה "תמ"א 38".

בית המשפט העליון קבע בפסק הדין כמה עקרונות חשובים. הראשון שבהם הוא העדפת זכאות הרוב לשינוי ולהתפתחות הבית המשותף על פני היצמדות למבנה הישן, שעלולה למנוע כלכלית ומעשית את הקמת הבניין. ובלשונו של בית המשפט: "דומני כי 'תיקונו' של בית אין הוא משמיע – כמו מעצמו – דבקות במתכונת המקורית דווקא; אדרבא: נשמע לטענת נגד כי יש תיקון תוך שינוי והתאמה, לאמור, תיקון שאינו משיב דבר לקדמתו" (עמ' 561).

בית המשפט הכיר בעליונות של זכות הקניין הפרטי, בהיותה זכות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אבל בצד זאת נקבע כי הבית המשותף "הינו המצאה של המשפט המודרני, ומקורו בתנאים פסיים וחברתיים של החברה המודרנית. מנקודת ראותו של משפט הקניין הקלאסי, הבית המשותף הינו מעין יצור כלאיים: ה'דירות' בבית המשותף מצויות בבעלות נפרדת (סעיף 54 לחוק), ובצדן ה'רכוש המשותף' מצוי בבעלות משותפת של כל הבעלים" (עמ' 562). לכן, ומכאן החידוש בפסיקה, "הרוכש דירה בבית משותף – הוא הדין במי שדירה בבית משותף נפלה לבעלותו בדרך אחרת – מעלים עליו כי הסכים מראש לוותר על חלק מן

האוטונומיה הקניינית הקנויה לו, וכמו הקנה חלק מזכויותיו למסגרת השיתופית המתמשכת והקבועה" (עמ' 562-563).

אם כן, בשנת 1993 הונחו היסודות להכרה באחריות החברתית, שמעדיפה לעיתים לדחוק את זכות הקניין הפרטי המוחלטת לטובת פעולה משותפת הצופה ערבות הדדית, ושמיטלה על היחיד חובות חברתיות.

שנים אחדות לאחר מכן, בפרשת רוקר (רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999)), הובא לפתחו של בית המשפט העליון סכסוך שכנים אחר בבית משותף, שנמשך למעלה מעשור. הסכסוך החל בעטייה של בנייה שביצע בעל דירה ברכוש המשותף. המערערים, משה ורינה רוקר, היו בעלי דירה בקומה הראשונה בבית המשותף. הם ביצעו פעולות בנייה בחלל העמודים וחיברו אליו חלק מן המקלט, כולל תוספת בנייה בחצר המשותפת. זאת עשו לאחר קבלת היתר בנייה, אבל בלי לקבל את הסכמת יתר בעלי הדירות ובלי החלטה של האספה הכללית של הבית המשותף, בניגוד לחוק המקרקעין. הבעלים של שתי הדירות האחרות בבית המשותף נקטו הליך בבית משפט השלום ועתרו בו להשבת המצב לקדמותו על דרך הריסת הבנייה ברכוש המשותף. בית משפט השלום נענה לכך והורה בפסק דינו על הריסת הבנייה. ערעור שהגישו בני הזוג רוקר לבית המשפט המחוזי נדחה, תוך שהודגש כי נוכח הפגיעה הכרוכה בבנייה ברכוש המשותף ללא הסכמת השכנים, יש מקום להורות על הריסת הבנייה והשבת המצב לקדמותו. בשלב זה הם הגישו בקשת רשות לערער לבית המשפט העליון.

בקשת הרשות לערער הובאה לפני הרכב מורחב שכלל את הנשיא ברק, המשנה לנשיא שלמה לוי והשופטים מצא, חשין, שטרסברג-כהן, טירקל ואנגלרד. מחמת חשיבות העניין בית המשפט ראה בבקשה כאילו ניתנה רשות לערער, ודן בערעור לגופו. הטענה העיקרית של בני הזוג רוקר הייתה שגם אם הם לא היו זכאים לבנות ברכוש המשותף, עמידתם של הדיירים האחרים על הריסת הבנייה עולה כדי "שימוש לרעה" בזכות, כלומר חוסר תום לב. השאלה שהתעוררה במלוא עוזה הייתה האם על בית המשפט להיזקק לבחינת עקרון תום הלב גם במקרה שבו בעלי הדירות בבית המשותף דורשים להרוס בנייה ברכוש המשותף שנעשתה ללא הסכמתם.

כל שופטי ההרכב היו תמימי דעים כי עקרון תום הלב חל בתחום דיני הקניין, וכי השימוש בזכות הקניינית כפוף לחובת תום הלב. משמעות הדבר היא שיכולת המימוש של זכויות קניין אינה בלתי מוגבלת, ולבית המשפט נתון שיקול דעת בהענקת סעדים בגין פגיעה בזכות הקניינית. לכן גם אם התובע הוכיח שהדין מקנה לו זכות מסוימת, ושהנתבע פגע בזכות זו, רשאי בית המשפט להפעיל שיקול דעת אם להעניק לתובע את הסעד שביקש (כגון הריסת המבנה) או סעד אחר.

במקרה הנדון שופטי הרוב דחו את הערעור ואישרו את המסקנה כי הסעד הראוי הוא הריסת הבנייה. בין היתר הודגש כי על כפות המאזניים מונחים זכות קניין שבעליה מבקשים להגן עליה, ומנגד אינטרס של משיג גבול לזכות בנכס שאינו שלו, על חשבון הבעלים. נפסק כי

רוקר למעשה "הפקיעו" חלק מהרכוש המשותף, וכי באיזון בין השיקולים השונים אין להותיר על כנו את תוצאות הפעולה הזו. השופט טירקל הדגיש כי "בנושא רגיש זה של יחסי שכנים בבית משותף, יש להקפיד במיוחד על שמירת זכויותיהם של בעלי הדירות ולהיזהר מאוד שלא לפרוץ בהן פרצות. השארת הבנייה מסיגת הגבול על כנה במקרה הנדון עלולה לפתוח פתח לכך שאיש הישר בעיניו יעשה ברכוש המשותף שבבית המשותף, וכל דאלים יגבר על שכניו שומרי החוק" (עמ' 245). השופט אנגלרד סבר בדעת מיעוט כי מכיוון שהבנייה ברכוש המשותף לא גרמה נזק ממשי – אין מקום להרוס אותה אלא להסתפק במתן פיצוי לשאר הדיירים.

פסקי הדין בעניין צודלר ובעניין רוקר נולדו ממקרים מיוחדים. אבל, למעשה, החיים בבית משותף מזמנים גם שאלות שכיחות – האם אפשר לבנות מעלית? למי שייכת החנייה? – וגם שאלות מורכבות יותר הנוגעות להרחבת הבית המשותף ולשיפורו. הדברים הגיעו לדיון ציבורי על רקע תוכנית תמ"א (תכנית מתאר ארצית) 38, שחלה בכל שטח המדינה. תוכנית זו קרמה עור וגידים לאחר שבחלוף יותר מיובל שנים מאז הקמת המדינה עיפו גם חלק מבנייני המגורים המאכלסים את יושביהם כבר עשרות שנים. הבליה ומיקומה של המדינה על קו שבר טקטוני הביאו לפתחם של מקבלי ההחלטות, המחוקק ובתי המשפט את ההכרעה בנוגע לאיזון בין הקניין הפרטי לצורך המשותף. בהתאם לתוכנית זו אפשר לקבל היתרים לתוספת לבית המשותף אם באותה הזדמנות נעשה בו חיזוק נגד רעידות אדמה (האפשרות לתוספת נועדה לשמש תמריץ כספי לחיזוק). אבל, כמו במקרים הקודמים שהוזגו, השאלה היא כיצד להשיג הסכמה ושיתוף פעולה בין הדיירים.

כדי להבין את הכרוסם בעקרונות הקניין הפרטי בקשר למענה לרעידות אדמה יש לדון בצורך בחיזוק. אף שאין עניינה של רשימה זו בניתוח סוגיות גאולוגיות וטקטוניות, יצוין כי רעידת אדמה היא תופעת טבע גיאולוגית אשר נגרמת עקב תנועה של לוחות טקטוניים המרכיבים את קרום כדור הארץ. שיעור הנזק שנגרם עקב רעידת אדמה נובע מכמה רכיבים: עוצמת הרעידה, המרחק ממוקד הרעידה והתשתית הגיאולוגית שעליה בנויים המבנים – סוג הקרקע, סוג המבנה ואופי הבנייה. מדינת ישראל נמצאת לאורך העתק המכונה השבר הסורי-אפריקאי, אזור פעיל סיסמולוגית ומועד לרעידות אדמה.

מעשה האסדרה הראשון בקשר להיערכות הממשלתית מפני רעידות אדמה היה פרסום תמ"א 38, שאושרה בהחלטת ממשלה בשנת 2005. ביסוד התוכנית תמריצים תכנוניים, בעיקר בהסדרת מתן אחוזי בנייה אגב חיזוק בניין קיים, והסדרת פטור והקלות במס במכירת הדירות שייבנו אגב החיזוק. מנגנון ההקלות והפטורים המוצע מכון ממילא למימון עלויות החיזוק וליצירת הרווח היזמי.

תחילה, בהתאם לחוק המקרקעין, נדרשה הסכמה של כל בעלי הדירות כדי לקדם תוכנית כזו, כיוון שניצול זכויות בנייה בגג המשותף הוא ניצול זכויות השייכות למעשה לכל בעלי הדירות (בחלקים בלתי מסוימים). בהמשך נחקק חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני

רעידות אדמה), התשס"ח-2008, המכונה לשם קיצור חוק החיזוק, וזה קבע כי אפשר להוסיף דירות בבית המשותף לשם מימון החיזוק, אף ללא הסכמת כל בעלי הדירות, אלא ברוב דעות. חוק החיזוק עיגן בחקיקה את זכאות הרוב לחזק את הבית, חיזוק הקיים (תמ"א 38/1) או הרס הקיים ובניית בית חדש (תמ"א 38/2). הסמכות לדון בהתנגדות המיעוט (המכונה גם "סרבן" בלשון העם) הוקנתה למפקח על רישום המקרקעין.

האיזון בין קניין לתכנון והיחס בין לשון החוק לקידום מדיניות החיזוק נדונו באופן ראשוני בעניין קלצ'וק (רע"א 4138/10 קלצ'וק נ' אורון (5.7.2010)). לראשונה בית המשפט העליון, מפי השופט רובינשטיין, ניתח את יסודות חוק החיזוק ואף הורה למחוקק להידרש לדרישת הסף המחייבת את בעלי הדירות לקבל היתר בנייה טרם פנייה לכפייה על המתנגד. ובלשונו: "במצב המשפטי הנוכחי, אין בית המשפט יכול לקרוא לתוך החוק, המערב במהותו שאלות קנייניות ותכנוניות, הוראה שונה (אולי יעילה יותר) המתנגשת בזכות קניינית... נוסחה זו מבטאת... איזון עדין בין הרצון להוציא לפועל את תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה... לבין שמירה על זכויות הקניין של בעלי דירות בבתיים משותפים... המחוקק נקט בנוסח הנוכחי של החוק נוסחת איזון, שלפיה דיון בפגיעה בקניינו של המיעוט ייעשה רק שעה שכבר הוכח שתכנית מסוימת אושרה. מבט ראשוני מעלה, כי מעבר לשמירה על קניינם של דיירי המיעוט, יתכנו לנסוה זו גם יתרונות מעשיים מסוימים... ואולם, מנגד ניתן לטעון במידה של צדק, כי התניית סמכות המפקח בקיומו של היתר בניה מטילה מגבלה קשה על הכדאיות הכלכלית של כניסה להליך, שספק אם יזכה בסוף הדרך לאישור... השכל הישר מלמד על הצורך בדרך ביניים, כך שהדיון אצל המפקח, העוסק בתחום הקנייני, ייעשה באופן שיהא בהרמוניה עם הליכי התכנון... ברם, משקבע המחוקק את נקודת האיזון במקום שקבע, המשימה לשנותה – אם ימצא לנכון לעשות כן – מוטלת עליו" (פסקאות 1-2).

אם כן, פסיקת בית המשפט הרחיבה את האפשרות של בעלי הדירות המעוניינים ביישום תוכניות חיזוק לקדמן, והביאה לעידוד יישום המדיניות הממשלתית בהקשר זה, קרי: הרחבת הזכאות לדיון בתוכניות חיזוק גם בשלב תכנוני שאינו סופי (היתר בנייה מותנה).

צעד נוסף בקידום מדיניות החיזוק תוך התווית האיזון בין צורך, קניין ותכנון נעשה בהלכת שומרוני (רע"א 1002/14 שומרוני נ' קופמן (9.7.2014)). בית המשפט העליון הגדיר לראשונה את השאלות שעל המפקח על רישום המקרקעין לבחון בדיון בהתנגדות לאישור התוכנית. בית המשפט התייחס להסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק החיזוק, כלומר כפיית הסכמת המיעוט המתנגד לחיזוק, בהתקיים התנאים המפורטים בו. נקבע כי דחיית ההתנגדות במצב זה לא זו בלבד שאינה פוגעת בזכויות הקניין של בעלי אותן הדירות, אלא "לאמתו של דבר, ראוי לראות בו הסדר שאף מקדם את ההגנה על זכויות הקניין של כלל בעלי הדירות בבית המשותף – לנוכח האתגר המשותף של התגוננות מפני רעידות אדמה, וזאת במסגרת האילוצים הנובעים מבעיית 'הפעולה המשותפת' של בעלי הזכויות השונים. בעיית 'הפעולה המשותפת' מתעוררת במסגרת כל משטר קנייני שמתאפיין בבעלות משותפת בנכסים כאשר בעלי הזכויות בנכס

'לכודים יחדיו', מבלי שהאחד יכול לקדם את ענייניו בלעדי האחר... מצב דברים זה מהווה כר פורה לתופעות של סחטנות, היינו דיירים המתנים את הסכמתם לביצוע פעולות בנכס בדרישה של גמול מופרז, ושל טפילות, קרי 'לקיחת טרמפ' על תרומתם של דיירים אחרים להשבתה של הנכס, מבלי לשאת בעלויות הנלוות" (פסקה 23). לנוכח הרקע לחקיקתו של חוק החיזוק ותכליותיו העדיף בית המשפט את ערך ההגנה על זכויות הקניין של כל בעלי הדירות בבית המשותף, בשים לב לאתגרי השעה.

פסקי הדין של בית המשפט העליון בסמוך לחקיקת חוק החיזוק סייעו במתן זכות גישה נרחבת לערכאות ובהתוויית דרך הפעולה השיפוטית אגב בחינת אישור תוכנית החיזוק. במבט כולל יותר, בתי המשפט ממשיכים לענות על צורכי השעה בנוגע לדפוס המגורים השכיח ביותר בישראל: בתים משותפים.

# משפט מסחרי ודיני תאגידים





## מימון דק כקליפת ביצה

ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פ"ד סג(1)  
(2009) 548

### דוד מינץ

עקרון יסוד שעליו מושתתים דיני החברות המודרניים הוא "האישיות המשפטית הנפרדת". משמעות הדברים היא שהחברה היא גוף נפרד מבעלי מניותיה. במקרה הרגיל בעלי המניות אינם חייבים בחובות החברה, ומכאן בא המונח שנלווה לשמה של חברה במקרה הרגיל – בעירבון מוגבל (בע"מ). עיקרון זה נולד במשפט האנגלי ונקלט גם בישראל. השאלה היא עד כמה ההפרדה הרמטית. החרוג המרכזי לכך הוא "הרמת מסך", כלומר נכונות להסתכל אל מעבר למסך ההתאגדות של החברה ולהטיל על בעלי המניות את חובותיה אם ניהול העסקים היה בדרכי מרמה או תוך נקיטת סיכון בלתי סביר. האם זהו החרוג היחיד? זו השאלה שעמדה במרכז פסק הדין שעסק בעניינה של חברת אפרוחי הצפון בע"מ.

כפי ששמה העיד עליה, חברת אפרוחי הצפון, שהוקמה בשנת 1998, עסקה בשיווק אפרוחים למגדלי פטמים. בעלי המניות בה היו מושבים וקיבוצים שעסקו בענף הביצים. החברה שיווקה ללקוחותיה ביצים של בעלי המניות שלה. עם הקמת החברה מקימיה לא הזרימו מזומנים לקופתה. מימון פעולות החברה נעשה באמצעות הפער שהיה קיים בין תקופת האשראי שקיבלה מהספקים (שהיו כאמור גם בעלי המניות), שעמדה על 120 יום, לתקופת האשראי שנתנה ללקוחותיה, שעמדה על 90 יום. לחברה כמעט שלא היו מקורות כספיים משל עצמה.

בשנת הפעילות הראשונה העסק שגשג. הביצים בקעו, האפרוחים גדלו והועברו מיד ליד, והחברה שלשלה לידיה רווחים. הרווחים חולקו לבעלי המניות בדרכים שונות – חלק כדיבידנדים וחלק בכספים שצוין כי הם עומדים לזכות בעלי המניות בתור "הלוואת בעלים". לא נעשה שימוש ברווחים לצורך הגדלת ההון העצמי של החברה. מצב זה מכונה "מימון דק". למעשה, אפשר אף לומר שההון העצמי של החברה היה דק ביותר. התנהלות כזו עלולה לסכן את החברה, בשל העדר "שולי ביטחון". היא גם מסכנת מאוד את נושי החברה, אשר במקרה של פירוק עלולים למצוא עצמם מול קופה שאין בה מזומנים. ואכן, לא חלף זמן רב ושעת המבחן הגיעה. לאחר שנת הפעילות הראשונה של החברה, מצבה החל להתדרדר מסיבות שונות. הקריסה הייתה מהירה, והוצא נגדה צו פירוק.

במצב זה של פירוק, תפקידו של המפרק הוא לדאוג להחזר החובות לנושים של החברה. בנסיבות העניין, טענו גם בעלי המניות כי הם נמנים עם הנושים, מאחר שנתנו לחברה "הלוואת בעלים". בשלב זה התעוררה השאלה כיצד יש לנהוג בתיבתם של בעלי המניות. האם יש לנהוג לפי הכלל של הפרדה מוחלטת בין החברה לבעלי המניות שלה ולכן להכיר בתביעות החוב? האם המקרה נופל לגדר החריג? ההתדיינות במקרה זה הובילה לדרך ביניים: דחיית תשלום החוב לבעלי המניות עד לאחר שהחברה תפרע את כל חובותיה לנושיה האחרים – הליך שמכונה "הדחיית חוב". זה היה הפתרון שבו בחר המפרק, ובהמשך אומץ גם על ידי בית המשפט המחוזי בנצרת (בפסק דינה של סגנית הנשיא אפל-דנון) וגם על ידי בית המשפט העליון, בפסק דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה, בהסכמת השופטת עדנה ארבל, ונגד דעת החולקת של השופט אליקים רובינשטיין.

דעת הרוב בבית המשפט העליון קבעה שמימון דק כשלעצמו, גם בלי נתונים נוספים, מהווה עילה עצמאית להדחיית חוב, בסיגים מסוימים. על פי גישה זו, חברה שמתאפיינת במימון דק הינה גוף שלוקה "במום, בנכות עסקית" בשל רמת הסיכון הגבוהה הנובעת מניהול עסק באופן האמור, כאשר כל הפסד "עלול לזעזע את האיזון הפנימי השברירי בחברה" (עמ' 610). מנגד, דעת המיעוט קבעה שבדרך כלל מימון דק כשלעצמו אינו מקים עילה להדחיית חוב של בעלי המניות.

במרכז פסק הדין נדרש בית המשפט לסרטט את גבולות הלגיטימיות של הפעילות העסקית ושל התנהלות בעלי מניות בחברה. נקודת המוצא הייתה שאין דרישת סף לשיעור ההון העצמי שנדרש לצורך הקמת חברה. במילים אחרות, אפשר להקים חברה גם בלי שבעלי המניות יזרימו לה כסף שיהיה שלה ושישמש אותה לפעילותה. אומנם ייקף ההון העצמי של החברה משפיע על רמת הסיכון העסקי שלה, אבל החוק אינו מתערב בעניין זה. הוא מטיל על מי שעושה עסקאות עם החברה, את הנטל להתאים את עצמו לרמת הסיכון שלה ולהתנהל מולה בהתאם. עם זאת, לפי עמדת הרוב, בעלי המניות בחברה נדרשים למנוע את מצב הסיכון החריג שטמון במצב של מימון דק. חובה זו נובעת, כך הוסבר, "מעקרונות כלליים של תום לב והגינות החלים על החברה כלפי ציבור נושיה" (עמ' 607). חובות תום הלב וההגינות מחייבות את החברה להגן על הזכות הרכושית של הנושים, שכן הם אלו שמעניקים לחברה אשראי, מצרכים או שירותים. על החברה מוטלת החובה לשמור על "יחס נאות" בין הנכסים וההון העצמי שלה לבין התחייבויותיה. עם זאת, בפסק הדין לא הוגדרו גבולות ברורים לחובה האמורה. ההנחה הייתה כי חברה שאין לה הון מספיק לעמוד בהתחייבויותיה במהלך פעילותה העסקית הרגילה, או שמקור ההון שלה הוא בהלוואות בעלים ביחס בלתי סביר, עלולה להתדרדר בקלות לחדלות פירעון. כלומר, הטלת מלוא הסיכונים על נושי החברה תוך הותרת בעלי המניות מחוץ לטווח הסיכון, היא מציאות עסקית מעוותת שיש בה אי הגינות מובנית. אם כן, הדחיית החוב היא בבסיסה סנקציה שנועדה לתת הגנה משפטית לאינטרסים של שאר הנושים מול האינטרסים של בעלי המניות.

פסק הדין עורר אפוא שאלות יסוד שקשורות לגבולותיה של התנהלות עסקית-לגיטימית מצד בעלי המניות ולגבולות השימוש לרעה בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של חברה, שנחשב כאמור לאבן יסוד בדיני החברות. שאלות אלו אינן עניין רק לבתי המשפט. לכן חשוב לבחון את פסק הדין, שניתן בשנת 2009, בהקשר הרחב של החקיקה בתחום דיני החברות ושל התמורות שחלו בהם בעשור שקדם לכך.

עניינה של חברת אפרוחי הצפון החל כאמור בשנת 1998, בעת שדיני החברות בישראל חסו עדיין תחת כנפיה של פקודת החברות מתקופת המנדט (באותה עת בנוסח החדש שלה: פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983). בשנת 1999 נחקק חוק חדש: חוק החברות, התשנ"ט-1999. בסעיף 6 הוסדרה לראשונה במפורש האפשרות של "הרמת מסך", אשר קודם לכן עוצבה רק בפסיקה של בתי המשפט. הסעיף הותיר בידי בית המשפט גמישות שיפוטית. כפי שהובהר גם בהצעת החוק שקדמה לו: "לאור אופיה המיוחד של דוקטרינת הרמת המסך, הגמישות הנדרשת ממנה וההיקף הבלתי ניתן לצפיה של תחולתה, אין זה רצוי לקבוע הוראה חקוקה המכוונת למצות את דיניה".<sup>1</sup> ואומנם, בעת חקיקתו הסעיף קבע שבית המשפט יהיה רשאי להורות על הרמת מסך אם בנסיבות העניין "צודק ונכון לעשות כן", או אם השימוש באישיות המשפטית הנפרדת של החברה היה באחד האופנים הקבועים בחוק: אם יש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה; או אם הוא פוגע בתכלית החברה ונעשה תוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה. כך, החוק לא קבע רשימה סגורה של מצבים שמאפשרים הרמת מסך. חשוב לא פחות, סעיף 6 במתכונתו המקורית הכיר בסמכותו של בית המשפט לתת את הסעד שניתן בעניין אפרוחי הצפון, הסעד של הדחיית חוב, בנפרד מן הסעד של הרמת מסך.<sup>2</sup> הדחיית חוב והרמת מסך פוגעות שניהן בבעלי המניות, אך הפגיעה של הדחיית חוב מצומצמת יותר. הדחיית חוב מביאה לכך שבעל מניות יקבל לידיו כספים המגיעים לו, אך זאת בשלב מאוחר (והיה ולא יהיה בקופת החברה הון מספיק להחזיר את החובות לשאר הנושים, הכספים לא יגיעו אליו כלל); ואילו במקרה שמסך ההתאגדות מורם, בעלי המניות נדרשים לשלם את חובות החברה מכיסם.

ההכרה באפשרות לבצע "הרמת מסך" באופן מפורש במסגרת החוק הייתה חשובה, אך על הנוסח שנבחר נמתחה ביקורת רבה. נטען שחקיקתו הביאה לגידול דרמטי במספר המקרים שבהם בתי המשפט הרימו מסך. עוד נטען כי הוא יצר הרתעה מפני נקיטת יוזמות בידי אורגנים בחברה, בשל החשש שתוטל עליהם אחריות אישית, וכי הוא יצר אי ודאות בקרב הקהילייה העסקית בשל חוסר יכולתה לאמוד את הסיכונים הצפויים בהתנהלות אורגני החברה.<sup>3</sup> על רקע

1 דברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995.

2 בנוסחו המקורי קבע סעיף 6(ה) לחוק החברות כך: "אין בהוראות סעיף זה כדי למנוע מבית משפט להעניק סעדים אחרים, לרבות השעיית זכותו של בעל מניה מסוים בחברה להיפרע את חובו, עד לאחר שהחברה פרעה במלואן את כל יתר התחייבויותיה".

3 למשל אירית חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב 7-16 (2004).

הביקורת תוקן החוק בשנת 2005. המחוקק צמצם מאוד את טווח המקרים שבהם בית המשפט רשאי להרים את מסך ההתאגדות בין החברה לבעלי מניותיה ולהדחות את חוב החברה לבעלי המניות. כך, הוגדר במפורש שלצורך הרמת מסך או הדחיית חוב נדרש אחד משני המצבים: השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה; או שהוא נעשה באופן שפוגע בתכלית החברה תוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה. לגבי שני המצבים נוסף התנאי "שבעל המניה היה מודע לשימוש כאמור, ובשים לב לאחזקותיו ולמילוי חובותיו כלפי החברה... ובשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה". בכך הוסרה החלופה הרחבה של "צודק וראוי לעשות כן", ונקבעה רשימה סגורה של מקרים שבהם אפשר לבצע הרמת מסך. כמו כן, התנאים הנדרשים להרמת מסך הוחלו גם על הדחיית חוב. לתנאים שנכללו בהסדר המקורי נוספו גם תנאים נוספים: בעל המניות מודע לשימוש הבלתי נאות בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת; יש להתחשב בשיעור האחזקות של בעל המניות בחברה ובחובותיו לפעול בתום לב ובדרך מקובלת; יש להתחשב בהיקף היכולת של החברה לפרוע את חובותיה. עוד נקבע שאמצעי של הרמת מסך אפשרי רק במקרים חריגים.<sup>4</sup>

כעת נחזור לענייננו. כאמור, ההסדר שהיה חל על נסיבות המקרה היה סעיף 6 במתכונתו המקורית. סעיף זה אפשר כאמור להרים מסך אם "בנסיבות הענין צודק ונכון לעשות כן" אף בלי שמתקיימת עילה נוספת, ולהדחות חוב בנפרד מן הסעד של הרמת מסך ובלא דרישה להתקיימות התנאים להרמת מסך. על רקע זה מעניין למקם את פסק הדין בתוך ההקשר ההיסטורי-משפטי של אותה תקופה. פסק הדין הניח תשתית עקרונית חשובה לשימוש בסעד של הדחיית חוב במצבים של "מימון דק", אך בהמשך, לאחר תיקון חוק החברות, השימוש באמצעי זה נעשה בזהירות ובצמצום.<sup>5</sup>

מעניין לציין שהדיון בפסק הדין לא התעלם מהחקיקה החדשה, שלא חלה על המקרה במישרין. השופט רובינשטיין סבר שהתיקון מחזק את עמדתו. לעומת זאת, דעת הרוב נמנעה מלמצוא בתיקון משום חידוש משמעותי. להשלמת התמונה, יצוין כי בית המשפט קבע לבסוף כי הובאו באותו עניין נתונים נוספים, שמצביעים על חוסר תום לב בהתנהלות החברה גם במישורים אחרים. מדובר היה בהתנהלות קיצונית, בין היתר עירוב מוחלט בין העסקים והאינטרסים של החברה לבעלי מניותיה וניגוד עניינים בניגוד החברה. בית המשפט אף ציין

4 חוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005. ראו גם הצעת חוק החברות (תיקון), התשס"ב-2002.  
5 מגמת הפסיקה בשנים שלאחר התיקון שהוכנס בחוק החברות, הייתה להשתמש באמצעי של הדחיית חוב במשורה ובוהירות, וניתן הדגש להגנה הנדרשת על גבולות עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה. ע"א 313/08 נשאשיבי נ' רינאוי, פ"ד סד(1) 398, 448-449 (2010); בג"ץ 132/15 ריצ' פלסטק בע"מ נ' איפראימוב, פסקה 8 (5.4.2017); אירית חביב-סגל דיני חברות 318-325, 339-341 (2007). עם זאת, יש שסוברים כי מגמת ההרחבה של סוגי המקרים והעילות לצורך הרמת מסך לא פסקה. למשל יהודית קורן עקרון האחריות המוגבלת והחברה הפרטית 96 (2017).

שאילו ביקשו זאת ממנו, אפשר היה לתת סעד של הרמת מסך בנסיבות קיצוניות אלו. יוצא מכאן שהשאלה אם מימון דק כשלעצמו מאפשר להדחות חוב, לא הייתה הכרחית להכרעה באותו עניין. אפשר רק לתהות אם ההתנהלות הקיצונית מצד בעלי המניות היא שעמדה גם ברקע לקביעת בית המשפט. כלומר, האם נסיבות המקרה הקיצוניות הן שהובילו ליצירת דין כללי מחמיר, בוודאי יחסית לרוחו של התיקון לחוק החברות? ובהשאלה מעולם הדימויים של ביצה-אפרוח-תרנגולת: האם במקרה זה התרנגולת הולידה את הביצה או שמא הביצה הולידה את התרנגולת?

# מי ישמור על השולטים? תובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך

ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי שמש, פ"ד סב(2) 437 (2007)

## חאלד כבוב

אחד מפסקי הדין החשובים בתחום ניירות הערך והאפשרות לתבוע בגין מעשי תרמית שבוצעו בהם, ניתן בעניינה של חברת רייכרט תעשיות בע"מ, חברה ציבורית העוסקת בייצור מוצרי בטון ובשיווקם לשימוש תת־קרקעי. את החברה ייסד עזרא רייכרט, וערב הנפקתה בבורסה בשנת 1993 הוא העביר מניות בה לאשתו ולילדיו, כמו גם לאחיו דן רייכרט, ללא תמורה. במקביל התחייבו בני המשפחה להפעיל את זכות הצבעתם בחברה באופן שבו מצביע עזרא. לאחר ההנפקה החזיקו בני משפחת רייכרט בלא פחות מ-87.5% מסך מניות החברה.

כשנה וחצי בלבד לאחר שהחברה הפכה לציבורית, הודיעה החברה על המעצר של עזרא, ששימש יושב ראש הדירקטוריון ומנכ"ל החברה, ושל מנשה כהן, סמנכ"ל הכספים וחשב החברה, בחשד לעבירות מס. בסמוך לאחר מכן דיווחה החברה כי התגלו שגיאות בדוחות הכספיים שפרסמה לציבור, ובתגובה לפרסום זה צנח שער מניית החברה ב-71%. הקריסה של החברה הפכה לסופית כאשר בחודש יולי 1995 נתן בית המשפט המחוזי צו לפירוק החברה.

בעקבות אירועים אלו משה שמש, אחד מבעלי המניות הרבים של החברה בציבור, הגיש נגד החברה, בני משפחת רייכרט ונושאי המשרה בחברה, תובענה ייצוגית – כלומר תובענה שבה ייצג לא רק את ענייניו אלא גם את עניינם של בעלי המניות האחרים (כך שכל סעד כספי שיינתן, יזכה גם אותם). בעיקרו של דבר, הוא טען כי התשקיף שהחברה פרסמה בתהליך ההנפקה, ודוחותיה הכספיים הכילו מידע מטעה, אשר בגללו עמד שער מניית החברה על שווי גבוה יותר משוויו האמיתי. התביעה הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (ת"א (מחוזי ת"א) 1134/95 שמש נ' רייכרט).

לימים נחתמו הסכמי פשרה בין התובע לכל הנתבעים בפרשה, למעט דן רייכרט וסמנכ"ל הכספים בחברה. דן טען שאי אפשר לתבוע אותו בתור "בעל שליטה" בחברה. לשיטתו, חרף העובדה שהיה צד להסכם הצבעה עם אחיו ובני משפחתו, החזקתו האישית עמדה על שיעור נמוך של 8.75% בלבד ממניות החברה, ולכן מעולם לא עמדה לרשותו יכולת מעשית להפעיל שליטה בחברה שעה שיתר בני משפחתו החזיקו למעלה מ-50% ממניותיה. בכך, לשיטתו של דן, נשמטת הקרקע תחת עילת התביעה הנטענת נגדו.

בית המשפט המחוזי (השופטת שטרנברג-אליעז) קבע כי יש להטיל אחריות על סמנכ"ל הכספים ועל דן, ולכן עליהם לפצות את קבוצת המשקיעים בסכום כולל של 3.4 מיליון שקלים. נקבע כי התמוטטות החברה הייתה פרי הצטברות של מעשי תרמית חמורים שבוצעו מטעם סמנכ"ל הכספים, ושהובילו ליצירת תמונה מטעה לגבי תדמית החברה וביצועיה הפיננסיים. לעניין האחריות של דן נקבע כי נוכח הסכם ההצבעה שבו התקשרו משפחת רייכרט, לרבות דן, יש לראות בו בעל שליטה במשותף עם אחיו ובני משפחתו, ומכאן שקיים בסיס להטיל עליו אחריות בהתאם להוראות חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

דן וסמנכ"ל הכספים לא אמרו נואש. הם הגישו ערעור לבית המשפט העליון, אבל טענותיהם נדחו גם בו (ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי שמש, פ"ד סב(2) 437 (2007)). הערעור נדון לפני הרכב השופטים דורית ביניש, עדנה ארבל ויהונתן עדיאל. בפסק הדין העיקרי, שכתב השופט עדיאל, נדחתה הטענה של דן בדבר העדר חבות מצידו כלפי ציבור המשקיעים. בהקשר זה נקבע כי בעת בחינת היכולת לכוון את פעילות התאגיד, אין להיצמד לשיעור החזקתו של חבר בודד בקבוצת שליטה, אלא יש להחיל מבחן מהותי-איכותי להגדרת המונח "שליטה". בבחינה זו אין מקום לקבוע באופן מוחלט שצד להסכם שליטה יסווג בתור בעל שליטה. עם זאת, הנטל להוכיח אחרת מוטל עליו – ובנסיבות המקרה מצאו שופטי בית המשפט העליון שלא עלה בידיו של דן לעשות כן.

לאחר שנקבע כי דן אכן אחראי לנזק שנגרם לציבור המשקיעים, עלתה השאלה מהי הדרך הנכונה והראויה לחישוב אותו הנזק. אומנם שאלה זו נשמעת פשוטה, אבל היא טומנת בחובה כמה שאלות משנה מורכבות, כגון מהי נקודת המבט שממנה יש לבחון את הנזק (אישית עבור כל בעל מניות או קבוצתית בהתייחס למשקיעים כולם), ומהי נקודת הזמן שבה התהווה הנזק (יום רכישת המניות או יום גילוי ההטעיה). בית המשפט העליון קבע שכדי להגשים את תכליות ההליך המשפטי ולהשיב את מצב המשקיעים לקדמותו (ככל האפשר), דרך המלך היא בחינת הנזק באופן אישי. לצד זאת הוחלט כי קיימת עדיפות לעמדה שלפיה הנזק התהווה במועד רכישת המניות, אבל אפשר להשאיר לבתי המשפט שיקול דעת לסטות מגישה זו.

עניין רייכרט הוא פסק הדין הראשון שניתן במסגרת תובענה ייצוגית בתחום דיני ניירות ערך, והוא מסמל את ראשיתה של מהפכת האכיפה הפרטית בידי ציבור בעלי המניות בישראל. בשנים שבאו לאחר מכן, ובפרט מאז שהוקמה המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשנת 2010 – מגמה זו הלכה והתעצמה, וכיום תובענות אלה הן פרקטיקה שכיחה ומקובלת בקרב העוסקים בתחום. פסק הדין פורסם על רקע תחילת יישומו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, שנחקק רק שנה קודם לכן.

ההכרעות שנכללו בפסק הדין – אשר להגדרת "בעל שליטה" ואשר לאופן חישוב הנזק שנגרם לבעלי המניות בגין הפרת הוראות החוק בידי החברה וקברניטיה – אומנם הן משפטיות במהותן, אבל יש להן משמעות רבה גם עבור הציבור הרחב. כך, גיבוש כללים ברורים לאופן שבו ראוי לבחון קיומה של שליטה או להכריע בשאלת תיחום הנזק שנגרם לציבור בעלי



המניות (כלומר, קביעת הפיצוי שהם זכאים לו) – יש בו כדי להגביר את מידת הוודאות בקרב השחקנים השונים בשוק ההון, כמו גם לעודד שימוש באמצעי בקרה ופיקוח במטרה למנוע את היווצרות הנזק מלכתחילה. מתן כלי אכיפה יעילים לצד כללים אלה משרת את ציבור הניזוקים האפשריים – הן במניעה מראש של התרחשות הפרות כגון אלה, הן במתן פיצוי בדיעבד עבור חסרון הכיס שנגרם להם.

למבנה השליטה בחברה השפעה ישירה ומהותית על שווי מניות הציבור ועל האופן שבו ראוי לבחון את ההתנהלות של בעלי התפקידים השונים בחברה. החשיבות של גורמים אלה מקבלת משנה תוקף נוכח המעורבות המתגברת של הציבור הרחב במסחר בשוק ההון – בין באופן ישיר בתור משקיעים דרך מגוון פלטפורמות המסחר שזמינות בעידן הטכנולוגי המודרני, ובין באופן עקיף דרך הגופים המוסדיים, שאמונים על ניהול הכספים הפנסיוניים המצטברים של הציבור, ושמשקיעים חלק לא מבוטל מהם בשוק ההון הישראלי.

בזמן שחלף מאז ניתן פסק הדין בעניין רייכרט, חלו תמורות משמעותיות בישראל – הן במאפייני שוק ההון המקומי, הן בנוגע למעמד של מוסד התובענה הייצוגית בתור כלי לביצוע אכיפה פרטית בידי הציבור הרחב. בין שני רכיבים אלו מתקיימים יחסי גומלין, במובן זה שפיקוח מיטבי על השחקנים השונים בשוק ההון, ובכלל זאת אכיפה יעילה של החוק על פועלם, הוא תנאי יסוד לביסוסו של שוק הון יעיל – שהכרחי לצורך קיום כלכלה תחרותית ומשגשגת.

בין התמורות שחלו אפשר לכלול את חקיקת החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013, שידוע גם בשם "חוק הריכוזיות". במסגרת חוק הריכוזיות הוחל איסור על שימוש במבנה שליטה פירמידלי בעל למעלה משתי שכבות של חברות בכמה שכבות, כל חברה שולטת מבנה שליטה שבמסגרתו קיימת שרשרת החזקות של חברות בכמה שכבות, כל חברה שולטת בחברה הנמצאת בשכבה מתחתיה, כך שהחברה בשכבה העליונה למעשה שולטת בעקיפין בכל החברות הנמצאות במורד השרשרת. המטרה של חוק הריכוזיות הייתה למנוע ביצור כוח והשפעה בקרב קומץ בעלי הון בלבד ובלי שאלו נושאים על גבם סיכון כלכלי ההולם את עוצמת כוחם. חקיקת החוק באה לעולם לאחר שוועדה ציבורית שדנה בנושא, הגיעה למסקנה כי שיעור הריכוזיות במשק הישראלי חריג ביחס למדינות מפותחות מערביות אחרות. במציאות החדשה שיצר החוק, הוצבו בעלי ההון בישראל בפני ברירה: האם לרכוש את החזקות של בעלי המניות מהציבור, ולחלופין "לשטח" את הפירמידה ולהיפרד מהשליטה שאחזו בה, באחד משלביה.

מסקנות סופיות בנוגע להשפעות של ההחלטות השונות שהתקבלו בצומת דרכים זה, טרם גובשו, אבל דבר אחד ברור כבר עתה: שוק ההון הישראלי ניצב בפני אתגרים חדשים. כך, בשל ההון שהיה נדרש כדי להפוך חברה ציבורית לפרטית, ולצידו הקושי באיתור רוכש בודד – בחרו לא מעט בעלי הון להיפרד ממניות השליטה שבידיהם, ומניותיהם פוזרו בבורסה. כך נוצרה בשוק הישראלי תופעה חדשה: חברות ללא גרעין שליטה. חברות אלה מתאפיינות בבעלי מניות במספר מועט שיש להם שיעור החזקה דומה, וברוב המוחלט של המקרים מדובר

בגופים המוסדיים – שמחזיקים בבעלותם מניות כמעט בכל חברה ציבורית גדולה. מהמאפיינים הבולטים של מבנה החזקה זה הוא התערבותם המזערית, עד כדי פסיביות, של הגופים המוסדיים בניהול השוטף של החברות. כך, בהעדר בעל מניות דומיננטי, הפך דירקטוריון החברה למוקד הכוח בחברות ללא גרעין שליטה, בלי שהוסדר עדיין מנגנון פיקוח הולם עליו.

במקביל לכל אלו חל שינוי משמעותי במעמד של מוסד התובענה הייצוגית בישראל, וקרנו עלתה משמעותית. מוסד זה משמש כעת כלי פיקוח ואכיפה יעיל על מוקדי הכוח "החדשים". אחת התכליות המרכזיות של מוסד התובענה הייצוגית היא להיות כלי שמאפשר לקיים הליך משפטי ולתת סעד לקבוצת ניזוקים, באותם המקרים שבהם אין כדאיות כלכלית בהגשת תביעה אישית. החשיבות של כלי זה מורגשת ביתר שאת בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות בתחום דיני ניירות ערך, אשר מעצם טבען הן מורכבות יותר – ולכן כרוכות בהשקעת משאבים גדולה יותר, כמו גם בנטילת סיכון רב יותר.

המורכבות של תובענה ייצוגית בתחום דיני ניירות ערך וייחודיותה קשורות, בין היתר, למורכבות של חישוב הנזק, שהוא חלק בלתי נפרד ממנה. כפי שנקבע בעניין רייכרט, למלאכת חישוב הנזק ותיחמומו משמעות רבה לסיכויי ההליך ולאופן ניהולו, בפרט משום שהנזק הוא רכיב הכרחי בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בעילה של הטעיה בניירות ערך. בתוך כך, הפיצוי הנזיקי המקובל במקרי הטעיה נועד להעמיד את הניזוק במצב שהיה בו לולא ההתנהגות העוולתית – כלומר, אילו החברה המפירה הייתה מפרסמת דיווח מלא הכולל מידע נכון. אופן חישוב הנזק כאמור, נועד לשקף את ירידת ערך המניה בגין אי גילוי מידע שלילי או בגין גילוי של מידע חיובי שגוי, בזמן אמת.

אתגר נוסף שהתעורר נוכח התמורות בחקיקה בישראל, ושגם לגביו מסייע מוסד התובענה הייצוגית בשיפור האכיפה ובהגברת ההרתעה, הוא הקושי הגובר בזיהויה של שליטה בתאגיד. בעניין רייכרט נדרש בית המשפט להתמודד עם מורכבות ההחזקה "במשותף", כחלק מביסוס עילת התביעה נגד מי ששימש בעל שליטה בחברה. אבל על רקע שינויי המבנה בחברות ציבוריות בישראל, במרוצת השנים נדרשו בתי המשפט לבחון הרכבי שליטה שונים ומגוונים, תוך התאמת מבחן השליטה למציאות המתפתחת בשוק. מהות הגדרות ה"שליטה" בתאגיד התגבשה סביב הצורך וההקשר המיוחד שלשמן הן נדרשות – וכפי שהיטיבו לתאר זאת בתי המשפט בהחלטותיהם השונות, "השליטה פנים רבות לה". מושג השליטה איננו בינארי, אלא יש לו משקל, שעל פיו על השופט הפרשן לבחון את נסיבות המקרה ותנאי הדין, ולשקול אם השליטה הקיימת בידי של בעל השליטה הנטען עולה כדי שליטה המחייבת להפעיל את החובות שמטיל עליו הדין, אם לאו.

מושכל יסודי בניני ניירות ערך הוא שגילוי נאות הוא עקרון היסוד בהם. בתוך כך משמש עקרון הגילוי נדבך משלים – והכרחי – הן לחישוב הנזק, הן לבחינה של שליטה בתאגיד. רבות נכתב על חשיבות המידע לתפקוד של שוק ההון, לתקינותו, ליעילותו ולאמינותו. שוק ההון נשען על זרימה בלתי פוסקת של מידע, שמשמש בסיס מבחינת ציבור בעלי המניות לביצוע עסקות.

לא לשווא מתואר המידע בתור "סם החיים הזורם ללא הרף בעורקיו של שוק ניירות הערך".<sup>1</sup> התפיסה היא שרק גילוי נאות יאפשר למשקיעים להחליט באופן רציונלי מה יעשו, ובה בעת ירתיע בעלי כוח ומקורבים מהתנהגות פסולה, בשל הפיקוח על פעילותם. כך, חובת הגילוי והחשש מפני האחריות האזרחית שעשויה להיות מוטלת באמצעות שימוש במוסד התובענה הייצוגית בגין הפרתה, הם שמרתיעים את בעלי השליטה בחברות הנסחרות מפני ניצול לרעה של כוח שליטתם – ומכוחן מוקנה לציבור המשקיעים אותו אמון בשוק ההון, שהוא תנאי הכרחי לקיומו של שוק הון משוכלל ויעיל.

בחברות ציבוריות מקבלים כל אלה משנה תוקף, בפרט ככל ששיעור ההחזקות מקרב הציבור גדול יותר, וביתר שאת ככל שפיזור ההחזקות כאמור רחב יותר. היחס הישיר בין פיזור ההחזקות למידת הפיקוח היעיל ולמעורבות של בעלי המניות בהליך קבלת ההחלטות בחברה, הפך את מוסד התובענה הייצוגית לכלי פיקוח הכרחי ואתרטיבי. האדישות הרציונלית שמאפיינת את בעלי המניות במבנה שוק ההון החדש בישראל, מובילה לא אחת – משיקולי עלות מול תועלת – למעורבות דלה מצידם. שיעור ההחזקה הנמוך של כל משקיע מעקר את יכולתו להשפיע באופן ממשי על קבלת ההחלטות בחברה, וכך הופך את השקעת המשאבים הכרוכה במעורבות פעילה בחברה, ללא כדאית עבורו.

באמצעות שימוש במוסד התובענה הייצוגית עומדת לרשות בעלי מניות המיעוט הגנה נוספת מפני אורגני החברה, ועוצמת החשיבות של הגנה זו מקבלת משנה תוקף בחברות שקיים בהן ליקוי בממשל התאגידי. מאחר שכך, טיפוח של מוסד התובענה הייצוגית בדיני ניירות ערך מסייע במקרים רבים לקדם מטרות ציבוריות וחברתיות ולהגביר את אכיפת הדין מלכתחילה, כמו גם ליצור הרתעה לאחר מעשה מפני הפרתו בעתיד.

פסק הדין החשוב שניתן בעניין **רייברט** התווה את ראשיתה של דרך זו, והפסיקות של בתי המשפט שבאו לאחריה הוסיפו, חידדו ויצקו תוכן רב וחשוב לסוגיות הליבה שהתעוררו שם. אבל בכך לא תמה הדרך. שוק ההון בישראל עודו מתעצב, משתנה ומשתכלל כל העת. המציאות מלמדת שהקדמה הטכנולוגית "משיגה" לא אחת את קדמת המשפט, ומשימתנו במערכת המשפט היא לצקת תוכן לדין הקיים כדי לגשר על פערים אלה. ברוח הקביעות של בית המשפט בעניין **רייברט**, עלינו להיות ערים להתפתחויות ולחידושים המתרחשים, הן במישור הטכנולוגי, הן במישור הפיננסי – ולהוסיף לאתגרם עד בלי די. אומנם המלאכה השיפוטית נעשית במבט לעבר, אבל על השופט היושב בדין לזכור כי מה שהיה – הוא לא בהכרח מה שיהיה לעולמי עד. זו היא דרכו של שוק הון ראוי ומתוקן, וזו היא דרכה הבלעדית של כלכלה חיה, בריאה ומשגשגת – כפי שאנו מייחלים שתהיה לנו כאן.

1 יוסף גרוס וניצה מימון-שעשוע "הנעה בתרמית לביצוע עסקה בניירות ערך" הפרקליט מד 181, 181 (1999).

## על דמוקרטיה בדיני תאגידיים: שלטון הרוב והגנה על המיעוט בחברות

ע"א 667/76 ל. גליקמן בע"מ נ' א.מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2)

281 (1978)

ת"צ (כלכלית ת"א) 11-01-26809 כהנא נ' מכתשים אגן תעשיות בע"מ (15.5.2011)

### רות רונן

החלטות בחברה בע"מ מתקבלות – בדומה לאופן שבו מתקבלות החלטות במדינות דמוקרטיות – בהתאם לכלל של "שלטון הרוב". לכן לרוב בעלי המניות יש זכות הכרעה בחברה: מי שמחזיק ברוב המניות באספה הכללית של החברה ובמועצת המנהלים שלה (ושמכונה "בעל השליטה" בהיותו מי ששולט בכוח ההכרעה בחברה), זכאי לקבל החלטות בנוגע לאופן ההתנהלות של החברה, ובדרך כלל בית המשפט לא יתערב בהחלטות כאלה. עם זאת, וכמו בתחומים אחרים, הדין אינו מתעלם מהזכויות של בעלי מניות המיעוט והוא כולל אמצעים להגן עליהן בחלק מהמקרים שבהם הן נפגעות. כך, מערכת היחסים בין בעלי המניות מקיימת מתח תמידי בין זכויות המחזיקים ברוב מניות החברה – לשלוט בחברה ולנהל אותה בהתאם לשיקול דעתם ולהעדפות שלהם – לצורך להגן על זכויות המיעוט. מתח דומה קיים גם במדינות דמוקרטיות: בין כיבוד זכויות השליטה של הרוב להגנה על זכויות המיעוט.

מתי נוצר צורך בהתערבות של בית המשפט בהחלטות הרוב? לא תמיד הדבר דרוש, מאחר שבמקרים רבים האינטרסים של כלל בעלי המניות הם חופפים. לבעלי מניות הרוב יש אינטרס זהה לזה של בעלי מניות המיעוט בנוגע להשאת רווחים לחברה ולהעלאת שווייה (שתעלה הן את הערך של מניות הרוב, הן את זה של מניות המיעוט). לכן לגבי החלטות שנועדו להשיא רווחים לחברה, הצורך בהתערבות של הדין הוא מצומצם מאוד. אפשר לסמוך על בעלי מניות הרוב שיקבלו את ההחלטות שהן מיטביות בעיניהם, ואין מקום לביקורת שיפוטית בנוגע לכך.

לעומת זאת, יש מקום לחשוש כאשר מגיע השלב של חלוקת הרווחים והשימוש בהם. אז עלול להיות לבעלי מניות הרוב אינטרס להשתמש בכוח השליטה שלהם בחברה ולחלק את רווחי החברה באופן שאינו שוויוני. על כן אחד הכללים החשובים של דיני החברות מחייב חלוקה שוויונית של רווחי החברה בין כל בעלי המניות מאותו סוג. במילים אחרות, אם החברה מחליטה לחלק דיווידנד, עליה לעשות זאת על ידי חלוקה שווה של סכום הדיווידנד בין כלל

המניות, וכל בעל מניה זכאי לדיווידנד שווה בגין כל מניה שהוא מחזיק. כאשר עקרון השוויון מופר והרוב מבקש לקחת לידיו חלק גדול יותר מחלקו היחסי בחברה, נדרשת התערבות. בחיי המעשה השאלה היא כיצד לזהות את המצבים שבהם הופר עקרון השוויון, שכן הפרת עקרון השוויון בין בעלי המניות אינה נעשית תמיד באופן גלוי וברור. כך, למשל, עשויים בעלי מניות הרוב לקבוע לעצמם שכר גבוה שאינו משקף את התמורה הראויה לעבודתם בחברה, ובאופן זה למשוך בפועל מהחברה "דיווידנד סמוי" שאינו שוויוני.

אל בתי המשפט חוזרים ומגיעים מצבים שבהם נדרשת הכרעה בשאלה האם נעשה שימוש לרעה בכוחו של הרוב, ואם כן, מהו הסעד המתחייב. בפועל, האופן שבו מתעוררת השאלה מושפע גם מאופי החברה: האם היא חברה פרטית, כלומר חברה שמניותיה מוחזקות בידי מספר מצומצם של בעלים, או חברה המכונה "ציבורית", כלומר כזו שמניותיה מוחזקות בידי הציבור הרחב ורשומות למסחר בבורסה. פסקי הדין במחלוקות מסוג זה פותרים את הסכסוכים הנדונים בהם, ומשמשים גם לעיצוב "כללי המשחק" בסכסוכים אפשריים עתידיים ובאופן הפעולה של בעלי המניות בחברות דומות.

חלק מהמורכבות בחברות פרטיות נובע מהקושי המובנה של בעלי המניות למכור את מניותיהם לצד שלישי שאינו בעל מניות בחברה. קושי נוסף קיים באותן חברות פרטיות שאינן נוהגות לחלק את רווחיהן באמצעות דיווידנד לבעלי המניות. בחברות כאלה, אם רק בעלי מניות הרוב בחברה עובדים בחברה ומקבלים ממנה שכר או טובות הנאה אחרות מעבר לבעלותם במניות, אין לבעלי מניות המיעוט רווח מבעלותם במניות החברה או תועלת ממנה. קשה להם למכור את המניות, וגם אין להם מוטיבציה להוסיף להשקיע בחברה שהם אינם נהנים מהשקעתם בה בכל דרך שהיא.

בחברות כאלה עלול הרוב להשתמש לרעה בכוח השליטה שלו באמצעות קבלת החלטות שידללו את החלק היחסי של אחזקות המיעוט בחברה ושיקטינו את שוויון של מניות המיעוט. אחת השיטות לכך היא כאשר הרוב מקבל החלטה שמזכה את כל בעלי המניות בחברה ברכישת מניות נוספות בה בהתאם לשווי חברה שנופל מהשווי הריאלי של המניות. החלטה כזו – הנחזית להיות שוויונית – עלולה דווקא להפר את השוויון בין בעלי המניות השונים בחברה. כאמור, בחברה כזו אין תמריץ למיעוט להשקיע כספים נוספים. לכן החלטה לגייס כספים מבעלי המניות בחברה בהתאם להערכת שווי נמוכה, כאשר ברור שבעלי מניות המיעוט לא ישתתפו בהשקעה הנוספת, עשויה להיחשב להחלטה שאינה שוויונית ושמפלה את בעלי מניות המיעוט לרעה ביחס לבעלי מניות הרוב. זאת משום שהיא תדלל הן את חלקם של בעלי מניות המיעוט בחברה, הן את שווי מניותיהם בה.

מקרה מסוג זה נדון בפסק הדין בעניין גליקמן נ' ברקאי (ע"א 667/76 ל. גליקמן בע"מ נ' א.מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2) 281 (1978)), שעניינו בחברה פרטית משפחתית שהיחסים בין בעלי מניותיה היו לא טובים במשך תקופה ארוכה. החברה לא חילקה דיווידנדים, ובעלת מניות המיעוט לא הייתה שותפה בניהול החברה. לבעלת מניות המיעוט גם לא הייתה

אפשרות למכור את מניותיה. מנהלי החברה, בתיאום עם בעלי מניות הרוב בה, קיבלו החלטה על השקעה נוספת בחברה בהתאם להערכת שווי של החברה שהייתה נמוכה מהערך הריאלי של המניות (ושעמדה - כך נקבע - על 6% משווי המניות). המנהלים ידעו שהם מעמידים את בעלת מניות המיעוט בפני ברירה בלתי אפשרית: להשקיע בחברה כספים נוספים אף שהיא לא ראתה תועלת כלשהי מהשקעתה; או לוותר על זכותה לרכוש מניות חדשות, ויתור שידלל את חלקה היחסי בחברה ואת שווי מניותיה. המחלוקת שהתגלעה בין השופטים משקפת את המתח שנוצר למעלה: בין העיקרון הדמוקרטי של שלטון הרוב בחברה לשמירה על זכויות המיעוט בחברה.

ההליך נפתח בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ונדון לפני השופט שלמה לזין (לימים המשנה לנשיא בית המשפט העליון). בפסק הדין המחוזי נקבע שהחברה אכן נזקקה לגייס כספים נוספים, אבל גיוס ההון בוצע בשווי נמוך מהערך הריאלי של המניות, ושווי מניות המיעוט דולל משום כך. עוד נקבע שלמיעוט, בניגוד לרוב בחברה, לא היה אינטרס כלכלי להשתתף בגיוס ההון ולרכוש מניות נוסף. לכן נקבע שדילול שווי מניות המיעוט פגע שלא כדין בזכויותיו. על פסק הדין של בית המשפט המחוזי הוגש ערעור, ובית המשפט העליון דחה אותו ברוב דעות. שופט המיעוט בבית המשפט העליון (השופט אשר) ביסס את פסק דינו על העיקרון הדמוקרטי של שלטון הרוב. לגישתו, אין מקום בשם הגנה על זכויות המיעוט, לכפור "ביסודות הדמוקרטיה שהיא, כידוע, מהווה את התגלמותו של רעיון שליטת הרוב" (עמ' 291). הוא הדגיש שהחלטת הנהלת החברה מתייחסת בשוויון גמור לכל בעלי המניות (לכולם ניתנה הזדמנות שווה להשקיע בחברה). הוא גם לא היה מוכן להסכים להנחה "שהרוב תמיד חשוד ברחישת מזימות נגד המיעוט רק בגלל זה שהוא הרוב" (עמ' 292). באשר לטענה שלפיה המניות הוקצו בשווי הנופל משוויין הריאלי, הוא ציין שבחברות פרטיות שווי המניות בספרים אינו מייצג בהכרח את ערכן הריאלי בשוק. למניות אין "מחיר שוק", ולכן אי אפשר לדבר על מחיר הנמוך במידה ממשית מ"מחיר השוק".

מנגד, שופטי הרוב בבית המשפט העליון (השופטים בכור ובן-פורת) קיבלו את הגישה של בית המשפט המחוזי. הם סברו שיש לבטל את החלטת הנהלת החברה וכל פעולה שנעשתה בעקבותיה, בהיותה החלטה שבה עשק הרוב את המיעוט. שופטי הרוב הדגישו כי בעלי מניות הרוב לא נתנו טעם לכך שהנפקת המניות נעשתה בשווי שנפל באופן משמעותי משוויין הריאלי. השופטת בן-פורת קבעה כי הקצאת מניות במחיר נמוך משוויין הריאלי בחברה פרטית של מניותיה אין מחיר שוק, גורמת בעליל נזק לבעל מניות שאינו מעוניין לרכוש את המניות הנוספות. היא הוסיפה שאם אכן היה לחברה צורך במזומנים, היא הייתה יכולה להשיג את התוצאה הנדרשת באמצעות הקצאה של מניות מעטות יותר בערך הריאלי, כך שבעלת מניות המיעוט הייתה שומרת על חלקה בחברה (אם היא לא הייתה משקיעה, היא הייתה הופכת להיות בעלת אחוז קטן יותר של מניות בחברה ששווייה עלה, ולכן השווי הכולל של מניותיה לא היה משתנה). בכך הוצב גבול לשימוש לרעה בכוח של בעלי מניות הרוב.

בעלי מניות הרוב עלולים לפעול באופן הפוגע בבעלי מניות המיעוט גם בחברות ציבוריות. כפי שנראה להלן, מצב דברים כזה עלול להתרחש בין היתר כאשר מבוצעות בחברה עסקאות מיזוג, כלומר עסקאות שבהן נרכשת החברה בידי חברה אחרת. בעלי השליטה בחברה הנרכשת עשויים לקדם עסקאות כאלה תוך שיפור מצבם שלהם וקבלת טובות הנאה שבעלי מניות המיעוט אינם מקבלים. גם במצב כזה מתעורר המתח שהוצג בראשית הדברים: בין זכות הרוב לשלוט בחברה מכוח העקרונות ה"דמוקרטיים" שהחברה מתנהלת על פיהם, לזכויות של המיעוט לא להיות מקופח, ולקבל חלק שווה לזה של הרוב בחלוקת רווחי החברה.

שאלת המתח בין זכויות הרוב והמיעוט בחברה ציבורית נדונה בפרשת **כימצי'ינה** (ת"צ (מחוזי ת"א) 11-01-26809 **כהנא נ' מכתשים אגן תעשיות בע"מ** (15.5.2011)), פרשה שנדונה שנים רבות לאחר שניתן פסק הדין התקדימי בעניין **גליקמן נ' ברקאי**. מדובר בהחלטה עקרונית של המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, שהמחוקק הקים בשנת 2010 כדי לאפשר התמקצעות בפסיקה בתחום זה. ההחלטה בעניין **כימצי'ינה**, שנתנה השופטת דנייה קרת-מאיר, נחשבת להחלטה המשמעותית הראשונה שהתקבלה במחלקה הכלכלית.

עניין **כימצי'ינה** נסב על עסקת מיזוג של חברת מכתשים אגן עם חברה סינית בשם **כימצי'ינה**. חברת כור החזיקה ברוב המניות במכתשים אגן ושלטה בה, והיא אשר הגיעה את עסקת המיזוג האמורה. על פי תנאי עסקת המיזוג שהתגבשה, הייתה חברה בת של החברה הסינית אמורה לרכוש את כל החזקות הציבור במכתשים אגן ו-7% מהמניות של בעלת השליטה (כור) תמורת 2.4 מיליארד דולר. התמורה שקיבלה כור עבור מניותיה (לאחר הטבה מסוימת שהיא קיבלה כחלק מתנאי העסקה) הייתה גבוהה ב-21% מהתמורה שקיבלו שאר בעלי המניות מקרב הציבור עבור מניותיהם. אם התמורה העודפת שקיבלה כור הייתה מתחלקת בין כל בעלי המניות באופן שוויוני, היה מקבל כל בעל מניות מיעוט 8.33% יותר מהמחיר שהוצע לציבור במסגרת ההצעה.

במקרה זה אחד מבעלי מניות המיעוט, דב כהנא, הגיש לבית המשפט המחוזי תביעה בהליך המכונה תובענה ייצוגית, כלומר הליך שמגיש תובע אחד בשם הקבוצה של כל ציבור הנפגעים. גם במקרה זה נדרש בית המשפט לקבוע את גבולות ההתערבות השיפוטית בהחלטות שמקבל בעל השליטה בחברה. גבולות הסמכות של בעל רוב המניות בחברה נקבעו בחוק החברות. החוק התנה אישור של עסקה שבעל השליטה מצוי בה בניגוד עניינים, באישור של רוב מקרב בעלי מניות המיעוט בחברה. מאחר שמדובר בתנאי לתוקפה של העסקה, ההגנה שניתנה למיעוט היא הגנה חזקה שמקנה לו למעשה זכות וטו – זכות לשלול את קיום העסקה אם התנאים שלה אינם נראים לו. לכאורה יכולים בעלי מניות המיעוט לסרב לאשר עסקה כל עוד בעל השליטה מבצע אותה בתנאים שהם סבורים שאינם הוגנים. על רקע זה אחת השאלות שבית המשפט נדרש אליהן בעניין **כימצי'ינה**, הייתה האם די באישור של רוב בעלי מניות המיעוט כדי לשלול התערבות של בית המשפט. בית המשפט השיב לשאלה זו בשלילה. הטעם לכך הוא שגם כאשר נדרש המיעוט לאשר עסקת בעלי עניין, מונחת לפניו הצעת עסקה אחת

שבעל השליטה גיבש, ובעלי מניות המיעוט יכולים לקבל אותה או לדחות אותה. בנסיבות כאלה עלול המיעוט להסכים לקבל הצעה שאיננה גרועה אבל אינה ההצעה הטובה ביותר בנסיבות העניין. משום כך נדרשת - מעבר לאישור המיעוט - גם ביקורת שיפוטית שהיא "שסתום ביטחון חיוני במסגרת יחסי הכוחות הבלתי מאוזנים בין בעל השליטה לבין בעלי המניות מקרב הציבור" (פסקה 4(ב)).<sup>1</sup> אם כן, בית המשפט משאיר - במקרים המתאימים - אפשרות שהוא יבחן את התנאים של עסקאות. הוא נשאר "גורם על מפקח" גם על עסקאות כאלה.

זאת ועוד, כדי להימנע מהתערבות שיפוטית, הציע בית המשפט את האפשרות שהמשא ומתן מטעמה של החברה לקראת ההתקשרות בהסכם יתנהל לא בידי בעל השליטה עצמו, אלא בידי ועדה בחברה שאיננה תלויה בו ("ועדה בלתי תלויה"). ועדה זו היא שתישא ותיתן בשם החברה על תנאי ההסכם. הקביעה הזו של המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בנוגע לוועדה הבלתי תלויה ולמשמעות גיהול משא ומתן באמצעותה, הקדימה פסק דין מפורסם שנתן כמה שנים לאחר מכן בית המשפט במדינת דלוור בעניין MFW.<sup>2</sup> ועדות בלתי תלויות רבות קמו לאחר ההחלטה האמורה, ובתי המשפט נדרשו בהמשך לבחון את משמעות קיומן.

להחלטה בעניין בימצי'ינה הייתה חשיבות בכמה היבטים. ראשית, מאחר שבית המשפט אישר בה להגיש תובענה ייצוגית בידי המבקש עבור קבוצה של בעלי מניות, היא סללה את הדרך להגשת בקשות רבות נוספות לאישור תובענות ייצוגיות ותביעות נגזרות (קרי: תביעות שבהן התובע מבקש לייצג חברה שהוא בעל מניות בה). שנית, שכר הטרחה הגבוה שנפסק בתום ההליך לזכות התובע הייצוגי ובאי כוחו, הגביר גם הוא את המוטיבציה של תובעים ייצוגיים (ונגזרים) אחרים להגיש בקשות בשם קבוצות או חברות, ולא רק בשמם האישי. לבסוף ומעבר לכל אלה, בבקשה נקבעו קביעות מהותיות משמעותיות בנוגע לזכויות המיעוט בחברה, והיא גם התייחסה לאפשרות לנהל משא ומתן בחברה באמצעות מכשיר של "ועדה בלתי תלויה". אפשרות זו הפכה לאפשרות מקובלת באותן עסקאות שבהן היה בעל מניות הרוב בחברה מצוי במצב של ניגוד עניינים.

המסקנה העולה מפסקי הדין שנסקרו היא כי בדיני החברות ובכללים החלים מכוחם על גיהול חברות (כללי "הממשל התאגידי"), ברירת המחדל היא אכן הכלל שלפיו "הרוב קובע". לכן לשליטה בחברה יש משקל והיא מאפשרת לרוב לנהל את החברה בהתאם לטעמיו, העדפותיו ושיקוליו המסחריים. עם זאת, השליטה הזו אינה בלתי מוגבלת, והיא נעצרת מקום שבו הרוב מקבל החלטות שאינן שוויוניות, הפוגעות בבעלי מניות המיעוט באופן שבית המשפט סבור שאינו מידתי.

1 ציטוט מהמאמר של אסף חמדני ושרון חנס "חופש העיצוב בעסקות של מיזוג ורכישה" משפט ועסקים ח 401, 408 (2008).

2 Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635 (Del. 2014).



כאשר מתקבלות החלטות כאלה, בית המשפט מתערב בהן. הוא עשוי לבטל את ההחלטות או להתערב בתוכנן, ובכלל זה בתנאי הסכמים שהחברה – באמצעות הרוב – התקשרה בהם. זאת כדי להגן על בעלי מניות המיעוט. הגנה כזו היא חשובה משום שבהעדרה, אילו היה ניתן לרוב חופש מוחלט לקבל החלטות לפי ראות עיניו, היו עלולים בעלי מניות הרוב לעשוק את בעלי מניות המיעוט בחברות ולקחת לידיהם נתח לא מידתי מרכוש החברה. אילו זה היה המצב, לא היו בעלי מניות מסכימים להשקיע בחברות מלכתחילה (או שהיו עושים כן תמורת מחיר נמוך בהרבה משווי החברה). תוצאה זו הייתה מזיקה לא רק לבעלי מניות שהיו מבקשים לגייס הון מהציבור או מצדדים שלישיים, אלא גם לשוק המניות בכללותו ולהתפתחות המשקית שהוא מאפשר.

## איך מפקחים על דירקטוריון החברה?

ע"א 610/94 בוכבינדר נ' מפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289 (2003)  
ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ (28.12.2016)

### יורם דנציגר

בנק צפון אמריקה היה פעיל כעשור, בשנים 1978-1987. בשנת 1985 נצפו משיכות חריגות מן הבנק. התברר כי מדובר במעילת ענק בהיקף של מיליוני שקלים. הבורסה הפסיקה את המסחר במניות הבנק. התנהלו הליכים פלייליים, מנהלי הבנק הורשעו בעבירות של מרמה וזיוף ונשלחו לבית הסוהר. הבנק קרס ופורק.

כונס הנכסים הרשמי (בתפקידו כמפרק הבנק) הגיש תביעה אזרחית לבית המשפט המחוזי בירושלים נגד דירקטורים בבנק, שעזימו נמנו גדליה בוכבינדר וארווין זוסמן. בתביעה נטען כי הדירקטורים התרשלו במילוי תפקידם, לא מילאו את החובות המתחייבות מתפקידם, וגרמו בכך נזקים לבנק. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה נגד הדירקטורים, גם אם לא במלואה. הוא קבע כי הדירקטורים לא עמדו בסטנדרט ההתנהגות הנדרש מדירקטור סביר, והתרשלו במילוי תפקידם בכמה היבטים ובהם התרשלות במתן אשראי והתרשלות בהקשר של אי מניעת מעילות וגניבות בידי מנהלים. בית המשפט המחוזי חייב את הדירקטורים לשאת במלוא נזקי הבנק בחלק מהפרשות, ובפרשות אחרות חייבם לשאת באחריות חלקית לנזקי הבנק.

על פסק הדין של בית המשפט המחוזי הוגשו לבית המשפט העליון שמונה ערעורים והדין בהם אוחד. חלק מהערעורים הסתיימו בפשרה, וכך נותרו להכרעת בית המשפט העליון הערעורים של בוכבינדר וזוסמן. ערעורים אלה נדונו לפני הרכב שכלל את הנשיא אהרן ברק עם המשנה לנשיא שלמה לוין והשופטת טובה שטרסברג כהן (ע"א 610/94 בוכבינדר נ' מפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289 (2003)). בית המשפט העליון פסק כי נושאי משרה בחברה (ודירקטורים בפרט) חבים חובת זהירות כלפי החברה. עליהם לצפות שהתנהלות רשלנית שלהם עלולה להסב לחברה נזק, ובמקרה כזה ייתכן שהם יחויבו לפצות את החברה על הנזק שהסבו לה. עוד נפסק כי שאלת רשלנותו של דירקטור נבחנת על פי העקרונות המפורטים בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], וכי המבחן הקובע הוא מבחן הדירקטור הסביר. כאשר דן בית המשפט העליון בפרשה זו הוא הגדיר את אחריות הדירקטורים כך: "על כל דירקטור לנקוט את כל אותם אמצעי זהירות שדירקטור סביר היה נוקט בניסבות העניין... השאלה אינה מה היו אמצעי הזהירות שאדם בעל ידע וניסיון כשל הדירקטור הנתבע לדין היה

נוקט... השאלה הינה מה הם אמצעי הזהירות שדירקטור סביר היה נוקט בנסיבות העניין... המבחן לסבירות ההתנהגות הוא אובייקטיבי... רמת הזהירות היא אחת: זו הנקוטה בידי דירקטור סביר בנסיבות העניין" (עמ' 310). מכאן שעל הדירקטורים לקבל החלטות מודעות לאחר שקיבלו מידע שאפשר לבסס עליו את אותן החלטות ובחנו אותן.

אבל כיצד נדע אם הדירקטורים פעלו בסבירות?

לאחר שנים ארוכות שבהן המבחן לביקורת השיפוטית על החלטות הדירקטוריון היה נתון בדין הישראלי בחוסר בהירות, אימצו בתי המשפט בישראל את כלל שיקול הדעת העסקי, שמקורו בדיני החברות האמריקאיים, ובפרט אלה של מדינת דלאוור. כלל זה מורה כי כאשר נקט הדירקטוריון הליך מסודר ומיודע וחבריו פעלו בתום לב וללא ניגוד עניינים, תיהנה החלטתם מחזקת תקינות ובית המשפט יימנע מלבחון את ההחלטה לגופה. עם זאת, במקרים שבהם מצויים הדירקטורים במצב של ניגוד עניינים אפשרי, החילו בתי המשפט של מדינת דלאוור, ובעקבותיהם בתי המשפט בישראל, מבחן ביניים מחמיר יותר, המכונה כלל שיקול הדעת העסקי המוגבר. במסגרתו יבחן בית המשפט בצורה קפדנית ומעמיקה יותר את השיקולים שהנחו את הדירקטורים עת קיבלו את החלטתם.

כאשר החלטות הדירקטורים מתקבלות במצב של ניגוד עניינים משמעותי (ובפרט במקרים של עסקה בין חברה לבעל עניין בה), לא תעמוד לדירקטורים חזקת התקינות. בתי המשפט יפעילו את כלל ההגינות המלאה, שהוא אמת מידה מחמירה לביקורת המטילה על הדירקטורים נטל מוגבר להוכיח את הגינות העסקה, ובכלל זה להוכיח הן שהליך אישור העסקה היה תקין, הן שהעסקה השיגה ערך הוגן עבור החברה.

למעשה, כלל שיקול הדעת העסקי הוזכר במפורש כבר בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת החברות (מס' 4), התש"ן-1990. בהמשך הוא הוזכר לראשונה בידי בית המשפט העליון עוד בשנת 1995, אם כי באותה עת עדיין ללא התייחסות של ממש לתוכנו. מעניין לציין שכלל שיקול הדעת העסקי גם לא זכה לניתוח או להתייחסות בעניין בוכבינדר, שדן בפרשת בנק צפון אמריקה. לאמתו של דבר, ההתרשלות של הדירקטורים במקרה זה, שאותה ניתח בית המשפט, באה לידי ביטוי בהתנערות כללית שלהם מהפעלת שיקול דעת עסקי. שנה בלבד לאחר מתן פסק הדין נדרש בית המשפט העליון פעם נוספת לשאלת הרשלנות של דירקטורים בחברה בעניין דרין (ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673 (2004)). גם כאן – ללא דיון בכלל שיקול הדעת העסקי. בית המשפט הסתפק בדברים הבאים: "בנסיבות הפרשה שלפנינו לא ביסס המערער הצדקה להכרה בחובת זהירות חריגה של המשיבים כלפי בעלי המניות מן הציבור. מדובר בפעולה עסקית של החברה, אשר מצויה בלב מיתחם שיקול-הדעת המוקנה למנהליה" (עמ' 695). על אף ההימנעות מאזכור מפורש של כלל שיקול הדעת העסקי בפסקי הדין שנזכרו, חשוב להדגיש שבדיני החברות שלנו הוכרה עוד שנים רבות קודם לכן דוקטרינת אי ההתערבות,

1 ע"א 1694/92 חברת אול שירותים נ' מושיץ, פ"ד מט(2) 397, 412 (1995).

שנועדה להבטיח אי התערבות מצד בתי המשפט בהחלטות העסקיות של דירקטוריון החברה.<sup>2</sup> הטעם המרכזי לפיתוח דוקטרינת אי ההתערבות נבע מאי רצונם של בתי המשפט להתערב בשיקולים מסחריים והחלטות מסחריות של דירקטורים, בין היתר בשל כך שלשופטים אין הכלים המתאימים לאשר החלטות מסחריות ועסקיות מורכבות או לפסול אותן, שכן הם לא התנסו בהחלטות כאלה מעולם. כמה שנים לאחר פסק הדין בעניין בוכבינדר החל כלל שיקול הדעת העסקי להתפתח בפסיקה של בתי המשפט המחוזיים ברצף של פסקי דין חשובים שנתנו שופטי המחלקה הכלכלית שהוקמה בינתיים בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו.<sup>3</sup>

לקראת סוף שנת 2015 זכה הכלל להכרה בע"א 8712/13 אדלר נ' לבנת (1.9.2015). בפסק דיני באותו עניין הסברתי כך: "מכוחו של כלל זה – שמקורו בדיני החברות של ארצות הברית – מוחזק דירקטור שפעל באופן מיועד, לאחר הפעלת שיקול דעת בתום לב מבחינה סובייקטיבית ולא היה בניגוד עניינים, כמי שפעל באופן תקין לטובת החברה... מבלי לקבוע מסמרות בשאלת היקף תחולתו של כלל זה במשפט הישראלי, דומה כי אין עוררין על כך שהגיונו של הכלל... בא לידי ביטוי בפסיקתן של הערכאות המשפטיות השונות בישראל" (פיסקה 39).

מעט למעלה משנה לאחר מכן, בסוף חודש דצמבר 2016, אמר בית המשפט העליון את דברו במפורש בפסק הדין הידוע בכינוי פרשת בזק (ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ (28.12.2016)). במרכז הדיון ניצבו החלטות של דירקטוריון בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (ובקיצור: בזק) לאחר שמר שאול אלוביץ' רכש את השליטה בה (בשרשור באמצעות חברה ציבורית בשם בי קומיוניקיישנס בע"מ, שאפשר לכנותה כאן בייקום). גרעין השליטה בבזק (כ-31% ממניותיה) נרכש בידי בייקום תמורת כ-6.5 מיליארד ש"ח. בייקום שילמה מקופתה כ-1.4 מיליארד ש"ח ואת יתרת הסכום, כ-5.1 מיליארד ש"ח, גייסה באמצעות נטילת הלוואות. רכישה ממונפת זו – כלומר מצב שבו היקף ההתחייבויות גבוה ביחס להון העצמי – היא שעמדה במוקד הבקשות לאישור תביעה נגזרת. למן העברת השליטה בבזק לידי בייקום ועד סוף שנת 2012 גייסה בזק חוב בסך כולל של כ-7.41 מיליארד ש"ח ובמקביל חילקה דיבידנדים לבעלי מניותיה בסך כולל של כ-9.95 מיליארד ש"ח (מתוכם 2 מיליארד ש"ח בדרך של הפחתת הון שנעשתה באישור בית המשפט המחוזי).

על רקע עובדות אלה הגישו שני משקיעים פרטיים מן הציבור שהחזיקו מניות של בזק, בקשות לבית המשפט המחוזי לאשר להם להגיש תביעה בשם בזק נגד בעלי השליטה (מה

2 ע"א 667/76 ל. גליקמן בע"מ נ' א.מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב (2) 281, 287 (1978). ראו רשימתה של רות רונן בספר זה, עמ' 483.

3 עם פסקי דין אלה ניתן למנות את ת"צ (כלכלית ת"א) 11-11-26809 כהנא נ' מכתשים-אגן תעשיות בע"מ (15.5.2011) (השופטת דניה קרת-מאיר); ת"א (כלכלית ת"א) 12-02-48851 מטרת מיזוג חברות בע"מ נ' אוטררה שייפ מדיקל בע"מ, פסקאות 212-219 (16.7.2012) (השופט חאלד כבוב); תנ"ג (כלכלית ת"א) 11-10-32690 גוטליב נ' איילון אחזקות בע"מ, פסקאות 92-93 (3.9.2012) (השופט חאלד כבוב); תנ"ג (כלכלית ת"א) 11-11-48081 ריונפלד נ' בן דב, פסקאות 139-140 (17.3.2013) (השופט חאלד כבוב).

שמכונה "תביעה נגזרת"). הם טענו כי מדיניות גיוס החוב וחלוקת הרווחים של בזק בתקופה זו הייתה שלא לטובת החברה, ולמעשה נקטה כדי לאפשר לביקום ולאלוביץ' לעמוד בהתחייבויותיהם כלפי הבנקים שסייעו להם במימון הרכישה הממונפת של בזק. כמו כן נטען כי הדירקטורים בבזק הפירו את חובות הזהירות והאמונים המוטלות עליהם, חלקם (שכיהנו עד להעברת השליטה) בנותנם יד למהלך של מכירת השליטה במינוף גבוה, יתרתם (שכיהנו לאחר העברת השליטה) באשרם את מדיניות חלוקת הדיבידנדים העודפת שגרמה להוצאות מימון עודפות ולירידה בשווי הכלכלי של בזק. עוד נטען כי בעל השליטה הפר גם את חובת ההגינות החלה עליו. כמו כן נטען כי לאלוביץ' היה עניין אישי בגיוסי החוב ובחלוקות, ועל כן אלה היו טעונים "אישור משולש" של ועדת הביקורת, הדירקטוריון והאסיפה הכללית, בהתאם להוראות סעיף 275 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

בית המשפט המחוזי (השופט חאלד כבוב) דחה את הבקשות. הוא קבע כי הדירקטורים עמדו בנטל המוטל עליהם מכוח שיקול הדעת העסקי המוגבר, שכן הם קידמו בגלוי מהלך עסקי הגיוני אשר התיישב עם המצב העסקי והפיננסי של בזק, ובעיקר זכה פעם אחר פעם בתמיכה של רוב מוחלט של בעלי המניות בחברה. המבקשים, מנגד, לא הרימו את הנטל המוטל עליהם לסתור את חזקת שיקול הדעת העסקי. מאחר שכך, נפסק כי אין מקום להתערבות בית המשפט בשיקול הדעת של הדירקטורים ובהחלטותיהם.

המבקשים לא אמרו נואש ווערערו על כך לבית המשפט העליון. אבל עמדתם נדחתה גם בבית המשפט העליון בפסק דין שכתב השופט עמית בהסכמת עמיתיו השופטים סולברג וברון. וכך קבע השופט עמית: "לא יאה זה בגדר חידוש מרעיש אם נסיר את הלוט מעל צלמו של כלל שיקול הדעת העסקי, ונכריז חגיגית כי עקרונותיו חלחלו אל המשפט הישראלי והם מהווים כיום חלק בלתי נפרד מדיני החברות בישראל" (פסקה 74). ואומנם, בית המשפט העליון בחן את המקרה הנדון מבעד ל"משקפיים" של כלל שיקול הדעת העסקי תוך שהבהיר כי בהקשרים מסוימים – למשל בבדיקת החלטות הדירקטוריון לגבי חלוקת דיבידנדים לאחר רכישה ממונפת – יוחל סטנדרט של "בחינה מוגברת". בסופו של דבר נמצא כי כלל שיקול הדעת העסקי לא נסתר, וגם בכל הנוגע לסוגיה הבעייתית ביותר – הפחתת ההון – הוכח שהחלטה לגופה הייתה בעלת היגיון סביר.

אם כן, נראה כי דיני החברות הישראליים מכירים כיום במפורש בכך שהחלטה עסקית של הדירקטורים בחברה שהתקבלה באופן מיוזע, בתום לב ובהעדד ניגוד עניינים, תינהנה מחזקת תקינות, ולא תוטל על הדירקטורים אחריות גם שעה שהתברר בסופו של דבר שזו החלטה מוטעית שיישומה הסב נזק לחברה. על התובע המבקש להפריך את חזקת התקינות של החלטת הדירקטורים, להוכיח כי הם פעלו בחוסר תום לב או בניגוד עניינים או באופן לא מיוזע, ואם לא עמד בנטל זה, יחסום כלל שיקול הדעת העסקי את התביעה נגד הדירקטורים. בחינת פסקי הדין של בתי המשפט בישראל שפירשו את כלל שיקול הדעת העסקי והחילו אותו, מלמדת כי מוקד הביקורת השיפוטית מתרכז בתהליך קבלת ההחלטה ולא בתוכנה. כפי

שהובהר בעניין בזק, רק כאשר עלה בידי התובע לערער את חזקת התקינות ולהוכיח שהתהליך לא היה תקין, יבחן בית המשפט את סבירות ההחלטה (פסקה 75).

ראוי להדגיש כי בעניין בזק הכיר בית המשפט העליון בצורך להפעיל שיקול דעת עסקי מוגבר (enhanced scrutiny) במקרים שבהם קיים חשש לניגוד עניינים של הדירקטורים. במקרים אלה עובר הנטל לדירקטורים ועליהם להוכיח כי החלטתם הייתה סבירה. גם מקורו של מבחן ביניים זה בפסיקה האמריקאית. הוא פותח בשנות השמונים של המאה העשרים מתוך הצורך לבחון את האופן שבו פעל הדירקטוריון בתגובה לניסיון השתלטות עוינת על החברה. במקרים רבים נוקטים דירקטוריונים של חברות צעדים שונים שמטרתם למנוע השתלטות עוינת על החברה או לעכב אותה. על בתי המשפט לוודא שצעדים אלה לא ננקטים בשל החשש של הדירקטורים שבעקבות ההשתלטות העוינת יוחלף דירקטוריון החברה וההנהלה תפוט. בתגובה לחשש זה אומץ מבחן הנחשב למבחן ביניים (intermediary standard), הממוקם בין כלל שיקול דעת העסקי שתואר לעיל לרף בדיקה גבוה יותר המכונה כלל ההגינות המלאה. במסגרת מבחן ביניים זה על הדירקטורים להראות בראש ובראשונה שהם פעלו נגד איום על טובת החברה ובעלי מניותיה. נוסף על כך, עליהם להראות שהפעולות שהם נקטו היו מידתיות לעוצמת האיום. יודגש כי בישראל נעשה שימוש במבחן ביניים זה לא רק במקרים של בחינת התנהלות הדירקטורים למול ניסיון השתלטות עוין על החברה. כך, למשל, בעניין פינרוס בחן בית המשפט העליון באמצעות מבחן זה מהלכים שונים של דירקטוריון אשר התמודד מול איום למחיקת החברה מן המסחר (ע"א 3417/16 פינרוס החזקות בע"מ נ' גולדשטיין (12.7.2021)).<sup>4</sup> בעניין בזק עצמו בחן בית המשפט העליון את ההחלטות על חלוקת דיבידנדים נוכח הצורך של בעל השליטה בניילות לשם פירעון התחייבויותיו לבנקים המלווים. במסגרת החלטת כלל שיקול הדעת העסקי המוגבר ייכנס בית המשפט לעובי הקורה ויבחן בצורה קפדנית יותר מהם השיקולים שהנחו את הדירקטורים. במקרים שבהם נבחנת עסקה בין החברה לבעל השליטה בה או נושא משרה בה, קיים ניגוד עניינים חד-משמעי ובעטי אף קיים חשש ממשי לניצול לרעה של משאבי החברה. במקרים כאלה החילו בתי המשפט בדלאוור, ובעקבותיהם בתי המשפט בישראל, את כלל ההגינות המלאה (entire fairness), הכולל לא רק בחינה של הליך האישור אלא גם בחינה של סבירות העסקה והגינותה.

אם כן, אפשר להיווכח שבתי המשפט בישראל מפקחים על החלטות המתקבלות בדירקטוריון החברה, תוך שמירה על איזון דק: על הדירקטורים להימנע מרשלנות, אבל שאלת הרשלנות נבחנת מתוך הכרה בשיקול הדעת העסקי שמוקנה להם, כדי למנוע יצירת תמריץ שלילי שירתיע דירקטורים מקבלת החלטות עסקיות שיש בהן סיכונים, אך כרוך בהן גם פוטנציאל להגדלת תשואת בעלי המניות.

4 ההליך בבית המשפט המחוזי היה ת"צ (כלכלית ת"א) 11-10-7477 גולדשטיין נ' פינרוס החזקות בע"מ (18.3.2013) (השופטת רות רונן).

# חובת האמון של בעל שליטה בחברה: מבנק י.ל. פויכטונגר בע"מ לפויכטונגר תעשיות בע"מ

ע"א 817/79 קוסי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984)  
ע"א 7657/17 נאמן על הסדר הנושים של פויכטונגר תעשיות בע"מ נ' פויכטונגר  
(18.6.2020)

## תמר בזק־רפפורט

הבנק שהקים יעקב לייב פויכטונגר בגרמניה בשנת 1856 ושנקרא על שמו, בנק י"ל פויכטונגר, נחשב למבוסס ולאמין. מסופר שעם לקוחותיו נמנו הפילוסוף הנודע מרדכי מרטין בובר והמנהיג הציוני נחום גולדמן. כספי פרס נובל שהסופר תומס מאן זכה בהם הופקדו בו. בשנת 1936, לאחר שהנכדים של יעקב לייב עלו ארצה, רכשו הם בנק ארץ־ישראלי שנשא את שמו של סבם הנכבד: בנק י.ל. פויכטונגר למסחר בע"מ. לא יעקב לייב ולא נכדיו, ליאו ותיאודור, שיערו מה יעלה בגורל הבנק: בשנת 1967 חוסל הבנק בעקבות עסקה סיבובית שבה נבזזו כספיו בידי יוסף אפשטיין, שרכש את השליטה בבנק מבעלי השליטה הקודמים באמצעות כספים שנמשכו מן הבנק עצמו. הבנק קרס.

קריסת הבנק לוותה בסדרה של הליכים משפטיים פליליים ואזרחיים. בעל השליטה, יוסף אפשטיין, ומנכ"ל הבנק שמינה, רענן אמיר, הועמדו לדין ונידונו לעונשי מאסר של שש (אפשטיין) וארבע (אמיר) שנים. כמו כן התקבלה תביעה כספית שהוגשה נגד המעורבים: המנכ"ל רענן אמיר, נתן דרורי שהיה מנהל בבנק, הדירקטור עו"ד אדוארד קוסי, וחברת פילקו, שהייתה חלק מקבוצת בעלי מניות השליטה שמניותיה בבנק נמכרו לידי אפשטיין. כיצד ירד הבנק מנכסיו והגיע אל מסדרונות בתי המשפט? מה היה בדיוק החידוש בפסק הדין שניתן בעניינו? כיצד התגלגלה ההלכה התקדימית שנקבעה וביאזה אופן תרמה היא להתנהלות התאגידית בישראל? על כך ננסה לעמוד.

תחילת הדברים שנים אחדות לאחר פטירת מייסדי בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ. משפחת פויכטונגר מכרה את אחזקותיה בבנק לקבוצת קוסי־אפלבאום, קבוצה שמנתה, בין היתר, את עו"ד אדוארד קוסי ואת חברת פילקו, שהוא ייצג. בד בבד רכש אחזקות בבנק איש העסקים יוסף אפשטיין, שהיה גם לקוח של הבנק. באותה עת הייתה הקבוצה של אפשטיין חייבת לבנק 1,300,000 לירות. כעבור שלוש שנים תפח החוב לכדי כ־10 מיליון לירות.

כאן התחילו העניינים להסתבך: הבטוחות שהציעה קבוצת אפשטיין לא הוגדלו, ואזי הורה מנכ"ל הבנק, אהרן דב קמחי, שלא לכבד המחאה שאפשטיין משך. בשלב זה ניסה אפשטיין את מזלו בפנייה לדירקטוריון הבנק וביקש להגדיל את מסגרת האשראי שהועמדה לטובת קבוצתו. אלא שהדירקטוריון גיבה את המנכ"ל קמחי בהחלטתו המקצועית. הבקשה לא נענתה, משום שלא היה די בביטחונות שהעמידה קבוצת אפשטיין לבנק כדי לאפשר את הגדלת האשראי.

אפשטיין מצידו החליט שלא לוותר על האפשרות להוציא כספים נוספים מהבנק למימון עסקיו. בדרכו עמדו שני מכשולים עיקריים. מצד אחד – בעלי המניות האחרים, ובהם קוסוי ופילקו, בעלי מניות השליטה. מצד אחר – המנהלים ובעיקר המנכ"ל קמחי, שסירב להגדיל את האשראי ללא הגדלת בטוחות, והדירקטוריון שגיבה את המנכ"ל.

נוכח כך וכדי להכשיר את הדרך לקבלת הכספים, הגיע אפשטיין במהלך שנת 1966 לשורה של הסכמים עם עו"ד קוסוי ואחרים, ובסופם הוא רכש מעו"ד קוסוי ומחברת פילקו את השליטה בבנק. המנכ"ל קמחי סיים את תפקידו ואפשטיין דאג להחליפו באמיר. או אז נפתחה הדרך לביות הבנק. רכישת מניות הבנק נעשתה באמצעות שימוש באנשי קש שאפשטיין התיימר לייצגם, בעסקה סיבובית שמומנה כמעט במלואה מכספים שהלווה הבנק לקבוצת אפשטיין ללא בטוחות מתאימות. יתרת החובה של הקבוצה לבנק במחצית שנת 1966 גדלה מ-10 מיליון לירות ל-17 מיליון לירות, אם לא למעלה מכך. נוסף על כך, החוב גדל ללא הוספת בטוחות אף שהבטוחות הקיימות נשחקו עד דק עקב המיתון ששרר בארץ באותן שנים. רואי החשבון של הבנק התרו כי הבנק עלול להגיע לחדלות פירעון אם תיענינה הדרישות של אפשטיין, אך ללא הועיל. מניות השליטה הועברו לידי אפשטיין ומכוחן בזז אפשטיין את החברה, לרבות על דרך רכישת מניות בבנק נוסף, בנק אלרון. בסופו של דבר קרסו שני הבנקים קריסה מהדהדת.

כדי לכסות ולו באופן חלקי את הבור הכלכלי שנוצר לאחר מסע הביזה של אפשטיין, הוגשה כאמור תביעה כספית מטעם בנק י.ל. פויכטונגר, שנתפס בידי בנק ישראל, נגד כמה מעורבים: המנכ"ל – רענן אמיר, מנהל בבנק – נתן דרורי, הדירקטור – עו"ד אדוארד קוסוי, וחברת פילקו, שהייתה חלק מקבוצת מניות השליטה בבנק. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו קיבל את התביעה בפסק דין של הנשיא התורן שלמה לובנברג וחייב את כל אחד מהארבעה ביחד ולחוד בגין קריסת הבנק.

בשלב זה עו"ד קוסוי וחברת פילקו ערערו לבית המשפט העליון. הערעור הוכרע בפסק דין עקרוני שניתן בקיץ 1984 מפי השופט אהרן ברק, בהסכמת השופטים שלמה לוין ודב לוין, ושחייב את הארבעה בסכומי כסף ניכרים (ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984)). זהו פסק דין מונומנטלי שצוטט בפסיקה אין ספור פעמים ושנלמד בפקולטות למשפטים שנה אחר שנה מאז שניתן לפני עשרות בשנים. באופן זה אף שגורלו של הבנק הארצישראלי שנשא את שמו של יעקב לייב פויכטונגר לא שפר, זכה פויכטונגר להנצחה מכובדת בדברי ימי המשפט הישראלי עד עצם היום הזה.



בפסק הדין נקבע כי על שלושת המנהלים לפצות את הבנק בגין הכספים שנבזזו ממנו בידי אפשטיין, משום שהפרו את "חובת האמון" שלהם כלפי הבנק ואפשרו את רכישת מניותיו תוך שהמיומן בא מכספיו שלו ללא ביטחונות מתאימים. נוסף על כך, חויבה בפיצויים חברת פילקו בתור מי שהייתה חלק מקבוצת השליטה בבנק שמכרה את מניותיה לאפשטיין. ביסוד החיוב עמדה קביעה חדשנית כמפורט בהמשך. בהתאם, כאמור, התקבלה התביעה של הבנק נגד ארבעת הנתבעים: המנכ"ל, המנהל, הדירקטור, ובעלת חלק ממניות השליטה.

פסק הדין לא הסתפק בהטלת חיוב על הארבעה מכוח דיני הנזיקין בשל רשלנותם. הוא נזקק גם לגדרי "חובת האמון" של השחקנים השונים במגרש התאגידי וחדש הלכה שלמים עוגנה בחוק החברות, התשנ"ט-1999, ושגם הורחבה בפסיקת בית המשפט העליון בהמשך. נסביר: כלל ידוע הוא שכאשר לאדם כוח ושליטה על חברו, לדוגמה כשהוא משמש אפוטרופסו או שלוח מטעמו, חב הוא "חובת אמון" כלפיו: עליו לפעול בתום לב ובהגינות לשם מילוי תפקידו, ולא לטובתו האישית. בפסק הדין בעניין קוסוי נ' בנק פויכטונגר עוצבה חובת האמון של מנהלים ובעלי מניות שליטה בחברה, ונקבע היקף החבות הנגזר מכך. אשר לחבות של המנהלים נפסק כי כולם יחד – הן המנכ"ל אמיר, הן המנהל דרורי, הן הדירקטור קוסוי – חבים חובת אמון כלפי הבנק. בהתאם, היה עליהם לפעול בתום לב ובהגינות לשם הגשמת תפקידם כמנהלים בחברה, ולא לטובתם האישית או לטובת אפשטיין בעל המניות. היה עליהם להימנע ממצב של ניגוד עניינים בין עניינם האישי לעניינה של החברה. היה עליהם גם למנוע ממנהלים אחרים להפר את חובתם לפעול אך ורק לטובת החברה. לא כך פעלו שלושת המנהלים הנתבעים, שאפשרו את מימון רכישת המניות מכספי הבנק ביודעם כי הדבר יביא את הבנק לחדלות פירעון. בכך הם הפרו את חובת האמון המוטלת עליהם כלפי החברה. לכן המנהלים נדרשו להשיב לבנק את הכספים שהוצאו ממנו כתוצאה צפויה מההפרה.

אשר לחבות של פילקו, בעלת המניות בבנק שהייתה חלק מקבוצת השליטה – הטלת חובת אמון על פילקו בתור בעלת מניות הייתה מהלך חדשני וכלל לא ברור מאליו. בזמנו הגישה המסורתית מבית מדרשו של המשפט המקובל באנגליה, שבתי המשפט בישראל באותן שנים נטו לאמצו, הייתה שבעל מניות רשאי לעשות במניותיו כרצונו, ואין הוא חב חובת אמון – לא לחברה ולא לבעלי המניות האחרים. מניה היא נכס ובעליה רשאי לעשות ברכושו כרצונו. עם זאת, בארצות הברית התפתחה גישה שונה, שמטילה חובת אמון על בעלי מניות השליטה הן בהפעלת כוחם בעת פעילות החברה, הן בעת מכירת מניות השליטה. חובת האמון היא כלפי בעלי מניות המיעוט וכלפי החברה גם יחד. על פי גישה זו, אף שבדרך כלל רשאי בעל מניה לפעול במניותיו כרצונו, לטובת עצמו, ואינו נדרש לשקול את עניינה של החברה בעת שפועל הוא במניותיו, הרי משעה שמניותיו הן חלק מקבוצת שליטה, קיים בידי כוח עודף. כוח זה מטיל עליו חובת אמון לשקול במצבים מסוימים את עניינם של אחרים. בפסק הדין בעניין קוסוי נ' בנק פויכטונגר, בהשראת המשפט האמריקאי, הוכרה בישראל חובת האמון של בעל מניות שליטה.

ההכרה בחובת האמון בפסק הדין הייתה ראשונית ותקדימית. בהתאם, היא הוחלה רק בנסיבות שבהן מדובר במכירת מניות שליטה לקונה אשר, למיטב ידיעת המוכר, ירוקן את החברה מנכסיה ויביא את החברה למצב של חדלות פירעון. הא ותו לא. לא נקבעו גדרים חובת האמון במהלך פעילות החברה וגם לא בעת מכירת השליטה כשלא ידוע למוכר על הכוונה הפסולה של הקונה. עם זאת, על אף הניסוח הזהיר וההחלה המוגבלת של חובת האמון, הלכה למעשה נקבעה בעניין קוסוי נ' בנק פויכטונגר הוראה מכוננת בדיני תאגידים בישראל. עם מתן פסק הדין שינתה זכות הקניין בגרעין שליטה בחברה את פניה: לצד הכוח המסור לבעל מניות לנהוג ברכושו כרצונו, הוטלה על בעל מניות שליטה חובת אמון כלפי החברה וכלפי בעלי מניות המיעוט. הטלת חבות זו משנה את האופי של זכות השליטה ואת שווייה הכלכלי. החובה להשתמש בכוח השליטה לטובת החברה ובעלי מניות המיעוט, ולא לטובת בעל השליטה, משנה את אופן קבלת ההחלטות בידי בעלי מניות. להלכה, היא גם אמורה לשנות את המוטיבציה להיעשות בעל שליטה.

נוסף על כך, חידד פסק הדין בעניין קוסוי נ' בנק פויכטונגר את עצמאותו של המשפט הישראלי ואת החירות של בתי משפט בישראל לאמץ פרשנות ששואבת השראה משיטות משפט שונות, ולא דווקא מהמשפט האנגלי, על אף מוצאם ההיסטורי של דיני התאגידים שחלו בארץ באותה עת. זאת תוך נקיטת גישה זהירה, שמבחינה כי הפתרונות המשפטיים העתידיים בסוגיות משיקות ייקבעו על פי ההתפתחויות ועל פי צרכי השוק המתחדשים.

קביעת חובת אמון על בעלי שליטה בראשית שנות השמונים של המאה הקודמת הייתה אקטואלית ונחוצה. באותן שנים התפתחה הכלכלה הישראלית לכלכלת שוק משוכללת. העברת שליטה בחברות מסחריות נעשתה חזון נפרץ, ששכיחותו הלכה והתגברה במשך השנים. באופן כללי מדובר בתופעה רצויה חברתית וכלכלית, שכן רכישת שליטה מבטאת הערכה של הרוכש כי הוא יוכל לשפר את הישגי החברה, באופן שמשרת הן את הרוכש, הן את יתר בעלי המניות וגם את הציבור. עם זאת, רכישה שתכליתה ביזת החברה וחיסולה, גוררת סביבה מעגלי נזק לבעלי מניות אחרים, לעובדים, לנושים ולרווחת הכלל. הצבת תמרוך אזהרה בפני בעלי מניות ומנהלים בחברה, מהמנהל דרך המנכ"ל עד לדירקטור, כי אם יאפשרו ביזת חברה, יאלצו לשאת בתוצאות – יוצרת תמריץ להרחיק עסקאות מסוג זה מן השוק, מה שיקטין ביזה של בודדים על חשבון רבים.

בשנת 1999, עת חוקק חוק חברות ישראלי מקורי, כבר נקבע בו שעל בעל מניות בחברה, כעל בעל כל נכס, להשתמש בזכויותיו וחובותיו כלפי החברה וכלפי בעלי המניות האחרים בתום לב ובדרך מקובלת, ולהימנע מניצול לרעה של כוחו בחברה. נוסף על כך, לגבי בעל שליטה בחברה – כמו גם בעל מניות אחר שנתון בידיו כוח הכרעה מהותי בחברה – נקבע כי חב הוא גם ב"חובת הגינות" כלפי החברה. מהי חובת הגינות זו? סתם המחוקק ולא פירש, תוך שהותיר מלאכה זו לבתי המשפט כדי שיעצבו את ההלכה בעניין זה ממקרה למקרה.

ברבות השנים שב בית המשפט העליון ונדרש בהרחבה לחובותיו של בעל מניות השליטה בחברה בעת מכירת מניותיו למי שבדיעבד התברר שבזו את החברה והביא אותה לחדלות

פירעון. מדובר בפסק דין שאף בשמו מתנוסס השם פויכטונגר, זו הפעם פויכטונגר תעשיות (ע"א 7657/17 נאמן על הסדר הנושים של פויכטונגר תעשיות בע"מ נ' פויכטונגר (18.6.2020)). במקרה זה ההליך נסב על תביעה שהגיש מי שניהל הסדר נושים של חברה שנבזזה, נגד מי שמכר את השליטה בה לבוזה. ההיסטוריה חוזרת. גם הפעם היה מדובר בחברה סולידיית שהוקמה בתקופת המנדט הבריטי בידי משפחת פויכטונגר ושפעלה בארץ עשרות בשנים: חברת פויכטונגר תעשיות בע"מ. בשנת 2001 בשל "בעיית הדורות", כלומר החשש מהעברת החברה לבעלות בני הדור הבא במשפחה ובנותיו, החליט בעל השליטה, עזריאל פויכטונגר, למכור את אחזקותיו בחברה ל"קבוצת פלד-גבעוני". היה מדובר בקבוצה עסקית שכללה אנשים בעלי מוניטין, אבל הונהגה בפועל בידי טל יגרמן, מי שעוד באותם ימים ננקטו נגדו הליכים פליליים בגין עבירות כלכליות חמורות, ושאף הוצאו נגדו התראות בגין פשיטת רגל. קבוצה עסקית זו ניהלה מסע רכישות נרחב במשק הישראלי במינוף גבוה ובמימון בנקאי. הקבוצה התקשתה לפרוע את חובותיה. בשלב זה החלו חלק מחברי הקבוצה להשתמש ביתרות של חברת פויכטונגר תעשיות בע"מ ובמסגרת האשראי שלה לצורכיהם הפרטיים באמצעות מעשי גניבה ומרמה, ואלו הביאו תוך זמן לא רב לקריסתה. הנאמן על הסדר הנושים של פויכטונגר תעשיות בע"מ ביקש למלא את החוסר שיצרה קבוצת פלד-גבעוני בקופת החברה, באמצעות הגשת תביעה נגד עזריאל פויכטונגר, שמכר את השליטה בחברה לאותה קבוצה.

התביעה הוגשה לבית המשפט המחוזי מרכז, ודן בה השופט עופר גרוסקופף. הוא דחה אותה בקובעו כי פויכטונגר לא צפה – ולא היה עליו לצפות – שרוכשי השליטה בחברה יבזזו אותה. הערעור שהוגש על כך לבית המשפט העליון נדחה. שלושת חברי המותב קבעו כי עזריאל פויכטונגר לא הפר את חובת ההגינות בעת העברת השליטה בחברה לקבוצת פלד-גבעוני, וכי הוא פעל מטעמים עניינים בלא שחש בסימני אזהרה לעתיד להתרחש. עם זאת, נחלקו דעותיהם באשר להיקף חובת ההגינות במכירת שליטה בחברה. את חוות הדעת העיקרית כתבה השופטת יעל וילנר. להשקפתה, אם המוכר ידע (או עצם עיניו מלדעת) על קיום נסיבות שאדם סביר אשר היה יודע על קיומן, היה צופה ברמת ודאות גבוהה כי כתוצאה מהמכירה תמוטט החברה – מדובר בהפרת חובת ההגינות במכירת שליטה. השופטת ברק-ארז הסכימה וגרסה כי גם אם ימצא שהמוכר לא ידע דבר על הרוכש טרם המכירה, עשוי הוא לחוב באחריות מקום שבו בדיקה בסיסית, אילו נעשתה, הייתה מלמדת אותו שמדובר ברוכש שעשוי לבזוז את החברה. מנגד, השופט אלרון הציע לצמצם את חובת ההגינות במכירת שליטה למצב שבו המוכר ידע בפועל על כוונה זדונית של הקונה לבזוז את החברה.

הינה כי כן, רכישת שליטה בחברות למטרות ביזה איננה תופעה שעברה מן העולם. אדרבה, יש שיאמרו כי התגברה בעוצמתה ובשכיחותה. המחוקק ובתי המשפט מבקשים להתמודד עם התופעה בדרכים שונות שמצריכות התחדשות מתמדת והתאמה לצורכי השוק. דומה כי טרם נאמרה המילה האחרונה, ונדרשים אמצעים נוספים ומגוונים יותר כדי להגן על האינטרס הציבורי מפניה, ובא לפויכטונגר גואל.

# פסק הדין בעניין טבעול: בין הגנה על תחרות להגינות עסקית

ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145 (1998)  
דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף־הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001)

## חגית בולמש

בשנת 2011 פרצה בתל אביב המחאה שנודעה לימים בשם "מחאת האוהלים" או "המחאה החברתית", על רקע משבר הדיור ויוקר המחייה שפקדו את המדינה באותה עת. המחאה תרמה לשינוי תפיסה בנוגע לסוגיית יוקר המחיה והובילה לגל שינויי חקיקה מרחיקי לכת במטרה להגביר את התחרות, לפתוח את הייבוא ולצמצם חסמים שנוצרו מאסדרה ופיקוח מוגברים מדי. בציבוריות הישראלית מיוחס למחאת האוהלים עד היום מעמד של מחאה רבת־חשיבות בעיצוב פני הכלכלה והמסחר ובהדגשת ערך התחרות החופשית בתור אמצעי להוזיל מחירים ולהפחית את יוקר המחיה בישראל. אבל, לאמיתו של דבר, זרעי המחאה נזרעו עוד עשור קודם לכן דווקא בסיפורו של השניצל הצמחי, הגיבור של פסקי הדין בעניין טבעול. המשך הדברים יעסוק בפסקי דין מכוונים אלה ובתרומתם להעלאה אל פני השטח של החשיבות של ערך התחרות החופשית לכלכלה ולמסחר כאמור.

מאז קום המדינה פסקי דין רבים דנו במתח בין הצורך להסדיר את המסחר באמצעות רישיונות בלעדיים שהוענקו למספר מצומצם של גורמים, לזכות של פרטים להתחרות בשוק חופשי ללא מגבלות וחסמים. אבל נדמה שרק בפסקי הדין בעניין טבעול הועלתה על נס חשיבות התחרות עבור הציבור כולו, ולא רק עבור המתחרים ועבור המדינה. פסקי הדין בעניין טבעול סימנו שהציבור כולו ניצב באולם בית המשפט, מוחה ודורש לשמור על זכויותיו לרכוש מוצרים טובים יותר, זולים יותר ואיכותיים יותר. אם כן, כבר עשור לפני שזעקות יוקר המחיה נשמעו ברחובות העיר תל אביב, בית המשפט העליון – על שמונת השופטים שעסקו בכך בשני הגלגולים של הפרשה – הוא שדן בסוגיה בעלת חשיבות חברתית וחשיבות כלכלית ותרם להגדלת התחרות ולשמירה על מסחר חופשי ללא הגבלות וחסמים מלאכותיים.

ראוי להתחיל בהצגת סיפור המעשה. בשנת 1989 כוננו שני גורמים עסקיים שותפות עסקית חדשה שזכתה לשם שף־הים. השותפה האחת הייתה טבעול, חברה שעסקה בייצור תחליפי בשר מחלבון מן הצומח ובשיווקם, והשותף האחר היה קיבוץ אילון, שייצר לפי ידע שברשותו

מוצרי מזון אשר מקורם בדגים וששיווק אותם. השותפות לא צלחה, ולאחר כארבע שנות התקשרות חתמו הצדדים על הסכם הפרדה. קיבוץ אילון נשאר הבעלים של שף־הים והתחייב בשמה שלא לעסוק במשך חמש שנים בייצור מוצרי מזון מחלבון צמחי. מנגד, חברת טבעול התחייבה שלא לעסוק בייצור מוצרי דגים. בטרם חלפו חמש השנים האמורות, פרסם משרד הביטחון מכרז לקנייה של חצי מיליון שניצלים מחלבון צמחי. על אף ההתחייבות לאי תחרות ניגש קיבוץ אילון למכרז באמצעות שותפות שף־הים – וזכה בו. ההצעה של טבעול הייתה יקרה יותר מהצעת שף־הים בשיעור של כ-17%. כך טבעול הפסידה למתחרה שחתומה מולה על איסור להתחרות בה. קיבוץ אילון טען להגנתו כי ההתחייבות שנתן לא הייתה חוקית, מאחר שאסור להסכים על אי תחרות.

טבעול זעקה: היעלה על הדעת שצד להסכם טוען בדיעבד שאינו רוצה לאוכפו, משום שחתם על הסכם לא חוקי?

לאחר שמשרד הביטחון סירב לבטל את זכיית קיבוץ אילון במכרז, הגישה טבעול בקשה לצו מניעה זמני שיאסור על ההתקשרות ועל מימוש המכרז. הרי חוזים יש לקיים. השופטים נדרשו להכריע בין שני ערכים מוסריים: האם להעדיף את ערך התחרות החופשית או את ערך תום הלב וההגינות? אם נעדיף את התחרות – יבוטל הסכם אי התחרות, שף הים תשתחרר מההתחייבות שחתמה עליה, ויאפשרו לה להשתתף בחוסר תום לב במכרז אף שהתחייבה לא לעשות כן. אם יישאר הסכם אי התחרות בתוקף ונעדיף את ערכי תום הלב והגינות הצדדים – שף הים תחויב לקיים את הסכם אי התחרות, אף שהוא לא חוקי ומצמצם את התחרות, ולא תורשה להשתתף במכרז. ביטול הסכם אי התחרות יאפשר לטבעול ליהנות מהסכם לא חוקי שחתמה עליו, ויגרום למשרד הביטחון לקבל מספר הצעות מצומצם יותר ולשלם מחיר יקר יותר עבור אותו מוצר. האם נעדיף "נבל" שמתנער מהתחייבות חוזית בשם השמירה על אינטרס התחרות?

כדי לקבל את התמונה המלאה יש להוסיף כי הסכסוך שהתגלע בין הצדדים נמצא ב"תפר" של דיני החוזים ותחום משפט חשוב נוסף, שהיה ידוע בשם "דיני ההגבלים העסקיים" ושידוע כיום בשם העדכני יותר "דיני התחרות". תחום משפט זה נועד להבטיח קיומה של תחרות במשק, ובאופן עקרוני מטיל מגבלות חמורות על התארגנויות שמבקשות להגביל את התחרות. החוק המקורי בנושא זה נחקק בשנת 1959 (חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959). מאחר שהוא לא נתן מענה של ממש לבעיית התחרות במשק, נחקק בשנת 1988 חוק חדש: חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. באופן מעשי רק בשנת 1993, לאחר שקיבלה רשות ההגבלים העסקיים מעמד עצמאי, החלו האכיפה והפיקוח מכוח החוק. החל בשנת 2019 החוק זכה לשמו החדש, חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988. החוק אוסר הסדרים שעלולים לפגוע בתחרות. לצד זאת, החוק קובע פטורים להסדרים מסוימים שעלולים לפגוע בתחרות, ומאפשר לקבל אישור מראש להסדר מידי הגורם המאסדר (בעבר הממונה על ההגבלים העסקיים, והיום הממונה על התחרות).

פסקי הדין בעניין **טבעול** (החל בבית המשפט המחוזי וכלה בשני הגלגולים של הפרשה בבית המשפט העליון, כמפורט בהמשך) היו תקדימיים ומהפכניים וניתנו בדיוק באותה תקופה שבה אכיפת חוק ההגבלים העסקיים החלה הלכה למעשה. הם סימנו את המהפך בתפיסה ואת השינוי הערכי-כלכלי שהתחוללו בארץ.

את בקשת טבעול לקבל צו מניעה זמני שימנע את מימוש המכרז, דחה השופט גבריאל קלינג בבית המשפט המחוזי. לדיון המסורתי בדיני חוזים ומכרזים התווספו שיח התחרות ודיני ההגבלים העסקיים. בית המשפט המחוזי קבע כי התנאי שקבעו הצדדים, לא להתחרות זה בזה, הוא הסדר כובל המנוגד לחוק ההגבלים העסקיים, ולכן הוא אסור ואינו חוקי. על כן אי אפשר לחייב את הצדדים לפעול על פיו, והאינטרס הציבורי שבשמירה על התחרות החופשית אינו מאפשר לקבל את בקשת טבעול לצמצם את מספר המתחרים במכרז ולאכוף על שף-הים את תנאי אי התחרות.

סיעון חדשני זה הגיע לבית המשפט העליון בערעור על פסק הדין ולאחר מכן בדיון נוסף. בינתיים המשיך משרד הביטחון ליישם את תוצאות המכרז ורכש משף-הים את מלוא התוצרת שנדרשה לו. עבור משרד הביטחון והצדדים היה מדובר במכרז בהיקף משמעותי, וממילא טבעול הגיעה רק למקום השלישי במחיר שהוצע. מדובר באספקת מזון לחיילי צה"ל, ומימון הוצאותיה בא מתקציב המדינה. בית המשפט המחוזי הושפע מעובדה זו, והשלכות פסק הדין על תקציב הביטחון עמדו לנגד עיניו בעת קבלת ההחלטה.

בערעור לבית המשפט העליון טענה טבעול שבית המשפט המחוזי כלל לא ערך ניתוח תחרותי-כלכלי (ניתוח ממצאי פסק הדין בהתבסס על חוות דעת מומחים כלכליים ומתודות כלכליות מקובלות לבחינת השפעת ההסדר על התחרות), ושלא הובאו די ראיות שמעידות שהסעיף אכן פוגע בתחרות החופשית. שף-הים, מנגד, טענה כי אין לאכוף עליה את סעיף אי התחרות, מאחר שמדובר בהסדר כובל לא חוקי, וכי אין מניעה שהיא, בהיותה צד להסכם, תוכל לטעון לאי חוקיותו.

פסק הדין של בית המשפט העליון בערעור ניתן בשנת 1998. דעת הרוב, בהובלת השופט אליעזר גולדברג, האדירה את ערך התחרות החופשית. לשיטת השופט גולדברג, אין סתירה בין חופש העיסוק של הצדדים לחוק ההגבלים העסקיים ולאינטרס הציבורי המוגן מכוחו. לצורך כך החיל השופט גולדברג את מבחן זוטי הדברים, שלפיו האינטרס שבחוק אינו חל על הסדרים שאינם משפיעים על המשק (הסכמים זניחים שאינם משפיעים על התחרות). לאחר שקבע שסעיף אי התחרות בהסכם אינו חוקי ואינו נחשב לזוטי דברים, קבע השופט גולדברג שאין צורך לבחון את כוונת הצדדים ואת עוצמת הפגיעה בתחרות. אם אין פטור בחוק ומכוחו, או שרשות ההגבלים העסקיים לא נתנה פטור מראש – הסדר אי התחרות לא חוקי, ודי בכך כדי לבטל אותו. חוסר תום הלב של שף-הים, שהתערה מהתחייבותה החוזית, אינו מוביל לאכיפת הסכם לא חוקי. בה בעת, השאר השופט גולדברג בצריך עיון את השאלה האם טבעול תוכל לקבל פיצוי כספי משף-הים נוכח התעשרותה בעקבות הפרת התחייבותה (עשיית עושר

ולא במשפט, בשפת המשפטינים). השופטת דליה דורנר הצטרפה לעמדת השופט גולדברג והשאירה בצריך עיון הן את קביעותיו בדבר חוסר תום הלב של שף־הים, הן את שאלת התחולה של דיני עשיית עושר ולא במשפט על צד ש"השתחרר" מחוזה בלתי חוקי. העמדה של השופט יעקב טירקל, בדעת מיעוט, הייתה שונה ונתנה משקל מרבי לשיקולים של הגינות בין הצדדים לחוזה, כמפורט בהמשך.

לאור החדשנות של הדיון בהתנגשות בין הערכים שהוצגו, התקיים בפסק הדין דיון נוסף, ובסופו ניתן בשנת 2001 פסק דין רחב יריעה. המקרה נדון בהרכב מורחב של שבעה שופטים, ובהם גם השופטים דורנר וטירקל, ללא השופט גולדברג, שפרש בינתיים. פסק הדין בדיון הנוסף חידד עוד יותר את השיח המשפטי־הערכי, שלא נס לחו עד היום.

הפעם ניצח על דעת הרוב השופט מישאל חשין, שכיהן בהמשך גם בתפקיד המשנה לנשיא. השופט חשין קבע שהתחרות החופשית היא "שריג - ושריג רב־ערך - בעקרון תקנת הציבור" (עמ' 80). לשיטתו של השופט חשין, חוק ההגבלים העסקיים נושא על גבו את עקרון התחרות החופשית במשפט בישראל, ותכליתו לשמור על התחרות החופשית ולהצר את צעדיהם של המבקשים לפגוע בה. מאחר שהסדר זה לא הובא לאישור מראש של המאסדר, ואין פטור בחוק שמכשיר את ההסכם, ההסדר לא חוקי. בפרשנות דווקנית דחה בית המשפט את הניתוח התחרותי וקבע שכל מטרת ההסדר הייתה למנוע תחרות.

הקביעה כי ההסכם בין הצדדים לא היה חוקי, עוררה בקרב השופטים התלבטות מוסרית. השופט חשין הציג אותה בתור "התגוששות" בין שני אינטרסים בזירה. מהעבר האחד עומדת הדרישה של טבעול לאכופ הסכם שנכרת בין הצדדים. מהעבר השני ניצבת טענת שף־הים "הטובלת עד לשפתה בחוסר תום־לב ובהיעדר הגינות - כי החוזה בלתי חוקי הוא - חוזה הנוגד את טובת הכלל - אשר־על־כן אין לאוכפו ואין לשלם פיצויים בגין הפרתו", כדברי חשין (עמ' 106). במלחמה זו בין הערכים, על פי עמדת דעת הרוב, ניצח אינטרס הציבור בהגנה על התחרות, ובית המשפט לא אכף את סעיף אי התחרות. לדעתו זו של השופט חשין הצטרפו יתר שופטי ההרכב, למעט השופט טירקל שנותר גם הפעם בדעת מיעוט.

שופטי הרוב הסכימו עם דעתו של חשין ולתוצאה שהגיע אליה. אבל, מלבד הנשיא ברק, רובם מצאו לנכון לחדד את הקושי שמעוררת ההחלטה מבחינתם.

כך, לדוגמה, השופטת טובה שטרסברג־כהן הצביעה על הקשיים ביישום החוק. לדבריה, "פריסתו הרחבה עד למאוד של החוק מלווה בהיתרים ובפטורים שונים ומפותלים. אלה תלויים ברשויות שונות, במדיניותן ובפרשנות הניתנת על־ידיהן לסעיפיו ולסעיפי סעיפיו של החוק. כל אלה יוצרים חוסר יציבות, חוסר ודאות וחוסר ביטחון בתחום שהיציבות, הודאות והביטחון יפים לו" (עמ' 116). אם כן, החשש הוא שצדדים להתקשרויות עסקיות יתקשו להבין את גבולות החופש שלהם לעצב את החוזה ביניהם.

המשנה לנשיא שלמה לוין בחר בגישה פורמליסטית ונצמד לאיזונים שקבע המחוקק ושלפיהם החובה למנוע הגבל עסקי גוברת על החובה לקיים חוזה. הוא נמנע מקביעה מוחלטת

של העדפת אינטרס אחד על פני משנהו. בסוגיה הקונקרטית העומדת להכרעה הוא קבע שפרשנות החוק במקרה זה מכניסה את סעיף אי התחרות להגדרת הסכם בלתי חוקי שאין פטור לגביו. פרשנות זו חידדה את הצורך לבחון כל מקרה לגופו, בדומה לניתוח השוק שנערך כיום להתנהגויות שנטען לגביהן כי הן בלתי חוקיות משום שהן מפירות את חוק ההגבלים העסקיים.

השופט יצחק אנגלרד הציג בסיום פסק הדין את הניתוח התחרותי של השוק, שהיה סנונית ראשונה לדיון מהסוג שנערך כיום במסגרת יישומו של חוק התחרות הכלכלית.

דעתו של השופט טירקל הייתה שונה. הוא העלה על נס את ציפיות הצדדים ואת מהות השותפות והדגיש את הקניין הרוחני של הצדדים. לשיטתו, העסקה שבוצעה: איחוד בין שני ניצול מן הצומח לשיצול דג וההפרדה לאחר מכן, התאפיינה בהכנסת הקניין הרוחני של שני הצדדים לשותפות וביצירת שתי חטיבות עצמאיות. לכן, לשיטתו, אין מקום להפוך היפרדות סבירה להסדר לא חוקי. טובת הציבור, מבחינת השופט טירקל, מחייבת מתן עדיפות לערכי תום לב, הגינות ויושר אגב ההתנהלות העסקית. שוק תחרותי אינו שוק פרוע שנועד לעודד תחרות בין נוכלים. לכן אין הוא יכול לתת בכורה לאינטרס התחרות. התחרות אינה זהה תמיד לטובת הציבור ואינה הדרך היחידה להיטיב עימו. לדבריו, "ככל שימעטו הנבלים ברשות חוק ההגבלים העסקיים", החומקים מהתחייבויותיהם החוזיות, תגדל הוודאות המשפטית" (עמ' 113). לפיכך באותה זירת התגוששות בין ערכים מתנגשים התחרות החופשית "אינה תחרות בכל מחיר, בלי מעצורים, ותוך הסרת 'כפפות' הערכים מעל אגרופיהם של המתגוששים" (שם). נוסף על כך, יש צורך לעגן בפסיקה את הוודאות המשפטית כך שצד תמים לא ימצא עצמו, מבלי דעת, עבריו. לשיטת השופט טירקל, פתחי המילוט שחוק ההגבלים העסקיים יצר, אינם מספיקים ואינם יעילים, בפרט מאחר שהסדר כובל הוא עבירה פלילית: "אם הברירה היא בין חברה עשירה, אך חסרת ערכים, לבין חברה דלה, שערכים על דגלה, אני בוחר בשנייה" (עמ' 112). אכן, זו התלבטות של ממש.

ב-1.1.2019, בעת שהוצגה בכנסת לקראת קריאה שניה ושלישית הצעת החוק שכללה את החלפת שמו של חוק ההגבלים העסקיים לחוק התחרות הכלכלית (חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21), התשע"ט-2019), תיאר יושב ראש ועדת הכלכלה, ח"כ איתן כבל, את מטרת התיקון כך: "להחמיר את האיסורים ואת ההוראות הנוגעות לאכיפתם ביחס לפעולות עסקיות שמקימות חשש לפגיעה משמעותית בתחרות, ולצד זאת להקל על מי שפעילותו העסקית איננה מעוררת חשש כאמור". בטרם ההצבעה הוסיף ואמר ח"כ כבל שהצעת חוק זו "היא אחת מהצעות החוק החשובות שעוברות בכנסת הנוכחית". דברים אלה מתמצתים היטב את הלך הרוח של שני פסקי הדין בעניין טבעול. בית המשפט והמחוקק לא ייתנו ידם לפגיעה בתחרות החופשית אלא יגנו על הציבור מפני ניסיונות לעשות כן.





# התדיינות, ראיות וצדק דיוני



## הסמכות הטבועה של בית המשפט לעשות צדק

ע"א 597/72 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כז(2) 449 (1973)

ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89 (1974)

### שלמה לוין

בפסק דין שניתן בהסכמה, נקבע כי אם דייר בדירה יפגר בתשלום שכר הדירה, יהיה עליו לפנות את הדירה. הדייר פיגר בכמה תשלומים ובעל הבית הגיש תביעה לפנות אותו מן הדירה. התברר שהפיגור אירע עקב נסיבות שלא היו בשליטתו של הדייר: הוא לקה בשיתוק כללי והיה במצב של חוסר אונים מוחלט, כך שלא היה מסוגל לדבר ולא היה מסוגל לזוז. כשהדבר נודע לבנו של הדייר הוא הפקיד את כל סכום החוב בקופת בית המשפט לזכות בעל הבית, ובית המשפט נתבקש להאריך בדיעבד את המועד לתשלום. השאלה המשפטית שבית המשפט נתבקש להשיב עליה הייתה האם הוא מוסמך להאריך את המועד אף שקיימים הסכם ופסק דין בהסכמה לסתור.

בהליך זה התעוררה שאלה כללית לגבי התפקיד השיפוטי: האם מה שמוטל על השופט הוא לפעול כאוטומט כדי לבצע את ההסכם בין בעלי הדין ואת פסק הדין שאישר אותו, או שכוחו עימו, משיקולים של צדק וכדי למנוע עיוות דין, להעניק לדייר סעד שיצילו ממצוקה שלא הוא אחראי לה?

בית משפט השלום בירושלים דחה את הבקשה והורה להמשיך את הליכי הפינוי. על כך הוגש ערעור.

בית המשפט המחוזי בירושלים קיבל ברוב דעות את הערעור וביטל את ההחלטה של בית משפט השלום. השאלה המשפטית שעמדה לדיון היא האם קיימת סמכות להאריך את המועד לתשלום שנקבע בפסק הדין המוסכם. השופטת בן-פורת כתבה את חוות הדעת העיקרית ועימה הסכים הנשיא התורן שרשבסקי (שניהם לימים שופטים בבית המשפט העליון). הם סברו כי יש לקרוא לתוך הסכמות הצדדים "תניה מכללא", כלומר תנאי לא כתוב שמוכן מאליו שהצדדים התכוונו לכלול בהסכם עצמו, שלפיו אם מחלב יהיה שרוי במצב של חוסר אונים מוחלט יידחה מועד הביצוע לתקופה סבירה. מנגד, השופט לנדא סבר כי אין מקום להסיק על קיומו בהסכם של תנאי מכללא אשר פוטר את מחלב ממילוי אחר חיוביו בפסק הדין המוסכם. התוצאה של דעת הרוב בבית המשפט המחוזי נראית על פניה צודקת יותר, אולם האם באמת היה נכון לייחס לצדדים הסכמה לכלול תנאי כזה בהסכם שביניהם?

בן שחר טען בתוקף כי לא הייתה לו כוונה לתת ארכה נוספת לביצוע התשלומים לרכישת הדירה, והוא הגיש ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון דחה ברוב דעות את הערעור והשאיר על כנה את תוצאת פסק הדין, אך מנימוקים שונים (ע"א 597/72 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כז(2) 449 (1973)). כל השופטים בבית המשפט העליון סברו שאי אפשר לייחס לצדדים כוונה לכלול בחוזה תנאי מכללא שמתיר למחלב לפגור בתשלומי הדירה בנסיבות כאלה. אבל כאן התפצלו הדרכים. השופט מני סבר בדעת המיעוט שאין מנוס מקבלת הערעור. מנגד, השופטים יצחק כהן וחיים כהן מצאו בדעת הרוב את הדרך להשגת התוצאה הצודקת. הם קבעו כי לבית המשפט נתון הכוח להושיט עזרה לאדם כדי למנוע עוול ולעשות צדק. הסמכות להושיט סעד של חסד אינה מעוגנת בדין או בתניה מכללא בהסכם, אלא נובעת מהסמכות הטבועה של בית המשפט, שאינה כתובה בחיקוק, לעשות משפט צדק. לפיכך נקבע כי לבית המשפט סמכות טבועה להאריך מועד שנקבע בפסק דין, אם האיחור נגרם מנסיבות שלא בשליטתו של המפר, והארכת המועד נחוצה כדי להגיע לתוצאה צודקת.

בשל האופי העקרוני של ההכרעה נענה בית המשפט העליון לבקשתו של בן שחר לקיים דיון נוסף בפסק הדין שכבר ניתן, וזה התקיים לפני הרכב מורחב של חמישה: שלושת שופטי ההרכב המקורי ועימם השופטים ברנזון ואשר. העתירה לדיון נוסף נדחתה ופסק הדין שניתן בערעור אושר פה אחד תוך הכרה בסמכות הטבועה של בית המשפט לתת סעד של חמלה, לפי חוש הצדק וצו המצפון השיפוטי, במקרה שנסיבותיו מחייבות זאת (ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89 (1974)). השופט ברנזון, שכתב את חוות הדעת העיקרית בפסק הדין, ציין בעניין זה בפסק דינו, תוך הבאת מובאות תנ"כיות: "אצלנו, אולי יותר מאשר אצל כל עם אחר, משפט וצדק הם שמות נרדפים, והמושג משפט צדק מושרש עמוק עמוק בתודעת העם. והנה דוגמאות אחדות מני רבות הלקוחות מהמקרא: 'הוי בונה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא משפט' (ירמיה, כ"ב, י"ג), 'האל יעות משפט ואם שדי יעות צדק' (איוב, ה', ג'); 'שופטים ושוטרים תתן לך וכו' ושפטו את העם משפט צדק' (דברים, ט"ז, י"ח). הסמכות הטבעית שמדובר בה במשפט זה אינה אלא אותה סמכות מינימלית בענייני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק. סמכות זו היא הביטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהשופט ניחן בו והנותן לו פורקן בעשיה היומיומית שלו" (עמ' 96). מעניין לציין כי גם השופט מני הצטרף לתוצאה זו בהסבירו שאת פסק דינו הקודם נתן מנקודת המבט של דיני החוזים, וכעת משנבחנת השאלה בפן העקרוני של הסמכות השיפוטית הוא נכון להצטרף לתוצאה הצודקת.

פסק הדין מלמד אותנו שמלאכת השיפוט אינה רק מלאכה אלא גם אַמנות, ושכוחה להושיע אדם כשהצדק מחייב את הדבר.

קיימות תקנות המונות את התכונות העיקריות הנדרשות ממועמד להתמנות לשופט: הוא חייב להיות בעל ידע ומיומנות בתחום המשפט, בעל כושר הבעה וניסוח, בעל יעילות וכושר ביצוע ובעל מזג שיפוטי, יושרה ויושר אינטלקטואלי, חוכמה ותבונה (כלל 11א לכללי השפיטה

(סדרי העבודה של הועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד-1984). לא נאמר בכללים שעל השופט, בצד היותו משפטן מעולה, להתנהג כבן אדם. ודאי שהשופט אינו יכול לנהוג כראות עיניו, אלא שומה עליו לנהוג לפי כללים, אך ודאי שהתנהגותו צריכה להיות מונחית בידי עקרונות כלליים כמו שוויון ושמיעה שווה של כל בעלי הדין, בצד התנהגות אנושית. פסק הדין בנושא שלפנינו הוא דוגמה להחלת רעיון זה בפסיקה הקונקרטית. כפי שציינתי במקום אחר, "כל שופט נתקל בקריירה השיפוטית שלו במצבים שבהם התוצאה המשפטית היא לכאורה ברורה אך בלתי צודקת. במקרים כאלה הוא מנסה, ככל יכולתו ובלי לחרוג ממסגרת החוק, להגיע לתוצאה צודקת".<sup>1</sup>

1 שלמה לויזן "להיות בן אדם" ספר טירקל: פרקי הגות, עיון ומשפט 581, 583 (אהרן ברק, קארין כרמית יפת ואליקים רובינשטיין עורכים 2020).

## **”אמת מארץ תצמח”: חקר האמת בבית המשפט – האומנם בכל מחיר?**

רע”א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ’ גלעד, פ”ד מט(2) 516 (1995)  
בג”ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ’ עוז, פ”ד סב(4) 167 (2008)

### **יצחק עמית**

טל ניסה להתאבד. חייו ניצלו לאחר שהובהל לבית החולים הדסה עין כרם, שם נותח בהצלחה. כשבועיים לאחר ניסיון ההתאבדות, ועודנו שוהה במחלקה שבה אושפז לאחר הניתוח, חמק טל מעיני הרופאים והאחיות, עלה לקומה השמינית של בית החולים וקפץ אל מותו. כדי למנוע הישנות מקרים טרגיים כאלה, מינה מנהל בית החולים ועדת בדיקה פנימית של צוות רופאים לבדיקת נסיבות האירוע. בחלוף כשלושה חודשים הגישה הוועדה את הדוח שלה. מינוי ועדת הבדיקה לא היה דבר חריג. בתי חולים ערכו מאז ומתמיד כדבר שבשגרה תחקירים פנימיים במתכונת של ועדות בדיקה כדי להסיק מסקנות לגבי אופן הטיפול בחולה, וכך להפיק לקחים לעתיד.

כשנתיים לאחר שטל התאבד, הגישה משפחתו תביעה נגד בית החולים בטענה שבית החולים התרשל בהשגחה עליו. בהליכים המקדמיים בתיק דרשה המשפחה של טל לעיין בדוח, אבל בית החולים סירב למסור אותו לעיון המשפחה, בטענה שמדובר בדוח חסוי שהכינה ועדה פנימית שהקים בית החולים. נטען שיש להכיר בחיסיון של הדוח, משום שאם ישתמשו בו בתביעה שהוגשה נגד בית החולים, ייפגע בעתיד שיתוף הפעולה של רופאים עם ועדות הבדיקה. זאת, מחשש שהדברים שיאמרו הרופאים שמופיעים בפני ועדת הבדיקה, והמסקנות של ועדת הבדיקה ישמשו לחובתם ויפגעו בהם ובמוסד הרפואי עצמו. חשש נוסף הוא שחברי ועדת הבדיקה עצמם ייחשפו לתביעות לשון הרע של רופאים, עמיתים למקצוע, שנפגעו מהדוח. אם דוח הבדיקה ייחשף, כך נטען, ”יהיה זה בלתי מציאותי לצפות, שהרופאים, שפעולותיהם נבדקות, ישתפו פעולה תוך גילוי לב מלא, יושר מקצועי, וביקורת עצמית נוקבת”. הטענה נדחתה בידי בית המשפט העליון, שהדגיש את החשיבות של חקר האמת בהליך המשפטי (רע”א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ’ גלעד, פ”ד מט(2) 516 (1995)). התכלית העיקרית של כל הליך משפטי היא חקר האמת. החתירה לחשיפת האמת עומדת בבסיס ההליך המשפטי והיא מוצאת את ביטויה, בין היתר, בהוראת החוק שלפיה אפשר להזמין כל אדם להעיד או למסור ראיה, ובחובה של הצדדים להליך המשפטי לנהל את ההליך

"בקלפים פתוחים", כך שכל צד יודע מראש מהם המסמכים שבידי הצד שכנגד. הטענה כי אם לא יוטל חיסיון על המסקנות והפרוטוקולים של ועדות הבדיקה, קיים חשש שהרופאים לא ישתפו פעולה עם הוועדות – נדחתה מאחר שבית המשפט סבר כי מדובר בחשש ספקולטיבי. בית המשפט יצא מנקודת הנחה ששיתוף הפעולה של הרופאים עם ועדות בדיקה "מתבקש ממהות מקצוע הרפואה ומהמחויבות האתית והמשפטית שאדם נוטל על עצמו בהיותו רופא... אכן, מה שנדרש מהרופא וממקצוע הרפואה אינו סגירות וחיסיון אלא פתיחות וגילוי האמת" (עמ' 527).

חיש מהר התברר שבית המשפט העליון שגה בהערכתו, ושהחשש לאי שיתוף פעולה מצד הרופאים התממש. השטח אמר את דברו, ובעקבות פסק הדין הונחו הרופאים להימנע מלשתף פעולה עם הוועדות, מה שגרם לדיכוי, וכמעט להיעלמות, של מנגנון ועדת הבדיקה, שהוא כה חשוב וחיוני ל"בדק בית" ולהפקת לקחים כדי לקדם את בריאות הציבור. נוכח הסכנה לקיומו של מוסד ועדת הבדיקה נזעק המחוקק. זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין, נחקק סעיף 21 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ששינה מפסק הדין ושקבע "חיסיון יחסי" לפרוטוקול הדיונים של ועדת בדיקה. חיסיון יחסי משמעו חיסיון שבית המשפט רשאי להסירו "אם מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו". לעומת זאת, חיסיון מוחלט משמעו כי בית המשפט לא יורה בשום מקרה על חשיפת המסמך. בחוק זכויות החולה הבחין המחוקק בין שני סוגי ועדות. ועדת בדיקה שהוקמה לבחון אירוע חריג במתן טיפול רפואי או כדי לבדוק תלונה מסוימת של מטופל – על הפרוטוקולים שלה יחול חיסיון יחסי. ועדת בקרה ואיכות, שהיא ועדה שמוקמת לשם הערכת הפעילות הרפואית ולשם שיפור האיכות של הטיפול הרפואי שניתן לכלל הציבור, כדי למנוע הישנות בעתיד של מקרים בעייתיים – לפי סעיף 22 לחוק, על הממצאים, המסקנות והפרוטוקולים שלה חל חיסיון מוחלט.

אף שהמחוקק ניסה להתמודד עם החשש מפני אי שיתוף פעולה עם ועדות בדיקה, הדבר לא עלה בידו. בתי החולים הפסיקו כמעט לחלוטין להקים ועדות בדיקה פנימיות, על כל המשמעויות הנובעות מכך בהיבט של קידום הרפואה ושיפורה. על רקע זה נשמעים קולות שתומכים בקביעת חיסיון מוחלט גם על העבודה של ועדות הבדיקה הפנימיות של בתי החולים. מה אפשר ללמוד מפסק הדין ומההתפתחויות שבאו בעקבותיו? המשפט חותר להגיע לחקר האמת לצורך עשיית משפט צדק, וחשיפה לפני הצדדים להליך של כל החומר שרלוונטי למשפט תורמת לחקר האמת. אבל התכלית של חקר האמת אינה ערך מוחלט, ואל מול האידאל והערך של חקר האמת עומדים ערכים ואינטרסים נוגדים, שראויים להגנה כדי לתמרץ פעילות ראיה מבחינה ציבורית ומבחינה חברתית. לחשיפת האמת בתביעה שהגישו בני משפחתו של טל, היה מחיר כבד שמלווה אותנו עד עצם היום הזה, בדמות פגיעה באיכות הטיפול הרפואי שכל אחד ואחת מאיתנו מקבלים. זאת, כתוצאה מאי עריכת תחקירים פנימיים בבתי החולים מחשש של הרופאים כי דברים שיאמרו יפגעו בהם, בעמיתיהם או במוסד הרפואי שהם מועסקים בו.



התופעה של דיבור לא חופשי או של סירוב לדבר מחשש שהדברים ייחשפו, בשל "האפקט המצנן" (chilling effect) של העדר החיסיון, היא תופעה אנושית מוכרת. כדי להבטיח שיהי חופשי וגלוי ושיתוף פעולה של כל הגורמים הרלוונטיים, כדי למנוע דיבור לא תכליתי בבחינת "דיבור לפרוטוקול", וכדי לשמור על הפרטיות של הדוברים – המשפט נכון לעיתים להכיר בכך שיש צורך להטיל חיסיון על הדברים, גם אם הדבר עלול לבוא על חשבון גילוי האמת בתיק מסוים. החשש מ"אפקט מצנן" קשה מטבע הדברים להוכחה אמפירית, אבל דווקא עניין הדסה ומה שאירע בעקבותיו מדגימים היטב את התממשות החשש מפני "אפקט מצנן", חשש שבית המשפט העריך בשעתו כי הוא ספקולטיבי.

ההתלבטות שנושא זה מעורר היא נמשכת. הגישה של בתי המשפט לחיסיון נותרה חשדנית משום שהחיסיון נתפס בתור מכשול לבירור האמת ואבן נגף בדרך לעשיית הצדק, כפי שעולה מהסיפור של פרופ' אברהם עוז. עוז הועסק בתפקיד מרצה בחוג לתיאטרון בפקולטה למדעי הרוח באוניברסיטת חיפה. על רקע טענות שעלו לגבי ההתנהלות בחוג, החליטה האוניברסיטה להקים "ועדת בדיקה והערכה" שבפניה הופיעו, בין היתר, מורים וסטודנטים. הוועדה הגישה דוח מפורט ובו נכתב כי היא התרשמה שקיימים יחסים קשים בין פרופ' עוז ומורים נוספים מהחוג ליתר החברים בו, וכי מן העדויות שהובאו לפניו הצטיירה תמונה של התנהלות שעולה כדי הנהגת "שלטון טרור" בחוג. הוועדה המליצה, בין היתר, שלא לחדש את חוזה העסקה של ארבעה מורים בחוג לתיאטרון, ולגבי פרופ' עוז, שהיה בעל קביעות באוניברסיטה, הומלץ לבחון דרכי פעולה כדי למנוע את הישנות המצב. הדוח כלל ציטוטים מן העדויות ומן המסמכים שהוצגו לוועדה, אך אלה הובאו בעילום שם מאחר שהוועדה התחייבה לסודיות גמורה כדי לאפשר למרואיינים שהופיעו בפניה לומר את דבריהם "מתוך כנות, חופשיות וללא מורא". בעקבות הגשת הדוח הפסיקה האוניברסיטה את העסקה של ארבעה מורים בחוג לתיאטרון והעבירה את פרופ' אברהם עוז ללמד בחוג אחר. פרופ' עוז וחלק מהמורים שהעסקתם הופסקה הגישו תביעה לבית הדין לעבודה, ובה דרשו לחשוף את כל המסמכים שהוצגו לוועדה ואת הפרוטוקולים של דיוניה. בית הדין האזורי לעבודה דחה את הבקשה, אבל בית הדין הארצי הפך את החלטתו. הוא הורה כי על האוניברסיטה למסור לעיון התובעים את כל הפרוטוקולים מהשיחות של ועדת הבדיקה ואת מכתבי התלונות שהוגשו נגדם, תוך מחיקת שמות ופרטים מזוהים של העדים והמתלוננים. האוניברסיטה עתרה לבית המשפט העליון והעלתה טענה דומה לזו שנדונה בעניין הדסה: אם תחויב לחשוף את החומר, הדבר יפגע בנכונות של תלמידים ומרצים לשתף פעולה בעתיד עם ועדות בדיקה וולונטריות באוניברסיטאות. נטען כי קיים אינטרס ציבורי מובהק שוועדות כאלה תוקמנה ותפעלנה ביעילות, וכי לשם כך יש להבטיח את השמירה על סודיות המידע המובא לפניו. נטען כי עלול להיגרם נזק לפרטיות העדים, שרבים מהם תלויים במבקשי הגילוי לפרנסתם, וכי העדים פוחדים מחזרתו של שלטון הטרור, הפחד וההתעמרות.

גם הפעם העדיף בית המשפט את הערך של חקר האמת ודחה את החשש ל"אפקט מצנן" אף שהכיר בתרומה של ועדות בדיקה מעין אלה לשיפור איכות ההוראה במוסדות אקדמיים (בג"ץ

844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פ"ד סב(4) 167 (2008)). בפסק הדין נקבע כי הפרוטוקולים שכוללים עדויות ישירות לגבי התנהלות המורים בחוג לתיאטרון, ומכתבי התלונה ששלחו מורים ותלמידים, הם מסמכים הנוגעים לליבת הסכסוך המשפטי. לכן וכדי לאפשר לבעלי הדין להגן על שמם הטוב ועל עיסוקם ולהתגונן מפני הממצאים והמסקנות שבדוח, יש לאפשר להם לעיין במסמכים לאחר שיושמטו שמות הדוברים וכל פרט מזהה לגביהם. בית המשפט הגיע למסקנה שהחשש מפגיעה בתפקוד של ועדות בדיקה אוניברסיטאיות נסוג מפני הצורך לאפשר לעובדים שנפגעו מהמסקנות של ועדות כאלה להתגונן מפני המיוחס להם. נקבע שהאינטרס של פרופ' עוז והמורים הנוספים להגן על כבודם ולשמור על מקום עבודתם גובר על האינטרס של המתלוננים והעדים. לכך אפשר להוסיף סיפור מאוניברסיטת בראילן, שבו ביקשו אנשי אקדמיה לעיין בפרוטוקולים של ועדת המינויים האוניברסיטאית לאחר שהחלטותיה הובילו להפסקת העסקתם. השניים הגישו תביעה, ובמהלכה הכיר בית המשפט העליון בזכותם לעיין בפרוטוקולים של הוועדה, תוך השמטת השמות והפרטים המזהים של נותני חוות הדעת ושל הדוברים שהתבטאו במהלך הדיון (בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בראילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 1 (2011)).

בכל המקרים שתוארו, נדחתה האפשרות להכיר בחיסיון "לטובת הציבור" מקום שחקיקת הכנסת לא הכירה בו. יש לציין שיש מקרים שבהם החקיקה עצמה הכירה בחסיונות מסוימים, כמו שנעשה לימים בחוק זכויות החולה. המשמעות של חקיקה כזו היא שקיים אינטרס חברתי חשוב עד כדי כך שהערך המרכזי והחשוב של גילוי האמת עלול להינגף לפניו. כפי שהוסבר, חיסיון זה יכול להיות "מוחלט" או "יחסי" (ובמקרה זה על בית המשפט לאזן בין הערך של חקר האמת להגנה על אותו אינטרס).

חיסיון כזה לתחקיר מבצעי שנערך בצבא, נקבע בתיקון לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (בסעיף 539א). חיסיון זה עמד במרכז משפטו של אלדד, חייל בשירות חובה שעמד במחסום ביציאה מהעיר שכם, ודבר מה ברכב שהתקדם לעברו עורר את חשדו. אלדד ירה מנשקו האישי לעבר כלי הרכב. נוסעת אשר ישבה במושב האחורי ברכב, נפגעה מקליע שחדר לבית החזה שלה, והיא מתה מפצעיה. אלדד הועמד לדין על גרימת מוות ברשלנות. במהלך משפטו ביקש אלדד לעיין בתחקיר המבצעי שבעקבותיו החליט הפרקליט הצבאי הראשי להורות על החקירה הפלילית שהובילה להעמדה לדין. מבוקשו של אלדד לא ניתן לו (ב"ש (ערעורים צה"ל) 42/03 התובע הצבאי הראשי נ' בנימין (5.5.2004)). התחקיר המבצעי בצה"ל נהנה מחיסיון מאחר שמטרתו היא הפקת לקחים ומסקנות כדי למנוע כשלים וטעויות בעתיד. הוא נתפס בתור כלי חיוני לשמירת היכולת המקצועית של הצבא ויכולתו המבצעית. החיסיון שהמחוקק הטיל נועד לבסס תרבות ארגונית של דיווח אמת. צה"ל מעוניין כי מי שמשלתף בתחקיר יהיה חופשי לדבר ללא מורא וללא חשש שבהליכים משפטיים הדברים ישמשו נגדו או נגד חבריו לפעולה. בשל כך מי שמשלתף בתחקיר הצבאי אינו מיוצג בידי עורך דין ואינו רשאי לסרב למסור ידיעה לעורך התחקיר. "כללי משחק" אלה הם שמאפשרים שיח חופשי

בתחקיר הצבאי ואף "הלקאה עצמית" של המעורבים באירוע, ללא חשש מפני הפללה עצמית או הפללה של אחרים. עם זאת, לימים קבע שר הביטחון שבית דין צבאי ובית משפט רשאים להרשות לנאשם לעיין בתחקיר.<sup>1</sup>

חיסיון ותיק עוד יותר נקבע בחוק בנוגע לדברים שנאמרים במערכת יחסים טיפולית עם פסיכולוג או עובד סוציאלי (בסעיפים 50 ו-55א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971). המשפט מכיר בחיסיון שבין פסיכולוג או עובד סוציאלי למטופל. ההנחה היא שהסודיות היא אבן הבסיס של הקשר הטיפולי. הנכונות של המטופל לחשוף את עולמו הפנימי ולחשוף נושאים אינטימיים ורגישים, מבוססת על ההנחה שהדברים יישארו בינו למטפל. תחושת האמון שנוצרת אצל המטופל בשל הבנתו כי "הסודיות מובטחת", היא קריטית עד כדי כך שבלעדיה אין תקומה לקשר העדין והמורכב ביחסי מטפל-מטופל. חשש של המטופל כי בשל תביעה שהגישה או שהוגשה נגדו, דברים שאמר לפסיכולוג שלו עשויים למצוא דרכם לתיק בית המשפט ולעיני הצד שכנגד, עשוי לפגוע קשות בטיפול. אם המטופל יחשוש לדבר באופן חופשי עם המטפל שלו, בשל החשש כי סודותיו הכמוסים ביותר יהפכו לנחלתם של אחרים, ייפגעו מערכת היחסים הרגישה בינו למטפל ויעילות הטיפול כולו. למשל, הדבר עלול להרתיע נפגעי עבירות מין מפני פנייה לטיפול או מפני הגשת תלונה במשטרה. סוד השיח הוא הסיבה בלעדיה אין לעצם הנכונות של הנועץ ושל המטופל לקבל ייעוץ וטיפול פסיכולוגיים. על דרך המשל אפשר לומר כי העדר סודיות בטיפול הפסיכולוגי כמוהו כהעדר סטריליזציה בחדר הניתוח – יש בכך כדי לזהם את הטיפול. הנכונות של המשפט להכיר בחיסיון ביחסי פסיכולוג/עובד סוציאלי-מטופל, מבטאת את ההכרה שהחיסיון הוא תנאי הכרחי למתן אמון מצד המטופל, והאמון הוא הכרחי לעצם הנכונות לקבל טיפול ולהצלחתו. לחברה יש אינטרס לעודד אנשים לקבל טיפול נפשי, ואם המטופל לא יראה בחדרו של המטפל מרחב מוגן אלא חדר פרוץ, עלולים להיפגע איכות הטיפול ואפילו עצם הנכונות לקבל טיפול.

כך עולה גם מהסיפור של מי שנכנה אותה כאן נורית. נורית הגישה תביעה נגד מעסיקיה לשעבר בטענה שבמהלך עבודתה סבלה מהטרדות מיניות ומהתעמרות, ושעקב כך נגרם לה נזק נפשי. הנתבעים ביקשו להעמיד את נורית לבדיקה של פסיכיאטר מטעמם, והלה דרש, ובית הדין לעבודה נעתר לדרישה, לקבל לידיה את הרישומים של הפסיכולוגיות שטיפלו בנורית. בית המשפט העליון ביטל החלטה זו והכיר בעוצמת החיסיון שבין פסיכולוג למטופל ובזכות של נורית לפרטיות, כך שאלה יעמדו לזכות תובעת נפגעת עבירת מין או הטרדה מינית (בג"ץ 1347/18 פלונית נ' בית הדין הארצי לעבודה (23.7.2019)).

כל המקרים שתוארו מדגימים את ההתנגשות בין הערך הנעלה של חקר האמת בהליך המשפטי לערכים ואינטרסים חברתיים וציבוריים אחרים. ערכים ואינטרסים אלה יכולים לבוא לידי ביטוי בחסיונות למיניהם ולסוגיהם (חסיון עורך דין-לקוח, חסיון רופא-מטופל, חסיון

1 סעיף 5(5) לצו השיפוט הצבאי (קביעת גוף ציבורי), התשנ"ט-1999.

עיתונאי-מקור ועוד חסיונות רבים אחרים). בתי המשפט בכל הערכאות נדרשים מעשה של יום ביומו לאזן בין השניים, ובמלאכת איזון עדינה ורגישה זו מובאים בחשבון החשיבות היחסית של השיקולים הנוגדים לערך של גילוי האמת, החיוניות של המסמך החסוי לגילוי האמת, קיום ראיות חלופיות למסמך החסוי ומידת ההשפעה של הגילוי על האינטרסים הציבוריים שהחסיון נועד להגן עליהם.

# קבילות ראיות וכבילת שיקול הדעת השיפוטי: הסכמים וגילוי האמת

ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988)  
ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011)

## אלכס שטיין

כל החלטה שיפוטית אמורה להיות מבוססת על עובדות, וקביעת העובדות היא העומדת במרכז דיני הראיות. אולם האם יכולים הצדדים להסכים על העובדות באופן שיחייב את בית המשפט? ולאילו הסכמות יש לתת תוקף? האם יש הבדל בין התחום הפלילי לתחום האזרחי בהקשר זה? אפתח בסיפורם של שלמה ביאזי, אברהם לוי ויבול של בצל, אשר הגיע עד לבית המשפט העליון (ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988)). במוקד ההתדיינות עמדה מחלוקת עובדתית פשוטה למדי: ביאזי טען כי לוי התחייב למכור לו יבול של בצל, קיבל מידי את תמורתו ואחר כך הפר את ההתחייבות ומכר את הבצל לאדם שלישי. מנגד, לוי טען כי הסכם המכירה בוטל בהסכמה, וכי הוא קיבל לידי רק מקדמה על חשבון המכירה והחזיר אותה לביאזי במלואה. ביאזי הגיש נגד לוי תביעה כספית בבית המשפט המחוזי באר שבע. ברגיל מקרים כאלה מוכרעים בידי בתי המשפט על סמך התרשמות מעדים ובהתבסס על נטלי ההוכחה. ביאזי ולוי בחרו לעצמם, בעצת הערכאה הדיונית, דרך אחרת. הם עשו הסכם שלפיו המחלוקת העובדתית שנתגלעה ביניהם תוכרע באמצעות בדיקת פוליוגרף, וכך נעשה. בדיקה זו זיהתה סימני אמת אצל לוי וסימני שקר אצל עדי ביאזי. בית המשפט המחוזי (הנשיא התורן אליהו גלסנר) פסק את הדין בהתאם לתוצאות הבדיקה, וביאזי ערער על כך.

ערעור זה נדון בבית המשפט העליון ונדחה בפסק דינם של שופטי הרוב, השופטים אליעזר גולדברג ומנחם אלון. שופטים אלה קבעו כי הסכם הוא הסכם, ואותו יש לקיים, וכי מבחינתם מדובר בהכרעת דין שאינה שונה מן ההכרעה בדרך של פשרה. לדעת שופטי הרוב, פסיקתו של בית המשפט המחוזי, שכאמור ניתנה בהתבסס על תוצאות של בדיקת פוליוגרף, אינה מנוגדת לחקר האמת. זאת מאחר שחקר האמת איננו חשוב בזכות עצמו, אלא אך ורק בתור אמצעי לפתרון הסכסוך הממוני בין שני אזרחים, והפתרון כאמור גובש בהסכם הפוליוגרף שעליו חתמו הצדדים מרצון ומדעת.

מנגד, סבר השופט בכ בדעת מיעוט כי הסכם הפוליוגרף מנוגד לתקנת הציבור ואינו אכיף. זאת מאחר שהוא מתיימר להפקיע את סמכותו של בית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים

הקרובים ככל שניתן לאמת לאמיתה. השופט בכ ביקש להבחין בין הסכמי ראיות, אשר הופכים ראיה בלתי קבילה, דוגמת ממצאים של בדיקת פוליגרף, לראיה קבילה שבית המשפט יהיה חייב לשקול כחלק ממכלול הראיות, להסכמי תוצאה, דוגמת הסכם פוליגרף, אשר מכתיבים לבית המשפט את תוצאת ההתדיינות. לדידו, לא הרי קבילות הראיה כהרי כבילת שיקול הדעת של בית המשפט. לגבי הדבר הראשון בעלי הדין רשאים להסכים, אבל אסור לתת תוקף להסכמתם לגבי הדבר השני, שהוא לב ליבו של ההליך השיפוטי. אולם זו נותרה דעת המיעוט. דעת הרוב מתיישבת יותר עם הפרקטיקה השיפוטית גם בהקשרים אחרים. כאשר תובע ונתבע עושים הסכם פשרה ומגיישים אותו לאישור בית המשפט באמצעות עורכי דינם שהכינו את ההסכם, בית המשפט חייב לאשר את ההסכם כמות שהוא ולתת לו תוקף של החלטה או של פסק דין, זולת אם תוכנו איננו חוקי או שהוא מנוגד לתקנת הציבור. בית המשפט אינו אמור לבדוק אם המצב העובדתי המוסכם תואם את המציאות. יתרה מכך: כאשר תובע ונתבע מאשרים את קיומו של מצב עובדתי מסוים במסגרת כתיב הטענות או בקדם משפט, בית המשפט חייב לפסוק את הדין על בסיס המצב העובדתי המוסכם. הסכם ואמת – הסכם עדיף. אם כך הוא הדבר, מדוע לא לכבד הסכם פשרה בין בעלי הדין אשר הסכימו ביניהם כי העובדות שעל בסיסן ייחרף גורל ההתדיינות תיקבענה באמצעות פוליגרף? העובדה שממצאי פוליגרף אינם אמינים דיים אינה יכולה לשמש סיבה לאי כיבוד הסכמי פשרה כאלה – זאת במיוחד כאשר אפשר לקבל ממצאים כאמור כראיה לאמיתות תוכן התשובות בבדיקת הפוליגרף, בהתדיינות אזרחית בהסכמת הצדדים.

על כך אפשר להוסיף כי לעובדות אשר נקבעות בהתדיינות אזרחית רגילה – זאת שאינה מערבת אינטרס ציבורי שמעבר לעניינם הפרטני של בעלי הדין – אין ערך עצמאי. הקביעה של עובדות אלה בידי בית משפט אינה אלא אמצעי לפתרון הסכסוך שבעלי הדין הניחו לפתחו של בית המשפט. אם כך הוא הדבר, פתרון מוסכם של סכסוך שהושג בין בעלי דין המודעים למצבם המשפטי, צריך להיות קביל במידה לא פחותה מפסק דין של בית משפט. דומני שאי אפשר לחלוק על זכותם של אנשים שלא להביא את סכסוכם לבית משפט כלל, ולהגיע להסכם פשרה באופן עצמאי מחוץ לכותלי בית המשפט. אנשים שפועלים כך וחוסכים את זמנם של בתי המשפט – תבוא עליהם ברכה. אם כל זה נכון, האם קיים הבדל כלשהו בין אנשים שמלכתחילה בחרו שלא להכניס את הסכסוך שלהם לשערי בית המשפט, לבין ביאזי ולוי, שבחרו להוציא את סכסוכם מבית המשפט באמצעות הסכם פוליגרף? ההבדל היחיד הוא ההסכמה של ביאזי ולוי לכך שבית המשפט ייתן פסק דין על יסוד הממצאים של בדיקת הפוליגרף; והבדל זה אינו נראה מהותי.

ומהסכמות בהקשר האזרחי – להסכמות בהליכים פליליים. בכך אעבור לפרשת פרחי, שבמרכז עמדה הבטחה שניתנה לנחקר לגבי השימוש שיעשה בדגימת די־אן־איי שימסור (ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011)). איתן פרחי זומן לחקירה משטרתית שהתקתה אחר הרצח של ענת פלינר ז"ל. באותה עת לחוקרי המשטרה לא היה "קצה חוט"

לפענוח הרצח, ולכן פנו לכמה "מתנדבים", ובהם פרחי, שלא היה חשוד ברצח, וביקשו מהם להסכים לבדיקת די־אן־איי כדי לשלול את מעורבותם במעשה או לאשש אותה. פרחי לא היה חייב להסכים לבדיקה, ואלמלא הסכים, לא היה אפשר לכפות זאת עליו. החוקרים הבטיחו לו – בעל פה ובכתב – כי בתוצאות הבדיקה ייעשה שימוש אך ורק במסגרת חקירת הרצח, ולא לשום מטרה אחרת – כפי שגם קובע סעיף 14 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, שיכונה כאן בקיצור "חוק החיפוש". פרחי הסכים להיבדק ותוצאות הבדיקה שללו את מעורבותו ברצח. אבל בחלוף זמן קצר, ראשת מאגר הדי־אן־איי של המחלקה לזיהוי פלילי במשטרת ישראל, אשר בדקה פרופיל גנטי אחיד שנאסף מזירות של אינוס ושל מעשה סדום, נזכרה בקווי דמיון בין אותו פרופיל למה שראתה כאשר בחנה את הפרופיל של הנאשם במסגרת חקירת הרצח. בעקבות כך נערכה השוואה ונמצאה זהות בין שני הפרופילים. גילוי זה הביא למעצרו של פרחי כחשוד באינוס, במעשה סדום ובעבירות נלוות. בהמשך לכך, בחקירה שבאה בעקבות הגילוי נאספו ראיות מפלילות נוספות, ובהן בדיקת די־אן־איי נוספת, אשר התאפשרה בזכות בדל סיגריה שהנאשם הותיר אחריו, ואשר גילתה פרופיל הזהה לזה של האנס; עדויות המתלוננות אשר הצביעו על דמיון חזותי בין האנס לפרחי; דברים שאמר פרחי לחוקריו, ואשר הגיעו לכלל ראשית הודאה; ואיכונגי מכשיר הטלפון הסלולרי של פרחי שמיקומו בקרבתו של מקום העבירה בזמן ביצועה.

בשלב זה הוגש נגד פרחי כתב אישום לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בגין אינוס, מעשי סדום ועבירות נלוות. פרחי טען כי לא ביצע את העבירות הללו וכי אלו נעברו בידי אדם אחר. בית המשפט המחוזי (סגנית הנשיא ברכה אופיר-תום עם השופטים מרים סוקולוב ויהושע שנלר) דחה את טענותיו והרשיע אותו בעבירות שיוחסו לו. ההרשעה התבססה על מכלול הראיות, לרבות ראיית הדנ"א שהופקה מבדל הסיגריה, והחיזוק שנבע משתיקת הנאשם בחקירתו ובמשפטו.

פרחי ערער על הרשעתו לבית המשפט העליון. הוא טען כי יש לפסול את כל הראיות שנאספו נגדו ולבטל את הרשעתו. בקשה זו נסמכה על הפרת חוק החיפוש ועל הפרת ההבטחה, שלטענת הנאשם הפכו את חקירת מקרי האינוס ומעשה הסדום שבהם הוא נחשד, לבלתי חוקית.

בית המשפט העליון (בהרכב השופטים אדמונד לוי, אסתר חיות ויורם דנציגר) דחה את הערעור של פרחי. בעשותו כן הוא קיבל את הטענה לפסילת ראיית הדי־אן־איי המקורית ואת ראיית הדי־אן־איי שהופקה מבדל הסיגריה על רקע הפגיעה בזכויותיו. אבל בית המשפט קבע כי אפשר לבסס את ההרשעה על שאר הראיות, דהיינו: בהתעלם מממצאי הדי־אן־איי שהמשטרה השיגה שלא כדין.

פסק דין זה, שאת עיקרו כתב השופט לוי, עומד על כמה נדבכים. הנדבך הראשון הוא אי החוקיות שנפלה בחקירה. חוק החיפוש לא אפשר שימוש בראיית הדי־אן־איי המקורית והשימוש שנעשה בה היה בלתי חוקי בעליל. פגם זה בהתנהלות המשטרה מפעיל את כלל

הפסילה החוקתית שנקבע בהלכת **יששכרוב** מפאת הפגיעה החמורה בזכות הנאשם להליך הוגן.<sup>1</sup> מאחר שהמידע שנעשה בו שימוש בלתי חוקי היה קשור לפרטיות של הנאשם, נקבע כי כלל הפסילה המיוחדת הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, אף הוא חל על המקרה.

בכל אלה לא היה שום חידוש באותו שלב. החידוש בהלכת פרחי מצוי כל כולו בקביעות של בית המשפט בנוגע למידותיו של כלל משפטי אחר: כלל הקבילות אשר ממאן לאמץ את הדוקטרינה של "פירות העץ המורעל" במתכונתה האמריקנית. לפי הדוקטרינה של "פירות העץ המורעל" כפי שזו מופעלת בבתי המשפט בארצות הברית, המדינות והפרדליים כאחד, כאשר המשטרה משיגה ראיה בדרך בלתי חוקית תוך שהיא פוגעת באחת מזכויות היסוד של החשוד – דוגמת הזכות לשלמות גופנית או הזכות לפרטיות – ראיה זו ("העץ") נפסלת ועימה נפסלות מניה וביה כל הראיות האחרות ("הפירות") שהמשטרה השיגה בעזרתה. המשפט הישראלי לא אימץ דוקטרינה זו. עם זאת, הלכת פרחי, מפי השופט לוי, הכירה בסמכות שבשיקול דעת לפסול גם ראיה נגזרת, כלומר ראיה שלא הושגה במישרין כתוצאה מההפרה, אלא רק כתוצאה מקבלת הראיה המקורית. זאת במקרה שבו קבלתה של הראיה הנגזרת תוביל לפגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכות הנאשם להליך הוגן.

במקרה של פרחי ראיות פסולות כאמור כוללות, כמובן, את ראיית הדי-אן-איי המקורית, אבל לא רק אותה. מאחר שהמשטרה השיגה את פרופיל הדי-אן-איי של הנאשם בדרכים לא-דרכים – שכאמור כללו הפרה בו זמנית של חוק החיפוש ושל הבטחה שלטונית – מן הראוי לשלול ממנה את האפשרות להשתמש באותו פרופיל גם אם הוא נבנה באמצעות חומר די-אן-איי שנאסף מאוחר יותר, כשהמשטרה כבר ידעה את הפרופיל של הנאשם בעקבות פועלה הבלתי חוקי. כלומר, השופט לוי, שאליו הצטרף השופט דנציגר, אכן פסל את ראיית הדי-אן-איי שהתקבלה מבדל הסיגריה – שהיא עצמה ראיה נגזרת.

כך פועל מה שהשופט לוי כינה "הקשר הסיבתי המשפטי". לעומת זאת, באשר לראיות מפלילות אחרות, שאינן מכילות בתוכן את פרופיל הדי-אן-איי של הנאשם – אלו נמצאו קבילות, בניגוד למה שהיה אמור לקרות להן בגדרו של הדין האמריקני, שכאמור אימץ לתוכו את הדוקטרינה של "פירות העץ המורעל". ההשראה שנשאבה אל תוך כלל הפסילה הישראלי לא באה מארצות הברית, אלא דווקא מקנדה – מדינה שבתי המשפט שלה פועלים במתכונת של איזוני אינטרסים הדומה לזאת שנבנתה בפרשת פרחי. עניין זה הודגש בפסק הדין של השופט דנציגר, שהסכים עם השופט לוי, ואף הבהיר שעצם הקביעה שדוקטרינת "פירות העץ המורעל" נדחתה בשיטתנו המשפטית, אין משמעה כי בית המשפט אינו מוסמך לפסול ראיה נגזרת במסגרת שיקול דעתו. השופטת חיות הסכימה גם היא לתוצאה של דחיית הערעור של

1 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006). לדיון נוסף בנושאים אלה ראו רשימותיהם בספר זה של רות לורד, עמ' 527, ועמי קובו, עמ' 580.



פרחי. אבל היא בחרה להדגיש את תום הלב של ראשת מאגר הדי־אן־איי וסברה בדעת יחיד שלא היה מקום לפסול את ראיית הדי־אן־איי שהופקה מבדל הסיגריה, אם כי גם לשיטתה קיימת סמכות לפסול את הראיה בהתאם לכללים שנקבעו בהלכת **יששכרוב**. לגבי ראיית הדי־אן־איי המקורית ציינה השופטת חיות שמלכתחילה המאשימה לא ביקשה להגישה כראיה נגד פרחי.

להשקפתי, אפשר – ואף ראוי – להסביר, ולהצדיק, את אשר נפסק בפרשת פרחי מזווית אחרת הקשורה לדיון בעניין **ביאזי**. כוונתי להיבט ההסכמי של הפרשה, ובפרט לגבולות אינטרס ההסתמכות של הנאשם פרחי. ההסכם שעשתה המשטרה עם פרחי הבטיח לו, בהתאם להסדר החוקי שחל על המקרה, כי לא ייעשה שימוש כלשהו בפרטי הדי־אן־איי שהוא הסכים למסור, אלא לצורכי חקירת הרצח. אנחנו יודעים שמקרי האונס שבהם פרחי היה מעורב היו בלתי מפוענחים בזמן שהוא נתבקש להעמיד את עצמו לבדיקת די־אן־איי. עם כך, ידיהם של חוקרי המשטרה לא היו לגמרי ריקות. בידי המשטרה היה תיאור האנס שבא מפיהן של נפגעות העבירות. למשטרה גם הייתה נגישות למספרי הטלפון הסלולריים ששידרו איתותים ממקום העבירות בזמן ביצוען. מאחר שמדובר בשלושה אירועים נפרדים, מחקרי התקשורת הסלולרית היו מצביעים על מספר לא גדול מאוד של מספרי הטלפון שרשמו את נוכחותם בזירת הפשע בכל אחד ואחד מהמקרים הללו. המשטרה הייתה רשאית לאסוף מידע זה ולהחזיק בו ללא ההסכמה של פרחי. לפרחי לא הייתה שום זכות בנוגע למידע כאמור. ההבטחה שפרחי קיבל מחוקרי המשטרה כאשר הסכים להעמיד את עצמו לבדיקת די־אן־איי, גם היא לא הקנתה לו זכות כזאת. אשר על כן, הפרת החוק שקרתה, בעיקר אפשרה למשטרה לקצר את דרכה אל הראיות שהייתה רשאית לאסוף באופן עצמאי. לא מן הנמנע שהמשטרה גם הייתה מגיעה אל הראיות הללו ומאתרת את מספר הטלפון של פרחי – ואת פרחי עצמו בתור חשוד במעשי האינסוס – באופן עצמאי, בלי לדעת דבר על הדי־אן־איי שלו בזמן האיתור. מנקודת ראות זאת, זכותו של פרחי תהיה מוגבלת לחיסוי המידע על הדי־אן־איי שלו, ותו לא, ואילו המשטרה והתביעה תוכלנה למצות את זכותן להשתמש בכל הראיות האחרות שקשורות למקרי האונס. ממש כפי שהחליט בית המשפט העליון.

# ”בין שתי ערים”: האם נתבע רשאי לחייב תובע ירושלמי להיבדק בתל אביב?

בר”ע 305/80 שילה נ’ רצקובסקי, פ”ד לה(3) 449 (1981)

## צבי זילברטל

”אומרים אנשי ירושלים:  
כן, תל-אביב, זה סתם גלגל...  
אין פרוֹפסוֹרִים בָּהּ פְּנִיָּת  
ונְבִיאִים בָּהּ אֵין בְּכֻלָּל.”  
נתן אלתרמן ”בכל זאת יש בה משהו” פזמונים  
ושיריזמר כרך שני 86, 87-88 (1979)

מעשה שתחילתו בסירוב של ילד ירושלמי לנסוע לתל אביב כדי להיבדק בידי רופא מומחה, וסופו בפסק דין תקדימי שקבע את החובה של בעלי דין לנהוג זה בזה בתום לב. רפאל שילה הקטין נחבל בתאונת דרכים. הוא הגיש באמצעות הוריו תביעה לפיצויים עבור נזקי הגוף שנגרמו לו בתאונה. התביעה הוגשה לבית המשפט המחוזי בירושלים נגד נהג הרכב הפוגע וחברת הביטוח שביטחה את נהיגתו. היה מדובר בנזק נפשי. התביעה, שהוגשה בשנת 1980, לא הייתה, לכאורה, שונה מאלפי תביעות דומות לה המתבררות בבתי המשפט בכל רגע נתון. אם כן, היה זה הליך שגרתי לחלוטין.

אלא שמחלוקת שהתגלעה בין בעלי הדין ממש בתחילת הדרך ושהגיעה עד לבית המשפט העליון, הניבה פסק דין שחולל שינוי תפיסה באחד מתחומי המשפט שבדרך כלל אינו מעורר עניין בקרב מי שאינו משפטן. תחום המשפט חסר החן הזה (למעט בקרב מיעוט של יודעי ח”ן) עוסק בסדרי הדין בהליכים האזרחיים, שהם הליכים הננקטים כאשר מוגשת לבית המשפט תביעה בנושאי ממון או רכוש. כיוון שהעיסוק בסדר הדין בהליכים אזרחיים, שידוע גם בשמו הלועזי ”פרוצדורה אזרחית”, אינו נחלת הציבור הרחב, נכון להקדים כמה מילים על התפקיד והאופי של אותם סדרי דין אזרחיים (לענפי משפט אחרים, כמו משפט פלילי או משפט מנהלי, יש סדרי דין משלהם).

סדרי הדין האזרחיים מעוגנים בכללים המסדירים את ההתנהלות של בעלי הדין ושל בית המשפט בהליכים אזרחיים. ללא כללי התנהלות אלה תשרור אנדרלמוסיה בבתי המשפט. כל שופטת ושופט יקבעו בעצמם את אופן ההתנהלות באולמם. בעלי הדין לא ידעו כיצד לערוך את עניינם, ולא יהיה אפשר לנהוג בכל בעלי הדין בדרך שוויונית ואחידה. מכאן קצר המרחק

לשרירות ולעיוות דין. נוסף על כך, כללי סדר הדין צריכים לבטא את תפיסת החברה באשר לדרך הראויה והטובה להשגת תוצאה צודקת, יעילה ומיטבית. חברה מתקנת תשאף לכך שההליך המשפטי יתנהל באופן שיאפשר "להגיע לחקר האמת, ולהשיג תוצאה נכונה ופתרון צודק של הסכסוך". על כן כללי הפרוצדורה אמורים "ליצור ודאות דיונית, למנוע שרירותיות ולהגשים את העקרונות החוקתיים העומדים ביסודו של הליך שיפוטי ראוי והוגן" (תקנה 1 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018).

לפיכך באופן כללי אמורים סדרי הדין להיקבע באמצעות מערכת כללים ברורים וחד-משמעיים. כך תיווצר ודאות ויישמר השוויון בין בעלי הדין. אפשר לדמות מערכת כללים זו לחוקי משחק הכדורגל. נתאר לעצמנו משחק כדורגל שחוקיו אינם בהירים והם מותירים בידי שופט המשחק מידה רבה של גמישות ושיקול דעת. ברור לכול שמצב שכזה אינו אפשרי. במידה מסוימת כך הם פני הדברים לגבי הכללים המסדירים את התנהלות ההליך המשפטי. אלא שבהבדל ממשחק כדורגל, בבתי המשפט אין משחקים. הכרעות שיפוטיות חורצות לעיתים גורלות של בני אדם, משנות את חייהם ומשפיעות על הפרט ועל הכלל. במהלך משחק כדורגל אין, למשל, מקום להתחשב בכך שהשמש סנוורה את עיני השוער והקשתה עליו להגן על שערו. מנגד, בהליך המשפטי נדרשת מידה מסוימת של גמישות, וראוי להעניק לבית המשפט שיקול דעת בהיקף כלשהו כדי שלא ייגרם עיוות דין. עדיין מרבית ההוראות הדיוניות הן בבחינת "כללים", כלומר הנחיות "סגורות", חד-משמעיות, שיוצרות ודאות רבה באשר לאופן יישומן בידי בית המשפט. עם זאת, קיימות הוראות דיוניות שמותרות בידי בית המשפט מרווח פעולה, שיקול דעת כיצד לנהוג. הוראות אלה מכונות "סטנדרטים", והן בבחינת "רקמה פתוחה" שאפשר לצקת לתוכה תוכן משתנה בהתאם לנסיבות המקרה ולהיקף שיקול הדעת שניתן לבית המשפט. בכך נפגעת במשהו מידת הוודאות באשר לאופן היישום של סדרי הדין. לאחר שעמדנו על מקצת מיסודות סדרי הדין האזרחיים, נשוב ונפגוש ברפאל כשהוא במזכירות בית המשפט המחוזי ובידו כתב תביעה. אותה עת היה על מי שתובע פיצויים בקשר לנזקים שנגרמו לו בתאונת דרכים, לצרף לתביעתו חוות דעת של רופא מומחה שתעריך את אופי הנכות שנגרמה לו בתאונה ואת שיעורה. מנגד, סדרי הדין אפשרו לנתבע להפנות את התובע לבריחה אצל רופא מומחה מטעמו שלו ולהגיש חוות דעת נגדית. מטבע הדברים, התובעים נהגו לפנות למומחים שנודעו בתור אלה שחוות דעתם נוחה לתובע, ואילו הנתבעים נהגו לשכור את שירותיהם של המומחים שנטו "לקמץ" במתן אחוזי נכות. במרבית המקרים היה קיים פער לא מבוטל בין חוות דעת המומחים שנטעם הצדדים.

המומחה מטעם רפאל חיווה דעתו כי כתוצאה מהתאונה נגרמה לו נכות נפשית לצמיתות בשיעור של 25 אחוזים, וכי הוא סובל ממצבי חרדה וממגבלות נוספות שלא פורטו בפסק הדין. הנתבעים, נהג הרכב שהיה מעורב בתאונה וחברת הביטוח, הפנו את התובע למומחה מטעמם. המרפאה של מומחה זה הייתה בתל אביב, ולפיכך נדרש התובע "לטלטל" עצמו מעירו ירושלים לתל אביב, והנתבעים התחייבו לשאת בהוצאות הנסיעה שלו.

דרישת הנתבעים שאת התובע יבדוק מומחה תל אביבי, נענתה בסירוב. רפאל טען כי אם הנתבעים מעוניינים שרופא מטעמם יבדוק אותו, עליהם להפנותו לרופא הפועל בירושלים. לתמיכה בעמדה זו העלה התובע שני נימוקים: האחד, אם במקום המגורים של התובע יש מומחים ראויים בתחום שבו מדובר, אין לטלטלו לעיר אחרת; השני, הנסיבות המיוחדות של המקרה, כגון היות התובע קטין שלקה עקב התאונה בנכות נפשית, ושטלטולו מעיר לעיר כרוך באי נוחות מעבר לרגיל.

בית המשפט המחוזי דחה את עמדת התובע וקבע שדרישת הנתבעים סבירה, ואילו סירוב התובע להיענות לה לא היה סביר. בית המשפט המחוזי הוסיף שאם התובע יעמוד בסירובו, הוא לא יוכל להישען על חוות הדעת שהגיש, ולמעשה לא יוכל להוכיח שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מהתאונה.

בטרם נפנה לפסיקת בית המשפט העליון, מוצע שנתבונן בהחלטת בית המשפט המחוזי ונשאל עצמנו מה אנו היינו פוסקים במקרה זה, גם בלי להיזקק לכללים הקבועים בסוגיה הנדונה בתקנות סדר הדין, אלא אך ורק על יסוד השכל הישר ותחושת הצדק. נדמה כי לא יכולה להיות מחלוקת על כך שנסיעה במונית שהתובע אינו צריך לשאת בהוצאותיה, מירושלים לתל אביב ובחזרה אינה בגדר "טלטול" של ממש. לא מעטים עושים דרך זו מדי יום. יש להניח שאם התובע היה נדרש להגיע, למשל, לאילת, כדי להיבדק בידי המומחה שמטעם הנתבעים, היה מקום לטעם הסירוב הראשון, שלפיו אם במקום המגורים של התובע יש מומחים ראויים במקצוע המדובר, אין לטלטלו לעיר אחרת. אבל כשמדובר בירושלים ותל אביב, שהמרחק ביניהן אינו משמעותי במיוחד, נדמה שדרישת הנתבעים אינה בהכרח בלתי סבירה. אם הנתבעים מבקשים להיעזר במומחה תל אביבי שהם בקשרי עבודה עימו, שהם סומכים עליו ושיש להם ניסיון טוב בנוגע אליו, מדוע יאלצו לתור אחר מומחה בירושלים, שאת שוק המומחים בה אין הם מכירים, רק משום שהתובע ממאן לרדת מפסגת הרי ירושלים לתל אביב? האם אין משקל כלשהו לפגיעה באוטונומיה של הנתבעים להחליט כיצד להתגונן מפני התביעה בצורה מיטבית?

זכור, הנימוק השני לסירוב של התובע להיבדק בתל אביב היה נעוץ במצבו המיוחד: היותו קטין הסובל מבעיות נפשיות. אין ספק שיהיו מקרים שבהם המצב הרפואי של התובע הנכה יצדיק סירוב לצאת מתחום היישוב שהוא מתגורר בו, כדי להיבדק – ובתנאי שביישוב זה מצויים מומחים שאפשר להיעזר בהם. אין זה המצב בענייננו. התובע לא הביא ראיות של ממש בעניין זה, ובית המשפט העליון אכן לא ביסס את הכרעתו על נימוק סירוב זה.

סיכום ביניים: בהתבסס על שיקולי היגיון, סבירות וצדק, יש מקום לדעה שהחלטת בית המשפט המחוזי אינה בלתי סבירה על פניה. אלא שבית המשפט העליון סבר אחרת.

בשלב זה אנו פוגשים את התובע במזכירות בית המשפט העליון, כיוון שלא השלים עם החלטת בית המשפט המחוזי. במאמר מוסגר יצוין כי כיוון שהחלטת בית המשפט המחוזי היא בגדר "החלטת ביניים" (במובחן מפסק דין המסיים את ההליך), לבעל דין הסבור שהחלטה זו

קיפחה אותו, אין זכות לערער עליה מייד לאחר מתן אותה החלטה, אלא רק כחלק מהערעור על פסק הדין. אבל יש מצבים שיצדיקו לברר את הסוגיה בערכאת הערעור עוד בטרם הושלם הדיון בתביעה במתן פסק דין. לכן קיימת אפשרות לפנות לערכאת הערעור ולבקש ממנה רשות לערער על אותה החלטת ביניים.

לפיכך, רפאל הגיש בקשת רשות לערער. בקשת הרשות לערער הובאה לדיון לפני הרכב של שלושה שופטים, וזה הפך את החלטת בית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון פסק שגם בהתעלם מהמצב המיוחד של התובע, אין הוא חייב להיענות לדרישת הנתבעים ולהיבדק בתל אביב. זאת, כיוון שהנתבעים נדרשים להראות מדוע מוצדק טלטולו של תובע – כל תובע – מעיר לעיר. שניים משופטי ההרכב ביססו את מסקנתם זו על פרשנות תקנות סדר הדין. אבל עיקר העניין שהקהילה המשפטית מצאה ברבות הימים בפסק הדין הנדון, נבע מהפסיקה הקצרה, מעט יותר מעמוד אחד, של השופט ברק, לימים הנשיא השמיני של בית המשפט העליון ומגדולי המשפטנים במאה העשרים.

כאמור, היה אפשר להכריע במחלוקת זו באמצעות הכלים המשפטיים והוראות הדין הקיימים בתחומי המשפט הדיוני. כך אכן עשו שניים משופטי ההרכב, אשר ביססו את החלטתם על פרשנות התקנה שמסדירה את זכות הנתבע להפנות את התובע לבדיקה אצל מומחה מטעם הנתבע. דרכו של השופט ברק, בהצטרפו לתוצאה שחבריו הגיעו אליה, הייתה שונה. הנימוק שהשופט ברק בחר לבסס עליו את פסיקתו, קשור במהפכה שהתרחשה במשפט הישראלי בשנת 1973 עם חקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. חוק זה שינה באופן מהותי את הדין שהיה קיים לפני חקיקתו ושעסק בדרכי כריתת חוזים ובאופן ביצועם. ענייננו שלנו נעוץ באחד החידושים שנכללו בחוק החוזים: החובה שנקבעה בסעיף 12 לחוק לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת במשא ומתן לקראת כריתת חוזה; ו"אחותה", החובה שנקבעה בסעיף 39 לחוק החוזים לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת בקיום חיוב שנובע מהחוזה. על חובת תום הלב נאמר באחד מפסקי הדין: "אין הצדדים לחוזים מלאכים זה לזה, אך שוב אל להם להיות זאבים זה לזה".<sup>1</sup>

וכיצד נוגעים דיני החוזים לענייננו של רפאל? התשובה נעוצה בהוראה נוספת של חוק החוזים, המצויה בסעיף 61(ב) שלו, ולפיה "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". זה ה"צינור" שדרכו ניתן "להזרים" את החובה לנהוג בתום לב אל שדה ההתדיינות האזרחית ולהחילה על ההתנהלות הדיונית של בעלי הדין. "הזרמה" זו אינה דבר של מה בכך. כפי שראינו, נהוג לומר סודרי הדין מאופיינים, באופן כללי, בכך שהם מורכבים מכללים "סגורים", והדבר מתחייב מהמטרה של סדרי הדין. ואילו חובת תום הלב היא דוגמה מובהקת

1 בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר"שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834 (1980).

לסטנדרט שרקמתו פתוחה. מתי נגדיר התנהגות מסוימת בתור חסרת תום לב? האם נבחן את קיומו על פי אמת המידה הסובייקטיבית של האדם הנוגע בדבר או שמא תום הלב ייקבע על פי אמות מידה אובייקטיביות? אלו שאלות שהתשובה להן אינה בהכרח חד־משמעית. על כן כיסוי סדר הדין ב"שמיכה" של תום לב עלול להפחית ממידת הוודאות שאנו מצפים כי סדרי הדין יקנו לנו. לא למותר לשוב ולהזכיר כי היה אפשר להגיע לתוצאה ששופטי בית המשפט העליון ביקשו להשיג, גם ללא הפעלת "כלים כבדים" דוגמת החובה לנהוג בתום לב, שהיה צורך "לייבאה" מדיני החוזים.

אלא שהשופט ברק לא היה מעוניין רק בהכרעה במחלוקת הקונקרטית. מבטו היה מבט רוחב חובק־כול, ומגמתו הייתה להטמיע את החובה לנהוג בתום לב, ברחבי עולם המשפט הישראלי על ענפיו השונים. המקרה הנדון היה מבחינתו הזדמנות להחיל חובה זו על בעלי הדין בהליך האזרחי. לפיכך פסק השופט ברק כי לתוצאה שחבריו להרכב הגיעו אליה, אפשר להגיע גם באמצעות החלת החובה לנהוג בתום לב על הנתבעים, וקבע כי הם לא נהגו ברפאל בתום לב, כפי שבעל דין סביר והוגן היה נוהג. מהלך זה של השופט ברק הוא דוגמה לאקטיביות שיפוטית וליצירת נורמות באמצעות הפסיקה כשאלה אינן קבועות, לפחות לא באופן מפורש, בדבר חקיקה.

גם התומכים במהלך זה של השופט ברק, שללא ספק תרם לחיזוק משמעותי של נורמות ההתנהגות הראויות בין אדם לחברו, עשויים לתהות אם במקרה הנדון התנהגות הנתבעים היא אכן חסרת תום לב באורח כה מובהק, עד שבכוחה לשאת על גבה מהלך פסיקתי דרמטי של החלה תקדימית של חובת תום הלב על מערכת היחסים שבין בעלי דין, בלי שנמצא בתקנות סדר הדין מקור ישיר לקיומה של חובה זו.

יהא הדבר אשר יהא, המהלך שנקט השופט ברק הוכיח את עצמו. נראה שבמרוצת השנים נמוגו מהזיכרון המשפטי הקולקטיבי הנסיבות הקונקרטיות של המקרה ופסקי הדין של שני חברי ההרכב האחרים, ונותרה חקוקה בו הפסיקה של השופט ברק. בשורה של פסקי דין הסתמכו בתי המשפט על פסק הדין של השופט ברק בתור אסמכתה לחובה של בעלי דין לנהוג זה בזה בתום לב. אכן, התדיינות עלולה לעיתים להפוך למעין זירת התגוששות. היצרים מתלהטים. גדול הפיתוי להשתמש בתכסיסים ובעורמה כדי להכשיל את היריב ולהתישו. במצב זה חשוב שבעתיים להבהיר לבעלי הדין כי קיימים גבולות של הגינות ויושר שאין לחצותם. יתרה מכך, בעל דין לא יוכל להתבסס על כך שהוא מממש זכות דינונית שהדין מקנה לו, אם מימושה נעשה שלא בתום לב.

מעניין לציין כי פסק הדין לא הביא לשינוי בפרקטיקה המקובלת בעניין הפניית התובע לבדיקה אצל המומחה שמטעם הנתבע. בצד ערכו התקדימי במישור של קביעת נורמות התנהגות כלליות, לפסק הדין כמעט שלא היו השלכות מעשיות בהקשר הקונקרטי שבו הוא עסק. נתבעים הוסיפו לדרוש מתובעים להיבדק בידי מומחים שלא בהכרח פעלו בעיר של התובעים, ועל פי ניסיוני כשופט לא התגלו כמעט מקרים שבהם נתקלו בסירוב. שכן, נודה על

האמת, בהעדר נסיבות חריגות אין הנסיעה מירושלים לתל אביב בגדר הכבדה ממשית, וחייב תובע שמצבו הרפואי אינו מונע זאת לעמוד בדרישה זו, אינו יוצר עיוות דין מובהק. כך הפך הליך שגרתי במהותו, שבגדרו התעוררה מחלוקת שהיה אפשר להכריע בה באמצעות כלים דיוניים בלבד, ושהתגלעה בקשר עם מימוש זכות דיונית שספק אם התאפיין בחוסר תום לב, לאבן פינה בקביעת נורמות ההתנהגות הראויות של בעלי הדין בהליך האזרחי. כארבעים שנה לאחר שניתן פסק הדין של השופט ברק, עוגנה חובת חום הלב הדיונית בתקנות סדר הדין האזרחי משנת 2018, ונקבע בהן שמוטלת על בעלי הדין החובה "לנהוג בתום לב ובהגינות דיונית".

# האפשר לאכול מ"פירות העץ המורעל"? על פסילת ראיות שהושגו באמצעים פסולים

ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006)  
ע"פ 1301/06 עזבון אלזם נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (2009)  
ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.2018)

## רות לורך

טוראי רפאל יששכרוב ודאי לא העלה בדעתו כי חקירתו בגין שימוש בסם קנאביס בעת שירותו הצבאי תגרוור אחריה דרמה משפטית של ממש, אשר תסתיים רק כעשור לאחר מכן. הערעור שהגיש יששכרוב נדון לפני הרכב מורחב של תשעה שופטי בית המשפט העליון, ובפסק הדין בעניינו נקבעה הלכה תקדימית ששינתה את פניו של ההליך הפלילי בישראל.

ביום 17.12.1996 סמוך לחצות הובא יששכרוב לכלא 6 בשל נפקדות מהצבא. במהלך קליטתו בבית הכלא הוא התבקש להתפשט, ואז נמצאה בתחתוניו חבילה קטנה עטופה בנייר. תחילה ניסה להסתיר את החבילה מתחת לרגלו, אבל מייד לאחר מכן אמר: "זה גראס, אני יכול להסביר". בעקבות האירוע נקרא אל הכלא חוקר המשטרה הצבאית, בעצמו צעיר כבן 19, כדי שיחקור את יששכרוב. החוקר הזהיר את יששכרוב כי עומדת לו זכות השתיקה, ואז החל לחוקרו. יששכרוב הודה מייד כי מלבד העובדה שהחזיק סם, הוא גם עישן קנאביס בזמן שירותו הצבאי. רק לאחר סיום גביית ההודאה אמר החוקר ליששכרוב כי יש לו זכות להיוועץ בעורך דין.

כתב האישום נגד יששכרוב הוגש לבית הדין הצבאי המחוזי וייחס לו עבירות של החזקת סם ושימוש בסם. במשפטו הודה יששכרוב בעבירה של החזקת סם, אבל כפר באישומים אשר ייחסו לו שימוש בסם. הדין התמקד בשאלה האם ההודאה של יששכרוב בפני החוקר הצבאי יכולה לשמש ראיה לחובתו. הטענה של הסנגור הייתה כי אי יודע מרשו בדבר זכותו להיוועץ עם עורך דין טרם תחילת החקירה, עלה כדי פגיעה שלא כדין בזכויותיו. נטען כי הודאת יששכרוב בעבירת השימוש בסם הושגה בשל הפגיעה בזכויות, ומטעם זה אין להתיר את הגשת ההודאה בתור ראיה.

בית הדין הצבאי המחוזי (בדעת רוב) קיבל בצעד תקדימי ויוצא דופן את טענת ההגנה, פסל את ההודאה בשל הפגיעה בזכות ההיוועצות בעורך דין אף שלא היה חשש לאמינותה, וזיכה את יששכרוב מעבירת השימוש בסם. אבל בית הדין הצבאי לערעורים גילה גישה שמרנית



יותר. בהרכב של שלושה נקבע פה אחד שיש להרשיע את יששכרוב בעבירת השימוש בסם, וכי אין מקום שבית הדין יקבע דוקטרינה חדשה לפסילת ראיות אשר אינה מעוגנת בחוק. בית הדין הצבאי לערעורים, בהתאם לסמכותו בחוק, נתן רשות לערער לבית המשפט העליון. בעקבות הרשעתו בערכאת הערעור הצבאית ובהתאם לרשות שניתנה, הגיש יששכרוב ערעור לבית המשפט העליון. בשל השאלות העקרוניות שעורר עניינו, נוספו להליך, פרט לצדדים המקוריים, גם היועץ המשפטי לממשלה, הסנגוריה הציבורית ולשכת עורכי הדין. עניינו של יששכרוב עסק בעבירה קלה, אבל כדי להדגים את הסוגיה שעמדה לפני השופטים אפשר לחשוב על מקרה קיצוני: "ראיית זהב", דוגמת כלי נשק ועליו שרידי די־אן־איי של הנאשם, נמצאה בחיפוש שנערך שלא כדין. קבלת הראיה תביא להרשעת הנאשם ברצח ולהטלת מאסר עולם, ואילו פסילתה תביא לשחרור הנאשם. מה יעשה בית המשפט במצב מעין זה?

מחמת חשיבות העניין החליט בית המשפט העליון שהערעור יידון לפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. בשנת 2006, לאחר שנים ארוכות של ציפייה בקרב קהילת המשפט, נתן בית המשפט העליון את פסק דינו (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006)). את דעת הרוב כתבה השופטת ביניש, לימים הנשיאה, ואליה הצטרפו שבעה שופטים, ומנגד דעתו החולקת של השופט גרוניס, גם הוא לימים נשיא בית המשפט העליון. פסקה לא קצרה בפסק הדין עוסקת בשאלה מדוע התמהמה מתן פסק הדין זמן כה רב. לצד הסברים על מורכבות הסוגיות שהצריכו עיון ממושך, ציין בית המשפט העליון כי המתין שמא יידרש המחוקק בחקיקה מסודרת לסוגיה של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין, מה שהיה מיותר את הצורך שבית המשפט יקבע הלכה בנושא. אבל מאחר שהמחוקק לא נדרש לסוגיה, כונן בית המשפט העליון בעצמו כלל פסיקתי לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

לפני שניתן פסק הדין בעניין יששכרוב, שלט תקדים ותיק. לפיו, למעט במקרים חריגים הקבועים בחוק, אי חוקיות אשר נפלה בהשגת ראיה, אינה מונעת את הגשתה לבית המשפט, להבדיל מהפחתה אפשרית של המשקל שיינתן לה בעת שקילת הראיות העומדות לחובת הנאשם. הטעם לכך היה רצונו של בית המשפט להגיע לחקר האמת באופן המיטבי על יסוד כל הראיות הרלוונטיות, ללא "מחסומי קבילות" הפוגעים לכאורה ביכולת של בית המשפט לגלות את האמת.

בשונה מכך, בעניין יששכרוב קבע בית המשפט העליון כי אל מול ערך חשיפת האמת עומדים ערכים מתחרים אחרים הראויים להגנה, ובהם ההגנה על זכויות האדם בכלל, וזכויות הנאשם בפרט. נקבע כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הביא לחיזוק המעמד של זכויות האדם המוגנות, והוא מצדיק דיון מחודש בהלכה שלפיה אי החוקיות שבהשגת הראיה אינה משפיעה על קבילותה. התפיסה שלפיה יש לתת לערכי גילוי האמת וההגנה על הציבור עדיפות מכרעת על פני ערכים מתחרים, אינה יכולה לעמוד עוד. יש למצוא "נקודת איזון גמישה" שנותנת משקל משמעותי לערכים של שמירה על הגינות ההליך הפלילי ועל זכויות הנאשם, גם במחיר פגיעה בחשיפת האמת העובדתית.

פסק הדין קבע כלל פסילה המכונה "יחסי", כזה שמשאיר לבית המשפט שיקול דעת באשר להכרעה בשאלת הקבילות של ראיה שהושגה שלא כדין, בכל מקרה לגופו ועל פי נסיבותיו. לצורך פסילת ראיות בהתאם לכלל זה, צריכים להתקיים שני תנאים בסיסיים מצטברים: התנאי הראשון הוא שמדובר בראיות שהושגו בעקבות נקיטת אמצעי חקירה המנוגד להוראת חוק, תקנה או נוהל מחייב, או תוך שימוש באמצעים בלתי הוגנים או שפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת. התנאי השני הוא שהפגיעה בזכות להליך הוגן בשל אותו אמצעי חקירה היא פגיעה משמעותית שנעשתה לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הגדרש.

בפסק הדין נקבעו שלוש קבוצות של שיקולים אשר מגלמים קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי. הקבוצה הראשונה נוגעת לאופי של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. במסגרת קבוצת שיקולים זו יבחן בית המשפט את חומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; אם הרשויות השתמשו באמצעים הבלתי כשרים במכוון ובזדון או בתום לב; אם מתקיימות "נסיבות מקילות" שבכוון להפחית מחומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; באיזו מידה היה קל להשיג את הראיה באופן חוקי; ואם הראיה הייתה מושגת גם ללא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים. קבוצת השיקולים השנייה נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. במסגרתה על בית המשפט לבחון באיזו מידה אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה להשפיע על מהימנותה, ואם קיום הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. קבוצת השיקולים השלישית נוגעת לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה. בית המשפט יבחן אם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה עולה על התועלת האפשרית שתצמח מהפסילה. ככל שהראיה שפסילתה מתבקשת חיונית יותר להרשעת הנאשם, וככל שהעבירה המיוחסת לו חמורה יותר, כך ייטה בית המשפט שלא לפסול את הראיה, כדי שלא לפגוע יתר על המידה באינטרסים של לחימה בפשיעה והגנה על שלום הציבור. בית המשפט ציין כי הוא ער לכך שמתן משקל לחשיבות הראיה ולחומרת העבירה אינו נקי מקשיים, שכן הדבר עלול להוביל לכך שדווקא בחקירות של פשעים חמורים תפחת ההקפדה על הכללים לניהול חקירה הוגנת. צוין כי השאלה באיזו מידה יש להתחשב בחשיבות הראיה ובחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת הפעלת שיקול הדעת של בתי המשפט על פי כלל הפסילה, תוכרע בפסיקה בעתיד. בעניינו של יששכרוב לא הייתה מחלוקת כי החוקר פעל שלא כדין בכך שנמנע מליידע אותו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. נקבע כי החוקר עשה כן במכוון ובזדון. נסיבה זו העצימה את חומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בגביית ההודאה והייתה נסיבה כבדת משקל בעד פסילתה מלשמש ראיה. בית המשפט התחשב בקלות הרבה שבה אפשר היה לגבות את ההודאה כדין, ובעובדה כי העבירות שיוחסו ליששכרוב אינן מן החמורות שבספר החוקים. מנגד, צוין כי במקרה זה לא היה באי החוקיות הנדונה כדי לפגום באמינות התוכן של ההודאה. עם זאת, הובהר כי האמינות לכאורה של ההודאה אינה כשלעצמה נסיבה כבדת משקל דיה אל מול יתר השיקולים. בית המשפט העליון מצא כי קבלת ההודאה של יששכרוב תיצור

פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכותו להליך הוגן, ולפיכך הורה על פסילתה ועל זיכויו של יששכרוב מהעבירות של שימוש בסם מסוכן.

הלכת **יששכרוב** הייתה חידוש של ממש בדיני הראיות ובסדר הדין הפלילי בישראל. בהתאם, היא זכתה למגוון רחב של תגובות. רבים בירכו על אימוץ כלל הפסילה הפסיקתי וראו בו אמצעי חשוב לשמירה על הגינות ההליך הפלילי. מנגד, נתקלה ההלכה בביקורת נוקבת. אחת הטענות המרכזיות נגד ההלכה שנפסקה הייתה כי היא איננה חזקה דיה, בשל היותה "יחסית", כזו המעניקה שיקול דעת רחב לבתי המשפט להימנע מפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין. זאת בשונה מכללי הפסילה הגורפים הנוהגים בארצות הברית, שבה קיימת באופן כללי פסילה "אוטומטית" של ראיות שהושגו שלא כדין, ומתורת "פירות העץ המורעל" הנוהגת שם, שלפיה יש לפסול לא רק את הראיה שהושגה כתוצאה ישירה מהפרת הזכויות, אלא גם ראיות שהושגו בעקיפין באמצעות המידע שנחשף באותה ראיה ישירה. בפרט נמתחה ביקורת על הקביעה כי אחת מקבוצות השיקולים שעל בתי המשפט להפעיל, היא שאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה. נטען כי קבוצת שיקולים זו נותנת יד חופשית לבתי המשפט להימנע מפסילת ראיות במקרים שבהם הפסילה תביא לזיכוי נאשם בעבירה שאינה קלה.

פסק דין נוסף, שניתן בשנת 2009 בעניין **אלזם** (ע"פ 1301/06 **עזבון אלזם נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 177 (2009)), היווה התפתחות משמעותית בנושא זה. נסיבות המקרה היו חריגות: ביום 5.3.2003 נרצח חנניה אוחנה בחניית ביתו בידי שני אלמונים שארבו לו. תשעה חודשים לאחר הרצח ובעקבות חקירה מאומצת נעצר אלזם כחשד למעורבות במעשה. בכתב האישום תואר אלזם בתור מי שקשר קשר עם שמעון זריהן כדי לרצוח את חנניה על רקע מאבק בין ארגוני פשיעה. בתום משפט ממושך הרשיע בית המשפט המחוזי את אלזם בעבירות של רצח וקשירת קשר לביצוע פשע, על סמך הודאות שהשמיע בפני מדובב ובפני חוקריו. לאחר הרשעתו היה אלזם אמור להעיד בתור עד תביעה במשפט של שותפו זריהן, אבל שעות ספורות לפני עדותו הוא נמצא מוטל חסר הכרה בתא הכלא ששהה בו, ולאחר זמן קצר נפטר. נסיבות המוות נותרו עלומות עד היום. לאחר מותו הגישו בני המשפחה של אלזם ערעור לבית המשפט העליון על הרשעתו.

בית המשפט העליון בדעת רוב של השופטים חיות ודנציגר זיכה את אלזם מהעבירות שיוחסו לו. נקבע כי בעניינו של אלזם חרגו פעולות המדובבים מגדר התחבולות הלגיטימיות בחקירה והתדרדרו לפעולות פסולות החותרות תחת הזכויות הבסיסיות של חשוד בהליך פלילי (מסקנה שהשופט לוי חלק עליה בדעת מיעוט). תמלילי השיחות שהתנהלו בין אלזם למדובבים העלו כי אלה פעלו באופן שיטתי כדי להבאיש בעיני אלזם את ריחו של הסנגור שמינה, יעצו לו שלא להישמע להנחיותיו ואף דחקו בו להחליפו בעורך דין אחר. המדובבים שידלו את אלזם לוותר על זכות השתיקה לאחר שגרמו לו לפקפק בעצות של סנגורו, עד כי אלזם פיתח תלות בהם ובעצותיהם ה"משפטיות". בית המשפט קבע כי מעורבות יתר זו מצד

המדובבים פגעה לא רק בזכות השתיקה שעמדה לאלזם, אלא גם בזכותו להיות מיוצג בידי עורך דין ולהיוועץ בו. דעת הרוב קבעה כי ראוי לפסול את ההודאה של אלזם בפני המדובבים ואת הודאותיו בפני החוקרים משום שהודאות אלה ניתנו כולן בעקבות התחבולות הפסולות שנקטו המדובבים וכתוצאה ישירה מאותן תחבולות. בית המשפט ציין כי העובדה שלהודאה של אלזם חשיבות מכרעת להוכחת אשמתו והעובדה כי יוחסה לו העבירה החמורה ביותר בספר החוקים, היא עבירת הרצח, אין בהן כדי לשנות מהמסקנה כי יש לפסול את הודאותיו. פסק הדין בעניין אלזם זכה להדים רבים. הוא זכה לדברי שבח מאחר ש"הוציא מן הכוח אל הפועל" את הלכת יששכרוב. מנגד, הביקורת על פסק הדין הייתה כי מדובר במקרה שבו הצהיר בית המשפט על מחויבותו לשמירה על זכויות חשודים, אולם בפועל הזיכוי לא גרר אחריו מחיר חברתי כלשהו, שכן לא היה חשש כי אלזם המנוח יסכן את שלום הציבור לאחר זיכוי.

במרוצת השנים שלאחר מכן פסלו בתי המשפט המחוזיים הודאות נאשם וראיות מהותיות אחרות גם בתיקים שעסקו בעבירות חמורות מאוד. בשנת 2018 חלה התפתחות משמעותית נוספת כאשר בית המשפט העליון, בהרכב המשנה לנשיאה מלצר והשופטים שהם וברק ארז, זיכה פה אחד את אלישע חייבטוב מעבירות רצח ומעבירות נוספות (ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.2018)). גם כאן הפרשה שביסוד הדברים הייתה עלומה. ביום 19.6.2002 לפנות בוקר ביצעו שני רעולי פנים שוד במועדון סנוקר בשדרות, ובמהלכו נורה בחזהו אחד מעובדי המועדון, מה שהביא למותו זמן קצר לאחר מכן. למשטרה לא היה קצה חוט לגבי מבצעי השוד והרצח, וחקירת המקרה הגיעה למבוי סתום. בשנת 2005 התקבל מידע מודיעיני הקושר את חייבטוב למעשה. באותה העת שהה חייבטוב בכלא לאחר שנדון ל-5 שנות מאסר בגין עניין אחר. המשטרה פתחה בחקירה סמויה ובמסגרתה הופעל מדובב, אשר התגמול שניתן לו היה תלוי בהצלחתו לחלץ מחייבטוב הודאה. חייבטוב הועבר למעצר בתחנת משטרה בלי שנמסר לו דבר על סיבת מעצרו, ובלי שנמסרה לו הודעה על זכותו להיוועץ בעורך דין. במשך 11 הימים הראשונים למעצרו היה מנותק מכל גורם חיצוני למרות דרישותיו החוזרות לשוחח עם עורך דין. לאחר תקופה ממושכת הובא חייבטוב לראשונה בפני שופט לצורך הארכת מעצרו, אבל המדובב שכנע אותו שלא ליצור קשר עם עורך דין קודם לדיון, ואף אמר לו בכזב כי ידאג לו לייצוג. בפועל נפגש חייבטוב עם עורך דין רק כשלושה שבועות לאחר מעצרו.

חייבטוב התוודה בפני המדובב כי ביצע את השוד והרצח במועדון הסנוקר עם שותף נוסף. בימים שקדמו לאותה התוודה, נצפו חייבטוב והמדובב כשהם משתמשים אינטנסיבית בסמים, בין היתר בהרואין, וזאת תחת עינם הבוחנת של חוקרי המשטרה, אשר לא עשו דבר כדי למנוע את השימוש בסמים בתא המעצר.

נגד חייבטוב הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי באר שבע בעבירות של שוד ורצח, והוא הורשע. חייבטוב ערער על הרשעתו לבית המשפט העליון. בפסק הדין נקבע כי עוצמת הפגיעה בזכות ההיוועצות הייתה גבוהה ביותר, וכי ההתרשמות הייתה שגורמי החקירה עשו בסיוע המדובב הכול כדי למנוע מחייבטוב לממש את זכותו הבסיסית להיוועץ בעורך דין.

חרף חומרת העבירות הודאתו של חייבטוב נפסלה. בהמשך לכך הוא זוכה מעבירות הרצח והשוד ושוחרר לחופשי לאחר שהספיק לשאת 12 שנות מאסר עד למתן פסק הדין בערעור. לאחר שניתן פסק דינו ודאי שאי אפשר לומר עוד כי בית המשפט העליון אינו מחיל את הלכת **יששכרו** כאשר מדובר בעבירות חמורות. הפסיקה של בית המשפט בעניין **חייבטוב** הייתה ברורה, ונקבע בה כי חומרת העבירה לא תהיה שיקול להימנע מפסילת ראייה במקרים המתאימים לכך. יצוין כי המחלוקת בנושא זה לא תמה.

על רקע הניסיון המצטבר בפסיקה נדונות מעת לעת הצעות לעגן בחקיקה ראשית את האפשרות לפסול ראיות שהושגו שלא כדין. כל עוד לא ייעשה כן, נראה כי המשימה הקשה של מציאת האיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים בסוגיית ראיות שהושגו שלא כדין, תמשיך ללוות את בתי המשפט גם בעתיד.

# סילוסטר ופודמסקי: מסעות ראשונים בנתיבות המשפט הפלילי

ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי, פ"ד א 5 (1949)  
ע"פ 20/51 פודמסקי נגד היועץ המשפטי, פ"ד ה 1187 (1951)

## מוחמד עלי

המספר הסידורי של תיק שנדון בבית המשפט הוא בדרך כלל מסוג הפרטים הזניחים שאינם מעוררים עניין מיוחד. המספר נשאר בודד בכותרת פסק הדין, חף מכל מסר. המספר הסידורי ע"פ 1/48 הוא שונה. זהו התג שעונד פסק הדין בערעור הפלילי הראשון שנדון בבית המשפט העליון, בעניין סילוסטר (ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי, פ"ד א 5 (1949)). וזהו לא רק מספר. זו הכותרת שנושא פסק דין אשר עסק בפרשת ריגול סנסציונית, וכל זאת על רקע אירועים היסטוריים, דרמטיים ומורכבים.

לא רק במדף ההיסטורי קנה לו מקום פסק הדין. שופטי בית המשפט העליון מן הדור הראשון הבחינו בשעת כושר והחלו מייד – דווקא אז, בעיתות מורכבות – לסרטט את עקרונות היסוד של המשפט הפלילי, ובמידה רבה גם לצייר את דמותו של המשפט הישראלי כפי שראו אותה בעיני רוחם. אין פלא שפסק דין הנושא על גבו את כל אלה הפך לחלק מהפנתאון השיפוטי הישראלי.

הפרשה שנדונה בערעור הפלילי הראשון ממוקמת על ציר הזמן שמה 8 במאי ועד ל-6 ביולי בשנת 1948. סילוסטר, אזרח בריטי שהיה פקיד בחברת החשמל הירושלמית, החזיק משרד אלחוטי בסמוך לחדרו במגורי העובדים במושבה הגרמנית, אזור שהיה בשליטת כוחות הצבא של ישראל. הוא שידר שלוש פעמים ביום לאזרח בריטי אחר ששהה בקונסוליה הבריטית, ששכנה באכסניית פאולוס הקדוש מול שער שכם, בעבר השני של ירושלים. בשל שידורים אלה הוא נחשד בריגול לטובת הליגיון הערבי.

אנשי האצ"ל, שפעלו אז באופן עצמאי בירושלים, עצרו את סילוסטר (וחשודים נוספים) והסגירו אותו לרשויות המדינה. בהמשך החליט היועץ המשפטי לממשלה להעמידו לדין בעבירות ריגול. בכתב האישום נטען כי השדרים שסילוסטר העביר כללו ידיעות סודיות שהיו עלולות לפגוע בביטחון המדינה. כתב האישום התייחס לשדר מסוים אחד שבו דווח "שפגזים נפלו בריחוק מקום מתחנת הכוח של חברת החשמל ושתחנת הכוח לא נפגעה ועודנה פועלת". נוסף על כך, כלל כתב האישום עבירות של החזקת מכשיר אלחוטי ללא רישיון והפעלתו. לצד

כמה טענות דיוניות טען סילוסטר כי מדובר בשדרים תמימים שהחליפו ביניהם חברי "העדה הבריטית", כלומר אזרחים בריטים שהתגוררו בשני חלקי ירושלים ושהקשר ביניהם ניתן בשל המלחמה. הוא גם טען שהודיע על דבר החזקת המשדר לסוכנות היהודית, שנתפסה בעיניו נציגה רשמית של המדינה. בית המשפט המחוזי הרשיע את סילוסטר וגזר עליו שבע שנות מאסר בפועל.

בית המשפט העליון התכנס בראשות נשיאו הראשון משה זמורה ולצידו השופטים מנחם דונקלבלום ויצחק אולשן לדון בערעור שהוגש על פסק הדין. הואיל והמסר החד ביותר של פסק דין הוא תוצאתו – ראוי לפתוח בכך שבית המשפט העליון זיכה את סילוסטר מאשמה. אכן, באירוע היסטורי אחד עשויים להסתופף סיפורים אחדים. דמויות רבות שהשתתפו בפרשה – החל מגילויי החשד ועד להעמדה לדין – עשויות לתבוע את חלקן. היה אפשר לספר על קצין המשטרה יעקב מלץ, שניהל את החקירה המשטרתית ושלימים התמנה לשופט בית המשפט העליון; על היועץ המשפטי הראשון לממשלה, יעקב שמשון שפירא (לימים שר המשפטים), שהחליט את ההחלטה המורכבת להגיש את כתב האישום; ועל חיים כהן, פרקליט המדינה הראשון, שבעצמו הגיש את כתב האישום וניהל את המשפט. בהמשך הדרך יתמנה חיים כהן ליועץ המשפטי לממשלה ולשר המשפטים ויכהן בתפקידי שופט בית המשפט העליון וממלא מקום קבוע לנשיאו.

אבל כאן נתמקד בסיפור המרכזי. זהו הסיפור של בית משפט שמגן על עקרונות יסוד, על זכויות אדם ועל חפות הנאשם, במיוחד כשהתותחים רועמים, בעיצומה של מערבולת דיפלומטית ופוליטית פנים ארצית וציבורית. גם בעיתות אלו בית המשפט העליון עמד עמידה יציבה, הכריז על עצמאות שיפוטית והתחיל לצעוד בנתיבות שסלל בעצמו.

סילוסטר העלה במשפטו של טענות דיוניות באשר לפגמים שנפלו בהליך המשפטי, כגון הטענה שנדרש אישור מהיועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב האישום, אבל זה לא ניתן מראש אלא רק בדיעבד, או שבית המשפט המחוזי הורה על תיקון כתב האישום בשלב מאוחר של ההליך. בית המשפט היה צריך להתוות בעניין זה דרך. האם לדבוק בכללים דיוניים או להעדיף חתירה להכרעה במהות, כאן – האם הנאשם העביר מידע במטרה לפגוע בענייניה של המדינה? בהקשר המשפטי מתחדדת השאלה האם דבקות בכללים פורמליים מגשימה צדק. האם כך כל הזמן? האם סטייה מן הכללים וחתירה אל המהות רצויות? ואם כן, באילו מקרים, באיזה אופן ובאיזו מידה? במשפט הפלילי, שבו מצד אחד ניצבת במלוא עוצמתה המדינה המאשימה ומצד שני עומד הנאשם, עשויה להיות לשאלה זו משמעות רבה.

במקרה זה בית המשפט קבע שחתירה למהות עדיפה על פני התעסקות בסדרי דין. במסר חד, שהפך ברבות השנים למונומנטלי, קבע שאין להפוך את המשפט הפלילי למשחק שחמט שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק. בית המשפט הסביר עמדה זו בחשיבות שנודעת לאמון הציבור בשפיטה. חשוב שהעם יראה ששופטיו "נכנסים לטרקלין שבו דנים על החטא וענשו" (בעמ' 19) ואינם נשארים בפרוודור ודנים בעניינים פורמליים. שאלה זו

עודנה רלוונטית, ואפשר גם להעריך שבמהלך הזמן ניתנה חשיבות גוברת גם לפגיעה בזכויות דיוניות, אבל הוויכוח בנושא נמשך.

בכל מקרה, הזיכוי של הנאשם סילוסטר מאשמה היה מהטעם שהתביעה לא הציגה הוכחות מספקות להרשעתו. בית המשפט מצא כי לא הוכח שמטרת השדר שהעביר הייתה לפגוע בביטחון המדינה דווקא, וכי אי אפשר לשלול את האפשרות שהמטרה הייתה תמימה. בית המשפט הבהיר בפסק הדין שאת אשמת הנאשם צריך להוכיח ללא ספק "מתקבל על הדעת", ואילו בנסיבות המקרה של סילוסטר אשמתו אינה המסקנה היחידה שיכולה להתקבל על הדעת. אז, בתחילת הדרך, המושג "ספק סביר" המוכר לנו כיום לא בוטא במפורש, אבל אין ספק שזהו המסר העיקרי של פסק הדין, וכך עולה גם מנקודת מבט עכשווית על מה שנקבע אז בפסק הדין. כשנתיים לאחר מכן התכנס בית המשפט העליון - הפעם בהרכב השופטים שניאור זלמן חשין, יואל זוסמן (לימים נשיא בית המשפט) וישראל לוי (שכיהן במינוי בפועל בבית המשפט) - לדון בהרחבה בנושא הספק הסביר, בעניין של הנאשם פודמסקי (ע"פ 20/51 פודמסקי נגד היועץ המשפטי, פ"ד ה 1187 (1951)). גם בפסק דין זה הביטוי שהשתמשו בו היה עדיין "הספק המתקבל על הדעת".

בשונה מהעניין של סילוסטר, הנסיבות של פרשת פודמסקי אינן קרוצות מחומרים היסטוריים. במרכזה עמד אירוע פלילי שגרתי ולא משמעותי. פודמסקי נעצר באחד מרחובות העיר חיפה בידי שוטרים וברשותו חפצים שהתברר כי נגנבו מבית שנפרץ כמה שעות לפני כן. הימצאות החפצים בידיו הייתה הראיה העיקרית שקשרה בינו למעשה ההתפרצות. בית המשפט נדרש להכריע בדינו של הנאשם על בסיס אותה ראיה. אכן, הימצאות חפץ שהושג בעבירה ברשות אדם בתכוף (סמוך) למעשה העבירה, היא בעלת משמעות ראייתית (מה שמכונה בפסיקה של בתי המשפט "חזקה תכופה"). אבל אין בכך כדי להוליד הרשעה "אוטומטית". בית המשפט מחוייב להציב את הנאשם המסוים במרכז ולשאול אם יש בנתוני המקרה הנדון נסיבות שעשויות לעורר ספק במסקנה הכללית הנגזרת מן הכלל. במקרה של פודמסקי בית המשפט המחוזי הרשיע בסופו של דבר את הנאשם על בסיס אותה ראיה, ובית המשפט העליון אישר הכרעה זו.

פסק הדין בפרשת פודמסקי פרץ את המידות הצנועות של המקרה שהוא דן בו, מקרה ספציפי של התפרצות לבית וגניבת חפצים פעוטים, אל עבר הצגת עקרונות משפטיים שעתידיים לעצב את דמות המשפט הפלילי הישראלי. הוא חידד בו את כלל היסוד שלפיו על המדינה מוטלת החובה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר. חובת המדינה לעולם אינה עוברת במהלך המשפט אל שכם הנאשם. בכך סרטט בית המשפט את הגבול בין החובה של המדינה להוכיח את האשמה, לחירות האדם. בכך הוא גם החל לכוון קווים לדמות הספק הסביר, שבהתקיימו יש לזכות את הנאשם, ושלימים הטביע את חותמו גם על הזיכוי מחמת הספק של דמיאניוק.<sup>1</sup>

1 ראו רשימתה של דפנה בלממן קדראי בספר זה, עמ' 867.



חובת המדינה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר היא עיקרון חשוב שחולש על שיטת המשפט בישראל, ואבן יסוד של המשפט הפלילי. עיקרון זה מבטא את רף ההוכחה הנוקשה שהמדינה נדרשת להציג כדי להכתיים אדם בהרשעה פלילית ובמקרים רבים גם לשלול את חירותו, ובה בעת את המידה הקלה – הספק הסביר – שאם יתעורר, יהיה על בית המשפט לזכות את הנאשם. הספק הסביר הוא מושג מרכזי במשפט הפלילי, אבל הוא בראש ובראשונה ביטוי למחויבות חברתית חשובה: להימנע מהפעלת הכוח של המדינה במקרה של ספק באשמת אדם. הספק הסביר נוכח תמיד בשיח המשפטי ובשיח החברתי על חפות ואשמה. חרף זאת הגדרתו חמקמקה ומורכבת. אין שופט שלא יודע את מובנו, אבל קיים קושי לבטא את מלוא משמעויותיו, את כל רבדיו ואת מכלול תכליותיו. על דרך השלילה אפשר לומר שלא כל ספק או התלבטות גוררים אחריהם בהכרח את זיכוי הנאשם. לא כל תהייה וקושיה הן מן הסוג והמידה שיש בהם להטיל ספק סביר באשמה.<sup>2</sup> לא די באפשרות תאורטית שמעוגנת בהשערות.<sup>3</sup> לא כל ספק הוא ספק מזכה. נדרש ספק שהוא סביר.

פסיקת בית המשפט העליון ולצידו הספרות המשפטית גדושות בהצעות להגדרת הספק הסביר. הדעות השונות מכנסות את עצמן למבחן שתובע מידה גבוהה של אפשרות שקרובה עד מאוד לוודאות, אך לא ודאות גמורה או מוחלטת. הקול שיוצא מפסיקת בית המשפט, מבקש לומר כי על הספק להיות מעוגן בראיות ובנוי על אדנים הגיוניים-אובייקטיביים. לצידו קול נוסף, שמבטא את הפן המוסרי-סובייקטיבי של השופט היושב בדין במסעו אחר הסרת הספק. זה הקול ש"יעלה בו בשופט ממצפוננו", ושגם אחרי ניתוח אובייקטיבי-הגיוני סדור של הראיות ילחש לו: "זה לא זה".<sup>4</sup>

שאלת מהותו של הצד הפנימי-מוסרי-סובייקטיבי בגיבוש המסקנה השיפוטית לגבי הספק המזכה היא מרתקת. היא מושכת את המחשבה לדיון על הדמות של מלאכת השפיטה. האם ההכרעה השיפוטית היא הגיונית (רציונלית) באורח בלעדי או שהיא גם פנימית-מצפונית? האם היא פעולה לוגית-שכלתנית טהורה או שהיא מערבת גם אינטואיציה ורגש? בניסיון לקבל השראה ליחס הראוי בין התבונה לרגש, אפשר לפנות לאחד המשפטים המפורסמים ביותר בהיסטוריה: משפט שלמה.<sup>5</sup> סיפור זה, שידוע לכול ושאינן צורך לחזור על פרטיו, כולל ניגוד קוטבי בין שתי גרסאות עובדה שיש להכריע ביניהן. אחד הנרטיבים המרכזיים של הסיפור המקראי נסב על האופן שבו הצליח שלמה, שדמותו חוצה תרבויות ושנודע בערבית בכינוי "סולימאן אל-חכים",<sup>6</sup> להכריע בסכסוך בין שתי הנשים ולהגיע לתוצאה הצודקת. מה

2 דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 859 (1998).

3 ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פסקה 351 לפסק הדין של השופט דנציגר (23.12.2015).

4 ע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 125, 45 (1995).

5 מלכים א, ג 16-28.

6 הדמות מתוארת גם בקוראן בהרחבה, בין היתר בסורת הנביאים, בסורת הנמלים ובסורת שבא. ראו הקוראן בלשון אחר (סובחי עלי עדוי מתרגם 2015).

מלמד הסיפור? האם הכריע כאן השכל או הרגש? לכאורה, ההכרעה של המלך מבטאת גישה שכלתנית טהורה. תבונתו הביאה לפתרון המחלוקת. אבל קריאה נוספת של הסיפור עשויה להעלות תובנות שונות. בכל זאת המלך החכם נדרש לרגש, ולו בעקיפין. התבונה לבדה לא הייתה מביאה לפתרון ההתלבטות הקשה.

פסקי הדין בעניין סילוסטר ובעניין פודמסקי הם סימני דרך חשובים במורשת של בית המשפט העליון. לפסיקה בעניין סילוסטר היה גם ערך היסטורי חשוב בהיבט של עיצוב דמותו העצמאית של בית המשפט. שתי הפרשות גם יחד סללו נתיבות של עקרונות ומושגי יסוד של המשפט הפלילי.

## בחזרה אל המשפטים החוזרים

מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999)

מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002)

### אפרת פינק

בסוף שנות השבעים ותחילת שנות השמונים של המאה הקודמת הסעירו את מדינת ישראל כמה פרשות רצח שנחרתו בזיכרון הציבורי, ובין היתר רצח הנער דני כץ ז"ל ורצח החיילת רחל הלר ז"ל. בשתי הפרשות נתפסו חשודים, ולימים הם הועמדו לדין והורשעו בביצוע רצח. עם זאת, בשני המקרים המשיכו המורשעים לטעון לחפותם גם בחלוף שנים רבות, עד שבסופו של דבר הורה בית המשפט העליון לקיים משפטים חוזרים בעניינם. באחד מן המקרים חזרה ואושרה ההרשעה (פרשת דני כץ) ובמקרה האחר המדינה חזרה מן האישום (פרשת רחל הלר). במובן זה מבחינה רשמית סופן היה שונה. עם זאת, דומה שלשתי ההחלטות הייתה תרומה להתבססות המוסד של משפט חוזר במשפט הישראלי, לצד שינוי שהובילו בתפיסת מעמד ההודאה במשפט הפלילי.

מהו משפט חוזר? במקרה הרגיל כאשר נאשם מורשע בדין וערעורו נדחה, הרשעתו הופכת לחלוטה, ולכאורה בכך מסתיים משפטו. בכך בא לידי ביטוי העיקרון של סופיות הדין, שיש בו כדי להבטיח ודאות משפטית ולאפשר למעורבים לשים את המשפט מאחוריהם. עם זאת, כחריג לכלל של סופיות הדין הכיר המחוקק בסעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, באפשרות לבטל הרשעה ולקיים משפט חוזר בעניין שנפסק בו סופית. תנאי לכך הוא קיום אחת מארבע עילות הנקובות בחוק, לרבות קיומן של ראיות חדשות שיש בהן כדי לשנות את תוצאות המשפט, או עיוות דין בהרשעה. העילה של "עיוות דין" נוספה לחוק בעקבות דוח שהגישה ועדה בראשות השופט אליעזר גולדברג.<sup>1</sup> עילה זו היא "עילת סל" משום שהיא מקנה לבית המשפט סמכות רחבה לקבוע כי נפל עיוות דין, ולהגדיר את תוכנו.

החלטה בדבר קיומו של משפט חוזר, כחריג לעקרון סופיות הדין, משקפת את הנכונות של בית המשפט העליון להכיר בטעות בהרשעה, שכן משמעה היא ביטול הרשעה חלוטה ושמיעה מחודשת של המשפט. הנכונות להכיר בטעויות במערכת המשפט באמצעות מוסד של ביטול הרשעה ושמיעה מחודשת של המשפט, התפתחה בארצות הברית במסגרת "פרויקט החפות"

1 הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר דיווח שבין (1994); חוק בתי המשפט (תיקון מס' 22), התשנ"ז-1996.

(The Innocence Project) שבגדרו החלו אוניברסיטאות בסוף שנות השמונים של המאה הקודמת לבחון טענות חפות של מורשעים, בעיקר באמצעות שימוש בראיית הדי-אן-איי. עד היום בוטלו בארצות הברית מעל 2,500 הרשעות, בין היתר באמצעות "פרויקט החפות". לעומת זאת, בישראל החלטה על משפט חוזר עודנה נדירה ביותר, ומאז קום המדינה ועד עתה הורה בית המשפט העליון לקיים משפט חוזר ב-35 מקרים בלבד. בשתיים מההחלטות המפורסמות למשפט חוזר נדון כאן.

נפתח בעניינו של דני כץ ז"ל (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999)). דני, באותה עת בן 14, עזב את ביתו בשכונת דניה בחיפה ביום 8.12.1983 בדרך לפגישה עם חבר, אבל לא הגיע לפגישה ועקבותיו נעלמו. ביום 11.12.1983 נמצאה גופתו העירומה ללא רוח חיים במערה ליד מושב יעד, ועל גופו פגיעות שונות. בסמוך לאחד מפתחי המערה נמצאה ערימת זבל, ובחיפוש בה נתגלו מעטפה שעליה נרשם שמו של סמיר גנאמה מהכפר סחנין, ותעודת משלוח של חנות הסופר-סל שעבד בה. בעקבות ממצאים אלו נעצר סמיר בידי המשטרה. בחקירותיו הראשונות הכחיש סמיר כל קשר למות המנוח, וטען כי ביום היעלמותו של המנוח היה עם פתחי גנאמה ועלי גנאים. בהמשך קשר את פעילותו באותו יום עם אחמד קוזלי ועאטף סביחי. כל החמישה נעצרו תחילה בדצמבר 1983, ולאחר שהכחישו כל קשר למעשה שוחררו. בהמשך נעצרו החמישה בשנית, ובמהלך חודש מרץ 1984 הודו במיחוס להם ובמסגרת חקירותיהם המרובות אף שחזרו את הרצח. בהמשך לכך הוגש נגדם כתב אישום שייחס להם עבירות של רצח וחטיפה. החמישה טענו במשפט כי לא ביצעו את המיחוס להם, אבל הורשעו לבסוף על סמך הודאותיהם במשטרה.

וכעת נציג את עניינה של רחל הלר ז"ל (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002)). גופתה העירומה של רחל נמצאה בכביש ליד קיסריה ביום 24.10.1974. על הגופה נמצאו סימני התעללות ואלימות קשים. עמוס ברנס התוודע לרחל כשבוע לפני הירצחה. הם שוחחו ונפגשו שוב כשלושה ימים לאחר מכן בחברת ידידים. במהלך חקירת הרצח נעצר ברנס, והוא שוחרר לביתו לאחר שהכחיש מעורבות ומסר אליבי שלפיו נסע בערב הרצח עם מכר באוטובוס. צוות החקירה המיוחד שהוקם פוזר, ובעקבות לחץ ציבורי נרחב למציאת האשם הוקם צוות חקירה חדש. ביום 14.4.1975, כחצי שנה לאחר הרצח, נעצר שוב ברנס. שלושה ימים לאחר מכן הודה ברנס במיחוס לו ואף שחזר את הרצח. בהמשך לכך הוגש נגדו כתב אישום שייחס לו עבירה של רצח. ברנס הכחיש במהלך המשפט את המיחוס לו, אבל הורשע לנוכח הודאתו בחקירה.

פרשות הרצח של דני כץ ז"ל ורחל הלר ז"ל לוו בלחץ ציבורי רב למציאת הרוצח, בסיקור תקשורתי נרחב ובמעורבות של המשפחות. ההרשעות של ברנס ושל החמישה התבססו מלכתחילה על הודאה של הנאשמים באשמתם שניתנה במסגרת חקירותיהם במשטרה. בשתי הפרשות טענו המעורבים לחפותם לא רק במשפט עצמו ובערעור שנדחה בבית המשפט העליון. הם המשיכו לטעון לחפותם שנים רבות לאחר שפסקי הדין בעניינם הפכו לחלוטים,

בעת שנשאו מאסרים ממושכים. כאן המקום להעיר כי, בניגוד לסברה הרווחת שבתי הסוהר מלאים במורשעים הטוענים לחפותם, מיעוט הבקשות למשפט חוזר המוגשות לבית המשפט העליון מגלה כי רק מתי מעט ממשיכים לפעול להוכחת חפותם.

החמישה שהורשעו ברצח דני כץ ז"ל הגישו תחילה בקשה לדיון נוסף – והיא נדחתה. בהמשך, בעקבות פנייה של בא כוחם ליועץ המשפטי לממשלה, נבדקה הרשעתם בידי המשנה (אז) ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד יהודית קרפ, והיא מצאה כי התמיהות והקושיות בתיק יכולות לבסס עילה למשפט חוזר. בעקבות כך הגיש בא כוחם בקשה למשפט חוזר, וכאמור, היא התקבלה. לבקשה זו צורפה הסניגוריה הציבורית בתור ידית בית המשפט (כלומר, מי שהתייצבה לדיון וטענה טענות אף שאינה צד ישיר לסכסוך).

נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, הורה על עריכת משפט חוזר בעניין החמישה שהורשעו ברצח דני כץ ז"ל. ההחלטה מבוססת בעיקרה על המסקנה כי "במבט על" ישנו חשש ממשי לעיוות דין בהרשעה – שהוא אחת העילות לעריכת משפט חוזר, לפי סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט. בית המשפט מנה כמה טעמים להחלטתו. החמישה נחקרו בידי השב"כ, וזה הגיע למסקנה כי לא היה מניע לאומני לרצח. חלק מחוקרי השב"כ אף סברו כי החמישה חפים מפשע. במהלך החקירה בשב"כ הוקלטו שיחות בין החמישה, ומהן עלתה האפשרות כי הופעלו עליהם אמצעים פסולים בחקירה. מידע זה בדבר חקירת השב"כ ותוצאותיו לא הובא לידיעת עורכי הדין שייצגו אותם במשפטם וגם לא לידיעת בית המשפט, ולמעשה חוקרי המשטרה הכחישו את קיומה. חומר החקירה מחקירת השב"כ היה יכול לעורר ספקות באשר לאשמתם של החמישה, וייתכן שהיה בו כדי להשליך על תוצאות המשפט. כמו כן נקבע כי בייצוגם של החמישה נפלו כשלים שהתבטאו, בין היתר, בכך שעורכי הדין שלהם לא נכחו בחלק ניכר מהדיונים ובהחלטתם שלא להעיד ארבעה מתוך החמישה, למרות ההודאות שמסרו בחקירה. עוד צוין כי יש צורך לברר את הטענות בדבר אי התאמות בהודאות שמסרו החמישה ובדבר "תבניתיות" בהודאות ו"השראת" הנחקרים, משמע העברת פרטי מידע הידועים לשוטרים לידיעת הנחקרים, כך שהם נחזים כפרטים שהגיעו מהנחקרים עצמם. גם נמצאו חיזוקים ואינדיקציות שונות לחפותם של החמישה. בסופו של דבר מצא בית המשפט כי נוכח החשש לעיוות דין והנכונות לסטות מעקרון סופיות הדיון – העומדת בבסיס אמון הציבור במערכת השפיטה – יש מקום להורות על עריכת משפט חוזר בעניינם של החמישה.

גם ברנס הגיש תחילה בקשה לדיון נוסף. לאחר מכן הגיש שלוש בקשות למשפט חוזר וכולן נדחו בידי בית המשפט העליון. גם בעניינו מונתה בינתיים המשנה (אז) ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד יהודית קרפ, לבחון את הטענות, והיא הצביעה בסופה של בדיקה על שורה ארוכה של ממצאים שהציבו שאלות ושעוררו בקיעים בהרשעתו. בסופו של דבר הגיש ברנס את בקשתו הרביעית למשפט חוזר, שבה יוצג בידי הסניגוריה הציבורית.

השופטת דורנר דנה בבקשה הרביעית של ברנס והורתה שיערך לו משפט חוזר (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002)). החלטתה התבססה על הפרשנות

שהתקבלה בעניין קוזלי באשר למונח עיוות דין, המכוון לפגמים דיוניים חמורים. היא הוסיפה כי פגמים כאלו מקימים חזקה (הנחה) שאינה ניתנת לסתירה בדבר השפעתם על תוצאות המשפט. עוד נקבע נדבך נוסף על ההחלטה בעניין קוזלי, כי פגמים חמורים פחות מעבירים את הנטל אל התביעה להראות כי לא הייתה להם השפעה על תוצאות המשפט. הוסבר כי החזקה משפיעה על הוגנות ההליך ומגבירה את אמון האזרח במערכות השלטון. היא גם משרתת מדיניות הבאה לתמרץ את המדינה לעקור מן השורש תופעות פסולות בהליך הפלילי. בית המשפט מנה את הפגמים שנפלו במקרה הנדון, הכוללים עדויות שקר של שוטרים וחיפוי עליהן. כמו כן קבע כי ישנו חשש ממשי שעודף רצון של המשטרה והתביעה "לסגור" את פרשיית רצח רחל הלר ז"ל, גרם להן שלא לדבוק באמת. עוד קבע בית המשפט כי השפעת הפגמים היא מכרעת, שכן לשקרי השוטרים השלכה רחבה על ממצאי בית המשפט, אשר מצא לתת אמון בשוטרים ודחה את הגרסה של ברנס. מכאן מצא בית המשפט כי נוכח הפגמים החמורים, בצירוף האפשרות כי מודעות לפגמים אלו יכול שהייתה משנה את תוצאות המשפט, יש מקום להורות על עריכת משפט חוזר לברנס.

ההחלטות על משפט חוזר בשני המקרים כוללות כמה חידושים משפטיים, והן גם היו בסיס לשינוי תפיסות רווחות בתחום המשפט הפלילי.

בראש ובראשונה, יצק בית המשפט העליון בהחלטות הנזכרות תוכן למושג "עיוות דין", שנקבע כאחת העילות למשפט חוזר. בית המשפט נדרש לצקת תוכן למושג רחב זה, ותוכן זה ממשיך ומשמש את בתי המשפט. בעניין קוזלי נקבע כי עיוות דין עשוי לכלול גם פגמים דיוניים חמורים, כמו אי העברת מידע רלוונטי לעורכי דין ולבית המשפט וייצוג כושל. בכך הכיר בית המשפט העליון בחשיבות של "ההליך ההוגן" לשם הגנה על טוהר ההליך הפלילי. עוד נקבע כי פגמים אלו עשויים לשמש בסיס למשפט חוזר גם אם אי אפשר להראות כי היה בהם כדי לשנות את תוצאות המשפט. בעניין ברנס הוסיף וקבע בית המשפט כי גם פגמים נוספים, כמו עדויות שקר של שוטרים, עשויים לבסס טענה בדבר עיוות דין. בכך גם הכיר בית המשפט באפשרות כי שקרי שוטרים יובילו להרשעת שווא, ובצורך לתקן הרשעה על בסיס שקרים כאלו. בית המשפט הוסיף ועמד על החשיבות של ההליך ההוגן, כזכות יסוד חוקתית, לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד כוללת ההחלטה בדבר משפט חוזר בעניין קוזלי הכרה במעמד של "ידיד בית המשפט", מתן אפשרות להתייצבות של גורם שאינו צד ישיר לסכסוך ושמייצג אינטרס או מומחיות רלוונטיים, לצורך הצגת עמדתו בהיבטים כוללניים יותר של הסכסוך.

להחלטות בעניין קוזלי ובעניין ברנס השפעה נוספת, שאי אפשר בהכרח לגלותה בקריאה פשוטה שלהן, ועניינה בשינוי התפיסה בדבר מעמד ההודאה בחקירה ובהכרה באפשרות להודאות שווא. כאן המקום להזכיר כי מלכתחילה התבססו ההרשעות בשני המקרים על ההודאות של המעורבים. ההנחה שליוותה את שני המשפטים, ולמעשה ליוותה רבות מההרשעות באותה תקופה שמבוססות על הודאות, היא שההודאה היא "מלכת הראיות", וכי

אין אדם מודה במעשה שלא ביצע ("אין אדם משים עצמו רשע"). תפיסה זו בדבר המעמד הבלתי מעורער של ההודאה החלה להיסדק בעקבות ההחלטות בעניין קוזלי ובעניין ברנס. משמע, החלטת בית המשפט העליון להורות על קיום משפט חוזר בשני המקרים הללו, העלתה ספקות באשר לנכונות ההודאות, גם אם לא דנה בסוגיה זו במישרין. בכך היא תרמה להתפתחות בפסיקה בדבר האפשרות להודאות שווא ובדבר החשיבות שבהגנה על הליך הוגן כדי להבטיח הודאות אמת.

השפעה עקיפה נוספת של ההחלטות עניינה בשינוי התפיסה של מערכת המשפט בדבר האפשרות לטעות בהרשעה ובדבר הצורך להכיר בטעויות כאלו כדי לחזק את אמון הציבור במערכת. למעשה, הנכונות של בית המשפט העליון להכיר באפשרות של טעות בהרשעה בשתי פרשות רצח שהסעירו את המדינה, מלמדת על החוסן של מערכת המשפט ועל נכונותה לקבל החלטות לא פשוטות, גם במחיר של ביטול הרשעה ושמיעה מחודשת של משפט פלילי כעבור שנים רבות.

ההחלטה בדבר משפט חוזר, על אף חשיבותה הרבה אינה סוף פסוק, והיא אינה מלמדת בהכרח כי המורשע שמשפטו בוטל – יזוכה. חמשת המורשעים ברצח דני כץ ז"ל הורשעו פעם נוספת במשפט החוזר, ואילו המורשע בתיק רחל הלר ז"ל – עמוס ברנס – זוכה לבסוף במשפט החוזר לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה החליט שלא להמשיך לנהל את המשפט.

עם זאת, ההחלטות לערוך משפט חוזר בעניין קוזלי ובעניין ברנס אינן עוסקות רק בסיפור אנושי של מעשי רצח אכזריים ושל הרשעות המעוררות שאלות ותהיות. אפשר למצוא בהן ניצנים לאבולוציה, להתפתחות, שחלה במערכת המשפט במשפט הפלילי בכמה נושאים, ובכללם: הגדרת המושג "עיוות דין" במשפט והנכונות להכיר בפגמים דיוניים כחלק מההגנה על הליך הוגן; ערעור המעמד של ההודאה וההכרה באפשרות של מתן הודאות שווא; הנכונות של מערכת המשפט לפעול לתיקון טעויות, בין היתר כחלק מהצורך לחזק את אמון הציבור במערכת המשפט. ואומנם, הניצנים המצויים בהחלטות הנזכרות לקיים משפט חוזר, המשיכו להתפתח בהחלטות מאוחרות של בית המשפט העליון לאורך השנים, שקצרה היריעה מלתארן כאן.

# אומרים הסכמה (לחיפוש) יש בעולם. מה זאת הסכמה?

רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (2012)

## איתי הרמלין

28.5.2007. שעת בוקר. אברהם בן חיים הולך לתומו ברחוב בתל אביב. מולו מופיעים שלושה חמושים: שני שוטרים ושוטרת, שכל אחד מהם נושא רובה סער M16. השלושה פונים אליו. וכך התפתחה השיחה ביניהם, כפי שתוארו הדברים לימים בהליך המשפטי שהתנהל:

"עמוד רגע! תעודת זהות!"

"בבקשה, הנה."

"חכה שנבדוק!"

"בדקתי בקשר. הוא לא דרוש, אבל יש לו איזה רישום פלילי."

"תוציא מה שיש לך בכיסים, בבקשה."

"בסדר, בסדר, אני מוציא."

מוציא: סיגריות, מפתחות, ארנק, מצית וסכין.

"אני תופס את הסכין, ואתה צריך להתלוות אלינו לתחנה כי אתה מעוכב בגין החזקת פגיון".<sup>1</sup>

אם כן, בפועל נמצא בכליו של בן חיים סכין. בהמשך לכך התביעה המשטרתית הגישה נגד בן חיים כתב אישום בגין החזקת סכין שלא כדין.

בדיוק שנה לפני המפגש של בן חיים עם השוטרים החמושים, בחודש מאי 2006, פסק בית המשפט העליון כי על בית המשפט לשקול שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, אבל נקבע גם שאין מדובר בכלל נוקשה והדבר תלוי בנסיבות של כל מקרה לגופו.<sup>2</sup> לכן השאלה האם הסכין נמצא בחיפוש חוקי, הייתה חשובה.

חשוב להזכיר שלכל אדם זכות חוקתית לפרטיות, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושחיפוש על אדם פוגע בפרטיותו. עם זאת, בסעיפי חוק שונים ניתנה סמכות למשטרה לערוך

1 תיאור חילופי הדברים הוא פרפרזה על העובדות כפי שהובאו בפסק הדין של הערכאה הראשונה: ת"פ (שלום ת"א) 6454/07 מדור תביעות פלילי ת"א נ' בן חיים (13.1.2009).

2 ע"פ 5121/98 ייששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006). ראו רשימתה של רות לורך בספר זה, עמ' 527.



חיפוש על אדם אם יש "יסוד סביר לחשוד" או "חשד סביר" שהוא נושא עליו חפץ שאסור לשאתו. הסמכות נתונה למשטרה אף בלי לקבל צו חיפוש מבית המשפט.

שופט בית משפט השלום בתל אביב שדן בתיק נגד בן חיים, דן מור, קבע כי הואיל ולא היה חשד סביר שבן חיים מחזיק עליו חפץ שקשור בביצוע עבירה, לא הייתה לשוטרים עילה לערוך עליו חיפוש. לכאורה, אפשר להסכים לחיפוש. אולם שופט בית משפט השלום קבע כי אי אפשר לראות בבן חיים מי שהסכים לחיפוש, כיוון שברור שבן חיים לא היה מודע לכך שמותר לו לסרב ל"בקשת" השוטרים החמושים, שהיו מעכבים אותו או עוצרים אותו אלמלא היה מסכים. אילו היה מודע לכך שמותר לו לסרב, לא היה מסכים לחיפוש. ובכלל, לא היה מדובר בהסכמה אלא באי התנגדות. השופט אף הציב סימן שאלה מעל הסמכות של שוטר לערוך חיפוש על אדם בהסכמתו כאשר אין עילה מכוח החוק לעריכת חיפוש.

על בסיס האמור החליט השופט לפסול את הסכין מלשמש ראייה. נוכח זאת קבע שופט השלום שאי אפשר להרשיע את בן חיים על בסיס הודאתו בחקירת המשטרה בהחזקת סכין, כיוון שלא פורטו שם נתוני החפץ. לכן לא הוכח שאכן מדובר בסכין כהגדרתו בחוק. בהעדר ראיות אחרות זיכה שופט השלום את בן חיים.

התביעה לא השלימה עם הזיכוי של בן חיים. היא ערערה לבית המשפט המחוזי. שופטי בית המשפט המחוזי קיבלו את ערעור המדינה והרשיעו את בן חיים.<sup>3</sup> השופטים קבעו כי גם אם המשטרה תפסה את הסכין שלא כדין, הרי שבמכלול הנסיבות יש מקום לקבלו כראיה. השופטים התחשבו בכך שמדובר בראיה "חפצית" (ראיה שהיא חפץ), בעובדה שהפרת הדין בידי השוטרים לא הייתה חמורה יחסית (ומכל מקום לא נעשתה במודע ובזדון), ובכך שהאינטרס הציבורי ייפגע יתר על המידה לדעתם אם הסכין ייפסל מלשמש ראייה.

עתה ביקש בן חיים רשות מבית המשפט העליון לערער על הרשעתו. הבקשה של בן חיים הובאה עם שתי בקשות דומות נוספות לפני הרכב שלושה בבית המשפט העליון: נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש והשופטים עדנה ארבל ויורם דנציגר.

בעיקרו של דבר, נקודת המוצא לדיון הייתה שאם אדם ממלא אחר הוראת שוטר לרוקן את כיסיו, יש לראות בכך חיפוש אף על פי שהשוטר לא ערך בעצמו חיפוש גופני.

בית המשפט החליט לתת רשות לערער בסוגיות של חוקיות חיפוש שנערך ללא עילה הקבועה בחוק, אלא מכוח הסכמה של מי שעליו נערך החיפוש, ושל קבילות ראיות שנתפסו בחיפוש שכזה. בית המשפט סקר את סעיפי החוק השונים שעניינם עריכת חיפוש ללא צו משופט. הוא ציין שכל הסעיפים הללו מעמידים בתור תנאי לעריכת חיפוש דרישה ראייתית דומה: "חשד סביר" לכך שהאדם שעליו (או בכליו או בביתו) ייערך החיפוש, מחזיק חפץ שהחזקתו אסורה או שנדרש בידי המשטרה. אם כן, עילת חיפוש לא הייתה במקרה של בן חיים, וכך התחדדה השאלה אם די בהסכמה לכך. בשאלה זו נחלקו דעות השופטים.

3 ע"פ (מחוזי ת"א) 7250/09 מדינת ישראל נ' בן חיים (9.7.2009).

דעת הרוב של הנשיאה ביניש והשופטת ארבל הייתה כי חיפוש בהעדר עילה הקבועה בחוק הוא כשר אם ניתנה לו "הסכמה מדעת" של מי שהחיפוש נערך אצלו. מנגד, השופט דנציגר סבר שבהעדר עילה לחיפוש הקבועה בחוק, לא קמה סמכות לבצע חיפוש גם אם ניתנת לו הסכמה של מי שמבקשים לערוך עליו את החיפוש.

הנשיאה ביניש ציינה שהחיפוש פוגע בזכות החוקתית לפרטיות של מי שעליו (או בכליו או בביתו) עורכים את החיפוש – זכות שמוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, היא הסבירה שהזכות של הפרט לקבוע מי ייגע בגופו, יבחן את חפציו או ייחשף למידע הקשור אליו, היא חלק מהאוטונומיה שלו. אוטונומיה זו גם מאפשרת לו לוותר על הזכות. עוד ציינה הנשיאה ביניש שההחלטה נוגעת לחיפוש על גופו של אדם, בכליו או בביתו, ושגם במקרים של חיפוש חודרניים ופוגעניים יותר קיימים הסדרים המתחשבים בהסכמה של מושא החיפוש. בהקשר זה הפנתה ביניש להסדרים שנקבעו בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996. בחוק זה נדונים "חיפוש פנימי", שעניינו עריכת בדיקת דם או בדיקה גניקולוגית, ביצוע בדיקות הדמיה וכדומה, ו"חיפוש חיצוני", שעניינו בחינה חזותית של גוף עירום, נטילת דגימת שתן, רוק או נשיפה, נטילת שיער, ציפורניים או חומר מן הנחיריים וכדומה.

סייג שהנשיאה ביניש הדגישה הוא שההסכמה לחיפוש צריכה להיות "הסכמה מדעת". כלומר, נדרש שהאדם שעליו (או בכליו או בביתו) ייערך החיפוש, הסכים לחיפוש כשהוא יודע שזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ושהסירוב לא יזקף לחובתו. בהקשר זה אין די בכך שהשוטר מבקש את ההסכמה. זאת, בין היתר כיוון שסביר כי האדם הנוגע בדבר יניח שהשוטר פועל בהתאם לסמכותו ואינו מבקש להרחיבה באמצעות קבלת הסכמה. כמו כן, במפגש בין אדם פרטי לשוטר קרוב לוודאי שהאדם יהיה נתון במתח ובחשש שיובילו אותו לעשות מה שיקצר לפי הערכתו את המפגש – כלומר, להיעתר לבקשת השוטר. כדי לוודא שההסכמה לחיפוש היא אמיתית ואינה תוצאה של פערי הכוחות בין אדם פרטי לשוטר, על השוטר להבהיר לאותו אדם שזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ושהסירוב לא יפעל לחובתו.

הנשיאה ביניש ציינה שאימצה גישה ביניים בין גישה המשפט האנגלי, שבו הסכמה לחיפוש אינה מקנה סמכות לחיפוש, לגישה המשפט האמריקאי, שאינו דורש מן השוטר ליידע את האדם על זכותו לסרב לחיפוש. גישה ביניים דומה נוהגת במשפט הקנדי.

הנשיאה ביניש קבעה עוד שהבהרת הזכויות אינה חייבת להיות בכתב, ושלא נדרש שמי שעליו (או בכליו או בביתו) עורכים את החיפוש יחתום על טופס המאשר שהובהרו לו זכויותיו. זאת, כיוון שהליך החיפוש מתקיים פעמים רבות בתנאים של לחץ או של צורך מיידי, ואין צורך לסרב לאותו ולהאריכו.

לעומת זאת, השופט דנציגר – בדעת מיעוט כאמור – סבר שהסכמה אינה מקנה סמכות לחיפוש במקום שבו החוק אינו קובע סמכות כזו. שני טעמים לכך. הטעם הראשון הוא עקרון חוקיות המנהל, שקובע כי הרשות מוסמכת לעשות רק מה שהחוק מסמיך אותה לעשות.

עיקרון זה זכה לחיזוק בחוקי היסוד, שבהם נקבע כי בזכויות שהם מגינים עליהן אפשר לפגוע רק בחוק או "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו". הטעם האחר הוא שבשל פער הכוחות שקיים בין אדם פרטי לשוטר, גם הסבר של שוטר לאדם על זכותו לסרב לא יבטיח שההסכמה של אותו אדם לחיפוש היא הסכמה אמיתית שמבטאת בחירה חופשית. להערכת השופט דנציגר, במקרים רבים יסכים האדם לבקשת השוטר לערוך חיפוש, כיוון שיחשוש מתוצאות סירובו להיעתר לבקשה. במיוחד נכונים הדברים, כך הסביר השופט דנציגר, אם מדובר באוכלוסיות חלשות, כגון אנשים הלוקים בשכלם, אנשים הלוקים בנפשם, קטינים ומהגרי עבודה.

בנסיבות העניין לא הייתה מחלוקת שהשוטרים לא הסבירו לכן חיים שזכותו לסרב לחיפוש, וודאי שלא הסבירו לו שסירוב לא ייזקף לחובתו. לא הייתה גם מחלוקת על כך שלא הייתה עילה מכוח חוק לביצוע החיפוש. לכן שלושת השופטים היו מאוחדים בדעתם שנפל פגם בחוקיות החיפוש. זאת ועוד: בסופו של דבר כל שופטי ההרכב סברו שמן הדין לזכות את בן חיים, מאחר שהיה מוצדק לפסול את הראיות שהושגו בחיפוש הבלתי חוקי. עם זאת, בנוגע לטעמים לפסילת הסכין מלשמש ראייה היו חילוקי דעות מסוימים בין השופטים.

הנשיאה ביניש ייחסה משקל לכך שהעבירה שיוחסה לכן חיים אינה מן העבירות החמורות שבספר החוקים. מנגד, היא ציינה שהסכין הוא ראייה "חפצית" שיש לה קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה, ואמינותה אינה שנויה במחלוקת. בסופו של דבר הואיל והמטרה הראשית של דוקטרינת פסילת הראיות שהתפתחה בפסיקה היא להגן על הזכות החוקתית של הנאשם להליך הוגן, קבעה הנשיאה ביניש שאיזון השיקולים שהוזכרו מוביל לפסילת הסכין מלשמש ראייה, ולזיכוי של בן חיים. השופטת ארבל הצטרפה לנימוקים אלה.

לעומת זאת, השופט דנציגר סבר שחומרת העבירה המיוחסת לנאשם אינה מצדיקה בפני עצמה קבלה של ראייה שהושגה בניגוד לדין. השופט דנציגר גם הסתייג מהנטייה שלא לפסול ראיות "חפציות" שנתפסו שלא כדין.

מבחינתו של בן חיים הסתיים העניין בזיכוי פה אחד בידי שלושת שופטי בית המשפט העליון. אבל לפסק הדין בעניינו היו השפעות מרחיקות לכת שחרגו מהעניין של בן חיים עצמו. בטווח המיידי לאחר פסק הדין – בעקבות פניית הסניגוריה הציבורית התביעה המשטרית חזרה מ־70 כתבי אישום נוספים שהתבססו על חיפוש שעילתו הסכמה שאינה "מדעת"<sup>4</sup>. יתר על כן, בעקבות פסק הדין השתנתה גישת הערכאות הדיוניות לפסילת ראיות "חפציות" שהושגו שלא כדין, ובמקרים רבים מאוד נפסלו ראיות כאלה שנתפסו שלא כדין.

לפסק הדין היו כמובן גם השלכות ארוכות טווח. לעובדה שהשוטרים מכירים את התקדים שנקבע, יש יתרונות וחסרונות כאחד. היא בעלת השפעה מיטיבה במקרים שבהם השוטרים מעמידים אנשים על זכותם לסרב לחיפוש. במקרים אחרים היא גוררת מחלוקות עובדתיות

בשאלה אם אכן, כטענת השוטר, הוא העמיד את האדם על זכויותיו. ייתכן שהשימוש של שוטרים במצלמות גוף, שהחל בינתיים, יפתור בעיה זו.

בעיה שעלתה בפסק הדין של בית משפט השלום בעניין בן חיים ושלא נפתרה בבית המשפט העליון, היא שהנאשם אינו יכול להעיד על נסיבות החיפוש בלי להפלייל את עצמו בהחזקת החפץ שהוא מבקש לפסול מלשמש ראייה. נוסף על כך, השוטרים אינם חוקרים את החשודים על נסיבות תפיסת החפץ, ולכן בחומר החקירה נמצאת רק גרסת השוטר בעניין זה. הערכאות הדיוניות נקטו מאז גישות שונות במקרים שבהם העידו נאשמים על נסיבות החיפוש שבו נתפס חפץ אסור בהחזקה, ותוך כדי כך הפלילו את עצמם בהחזקה עצמה. היו שהרשיעו את הנאשם. היו שזיכו את הנאשם לאחר שקיבלו את טענותיו באשר לאופן תפיסת הראייה, תוך התעלמות מן העובדה שבעדותו הודה למעשה בהחזקה. היו שביטלו את כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק (כלומר מטעמים הנוגעים להגינות ההליך) בשל הפגמים שנפלו בתפיסת הראיות. היו גם שאפשרו לנהל משפט זוטא בעניין אופן תפיסת הראייה (כלומר, מעין "משפט בתוך משפט" שבו יעידו הנאשם והשוטרים על נסיבות תפיסת הראייה, ושבסיומו תתקבל החלטה בעניין קבילות הראייה בלבד) – כדי לאפשר לנאשם להעיד על נסיבות תפיסת הראייה בלי להפלייל את עצמו בהחזקת החפץ.

עם התפתחות הטכנולוגיה בשנים שלאחר הפסיקה בעניין בן חיים סוגיית החיפוש בהסכמה התעוררה מחדש, והפעם בהקשר של חיפוש בהסכמה במכשיר טלפון חכם. כידוע, ייחודו של מכשיר זה בכך שהוא אוצר מידע פרטי עצום ורב על המשתמש בו. בתי המשפט פעלו להנחיל למשטרה את חובתה להקפיד להסביר לבעל המכשיר כי אינו חייב להסכים לעיון ידני בו וכי לא יינקטו נגדו סנקציות כלשהן אם יסרב לכך. גם בהקשר זה התגלעו מחלוקות נוספות בשאלה של תוצאות ההפרה של החובה להסביר את הזכות לסרב לחיפוש, בין השאר בהתייחס לאפשרות לקבל צו חיפוש בטלפון חכם שקודם לכן בוצע בו חיפוש לא חוקי.<sup>5</sup>

החיפוש ה"קטן" שנערך בכליו של אברהם בן חיים הפך לסיפור גדול בעולמו של המשפט הישראלי. הדיון בו עורר למעשה שאלות בשני מישורים: האם הסכמה לחיפוש מסמיכה או לא מסמיכה (את השוטר לערוך אותו גם אם אין לכך עילה לפי החוק), ובהמשך לכך האם לפסול או לא לפסול (את הראייה שנמצאה אם לא הושגה הסכמה כדיון). בית המשפט השיב על שתי השאלות, אך ההתמודדות עם התשובות עדיין נמשכת בחיי המעשה. היא מוגדרת מחדש בכל מפגש שבין אדם פרטי לשוטר, שבו אומר השוטר, ממש כמו לאברהם בן חיים: "תוציא מה שיש לך בכיסים".

5 ראו למשל בש"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל (25.12.2019) ובש"פ 1758/20 אוריך נ' מדינת ישראל (26.1.2021).

## **"צדק (ב) צדק תרדוף": על תכליות ואמצעים בהליכי מעצר**

בג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 (1985)  
דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995)  
בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996)  
בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999)

### **שלמה בנג'ו**

דצמבר 1994, אישון לילה, אחת השכונות בירושלים. עימאד גנימאת בן ה-21 מהכפר צוריף התפרץ למכונית פרטית בירושלים, גנב אותה ונהג בה לכיוון חברון. כשהגיע למחסום הצבאי ונדרש לעצור, הוא נטש את המכונית ונמלט. כחודשיים לאחר מכן נסע גנימאת עם חברו במכונית פרטית גנובה אחרת, הפעם מבית שמש. כשהמכונית התקלקלה, גנימאת נמנע מלהסתכן והסתלק מהמקום, אבל חברו התעקש לתקן את התקלה ונשאר במכונית. בסמוך לאחר מכן עצרה אותו המשטרה, ובעקבות חקירתו נעצר גם גנימאת. יצוין כי באותה תקופה היקף התופעה של גניבת מכוניות מישראל והעברתן לאזור יהודה והשומרון היה נרחב, והיא אפילו הוגדרה "מכת מדינה".

ובחזרה לגנימאת. לאחר שהוחלט להגיש כתב אישום נגדו, המדינה עתרה להאריך את מעצרו עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו. מעצר מסוג זה היה נהוג כלפי מי שהוגש נגדו כתב אישום, אם עלה מן הנאשם סיכון לשלום הציבור או לביטחוננו, או אם היה חשש לשיבוש מהלכי משפט או להימלטות מההליך המשפטי. באותה עת קבע סעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982, כי קמה עילת מעצר, בין היתר, במקרה "שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את... שלום הציבור או בטחוננו או את בטחון המדינה". במקרה של גנימאת החליט בית משפט השלום להורות על מעצר עד תום ההליכים, והשיקול שהכריע את הכף היה העובדה שהעבירה שיוחסה לו נחשבה כאמור ל"מכת מדינה". בית המשפט המחוזי דחה את הערעור על כך, ועניינו של גנימאת הגיע לבית המשפט העליון. שם הוא הפך למקרה מבחן עקרוני של דיני המעצרים, ועל כן נדון פעמיים: לפני הרכב רגיל ובהמשך לפני הרכב מורחב.

כפי שנראה, בית המשפט העליון סבר אחרת והבהיר שאין מקום להורות על מעצר של אדם כאשר אין נשקפת ממנו מסוכנות קונקרטית. ההחלטה על סיכון לציבור אינה נגזרת מתפיסת

העבירה כ"מכת מדינה" בלי להידרש לנסיבות של הנאשם עצמו. בין השאר, התבססה פרשנות זו על החובה לפרש את חוקי המדינה ברוח חוקי היסוד בנושא ההגנה על זכויות האדם, ובמקרה זה סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעניינו ההגנה על החירות האישית, ושקובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". ב"סיבוב הראשון" של הדיון בבית המשפט העליון (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995)) קבעו שופטי הרוב, השופטת דורנר והמשנה לנשיא ברק, שלא היה מקום להאריך את המעצר של גנימאת עד לתום ההליכים, אלא להסתפק בשחרורו בערובה ובתנאים מגבילים. הם הסבירו שיש לפרש את עילות המעצר לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן להורות על מעצר רק כאשר קיימת מסוכנות קונקרטית. בדעה אחרת (ובמינוע) החזיק השופט מישאל חשין, שהדגיש את ההיקף העצום של גניבות הרכב, את קלות ביצוען ואת הרווח הקל שבצד העבירה, לצד ההסתברות של החשש שאם ישוחרר גנימאת, ימשיך לגנוב רכבים לפרנסתו.

אף שלא היה מדובר בתיק סבוך ומורכב, פרשת גנימאת לא ירדה מסדר היום הציבורי משפטי. עמדת שופטי הרוב בערר ביטאה שינוי תפיסה בפרשנות דיני המעצרים. הזכות החוקתית לחירות, שמצאה ביטוייה בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבעה, לפי דעת הרוב, נקודה ארכימדית חדשה בשיח זכויות הנאשמים, שלימינם עומדת חזקת החפות. על התביעה הוטל הנטל להראות מסוכנות קונקרטית הנובעת מהחשוד בביצוע עבירות אלה, ולא להסתפק בהיותן חמורות ו"מכת מדינה". הפרקליטות התקשתה לקבל עמדה זו והגישה לבית המשפט העליון בקשה לדיון נוסף בעניין.

בנובמבר 1995, כשנה לאחר שגנימאת התפרץ לאותו רכב באזור ירושלים וגנב אותו, באה לידי סיום הפרשה שחולל המקרה שלו. בית המשפט העליון ישב בהרכב מורחב של שבעה שופטים בראשות הנשיא לשעבר שמגר והנשיא אז ברק. הוא פסק בשאלות העקרוניות הנוגעות לדרך הפרשנות של עילות המעצר, ועיצב שיח חדש, שיח חוקתי, בשאלת המעצרים בישראל (דב"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995)). במישור העקרוני פסק הדין העלה על נס את זכויותיהם של עצורים שנאשמים בביצוע עבירה, וקבע כי אלה נהנים מחזקת החפות ומהזכות החוקתית העל-חוקית לחירות, שקבועה בסעיף 5 לחוק היסוד. פסק הדין ביקש למקד את המבט בהיות כל עצור קודם לכול בן אדם חופשי, בן חורין, חף מפשע, עד שתוכיח המדינה אחרת, אם תוכיח זאת. בהינתן זאת אין לפגוע בזכות היסוד שלו לחירות, אלא לתכלית ראויה ובאמצעים מידתיים. עוד נקבע במישור העקרוני כי את החוקים שקדמו לחוק היסוד הנדון, ובכלל זה את הוראות חוק סדר הדין הפלילי, יש לפרש לאור חוק היסוד והזכות החוקתית לחירות שקבועה בו. לא מיותר להוסיף שלא רק רטוריקה חוקתית שולבה בפסיקה של בית המשפט העליון בפרשת גנימאת. הייתה גם ביקורת מעשית נוקבת בנוגע לריבוי המעצרים בישראל. עם זאת, מעניין להוסיף שבמישור הקונקרטי של גנימאת נקבע שחומר הראיות מגבש עילת מעצר בהתאם להוראות החוק. עילה זו מבוססת על קיומו

של יסוד סביר לחשש שגנימאת יסכן את שלום הציבור ואת ביטחונו, ולכן קמה נגדו עילת מעצר. עם זאת, נקבע בדעת הרוב שהיה מקום לשחרר את גנימאת בתנאים מגבילים. פרשת גנימאת והביקורת החריפה של בית המשפט העליון בה הצטרפו לביקורת ציבורית משפטית רחבת היקף שזעקה לשינוי תפיסה בדיני המעצרים. כל אלה הולידו בסופו של דבר הצעת חוק להסדר חקיקתי חדש בתחום זה: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה-1995. פרשת גנימאת והשיח החוקתי הנוגע לחירויות הפרט, שהיו לב ליבו של הדיון בגנימאת, תפסו מקום בולט בדיונים של ועדת החוקה, חוק ומשפט. במאי 1996, כחצי שנה לאחר פסיקת בית המשפט העליון בעניין גנימאת, נפל דבר בישראל: התקבל חוק סדר הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, שחולל שינוי רב-היקף בכל הנוגע לדיני המעצרים. "טביעות האצבע" של הדיונים שקדמו לו בלטו בחוק המעצרים החדש.

החוק פותח ברטוריקה חוקתית נורמטיבית וקובע בסעיף 1(ב) כי "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו". החוק הכניס שינויים רבים בדיני המעצרים, ואי אפשר לעמוד כאן על כולם. בכל הקשור לדינונו, החוק ביטל את העילה של מעצר בשל חומרת העבירה וקבע רשימה מצומצמת של עבירות שמקימות חזקת מסוכנות, חזקה (הנחה) שהנאשם יכול לסתור. הגישה שנשבה מהחוק החדש, ביקשה לקדש את הזכות לחירות, כך שאפשר להשגת תכליות המעצר רק באמצעים ראויים, הגונים ומידתיים, ברוח עקרונות של צדק וחירויות יסוד שעומדות לכל אדם במדינה באשר הוא אדם.

גל נוסף של רפורמה נוצר מהמקרה של שגיא צמח (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נגנ' (5) 241 (1999)). צמח היה חייל בשירות חובה שנעדר מהשירות לתקופה שעלתה כדי עריקות. המשטרה הצבאית עצרה אותו והחזיקה אותו במתקן מעצר צבאי במשך חמישה ימים בלי שהובא לפני שופט. המעצר בוצע בהתאם לסמכות שהוקנתה באותה עת לקצין המשטרה הצבאית, על פי חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. צמח עתר לבג"ץ בטענה שהוראה זו היא בלתי חוקתית ולכן דינה להתבטל. במרכז הדיון עמד תיקון לחוק (חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32), התשנ"ו-1996) שקבע כי מעצר של חייל ללא צו שיפוטי יוכל להימשך 96 שעות (בשונה מהמצב המשפטי הקודם, שאפשר מעצר כזה לתקופה ממושכת יותר, כמו במקרה של שגיא צמח). אבל גם תקופה זו היא ארוכה יחסית, ובכל מקרה ארוכה מן הכלל שנקבע למעצר ב"אזרחות" באותו זמן (48 שעות בלבד לפני חוק המעצרים החדש, ו-24 לאחריו).

כמו בעניין גנימאת, גם כאן קבע בג"ץ, מפי השופט זמיר, כי החירות האישית, שמעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא זכות חוקתית מן המעלה הראשונה ותנאי למימוש חירויות היסוד האחרות. מעצר בידי רשות מנהלית, כגון צבא או משטרה, הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בזכות זו, במיוחד אם מעצר כזה מוטל בידי הרשות, ולא בידי בית המשפט, כשאותו אדם לא הורשע בבית המשפט. במקרה זה ההגנה על הזכות לחירות באה לידי ביטוי בסעד החריף ביותר שבית משפט יכול לתת: ביקורת שיפוטית על חקיקה של

הכנסת. בג"ץ ביטל את הוראת חוק השיפוט הצבאי אשר אפשרה להחזיק חייל חשוד במשך 96 שעות בלי שהובא להארכת מעצר לפני שופט, תוך קביעה כי הוראת חוק זו אינה חוקתית. לצד זאת, הוא אפשר לשלטונות הצבא להביא לתיקון החוק תוך חצי שנה, כדי להעמיד את התקופה המרבית למעצר שלא בצו שיפוטי על 48 שעות, בדומה להסדר שנקבע בחוק המעצרים. ומה צריכות להיות הראיות המשמשות בסיס למעצר עד תום ההליכים לפני משפט? שאלה זו נדונה בעניינו של שלמה זאדה (בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996)). יום בהיר אחד פשטו בלשים, ככל הנראה עקב מידע מודיעיני מוקדם שקיבלו, על הדירה שבה ששה זאדה. החשד היה החזקת סמים מסוכנים בכמות גבוהה. ההתנהלות החשודה של זאדה וחברו שמעון, ששהה עימו בדירה, חיזקה את החשד להתרחשות עבריינית בדירה. כששמעו השוטרים הדחת מים בשירותים, ידעו שחשדם היה מבוסס. השוטרים תפסו במורד מי הביוב חבילת סמים שבה חומר שהתברר מאוחר יותר שהוא סם מסוכן מסוג הרואין. בחיפוש בדירה נתפסו סמים מסוכנים מסוג גראס ומריחואנה. שמעון, חברו של זאדה ששהה איתו בדירה, טען במקום כי סם המריחואנה שייך לו. מאוחר יותר טען שמעון שכל הסמים שייכים לו. בד בבד טען זאדה שאין לו קשר לסמים, שהוא לא יודע למי הם שייכים, ושהוא כלל לא ראה סמים בדירה. נגד השניים הוגשו כתב אישום בגין החזקת סם שלא לצריכה עצמית, ובקשה למעצר עד תום ההליכים נגדם. שופט המעצרים קבע על יסוד חומר הראיות הגולמי שלפניו כי זאדה היה שותף לכאורה להחזקת הסמים האסורים עם חברו שמעון, והורה על הארכת מעצרו עד לתום ההליכים נגדו.

על החלטת זו הגיש זאדה ערר לבית המשפט העליון. בשל השאלות המהותיות שהתעוררו בו, הוא הועבר לדיון בהרכב מורחב. הערר עסק בשאלות העקרוניות מהו היקף המונח "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" שבסעיף 21א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי, ומהו הרף הראייתי שנדרש לשם הארכת מעצר של אדם עד לתום ההליכים נגדו, בעודו בשלב הביניים שבו מוגש כתב אישום נגדו.

בית המשפט העליון קבע בהרכב מורחב של תשעה שופטים בראשות הנשיא ברק כי נקודת המוצא במעצרו של אדם חייבת להיות התייחסות אליו כמי שהוא בחזקת חף מפשע, וכך לבדוק את חומר הראיות נגדו. משמעות דרישת ה"ראיות לכאורה" בשלב זה היא קיום ראייה גולמית אשר טמון בה פוטנציאל ראייתי שמקים "סיכוי סביר להרשעה" (להבדיל מהוכחה מעבר לספק סביר בשלב המשפט עצמו). לשם כך על השופט לבחון את ההיגיון הפנימי של הדברים, את מידת השתלבותם זה בזה ואת נקודות האחיזה בהם, וכמו כן לבחון את החומר הפועל לטובת הנאשם. מתוך כל הפסיפס הראייתי על בית המשפט לשוות לנגד עיניו תמונה כוללת באשר לפוטנציאל הראייתי שטמון בחומר הראיות. רק אם בית המשפט מתרשם שחומר זה מקים תשתית ראויה בעלת יכולת מסתברת להוביל להרשעה, רק אז יוכל להורות על שלילת חירותו של אדם ועל השמתו במעצר. אם חומר הראיות אינו בטיב כזה, לא ראוי לשלול את חירות הנאשם. בעניינו של זאדה הוחלט בדעת רוב לדחות את הערר, הואיל ונמצא שקיימות ראיות



לכאורה לכך שזאדה שיתף פעולה עם שמעון בכל הנוגע להסתרת הסם ולניסיון העלמת חלקו, ובכך נעשה שותף להחזקת הסם. לעומת זאת, שופטי המיעוט, השופטים בך ודורנר, סברו שחומר הראיות בעניינו של זאדה בעייתי לכאורה ואינו מגלה סיכוי סביר להרשעת האחרון בעבירת של החזקת סמים מסוכנים, ושעל כן לא קמה הצדקה למעצרו עד לתום ההליכים. לפיכך, לעמדתם, יש לשחרר את זאדה בערובה.

להשלמת התמונה חשוב לציין ש"חומר החקירה" עשוי לכלול גם מרכיבים שיסייעו לנאשם, ולא רק כאלה שיכבידו עליו. התביעה חייבת לגלות לחשוד את כל חומר החקירה הרלוונטי, בשלב שלאחר הגשת כתב האישום. לעיתים חומר זה יכול גם חומר שאינו כלול בתיק החקירה עצמו, אבל עדיין יכול לסייע לנאשם (כמו חומר חקירה בתיק קשור אחר, כפי שנקבע בבג"ץ 233/85 אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 (1985)).

גנימאת, צמח, זאדה, אל הווייל. כל אלה תרמו, לפחות בעקיפין, לגיבוש "מגילת הזכויות" של חשודים בשלב המעצר. ההקפדה על זכויות העצורים והנאשמים היא חלק בלתי נפרד מהאינטרס הציבורי. מיגור הפשע הוא תכלית ראויה וחשובה שיש לאפשרה ולקדמה בכל הכלים והאמצעים החוקיים העומדים לרשות המדינה. אבל תכלית לחוד ואמצעים לחוד. המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים, רק את אלה שעולים בקנה אחד עם ערכי המדינה, חוקיה וזכויות היסוד שחוקקה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. ערכיותה היא חלק מהדיאן-איי שמרכיב אותה ושמעצב את דמותה בין משפחות העמים הנאורים. המדינה חרטה על דגלה עם כינונה את קידושם של ערכי החירות, הצדק והשלום, שמלווים את עם ישראל מקדמת דנא כחלק ממורשתו היהודית-היסטורית. על רקע זה נקבע בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". עשיית הדין עם אדם, ובכלל זה מעצרו ושליילת חירותו, חייבת להיעשות מנקודת מבט המשקיפה על ערכים אלה, שהרי חזקה עלינו מצוות הכתוב כי אדם, כל אדם, בצלם אלוקים נברא.

# משפט פילי



## כבוד האישה וחירותה: מפרשת שמרת לפרשת קצב

ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993)  
ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011)

### דפנה ברק־ארז

לכל אישה זכות על גופה. לכל אישה יש זכות לבחור ולהחליט אם היא מבקשת להיות בקשר בעל אופי מיני, ועם מי. היש אמת פשוטה ובסיסית מכך? אבל גם אמיתות יסוד מסוג זה לא היו מובנות מאליהן בעבר, וגם כיום נמשך המאבק על כך שיהיו מובנות מאליהן. עבירות מין, שבגרעינן עומד האיסור על כפיית מעשים מיניים, היו תמיד חלק מן המשפט. אבל במשך שנים רבות הגדרתן ויישומן לא העניקו הגנה מספקת לנשים (ובמקרים אחרים גם לא לגברים ולילדים). לא אחת, יותר משהעבירות הגנו על הכבוד של נשים ועל האוטונומיה שלהן, הן סימנו את "קו הגבול" באשר ליחסי מין שנחשבו למותרים (רק בנישואין, ולעיתים אף ללא הגנה מפני אונס בנישואין). למעשה, עבירות המין היו מוגדרות בעבר בצמצום, הגדרה שהתמקדה בכפייה בכוח של יחסי מין, בדרך כלל בין זרים, מה שכונה לעיתים "אונס בשדה". כך המשפט הותיר מחוץ לתחומי הטיפול שלו מצבים רבים של פגיעה מינית. רק בהמשך הגיע השינוי, וזהו תהליך שהמשפט והחברה כולה עדיין בעיצומו – בישראל כמו במקומות אחרים.

במישור של החוק ה"יבש" נוספו לספר החוקים תיקונים שהרחיבו את ההגנה מפני כפייה מינית. עבירת האונס, שהיא עבירת ה"ליבה" בתחום זה, אינה מחייבת כיום הפעלה של כוח גופני, אמצעי לחץ אחרים או איום מצד הפוגע וגם לא התנגדות גופנית או הבעת התנגדות נחרצת מצד הנפגעת. די בהעדר הסכמה חופשית של נפגעת העבירה. כמו כן, לצד עבירת האונס קיימות עבירות נוספות שמרחיבות את קשת ההגנה מעבר לאונס או למגע גופני פולשני אחר – לפגיעות אחרות שמתבטאות במילים או בהתנהגות, דוגמת הטרדה מינית.

כמובן, שינויים משפטיים אינם יכולים להיות רק נחלת ספר החוקים. השאלה היא כיצד החוק מופעל ומיושם – בבתי המשפט, אבל לא רק בהם. אפשר להמחיש את הדברים באמצעות התייחסות לשתי פרשות שחקוקות בזיכרון הציבורי לאחר שהותירו חותם בגופן ובנפשן של נפגעות העבירה.

אפתח בפסק הדין הידוע בכינוי פרשת שמרת (ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993)). בבסיסו עומד מקרה שבו נערה בת 14 וחצי נפלה קורבן ל"אונס קבוצתי" מצד נערים מבוגרים ממנה, בני 17 לערך, כולם מהקיבוץ שבו התגוררה באותה עת, קיבוץ

שמרת. הנערים הזמינו את הנערה לבילוי, ובמסגרת זו הם חזרו וקיימו עימה מה שהוגדר בפסק הדין "שרשרת של מגעים מיניים קבוצתיים", בחלק מן המקרים לאורך שעות על פי "תור", במהלך חמישה ימים. לטענתם, הם סברו שהנערה הסכימה למעשים, מאחר שבאף אחת מן ההזדמנויות לא אמרה במפורש "לא". התלונה התייחסה לכמה אירועים והוגשה ימים מספר לאחר המעשה האחרון. בפסק הדין הנערה אינה מזוהה בשמה. לימים היא בחרה להזדהות בשמה המלא: יעל גרימברג.

בית המשפט המחוזי בחיפה, שבו התנהל המשפט, העדיף את גרסת הנאשמים על פני זו של יעל וזיכה אותם מחמת הספק (ת"פ (מחוזי חי') 290/90 מדינת ישראל נ' בארי (2.11.1992)). הוא הדגיש שבאף אחת מן ההזדמנויות יעל לא הבהירה לנאשמים במפורש שאינה מעוניינת לקיים יחסי מין עימם. בית המשפט המחוזי גם תהה על כך שלא הגישה תלונה במהלך הימים שבהם התרחשו האירועים, ושלל את ההסבר ולפיו הבושה שחשה מנעה ממנה לעשות כן.

הערעור שהגישה המדינה על הזיכוי התקבל, ופסק הדין שניתן בו שינה לא רק את התפיסה המשפטית בנושא, אלא גם את התודעה הציבורית. הנשיא שמגר, שכתב את פסק הדין העיקרי, האמין לטענה של יעל כי לא הסכימה למעשים שנעשו בה. הוא זיהה את המצוקה שהייתה שרויה בה ודחה את הציפייה להגיש תלונה ב"זמן אמת". הוא דחה במפורש את הגישה שרווחה בעבר ולפיה אי הגשת תלונה מיידית משליכה על אמינות התלונה המאוחרת. הוא גם האמין לגרסה של יעל ולפיה לאחר המקרה הראשון היא פעלה בעקבות רישומם של איומים מצד הנערים הפוגעים כי יפיצו בקיבוץ שהיא "מופקרת". הנשיא שמגר הבהיר כי די באמירת "לא" להבעת אי הסכמה, בלא שנדרשת התנגדות נוספת למעשה. הוא הוסיף שהסכמה לקיום יחסי מין עם אדם מסוים אינה תקפה לגבי אחרים, ושהסכמה אשר ניתנה לבן זוג בעבר אינה תקפה בהכרח להווה. בסיכומו של דבר, הנאשמים הורשעו בעבירות אונס ובעבירות נלוות. פסק הדין התייחס באופן תקדימי לסוגיות רבות שמלוות עד היום את השיח הציבורי בנוגע לאלימות מינית. הוא שלל את האשמת הקורבן והכיר במורכבות המיוחדת שמאפיינת את תהליך הערכת המהימנות של נפגעת העבירה. לא בכדי פסק הדין "נצרב" בזיכרון הקולקטיבי הישראלי בתור אבן דרך במאבק באלימות מינית.

פסק הדין ניתן בהסכמת השופטים חשין וגולדברג, וברמת ההכללה הגבוהה לא היו בו חילוקי דעות. עם זאת, בולטים ההבדלים בדרכי ההנמקה של השופטים. השופט חשין קבע כי העיקרון שחל על המקרה הוא החובה המוטלת על גבר שמבקש לקיים יחסי מין עם אישה, לקבל את הסכמתה המפורשת (עמ' 375). בהסבירו את הדברים הקביל זאת השופט חשין לכריתת חוזה, שבו הצעה של צד אחד צריכה להיענות בהסכמה של הצד השני. לעומת זאת, השופט גולדברג בחר להזהיר מ"היקש" מדיני החוזים, והסביר כי "ביחסי אישות ובהקדמות להם... תופס מקום גם אזור דמדומים בין הסכמה לאי-הסכמה, שגוניו כצבעי הקשת, כששפת הפה ושפת הגוף משמשים בו בערבוביה" (עמ' 385). עם זאת, במהות כל השופטים בפסק הדין מדברים בשפה אחת: הסכמה ליחסי מין אינה מובנת מאליה, ואי אפשר להניח את קיומה.

לאחר שהתקבל הערעור בבית המשפט העליון על הזיכוי בפרשת שמרת, התיק הוחזר לבית המשפט המחוזי כדי שיגזור את העונש. בשלב זה העונשים שהוטלו על הנאשמים היו קלים ביותר (עד 15 חודשי מאסר). כך נוצר פער עצום בין הדברים העקרוניים שנאמרו בבית המשפט העליון לתוצאת ההליך. למעשה, רק בהמשך דרכה של הפסיקה קיבלה ביטוי מעשי העמדה העקרונית שמחמירה בעבירות מין, גם אם הן נעשות בניסבות של היכרות מוקדמת בין הצדדים. עם זאת, בבחינה של פרשת שמרת במבט רחב החורג מן המקרה עצמו, אין ספק שהיא הובילה לשינוי תודעה בנוגע לזכות של כל אישה על גופה ולהגנה על חירותה לבחור את שותפיה המיניים. אפשר להעריך שהתהודה הציבורית שההליך המשפטי זכה לה, תרמה אף היא לכך. פרשת שמרת העלתה למודעות הציבורית את התופעה של ניצול מיני בכלל, ובפרט את הדינימיקה של אונס קבוצתי. מחזה בשם "משחקים בחצר האחורית", שכתבה עדנה מזי"א בעקבות המקרה, חזר והנכיח את הדברים. דן אלמגור, שכתב את השיר "כשאת אומרת לא למה את מתכוונת", הכה על חטא בעקבות הפרשה והוסיף לשיר המקורי בית נוסף שמבהיר: "כשהיא אומרת 'לא' היא מתכוונת 'לא!'".

פסק הדין שניתן בפרשת שמרת הוא חלק מתהליך ארוך יותר של רפורמה משפטית, שגם המחוקק היה שותף לה. בעבר ההגדרה של עבירת האונס כללה התייחסות לכך שיחסי המין נכפו על האישה "נגד רצונה תוך שימוש בכוח". בהתאם לכך, הפעלת כוח נגד האישה והתנגדות פעילה מצידה נחשבו לחלק מהבסיס להטלת אחריות על התוקף, ולכאורה לא היה די באי הסכמה. נוסח זה שונה בחודש מרץ 1988 והוחלף בהתייחסות למעשה שנעשה באישה "שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה" (חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988). בכך ביקש המחוקק לבטל את דרישת ההתנגדות מצד נפגעת העבירה (אם כי לא את דרישת הכפייה). זה היה הנוסח המחייב של החוק בעת שהתרחשו האירועים שהולידו את כתב האישום בפרשת שמרת (בחודש אוגוסט של אותה שנה) כמו גם מעשי האינוס שהתרחשו בפרשת קצב (בשנת 1998). מהלך הרפורמה בתחום זה הושלם בשנת 2001 בתיקון נוסף שקבע כי די בכך שהמעשה נעשה "שלא בהסכמתה החופשית" של האישה (חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א-2001). בכך בוטלה כליל דרישת הכפייה, ונותרה ההתמקדות בשאלת ההסכמה בלבד.

סדרת האירועים הידועה בתור פרשת קצב נחשפה בזירה הציבורית, ובהמשך לכך בזירה המשפטית, יותר מעשור לאחר פרשת שמרת. כפי שמצוין בפתח פסק הדין של בית המשפט העליון (ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011)), בחודש יולי 2006 זימן אליו משה קצב, באותה עת נשיא המדינה, את היועץ המשפטי לממשלה אז (ולימים שופט בית המשפט העליון) מני מזוז. קצב טען שסוחטת אותו עובדת לשעבר, שכונתה מאז בהליכים המשפטיים "א' מבית הנשיא". בעקבות המפגש נפתחה חקירת משטרה נגד אותה עובדת, אבל – כמו שצוין בפסק הדין – נפתחה גם "תיבת פנדורה" שהובילה לחקירה נגד הנשיא קצב עצמו. זאת מאחר שהגיעו למשטרה ידיעות אחרות מגנים שעבדו תחת קצב ולפיהן הוא ביצע בהן עבירות

מין בדרגות חומרה שונות בעת שכיהן בתפקידים ציבוריים (נשיא המדינה, שר התיירות וסגן ראש הממשלה, ושר התחבורה). בסופו של דבר הוגש נגד קצב כתב אישום שייחס לו עבירות מין בחלק מאותן נשים שעבדו תחתיו: מי שכונתה "א' ממשרד התיירות", שהעבירות החמורות יותר בוצעו בה, ושתי עובדות מבית הנשיא.

קצב כפר בעבירות שיוחסו לו, והציג עמדה משפטית ועמדה ציבורית שלפיהן הוא קורבן לעלילה ולשקרים. המשפט של קצב התקיים בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, ובסופו הוא הורשע פה אחד בשתי עבירות אונס ובעבירות מין נוספות (מעשה מגונה בכוח, הטרדה מינית ועוד). בעיקרו של דבר, בית המשפט האמין למתלוננות ואף הבין את המצב הבלתי אפשרי שנקלעו אליו בתור נשים שהוכפפו לדרישות מיניות מצד מי שממונה עליהן בעבודה. שופטי הרוב גזרו על קצב עונש מאסר בן שבע שנים (לצד עונשים נוספים), נגד עמדתה החולקת של שופטת המיעוט, שסברה כי נכון להסתפק במקרה זה בארבע שנות מאסר בלבד, בהתחשב במה שלתפיסתה היה משפט שכבר עבר על קצב בתקשורת ובזירה הציבורית.

קצב ערער לבית המשפט העליון על הרשעתו ועל עונשו, וערעורו נדחה. בית המשפט העליון, בהרכב השופטים נאור, ארבל וג'ובראן, לא מצא עילה להתערב בקביעות העובדה של בית המשפט המחוזי, שהאמין למתלוננות, וגם לא בעונש של קצב, בשים לב לחומרת מעשיו. גם פרשת **קצב** חרגה בחשיבותה ובהשלכותיה מתחום המקרה הפרטי שעליו נסבה. היה מדובר במקרה מבחן ליכולת של מתלוננות להתייצב בפני נושא משרה בכירה, מי שהוא "האזרח מספר אחת", ולכפור ב"זכותו" לעשות בהן מעשים מיניים. היה מדובר גם במבחן לחברה ולמערכת אכיפת החוק מבחינת היכולת לתת להן את הגב שהן נזקקו לו. ב"זמן אמת" המתלוננות שתקו, אך לא עוד. יכולתן להתלונן על קצב בעת שכיהן בתפקיד נשיא המדינה ולהעיד נגדו הייתה גם היא ציון דרך ששימש דוגמה לנשים אחרות לכך שאין מקום לשתוק במקרה של כפייה מינית. היא אף מופת לשמירה על עקרון היסוד של שוויון בפני החוק.

פרשת **שמרת** ופרשת **קצב** חולקות כמה מאפיינים משותפים. בשני המקרים מדובר בפגיעות מיניות שמבוססות על ניצול כוח שאינו בהכרח גופני: כוח בהקשר חברתי במקרה של פרשת **שמרת** וכוח הנובע מעמדה כלכלית ומעמדה פוליטית במקרה של פרשת **קצב**. בשני המקרים מדובר במקרים שבהם הכפייה המינית התרחשה על רקע היכרות מוקדמת בין הצדדים, ולא בהתאם לתפיסה שרווחה בעבר כאילו עבירות מין נעברות בעיקר בין זרים. לצד זאת יש בין המקרים גם שוני רב. בפרשת **שמרת** את העבירות עשו בני נוער שעודדו זה את זה. נפגעת העבירה הייתה קטינה, כמעט ילדה. פרשת **קצב** מאופיינת בכך שאדם בוגר ורם מעמד ניצל את כוחו כחלק ממילוי תפקידיו הציבוריים ובמתכונת חוזרת ונשנית. נפגעות העבירה היו נשים בוגרות, ובכל זאת היו בעמדת נחיתות ביחס למעמדו הרם. גם הסביבה המשפטית בשתי הפרשות הייתה שונה. פרשת **שמרת** הייתה מקרה בעל אופי ראשוני: התעמתות אמיתית ראשונה של מערכת המשפט עם הזכות של כל אישה לומר לא. פרשת **קצב** כבר נולדה אל סביבה משפטית שונה. החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, נחקק כמה שנים קודם

לכן. האקלים המשפטי היה שונה גם מבחינת פסקי הדין שכבר ניתנו בבתי המשפט. עם זאת, השינוי באקלים המשפטי טרם חלחל במידה מספקת אל חיי המעשה.

פסקי הדין שניתנו בפרשות אלה הובילו לא רק לתוצאות משפטיות, אלא גם להשפעות בזירה הציבורית. אחריהם יש לקוות שכל איש ציבור יחשוש שאם ינצל לרעה את מעמדו לביצוע עבירות מין, גורלו יהיה כשל קצב. נפגעות עבירה רבות יותר נכונות להגיש תלונות ולהתייצב בפני הפוגעים בהן. לא פחות חשוב: אנו עדים להתפתחות נכונות של נשים שנפגעו מינית להתייצב ב"פנים גלויות" ולספר את סיפורן, חרף הזכות שעומדת להן לשמור על אלמוניותן. יעל גרימברג נתנה לעצמה שם. כך גם עובדות שהתלוננו נגד קצב (אם כי בפועל כתב האישום לא כלל אישומים שנוגעים להן): תחילה יועצת התקשורת אודליה כרמון, שהזדהתה בתור א' ממשרד התחבורה, ובהמשך גם א' מבית הנשיא, שתלונתה הולידה למעשה את פרשת קצב, ושלימים התראיינה בשמה, אורלי רביבו. הן עשו זאת באומץ ותוך נטילת סיכון לספוג מחיר אישי לא מבוטל. אין להלין על המתלוננות שבחרות להישאר באלמוניותן. זוהי החלטה אישית לחלוטין, וטעמיה ברורים. לצד זאת, אותן מתלוננות שיוצאות מן הצללים תורמות לאפשרות להילחם בתפיסות של בושה ושל האשמת הקורבן. הדבר תלוי כמובן גם בנכונות של החברה לשמוע ובאפשרות העומדת למתלוננות לנהל הליך משפטי שלא ישחזר את הטראומה או יעצים אותה חלילה (מה שזכה לעיתים לכינוי "אונס שני"). לשם כך נדרשים גם תהליכי עומק מתמשכים, שאכן מתבצעים, בכל "שרשרת" האכיפה: במשטרה, בפרקליטות ובבתי המשפט עצמם.

לשמיעת נפגעות העבירה יש כיום ביטויים נוספים, חלקם משפטיים וחלקם חוץ-משפטיים. במישור המשפטי ראוי לציין את חקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, שמקנה זכויות למתלוננים ולמתלוננות, למשל לעיין בכתב האישום ולקבל מידע. במישור החוץ-משפטי אפשר לציין את התופעה של פרסומים בתקשורת וברשתות החברתיות מצד נפגעות תקיפה מינית, בלי להגיש תלונות במשטרה, במסגרת תנועת #MeToo, שהתפתחה בישראל כחלק מתופעה חברתית כלל-עולמית. לעיתים הדבר נעשה תוך התייחסות לאירועים שכבר התיישנו לאחר שבזמן אמת הקורבנות לא חשו שיוכלו להתלונן. כמובן, על מערכת המשפט לשאוף לכך שהיא תשמש כתובת ראשונה ומתבקשת להגשת תלונות.

הדרך לחברה נקייה מאלימות מינית עוד רחוקה. למרבה הצער והזעזוע, מקרים קשים של אלימות וניצול מיני, גם במצבים חברתיים דומים לאלה שנדונו כאן, חוזרים ומתרחשים. הדברים אמורים גם בפרשות קשות של ניצול מיני בחבורה של נערות צעירות תוך ניצול לרעה של פערי הכוחות בין הצדדים. המציאות הטכנולוגית הולידה גילויים מכוערים חדשים של התופעה, והפגיעה המינית "מהודהדת" בסרטונים שמופצים ברשתות החברתיות. אם כן, התקדימים הם חשובים, אבל השפעתם על חיי המעשה היא אתגר מתמשך למערכת המשפט ולחברה כולה.



## ”דוד יעקובוביץ הננו דנים אותך למיתה”

ע”פ 125/50 יעקובוביץ נ’ היועץ המשפטי, פ”ד 1 514 (1952)

### דבורה ברלינר

כל מי שגדל בתל אביב במחצית המאה הקודמת ואילך, זוכר שמעל גן מאיר, פינת חמד במרכז תל אביב, ריחפה תמיד עננה שנלוו לה לעיתים אזהרות הורים לילדים שלא להיכנס לגן. מקור העננה נעוץ בכך שגן מאיר היה זירת הרצח והאונס הראשונה בישראל הצעירה. הרצח בוצע ביום 21.8.1949, כשנה לאחר קום המדינה, ונסיבותיו המיוחדות כאילו נלקחו מספר מתח דמיוני שסופר מוכשר במיוחד הגה במוחו, כמעט הייתי אומרת: ממוחו הקודח. לכל עובדה בתיק זה יש אופי מיוחד ומטריד. הדברים אמורים החל בעובדות הבסיסיות, בזהותם של המעורבים, עבור לדרך החקירה ועד להליך המשפטי. האירוע היה בזמנו סנסציה בקנה מידה שהמדינה הצעירה לא ידעה, עד כדי כך שאפילו בית המשפט העליון מצא להעיר בפסק דינו על ”הפרסום הרב, הרב מדי, שקנה לו מאורע עגום זה בציבור” (עמ’ 561). בקפיצה לימינו אלה קשה להעלות אפילו בדמיון איזה ”עיבוד” היו עוברים האירוע והמשפט ברשתות החברתיות ובעולם הדיגיטלי.

הסיפור בקליפת אגוז: דוד יעקובוביץ הואשם באונס של נעמי שטיין וברצח של אחיה למחצה דניאל (דני) פקטורי, שהיה לצידה באותה עת, כדי להקל על ביצוע האונס. הזירה הייתה, כפי שניתן להבין, גן מאיר. השניים, שנולדו לאותו אב מאימהות שונות, לא גדלו יחדיו והם הכירו זה את זה רק שבועות ספורים לפני האירוע. סיפור חייו של הנאשם גם הוא לא היה טיפוסי. שמו האמיתי הוא כריסטוס ניקולאידיס, יוני נוצרי שהגיע לישראל במסגרת הצבא הבריטי ושהציג עצמו כיהודי ששמו דוד יעקובוביץ. ביום האירוע נפגשו נעמי ודני והלכו לטייל בגן מאיר, ששימש אז מקום מפגש לזוגות. נעמי הייתה אז כבת 21 ודניאל כבן 25, נשוי ואב לילדה. בעת ששהו במקום, לפתע הותקפו במכות באמצעות מקל עבה. נעמי ספגה מכות בידיה ובראשה ולדניאל נגרמו שבר ברקה השמאלית ומה שאופייני בתור ”שפך דם” במוח. התוקף, שנעמי זיהתה מאוחר יותר כיעקובוביץ, גרר אותה למקום אחר בגן, שם נאבקה עימו. יעקובוביץ עזב אותה לזמן מה והיא ניסתה לברוח, אלא שמיידי לאחר מכן שב, רדף אחריה ולאחר מאבק גופני ממושך שהיה מלווה גם באיומים כי יחנוק אותה ויהרגה, הצליח לאנוס אותה. דניאל החבול בראשו הצליח להגיע לבית אימו, שגרה בסמוך לגן מאיר, ומשם הובא לבית החולים הדסה, שם נפטר למוחרת.

ההתנהגות של יעקובוביץ בהמשך אינה התנהגות שאפשר לצפות לה מתוקף אכזרי. יעקובוביץ עזב את המקום וחזר כעבור דקות ספורות למקום, מביא איתו חלוק שלקח מחבל כביסה. את החלוק הלביש לנעמי, שמכנסיה נקרעו. לאחר מכן נענה לדרישתה לקרוא למגן דוד אדום. בהמשך הזעיק את המשטרה למקום, הדריך את השוטרים למקום שבו שכבה נעמי, חיכה להכנסתה לניידת המשטרה וגם מסר את שמו וכתובתו לשוטרים. כמה ימים לאחר מכן זיהתה אותו נעמי בתור מי שתקף אותה. מסדר הזיהוי נערך ביום 25.8.1949, בעת שנעמי עוד הייתה בבית חולים. בעודה שוכבת על אלונקה היא הועברה בין המשתתפים במסדר הזיהוי, וכשהסתכלה על יעקובוביץ ומישהו את שערו, הצביעה עליו כעל אדם שדומה מאוד למי שתקף אותה ואת דני.

נגד יעקובוביץ הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו שייחס לו עבירה של רצח לפי סעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936. התיק התנהל בפני הרכב בראשותו של הנשיא נתן בר-זכאי עם השופטים שלו גנוסר ויעקב גביון. יעקובוביץ ביסס את הגנתו על טענת אליבי. לטענתו, הוא היה מחוץ לעיר וחזר רק אחרי חצות. כשעבר ליד הגן בדרכו הביתה, שמע אנחות וכך הגיע למקום שבו שכבה נעמי.

המשפט שהתנהל היה סנסציוני, בין השאר משום שההגנה כיוונה חיציה לטענות שעניין גילוי עריות בין שני האחים. בהקשר זה צוין שנעמי לבשה מכנסיים, גופיה וחולצה. לדבריה, במהלך המפגש עם דניאל שקדם לתקיפה, הסירה - שעה שדניאל הסב מבטו - את חזייתה משום שנפרם בה כפתור, את הגופייה לא הצליחה ללבוש, ונתרה בחולצה ובמכנסיים. בשל כך העלתה ההגנה את האפשרות של גילוי עריות. בשורה התחתונה נעמי העידה שלא היה בינה לדניאל מגע מיני, ובית המשפט המחוזי ששמע את עדותה, נתן אמון בדבריה. כדי לסבך את הדברים: התברר כי בהודעה שנגבתה מנעמי מייד לאחר האירוע נרשם כביכול מפיה: "נהגנו [הכוונה לנעמי ולדניאל] לבלות ביחד באופן רומנטי, ישבנו שעתים ובמשך זמן זה התעלסנו באהבים... דני שכב עלי ויתכן שקצת לכלך אותי בזרעו...". והרי לך דברים מפורשים שמשמעותם אינה טעונה בהרה. וחזרנו להתפתחויות החריגות לאורך כל הדרך בתיק זה: התברר כי קצין המשטרה שגבה את הדברים מפיה של נעמי היה חוקר חדש ולא מנוסה, ובית המשפט העליון מתח ביקורת נוקבת על בחירתו לתפקיד: "אין להביט בעין יפה על העובדה שהמשטרה לא מצאה לנכון, בשים לב לרצינות המקרה, להטיל את גביית העדות הנ"ל, אף בשלב המוקדם האמור של החקירה, בידי קצין משטרה יותר מנוסה" (עמ' 528). חוסר הניסיון של הקצין הביא להתנהלות שאין דרך אחרת להגדירה אלא בתור שערורייתית: קצין המשטרה אישר כי רשם מילים כאילו נאמרו מפיה של נעמי, אף שהיא כלל לא אמרה אותן. כאמור בית המשפט המחוזי קבע מבחינה עובדתית שלא היה מגע מיני.

"הנאשם דוד יעקובוביץ... הננו דנים אותך למיתה". במילים דרמטיות אלה נפתח גזר הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו לאחר שהרשיע את יעקובוביץ ברצח. יעקובוביץ לא הואשם באונס, ולמעשה נושא האונס נכנס לתמונה בשל כך שהיה מדובר בעבירת רצח לפי

החלופה של ביצוע רצח כדי להקל על עשיית עבירה אחרת.<sup>1</sup> העבירה האחרת במקרה זה הייתה אונס.

את ההחלטה להרשיע את הנאשם ברצח, ביסס בית המשפט המחוזי על כך שיעקובוביץ כאמור רצה להקל על עצמו את ביצוע האונס, ולכן תקף את דניאל. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, די בכך שפעולת התקיפה הייתה מכוונת – גם אם הרוצח לא התכוון להמית את הקורבן ולא רצה במותו – כדי שהמעשה ייחשב לרצח. במישור הראייתי בית המשפט המחוזי ייחס משקל רב להתרשמותו מהמהימנות של נעמי שטיין. בפסק הדין צוין כי "נעמי שטיין בתורת עדה עשתה עלינו רושם מצויין. היא בחורה חכמה, בעלת זכרון למעלה מהרגיל, בעלת ידיעות מדעיות וגם – וזה חשוב עוד יותר – בעלת כשרון לחשוב בצורה הגיונית, שוקלת את דבריה יפה יפה ומתאמצת לדייק" (עמ' 20, פסקה 4). כדי שהשבחים שחלק בית המשפט המחוזי לעדות של נעמי לא יישארו בחלל הריק, כדאי אולי לצטט כמה משפטים מעדותה, שאכן הייתה ברורה וקוהרנטית ושנאמרה בעברית חגיגית של ראשית שנות המדינה. וכך סיפרה בעדותה מיום 5.12.1949: "הסתכלתי לאיזה כיוון הוא הולך קמתי וברחתי, ראיתי איך הוא נכנס בין השיחים ודמותו נעלמה... אני בטוחה שזה אותו אדם שהתנפל עלי קודם לכן זה מפני שקודם לכן ראיתי את פניו ודמותו... התחלתי לצעוק כ-5 רגעים אחרי שהאיש הלך כשהייתי לבושת חלוק זה היה קול כושל במצבי". כל מילה מדויקת, עניינית ולא מתלהמת. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי בהינתן כלל הנסיבות, ספק אם יש צורך בסיוע נוסף לעדות כדי להרשיע לפיה – אבל יש סיוע למכביר גם באשר לכך שהנאשם הוא התוקף, והוא שהוכח באופן חיובי כי כל פרט מסיפור הנאשם באשר לאליבי שמסר היה כוזב. בסיכומו של דבר, בית המשפט המחוזי הרשיע את יעקובוביץ כאמור בעבירת הרצח ודן אותו למיתה. חשוב להזכיר שבאותה עת הונחה כבר על שולחן הכנסת הצעת חוק שעסקה בביטול עונש המוות במדינת ישראל, אבל רק שנתיים לאחר מועד גזר הדין הוא בוטל הלכה למעשה.<sup>2</sup>

יעקובוביץ ערער על פסק הדין לבית המשפט העליון ובערעור השתנתה התוצאה. בית המשפט העליון (בהרכב השופטים שמעון אגרנט, שמחה אסף ומשה זילברג) סבר שעל פי העובדות שהוכחו יש מקום להרשיע את יעקובוביץ בעבירה הפחותה יחסית בדרגת חומרתה, של הריגה, במקום ברצח, ובהתאם נגזרו עליו 15 שנות מאסר (ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 514 (1952)). לאחר מכן הופחת "שליש" מעונשו.

ליבת ההכרעה של בית המשפט העליון מצויה בדרישת הזדון שבסעיף החוק הרלוונטי. בית המשפט המחוזי הסתפק בכך שהמבצע התכוון לעשות את הפעולה שגרמה למות הקורבן, כלומר הנחתת מכות במקל עץ עבה בראש המנוח, גם אם לא רצה במותו, ואילו בית המשפט

1 באותה עת, כאמור, כך הורה סעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי. לימים הוא הפך להיות סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. כיום, בעקבות הרפורמה בתחום עבירות ההמתה, חלופה זו של עבירת הרצח מעוגנת בסעיף 301א(2) לחוק העונשין.

2 חוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התשי"ד-1954.

העליון דרש הרבה יותר מכך. בפסק הדין הוסבר כי קיימות ארבע חלופות באשר למחשבה הפלילית שצריכה לקונן בליבו של העבריין: פעולה רצונית שבעטיה נגרם המוות ותו לא (רצה להניף את ידו ולהכות במקל בראש של המנוח); פעולה רצונית בצירוף המבחן אם אדם בר דעת היה חווה מראש, מפאת האופי המסוכן של המעשה, את התוצאה הקטלנית שקרתה; פעולה רצונית שמלווה בכוונה פלילית (כאן השאלה תהיה האם הנאשם חזה שהפעולה עשויה להוביל למות הקורבן, וגם רצה בכך); פעולה רצונית מלווה בפזיזות פושעת, "כאן השאלה תהא: האם, בשעת מעשה, היה הנאשם ער לכך, שפעולתו עלולה להסתיים בתוצאה קטלנית, אם כי אותו זמן לאו דוקא חפץ שיקרה דבר כזה" (עמ' 554).

לדעתו של השופט אגרנט, שכתב את פסק הדין העיקרי, לצורך הרשעה ברצח על התביעה להוכיח אחת משתי החלופות האחרונות (רצה במות הקורבן; או לפחות היה מודע לכך שהמכות שהנחית יסתיימו במוות, גם אם לא רצה בכך בהכרח). בנסיבות העניין אף אחת משתי האפשרויות הללו לא הוכחה, ומכאן שיש להרשיע בהריגה ולא ברצח. למסקנה זו הגיע השופט אגרנט בין היתר "משום שאין להעלות על הדעת, בשום פנים, כי המחוקק המנדטורי, אשר ב-1936 שאף להעניק לתושבי הארץ הזאת קודקס פלילי מודרני, בחר ואימץ להם אז דין 'ארכאי' זה דווקא [הכוונה לכך שדי בפעולה רצונית שהסתיימה במות המנוח] – דין שהנהו מנוגד למושגי מוסר ואתיקה מקובלים" (עמ' 553). הינה כי כן – המסקנה נשענת, במידת מה לפחות, על "טוהר מניעיו" של המחוקק המנדטורי "האידיאליסטי". השופט זילברג הצטרף לתוצאה במקרה זה, אבל חשב כי יש לפרש את עבירת הרצח כך שאפשר להרשיע בה את הנאשם רק אם הוכח שהנאשם רצה במות הקורבן, ואין די בכך שרצה להצליח בביצוע העבירה האחרת שלשמה ביצע את מעשה הרצח. השופט אסף הצטרף לתוצאת פסק הדין בלי לנקוט עמדה.

מילים ספורות על סוגיית ראיית הסיוע ועל השתלבותה בפרשה. לפעמים עומדת לחובת הנאשם עדות של עד אחד, ודי בה כדי להרשיע אותו. במקרים אחרים אותה עדות יחידה לא תספיק, ונדרש להוסיף לה ראיה שתסייע לה, כלומר שתתמוך במה שנאמר בה. באופן כללי ראיית סיוע היא ראיה עצמאית נוספת שצריכה לעמוד בדרישות מוגדרות כדי שתאיים לתפקידה. במרבית העבירות אין נדרש סיוע, ודי בראיות אמינות שהיו מקובלות על בית המשפט. אבל בעבירות מסוימות נדרש סיוע, ובלעדיו – לא תהיה הרשעה. באותה תקופה עבירת האונס, בהיותה עבירת מין, דרשה ראיית סיוע. בפסק הדין ניתן ביטוי לעמדה שרווחה אז: "מן המפורסמות הוא כי במקום שנדונה האשמה על עבירה מינית, רואים את המתלוננת, קרבן העבירה, בבחינת אדם שהוא חשוב על השבועה ואין סומכים, איפוא, על דברי עדותה, אלא אם כן נתמכים הם על ידי ראיה נוספת, בלתי תלויה. הטעם לכך הוא: חזקה עליה, על המתלוננת, שבראש וראשונה חתרה להגן על כבודה, ומן הדין, איפוא, לנקוט זהירות יתרה לגבי דבריה ולא לראותם כאמת, בלי שתהא קיימת בצדם הוכחה מסייעת" (עמ' 542). למותר לציין כי דברים אלה לא היו נאמרים היום, ועוד הרבה לפני עידן ה־#MeToo. אדרבה, מכירים

בכך שהתגובה של נפגעי עבירות מין עשויה להיות שונה, וגם כשלים מסוימים בעדותם אינם מצביעים בהכרח על אי אמירת האמת.

בית המשפט המחוזי ראה סיוע לגרסתה של נעמי, אם הוא נדרש, באליבי הכוזב שמסר יעקובוביץ. השופט אגרנט לא ראה צורך בסיוע, שהרי העבירה שמדובר בה היא רצח, והאונס הוא רק רכיב גלווה – העבירה שאת ביצועה התכוון העברייני להקל. עם זאת, עדיין ראה לנכון להתייחס להיבט מסוים בסוגיית הסיוע ושלל קביעה חד-ערכית שלפיה לעולם אליבי כוזב יכול לשמש סיוע. זאת משום שלעיתים גם אדם חף מפשע יכול לנקוט "אמצעי נפסד זה... רק מפני שהוא מאמין כי לא יצליח להתגונן בדרך אחרת" (עמ' 541). כיוון שכך, הוא הבחין בין אליבי שלא הוכח לאליבי שהופרך, וקבע באופן כללי שיש לבחון כל מקרה בנסיבותיו. אין לך קביעה אנושית המכירה במורכבות נפש האדם ובנפתוליה יותר מזאת, ולכן אני רואה להביאה. זויות נוספת של נושא הסיוע בפרשת יעקובוביץ התמקדה בשאלה הבאה: האם בהנחה שהיה סיוע לכך שהקורבן (נעמי) אכן עברה אונס, יהיה בכך פטור מדרישת הסיוע לעניין זהות האנס? על כך השיב השופט זילברג במילים הבאות: "לא אטרוד קולמוסי בבדיקת האסמכתאות האנגליות שהובאו על ידי פרקליט המדינה המלומד, כי אין כל ערך להן וכל חשיבות. מקום שנפסקה הלכה סופית על ידי בית-המשפט העליון של מדינת ישראל, אין חולקין כבוד לתקדימים אנגליים" (עמ' 562). והרי לך גאווה ישראלית בשנת 1950 כשנתיים לאחר קום המדינה! בהמשך הסביר השופט זילברג כי דווקא משום שאין בישראל שיטת מושבעים, יש חשיבות לדרישת הסיוע גם באשר לזהות האנס.

לקראת סיום – אחזור דווקא לנקודת הפתיחה של פסק הדין בבית המשפט העליון. את פסק הדין המקיף והחדשני (שאין לך סטודנט למשפטים שאינו מכיר אותו) פתח השופט אגרנט דווקא בהתייחסות להיבט חוקי דיוני "יבש", והוא הגדרת התפקיד של ערכאת הערעור בהיררכיה שבינה לבית המשפט שדן בתיק. ועל כורחך אינך יכול שלא לתמוה: מכל הנושאים העקרוניים והעובדתיים שבהם עוסק פסק הדין בפרשה הדרמטית של יעקובוביץ, מה ראה השופט אגרנט לפתוח דווקא בנושא זה? אין בפי תשובה חד-משמעית לשאלה. אבל נראה לי שיש כאן ביטוי להכרה בשלטון החוק במובנו הרחב והאידיאולוגי, לאו דווקא חוק שכתוב בספר החוקים. ערכאת הערעור תקבל את ממצאי הערכאה הראשונה בהנחה שאלה מבוססים ומעוגנים בחומר הראיות, גם "אילו ישב הוא – בית-המשפט לערעורים – בערכאה ראשונה, היה בא לכלל מסקנה שונה", כפי שציטט בית המשפט מפסק דין קודם של השופט ש"ז חשין (עמ' 519). בכך ניתן מענה לכל התהיות והכשלים שהיו במהלך החקירה ובמהלך ניהול המשפט בבית המשפט המחוזי. האמון המוחלט והמבוסס בעדות של נעמי נתן מענה גם למזורות שבדרך ההתנהגות של יעקובוביץ, שהביא לנעמי חלוק והזעיק עזרה רפואית ומשטרה, ואפילו מסר את כתובתו (ולכך צירף בית המשפט העליון כמה היבטים שמצביעים על היגיון מסוים בדרך פעולתו). גם הכשל שבבחירתו של קצין המשטרה החוקר והתנהגותו הבלתי נסבלת בכתיבת הודעתה של נעמי נכללים במסגרת זו.

עדיין ועל אף כל אלה, כאמור בית המשפט לערעורים לא יתערב במסקנות השופטים ששמעו את העדים וראו אותם, אלא אם כן מדובר במסקנה שאין לה סימוכין, או שהיא נשענת על שימוש בלתי נכון בחוק, מושפעת משיקולים אשר אין ביניהם לשאלות השנויות במחלוקת ולא כלום, או אינה מוצדקת נוכח הנסיבות אשר הוכחו. עמדה זו מוסיפה להנחות את בתי המשפט גם כיום. ואולי בהיבט כללי, העיקרון של כיבוד הדדי של ערכאות בית המשפט, שבית המשפט העליון עמד עליו, טומן בחובו גם מסר לגופים נוספים ולהתנהלות של המדינה הצעירה. האמירה היא כי ללא כיבוד סמכויות כל גוף שלטוני בתחום פעולתו ושמירה עליהן, לא יהיה אפשר לבסס מדינה מתוקנת שמתפקדת כראוי למען אזרחיה ולקיימה.

# טעויות קטלניות: על חובת הזהירות במשפט הפלילי ומבחן "האדם הסביר"

ע"פ 196/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' בש, פ"ד יח(4) 568 (1964)  
ד"נ 15/64 בש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 309 (1965)

## גלעד נויטל

ביום 4 במרץ 1962 אירע אסון מחריד בחיפה כאשר שני ילדים – יעקב להב בן ה־6 וחניתא חגי בת ה־4 – נכנסו אגב משחק למקרה נטוש בחצר ביתם באזור "הכרמל הצרפתי". הדלת נסגרה עליהם והם נחנקו למוות בתוך מלכודת המקרה בלא יכולת לצאת. הידיעה שפורסמה בעניין זה למוחרת היום בעיתון "הארץ" תיארה את החיפוש אחר הילדים ואת התמונה הקשה שנגלתה לעיני המחפשים אחר הילדים שפתחו את המקרה. המקרה הנטוש תואר בה "מלכודת מוות"<sup>1</sup>.

מרדכי בש, שהעמיד את המקרה בחצר הבית ושהשאיר אותו ללא השגחה, הועמד לדין והורשע בבית משפט השלום בחיפה בגרימת מותם של הילדים מתוך "חוסר זהירות או פחזנות שלא היה בהם כדי רשלנות פושעת", כלומר עבירה של גרימת מוות ברשלנות. בפני בית משפט השלום הובאה שורה ארוכה של עדים, אשר העידו כי לא היו צופים מראש שילדים ישחקו במקרה נטוש שכזה וימצאו בו את מותם. אבל בית משפט השלום קבע כי בכל זאת היה על בש להביא אפשרות זאת בחשבון. בש ערער על פסק הדין ובית המשפט המחוזי קיבל את הערעור וזיכה אותו מכל אשמה. השופט כספי הסכים עם שופט בית משפט השלום שבש היה חב בחובת זהירות לנקוט אמצעים סבירים כדי שהילדים לא ייפגעו מהמקרה, ושהמערער נהג ברשלנות בהשאירו את המקרה בנסיבות הנדונות. אבל הוא המשיך ובדק את "האפשרות של פעולה זדונית מצד גורם שלישי". מכיוון שלא הייתה הוכחה כיצד הילדים נכנסו למקרה וכיצד הדלת נסגרה אחריהם, הוא סבר שאין לשלול לחלוטין את האפשרות של מעשה זדוני של גורם שלישי, ועל כן אין לומר שהתביעה הרימה את נטל ההוכחה המוטל עליה. השופט וינוגרדוב סברה גם היא שאין להוציא מכלל אפשרות "מעשה מטעם גורם שלישי שאין המערער אחראי לו". היא הוסיפה והסבירה כי המשיב, בתור אדם סביר, לא היה חייב לצפות מעשה כזה – לא שדלת המקרה תיסגר מעצמה, לא שמישהו אחר יסגור את הדלת מבחוץ ויעזוב את המקום, ולא

1 "מקרה עזוב בחצר היה מלכודת מוות ל־2 ילדים" הארץ 1962.5.3.8.

שהילדים יסגרו את הדלת מבפנים – ואלו כל האפשרויות הקיימות לסגירת דלת המקרר על הילדים הנמצאים בתוכו. הנשיא אזולאי הצטרף בפסק דינו לטעמים של שני חבריו. בשלב זה היועץ המשפטי לממשלה ערער על פסיקה זו וערעורו התקבל. בית המשפט העליון, בהרכב השופטים זוסמן, כהן ומני, השיב על כנו את פסק הדין של בית משפט השלום וקבע כי יש להרשיע את בש (ע"פ 196/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' בש, פ"ד יח(4) 568 (1964)).

פסק הדין שניתן בפרשת **בש** הוא אבן דרך במשפט הישראלי ומניח מושכלות יסוד בנוגע להגדרת "האדם הסביר" והחבות הנגזרת עליו. וכך נקבע בו: "שחובת הזהירות אשר חייב אדם למלא בטרם יוכל להשתחרר מאחריות פלילית למות אדם אחר כתוצאה ממעשהו או ממחדלו, נמדדת לא לפי מידותיו של הנאשם העומד לפני בית המשפט, כי אם לפי מידותיו של 'האדם הסביר', כלומר לפי קנה מידה אובייקטיבי; ובבוא בית המשפט לקבוע קנה מידה זה, עשוי הוא להקפיד ולהחמיר כדי שלא יקופחו חיי אדם" (עמ' 572).

השאלה שעמדה להכרעה בבית המשפט הייתה האם הנאשם היה יכול, וצריך, לצפות את האסון שקרה לילדים. בערעור בבית המשפט העליון קבע השופט חיים כהן: "השאלה מה ומה היו הסכנות הצפויות ממעשים ומחדלים שכאלה, אינה שאלה שבעובדות, כי אם שאלה שבדין", כלומר "שהצפויות הקובעת אינה צפיותו של הנאשם... כי אם צפיותו המשווערת של כל אדם סביר, בין אם היתה היא למעשה גם צפיותו של הנאשם ובין אם לאו" (עמ' 571). הוסיף וקבע השופט כהן: "אין לי כל ספק שלא היה דבר רחוק מלבו ומכוונתו של המשיב מאשר לקפח חייהם של פעוטים אלה... ושהסכנה שהכלי שלו, שלא היה לו חפץ בו, ישמש מכשיר לאסון מחריד זה, היתה מחוץ ומעבר לכל מחשבה, הרהור או חשש שאי פעם עלו בלבו. ואולם חוק הוא בישראל" שחובת הזהירות נמדדת לפי אמת המידה של "האדם הסביר" (עמ' 572).

בהתייחסו לעדים שהובאו בבית המשפט השלום הסביר השופט כהן: "בקבענו שאדם סביר חייב היה לצפות מראש את אשר המשיב דגא והעדים שבאו להגנתו לא ציפו מראש, אין אנו אומרים שהמשיב ועדיו אינם אנשים סבירים: סבירותם שלהם – כבודה במקומו מונח. מידת הצפיות אשר על בית המשפט לקבעה בכגון דא, נקבעת על פי ניסיון החיים והידיעה הכללית שבידי השופט; ולענין שלפנינו – כפי שהשופט המלומד בבית המשפט השלום ציין – יש ללמוד מניסיון החיים ומידיעה כללית כאמור, שמקרר נטוש שכזה העומד בחצר ביתו, מקור סכנה הוא אשר ילדים מטבע ברייתם נמשכים אליו ואינם יכולים לעמוד כנגדו... והם ישחקו וישתמשו בו ככל העולה על רוחם, מבפנים ומבחוץ – ועל כן כל פגיעה ופגיעה תוך כדי משחק או שימוש כאמור, בגדר הצפיות הסבירה הן" (שם).

על פסק דין זה הגיש בש בקשה לדיון נוסף, בטענה כי לא ייתכן שבית המשפט יהיה מוסמך לקבוע את מידת הצפיות של אדם סביר בלי להזדקק לעזרת עדים ומומחים. כמו כן, נטען כי לא ייתכן שאדם יואשם בעבירה פלילית אך ורק מכיוון ששופט מסוים אינו בדעה כי אדם סביר היה צופה סכנה זו, בו בזמן ששופט אחר היה מגיע למסקנה הפוכה על יסוד ניסיון החיים שלו.



מ"מ הנשיא אגרנט דחה טענות אלה וקבע כי אין מקום לקיים דיון נוסף בפסק הדין (ד"נ 15/64 בש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 309 (1965)). בהתייחסו לטענות אלה שב וקבע בית המשפט העליון: "פשיטא, שאם הדלת של המקרר הנדון יכלה להיסגר מכוח עצמה ובקלות, כי אז רק מסקנה הגיונית היא – מסקנה הנעוצה בנסיון החיים הכללי – שכל אדם סביר, אשר היה רגיל להשתמש במקרר מהסוג הנדון – היה צופה מראש, כי הילדים, ששיחקו בקרבתו, עלולים להיכנס לתוכו, כך שדלת המקרר תיסגר מאחוריה... העדות של האנשים, אשר העידו שהם לא צפו, לאחר שהעמידו את מקרריהם בחצרותיהם, לסכנה כנ"ל ושזו לא היתה עולה אף פעם במחשבתם, היא חסרת חשיבות, שכן ההערכה של מה שמחייבת 'הצפיות הסבירה' בנסיבות המקרה, חייבת להיות ההערכה של בית המשפט ולא של אחרים... השאלה, מה היה צריך לצפות, הגיונית, במקרה הנדון, הופכת להיות, לעתים, שאלה של מידה... '... לא קיים קנה מידה מוחלט לגבי מה שנחשב הגיוני וקרוב לוודאי. זה תלוי, בהכרח, בנסיבות וזוהי תמיד שאלה של מידה" (עמ' 312-313).

למעשה, בית המשפט העליון בפרשת **בש** תרם את חלקו ביצירה גורמטיבית של דמות "האדם הסביר" (בנסיבות של המקרה) באופן שזו תהיה אמת מידה להתנהגות לכלל אזרחי המדינה בהקשר של עבירת רשלנות. כל זאת, כפי שנקבע, משום שבית המשפט, ולא אחרים, הוא שמעריך מה מחייבת "הצפיות הסבירה" בנסיבות המקרה.

בעקבות פרשת **בש** בוצעו תיקוני חקיקה. כך, פורסמה הצעת חוק למניעת מפגעים (בטיחות מקררים), התשכ"ה-1965, כארבעה חודשים בלבד לאחר שניתן פסק הדין בדיון הנוסף. החוק עצמו – חוק למניעת מפגעים (בטיחות מקררים), התשכ"ה-1965 – כולל שתי הוראות מהותיות. הוראה אחת קובעת כי יש לייצר מנגנון המאפשר לפתוח דלת מקרר מבפנים כתנאי לייצור מקרר או להעברתו לאחר (סעיף 2). ההוראה השנייה קובעת שאדם לא יפקיר מקרר ולא יזניחו, אלא לאחר שהוריד את דלתו (סעיף 3). הנושא גם זכה לסיקור נרחב בעיתונות.<sup>2</sup>

תיקון חקיקה נוסף שנעשה בשעתו, ושנקבע בעבר בפקודת החוק הפלילי וכיום בסעיף 340 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע כך: "המשאיר או מפקיר דבר במקום שיש לילדים גישה אליו, ויש יסוד סביר להניח שילדים ישחקו בדבר או יטפלו בו בדרך אחרת, ושבעשותם כן הם עלולים להינזק בבריאותם או לסכן חייהם, ואינו נוקט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע תוצאות כאלה, דינו – מאסר שנה". עבירה זו מורכבת מיסוד נפשי של רשלנות ואין חיוב שייגרם נזק בפועל, די ביצירת סכנה. אם אכן נגרם אסון, נבלעת העבירה באחת מעבירות ההמתה. בדברי ההסבר לחוק אין פרשת **בש** ופסקי הדין שניתנו בעקבותיה מוזכרים, אבל ישנה שם התייחסות לחפצים ודברים "שאינם כלי ירייה או חומר נפץ, אשר המשחק בהם על ידי ילדים עשוי לסכן אותם... כגון מקררים מיושנים בסביבות בתי מגורים".<sup>3</sup> לאורך השנים

2 למשל "יצרני מקררים חויבו להתקין פתיחה מבפנים" **מעריב** 27.12.1965, 1.

3 הצעת חוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 21), התשכ"ד-1964.

אפשר למצוא פסקי דין שונים שבהם נאשמים נמצאו אשמים בעבירה לפי סעיף 340 לחוק העונשין (סכנה לילדים), ושהם נטען כי הנאשם השאיר דבר במקום שיש לילדים גישה אליו, וכי הם ניזוקו מאותו דבר.<sup>4</sup>

גם לאחר עניינו של בש נדונו מעת לעת מקרים שבהם נכשלו אנשים נורמטיביים לחלוטין ברשלנות פלילית, והשאלה שחזרה על עצמה הייתה מה היה אפשר, וצריך, לצפות. אפשר להזכיר כאן למשל את המורה אסתר אלגביש, שיצאה עם תלמידי כיתה ט' בתיכון שבו לימדה לטיול בחוף הכנרת (ע"פ 402/75 אלגביש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 561 (1976)). בחוף היה מוצב שלט ולפיו "הרחצה בחסות מציל" בלבד, ובפועל תחנת המציל הייתה סגורה והיה מונף בה דגל שחור. המורה הפצירה במפעיל סירות לאפשר לתלמידים להשיט אותן בקרבת החוף (לא יותר מ־50 מטר ממנו) כדי לא לפגוע בשמחת הטיול. בהמשך התגברה הרוח. אילנה חליוה ז"ל, אחת התלמידות, נסחפה למי הכנרת וטבעה. גם אסתר אלגביש הורשעה בעבירה של גרימת מוות ברשלנות.

בספרות המשפטית הושמעו ביקורות על ההלכה שנקבעה בפסק הדין בפרשת בש. רבים טענו כי מה שנתבע בפועל מבש היה סטנדרט שבני תמותה רגילים לא התאימו לו, ולכן הרשעה בפלילים בניסבות אלה אינה מתיישבת עם חוש הצדק.<sup>5</sup> הביקורת הטעימה כי פסק הדין הוא בגדר "חוכמה בדיעבד". אנשים סבירים ושומרי חוק חשו שגם להם זה היה יכול לקרות, ואף אחד מהם לא היה צופה מראש שילדים ישחקו במקרה נטוש וימצאו בו את מותם (!). הרי מקריאת עובדות פסק הדין ומההכרעה בעניינו של בש ברור שלא הייתה לו כוונה שהילדים ימצאו את מותם בתוך המקרה, ושהוא כלל לא צפה את האפשרות שהדבר עלול להתרחש. אבל, בכל הכבוד, ראויה היא ההלכה שנקבעה. מאחר שדלת המקרה הנדון יכלה להיסגר מכוח עצמה ללא אפשרות לפתיחתה מבפנים, כי אז הגיוני שכל אדם סביר, לרבות מר בש, שרגיל להשתמש במקרה מסוג זה, צריך לצפות מראש שילדים שנמצאים בקרבתו, עלולים להיכנס לתוך המקרה מהסוג הזה, ודלת המקרה תיסגר מאחוריהם ללא יכולת לצאת מהמקרה. אבל אפשר להשקיף על הדברים גם אחרת: הכרעת בית המשפט הרחיבה את גבולות האחריות החברתית כך שמעשה שפלוגי עושה צריך להיבחן באמת מידה אובייקטיבית תוך התחשבות בזולת. הנסיבות של פסק הדין בעניין בש נסבות על אירוע קונקרטי, אבל אני סבור שאפשר לראות ששורה בהלכה שנקבעה בו קריאה לסולידריות חברתית, לאכפתיות, לאחריות הדדית ולהתחשבות בזולת בחיים המשותפים בשגרת היום יום.

4 למשל ת"פ (שלום ראשל"צ) 4980/06 מדינת ישראל נ' לאון (31.5.2009); ת"פ (שלום ת"א) 3935/02 פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (20.12.2005); ע"פ (מחוזי ת"א) 71192/00 רולן בע"מ נ' מדינת ישראל (7.7.2002).

5 למשל מרדכי קרמניצר "על רשלנות בפלילים: יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד 88-91 (1994); בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 175-176 (2020).

## התפתחותה של הסתה

ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996)  
בג"ץ 2684/12 י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ  
המשפטי לממשלה (9.12.2015)  
רע"פ 7669/15 מחאג'נה נ' מדינת ישראל (18.4.2016)

### דנה מרסקי-מרום

הרב עידו אלבה היה האדם הראשון שהועמד לדין בישראל בגין העבירה שעניינה פרסום הסתה לגזענות. עבירה זו, המעוגנת בסעיף 144ב לחוק העונשין, התשל"ז-1977, נוספה בשנת 1986 בתיקון לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 20), התשמ"ו-1986) עם עבירות נוספות שיצרו סימן (חלק בחוק) ייחודי שעניינו "גזענות". באפריל 1994, כחודשיים לאחר מעשה הטבח של ברוך גולדשטיין במערת המכפלה, הרב אלבה – ששימש רב בכולל שליך מערת המכפלה בחברון – הפיץ בקרב תלמידיו מאמר שכותרתו "בירור הלכות הריגת גוי". בגין פרסום זה, שלגביו נטען כי משתמע ממנו היתר להרוג "גויים", ופרסומים אחרים הועמד הרב אלבה לדין בבית המשפט המחוזי בירושלים. הרב אלבה בחר להחריש בחקירה ובמשפט ולא מסר הסבר כלשהו למאמר בן ה-19 עמודים שהפיץ לתלמידיו. הוא בחר באופן מכוון שלא להתמודד עם התזה שהציגה התביעה, ולפיה פרסם את המאמר מתוך כוונה להסית לגזענות ולשכנע שפגיעה בערבים היא מותרת ומוצדקת. בהמשך, במסגרת קו ההגנה, הרב אלבה טען באמצעות סנגורו שהביא את המאמר לפני תלמידיו בכולל כדי לשתפם בלימוד סוגיה הלכתית, ושמאמרו עוסק ב"גויים" במובן הרחב, ולא דווקא בערבים או במוסלמים.

היזומה לקבוע איסורים פליליים מפורשים על הביטויים השונים של הגזענות, נולדה על רקע צמיחת ה"כהניזם" בחברה הישראלית והצורך לשמור על דמות המדינה ועל ערכי היסוד שלה. זאת במיוחד על רקע הקמת המדינה בצל השואה והעובדה שהמחוקק הישראלי חרת על דגלו את הלקח הנורא של השנאה הגזענית. רצח ראש הממשלה יצחק רבין בנובמבר 1995 הביא לשינוי ביחס של החברה הישראלית אל ההסתה ולהבנה באשר לסכנות הטמונות בה. הרצח חידד את המחלוקת בנושא גבולות חופש הביטוי בהקשר של הסתה לאלימות או לטרור, על רקע הטענה הרווחת כי ביטויי ההסתה שנשמעו עובר למקרה הרצח הכשירו את הקרקע לקראתו. כפועל יוצא מכך חל שינוי גם בהתייחסות של גורמי המשפט להוראות חוק שאוסרות הסתה.

מאחורי הגדרת הגזענות והאיסור הפלילי עומד הרצון להגן על קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, על כבוד האדם והשוויון בין בני האדם ועל הסדר החברתי ושלומו הציבורי. בפסק הדין בעניין אלבה הובהר שהגזענות פוגעת בכבוד האדם ובשוויון בין בני האדם, ושמשמעותה היא שנאת חנם של הזר בהיותו זר, על רקע שונות גזעית או לאומית-אתנית – והאנטישמיות, למשל, היא ביטוי מובהק לגזענות ולחולי שהיא מביאה לחברה. איסור ההסתה לגזענות נועד גם להגן על ערכים של סובלנות כלפי האחר, של שמירה על הסדר החברתי ושל מניעת הפצת שנאה בציבור, שכן המציאות הוכיחה כי המרחק בין ביטויי גזענות והסתה לה לבין גילויי אלימות ותוקפנות כלפי מושא הגזענות איננו רב. אידאולוגיית הגזענות עלולה בקלות להסלים לביטוי מעשי של גילויי שנאה גופניים ואלימים – הן בידי מפיץ דברי השטנה, הן בידי מי ששומע אותם. עם זאת, הגשת כתב אישום בשל עבירה של פרסום הסתה לגזענות אינה עניין קל ערך, ורק במקרים מיוחדים וראויים – באישור של היועץ המשפטי לממשלה – יוגש כתב אישום נגד המסית לגזענות. המציאות מצביעה על כך שבדרך כלל התביעה תנהג בהזירות באשר לעבירות שיש בהן הגבלה על חופש הביטוי ותהיה מונחית גם לפי שיקולים ערכיים, ולא רק לפי שיקולים משפטיים.

במקרה התקדימי שתואר, בית המשפט המחוזי, מפי השופטת פרוקצ'יה, לימים שופטת בית המשפט העליון, הרשיע את אלבה בביצוע כמה עבירות, ובהן איסור פרסום הסתה לגזענות (ת"פ (מחוזי י"ם) 251/94 מדינת ישראל נ' אלבה (12.4.1995)). אלבה ערער על כך לבית המשפט העליון (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996)). בהתחשב באופי העקרוני של הערעור הוא נקבע לדיון לפני הרכב של שבעה שופטים נגד דעת המיעוט של שניים. אלבה נדחה בדעת רוב של חמישה שופטים נגד דעת המיעוט של שניים.

השופט מצא, שכתב את פסק הדין המרכזי, קבע בדעת רוב כי אדם יכול להיות מורשע על פרסום כל ביטוי שהוא, גם אם תוכנו "תמים" לכאורה, ובתנאי שפורסם במטרה להסית לגזענות. כך, אין צורך לעסוק במשמעות הטקסט עצמו, ומרכז הכובד של העבירה מצוי בהוכחת המטרה הפסולה של המפרסם. ברקע גישה זו עומדת התפיסה שאין באיסור הפלילי על פרסום הסתה לגזענות דבר הסותר את חופש הביטוי, וכפי שניסח זאת בנחרצות השופט מצא: "הביטוי הגזעני אינו נמנה עם צורות הביטוי הפוגעניות, המרגיזות או המקוממות, שעל חברה חופשית להשלים עם קיומן, חרף סלידתה מפניהן. הביטוי הגזעני הוא חריג. הוא מצוי מחוץ לגדריה של תפיסת העולם הדמוקרטית, ושערי חופש הביטוי נעולים בפניו" (עמ' 267). השופט מצא בחן את הטקסט עצמו ואת נסיבות הזמן והמקום. כזכור, המדובר בתלמידי כולל במערת המכפלה, אשר נחשפו לטקסט המסית שחיבר מי שהייתה לו השפעה מכרעת עליהם. השופט מצא הגיע למסקנה חד-משמעית: מטרת הרב אלבה היו להעביר לקוראיו מסר אקטואלי ופוליטי בעל אופי גזעני ולעודד אותם לפעילות אלימה נגד אלה שאינם יהודים. האופי העיוני של המאמר, כך נקבע, הוא לכאורה בלבד ואינו אלא כסות חיצונית למסר שכולל קריאה לפעולה. עם השופט מצא הסכימו הנשיא ברק והשופטים כן, גולדברג ודורנר.

ראוי לציין שהרב אלבה הורשע בעבירות נוספות, לרבות בעבירות נשק. הרב אלבה, שהחזיק ברישיון לרובה אם־16, ביקש ממסגר בקרית ארבע לייצר בעבורו משתיק קול ל־אם־16 ולעוזו. חרף ניסיונות חוזרים לשפר את משתיקי הקול, התגלה שהם בלתי יעילים. נוסף על כך, ניסה הרב אלבה להשיג תחמושת בדמות לבנת חבלה ומידע על אודות בסיסי צה"ל בדרום הארץ שמצויים בהם מאגרי תחמושת. יצוין כי בפסק הדין התנהלות זו לא שימשה ראייה, חרף הטענה האפשרית כי יש בה כדי להוות נדבך נוסף לכך שהטקסט שהופץ ככולל היה אכן בבחינת קריאה לפעולה נגד ערבים.

פסק הדין ניתן נגד דעת המיעוט של השופטים טל וטירקל. שופטים אלה נתנו משקל מכריע לטקסט עצמו והגיעו למסקנה שהרב אלבה פרסם מאמר הלכתי מובהק בדבר השוני בין הריגת יהודי להריגת "גוי". להתרשמותם, לא היה בו היתר להריגת "גוי" או גורם כלשהו של הסתה. השופט טל אף הרחיב וקבע שהמדובר במאמר עיוני־אקדמי, ושההרשעה של כותבו היא פגיעה חמורה ביותר בחופש הביטוי האקדמי. עוד הזכיר השופט טל כי בחוק העונשין קיימת הנחה הניתנת לסתירה שכאשר אדם מצטט מתוך כתבי דת, לכאורה אין כוונתו להסית לגזענות, אלא להפיץ את הדת – ובמקרה כזה על התביעה מוטל נטל כבד יותר להוכיח שהמדובר בפרסום מסית.

מקרה נוסף שבו התעורר תחום ה"תפר" בין שיח הלכתי לאיסור על גזענות, נדון בעתירה לבג"ץ נגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את מחברי הספר "תורת המלך", בין היתר בעבירה של הסתה לגזענות, מחוסר ראיות מספיקות (בג"ץ 2684/12 י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (9.12.2015)). המחברים, רבנים בישיבת "עוד יוסף חי", פרסמו בשנת 2009 ספר שעסק ב"דיני נפשות בין ישראל לעמים", לרבות פרקים דוגמת "הריגת גוי שעובר על שבע מצוות", "נפש יהודי מול נפש הגוי" ו"פגיעה מכוונת בחפים מפשע". כמו הרב אלבה, גם רבנים אלו שמרו על זכות השתיקה במהלך חקירתם. עם זאת, הם לא הועמדו לדין, והעתירה נסבה על כך. בית המשפט העליון השתמש במכתב שמסרו לעורך דינם אגב הליך משפטי אחר, שם טענו כי מדובר בספר הלכתי שנועד לעיון תאורטי, וכי הוא יצא במהדורה מוגבלת אשר נועדה ל"לומדי סוגיות תלמודיות בעיון". בנוגע להיבט הגזעני הסבירו המחברים באותו המכתב כי הספר אינו מתייחס ספציפית לבני הלאום הערבי, אלא לכל מי שאינו יהודי מבחינה הלכתית.

המשנה לנשיאה רובינשטיין, שכתב את פסק הדין המרכזי של דעת הרוב ושאליו הצטרפה הנשיאה נאור, לא הסתיר את שאט נפשו כלפי תוכני הספר ומחבריו: "הכרעה זו ניתנת בחירוק שיניים. לבי להעמדה לדין ומוחי בספקות הרבים, אף שכל גים בי מתקומם כנגד דעותיהם והגיגיהם של המחברים. עסקינן בספר לובש כסות יהודית ולאמיתו הוא אנטי יהודי, כי הוא מוציא דיבת היהדות רעה. הוא משדר רוח רעה, שלא קשה לקרוא כמופנית קבוצתית לערבים, שהם שכנינו" (פסקה לב). המשנה לנשיאה רובינשטיין הוסיף שגם במקרה זה השאלה אינה גזענות המחברים, אלא האם המדובר באמירות שמגיעות לכדי עבירה פלילית של הסתה לגזענות.

יֵאמֵר כִּי, בִּשְׁוֹנָה מֵעֵינֵינוּ שֶׁל הָרֵב אֲלֵבָה, הַכְרַעַת בֵּית הַמִּשְׁפָּט הָעֵלִיּוֹן בְּפִרְשַׁת "תּוֹרַת הַמֶּלֶךְ" נִיתְּנָה עַל רִקְעַ סוּגִיית הַהֲתַעַרְבוֹת בְּשִׁיקוֹל הַדְּעַת שֶׁל הַיּוֹעֵץ הַמִּשְׁפָּטִי לַמִּשְׁלָה,<sup>1</sup> אֲשֶׁר כֹּאמֹר הַחֲלִיט שֶׁלֹּא לְהַעֲמִיד לְדִין אֶת מַחְבְּרֵי הַסֵּפֶר. חֶרֶף הַהֲתַלְבְּטוֹת שֶׁמִּשְׁתַּקֶּפֶת בְּפַסְיִקְתּוֹ עַל רִקְעַ הַקּוֹשֵׁי הָעֵרְכֵי־מוֹסְרִי עִם תּוֹכְנֵי הַתּוֹרָה הַמוֹפְצָת שֶׁל מַחְבְּרֵי הַסֵּפֶר, קִבַּע רוֹבִינְשְׁטֵיין שְׁאִין מִקּוֹם לְהַתְּעַרֵב בְּהַחֲלֵט הַיּוֹעֵץ הַמִּשְׁפָּטִי לַמִּשְׁלָה, אִם כִּי הַדְּגִישׁ שֶׁלְחִיבוּרֵי הַלְכָתִי־פֶרֶשְׁנֵי־אֵין חֲסִינּוֹת מוֹחֲלָט מִפְּנֵי הַסֵּתָה לְגִזְעוֹנוֹת. אֲלֵא שְׁנִיתוּחַ הַטְּקִסְט, הַשִּׁימוּשׁ בְּמוֹשְׁגִים כְּלִלִיִּים שֶׁמִּשְׁמָשִׁים גַּם בְּלִשׁוֹן הַלְכָתִית רִגִּילָה, וְהַמְבַּנָּה הַהֲלָכָתִי־לְמַדְנֵי שֶׁל הַסֵּפֶר הִבִּיאוּ אוֹתוֹ לְמַסְקָנָה (עַל אִף שֶׁאֵת הַנֶּפֶשׁ מִתּוֹכָן הַסֵּפֶר) כִּי קִיִּים סִפְק לְגַבִּי פְּלִילִיּוֹת הַתְּכַנִּים, וְכִי הַמְדוּבָר בַּסֵּפֶר שֶׁמִּצְוֵי בְּעִיָּקְרוֹ בְּתוֹךְ גְּדֵרֵי חוֹפֵשׁ הַבִּיטוּי הַהֲלָכָתִי.

הָעוֹתָרִים טִעְנוּ לְקוּוֹי דְּמִיּוֹן רַבִּים בֵּין מַחְבְּרֵי הַסֵּפֶר "תּוֹרַת הַמֶּלֶךְ" וְהַטְּקִסְט הַגִּזְעֵנִי שֶׁפִּרְסַמוּ, לְבֵין הַמֵּאֲמָר שֶׁל הָרֵב אֲלֵבָה וְהַתְּנַהֲלוֹתוֹ, בְּאוֹפֵן אֲשֶׁר מַחֲיִיב לְהַעֲמִיד לְדִין פְּלִילִי. הַשּׁוֹפֵט רוֹבִינְשְׁטֵיין קִבַּע שֶׁאֵכֵן קִיִּים דְּמִיּוֹן בֵּין תּוֹכֵן הַמֵּאֲמָר שֶׁל הָרֵב אֲלֵבָה לְסֵפֶר "תּוֹרַת הַמֶּלֶךְ", אֲבָל הַדְּגִישׁ אֶת הַהֲבַדְלִים בֵּינֵיהֶם. הַמֵּאֲמָר שֶׁל הָרֵב אֲלֵבָה כְּלָל בְּסוֹפוֹ מַסְקָנָה הַלְכָתִית בְּרוּרָה שֶׁמִּטִּילָה אֶת חוֹבַת הַמִּלְחָמָה עַל הָאָדָם הַפְּרָטִי, וְאִילוֹ אוֹתָהּ "קְרִיאָה לְפַעוּלָה" אֵינָה עוֹלָה מִתּוֹךְ הַטְּקִסְט הַגִּזְעֵנִי שֶׁל "תּוֹרַת הַמֶּלֶךְ". בְּפַסְק דִּין זֶה דוּוֹק אֵינֵן מִשְׁקָל לְעוֹבְדָה שֶׁהָרֵב אֲלֵבָה עִסַּק בְּאוֹפֵן פְּעִיל בְּהַשְׁגַּת נֶשֶׁק מִתּוֹךְ מִטְרָה לִיזוּם פְּעוּלוֹת אֱלִימוֹת נֶגַד הַצִּיבוּר הָעֵרֶבִי, בְּתוֹר רִאִיָּה נְסִיבִיתִית חֲזָקָה לְהוֹכִיחַ מִטְרָה לְהַסִּית לְגִזְעוֹנוֹת.

מִנְגַּד, הַשּׁוֹפֵט ג'וֹבְרָאן, אֲשֶׁר כָּתַב אֶת דְּעַת הַמִּיעוּט, קִבַּע כִּי לְשִׁיטָתוֹ הִיָּה מִקּוֹם לְהַשִּׁיב אֶת עֵינֵינֵם שֶׁל מַחְבְּרֵי הַסֵּפֶר לְהַמְשֵׁךְ חֻקֵּיהֶם וּבַחִינָה מַחֻדָּשֶׁת שֶׁל הַיּוֹעֵץ הַמִּשְׁפָּטִי לַמִּשְׁלָה, וְלַמַּעֲשֵׂה אֵימָץ אֶת טִעְנוֹת הָעוֹתָרִים בְּדַבָּר נִקּוּדוֹת הַדְּמִיּוֹן הַרְבוֹת לְעֵינֵינוּ שֶׁל הָרֵב אֲלֵבָה.

הַסּוּגִיָּה שֶׁל הַסֵּתָה מִפִּי אִישׁ דַּת עֲלָתָה שְׁנַיִם רְבוֹת לְאַחֵר מִכֵּן בְּעֵינֵינוּ שֶׁל הַשִּׁיָּה רֵאָאָד סְלֵאָח מַחְאָג'נָה, מְנַהִיג הַפְּלֶג הַצְּפוֹנִי שֶׁל הַתְּנוּעָה הָאִסְלָאמִית בִּישְׂרָאֵל (רַע"פ 7669/15 מַחְאָג'נָה נ' מְדִינַת יִשְׂרָאֵל (18.4.2016)). מַחְאָג'נָה הִגִּיעַ עִם מֵאוֹת תּוֹמְכִים בְּבוֹקֵר יוֹם שִׁישִׁי לוֹוֹאֲדִי ג'וֹז בִּירוּשָׁלַיִם עַל רִקְעַ הַגְּבֻלָּת כְּנִיסַת מִתְּפַלְלִים לְהַר הַבַּיִת וְצוֹ הַרְחָקָה שֶׁאִסֵּר עֲלָיו לְהִימָצָא בְּתַחוּמֵי הָעִיר הָעֵתִיקָה, וְנִשָּׂא דְרָשָׁה בְּאִמְצָעוֹת רִמְקוּלִים בְּאוֹזְנֵיהֶם שֶׁל כְּאֵלֶף אִישׁ וְשֶׁל כְּלֵי תַקְשׁוֹרַת רַבִּים. הַדְּרָשָׁה כְּלָלָה עֲלִילַת דָּם הַמִּיִּחְסַת לִיהוּדִים רִצַּח שֶׁל יִלְדִים כְּדִי לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּדָמָם לְשֵׁם אִפִּיִית מֵאֲכָל בְּיוֹם חָגֵם. נֶגַד מַחְאָג'נָה הוֹגֵשׁ כָּתַב אִישׁוֹם לְבֵית מִשְׁפָּט הַשְּׁלוֹם בְּעִבְרִית שֶׁל הַסֵּתָה לְגִזְעוֹנוֹת וְהַסֵּתָה לְאֱלִימוֹת. בֵּית מִשְׁפָּט הַשְּׁלוֹם הִרְשִׁיעַ אֶת מַחְאָג'נָה בְּעִבְרִית שֶׁל הַסֵּתָה לְאֱלִימוֹת אֲבָל זִכָּה אוֹתוֹ מֵהַסֵּתָה לְגִזְעוֹנוֹת. נִקְבַּע שְׁדַבְּרִיו בְּעִלְלוֹת הַדָּם אֵינֵם בְּהִירִים דִּיִּים, שְׁקִיִּים בְּהֵם בְּלְבוֹל בֵּין מוֹשְׁגִים שׁוֹנִים וְדָתוֹת שׁוֹנוֹת, וְשַׁחוּסֵר בְּהִירוֹת זֶה לְצַד הַסִּבְרִיו הוֹתִירוֹ סִפְק אִם הִיָּה מוֹדַע לְטִיב הַמַּעֲשֵׂה וְלֵאפְשָׁרוֹת שְׁדַבְּרִיו יוֹבִילוּ לְהַסֵּתָה לְגִזְעוֹנוֹת. שְׁנֵי הַצְּדָדִים עָרְעָרוּ עַל פַּסְק הַדִּין, וּבֵית הַמִּשְׁפָּט הַמַּחְזוּי קִיבֵּל אֶת עָרְעוֹר הַמְדִינָה וְהִרְשִׁיעַ אֶת מַחְאָג'נָה

1 ראו רשימתו של מני מזוז בספר זה, עמ' 252.

בעבירה של הסתה לגזענות. בהמשך לכך, מחאג'נה הגיש בקשת רשות לערער על הרשעתו לבית המשפט העליון. טענתו התמקדה בכך שמדובר ב"דין תיאלוגי שכלתני מובהק". בשל האופי העקרוני של המקרה ניתנה לו רשות לערער, אבל הערעור על ההרשעה נדחה, ורק הערעור על העונש התקבל באופן חלקי.

המשנה לנשיאה רובינשטיין, שכתב את פסק הדין הראשי, סקר את ההיבט ההיסטורי של הנרטיב שזכה לכינוי "עלילות דם", שהבולטת שבהן היא העלילה בדבר שימוש בדם ילדים נוצרים לשם אפיית מצות לחג הפסח. השופט רובינשטיין הדגיש שלמקרא הדרשה עצמה אי אפשר לפקפק בכך שהגישה של מחאג'נה גזענית, אבל הזכיר שהשאלה אינה גזענות הדובר עצמו – אלא האם ביצע עבירה של הסתה לגזענות. לצורך כך בחן את מכלול הנסיבות: הוכח שהדרשה כוונה כלפי מדינת ישראל והציבור היהודי באשר הוא, נשא אותה מי שהוא דמות מוכרת ומראשי המנהיגים הדתיים של המוסלמים בישראל (וצוין שלחובתו עבר של פגיעה בכוחות הביטחון), ודבריו נישאו בפני קהל רב, זועם ונסער בסמוך להר הבית, בעוד האווירה הציבורית הייתה נפיצה לנוכח טענה לפגיעה במסגד "אל אקצא". הרקע בהקשר הרחב יותר הוא קיום הסכסוך הישראלי-פלסטיני בכלל, והסכסוך על הר הבית בפרט. אם כן, חרף הכסות הדתית, בחירה מכוונת של מחאג'נה באחד הסמלים המובהקים ביותר לשנאת היהודים תוך כריכתה עם הקריאה להגן על מסגד "אל אקצא", הוליכה למסקנה הבלתי נמנעת שתכלית דבריו הייתה להסית לגזענות (פסקה כז). השופטת ברון הסכימה עם פסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין, ואילו השופט ג'ובראן הצטרף לתוצאה שלפיה יש להשאיר את ההרשעה בעבירת ההסתה לגזענות, אבל סבר בדעת מיעוט שיש מקום לזכות במקרה זה מעבירה של הסתה לאלימות.

מעניינת ורלוונטית במיוחד להתפתחויות בזירה הציבורית היא הגישה של השופט ג'ובראן בפרשת "תורת המלך", שלפיה החלטת היועץ המשפטי לממשלה צריכה להיבחן תוך התבוננות "במציאות... שבה דברי הסתה הנכתבים בעט מושחות גוררים אחריהם לא אחת שימוש קטלני בסכין מושחזת" (פסקה 13). כפי שפירט בפסק דינו, הקלות הבלתי נסבלת שבה אפשר היום להפיץ באופן המוני דברי בלע והסתה באמצעות הרשתות החברתיות והאינטרנט, מאתגרת את גבולות העבירה הפלילית של הסתה לגזענות. פלטפורמות אלו מאפשרות, מצד אחד, מימוש מרבי של חופש הביטוי של כל אדם, אבל מצד אחר, מעצימות את המסוכנות הטמונה במילה הגזענית הכתובה.

# מאסף ועד אסרף: קביעת גבולות הגזרה של הפיצוי לנפגע עבירה במסגרת ההליך הפלילי

רע"פ 2976/01 אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002)  
דנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק בוקובזה (13.9.2017)

## טלי חיימוביץ לבנת

האם מי שנפגע מעבירה יכול להשפיע על תוצאות ההליך הפלילי נגד הפוגע? וכיצד תורם ההליך לתיקון העוול שנגרם לו? שאלות אלה מרחפות תמיד מעל ההליך הפלילי, בעיקר על רקע התפיסה המסורתית, הגורסת כי את ההליך הפלילי מנהלת המדינה, שאמונה על האינטרס הציבורי, ומולה ניצב הנאשם. לפי תפיסה זו, לנפגע העבירה לא היה מעמד עצמאי בהליך הפלילי, קולו לא נשמע. עניינו נשקל במסגרת האינטרס הציבורי, כחלק מבחינת הנזק שגרמה העבירה לחברה.

חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, בישר על שינוי בתחום זה, ולו באופן חלקי. החוק היה תולדה של עבודת ועדה בין-משרדית בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד יהודית קרפ. הוא הקנה לנפגעי עבירה שלל זכויות בשלבים שונים של ההליך הפלילי, החל מהחקירה המשטרית, המשך בשיבות בית המשפט, וכלה בדיון על שחרור מוקדם של אסיר ממאסר, חנינתו או קציבת עונשו. כך, למשל, זכאי נפגע העבירה להיות נוכח (עם מלווה) בדינוי בית המשפט בעניינו של הפוגע, גם אם הם מתקיימים בדלתיים סגורות על פי חוק, כבעניינו של קטין. הוא זכאי להביע את עמדתו בעניין הסדר טיעון שמתגבש עם הנאשם, ולמסור הצהרה שתובא לפני בית המשפט טרם גזרת הדין, בדבר הנזק שנגרם לו עקב העבירה.

עוד קודם לחוק זכויות נפגעי עבירה הוכרה הסמכות של בית המשפט שדן בהליך פלילי, לפסוק פיצויים לנפגע העבירה בתום ההליך. סמכות זו מעוגנת, לאחר גלגולים חקיקתיים שונים, בסעיף 77(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ליתר דיוק, סעיף זה קובע כי לאחר הרשעת הנאשם רשאי בית המשפט לחייבו בפיצוי למי שניזוק מהעבירה, בגין הנזק או הסבל שנגרמו לו, עד לסכום מרבי ("תקרה") שקבוע בחוק ושכיום עומד על 258,000 ש"ח. סמכות זו מבטאת הכרה חברתית בסבל של נפגע העבירה ובמעמדו ומאפשרת להגיש לו מעין "עזרה ראשונה" כספית במסגרת הליך שמנהלת המדינה, תוך שימוש במשאביה לצורך הוכחתו, ובהמשך גם לגבייתו. אם הסכום הנפסק יניח את דעת הנפגע, ייחסך ממנו הצורך להתדיין מול הנאשם בהליך אזרחי נפרד, ובכך להתעמת עימו פעם נוספת, על כל הקושי הכרוך בכך. פסיקת הפיצוי



על פי אומדן גם פוטרת את נפגע העבירה מלהוכיח את נזקיו באופן שנדרש בתביעת נזיקין. כיצד מופעלת סמכות זו בחיי המעשה? על כך אפשר ללמוד מהסיפורים של כמה פסקי דין שיוצגו כאן.

נפתח בפסק הדין בעניין אסף (רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002)). פסק הדין נסב על סכסוך שכנים שהתלהט, פשוטו כמשמעו, עד אשר גב' בתיה אסף שפכה על שכנה מים רותחים וגרמה לו לכוויות. בתיה הועמדה לדין בעבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש. בסיום ההליך המשפטי קבע בית משפט השלום בחדרה (השופטת דיאנה סלע) שבתיה ביצעה את העבירה המיוחסת לה, אבל החליט להימנע מהרשעתה בדין. הימנעות מהרשעה היא אפשרית בנסיבות מיוחדות שבהן מוצא בית המשפט לנכון שלא להכתיב את הנאשם בכתם ההרשעה הפלילית, אף על פי שקבע כי הנאשם ביצע את העבירה. השאלה שעמדה על הפרק, ושהגיעה בסופו של דבר לפתחו של בית המשפט העליון, הייתה האם אפשר להטיל פיצוי לטובת נפגע העבירה על נאשם שעניינו הסתיים ללא הרשעה, אף שעל פי לשון החוק אפשר לחייב בפיצוי רק נאשם ש"הורשע". בית משפט השלום סבר שיש בסמכותו לפסוק פיצויים במקרה מסוג זה, וכך סבר גם בית המשפט המחוזי בחיפה, בפסק דין שניתן ברוב דעות בלבד, נגד דעת מיעוט. בשלב זה הגישה בתיה בקשת רשות לערער בעניין לבית המשפט העליון, ומחמת האופי העקרוני של הסוגיה רשות לערער ניתנה.

בית המשפט העליון, בהרכב שבו ישבו השופטים (כתוארם אז) מישאל חשין, אליעזר ריבלין ומרים נאור, ישב על המדוכה ובחן את המהות המשפטית של סעד הפיצוי. האם הוא עונש, ואז אי אפשר לגזורו על נאשם שלא הורשע? או שמא הוא סעד אזרחי, ואז אפשר להטילו גם ללא הרשעה בדין?

דעת הרוב, שבה החזיקו השופטים חשין וריבלין, הייתה שהפיצוי לנפגע העבירה אינו עונש כיתר העונשים, אלא סעד שמקורו בסמכות אזרחית שהוענקה לבית המשפט הפלילי לשם פיצוי הנפגע. מאחר שכך, די בקביעה כי הנאשם ביצע את העבירה, ואין צורך בהרשעה של ממש כדי להטילו. לעומת זאת, השופטת נאור סברה בדעת מיעוט שהפיצוי לנפגע העבירה הוא עונש, ולכן אי אפשר לגזורו על נאשם שלא הורשע.

חשוב להוסיף כי אף ששופטי ההרכב נחלקו בשאלת סיווג הפיצוי: סעד אזרחי או עונש, הם היו מאוחדים בדעה כי חל שינוי במעמד של נפגע העבירה בהליך הפלילי, תוך הפניה לחוק זכויות נפגעי עבירה, שנכנס בינתיים לתוקף, וכי תפקיד ההליך הפלילי הוא להגן על זכויותיו, כמו על זכויות הנאשם. בית המשפט העליון גם הנחה את בתי המשפט הדיוניים להגביר את השימוש בסעד הפיצוי ככל האפשר, ואף להגדיל את סכומי הפיצוי עד לסכום המרבי שקבוע בחוק, תוך יישום פרשנות ליברלית לטובת נפגעי העבירה. בית המשפט העליון עמד על חשיבות מתן הסעד נוכח הרתיעה המובנת של נפגעי עבירות אלימות מלהגיש תביעה אזרחית נגד העבריין, בין משום החשש מנקמה, ובין משום העדר כוחות להתמודד מולו בחזית נוספת. גם דרך גביית הפיצוי מיטיבה עם נפגע העבירה. חוב אזרחי נגבה באמצעות לשכת ההוצאה

לפועל, ועל הנפגע ליזום את הליכי הגבייה, ואילו הפיצוי הפלילי נגבה כקנס, באמצעות המרכז לגביית קנסות, ואינו מטיל נוסף על הנפגע.

שיח זכויות נפגעי העבירה והפסיקה בעניין אסף הובילו לשינוי במגמה של פסיקת הפיצויים בידי בתי המשפט. בשנים הראשונות של המדינה מיעטו בתי המשפט לפסוק פיצויים לנפגעי העבירה, ואילו עתה חל שינוי. גברה ההכרה בסבל של הנפגע, באמצעות הטלת פיצוי. רכיב הפיצוי הפך לנפוץ בגזרי הדין, וסכומי הפיצוי שנפסקו גדלו והגיעו עד לסכום המרבי הקבוע בחוק, כפי שהמחוקק עדכן אותו מפעם לפעם. גם מעגל המפוצים הורחב. בתי המשפט החלו לפסוק פיצויים לא רק לנפגעים הישירים של העבירות, אלא גם לנפגעים עקיפים – בפרט בני משפחה של קורבנות עבירות המתה.

מגמה זו של עידוד פיצוי נפגעי העבירה באה לידי ביטוי לא רק בהגדלת סכומי הפיצוי והרחבת מעגל המפוצים, אלא גם במתן הקלות דיוניות וראייתיות בפסיקת הפיצוי. נקבעה רמת הוכחה אזרחית לנזק שנגרם בעטייה של העבירה, במקום מידת ההוכחה הגבוהה בפלילים של מעל לכל ספק סביר; אין נדרשת הוכחה של נזק נפשי מהותי כתנאי לפסיקת הפיצוי; אפשר לקובעו על דרך האומדנה; ומאחר שהפיצוי הוא סעד "מעין אזרחי", אין הוא מושפע מהיכולת הכלכלית של הנאשם או מיתר רכיבי הענישה שהוטלו עליו.

עם זאת, פסיקת פיצויים בהליך הפלילי אינה נעדרת חסרונות. לתוך שיח עשיית הצדק עם נפגעי העבירה באמצעות הגברת השימוש בסעד הפיצוי, החלו לחדור קולות שביטאו את הזווית של זכויות הנאשמים. בין השאר, נטען שהשימוש הגובר בסעד הפיצוי פוגע מהותית בזכויות הנאשמים העניים, מחמיר את עונשיהם וגם מקשה על שיקומם לאחר ריצוי המאסר. כל זאת בלי שתושג המטרה העיקרית – פיצוי נפגע העבירה. זאת, מאחר שנידונים שהם מעוטי יכולת, ממילא אינם מסוגלים לגייס את סכומי הפיצוי הגבוהים, ולכך השלכות קשות. כך, למשל, אי התשלום עלול להיות שיקול לחובת הנידון במסגרת שיקולי ועדת השחרורים לשחרור מוקדם. הפיצוי הוא גם חוב שאינו מתיישן, וביטולו בהליכי חדלות פירעון אינו אוטומטי, אלא נתון לשיקול דעת בית המשפט.

האיזונים העדינים העומדים ביסוד ההסדר שמאפשר לפסוק פיצויים בהליך פלילי, התחדדו במסגרת תיק אחר, שנדון בבית המשפט העליון כ-15 שנה לאחר עניין אסף, ולמעשה נדון פעמיים: פעם אחת בערעור פלילי רגיל ופעם נוספת במתכונת של דיון נוסף. ביסוד הדיון עמדה טרגדיה. לאחר שנאוה חן הודיעה לאבנר טווק, בן זוגה, שמנוי וגמור עימה לסיים את הקשר ביניהם, הוא הגיע לביתה והמית אותה בדקירות סכין. טווק הורשע במסגרת הסדר טיעון בעבירה של הריגה. בית המשפט המחוזי גזר עליו עונש מאסר בפועל של 18 שנה. נוסף על שאר העונשים, הוא חויב לשלם פיצוי כספי לבנות של המנוחה. מאחר שלנאוה היו שלוש בנות, וללא ספק נגרם לכל אחת מהן נזק של ממש כתוצאה מכך שאיבדה את אמה, בית המשפט המחוזי פסק פיצוי בסך 170,000 ש"ח לכל אחת מהן. צבירת סכומים אלה חרגה מסכום ה"תקרה" שנקבעה בחוק לפיצויים בהליך הפלילי. וכאן השאלה: מהם הכללים החלים

על "נפגעים עקיפים", שעשויים להיות רבים? וכיצד "מתכתבת" תקרת הפיצויים שבחוק עם מצב של פסיקת פיצויים ליותר מנפגע אחד?

הערעור במקרה זה עורר התלבטות לא פשוטה (ע"פ 1076/15 טווק נ' מדינת ישראל (7.6.2016)). מצד אחד, עומדת המגמה של חיזוק זכויותיהם של נפגעי עבירה. מצד אחר, קיים חשש להרחבת יתר של פסיקת פיצויים בהליך הפלילי, כזכור על בסיס אומדן בלבד, בסכומים מפליגים. דעת הרוב במקרה זה, של השופטת ברק-ארז בהסכמת השופט שהם, הייתה שאין מקום לחרוג מתקרת הפיצויים שבחוק בקביעת הסכום הכולל של תשלום פיצויים לשאירים של קורבן העבירה, כמו במקרה זה. כמובן, דרכם סלולה להגיש תביעת פיצויים רגילה בהיקף גדול בבית המשפט האזרחי. פסק הדין ניתן נגד דעת המיעוט של המשנה לנשיאה רובינשטיין. חילוקי הדעות הולידו דיון עקרוני נרחב נוסף בנושא, במתכונת של דיון נוסף לפני שבעה שופטים (דנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק בוקובזה (13.9.2017)). פסק הדין שניתן במקרה זה חזר ואישר בדעת רוב את העקרונות שנקבעו במסגרת הדיון הקודם. מצד אחד, בית המשפט העליון – מפי השופטת אסתר חיות ובהסכמת השופטים יצחק עמית, אורי שהם ודפנה ברק-ארז – ביסס את מעגל הנפגעים הזכאים לפיצוי מכוח החוק, ואף הרחיב אותו. נקבע כי היות שמדובר בפיצוי "מעין אזרחי", אפשר להחיל עליו אמות מידה מתחום דיני הנזיקין, בהן גם ההכרה באחריות כלפי ניזוקים עקיפים. על כן יהיו זכאים לפיצוי גם נפגעים עקיפים שהם בני משפחה מדרגה ראשונה של נפגע מכל עבירה, ולא רק קרובי משפחה של קורבנות עבירות המתה. מנגד, בית המשפט העליון הגביל את סכום הפיצוי שהנפגעים העקיפים זכאים לו ביחד, לסכום המרבי הקבוע בחוק. הוסבר כי מדובר בפיצוי בעל אופי ראשוני, אשר נקבע בדרך של אומדן, ללא הליך מוסדר של הוכחת נזק ובכלים המוגבלים של המשפט הפלילי. על כן ראוי שיהיה מוגבל בסכומו. ממילא, את היתרה, אם קיימת, יוכל הנפגע לממש בהליך אזרחי, אשר גם עליו חלים כללים ראייתיים ודיוניים מקילים יותר בעקבות הרשעת הנאשם. בכך איזן בית המשפט העליון בין הזכות של הנפגע (העקיף) לקבל סעד מהיר ויעיל בגין הנזק והסבל שנגרמו לו כתוצאה מהעבירה, לזכות של הנאשם, בעל דין בהליך הפלילי, שלא תיפגע באופן שאינו מידתי גגנתו מפני פסיקת פיצויים בהיקף נרחב. בפסק הדין גם הובע חשש כי פסיקת פיצוי בסכום גבוה מדי עלולה להביא לאובדן המוטיבציה של הנידון לשלמו, ובכך תוחטא המטרה. הנפגע לא יפוצה, והוא יחוש תסכול וחוסר אמון כלפי מערכת אכיפת החוק, וגם סיכויי השיקום של העברייני ייפגעו. לעומת זאת, המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט סולברג סברו בדעת מיעוט שאין מקום להבחין בין נפגע ישיר לעקיף, שגם הוא אדם "שניזוק על ידי העבירה" לפי לשון החוק ותכליתו. הגבלת סכום הפיצוי רק מפני שיותר מאדם אחד נפגע מהעבירה, אינה טעם ענייני, היות שהסבל והכאב הם אישיים ואינם מתחלקים בין הנפגעים. החשש מפגיעה בזכויות של הנאשם עקב ההקלות הדיוניות בהוכחת הנזק, יופג באמצעות הפעלת שיקול הדעת של ההרכב, שמכיר את נסיבות התיק, ומעצם קיומה של תקרת הפיצוי. שיקול הדעת הזה גם עומד לבחינתה של ערכאת הערעור. השופט הנדל, גם הוא בדעת מיעוט,

החזיק בגישת ביניים שלפיה אפשר לחרוג מסכום התקרה רק בעבירות המתה וכאשר המנוח הותיר אחריו ילדים קטינים.

תנועת המטוטלת בסוגיית הפיצוי לנפגעי העבירה משקפת את מורכבות השיקולים בתחום הפלילי. הפסיקה הראשונית בנושא התאפיינה בשימוש מזערי בסעיף הפיצוי. בהמשך ניתנו פסקי דין שהגיעו כדי פסיקת הפיצוי המרבי לכל אחד מהנפגעים העקיפים. בסופו של דבר התייצבה המטוטלת בין הקטבים. פתרון האמצע הוא מאוזן, אבל אינו נותן מענה לכל השאלות. יש שיטות משפט שבהן את הפיצוי לנפגעי עבירה, לפחות פיצוי ראשוני, נותנת המדינה. בישראל פסיקת פיצויים לנפגע עבירה אינה מבטיחה את היכולת לקבלו באותם מצבים שבהם הפוגע הוא דל אמצעים. הקושי מתחדד כשמדובר בנפגעי עבירות חמורות, שסבלם וכאבם רב, הפיצוי גבוה בהתאם – ולצידו הקושי של הנידון לגייסו. הדיון בנושא צפוי להימשך.

## הגנה מן הצדק: מפרשות יפת ובורוביץ ועד לפרשת ורדי

ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996)  
ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005)  
רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי (31.10.2018)

### עמי קובו

אדם ביצע עבירה פלילית, נתפס והובא לדין. האם ייתכן שכתב האישום שהוגש נגדו יבוטל ושהוא יצא פטור בלא כלום, בשל פעולה פסולה או מחדל של רשויות אכיפת החוק? מטרת המשפט היא עשיית צדק. האמצעי העיקרי של המשפט להשיג צדק בהליך הפלילי הוא החיפוש אחר האמת. אבל קיימים מקרים שבהם בית המשפט נדרש – למען עשיית הצדק – להעדיף ערכים אחרים על פני חקר האמת. במקרים אלה מעדיף בית המשפט במודע לוותר על מיצוי החתירה לחקר האמת, משום שהשמירה על ערכים מסוימים – כגון הגינות ההליך, שוויון ותקינות התנהגות הרשות הציבורית – חשובה מגילוי האמת העובדתית. בשל כך באותם מקרים טענת הגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט לבטל אישום משום שלא ניתן להעניק לנאשם הליך הוגן, או משום שיש בניהול ההליך פגיעה בתחושות הצדק וההגינות. כל זאת במנותק משאלת אשמתו של הנאשם או חפותו. המשמעות של ביטול כתב האישום במקרה כזה אינה שהנאשם לא ביצע את העבירה, אלא שלא צודק לברר את אשמתו. בית המשפט מוסמך מחמת הגנה מן הצדק גם להקל בדרך אחרת עם הנאשם, ולא רק לבטל את כתב האישום. האפשרות להעלות טענה של הגנה מן הצדק הוכרה בישראל החל בשנות התשעים של המאה הקודמת (אם כי הביטוי "הגנה מן הצדק" נזכר לראשונה בפסיקה עוד קודם לכן).<sup>1</sup> בהמשך הטענה הורחבה וגם זכתה לעיגון בחוק, כמפורט בהמשך.

ראוי לפתוח בשנת 1983, שבה פרץ משבר מניות הבנקים. באותה תקופה הבנקים ויסתו באופן מלאכותי את שערי מניותיהם, ולאחר מכן התקשו לעמוד בהיצעים למכירתן מצד הציבור, מה שאיים על יציבותם הפיננסית. הבורסה נפלה, ועל כך כתב שלום חנוך בשירו "מחכים למשיח" ש"האזרח הקטן נאלץ לשלם בגדול". הממשלה נחלצה לעזרה. הוקמה ועדת חקירה ממלכתית בראשות שופט בית המשפט העליון בייסקי, והיא המליצה לנקוט סנקציות אישיות נגד האחראים למשבר. בהמשך הועמדו ראשי הבנקים לדין.

1 ע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 798, 803 (1974).

התיק נדון בבית המשפט המחוזי בירושלים לפני השופטת נאור, לימים נשיאת בית המשפט העליון. הנאשמים טענו להגנה מן הצדק, בעיקר בהתייחס לכך שרשויות המדינה ידעו על פעולות הוויסות והשלימו איתן, ולכך שכבר הוטלו על הנאשמים סנקציות אחרות בעקבות מסקנות ועדת החקירה, והם נאלצו לעזוב את תפקידיהם. השופטת נאור קבעה שהיא יוצאת מהנחה שבית המשפט מוסמך להושיט סעד במקום שהגשת כתב האישום נוגדת את הצדק, אבל לגופו של עניין דחתה את טענות הנאשמים והרשיעה אותם. הנאשמים ערערו על כך לבית המשפט העליון וטענו באמצעות באי כוחם, ובהם עו"ד חנן מלצר, לימים המשנה לנשיאת בית המשפט העליון, שיש לבטל את כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. פסק הדין שניתן בערעור בשנת 1996 הכיר בעיקרון זה, אבל קבע שיש לדחות את הטענה בנסיבות העניין (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996)). בית המשפט העליון, בהרכב בראשות השופט דב לוין, קבע כי במישור העקרוני יש להכיר בטענת הגנה מן הצדק, שנולדה במשפט האנגלי ושפותחה במשפט האמריקאי. בהתאם לכך, לבית המשפט קיימת סמכות לבטל אישום שעומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. עם זאת, הודגש שהדבר עלול לפגוע באינטרסים חשובים אחרים, כמו האינטרס בהעמדה לדין של עבריינים, האינטרס בהוצאת האמת לאור והאינטרס של קורבן העבירה במיציא הדין עם העברייין. על כן בית המשפט קבע שהמבחן להחלת העיקרון הוא מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", כלומר התנהגות שעוריינית שיש בה משום רדיפת הנאשם, דיכוי והתעמרות בו (עמ' 370). בכך נקבע רף גבוה מאוד. לפי אמת מידה זו, הטענה תתקבל אך ורק במקרים נדירים ביותר. והיא אכן נדחתה בנסיבות העניין.

קרוב לעשור לאחר מכן, בשנת 2005, חלה התפתחות משמעותית נוספת, בפסק דין אחר שניתן בנושא (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005)) ושהוריד את הרף הגבוה מדי שנקבע תחילה לקבלת הטענה. מקרה זה עסק בעבירות הגבלים עסקיים שביצעו חברות ביטוח ומנהליהן. הנאשמים הואשמו בכך שהיו חלק מקרטל בין חברות ביטוח אשר תיאמו ביניהן מחירים ופגעו בתחרות החופשית. חלק מהנאשמים טענו להגנה מן הצדק בשל כך שהמדינה נקטה אכיפה בררנית ומפלה: חברות ביטוח נוספות שהיו שותפות להתנהלות דומה לא הועמדו לדין. בית המשפט המחוזי, מפי השופט דוד חשין, דחה את בקשת הנאשמים לבטל את כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, והרשיע אותם. בערעור על פסק הדין נדונה בהרחבה טענת ההגנה מן הצדק. זהו מקרה נוסף שבו נקבע חידוש תקדימי חשוב בלי שהנוגעים בדבר נהנו ממנו, כמפורט בהמשך. פסק הדין ניתן בבית המשפט העליון בהרכב השופטים מצא, לוי וגרוניס. הוסבר בו שההגנה מן הצדק נועדה להבטיח קיומו של הליך ראוי, צודק והוגן. על כן ההגנה עשויה לחול בכל מקרה שבו קיום ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושות הצדק וההגינות. מטרת ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה. בשונה מאשר בעניין יפת, הובהר כי אין לשלול את האפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס לא להתנהגות שעוריינית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, ואפילו

לנסיבות חריגות שאינן תלויות ברשויות אבל מבססות מסקנה שקיום ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושות הצדק וההגינות. עוד הובהר שהחלת ההגנה מן הצדק אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול האינטרסים השונים הכרוכים בקיום ההליך הפלילי. מן העבר האחד ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם העמדת עבריינים לדין, הוצאת האמת לאור והגנה על זכויות הקורבן. מן העבר האחר ניצבים הגנה על זכויות הנאשם, פסילת מהלכים נפסדים של הרשות וטוהר ההליך השיפוטי.

בית המשפט העליון קבע שההגנה מן הצדק טעונה בחינה בת שלושה שלבים: ראשית, יש לזהות את הפגמים שנפלו, במנותק משאלת אשמתו של הנאשם או חפותו. שנית, יש לבחון אם קיום ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושות הצדק וההגינות, ולאזן בין האינטרסים השונים, לרבות חומרת העבירה, מידת הפגיעה בזכויות הנאשם ומידת האשם שבמעשי הרשות. שלישית, אם קיום ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושות הצדק וההגינות, יש לבחון אם ניתן לרפא את הפגם באמצעים מתונים יותר מביטול כתב האישום, כגון ביטול אישומים מסוימים או הקלה בעונש. בכל הנוגע לטענת אכיפה בררנית, כלומר לאי שוויון בין חשודים ונאשמים, אם הסיבה להפליה נעוצה בהתנהגות מכוונת של הרשות, הפגיעה החריפה בתחושות הצדק היא ברורה. עם זאת, אין מקום לפסול את האפשרות שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית תיגזר לא מכך שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים, אלא מחריגה ברורה ממתחם הסבירות. לגופו של עניין דחה בית המשפט העליון את טענת המערערים להגנה מן הצדק.

אם כן, ההלכה שנקבעה בעניין יפת הניחה את המסד ויצרה את הקומה הראשונה של בניין ההגנה מן הצדק. ההלכה בעניין בורוביץ הקימה את הקומה השנייה והפכה את ההגנה מן הצדק לרחבה יותר ולגמישה יותר. בשנת 2007, לאחר כשנתיים נוספות, הוקמה הקומה השלישית, בתיקון לסעיף 149 בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שמונה את הטענות המקדמיות שהנאשם רשאי לטעון. התיקון הוסיף בו חלופה נוספת, והיא ש"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". בכך העלתה הכנסת על ספר החוקים את ההגנה מן הצדק. הצעת החוק שהובילה לכך (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007) הייתה הצעת חוק פרטית של חברי הכנסת גדעון סער ומשה כחלון. נוסח החוק העניק משנה תוקף לתחולה הנרחבת של ההגנה, כפי שנקבעה בעניין בורוביץ, וביצר את המעמד של עקרון ההגינות בהליך הפלילי. אכן, ההלכה הפסוקה השתמשה הן באמת מידה של "פגיעה ממשית בתחושות הצדק", הן באמת מידה של "פגיעה חריפה", ואילו החוק בחר בנוסח של "סתירה מהותית לעקרונות הצדק". אבל נוסח זה קרוב במהותו לאמת המידה הגמישה של "פגיעה ממשית בתחושות הצדק".

כל אלה שימשו נדבך להתפתחות נוספת כעשור נוסף לאחר מכן, בעניין ורדי (רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי (31.10.2018)), בהרכב של המשנה לנשיאה מלצר והשופטים

שהם וברק־ארוז. בית המשפט העליון הרחיב את עקרון ההגנה מן הצדק גם למקרים שבהם ההפליה בהעמדה לדין או בניהול ההליך היא פרי מעשה רשלנות או טעות בשיקול הדעת מצד הרשות – גם אם הטעות נעשתה בתום לב. בכך נוספה בשנת 2018 הקומה הרביעית של בניין ההגנה מן הצדק. בעניין ורדי אוחד הדיון בשתי פרשיות, ותואר כאן רק אחת מהן, היא פרשת "התארים המזויפים". הכוונה היא לצבר מקרים שבהם מורים במשרד החינוך הועמדו לדין בגין הגשת בקשות כוזבות להכרה בתואר שקיבלו כביכול מאוניברסיטה בחו"ל, אף שבפועל הם לא למדו באותה אוניברסיטה, אלא רכשו תואר מזויף. רק חלק קטן מתוך קבוצה של כמאה מורים שהגישו מסמכים והצהרות כוזבות, הועמדו לדין, בלי שהיה בסיס סביר להבחנה בין אלו שהועמדו לדין לאלו שלא. בבסיס החלטת הרשות להעמיד לדין רק חלק מהמורים, לא עמדו כוונת זדון או מניע פסול, אלא טעות בהפעלת שיקול הדעת של הפרקליטות. כך, בעניין ורדי נדונה לגופה תחולת ההגנה מן הצדק במקרים שבהם אין עומדת כוונת זדון ביסוד פעולות רשיות האכיפה, כלומר אין מדובר בהתנהגות בלתי נסבלת בהתאם למבחנים שגובשו בראשית הדרך, אלא שמחדלים שברשלנות וטעויות בתום לב הביאו לפגיעה ממשיכה בתחושת הצדק. המשנה לנשיאה מלצר קבע שיש להעדיף פרשנות מרחיבה של ההגנה ולהחילה גם במקרים של הפליה פסולה בהעמדה לדין בשל רשלנות או טעות מצד רשויות האכיפה. זאת משום שההגנה מן הצדק היא במהותה סעד חוקתי שניתן לנאשם בגין פגיעה בזכויותיו החוקתיות. יש לפרש את עקרון ההגנה מן הצדק כך שיביא להגשמת השוויון והזכות של הנאשם להליך הוגן, ואילו למניע של הרשות יש חשיבות פחותה, ודאי לאור התיקון לחוק, אשר עיגן את ההגנה מן הצדק באופן שמצדיק פרשנות מרחיבה. השופטת ברק־ארוז הבהירה כי ההגנה על הזכות לשוויון בתור זכות יסוד מחייבת שלפגיעה בשוויון תהיה משמעות גם בלי שנלווה לכך מניע פסול. מעבר לחשיבות העקרונית של הזכות לשוויון, העמדה הדורשת הוכחה של מניע פסול עלולה לצמצם כמעט לחלוטין את האפשרות המעשית להתבסס על הגנה מן הצדק. ברמה המהותית קשה להעלות על הדעת קבלת החלטה על הגשת כתב אישום מטעמים של מניע פסול, וברמה הראייתית הוכחת דברים שבלב היא קשה ביותר. דחיית הטענה מהטעם שלא הוכח כי התביעה פעלה בחוסר תום לב או מתוך מניע פסול, כמוה כהחזרת הגלגל שנים לאחור.

כל שופטי ההרכב היו תמימי דעים שאמת המידה שעל פיה נבחנת טענת הגנה מן הצדק המתבססת על הפליה, אינה דורשת להוכיח מניע פסול. די בכך שהחלטת רשויות התביעה הייתה נגועה בהבחנה לא רלוונטית והובילה לתוצאה בלתי שוויונית. בכל הנוגע לסעד שיינתן בפרשת התארים המזויפים עקב קבלת הטענה, השופטים מלצר ושהם קבעו בדעת רוב שיש לבטל את כתב האישום. לעומת זאת, השופטת ברק־ארוז סברה בדעת מיעוט שאין לבטל את כתב האישום, אלא לסיים את ההליך בדרך מקילה של אי הרשעה לצד שירות לתועלת הציבור. הינה כי כן, ההגנה מן הצדק עברה כברת דרך משמעותית. היא מייבאת לתוך ההליך הפלילי עקרונות חשובים מהמשפט החוקתי־מנהלי: הגינות ההליך, זכויות יסוד, שוויון, סבירות



החלטות הרשות המנהלית וביקורת שיפוטית על שיקול דעת הרשות המנהלית. טענות שבעבר נשמעו בעיקר בבג"ץ, כגון פגיעה בזכות לשוויון, נשמעות עתה כדבר שבשגרה בגדרי ההליכים הפליליים בכל הערכאות. כשם שההליך הפלילי נועד, בין היתר, לכוון את התנהגות הציבור, כך ההגנה מן הצדק משרתת תכלית של הכוונת התנהגות הרשות המנהלית בכלל, ושל רשויות אכיפת החוק בפרט, אשר עליהן לפעול במגבלות החוק. לא במקרה ההגנה מן הצדק התפתחה במקביל להתפתחויות אחרות במשפט הישראלי, לרבות המשפט החוקתי והמשפט המנהלי, שהתרחשו מאז שנות התשעים של המאה הקודמת ועד היום, ושהדגישו את כללי ההגנות של הרשות המנהלית.

ההלכה הפסוקה ניתנת ליישום במגוון מקרים: אכיפה בדרנית, שיהוי בהגשת כתב אישום, מעורבות הרשות במעשה עבירה, הגשת כתב אישום חרף התחייבות שלא להעמיד לדין, ועוד. להלכה זו יתרונות רבים, ויש בה גמישות רבה. ההלכה מאפשרת לאזן בין הפגיעה בזכויות הנאשם, ובראשן זכותו להליך הוגן, לפגיעה באינטרס הציבורי שבאכיפת הדין, ואינה מחייבת לבחור באופן מלא בין אכיפה מלאה של הדין לויתור מלא עליה. ההלכה מאפשרת "ארגז כלים" של סעדים שאפשר להעניק: לא רק ביטול כתב האישום, אלא גם ביטול אישומים מסוימים, שינוי סעיף עבירה לסעיף קל יותר, ביטול הרשעה והקלה בעונש. באיזונים אלה יש כדי לחזק את שלטון החוק ואת אמון הציבור במערכת המשפט.

מנגד, ריבוי המקרים שבהם מועלות טענות הגנה מן הצדק חדשות לבקרים, גם כשאין הצדקה לכך, מוביל לעיתים לסרבול ההליך ולהארכתו. בשל כך הביע השופט עמית את עמדתו בע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל (17.3.2021) שבשני העשורים האחרונים המשפט הפלילי עובר תהליך: מ"שיח של ראיות" ל"שיח של זכויות". לשיטתו, בעבר המשפט התמקד בחקר האמת, ואילו בעשורים האחרונים טענות, דוגמת ההגנה מן הצדק, מסיטות את ההליך הפלילי מתכלית זו וגורמות להליך להסתרבל ולהתארך. לפיכך ראוי שההליך הפלילי יחזור להעמיד במרכז הבמה את החתירה לאמת. השופטת ברק-ארז חלקה על כך והדגישה ששיח הזכויות הוא חלק בלתי נפרד מההליך הפלילי.

אם כן, המתח בין חקר האמת לעשיית הצדק, אשר ליווה את מערכת המשפט מאז ומעולם, ימשיך ללוות אותה עוד שנים רבות. עם זאת, ההגנה מן הצדק, שמאפשרת למצוא נקודת איזון, ראויה בין הערכים הללו, הכתה שורשים במשפט הישראלי. השימוש בה נעשה שכּיח יותר, וכיום היא מאפשרת לבתי המשפט בכל הערכאות לעשות צדק רב יותר.

# **"כל שיש לו - למען הציבור יש לו": על חובת האמונים ועל הפרת האמונים**

דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004)

## **מיכאל קרשן**

במהלך השנים הורשעו עשרות עובדי ציבור בכירים - החל בראש הממשלה אולמרט, והמשך בשרים, ראשי רשויות ועובדי ציבור בכירים - בעבירה של הפרת אמונים הקבועה בסעיף 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, כשהיא לבדה או בצירוף עבירות אחרות. שורשיהם של הליכים אלה נמצאים כולם בהלכה שנקבעה בהרכב מורחב של תשעה שופטים בבית המשפט העליון בראשות הנשיא ברק במה שידוע בתור הדיון הנוסף בפרשת שבס (דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004)). פסק הדין עסק במעורבות של שמעון שבס, מנכ"ל משרד ראש הממשלה בממשלת יצחק רבין המנוח, בשתי פרשות. פרשה אחת נגעה לכך ששבס פעל נמרצות במסגרת תפקידו לקידום מיזם שבו מדינה זרה שביקשה לפתח את קשריה עם מדינת ישראל, הייתה אמורה לבצע רכישות בהיקפים גדולים מתעשיות ביטחוניות ישראליות בתמורה להזמנת נשיאה לביקור בישראל. את המיזם הוביל, בין היתר, משה שטרן, ידידו הקרוב של שבס. למעשה, לשניים הייתה גם מערכת יחסים כלכלית: שטרן ניהל עבור שבס חשבון עו"ש וניירות ערך, וכאשר הצטברה יתרת חובה גדולה הפקיד שטרן כספים בחשבון להקטנתה (על כך הועמד שבס לדין מלכתחילה גם בעבירה של לקיחת שוחד). המיזם היה צפוי להניב לשטרן רווח כלכלי לא מבוטל בדמות אחוזים מן העסקאות. עם זאת, שבס קידם את המיזם גם מתוך מניע של טובת המדינה. חשוב לציין כבר עתה כי בית המשפט שדן בעניינו של שבס קבע כי הוא לא היה מודע לפסול שדבק במעשיו. ראש הממשלה ידע כי שטרן עתיד להרוויח מן המיזם, וידע כי שטרן נמנה עם חוג החברים הקרובים של שבס. למרות זאת רבין לא הורה לשבס למשוך ידיו מטיפול בעניינו של שטרן.

פרשה נוספת נגעה לכך ששבס פעל להחשת טיפול משרד ראש הממשלה באישור תוכניות בנייה של שני פרויקטים של אנשי עסקים (האחים שולדנפריי) שעמם היה לו קשר קרוב ושבעבר, טרם תפקידו הציבורי, אף הועסק אצלם למשך תקופה לא מבוטלת. אחד האחים הפעיל על עובדי משרד ראש הממשלה לחץ, אשר התאפשר גם כתוצאה מכך שהיה "בן בית" במשרד. ההליכים אכן זורזו, אבל ספק אם כתוצאה ממעשיו של שבס, שכן באותה תקופה הוקם במשרד ראש הממשלה אגף שנועד לזרז את הטיפול בתוכניות בנייה המיועדות לשיכון

עולים. בדיעבד הסתבר כי שבס לא פעל להשיג עבור האחים שולדנפריי שום דבר משמעותי שלא היו זכאים לו ממילא.

אין ספק שמדובר בפרשות שהתאפיינו ב"ערבוב" בין הפרטי לציבורי. עם זאת, בשני המקרים לא הוכח שבס סטה מן השורה. במקרה הראשון ראש הממשלה, שהיה מודע לכל הפרטים הרלוונטיים, אף לא עצר את הפעילות של שבס. לא נמצא קשר בין המעשים של שבס להתעשרות מכריו. גם לא הוכח כי המטרה הבלעדית של שבס הייתה להשיא רווח לחבריו (ובמקרה הראשון הוכח פוזיטיבית כי לפחות אחד ממניעיו היה טובת המדינה). אם כן, היכן עובר קו הגבול בין התנהגות פלילית להתנהגות "לא יאה" בלבד?

כתב האישום נגד שבס הוגש לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ונדון לפני השופט אדמונד לוי, לימים שופט בית המשפט העליון (ת"פ (מחוזי ת"א) 40387/99 מדינת ישראל נ' שבס (1.12.2000)). בתמצית יצוין כי בית המשפט המחוזי זיכה את שבס מהעבירה של לקיחת שוחד שיוחסה לו בפרשת שטרן, והרשיעו בעבירות של ניסיון ללקיחת שוחד והפרת אמונים. כמו כן, בית המשפט זיכה את שבס מן העבירה של הפרת אמונים שיוחסה לו בפרשת שולדנפריי, לאחר שקבע שלא הייתה במעשים של שבס בפרשה זו משום חומרה יתרה המעבירה את התנהגותו הפסולה לפסים פליליים.

שבס ערער על הרשעתו בעבירות של ניסיון ללקיחת שוחד והפרת אמונים בפרשת שטרן. המדינה מצידה ערערה על הזיכוי של שבס מעבירת הפרת האמונים בפרשת שולדנפריי. הערעורים נדונו לפני הרכב השופטים מצא, דורנר ונאור (ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נז(2) 496 (2003)). בית המשפט העליון קיבל פה אחד את הערעור של שבס על הרשעתו בפרשת שטרן. אשר לעבירה של הפרת אמונים בפרשה זו, נקבע כי למעשים של שבס לא גלווה פן חומרה מספיק לצורך ביסוס יסודות העבירה. בכל הנוגע לפרשת שולדנפריי דחה בית המשפט העליון ברוב דעות (השופטים מצא ודורנר נגד דעתה החולקת של השופטת נאור) את ערעור המדינה והותיר על כנו את הזיכוי של שבס מעבירת הפרת האמונים. כך עשה בית המשפט העליון בהתאם לפסיקה שקדמה להלכת שבס ושדרשה להוכיח "סטייה מן השורה", כלומר סטייה מהכללים ומאמות המידה הקובעים את תהליך קבלת ההחלטות במנהל הציבורי. כאמור, פסק הדין בעניין זה ניתן נגד דעת המיעוט של השופטת נאור, אבל גם היא אומנם הרשיעה את שבס בהפרת אמונים בכל הקשור למעשיו עבור האחים שולדנפריי (המקרה השני), אך לא הייתה מוכנה לעשות כן בנוגע למיזם של שטרן בתחום התשתיות (המקרה הראשון).

המדינה הגישה בקשה לקיים דיון נוסף במקרה זה בנוגע להחלטה של בית המשפט העליון לזכות את שבס מעבירת הפרת האמונים במסגרת פרשת שטרן ולדחיית ערעורה על זיכוי בפרשת האחים שולדנפריי. זאת בשל העדר אמות מידה ברורות באשר להיקף ההתפרסות של עבירת הפרת האמונים, באופן שמקשה על הכוונת ההתנהגות של עובדי הציבור בעת מילוי תפקידם. על רקע הצורך בהכוונה עקרונית הייתה המדינה נכונה להתחייב כי גם אם תתקבל

עמדתה ושבס יורשע, לא יוטל עליו עונש מאסר בפועל. בהמשך לכך בית המשפט העליון אכן קיים דיון נוסף בנושא, וזה הוביל לפסק דין עקרוני ולהרשעה של שבס ברוב דעות של שמונה שופטים נגד דעת המיעוט של המשנה לנשיא מצא.

מה פסק בית המשפט? מה היה הקושי היסודי שבית המשפט נאלץ להתמודד עימו? מה הייתה המטרה שעמדה ביסוד הקביעות המשפטיות? מה היו השלכות פסק הדין? לאמיתו של דבר, בית המשפט העליון נדרש לאתגר לא פשוט בעניין שבס. העבירה של הפרת אמונים, הקבועה בסעיף 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, היא "עבירת מסגרת" שמופנית כלפי עובדי הציבור ושמפלילה כל התנהגות מסוג של "מרמה" או "הפרת אמונים" הפוגעת בציבור. בנוגע לעבירה זו הושמעה, ונשמעת לעיתים גם כיום, טענה כי היא "אמורפית" מדי ולכן נמצאת במתח עם עקרון החוקיות. זהו עקרון יסוד במשפט הפלילי שמחייב את המחוקק לפרש את איסוריו הפליליים ולדייק אותם ("אין עונשין אלא אם כן מזהירין"). מנגד, מודגשת החשיבות הנודעת לקביעת גבולות להתנהגות המפירה את חובת האמון הבסיסית של עובדי ציבור, חובה שהם אמורים להעדיף על פני טובתם האישית.

נקודת המוצא של דעת הרוב במקרה זה דחתה את הביקורת האמורה. הנשיא ברק הסביר כי העבירה היא בעלת "רקמה פתוחה" ככוונת מכוון: המחוקק קבע במקרה זה תקסט המבוסס על עיקרון, לא על כלל, ובית המשפט בתור פרשן אינו רשאי להפוך את היוצרות. השופט מישאל חשין הדגיש מטעמו כי המחוקק הוא שהסמיך את בית המשפט לקבוע אילו מעשים הם הפרת אמונים הפוגעת בציבור. כיוון שבמקרה זה קיימת הוראת חוק שהסדירה את העבירה של הפרת אמונים והגדירה אותה, אין מתעורר קושי ממשי בנוגע לעקרון החוקיות. השופט ביניש הוסיפה בפסק דינה דברים אלה: "אין להפריז בחשש כי עובד הציבור יופתע מהטלת סנקציה עונשית בדיעבד בניגוד לעקרון החוקיות. בדרך-כלל הפרת אמונים המסווגת בהתנהגות פלילית ניתנת לזיהוי בידי עובד הציבור החב אמונים כלפי הציבור שהוא משרת" (עמ' 457).

ובאופן עממי אפשר להוסיף: "מה שהולך כברווז, מגעגע כברווז ואף שוחה כברווז – הוא ככל הנראה ברווז" (ביטוי שמיוחס למשורר Riley).

לאחר שהוסר המכשול של עקרון החוקיות, קבע בית המשפט העליון כי קיימת הצדקה מלאה לקביעת העבירה של הפרת אמונים במתכונתה הרחבה, וכי אין מקום לפרשה בצמצום. העבירה נקבעה במתכונת זו משום שקשה לצפות מראש את קשת המצבים שראויים להיתפס במסגרת העבירה, אבל הם נגזרים מנסיבות הזמן והמקום. כך נעשה כדי לתת בידי שיטת המשפט מכשיר חשוב להבטיח את פעולתו הראויה של המנהל הציבורי ואת טוהר המידות של עובדי הציבור. בית המשפט הבהיר כי לא יפרש את העבירה של הפרת אמונים כך שייפגע מכשיר חשוב זה, אלא ייתן מענה לקושי הטמון בהכללה באמצעות עיצוב אמת מידה שיש בה כדי לכוון התנהגות ברמת הוודאות הגבוהה הנדרשת מאיסור פלילי.

בית המשפט העליון קבע בדיון הנוסף בפרשת שבס כי היסוד העובדתי בעבירה של הפרת האמונים הוא מעשה שמהווה פגיעה מהותית באחד או יותר מהערכים המוגנים העומדים

בבסיס האיסור הפלילי: הבטחת אמון הציבור בעובדי הציבור; טוהר המידות של עובדי הציבור; הבטחת התקינות של פעולת המנהל תוך הגשמת התפקיד הציבורי. הדרישה ל"פגיעה מהותית" מספקת את הצורך במציאת פן מחמיר במעשה ונותנת ביטוי לכך שהעבירה של הפרת אמונים דורשת כי המעשה "פוגע בציבור". לכך צריך להילוות יסוד נפשי של מודעות ליסוד העובדתי שבעבירה, בלי שנדרשת מודעות גם לפסול שבהתנהגות.

בית המשפט העליון הודרך בפרשנות העבירה של הפרת אמונים בידי הרצון שלא לצמצם יתר על המידה את היקף ההתפרסות של האיסור הפלילי על הפרת אמונים. הנשיא ברק ציין שאין לשלול "מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי" (עמ' 408). השופט חשין התריע מכך שייפער "חלל בלתי ראוי, אף מאיים, במערכת ההגנה על השירות הציבורי, יביא להערכת האטמוספירה שבה אנו כולנו חיים" (עמ' 435). או, כלשונה של השופטת ביניש: עבירת הפרת האמונים "היא אחד המחסומים העיקריים שהציב המחוקק למניעת התדרדרות השירות הציבורי ממינהל תקין למינהל קלוקל, ואוסף עוד כי עלינו לשוות לנגד עינינו כי אך כפסע הוא המרחק בין מינהל מושחת לתהליך של כרסום משמעותי באופיו ובחוסנו של המשטר הדמוקרטי" (עמ' 456).

התפיסה שעמדה ביסוד אמירות אלה כולן היא שעבירת המסגרת של הפרת אמונים חיונית לשמירה על ערכי המנהל הציבורי ולהגנה על הדמוקרטיה הישראלית. בין היתר, הוסבר כי בנסיבות מסוימות עבירת הפרת האמונים היא הכלי היחיד המצוי בידי גורמי אכיפת החוק כדי לפעול נגד התנהגות של עובדי ציבור שמעלו באופן מהותי באמון הציבור בהם. השיפוט המשמעותי אינו נותן מענה מלא לכל קשת ההתנהגויות הפסולות שאפשר לבצע במסגרת שירות הציבור. כמו כן, ישנם עובדי ציבור – ואלה הם פני הדברים דווקא בכל הנוגע לבכירים שבהם: נבחר הציבור – שאינם נתונים כלל לשיפוט משמעותי.

נקודת מוצא זו היא שהדריכה את בית המשפט בעיצוב הבלתי שגרתי של גבולות התפרסות העבירה. מצד אחד, הוא שימר עבירת מסגרת בעלת רקמה פתוחה בתור כלי מרכזי לשמירה על דמותו של השירות הציבורי ועל ערכיו. לצד זאת, הוא צמצם את קשת המקרים שייכנסו לגדרי האיסור הפלילי, באמצעות הקביעה כי הפרת אמונים תתקיים רק אם הוכחה פגיעה מהותית באחד (או יותר) מהערכים המוגנים העומדים ביסוד העבירה. הינה כי כן, בית המשפט העליון ביקש בפרשת שבס להגשים את תפקידו השיפוטי לא רק בתור הפרשן המוסמך של החוק, אלא גם בשמירה על ערכי המנהל הציבורי ואף על הדמוקרטיה הישראלית. אם כן, פסק הדין בדיון הנוסף בעניין שבס חורג מן התחום הצר של המשפט הפלילי המהותי. ההלכה שנפסקה בפסק הדין אינה מצומצמת לנסיבות המקרה אלא נושאת היא את פניה לעתיד.

ובחזרה לפרשת שבס עצמה. הדעת נותנת כי הצורך לשמור מכל משמר על ערכי השירות הציבורי ועל השיטה הדמוקרטית, הוא גם זה שעמד ביסוד הקביעה כי המעשים של שבס נופלים לגדרו של האיסור הפלילי של הפרת אמונים. אומנם המטרה של שבס לא הייתה (ובוודאי לא באופן בלעדי) להשיא רווח לחבריו, ובאחד המקרים היה ראש הממשלה מודע

לכל מעשיו ולניגוד העניינים שהיה נתון בו. עם זה, לא היה אפשר להתעלם מכך ששבס היה מנכ"ל משרד ראש הממשלה, תפקיד רב-עוצמה ועתיר סמכויות. הוא נחשב ל"מוציא ומביא" אצל ראש הממשלה. נוסף על כך, שבס היה נתון בניגוד עניינים חריף שהתבטא ביחסי החברות ההדוקים עם חבריו בשני המקרים – יחסים שהיה להם ממד עסקי. השילוב בין תפקיד בכיר ומשפיע כל כך לניגוד עניינים כה משמעותי הוא שגזר את התוצאה שבה המעשים של שבס לטובת מכרו וחבריו, אשר בוצעו כולם במסגרת תפקידו כמנכ"ל משרד ראש הממשלה, חורגים מגדר כאלה שרק ראויים לגינוי או שמקומם בדין המשמעותי, ועולים כדי עבירה פלילית של הפרת אמונים. כפי שצוין, שבס עצמו לא נדרש לשלם את המחיר המלא על מעשיו, על רקע הסכמת המדינה לוותר מראש על גזירת עונש מאסר.

פסק הדין בעניין שבס שימש דוגמה למקרים רבים אחרים. כך, למשל, בעניין אלון חסן (ע"פ 3817/18 מדינת ישראל נ' חסן (3.12.2019)) נקבע כי עצם הנוכחות של יושב ראש ועד עובדי נמל אשדוד בפגישה של הנהלת הנמל עם חברה פרטית שעם ראשיה היו לוקשרים הדוקים אישיים וכלכליים, ושהייתה בעלת אינטרס כלכלי מובהק בתוצאותיה – עולה כדי הפרת אמונים. בפסק הדין נקבע גם שהוצאת מסמכים מרשות הנמל והעברתם לאותה חברה – מעשה שהעמיד את חסן בניגוד עניינים מובהק בין עניינו הפרטי לתפקידו הציבורי – נכנס בגדר האיסור הפלילי של הפרת אמונים. גם צבי בר, ראש העיר רמת גן, הורשע בעבירה של הפרת אמונים, בין היתר בשל פועלו בניגוד עניינים בתפקיד יושב ראש הוועדה המקומית לאישור תוכנית בניין עיר (תב"ע) שהייתה אמורה להיטיב עם יזם בשם לגזאל, אשר היה השותף העסקי של בר (ע"פ 4506/15 בר נ' מדינת ישראל (11.12.2016)). לצד פסקי הדין העקרוניים שהוסיפו להינתן, עניינם של רבים אחרים הסתיים בהרשעה בעבירה זו בהתבסס על הודאתם לפני בית המשפט. כמו כן יש לתת את הדעת לדין המשמעותי ולעבירה של הפרת אמונים בתאגיד – שהושפעו גם הם באופן ניכר מהלכת שבס.

פסק הדין בפרשת שבס העביר מסר חשוב לעובדי הציבור, למערכת אכיפת החוק ולציבור בכללותו – מסר של שמירה על ערכי המנהל הציבורי התקין, על טוהר המידות של עובדי הציבור ועל הדמוקרטיה הישראלית. חרף התרומה של הפסיקה יש הסבורים כי היה מקום לחקיקה שתבהיר אילו מעשים נופלים לגדר הפרת אמונים ושתפרט אותם. אבל לפי שעה הצעות החוק בנושא לא קודמו לכלל חקיקה.<sup>1</sup> בנסיבות אלה ממשיך בית המשפט עצמו למלא בתוכן את הוראות החוק כדי לשמר נורמות התנהגות ראויות במנהל הציבורי.

1 למשל הצעת חוק העונשין (תיקון – מרמה והפרת אמונים), התשע"ה-2015 והצעת חוק העונשין (תיקון – מרמה והפרת אמונים), התש"ף-2020.

# התעללות, ייאוש וקטל במשפט הפלילי

ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647 (1995)  
ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534 (2002)

## אוהד גורדון

כשאסתר פרץ, מנהלת לשכת הרווחה במועצה המקומית באור עקיבא, הציעה לגלינה יעקובוב לפנות למעון לנשים מוכות או להתלונן במשטרה, הגיבה גלינה בשתיקה. כעבור שעות אחדות קפצה אל מותה מחלון דירתה שבקומה הרביעית.

סיפוריהן של גלינה ושל אישה נוספת שסבלה מהתעמרות קשה, כרמלה בוחבוט, עוסקים בהתעללויות אשר גבו חיים. שתיהן חוו על בשרן כיצד עלולה מערכת יחסים זוגית להפוך ממוקד של אהבה וקרבה למציאות ביעותים של סבל. לאורך שנים הושפלו הן והוכו בידי בני זוגן. בני הזוג הצרו את צעדיהן, דרשו צייתנות לכל גחמותיהם ואיימו עליהן לכל תלוננה במשטרה או תפנינה לטיפול רפואי. בחששן ומבושה לחשוף את מצבן, הן צייתו. גם כשנקרו לפנין הזדמנויות להתלונן – למשל כשהוכו בצורה שחייבה פינוי לבית החולים – חששו להתלונן ושבו לזרועות המתעלל.

כך נהגה גלינה כשאסתר הציעה לה להתלונן. כשהזעיקה שוטרים, השתכנעה גלינה והתלוותה אליהם לביתה. אלא שלדרישת בעלה, בוריס, חזרה בה מהתלונה. השוטרים הזהירו את בוריס לבל יפגע בה ועזבו. אז החל בוריס להשתולל, חתך בסכין וילונות ורהיטים והשליכם מבעד לחלון. גלינה ישבה אותה עת בחדר הילדים ועימה בנה. בגבור עליה ייאושה, בחרה במעשה האובדני.

במוצא אחר בחרה כרמלה. היה זה יום נוסף בתוך כ-24 שנות התעללות שבו פגע בה בעלה יהודה. הוא פצע אותה, רדף אחריה בצעקות ובמכות, גירש את בניה שניסו לסייע לה, ואף התריס לפניה בנוגע לאישה שעימה ניהל מערכת יחסים. כרמלה ניגשה לחדר של בנה החייל ונטלה את נשקו. לשמע דריכת הנשק הגיע יהודה לחדר, ואז ירתה כרמלה עשרות כדורים וגרמה למותו.

במקרים מעין אלה, שבהם הסלימה התעללות בתא המשפחתי לכדי קטל, הופך המשפט הפלילי לזירה שבה משמשים בערבוביה שיקולים מוסריים, אישיים וחברתיים. בכך נעסוק. נתחיל בעניין יעקובוב (ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534 (2002)). באופן תקדימי, הגם שגלינה שמה קץ לחייה, הורשע בוריס באחריות להמתתה. דובר בהכרעה

יחודית. האחריות בפלילים מבוססת בראש ובראשונה על מודעות של הממית לאפשרות שמעשיו יגרמו למוות. לעומת זאת, נקבע שבוריס לא הבין כי התנהגותו עלולה לגרום לגלינה להתאבד. לכן זוכה מעבירת ההריגה שהואשם בה, אשר הצריכה מודעות כאמור. עם זאת, הוא הורשע בבית המשפט המחוזי בחיפה בעבירה פחותה של גרימת מוות ברשלנות לצד עבירות נוספות ונידון לשנתיים מאסר.

ההכרעה אושרה בבית המשפט העליון. היא מבטאת הכרה בכך שמצבה המורכב של קורבן אלימות במשפחה הוא גורם משמעותי בקביעת האחריות בפלילים. היא משמיעה הבנה למהמורות שבדרך של נשים המבקשות לעזוב בן זוג מתעלל או להתלונן נגדו. אלה כוללות חסמים רגשיים וחברתיים. הקורבן חוששת מן המתעלל ונמנעת מתלונה. נוסף על כך, הפסיכולוגית לנור ווקר איתרה במחקריה מצב של "חוסר אונים נרכש" אצל קורבנות התעללות, המפתחות ביטחון עצמי ירוד ואמונה כי אין בכוחן לשנות את מצבן ועל כן נמנעות מפעולה.<sup>1</sup> לתופעת ההתעללות גם היבטים סוציולוגיים: היא נובעת מתפיסות פטריארכליות המעודדות שליטה בבת הזוג, ממצוקה כלכלית ומהעדר חלופות לבנות הזוג לאחר עזיבת היחסים, מבושה ומחשש שלהן מתגובת החברה ומקושי של הרשויות לספק מענה ולחלצן ממגעל האלימות. חסמים אלה עלולים להביא את הקורבנות להחלטות הנעשות מתוך ייאוש. הכרעת בתי המשפט בעניין יעקובוב מבטאת הכרה במאפיינים אלה של התופעה ובחומרתה. נפסק בה, כי מסכת ההתעללות מצידו של בוריס הציבה את גלינה במצב חריג וכך גרמה להתאבדותה. אין בהחלטתה לשים קץ לחייה, כדי לנתק קשר זה של גרימה. אף שבוריס לא צפה את האפשרות שתאבד, הרי ש"אדם מן היישוב" במצבו היה יכול – וצריך – לצפות זאת.

כך קבע בית המשפט העליון כשדחה את הערעור של בוריס. השופט דורנר, בהסכמת השופטים שטרסברג-כהן ולוי, הדגישה בפסק דינה את המצוקה של גלינה, שלאחר שנות סבל "שמה קץ לחייה מתוך ייאוש ותחושת אין מוצא". החלטתה, כך הוסיפה, "לא הייתה חריגה או מיוחדת לה. היא אופיינית לאישה מוכה" (עמ' 547). הודגש ההקשר החברתי, בקביעה כי ההתעללות בגלינה הייתה ידועה לעובדי הרווחה שלא עשו די, ובביקורת על השוטרים שעזבוה עם בוריס, אף שיכלו לפתוח בחקירה למרות החלטתה לבטל את תלונתה. צוינה גם המודעות הגוברת "לתופעת האישה המוכה, לתוצאותיה הקשות ולצורך לטפל בה" (עמ' 548). לכן נקבע כי "אדם מן היישוב" יכול לצפות שהתעללות תביא להתאבדות.

גם עתירתו של בוריס לקיים דיון נוסף בהרשעתו נדחתה (דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד (נו' 4) 385 (2002)). השופט חשין ציין כי זו פעם ראשונה שבה הורשע מתעלל שרעייתו התאבדה, אך הדגיש את אשמו של בוריס, שבהתעללותו הממושכת "ריסק את נפשה ואת נשמתה של גלינה ורוקן אותה מרצונה להמשיך ולחיות" (עמ' 400).



ההכרה בכך שמאפייני נגע האלימות במשפחה רלוונטיים לקביעת האחריות בפלילים, מקימה דיילמה מרתקת בסוג נוסף, ושכיח יותר, של מקרי מוות. בהם, דוגמת עניינה של כרמלה בוחבוט, המיתה הקורבן את המתעלל בה.

נאפיין את הדיילמה. מקורה מצוי בתפקיד המסורתי של המשפט הפלילי, המגונן על הקיום החברתי, על בני החברה ועל הערכים החשובים לה (המכונים "ערכים מוגנים"). כך בשני היבטים: בנוגע לעבר המשפט מספק אמצעי לגמול לעברייני על הפגיעה בזולת ובערכים המוגנים. בהיבט הצופה פני עתיד, שואפות ההרשעה והענישה להכווין התנהגות בהרתעת העברייני והציבור הכללי מפני ביצוע עבירות.

תפקיד "מסורתי" זה מקבל משנה תוקף במסגרת דיני ההמתה, העוסקים בהגנה על הערך החשוב של חיי האדם. הדיילמה נובעת מהמתח שבינו לבין המאפיינים הטיפוסיים של מקרי ההמתה של בן זוג מתעלל. במקרים אלה אל מול השאיפה לגנות הרג, למנוע אותו ולגמול עליו, ניצבים שיקולים חשובים הפועלים להקל עם הממיתה.

כך, תחילה, בהיבט אשמתה. באופן טיפוסי היא מונעת ממצוקה, מייאוש ולא אחת מתחושה כי קטילת המתעלל היא המוצא היחיד ממסכת ייסוריה. הדבר ממתן את האשמה שבמעשיה. אלא שהקטגוריות ה"מסורתיות" של המשפט מתקשות לתת לכך ביטוי. בשל חששה פועלת הממיתה "בשעת כושר" שבה המתעלל פגיע, כגון בשנתו או כשהוא בגילופין, או מצטיידת באמצעי שיאפשר לה לגבור עליו. היא פועלת אפוא אם כן מתוך החלטה להמית ולעיתים לאחר תכנון. נוסף על כך, לפי כלל בסיסי בדיני העונשין, המניע להמתה אינו נשקל בשלב ההרשעה, והדבר עלול להביא להרשעה בעבירת הרצח בהתעלם מן הרקע למעשה.

לכך מתווסף ההקשר החברתי. כאמור, לסביבה ולחברה "תרומה" לנגע האלימות במשפחה, לקושי להיחלץ ממנו, ולכן גם לפעולתה של הממיתה. בית המשפט נדרש ליישב זאת עם תפקידו ה"מסורתי" בהגנה על החברה באמצעות חינוך והרתעה מפני קטל. הצצה מרתקת לביטוייה של דיילמה זו סיפקה העמדתה לדין בשנת 1994 של כרמלה בוחבוט. זאת, תחילה, בשם לב לעבירה שיוחסה בכתב האישום. כרמלה המיתה את יהודה בירי של עשרות כדורים, דבר שהיה עלול להביא להרשעה בעבירת הרצח שנהגה אז ולצידה עונש חובה של מאסר עולם. אלא שהדבר נמנע ב"אמצעי עוקף": שיקול הדעת המסור לתביעה לבחור את העבירה שתיוחס לנאשמת. בנותנה ביטוי לדיילמה הערכית הנזכרת, בחרה התביעה לייחס לכרמלה מלכתחילה עבירת הריגה, שאין לצידה עונש חובה. באופן שאינו שגרתי גם פורטה בכתב האישום ההתעללות בכרמלה. כתוצאה מכך גזר עליה בית המשפט המחוזי שבע שנות מאסר.

ביטוי נוסף לדיילמה האמורה ניבט מן המחלוקת שבין שופטי בית המשפט העליון שדנו בערעור של כרמלה על העונש האמור (ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647 (1995)). הצד ה"מסורתי" של הדיילמה הודגש בפסק הדין של השופט קדמי, שנותר במיעוט. בהנמקתו הדגיש שההגנה על ערך החיים דומיננטית ועולה במשקלה על הייחוד של המתה.

על רקע התעללות. "התעללות והשפלה מצדו של הקורבן", כך פסק, "אינן גורעות מן החומרה שבנטילת חייו כתגובה על התנהגותו". עוד הביע חשש כי הקלה בעונש תשדר לציבור הצדקה של ההמתה, מסר ש"יש בו כדי לרפות את המעצורים המוסריים, המרתיעים אותנו מנטילת חייו של אחר בתגובה להתנהגות חמורה מצדו" (עמ' 653).

עמדת השופט קדמי לא זרה למצבה של קרבן ההתעללות. לדבריו, "הלב מכתוב הבנה, התחשבות ומניעת סבל נוסף מן המערערת, אשר סאת סבלה מלאה מהתעללותו של בעלה". אלא שלגישתו יש "לעמוד על משמר הערכים שהחוק נועד להגן עליהם; וזאת – גם במקום שהלב נוטה לויתורים" (עמ' 654). כך הציב את ההגנה על החיים בחזית התפקיד השיפוטי. בהתאמה, ביקש לדחות את הערעור.

הצד השני של הדילמה, המתמקד בהתעללות שחוותה כרמלה, מצא ביטוי בדעת הרוב. השופטים בך ודורנר הכריעו להפחית את עונשה לשלוש שנות מאסר.

השופט בך הדגיש בהנמקתו את חריגות המקרה, את עוצמת הפגיעה בכרמלה ומשכה ואת המצב הנפשי העדין של כרמלה לאחר מעשה הקטל. הוא עמד על ההכרח בענישתה ועל הרצון להניע קורבנות התעללות לפנות לעזרה ולא לפעול באלימות. עם זאת ביאר ש"בשר ודם אנו, ואין אנו פועלים תוך ניטרול הרגש האנושי... רגש הצדק לא יכול להשלים עם כך שאישה זו, שמעשי טרור זועזעים כאלה עברו עליה, תהיה נמקה בכלא זמן כה רב" (עמ' 653).

השופט דורנר צעדה בדרך דומה, אך לא זהה. הנמקתה עסקה באשם שנלווה למעשה, וקבעה שאין מדובר ברצח, שכן כרמלה לא תכננה להמית, וירתה בבעלה "ברגע של ייאוש" (עמ' 655).

בפסק דינה הקדישה השופטת דורנר מקום מיוחד להיבטים החברתיים של נגע האלימות במשפחה. לדידה, אין לענוש בחומרה כדי להרתיע קורבנות מפגיעה במתעלל, שכן "אם כל חטאת אינה תגובת הייאוש של קורבן ההתעללות, אלא שתיקת החברה" (עמ' 655). כך הסביבה שיודעת ומחרישה, והרשויות שאינן עושות די. ביקורתה זו הציגה תפיסה של התפקיד השיפוטי שמדגישה פחות את המשימה "המסורתית" של הרתעה למניעת קטל, ואשר מקנה בכורה לשאיפה למגר את הנגע החברתי. "הדרך הראויה למניעת תגובות ייאוש של הקורבן", כך קבעה, "הוא שינוי ביחס החברה לאלימות במשפחה" (עמ' 656).

מחלוקת הפוסקים בעניין **בוהבוט** משקפת את הדילמה הערכית. גישת הרוב התיישרה עם ההכרעה המאוחרת בעניין **יעקובוב** בעיצוב מסר ערכי המגנה אלימות במשפחה, תוך הכרה במצב המורכב של קורבנותיה ובהקשרה החברתי.

לצד זה מדגים עניין **בוהבוט** שימוש בשיקול דעת התביעה, כדי להימנע מהרשעה ברצח של קורבנות שהמיתו את המתעלל בהן.

שימוש במקרים אלה בכלים משפטיים שונים להשגת תוצאה המתיישבת עם תחושת הצדק, אינו חריג. מעניין כי הדבר המשיך גם לאחר שהחוק תוקן באופן שנתן לבית המשפט שיקול דעת להימנע מגזירת עונש החובה בסוגי רצח מסוימים, ובהם המתת מתעלל (חוק העונשין (תיקון מס' 44), התשנ"ה-1995).

הצעת החוק לתיקון זה, שהונעה בידי ההד הציבורי שיצרו עניין בוחבוט ועניינו של שוקי בסו (שהמית את אביו המתעלל), הציעה הסדר של "אחריות מופחתת". לפיו, המתת מתעלל תסווג כהריגה שכן "תחושת הצדק היא... שאין להרשיעו ברצח דווקא" (דברי שר המשפטים פרופ' דוד ליבאי בהציעו את ההצעה, דברי הכנסת 13.6.1995, 9594). אלא שההצעה נדחתה בדינוי ועדת החוקה, חוק ומשפט. יושב ראש הוועדה, ח"כ דוד צוקר, הסביר במליאת הכנסת כי הוועדה חששה מ"מסר פסול, שלילי לחברה" שיפגע בערך החיים (דברי הכנסת 1.8.1995, 11651). במקום ההסדר שהוצע, חוקק סעיף "ענישה מופחתת", שאפשר שיקול דעת לעונש במקרי המתת מתעלל.

גם בתקופה שלאחר תיקון זה המשיכו ביטוייה של הדילמה הערכית בפסיקה. למרות העיגון בחוק של האפשרות להרשיע ברצח וליישם ענישה מופחתת, המשיך השימוש בכלים משפטיים למניעת הרשעה ברצח. כך, לדוגמה, לאנה דוקלסקי, שהמיתה את בעלה המתעלל בהטחת אגרטל בראשו, ייחדה התביעה מלכתחילה עבירת הריגה. בסוף ההליך הורשעה היא בגרימת מוות ברשלנות ונידונה למאסר בעבודות שירות (ת"פ (מחוזי חי') 6055/07 מדינת ישראל נ' דוקלסקי (4.2.2008)).<sup>2</sup>

עמדה זו, המדגישה כי הייחוד המוסרי שבהמתה על רקע התעללות הוא גורם מקל, התבטאה גם במקרי התעללות שלא בתוך המשפחה. כך בעניין יונתן היילו (ע"פ 746/14 היילו נ' מדינת ישראל (31.5.2016)), שנפל קורבן להתעללות מינית ולסחיטה. לאחר שהמתעלל דרש ממנו באיומים כסף בחניון מבודד, המיתו יונתן בחניקה ובמכות באבנים. בית המשפט המחוזי הרשיעו ברצח בנסיבות המזדיקות עונש מופחת, וגזר עליו 20 שנות מאסר. ערעורו לבית המשפט העליון התקבל: השופטים מלצר, שהם וברק-ארז יישמו כלי משפטי נוסף – הסדר הקנטור, המאפשר להרשיע בהריגה במקרי המתה מיידית וזועמת לנוכח התגרות. ההסדר "פתח" בפסיקה באמצעות הכרה ב"קנטור מתמשך" שהולך ונבנה לאורך תקופה, וכך נפסק שיונתן המית מתוך קנטור שחווה מידי המתעלל. הרשעתו הומרה להריגה ומאסרו קוצר ל-12 שנים.

הצד השני של הדילמה הערכית מצא ביטוי במקרים אחרים, שבהם הובילו המתות על רקע התעללות להרשעה בעבירת הרצח. אז פורשה האפשרות לחרוג מעונש החובה, באופן מצמצם כדי למנוע מסר הגורע מההגנה על החיים. כך, לדוגמה, בעניין אריקה פרישקין, שהמיתה בן זוג בדקירות מרובות. היא הורשעה ברצח ועתירה לעונש מופחת נדחתה. ברוב דעות נפסק כי החומרה שבנטילת חיים מחייבת שימוש מצומצם באפשרות ההפחתה, וכי ליישומה נדרש להוכיח שהמצוקה כתוצאה מההתעללות הייתה חריגה ודומיננטית בהחלטה להמית (ע"פ 1855/05 פרישקין נ' מדינת ישראל (24.3.2008)); דנ"פ 3220/08 פרישקין נ' מדינת ישראל (7.9.2008)).

2 ראו גם ת"פ (מחוזי ב"ש) 8056/02 מדינת ישראל נ' אלידה (18.11.2002) וע"פ 2167/12 פלונית נ' מדינת ישראל (17.3.2013).

כל זאת עד לשנת 2019. אז הניב המסר שעוצב בעניין **בוהבוט** ובעניין **יעקובוב** צעד משמעותי. זאת במסגרת רפורמה מקיפה של עבירות ההמתה (חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019), שאומצה על יסוד המלצות צוות בראשות פרופ' מרדכי קרמניצר.<sup>3</sup> מבנה העבירות שונה, בוטלה עבירת ההריגה, וחוקקו שתי דרגות של רצח החלות כשהממית פעל בכוונה או באדישות. רק לחמורה בהן נלווה עונש חובה. במסגרת זו חוקקה עבירה שכותרתה "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת". היא עוסקת בהמתות שמקיימות את הגדרות הרצח, אבל נסיבותיהן הייחודיות הולמות הרשעה בעבירה פחותה. בהן המתת המתעלל, שעונשה המרבי נקבע ל-15 שנות מאסר, והוא נמוך אף מהעונש ששימש לעבירת ההריגה. המחוקק שינה בכך את החלטתו משנות התשעים ואימץ הסדר אשר, ברוח הפסיקה שבה עסקנו, מבדל את המתת המתעלל גם בדרגת ההרשעה. להבדיל מבעבר, הדבר לא נעשה בכלים פרשניים אלא במפורש, בחוק ראשי. בהסבר להצעת החוק בואר כי זהו הסדר "צודק יותר, משום שאין הוא מטיל על העושים הבאים בגדרו תיוג של מי שביצעו רצח". פסיקת בתי המשפט במקרי המתת המתעלל מילאה אפוא תפקיד מהותי בעיצוב מסר ערכי המדגיש את המאפיינים של נגע האלימות במשפחה ואת הקשרו החברתי. הפסיקה הניעה אמירה עדכנית של המחוקק הגוזרת ממסר זה הפחתה באחריות הפלילית. ועם זאת, הדילמה הערכית אל מול תפקידו של בית המשפט בהגנה על ערך החיים לא פסה מן העולם. אפשר להעריך כי תלווה גם את יישומו של ההסדר החקיקתי המעודכן.

3 כותב רשימה זו שימש חבר בצוות. ראו הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה **דין וחשבון** (2011).

## מגדר, הסכמה ומרמה בעבירות מין: על פרשת חן אלקובי

ת"פ (מחוזי חי') 387/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (7.9.2003)

### כריסטינה חילו-אסעד

"זו לא גברת זה אדון..." כך מסתיים השיר שתחילתו באותו אחד ש'תפס ראש על הבר'. אלא שבמקרה שלפנינו, נתברר כי האדון הוא גברת, ועל כך נסב כתב האישום שבפנינו... כתב האישום המתוקן כולל שלושה אישומים, ופורס מערכת עובדתית חריגה ונדירה במקומותינו, שדומה כי טרם נראתה בישראל ובמדינות הים". במילים אלו נפתח גזר הדין שנתן בית המשפט המחוזי בחיפה, בהרכב השופטים מנחם נאמן, יצחק עמית ורון שפירא, ביום 7.9.2003 בפרשת חן אלקובי (ת"פ (מחוזי חי') 387/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (7.9.2003)).<sup>1</sup>

חן אלקובי נולדה כבת. בגיל 21 היא הועמדה לדין לאחר שהתחזתה לגבר וקיימה מערכות יחסים רומנטיות ומיניות עם נערות צעירות.<sup>2</sup> כתב האישום הוגש נגד שניים – חן אלקובי ואורן סינאי. תואר בו כי הנאשמים היו בקשרים הדוקים, וכי בשלהי שנת 2001 או בתחילת 2002 סיכמו ביניהם לפעול כדי להכיר לאלקובי חברות-בנות, תוך שאלקובי תתחזה לגבר וסינאי יתייחס אליה כאל גבר במפגשים עם אחרות. השניים יצרו קשר עם ארבע נערות שהיו באותה עת בנות 15-16, למטרת היכרות וחברות. אלקובי הייתה לבושה כגבר, דיברה על עצמה בלשון זכר והציגה את עצמה בשם "קובי", "קובי ביטון" או "קובי אלקובי". סינאי מצידו פנה אליה בשם "קובי" וסייע לה להתחזות לגבר. במהלך אותה תקופה קיימה אלקובי קשרים רומנטיים עם המתלוננות, לרבות מגע מיני. לא נטען כי אלקובי כפתה את עצמה על המתלוננות או ביצעה את המעשים בעל כורחן. עבירות המין יוחסו לאלקובי על יסוד סעיף בחוק המאפשר הרשעה גם כאשר המעשים המיניים נעשים בהסכמתה המלאה של המתלוננת, אם זו הושגה במרמה באשר ל"מיהות העושה" או ל"מהות המעשה".

לאחר שההליך המשפטי החל להתנהל נשמעה בו עדות של אחת המתלוננות. ביום 25.5.2003, המועד שבו הייתה אמורה להישמע עדות מתלוננת נוספת, הודיעו הצדדים כי

1 גזר הדין פורסם במאגרים המשפטיים תוך ציון מספר הליך שגוי: 389/02. המספר הנכון הוא המוזכר לעיל.  
2 בהליך המשפטי ההתייחסות לחן אלקובי הייתה בלשון נקבה, ולכן כך תהיה ההתייחסות אליה כאן ובהמשך הדברים.

הגיעו להסדר שבמסגרתו הוגש כתב אישום מתוקן ומקל יותר, ושני הנאשמים הודו בעובדותיו והורשעו בעבירות שיוחסו להם. כך נחסך למעשה הצורך בשמיעת העדויות של שאר המתלוננות והעדויות של אלקובי, וגם בית המשפט לא נדרש לכתוב הכרעת דין מנומקת או לקבוע ממצאי עובדה. עם זאת, לא היו הסכמות בנוגע לענישה.

חשוב להציג את המעשים כפי שתוארו בכתב האישום המתוקן והמוסכם. כתב האישום מתאר כי אלקובי וסינאי יצרו קשרים עם ארבע מתלוננות. במהלך הדברים הציגה אלקובי עצמה כגבר, והמתלוננות האמינו בכך, ואילו סינאי סייע אקטיבית לתרמית. לגבי אחת מהמתלוננות צוין כי היא התאהבה באלקובי ונוצר ביניהן קשר כשל בחור ובחורה, וכאשר ביקשה המתלוננת לנתק את הקשר, ניסה סינאי להניאה מכך, ואמר לה כי "קובי" אוהב אותה. מתלוננת זו התאהבה באלקובי בעת שסברה שמדובר בגבר, ואלקובי נישקה אותה על לחייה ועל פיה; בעקבות ההיכרות עם מתלוננת זו אלקובי הכירה מתלוננת נוספת וקיימה עימה קשרי חברות וקשרים רומנטיים במשך כמה חודשים. אלקובי נישקה את המתלוננת על שפתייה, צווארה וחזה, ליטפה את חזה וניסתה לקיים עימה יחסי מין בשלוש הזדמנויות שונות, תוך שהיא מנסה להחדיר לאיבר מינה של המתלוננת חפץ בלתי ידוע שהיה קשור באופן כלשהו לגופה. כשהמתלוננת חשדה שאלקובי היא אישה, האחרונה התעקשה שהיא גבר. אותה מתלוננת ניתקה את הקשר עם אלקובי לאחר שהתברר לה כי אינה גבר; בפני מתלוננת נוספת הציג סינאי את אלקובי כ"חבר שלו", וזו יצרה עם אלקובי קשרי ידידות; המתלוננת הרביעית הכירה את אלקובי באמצעות אחת מן האחרות, הפכה לבת זוגה וגילתה כי מדובר באישה רק לאחר תחילת חקירת המשטרה. בגין כל אלה הורשעה אלקובי בסדרת עבירות, ובהן עבירות של התחזות כאדם אחר, קשירת קשר, מעשים מגונים וניסיון אונס במסגרת החלופה של החדרת "איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה" (מעשה שגם אישה יכולה לעשות).<sup>3</sup>

אף שהחלק העיקרי של ההליך הפלילי הסתיים בהסכמה – נותרו לבית המשפט המחוזי שאלות עקרוניות לדון בהן, ולו במסגרת גזר הדין. בפתח הדיון המשפטי בגזר הדין התמודדו השופטים עם השאלה האם אלקובי עברה עבירת התחזות "כאדם אחר". הגם שההרשעה של אלקובי התבססה על הודאתה בעובדות כתב האישום אשר תוקן בהסכמת הצדדים – עורך דינה של אלקובי טען שאי אפשר להרשיעה בעבירת ההתחזות, מאחר שההתחזות צריכה להיות לאדם ספציפי, ולא התחזות ערטילאית לאדם שנמנה עם חוג מסוים של אנשים. השופטים דחו את הטענה הן מאחר שהסנגור כבר הסכים להרשעה בעבירת ההתחזות במסגרת כתב האישום המתוקן, הן לגופה. נקבע כי המונח "התחזות", שהוגדר בחוק "המתייצג ככזב כאדם אחר, חי או מת, בכוונה להונות", מתאים למקרה של "מי שמציג עצמו כזכר, למרות שיש לו אברי מין

3 בריאיון עיתונאי שנתנה חן אלקובי בתקופה שבה הוגש כתב האישום המתוקן, היא הציגה תמונה מורכבת יותר לגבי האירועים והרקע לתלונה נגדה. ליאור אל-חי ואמירה לם "רצחו את השם שלי" ידיעות אחרונות: 7 ימים 23.5.2003, 33. מטבע הדברים גרסה זו לא התבררה בבית המשפט.

נקביים – ללא ספק אחד הקריטריונים המקובלים כיום להבחנה בין זכר ונקבה" (פסקה 3). על כן ההתחזות לא צריכה להיות לאדם אחר מסוים, ודי בהתחזות כדמות פיקטיבית כדי להקים את יסודות העבירה.

בית המשפט הפנה לעניין אחר, שבו הורשע מטפל בביצוע מעשים מגונים במטופלות במסגרת עיסוקו כפסיכולוג קליני, תוך קבלת הסכמתן לביצוע הטיפול לאחר שהציג את המעשים המיניים כחלק מהטיפול הפסיכולוגי. שם נקבע כי ההסכמה התקבלה במרמה באשר ל"מהות המעשה", אשר הוצג כחלק מהטיפול אף שמדובר במעשה ארוטי, ואילו היו המתלוננות יודעות זאת, לא היו מסכימות לכך.<sup>4</sup> השופטים ציינו כי גם בעניינה של אלקובי אילו היו המתלוננות יודעות את העובדות לאשורן, לא היו נותנות הסכמתן לביצוע המעשים עימה. מדובר בהסכמה שהושגה במרמה באשר ל"מהות העושה", ובעצם הצגת עצמה כגבר הייתה לאלקובי "כוונה מיוחדת" להונות את המתלוננות. למעלה מן הצורך ציינו השופטים כי גם אלמלא הייתה אלקובי מורשעת בעבירת ההתחזות, היה אפשר להרשיעה בעבירה של קבלת דבר במרמה.

בשלב זה פנה בית המשפט למלאכת גזירת הדין וקביעת העונש תוך סקירת השיקולים לזכותם של הנאשמים ולחובתם. השופטים שקלו לחובתה של אלקובי את עצם המעשה וחריגותו ואת העובדה שהיא ניצלה את פער הגילים בינה למתלוננות ואת תמימותן וכמיהתן לקשר חברות עם המין השני. השופטים שיבחו את המתלוננת שהעידה לפנייהם, התייחסו לצלקות שהותירו בה המעשים וציינו כי אפשר ללמוד מתחושותיה כי חייה נחלקים לשניים: לפני המקרים ואחריהם. מנגד, במסגרת שקילת נקודות הזכות לא התעלמו השופטים מכך שאלקובי סבלה מבעיה בזהות המינית שלה, הרגישה כגבר הכלוא בגוף אישה, ואף חזותה החיצונית הייתה כשל נער-גבר צעיר. השופטים שקלו את גילה הצעיר במועד גזירת הדין (כבת 22), את העובדה שהיא בת למשפחה דתית-מסורתית, את קבלת האחריות מצידה ואת עברה הפלילי הנקי. השופטים גם התייחסו לחשיפה התקשורתית שהייתה מנת חלקה כאשר סיפוריה מחדר המיטות "נמרחו" בתקשורת הכתובה והאלקטרונית, והיא הייתה נתונה להצקות וללעג תוך פגיעה בפרטיותה, לצד הכאב והסבל שהמיטה על עצמה ועל משפחתה. לסיום, ניתן משקל לכך שאלקובי הייתה עצורה כחודש ימים ולאחר מכן שהתה בתנאי מעצר בית במשך תשעה חודשים.

בסופו של דבר הטילו השופטים על אלקובי עונש מאסר למשך שישה חודשים שאותו תישא בדרך של עבודות שירות. נוסף על כך, נגזר עליה מאסר על תנאי והיא חויבה בתשלום פיצוי בסך 40,000 ש"ח למתלוננת שהעידה ופיצוי בסך 10,000 ש"ח למתלוננת נוספת. להשלמת התמונה יצוין כי על סינאי, אשר הורשע בעבירות של קשירת קשר לביצוע עוון וסיוע להתחזות, הטילו השופטים 220 שעות שירות לתועלת הציבור. לזכותו נשקלו עברו הנקי

4 ע"פ 7024/93 פלח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 2 (1995).

והתסקיר החיובי שנתן בעניינו שירות המבחן. נדחתה בקשתו להימנע מהרשעתו, הליך השמור למקרים מיוחדים וחריגים.

בסיום גזר הדין, אך כלל לא בשוליו, התייחסו השופטים לחריגותו של המקרה ולא תגרים שהציב בפניהם, בפרק שנקרא: "לפני סיום – הערה על מגדר ועל הסכמה לעניין עבירות מין". עניינה של חן אלקובי חשף בשנת 2002, במידה רבה באופן ראשוני בבית המשפט, צוהר לעולמם של הטרנסג'נדרים ולפער אשר עשוי להתקיים בין ההגדרה המינית-ביולוגית (sex) להגדרה המגדרית הנעוצה בזהות האישית (gender). השופטים ציינו כי במסגרת הטיעונים לעונש העידו כמה עדים אשר ביקשו להעלות לתודעה את העובדה כי המגדר והזהות המינית אינם תלויים רק באיברי המין. השופטים קבעו כי אומנם העדים הרשימו אותם, וציינו שללא ספק תופעה זו, שבירת הזהות המינית המקובלת בחברה וטשטוש הגבול המגדרי, עתידה להעסיק יותר ויותר את החברה, את המחוקק ואת בתי המשפט. עם זאת, העדים לא העידו בתור עדים מומחים ולא הובאו חוות דעת בנושא זה, ועל כן נמנעו השופטים מקביעות באשר להשלכות המשפטיות והחברתיות של תופעה זו, וגזר הדין אינו כולל, למעשה, דיון תאורטי רחב ומקיף בנושא.

למרות האמור השופטים מצאו לנכון להתמקד בשאלת החובה המוסרית לגלות במסגרת מערכת יחסים את הזהות המינית במהותה הבסיסית ביותר, הביולוגית, ובהשלכות המשפטיות שעשויות להיווצר כתוצאה מאי גילוי כזה. אף שהשופטים התייחסו בהבנה להרגשה של אלקובי כ"גבר הכלוא בגוף אישה", הם דחו את הטענה שלפיה אין על הטרנסג'נדרים חובה לגלות למי שהם מבקשים את קרבתו האינטימית את העובדה שהם בעלי איברי מין זכריים או נקביים. כך, נקבע כי "כאשר פלוני קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו, עליו לחשוף בפני הצד השני את היותו 'זכר' או 'נקבה' במובן הצר והמקובל כיום בחברה" (פסקה 13). זוהי, לפי השופטים, עובדה מהותית, ומקום שבו נוצרים יחסי אהבה וקשרים אינטימיים – אי חשיפת עובדה זו היא פגיעה באוטונומיה של בן הזוג והסכמה שהושגה בעקבותיה אינה הסכמה חופשית. את הקשר המתחייב בין הפן המוסרי לפן הפלילי סיכמו השופטים במילים הבאות: "אנו דוחים אפוא את טענת הסניגוריה, והדברים שהשתמעו, או עלולים להשתמע, מדברי מי מהעדים, כי גם בנסיבות אינטימיות, הגילוי מסור לשיקולו ולמצפונו של הטרנסג'נדר. מעבר לשאלה המוסרית שמעוררת התנהגות כזו, הרי שבעיני החוק, מקום בו פלוני מקיים יחסים אינטימיים מבלי לסבר אוזנו/ה של בן/בת הזוג אודות מינו הגנטי-ביולוגי, יראו בכך תרמית ומצג שווא בדבר 'מיהות העושה'" (שם).<sup>5</sup> לצד זאת הדגישו השופטים את ההבנה כי קו הגבול לא תמיד יהיה ברור, כי יש להישמר מפני הפללת יתר של התנהגות מינית, וכי ידוע שההסכמה היא רכיב משתנה התלוי בתרבות ובמוסכמות חברתיות החשופות לשינויים ולתמורות.

5 עם זאת, ראוי להפנות לפסק דינו של בית המשפט העליון בנושא חובת הגילוי על נטייה מינית לפני הנישואין, שם נקבע שגם כאשר קיימת חובה מוסרית-ערכית לגלות את הנטייה או ההעדפה המינית לפני הנישואין, אין הדבר מקים בהכרח גם חובה משפטית לעשות כן (בע"מ 5827/18 פלוני נ' פלונית (16.08.2021)).



עניינה של חן אלקובי הדגיש את הפער שבין העולם המבוסס על ההגדרות המגדריות הידועות והדיכוטומיות, הנעוץ בהבחנה הפשוטה, זו הביולוגית (גבר/אישה), לאתגרים אשר הציבו מקרים של שונות מגדרית, שינויי מגדר או חוסר בהירות מגדרית. אלה ערערו את המוסכמות שנחשבו לבסיסיות וברורות במשך שנות דור. לאורך השנים המערכת המשפטית נאלצה להתמודד עם מעבר מדיכוטומיה וקוטביות אל עבר הבנה כי עשוי להתקיים רצף אחר של זהות מינית ומגדרית הנובעת לא אחת מהגדרה אישית סובייקטיבית שאינה תואמת בהכרח את ההגדרה הביולוגית. אלה מצריכים גמישות מחשבתית לצד התאמת הנורמות המשפטיות לנורמות החברתיות המשתנות.

שופטי ההרכב נמנעו מגזירת רכיב מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח על אלקובי, מבלי לנמק זאת בהרחבה, אף שענישה זו הוטלה בעבירות דומות כאשר הנאשמים היו גברים. לו היה נגזר דינה של אלקובי למאסר בפועל, אפשר להניח כי היא הייתה נושאת את עונשה בכלא נשים, כפי שהיה בזמן מעצרה. יוזכר כי אלקובי עצמה לא החלה בתהליך רפואי לשינוי מין, אבל במקרים אחרים נאלצה המערכת המשפטית להתמודד עם שאלת כליאת טרנסג'נדרים. מאחר שמסגרות הכליאה המסורתיות מחולקות ל"כלא גברים" ול"כלא נשים", לא אחת הוחזקו טרנסג'נדרים בבידוד בשל חוסר התאמה למסגרות הכליאה הקיימות. במקרה מסוים עובדה זו אף הייתה שיקול משמעותי להקלה בעונש מאסר בפועל שהוטל על נאשמת טרנסג'נדרית אשר הורשעה בביצוע עבירת שוד בנסיבות מחמירות, ובית המשפט העליון קיצר את תקופת המאסר שנגזרה עליה (אך לא ביטלה לחלוטין).<sup>6</sup> בשנת 2013 העניק נשיא המדינה חנינה מסיבות הומניטריות לאסיר טרנסג'נדר שהיה אמור לשאת את עונשו בכלא בבידוד וללא יכולת להשתלב בפעילויות, עובדה שיש בה כדי להעצים את הקשיים והמכאובים הכרוכים בכליאה. המאסר קוצר ונקבע כי האסיר יישא אותו בדרך של עבודות שירות.<sup>7</sup> בשנת 2017 הוגשה לבית המשפט העליון עתירה בעניין אופן החזקתם של טרנסג'נדרים במתקני שירות בתי הסוהר.<sup>8</sup> בעקבות העתירה גיבשה נציבות שירות בתי הסוהר הנחיות בנוגע להחזקה במשמורת של אלה שעברו שינוי זהות מגדרית או שזהותם המגדרית אינה חד־משמעית. על פי ההנחיות, שיבוץ אסיר למתקן כליאה לא יצומצם לבדיקת מינו הביולוגי אלא "יבחן באופן פרטני, והחלטה בעניינו תתקבל על פי הנתונים הייחודיים לו, תוך התחשבות, בין היתר, בחזותו, באופן בו האסיר מגדיר את עצמו, בהינתן השלב בו הוא מצוי בתהליך שינוי הזהות המגדרית – והכל ברגישות המתבקשת והראויה". נוסף על כך, הודגש האיסור להחזיק אסיר/ה טרנסג'נדר בהפרדה או בבידוד שלא בהתאם להוראות הדין, והוצהר כי אסירים טרנסג'נדרים ישולבו בכל הפעילויות הקיימות בכלא.<sup>9</sup>

6 ע"פ 5833/12 פלוגית נ' מדינת ישראל (12.9.2013).

7 אביאל מגנזי "בעקבות הריאיון ב־ynet: חנינה לטרנסג'נדר" ynet (17.10.2013)

8 בג"ץ 5480/17 ביליה נ' שירות בתי הסוהר (4.7.2018).

9 אגף האסיר, חטיבת הכליאה "קליטת אסיר טרנסג'נדר/ית ועקרונות בדבר שיבוצו – מדיניות" (5.3.2018).

בשני העשורים שחלפו מאז עניינה של אלקובי חלו שינויים משמעותיים בתפיסות הנוהגות בחברה. התמודדות המערכת המשפטית עם שבירת הדיכוטומיות באה לידי ביטוי גם באפיקים נוספים בארץ ובעולם, שקצרה היריעה מלהרחיב עליהם. כך, למשל, נעתר בית המשפט העליון לבקשת גבר שנולד כאישה, ולאחר שהרה וילד תינוק, שינה מינו לזכר – לרשום אותו בתעודת הזהות בתור אביו של הילד.<sup>10</sup>

גזר הדין בעניינה של חן אלקובי נכתב לפני שהמשגת הנושא של טרנסג'נדריות התפתחה וחלחלה לחברה ולמשפט. במובנים רבים גזר הדין הקדים את זמנו ובאופן אינטואיטיבי איזן נכונה בין השיקולים השונים: הקביעה כי מדובר בהתנהגות המוגדרת מרמה והוקעתה מצד אחד, והימנעות מעונש מאסר בפועל מתוך הבנה כי מדובר בעונש שיהיה לא הולם, ואף אכזרי, בנסיבות המקרה מצד אחר. ייתכן כי אילו גזר הדין בעניין חן אלקובי היה נכתב כיום, הנמקת פסק הדין הייתה נשענת גם על מחקרים אמפיריים וכתובה עיונית אשר התפתחו מאז. נוסף על כך, לא מופרך לומר כי ערכי הבסיס שבית המשפט ביקש להדהד בפסק דינו בשנת 2003 באשר לחובת הכנות והגילוי במסגרת מערכת יחסים באשר למהות הזהות המינית – בין שהיא מוגדרת במסגרת ההבחנה הביולוגית הצרה ובין שמדובר בהגדרה רחבה יותר – משקפים עמדה ערכית שגם כיום ראוי כי תנחה מערכות יחסים אישיות אינטימיות בין בני אדם.

# הסדרי טיעון: הכרח בל יגונה או כלי יעיל לאכיפת הדין?

ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543 (1972)  
ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (2002)  
בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008)

## טל ענר

הסדר טיעון, כהגדרת השופטת ביניש בעניין פלוני שעוד ידובר בו בהמשך (ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (2002)), הוא הסכם בין נאשם לתביעה, שהתביעה מתחייבת במסגרתו לוותר לנאשם על מיצוי הדין ולהעניק לו הקלה הקשורה לתוצאות המשפט, בתמורה להודיה בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו. המופעים השכיחים של ויתור זה הם גרסה "מרוככת" של כתב האישום או הסכמה לתוצאה עונשית מקילה. משמעות הדברים היא הרשעה בעבירות פחותות מאלה שיוחסו לנאשם תחילה, ולצידה (או במקומה) ענישה מקילה יותר או לפחות כזו ש"גבולות הגזרה" שלה הוסכמו.

במיטבם משרתים הסדרי הטיעון את כל הצדדים להליך הפלילי. לנאשמים הם מספקים תוצאה מקילה, לצד ודאות ומניעת הימשכות ההליך ועינוי הדין הכרוך בכך. נפגעי העבירה זוכים לצדק מהיר יותר ולהכרה בפגיעתם, ועשויה להיחסך מהם עדות קשה בבית המשפט. לתביעה מתאפשר לאכוף את החוק באופן יעיל יותר. אכיפה מהירה ונרחבת מרתיעה יותר ומשרתת את האינטרס הציבורי יותר ממיצוי הדין עד תום במספר קטן של תיקים. בעולם של משאבים מוגבלים כל תיק ש"נגרע" משולחנה של תובעת בשל הסדר טיעון, מאפשר לה לאכוף את החוק בתיקים רבים יותר. לבית המשפט – שגם זמנו הוא משאב בחסר תמידי – מתאפשר לשרת את הציבור ביתר יעילות ולהקדיש עוד זמן ומחשבה למקרים הקשים יותר, שבהם המחלוקת בין הצדדים מורכבת יותר ודורשת הכרעה. לצד זאת, קיימים חשש מפגיעה באינטרס הציבורי שבהענשת עבריינים, בכך שהנאשם זוכה להקלה משמעותית בעונשו, וחשש מפני הרשעת נאשם חף מפשע עקב נכונותו להודות במיחוס לו בשל הפיתוי שבטובת ההנאה הגלומה בהסדר.

הסדרי טיעון חולשים על ההליך הפלילי בישראל. כך, למשל, לפי נתוני פרקליטות המדינה לשנת 2020, בעניינם של 74% מהנאשמים שתיקיהם הסתיימו באותה שנה הוצג לבית המשפט הסדר טיעון בשלב זה או אחר של ההליך. התביעה המשטרית אינה מספקת נתון עדכני על

שיעור הסדרי הטיעון, אבל מחקרים שנערכו בעבר מצביעים גם כן על שיעור הסדרי טיעון המגיע עד כדי שלושה מתוך כל ארבעה תיקים שנדונו בבתי משפט השלום.<sup>1</sup> הניסיון השיפוטי אינו רומז שתמונה זו השתנתה משמעותית מאז שלוקטו אותם נתונים.

למרות משקלם הכמותי המכריע המחוקק לא הסדיר מעולם כללים דיוניים הנוגעים להסדרי טיעון. הצעת חוק בעניין גובשה לפני למעלה מעשור ולא התקבלה.<sup>2</sup> זאת ועוד, תיקון החוק הידוע בכינוי "תיקון 113" לחוק העונשין, התשל"ז-1977,<sup>3</sup> משנת 2012 שהתיימר להסדיר באופן כולל את שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין – שותק גם הוא בנוגע לסוגיית הסדרי הטיעון. גם על פער זה "נאלצה" לגשר פסיקת בתי המשפט.

אם כן, את הכללים המשפטיים המסדירים את הדינים החלים על הסדרי הטיעון, יצרה מערכת השפיטה במהלך ממושך ומדורג. יחס הפסיקה להסדרי הטיעון התפתח מסלידה אל חשדנות ולבסוף לאימוץ של מוסד הסדרי הטיעון וביצורו, עד שכיום – כאמור – השפיטה הפלילית בישראל עוסקת במידה רבה באישור הסדרי טיעון ובכיבודם. על כן חשוב לתאר את המהלך ההיסטורי של קליטת מוסד הסדרי הטיעון באמצעות פסיקת בתי המשפט, ולעמוד בקצרה על כמה מן המשמעויות של מהלך זה.

פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין בחמוצקי הוא אבן דרך היסטורית במעלה הדרך שהביאה אותנו עד כאן (ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543 (1972)). ומעשה שהיה כך היה. ביום 10.11.1970 נערך בין אליהו בחמוצקי לנציגי המשטרה ופרקליט המחוז "זכרון-דברים", ובמסגרתו התחייב בחמוצקי להודות באשמה המיוחסת לו ולהפיל שותפים לעבירה. התביעה מצידה התחייבה כי התובע יצהיר בבית המשפט שבחמוצקי שיתף פעולה והביא תועלת חשובה "ותמורת כך אין התביעה עומדת על הטלת ענשי מאסר בפועל". בהמשך לכך הוגש נגד בחמוצקי לבית המשפט המחוזי כתב אישום שייחס לו עבירות שוחד ועבירות מכס. עובדת קיומו של זכרון הדברים לא הובאה לפני בית המשפט המחוזי, אבל הצדדים עמדו בהתחייבויותיהם לפיו. בחמוצקי הודה בעובדות כתב האישום (והורשע לפי הודאתו) ואילו התובע עתר לגזור עליו עונש מאסר מותנה בלבד וקנס. אבל שופט הערכאה הדיונית דן את בחמוצקי לשלוש שנות מאסר בפועל ונימק זאת באלה הדברים: "לי, כמי שחייב להעניש את אלה העוברים על החוק, יש שיקולים משלי, וקשה לי להשלים עם עמדה זו של התביעה. אם אאמץ לעצמי את הקו הזה שבו נוקטת התביעה, אזי כדאי יהיה לכל אחד להסתכן. יצליח, מה טוב, ולא – יציע שירותיו למשטרה, ישתף אתה פעולה ויצא בלא כלום. אני לא אתן ידי ל'הסכם' כזה בין המשטרה או התביעה לבין נאשם שעבר עבירות מסוג אלה... צר לי, לכן, שעלי להקשיח את לבי ולגזור מאסר ממש, שאם לא אעשה כן במקרה כגון זה, לא אמלא את חובתי" (עמ' 547).

- 1 אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים (מחלקת מחקר של הרשות השופטת והמרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה 2012).
- 2 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010.
- 3 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012.

בחמוצקי, מופתע ומאוכזב ככל הנראה, ערער על גזר הדין לבית המשפט העליון. בתשובה לערעור דבקה התביעה בהסכם ובעתירתה לדון את בחמוצקי למאסר על תנאי בלבד. בערעור דנו השופטים לנדוי, חיים כהן וקיסטר. פסק הדין בערעור של בחמוצקי ביטא את יחסו של בית המשפט העליון למוסד הסדרי הטיעון בתחילת שנות השבעים של המאה העשרים. אף שהוא רווי רתיעה וביקורת כלפי מוסד זה – כנראה הד לתפיסה שרווחה עובר לאותו פסק דין – הלכה למעשה אימץ פסק הדין את הסדרי הטיעון אל ליבו של סדר הדין הפלילי הישראלי. השופט חיים כהן, שכתב את פסק הדין העיקרי, הצביע על כך ש"הסכמים ממין זה" הפכו לנפוצים והם בבחינת מנהג מושרש. לדבריו, "ומשהשתרש המנהג ונעשה קבע, אין טעם לבכות עליו ולפסול אותו משיקולים מוסריים או אתיים צרופים – ומה גם שיתרונותיהם של ההסכמים הללו מן הבחינה המעשית שקולים כנגד מגרעותיהם" (עמ' 549). השופט לנדוי פתח את חוות דעתו בהגדירו את עסקאות הטיעון "בעיה כאובה", ובהמשך ציין כי בשיטה אידיאלית של עשיית צדק אין מקום לפשרות "שהנפש היפה סולדת" מהן והוסיף כי "עיסקה הנעשית עם עבריין בחדרי חדרים והמסתיימת בהטלת עונש קל יותר ממה שראוי היה להטיל עליו, יש בה טעם לפגם והיא עלולה לעורר בציבור רושם של איפה ואיפה בעשיית דין בפושעים, ושל משיכת חוטים מאחורי הקלעים על-ידי בעלי השפעה" (עמ' 558, 559). עם זאת, השופט לנדוי סיכם כי במציאות של ההליכים הפליליים אי אפשר שלא להשתמש במכשיר זה "למרות היותו פגום מבחינה מוסרית, וגם בתי המשפט אינם יכולים להתעלם מהכרח שלא יגונה" (שם). גם חוות הדעת של השופט קיסטר, שהייתה רוויה ברתיעה ממוסד הסדרי הטיעון, נאלצה להכיר בכך "שמתוך סיבות מעשיות ותועלתיות, אין לנו אפשרות לבטל כליל את הנוהגים בשטח זה, אף-על-פי שהם פגומים מבחינת הצדק והמוסר. עוד לא הגענו לתקופה של 'יתמו חטאים מן הארץ ורשעים עוד אינם'" (עמ' 554).

בעניינו של בחמוצקי ביטל בית המשפט העליון את ההרשעה ואת גזר הדין כדי שהמשפט נגדו יתברר מתחילתו לפני שופט אחר.

בהמשך לכך חרף הרתיעה וההסתייגות ממוסד הסדרי הטיעון בכללותו, הוא התקבל בתור נדבך לגיטימי בסדר הדין הפלילי, ואף נקבעו שני כללי יסוד החולשים על נושא הסדרי הטיעון עד ימינו: ראשית, נקבע כי יש להציג את ההסדר לפני בית המשפט ואין מקום להסכמות "סודיות" בין הצדדים; שנית, נפסק כי בית המשפט אינו צד להסדר הטיעון ואינו כבול בו, והכרחי כי הדבר יוסבר לנאשם לפני קבלת ההודאה.

בפרשת בחמוצקי לא נקבעו המבחנים המשפטיים בשאלות אימתי יכבד בית משפט הסדר טיעון ומתי ידחה אותו. עניין זה עורר פולמוס נרחב בפסיקת בתי המשפט במשך למעלה מעשרים שנה לאחר מכן. כיצד אמור לנהוג בית המשפט במקרה טיפוסי שבו מוצג לפניו הסדר טיעון הכולל הודאה בעובדות כתב אישום ועתירה משותפת לעונש? אפשר לתאר את הגישות השונות בפסיקה על מנעד שקצהו האחד מדגיש את התוצאה העונשית הראויה, וקצהו האחר מדגיש את העצמאות ושיקול הדעת הרחב של רשויות התביעה. בין גישות אלה קיימים גם

גונוני ביניים. האוחזים בגישה הראשונה גרסו כי האחריות על התוצאה העונשית היא בידי בית המשפט, ועל כן אם מוצג הסדר טיעון המגלם תוצאה בלתי ראויה (במונחי ימינו: בלתי הולמת) של ההליך המשפטי – על בית המשפט לדחותו. בעלי הגישה האחרת נתנו משקל מכריע לחזקת התקינות של הסדר הטיעון כחלק מהמעשה המנהלי. לפי שיטה זו בית משפט יכבד הסדרי טיעון, אלא אם כן נפל פגם קיצוני בשיקולי התביעה. הניסיון השיפוטי וכללי המשפט המנהלי בדבר היקף ההתערבות בהחלטות התביעה הכללית מובילים לכך שהמקרים שיצדיקו זאת יהיו מעטים שבמעטים.

פסק הדין בעניין פלוני משנת 2002, שניתן פה אחד בהרכב תשעה מפי השופטת ביניש, לימים נשיאת בית המשפט העליון, נועד להעמיד על מכונה הלכה באשר למבחן המשפטי לקבלת הסדרי טיעון. באותו מקרה הנאשם, שמטעמים מובנים שמו לא פורסם, הואשם בבית המשפט המחוזי בביצוע עבירות מין קשות בבתו הקטינה, לצד עבירות אלימות והתעללות בשלושה מילדיו. בהמשך הוצג בבית המשפט המחוזי הסדר טיעון, שבמסגרתו נמחקו חלק מן האישומים בעבירות האלימות, והצדדים עתרו לגזור על פלוני תשע שנות מאסר. בית המשפט המחוזי בחיפה דחה את הסדר הטיעון וגזר עליו 15 שנות מאסר בפועל. על כך הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

טרם שניגשה לעובי הקורה, קבעה השופטת ביניש שיש להשתמש במונח "הסדר טיעון" תחת הביטוי המיושן "עסקת טיעון". הביטוי "עסקה", כך ביניש, עשוי "לרמוז על התקשרות מסחרית או על התקשרות חשאית, על תועלת חד-צדדית ואולי על מניעים אפלים" (עמ' 587). לפיכך בית המשפט העליון הכתיר את עסקאות הטיעון בשם "הסדרי טיעון" וניגש לעיצומה של קביעת המבחנים המשפטיים.

הגישה החדשה של בית המשפט העליון לסוגיית הסדרי הטיעון הוכתרה בשם "גישת האיזון", ותמציתה בלשון פסק הדין היא כי "בהתקיים איזון ראוי בין האינטרס הציבורי הפרטני והאינטרס הציבורי הרחב שהתביעה מייצגת, מצד אחד, לבין טובת ההנאה שניתנה לנאשם מצד אחר, יכבד בית המשפט את הסדר הטיעון. בית המשפט ישווה לנגד עיניו, בין היתר, את המגמה העקרונית לעידוד הסדרי טיעון" (עמ' 620).

בית המשפט העליון עבר בעניין פלוני באופן מובהק לתיאור רטורי חיובי של מוסד הסדרי הטיעון, מוסד שיש לעודד, ועמד בהרחבה על יתרונותיו הרבים לייעול הליכים פליליים, לקיצורם ולאכיפה יעילה יותר. קל להבין כי כאשר מרבית ההליכים מסתיימים בהסדרי טיעון, אפשר להגיש כמות גדולה הרבה יותר של כתבי אישום ולאכוף את החוק, גם אם לא עד כדי מיצוי הדין, כלפי כמות גדולה בהרבה של עבריינים.

אף שמבחן האיזון הוצג בפסק הדין כמעין שביל זהב או פשרה המקובלת על הכול בין הגישות הקוטביות שתוארו לעיל, אפשר להתרשם כי בפועל קרוב מבחן זה בהרבה לגישה המדגישה את שיקולי התביעה, כלומר גישה המצמצמת למינימום (ובפועל כמעט עד לאפס) את מידת ההתערבותם של בתי המשפט בהסדרי טיעון. למרות הניסוח הזהיר של מבחן האיזון

התיק שנבחר לפסיקת הלכה מנחה היה בפועל תיק של עבירות מין קשות במשפחה. התוצאה המעשית של יישום ההלכה החדשה בו הייתה כיבוד הסדר טיעון שהקל בדינו של פלוני עד כדי 6 שנות מאסר פחות ממה שבית המשפט המחוזי מצא שהוא העונש ההולם. בחינת יישום מבחן האיזון ברבבות התיקים הפליליים שנדונו בעשורים שחלפו מאז ניתן פסק הדין, מובילה למסקנה שכיום אי כיבוד הסדר טיעון בידי ערכאה דיונית הוא מחזה נדיר יחסית, ובחלק מכריע של אותם מקרים נדירים ערכאת הערעור משיבה את הסדר הטיעון על כנו.

השיעור הגבוה של הסדרי טיעון בישראל והיישום ארוך השנים של הלכת פלוני מצביעים על כך שהדין במציאות הוא שלצדדים השפעה רבה על תוצאת ההליך הפלילי, ושתוצאה זו מושפעת מהקצאת סיכונים של הצדדים עצמם, מהעדיפויות שלהם ומעומסיהם. אכן, הסדרי טיעון נכרתים "בצל" המשפט ועל רקע האפשרות שבית המשפט עשוי שלא לכבדם, ועל כן הצדדים מורתעים מלהציג לפני בית המשפט הסדרי טיעון מופרכים. אבל בפועל השיעור של אישור הסדרי טיעון הוא מכריע.

בהתאם להלכת פלוני על בית המשפט לבחון את השיקולים שבבסיס הסדר הטיעון למול ההקלה בעונש שהנאשם זוכה לה, בחינה שאמורה לשמש מסנן לוודא תוצאה שיפוטית ראויה וצודקת. אבל פסק הדין הידוע בעניין הסדר הטיעון שנכרת עם הנשיא לשעבר משה קצב (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008)), מדגים כמה קשה לערוך ביקורת שיפוטית כזו. באותה פרשה, כזכור, יוחסה לקצב עבירת אינוס, אבל בטרם פתיחת המשפט הגיעו הצדדים להסדר טיעון. כתב האישום תוקן באופן דרמטי כך שכלל עבירת מעשים מגונים בלבד ברף חומרה נמוך ועתירה משותפת להטיל מאסר מותנה. בשלב זה הוגשה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עתירה של שתיים מן המתלוננות, בטענות על עצם ההחלטה להיקשר עם קצב בהסדר טיעון, ועל תוכן ההסדר. לטענת העותרות, הסדר הטיעון פגע באמון הציבור. העתירה נדונה לפני הרכב של חמישה שופטים ונדחתה בסופו של דבר בדעת רוב. רוב השופטים בהרכב השתכנעו כי הסדר הטיעון סביר, בין היתר על סמך קיומו של קושי אפשרי להוכיח את אשמתו של קצב. רק שופטי המיעוט, ובהם הנשיאה ביניש, מי שכתבה את פסק הדין בעניין פלוני, סברו כי יש לתת צו מוחלט שלפיו יתבטל הסדר הטיעון. לימים הסתלק הנאשם קצב מהסדר הטיעון, נוהל משפט הוכחות מלא והנאשם הורשע ונידון לשבע שנות מאסר.<sup>4</sup> אם כן, המאשימה התגברה בניהול המשפט על אותו "קושי ראיתי", ותוצאת התיק הייתה הרשעה מהדהדת בעבירת אינוס. אכן, הביקורת של בג"ץ, שבחן את החלטת היועץ המשפטי לפי אמות המידה של המשפט המנהלי, שונה מעט בפריזמה שלה מן הבחינה של ערכאה דיונית פלילית השוקלת כיבוד הסדר טיעון. עם זאת, אפשר לשער שאילו ההסדר היה מוצג בסופו של דבר לפני בית המשפט, קיים סיכוי בלתי מבוטל שהוא היה מאושר בהתאם להלכת פלוני. המקרה של קצב הוא מקרה נדיר מאחר

4 ראו רשימתה של דפנה ברק ארזו בספר זה, עמ' 555.

שזכינו לחזות בו בשתי הדרכים המתפצלות של ההליך הפלילי: סיומו בהסדר טיעון וסיומו בהליך בירור עובדתי מלא.

בסיכומי של דבר, התבוננות בהתפתחות הפסיקה לאורך השנים מעלה שהמשפט הישראלי עבר שינוי מהותי ביחסו למוסד הסדרי הטיעון. בתחילת שנות השבעים שרר יחס של רתיעה והסתייגות מהמוסד אשר כונה אז "עסקאות טיעון", מה שביטא גישה שלילית כלפיו. ממנו עבר המשפט הישראלי לגישה שמכירה ביתרונות של מוסד הסדרי הטיעון, ושאיפה מעודדת אותו בשל תרומתו הרבה לייעול הליכים פליליים ולקיצורם ובשל היותו כלי לאכיפה יעילה יותר. אין בכך כדי לייתר את המשך הדיון הציבורי בנושא.



## האחריות הפלילית של פגוע נפש – אימתי?

ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 281 (1956)

### איילת השחר ביטון פרלה

"רשות לכל אדם נתונה: אם רצה להטות עצמו לדרך טובה ולהיות צדיק – הרשות בידו, ואם רצה להטות עצמו לדרך הרעה ולהיות רשע – הרשות בידו" (משנה תורה, תשובה, פרק ה, הלכה א)

עד היום לא ידוע מה היה טיב היחסים שנרקמו בין זלמן מנדלברוט ללובה קריינר. קריינר תיארה את יחסיה עם מנדלברוט כיחסי ידידות תמימים, ואילו מנדלברוט ייחס לקשר ביניהם חשיבות גדולה הרבה יותר. בתחילה, כך סיפר, קריינר משכה אותו אליה, וכאשר נכנע להשפעתה ונשבה ברגשות אהבה כלפיה – דחתה אותו. אין לדעת תיאורו של מי נכון יותר. על כל פנים, תמימות דעים ישנה כי פרשת יחסיהם השפיעה השפעה מכרעת על המעשים של מנדלברוט ביום ההוא.

מנדלברוט וקריינר אינם יחידים בסיפור המעשה. לעניינם נקשרו, באופן טרגי יש לומר, חייו ומותו של מאיר שיפמן, שעבד עימם במחלקת סלילת חוטים שבבית החרושת "אתא". השנה הייתה 1951. מנדלברוט היה אז בשנות השלושים לחייו, נשוי ואב לשלושה, והשפה שבפיו עברית מתובלת בידיש (חרות 1952, 3.1, 4). בצעירותו שימש מנדלברוט נוטר, שירת בפלוגות האש של וינגייט ובבריגדה והשתתף במלחמת השחרור עד לשחרורו בדרגת רב סמל. עדותו במשפט שנערך לו נמשכה ארבעה ימים ובמהלכה תיאר מנדלברוט את קורותיו הטרגיים בתור בסיס לטענה שסיפור חייו מבסס את הגנתו. באי האולם דיווחו כי עדותו לזוהר בפרצי בכי ובהפסקות כאשר תיאר מצבים מחייו ופגיעות בגוף ובנפש שחוה (הבקר 1952, 26.11, 4). כאשר לנשק שהחזיק, העיד מנדלברוט שקיבלו לשמירה על ביטחוננו בשל ריחוק דירתו מהיישוב. גם על פרשת אהבתו לקריינר סיפר בעדותו ועל אכזבתו וכאבו כשלא נענתה לחיזוריו. לדבריו, הכול ידעו על יחסיהם, ואישה זקנה שכן זוגה נטש אותה לטובת צעירה אף הזהירה אותם שהם "משחקים באש" (הבקר 1952, 26.11, 4). קשה לחשוב שאותה זקנה העלתה בדעתה את שעתיד להתרחש, אבל את שהתרחש אפשר ללא ספק לדמות לתוצאות משחק באש. במשפט שנערך למנדלברוט העידה קריינר, שהייתה אז כבת 19, כי הכירה את מנדלברוט עוד בתחילת שנת 1950 במהלך עבודתם המשותפת בבית החרושת "אתא". לדבריה, אף שביקרו זה בביתו של זה והיה מי שהביע חשש באשר לטיב יחסיהם, יחסיה עם מנדלברוט לא חרגו מהרגיל.

שיפמן, מוותיקי פועלי "אתא", נשוי ואב לשניים, היה אז בשנות הארבעים לחייו (דבר 27.12.1951, 2). במשפט התברר כי הוא שעזר למנדלברוט להתקבל בחזרה לעבודה לאחר שפוטר בעקבות מריבה שפרצה בינו למעסיקו. היה מי שהעיד כי שיפמן גם סייע למנדלברוט לקבל "שיכון" בתנאים נוחים ואף חתם על שטרי חובה עבורו כדי לאפשר עסקה זו ועוד הסדיר שמנדלברוט לא יהיה מחוסר עבודה בזמן שחסר חומר גלם ב"אתא".

לא הייתה מחלוקת על כך שערב קודם ליום ההוא מר מזרחי, עובד אחר במחלקת סלילת חוטים, ביקש משיפמן להחליף עימו משמרת בשל הודעה פתאומית על מות דודו ורצונו להשתתף בהלוויית קרובו. שיפמן נענה לבקשה בלי שידע שבכך קירב את קיצו.

כבכל יום, כך ביום ההוא החלו עובדי משמרת הבוקר של המחלקה את עבודתם בשעה 5:30. המשמרת התנהלה כבשגרה עד השעה 9:30, אז ניגש מנדלברוט לקריינר, שעמדה בסמוך למכונת סלילה, ואקדחו בידו, ירה לעברה שתי יריות, והן פגעו בזרועה הימנית. למשמע היריות נוצרה מהומה גדולה באולם, צעקות שבר ובהלה הופרחו לאוויר ועובדי המחלקה נסו על נפשם וחיפשו מחסה. קריינר, שהבחינה בפציעתה, רצה לעבר המעבר שבין שורת המכונות לשורת השולחנות, ומנדלברוט בעקבותיה. בהגיעה למעבר, מעדה ונפלה. מנדלברוט קרב לעברה וללא הסבר הניח לה וניגש לשיפמן, שהיה שרוע מטרים ספורים ממקום נפילתה של קריינר ופניו לכיוון הרצפה. בהגיעו לשיפמן, ירה מנדלברוט שתי יריות בראשו של שיפמן ממרחק של כחצי מטר וגרם למותו במקום. לאחר מכן טען מנדלברוט את אקדחו ושב לרדוף אחרי קריינר, שבינתיים נעמדה וחיפשה נתיב בריחה אחר מזה שבחרה בו קודם. במהלך המרדף ירה מנדלברוט לעבר קריינר ארבע יריות, והן פגעו בגבה והביאו לנפילתה. מנדלברוט קרב למקום נפילתה של קריינר, טען שוב את אקדחו, אבל בהבחינו בד"ר אוטו וינריב – מנהל המחלקה – שוב הניח לקריינר, ירה לעבר ד"ר וינריב ירייה, והיא פגעה ברגלו.

אחר כל האמור יצא מנדלברוט מהאולם בהליכה מתונה לעבר כביש פנימי שבבית החרושת. עובד בשם זלץ שנקרה בדרכו שאלו: "זלמן, מה קרה?". בתגובה מנדלברוט ירה לעברו ירייה אחת, החטיא את המטרה, המשיך ללכת בכביש, נכנס למשרדים סמוכים, פתח דלתות ונראה כמחפש אחר דבר כלשהו. לאחר מכן חזר לכביש והמשיך ללכת עד שנעלם.

למחרת היום בשעה 12:30 נכנס מנדלברוט למשרד בשכונת קריית בנימין, הסמוכה לכפר אתא, והסגיר את עצמו. בהתייחסו לפשר מעשיו אמר: "אני התכוונתי לרצוח את לובה ואת שיפמן אבל לא את אוטו וינריב". יודעי דבר שנכחו במקום, דיווחו כי בעת הסגרתו לבש מנדלברוט בגדי עבודה, החזיק בידו חבל ונראה שקט. באותו מעמד שיתף את הנוכחים כי החזיק חבל כיוון שהתכוון לשים קץ לחייו בתלייה לאחר שגילה שאקדחו התקלקל, אבל בסופו של דבר נמלך בדעתו והחליט להסגיר את עצמו למטרה ולהסביר בבית המשפט את מניעיו (על המשמר 28.12.1951, 8).

נגד זלמן מנדלברוט הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי בחיפה, ועניינו נדון לפני הנשיא אזולאי והשופטים לנדוי (לימים נשיא בית המשפט העליון) וגוברניק (ת"פ (מחוזי חי')

42/52 היועץ המשפטי לממשלה נ' מנדלברוט (24.4.1953)). במשפט שנערך לו, שלושה מומחים מתחום הפסיכיאטריה חיוו דעתם על המצב הנפשי של מנדלברוט בשעת המעשה. שלושתם היו תמימי דעים כי מנדלברוט היה נגוע בעת תקיפתו את קריינר במחלת הפרנויה בשלב מתקדם מאוד, וכי לאחר הירייה הראשונה או השנייה הצטרף להשפעת המחלה מצב נפשי שכונה בפיהם "דמדום", כך שלדעתם המקצועית, בעת תקיפתו את שיפמן פעל מנדלברוט ללא הכרה. הוראות החוק אז התבססו על "כללי מקנוטן", שנקלטו מן המשפט אנגלי, ולפיהם די שיתקיים אחד משני מבחנים כדי לפטור אדם פגוע נפש מאחריות בפלילים: המבחן הראשון – אם בעת עשיית המעשה היה העושה חסר יכולת בשל המחלה הנפשית שממנה סבל אותה שעה, להבין את שעשה מבחינה גופנית, להבדיל מהמהות המוסרית. המבחן השני – אם בשעת עשיית המעשה היה העושה חסר יכולת בשל המחלה הנפשית לדעת שהמעשה הוא אסור מבחינה מוסרית הנוגדת את החוק.

בית המשפט המחוזי קיבל את דעת המומחים כי מנדלברוט לקה במחלת הפרנויה בשעת מעשיו, אבל דחה את דעתם כי למחלת הנפש נלווה מצב "דמדום". נקבע כי ההכרה של מנדלברוט בעת ביצוע המעשים ויכולתו לקלוט את משמעותם היו תקינות ומלאות, וכך גם חושיו השכליים. מאחר שכך, לא התקיימו בו "כללי מקנוטן" ומנדלברוט הורשע. ערעור שהגיש מנדלברוט לבית המשפט העליון התקבל, והוא זוכה בפסק דין עקרוני שהתווה דרך בכל הנוגע להיקף האחריות הפלילית של פגועי נפש (ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 281 (1956)).

הזיכוי של מנדלברוט כלל חידוש משפטי יציר פסיקה שסלל דרך להלכה, כשנה ושלושה חודשים לאחר מכן, במשפטו של אחר – מיזאן שמו – ולפיה לא יישא אדם באחריות פלילית אם עקב מחלת נפשו לא היה בכוחו לעמוד בפני דחף שהשתלט עליו ושהניע אותו לבצע את העבירה (ע"פ 186/55 מיזאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 769 (1957)).

חוות דעת המומחים שהעריכו כי מנדלברוט סבל בעת מעשיו ממצב "דמדום", פתחו למעשה נתיב לקביעה כי התנהגותו הייתה לא מודעת, כזו שבוצעה בחלל תודעתו, מעין אוטומטיזם שמקורו בפגם הנפשי שממנו סבל. זהו נתיב שאחד משופטיו בערעור הילך בו. השופט זילברג הגיע לאותה תוצאה לאחר שקבע, בניגוד לקביעה של בית המשפט המחוזי, כי התקיימו במנדלברוט "כללי מקנוטן", כלומר שבעת הירי היה מנדלברוט במצב "דמדום" עקב מחלתו ו"בלתי מסוגל להבין את אשר הוא עושה" ומשום כך אינו בר עונשין (עמ' 344).

השופט גויטיין סבר בדעת המיעוט כי אי אפשר לסטות מקביעת בית המשפט המחוזי שלא התקיימו במנדלברוט "כללי מקנוטן", ולכן יש להרשיעו, גם אם עקרונית נדרש שינוי במצב המשפטי כדי לאפשר לאנשים כמנדלברוט הגנה במשפט פלילי.

הדעות של השופטים זילברג וגויטיין מחדדות את הקושי שהשופט אגרנט יישב בפסיקתו החדשנית, שכללה דיון מעמיק על אודות השיטה המשפטית שעל ברכיה גדלו "כללי מקנוטן" והוא עימם, בלב שנותר נאמן לה לצד מחויבות לקדמה ולהתאים את כלליה לדין הרצוי.

השופט אגרנט ביקש לברר האומנם רצונו של מנדלברוט היה נתון בידו באופן שאפשר בחירה בין קווי התנהגות חלופיים ועד כדי אפשרות להימנע מהמעשה שעשה, למרות מחלתו. ואם לאו ומחלתו הייתה הגורם והסיבה למעשיו – כלום אין ראוי לפטור אותו ממעשה שנכפה עליו ולא היה בכוחו למונעו?

המשפט יוצא מעמדה המכירה בחופש הבחירה. למעשה, המשפט אנוס להכיר בקיומו של חופש בחירה. שהרי באין חופש בחירה, על שום מה ייענש אדם שחטא? ישנן שאלות נוספות שעסקו בהן מלומדים ושלא נרחיב בהן, דוגמת היכן משכנו של הרצון, והאם מקומו בין היסודות הפיזיים של המעשה או שמקומו בין יסודות הנפש הסובייקטיביים.

פסק דינו של מנדלברוט בערעור עסק בשאלה, כפי שניסח אותה השופט אגרנט שישב בדיון, "האם תעמוד לאדם, שהובא בפלילים... ההגנה של טירוף־דעת [כלומר אי שפיות], כאשר הוכח שאמנם מצד אחד היה ער לתוצאה הקטלנית העשויה לצמוח מהמעשה שהוא אומר לעשותו ואילו מהצד האחר, חסרה אצלו רציה [כלומר שליטה בסיסית במעשיו], באשר המחלה הנפשית שפקדה אותו שחררה כוחות אדירים שהיו שוכנים בקרבו ואילצוהו לפעול בדרך בה פעל" (עמ' 315-316). במילים אחרות, האם קיימת הגנה לנאשם שבשל מחלת נפש פעל מתוך דחף הקשור למחלתו הנפשית, בלי שהייתה לו שליטה על המעשה או יכולת להימנע מביצועו? השופט אגרנט השיב על שאלה זו בחיוב.

התנהגות רצונית מחייבת קיום הכרה או תודעה, אבל אין משמעות הדבר שכל התנהגות תודעתית נשלטת בידי הרצון. לכן כשישנה מודעות וישנה הכרה אבל אין יכולת אפקטיבית להשתמש בכוח הרצון ולהימנע מעשות – מה ייעשה אם הוראת החוק לא עודכנה בדבר אפשרות שכזו? המדובר בפעולה כפויה בידי כוח נפשי פנימי. האדם נמצא בעת המעשה בהכרה מלאה, חושיו השכליים פועלים והוא קולט את משמעות מעשיו, אבל אין לו יכולת לפעול לפי רצונו ולהימנע מעשיית המעשה.

מאחר שלא נמצאה לשאלה זו תשובה בהוראות החוק אשר התבססו על "כללי מקנוטן", ביסס השופט אגרנט את תשובתו על סעיף אחר בחוק הפלילי, שעניינו פטור מאחריות בפלילים לגבי מעשה או מחדל שחלו שלא ברצונו של אדם או בשל מאורע שאירע בדרך מקרה. השופט אגרנט הוסיף באמצעות הוראת חוק המעגנת עקרון יסוד כללי לבחינת אחריות בפלילים, מבחן שלישי על שני המבחנים של כללי מקנוטן. בכך שילב בין העיקרון ולפיו פעולה גופנית ללא יכולת בחירה בין קווי התנהגות חלופיים פטורה מאחריות בפלילים, להתפתחות הפסיכיאטריה, שהכירה באפשרות קיומם של תובנה ושיפוט לצד העדר יכולת לפעול בהתאם לציוויים.

חידוש זה אינו עניין של מה בכך וטמונה בו הכרעה ערכית מורכבת. מצד אחד, מצוי הקושי שיש בהטלת אחריות על פגוע נפש שמחלתו לא הותירה בידו ברירה וכפתה עליו מעשה שאלמלא מחלתו לא היה מבצעו. מן ההיבט הערכי-מוסרי משמעות הטלת אחריות במצב שכזה היא הענשת אדם על מחלתו, שהרי המעשה הוא תולדת הפגיעה של המחלה בכישוריו ללא שהיה יכול להפעיל שיקול דעת ולהעדיף את הטוב על פני הרע. מכאן מתעוררת השאלה

האם ראוי להעניש על התנהגות שידוע שאינה מבטאת יחס שלילי לערכי החברה אלא היא תוצר מחלה נפשית. בזיקה לאמור מתעוררות השאלות מהי התכלית של ענישת אדם על מעשה שביצע ללא תלות ברצונו, ואיזו השפעה תהיה לה.

מנגד, יישאל עד כמה ראוי לתת משקל למאפיינים של מבצע העבירה, בהינתן שפגיעתו של פגוע נפש רעה כפגיעתו של אחר, ולעיתים רעה אף יותר. זאת ועוד, אם יותר הרסן ותוכר האפשרות לפטור מאחריות על התנהגות באצטלה שאי אפשר להימנע מעשייתה, עלולים להיפרץ מחסומי הנפש והאיפוק המצופים מאדם, ונמצאנו מקדמים דור פוחת והולך. כפי שהתבטא משפטן בן תקופתו של מנדלברוט: "אם נקבל את הדעה ה'מתקדמת' של 'דחף פנימי', היינו, שאין להעניש חוטא משום שאינו מסוגל להתנגד לרצונו לחטוא, נגיע למצב של תוהו. מי היום אינו עצבני ומי שולט ברצונו? מי בצוק עתים אלו לא איבד שווי-המשקל? – דעות מסוג זה מסוכנות לא פחות ממעשיהם של החוטאים" (יוסף סיני "הוא יכול היה להשתגע"... חרות 13.11.1956, 3).

הינה כי כן, דעות לכאן ולכאן. תוצאה משפטית צודקת חותרת להתאים את עצמה לצרכים של חיי המעשה ומחפשת לקיים איזון סביר של מכלול השיקולים הנוגעים לעניין. הפסיקה של השופט אגרנט קבעה מהו אותו איזון סביר שנדרש לקיים כאשר מדובר במעשה שמבצע פגוע נפש הפוגע בערכי החברה המוגנים, ומהם התנאים שבהם ראוי לפטור אדם פגוע בנפשו מאחריות על מעשיו.

הלכת מנדלברוט שימשה שנים רבות בסיס לפסיקת בתי המשפט, וכארבעים שנה לאחר מכן, בשנת 1994, תוקן החוק והמחוקק הישראלי אימץ את שנקבע במשפט של מנדלברוט. בהתאם לתיקון, הגנת אי שפיות הדעת הורחבה מעבר למבחן הקוגניטיבי שבכללי מקנוטן, כך שאדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה, אם בשל מחלת נפש הוא חסר יכולת של ממש להימנע מעשיית המעשה.

פסק הדין שזיכה את מנדלברוט השתרע על 90 עמודים והקראתו מפי השופטים נמשכה שעתים ומחצה. מנדלברוט הובא לבית המשפט בליווי פרקליטו עו"ד אשר לויצקי, שמור בידו רופא ושוטרים, ולאחר הקראת פסק הדין נפל לזרועות אימו בהתרגשות (חרות 26.2.1956, 4). אם כן, רשות לאדם נתונה: אם רצה להטות עצמו לדרך טובה ולהיות צדיק – הרשות בידו, ואם רצה להטות עצמו לדרך הרעה ולהיות רשע – הרשות בידו. אולם אם הוכח שרשותו ניטלה ממנו שלא באשמו ואין הוא בן חורין לבחור אם להטות עצמו לדרך או להימנע ממנה – פטור.

1 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, הסדיר את ההגנות של "העדר שליטה" ו"אי שפיות הדעת" במתכונת מחודשת בסעיפים 134-134א לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

# ”בין הכתלים“: מסע בין צדקה לצדק

רע”פ 8182/18 מושיא נ’ מדינת ישראל (18.2.2020)

## אילנית אימבר

כשאליעזר ושמעון פשטו ידם ברחבת הכותל המערבי כמנהגם, לא שיערו בנפשם כי שגרת חייהם האפורה תידון לפני שלוש ערכאות. אבל הם הועמדו לדין בגין עבירה על תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ”א-1981. תקנה זו קובעת כי בתחומי המקומות הקדושים, ולעניינינו הכותל המערבי, אסורות ”פשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען”. נגד אליעזר ושמעון הוגש כתב אישום לבית משפט השלום בירושלים, ובמסגרת הליך זה הם העלו טענות מקדמיות החורגות מעניינם הפרטי. טענתם הייתה שהאיסור הקבוע בתקנה פוגע בחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נעדר הסמכה מפורשת ואינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. עוד נטען כי התקנה קובעת עבירה פלילית, ואין לה תוקף משום שלא קיבלה אישור ועדת הכנסת בהתאם לאמור בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, התשל”ז-1977, שנחקק לאחר שהותקנה. לבסוף, טענה נוספת התייחסה לאכיפה בררנית בהשוואה לאחרים.

האגודה לזכויות האזרח, שצורפה להליך הפלילי במעמד ”ידידת בית המשפט”, צידדה בעמדתם ואף העלתה טענות נוספות – בדבר פגיעה בחופש הביטוי של פושטי היד. מנגד, המדינה קראה לבית המשפט לדחות את הטענות כולן. בטענותיה היא התבססה על המשקל שיש לתת לתכלית הראויה של העבירה, הכוללת שמירה על הסדר הציבורי, על פרטיות המתפללים ועל קדושת המקום. פשיטת יד, לעמדתה, אינה יכולה להיחשב ל”עיסוק” בהתאם להגדרה בחוק יסוד: חופש העיסוק.

הטענות של אליעזר ושמעון נדחו, ובהמשך לכך הם הודו והורשעו בבית משפט השלום בירושלים. על אליעזר נגזר לשלם קנס בסך 18 ש”ח, ונוסף על כך הוא נדרש לחתום על התחייבות בסך של 1,800 ש”ח ולפיה יימנע למשך שנה מהעבירה שבה הורשע. על שמעון, שהורשע בעבר בעבירות דומות, הוטלו קנס בסך 180 ש”ח, התחייבות בסך 3,600 ש”ח וחילוט התחייבות בסך של 8,000 ש”ח מתיק קודם שבו הורשע בעבירה דומה.

עניינם של הקבצנים בכותל עורר תהודה החורגת מעניינם הפרטי: שיח משפטי על עוני, אחריות וענישה פלילית. שיח נוקב זה נוהל באספקלריה של ההליך הפלילי המסורתי,

המצומצם למנעד שבין אחריות פלילית לעונש, ועל כן לא היה יכול להקיף את מלוא המורכבות של הסוגיה, ואף לא של המקרה האנושי עצמו. על כך בהמשך.

מיצוי ההליכים המשפטיים המסורתיים של הקבצנים בכותל כלל ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים, וזה נדחה, ובהמשך לכך הגשת בקשת רשות לערער לבית המשפט העליון (רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל (18.2.2020)). בבקשה נטען כי התקנה הקובעת את איסור קיבוץ הנדבות בכותל הותקנה שלא כדין ואינה תקפה, וכי אכיפתה אינה סבירה ומכאן שאין מקום להרשעה. עוד נטען שמדובר ב"עבירות עוני" ובמעשים שבוצעו בשל המצוקה הכלכלית של הנאשמים.

אוזנו של בית המשפט העליון הייתה כרויה להבנת הקושי שבהרשעת פושטי יד, אך קצרה ידו מלהושיע את המבקשים. השופטת ברק-ארוז הסבירה בפסק דינה, בהסכמת השופט סולברג, כי תקנה שהייתה קובעת עבירה פלילית גורפת על קבצנות לא הייתה נחשבת לסבירה. אבל אין מקום להתערב בתקנה הנדונה, משום שהיא מוגבלת לרחבת הכותל בלבד באופן שמכבד גם את רגשות המבקרים במקום מיוחד זה.<sup>1</sup> עוד העירה השופטת ברק-ארוז כי הטיפול בקושי שמעוררת פעילות הקבצנים ברחבת הכותל אינו יכול להיות משפטי בלבד. פעילות זו היא תולדה של מצוקה וקשיי תפקוד של האנשים המעורבים בכך, ולכן יש מקום לשיתוף פעולה של גורמי האכיפה עם גורמי הטיפול והרווחה שעשוי להניב תוצאות טובות יותר. השופט אלרון סבר בדעת מיעוט כי יש לקבל את הערעור מאחר שהתקנה לא קיבלה אישור של ועדה מוועדות הכנסת בהתאם לסעיף 2 לחוק העונשין, ולחלופין להקל עוד יותר בעונש. לבסוף, הוא הוסיף והתייחס למנהג מקובל ביהדות של נתינת צדקה בסמוך לתפילה ובמהלך הביקור בכותל המערבי.

הדיון בעניינם של אליעזר ושמעון ממחיש יותר מכול את אי ההתאמה של המשפט הפלילי הרגיל להתמודדות עם בעיות של עוני ומצוקה אישית. ברוח זו ראוי להוסיף ולבחון את עניינם בראי המסלול של בית המשפט הקהילתי, שהוא מעין "בן זקונים" מודרני וחדשני להליך הפלילי המסורתי, ושמטאים יותר מבחינה משפטית ומבחינה חברתית לעניינם של אלו שיילכדו ברשת המשפט הפלילי בעל כורחם, בדומה לקבצנים בכותל. הזיקה הקיימת בין ביצוע עבירות פליליות לעוניו של אדם אינו זרה למערכת המשפט הפלילית. המושג משפט ועוני (Poverty Law) הוטמע במערכת המשפט הפלילית בישראל עם הקמתם של בתי משפט קהילתיים. בין כותליהם מתברר מצבו הסוציו-אקונומי של הנאשם כחלק בלתי נפרד מההליך הפלילי הנדון. הקשר הטבוע בין עוניו של נאשם לסוג העבירה המבוצעת על רקע זה, בדומה לקבצנים בכותל, הוא העומד בבסיס הצורך להתאים את האינטרס הציבורי לנאשמים הסובלים ממצוקה כלכלית וממצוקות נלוות. נאשמים עניים מאופיינים בין היתר בהעדר השכלה, בהעדר תעסוקה, בהעדר כישורי חיים, בהעדר דיור, בכריאות ירודה, בצבירת חובות וכיוצא באלה. המטרה של בתי המשפט

1 לאחר שניתן פסק הדין, בשנת 2022 תוקנה התקנה כך שהובהר כי האיסור חל רק על פשיטת יד "באופן המפריע לממונה במילוי תפקידו או המטריד את הנוכחים במקום".

הקהילתיים היא לייצר עבור אלה ששורשי מעשי העבריינות שלהם נעוצים במציאות של עוני וחסכים, חלופה לכליאה. היא באה בדמות ענישה שיקומית רבת־פנים אשר תיתן מענה שאינו פלילי בלבד ואשר עומד ביחס ישיר לכישורים של הנאשם וליכולתו לעמוד ברכיבי גזר הדין.

הצורך החברתי והצורך המשפטי להתמודד עם גורמים שונים שמובילים לפשיעה חזרתית (רצידיביזם), דוגמת גורמים סוציו־אקונומיים, התמכרות לסמים, התמכרות לאלכוהול והתמכרות להימורים – עומד בבסיס הרעיון להקים בתי משפט קהילתיים. כחלק בלתי נפרד ממערכת בתי משפט השלום בישראל הוטמעו ושולבו בה שישה בתי משפט קהילתיים, אחד בכל מחוז, במתכונת שונה מבתי המשפט הפליליים. השוני העיקרי מאופיין באימוץ גישה הוליסטית־אינטגרטיבית המבוססת על שיח מוסכם ומגשר, אשר נועד לשקם אדם לצד קבלת אחריות על התנהגות מפירת חוק. גישה זו מופעלת ומיושמת באמצעות חברת כל הגורמים הדרושים לשיקומו של אדם, בהם גורמי התביעה, שירות המבחן למבוגרים, הסגוריה הציבורית, הסיוע המשפטי ושירותי הרווחה על רבדיה המגוונים. זאת לצד "שחקני חיזוק" חדשים ששולבו במודל, בהם רכז בית משפט קהילתי (משפטן בהשכלתו) ועובד סוציאלי קהילתי. הקבצנים בכותל, אליעזר ושמעון, אומנם היו מיוצגים משפטית, אבל נסיבותיהם האישיות, מצוקתם וצורכיהם הטיפוליים לא קיבלו ביטוי בהליך המשפטי, ודאי לא באמצעות גורם טיפולי מלווה.

המוסד של בתי משפט קהילתיים החל להתפתח ללא חוק ייעודי, כ"פיילוט" ניסיוני־שיתופי בין הנהלת בתי המשפט לארגון הג'וינט.<sup>2</sup> בהמשך לכך הוא עוגן בחוק.<sup>3</sup> הייחוד של ההליך הוא בזניחת הכלים האדוורסריים לעומתיים לטובת הליך מוסכם שבו אין מתקיימים דיוני הוכחות. עניינו של נאשם המתנהל בבית משפט השלום שלא בעבירות נשק או מין, יכול שיופנה להליך בדיקת התאמה להשתלבותו בבית המשפט הקהילתי בכל שלב משלבי ההליך עד לגזר הדין. את הליך בדיקת ההתאמה מבצע שירות המבחן, בהיותו גורם מתכלל של ההליך. במקרים שבהם נאשם מקבל אחריות למעשיו, מדגים נזקקות טיפולית והוא בעל כוחות להתמיד בהליך שיקום ארוך טווח – המותב שלפניו קבוע התיק, יעביר את עניינו בהחלטה שיפוטית לבית המשפט הקהילתי להמשך שפיטה, טיפול וליווי של שופט בית משפט קהילתי עד למתן גזר דין. מרגע מעברו לבית המשפט הקהילתי ייקרא הנאשם "משתתף".

הקבצנים בכותל הם דוגמה מובהקת למשתתפים המתאימים להליך מסוג זה. כתבי האישום ייחסו להם עבירות פליליות שאינן מן החמורות שבספר החוקים. המניע לביצוע העבירות מקורו במצוקה כלכלית מתמשכת המאפיינת את אורחות חייהם. מצוקה זו הביאה אותם לפשוט יד כדי לשרוד ולכלכל את משפחותיהם בהשפלה הכרוכה בבקשה למתן צדקה, ואף בסיכון של נשיאה בכתם פלילי. המענים הקיימים להם ולדומיהם הם מעטים וכוללים בעיקר

2 הניאלה ביניש ועדי בלוטנר "בתי משפט קהילתיים בישראל" משפט מפתח 5, 179 (2019).

3 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 92 – הוראת שעה), התשפ"ב-2022. בכך ניתן עיגון פורמלי לפעילות של בתי המשפט הקהילתיים. זאת במתכונת של "הוראת שעה", שנחקקה בשלב ראשון לתקופה של חמש שנים.



את האפשרות לבטל את האישומים מטעמים של הגנה מן הצדק, וענישה מופחתת מתוך התחשבות במצבם הסוציו-אקונומי ובנסיבותיהם האישיות הייחודיות. מענים מסורתיים אלה מאפשרים לכל היותר מידה של הלימה בין חומרת המעשה הפלילי ונסיבות ביצועו לענישה עליו. אבל בראייה חברתית רחבה מדובר בלא יותר מאשר טיפול נקודתי בתסמין של הבעיה, ואילו שורשיה ממשיכים באין מפריע לבעבע מתחת לפני השטח. למעשה, אותו טיפול נקודתי בתסמין הבעיה בדרך של ענישה מקילה ללא התמודדות עם הבעיה עצמה וטיפול מערכתי בה, לא רק מביא להנצחת הבעיה, אלא גם – שלא מדעת ובאופן אירוני – עלול לעודד חזרתיות נטולת מורא על מעשה העבירה עצמו. כך, למשל, אחד הקבצינים ביצע את העבירה לאחר שכבר הורשע בעבירה דומה בעבר והוטלה עליו התחייבות כספית להימנע מעבירה.

האפיק של בית המשפט הקהילתי מציע גישה חדשנית המבוססת על שילוב מענים מעולם הטיפול ומעולם המשפט, מתוך הבנה עמוקה כי בכוחו של טיפול סמכותי להביא לסיום ההליך המשפטי ללא כליאה ובחפיפה מלאה להליך שיקומי מוצלח. ההליך הפלילי אינו מתבטל, אבל הוא מסתיים ללא כליאה, לעיתים לצד הרשעה ולעיתים אף ללא הרשעה. יש בו כדי לתת מענה רבגוני לצורכי המשתתף ולצורכי החברה, ובכך למנוע חזרה לעולם עוברי החוק.

ההליכים בבית המשפט הקהילתי מבוססים על מבנה מדורג שבו על המשתתף להשלים חמישה שלבים לאורך ההליך המשפטי במשך כשנה וחצי. מדרג זה מאפשר ליווי שיפוטי נמרץ, היכרות עם המשתתף על מורכבותו תוך בניית תוכנית מותאמת אישית עבורו בידי גורמי הטיפול וקביעת יעדים משפטיים וטיפוליים שעל המשתתף להשלים. כך היעילות של ההליך על פני ציר הזמן עולה משמעותית. במהלך ההליך נוצר שיתוף לא רק עם הצוות השיפוטי, אלא גם עם הקהילה והתושבים במקום מגורי המשתתף. המטרה כפולה: לייצר אמון ברשויות אכיפת החוק, ולקבל חזרה לחיק החברה משתתפים משוקמים. תוכנית זו נועדה, בין היתר, לשפר לאורך זמן את איכות החיים והכישורים החברתיים של המשתתף, של משפחתו ושל הקהילה שהוא חי בה, מתוך מטרה לצמצם את הפגיעה החזרתית ואת עונשי הכליאה החוזרים ונשנים. השלב הראשון מכונה שלב קבלת הפנים. בשלב זה אוספים מידע רלוונטי על המשתתף ועל צרכיו הטיפוליים לקראת השלב השני, בניית "חווה טיפולית". באופן ספציפי יותר, בשני השלבים הראשונים המשתתף נדרש לשתף פעולה ולחשוף מעולמו הפנימי לצורך הכרתו ומיפוי צרכיו, לשם גיבוש תוכנית טיפול המעוגנת בתסקיר עומק מפורט ששירות המבחן מגיש לשופט הקהילתי. מהשלב השלישי ועד סיום ההליך נדרש המשתתף להכין פנייה בכתב לבית המשפט שבו הוא נידון. הוא יקריא אותה בפני אולם מלא, יסקור בה את הישגיו עד כה ויגדיר את אלו שאליהם הוא שואף בעתיד. מעמד ייחודי זה מקנה למשתתף הזדמנות לערוך סיכום ביניים של ההליך המשפטי תוך הצבת יעדים עד לסיום התוכנית בהצלחה, וכל זאת באולם פתוח לעיני הצופים והמשתתפים האחרים, שהם עבורו קבוצת תמיכה. בשלב הרביעי נדרשים המשתתפים להתנדב בקהילה (שעות השבה לקהילה) ולתרום בחזרה לחברה בראי עקרון תקנת השבים. לעיתים שלב זה מחבר בין נפגע העבירה למשתתף, בהליך הקרוי צדק מאחה. הליך

חשוב זה מעניק משקל בכורה לקול של נפגע העבירה כחלק בלתי נפרד משיקום המשתתף ומקביעת דרכי ענישה וטיפול בעניינו. בשלב מתקדם זה המשתתף משקיע מזמנו ומרצו ליצור גשר בין נתוניו האישיים הקשים לתרומה בחזרה לקהילה שפגע בה. השלב החמישי והאחרון נועד לייצוב ההישגים ולשימור ההצלחה תחת מטריית בית המשפט הקהילתי לקראת מעבר המשתתף לחיי קהילה עצמאיים. הפיקוח והליווי ייעשו במסגרת צו מבחן שבו שירות המבחן יפקח על המשתתף לתקופה משמעותית נלווית שיקבע בית המשפט.

בית המשפט גוזר את הדין בסיום השלב החמישי, לאחר ששוכנע כי – מעבר לדרישה המתבקשת שעיינה אי ביצוע עבירות נוספות – בארגו הכלים שצבר המשתתף במהלך תקופת משפטו, מצויה צידה מספקת לנהל חיים יצרניים. אלו מאופיינים בטיפול רגשי, בשילוב במעגל העבודה, בכישורי חיים מגוונים, בדיוור מכבד ובשמירה על אורח חיים בריא.

הינה כי כן, אם נסיבות הקיום של אדם, כגון עוניו, הן גורם מחולל פגיעה, הרי שעדיף להידרש לאותן נסיבות לא רק באמצעות דרכי ענישה מסורתיות המושתתות על עקרונות של הרתעה והלימה, אלא באמצעות הליך של מיפוי צרכים, טיפול והענקת כישורי חיים. בבית המשפט הקהילתי המשתתף יקבל לידי אחריות ויהיה לו חלק מועיל ופעיל בשינוי גורלו. כך הוא יוכל להתקיים בכבוד בתור אזרח יצרני ושומר חוק, הן לתועלתו, הן לתועלת הקהילה שהוא חיים בה. לעיתים המשפט מסתיים בהרשעה ולעיתים ללא הרשעה, אבל בכל מקרה הסיום יהיה ללא שלילת חירות – במאסר בפועל – של המשתתף. הבסיס הוא התפיסה הגורסת כי הכתמת נאשם בעל נסיבות חיים קשות, כגון עוני, בכתם הרשעה ובענישה שאינה שיקומית, מחטיאה עקרונות משפטיים וחברתיים כאחד באשר למטרת הענישה הפלילית. החיבור המתבקש בין שפה טיפולית לשפה משפטית, שעה שהוא נעשה תחת עינו הפקוחה של בית המשפט, מייצר שיח מתמיד ואחריות לתהליך בלי לאפשר למשתתף להישכח, למעוד או לנטוש את ההליך בשל חוסר מעש. ההליך הפלילי המסורתי אינו חזות הכול. בתי משפט קהילתיים נועדו לתת מענה משפטי שיקומי חלופי כוללני לנאשמים חזרתיים בלי לגזור את דינם למאסר בפועל, ולעיתים אף תוך הימנעות מהרשעתם בדין. כאשר על בתי המשפט להידרש לתופעה חברתית רחבה כגון עוני ופשיטת יד לקיבוץ נדבות, דוגמת הקבצנים בכותל, יש לבחון אפיקים חלופיים, שאינם פליליים מובהקים בדמות הרשעה וענישה מסורתית, כדי להגשים את האינטרסים הפרטי והציבורי בחפיפה לעקרונות חברתיים, טיפוליים ומשפטיים. פשיטת יד אינה עבירה פלילית בהווייתה הבסיסית. היא הופכת לעבירה כאשר היא נעשית בניגוד לאיסור מפורש על פי חיקוק שנועד להסדיר התנהגות חברתית במקום גיאוגרפי מסוים, בעניינם של הקבצנים בכותל – רחבת הכותל המערבי. העמדת פושטי יד לדין עלולה לחטוא לערכים חברתיים מוגנים נוספים, כגון הזכות להתקיים בכבוד, הזכות לגשת למקומות קדושים, קיום פולחן דתי ועוד.

אם נחזור לבני דמותם של אליעזר ושמעון, הקבצנים בכותל, אפשר לומר שהפעילות של בית המשפט הקהילתי תוכל לסייע לפריצת המעגל השוטה המחבר את הכותל המערבי לכתליו של בית המשפט באופן חוזר ונשנה.

# מישהו שומע אותי: על ענישה ושיקום בבית המשפט לנוער

ע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(3) 685 (2000)

## אביטל מולד

יש ילדים שמבצעים עבירות, לעיתים גם עבירות חמורות. לילד שמבצע עבירה לפני גיל 12 אין אחריות פלילית (סעיף 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). אבל המשפט מכיר בכך שגם לאחר מכן, וכל עוד מדובר במי שעובר על החוק בהיותו קטין, יש מקום לאיזון עדין יותר בין השיקולים הרגילים של המשפט הפלילי לשיקולי שיקום וטיפול שיש להם חשיבות גדולה מאוד בתקופה זו של החיים.

בית המשפט לנוער הוא מערכת שיפוט מיוחדת אשר כוללת כ-20 שופטים ברחבי הארץ. בית המשפט לנוער עוסק בשני נושאים: שיפוט עבירות שביצעו קטינים, לפי חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, והגנה על ילדים בסיכון, לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960. כל הדיונים בבית המשפט לנוער מתקיימים בדלתיים סגורות ואדם שאינו קשור לדין אינו יכול להיות נוכח בו, אלא אם כן קיבל לכך אישור מהשופט. להורים של הקטין מעמד מיוחד בבית המשפט לנוער: בהליך הפלילי רשאי ההורה להיות נוכח בשעת הדין, להביע את עמדתו ולהשמיע טענות במקום הקטין או איתו. בהליך שעניינו הכרזה על קטין נזקק ההורים הם צד להליך ויכולים לטעון את טענותיהם ולהציע את הצעותיהם. בכל מקרה ומקרה יכול הקטין, אם ירצה בכך, לקבל מעטפת טיפולית רחבה: בהליך הפלילי נעשה הטיפול בשירות המבחן לנוער, ובהליכים בעניין ילדים בסיכון מרכז את הטיפול בילד עובד סוציאלי לחוק הנוער במחלקה לשירותים חברתיים בעיר מגוריו של הקטין.

נמקד את מבטנו בהליך הפלילי, שבו נדרש איזון בין עשיית הדין עם קטין שעבר עבירה לבין ההתייחסות הטיפולית אליו. תהליך גזירת הדין בעניינו של נאשם קטין מורכב משני שלבים. בשלב הראשון רשאי בית המשפט לנוער לבחור בין שלוש אפשרויות: להרשיע את הקטין, לנקוט כלפיו דרכי טיפול או לפטור אותו בלא צו. בשלב השני ובהתאם להחלטה אם להרשיע את הקטין, ממשיך בית משפט ובוחר בדרכי טיפול או בדרכי ענישה.

חלק גדול מרכיבי הענישה או הטיפול זהים לאלו המוטלים על נאשמים בגירים, וכוללים מאסר בפועל, מאסר מותנה, צו מבחן, שירות לתועלת הציבור וכדומה. רכיבי ענישה אחרים הם ייחודיים לבני הנוער, בהתאם לגילם ולמטרות הטיפוליות הנגזרות מהמצב של הנאשם,

כגון החזקה במעון נעול במקום מאסר, החזקת הקטין במעון (שאינו נעול) ומתן הוראה אחרת בדבר התנהגות הקטין אם לדעת בית המשפט הדבר דרוש לטיפול בו.

בעבר הייתה הבחירה בין המסלולים סופית ואם בחר בית המשפט להימנע מהרשעת הנאשם ולנקוט דרכי טיפול, לא היה ניתן להרשיע את הנאשם לאחר מכן. תיקון משנת 2008 שינה את המצב החוקי שהיה קיים. סעיף 27 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) קובע כיום כי אם במסגרת דרכי הטיפול הטיל בית המשפט צו מבחן והקטין לא מילא אחרי הוראה מהוראות צו המבחן, רשאי בית משפט להחליף את דרך הטיפול או להרשיע את הקטין ולהטיל עליו עונש.

פעמים רבות מתעוררת השאלה מהי הדרך הנכונה ללכת בה. אפשר להסביר את הדברים באמצעות סיפור של ארבעה נערים שהגיע לבית המשפט העליון. מטבע הדברים, שמותיהם נותרים חסויים כמקובל בהליכים הנוגעים לקטינים (ע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(3) 685 (2000)). עם זאת, נכנה אותם כאן בשמות שיאפשרו להציג את הסיפור. הנאשמים בסיפורנו יכוננו מאיר, דוד, אברהם, נועם ומשה, ומי שנפגע מהם יכונה נדב.

על פי המתואר בכתב האישום, ביום 15.6.1999 בשעה 3:00 הלכו כמה נערים, ובהם נדב, באזור התחנה המרכזית בראשון לציון. באותה העת ישבו שם הנאשמים. אחד הנאשמים פנה אל נדב ואל חברו ודרש מהם כמה שקלים. השניים ענו שאין להם כסף, והחבורה המשיכה בדרכה. בשלב מסוים לא הצליח נדב להדביק את קצב הליכת חבריו ופיגר מעט מאחוריהם. הנאשמים ניצלו את ההזדמנות, אחזו בנדב והחלו להכותו בידיהם וברגליהם בחלקי גופו השונים. דוד אחז במכסה פח שהיה קשור וניסה למשוך אותו במטרה להכות באמצעותו את נדב. הנאשמים הפילו את נדב ארצה והמשיכו לבעוט בו ברגליהם, ובשלב מסוים בעט מאיר בפניו של נדב בחוזקה.

נגד מאיר, דוד, אברהם, נועם ומשה הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לנוער (ת"פ (מחוזי ת"א) 50016/99 מדינת ישראל נ' פלוני (21.2.2000)). במשפטם הודו הנאשמים בעבירה של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 333 עם סעיף 335(א)(2) לחוק העונשין. בית המשפט המחוזי קבע כי הם אכן ביצעו את העבירה שיוחסה להם. ביום 21.2.2000 החליט בית המשפט המחוזי להימנע מלהרשיע את אברהם, נועם, משה ודוד. הוא נקט כלפיהם דרכי טיפול של התחייבות בסך 5,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירות נוספות במשך שנה, 50 שעות שירות לתועלת הציבור וצו מבחן לתקופה של שנה. בשלב זה ערערה המדינה על גזר הדין המקל.

בית המשפט העליון, מפי השופטת פרוקצ'יה ובהסכמת השופטות דורנר וביניש, קיבל את ערעור המדינה באופן חלקי, תוך שהוא מבחין בין הנאשמים לפי גילם. בית המשפט ציין בפסק דינו כי מערכת השיקולים בסוגיית ההרשעה של קטין "מקבלת ממד שונה ודגשים שונים" (עמ' 690). פסק הדין הסביר את "השוני בין קטינים לבגירים בקווי שיקול-הדעת ובאיזונים הפנימיים המופעלים לגבי השאלה אם ובאילו נסיבות יימנע בית המשפט מהרשעת נאשם

קטין שעבר עבירה. לגבי קטין יינתן משקל-יתר לנסיבות האינדיווידואליות של הנאשם, לגילו, לסיכויי שיקומו, לנסיבות העבירה מבחינתו, וככלל – הנכונות לסטות מחובת מיצוי הדין ולהימנע מהרשעה תוך הדגשת עניינו של הפרט תהא נדירה פחות” (עמ’ 690-691).

בית המשפט העליון ציין עוד כי מתסקירי שירות המבחן עולה כי הנאשמים הראו בתקופה האחרונה מוטיבציה בסיסית לעלות על מסלול תפקוד תקין, והם ברובם מצירים על האירוע שאירע ומזדהים עם הסבל של קורבן העבירה. למעט אחד מהם, לאיש מהנאשמים לא היה עבר פלילי קודם. עם זאת, וכמשקל נגד לנסיבות האישיות של הנערים, נקבע שבית המשפט צריך לתת דעתו לשיקולים נוספים על שיקול השיקום. בית המשפט הדגיש “את השיקול הציבורי הקורא למיצוי הדין עמם בדרך של הרשעתם כשיקול רב-חשיבות וכבד משקל לפחות לגבי שלושת המשיבים שגילם בעת האירוע נע בין 15 ל-17” (עמ’ 691-692).

בית המשפט העליון הבחין בסופו של דבר בין הנאשמים. הוא הרשיע את הנאשמים שהיו בני 15-17 בעת האירוע, אבל נמנע מהרשעת הנאשם שהיה בן 14 בלבד. בפסק הדין הוסבר כי גיל צעיר זה מצדיק להדגיש את ההיבט הטיפול-שיקומי, מאחר שקשה “לייחס לו את אותה מידה של תובנה ביחס להשלכות מעשה העבירה כפי שניתן לעשות לגבי חבריו המבוגרים ממנו” (עמ’ 692). בית המשפט הוסיף כי הגיל הצעיר של הנאשמים, החרטה שגילו ועלייתם החיובית על דרך השיקום באים לידי ביטוי באמצעי הענישה שהוטלו.

לשם השוואה, ראוי לציין כי על דרך הכלל אדם בגיר שביצע עבירה, יורשע בדין, ורק במקרים חריגים יחליט בית משפט להימנע מהרשעתו, תוך איזון בין האינטרס הציבורי אל מול הנסיבות האישיות של הנאשם. על פי פסק הדין הידוע בכינוי הלכת כתב (ע”פ 2083/96 כתב נ’ מדינת ישראל, פ”ד נב(3) 337 (1997)), כאשר מדובר בעניינו של בנור, בית המשפט יחליט להימנע מהרשעה רק אם יוכח שההרשעה תפגע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם ואם סוג העבירה “מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים” (עמ’ 342). שונים הם פני הדברים בעניין נאשמים קטינים. לאחר שהנאשם מודה בכתב האישום או לאחר שבית המשפט קובע בתום שמיעת העדים שהנאשם ביצע את המעשים, בית המשפט אינו מרשיע את הנאשם, אלא קובע את אשמתו בביצוע העבירות ומפנה אותו לשירות המבחן. רק לאחר קבלת תסקיר שירות מבחן יחליט בית המשפט אם להרשיע את הקטין או להימנע מהרשעתו.

חשוב לחדד את ההשלכות של הבחירה בין הרשעה לדרכי טיפול. על אף המשקל הגדול שמייחס המחוקק לחלוף הזמן בחייו של קטין מאז יום ביצוע העבירה ועד ליום מתן גזר הדין, נראה כי התוצאות של ההליך הפלילי בבית משפט לנוער מלוות את בני הנוער במשך שנים ארוכות. זאת בשל כך שגזר הדין וההחלטה על הרשעה או דרכי טיפול מתועדים במרשם המכונה “רישום פלילי”, אשר גלוי לעיני גופים שונים ואשר משמש שיקול בבואם להחליט אם לקבל מועמד לעבודה. חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע”ט-2019, אשר נכנס לתוקף בחודש יולי 2022, יצר הסדר חוקי חדש בכל הקשור להתיישנות הרישום הפלילי

ולמחיקתו.<sup>1</sup> החוק קובע את תקופות המחיקה וההתיישנות של הרישום הפלילי בהתאם לגיל ביצוע העבירה ולפי חומרת העונש שנגזר על אדם, ולכן יש משמעות רבה לשאלה האם הקטין הורשע או שנגקטו כלפיו דרכי טיפול.

בפסיקת בית המשפט העליון אפשר למצוא דעות שונות באשר לשאלה האם הנאשם הקטין צריך להוכיח נזק מסוים שייגרם לו מההרשעה. ספק בעיניי בכמה מקרים יודע קטין מה צופן לו עתידו ואיזה נזק תגרום לו ההרשעה. אבל אפשר לומר בוודאות ששאלת ההרשעה משמעותית יותר מבחינת קטינים מעל גיל 16 בשל התקופה הארוכה יותר שנקבעה למחיקת הרשעות של קטינים בגיל זה, והשלכותיה על אפשרות השילוב במקומות תעסוקה.

נושא נוסף שקיבל ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון הוא השפעת ההליך על הגיוס לצבא. במהלך השנים טענו נאשמים קטינים שהרשעה פוגעת באפשרות גיוסם לצבא. בית המשפט העליון דחה טענה זו באומרו כי הדבר נתון לשיקול דעתו של צה"ל, אשר בוחן כל מקרה לגופו, וכי ההרשעה היא רק שיקול אחד מבין שיקולים רבים בעת ההחלטה על גיוס לצה"ל. בין כך ובין כך נקבע כי החשש שהגיוס לצה"ל ייפגע בשל ההרשעה אינו יכול כשלעצמו להצדיק הימנעות מהרשעה.

עיון בפסיקת בית המשפט העליון מעלה כי קיימת תמימות דעים שנקודת האיזון בין שיקולי הענישה לשיקולי השיקום שונה כאשר דנים בעניינו של קטין. עם זאת, נקודת האיזון משתנה בהתאם לנסיבות. לעיתים גוברים שיקולי ענישה ולעיתים שיקולי שיקום.

נחזור לפסק הדין שבו פתחנו. במקרה זה בית המשפט התייחס לכך שמדובר במעשה בריונות אלים אשר בוצע בעובר אורח תמים ללא סיבה ואשר גרם לו נזק גופני קשה, ולכך מתווספת נסיבה מחמירה נוספת – שהעבירה בוצעה בחבורה. בית המשפט קבע כי "עבירות מסוג זה של בני נוער, על קשיותן וחומרתן, אסור שתתפרשנה כמאורעות נסלחים אשר היו כלא היו, וזאת גם אם גילאי הנאשמים צעירים" (עמ' 692). בית המשפט ציין כי "חלק גדול ממעשי הבריונות האלימה ברחובות העיר נעשים על ידי בני נוער צעירים שזו להם היתקלות ראשונה עם החוק, וגם אם לאחר מכן הם עולים על דרך השיקום, הנזק שנותר מעבריינות זו לציבור ולקורבן הוא ניכר. לפיכך יש לעשות את הנדרש לביעורה של תופעה עבריינית זו. מן הצד האחד יש להביא בחשבון את גילו הצעיר של העבריין ואת הצורך לאפשר לו להשתלב בהליך שיקומי, אולם מצד אחר מסר הגמול וההרתעה בסוג זה של עבירות חייב להיות ברור ונהיר לעין כול" (עמ' 692).

מעניין לציין כי לאחר החלטת בית המשפט העליון נשמעו בבית המשפט המחוזי טיעונים לעונש בעניינו של מאיר, שותף נוסף באירוע. מאיר היה בעת ביצוע העבירה צעיר מגיל 15. מאחר שבית המשפט העליון ייחס משקל מכריע לשיקול הגיל, הושווה עניינו של מאיר לזה של נועם, הנאשם הצעיר שלא הורשע (ניתן ביום 19.9.2000).

1 החוק שהסדיר נושא זה במשך שנים רבות הוא חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019, החליף אותו.

בשונה מפסק הדין בע"פ 2669/00, בפסקי דין אחרים שניתנו בבית המשפט העליון אפשר לראות שחומרת העבירה אינה השיקול המכריע. קיימים מקרים שבהם יוחסו לקטין עבירות חמורות, ואף על פי כן החליט בית המשפט להימנע מהרשעתו.

פסק הדין בבית משפט לנוער מעצב את חיי הנער ואת עתידו, והוא חוליה אחרונה בהליך השיקום שנעשה בחסות ההליך המשפטי. שיקול הדעת הרחב שמעניק המחוקק לשופט הנוער, מאפשר לו להתחשב בתמורות שחלות בחייו של הקטין ולהתאים את העונש לא רק למעשה אלא גם לעושה. כך צועדים ובאים בשערי אולם (ועולם) הנוער ילדים שעברו על החוק. יחד עם גורמי הטיפול ואנשי החינוך הם מתחילים דרך טיפול ארוכה מתוך אמונה של מערכת שיפוט הנוער ש"כל זמן שהנר דולק אפשר לתקן".

# ביטחון ומצבי חירום





# מעצרים מנהליים ושלטון החוק בימי בראשית

בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שרי-הבטחון, פ"ד ב 5 (1949)

## אשר גרוניס

מלחמת העצמאות בעיצומה. זה עתה באר שבע נכבשה בידי כוחות צה"ל. והינה באותה עת, ביום 22.10.1948, מוגשת לבית המשפט העליון עתירה לבג"ץ בידי אחד, אחמד שוקי אל-כרבוטלי. בעתירה התבקש בית המשפט להורות על שחרורו ממעצר שלא כדין של ידידו של אל-כרבוטלי, אדם ששמו אחמד אבו לבן. הצו שהתבקש ידוע בשם "הביאס קורפוס" (habeas corpus), מונח לטיני שתרגומו הוא "הביאו את הגוף", והכוונה היא לכך שבית המשפט ייתן צו לרשויות להביא את הכלוא כדי לדון במעצרו. צו מסוג זה מכוון לשחרורם של אנשים המוחזקים בידי השלטון שלא כדין. אבו לבן, שהיה מנכבדיה של יפו, נעצר עוד בחודש יולי במעצר בית ושחרר ממנו ביום 16.8.1948. עוד באותו יום הוא נעצר על פי צו שנתן שופט בית משפט השלום. לאחר כשבועיים הוא שוחרר, אך ביום 12.9.1448 הוא נעצר שוב. עורך דינו של אבו לבן ביקש לפגוש אותו, אולם הבקשה סורבה. או אז הוגשה ביום 22.10.1948 העתירה לשחרורו.

בית המשפט העליון, שנפתח בירושלים ביום 14.9.1948, קיים מספר דיונים בעתירה. את פסק הדין נתן ביום 3.1.1949 הרכב שופטים שכלל את הנשיא משה זמורה, ולצידו השופטים יצחק אולשן ושניאור זלמן חשין (בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שרי-הבטחון, פ"ד ב 5 (1949)). בדיון התברר כי בעניינו של אבו לבן הוצא צו מעצר מנהלי בידי מפקד צבאי מכוח תקנה 111 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. התקנות, שנחקקו בתקופת המנדט הבריטי, נקלטו במשפטה של המדינה הצעירה ונודעו לימים גם בכינוי "תקנות ההגנה המנדטוריות". בתקנה 111(1) הוסמך המפקד הצבאי ליתן צו מעצר על כל אדם, כך שהעצור יחזק במקום מעצר שעליו יורה המפקד הצבאי. יוער כי באותה עת תקנות ההגנה המנדטוריות אף לא הגבילו את משך תקופת המעצר. תקנה 111(4) קבעה כי תוקם ועדה מייעצת שניתן להגיש לה השגה על צו המעצר, וכי היא רשאית לתת המלצות למפקד הצבאי בקשר למעצר, בלי שאלה יחייבו אותו.

התברר כי לאחר הקמת המדינה לא הוקמה ועדה מייעצת לצידו של המפקד הצבאי. עובדה זו הפכה להיות בעלת משמעות מכרעת בהליך. בית המשפט העליון קבע ביום 3.1.1949 מפי השופט אולשן, ובהסכמת חבריו להרכב, כי מאחר שבעת מתן צו המעצר לא הייתה קיימת ועדה מייעצת, הרי שאף כי לאחר מכן הוקמה ועדה כזו, יש להורות על שחרורו של אבו לבן. צו המעצר נחשב לפגום מטעם זה בלבד. למען הדיוק ההיסטורי נציין כי הגם שבית

המשפט ציווה על השחרור ביום 3.1.1949, אבו לבן שוחרר בסופו של דבר מן המעצר רק ביום 10.2.1949.

הסיפור הוא מאלף מבחינה היסטורית, אך מבחינה משפטית ראוי להציגו בהקשר רחב יותר. מעצרו של אדם לתקופה ארוכה על פי צו של רשות מנהלית, דוגמת מפקד צבאי, בלי שהוא עומד למשפט פלילי, ידוע בשפה המשפטית בשם "מעצר מנהלי". הוא נבדל מהמקרה הרגיל של מעצר, שעליו מורה בית משפט. הליך של מעצר מנהלי נחשב לחריג. הפגיעה החמורה ביותר בחירותו של אדם (מלבד הוצאה להורג) היא השמתו במעצר או במאסר. על כן התפתח בדמוקרטיה הכלל שלפיו החלטה על מעצר, למעט לתקופה קצרה מאוד, חייבת להתקבל בידי רשות עצמאית, היא בית המשפט, ולא בידי גורם שהוא חלק מהרשות המבצעת. אכן, במשפטה של כל מדינה דמוקרטית מקובל שגם שוטר רשאי לעצור אדם, אלא שכאשר מדובר על מעצר כאמור המעצר הוא קצר, כיום במקרה הרגיל – 24 שעות. בחלוף התקופה הקצרה, יש להביא את העצור בפני שופט אם מבוקש להאריך את המעצר. על רקע זה אפשר להבין את גישתו המחמירה של בית המשפט לפגם שנפל: היעדרה של ועדה מייעצת במועד הוצאתו של צו המעצר.

תקנה 111 לתקנות ההגנה המנדטוריות עמדה בתוקף בישראל עד שנת 1979. באותה שנה חוקקה הכנסת את חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979. חוק זה ביטל את תקנה 111. עם זאת, הוא לא ביטל את מוסד המעצר המנהלי במשפט הישראלי. בחוק הוקנתה לשר הביטחון סמכות להורות על מעצר לתקופה של עד שישה חודשים אם היה לשר "יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר" (סעיף 2(א) לחוק). עוד נקבע כי לשר יש סמכות להאריך את המעצר מעת לעת, בכל פעם לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים (סעיף 2(ב) לחוק). עד לחקיקת החוק מי שרצה להשיג על צו מעצר מנהלי פנה בעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. החוק שינה זאת בכך שחייב את הרשויות להביא את החלטת המעצר המנהלי תוך 48 שעות לביקורת שיפוטית בפני נשיא של בית משפט מחוזי (סעיף 4 לחוק). העציר רשאי לנכוח בדיון (סעיף 8). על החלטת הנשיא ניתן לערער לבית המשפט העליון. לנכוח האופי החריג והמיוחד של הסמכות הנתונה לרשות מנהלית להורות על מעצרו של אדם לתקופות ארוכות, קבעה הכנסת בחוק שהוא יחול רק בעת שקיים במדינה "מצב חירום". יודגש כי השאלה האם קיים מצב חירום אינה תלויה במצב בפועל, אלא באכרזה של המחוקק. ואכן, אכרזה כאמור ניתנה עם הקמת המדינה והיא עומדת בתוקף גם כיום. החוק משנת 1979 לא ביטל את הליך ההביאס קורפוס במשפט הישראלי. הוא רק ייתר את השימוש בו בכל הנוגע למעצרים מנהליים, שכן המעצר ממילא טעון ביקורת שיפוטית יזומה תוך 48 שעות בנוכחות העציר. יוער כי באזור יהודה והשומרון עדיין מבוססות סמכויות המעצר המנהלי על תקנות ההגנה המנדטוריות כחלק מן הדין הירדני שממשיך לחול שם, כפוף לחקיקה של המפקד הצבאי הישראלי.

צו ההביאס קורפוס כנראה קודם אפילו למגנה כרטה משנת 1215 באנגליה. בסיס איתן לצו נמצא בחוק של הפרלמנט האנגלי משנת 1679 – Habeas Corpus Act, שמטרתו הייתה

להגביל את סמכותו של המלך לעצור בני אדם. כיום הצו הוא חלק מן הדין הנוהג במדינות שמשפטן מבוסס על הדין האנגלי, כולל ישראל. סעיף 15(ד)(1) לחוק-יסוד: השפיטה מורה כי בשבתו של בית המשפט העליון כבית משפט גבוה לצדק הוא מוסמך "לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין". המושג הביאס קורפוס אינו מופיע בחוק היסוד, אך ברור שההוראה האמורה מכוונת לצו זה, שבית המשפט העליון מוסמך לתיתו ולהורות על שחרור של עציר או אסיר, כאשר הוא משתכנע שמדובר במעצר או במאסר שלא כדין. יש להבהיר כי בית המשפט העליון ישתמש בסמכות האמורה רק כאשר אין בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר להורות על שחרור ממעצר או ממאסר בלתי חוקיים. במילים אחרות, אם קיימת בחוק הוראה המסמיכה רשות שיפוטית לשחרר אדם ממעצר או ממאסר בלתי חוקיים, יש לפנות לאותו גוף ולא לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. מאחר שכיום נתונה לבתי המשפט ולבתי דין שונים הסמכות לשחרר ממעצר או ממאסר, נדיר ביותר להיתקל במקרה שבו מוגשת עתירה לבית המשפט העליון להוצאת צו הביאס קורפוס (אלא כאשר מדובר בצו מעצר שהוציא המפקד הצבאי של אזור יהודה והשומרון).

את העתירה לצו הביאס קורפוס יכול להגיש כל אדם (ולאו דווקא העציר) הטוען שאדם מוחזק במעצר בלתי חוקי. ניסיון של מאות בשנים מלמד שכאשר רשות מנהלית מחזיקה בעציר באופן בלתי חוקי, לעיתים היא מנתקת אותו מסביבתו ומונעת ממנו קשר לעולם החיצון, למשפחתו או לעורך דין. על כן הכלל הנוהג הוא שכל אדם יכול לפנות בבקשה למתן צו הביאס קורפוס לגבי אדם אחר הנמצא במעצר. וכך אכן קרה בעניינו של אחמד אבו לבן. מי שעתר לבית המשפט העליון היה, כאמור, ידידו, אל-כרבוטלי. בהיסטוריה המשפטית הישראלית מדובר על בג"ץ אל-כרבוטלי אף שראוי היה שייקרא על שם העציר, אחמד אבו לבן.

מעניין להוסיף ולשאול: אילו המקרה של אבו לבן היה מתעורר כיום, ובהנחה שתקנה 111 הייתה ממשיכה לחול, האם בית המשפט היה מורה על שחרור מידי מן המעצר? כזכור, הפגם שנפל בהתנהלות של הרשויות היה אי הקמתה של ועדה מייעצת, שתפקידה להמליץ לפני המפקד הצבאי לגבי המעצר. פשיטא שלוועדה לא הייתה סמכות לבטל את ההחלטה של המפקד הצבאי ולהורות על שחרור. בעניין אל-כרבוטלי התברר כי אומנם הוקמה ועדה, אך רק לאחר שהוצא צו המעצר ולפני שניתן פסק הדין. ניתן לשאול אם היה מוצדק להורות על שחרורו של אבו לבן שעה שכבר היה אפשר לפנות לוועדה המייעצת. ייתכן שכיום בית המשפט לא היה מצווה על שחרורו של אל-כרבוטלי, שהרי משהוקמה הוועדה היה העצור יכול לפנות אליה. אפשר לטעון שהגישה של בית המשפט בשנת 1949 הייתה פורמלית יתר על המידה.

נשנה במקצת את העובדות ונניח שהוועדה לא הייתה מוקמת לפני שניתן פסק הדין. האם בשנת 1949 היה בית המשפט קובע שיש לשחרר את העצור? ומה היה קורה היום? דומה שהתשובה פשוטה לגבי שנת 1949: אם בית המשפט ציווה על שחרור במצב שבו כבר הוקמה

ועדה, מקל וחומר שהחלטה על שחרור הייתה מתקבלת אם זו עדיין לא הוקמה. ואילו העניין היה מתעורר כיום? קשה להעריך כיצד היה בית המשפט פועל כיום בנסיבות שצוינו, במיוחד שהפגם שנפל אינו נוגע לשיקול הדעת של המפקד הצבאי. במילים אחרות, במקרה של אבו לבן לא הועלתה טענה כי המפקד הצבאי שקל שיקולים זרים או פעל לקידום מטרה זרה, וכן לא נטען כי ההחלטה עצמה נגועה בפגם דומה. את הפגם שנתגלה ניתן לאפיין בתור פגם בהליך, ואותו ניתן לרפא באמצעות הבאת העניין בפני הוועדה המייעצת, שאפשר להקימה גם לאחר שניתן פסק הדין. ייתכן שכיום היה בית המשפט קובע שאם לא תוקם ועדה מייעצת תוך תקופה מסוימת שנקצבה בפסק הדין, העצור ישוחרר. שאלה היא מדוע הושם הדגש בראשית המדינה על הפגם, ולא על הניסיון לרפאו, כפי שקורה לא אחת כיום, אפילו תוך השהיה לתקופה מסוימת של הסעד שבית המשפט נותן.

כיצד נסביר את האפשרות שכיום ייתכן שאבו לבן לא היה משתחרר אלמלא הוקמה הוועדה לפני שפסק הדין ניתן? ההסבר נעוץ בשינויים שחלו בגישתו של בית המשפט העליון ובהנמקות פסקי הדין שלו במהלך השנים שחלפו מאז הקמת המדינה. יש הטוענים, ואומנם יש לכך ביסוס, שעד שנות השבעים של המאה שעברה הושם דגש בתחום המשפט הציבורי על בדיקה פורמלית של התנהלות המנהל הציבורי. לעומת זאת, בשנים המאוחרות יותר נתן בית המשפט העליון משקל רב יותר לבחינה ובדיקה ערכיות ומהותיות של החלטות של רשויות השלטון. מגמה אחרת וקרובה שמתגלה בפסיקה של בית המשפט העליון בעשרות השנים האחרונות, אך לא רק בתחום המשפט הציבורי, היא המעבר מהכרעות בינריות או קוטביות – שחור או לבן, הכול או לא כלום – לקשת הכרעות יחסיות המבטאות גוונים של אפור או מצבי ביניים. כך, במקרה של אבו לבן קביעה שנפל פגם באי הקמה של ועדה מייעצת, ייתכן שלא הייתה מובילה לשחרורו המייד. זאת שכן קיימת אפשרות ביניים של השהיה לתקופה מסוימת של הסעד של שחרור מן המעצר, כדי שניתן יהיה להקים את הוועדה ולהביא את העניין לפניה. אפשרות ביניים שכזו הייתה מבטאת גישה יחסית ולא מוחלטת במישור הזמן. זאת בשונה מההכרעה שניתנה בעניין **אליכרבוטלי**, היינו ציווי על שחרור מידי, שהוא בעל אופי קוטבי ומוחלט.

ראוי להציב ולהציג את עניין **אליכרבוטלי** עם מספר פסקי דין שניתנו בשנים הראשונות לאחר הקמת המדינה, ושבהם בית המשפט העליון העביר תחת שבט הביקורת החלטות של הרשות המבצעת. בית המשפט לא הסתפק ברטוריקה ביקורתית, אלא אף ביטל החלטות של גורמי שלטון רמי דרג.

כך, ביום 10.2.1949 ביטל בית המשפט העליון החלטה של שר המשטרה לאסור על אנשים שעסקו בייצוג בעלי מכוניות במשרד התחבורה מלהמשיך בעיסוקם (בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שריהמשטרה, פ"ד ב 80 (1949)).

ביום 7.4.1949 ציווה בית המשפט העליון לבטל את הפיטורים של קציני משטרה ששירתו במשטרת המנדט ואשר הוחלט שלא להמשיך להעסיקם במשטרת ישראל (בג"ץ 21/48 סופר נ' שריהמשטרה, פ"ד ב 365 (1949)).

ביום 14.2.1950 הורה בית המשפט העליון לשחרר אדם שנעצר גם הוא על פי תקנה 111 לתקנות ההגנה המנדטוריות, יען כי, בניגוד לאמור בתקנה 111(1), המפקד הצבאי שהוציא את צו המעצר, לא ציין בו היכן יוחזק האדם במעצר (בג"ץ 95/49 אל כורי נ' ראש המטה הכללי של צבא ההגנה לישראל, פ"ד ד 34 (1950)).

ביום 8.2.1951 קבע בית המשפט העליון שמשרד החינוך לא היה רשאי להתערב בהעסקתו של העותר בתור מורה בבית ספר (בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951)).<sup>1</sup>  
ביום 10.1.1952 החליט בית המשפט העליון כי על שר הפנים לרשום את העותר במרשם האוכלוסין ולתת לו תעודת זהות. זאת לאחר שהתברר כי העותר יצא ללבנון ימים ספורים לפני הקמת המדינה וחזר לעכו לאחר הקמתה, התחתן, גורש ללבנון ושב לארץ וחזר חלילה מספר פעמים (בג"ץ 155/51 כאלדי נ' שר הפנים, פ"ד ו 52 (1952)).

ביום 6.4.1952 שוב ביטל בית המשפט העליון צו שהוצא לפי תקנות ההגנה, אלא שהפעם מדובר היה בצו גירוש מהארץ שהוצא לפי תקנה 112. הטעם לביטול הצו היה כי שר הביטחון, שהוסמך בתקנה ליתן צו גירוש, לא היה רשאי לאצול את סמכותו לאלוף הפיקוד שהוציא את הצו (בג"ץ 240/51 אלרחמן נ' שר הפנים, פ"ד ו 364 (1952)).

אחרון חביב הוא פסק הדין אולי הידוע והמפורסם מבין אלה שניתנו בשנותיה הראשונות של המדינה, בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). במקרה זה ביטל בית המשפט העליון החלטה של שר הפנים להפסיק פרסום של שני עיתונים, האחד לעשרה ימים והשני לחמישה עשר ימים.<sup>2</sup>

מה מייחד את פסקי הדין האלה, שכאמור ניתנו בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה? ראשית, בית המשפט העליון לא היסס בהם לבטל החלטות של הרשות המבצעת בעניינים שהיו בעלי חשיבות ציבורית רבה. במיוחד יש לתת את הדעת לכך שמדובר בתקופה שבה התנהלו עדיין קרבות ובשנים שמייד לאחר סיומה של מלחמת העצמאות, עת שהמצב הביטחוני היה עדיין בלתי יציב. שנית, בית המשפט גילה עצמאות ונחישות, כמתבקש ומתחייב במדינה דמוקרטית. הדבר בולט במיוחד בענייניו של ישראל שייב (אלדד), שבו נתקפה החלטה של דוד בן-גוריון, ראש הממשלה ושר הביטחון הראשון של ישראל. הוא, ולא אחר, כתב לשייב כי משרד הביטחון מתנגד לכך שהוא, ישראל שייב, יהיה מורה בבית ספר "מפני שאתה מטיף בספרך ובעתונך להשתמש בנשק נגד צבא ההגנה לישראל וממשלת ישראל במקרים הנראים לך". לפי הידוע, השופט אולשן, שכתב את פסק הדין בעניין אלי-כרבוטלי, היה מקורב למפלגת השלטון באותה עת, מפא"י, מפלגתו של בן-גוריון. כלומר, מרגע שהשופט אולשן התמנה לבית המשפט העליון, הוא פעל באופן עצמאי לחלוטין על פי צו מצפונו המקצועי, כפי שכל שופט ושופטת חייבים לפעול. וכך אכן פועלים שופטי ישראל גם כיום.

1 ראו עוד ברשימתו של אליעד וינשל בספר זה, עמ' 63.

2 ראו רשימתו של אהרן ברק בספר זה, עמ' 25.

פסק הדין בעניין אליכרבוטלי ופסקי הדין הנוספים שצוינו הם הוכחה לכך שכבר עם הקמת המדינה פעלה הרשות השופטת באופן בלתי תלוי ברשות המבצעת ולא נרתעה מהפעלתה של ביקורת שיפוטית על החלטות של המנהל הציבורי, כולל החלטות של ראש הממשלה ושרי הממשלה. בית המשפט אכף את החוק על הרשות המבצעת. כמאמר השופט אולשן בפסק הדין בעניין אליכרבוטלי: "השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה. ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה" (עמ' 15). פסקי הדין שנזכרו ראויים לציון במיוחד על רקע התקופה: מלחמת השחרור, מצב ביטחוני רעוע, עלייה של מאות אלפים תוך שנים ספורות, מצב כלכלי קשה (תקופת הצנע) ושליטה פוליטית כמעט מוחלטת של מפלגה אחת – מפא"י. גם כאשר התותחים רועמים, בתי המשפט של ישראל אינם שותקים.

## חקירות ביטחוניות במבחן בג"ץ

בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4)  
817 (1999)

### חנן מלצר

בינואר 1980 נעצר קצין צה"ל ממוצא צ'רקסי בשם עיזאת נאפסו בחשד לבגידה וסיוע לאויב, על רקע קשר נטען עם אנשי פת"ח בלבנון. הוא נחקר בידי צוות של חוקרי שב"כ ובמסגרת זו מנעו ממנו שינה והוא היה נתון לאמצעים קשים של הפעלת לחץ – מקלחות קרות, יריקות, סטירות, משיכות שיער והשפלות. ביום ה-14 לחקירתו מסר נאפסו הודאה לאחר שהתקשה לשאת בלחץ שהופעל כלפיו. במשפט שנערך לו הוא הורשע ונידון לעונש מאסר בפועל של 18 שנים. הליכי הערעור השונים בעניינו של נאפסו נמשכו כשבע שנים, וכל אותה תקופה הוא ישב במאסר. בסופו של דבר, בעקבות הסדר טיעון שהושג עימו בערעור שהתברר בבית המשפט העליון, נאפסו זוכה מההאשמות החמורות הנ"ל שיוחסו לו והורשע בהסכמתו רק בעבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון ביטחון המדינה. זאת על יסוד העובדה שהוא נפגש בדרום לבנון עם אדם הקשור למחבלים ולא דיווח על כך למפקדיו. לפיכך הוא נידון לשנתיים מאסר ומאחר שנשא בפועל תקופה ארוכה הרבה יותר הוא שוחרר מייד מן הכלא. במסגרת הסכמתה להסדר הטיעון המדינה הודתה כי, בניגוד למה שטענו חוקרי השב"כ קודם לכן, אכן הופעלה אלימות בחקירתו של נאפסו וחוקרי השב"כ לא אמרו אמת בעדויותיהם לגביה.

על רקע ממצאים אלה וכן דברים שהתגלו לגבי התנהלות אנשי השב"כ בפרשת קו 300, הממשלה החליטה על הקמת ועדת חקירה ממלכתית לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת. בראש ועדת החקירה עמד הנשיא בדימוס משה לנדוי, וכיהנו בה לצידו השופט יעקב מלץ והאלוף יצחק חופי, ששימש ראש המוסד (כולם הלכו בינתיים לבית עולמם). בציבור היא ידועה בכינויה ועדת לנדוי, והדוח שהגישה מכונה בלשון קיצור דוח ועדת לנדוי.<sup>2</sup> הדוח חשף את השימוש בכוח שנעשה לעיתים בעבר בחקירות השב"כ ואת עדויות השקר שמסרו אנשי השב"כ בבתי המשפט, וקבע כי אלה אסורים. עם זאת דוח ועדת לנדוי קבע כי במצבים מיוחדים (בעיקר נוכח קיומה של "פצצה מתקתקת") אפשר

1 ראו רשימתו של שי יניב בספר זה, עמ' 647.

2 ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת דין וחשבון (1987).



לנקוט "מידה מתונה של לחץ פסי" (עמ' 72), כדי לגלות את מיקומה של הפצצה. הדוח כלל גם חלק סודי שבו פורטו המצבים והאמצעים שאפשר לנקוט במצבים שכאלה.

דוח ועדת לנדוי ניסה להציע הליכה בדרך ביניים המגשרת בין איסור עקרוני להשתמש בכוח במסגרת חקירה להיתר מוגבל לעשות כן. בדוח הוסבר כי בסיס עיוני לכך משמשת הגנת ה"צורך" המוכרת בדין הפלילי, כלומר הפטור מאחריות פלילית במקרה שבו עבירה מבוצעת כדי לקדם אינטרסים חשובים, ובראש ובראשונה הצלת חיי אדם. עם פרסומו של הדוח הוא נתקל בתגובות מעורבות – החל באלו שראו בו הכרח בל יגונה, וכלה באלו שמתחו ביקורת קשה על ההיתר להשתמש בכוח ושטענו כי הסוגיה של "צורך" אמורה להיבחן רק בדיעבד ואינה יכולה לשמש מקור הסמכה לפעולות שאינן חוקיות כשלעצמן.

כשבע שנים לאחר מכן הוגשה עתירה לבג"ץ נגד מה שהוצג כפרקטיקה של עינויים בחקירות ביטחוניות. העתירה הייתה תלויה ועומדת במשך כמה שנים נוספות, וביום 6.9.1999, כ־12 שנים לאחר פרסום דוח ועדת לנדוי, ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון שעסק בחוקיותם של אמצעי חקירה שונים המופעלים בידי השב"כ (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817 (1999)). העתירה נדונה בהרכב מורחב בן תשעה שופטים, ובפסק הדין חוות הדעת העיקרית נכתבה בידי הנשיא ברק, שעזמו הסכימו באופן מלא המשנה לנשיא שלמה לוין והשופטים אור, מצא, חשין, זמיר, שטרסברג-כהן ודורנר. השופט קדמי הצטרף לעיקרי הדברים, אך הכפיף את הסכמתו לכמה סייגים. פסק הדין קבע כי גם חקירה בנושאי טרור וסיכול פיגועים אמורה להיות הוגנת וסבירה, וכי אי אפשר להפעיל על נחקר אמצעי חקירה פיזיים הפוגעים בחירותו, אשר אינם מתבקשים ממהות החקירה – מאחר שאין הסמכה חוקית מפורשת לעשות זאת.

למעשה, ההתמודדות עם המתח בין זכותה, וחובתה, של המדינה הדמוקרטית להגן על שלום אזרחיה ותושביה, לאמצעים שאפשר להפעיל בהקשר זה איננה ייחודית למדינת ישראל. היא עלתה ונדונה בבתי המשפט השונים בעולם, ויש לה התייחסות נרחבת גם במשפט הבינלאומי. ככלל, המשפט הבינלאומי קובע כי האיסור על עינויים הוא איסור מוחלט. איסור זה מעוגן בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948, אשר נולדה, בין היתר, בעקבות לקחים ממלחמת העולם השנייה והשוואה. על פי סעיף 5 להכרזה, "לא יהיה אדם נתון לעינויים, ולא ליחס או לעונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים". הצהרה זו קיבלה בהמשך קונקרטיזציה במספר רב של אמנות בינלאומיות, ובכללן אמנה מיוחדת המוקדשת לכך – האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.<sup>3</sup> האיסור המוחלט על עינויים הוא איסור חריג נוכח התפיסה הרווחת כי מרבית זכויות האדם הן זכויות יחסיות, אשר אפשר במקרים מסוימים לפגוע בהן במגבלות חוקתיות שונות ולאזן אל מול זכויות אחרות.

3 האמנה נעשתה בשנת 1984. ישראל חתמה עליה ביום 22.10.1986 ואשררה אותה ביום 4.8.1991. היא בתוקף לגבי ישראל מיום 2.11.1991.

מדינת ישראל חתומה על האמנות האמורות, אבל בחוק הישראלי הפנימי אין חקיקה מפורשת המגדירה שעינויים הם עבירה פלילית. כאמור, הפעם הראשונה שבה נדונו אמצעי החקירה של השב"כ הייתה בוועדת לנדוי. בהמשך לכך הנושא הובא כאמור לדיון תקדימי לפני בית המשפט העליון, וזה עסק באופן מקיף בכשרות אמצעי החקירה של השב"כ בהתחשב באיסור העינויים. לפיכך פסק הדין דן בשתי סוגיות מרכזיות – סמכותו של השב"כ לחקור חשודים, וחוקיות האמצעים הפיזיים שחוקרי שב"כ מפעילים בחקירות, ובשתייהן הגיע למסקנות שונות מאלו של ועדת לנדוי.

העותרים, ארגוני זכויות אדם ופרטים אשר נחקרו בידי השב"כ, טענו בתמצית כי השב"כ אינו מוסמך כלל לערוך חקירות ובפרט להשתמש באמצעים פיזיים, וכי לגופו של עניין האמצעים הננקטים בידי השב"כ אסורים על פי הדין הפלילי, המשפט החוקתי והמשפט הבינלאומי בהיותם "עינויים". עוד נטען כי יש להבחין בין הגנה שעשויה להינתן לחוקרים בדיעבד מפני אחריות פלילית בשל הגנת הצורך (במקרה של "פצצה מתקתקת"), להרשאה מראש לשימוש באמצעים פיזיים לצורכי חקירה. יש לשים לב כי הטענות שהעלו העותרים היו מסוגים שונים. תחילה נטען כי אין כלל סמכות להפעיל כוח בחקירות. כידוע, כל רשות מנהלית חייבת לפעול רק בהתאם לסמכות המוענקת לה מכוח הדין, בשים לב למה שמכונה "עקרון חוקיות המנהל"<sup>4</sup>. אם מתקבלת טענת הסמכות, הרי שאין להפעיל כוח בחקירות כאמור, גם אם המטרה העומדת מאחוריהן היא חשובה. במקרה שכזה אין נבדק כלל שיקול הדעת של החוקרים, ואין נבדק האיזון שבין זכויות האדם לאינטרס הביטחוני. שאלה נפרדת היא האם – בהנחה שקיימת סמכות – מן הראוי להפעיל אמצעים מסוג זה בנסיבות המתאימות. האם אינטרסים ציבוריים יכולים להצדיק שימוש באמצעי החקירה הללו, או שמא מדובר בכלי שלעולם אסור להשתמש בו, ברוח האיסור המוחלט על עינויים?

עמדתה של הממשלה הייתה, על בסיס דוח ועדת לנדוי, כי הסמכות קיימת מכוח הסמכות הכללית שמעניק החוק לקציני משטרה ולקצינים מוסמכים אחרים לחקור ביצוע עבירות (מכוח פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)). עוד נטען שאין באמצעים הפיזיים הננקטים משום הפרה של המשפט הבינלאומי, וכי הם אינם עולים כדי עינויים או "יחס אכזרי ולא אנושי" במובנם באמנות הבינלאומיות. הממשלה סברה כי השימוש באמצעים אלו מוצדק וחוקי בהתחשב בסייג הגנת הצורך, וכי בהתאם לסייג זה רשאים חוקרי השב"כ להפעיל אמצעים שיש בהם "לחץ פיזי מתון" כדי למנוע פגיעה בחיי אדם ולשמור על ביטחון המדינה. הממשלה טענה כי חלק מהאמצעים הם תוצר נלווה של חקירה, וכי השימוש האקטיבי שנעשה באמצעים פיזיים, כגון טלטול נחקרים, נעשה רק במקרים חריגים. לפני בית המשפט נצטיירה תמונה כי ההחלטה על שימוש באמצעים פיזיים הננקטים במקרה מסוים נעשית על פי הנוהל שאושר בוועדת השרים, וזה מחייב קבלת אישור דרגים שונים של השב"כ.

4 ראו רשימתו של אליעד וינשל בספר זה, עמ' 63.

פסק הדין של הנשיא ברק מיקד את הבחינה בשאלת הסמכות. בהקשר זה נקבע שאין בהסמכה הכללית לחקור כדי לאפשר שימוש באמצעי חקירה מסוג זה. על ההסמכה בעניין זה להיות מפורשת, ולאפשר שימוש באמצעי חקירה חריגים שכאלה. זאת לנוכח חומרת הפגיעה בזכויות האדם העומדת על הפרק.

בפסק דינו רחב היריעה הנשיא ברק נדרש למתח שבין הצורך לחשוף את האמת ולגלות פרטים בנוגע לעבירות שנעשו, כמו גם בהכרח למנוע מעשי טרור ולסכלם – אל מול מגבלות שלטון החוק והצורך להגן על הכבוד של הנחקר ועל חירותו, אשר מחייב קיומם של "כללי חקירה סבירה". בית המשפט קבע כי אומנם חקירה עשויה להוביל לחוסר נוחות משמעותית, למשל במקרים של מחסור בשינה מספקת, ואפשר שיהיו בה גם גורמים של תחבולה ותחכום. אבל אלו צריכים לקיים קשר מידתי עם תכלית החקירה ונסיבותיה, ואפשר לקיים חקירה יעילה גם בלא אלימות. בהקשר זה צוינו עקרונות כלליים, שלפיהם "חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש 'באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים' במהלך החקירה" (עמ' 836). הנשיא ברק קבע כי מדובר באיסורים מוחלטים, אשר אין להם חריגים, וכי שימוש באלמות עלול להטיל על חוקר אחריות פלילית ואחריות משמעית. מסקנה זו מתבקשת גם מהמשפט הבינלאומי, כמתואר לעיל.

בית המשפט העליון התייחס באופן מפורט לכמה אמצעים פיזיים לחקירה שעלו בטענות הצדדים: טלטול נחקרים בעוצמה; החזקה ב"תנוחת השבאח" – הכוללת איזוק הנחקר, הושבתו על כיסא נמוך, כיסוי ראשו בשק אטום, הצבת הנחקר בכריעת צפרדע, הידוק יתר של אזיקים ומניעת שינה, בין השאר באמצעות השמעת מוזיקה חזקה. בית המשפט מצא כי השב"כ נעדר סמכות להשתמש במרבית האמצעים הללו, שכן סמכות החקירה המוקנית על פי חוק לחוקר שב"כ היא אותה סמכות חקירה המוקנית על פי חוק לחוקר משטרה. בית המשפט בחן את ההכרחיות של האמצעים הנ"ל וקבע, למשל, בנוגע לתנוחת "שבאח" כי אין צורך חקירה טבוע בהושבת נחקר על כיסא כה נמוך ומוטה כלפי מטה, עד ששיבה עליו גורמת לכאב וסבל ממשיים לנחקר. מדובר בפגיעה מעבר לנדרש בזכויות יסוד של הנחקר. כמו כן, נקבע כי אף שאפשר שיש צורך למנוע קשר עין בין העצורים באמצעות כיסוי עיניים, שימוש בשק המכסה את כל הפנים למשך שעות ארוכות והיוצר חנק, איננו הכרחי (זאת לעומת גריעת שינה, אם היא תוצר נלווה לחקירה ולא אמצעי עצמאי, המצויה עדיין בגדרי הסמכות).

ומה באשר למצבים של "פצצה מתקתקת"? הנשיא ברק הבחין כאן בין שאלת הסמכות מלכתחילה לשאלה של הגנה מפני אחריות פלילית בדיעבד. אם חוקר מפעיל לחץ פיזי להצלת חיי אדם, עשויה לעמוד לו הגנת הצורך בדין פלילי, אבל פסק הדין לא עסק בשאלת האחריות הפלילית שנושא בה חוקר שב"כ שהפעיל אמצעי פיזי בחקירה. נקבע כי אין בסיס זה כדי להעניק סמכות לקביעה מראש של נוהל להפעלת אמצעי חקירה כאלו, שכן סייג הצורך הוא סייג לאחריות פלילית ונבחן רק לאחר מעשה בכל מקרה לגופו. עוד נקבע כי אם קיים

צורך לאפשר שימוש באמצעים פיזיים בחקירות, נדרשים לשם כך דיון והכרעה של הרשות המחוקקת והסמכה מפורשת.

נוסף על כך, צוין כי האפשרות למנוע מהשב"כ שימוש באמצעי חקירה אלה ואחרים איננה בגדר הכרעה פשוטה, שהרי ברור כי מדובר בגוף הפועל למען ביטחון ישראל ולתכלית ראויה. לפיכך לא בכדי פתח הנשיא ברק את פסק דינו בהתייחסות למצב הביטחוני המורכב ששרר – ושורר – בישראל, ובכך הוא גם סיים את חוות דעתו. עם זאת הוא הדגיש בפסק הדין כי כוחה של מדינת ישראל מצוי גם בהיותה מדינה דמוקרטית, ודמוקרטיה נבחנת בכך "שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה" (עמ' 845).

כאמור, מרבית שופטי ההרכב הסכימו עם פסק הדין של הנשיא ברק במלואו. לעומת זאת, השופט קדמי הסכים כי יש מקום לכך שבמקרים של "פצצה מתקתקת" תהיה לשב"כ סמכות לנקוט אמצעים אלו נוכח החובה הבסיסית של המדינה להגן על קיומה ועל ביטחון אזרחיה. על כן הוא סבר כי יש להשעות את כניסת פסק הדין לתוקף למשך שנה, שבמהלכה הכנסת תוכל להידרש לסוגיה, ובמקביל במקרי חירום ובאישור היועץ המשפטי לממשלה יוכלו חוקרי השב"כ לנקוט אמצעי חקירה חריגים.

לאחר מתן פסק הדין היועץ המשפטי לממשלה אז, אליקים רובינשטיין, הוציא הנחיות באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו לדין חוקרים אשר פעלו במקרה בודד מסוים בתחושה של "צורך". היועץ המשפטי לממשלה הגדיר בהנחיותיו את התנאים שבהתקייםם אפשר להסתמך על הגנת הצורך, תוך הבהרה שבכל מקרה אי אפשר להסתמך על הגנה זו במקרה של עינויים. בהמשך בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ קבע כי קיומן של הנחיות היועמ"ש והנחיות פנימיות של השב"כ שהותקנו מכוחן (אשר מפרטות מתי, וכיצד, יש לקיים היועצות בדבר האפשרות להפעיל אמצעי חקירה מיוחדים במקרים של "פצצה מתקתקת") – איננו עומד בסתירה לקביעות שהושמעו בבג"ץ על איסור העינויים. זאת משום שמדובר בבחינה של כל מקרה לגופו בזמן אמת, ומאחר שהנחיות אלו דווקא מבטיחות כי הפעלת אמצעים מיוחדים בחקירה תיעשה רק במקרים חריגים ביותר המצדיקים זאת, ועשויה למנוע את השימוש בהם (בג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.11.2018)).

חשוב לציין כי למרות התחזיות הקודרות ואזהרות הממשלה לפני שניתן פסק הדין כי איסור העינויים יכביד עד כדי שיתוק על עבודת השב"כ, נבואה זו לא התממשה, ונמצאו דרכים אחרות ומתוחכמות לחקירה ולסיכול מעשי טרור במסגרת הדין. זהו לקח שלאחר שניתן פסק הדין, מדינות רבות בעולם ביקשו ללמוד מישראל על דרך מאבקה בטרור.

כמה שנים לאחר מתן פסק הדין חוקק חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, המסדיר את פעילות השב"כ ואת סמכויותיו, והפותר עובדים של הארגון מאחריות פלילית ומאחריות אזרחית בגין מעשים שנעשו "בתום לב ובאופן סביר". עם זאת, חוק השב"כ איננו מגדיר מעשי חקירה מותרים, או להבדיל פסולים. בהקשר זה נעיר עוד כי אומנם פסק הדין קבע איסור גורף על עינויים ועל יחס אכזרי, אבל פרשנות המונח "עינויים" ובחינה של השאלה מהם אמצעים

אסורים או מותרים על פי דין, נעשות בפועל בידי גורמים שונים בשב"כ ובידי היועץ המשפטי לממשלה בהתאם להנחיות הנזכרות לעיל, ושאלה זו ממשיכה להגיע לפתחם של בתי המשפט במקרים שונים.

לקראת סיום ראוי להביא מדבריו של הנשיא ברק בפסק הדין הנחשבים למייצגים את המסר העולה ממנו, כמו גם את ההתחבטות שבבסיס המאבק המשפטי בטרור במדינות דמוקרטיות. וכך הוא כתב: "לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה" (עמ' 845).

ראוי לשנן מסר זה.

# כשנשיא בית המשפט העליון משנה את דעתו: על הדילמה של החזקת אנשי חיזבאללה בתור קלפי מיקוח

דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000)

## בני שגיא

בחודש אוקטובר 1986 בשל תקלה טכנית נטשו הטייס ישי אברהם והנווט רון ארד את מטוסם מעל שמי לבנון. ישי אברהם חולץ באמצעות מסוק ואילו רון ארד נפל בשבי ארגון "אמל" השיעי. החל משנת 1988 הוא נחשב לנעדר. מאז ולאורך השנים ביצעו גורמים שונים מגוון פעולות במטרה לאתררו.

בשנים 1986-1987 נעצרו במסגרת פעילות צה"ל בלבנון חברים בארגונים שונים שפעלו נגד ישראל, ובהם חיזבאללה, והם הועמדו לדין בישראל ונידונו לתקופות מאסר שונות. גם כאשר סיימו לשאת את תקופות המאסר שנגזרו עליהם, לא שוחררו אותם חברי ארגונים. בפועל, מעצרים התבסס על צווי מעצר מנהליים שהוציא שר הביטחון ושהוארכו מעת לעת, מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979. מאז הקמת המדינה מעצרים מנהליים משמשים לצורך מעצר מניעתי (כפוף לביקורת שיפוטית) של אלה שעלולים לפגוע בביטחון המדינה. במקרה זה המעצר המנהלי שימש למטרה שונה: העצורים נועדו לשמש "קלפי מיקוח" במשא ומתן עתידי לשחרור רון ארד.

בשנת 1994 אישר בית המשפט המחוזי את הארכת תוקף הצווים. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון והוא נדון לפני הרכב של הנשיא אהרן ברק עם השופטים יעקב קדמי ודליה דורנר.

נקודת המוצא לדיון הייתה כאמור שאין נשקפת סכנה לביטחון המדינה מאותם מערערים שסיימו לשאת את עונשם, אבל המשך החזקתם בישראל יתרום לקידום השחרור של שבויים ונעדרים מכוחות הביטחון, ובראשם הנווט רון ארד.

השאלה המשפטית שהונחה לפתחם של השופטים הייתה האם הצורך בהמשך החזקת המערערים בתור "קלפי מיקוח" חוסה תחת הגדרת "ביטחון המדינה" או "ביטחון הציבור", שאז, ורק אז, אפשר להמשיך להחזיקם במעצר מנהלי מכוח החוק. זאת, כאשר הנחת היסוד של שלטון החוק היא ששלילת חירות חייבת להיעשות מכוח הסמכה חוקית.

בפסק הדין שניתן בערעור בשנת 1997, נחלקו דעות השופטים (עמ"ס 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג"ד (1) 97 (1997)). הנשיא ברק והשופט קדמי סברו כי החזרת שבויים ונעדרים מקרב כוחות הביטחון היא מטרה נעלה הנכללת במסגרת "ביטחון המדינה", וכי סמכותו של שר הביטחון, שהופעלה כדין, משתרעת גם על מקרה שבו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה מהמערערים עצמם. לעומתם, סברה השופטת דורנר בדעת מיעוט כי תכלית המעצר המנהלי היא מניעת סיכון לביטחון המדינה או לביטחון הציבור כאשר הסכנה נשקפת מהעצור עצמו, ומכאן שצווי המעצר המנהלי נחתמו בחוסר סמכות. נוסף על כך, השופטת דורנר קבעה כי לא עלה בידי שר הביטחון להראות שקיימת ודאות קרובה, ואף לא אפשרות סבירה, כי שחרור המערערים יכשיל את האפשרות לשחרר שבויים ונעדרים מקרב כוחות הביטחון.

בשלב זה הוגשה בקשה לקיים דיון נוסף בתיק. מדובר במתכונת דיון נדירה שבה אף שניתן פסק דין בבית המשפט העליון, נמצא שיש מקום לדון בעניין פעם נוספת בהרכב רחב יותר נוכח החשיבות של השאלה שהתעוררה בו או השלכותיה. היות שהמקרה עורר שאלה בעלת חשיבות, והיא גבולות אמצעי המעצר המנהלי, המשנה לנשיא שלמה לזין נעתר לבקשה. הדיון הנוסף התקיים לפני הרכב מורחב של תשעה שופטים, ובהם אלה שדנו בערעור המקורי.

במקרים מעין אלה על פי רוב אפשר להעריך כי השופטים שכבר פסקו בסוגיה במסגרת הערעור, ישובו ויביעו עמדות דומות גם במסגרת הדיון הנוסף, וההכרעה בו תהיה תלויה במידה רבה בעמדות של ששת השופטים הנוספים. אלא שעם פרסום פסק הדין בדיון הנוסף, בחודש אפריל 2000, נכונה לצדדים ולציבור הפתעה. לא זו בלבד שהתוצאה התהפכה, אלא שנשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, שינה את דעתו. במסגרת הערעור הוא קבע כי החזקת "קלפי מיקוח" אפשרית מפני שהיא חוסה תחת המונחים "ביטחון המדינה" ו"ביטחון הציבור". קעת הוא קבע כי במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון אין לאפשר מעצר מנהלי של אדם אשר אין נשקפת ממנו סכנה לביטחון המדינה (דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד"ד (1) 721 (2000)).

בדרכו למסקנה זו שב הנשיא ברק ופירש את החוק. הנשיא ברק הצביע על שתי תכליות מרכזיות של החוק: הראשונה – ביטחון המדינה, והשנייה – שמירה על החירות של כל אדם ועל כבודו. לאחר שערך איזון בין שתי התכליות, נימק הנשיא ברק את פסיקתו בפגיעה הקשה שנגרמת לכבוד של עצור מנהלי שאינו מסכן את הציבור ולחירותו, ובאיסור הקיים במשפט הבינלאומי על החזקת בני אדם בתור "בני ערובה". נקבע כי פרשנות תכליתית של החוק מובילה למסקנה כי תכליתו לחול על אלה המסכנים את ביטחון המדינה או הציבור, ולא מעבר לכך. את שינוי עמדתו בין פסק הדין בערעור לפסק הדין בדיון הנוסף הסביר הנשיא ברק בבחינה העצמית החוזרת ונשנית שהיא מנת חלקם של השופטים היושבים בדין, ובצורך להעדיף את ערך האמת על פני ערך היציבות המשפטית. כלשונו של הנשיא זמורה, הנשיא הראשון של בית המשפט העליון: "אמת ויציב – אמת עדיף" (ע"א 376/46 רזונבאום נ' רזונבאום, פ"ד ב 235, 254 (1949)). בגילוי לב ציין הנשיא ברק כי מאז מתן פסק הדין בערעור לא חדל

לבחון את נכונות פסיקתו עד שהגיע למסקנה כי טעה. עוד צוין, והדברים הם מאירי דרך לכלל ציבור השופטים, אשר נדרש לא אחת לבחון מחדש את החלטותיו שלו, כי "בשעותינו הקשות, כאשר אנו בוחנים את עצמנו, כוכב הצפון אשר צריך להדריך אותנו הינו חשיפת האמת המובילה להגשמת הצדק בגדרי המשפט. אל לנו להתבצר בדעותינו הקודמות. עלינו להיות נכונים להודות בטעותנו" (עמ' 743). אל מסקנה זו הצטרפו המשנה לנשיא שלמה לוי והשופטים תיאודור אור, אליהו מצא, יצחק זמיר ודליה דורנר.

מנגד, השופטים מישאל חשין, יעקב קדמי ויעקב טירקל, שנותרו במיעוט, הגיעו למסקנה שונה. לשיטתם, עשויות להיות נסיבות שבהן יחייבו טעמים של ביטחון המדינה להחזיק במעצר מי שכליאתו מתחייבת בתור אמצעי חירום לקידום ערך פדיון השבויים, ובתנאי שקיים "קשר" בין התנהגותו ומעשיו לתכלית מעצרו. שופטי המיעוט התייחסו לערך פדיון השבויים כאל אחד מערכי היסוד של העם היהודי, וקבעו שיש לראות בו אחד ממרכיבי הביטחון של המדינה. כלשונו של השופט חשין: "תכלית החזרתם של שבויים ושל נעדרים מלוחמינו לביתם באה בעומקו של המושג 'בטחון המדינה'" (עמ' 747). עוד הוא קבע כי חסימת הדרך לעמידה בדרישות של ערך זה שקולה כנגד פגיעה בביטחון המדינה, שכן אויבינו מודעים לכוחו של הערך האמור ולתרומתו לביטחון. השופט חשין הדגיש כי המערערים אינם כפריים תמימים אשר נלקחו לארץ לא להם, אלא לוחמים, גם אם פשוטים, בשורות החיזבאללה. לצד עמדתו בנוגע לסמכות של שר הביטחון להורות על מעצר העותרים, ציין השופט חשין כי סמכות מעצר זו צריכה להיות מופעלת באופן מידתי, ולהיבחן על רקע השאלות האם חלה תזווה מעמדת החיזבאללה, והאם קיימים מגעים כלשהם לשחרור רון ארד.

השופט טירקל התייחס גם הוא לכך שההכרעה בסוגיה הייתה עבורו קשה ומיסרת. הוא ציין בגילוי לב כי לאחר שקרא את פסק הדין בערעור ועוד טרם הדיון הנוסף סבר, בדומה לשופט דורנר בערעור, כי שר הביטחון אינו מוסמך להורות על מעצר מנהלי של אדם כדי לקדם את השחרור של שבויים ונעדרים. אבל לאחר בחינת טיעוני הצדדים בדיון הנוסף הגיע למסקנה כי הסמכות קיימת. הוא קבע שהשמירה על הכבוד של כל אדם ועל חירותו וההגנה על זכויות יסוד חוקתיות אלה, אינן עומדות מול השמירה על ביטחון המדינה במשמעות המצומצמת של המונח כפי שפירשו אותו שופטי הרוב.

כך נקבע להלכה בדעת הרוב שהחקיקה בנושא מעצרים מנהליים אינה יכולה לשמש בסיס סמכות למעצר של המערערים.

בשלב זה חשוב להצביע על שתי התפתחויות מאוחרות לפסק הדין בדיון הנוסף ועל תובנה משמעותית אחת שעולה ממנה ושיש בה מסר לכל שופטי ישראל.

ההתפתחות הראשונה היא חקיקתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין בדיון הנוסף. החוק נועד לתת מענה ממוקד לסוגיית חוסר הסמכות שעמדה בלב הכרעת השופטים. חוק זה מעניק לרמטכ"ל סמכות, הנתונה לביקורת שיפוטית, להורות על מעצר של אדם שיש יסוד סביר להניח שהוא לוחם



בלתי חוקי, כלומר אדם שהשתתף בפעולות איבה נגד מדינת ישראל במישרין או בעקיפין. סעיף 7 לחוק קובע כי יראו אדם שהשתתף בפעולות איבה נגד מדינת ישראל כמי ששחררו יפגע בביטחון המדינה, כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וכל עוד לא הוכח אחרת. חוק זה אפשר למעשה להשאיר במעצר חלק מאלה שהוחזקו קודם לכן במעצר מנהלי (אבל לא את כולם, מאחר שתנאי לתחולתו הוא היותו של האדם "לוחם בלתי חוקי", להבדיל מאדם חף מפשע, גם אם החזקתו יכולה להועיל, למשל אם הוא בן משפחה של מנהיג ארגון מחבלים). לימים בית המשפט העליון דן בחוק זה ופירש אותו כך שהוא מחייב קיומה של מסוכנות אישית מצד הכלואים (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008)).

ההתפתחות השנייה היא הכרעת בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בשאלה האם אפשר להורות על החזקת גופות מחבלים לצורך משא ומתן מול ארגוני טרור במטרה להשיב אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידיהם. גם שאלה זו נדונה פעמיים בבית המשפט העליון – בהרכב רגיל ובהרכב מורחב, וגם בה השתנתה התשובה שניתנה לה.

בבסיס הדיון עמדה עתירה לבג"ץ של משפחות המחבלים ובמסגרתה נטען כי מצב דברים שבו הגופות אינן מוחזרות אליהן כדי שיוכלו לקבור אותן, הוא בניגוד לדין. גם כאן תנאי בסיסי לחוקיות הצעד של אי השבת הגופות הוא קיומו של מקור סמכות. תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, קובעת כי המפקד הצבאי רשאי לצוות כי גווייה של אדם תיקבר במקום שהמפקד הצבאי יורה עליו. במוקד המחלוקת הפרשנית עמדה השאלה האם התקנה חלה גם על קבורה ארעית בשטח ישראל לצורך משא ומתן ושימוש בגופות בתור "קלפי מיקוח".

מקרה זה משקף התלבטות דומה במהותה. בית המשפט העליון קבע בפסק דינו שניתן בשלהי שנת 2017 בדעת רוב, כי אי אפשר לפרש את התקנה כך שתחול במצב זה, וכי כל עוד הדבר לא הוסדר בחקיקה ראשית אי אפשר להחזיק את גופות המחבלים בישראל (בג"ץ 4466/17 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (14.12.2017)). כאן הבקשה לקיים דיון נוסף הוגשה מצד המדינה, ולאחר שניתנה רשות לכך, זה התקיים לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים (דג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (9.9.2019)).

בפסק הדין שניתן לאחר כשנתיים, קבעה הנשיאה אסתר חיות בדעת רוב ובהסכמת השופטים ניל הנדל, יצחק עמית ונעם סולברג, שאפשר לפרש את תקנות ההגנה כך שהן מיועדות, בין היתר, להגשים את התכלית של ביטחון המדינה. מכאן שלמפקד הצבאי נתונה סמכות להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצורך משא ומתן עם ארגוני טרור, בין היתר לצורך שחרור הגופות של סגן הדר גולדין ז"ל ושל סמ"ר אורון שאול ז"ל והאזרחים אברה מנגיסטו והישאם א-סייד מידי ארגון "חמאס". השופט הנדל, שהיה בדעת מיעוט בפסק הדין הראשון ושהפך להיות חלק משופטי הרוב בדיון הנוסף, הדגיש כי לא מציאותי לצפות שההוראה בנושא תכיל פירוט של מכלול האפשרויות שבהן קבורת גופות מחבלים עשויה לסייע למאבק בטרור ולהגנה על ביטחון המדינה. דרישה כזו עלולה לכבול את ידי המדינה ולשלול ממנה את

הגמישות החינוכית למאבק בארגוני הטרור. השופט עמית התייחס, בין היתר, לדמיון בין מקרה זה לפרשת "קלפי המיקוח", אבל קבע כי אין להשוות את הפגיעה בליבת הזכות החוקתית לחירות של עצורים חיים, לפגיעה שאינה בליבת הזכות לכבוד המת, הנובעת מהחזקת הגופה. כמו כן, הוא ציין שכאשר מדובר בסמכות המוקנית למפקד הצבאי, יש בסיס לפרש אותה כך שהיא מסמיכה להביא בחשבון שיקולים ביטחוניים.

השופטים ג'ורג' קרא ועוזי פוגלמן קבעו בדעת מיעוט כי אין בתקנה הקונקרטית כדי לשקף תכלית ביטחונית, שכן בבסיסה עומד הרציונל של שמירת הסדר הציבורי. עוד נקבע כי הזכות לכבוד של המת ובני משפחתו, שמכוחה הם זכאים להביא את המת לקבורה ראויה, נתונה לכל אדם, לרבות מתים שהיו מחבלים או חיילי אויב. פעולה מנהלית הפוגעת בזכות יסוד צריכה להיות מעוגנת בחקיקה ראשית ברורה ומפורשת. בהעדר חקיקה ראשית, אין מקום להתיר את "הקבורה הארעית" בדרך של פרשנות מרחיבה לתקנות ההגנה.

השופטת דפנה ברק-ארז, שהחזיקה גם היא בדעת מיעוט, התייחסה למחויבות המוסרית של מדינת ישראל לחייליה ולאזרחיה אבל קבעה כי מחויבות זאת אינה תחליף להסדרה חוקית נאותה של סוגיות רגישות. עוד עמדה השופטת ברק-ארז על ההבחנה בין העקרונות המשפטיים החלים על עניינם של תושבי רצועת עזה לעקרונות המשפטיים החלים בנוגע לאלה שמתגוררים בשטח הנמצא בשליטת מדינת ישראל. על בסיס הבחנה זו נקטה השופטת גישת ביניים וקבעה כי אפשר להשאיר בישראל גופות מחבלים שהיו תושבי עזה או מדינת אויב אחרת, אבל אי אפשר לעשות כן לגופות מחבלים שהיו תושבי יהודה והשומרון.

ניכר כי שתי ההכרעות של בית המשפט העליון, הן בעניין החזקת אנשי חיזבאללה בתור "קלפי מיקוח", הן בסוגיית החזקת גופות המחבלים, היו קשות ומורכבות עבור השופטים שישבו בדיון, בין שנמנו עם דעת הרוב, ובין שנמנו עם דעת המיעוט. כפי שציין השופט טירקל בחוות דעתו בפרשת "קלפי המיקוח", תהליך פרשני אינו מבוצע ב"מעבדה משפטית". נראה כי בשני המקרים שתוארו, שקלו השופטים מגוון שיקולים הקשורים לערכי היסוד של המדינה, למדיניות המשפטית הראויה, להשפעת הפסיקה על ביטחון הציבור ולסבל הקשה מנשוא שמתמודדות עימו משפחות החטופים והנעדרים.

בתור אדם הנמנה עם קהילת השופטים, דומני כי מעבר להכרעות השיפוטיות המורכבות, יש בתהליך שעבר הנשיא ברק בפרשת "קלפי המיקוח", כפי ששוקף לקורא פסק הדין בצורה גלויה ויוצאת דופן, כדי להאיר את דרכנו. שופט הוא בשר ודם אשר נדרש מדי יום לקבל החלטות מורכבות בעניינם של בני אדם כמותו. תהליך קבלת ההחלטות, מיטבי ככל שיהיה, אינו יוצר חסינות מפני טעויות. שופט העושה מלאכתו נאמנה, הוא שופט שנכנס לאולם הדיונים ובאמתחתו ידע, יכולת הקשבה, פתיחות להשתכנע וידיעה ברורה כי גם הוא עלול לטעות בפסיקתו. הינה כי כן, בית המשפט העליון נדרש לשאלה פרשנית כבדת משקל העוסקת באפשרות להחזיק אנשי חיזבאללה בתור "קלפי מיקוח", ומצא עצמו מוציא תחת ידו פסק דין שיש בו כדי ללמד את שופטי ישראל שיעור חשוב בצניעות המתחייבת מן התפקיד השיפוטי.

# פקודה בלתי חוקית בעליל: על חובת הציות ופרשת כפר קאסם

מר/3/57 תובע צבאי נ' מלינקי, פס"מ יז 90 (1958)  
ע/279/58 עופר נ' התובע הצבאי, פ"ע מד 362 (1959)

## אהרון משניות

"היום ב־29 באוקטובר 1956 החל כיום שגרתי בכפר קאסם, יישוב ערבי ישראלי קטן במשולש, אזור רגיש במיוחד בגבול ישראל-ירדן. עלי סאלם סרסור, שהחל לבקר בבית הספר היסודי כחודש קודם, ביקש מאמו שתקנה לו מחברת בשוּבָה ממקום עבודתה, והיא הסכימה. אולם עלי מעולם לא קיבל את המחברת". כך כתב ההיסטוריון הצבאי פרופ' דני אורבך, שחקר את הטבח שהתרחש בכפר קאסם,<sup>1</sup> מונח שנטבע כבר בפסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי ששפט את הנאשמים בפרשה (מר/3/57 תובע צבאי נ' מלינקי, פס"מ יז 90 (1958)).

אכן, אותו יום החל כיום של שגרה, ולא היה בו שום דבר חריג שהיה יכול לרמז על האסון הנורא שיפקוד את תושבי כפר קאסם בהמשכו. אומנם מאז קום המדינה היו תושבי כפר קאסם, כמו חלק ניכר מהאוכלוסייה הערבית, בעיקר הכפרית, נתונים תחת ממשל צבאי (זה בוטל רק בשנת 1966), ובמסגרתו הוטל גם עוצר לילה על האוכלוסייה. אבל ככלל המדיניות הייתה לאפשר לתושבים להמשיך בעבודתם ובמהלך חייהם הרגיל ללא הפרעה וללא פגיעה. מדיניות זו של המשך השגרה נהגה גם באותו יום, בהחלטת שר הביטחון, אף שבדרום הארץ החל באותו יום מבצע צבאי גדול – מבצע "קדש".

אלוף פיקוד המרכז הודיע בבוקרו של אותו יום למפקדי החטיבות שבפיקודו על החלטת שר הביטחון, אבל הוסיף כי הבטחת הפעולה בדרום מחייבת שמירה מוחלטת על השקט בגזרה הירדנית. דרישה זו של אלוף הפיקוד לא באה בחלל ריק, שכן 19 יום קודם לכן, ביום 10 באוקטובר, נערכה באותה גזרה פעולת תגמול גדולה של ישראל נגד משטרת קלקיליה בעקבות התגברות פעולות הטרור מהצד הירדני. בפעולה נהרגו 88 חיילים של הלגיון הירדני ו־18 חיילי צה"ל.

לאחר שקיבל את הודעת האלוף, ביקש מפקד חטיבה 17, אל"ם יששכר שדמי, מאלוף הפיקוד לאפשר לו להרחיב את שעות עוצר הלילה משיקולים מבצעיים, והאלוף קיבל את

1 דני אורבך "מבחן הדגל השחור" זמנים 127, 90, 92 (2014).

בקשתו. בעקבות זאת הורה שדמי למג"ד של כוח משמר הגבול, רס"ן שמואל מלינקי, שהיה נתון לפיקודו, להטיל עוצר על הכפרים שבגזרתו בשעות 17:00 ועד 6:00 ביום המחרת, ולנקוט יד חזקה כלפי מפירי העוצר, "לא ע"י מעצרים, אלא ע"י פתיחה באש" כלשונו.

הודעה על הקדמת העוצר נמסרה למוכתר של כפר קאסם סמוך לשעה 16:30, כחצי שעה לפני תחילת העוצר, ולא היה אפשר להודיע על כך לעשרות רבות מתושבי הכפר שטרם שבו לבתיהם משדותיהם או ממקומות עבודתם. חרף זאת את ההוראה של המח"ט שדמי ביצע בקפדנות יתרה המג"ד מלינקי. האזרחים שנמצאו בחוץ לאחר תחילת העוצר נורו למוות בידי לוחמי מג"ב, שצייטו לפקודות שניתנו להם. פסק הדין מתאר במילים ספורות, מצמיטות בפשטותן, את מה שהתרחש בכפר לאחר תחילת העוצר: בתוך שעת העוצר הראשונה נהרגו בכפר קאסם 47 אזרחים ונפצעו קשה כמה אזרחים נוספים. ילד בן 6 נהרג במרכז הכפר; 3 אזרחים נהרגו בצפון הכפר; 43 נהרגו במבוא המערבי (עמ' 105).

דבר קיומו של האירוע הקשה הוסתר תחילה מידיעת הציבור. שלושה ימים לאחר האירוע, ביום 1.11.1956, מינה בן-גוריון ועדת חקירה חיצונית בראשות הנשיא התורן של בית המשפט המחוזי בחיפה בנימין זהר. כעבור חמישה ימים זו הגישה את המלצתה להעמיד לדין את המג"ד וכמה מפקדיו. ימים אחדים לאחר מכן, ביום 11.11.1956, קיבלה הממשלה דיווח על האירוע, אשר פרטיו החלו לחלחל קמעה קמעה לידיעת הציבור.

המשורר נתן אלתרמן מתח ביקורת נוקבת על התנהלות הממשלה בפרשה בשירו "תחום המשלש", שפרסם בטור השביעי בעיתון דבר ביום 7.12.1956. בלי למסור את פרטי האירוע שנאסרו לפרסום, הוא כתב על "מעשה מחריד... נבלה שנעשתה בישראל... מקרה כזה שנתחולל לתועבה". זה הראשון מבין ארבעה טורים שהקדיש אלתרמן לפרשה על גלגוליה השונים. כמה ימים לאחר פרסום הטור, ביום 12.12.1956, מסר בן-גוריון הודעה לכנסת, אשר בה התייחס ל"מאורע-זוועה מחריד שקרה בתוכנו"<sup>2</sup>. רק בהמשך התפרסמו פרטים נוספים, והתגלה גודל הזוועה.

בסופו של דבר הוגש כתב אישום חמור נגד 11 מפקדים וחיילים שהיו מעורבים באירוע, ובו הואשמו כל הנאשמים בעבירה החמורה מבין עבירות ההמתה: עבירת הרצח. בשל קשיים ראייתיים המשפט עסק רק במותם של 43 האזרחים במבוא המערבי של הכפר, והנאשמים זוכו, בהסכמת התביעה, מהעבירות שיוחסו להם בעקבות מותם של ארבעת ההרוגים הנוספים. בסופו של דבר רס"ן מלינקי ואחד ממפקדי המחלקות, סגן גבריאל דהאן, הורשעו ברצח כל 43 ההרוגים, טר"ש שלום עופר הורשע ברצח 41 מההרוגים, חמישה נאשמים נוספים הורשעו ברצח חלק קטן יותר מההרוגים, ושלושת הנאשמים הנותרים זוכו מחמת הספק.

בית הדין הצבאי המחוזי בהרכב בראשות השופט אל"ם בנימין הלוי קבע כי החיילים שקיבלו את הפקודה לירות באזרחים הלא חמושים, לא רק שלא היו חייבים לציית לה, אלא

2 השיר פורסם בספר הטור השביעי ספר שני 355 (1972), ודברי בן-גוריון הובאו בהשלמות שם, בעמ' 559.

שהיו חייבים לסרב לה. זאת מאחר שאין מדובר בפקודה בלתי חוקית "סתם" אלא ב"פקודה בלתי חוקית בעליל". דומה כי הדבר הזכור יותר מכול מפרשה עגומה זו ומפסק הדין שניתן בעקבותיה, הוא מבחן הדגל השחור שנועד להגדיר מהי פקודה בלתי חוקית בעליל, שחובה לסרב לה: "סימן היכרה של פקודה 'בלתי חוקית בעליל' – מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה, ככתובת אזהרה האומרת: 'אסור!' לא אי חוקיות פורמלית, נסתרת, או נסתרת למחצה, לא אי חוקיות המתגלה רק לעיני חכמי משפט חשובה כאן, אלא: הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או המעשים שהפקודה מצווה לעשותם, אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עוורת והלב אינו אטום או מושחת" (בעמ' 213-214).

חשוב להביא במקורם גם את הדברים המתייחסים ליישום המבחן לעניין פגיעה באוכלוסייה אזרחית חפה מפשע: "אין אדם, ובכלל זה איש צבא או משטרה, רשאי להרוג או לצוות להרוג אדם, אלא במקרים היוצאים מן הכלל המוגדרים בחוק (הכתוב והבלתי כתוב). אין שום חוק בעולם המרשה להרוג 'מפירי עוצר' סתם, ואין צריך לומר חוזרים הנקלעים לשטח העוצר ללא כל כוונה להפירו... ברור הוא כי אכן פתיחה באש על מנת לפגוע בבני אדם יכולה להיות רק בחינת 'אמצעי אחרון', שאין להשתמש בו אלא במקרה ששום אמצעי אחר לא יספיק כדי לקיים את העוצר החוקי" (עמ' 181).

יש להודות: המסר הערכי של פסק הדין הוא ברור, וכך גם יישום הדברים במקרה של כפר קאסם. עם זאת, אי אפשר להתעלם מכך שעשויים להיות מקרים שבהם ההחלטה בנושא הציות הניצבת בפני חייל בשעת לחימה, עלולה להיות מורכבת יותר.

היטיב לתאר את הבעיה השופט יהודה כהן, לימים שופט בבית המשפט העליון, שהחזיק בדעת מיעוט בפסק הדין לא בנוגע לתוצאה הסופית, אלא רק בנוגע לחלק מהנימוקים (מה שמכונה באופן מדויק יותר "דעת יחיד"). וכך כתב: "והאם יתכן לדרוש מחייל בדרגה נמוכה כי יעמוד וישקול את השיקולים הללו, כשכל החנוך וההכשרה שקיבל בעבר דוחפים אותו לציות לפקודות ומראש הוא מוכן לציית לפקודה של מפקדו שהוא סומך עליו... (עמ' 250-251).

הנאשמים ערערו על הרשעתם לבית הדין הצבאי לערעורים (ע/279/58 עופר נ' התובע הצבאי, פ"ע מד 362 (1959)), וזה דן בערעורים בהרכב מורחב של חמישה שופטים בראשות השופט אל"ם משה לנדוי, לימים נשיא בית המשפט העליון. בפסק הדין נדחו הערעורים על הכרעת הדין אבל הוחלט להקל מעט בעונשי המאסר שנגזרו על המערערים: העונש של המג"ד מלינקי קוצר מ-17 ל-14 שנות מאסר, העונשים של עופר ודהאן קוצרו מ-15 ל-10 שנות מאסר, והעונשים של שאר המערערים קוצרו מ-7 ל-3 שנות מאסר.

אבל זו אינה התמונה כולה. בעקבות קביעת בית הדין המחוזי כי הפקודה שנתן המח"ט שדמי הייתה בלתי חוקית בעליל, הוגש כתב אישום גם נגדו, ובו יוחסו לו עבירות של רצח וחריגה מסמכות. בחודש פברואר 1959 הוא זוכה מעבירת הרצח והורשע רק בעבירה של חריגה מסמכות. דינו נגזר לקנס של עשר פרוטות בלבד. במקביל, מלינקי, דהאן ועופר לא נשאו אפילו

את העונש המופחת שנגזר עליהם, ועונשם הומתק. בסופו של דבר עופר ריצה עונש של שלוש שנות מאסר בלבד, ואילו דהאן ומלינקי ריצו רק 40 חודשי מאסר. הטעם נותר מר.

ההלכה שנקבעה בעניין מלינקי, אף שלא נקבעה בבית המשפט העליון, מגדירה את המצב המשפטי בנושא של ציית לפקודות. אפשר להצטער על כך שהיא נותרה הלכה פסוקה ולא זכתה לעיגון חקיקתי מפורש. אומנם סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ז-1955, קובע פטור מאחריות פלילית לחייל שלא ציית לפקודה בלתי חוקית, אבל אין בו התייחסות ישירה לאיסור לציית לפקודה בלתי חוקית בעליל. עם זאת, איסור כזה משתמע מחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר קובע בסעיף 34ג את הגנת הצידוק המקנה פטור מאחריות פלילית למי שציית לפקודה או צו של רשות מוסמכת, "זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין". כלומר, מי שמציית לפקודה בלתי חוקית בעליל, נושא באחריות פלילית למעשיו, ומכאן שאסור לציית לפקודה כזו.

וכעת נשאלת השאלה החשובה מכולן: כיצד אפשר ליישם הלכה למעשה את העקרונות החשובים שנקבעו בעניין מלינקי? כיצד יוכל חייל שקיבל פקודה שנראית תמוהה בעיניו, להחליט אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל, שלא רק שאין חובה עליו לבצעה, אלא גם אסור לו לבצעה? מענה מסוים לשאלה זו אפשר למצוא בדברים שכתב פרופ' שלמה אבינרי במאמר שבו התייחס גם לפרשת כפר קאסם.<sup>3</sup>

אבינרי עמד במאמרו על הקושי בקביעת מבחן סובייקטיבי להגדרת גבולות הציית בחברה מקוטבת כמו החברה הישראלית, שבה כל צד יבקש להגן על זכותו לסרב פקודה בהתאם להשקפת עולמו הפוליטית. לכן אין מנוס מהחובה לציית לחוק. ובכל זאת קיימות מגבלות לחובת הציית גם במדינה דמוקרטית, "והן נוסחו דווקא על-ידי הפסיקה הישראלית שנתנה לנו דוגמה... למקרה שבו לא רק אין להישמע לפקודה במדינה דמוקרטית אלא קיימת אפילו חובה לסרב לציית לה. אולי ייפלא הדבר, אך הלכה זו נפסקה דווקא במסגרת מערכת השיפוט הצבאית – אולי המקום האחרון שיש מי שהיה מצפה למצוא בו הכרעות עקרוניות בשאלות מוסר" (עמ' 176-177).

לדעת אבינרי, החידוש בפסק הדין של בית הדין המחוזי הוא בכך שהוא הכניס "לפסיקה הישראלית עקרונות ששורשיהם ביסודו של 'משפט הטבע'... הקלאסי במשמעותו הפילוסופית", וניסה "לקבוע מכנה משותף אנושי שיהא מקובל על הכול עד כדי כך, שברור יהיה בעליל לכל אדם וכל חייל ששום פקודה אינה יכולה להינתן בניגוד לו, ואם קיימת פקודה הנוגדת עיקרון יסודי זה, הרי הפקודה היא במפורש בלתי-חוקית, אסור להישמע לה וחובה להפר אותה" (עמ' 180). לדבריו, אין מדובר "במצפון האינדיבידואלי שאין לו אפטרופוס ואין לו שיעור ומידה והוא שונה מאיש לאיש – אלא בהנחות הנורמטיביות הכלליות, המקובלות על הכול... אין צורך להזדקק לפלפולים לוגיים ולמסכתאות מלומדות של פילוסופיה מדינית. כל הדיוט ביני ומבין את העניין (וחקירת הנאשמים במשפט כפר קאסם אכן הוכיחה זאת)" (עמ' 181).

3 שלמה אבינרי "ציית ודמוקרטיה" אי-ציית ודמוקרטיה 165 (יהושע ויינשטיין עורך 1998).

מנקודת מבט רחבה אף יותר, הדברים הללו בדבר קיום נורמת־על מוסרית, שנאמרו על פקודות שניתנות במסגרת הצבאית בנוגע להוראות הפתיחה באש שבהן דן פסק הדין בעניין מלינקי, עשויים להיות נכונים גם למסגרות אחרות שבהן מתקיימים יחסי מרות בין בעל סמכות למי שהכפיף עצמו לסמכותו.

למעשה, אותו עקרון־על אוניברסלי של "משפט הטבע" מוכר גם בהגות היהודית בכינוי אחר שהוא אולי מדויק יותר: "המוסר הטבעי". וכך באו הדברים לידי ביטוי בדבריו של אחד מגדולי הוגי הדעות היהודים בדורות האחרונים, הראי"ה קוק זצ"ל: "אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה. סימן ליראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי, הנטוע בטבע הישר של האדם, הולך ועולה על פיה במעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדה".<sup>4</sup>

המשמעות היא אותה משמעות, בין שנכנה אותה "משפט הטבע" ובין שנכנה אותה "המוסר הטבעי", לאמור: קיימת נורמת־על ערכית־מוסרית־מצפונית בעלת תחולה אוניברסלית אשר כל בעל מצפון כפוף לה, ומכוחה אסור לכל אדם לבצע מעשים שהם בלתי חוקיים או בלתי מוסריים "בעליל", היינו באופן ברור, מובהק וחד־משמעי. זאת גם אם קיבל פקודה או הוראה מבעל סמכות לבצע את אותם מעשים.

ובחזרה להקשר הצבאי: מאחר שמדובר במצב חריג ביותר שבו חייל שמחויב למלא פקודה על פי דין נדרש לעבור על החוק ולא לבצע את הפקודה שניתנה לו, וגם עלול לעמוד לדין אם לא יעשה כן, נראה כי יש להפעיל את מבחן הדגל השחור רק בנסיבות חריגות ביותר. בה במידה, יש מצבים שבהם הנפתו נדרשת, כפי שניתן ללמוד למשל מעניינו של יהודה מאיר – קצין בכיר בדרגת אל"ם שהורה להכות באלות קבוצה של פלסטינים שנעצרו בחשד להפרות סדר. בשונה משדמי, הוא הורשע בעבירות של חבלה בנסיבות מחמירות והתנהגות שאינה הולמת והורד לדרגת טוראי.

במבט היסטורי רחב יותר, פרשת כפר קאסם משתלבת בהתפתחויות שחלו גם בזירה הבינלאומית באותן שנים, ובכלל זה דחיית הטענות של ציות לפקודות מגבוה במשפטי נירנברג. לא למותר לציין כי בהרכב שדן במשפט אייכמן<sup>5</sup> ישבו שניים מהשופטים שישבו בדין בפרשת כפר קאסם: השופטים משה לנדוי ובנימין הלוי. לכן אין פלא שבית המשפט ציטט בהתייחסותו לטענה בדבר ציות לפקודות, מהדברים שנאמרו בנושא זה בפסקי הדין בעניין כפר קאסם, גם בערכאה ראשונה וגם בערכאת הערעור, אשר חידדו את ההבחנה שבין פקודה בלתי חוקית "סתם", שאין חובה לציית לה, לפקודה בלתי חוקית "בעליל", שאסור לציית לה.

4 אורות הקודש, כרך שלישי, ראש דבר, פסקה יא.

5 ראו רשימתה של תמר בר־אשר בספר זה, עמ' 873.

## חנינה לפני משפט? פרשת קו 300 ולקחיה

בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פד מ(3) 505 (1986)

### שי יניב

מיום הקמתה מושתתת מדינת ישראל על ערכי הדמוקרטיה ושלטון החוק. בה בעת, על מדינת ישראל לעמוד על נפשה במציאות יום-יומית של אתגרים ביטחוניים כבדי משקל. במדינת ישראל מציאת נקודת האיזון בין ערכי היסוד של זכויות אדם לצורכי הביטחון אינה שאלה עיונית. למרבה הצער, אלה הם חיי המעשה. עוצמתה המוסרית של המדינה נבחנת בהקפדתה על שלטון החוק אף בעת לחימה. על רקע האמור פרשת קו 300 היא נקודת ציון שונה וייחודית. המונח "פרשת קו 300" הפך במהלך השנים למטבע לשון המתאר כשל מערכתי. ההיבטים הביטחוניים של הפרשה הוליכו להחלטה יוצאת דופן של נשיא המדינה להעניק חנינה למעורבים בפרשה עוד בטרם נפתחה חקירה שעליה הורה היועץ המשפטי לממשלה. מה הייתה פרשת קו 300? כיצד התגלגלה לפתחו של בית המשפט העליון? מה פסק בית המשפט? ומהם לקחי הפרשה?

ביום 12 באפריל 1984 בשעת ערב עשה אוטובוס קו 300 את דרכו מתל אביב לאשקלון. במהלך הדרך נחטף האוטובוס על נוסעיו בידי ארבעה מחבלים. האוטובוס נעצר בידי כוחות הביטחון ברצועת עזה בקרבת דיר אל-בלח. למוחרת עם שחר יחידה מובחרת של צה"ל פרצה לאוטובוס. במהלך ההסתערות נהרגו אחת הנוסעות, החיילת אירית פורטוגו ז"ל, ושניים מהמחבלים. שני המחבלים הנוספים הורדו מהאוטובוס בעודם חיים. שעות אחדות לאחר מכן הם הובאו לבית החולים באשקלון מתים. תחילה נמסר שכל המחבלים נהרגו בעת ההסתערות. אך הורדת המחבלים מהאוטובוס בעודם בחיים נודעה ברבים לאחר שבתצלום של אלכס ליבק שפורסם בעיתון "חדשות", נראה אחד המחבלים חי לאחר ההשתלטות עליו. בעקבות זאת קמה סערה ציבורית בדרישה לחקור כיצד נהרגו המחבלים. תחילה הקים שר הביטחון ועדת חקירה שבראשה עמד האלוף במילואים מאיר זורע. בידי ועדת זורע לא עלה לברר מי הורה על הריגת המחבלים. לפיכך היועץ המשפטי לממשלה, פרופ' יצחק זמיר, הורה על הקמת ועדה נוספת בראשות פרקליט המדינה, יונה בלטמן. אף בידי ועדה זו לא עלה להשיב מי גרם למות המחבלים. אך כיוון שהתברר שבשלב מסוים תת אלוף יצחק מרדכי היכה את המחבלים, המליצה הוועדה על העמדתו לדין משמעתי בגין גרימת חבלה. תת אלוף מרדכי זוכה בהליך המשמעתי לאחר שנקבע כי פגיעתו במחבלים הייתה בדקות הראשונות של החקירה, נועדה



לקבלת מידע חיוני ולא הייתה בלתי סבירה. במקביל, אהוד יתום, ראש אגף המבצעים בשב"כ, שהודה שסטר לאחד המחבלים, ננזף.

שנתיים לאחר מכן, בפברואר 1986, חלה תפנית דרמטית בפרשה. השתלשלות האירועים נחשפה בידי שלושה בכירים בשירות הביטחון הכללי: ראובן חזק, רפי מלכא ופולג ורדי, שפנו ליועץ המשפטי לממשלה. התברר שלאחר שהמחבלים נחקרו בשטח, הורה ראש השב"כ, אברהם שלום, להרוג את המחבלים, ואנשי השב"כ עשו זאת. כמו כן הסתבר שאחד מחברי ועדת זורע, איש שב"כ בשם יוסי גנוסר, נפגש מדי ערב עם אנשי השב"כ, דיווח על העדויות שנשמעו והשתתף בתדרוך העדים שהופיעו למחרת לפני הוועדה ואשר מסרו עדויות שאינן אמת. מהלך בידוי הראיות חזר על עצמו בדיוני ועדת בלטמן. נוכח חומרת הדברים, היועץ המשפטי לממשלה, פרופ' יצחק זמיר, שהיה בשלהי כהונתו, הורה על פתיחה בחקירה. הדבר היה לצנינים בעיני ראש הממשלה ובכירי השרים, שהיו משוכנעים שחקירה תזיק באורח בלתי ניתן לתיקון לשב"כ ותעלה בדם חפים מפשע. הממשלה מיהרה לסיים את כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה והוא הוחלף בשופט יוסף חריש. עם כניסתו לתפקידו הודיע היועץ המשפטי הנכנס שימשיך את החקירה שעליה הורה קודמו. ברם סמוך לאחר מכן הועלה הרעיון שנשיא המדינה יעניק חנינה לאנשי השב"כ המעורבים. ביסוד היוזמה עמד החשש שהמשך הטיפול המשפטי בפרשה יפגע בתפקוד השב"כ וביכולתו למנוע פיגועים באותם ימים קשים של מלחמה בטרור. ראש הממשלה אימץ את הרעיון. היועץ המשפטי לממשלה אישר את המהלך. לאחר שכל אחד מאנשי השב"כ המעורבים הודה בכתב שעבר עבירות פליליות וראש השב"כ התחייב לפרוש מייד מהשירות, נשיא המדינה חיים הרצוג העניק חנינה למעורבים בפרשה "מתוך הכרה עמוקה שטובת הציבור וטובת המדינה מחייבים להגן על בטחוננו ולהציל את שרות הבטחון הכללי מן הנזק הכרוך בהמשך הפרשה".

החלטת החנינה הובילה להגשת עתירות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בידי כמה וכמה עותרים מקרב הציבור: חברי כנסת ממפלגת "ר"צ – התנועה לזכויות האזרח ולשלום", עורכי דין ותריסר מרצים למשפטים, שטענו כי מדובר בפגיעה קשה בשלטון החוק.<sup>1</sup> העותרים טענו שהנשיא מוסמך להעניק חנינה רק לאחר הרשעה בידי ערכאה שיפוטית, אך אין בסמכותו להעניק חנינה לאלה שכלל לא הוגש נגדם כתב אישום. העתירות נדחו בדעת רוב של נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר והמשנה לנשיא מרים בן-פורת מול דעתו החולקת של השופט אהרן ברק (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פד מ(3) 505 (1986)).

הדילמה המשפטית-ערכית שעמדה להכרעת בית המשפט העליון הוליכה להצגת שלוש נקודות מבט, של כל אחד מהשופטים. שלושת השופטים היו ערים לסערה הציבורית שעוררה הפרשה, וכל אחד מהם הקפיד להדגיש שבית המשפט מצווה לנתק עצמו מהסערה המתחוללת

1 לאחר מתן פסק הדין שדחה את העתירות, פרסם אחד העותרים, פרופ' מרדכי קרמיניצר, מאמר ביקורת. לפי תיאורו, הפרשה הייתה אירוע שבו "השלטון בישראל קרא... תיגר על שלטון החוק", וכתב כי הפנייה לנשיא המדינה להעניק חנינה היא "חסימת החוק בשערי שירות הביטחון הכללי". מרדכי קרמיניצר "חנינת השב"כ – האם עמד בית המשפט הגבוה לצדק במבחן?" עיוני משפט יב 595, 618 (1987).

ולתמקד באמות המידה המשפטיות, בערכי היסוד של שיטתנו המשפטית וב"אני מאמין" של חיינו הממלכתיים והיותנו מדינה דמוקרטית. חובתו של בית המשפט היא לנקוט עמדה גם במחלוקות המפלגות את הציבור, ופסיקתו היא המחייבת.

הנשיא שמגר בחן את הדברים תוך הטעמת חשיבות עקרונות משפט פורמליים. את שאלת סמכות נשיא המדינה לחון אדם שעבר עבירה אך טרם הורשע, בחן הנשיא שמגר בשלושה מישורים: בחינת לשון ההוראה המקנה את הסמכות; בחינת הטענה שהסמכות נתבטלה בשל קיומן של סמכויות שהוענקו בדין לגורמים אחרים, ובראשן סמכות היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים; ולבסוף, בחינה מהותית-חוקתית של סמכות החנינה. נקודת המוצא לדין הייתה סמכות נשיא המדינה המעוגנת בסעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה, "לחון עבריינים ולהקל בעונשים על ידי הפחתתם או המרתם". הנשיא שמגר ביאר שנוכח פסיקה קודמת של בית המשפט העליון מוקנית לנשיא המדינה הסמכות להעניק חנינה גם לפני הרשעה. השימוש במונחים "עבירה" ו"עבריינים" יכול שיפנה אל המעשה או אל החשוד בביצוע עבירה, ולאוו דווקא להרשעה בבית משפט. אשר לקיומה של חקיקה המעניקה סמכות ליועץ המשפטי לממשלה, הרי שאין בה לבטל קיומה של סמכות חוקתית שבידי נשיא המדינה. אין מבטלים סמכות חוקתית אלא במעשה חקיקה מפורש. לגוף הסמכות, לנשיא המדינה הוענקה המתכונת הרחבה ביותר של סמכות חנינה, והנשיא פעל במסגרתה. במישור הערכי הנשיא שמגר הטעים שגם הביטחון הלאומי נשען על שלטון החוק. שלטון החוק, האינטרס הציבורי והגישה הממלכתית הם מושגים התומכים זה בזה. אלא שנשיא המדינה פעל במסגרת החוק ובסמכותו. הנשיא שמגר לא שלל עיון מחדש בסמכות החנינה, אך הדבר יכול להיעשות רק לאחר דיון שיעוגן בחקיקה. להשקפתו, כרסום בסמכות החנינה בשל אירוע קונקרטי אינו מחזק את שלטון החוק אלא מחלישו. על רקע האמור מסקנת הנשיא שמגר הייתה שהחלטת החנינה ניתנה במסגרת סמכותו הפורמלית של נשיא המדינה, וכי מוצדק שסמכות זו תיושם רק בנסיבות שבהן צפוי נזק כבד שאין לו פתרון סביר אחר. לשיטתו, אכן היה מדובר בנסיבות חריגות לחלוטין, שבהן עלה אינטרס ציבורי עליון אשר הצדיק התערבות מוקדמת בדרך של חנינה.

אף המשנה לנשיא בן-פורת סברה שבמקרה נדיר אפשר שתהיה מוצדקת נקיטת החנינה-טרם-משפט כדי להגן על אינטרס ציבורי חיוני. להשקפתה, מסקנה זו עולה בקנה אחד עם דוח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962), הידוע גם בכינוי דוח ועדת אגרנט, שבו נקבע ש"בתנאים מסוימים, עשוי ענין שיש לו ערך בטחוני, מדיני או ציבורי לחייב שלא להגיש את ההאשמה הפלילית". לפיכך, לשיטת המשנה לנשיא בן-פורת, כאשר היועץ המשפטי סבור שיש לנקוט הליך פלילי, אפשרי מסלול של חנינה בידי נשיא המדינה. המשנה לנשיא הדגישה את הרלוונטיות של שיקולי ביטחון במארג השיקולים תוך היקש מהדין לגבי ראיות חסויות. אשר לראיה חסויה, מורה הדין שיש לגלותה אם שופט של בית המשפט העליון קבע שהצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה. במקרה כזה קיימת עדיין האפשרות שלנוכח עמדת גורמי הביטחון בדבר שיעור הנזק הם יעדיפו לא להציג את

הראיה, והנאשם יזוכה. כך גם בענייננו לא מן הנמנע שהנאשם ביצע את המעשה שהמדינה ייחסה לו, אך ביטחון המדינה מכריע את הכף כנגד העמדתו לדין. המשנה לנשיא בן-פורת ציינה עוד: "ורצוי היה להגיע למצב האופטימאלי, בו החוק והשמירה על הביטחון ידורו בכפיפה אחת. אך אל לנו כשופטים, שבתוך עמנו ונו יושבים, לשגות באשליות, והמקרה הנוכחי יוכיח!" (עמ' 580). לפיכך יש לראות בנשיא המדינה בעל סמכות שיורית להעניק חנינה בנסיבות חריגות אלה, והיא תופעל באורח נדיר ביותר. כך היה למעלה מ-35 שנים עד לפרשת קו 300, וזו ערובה לכך שכך יהיה גם בעתיד. לצד עמדתה שלפיה נשיא המדינה פעל במסגרת סמכותו, עמדה המשנה לנשיא על חומרתן הרבה של העבירות, אשר מחייבות בדק בית יסודי בשירות הביטחון. שונה הייתה השקפת השופט ברק בדעת מיעוט. השופט ברק סבר כי החנינה שהעניק נשיא המדינה לראש השב"כ ולשלושה מעוזריו בטלה, שכן הנשיא פעל ללא סמכות. לשיטתו, אין לנשיא המדינה סמכות לחון בטרם הרשעה. הקביעות בפסיקת בית המשפט העליון שסמכות כאמור קיימת היו אמרות אגב בלבד, שאינן מחייבות. בהנמקתו הדגיש השופט ברק עקרונות משפט מהותיים. לתפיסתו, את סמכות נשיא המדינה "לחון עבריינים" יש לפרש על רקע מכלול הסמכויות השלטוניות המרכיבות את מוסדות השלטון. המבנה החוקתי הראוי אינו שהמשטרה חוקרת, התביעה תובעת, בית המשפט שופט, ואילו הנשיא מוסמך להתערב בכל אחד משלבים אלו. לפיכך הפירוש הראוי הוא שסמכות הנשיא להעניק חנינה תופעל רק לאחר שהרשויות האחרות סיימו את תפקידן. נשיא המדינה הוא גורם חיצוני להליך הפלילי. מתן חנינה במהלך המשפט עלול להיראות כהתערבות בלתי ראויה בתחום האחריות של בית המשפט. אף אם יודה מבקש החנינה בביצוע עבירה, אין בכך דבר, שכן כל עוד אין הרשעה הוא בחזקת זכאי. השופט ברק הטעים שבמרכז הדיון ניצבת שאלה מרכזית של שלטון החוק, של שוויון בפני החוק ושל השלטת החוק על מרכזי הכוח העיקריים במדינה. כמו כן ראוי לזכור שסמכות היועץ המשפטי לממשלה ואחריותו הן שלא להסתפק בבחינת שיקולי משפט. עליו לשקול שיקולים כלליים, ובכלל זה שיקולים של ביטחון ומדיניות חוץ, כפי שבואר בדוח ועדת אגרנט. הגם שייטכנו מקרים יוצאי דופן שבהם האמצעי של חנינה-טרם-הרשעה הוא היעיל ביותר, אין בכך להכריע את הכף. בפן המהותי מתחייב שוויון בהפעלת החוק. שיקולי הביטחון אינם מחייבים תוצאה אחרת, שכן אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי. כוחו של שירות הביטחון הכללי באמון הציבור בו ובאמון של בית המשפט בו.

וכך באה החנינה לעולם. היא לוותה בחילוקי דעות. עם זאת, תפיסת העולם ששלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי אומצה לא רק בידי בעל דעת המיעוט, השופט ברק, אלא גם בפסק הדין של הנשיא שמגר, אשר אישר את החנינה. מאז פרשת השב"כ לא היה מקרה נוסף של חנינה לפני נקיטת הליך פלילי. ללמדנו שדובר באירוע יוצא דופן במהותו, אשר הוביל את נשיא המדינה למהלך שלהשקפתו מנע נזק בלתי הפיך לשירותי הביטחון ולביטחונה של מדינת ישראל.

פרשת קו 300 הרעידה את אמות הסיפים וערערה את האמון בעדויות חוקרי שירות הביטחון הכללי. בסמוך לאחר מכן, בשנת 1987, בית המשפט העליון בהרכב בראשות הנשיא

מאיר שמגר זיכה את סגן עיזאת נאפסו ששנים אחדות קודם לכן הורשע בעבירות חמורות ושבגינן הושתו עליו 18 שנות מאסר (ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631 (1987)). זאת לאחר שהפרקליט הצבאי הראשי מסר לבית המשפט העליון שהתגלו עדויות וראיות חדשות שלפיהן יש אמת במרבית טענות נאפסו באשר ללחצים שהופעלו עליו להודות בחקירה, אשר הוכחשו תחילה בידי חוקרי השב"כ בעדויותיהם במשפטו. פסקי הדין של בית הדין הצבאי המיוחד ובית הדין הצבאי לערעורים בעניינו של סגן נאפסו בוטלו. בסופו של דבר הוא הורשע בעבירה אחת של חריגה מסמכות עד כדי סיכון ביטחון המדינה, לפי סעיף 73 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ובוטלה הרשעתו בעבירות חמורות ביותר ובהן בגידה, ריגול חמור וסיוע לאויב במלחמה. בהתאמה, עונשו הועמד על 24 חודשי מאסר בפועל בלבד.

משנחשפו שיטות החקירה הפסולות, כמו גם עדויות השקר של חוקרי השב"כ בבית הדין הצבאי בפרשת נאפסו, קבע הנשיא שמגר שמתחייבת "נקיטתם של צעדים החלטיים" (בעמ' 636) כדי לשרש את התופעה. הדברים נוספו לחשיפה הקודמת על עדויות השקר בפרשת קו 300. בשלב זה החליטה ממשלת ישראל על הקמת ועדת חקירה לעניין שיטות החקירה ונוהלי החקירה של השב"כ בנושאי פעילות חבלנית עוינת ומתן עדות בבית המשפט בקשר לחקירות אלה. בראש הוועדה עמד נשיא בית המשפט העליון לשעבר משה לנדוי. ועדת לנדוי שמעה עדויות ונתנה דעתה, בין היתר, להתרחשויות בפרשת קו 300 ובפרשת נאפסו. ועדת לנדוי הבהירה שעשייה ביטחונית חשובה ככל שתהא, אינה יכולה להעמיד את עושייה מעל החוק. נוהלי החקירות צריכים להתאים לצרכים הייחודיים של המאבק במחבלים ובשולחיהם, אך יש לבצעם בהתאם לערכי חוק ומוסר, שהם תנאי למדינה מתוקנת.<sup>3</sup> לפיכך החוק חייב להבטיח מסגרת ראויה לפעילות שירות הביטחון, תוך מענה לדילמות הייחודיות המאפיינות את פעילותו. על רקע זה נחקק חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.<sup>4</sup>

2 ההליכים בבתי הדין הצבאיים שקדמו לכך היו מ/3/80 התובע הצבאי הראשי נ' נאפסו (1982); ע/202/82 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי (29.6.1986).

3 לימים המסקנות של ועדת לנדוי באשר לשיטות החקירה של השב"כ נדונו בפסיקה של בית המשפט העליון, אשר אימצה גישה מחמירה יותר בכל הנוגע למגבלות החלות על שימוש בכוח בחקירות ביטחוניות. בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999), הנדון ברשימתו של חנן מלצר בספר זה, עמ' 631.

4 לפרשת קו 300 ולפרשת נאפסו היו השלכות נוספות במישור האישי. הבולטת שבהן היא החלטת בית המשפט העליון לבטל את המינוי של יוסי גנוסר למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון. כפי שצוין, גנוסר היה חבר בוועדת זורע ופעל לבידוי ראיות. נוסף על כך, גנוסר היה ראש צוות החקירה של נאפסו. בבטלו את המינוי פסק בית המשפט העליון שהמינוי פוגע עמוקות באמון הציבור, וכי "מי שבעברותיו פגע באושיות המבנה החברתי וביכולתן של ערכאות שיפוטיות או מעין שיפוטיות לעשות משפט צדק, מינויו למשרה בכירה בשירות הציבור הינו פעולה בלתי סבירה באופן קיצוני". בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 271 (1993).

כיום במבט לאחור אפשר לומר שהופקו לקחים רבים מפרשת קו 300 ומפרשת נאפסו. כך לגבי ההכרח בביקורת יעילה על עשייתו של כל גוף ממלכתי. כך על חשיבות עצמאות מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. כך על החשיבות בהימנעות ממצב של ניגוד עניינים של חברי ועדות למיניהן. אשר לסמכות החנינה הוכח הלכה למעשה שהיא נותרה סמכות המיועדת בעיקרה לעשיית חסד בעניין אנושי פרטני, וכי שימוש בה לצורך לאומי נשמר לנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר.

# משבר הקורונה: חקיקת חירום, זכות ההפגנה והביקורת השיפוטית

בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית - ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (4.4.2021)

## רמי אמיר

השנה היא שנת 2020, והימים הם ימי מחלה ובהלה. מגפת הקורונה פרצה והתפשטה בעולם כולו, ובכלל זה בישראל. בתי החולים הגיעו לתפוסת שיא. נוצר חשש לקריסת מערכת הבריאות. הרשויות בכל מקום ניסו לעצור את פגיעתה הרעה של המגפה ולהגן על בריאות הציבור. במקביל לכך התקיימה בישראל מחאה ציבורית נגד ראש הממשלה דאז באופן אישי ונגד מדיניות הממשלה. הדבר התבטא בהפגנות המוניות, והמוקדים המרכזיים היו המעון הרשמי של ראש הממשלה ברחוב בלפור בירושלים, מעונו הפרטי של ראש הממשלה בקיסריה וכן גשרים וצמתים ברחבי הארץ.

בחודשים פברואר-מאי 2020 השתמשה ממשלת ישראל בסמכותה לפי חוק יסוד: הממשלה, והתקינה מכוחו תקנות שעת חירום שהטילו, בין היתר, הגבלות שונות על התקהלויות. ביולי 2020 תקף את ישראל מה שכונה "הגל השני" של הקורונה, והכנסת חוקקה חוק מיוחד לצורך התמודדות עימו, שידוע בכינויו "חוק הקורונה".<sup>1</sup> חוק זה הסמיך את הממשלה להכריז על מצב חירום בשל נגיף הקורונה, ולהתקין תקנות שבהן ייקבעו הגבלות זמניות על פעילות הציבור במרחבים הפרטי והציבורי. ואומנם, הממשלה הכריזה על מצב חירום כאמור, ותוקף הכרזה זו הוארך שלוש פעמים. הממשלה אף התקינה תקנות מכוח חוק הקורונה,<sup>2</sup> ובכלל זה הטילה סגר חלקי.

בספטמבר 2020, על רקע התגברות שיעורי ההדבקה והתחלואה חרף החקיקה והסגר האמורים, הוחלט "לעלות מדרגה" מבחינת הטיפול החוקי בעניין. הממשלה יזמה הצעה לתיקון חוק הקורונה, ותיקון זה התקבל בכנסת.<sup>3</sup> במסגרת התיקון הוסמכה הממשלה להכריז על "מצב חירום מיוחד", ולהתקין תקנות מיוחדות שיוסיפו הגבלות להגנה על בריאות הציבור,

1 חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020.  
2 תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התש"ף-2020.  
3 חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשפ"א-2020.

כפי שאכן נעשה.<sup>4</sup> אחת התקנות החדשות כללה הגבלות ישירות על הזכות להפגין בשני היבטים: מספר המשתתפים בהפגנה ומקום ההפגנה. נקבע כי אסור להפגין בהתקהלות של יותר מ-20 אנשים בשטח פתוח, וכי בכל מקרה אסור להשתתף בהפגנה במקום המרוחק יותר מ-1,000 מטר ממקום המגורים של המפגין. תקנה זו נועדה לחול רק כאשר מוכרז "מצב חירום מיוחד" כאמור. דיני החירום הכלליים שלנו נותנים לממשלה כוח רב יותר מהרגיל כדי להתמודד עם משברים. במצבים כאלו בכוחה של הממשלה אף לקבוע הוראות המתגברות על חוקים של הכנסת. זהו כוח רב ביותר, ואף שהוא דרוש, הוא מעורר בעייתיות מבחינה חוקתית ודמוקרטית. הרי מי שקיבלה מנדט מהעם בבחירות היא הכנסת – אך הנה, יכולה הממשלה לשנות את דברי החקיקה לנוכח מצב החירום. בשל הבעייתיות הזו נקבעו כמה אמצעים מרסנים לכוח המיוחד הזה של הממשלה: מידה מסוימת של פיקוח פרלמנטרי; הגבלה על משך הזמן שיחולו בו תקנות לשעת חירום (שלושה חודשים); דרישה לקשר הכרחי בין מצב החירום להגבלות שמטילה הממשלה; ודרישה למידתיות של אותן הגבלות.

כך במצבי חירום "רגילים" ובחקיקת החירום ה"רגילה". ואולם במשבר של גל הקורונה השני נעשה מהלך מורכב יותר בחקיקת חירום מיוחדת. מצד אחד, נושאי ההגבלות שהוטלו על האזרחים נקבעו בחוק של הכנסת, שהסמיך את הממשלה ליישם זאת באופן קונקרטי – וזה שיפור יחסית למצב החירום ה"רגיל" ולחקיקת החירום ה"רגילה", שאז תוכן ההסדר ונושאו נקבעים כולם בידי הממשלה בלבד. מצד שני, בגל הקורונה השני הפעילה הממשלה את הכוח שנתנה לה הכנסת, תוך הטלת הגבלות קשות מאוד על זכות ההפגנה.

וכאן אנו מגיעים לשורש הדילמה. אכן, החשש מפני הקורונה הוא משמעותי ביותר. יש סכנה אמיתית לחיי אדם. אבל בתקנות שהתקינה הממשלה – היא זו שהטילה הגבלות על אלה המבקשים להפגין נגדה ולבקר אותה. זהו קושי ממשי. הטענה היא שהממשלה ניצלה את כוחה כדי להשתיק ביקורת נגדה. מדובר בהגבלות נכבדות מאוד על זכות ההפגנה, שמממשת את חופש הביטוי הפוליטי ושחיונית לקיום השיח הדמוקרטי. כיצד ניתן לרבע את המעגל?

שש עתירות הוגשו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בעניין תחיקת החירום בעידן הקורונה. חלק מהעתירות העלו טענות כלליות נגד חקיקת הקורונה בכללותה, ואילו אחרות התמקדו בפגיעה הספציפית בזכות ההפגנה במסגרת התיקונים לחוק ולתקנות. העתירות כולן נשמעו יחדיו לפני מותב מורחב של תשעה שופטים, בראשות הנשיאה חיות עם המשנה לנשיאה מלצר והשופטים הנדל, פוגלמן, עמית, סולברג, ברק-ארז, מזוז וברון (בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (4.4.2021)).

הכול הסכימו שלא נפלו פגמים של ממש בהליך החקיקה של חוק הקורונה עצמו, ושהליכי חקיקה של חוק שנועד להתמודד עם מצב חירום ספציפי צפויים להיות הליכים מהירים, כפי

4 תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות) (תיקון מס' 3), התשפ"א-2020.

שאכן נעשה. עוד נקבע בהסכמת הכול שחוק הקורונה אינו עומד בסתירה להסדרים הכלליים לגבי מצבי חירום בחוק ייסוד: הממשלה. בהמשך לכך התמקד הדיון בהסדרים שבתיקונים לחוק ולתקנות בכל הנוגע להגבלות על הפגנות.

בעיקרו של דבר, חרף שונות מסוימת בהנמקות, כל השופטים היו מאוחדים בדעותיהם והסכימו לחוות הדעת המרכזית של הנשיאה חיות, שסברה כי דין העתירות להידחות בכל הנוגע להגבלת מספר המפגינים. לעומת זאת, בכל הנוגע להגבלת המרחק על ההפגנות שמונה מהשופטים היו בדעה כי דין העתירות להתקבל; ואילו השופט סולברג חלק על כך בדעת מייעוט בסוברו שההכרעה הפכה לתאורטית בנסיבות העניין.

הדיון התמקד בטענות לפגיעה בזכות ההפגנה, שהיא זכות יסוד מהדרגה העליונה.<sup>5</sup> בית המשפט עמד על החשיבות הרבה של זכות ההפגנה ועל הערך הייחודי שלה – לא רק כזכות אדם פרטית, אלא גם כזכות אורחית בעלת אופי פוליטי מובהק, הקשורה בטבורה לחופש הביטוי, והיא מרכיב חיוני בדין-אין-איי של שיטת המשפט והמשטר שלנו. ואם כך בימים רגילים, קל וחומר שכך בימי חירום ובעיתות משבר.

תחילה בחן בית המשפט מהו הגורם הדומיננטי לפגיעה בזכות להפגין: החוק או התקנות. מסקנתו הייתה שעיקר הפגיעה נבעה מהתיקון לתקנות. אומנם החוק הסמיך את הממשלה להתקין תקנות שיחילו על הציבור הגבלות על השתתפות בהפגנות ב"מצב חירום מיוחד" – הגבלות שהיו חלות עליו ממילא שלא בהפגנות ב"מצב חירום רגיל". ואולם הסמכה זו לא חייבה את הממשלה להחיל על ההפגנות את מלוא ההגבלות. ניתנה לממשלה אפשרות להגבלות דיפרנציאליות ומשתנות לפי העניין. לכן עבר כובד המשקל מהכנסת ומהתיקון לחוק אל הממשלה ולתיקון התקנות.

מכאן עבר בית המשפט לבחון את ההסדר שנקבע בתקנות ומצא שפגיעתו בזכות ההפגנה ניכרת בשני היבטים: מספר המפגינים ומקום ההפגנה.

ביחס להגבלת מספר המשתתפים, 20 לכל היותר, בחר בית המשפט לפרש את התקנה בדרך שהציעה המדינה: שהכוונה היא להגבלה של 20 אנשים ב"קפסולה", אך ללא הגבלה על מספר הקפסולות, ותוך שמירת מרחק של 20 מטרים בין הקפסולות בהתאם להוראות הכלליות בדבר הריחוק החברתי המחייב בגין הקורונה. המשמעות המעשית של הדברים הייתה שאפשר יהיה לקיים הפגנה בכמה קבוצות המרוחקות זו מזו מרחקים קטנים, שעונים על הדרישה למניעת הדבקה בנגיף, אך מותירים את האפשרות לקיום ההפגנה בכללותה בקהל גדול. לפיכך החליט בית המשפט שההגבלה על זכות ההפגנה מבחינת מספר המשתתפים היא הגבלה מידתית וחוקתית. שונים הם פני הדברים ביחס להגבלת המרחק. אומנם התקנות לא קבעו הגבלה ישירה על מקום ההפגנה, אך זו נגזרה מהגבלת חופש התנועה של המפגינים. לא נאסר על הפגנה באתר מסוים, דוגמת מעונו של ראש הממשלה; אולם נאסר על המפגינים לצאת להפגין במרחק גדול

5 ראו רשימתה של מיכל נד"ב בספר זה, עמ' 40.



מ־1,000 מטר מבתיהם. הפועל היוצא מכך הוא שמי שרשאי להפגין מול בית ראש הממשלה הוא אך ורק מי שגר במרחק 1,000 מטר משם לכל היותר, כלומר רק תושבי רחביה יכולים להפגין שם. בית המשפט העליון בחן את הגבלת המרחק שבתקנות וקבע שהיא בלתי מידתית, ולכן בלתי חוקתית. ראשית, אין קשר רציונלי בין הגבלת זכות ההפגנה באופן האמור לתכלית של צמצום התפשטות המחלה. הטעם שהוצע להחלת ההגבלה של 1,000 מטרים גם בהפגנות, עניינו אכיפה: שבלעדיה יוכלו תושבים "לעקוף" את ההגבלה הכללית בתירוץ שווא של יציאה להפגנה. אך בהתקיים חריגים נוספים להגבלת המרחק, כמו יציאה להצטיידות במוצרים חיוניים, ממילא אפשר "לעקוף" שלא כדין את ההגבלה, והחלת ההגבלה על ההפגנות לא תועיל ולא תשנה דבר. שנית, קיימות חלופות שפגיעתן בזכות להפגין פחותה יותר, ויש בהן כדי להשיג את מטרת האכיפה של הסגר המהודק הכללי. ניתן להרחיב את מערך הבדיקות הפרטניות לעוברים ושבים. אפשר להתיר הפגנות בשיירות רכובות. ובכל אלו אין הגבלה כה דרסטית השוללת ממרבית האוכלוסייה את הזכות להפגין. שלישית, הפגיעה שבהגבלת המרחק עולה באופן לא מידתי על התועלת שבה. מצד אחד, הפגיעה בזכות ההפגנה היא אנושה, כיוון שלמקום ההפגנה יש חשיבות מכרעת, במיוחד אם המקום הוא אחד מסמלי השלטון החשובים. ומצד שני, התועלת שבהגבלה זו לעניין מניעת ההדבקה לא הוכחה, ושיעורה אינו ידוע.

סופו של דבר ועל דעת שמונה מתוך תשעת חברי ההרכב – הגבלת המרחק בתקנות נפסלה בהיותה בלתי מידתית ובלתי חוקתית בשל פגיעתה בזכות להפגין, והוכרזה בטלה מעיקרה. יש לציין כי במועד שבו ניתן פסק הדין, התקנות כבר לא היו בתוקף, מאחר שנחקקו לתקופה קצרה של שיא המגפה, שחלפה בינתיים. אולם המשמעות המעשית של הדברים הייתה ביטול הקנסות שהוטלו בגין הפרת התקנה, ובכלל זה השבת כספים שנגבו מכוחה. השופט סולברג סבר בדעת מיעוט שלא היה מקום לדון בחוקיות התקנה ולא היה מקום לבטלה, משום שהיא פקעה כבר ואינה בתוקף, ומדובר בעניין תאורטי.

הנה כי כן, פסק הדין של בית המשפט העליון תיקן את התקלה הקשה בחקיקת החירום ומנע את הפגיעה החמורה בזכות ההפגנה, בלי לסכל את האינטרס הציבורי של שמירה על בריאות הציבור.

"תקופות חירום מביאות עמן חוקי חירום, המותאמים להן" (השופטת ברק-ארוז, פסקה 1 לחוות דעתה). "הניסיון להתמודד עם המגפה ולמנוע את התפשטותה מחייב נקיטת צעדים קשים – לא פעם תוך פגיעה ממשית בזכויות יסוד של הפרט... פגיעה זו היא בבחינת 'רע הכרחי'" (השופטת ברון, פסקה 1 לחוות דעתה). במצבי חירום "יש לאפשר למחוקק לנקוט במהלכי חקיקה שתכליתם לנסות למנוע, או למזער את הקטסטרופה" בהתאם "[ל]עקרון הזהירות המונעת, ככל שהוא מעוגן בחוק", ואולם "יש להציב עתה גם לעקרון זה גבולות ולהפעילו בזהירות מונעת... כל אימת שהוא מיושם על ידי הרשות המבצעת" (המשנה לנשיאה מלצר, פסקאות 3-4 לחוות דעתו).

דברים אלו מפסק הדין משקפים את הדילמה המיוחדת בסיטואציה של מצב חירום וחקיקת חירום ואת המתבקש מכך לעניין אופן הביקורת השיפוטית ולעניין הטכניקה המשפטית שבה

ראוי להפעילה. מצב חירום מצריך חקיקה קשה שתענה על הסכנות המיוחדות האורבות לציבור במצב זה. חקיקה כזו פוגעת לעיתים בלית ברירה בזכויות יסוד של הפרט. אינטרס ציבורי מול זכויות הפרט, זו הדילמה הרגילה. אך בעת חירום הכול מקצין. ואולם דווקא בזמנים קשים כאלו ולנוכח חקיקה פוגענית כזו יש חשיבות יתרה לביקורת השיפוטית. נדרשת ביקורת נוקבת יותר בשל החשש המוגבר לפגיעה יתרה בזכויות הפרט. בה במידה, גם הביקורת השיפוטית חייבת בזהירות ובריסון מיוחדים במצב חירום, בשל עוצמת הסכנה הפוטנציאלית לאינטרס הציבורי.

כיצד פעל בית המשפט העליון בעניין הביקורת השיפוטית במקרה זה? מצד אחד, היה בית המשפט נכון לבחון את כל מעשי החקיקה של כל רשויות השלטון, הן את החקיקה הראשית של הכנסת (חוק הקורונה והתיקון לחוק), הן את חקיקת המשנה של הממשלה (התיקון לתקנות). כמו כן, הביקורת הייתה נוקבת וירדה לתוכן הדברים, למידת הפגיעה בזכות ההפגנה ולחוקתיות של אותה פגיעה. בית המשפט הפעיל את הביקורת השיפוטית ברמה מוגברת שהולמת את הנדרש בעת החירום, בשל עוצמת הפגיעה בזכויות הפרט. מצד שני, בחר בית המשפט להסתפק בביקורת המרוסנת ביותר האפשרית, שדי בה כדי להשיג את המטרה של שמירה על זכות ההפגנה. כך גם מבחינת יעד הביקורת, וגם מבחינת שיטת הביקורת.

יעד הביקורת – כיצד? כשאפשר להשיג את אותה תוצאה גם בדרך של ביקורת על החקיקה הראשית של הכנסת וגם בדרך של ביקורת על חקיקת המשנה של הממשלה – העדיף בית המשפט את הדרך השנייה. שהרי התערבות בחקיקה ראשית היא ביקורת שיפוטית דרסטית יותר, ואילו התערבות בחקיקת משנה היא לחם חוקו של בית המשפט. הדבר נובע ממאזן הכוחות בין שלוש רשויות השלטון ומחלוקת התפקידים ביניהן.

שיטת הביקורת – כיצד? כשניתן להשיג את אותה תוצאה בשתי דרכים, יעדיף בית המשפט את "הפרשנות המקיימת" של החקיקה, כלומר פרשנות החקיקה כך שהוראותיה יעמדו בתנאי חוק היסוד, על פני "פסילה חוקתית" של החקיקה. כדברי המשנה לנשיאה מלצר (בפסקה 7 לחוות דעתו): "הפרשנות המקיימת... עדיפה על הצורך בפסילה חוקתית של החוקים... ראוי להתמיד בדרך זו, ככל שהדבר אפשרי והפרשנות המקיימת סבירה". ואומנם, כשבית המשפט בחן את התקנות, ניתנה עדיפות לפרשנות המקיימת מקום שהדבר היה אפשרי. כך, כאשר נבחנה הגבלת המספר בנוגע להפגנות, העדיף בית המשפט לפרש את התקנות באופן שאינו מונע את האפשרות להפגנה מרובת משתתפים, ולכן לא נדרש לבטל את התקנה שקבעה את ההגבלה האמורה. לעומת זאת, כאשר בחן את הגבלת המרחק ולא מצא אפשרות לפרש את התקנה באופן מקיים – הורה בית המשפט על בטלותה.

משברים קשים מצייבים אתגרים קשים. מגפת הקורונה חייבה התמודדות של כל המערכות השלטוניות. הכנסת והממשלה עשו זאת בחקיקת חירום. חקיקה זו כללה הגבלות רבות שהיו בבחינת הכרח בל יגונה, אך גם הובילה לפגיעה קשה בזכות ההפגנה. העניין הובא לפתחו של בית המשפט העליון. בית המשפט הפעיל ביקורת שיפוטית מאוזנת, בחר בפרשנות מקיימת ובלית ברירה אף פסל תקנה מסוימת. זאת כדי להגן על זכות היסוד החשובה, היא זכות ההפגנה.

# מלחמה במגפה: לא כל האמצעים כשרים

בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (1.3.2021)  
בג"ץ 1107/21 שמש נ' ראש הממשלה (17.3.2021)

## דנה אמיר

בשנת 2019 ניצב העולם כולו בפני מגיפה חדשה, מגפת הקורונה. וירוס חדש התפרץ בסין והעולם עקב בדריכות אחר ההתמודדות עימו. בשלהי חודש פברואר 2020 אותר בישראל החולה הראשון, ולאחריו בקצב מהיר – וכפי שלמדנו בהמשך, אקספוננציאלי – אותרו עוד ועוד חולים ברחבי הארץ ורמות ההדבקה והתחלואה גאו. היה זה מצב חדש לחלוטין, אפשר לומר "מצב חירום", אבל לא מסוג מצבי החירום שמדינת ישראל התרגלה לחיות בהם משחר הקמתה. במסגרת ההתמודדות עם המגפה נדרשה נקיטת צעדים שפגיעתם בזכויות היסוד של האזרח משמעותית ורחבת היקף. אלה כללו, בין היתר, הטלת סגרים ומגבלות על תנועה והתקהלות,<sup>1</sup> סגירת עסקים ופעילויות תרבות וסגירת מערכת החינוך, מקומות תפילה ומקומות בילוי. האמצעים החדשים שננקטו פגעו בזכויות יסוד בסיסיות של האדם, ובכללן חופש התנועה, חופש העיסוק, חופש הביטוי וחופש הדת. עד מהרה שאלות חוקיות השימוש באמצעים אלה ומידתיותו הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. על רשויות המדינה המוסמכות הוטלה משימה לא פשוטה: לבחון את אופן האיזון שבין האינטרס הציבורי במניעת התפשטות המגפה להגנה על זכויות האדם הבסיסיות. ועל בית המשפט הוטלה משימה מורכבת לא פחות: לבדוק שהאיזון שמקבלי ההחלטות הגיעו אליו לא חצה "קווים אדומים" חוקתיים, ושהפגיעה בזכויות נעשית בסמכות ושאינן היא עולה על הנדרש. בית המשפט נאלץ להתמודד עם אתגר זה במצבים שונים, ובמיוחד במצבי חירום המחייבים לעיתים שימוש באמצעים דרסטיים. על רקע זה נפנה לבחון שתי דוגמאות בולטות להתמודדות עם אתגרי השעה ולמשימה הקשה לאפשר התמודדות נחושה עם המגפה תוך שמירה ראויה על זכויות הפרט. פסק הדין הראשון שנבחנו עסק בשימוש בטכנולוגיה של השב"כ לצורך איתור האנשים שהיו ב"מגע" עם נשאי קורונה (כדי לשלוח להם הודעות המחייבות אותם להיכנס ל"בידוד"). כידוע, ישראל מצויה במצב חירום ביטחוני למעשה מאז הקמתה. מצב דברים זה מקנה כוחות מיוחדים לגורמי הביטחון כל עוד נמשך מצב החירום, למשל היכולת לעצור במעצר

1 ראו רשימתו של רמי אמיר בספר זה, עמ' 653.

מנהלי את המסכנים את ביטחון המדינה. מטבע הדברים שכוחות הביטחון, ובהם השב"כ, פיתחו אמצעים משוכללים מאוד לבצע מעקב ואיכון כדי לאתר חשודים בפעילות עוינת ולסכל את תוכניותיהם.

והינה כעת מדינת ישראל מתמודדת עם מצב חירום מסוג אחר: מצב חירום רפואי בדמות מגפה העלולה לסכן חיי אדם. כדי להילחם בה חשוב מאוד לספק נתונים לגבי המיקום של חולים או אלה שבאו עימם במגע, והכול כדי לקטוע שרשראות הדבקה. התברר שלמשרד הבריאות לא היו כלים לאתר את אותם אנשים באופן מספק, אלא שלכאורה עומד על הפרק כלי זמין אחר: איכוני השב"כ. האם אפשר להשתמש בו שלא לצורכי הביטחון אלא לצרכים הרפואיים, ולחשוף בעצם את כל האזרחים והתושבים לפגיעה קשה בפרטיותם? האם חשיפה שכזו היא הכרחית ומידתית?

העותרים במקרה זה היו ארבעה ארגונים אזרחיים הפועלים להגנה על זכויות אדם. העתירה כוונה נגד החוק שהתיר לממשלה להסמיך את השב"כ לסייע למשרד הבריאות באיתור של מגעים עם נשאי קורונה, ושיכונה כאן חוק הסמכת השב"כ<sup>2</sup>, ולחלופין נגד החלטות שהתקבלו מכוחו. החוק קבע תנאים שונים להפעלת סמכות זו, ובכללם שהממשלה שוכנעה שלא קיימת חלופה מתאימה להסתייעות בשב"כ, וחיבב לפרסם הכרזה על הפעלת החוק לתקופה של עד 21 יום בכל פעם. בפועל, ממועד חקיקת החוק ועד מועד ההכרעה בעתירה הכריזה הממשלה 12 פעמים על הסמכת השב"כ בעניין זה, כך שזו נמשכה כשמונה חודשים ברציפות מאז נחקק החוק.

בית המשפט העליון דן בעתירה זו בהרכב מורחב של שבעה שופטים בראשות הנשיאה אסתר חיות, והיא שכתבה את חוות הדעת העיקרית (בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (1.3.2021)), הידוע גם בכינוי עניין האיכוניים). עמדות השופטים ונימוקיהם הם פסיפס מעניין של גישות שונות לסוגיה ולתוצאותיה. כל השופטים הסכימו כי החוק פוגע פגיעה משמעותית בזכות היסוד לפרטיות. כדברי הנשיאה חיות, מדובר ב"חוק חריג בנוף החקיקה הישראלית. הסמכת שירות הביטחון המסכל להפעיל אמצעי מעקב אחרי אזרחי ותושבי המדינה, באמצעות מנגנון ששקיפותו חלקית בלבד אינו דבר של מה בכך, וזאת בלשון המעטה" (פסקה 18). וכדברי השופטת דפנה ברק-ארז, "מדובר באיסוף מידע שאינו וולונטרי שנעשה ביחס לכלל האוכלוסייה באופן גורף וללא הבחנות. המידע נאגר באופן מרכזי להבדיל מאשר בטלפונים הניידים של המשתמשים עצמם. הגוף שהופקד על המידע הוא השב"כ, גוף ביטחוני בעל כוח הכפוף באופן ישיר לשלטון המרכזי. זאת ועוד: שיטת האיכוניים במתכונת הנוהגת בישראל היא, מעצם הגדרתה, אף פוגענית יותר בהשוואה לחוק שהיה מחייב התקנת יישומון לאיתור מגעים. חובה חוקית להתקין יישומון עשויה להיות מלווה בסנקציה, אך

2 חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020.

כשלעצמה אינה חושפת את המידע הנוגע לאדם ללא שיתוף פעולה מצדו" (פסקה 8 לפסק דינה). אם כן, על הפרק עמדה פגיעה משמעותית בזכות לפרטיות.

על אף הפגיעה האמורה נקבע שאין מקום לבטל את החוק מכוח חוקי היסוד. הוסבר בהקשר זה כי החוק מחייב את הממשלה לשקול מגוון שיקולים בטרם תופעל סמכות השב"כ. כך, למשל, על הממשלה לשקול אם בשל הסיכון הנשקף לציבור מהתפשטות המחלה קיים צורך מיידי וממשי להסתייע בשב"כ, אם קיימות חלופות מתאימות להסתייעות בשב"כ, ואת התועלת שבהסתייעות בשב"כ אל מול הפגיעה בזכות לפרטיות. עוד התחשב בית המשפט בכך שמדובר בחוק שנחקק בתור הוראת שעה שתוקפה הוגבל לשישה חודשים בלבד, ובדרישת החוק לקיומו של פיקוח פרלמנטרי רציף על הכרזות הממשלה בעניין זה בוועדת החוץ והביטחון, אשר עליה לקבל דיווחים שבועיים מראש השב"כ וממשרד הבריאות לגבי יישום החוק. משקל נוסף ניתן גם לקיומן של הוראות בדבר אופן שמירת המידע הנאסף בידי השב"כ, השימוש בו, העברתו ומסירתו. נוכח השילוב של מכלול אמצעי הזהירות האמורים קבעה הנשיאה חיות כי "בחנינה מעמיקה של החוק בהקשרו הכולל, תוך עיון בסעיפיו ובמנגנונים הקבועים בו, מלמדת כי נעשה ניסיון ממשי על ידי המחוקק לצמצם את הפגיעה – החמורה – בזכויות אדם הנגרמת בעטיו" (פסקה 21 לפסק דינה). על בסיס ניתוח זה בית המשפט קבע כי החוק מאזן בין האינטרסים הנוגדים, ועל כן אין מקום להורות על בטלותו בשל פגיעתו בזכויות אדם הקבועות בחוקי היסוד, להבדיל מאשר לבקר את אופן הפעלתו. השופטת ענת ברון הייתה היחידה שסברה כי במועד הנדון החוק עצמו אינו צולח את המבחן החוקתי, נוכח השימוש הגורף בו ותרומתו שאינה משמעותית דיה ביחס לפגיעה ההרסנית בזכויות הפרט. אבל היא הסכימה להצטרף לעמדת יתר השופטים במסקנה שלפיה יש להימנע מפסילתו, בין היתר בהתחשב בנסיבות החריגות ששררו באותה עת במדינה, בהן פיזור הכנסת וקיומה של מערכת בחירות רביעית בתקופה של שנתיים, נסיבות הגזרות ריסון שיפוטי וזהירות יתרה.

אחרי שקבעו שאין מקום לבטל את החוק עצמו, פנו השופטים לבחון את אופן הפעלת שיקול הדעת בידי הממשלה בהחלטותיה לגבי הסמכת השב"כ ואם אלו עמדו בדרישת המידתיות שמתווה החוק עצמו. החלטת הממשלה נבחנה על רקע העובדות הרלוונטיות שהיו ידועות באותה עת, ובהן העלייה הניכרת במספר המתחסנים, הפטור מבידוד שהעניק משרד הבריאות למתחסנים, השיפור המשמעותי בעילות האמצעים האזרחיים לביצוע חקירות אפידמיולוגיות והנתונים לגבי שגיאות לא מעטות שנפלו בנתונים שהעביר השב"כ. בית המשפט קבע כי בנסיבות אלה קיימת ציפייה שהעובדות הנ"ל יקבלו ביטוי בהכרזת ההסמכה בדרך של צמצום השימוש בכלי השב"כ, בפרט משום שהחוק משאיר לממשלה שיקול דעת בנוגע להסתייעות בשב"כ ולהיקפה. למרות זאת כאשר נבחנו החלטות הממשלה בעניין זה נקבע, כדברי הנשיאה חיות, "שהסמכת השב"כ הייתה ונתרה גורפת, גם לאחר הרחבת מערך החקירות האנושי ושיפור יעילותו ואף לאחר שהושגו חיסונים והוקם מערך שבאמצעותו כבר חוסנו עד כה מיליוני אזרחים" (פסקה 41 לפסק דינה). המשנה לנשיאה חנן מלצר ייחס חשיבות רבה גם לעובדה

שאף שהמלחמה במגפה היא כלל-עולמית, ישראל היא המדינה היחידה בקרב הדמוקרטיות בעולם שמשתמשת כך בשירות הביטחון הכללי שלה. למרות תמיכתו הכללית בגישת הזהירות המונעת, בבחינת *better safe than sorry*, הרי שלגישתו (כמו גם לגישת השופט יצחק עמית) פרקטיקה של שימוש בשירות הביטחון המסכל לאיכון הפעילות של אזרחי המדינה עלולה להיות "ממכרת" ואף לעודד יצירת פרקטיקות פוגעניות נוספות. בנסיבות אלה הסכימו כל השופטים, למעט השופט נעם סולברג, כי נוכח מאפייני החוק, השינויים שחלו בחלוף הזמן בהיקף מערך החקירות האפידמיולוגיות האנושיות, התקדמות מבצע החיסונים ועמדות השב"כ והרשות להגנת הפרטיות, נפל פגם בהארכת ההסמכה הגורפת של השב"כ ללא קביעת אמות מידה המצמצמות את תחומי פעילותו.

עיקר המחלוקת בין השופטים נגע למידה הראויה של הוספת הגבלות על הפעלת החוק מעבר לתנאים שקבועים בו עצמו. הנשיאה חיות סברה, וכמוה מרבית שופטי ההרכב, כי נוכח ההשלכות הציבוריות מרחיקות הלכת של השימוש בשב"כ במישור האזרחי והשינויים שחלו במצב ההתמודדות עם המגפה מאז נחקק החוק, על הממשלה לנקוט צעדים משמעותיים שיגדרו את המשך הפעלת שיקול הדעת שלה ויגבילו אותו. במסגרת זו על הממשלה לגבש אמות מידה מדידות שיקבעו את היקף ההסתייעות בשב"כ ושיבטיחו את הפסקת השימוש הגורף בו. לכך לא היו שותפים השופטים ניל הנדל וסולברג, שסברו שיש להימנע מהגבלת יתר של החלטות הממשלה בנושא מעבר לקבוע בחוק. במישור המעשי בית המשפט הורה להגביל את הסמכת השב"כ רק למקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית או לא מסר כלל דיווח על מגעים עם אנשים אחרים.

את הדיון באיכון באמצעות השב"כ יש לבחון בהקשר הרחב יותר. זה היה רק אחד האמצעים שנקטה הממשלה כדי להילחם בנגיף הקורונה. בין היתר, הוטלו הגבלות על הכניסה לישראל והיציאה ממנה.

גם כאן ניצבה לפני מקבלי ההחלטות התחבטות של ממש. קם סיכון כבד נוכח כניסה לא מבוקרת לארץ של אזרחי המדינה שיצאו ממנה ומבקשים לשוב אליה. מציאות זו הייתה עלולה להביא עימה זנים חדשים ומסוכנים של הנגיף, ולהגביר את התחלואה באופן כללי. ומנגד, הטלת מגבלות על הכניסה לישראל תוביל בהכרח לפגיעה קשה ביותר בזכויות אדם ובמשפחות שלמות.

בהקשר זה נדרש בית המשפט העליון לארבע עתירות שהגישו אזרחים שנקלעו למצוקה, בין משום שלא התאפשרה חזרתם ארצה ובין משום שלא התאפשרה יציאתם מישראל. העותרים טענו כי התקנות פוגעות בחופש התנועה ומונעות את המימוש של זכויות יסוד אחרות, כגון חופש העיסוק והזכות לחיי משפחה. פסק הדין שניתן בעתירות אלה (בג"ץ 1107/21 *שמש נ' ראש הממשלה* 17.3.2021) עסק באיזון הראוי בין האינטרס הציבורי להתמודד עם התפשטות מגפת הקורונה, לעוצמת הפגיעה בזכויות יסוד, במקרה זה חופש התנועה והזכויות לצאת את המדינה ולחזור אליה.

פסק הדין ניתן בידי הרכב בראשות הנשיאה חיות ובהשתתפות השופטים הנדל ועמית. נבחנה בו עוצמת הפגיעה הגלומה בהגבלות הנדונות בעתירה, תוך התייחסות לשני משתנים חשובים: פרק הזמן הרצוף שבו חלו ההגבלות, שבהתמשכותו הקשה על הממשלה להצדיק את הצעדים הדרסטיים, ומידת הקרבה בזמן ליום הבחירות והפגיעה האפשרית בזכות הבחירה.

גם במקרה זה בחן בית המשפט את המידתיות של המגבלות שהטילה הממשלה. דעתו לא הייתה נוחה מהטלתן ללא מתן שהות לנפגעים הפוטנציאליים להיערך לקראתן; מהתמשכות הצעדים המגבילים; מהעדר בחינה רצינית של חלופות שפגיעתן פחותה ותועלתן דומה; מהעובדה שמדינת ישראל היא המדינה הדמוקרטית היחידה שהפעילה מגבלות כה חמורות למרות היותה של המגפה כלל-עולמית; ומהעובדה שהליך קבלת ההחלטות נקלע לקיבעון ולא נשען על מידע עדכני מספק. ברקע הדברים עמדה גם העובדה שהגבלות אלה נותרו בתוקף בעת שהבחירות לכנסת עמדו בפתח.

עם זאת, כיוון שהתקנות עמדו לפקוע כמה ימים לאחר מועד מתן פסק הדין, בית המשפט החליט שלא לבטלן אבל קבע שאין להאריך. בית המשפט קבע עוד כי בהטלת מגבלות עתידיות יהיה על הממשלה לשקול מידע עדכני תוך בחינת הנזק מול התועלת שבמגבלות הפוגעות בזכויות האזרח. בהקשר זה ציינה הנשיאה חיות כי "יש לתור כל העת אחר נקודת האיזון הראויה שבין פוטנציאל הנזק העלול להיגרם עקב חדירתו של וריאנט מסוכן ובין הפגיעה בזכויות יסוד של אזרחי המדינה ותושביה. איזון כזה, שאותו יש לבסס על מסד נתונים רלוונטי ועדכני, יאפשר לקיים שגרת חיים לצד הנגיף, תוך ניהול נכון של הסיכונים הכרוכים בכך" (פסקה 33 לפסק דינה).

נראה שבשני פסקי הדין הנ"ל ייחס בית המשפט משקל מכריע לחשיבות של ממד הזמן בהקשר של התרת פגיעה בזכויות אדם בשל קיומו של מצב חירום – הן בהקשר של משך הזמן שבו מתקיימות המגבלות, הן בשל הידע שמתווסף אצל מקבלי ההחלטות עם חלוף הזמן. ככל שהזמן חולף, מידע מתווסף ומשך הפגיעה גדל, מצפה בית המשפט שהרשויות תצמצמנה את הפגיעה בזכויות היסוד. בראשית הדרך אפשר לנקוט צעדים גורפים יותר ולהעדיף את האינטרס הציבורי בתנאי אי ודאות, בשם עקרון הזהירות המונעת שהוזכר לעיל. אבל ככל שחולף הזמן מצופה מהגורמים המוסמכים לפעול באופן מדוד יותר ולאזן באופן מוקפד יותר בין האינטרס הציבורי לזכויות האדם.

מבחינות רבות מגפת הקורונה הייתה מקרה מבחן ליכולת של המדינה להתמודד עם מצב חירום תוך פגיעה מזערית בזכויות אדם. כדברי השופטת ברק-ארז בעניין האיכונים: "גם ברעום התותחים, ובענייננו גם כאשר הנגיפים מכים, אין משמעות הדברים ששאר הזכויות נמחקות. האיזון משתנה, אך לא מתאין. ברוח ספרו של ז'וזה סאראמאגו 'על העיוורון' שעסק בתקופה של מגיפה, אסור שהמאבק בקורונה המתנהל בשמה של הזכות לחיים יעוור את עינינו מלראות את הזכויות האחרות" (בפסקה 25 לפסק דינה).

במבחן איתור האיזון הראוי הועמדו בראש ובראשונה הממשלה והכנסת, אך גם בית המשפט. יש להודות: האמצעים המשפטיים שננקטו במהלך התקופה הלכו והשתכללו. בראשית התקופה של התפרצות מגפת הקורונה נעשה שימוש נרחב יחסית בהטלת סגרים ומגבלות תנועה. עתירות שהוגשו נגד ההחלטות שהתקבלו בנושא נדחו רובן ככולן.<sup>3</sup> אבל ככל שהתמשכה התקופה, חלה התפתחות באמצעים שננקטו, החקיקה התאימה את עצמה למצב החרום המתמשך,<sup>4</sup> וכן חלה התפתחות בביקורת השיפוטית על החקיקה כמו גם על יישומה בידי הרשות המבצעת. הכרעות בית המשפט בעניינים אלה בזמן המגפה נשענו על עקרונות שבית המשפט עיצב בעבר בהכרעותיו במצבי חירום אחרים, ושסביר לצפות כי ישמשו גם למצבי חירום עתידיים שבהם יידרשו הרשויות לערוך איזונים דומים. לצד זאת, למצב החירום הנובע ממגפת הקורונה היו מאפיינים משל עצמו. היא יצרה מצב חירום שבו העורף והחזית חד הם.

3 למשל בג"ץ 2705/20 סמדר נ' ראש הממשלה (27.4.2020); בג"ץ 6575/20 גרנות נ' ראש הממשלה (24.9.2020); בג"ץ 4327/20 ראש העיר אלעד נ' ראש הממשלה (28.6.2020).  
4 חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020.



# המשפט והטרור המודרני: מבט על חוקיות הסיכולים הממוקדים

בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006)

## אמיר ויצנבליט

הימים הם ימי האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור שוטפת את ישראל – במסעדות, באוטובוסים, במוקדי בילוי וקניות. למעלה מאלף ישראלים נהרגו, אלפי ישראלים נפצעו. אחת הדרכים שבהן נלחמה ישראל בטרור היא "סיכולים ממוקדים". הכוונה היא להרג טרוריסטים מחוץ לגבולות מדינת ישראל בידי כוחות הביטחון הישראליים. פעילי טרור רבים ובכירים נהרגו בדרך זו. לעיתים נהרגו ונפצעו אגב הפעולות גם אנשים תמימים ששהו בקרבת מקום. מדיניות זו הובילה להגשת עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. היא הולידה את פסק הדין שנתן נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק ביום האחרון לתקופת שלושת החודשים שניתנים לשופט להשלמת כתיבת פסקי דין לאחר פרישתו, ושידוע גם בתוארו "בג"ץ הסיכולים הממוקדים" (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006)).

לעמדת העותרים, לאמיתו של דבר הסיכול הממוקד הוא הרג אדם ללא משפט, ללא הליך הוגן ובלי שניתנת לו ההזדמנות להגן על חפוטו. העותרים טענו עוד שבסיכולים הממוקדים השתמשו גם במקרים שבהם היה אפשר לתפוס את פעיל הטרור ולעוצרו. העותרים הוסיפו כי קיים חשש שלפחות במקרה אחד נהרג אדם חף מפשע עקב טעות בזיהוי. כמו כן הצביעו על החיסול של בכיר החמאס סלאח שחאדה באמצעות הטלת פצצה במשקל טון על בית מגוריו – דבר שהוביל להרג רבים עימו, ובהם ילדים.

מעניין לציין כי זמן קצר קודם לכן הוגשה לבג"ץ עתירה אחרת שעסקה באותו הנושא.<sup>1</sup> עתירה זו נדחתה בפסק דין קצרצר המחזיק כמה שורות, ונכתב בו כך: "ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית-משפט זה יראה מקום להתערב בהם. קל וחומר אמורים הדברים בעתירה הנעדרת כל תשתית קונקרטית והחותרת לקבלת סעד גורף. העתירה נדחית". אבל בהמשך הוגשה העתירה האחרת בנושא, וזו זכתה לדיון מקיף ויסודי של בית המשפט העליון.

1 בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראשיהממשלה, פ"ד נו(3) 1 (2002).

חוות הדעת הראשית בפסק הדין ניתנה בידי הנשיא (באותה עת כבר בדימוס) ברק, בהסכמת הנשיאה ביניש והמשנה לנשיאה ריבלין. בית המשפט העליון קבע כי הדין החל על הסכסוך המזוין שבין ישראל לארגוני הטרור הוא המשפט הבינלאומי, וזה מבוסס על איזון עדין בין שני שיקולים נוגדים: שיקולים הומניטריים ושיקולים צבאיים. המשפט הבינלאומי מבחין בין שתי קטגוריות: "לוחמים" ו"אזרחים". לוחמים הם מטרה לגיטימית להתקפה צבאית, ואפשר לפגוע בהם ולהמיתם. לצד זאת, לוחמים נהנים מהגנה מסוימת, שכן אם נשבו, אין להעמידם לדין פלילי בשל עצם השתתפותם בלחימה. לעומתם ניצבים האזרחים. אסור לתקוף אזרחים באורח מכוון. נוסף על כך, על המדינה הלוחמת לנקוט אמצעים להקטנת הפגיעה באוכלוסייה האזרחית.

כפי שהסביר בית המשפט העליון, פעילים בארגוני טרור אינם נחשבים ללוחמים. זאת מאחר שהם אינם עומדים בתנאים לכך, שהם, בין היתר, נשיאה של סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק ועמידה בדיני המלחמה. מכאן שאפשר להעמידם לדין פלילי בגין פעולותיהם ולהענישם. אולם האם יש לראות בהם "אזרחים"? והאם בהיותם כאלו הם נתונים להגנת הדין הבינלאומי ואין לפגוע בהם? שאלות מסוג זה מתעוררות על רקע השינויים במאפיינים של הלחימה בעת המודרנית. כפי שנאמר בהקשר אחר, "אחד המאפיינים הבולטים של סכסוכים מזוינים בעת המודרנית, הוא המעבר מסכסוכים בין-מדינתיים להתמודדות הולכת וגוברת עם איומיהם ופעולותיהם של ארגוני טרור".<sup>2</sup> ואכן, בעיקר מאז פיגועי הטרור בארצות הברית ב-11 בספטמבר 2001 גוברת ההבנה כי חל שינוי באופי המלחמה במובנה ה"מסורתי". זהו שינוי מלחימה בין שני צבאות של מדינות ריבוניות, תוך הבחנה ברורה בין לוחם המשתתף בלחימה לאזרח שדרוש הגנה, אל לחימה בארגוני טרור אשר לה פנים אחרים: פעילי טרור שאינם רואים עצמם כפופים לכללי המשפט הבינלאומי ושמטמיעים עצמם בקרב אוכלוסייה אזרחית מתוך ידיעה שהדבר יקשה על מדינה דמוקרטית הלוחמת בהם. הלחימה בארגוני טרור אינה רק קשה מבחינה מבצעית, אלא גם מאתגרת מבחינה משפטית.

בחזרה לענייננו. המדינה טענה לפני בית המשפט העליון כי המציאות המודרנית שבה הלחימה נעשית בארגוני טרור, מצריכה אימוץ של קטגוריה שלישית, לצד "לוחמים" ו"אזרחים": קטגוריה של "לוחמים בלתי חוקיים". המדינה טענה כי פעילים בארגון טרור הם "לוחמים בלתי חוקיים", שכן הם אינם מקיימים את דרישות דיני המלחמה. בהיותם כאלו הם אינם "אזרחים", ולכן אפשר לפגוע בהם. בד בבד, הם גם אינם לוחמים חוקיים, ועל כן אינם נהנים מן ההגנות הניתנות בדיני המלחמה ללוחמים שכאלו. מעניין לציין כי קטגוריה מסוג זה הוכרה בחקיקה, בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, המסדיר את כליאתם של אלו.<sup>3</sup>

בית המשפט העליון דחה גישה זו וקבע שאפשר להסתפק בשתי הקטגוריות הקיימות במשפט הבינלאומי, של "לוחמים" מול "אזרחים". זאת על בסיס פרשנות דינמית למונחים אלו

2 דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פסקה 49 לפסק הדין של הנשיא גרוניס (15.1.2015).

3 ראו רשימתו של בני שגיא בספר זה, עמ' 637.

שביקשה להתאים אותם אל המציאות החדשה ולמלחמה בטרור. כמוסבר בפסק הדין, במשפט הבינלאומי קיים חריג להגנה הניתנת לאזרחים, וזאת בעת שהאזרח נוטל חלק ישיר במעשי איבה. מכאן שפעיל הטרור אינו לוחם על פי כללי המשפט הבינלאומי, כך שאפשר לתופסו ולהעמידו לדין פלילי על מעשיו, וכך בכך ניתן לקבוע שהוא גם אינו נהנה מההגנות הניתנות לאזרחים בעת שהוא עוסק באופן ישיר בפעילות טרור, היינו: אפשר לפגוע בו ולהורגו.

בשלב זה נפנה בית המשפט לשאלה מיהו אדם הנוטל חלק ישיר במעשה איבה ושאפשר לפגוע בו, על רקע המאבק המודרני בטרור. נקבע שהדבר כולל פעולות איסוף מודיעין, התכוננות לקראת פעולת הטרור ואדם שבדרכו אל מקום פעולת האיבה או בחזרה ממנו. בגדר זאת בא גם המוביל פעילי טרור אל מקום פעולת האיבה או חזרה ממנו, והנותן כלי נשק לפעילי טרור. כמו כן נכללים בגדר זאת "שרשרת הפיקוד" בארגון הטרור, כך שמי שהחליט על פעולת הטרור, תכנן אותה, שלח את המחבל או פיקד עליו – נחשב למי שנטל חלק ישיר בפעולת האיבה. לעומת זאת, תמיכה כשלעצמה במעשי איבה, הפצת תעמולה התומכת בטרור, אספקת מזון או תרופות לפעילי טרור והענקת תמיכה לוגיסטית, אסטרטגית-כללית או כספית לפעילי טרור – אינן נחשבות לנטילת חלק ישיר בפעולת האיבה. נזכור: גם כלפי אלו אפשר לנקוט כלים אחרים העומדים לרשות המדינה – אך לא סיכול ממוקד. על אלו מתווסף ממד הזמן, והסיכול הממוקד יכול להיות מופעל במשך הזמן שבו נוקט אותו אדם פעולת איבה. אולם אדם שהצטרף לארגון טרור, הפך אותו לביתו ומבצע שרשרת של מעשי איבה – מאבד את ההגנה הנתונה לאזרח גם בהפסקות הקצרות בין פעולה לפעולה.

על כל ההבחנות האלו הוסיף פסק הדין כללים מנחים לביצוע הסיכול הממוקד. ראשית, על הסיכול הממוקד להתבסס על מידע מוצק. שנית, אין לנקוט סיכול ממוקד אם ניתן ליישם אמצעי אחר שפגיעתו פחותה, היינו: אם אפשר לנקוט את דרך המעצר וההעמדה לדין. שלישית, לאחר הסיכול הממוקד יש לערוך תחקיר יסודי ועצמאי של נסיבות הסיכול. רביעית, יש הכרח ביחס מידתי ראוי בין התועלת הצבאית לסיכון לאזרחים תמימים הנמצאים בקרבת מקום. ככל שהסיכול הממוקד מעמיד בסיכון רב יותר את שלומם של אזרחים תמימים, כך הוא עשוי לא להיות מידתי. בלשון בית המשפט העליון, "לא כל האמצעים כשרים" (עמ' 577). וכאן חוזרת השאלה: מה באשר לגישה הגורסת שקיים קושי בדיון בעתירות מסוג זה, כפי שעולה מאותו פסק דין קצר שניתן בעתירה דומה ושנזכר מעלה? בהקשר זה הנשיא ברק נדרש גם לטענת הסף של המדינה, והיא שהסוגיה אינה שפיטה.<sup>4</sup> זאת שכן לעמדת המדינה היא מצריכה הידרשות לפעולות מבצעיות מובהקות של צה"ל, ואין מקום שבית המשפט "ירד אל זירת הלחימה". טענה זו נדחתה. בית המשפט העליון קבע ש"תמיד מצויה נורמה משפטית שעל פיה יוכרע סכסוך", וכי לנוכח הפגיעה בזכויות אדם והעובדה שלעתירה אופי משפטי דומיננטי, גם אין לומר שלא ראוי שהסוגיה תידון בבית המשפט (עמ' 578). עם זאת ובאשר להיקף הביקורת

4 ראו רשימתו של נעם סולברג בספר זה, עמ' 187.

השיפוטית, בית המשפט העליון הוסיף שכאשר עומדת על הפרק החלטה מקצועית צבאית, בית המשפט לא יחליף את שיקול הדעת הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. כלומר, הסוגיה שפיטה, אך היקף ההתערבות של בית המשפט עשוי להיות פחות וישפע מן האופי המקצועי והמבצעי של הפעולה הצבאית. פסק הדין מסתיים במסקנה כי "אין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא אסור על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, כשם שאין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא מותר", וכי הדבר תלוי נסיבות בכל מקרה לגופו (עמ' 590).

המשנה לנשיאה ריבלין הצטרף לפסק הדין של הנשיא בדימוס ברק. המשנה לנשיאה ריבלין ציין בפסק דינו כי נשאלת השאלה שמא המציאות יצרה בפועל קבוצה נוספת שמחייבת דין מיוחד בדבר "לוחמים בלתי חוקיים", והוסיף כי מתעורר חוסר נוחות בעת שבאים להתאים את הקטגוריה המסורתית של "אזרחים" אל פעילי טרור. המשנה לנשיאה ריבלין ציין כי הפרשנות של הנשיא ברק לכללי המשפט הבינלאומי יוצרת בפועל, ובצדק, קבוצת התייחסות נוספת. המשנה לנשיאה הדגיש את החשיבות להימנע בעת הלחימה בטרור, ככל האפשר, מפגיעה באזרחים. זאת על אף הקושי הכרוך בכך לנוכח העובדה שלא אחת פעילי הטרור פועלים במסווה מתוך אוכלוסייה אזרחית. המשנה לנשיאה ריבלין הדגיש בפסק דינו שההכרח לכבד את חיי האזרחים של הצד שכנגד נגזר מכבוד האדם. הוא הוסיף כי מעקרון המידתיות נגזר שבמקרה שבו ייתכנו נזקים נלווים קשים לאוכלוסייה אזרחית, גם מטרה צבאית בעלת תועלת של ממש לא תצדיק את גרימתם.

הנשיאה ביניש הצטרפה גם היא לפסק הדין של הנשיא בדימוס ברק. הנשיאה ביניש הוסיפה כי יש לנקוט הקפדה יתרה בבחירה בסיכול ממוקד. בשל הקפדה זו, על המידע המוביל לסיכול ממוקד להיות מבוסס היטב, חזק ומשכנע באשר לסיכון הנשקף מפעיל הטרור. כמו כן יש לשקול את מידת ההסתברות של נקיטת פעולות איבה מצד פעיל הטרור, ויש צורך ברמת הסתברות ממשית לכך. הנשיאה ביניש חזרה על כך שאין לנקוט סיכול ממוקד כאשר אפשר לעצור את המחבל ללא סיכון ממשי לחיי חיילים. כמו כן הדגישה הנשיאה ביניש את עקרון המידתיות, שלפיו יש להימנע מפגיעה נלווית שאינה מידתית באזרחים תמימים.

פסק הדין בעניין הסיכולים הממוקדים נחשב לאחד מפסקי הדין המרכזיים שבהם בית המשפט העליון עסק במשפט הבינלאומי, והוא גם נודע בעולם כולו בתור פסק דין בולט וחשוב בתחום דיני המלחמה. בית המשפט העליון לא היסס להידרש בפסק הדין לנושא אשר לו מאפיינים מבצעיים. פסק דין זה עומד לצד פסקי דין נוספים שנתן בית המשפט העליון בתקופת האינתיפאדה השנייה, שבה נדרש ללחימת צה"ל ברצועת עזה וביהודה והשומרון.<sup>5</sup>

5 למשל בג"ץ 3436/02 הקסטורדיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 22 (2002); בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004); בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (31.1.2011); בג"ץ 3799/02 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005).

כמובן, אפשר לשאול הכיצד ניתן לאכוף בפועל את אמות המידה שנקבעו בפסק הדין, שהרי ההחלטה על הסיכול הממוקד מטבעה נשקלת ונעשית באופן שאינו חשוף לציבור. אולם לא מן הנמנע שכוחו של פסק הדין הוא בבחינה בדיעבד של סיכולים ממוקדים. לבחינה כזו יש ערך בכמה מישורים. היא נדרשת קודם כולל לצבא עצמו כאשר הוא בוחן את עצמו ומפיק לקחים. נוסף על כך, בחינה זו עשויה להקנות הגנה משפטית לחיילי צה"ל לאחר מעשה, אם היא תגלה שנשמרו באורח סביר אמות המידה שנקבעו בפסק הדין. כך, לבית המשפט העליון הוגשה עתירה נגד ההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית בעקבות פעולת הסיכול הממוקד נגד פעיל החמאס סלאח שחאדה, שבה כאמור נהרגו חפים מפשע רבים. העתירה הוגשה לפני פסק הדין של בית המשפט העליון בנושא הסיכולים הממוקדים, אולם ההכרעה בה נעשתה לאחר מכן. המדינה פירטה כיצד עמדה באמות המידה שנקבעו בפסק הדין בנושא הסיכולים הממוקדים, על אף התוצאה הקשה שנגרמה ממודיעין אשר בדיעבד התברר שהיה מוטעה. המדינה קיבלה את הצעת בית המשפט להקים ועדת בדיקה עצמאית ואובייקטיבית שתבחן את נסיבות המקרה. על רקע זה העתירה נדחתה.<sup>6</sup>

פסק הדין בעניין הסיכולים הממוקדים ממחיש את הצורך הבלתי פוסק של המשפט להתאים עצמו למציאות המשתנה. הדבר נכון לכל תחומי החיים ולכל תחומי המשפט, וכך גם בדיני המשפט הבינלאומי ובמסגרת המלחמה המודרנית בטרור. תופעת הטרור שינתה פניה עם הגעתה של המאה ה-21. הפלת מגדלי התאומים בניו יורק הייתה תוצר של פעילות טרור מתוחכמת, חוצת ימים ויבשות, ששיקפה עד כמה הרסני ומסוכן הטרור המודרני של ימינו אלה. היא הובילה לחשבון נפש משפטי בכל העולם הדמוקרטי בניסיון להתמודד עם הסכנה חסרת התקדים הנשקפת ממנו, לצד שמירה על ערכי יסוד משפטיים. פסק הדין בעניין הסיכולים הממוקדים הוא אחד הביטויים המובהקים להתמודדות זו.

6 בג"ץ 8794/03 הס נ' הפרקליט הצבאי הראשי (23.12.2008).

# משפט בינלאומי



# בין אלון מורה לחוק ההסדרה

בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979)  
בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (9.6.2020)

## מרים נאור ז"ל

פסק הדין משנת 1979 המוכר בשם פרשת אלון מורה הטביע את חותמו לשנים רבות (בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979)). תחילת הפרשה הייתה בכך שמפקד אזור יהודה והשומרון אז, בנימין בן אליעזר, חתם על צו המורה על תפיסה צבאית של 700 דונם בבעלות פרטית פלסטינית ליד היישוב אלון מורה. בעלי הקרקעות הפלסטינים הגישו עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ נגד התפיסה. הם טענו להפרה של המשפט הבינלאומי החל באזור, שבו אין חל המשפט הישראלי, ובאופן ספציפי טענו לזכותם הקניינית על הקרקע.

בפסק דין קודם נדונה השאלה האם מותר למפקד האזור לאפשר פגיעה בקניין הפרטי של תושבים פלסטינים בשל צורך צבאי. על שאלה זו השיב בית המשפט העליון בחיוב.<sup>1</sup> לכאורה, הדרך הייתה אמורה להיות סלולה לדחיית העתירה. אבל בעניין אלון מורה אחרי ניתוח מפורט ומדוקדק של הראיות שעמדו לפניו, הגיע בית המשפט למסקנה עובדתית אחרת ולפיה תפיסת הקרקע באותו מקרה לא נעשתה בשל צורך צבאי אלא מטעמים של יישובה של ארץ ישראל. בית המשפט, מפי מ"מ הנשיא (לימים הנשיא) לנדוי, שאליו הצטרפו השופטים ויתקון, אשר, בן-פורת ובכור, פסק כי אף שאפשר להצדיק צו תפיסה של קרקע פרטית כשהוא מבוסס על צורך צבאי, אי אפשר להצדיק צו תפיסה כזה המבוסס על נימוקים אידאולוגיים.

בעניין אלון מורה תפס המפקד הצבאי מקרקעין לצורך הקמת התיישבות אזרחית באלון מורה, במבואות העיר שכם. העותרים טענו – על יסוד חוות דעת של גורמי בטחון לשעבר – כי תכלית ההתיישבות האזרחית היא אידאולוגית, ושבהיותה כזו היא פסולה. המדינה טענה – על בסיס תצהיר הרמטכ"ל המכהן – כי ההתיישבות האזרחית נועדה להגשים תכלית ביטחונית צבאית, ולכן היא חוקית. להליך השיפוטי הצטרפו שני מתיישבים, אשר הסבירו כי התיישבו במקום בשל עקרון שיבת ישראל לארץ האבות, וכי הנימוק הביטחוני משני ואינו מעלה ואינו מוריד. לגילוי לב זה של המתישבים ניתן משקל רב בהכרעה, ובית המשפט העליון פסק כי בנסיבות אותו עניין לא הוכח שהצורך הצבאי הנטען אכן היה השיקול הדומיננטי בהחלטת

1 בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הבטחון, לג(2) 113 (1979).



המפקד הצבאי להקים את היישוב על מקרקעין בבעלות פרטית. משהתברר שמטרת התפיסה אינה צבאית, נחרץ דינה לביטול.

מעיון בפסק הדין ניכר שמ"מ הנשיא לנדוי פסק בעניין זה באי רצון גמור, מפני שבית המשפט נמצא מתערב בעל כורחו בסוגיה המצויה במחלוקת ציבורית. וכך, בין השאר, כתב באותו פסק דין מילים מפורסמות אלה: "יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין, לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה. אבל עדיין רב החשש שבית המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית המשפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (עמ' 4).

הדברים שביטא חזרו ונשנו לימים בפסקי דין שונים שבהם נדרש בית המשפט שלא בטובתו להכריע בסוגיות המצויות במחלוקת ציבורית.<sup>2</sup> פרט שלא ידעתינו לגבי הנשיא לנדוי – שהיה מאמני, מורי ורבי – למרות קשר הדוק בינו לביני בשנים הלא קצרות שבהן היה שופט בדימוס, למדתי מהביוגרפיה שכתבה ד"ר מיכל שקד על הנשיא לנדוי. מתברר שהוא סירב פעמיים לקנות דירה ממה שכונה אז "הרכוש הנטוש", בתים ודירות שהותירו אחריהם ערבים שנמלטו בזמן מלחמת העצמאות לשטחי מדינות עוינות.<sup>3</sup> לא לפלא בעיניי שמי שסירב לגעת ב"רכוש הנטוש" הוא שנתן לימים את פסק הדין בעניין אלון מורה, המדגיש את ערך הקניין הפרטי. הקביעה של פסק הדין כי אין להקים יישוב ישראלי על קרקע פרטית פלסטינית, הייתה – ונתרה – הלכה משפטית מושרשת בשיטתנו. לנדוי כתב בעניין זה דברים ברורים אלה: "לפי שיטת המשפט שלנו זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי כאחד, ואין נפקא מינה, במה שנוגע לזכותו של בעל האדמה להגנה על רכושו על-פי דין, אם האדמה היא אדמה מעובדת או אדמת טרשים" (עמ' 14-15).

פסק הדין בעניין אלון מורה הוא פסק דין מאלף שיש בו כדי ללמד לא רק מי היה הנשיא לנדוי בתור שופט, אלא מהן אמות המידה שעל פיהן מצויה השופט לפעול. כמצוטט, קבע הנשיא לנדוי כי אסור לשופטים בשבתם לדין לערב את השקפותיהם האישיות בתור אזרחי המדינה. כשכתב את מה שכתב, לא ידעתי עדיין דבר וחצי דבר על דעותיו האישיות בתור אזרח המדינה. גם הציבור לא ידע. רק שנים רבות אחרי פרישתו לגמלאות התבטא הנשיא

2 לדוגמה בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (פרשת ההתנתקות); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997) (פרשת סגירת כביש בראילון בשבת). ראו רשימותיהם בספר זה של גיא הימן, עמ' 702, ושלמה פרידלנדר, עמ' 325.

3 מיכל שקד משה לנדוי: שופט 107-108 (2012).

בדימוס לנדוי באופן שביטא עמדות לאומיות מובהקות, כמו בביקורתו הנוקבת על פסק הדין שאסר על הקמת יישובים ליהודים בלבד על קרקע ציבורית (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000)).<sup>4</sup> העמדות שביטא הנשיא בדימוס לנדוי בפומבי בעניין זה ובעניינים אחרים, לימדו אותנו, כנראה, כי השורה התחתונה בפרשת אלון מורה אולי לא הייתה לרוחו בתור אזרח המדינה, כפי שאפשר בדיעבד לקרוא בין השיטים, אבל הוא עשה את מה ששופט צריך לעשות: לפסוק לפי הדין.

פסק הדין בפרשת אלון מורה השתרש לא רק בבית המשפט אלא גם במדיניות ממשלת ישראל. בעקבותיו הוחלט כי יישובים באזורים המוחזקים בתפיסה לוחמתית יוקמו רק על קרקע מדינה ולא על קרקע פרטית.<sup>5</sup> החלטה זו הובילה להקמת צוות של המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה שמטרתו לסקור את הקרקעות ביהודה והשומרון ולעמוד על השאלות מהי קרקע פרטית ומהי קרקע בבעלות מדינה.<sup>6</sup> צוות זה גיבש מפה משפטית ובמידה מסוימת סרטט את גבולות ההתיישבות כפי שהם מוכרים לנו כיום (במסגרת מה שכונה "צוות קו כחול"). במקביל לצוות זה התערור דיון ציבורי רחב בשאלת הגישה המשפטית הראויה למפעל ההתיישבות. שר החקלאות אז, אריאל שרון, קרא להקים צוות משפטי שיכשיר את ההתיישבות.<sup>7</sup> גוש אמונים פרסם חוות דעת בדבר סוגיה זו.<sup>8</sup> במקביל, בשנת 1980 הגיש היועץ המשפטי לממשלה אז (לימים השופט), יצחק זמיר, חוות דעת לראש הממשלה בדבר המעמד המשפטי של ההתיישבות הישראלית ביהודה והשומרון ובה כמה הצעות בסוגיות אלו. זמיר קבע שאין להחיל את הלכת אלון מורה על יישוב שכבר הוקם. כמו כן, הוא העריך שפסיקה זו לא תפגע בהתיישבות, מפני שיש אדמות מדינה מספיקות להקים יישובים. עוד עמד היועץ המשפטי לממשלה זמיר על ההתייחסות לפסק הדין בציבור, המכילה אי דיוקים בדבר ההלכה המשפטית העולה ממנו.

ההלכה אשר יצאה מפסק הדין אלון מורה היא שאין להקים יישוב ישראלי על קרקע פרטית של פלסטינים, אלא רק על קרקע מדינה. זאת לצד ההדגשה שבית המשפט אינו נדרש לשאלת החוקיות של מדיניות ההתיישבות, אלא מגביל עצמו לבחינת החוקיות של תפיסת קרקעות מסוימות והתיישבות בהן.<sup>9</sup>

מכאן ואילך נודע להלכה זאת מקום של כבוד במשפט הישראלי. לדוגמה, הנשיאה ביניש כתבה בפסק דינה בעניין היישוב מגרון (בג"ץ 8887/06 אל-נאבות נ' שר הביטחון (2.8.2011)):

- 4 ארי שביט "מדינה על הטיטאניק" הארץ 6.10.2000. ראו רשימתו של סלים ג'ובראן בספר זה, עמ' 427.
- 5 החלטה 145 של הממשלה ה-18 (11.11.1979).
- 6 הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש דו"ח מסכם סעיפים 65-68 (2018).
- 7 ד' גולדשטיין "הליברלים והמפד"ל רואים סכנת משבר ממשלתי: שרון מתנה הישארותו בממשלה בחקיקה חדשה" מעריב 26.10.1979, 1.
- 8 נעימה ברזל המתנחלים בלבבות 356 (2017).
- 9 בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).

"מדיניותה המוצהרת של ממשלת ישראל עולה בקנה אחד עם העקרון הבסיסי המנחה את בית המשפט הזה עוד מראשית דיוניו בסוגיית הקמת היישובים באזור יהודה ושומרון. בפרשת אלון מורה הנ"ל, נאמר עוד מפי הנשיא מ' לנדוי... ברוח הדברים שנאמרו בפסק־הדין האמור ובפסקי־דין רבים נוספים שיצאו מלפנינו במשך השנים, נאמר אף אנחנו, כי הדין מחייב את המדינה שלא לנהוג בגרירת רגליים מתמשכת בנסיבות בהן עליה לפעול לאכיפת החוק" (פסקה 16). בית המשפט העליון יישם הלכה זו פעמים רבות, ולא אחת עמדו פסקי דין אלו במוקד סערה ציבורית רחבה.<sup>10</sup> גם אני הסתמכתי עליה בכמה פסקי דין במהלך השנים, והגדרתי זאת "עיקרון מקודש": "לפני סיום אדגיש: העיקרון לפיו אין לאפשר בנייה בקרקע פרטית הוא עקרון מקודש. נתתי לו ביטוי לא אחת בפסקי דין שונים, בין אלה שנתתי ובין אלה בהם הצטרפתי לדעת אחרים" (בג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון, פסקה 15 (8.9.2014) (ההדגשה הוספה)).

בשנת 2017, אחרי פינוי יישובים או חלקי יישובים בגלל בנייה על קרקע פרטית, נחקק החוק הידוע בשמו הפופולרי "חוק ההסדרה".<sup>11</sup> כפי שהורה סעיף 1 לו, מטרת החוק הייתה להסדיר את מעמד היישובים שכבר נבנו כחלק מההתיישבות. בין היתר, החוק הכשיר גם בנייה של יישובים על מקרקעין פרטיים שיש להם בעלים פלסטינים. החוק קבע מנגנון להסדרת בנייה בלתי חוקית, ולפיו יוקצו זכויות השימוש והחזקה במקרקעין לצורכי ההתיישבות שנבנתה עליהם. זאת אם הבנייה במקרקעין נעשתה בתום לב או ב"הסכמת המדינה". נגד חוק זה עתרו לבג"ץ מספר גדול של מועצות ועמותות בטענה שהחוק אינו חוקתי, ושוב עמדה על הפרק השאלה העקרונית בדבר הקמת יישובים ישראליים על קרקע פרטית. הפעם התקיפה הייתה תקיפה ישירה נגד חוק ההסדרה, והיא נדונה לפני הרכב מורחב של תשעה שופטים בבית המשפט העליון (בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (9.6.2020)).

במקרה מורכב זה העתירה התקבלה ברוב דעות של שמונה משופטי ההרכב. השופט סולברג היה בדעת מיעוט, אבל למעשה גם הוא תמך בקבלת ההחלטה, אם כי במתכונת חלקית יותר. בעיקרו של דבר, בג"ץ פסק שהחוק אינו עומד באמות המידה החוקתית של מדינת ישראל ולכן יש להורות על בטלותו.

כמו בפרשת אלון מורה, גם כאן במוקד עמדה שאלת ההקמה של יישובים ישראליים על קרקע פרטית פלסטינית, ולא מדיניות ההתיישבות עצמה. בשונה מאשר בפרשת אלון מורה, נדון חוק של הכנסת, ובהתאם לכך עמד במרכז הדיון חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמגן על הזכות לקניין, על הזכות לשוויון ועל הזכות לכבוד. מאחר שזכויות אלה נפגעו בצורה

10 דוגמאות נוספות הן בג"ץ 9060/08 עבדאללה נ' שר הביטחון, פ"ד סה(2) 667 (2012) (גבעת האולפנה); בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" - ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (20.8.2014) (חרשה והיובל); בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (25.12.2014) (עמונה); בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון (1.9.2016) (נתיב האבות); בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון (נבו) 27.2.2017 (תשעה בתים בעפרה).

11 חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017.

חמורה ומובהקת, היה צריך להוסיף ולבחון אם התקיימו התנאים לפגיעה חוקתית (לפי "פסקת ההגבלה"). בית המשפט העליון עמד על כך שהחוק נועד להגשים שתי תכליות השלובות זו בזו, שרק אחת מהן ראויה. התכלית האחת היא מערכתית, ובמרכזה הכשרה בדיעבד של התיישבות בלתי חוקית על מקרקעין שאינם רכוש ממשלתי באזור. תכלית זו לא נמצאה ראויה. התכלית השנייה היא אנושית, ובמרכזה מתן מענה למצוקת המתיישבים שהקימו בתיהם תוך הסתמכות בתום לב על הסכמת המדינה, ולימים התברר כי אלה הוקמו על רכוש שאינו ממשלתי – וזו ראויה. עם זאת, נקבע כי אף שהתכלית האנושית ראויה וחשובה, אין בה כדי להצדיק פגיעה כה משמעותית בזכויות החוקתיות המוגנות. זאת בייחוד נוכח קיומם של אמצעים חלופיים שיש בהם כדי להגשים, גם אם לא באופן מלא, את התכלית האמורה ואת התועלת הציבורית הגלומה בה. כפי שציין השופט סולברג בדעת מיעוט, הוא הסכים שתכלית החוק ראויה, אבל קבע כי היקף תחולתו רחב מדי בשל ההגדרה הרחבה בחוק למונח "התיישבות" (שכלל גם שטחים חקלאיים, אמצעי ייצור ומתקנים) ולמונח "מדינה" (שכלל גם רשויות מקומיות ומועצות אזוריות). כיוון שהפגם הוא בתחולה הרחבה של החוק, הוא סבר שלא צריך להורות על בטלות החוק בכללותו, אלא לשיטתו די במחיקת החלקים הללו ממנו. בדרך צמצום זו יינתן תוקף ליתר חלקי החוק, אשר הם לתכלית ראויה ומידתיים.

עיון בהתפתחות הפסיקה מבג"ץ אלון מורה לבג"ץ חוק ההסדרה מעלה כי רוב יישומי הלכת אלון מורה במשך השנים היו מעשיים בלבד, ללא עיסוק בטעמים השונים שמאחורי הלכה זו. רק כאשר חוקקה הכנסת חוק מפורש בסוגיה, היה על בית המשפט לדון בצורה ישירה במתח הערכי המונח בסוגיה: זכות הקניין של הפלסטינים ומפעל ההתיישבות. דיון ערכי זה חידד מחדש את ההכרעה בפסק הדין בעניין אלון מורה. לדעתי, בהחלט אפשר לראות את שורשי פסק הדין בעניין אלון מורה בפסק הדין בעניין חוק ההסדרה.

יש לזכור כי פסק הדין בעניין אלון מורה ניתן שנים רבות לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, חוק ההסדרה נבחן על פי המבחנים החוקתיים המקובלים שפותחו מאז חקיקת חוק היסוד, ובראשם פסקת ההגבלה, ועל פי אמות מידה ערכיות עקב הפגיעה הקשה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אבל הדמיון גובר על השוני. עוד לפני חוק היסוד זכות הקניין הייתה נטועה עמוק בשיטת המשפט.

יש חוט מקשר ברור בין הלכת אלון מורה ופסקי הדין שניתנו בעקבותיה לפסיקת בית המשפט העליון בעניין חוק ההסדרה, אף שפסק הדין בעניין חוק ההסדרה משתמש במינוח חוקתי ומתבסס גם על הפגיעה בזכות לשוויון. בעידן שלפני חוקי היסוד ובלי מינוח חוקתי, אלא בפרשנות שמרנית של הדין ושל העובדות, שינה פסק הדין של מ"מ הנשיא לנדוי את המדיניות של ממשלות ישראל בענייני ההתיישבות ביהודה והשומרון והתווה לפני בית המשפט העליון את הדרך שהוא הולך בה זה עשרות שנים.

## גדר המחלוקת: העתירות נגד גדר ההפרדה

בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004)  
בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005)

### ארנון דראל

הימים ימי שלהי המאה ה-20 ותחילת המאה ה-21. שיחות השלום שהתקיימו בין ישראל לפלסטינים בקמפ דייוויד ביולי 2000 נכשלו, והחל מספטמבר 2000 מדינת ישראל נתונה למתקפת מעשי טרור שבוצעו בידי פלסטינים ושהופנו כלפי אזרחים וחיילים. הפיגועים בוצעו בכל שטחי מדינת ישראל, בערים, ביישובים, בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות, בשווקים, בבתי הקפה ובמסעדות. בין פעולות הטרור – פיגועי התאבדות. נמנה עימם גם הפיגוע במלון פארק בנתניה, שהתרחש בליל הסדר התשס"ב (27.3.2002) ושאחריו יצא צה"ל למבצע חומת מגן.

רשויות הצבא והביטחון הגיעו למסקנה שהאמצעי היעיל למנוע את הכניסה של מפגעים לשטח מדינת ישראל, הוא מכשול שימנע את ההסתננות ושמכונה "גדר ההפרדה". ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי אישרה תוואי להקמת מכשול שאורכו עולה על 200 ק"מ.

המילים "מכשול" ו"גדר" יכולות להטעות. מדובר במערכת "חכמה" שתפקידה להתריע לכוחות שייפרסו לאורכה על כל ניסיון לעבור בה. בצידה החיצוני מכשול נגד רכב (תעלה או אמצעי אחר), לצידו כביש שירות, דרך לטשטוש שמאפשרת לזהות עקבות של מי שחצה את הגדר, דרך פטרולים, דרך לרכב משוריין וגדר נוספת. הרוחב הממוצע הוא 50-70 מטרים. בחלק מסוים של מקטעיה היא נראית כחומה, וכך אף קראו לה מבקריה.

העלילה מסתבכת מאחר שהמדינה החליטה להקים את הגדר בשטחי יהודה והשומרון, המוחזקים בידי צה"ל, ותכננה להקים חלקים ממנה על אדמה פרטית. לשם בניית הגדר באותן אדמות פרטיות נדרש מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, המכונה גם מפקד האזור, להוציא "צווי תפיסה" שמאפשרים לצה"ל לתפוס את אותם השטחים, כפוף לפיצוי בעלי הקרקע.

לנפגעים מצווי התפיסה ניתנה אפשרות להשיג על ההחלטה לתפוס את אדמתם, ואם השגתם לא תתקבל – לפנות בעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. ואכן, במהלך השנים הוגשו עתירות רבות מסוג זה.

העתירה הראשונה שזכתה להכרעה עקרונית הייתה בעניין בית סוריק (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004)). בעלי הקרקעות ומועצות

הכפרים שבאזור ירושלים, ובראשם מועצת הכפר בית סוריק, ביקשו לתקוף את חוקיות צווי התפיסה הנוגעים לקרקעות שהם מעבדים או שמצויות בבעלותם.

טענות העותרים ברובד העובדתי היו שצווי התפיסה פוגעים בהם בכמה היבטים: מניעת שימוש בחלק מהשטח; ניתוק מבארות מים; פגיעה ביכולת לרעות עדרי צאן; עקירת עשרות עצי זית ועצי פרי; הפרדה בין מקום המגורים ומקום העיבוד של שטחים חקלאיים; ויצירת תלות במשטר ביורוקרטי מכביד של היתרים לצורך גישה לקרקעות, מה שעלול להפוך את העיבוד לבלתי אפשרי. כמו כן נטען שהמכשול ימנע גישה נוחה, כפי שהייתה, למרכזים עירוניים, לבתי חולים ולמוסדות רפואיים, לבתי ספר ולאוניברסיטאות וינתק בין הישובים שמעבר לו למרכז העירוני, אלא אם כן יעברו דרך נקודות בדיקה – שיחייבו הליך ביורוקרטי מייגע.

במישור המשפטי העותרים התבססו על טיעונים משני מקורות דינים: המשפט המנהלי הישראלי, שחל על המדינה ומוסדותיה, והוראות המשפט הבינלאומי הפומבי, שחלות גם הן על פעולות מפקד האזור בשטחי יהודה והשומרון. הטענות נחלקו לשלושה ראשים. ראשית, נטען שמפקד האזור אינו מוסמך להוציא צווי תפיסה שמשנים את גבולות האזור, בלא הסמכה לכך בחוק ותוך "סיפוח" למעשה של שטחים למדינת ישראל בניגוד למשפט הבינלאומי. שנית, נטען שתהליך קבלת ההחלטה היה לקוי. הצווים לא פורסמו, לא הובאו לידיעת רוב בעלי המקרקעין, לא ניתנה שהות מספקת להשיג על הצווים ולא ניתנה זכות טיעון נאותה. שלישית, נטען שהקמת הגדר פוגעת בזכויות יסוד של התושבים – זכות הקניין, חופש התנועה, חיי המשפחה והקהילה וחופש הדת – פגיעה בלתי מידתית שאף עולה כדי ענישה קולקטיבית.

מנגד, המדינה ומפקד האזור טענו שהצווים הוצאו כדין. התשובה לעתירה התבססה על כך שהגדר היא מיזם בעל חשיבות לאומית בתקופה שבה ישראל מצויה בלחימה של ממש נגד גל הטרור, ושהגדר נועדה להציל את חיי הישראלים שעלולים להיפגע בפגיעה טרור מידי טרוריסטים שחודרים לישראל ושמתגוררים באזור יהודה והשומרון. המדינה ומפקד האזור טענו עוד כי בשל השיקול הביטחוני אי אפשר להקים את הגדר אלא בשטח ששולט על הסביבה, כדי למנוע פגיעה בכוחות השומרים עליה ולאפשר איתור חדירות מנקודות תצפית לאורכה. הצורך בהקמת הגדר בשטחי יהודה והשומרון נובע גם מההכרח לבצע לעיתים מרדפים בטרם הגיעו החודרים לישראל. כמו כן נטען שנעשה מאמץ לבחור תוואי שלא יחצוץ בין אדמות לבעליהן, ושיאפשר לחקלאים להגיע לשטחים שהם מעבדים. המשיבים הוסיפו שבכוונתם לסלול כבישים ודרכים שיענו על צורכי התושבים, ולהקים נקודות ביקורת שיאפשרו מעבר נוח יותר. אם אי אפשר למנוע את הפגיעה, ישולם פיצוי. לבסוף, נטען שתהליך קבלת ההחלטה היה סדור ושינתנה זכות טיעון. מייד לאחר הגשת העתירה ניתן צו ביניים שמנע את המשך בניית הגדר עד להכרעה בעתירה, ובית המשפט העליון קיים בה לא פחות משבעה דיונים. מהלך דברים זה אינו שכית, והוא מלמד על הקושי שהיא עוררה ועל ההתלבטות המורכבת בנוגע לאיזון בין האינטרסים השונים. הדיונים גם הביאו את גורמי הביטחון לשנות חלק מהתוואי כדי להתחשב בעמדת בעלי הקרקעות הפלסטינים.

בסופו של דבר העתירה התקבלה בהיבטים מסוימים שנוגעים לתוואי הגדר, אבל בית המשפט אישר עקרונות את חוקיות המיזם. את פסק הדין כתב הנשיא אהרן ברק, בהסכמת המשנה לנשיא אליהו מוצא והשופט מישאל חשין.

נקודת מוצא לדיון בפסק הדין הייתה שמדינת ישראל מחזיקה באזור ב"תפיסה לוחמתית". הכוונה היא שחל ביהודה והשומרון ממשל צבאי. בראשו עומד מפקד צבאי וסמכויותיו יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי לפי אמנת ג'נבה הרביעית. נקודת מוצא נוספת היא שעל פעילות גורמי הצבא חלים כללי המשפט המנהלי. בהתאם לכך, בית המשפט הגדיר את השאלות שבהן יש להכריע: האחת – האם מפקד האזור מוסמך להקים את גדר ההפרדה בשטחי יהודה והשומרון, והשנייה – חוקיות התוואי של גדר ההפרדה.

באשר לשאלה הראשונה נפסק שקיימת סמכות להקים את הגדר באזור. אכן, הובהר כי אי אפשר להקים את גדר ההפרדה בשטחי יהודה והשומרון מטעמים מדיניים או פוליטיים, אלא אך ורק מנימוקים ביטחוניים. אבל בית המשפט קיבל את הסכרי מפקד האזור והגיע למסקנה שהסיבה להקמת הגדר הייתה ביטחונית. עוד נקבע שלא נפל פגם בתפיסת השטח, ושהמפקד הצבאי רשאי לתפוס חזקה במקרקעין באזור הנתון לשליטתו, בתנאי שהדבר נדרש על פי צרכים צבאיים.

בשלב זה נדונה השאלה השנייה, שעניינה חוקיות התוואי שנבחר להקמת גדר ההפרדה. בקשר לכך שב בית המשפט על עקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי. לפיהם, הסמכות לנקוט צעדים לשמירה על הביטחון באזור, למשל להגן על ביטחון המדינה ואזרחיה, אינה מוחלטת. יש לאזן בין צורכי הביטחון לצורך להבטיח ככל האפשר את החיים התקינים של האוכלוסייה המקומית.

למעשה, השאלה שביט המשפט העליון נדרש להכריע בה היא שכיחה אבל מורכבת: כיצד לאזן בין זכויות האדם והצרכים של האוכלוסייה המקומית לצורכי הביטחון מנקודת הראות של המפקד הצבאי. הבחינה, כפי שהגדיר אותה בית המשפט העליון, היא של מידתיות – עקרון יסוד במשפט הבינלאומי ובמשפט המנהלי. עקרון המידתיות עומד ביסוד תהליך האיזון בין האינטרסים השונים. משמעותו שהחלטה של רשות מנהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני שננקט לשם הגשמת תכלית שלטונית הוא במידה הראויה. במילים אחרות, האם היחס בין המטרה שמבקשים להגשים, לאמצעים שננקטים להגשמתה, הוא יחס ראוי?

ביישום מבחן המידתיות נעזר בית המשפט בשלושה מבחני משנה שכבר אומצו בפסיקה בהקשרים נוספים. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הרציונלי, שדורש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. הרי אם הפגיעה בזכויות האדם אינה משרתת את המטרה הביטחונית, היא לא הכרחית ואין טעם בגרימתה. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שבוחן אם האמצעי שהרשות נוקטת פוגע בפרט במידה הקטנה ביותר מבין מגוון האמצעים שאפשר לנקוט להגשמת המטרה. אם יש אפשרות להשיג את התכלית הביטחונית באותה עוצמה תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם, הרי שיש לעשות כן.

מבחן המשנה השלישי, שמכונה גם מבחן האמצעי המידתי, קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות נוקטת, צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שהאמצעי יביא. לעיתים הפגיעה בזכויות האדם הכרחית, ואין אמצעי חלופי שפוגע בהן פחות, אבל עדיין הנזק שנגרם הוא כה גדול עד שאפשר לומר שהמשקל שניתן לשקול הביטחוני אינו מידתי.

בהקשר של גדר ההפרדה השאלה הראשונה שניתן לה מענה בפסק הדין, הייתה האם המתווה שהמפקד הצבאי בחר בו משיג את המטרה המונחת ביסודו. בהקשר זה הובהר כי נקודת מוצא היא ש"אנו, שופטי בית המשפט העליון, איננו מומחים לענייני צבא" (עמ' 843). לכן בית המשפט בוחן רק אם מפקד צבאי סביר היה יכול לקבוע מתווה כפי שקבע המפקד הצבאי. בהמשך לכך נבחנה מידתיות התוואי תוך בחינת היחס בין השיקול הצבאי לזכויות של תושבי האזור. בית המשפט פנה לבחון כל אחד ואחד מצווי התפיסה הפרטניים ובדק בנפרד את הקביעה בנוגע לכל מקום ומקום. באשר לחלק מהתוואי נקבע שאין להתערב בעמדת המפקד הצבאי. בחלק מהצווים האחרים מצא בית המשפט העליון שלא התקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים לתועלת הביטחונית. בנייתו של אחד הצווים נמצא שהגדר יוצרת בין התושבים לאדמות החקלאיות חיץ שפוגע בהם פגיעה חריפה וקשה, תוך הפרת הזכויות של התושבים לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. מדובר ב-13,000 חקלאים שנותקו מאלפי דונמים של אדמות ומעשרות אלפי עצים שמהם הם מתפרנסים, בלי שגורמי הביטחון ניסו כלל לאתר קרקע חלופית, והמעבר למקום דרך שערים היה עלול לגרום לתורים ארוכים במעברים. בית המשפט הגיע למסקנה שהפגיעות אינן מידתיות ושלאפשר להפחית אותן מאוד בתוואי חלופי. בית המשפט הורה למפקד האזור לבחון מחדש את התוואי שנקבע ולמצוא פתרון חלופי.

כמה ימים לאחר שבית המשפט העליון נתן את פסק דינו בעניין בית סוריק, בית הדין הבינלאומי בהאג נתן חוות דעת מיעצת בנוגע לגדר ההפרדה.<sup>1</sup> חוות הדעת המיעצת ניתנה לבקשת העצרת הכללית של האו"ם, והיא הייתה שונה מפסק הדין של בית המשפט העליון. היא התייחסה לסוגיה של בניית הגדר בכללותה. נקבע שהבנייה אינה חוקית מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי, מאחר שיש לראות בה סיפוח של שטח פלסטיני לישראל במסווה של שיקולי ביטחון.

כיצד ניתן להסביר את ההבדלים בין עמדת בית המשפט העליון לעמדת בית הדין הבינלאומי בהאג? בית המשפט העליון עצמו התמודד עם שאלה זו כאשר נדרש פעם נוספת לגדר ההפרדה, בעניין מראעבה (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005)), בנוגע למקטע הגדר שקרוב לאלפי מנשה. פסק הדין בעניין מראעבה ניתן בהרכב מורחב של תשעה שופטים. בית המשפט העליון עמד על כך שבית הדין הבינלאומי נתן חוות

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 1  
 .Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9)



דעת מייעצת, שאינה נשענת על תשתית עובדתית קונקרטיית. לכן אף שבית המשפט העליון נתן את מלוא המשקל לנורמות של המשפט הבינלאומי כפי שבית הדין הבינלאומי בהאג פירש אותן ופיתח אותן, הוא קבע שהפרשנות של בית הדין אינה מחייבת את ישראל. בית המשפט שב על גישתו שמחייבת לבחון, כפי שעשה, באופן פרטני "כל קטע וקטע" ולראות אם נמצא איזון בין הצורך הביטחוני-צבאי לזכויות האוכלוסייה המקומית. בהמשך פסק הדין בחן בית המשפט שוב את התוואי שנקבע, את השלכותיו על האוכלוסייה המקומית ואת צורכי הביטחון. הנשיא ברק, שכתב גם את פסק הדין בעניין בית סוריק, הגיע למסקנה שיש לבטל את התוואי שנקבע שם והורה למדינה לבחון חלופות ביטחוניות שפוגעות פחות בחיי התושבים. כך בית המשפט העליון התערב בהחלטה שהתקבלה, אבל מטעמים שונים מאלה של בית הדין הבינלאומי בהאג. שבעה שופטים תמכו בעמדה של הנשיא ברק במלואה. שופט אחד, המשנה לנשיא מישראל חשין, הסכים לתוצאה, אבל סבר שאין מקום להידרש כלל לחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי.

אם כן, כיצד אפשר להעריך את דרכו של בית המשפט העליון להתמודד עם האתגר שהציבו לפתחו העתירות בעניין גדר ההפרדה? יש שמבקרים את ההתערבות של בית המשפט העליון בשיקולי המדינה והצבא ושואלים כיצד מהיגים השופטים היושבים בירושלים, לאור "נורות הניאון" ובמשכן בטוח ומאובטח, להטיל הגבלות על המאבק הלאומי בטרור. מנגד, יש גם שמצביעים על כך שמידת התערבותו של בית המשפט מוגבלת, כפי שמלמדת ההשוואה לחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי. השופטים עצמם הבהירו שאינם אנשי צבא, ושהם מגבילים עצמם לביקורת שיפוטית המבוססת על השיקולים שהוצגו להם. עם זאת, בחינת פסק הדין מלמדת שבסופו של דבר על אף ההכרה במקצועיות של המפקד הצבאי והמשקל המכריע שניתן לעמדתו, נכנס בית המשפט העליון לעובי הקורה ובחן את הפגיעה האפשרית בתושבים. אין משמעות הדבר שבית המשפט הפך למומחה ביטחוני. הוא בחן את ההצדקה לפגיעה בזכויות האדם של התושבים בשל הקמת גדר ההפרדה ומצא כי נימוקי הביטחון שהדריכו את המדינה ואת מפקד האזור מצדיקים את הפגיעה, וכי זו אינה מידתית.

בית המשפט לא היסס לנקוט גישה לא פופולרית. הוא התבסס על עקרון המידתיות ונתן ביטוי למחויבות של מדינת ישראל למשפט הבינלאומי ההומניטרי (גם אם אין מקורה בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג).

הנשיא ברק השיב לביקורת הצפויה על בית המשפט העליון בסיום פסק דינו בעניין בית סוריק. מילותיו מבטאות אולי יותר מכול את המתח בין המאבק בטרור והצורך בביטחון להכרח להגן על זכויות הפרט ועל המחויבויות של ישראל לפי המשפט הבינלאומי, ואת גישת הנשיא ברק בדבר עליונות המשפט: "קשה הוא תפקידנו. אנו בני החברה הישראלית. אף שמצויים אנו לעתים במגדל שן, מגדל זה מצוי בתוככי ירושלים, שלא פעם נפגעה מטרור חסר מעצורים. מודעים אנו להרג ולהרס אשר הטרור כנגד המדינה ואזרחיה גורר אחריו. ככל ישראלי אחר אף אנו מכירים בצורך להגן על המדינה ועל אזרחיה מפני פגיעתו הקשה של הטרור. מודעים אנו

לכך כי בטווח הקצר פסק־דין זה אינו מקל את המאבק של המדינה כנגד הקמים עליה. ידיעה זו מקשה עלינו. אך אנו שופטים. כאשר אנו יושבים לדין, אנו עומדים לדין. אנו פועלים על־פי מיטב מצפוננו והכרתנו. אשר למאבקה של המדינה בטרור הקם עליה, משוכנעים אנו כי בסופו של יום מאבקה על־פי הדין ותוך מילוי הוראותיו, מחזק את כוחה ואת רוחה. אין ביטחון ללא משפט. קיום הוראות המשפט הוא מרכיב בביטחון הלאומי... רק גדר הפרדה הנבנית על אדני המשפט תעניק ביטחון למדינה ולאזרחיה. רק תואי הפרדה המתבסס על דרך המשפט יוביל את המדינה אל הביטחון הנכסף" (עמ' 861-862).

# מנהגים פוגעניים, סובלנות ומשפט: מקרי המבחן של "מילת נשים" ו"כבוד המשפחה"

ע"פ 3768/08 סלאמה נ' מדינת ישראל (7.11.2010)  
בר"ם 5040/18 פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה (9.2.2020)

## רחל ברקאי

האם אלימות מגדרית תוכר בתור עילת רדיפה לפי אמנת הפליטים אף על פי שאינה מנויה בה במפורש? האם תקום לנאשמים בפלילים "הגנה תרבותית" כי ביצעו את מעשי ההמתה מטעמים של מה שפעם כונה "חילול כבוד המשפחה"? שאלות אלה הן אך דוגמאות להתחבטות המתמדת בשאלה של מערכת היחסים המורכבת בין משפט לתרבות, ובמידת ההתחשבות הראויה בתרבות הרקע של הצדדים להליך המשפטי.

מדינת ישראל היא מדינה רב-תרבותית, רב-לשונית, רב-דתית ורב-לאומית. חיים במקומותינו יהודים, מוסלמים, נוצרים דרוזים וקבוצות אתניות שונות נוספות. החברה הישראלית משקפת קיבוץ גלויות ומורכבת מפסיפס אנושי תרבותי רחב ומגוון. חברה רב-תרבותית מייצגת הכרה במציאות תרבותית מסורתית של קבוצות חברתיות שונות. גישה זו דוגלת בכיבוד הזכויות של קהילות תרבותיות המבקשות לדבוק במסורת שלהן, ובהכרה בזכויות אלו. גישה זו מדגישה את ההגשמה העצמית של הפרט, את השוויון המהותי בין כל התרבויות ואת שלילת העליונות של תרבות אחת על פני האחרת. אבל אין המדובר בהכרה מוחלטת בזכותה של הקהילה לנהוג על פי אורחות חייה. גם למימוש התרבותי יש גבולות. בכל מקום שבו פרקטיקה תרבותית מסוימת, גם אם חשובה ומכוננת דרך היא מבחינת חברי הקבוצה, מתנגשת עם ערכים בסיסיים של החברה, נשאלת השאלה עד כמה עלינו להתחשב בה. היכן עוברים הקווים האדומים המצדיקים התערבות?

כאשר המחוקק שותק ואינו אומר את דברו, נדרש בית המשפט למלאכת תחימת הגבולות ואיזון האינטרסים. לכן לבתי המשפט בחברה דמוקרטית יש תפקיד כבד משקל והוא לשמור על זכויות יסוד גם במישור התרבותי. קביעת גבולות הסובלנות לעיתים קשה היא. במסגרת האיזון תישאל השאלה מהי עוצמת הפגיעה של הנורמה המסורתית ביחיד. להתלבטויות אלה יש השלכות ישירות על עבודת בתי המשפט.

כדי להמחיש את הדברים נפתח בסיפורן של שתי בנות צעירות שנולדו בישראל לבני זוג, אזרחי חוף השנהב ממוצא מוסלמי שנכנסו לישראל שלא כדין. לאחר הגעתם לישראל

נולדו להם שתי בנות, שאקרא להן כאן פזית (בת 13 במועד הדיון) וטובית (בת 6). ההורים והקטינות, פזית וטובית, פנו לשר הפנים בבקשה לקבל מקלט מדיני בישראל על רקע חשש מפני ההליך המכונה "מילת נשים", שעלול להתבצע בגופן אם יחזרו לארץ מוצאן, כפי שאירע לאימן בילדותה.

מילת נשים על פי הגדרת ארגון הבריאות העולמי, היא פעולה כירורגית שכרוכה בהסרה חלקית או מלאה של איבר המין הנשי החיצוני או בכל פגיעה אחרת באיבר המין, המתבצעת שלא מסיבות רפואיות, אלא כחלק ממנהג דתי או ממסורת קהילתית תרבותית. זהו הליך נפוץ בקרב קהילות רבות במדינות אפריקה, אך גם בחלק ממדינות אסיה והמזרח התיכון, וכפועל יוצא מכך גם בקרב קהילות מהגרים במדינות מערביות שמוצאן מאותם אזורים. הליך מילת נשים מתבצע פעמים רבות ללא הרדמה, אנטיביוטיקה או ציוד סטרילי.

על פי מידע מבוסס ומוכח, נמצא כי מילת הנשים היא השחתה או הטלת מום כפויה של איברי המין. תופעות הלוואי המיידיות של הליך זה כוללות כאבים, זיהומים, שטפי דם, הלם רגשי וגופני ונזק לאיברים סמוכים כגון מערכות השתן והעיכול. בטווח הארוך יותר ההליך עלול לגרום לדלקות ולתופעות קשות המביאות לפגיעה במערכות גוף פנימיות (השתן, הכליות ופוריות), ולסיכון מוגבר להידבק בנגיפים המועברים בדם (כגון HIV וצהבת C-1 B). סיבוכים אפשריים נוספים כוללים דימומים לאחר לידה ומוות של יילודים. על כך יש להוסיף את ההשלכות הנפשיות הקשות שמהן סובלות נשים שבוצע בהן ההליך בכפייה – הכוללות חרדה, דיכאון, הפרעה פוסט-טראומטית וקושי ליהנות מיחסי מין. חלק מהנשים שעוברות את ההליך, בעיקר כאשר הוא נעשה בתנאים לא תנאים, אף מקפחות את חייהן כתוצאה מדימום או מסיבוכים רפואיים אלו. על פי המידע המופיע באתר ארגון הבריאות העולמי, יותר מ-200 מיליון נערות ונשים ברחבי העולם היו קורבן להשחתת איבר מינן בכפייה. חשוב להבהיר כי חרף הדמיון הנובע מאזכור המונח "מילה" – מילת נשים שונה בתכלית ממילת בנים, וכל הנדון כאן אינו נוגע לאחרונה.

הורי הקטינות טענו כי משפחתה של האם מאיימת עליהם ודורשת מהם לערוך לפזית ולאחר מכן לטובית את ההליך המילה מטעמים של "כבוד המשפחה". ההורים אף סיפרו כי בעבר סבתן של הקטינות ביצעה הליך שכזה בכפייה בנכדה אחרת שלה בשעה שאמה של זו נעדרה מהבית. כמו כן הסבירו כי גם אם יתגוררו באזור אחר של חוף השנהב, הרי שבני המשפחה או בני השבט ימצאו אותם, יגיעו אליהם ויפגעו בפזית וטובית בפגיעה בלתי הפיכה. בשל כך טענו כי הם חשופים לסכנת רדיפה בשל סירובם לחשוף את בנותיהם, שנולדו וחיו בישראל כל חייהן, למנהג המסורתי של מילת נשים בארץ מוצאם.

על בסיס כל אלה הם הגישו בקשה לקבל מקלט בישראל לפי אמנת הפליטים. רשות האוכלוסין וההגירה דחתה את הבקשה על סמך הנימוק שהמנהג של השחתת איברי מין נשיים נפוץ בעיקר בקרב האוכלוסייה הכפרית המתגוררת באזורי הצפון והמערב של חוף השנהב, ופחות בחלקים אחרים של המדינה. עוד נמצא כי ממשלת חוף השנהב מנסה להילחם

בתופעה, שאסורה בחוק, כך שנתונה להורים ולקטינות הגנת המדינה, כמו גם זו של ארגונים לא ממשלתיים אשר מסייעים לנערות החוששות מכך. נקבע כי באפשרותם להתגורר בחלק אחר של חוף השנהב, שלא בקרבת משפחתם, כך שיש להם חלופת מגורים פנימית שמאפשרת את הבטחת שלומן של פזית וטוביית ולתת להן הגנה סבירה.

הערר שהוגש על החלטה זו לבית הדין לעררים הפועל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, נדחה, וכך גם הערעור שהוגש על החלטתו לבית המשפט המחוזי. שתי הערכאות קיבלו את העמדה שאין מקום להתערב בהחלטה שהתקבלה ושמבוססת על קיומה של חלופת מגורים סבירה. בשלב זה הוגשה בקשת רשות לערער על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ובשל אופיו העקרוני של הנושא שהועלה בה, בית המשפט העליון נתן רשות כאמור ודן בערעור לגופו בהרכב השופטים ברק-ארז, אלרון וגרוסקופף (בר"ם 5040/18 פלזנית נ' רשות האוכלוסין וההגירה (9.2.2020)).

חשוב לציין כי למעשה גם המדינה לא חלקה על כך שהסכנה להטלת מום במסגרת הפרקטיקה של מילת נשים יכולה לשמש עילה להכרה במעמד של פליטות. המחלוקת נסבה בסופו של דבר על השאלה של קיום חלופת מגורים סבירה. בשלב מאוחר של ההליך הודיעה המדינה לבית המשפט כי היא נכונה להעניק למשפחה מעמד זמני בישראל לתקופה של שנה. בנסיבות אלה סבר השופט אלרון שאפשר להסתפק בכך. לעומת זאת, השופטים ברק-ארז וגרוסקופף בדעת הרוב סברו כי הראיות שהוצגו מצדיקות הענקת מעמד של פליטות, מה גם שהמדינה לא התחייבה לדבר בתום השנה שנזכרה.

בית המשפט העליון עמד על האכזריות שבמנהג מילת נשים. הוא תיאר מנהג זה בתור מעשה אלים המבוצע בכפייה, בדרך כלל בקטינות, באופן הגורם להן נזק חמור ובלתי הפיך, ובעל השלכות גופניות ונפשיות קשות. בית המשפט הכיר בזכותן של נשים, ובהתאם בזכותן של פזית וטוביית, לגופן ופירט את ההוקעה שמילת הנשים זכתה לה מפי מדינות רבות וארגונים שונים ברחבי העולם. בית המשפט עמד על הסכנה הנשקפת בפועל לפזית ולטוביית בארץ מוצאן. על בסיס זה נקבע כי הוכח שהן עלולות להיות חשופות לאיום של השחתת איברי מין נשיים בארץ מוצאן, וכי הסכנה הנשקפת להן עולה כדי "פחד מבוסס היטב מפני רדיפה" על רקע דת ומגדר, העשוי להקים עילה למתן מעמד של פליטים.

שופטי הרוב סברו שהמדינה לא הוכיחה כי הקטינות תהיינה מוגנות מפני איום הפגיעה בהן באזורים אחרים של חוף השנהב, ועל כן אין די בהרחקתן למחוז אחר בארץ מוצאן. בית המשפט קבע כי מאחר שה"רודפים" אחר הקטינות הם בני משפחה, קיים חשש כי הם יגיעו אל הקטינות גם אם יגורו באזור אחר. בהקשר זה הצביע בית המשפט גם על כך שכמעט שאין מקרים של העמדה לדין בגין הפרקטיקה הנפוצה של מילת נשים. על כן נקבע כי לא הוכח שמדינת המוצא של הקטינות מסוגלת להעניק להן הגנה ממשית מפני פגיעה בהן. זאת בנסיבות הטעם לרדיפה, דרגת הסיכון והיות הנרדפות ילדות קטינות המצויות ברמת סיכון גבוהה בהיותן נרדפות על רקע מגדר.

כאמור, גם השופט אלרון הכיר במילת נשים כברדיפה העשויה להקים במקרים מתאימים עילה להכרה במעמד של פליט, בהדגישו כי אין בכך הכרה גורפת וכי כל מקרה ייבחן לגופו על פי נסיבותיו. אבל בעניין הנדון סברה עמדת המיעוט כי הערעור התייתר מאחר שהמדינה הסכימה להעניק למשפחה רישיון לישיבה ארעית מטעמים הומניטריים.

כל השופטים הסכימו שזכותה של קהילת המיעוט לפעול על פי תרבותה, נדחקת הצידה מפני הצורך להגן על בנות הקהילה. מנהג מילת הנשים, אשר יש בו כדי לפגוע בצלם אנוש, חוצה את גבולות הסובלנות של חברה ליברלית כלפי מנהגים ומסורת של קבוצות תרבותיות בתוכה, ועל כן יש להוקיעו.

מה שאפיין את המקרה שבו דנו עד כאן, היה רצונם של ההורים להגן על הבנות מפני המנהג הקהילתי הפוגע. אבל במקרים אחרים בני המשפחה עצמם מקדמים את הפרקטיקות הקהילתיות הפוגעות. אלה הם פני הדברים כאשר ננקטת אלימות קטלנית נגד נשים בשם מה שמכונה "כבוד המשפחה", בשל התנהגויות שנחשבות ללא צנועות כביכול.

נביא את סיפורו של מקרה אחד כזה מני רבים. האחים אנואר וחסן גרמו למותה של אחותם עביר על רקע של "פגיעה בכבוד המשפחה". בני המשפחה חשדו כי בתם בת ה-21 מנהלת קשר רומנטי עם גבר בלי שהיא נשואה לו. האם לקחה את בתה לרופאה, וזו הנפיקה תעודה רפואית המאשרת כי עביר אינה בתולה ואף עברה הפלה. האם סיפרה זאת לבעלה ולאחר מכן השניים דיווחו על כך לבניהם. בזאת נחרץ דינה של עביר. האחים חנקו אותה למוות וכיסו אותה בעפר.

נגד האחים הוגש בבית המשפט המחוזי בחיפה כתב אישום שייחס להם עבירות של רצח בכוונה תחילה, חטיפה לשם ביצוע רצח וקשירת קשר לביצוע פשע.

להגנתם הם טענו בין השאר כי אחותם הבעירה את חמתם מאחר שחיללה את כבוד המשפחה, עד כי איבדו שליטה על מעשיהם. בית המשפט המחוזי בחיפה הרשיע את המערערים בעבירות של רצח בכוונה תחילה, חטיפה לשם ביצוע רצח וקשירת קשר לביצוע פשע ודן אותם למאסר עולם. על כך ערערו האחים לבית המשפט העליון. גם בערעור הם חזרו וטענו שלא שלטו במעשיהם נוכח "ההתנהגות המתגרה של אחותם".

הערעור, שנדון לפני השופטים לוי, חיות ועמית, נדחה (ע"פ 3768/08 סלאמה נ' מדינת ישראל (7.11.2010)). בית המשפט העליון דחה את כל הטענות המופנות נגד ההרשעה של האחים. חשוב להדגיש כי בפרט בית המשפט דחה את הטענה שהאחות המנוחה "התגרתה בהם" בהתנהגותה עד כי הבעירה את חמתם במידה כזאת שגררה אותם למעשה ההמתה (מה שמכונה הגנת הקנטור). בית המשפט הכיר בכך שבתרבויות שונות הערך של שמירה על כבוד המשפחה הוא מסד ערכי וחשוב. אבל בהיותו שומר הסף לקיומה של חברה נורמטיבית דמוקרטית ומתוקנת, דחה הוא אפשרות לגלות סובלנות כלפי מנהגים המגלים חוסר כבוד לאוטונומיה של האדם ולערך החיים. בית המשפט הוקיע מנהגים אלימים הפוגעים בזכות הבסיסית של אדם לחיים, ולא היה נכון לגלות סובלנות ולהכיר ב"הגנה תרבותית" בפלילים

בנסיבות שבהן בוצע מעשה אלימות בוטה וחמור ביותר – רצח – מטעמי "חילול כבוד המשפחה". בית המשפט הדגיש את זכותה של אישה להיות אחראית לחייה והוסיף כי לא ב"כבוד המשפחה" מדובר, אלא ב"חוסר כבוד במשפחה": חוסר כבוד לאישה, חוסר כבוד לאוטונומיה שלה וחוסר כבוד לערך החיים. מאחורי הביטוי "כבוד המשפחה" מסתתרים דפוסי השפלה ודיכוי של האישה, שאין חלקנו עם הפועלים לפיהם.

מקרים מסוג זה חוזרים ומגיעים אל פתחם של בתי המשפט. הם מדגימים את החובה המוטלת עליהם להציב קווים אדומים ליכולת לפעול בשם התרבות. אכן, תרבות היא זהות. התרבות שלנו מעצבת את עולמנו ומשפיעה השפעה עמוקה על סולם הערכים שלנו. היא מניעה אותנו לפעולה. ועדיין, על כל המתגוררים כאן מוטלת החובה לזכור כי הם פועלים במסגרת חברה כוללת שקיימות בה תרבויות שונות, שחלקן מתנגשות עם עולם הערכים שלהם. יש הקשרים רבים שבהם המשפט מגלה פתיחות, או לפחות סובלנות, למנהגים התרבותיים השונים הקיימים במקומותינו. אך ישנם גילויים תרבותיים שהם במובהק "מחוץ לתחום". כפי שראינו בית המשפט העליון קבע כלל ברור ולפיו אלימות חוצה את הקו האדום, ואי אפשר להצדיקה בשם מימוש תרבותי. יש לקוות כי הקביעה השיפוטית הברורה תזכה גם להפנמה חברתית.

# חושך שבטו - לא שונא בנו

ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000)

## דנה כהן-לקח

האם הורה רשאי להשתמש באלומות "סבירה" כלפי ילדו כדי לחנכו? ומה מבחין בין תקיפה להתעללות? שאלות אלה הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון בעניינה של אישה שהיא אשמה בהכאת ילדיה (ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000)). זהו אחד מאותם מקרים שמעורבים עניינם של קטינים, ולכן שמות המעורבים נותרים חסויים. נכנה את האם: אילנה.

אילנה הייתה אם יחידינית לשני ילדים רכים, בת וכן. הגנות בגנים שבהם למדו, הבחינו ששני הילדים נעדרים בתכיפות מהגן, שעל גופם נראו סימני מכות, ושהם נהגו להגיב בפחד וברתיעה לאחור כשהגנות התקרבו אליהם. הילדה גם סיפרה לגנות שהאם הכתה אותה. על רקע זה הגנות מסרו דיווח לרשויות הרווחה, ובהמשך נפתחה חקירת משטרה. בסוף החקירה הוגש נגד אילנה כתב אישום לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. בכתב האישום נטען, בין היתר, שאילנה הכתה בהזדמנויות שונות את ילדיה בישבנם וסטרה על פניהם, ושבערב יום הכיפורים הכתה את בנה באגרופ בפניו ושברה את אחת משיניו. בגין כך יוחסו לאילנה עבירת התעללות כלפי שני ילדיה ועבירת תקיפה כלפי בנה.

אילנה לא הכחישה שהכתה את ילדיה. אבל היא טענה שהיא עושה כן כשהם משתוללים או אינם מציינים לה, בהתאם לגישה חינוכית שרואה במכות גורם מרתיע. בכך היא הלכה כביכול בדרך סלולה היטב שמקורה בתפיסות מסורתיות לגבי חינוך ילדים. פורמלית הטענות של אילנה נשענו גם על פסק דין מוקדם של בית המשפט העליון משנת 1953.<sup>1</sup> באותה פרשה קבע השופט ש"ז חשין, בהתבסס על המשפט האנגלי, שהורים ומורים זכאים להעניש קטינים הנתונים למרותם, עונשי גוף למטרה חינוכית ובתנאי שמדובר בעונש מידתי. השופט אסף הסכים לכך ותמך זאת במקורות המשפט העברי, ובהם הפסוק: "חושך שבטו שונא בנו ואהבו שחרו מוסר".<sup>2</sup> פסק דין זה הנחה פסקי דין מאוחרים יותר שניתנו בערכאות הדיוניות ושהכירו מבחינה עקרונית בסמכות ההורה להשתמש בענישה גופנית כלפי ילדו אם היא נעשית במידה

1 ע"פ 7/53 ראסי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 790 (1953).

2 משלי יג 24.



סבירה וביישוב הדעת.<sup>3</sup> אילנה טענה שהיא רשאת לנקוט כלפי ילדיה ענישה גופנית סבירה בתור אמצעי חינוכי. היא הוסיפה שאין במעשיה משום התעללות או תקיפה, שענישה גופנית כדי לחנך לציוד אינה מפירה נורמה משפטית, ושמזדק לפטור בגינה מאחריות בפלילים. השופטת רוטלוי דחתה בבית המשפט המחוזי את הטענות של אילנה והרשיעה אותה בעבירות התעללות בקטינים ותקיפה של בנה. בהמשך לכך העונשים שהוטלו על אילנה היו מאסר מותנה ופיקוח וטיפול של שירות המבחן למשך 18 חודשים.<sup>4</sup>

אילנה לא השלימה עם פסיקת בית המשפט המחוזי. היא ערערה לבית המשפט העליון. ערעורה נדון לפני הרכב שכלל את הנשיא ברק, השופטת ביניש והשופט אנגלרד. הערעור נדחה בפסק שניתן ברוב דעות, ושהוליד את אחד מפסקי הדין החשובים שניתנו בתחום של זכויות ילדים. את פסק הדין כתבה השופטת ביניש, לימים נשיאת בית המשפט העליון. במוקד הדיון עמדו שתי שאלות מרכזיות: האחת – שאלת הגבולות של עבירת ההתעללות בקטינים, והשנייה – סוגיית הלגיטימיות של ענישה גופנית של ילדים.

בכל הנוגע לעבירת ההתעללות בקטינים, השאלה הפרשנית שבית המשפט נדרש אליה הייתה מה מבדיל בין תקיפה למה שראוי לכנותו "התעללות". השופטת ביניש הסבירה כי אף שלפי ההגדרה המילונית, "התעללות" היא התנהגות קשה ואכזרית או יחס לא אנושי, ההגדרה המשפטית למונח זה היא רחבה יותר מאחר שתכלית העבירה של התעללות בקטינים ובחסרי ישע היא להגן עליהם מפני תחום רחב של פגיעות. התעללות נעשית במקרים שהמצפון והרגש אינם מאפשרים להתייחס אליהם כאל מקרי תקיפה בלבד. היא טומנת בחובה אכזריות, הטלת אימה או השפלה – שמקנים לה את התווית הבלתי מוסרית, שאינה נלווית בהכרח לכל מעשה תקיפה. בהתייחס לנסיבות המקרה נקבע שאילנה הפעילה אלימות מתמשכת ושיטתית עד שילדיה ראו בה דרך חיים "טבעית". השופטת ביניש ציינה כי ייתכן שאילנה לא התכוונה לגרום נזק לילדיה, וכי כל הכאה כשלעצמה לא הייתה אכזרית. עם זאת, השיטתיות והתדירות של המכות במקומות שונים בגוף הקטינים, התמשכות המכות לאורך זמן, השימוש בחפצים (כגון כפכף) ואווירת הטרור ששררה בבית מאחר שעניינים פעוטים גררו ענישה גופנית כואבת תוך פרצי זעם – כל אלה נחשבים להתנהגות אכזרית של האם כלפי ילדיה שעלתה כדי התעללות תוך ביזוי כבודם של הקטינים. כך במיוחד בנסיבות שבהן קיים פער כוחות מובנה בין ההורה, שבידיו המרות והשליטה, לילד, שהוא החלש והתלותי. בהתחשב בכל אלה סברה השופטת ביניש שנחצה הגבול של "התעללות", וכך סבר גם הנשיא ברק, שהסכים עימה. מנגד, השופט אנגלרד סבר בדעת מיעוט שיש לזכות את אילנה מעבירת ההתעללות באמצע את ההגדרה המילונית למונח. הוא התבסס על גישה שמצדדת בפרשנות מקילה בדין הפלילי אם החוק

3 למשל ת"פ (מחוזי ת"א) 570/91 מדינת ישראל נ' אסולין, פ"מ התשנ"ב(1) 431 (1992); ת"פ (שלום ת"א) 4227/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"מ התשנ"ד(4) 112 (1994).

4 ת"פ (מחוזי ת"א) 511/95 מדינת ישראל נ' פלונית (3.6.1998).

נתון לכמה פירושים סבירים, ועל הקפדה על הגדרה ברורה של גבולות האיסור הפלילי. הלכה למעשה, השופט אנגלרד סבר שעניינה של אילנה היה מקרה של תקיפה ולא של התעללות, בהעדר אלימות קשה ואכזרית כלפי הקטינים.

הסוגיה השנייה, והמרכזית, נסבה כאמור על הלגיטימיות של ענישה גופנית מצד הורה כלפי ילדו. סוגיה זו עוררה שורת שאלות מורכבות: האם יש לצעוד בעקבות הפסיקה שנקבעה בעבר כך שהורה רשאי להעניש את ילדו בעונש גופני "מתון"? או שמא ראוי לשנות את הפסיקה עם שינוי העיתים, ולאסור כליל על ענישה גופנית של הורה כלפי ילדו בלא קשר לחומרת העונש הגופני? האם ההגנה על פרטיות התא המשפחתי ועל האוטונומיה של ההורים מצדיקה להשאיר בידי ההורה שיקול דעת להשתמש בענישה גופנית כל עוד היא מידתית להשגת המטרה החינוכית? או שמא ההגנה על כבודם של קטינים ועל שלומם מחייבת איסור גורף על אלימות כזו? האם פסיקה שאוסרת על ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם, ראויה בחברה רב-תרבותית, שבה קבוצות מסורתיות עשויות לראות בענישה גופנית אמצעי חינוכי מותר? האם איסור כאמור הוא התערבות יתר וגזירה שהציבור לא יעמוד בה, בהינתן שהורים מסוימים נוהגים להשתמש בכוח לא מוגזם כלפי ילדיהם (כגון מכה קלה בישבן או על כף היד)?

שאלות מורכבות אלה בחנה השופטת ביניש בפסק דינה. היא הדגישה ששאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית אינה מתעוררת כלל לגבי עבירת ההתעללות, שחורגת מן התחום המאפשר הכרה בצידוק חוקי. לפיכך שאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית יכולה להתעורר רק באותם מקרים שבהם ההתנהגות הנדונה עולה כדי תקיפה בלבד, כמו המעשים של אילנה כלפי בנה. נקודת המוצא לדיון הייתה שחוק העונשין, התשל"ז-1977, לא כלל בעבירת התקיפה הגנה מפורשת שעניינה ענישה גופנית "סבירה" מצד הורים למטרות חינוך. הפסיקה שנקבעה בשנות החמישים אמנם הרשתה שימוש בענישה גופנית כאמור, אבל היא נפסקה לפני שנים רבות והתבססה על המסורת שהתפתחה במשפט האנגלי. נקבע שנוכח חלוף הזמן ובהתחשב בתפיסות החברתיות והחינוכיות העדכניות, מן הראוי לבחון מחדש את עמדת המשפט הפלילי בישראל בנוגע לענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם, ולאסור ענישה זו.

השופטת ביניש ביססה מסקנה זו על התפתחויות משפטיות נוספות בעניינים קרובים ועל ההתייחסות העדכנית של המשפט הישראלי לזכויות ילדים ולהיקף ההגנה על התא המשפחתי. ראשית, צוין שבית המשפט כבר שלל שנתיים קודם לכן את התפיסה שמרשה ענישה גופנית של ילדים בידי גננות ומורים.<sup>5</sup> באותה פרשה נקבע כי ההשקפה שהרשתה למורים להשתמש באמצעי אלימות לצורכי חינוך, אינה הולמת עוד את הנורמות החברתיות המקובלות. בהמשך לכך קבעה השופטת ביניש שבהתאם להשקפות החינוכיות העדכניות, עונש גופני אינו אמצעי חינוך לגיטימי גם בידי הורים. כך, הן מאחר שענישה גופנית גורמת לכאב ולהשפלה שפוגעים בגוף הקטין ובנפשו, הן מאחר שענישה "קלה" עלולה להתדרדר עם הזמן לאלימות קשה יותר

5 ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה אור, פ"ד נב(3) 374 (1998).

שתסכן את הילד, הן מאחר שההורה הוא דגם לחיקוי לילדו, ולכן הילד עלול לסגל בעצמו דפוס התנהגות אלים, ומעגל האלימות לא ייפסק. שנית, הגם שלהורה זכות טבעית לגדל את ילדו לפי שיקול דעתו ולחנכו לפי שיקול דעתו, זכות זו אינה מוחלטת. בניגוד לתפיסה ההיסטורית, בימינו הילד אינו נחשב לרכוש של הורה. אם ההורה מסכן את ילדו, המדינה תתערב בתא המשפחתי, בין היתר באמצעות הדין הפלילי, כדי להגן על מי שאינו מסוגל להגן על עצמו. שלישית, נפסק שיש להתחשב בהתייחסות המשפטית בת זמננו לילד כאל אדם אוטונומי שנושא זכויות משל עצמו. התפיסה שמכירה בזכות הילד להגנה על שלמות גופו ונפשו, קיבלה ביטוי מובהק באמנה בדבר זכויות הילד, שנכנסה לתוקף בישראל בשנת 1991. התפיסה האמורה קיבלה ביטוי גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992, שהקנה מעמד חוקתי להגנה על שלמות הגוף ועל כבוד האדם באשר הוא אדם.

בהתחשב בכל אלה נקבע כי ענישה גופנית מצד הורים כלפי ילדיהם בתור שיטת חינוך היא שריד לתפיסה חברתית שאבד עליה הכלח, וכי כיום היא אסורה בחברתנו. השופטת ביניש הדגישה שבית המשפט אינו יכול לעצום עיניו אל מול התפתחויות ולקחים שהופקו במישור החברתי החינוכי, ושמתפקידו ומחובתו להעביר מסר ברור לכלל הציבור בישראל ולפיו ענישה גופנית כלפי ילדים אינה מותרת. גישה אחרת עלולה לסכן את שלומם של ילדים ולפגוע בערכי היסוד של כבוד האדם ושלמות הגוף. השופטת ביניש הוסיפה שאם הורה ישתמש במגע קל כלפי ילדו כדי לשמור על הסדר או למנוע נזק לילד או לזולתו, אפשר במקרים מתאימים להימנע מהטלת אחריות בפלילים באמצעות "מסננות" אחרות, כגון שיקול הדעת שנתון בידי התביעה להימנע מהעמדה לדין, והגנת "זוטי דברים" (שלפיה אין מטילים אחריות בפלילים על מעשה קל ערך). הנשיא ברק הצטרף בהסכמה לפסק הדין של השופטת ביניש גם בהיבט הזה. לעומתם, השופט אנגלרד סבר שהשאלה אינה נדרשת להכרעה, מאחר שדרכי הענישה של אילנה לא יכלו להיחשב לענישה חינוכית סבירה בכל מקרה.

מייד לאחר שניתן, תואר פסק הדין בתור "מהפך משפטי".<sup>6</sup> כחצי שנה לאחר מכן אימצה הכנסת גישה זו גם בתחום דיני הנזיקין בכך שביטלה את ההגנה שניתנה קודם לכן מפני עוולת התקיפה להורים ולמורים שהשתמשו באלימות "סבירה" למטרות חינוך.<sup>7</sup> כמו כן, הצעות חוק פרטיות שניסו לשנות את הלכת פלוגנית באמצעות חקיקה שתתיר ענישה גופנית "סבירה" מצד הורים כלפי ילדיהם, לא התקבלו.<sup>8</sup> בהמשך הוביל פסק הדין לדיונים בתקשורת, בקרב אנשי מקצוע ובאקדמיה. הוצגו בהם עמדות שתומכות באיסור הגורף על ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם, לצד עמדות שמתנגדות לו. דומה שהדיונים בנושא סייעו להטמיע את המסר

6 סלי סבה "חושך שבטו" בהוראת בית המשפט: הרהורים בעקבות מהפך משפטי" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום 425 (מ' חובב ואח' עורכים 2003).

7 חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 9), התש"ס-2000.

8 הצעת חוק חינוך ואהבת ילדים, התש"ס-2000; הצעת חוק חושך שבטו שונא בנו (התרת ענישה חינוכית), התש"ס-2000.

שפסק הדין ביקש להעביר נגד ענישה גופנית כלפי קטינים.<sup>9</sup> עם זאת, אין ספק שבפסק הדין לכדו אין די, ונדרשים אמצעים משלימים: תקשורתיים, חברתיים וחינוכיים – להטמעת האיסור על ענישה גופנית כלפי קטינים.

מאז ניתן פסק הדין בשנת 2000, חלפו למעלה משני עשורים. במבט רחב יותר הוא אחד משורת פסקי דין שבהם בית המשפט נדרש לאזן בין השמירה על פרטיות התא המשפחתי ועל האוטונומיה של ההורים, מצד אחד, להגנה על טובת הילד וזכויותיו, מצד אחר. בפסיקה נקבע שנוכח הקשר הטבעי והעמוק בין הורים לילדיהם ונוכח העוצמה הניכרת של זכות ההורים לאוטונומיה בקבלת החלטות לגבי ילדיהם, ההתערבות בהחלטות אלה תיעשה במקרים חריגים בלבד, כשמתחייבת הגנה על טובת הילד וזכויותיו. כאמור, בפרשת פלונית ההתערבות באוטונומיה של ההורה נועדה להגן על זכות הילד לכבוד ולשלמות הגוף והנפש. בפסק דין נוסף נקבע שיש לתת טיפול רפואי מציל חיים לקטין שסבל מנכות חמורה מלידה, אף שהוריו סירבו שיינתן הטיפול האמור. בית המשפט העליון קבע שחיי ילד נכה אינם ראויים להגנה פחותה ביחס לחיי ילד נעדר נכות. בנסיבות אלו מקרה הראיות לא לימדו כי מצב הקטין כה קשה עד שאין טעם להאריך את חייו, ולכן נקבע שמן הראוי להגן על זכות הקטין לחיים ולהעדיפה על פני האוטונומיה של ההורים לסרב לטיפול רפואי להצלת חיי בנם.<sup>10</sup> מקרים מובהקים אף יותר הם כמובן מצבים של פגיעות מיניות בקטינים מצד מבוגרים קרובים אליהם, גם בתוך התא המשפחתי. כל ילד הוא אדם שנושא זכויות עצמאיות משל עצמו הראויות להגנה, ובמידת הצורך המדינה תעשה זאת ותתייצב לימינו גם אל מול הוריו.

9 בסקר שערך מכון גאוקרטוגרפיה לרגל יום עיון בנושא "ענישה גופנית", שהתקיים במכללת שערי משפט ב-14.11.2005 לציון חמש שנים להלכת פלונית, 79% מהנשאלים השיבו שאסור להכות ילדים לצורכי חינוך, ו-17% מהנשאלים השיבו שמותר לעשות זאת. Benjamin Shmueli, *Who's Afraid of Banning Corporal Punishment? A Comparative View on Current and Desirable Models*, 26 PENN ST. INT'L L. REV. 57, 99 n.119 (2007); אורלי פוקס־שבתאי "האם היטיב האיסור הגורף על כל מה חינוכית עם ילדי ישראל?" *משפחה במשפט* א 31, 48 (2007).

10 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד נא(4) 830 (1997).

# על כבודו של האדם וכבודו של החוק

בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717 (2013)  
בג"ץ 7385/13 איתן - מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(2)  
524 (2014)  
בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (11.8.2015)

## יובל ליבדרו

בגבול הדרומי של המדינה ניצבת גדר שמונעת במידה רבה כניסה לא מורשית לתחומיה שלא דרך תחנת גבול מסודרת. גדר מסוג זה לא הייתה קיימת בעבר. בתקופה שקדמה להקמתה נכנסו לישראל שלא כדין באזור הגבול עשרות אלפי אנשים, בעיקר תושבי אריתריאה וסודן. תופעה זו זכתה לכינוי "הסתננות", והם - לשם "מסתננים", מה שהזכיר את המינוח בשנים הראשונות של המדינה. ברקע הדברים ניטשה מחלוקת בשאלה האם הם אכן רק "מסתננים" או שמא, לפחות חלקם, נאלצו לעזוב את מולדתם בשל סכנה שנשקפה לחייהם, ולפחות אינם יכולים לחזור אליה.

בשנת 2009 הסתננו לישראל למעלה מ-5,000 אנשים, ובשנת 2011 המספר כבר גדל פי שלושה ולישראל נכנסו למעלה מ-17,000 אנשים. בשנים אלו מדינת ישראל נקטה מדיניות של "איי-הרחקה זמנית" של מסתננים מאריתריאה לארץ מוצאם, על רקע ההכרה באריתריאה כבמדינת משבר. בפועל, מדינת ישראל לא פעלה להשיב גם את המסתננים מסודן לארץ מוצאם, מסיבות שונות.

מציאות זו נכפתה על מדינת ישראל. היא הובילה להשלכות חברתיות לא פשוטות הקשורות לפגיעה בשלום הציבור ובביטחון הפנים, בפרט באזור דרום תל אביב, שם התרכזו רבים מהמסתננים, ואף להשלכות שעניינן הקצאת משאבים לשירותי רווחה, בריאות וחינוך. על רקע זה החליטה ממשלת ישראל לפעול למיגור התופעה בשלוש דרכים עיקריות. הראשונה, הקמת גדר גבול משמעותית בגבול ישראל-מצרים. השנייה, ניהול מגעים עם מדינות זרות לשם הרחקת המסתננים אליהן, לרבות באמצעות עידוד יציאה מרצון. השלישית, שהיא מעניינת, הייתה נקיטת אמצעים משפטיים מרתיעים כלפי המסתננים באמצעות תיקון החוק למניעת הסתננות. תיקון החוק הוליד אירוע תקדימי במשפט הישראלי. בתוך תקופה של כשנתיים, במהלך השנים 2013-2015, בית המשפט העליון ביטל תיקונים של אותה הוראת חוק שלוש פעמים ברציפות.

בתיקון הראשון לחוק למניעת הסתננות נקבע בסעיף 30 לחוק שלשר הביטחון תהיה סמכות להוציא צווי גירוש למסתננים, ושצו זה יכול לשמש בסיס חוקי להחזקת מסתנן במשמורת עד לגירוש. בסעיף 30א לחוק הסדיר המחוקק את התקופות שבהן אפשר להחזיק מסתנן במשמורת, ואת העילות השונות שמאפשרות להשתחרר ממשמורת זו. ההוראה המרכזית בסעיף 30א לחוק קבעה שמסתנן יוכל להשתחרר ממשמורת בחלוף שלוש שנים מיום תחילת החזקתו במשמורת. תיקון זה הוליד כמה עתירות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, והן הוכרעו בפסק הדין הידוע בתור עניין אדם (בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717 (2013)). בעתירות אלה, שאחת מהן הגישו אלו שהושמו במשמורת, ביקשו העותרים מבית המשפט להכריז שהתיקון לחוק בטל.

הרוב המוחלט של העותרים היו אזרחי סודן ואריתריאה, שהמדיניות בנוגע אליהם היא "אי הרחקה". הטענות המרכזיות שלהם היו שהחזקה במשמורת כאשר בפועל אין מתקיים הליך גירוש, כמוה כמעצר מנהלי, ושלהדבר עומד בסתירה לעקרונות משפטיים מקובלים בישראל ובמשפט הבינלאומי. העותרים טענו שהתיקון לחוק לא נועד לתכלית ראויה, שהוא פוגע בזכות לחירות במידה אנושה, ושהוא אינו עומד במבחני המידתיות החוקתיים. בתשובתה לעתירה טענה המדינה שמדינת ישראל נמצאת במצב ייחודי בהיותה המדינה המערבית היחידה שיש לה גבול יבשתי ארוך עם יבשת אפריקה; שלתופעת ההסתננות השפעה על ביטחון הפנים ועל שלום הציבור; ושתופעה זו גורמת לשינוי עמוק במרקם החיים העירוני ופוגעת בכלכלה ובמשק. המדינה טענה שבית המשפט נדרש לנהוג באיפוק בעת שהוא דן בביטול חקיקה ראשית של הכנסת, והוסיפה שלא זה המקרה החריג שמצדיק לבטל את התיקון לחוק. המדינה טענה עוד שהזכות לחירות של המסתננים אכן נפגעת, אבל אין מדובר בזכות מוחלטת, והפגיעה מקיימת את התנאים לפגיעה בזכות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (מה שמכונה תנאי "פסקת ההגבלה").

בית המשפט העליון דן בעתירות בהרכב מורחב של תשעה שופטים בראשות הנשיא אשר גרוניס. כל תשעת השופטים שישבו לדין הסכימו שהתיקון לחוק אינו חוקתי, משום שהוא פוגע באופן לא מידתי בזכות היסוד לחירות. שמונה מתשעת השופטים סברו שיש לבטל את כל ההוראות שמנויות בסעיף 30א לחוק, ואילו השופט ניל הנדל סבר שדי בביטול ההוראה בנוגע להחזקת המסתננים במשמורת לתקופה של עד שלוש שנים. את פסק הדין המרכזי כתבה השופטת עדנה ארבל. היא התייחסה בהרחבה לפגיעה של התיקון בזכות לחירות, שמוכרת בתור אחת מזכויות האדם הבסיסיות ושמשקפת את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. השופטת ארבל קבעה שהתיקון לחוק אינו צולח את מבחני המידתיות. היא נתנה דעתה לכך שבעת בחינת העתירה שהו במשמורת כ-1,750 מסתננים מתוך 55,000 ששהו, על פי ההערכה, באותה העת בישראל. כמו כן, צוין שזמן קצר לאחר תחילת יישום התיקון חלה ירידה משמעותית במספר המסתננים לישראל, למשל בחודש מרץ 2013 דווח על כניסת שלושה מסתננים בלבד (אף שהיה קשה להוכיח מה הוביל לירידה: בניית הגדר,

התיקון או השילוב ביניהם). בהתאם לנתונים אלה עלה ספק אם מוצדק לפגוע פגיעה קשה בחירות המסתננים באמצעות השמתם במשמורת לתקופה של עד שלוש שנים, שכן התועלת החברתית מכך – בהתאם לתכליות התיקון – היא שולית. השופטת ארבל מצאה גם, בין היתר לאחר סקירת המצב בארצות הים, שהתיקון אינו עומד במבחן המידתיות, משום שהיה אפשר להגשים את תכליות התיקון בדרכים שפוגעות במידה פחותה בחירות של המסתננים, דוגמת הטלת הגבלות מגורים על המסתננים או חיובם לשהות בלילות במתקן שהייה שיספק את צורכיהם. כך התקבלה העתירה הראשונה והסתיימה "המערכה הראשונה".

בחלוף כחודשיים ממתן פסק הדין הראשון התקבל תיקון חדש לחוק, שנשען בעיקרו על שתי רגליים. האחת – חקיקה מחדש של סעיף 30 לחוק, תוך קביעה שהתקופה המרבית להחזקה במשמורת תעמוד על שנה אחת (ולא על שלוש שנים כפי שהיה בתיקון הראשון), ותוך ייעוד התיקון למסתננים שהסתננו למדינת ישראל רק לאחר כניסת התיקון החדש לתוקף. השנייה – הוספת פרק לחוק שמאפשר להכריז על מתקן בתור "מרכז שהייה" אשר בו ישהו מסתננים שהגיעו למדינת ישראל קודם לתיקון החדש ושאי אפשר להרחיקם מישראל בעת הזו. גם תיקון זה הוליד עתירה, הידועה בתור עניין איתן (בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(2) 524 (2014)).

בעתירה המרכזית שבית המשפט בחן, העותרים היו מסתננים מאריתריאה וארגוני זכויות אדם. הם טענו שהחוק אינו חוקתי גם לאחר תיקונו, מאחר שהוראותיו מובילות לפגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות ובזכות לכבוד. כמו כן נטען שלצד התכליות של מניעת השתקעות מסתננים בישראל ושל הרתעת מסתננים מלבוא לישראל, קיימת תכלית נוספת, סמויה, והיא "שבירת רוחם של הכלואים" כדי שאלו יבקשו לצאת מישראל "מרוצנם". העותרים טענו שהתיקון החדש סוטה מן העיקרון המקובל שלפיו אם בפועל אין הליך גירוש, אסור להחזיק אדם במעצר. העותרים טענו שהתיקון על שתי רגליו אינו מידתי. מנגד, המדינה טענה שהתיקון החדש שונה באופן מהותי מזה שבוטל, שתכליותיו ראויות ושהוראותיו מידתיות.

פסק הדין השני של בית המשפט העליון ניתן באותו הרכב מורחב של תשעה שופטים. גם עתירה זו התקבלה, אבל הפעם הדעות היו חלוקות. שישה שופטים קיבלו את העתירה לבטל את סעיף 30, גם בהינתן תקופת המשמורת החדשה. שבעה שופטים קיבלו את העתירה לבטל את ההסדרים שקשורים ב"מרכז השהייה". את פסק הדין המרכזי כתב השופט עוזי פוגלמן. באשר להוראת סעיף 30 החדשה בחוק, שמכוחה היה אפשר להחזיק במשמורת לתקופה של עד שנה את מי שהסתנן לשטח ישראל, נקבע כי היא עדיין לא מידתית ואינה עומדת – אפילו בקירוב – ביחס ישר לתועלת שמופקת ממנה, ולכן היא אינה חוקתית. השופט פוגלמן סבר שהשמה במשמורת של מסתננים שאין בעניינם אופק הרחקה נראה לעין, לתקופה של שנה בלי שהם יכולים לקדם את שחרורם – פוגעת במידה העולה על הנדרש בזכויותיהם לחירות ולכבוד. באשר להקמת "מרכז השהייה" והפעלתו, צוין כי המרכז היחיד שהיה קיים באותה העת בישראל – מתקן "חולות" שבנגב, אשר אכלס כ-2,000 מסתננים – הוא בעל מאפיינים דומים

למתקן "סגור" יותר מאשר למרכז אזרחי "פתוח", שנדרש בנוגע לאוכלוסיית מסתננים, להבדיל מאוכלוסיית עבריינים. כפועל יוצא מכך, הוא פוגע באופן בלתי מידתי בזכות לחירות ובזכות לכבוד, ולכן דין ההסדר בענייניו להתבטל. בין המאפיינים של מתקן "חולות" שהוזכרו היו חובת התייצבות במתקן שלוש פעמים ביום, כולל אחת בצוהריים, לצורך ספירה, אף שהמתקן נמצא בנגב במרחק של 60 ק"מ מישוב גדול; סמכויות ניהול המתקן הופקדו בידי שירות בתי הסוהר; משך השהייה במרכז אינו תחום בזמן (אף שהתיקון לחוק הוא "הוראת שעה" שמוגבלת לשלוש שנים, אפשר להאריך פרק זמן זה); ממונה ביקורת הגבולות מוסמך להורות בצו להעביר שוהה או מסתנן למשמורת בגין הפרות משמעת שונות. השופט פוגלמן התייחס בפסק דינו בהרחבה לפגיעה בזכויות החוקתיות העומדות על הפרק: הזכות לחירות והזכות לכבוד. השופט פוגלמן לא התעלם מכך שתוצאת פסק דינו היא ביטול נוסף של חקיקה ראשית של הכנסת, והדגיש שעל בית המשפט להיזהר מ"לחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת". אבל התיקון השני פוגע פגיעה מהותית, עמוקה ויסודית בזכויות אדם, ולפיכך אין מנוס מלהכריז על ביטולו. השופט פוגלמן הוסיף: "לא ברצון עשינו זאת; מכוח חובתנו עשינו זאת" (עמ' 704).

מרבית השופטים הצטרפו לעמדה של השופט פוגלמן, אבל היו גם דעות מיעוט. למשל, בפסק הדין של הנשיא גרוניס עברה כחוט השני האזהרה שעל בית המשפט להזהר עצמו מלהחליף את שיקול הדעת של המחוקק ומלהורות על ביטול מעשה חקיקה, לא כל שכן אם בית המשפט כבר ביטל קודם לכן את אותה הוראת חוק עצמה והמחוקק ביקש לתקן את החוק. הנשיא גרוניס התייחס בעניין זה למשקל הלא מבוטל שיש לתת ל"מרחב התמרון של המחוקק", היינו לאפשרות שנתונה למחוקק לבחור בעצמו את האמצעים שהוא מבקש לנקוט לשם הגשמת מטרותיו, בתנאי שהם מידתיים. הנשיא גרוניס סבר שהוראת סעיף 30 החדשה, המאפשרת השמה במשמורת לתקופה של עד שנה, היא חוקתית, ושגם ההסדר של הקמת "מרכז השהייה" הוא חוקתי, למעט ההוראה להתייצב שלוש פעמים ביום לצורך ספירה – שרק היא צריכה להתבטל. השופט הנדל הצטרף לנשיא גרוניס וגם הוא ייחד חלק לא מבוטל מפסק דינו לרתיעה הנדרשת טרם יורה בית המשפט לבטל חוק של הכנסת. גם השופט יצחק עמית סבר שההוראה החדשה בנוגע לתקופה המרבית למשמורת היא חוקתית. הוא הדגיש שהיא לא רק קיצרה את משך הזמן המרבי לשהות במשמורת, אלא גם יחדה לציבור בלתי מסוים של מסתננים בכוח, לעומת ההוראה הקודמת, שהתייחסה גם לאוכלוסיית המסתננים שכבר בארץ. אף השופט עמית התייחס בפסק דינו למרחב התמרון החוקתי השמור למחוקק, וסבר שההוראה החדשה מצויה בתוך מרחב זה. לעומת זאת, הוא פסל את הקמת מרכז השהייה, כמו דעת הרוב. כשלושה חודשים לאחר שניתן פסק הדין השני, התקבל בכנסת תיקון נוסף לחוק, שלישי במספר. בתיקון זה נחקק מחדש סעיף 30 לחוק תוך העמדת התקופה המרבית להחזקה במשמורת על שלושה חודשים. כמו כן, נחקק מחדש הפרק שדן ב"מרכז השהייה" ובהסדרתו, תוך העמדת התקופה המרבית לשהייה במרכז על 20 חודשים. עוד נקבע שיחולו חובת רישום נוכחות בשעות הערב בלבד ואיסור יציאה מ"מרכז השהייה" בשעות הלילה, דהיינו בוטלה



חובת ההתייצבות במרכז בשעות היום. שוב הוגשה עתירה. אבל הפעם היא נדחתה בעיקרה בפסק הדין הידוע בתור עניין דסטה (בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (11.8.2015)).

כדי לא להלאות, נציין שגם פסק דין זה ניתן בהרכב מורחב של תשעה שופטים. את פסק הדין המרכזי כתבה הפעם הנשיאה מרים נאור. בפסק הדין הוחלט על דעת כל השופטים שהוראת סעיף 30א החדשה – היינו האפשרות להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד שלושה חודשים – היא חוקתית, כפוף לפרשנות שלפיה נדרש קשר מובנה בין ההחזקה במשמורת לקיום הליכים לזיהוי המסתננים או למיצוי אפיקי הרחקתם מישראל. באשר לפרק המקים את "מרכז השהייה", הוחלט שהוא חוקתי למעט קביעת התקופה המרבית להחזקה ב"מרכז השהייה" למשך 20 חודשים. נקבע שהוראה זו מובילה לפגיעה בחירות במידה העולה על הנדרש, והזכר שלפרק זמן של 20 חודשים אין אח ורע במדינות אחרות. לצד עמדת הרוב, השופטים פוגלמן ועמית סברו שיש לבטל גם את ההוראה שאפשרה העברת מסתנן מ"מרכז השהייה" למשמורת, משום שהיא בעלת מאפייני ענישה פלילית שלא ראוי להשאירה בידי גורמי מנהל. השופט פוגלמן חזר בדבריו על הזהירות המיוחדת שנדרשת לפני בחינה חוקתית חוזרת של אותה הוראת חוק, על אחת כמה וכמה בבחינה שלישית. עם זאת, השופט פוגלמן הבהיר שאין מקום להימנע מביקורת חוקתית בעניין שנוגע בליבת זכויות האדם של אוכלוסייה מוחלשת. השופט הנדל מצידו הבהיר כי תוצאה של תיקון הדין שלוש פעמים, גם אם היא אפשרית, רחוקה מאוד מלהיות רצויה. לגוף העתירה, השופט הנדל סבר שאין מקום לבטל את התיקון השלישי לא מבחינה משפטית, לא מבחינה עקרונית, לא מבחינה מעשית וגם לא מבחינת היחסים שבין בית המשפט לכנסת. השופט חנן מלצר מצא גם הוא להתייחס בהרחבה בפסק דינו לאופי הביקורת החוקתית שבית המשפט מעביר על דבר חקיקה של הכנסת, ובפרט בחינה חוזרת ונשנית, והציע שבתיקון עתידי של החוק יישקל פתרון חלופי בדמות מגבלה של תיחום גיאוגרפי למסתננים.

לעת הזו הדיאלוג החוקתי בשאלת משמורת המסתננים הסתיים בכך שמתקן "חולות" נסגר עוד בשנת 2018. אבל הנושא עצמו מוסיף להיות בוער ורלוונטי לחברה ולמשפט בישראל, למשל בכל הנוגע ל"מגבלות גיאוגרפיות" שהוטלו על שהיית מסתננים בערים מרכזיות,<sup>1</sup> ולהפקדת חלק משכר המסתננים כפיקדון.<sup>2</sup> על כן במבט רחב יותר הדיאלוג החוקתי בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת בנושא זה טרם הסתיים.

כפי שצוין בתחילת הדברים, לא זכור מקרה דומה בישראל שבו מצא בית המשפט העליון לבטל בביקורת חוקתית אותה הוראת חוק של הכנסת שלוש פעמים ברציפות. ייתכן שהשתלשלות העניינים החריגה מקורה גם בכך שכל רשות, מנקודת מבטה ובכליה, ביקשה לדאוג לכבודו של האדם (גם של המסתנן וגם של האזרח, לרבות של תושבי דרום תל אביב, אשר נאלצו כאמור להתמודד עם ריכוז גדול וחריג של מסתננים) אבל גם לכבודו של החוק.

1 בר"ם 1126/18 זרגוזי נ' רשות האוכלוסין וההגירה (30.9.2021).

2 בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת (23.4.2020). ראו רשימתו של ראמי נאסר בספר זה, עמ' 107.

## מעבדות לחירות: איסור סחר בבני אדם

ע"פ 10489/06 עופר נ' מדינת ישראל (14.1.2010)  
בג"ץ 1591/18 פלונית נ' שרת המשפטים (17.9.2020)

### נסר אבו טהה

"סחר בבני אדם - אין אולי צירוף מלים קשה יותר, משפיל יותר. הוא מנוגד לתשתית היסוד שאין מוצקת ממנה של קיום אנושי הגון, של אדם לאדם - אדם" (אליקים רובינשטיין "סחר בבני אדם לעיסוק בזנות - עד קצוי הבושה, עד שורשי החובה" קריית המשפט ב 15 (2002))

נתחיל בסיפורן של חמש נשים אזרחיות אוזבקיסטן. הן הובאו בדרך מרמה לישראל לאחר שנקנו כמו חפץ בחוץ לארץ בידי אנשים שהיו מעורבים בפעילות של מקום שהוצעו בו שירותי זנות. סיפור זה הוליד בסופו של דבר פסק דין תקדימי בבית המשפט העליון, המוכר בכינוי עניין עופר (ע"פ 10489/06 עופר נ' מדינת ישראל (14.1.2010)). אלו ש"קנו" את הנשים עשו כן במטרה ברורה: להעסיקן בזנות במכון ליווי שבבעלות שניים מהם, יצחק עופר ומרדכי דן (שכוננו בפסק הדין עופר ומוטי), למען בצע כסף. ה"מוכר" של הנשים קיבל תמורה כספית מהנאשמים עבור מכירת הנשים ועבור הבאתן לגדר הגבול בדרום הארץ. שם הן הוברחו דרך הגבול (בשתי הזדמנויות).

הנשים נאספו בגבול והובאו לתל אביב בידי אחד הנאשמים. בתל אביב הן הוצגו בפני עופר כסחורה שיש לבדוק לפני רכישתה, ובשלב זה גופן נסרק ונבדק. לאחר שעופר נתן את אישורו ל"סחורה", הגיעו אותן נשים ליעד שתוכנן להן, שם היו צריכות להתחיל לספק את התמורה שלשמה "נקנו", ב"מכון הליווי" שבבעלות עופר ומוטי.

המכון היה ככלא עבור הנשים, כלא שאליו הן הגיעו בניגוד לרצונן ובלי שנשאלו על כך. במכון התאכזרו אליהן ונשללה מהן חירותן: נלקחו מהן דרכוניהן כך שלא יוכלו לברוח, כלאו אותן שלא כדין וחייבו אותן לעסוק בזנות. גם כאשר ביקשו הנשים לחדול מכך, הוטלה עליהן אימה, את הכספים שלקוחות המכון שילמו להן נטלו מידן, ואת השכר שהובטח להן לא שילמו להן במלואו, או שלא שילמו להן כלל. בהזדמנויות שונות חלק מהנשים הוכו ונאנסו בידי חלק מהנאשמים. עופר נהג לומר לנשים כי "קנה אותן", כי הן "צריכות לכסות" את החוב וכי הוא "בעל הבית" שלהן. זו הייתה שגרת חייהן של הנשים - כשהן לבדן בארץ

זרה, כלואות במכון, חירותן נשללה מהן והן חיות באימה מתמדת, כ"רכוש" של הנאשמים ומחויבות לעבוד בזנות.

בסופו של דבר שלוש מהנשים הצליחו להיחלץ ולברוח מן המכון. שתי הנשים הנוספות חולצו עת פשטה משטרת ישראל על המקום. נגד המעורבים הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, שם יוחסו להם עבירות שונות, ובהן קשירת קשר לביצוע פשע, סחר בבני אדם לעיסוק בזנות, סרסרות למעשי זנות בנסיבות מחמירות, הבאת אדם לידי עיסוק בזנות בנסיבות מחמירות, כליאת שווא, איומים וסחיטה באיומים. עופר הואשם גם בעבירת אינוס כלפי אחת מהנשים ובהדחה בחקירה של חלק מהנשים כשהחלה חקירת המשטרה.

חשוב להקדים ולציין כי בשנת 2000 הוספה לחוק העונשין בסעיף 203א העבירה של סחר בבני אדם.<sup>1</sup> מאז הוכנסו בחוק שינויים נוספים אשר מכוחם הוחמרה הענישה הקבועה בצידן של עבירות הסחר, כך שעונשו של המורשע בעבירת הסחר לא יפחת מרבע העונש המרבי בגינה, אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו, ולא יוטל על המורשע בעבירה עונש מאסר שכולו על תנאי, אלא מטעמים מיוחדים.<sup>2</sup> בהמשך, בשנת 2006 ולאחר מתן הכרעת הדין בעניינם של המעורבים בבית המשפט המחוזי, בוטל סעיף 203א לחוק העונשין ותחתיו נחקקה שורה של סעיפים האוסרת סחר בבני אדם על נגזרותיו השונות. בין היתר הורחבה עבירת הסחר בבני אדם למטרות זנות כך שתכלול גם סחר בבני אדם לשם עיסוק בזנות.<sup>3</sup> גם נוסח העבירה שונה והסחר הוגדר "מכירה או קניה של אדם או עשיית עסקה אחרת באדם, בין בתמורה ובין שלא בתמורה".<sup>4</sup> שינויים אלה בחקיקה הישראלית הם חלק ממגמה כלל-עולמית המבקשת להילחם בתופעת הסחר בבני אדם ולמצות את כל הדרכים הקיימות למגרה. במסגרת זו הצטרפה מדינת ישראל לכמה אמנות והסכמים בינלאומיים העוסקים במאבק בסחר בבני אדם בכלל ולמטרות זנות בפרט. בראשם המסמך המרכזי המאגד את אמות המידה הבינלאומיות למאבק בסחר בבני אדם, הוא הפרוטוקול למניעת הסחר בבני אדם, ובמיוחד נשים וילדים, וישראל הצטרפה אליו בשנת 2001.<sup>5</sup> מטרותיו הן יצירת שיתוף פעולה בינלאומי בעניין מניעת הסחר בבני אדם, ענישת עבריינים וסיוע לקורבנות הסחר.

נחזור לעניין עופר. כתב האישום נגד המעורבים הוגש לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ונדון לפני הרכב השופטים אופיר-תום, סוקולוב ושנלר (תפ"ח (מחוזי ת"א) 1141/04 מדינת ישראל נ' עופר (8.11.2006)). עופר, שהיה הדמות המרכזית בפרשה והבעלים של המכון, הורשע

1 חוק העונשין (תיקון מס' 56), התש"ס-2000.

2 חוק למניעת סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ג-2003.

3 חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2006, שמכוחו חוקק סעיף 377א לחוק העונשין בנוסחו כיום.

4 סעיף 377א(ד) לחוק העונשין.

5 פרוטוקול למניעה, לדיכוי ולהענשה על סחר בבני אדם, בעיקר נשים וילדים, המשלים את אמנת האומות המאוחדות נגד פשע מאורגן וחוצה גבולות, ניו יורק, 15.11.2000.

בבית המשפט המחוזי בעבירות סחר בבני אדם לעיסוק בזנות, סרסרות למעשה זנות בנסיבות מחמירות, הבאת אדם לידי עיסוק בזנות בנסיבות מחמירות, כליאת שווא, איומים, אינוס ובעילה אסורה בהסכמה. בהמשך לכך נגזר עליו עונש מאסר בפועל לתקופה של 13 שנים מיום מעצרו, לצד עונשים נלווים. מוטי הורשע בבית המשפט המחוזי בעבירות סיוע לסחר בבני אדם לעיסוק בזנות והבאת אדם לידי עיסוק בזנות בנסיבות מחמירות. נגזר עליו עונש מאסר בפועל לתקופה של ארבע שנים מיום מעצרו, לצד עונשים נלווים.

ארבעה מהנאשמים, ובהם עופר, ערערו לבית המשפט העליון הן על הכרעת הדין, הן על העונש, והמדינה ערערה על גזר הדין בעניינו של אחד הנאשמים הנוספים. עופר טען, בין השאר, כי לא התקיימו היסודות של עבירת הסחר, וכי אי אפשר ללמוד על התקיימות עבירת הסחר מהתקיימותן של עבירות אחרות כגון כליאת שווא, סרסרות וניהול בית בושת, ואי אפשר לבסס אותה על דברי הנשים המתלוננות, שהן, לשיטתו, בעלות מהימנות גמוכה.

הערעור נדון לפני הרכב השופטים פרוקצ'יה, ג'ובראן ופוגלמן. בית המשפט העליון דחה את הטענות של עופר בחוות דעת שכתבה השופטת פרוקצ'יה. נקבע כי הכרעת הדין מבוססת, רובה ככולה, על קביעות עובדה, הנשענות במידה רבה על עדויות הנשים, שנמצאו להן חיזוקים רבים. אשר לפן העקרוני של עבירת הסחר בבני אדם לעיסוק בזנות, קבע בית המשפט העליון כי הערך המוגן במסגרת הנורמה הפלילית שבבסיס עבירה זו, הוא ההגנה על האינטרס החברתי של ביעור נגע הסחר בבני אדם למטרות זנות, אשר הולך ומתפשט בעולם ובישראל, כדי לשלול בכל אמצעי מוסדי אפשרי את התופעה של קנייה ומכירה של בני אדם כדי לנצלם למטרות מין. עוד נקבע כי התכלית החשובה של מיגור תופעת הסחר בבני אדם הביאה להרחבה בפסיקה של הגדרת מושגי ה"מכירה וקנייה" לצורך עסקאות העסקה בזנות. בית המשפט העליון קבע כי היסודות של עבירת הסחר בעניינו של עופר הוכחו על פי תשתית ראייתית נסיבתית ובהתחשב באמון הבסיסי שנתן בית המשפט המחוזי בעדויות הנשים. קביעה זו התבססה על "מנהג הבעלות" שנהג עופר בנשים, שבא לידי ביטוי בפיקוח ושליטה שהופעלו על הנשים, בבדיקה וסקירה של גופן טרם הקנייה ולאחריה, באמירות שונות שהשמיע עופר בנוגע לבעלותו על הנשים, בכליאתן של הנשים במכון, בנטילת דרכוניהן בידי הנאשמים ובמסירתם לעופר בעת הגעתן שמא יברחו, ובאופן הגעת הנשים למכון, שהתאפיין בחוסר עצמאות ובפיקוח הדוק מרגע שעברו את הגבול, מה שהצביע על היותן נתונות לשליטה מוחלטת של הנאשמים שרכשו אותן.

בנוגע לערעור של עופר על חומרת העונש עמד בית המשפט העליון על החומרה הרבה שבעבירת הסחר בבני אדם לצורכי זנות. הוא ראה בה את אחד הגילויים החברתיים הבזויים, המשפילים והחמורים ביותר בפשיעה החמורה המוכרת כיום בעולם ובישראל. בית המשפט העליון סקר את התפשטות תופעת הסחר בבני אדם לצורכי זנות בעולם המודרני, תופעה המחזירה את הציוויליזציה והאנושות שנים רבות אחורה, לעולם שבו בני אדם נמכרו כעבדים בין בעלי ממון כשהם חסרי מעמד חברתי ומשוללי זכות יסודית לחיות חיי חופש בתנאים של שוויון חברתי.

בית המשפט העליון הוסיף והתמקד בהתרחבות תופעת הסחר בבני אדם לצורכי זנות בישראל, במיוחד בזמן היחלשות המחסומים המפרידים בין ישראל לארצות מזרח אירופה, וציין שיש המנצלים את המצב הכלכלי הגרוע של נשים צעירות ממזרח אירופה ואת מצבן החברתי הקשה. נאמר כי מדובר בתופעה שפוגעת הן בקורבנות הסחר עצמן, הן ביסודות הבסיסיים שעליהם נשענים המוסר היהודי והאתוס הישראלי. פסק הדין הבהיר כי על החברה הישראלית למצות את כל האמצעים העומדים בידה להתמודד עם תופעת הסחר בבני אדם לצורכי זנות, בדרך של "מלחמה חברתית כוללת" (פסקה 70) תוך גיוס רשויות אכיפת החוק ובדרך של ענישה מחמירה ביותר. עוד הוסבר כי העבירה של סחר בבני אדם ממוקמת בפרק של חוק העונשין שעניינו עבירות פגיעה בחירות, להבדיל מהפרק שעוסק בעבירות זנות ותועבה. בכך החוק נתן ביטוי לתפיסה שהערך המוגן הוא האדם – החירות והאוטונומיה שלו.

בסיכומו של דבר, בית המשפט העליון קבע כי אין מקום להתערב בעונש שנגזר על עופר. הוא שרכש את הנשים תמורת כסף, הוא שהפקיע את חירותן וחופש התנועה שלהן, הוא ששלל את כספן ונהג בהן מנהג בעלות – ולפיכך מעשיו ראויים לענישה מחמירה במיוחד. עוד נקבע כי ענישה שכזו היא אחד מביטויי ההוקעה החברתית לתופעה העבריינית של סחר בבני אדם לצורכי זנות, והיא חלק מהתפקיד של בית המשפט במלחמה החברתית הנדרשת בעניין זה. פסק הדין בעניין עופר הפנה את הזרקור להגנה על הערך החברתי המוגן באמצעות האיסור על סחר בבני אדם – הוא האדם: החירות של האדם הנסחר, כבודו וזכויותיו לחיים ולשלמות הגוף והנפש. מתוך נקודת מוצא זו פסק הדין חזר והדגיש את הפרשנות הרחבה שניתנה בפסיקה לפעולת הסחר בבני אדם, אשר מטרתה להבהיר כי אין משמעות לסוג העסקה הנעשית באדם. כל עסקה שנועדה ליצור מערכת יחסים רכושית מכל סוג כלפי אדם אחר, בתמורה או שלא בתמורה, היא אסורה. כל הצדדים לעסקה הם סוחרים בבני אדם – הן הקונה, הן המוכר. בית המשפט העליון ייחס משקל רב לתופעה העבריינית של סחר בבני אדם לצורכי זנות. הוא גם התייחס לחשיבות הנודעת להצטרפותה של מדינת ישראל לאמנות בינלאומיות רלוונטיות. משמעותה היא הבעת תמיכה במטרת מיגור תופעת הסחר בבני אדם.

חשוב לציין כי פסק הדין נכתב בראשית שנות האלפיים, עת נשים רבות ממדינות ברית המועצות לשעבר הובאו לישראל תוך שהן מוברחות לסיני ומוכנסות לישראל דרך גבולה הדרומי לשם עיסוק בזנות. תופעה זו מזכירה ימים אפלים וקודרים מן העבר הרחוק, אז בני אדם נמכרו כחפצים מאדם לאדם משל היו עבדים. עוד יש לציין כי במהלך השנים העבירות של סחר בבני אדם נעשות באנשים ונשים ממדינות שונות, בהתאם לשינויים במצב הגאוגרפי או הכלכלי. לדוגמה פסק הדין בעניין נס (ע"פ 2375/15 מדינת ישראל נ' נס (22.2.2018)) עסק בנאשם שרקם עם אמה של קטינה בת 10 מגיאורגיה עסקה: להשתמש בגוף של הקטינה לצורך ביצוע צילומי תועבה ולעשות בה מעשים מיניים, תמורת תמיכה כלכלית. בעניינו קבע בית המשפט העליון כי ההגדרה של עבירת הסחר בחוק העונשין רחבה דיה כדי להתפרס על

מעשי הנאשם, ודחה את טענת הנאשם כי כל שעשה הוא לרכוש שירותי מין בתשלום וטובות הנאה עבורו.

פסק הדין בעניין עופר מדגים כיצד בית המשפט אוכף את האיסורים הפליליים תוך הדגשת הערך החברתי המוגן והתוויית מדיניות ענישה מחמירה ביותר לאורו. פסק הדין מגשים את חלקה של מערכת המשפט במאבק החברתי בתופעה הקשה של סחר בבני אדם בעולם המודרני. רוח הפסיקה בעניין עופר בנוגע לחשיבות של הערך המוגן החברתי המוגן באמצעות האיסור על סחר בבני אדם, משליכה גם שנים לאחר מכן ואף מחוץ לשדה המשפט הפלילי.

כפי שכתבה השופטת ברק ארז במקרה אחר, שנסב על אחריות המדינה לשיקום קורבנות סחר בבני אדם ולטיפול בהן (בג"ץ 1591/18 פלזניט נ' שרת המשפטים (17.9.2020)): "איסורים פליליים אלה אינם רק 'חוק שבספר', אלא נאכפים ומדיניות הענישה שאומצה ביחס אליהם היא מחמירה... מדיניות זו מביאה לידי ביטוי גם את מחויבותה של מדינת ישראל לעקרונות שהתוו במישור הבינלאומי בכל הנוגע למאבק בסחר בבני אדם... ההתמודדות עם התופעה של סחר בבני אדם היא רבת-חומית ואמורה להתנהל – גם לפי המסמכים הבינלאומיים – הן במישור הפלילי והן במישור של רווחה ושיקום ביחס לקורבנות עצמם" (פסקאות 14-15).

דברים אלו נכתבו בהכרעה בעתירה של אישה ממוצא בדואי שבני משפחתה השיאו אותה פעמיים בהיותה קטינה לגברים מבוגרים ממנה, והיא סבלה מהם אלימות ועבירות מין. היא עתרה להכיר בה כקורבן סחר בבני אדם וכקורבן החזקה בתנאי עבדות. בית המשפט העליון הכיר באפשרות שנישואי כפייה ישמשו מסגרת לסחר בבני אדם, אם הם נועדו לשמש לכפיית מעשים מיניים או יצרו סיכון לכך. בכך, הלכה למעשה, פתח בית המשפט העליון את הדלת בפני האישה העותרת לאפשרות שתוכל לממש זכויות שונות המגיעות לה מכוח ההכרה בה כקורבן עבירת סחר. מעניין לציין שבאותו המקרה התופעה של סחר בבני אדם נדונה לא לצורך ענישה, אלא דווקא בפן השיקום – בהתייחס לשאלה האם מדובר במי שזכאית לתמיכה סוציאלית של המדינה.

אכן, האכיפה הנוקשה של האיסורים הפליליים בתחום זה היא חשובה, אבל היא רק חלק מהתמודדות כוללת יותר עם הנושא. לצד הנושא הסוציאלי, קיים גם נושא המניעה של "ייבוא" סחר לתוך מדינת ישראל.

התופעה של הכנסת נשים לתוך מדינת ישראל וסחר בהן למטרות זנות פחתה במהלך השנים, גם הודות לבניית הגדר בגבול הדרומי של המדינה, שהקשתה להכניס בני אדם דרכו. עם זאת, המאבק החברתי בתופעה המכוערת של סחר בבני אדם אינו יכול לשקוט אל שמריו, ועל מדינת ישראל להמשיך ולהיאבק בה.

## משפט, לא מדינאות: ההתנתקות בבית המשפט

בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005)

### גיא הימן

נאום הסיום של "כנס הרצליה הרביעי", שיזם ואירח המכון למדיניות ואסטרטגיה במרכז הבינתחומי בהרצליה בחורף 2003, לא דמה לנאומים קודמים. אל הבמה עלה ראש הממשלה ויושב ראש "הליכוד", אריאל שרון. "אינני מתכוון לחכות להם עד בוש", הוא התרה בצד הפלסטיני ל"מפת הדרכים", שהציגה הממשלה כמה חודשים קודם לכן. "אם ימשיכו הפלסטינים לא לבצע את חלקם במפת הדרכים", הונחה פצצה מדינית על השולחן, "תיזום ישראל מהלך חד צדדי של התנתקות מהפלסטינים".

ראשיה של מערכת הביטחון, כך סופר, הופתעו. הדיונים, שאליהם הם הוזמנו בהמשך, התמקדו בפרטי הביצוע של המהלך. השאלה האם לצאת מרצועת עזה, או שלא, לא עמדה עוד על הפרק. רבים בציבור הופתעו גם הם. על אף דיבורים קודמים על הפרדה ועל צעדים חד-צדדיים, במערכת הבחירות שהתקיימה קודם לכן קבע שרון כי "דין נצרים כדין תל אביב". מצע הליכוד קבע כי "זכותו של העם היהודי לארץ ישראל היא זכות נצחית", כי "ההתיישבות היא ביטוי מובהק לזכותו הבלתי מעורערת של עם ישראל לארץ ישראל" וכי "הממשלה רואה בפריסת ההתיישבות בכל חלקי הארץ חשיבות לאומית וחלק ממערך הביטחון של מדינת ישראל". אפילו אלו, שהורגלו היטב בפער שבין הבטחות של טרם בחירות למידת קיומן לאחריהן, התקשו לשער לאן יוליכוהו רגליו של המצע הזה בתוך פחות משנה. ביום 16.2.2005 התקבל בבית המחוקקים ברוב של 59 תומכים מול 40 מתנגדים וחמישה נמנעים חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, הידוע גם בכינוי חוק ההתנתקות. החוק קבע את זכאותם של הישראלים שיפונו מחבל עזה ומצפון השומרון, ל"פיצויים הוגנים וראויים" והסדיר את העתקת המגורים לתחומיה של מדינת ישראל.

בכרונולוגיה השיפוטית עשר שנים הן פרק זמן קצר מאוד. לא אחת פסיקה בת עשור שנים ויותר עודה מגששת את דרכה בעולם המשפט. פחות מתשע שנים וחצי הפרידו בין היום שבו הכיר בית המשפט העליון בפסק הדין הידוע בעניין **בנק המזרחי** בסמכות של בתי המשפט להעמיד חוקים של הכנסת לבחינה שיפוטית,<sup>1</sup> ליום שבו התבקש בית המשפט העליון לפסול את חוק ההתנתקות.

1 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995). כן ראו רשימתו של משה סובל בספר זה, עמ' 204.

היה זה בחודש פברואר 2005 ולפתחו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ הונחו לא פחות מ-12 עתירות שונות. מרחיקות הלכת שבהן קראו לביטול המוחלט של חוק ההתנתקות ושל ההחלטה המדינית, האסטרטגית, שביסודו. עשרות בני אדם – אנשים מן היישוב, חברים בגופים ציבוריים, גורמים עסקיים, עורכי דין ואישי ציבור – התייצבו שכם אל שכם באולם רחב הידיים של בית המשפט העליון במטרה לגייסו – אותו ואת הרעיון של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת – לטובת עמדתם כי יש לבטל את תוכנית היציאה מרצועת עזה. אפילו מקטרגים גדולים על הרשות השופטת ועל האופן שבו פותחו בה, ועוד קודם לכן בכנסת, הדינים של ביקורת על חקיקת הכנסת, ביקשו למצוא בבית המשפט כותל לטענותיהם. מנגד, טענה המדינה כי את העתירה יש לדחות משום שעל בית המשפט להימנע מהתערבות בהחלטה מדינית ביטחונית מובהקת, שממילא התקבלה בחוק המדינה ובהתאם לכללי המשפט הבינלאומי.

ספורים הם המקרים שבהם התבקשה הרשות השופטת למעשה כה מרחיק לכת. ביקורת על חקיקה היא לעולם עניין רגיש, המחייב צעידה על בהונות. אלא שפרשת ההתנתקות לא דמתה לרוב הגדול של העתירות הקודמות לבטל חוקים או סעיפי חקיקה. היא נגעה באחד ממוקדי המחלוקת העמוקים ביותר במערכת הפוליטית הישראלית, מחלוקת ששיסעה מחנות ושהייתה מהצירים המרכזיים של מאבק בין־מפלגתי רבי־ימים. הבאת העתירות הללו אל ההיכל השליו בגבעת רם הציפה שאלות מורכבות על אודות התפקיד של בתי המשפט בחברה דמוקרטית, על היחס בינם לבין רשויות השלטון האחרות ועל גבולותיה, ומגבולותיה, של מלאכת השפיטה. השאלות הקשות הללו, כרוכות בכרכים עבי כרס, הונחו על 11 שולחנות העץ הכבדים בלשכות של השופטים אשר נקבעו לדון בפרשה – הרכב שרק מעטים בהיקף זה כונסו קודם לכן. חבריו שובצו לפי אמת מידה יחידה: הוותק שלהם בבית המשפט העליון – החל בוותיק ביותר, הנשיא אהרן ברק, והלאה משם בסדר ותק יורד.

בבית המשפט נחלקו הדעות: עשרה שופטים צידדו בדחיית העתירה בעיקרה, למעט בעניינים מסוימים הנוגעים להיקף הפיצויים למתפנים. שופט אחד סבר שיש לקבלה (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005)). טבעה של פסיקה הוא כי ככל שהסוגיות שהיא מעוררת הן מורכבות יותר וככל שמספר הדנים באלו רב יותר, כך צפויים להתחדד אפילו ניואנסים בין העמדות השונות של היושבים על כס המשפט. לא כזה היה פסק הדין של בית המשפט הגבוה לצדק בעניין ההתנתקות. אומנם לא היה זה פסק דין קצר. 336 עמודיו הקיפו יחד את פסק הדין הרביעי באורכו בהיסטוריה של בית המשפט העליון. אבל מי שעייין בפסק הדין לא יכל שלא לשים לב לדבר חריג עד מאוד: עשרת שופטי הרוב הגישו לקוראים את עמדתם יחד. אפשר רק לשער את מידת המאמץ שהושקע בכוונת מכוונים בהתגברות על חילוקי דעות, בהטעמת המאחד על המפריד ובוותור על ביטוי אישי והוא לעולם נחלתו של שופט בשיטת המשפט שלנו. הסבר יחיד מצוי לצעד חריג זה: הכרה ברגישות העצומה – אנושית, משפטית ומוסדית – של הפרשה. יחידה ניצבה אל מול מערך מהודק היטב זה עמדת מיעוט.



דבר בכאבם של הפונים, בתחושותיהם הקשות ובשבר שחוו רבים מהם, לא נסתר מן השופטים ולא הורחק מליבם. הללו, שלא אחת נטען כלפיהם כי הם מסוגרים ב"מגדל שן" ושגם זכו לביקורת על כך שלא מצאו מקום לבקר בגוש קטיף קודם להכרעה, ידעו היטב את מה שהוא נחלתם של שופטים בשיטת "המשפט המקובל" בכל העולם. שופטים, באמת ובתמים, בתוך עמם הם יושבים. אף שנגזרת עליהם מידה של ריחוק, שחיונית למתן תוקף להכרעותיהם ובייחוד לקשות שבהן, מעוררים השופטות והשופטים היטב בנושאים שהם מתבקשים להכריע בהם. "ניתוק קשה ומכאיב של אלפי מתיישבים ישראלים מחבלי ארץ שבהם חיו שנים רבות", פתחה דעת הרוב וכתבה בכוונה כנה (עמ' 512). "גם בחינה משפטית-נורמטיבית עוסקת בבני-אדם. כאבם הוא גדול וזר. לא נוכל ולא נרצה להתעלם ממנו" (שם). באופן שאינו שגור שמעו השופטים דברים מפיהם של כמה וכמה מן המתיישבים: אישה וחששה מן הפגיעה ברמת חייה; איש וכאבו על הכורח להעתיק את קבר בנו מן האדמה שבה נטמן; חקלאי המבכה את אובדנו של מפעל חייו; ובני נוער שנקרעו ממציאות החיים היחידה אשר הכירו.

בה בעת גזר המשפט על שופטיו, ולא בפעם הראשונה, חובה לסרטט קו ברור בין שימוש בסמכות השיפוטית למה שמחוץ לה. מושכל היסוד שלאורו פעל בית המשפט העליון בכל העניינים אשר באו לפניו קודם לכן וגם בפרשה זו, היה של ריסון ושל זהירות. זהירות – פן יימצא עושה במגרשן של הרשויות האחרות, הממשלה והכנסת, כשלו, שלא מרצונו ושלא בטובתם של העניין ושל המשפט גם יחד. מטעם זה בית המשפט נוקט מתינות מופלגת ביישום ביקורת על חקיקת הכנסת על פי חוקי היסוד של שנת 1992. כמו במקרים קודמים, גם בעניין ההתנתקות הקפידה דעת הרוב שלא לחרוג מן המסגרת ההולמת של ביקורת חוקתית ושלא לשים את שיקול דעתה תחת זה של רשויות השלטון האחרות.

עמדת הרוב גזרה את הכרעתה משתי תובנות של עיקר: ראשית, המשפט איננו כלי מתאים לבחינה של החלטות שיסודן המובהק הוא במלאכתם של מדינאים. שנית, הבסיס המרכזי של הרעיון החוקתי, ועימו של הסמכות של בית המשפט לבחון חוקים של הכנסת, הוא הגנה על הזכויות היסודיות של האדם, ובכלל זה של ישראלים מחוץ לתחומי "הקו הירוק". התובנות הללו הוליכו את בית המשפט העליון למשוך את ידו משאלת המדיניות: אם ראוי הדבר לצאת מרצועת עזה, תוך פינוי בכפייה של הישראלים משם. עם זאת, הוא לא משך ידו מהשאלה אם נפגעו במידה שאין להשלים עימה, הזכויות של המפונים.

בכל הנוגע לשאלת הפיצוי סבר בית המשפט שהתערבותו נדרשת. עמדת הרוב הכירה בפגיעה שחוק ההתנתקות הסב לקניין של המתיישבים, לזכותם לחופש העיסוק, לכבודם ולאוטונומיה שלהם. מעניין להיווכח כי בביסוס מסקנתו זו נדרש בית המשפט, בין השאר, לפסיקות קודמות שלו, שנגעו לפגיעה בפלסטינים תושבי השטחים. לרגע נתכנסו הדברים ונראו כשתי פניו של אותו המטבע. בניגוד לעמדת הממשלה, בית המשפט קבע כי הפגיעה בזכויות המתיישבים מצדיקה שלא להגביל את זכותם לפיצוי למסגרת הנוקשה שקבע החוק. הודגש הצורך להבטיח פיצוי הולם לכל מתיישב לפי נסיבותיו האישיות. אומנם הפיצוי לא יכל

לתת מענה לסוגיה האידאולוגית, אבל הוא נועד להעמיד את המפונים במצב קרוב ככל הניתן לזה שאפיין את חייהם ערב הפינוי. בד בבד, נקבע, יש לקזז ממנו את טובות ההנאה שהמדינה העניקה לאורך השנים למתיישבים כדי לעודד את השתקעותם ברצועת עזה.

ההחלטה של עמדת הרוב למשוך את ידיה מהיסודות הערכיים של התוכנית הרחיקה את ההכרעה מן השאלות האם ההתנתקות היא ראויה והאם היא עולה בקנה אחד עם הערכים של המדינה ושל הציונות. תחת זאת, בהידרשו לפרטי הפרטים של הוראות החוק, בחן בית המשפט לפני ולפנים את הפיזיו שנקבע בגין הפינוי הכפוי של בתי המגורים, של העסקים ושל מקורות הפרנסה החקלאיים. העיסוק בהיבט הכספי היה טעון הרבה פחות וגם קרוב יותר לעניינים שבתי המשפט רגילים לעסוק בהם דרך שגרה, למשל בתביעות לפיצוי בגין הפקעות מקרקעין לצורכי ציבור.

בעניין הזה – הסדרי הפיזיו – לא נרתע בית המשפט העליון מהפעלתה של סמכותו החוקתית. בוטלו מטעמים של מידה ראויה הוראות חוק שנגעו למקור הפיזיו, לסכומו ולשאלת הזכאות לו. בייחוד נקבע כי הסעיף בחוק, שהורה על בלעדיות הפיזיו לפי החוק (תוך שלילת האפשרות להגיש תביעה לפי הדין הכללי), איננו חוקתי. כן נקבע שיש לאפשר פנייה לבית המשפט בכל מקרה של השגה פרטנית על החלטות בעניין הפיזיויים. הובהר בפסק הדין כי הוא מותר מרווח פעולה לממשלה ולכנסת לעדכן את ההסדרים ולשפרם.

על אף התוצאה החדה של ההתערבות השיפוטית היה דומה כי ההכרעה "טובעת" בים הפרטים המאפיין הליך בבית המשפט. שופטי הרוב ידעו היטב כי מה שיישאר חרות בזיכרון הקולקטיבי הוא אי השינוי מההכרעה העקרונית של הרשויות. "מודעים אנו לכך", התמו שופטי הרוב את פסק דינם, "כי רבים מבני הציבור עשויים שלא להבחין בין ביקורת שיפוטית לביקורת פוליטית... על כך אנו מצרים. לא נוכל למנוע זאת" (עמ' 751).

אל מול עמדה זו של הרוב הציע שופט המיעוט, אדמונד א' לוי, עמדה שונה שביטאה גישה שיפוטית מרחיקת לכת, כזו שלא הוצגה עד אז, וגם לא מאז, בפסיקה בישראל. תפיסתו ערערה על הקביעה כי ראוי לבית המשפט למשוך את ידו מסוגיות מדיניות מבובה ומעניינים השנויים במחלוקת פוליטית. לשיטתו, גם על אלה אם הם פוגעים שלא כדין בזכויות חוקתיות, לעבור מן העולם. לעם היהודי, הוסיף שופט המיעוט וקבע, זכות מיוחדת להתיישב בכל שטח משטחיה של ארץ ישראל. זכות זו לא רק מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אלא גם מוכרת במשפט הבינלאומי.

בקביעותו אלו ביקש השופט לוי להרחיב ממשית את הסמכות החוקתית של בית המשפט לצד הרחבה, חסרת תקדים גם היא, של המושג המשפטי "כבוד האדם". המחשבה שלפיה יש להגן על זכות יסודית של "עם", להבדיל מן הזכות של כל אחת מבנותיו ומבניו, לא הלכה בתלם החוקתי המסורתי של הגנה על זכויות יסוד של הפרט. שלושה יסודות נמצאו לקביעה של השופט לוי כי ההחלטות של הממשלה ושל הכנסת אינן חוקתיות. לשיטתו, הפינוי הכפוי של המתיישבים סתר, מניה וביה, את עקרונות היסוד של מדינת ישראל כפי שבוטאו בייחוד

בהכרזת העצמאות. הוא הוסיף וקבע כי החלטת הכנסת סתתה באורח ממשי מן ההבטחות שעל יסודן נבחרו חברי הכנסת לתפקידם. לבסוף, הביקורת החריפה על התוכנית מפיהם של גורמים ביטחוניים ומדיניים בכירים, ובהם בעלי התפקידים שהוזכרו בראשיתה של רשימה זו, הטילה ספק ממשי ביתרונותיה והטתה גם היא את הכף, לשיטתו של שופט המיעוט, לחובתה. ההסתכלות, בייחוד בפרספקטיבה היסטורית, על פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת ההתנתקות מעוררת שאלות מורכבות. האם נכון לבחון את ההכרעה הנורמטיבית לפי הידוע לנו היום על הנעשה ברצועת עזה וממנה? כלום התמקדותם של שופטי הרוב בסוגיות הקניין והביטחון, להבדיל מאלו האידאולוגיות והפוליטיות, הלכה אחר הרגש הציבורי או שמא תרמה ליצירתו? ומה הסיכוי שבית משפט הנדרש לעניינים רגישים שכאלה, לא יואשם בהטיה פוליטית?

את פסק הדין המדובר אפשר לבחון במישורים רבים. ניתוח משפטי בלבד לא יוכל להקיף את מלוא היבטיה – ההיסטוריים, הפוליטיים, החברתיים והאנושיים – של פרשה מורכבת זו. ניתוח שכזה הוא נחלתו של תיאור בידי שופט של פסק דין של בית משפט בספר המעלה על נס 75 שנות שפיטה בישראל. על ניתוח משפטי, ולא על השקפות מדיניות, ביסס גם בית המשפט העליון בדעת הרוב את פסק דינו בפרשת ההתנתקות.

# דיני עבודה



## מפסק דין עדנה חזין ועד ימינו אנו: האם ההפליה שינתה את פניה?

דב"ע (ארצי) לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר - חזין, פד"ע ד 365 (1973)  
דב"ע (ארצי) 11/129-3 פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1997)  
ע"ע (ארצי) 12-11-18021-א.א. מוקד 101 בע"מ - אבבה (13.11.2013)

### ורדה וירט-ליבנה

עדנה חזין עבדה בתור דיילת בחברת "אל-על" והגיעה לדרגת "דיילת בכירה". להפתעתה, גילתה כי, בשונה מהדיילים הגברים שעובדים איתה שכס אל שכס, היא וחברותיה הדיילות אינן יכולות להיות מקודמות לדרגות הבכירות "דייל-כלכל", "כלכל" ו"כלכל בכיר". זאת משום שהסכם הקיבוצי בחברה (כלומר ההסכם שנעשה בין המעסיק לארגון היציג ושחל על כל דיילי צוות האוויר) קבע שני מסלולי קידום נפרדים: האחד לגברים והאחר לנשים. למעשה, לעדנה לא היו אפיקי קידום נוספים מרגע הגעתה לדרגת "דיילת בכירה", רק בשל היותה אישה. הייתכן?

עדנה חזין הגישה תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב ודרשה שזה יאסור על החברה להפלות בינה לדיילים בכל הנוגע לקידום מקצועי ולדרגה, ושיבוטלו הסעיפים בהסכם הקיבוצי שמפלים לרעה אימהות ונשים נשואות. לדוגמה, ההסכם קבע שעובדת חייבת להודיע למעסיק על הריונה עם תחילתו ושתצא מייד לחופשה עד לסיום הריונה; שעובדת תפוטל ללא דיון וללא הודעה מוקדמת בתום חופשת הלידה ובתנאים מסוימים בשל היותה אישה נשואה; ושעובדת אינה זכאית לחופשת מחלה בתשלום או בתשלום חלקי בתקופת הריונה, גם אם חלתה באותה התקופה.

בית הדין האזורי לעבודה קיבל את רוב התביעה של עדנה חזין. נקבע שחסימת התפקיד של דייל-כלכל בפני דיילות היא הפליית אישה באשר היא אישה. בשלב זה הוגשו ערעורים לבית הדין הארצי לעבודה - הן בידי החברה, הן בידי ועד העובדים.

בית הדין הארצי לעבודה, בהרכב בראשות הנשיא צבי בר-ניב, נשיאו הראשון של בית הדין הארצי לעבודה, דחה את הערעור (דב"ע (ארצי) לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר - חזין, פד"ע ד 365 (1973)). פסק הדין שכתב הנשיא בר-ניב היה פורץ דרך. הוא ניתן בשנת 1973, כארבע שנים בלבד לאחר הקמת בתי הדין לעבודה, יוזמה שהוביל בר-ניב בהיותו היועץ המשפטי של משרד העבודה. בשנים הללו משפט העבודה הישראלי היה בראשית דרכו ובימים

שלפני חקיקת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהעדר חקיקה שאוסרת הפליה, נדרש הנשיא בר-ניב להתוות את העקרונות המנחים של איסור הפליה ושל עקרון השוויון במשפט העבודה הישראלי הצעיר, לתחום אותם ולענגם. לשם כך הוא נעזר בעקרונות מהמשפט הבינלאומי, במשפט השוואתי וגם בכלל של "תיקון עולם", שמוכר לנו כיום ככינוי "תקנת הציבור". לא הייתה זו הפעם הראשונה שהנשיא בר-ניב הכריע בה בשאלות "חוקתיות" ו"מעין חוקתיות" שטרם ניתן להן מענה בחקיקה בישראל. בשורה של פסיקות עקרוניות הניח הנשיא בר-ניב את התשתית הרעיונית למשפט העבודה הישראלי, ולא בכדי הוא נחשב לרוח החיה של דיני העבודה במדינת ישראל ולאב המייסד שלהם.<sup>1</sup>

בערעור התבקש בית הדין הארצי לעבודה להכריע אם הוראות ההסכם הקיבוצי שחל על דיילי האוויר מפלה לרעה את דיילות האוויר, ואם כן – מהי תוצאת הפליה כזו. הנשיא בר-ניב הסתמך על הגדרת "הפליה" באמנה הבינלאומית בדבר הפלייה בתעסוקה ובמשלח יד. לפיה, הפליה בעולם העבודה היא כל "אבחנה, פסילה או העדפה על יסוד גזע, צבע העור, מין, דת, השקפה מדינית, מוצא לאומי או חברתי, שתוצאתם ביטול או פגיעה בשוויון הסיכוי – opportunity – או בתנאי העבודה" (עמ' 372). בהתאם פסק הנשיא בר-ניב כי קביעת תנאי עבודה ומסלול התקדמות בעבודה תוך אבחנה על פי אחד הפרמטרים הללו, ובענייננו – המין של הדיילת, היא לכאורה הפליה, וכי הנטל להוכיח שאין מדובר בהפליה, מוטל על כתפי מי שטוען אחרת.

בהמשך התייחס הנשיא בר-ניב לפסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין ההפרדה הגזעית בבתי הספר, שם נקבע שאין עוד מקום לדוקטרינה של "נפרד אך שווה" ושמסודות חינוך נפרדים הם מעצם מהותם בלתי שווים.<sup>2</sup> על דרך ההיקש קבע הנשיא בר-ניב שגם בשדה העבודה אין מקום לטענה "נפרד אך שווה", וש"מסלולי קידום" נפרדים, מעצם מהותם פוגעים ב'שוויון הסיכוי'" (עמ' 374). הוא הוסיף ש"סגירת הדרך לתפקיד מסויים בפני אשה באשר היא אשה, פוגעת בכבודה כאדם עובד" (עמ' 374).

עוד בחן הנשיא בר-ניב את חוקיות ההוראות המפלגות בהסכם הקיבוצי שהיה מקובל על החברה ועל נציגות העובדים, ולא הסתפק בהסכמתן למסלולי קידום נפרדים. בהתבססו על סעיף 21 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, הוא קבע שלהוראה בחוק תינתן עדיפות על פני הוראה בהסכם קיבוצי. אבל לא הייתה בדין הישראלי אז הוראה המחייבת מתן שוויון הזדמנויות שוות לעובדת ולעובד. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, כאמור, עדיין לא נחקק, וחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 – שמעגן בטלות חוזה מחמת סתירה לתקנת הציבור – טרם חוקק. בצעד תקדימי נוסף קבע הנשיא בר-ניב שבהעדר חקיקה ילמד בית הדין מהתוכן

1 יצחק זמיר "לזכרו של צבי בר-ניב ז"ל" משפטים טז 261, 263-261 (1987).

2 Brown v. Bd. of Educ., 347 U.S. 483 (1954).

של האמנה ושהיא תדריך אותו. בהתאם נקבע שאפשר לפסול הוראה מפלה בהסכם קיבוצי אם היא נוגדת את "הסדר הציבורי", "טובת הכלל" או "תיקון העולם", מכוח אותם עקרונות וזכויות יסוד שנקבעו באמנות בינלאומיות ובהכרזות בינלאומיות שהן "נחלתם של כל העמים הנאורים", בלי לבטל את תוקף ההסכם כולו (עמ' 377).

הנשיא בר-ניב הדגיש שדווקא הסכמים קיבוציים שחלים על כל העובדים, צריך שיהיו מושכלות ראשונים למניעת הפליה. בהתאם לכך נפסק שההוראות בהסכם הקיבוצי שמבחינות בין דייל לדיילת ושקובעות מסלולי קידום נפרדים, מפלות לרעה אישה באשר היא אישה ואין לפעול על פיהן. בהמשך לכך נקבע שמסלול הקידום של שני המינים צריך שיהיה זהה, ועל כן לעדנה חזין תינתן הזדמנות מלאה ושווה להתמנות לדרגת "כלכל".

מעניין להתעכב על האמירה של בית הדין בסיום פסק הדין בעניין חזין ולפיה "שוכנע שההפליה שנתגלתה לא היתה ביוזעין ובזדון, אלא עלתה מגישה מוטעית ומהרגלי מחשבה עמוקי שורש, שרק פעולה עקבית וממושכת יכול ותעקם" (עמ' 380-381). בהקשר זה עולות השאלות כיצד – ועד כמה – יכולות חקיקת השוויון ופסיקת בתי הדין לעבודה להשפיע על אותם "הרגלי חשיבה" ולמזער הפליה הנובעת מדפוסי חשיבה מוטים של המעסיק.

פסק הדין בעניין חזין, אשר הניח את היסודות לפסיקת השוויון בהיבט התעסוקה, היה – ונותר – אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שיצאו תחת ידיו של בית הדין הארצי לעבודה. מאז שניתן, שורת פסקי דין הרחיבה – וחידדה – את הלכות השוויון במשפט העבודה הישראלי בהתבסס על ההכרה בחומרת ההפליה, בחשיבות עקרון השוויון ובנכונות לפלס דרכים חדשות להגן עליו.<sup>3</sup> אבל דומה שלמרות העבודה הרבה שנעשתה, עדיין קיימים פערים בין התקדימים לנעשה בשטח. המקרים שממשיכים להגיע לבתי הדין, מלמדים שפסיקה תקדימית לא תמיד "מחלחלת" ואינה מביאה להרתעה מספקת ולמיגור תופעת ההפליה. המקרים שמגיעים כיום לפתחם של בתי הדין לעבודה, מלמדים כיצד בעשורים שחלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין חזין, ההפליה שינתה את פניה והפכה מהפליה בוטה ומופגנת להפליה סמויה, לעיתים שלא מדעת. הדיון המשפטי בנושאים אלה מבחין בין "שלושה דורות" של הפליה:<sup>4</sup> הפליה גלויה שמתבטאת בכללים רשמיים מפלים; הפליה סמויה שמתקיימת במקרים שבהם הכללים הרשמיים אחידים, אבל בפועל נשים סובלות מהתייחסות סטריאוטיפית; והפליה שסמויה מן העין ואינה נמצאת אפילו בתודעה של המעסיק עצמו. עניין חזין מייצג את "הדור הראשון" של הפליה גלויה. נציג כעת את ההתמודדות עם הדורות שבאו אחריו.

3 ראו למשל ע"ע (ארצי) 203/09 רשות הגנים של אגודת ישראל – בוכי (2.10.2011); ע"ע (ארצי) 285.09 פרופ' אריאל בן עמר שירותי רפואת שיניים והשקעות בע"מ – פלדמן (28.12.2010); ע"ע (ארצי) 627/06 מזרי – מ.ד.פ ילו בע"מ (16.3.2008); ע"ע (ארצי) 222/06 כרם – מדינת ישראל (26.7.2007); ע"ע (ארצי) 1465/02 משה – איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה (10.3.2004).

4 שרון רבין מרגליות "שלושה דורות של אפליה תעסוקתית: הישגים ומגבלות של המאבק לקידום שוויון תעסוקתי" עבודה, חברה ומשפט טו 7 (2018).



בדור השני הגיעו לבתי הדין מקרים חמקמים יותר, שבהם ההדרה מצאה מחבוא מתחת לפני השטח. מועמדים לא זומנו לראיונות, או זומנו ולא התקבלו, ואם התקבלו תוגמלו בחסר – על בסיס השתייכותם לקבוצות מסוימות. לעיתים אמת המידה להבחנה נחזית להיות ניטרלית ואפילו בעלת אחיזה עניינית – אבל תוצאת יישומה מפלה. אחד הפתרונות שהפסיקה מצאה לאיתור המאפיינים ה"חמקמים" של הפליה סמויה, הוא "מבחן התוצאה". לפיו, גם אם לא הייתה כוונה להפלות אבל התוצאה מפלה, הרי שהייתה הפליה. לימים עוגן עיקרון זה בסעיף 1א לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951.

נוסף על כך, כדי להתמודד עם צורת הפליה זו, הקלה הפסיקה בהיבט הראייתי. נקבע שדי ב"ראשית ראייה" כדי שהנטל יועבר למעסיק ויהיה עליו להוכיח שפעל משיקולים אובייקטיביים. אבל מהי אותה ראשית ראייה? בכך עסק פסק הדין בעניין פלוטקין, שניתן כ"ע 24 שנים לאחר עניין חזין ולאחר חקיקת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (דב"ע (ארצי) 3-129/נו-1997 – פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1997)). שרון פלוטקין הגישה מועמדות לתפקיד בתחום המכירות בחברה. במהלך ראיון העבודה הוסבר לה שקיימות שתי משרות פנויות: האחת במכירות מחוץ למשרד, והשנייה במשרד. אף שהוסברו לה תנאי השכר וההעסקה בכל אחת מן המשרות, בפועל הוצעה לה המשרה במשרד בלבד. כשעמדה על רצונה לעבוד בתפקיד אשת מכירות, בתנאי העסקה מתגמלים של שכר גבוה יותר ורכב צמוד, הבהיר לה המראיין: "נשים לא מתאימות לתפקיד הזה... יש בעיה לבקש מאשה לעבוד אחרי השעה 16:00". אף ששרון ביקשה להתמייין לשני התפקידים, כתב המראיין לצורך המשך תהליך המיון שהיא תמוין למשרת מזכירה בלבד. לבסוף היא גם לא התקבלה לעבודה. הנתבע טען להגנתו שרק ניסה "להסביר" לה "את היתרונות והחסרונות ואת אופי העבודה לגבי גבר ואשה", שכן איש מכירות נדרש לשעות עבודה ארוכות שכוללות גם הרמת משאות. לדבריו, בהיבט הזה התייחס למגדר שלה, שכן מדובר בשוני רלוונטי המתחייב מאופי התפקיד.

גם פה הסיפור של פסק הדין מתחיל בבעלת דין שהייתה מוכנה לנהל מאבק משפטי. שרון הגישה תביעה לבית הדין האזורי לעבודה. בית הדין קבע שהאמירה וההתנהגות פסולות, ופסק לה פיצוי בגובה 3,000 ש"ח. שרון הגישה לבית הדין הארצי לעבודה ערעור על גובה הפיצוי, וערעורה התקבל בפסק דין שכתבה השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין, לימים סגנית הנשיא של בית הדין הארצי לעבודה. נקבע שדי באמירות המראיין בריאיון כדי להקים ראייה לכאורה לגישה מפלה וסטריאוטיפית, וכדי לפסוק פיצויים עונשיים בסך 50,000 ש"ח על הפרת זכות חוקתית ראשונה במעלה.

בדומה לכך, בעניינה של נעמי מושקוביץ סקורצקי נקבע שאמירות של מעסיק בריאיון עבודה, דוגמת "כמה ילדים את מתכננת?", "אני צריך לדעת שאת יכולה לעשות את זה בלי לדאוג שאת צריכה לקחת את הילדים מהגן" ו"את צטרכי לעבוד כמו גבר", מבטאות גישה סטריאוטיפית עמוקה בנוגע לקבלה לעבודה של אימהות לילדים (ע"ע (ארצי) 15-05-16136 מ. דינגנוף ושות' (נציגות קלובים) בע"מ – מושקוביץ סקורצקי (18.1.2018)). במקרה זה ראשית

הראיה שהציגה נעמי הייתה הודעת דוא"ל שבה נכתב מפורשות כי המראיין אינו בטוח שתוכל לחלק את זמנה בין העבודה לבית. גם תיק זה הגיע לבית הדין הארצי לעבודה, והוא פסק כי הורותה של נעמי הובאה בחשבון באי קבלתה לעבודה. כאן "ראשית הראיה" הייתה גלויה לעובדת, אבל לא תמיד זהו המצב. לכן דרישה זו עשויה להציב מכשול בפני תובעים שלא "התמזל מזלם" להיחשף לאמירה או למידע שמלמדים כי הופלו.

לבסוף, בדור השלישי של ההפליה יש להתייחס למצבי הפליה שלא מדעת, שבהם מקבל ההחלטות לא יעריך יכולות והישגים אובייקטיביים של אנשים, אך ורק בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת. אלה הם חסמים כמעט בלתי נראים. למעשה, עלול להיות מצב שבו מצד אחד יש מעסיק תם לב המשוכנע שהוא אינו עורך הבחנות על בסיס מאפיינים אישיים אסורים, ומצד שני בחינת ההחלטה תלמד ששיקולים אסורים הכתימו אותה. בשל האופי הבלתי מודע של הפליה זו ההתמודדות עימה מציבה אתגרים מיוחדים. למשל, האם על בית הדין להתערב אם אין ראיות אובייקטיביות ליחס שונה שקשור להשתייכות קבוצתית? דוגמה לכך אפשר להביא מפסק הדין שנתנה שופטת בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב נטע רות בעניינו של יצחק אבבה (תע"א (אזורי ת"א) 9690/09 אבבה - א.א. מוקד 101 בע"מ (23.10.2012)). יצחק, בן העדה האתיופית, הגיש מועמדות לתפקיד מוקדן בעקבות מודעה שפורסמה בעיתון, וזמן בו ביום לריאיון. כאשר הגיע למקום הודיע לו מנהל המוקד שאין לחברה צורך בעובדים. יצחק נפגע עמוקות. הוא סבר שמועמדותו נדחתה על הסף בשל מוצאו העדתי, ולכן ביקש מחבריו שאינם משתייכים לעדה האתיופית, להתקשר עוד באותו יום לחברה ולהגיש את מועמדותם לתפקיד מוקדן, מתוך הנחה שיזכו ליחס שונה. והינה, לחבריו אכן נקבעו ראיונות מייד. אחת מחברותיו אפילו התקבלה מייד לעבודה. החברה דחתה את הטענה של יצחק להפליה על רקע עדתי וטענה להגנתה כי בחברה עבדו לאורך השנים כ-11 עובדים בני העדה האתיופית. בית הדין האזורי לעבודה נדרש לשאלה האם יש להטיל אחריות על התנהגות מפלה בלתי מודעת ולא רצונית. בפסק דינה קבעה השופטת רות שהפליה שלא מדעת אפשר למנוע רק בדרך של יצירת מודעות לקיומה, באמצעות הטלת אחריות על המעסיק. לצד זאת, העדר המודעות או הכוונה ייחשב לנסיבה מקילה בעת קביעת הסנקציה שתוטל על הגורם המפלה. עוד נקבע שיש להרחיב את מושג ההפליה כך שיכלול לא רק גילויים אובייקטיביים חיצוניים של אי שוויון, אלא גם תחושה של הפליה סובייקטיבית שעלולה להתעורר באופן סביר אצל בן הקבוצה המוגנת בשל נסיבות אובייקטיביות שהמעסיק יצר או לא מנע במאמץ סביר. ערעור שהוגש על פסק הדין נמחק (ע"ע (ארצי) 18021-11-12 א.א. מוקד 101 בע"מ - אבבה (12.11.2013)). המקרה של אבבה הוא יוצא דופן יחסית מאחר שלתובע היו גם סימן לקיום הפליה וגם "ראשית ראיה" לכך. אבל סביר להניח שמקרים רבים של הפליה מסוג זה לא יגיעו לפתחם של בתי הדין. עם זאת, אפשר לקוות שפסקי דין כמו זה שניתן בעניין אבבה יתרמו לחשיפת דפוסי חשיבה מוטלים בקרב מעסיקים וליצירת מודעות לקיומם, ובכך יתרמו לצמצום התופעה.

המסע מאז עניין חזין ועד היום מלמד שבתי הדין לעבודה התאימו עצמם מאז ומתמיד למציאות המתפתחת בשטח, ונתנו מענה משפטי וערכי למקרים תקדימיים. פעמים רבות, בעיקר בשנותיו הראשונות, בית הדין הארצי לעבודה "הקדים את זמנו" ופסק פסיקות "מעין חוקתיות", שבהן חלחלו נורמות מן המשפט החוקתי לדיני העבודה. היופי במשפט העבודה הוא בהיותו חי ומתעדכן כל הזמן. שינוי העיתים מחייב בחינה מחודשת של ההלכות והתאמתן למציאות החברתית ולשינויים במשק ובשוק העבודה. לצד זאת, נדרש להקפיד על הוודאות ועל היציבות המשפטית. כך היה גם בעניינה של מרינה, טרנסקסואלית, שהועסקה במרכז לטכנולוגיה חינוכית בתפקיד חונכת להוראה מקוונת בתחום המתמטיקה בתוכנית "נחשון", ושפוטרה על רקע שיחות שניהלה עם תלמידותיה בעניין זהות המגדר שלה (סע"ש (אזורי ת"א) 791-06-13 משל - המכרז לטכנולוגיה חינוכית (חל"צ) (13.5.2014)). מרינה ראתה בכך הפליה, פנתה לבית הדין האזורי לעבודה תל אביב בטענה שמעסיקה הפר את חוק שוויון ההזדמנות בעבודה, ודרשה פיצויים בגין הפרת החוק. בית הדין האזורי, בהרכב בראשות השופטת עידית איצקוביץ, קיבל את תביעתה. בית הדין קבע שעל הפיטורים חל חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ונימק שהפליה מטעמי מין איננה רק הפליה ביולוגית בין גבר לאישה, אלא - נוכח המציאות המשתנה - גם הפליה בגין זהות מגדר.

אחד מהתפקידים המאתגרים של מערכת בתי הדין לעבודה הוא לגשר על הפער שבין משפט העבודה למציאות החברתית המשתנה. פיתוח ההגנה על השוויון בתעסוקה ממחיש שהיא עומדת בכך בכבוד תוך נכונות לפרוץ דרכים חדשות.

## **"אל תשליכני לעת זקנה" וגיל פרישת חובה**

בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990)  
ע"ע (ארצי) 209/10 וינברגר - אוניברסיטת בר אילן (6.12.2012)  
בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת (21.4.2016)

### **גאל פליטמן**

מספרים כי קרל מרקס, הפילוסוף היהודי-גרמני שראה בעבודה ערך עליון לקידום החברה האנושית, סבר ש"תכלית האדם היא עיסוקו". אותה סברה מדגישה את חשיבות העבודה בחיינו. וכיוון שכך, מעניין לבחון את יחס המשפט לעובד שבעל כורחו נאלץ "לזנוח תכליתו" ולפרוש מעבודתו מחמת גיל.

בסוגיה זו של פרישה כפויה מחמת גיל דנים שני פסקי דין של בית המשפט העליון, שניתנו בהפרש של 16 שנה זה מזה: עניין נבו (בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990)) ועניין גביש (בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת (21.4.2016)). כל אחד מפסקי הדין הללו ניתן על רקע תקופתו, שמוסיפה לו גוון ותבלין. התבוננות בשניהם מלמדת על האופן שבו בית המשפט נותן מענה לשאלות הזמן המשנה פנים.

נתחיל מראשון ראשון, מפסק הדין בעניין נבו. ד"ר נעמי נבו עבדה שנים רבות בתפקיד סוציולוגית בכירה בסוכנות היהודית. תנאי ההעסקה של עובדי הסוכנות הוסדרו בהסכם שנחתם בין המעסיק, הנהלת הסוכנות, לארגון העובדים שייצג את עובדי הסוכנות. אותו הסכם נקרא "חוקת העבודה". בחוקת העבודה פורטו בין השאר הסדרי הפנסיה של עובדי הסוכנות. בסעיף 6 לחוקה נקבע לעניין פרישה לגמלאות כי "גיל פרישה לפנסיה הוא 65 שנה לגבר ו-60 שנה לאשה".

תנאי העבודה בחוקת העבודה נחשבים לחלק מחוזה העבודה האישי של כל עובד ועובד, ולכן היה אפשר לראות בנעמי נבו מי שידעה, והסכימה, עם קבלתה לעבודה ובמהלכה שבגיל 60 יהיה עליה לפרוש מעבודתה. אך הינה בהגיעה לגיל הפרישה המוסכם, פנתה נבו תחילה לבית הדין האזורי לעבודה ולאחר מכן בערעור לבית הדין הארצי, ואחרי שדחה אותה עתרה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. בפיה הייתה טענה אחת: אין להפלותה בתור אישה על פי האמור בחוקה, ולכן יש להעסיקה כגבר, עד גיל 65.

בהינתן שאלה הם הדברים, על בית המשפט העליון היה עתה להכריע בדילמת גיל הפרישה: האם להשוות את גיל הפרישה של אישה לגבר לאור עקרון השוויון בין המינים ולבטל את סעיף

החוקה שקובע גיל פרישה מוקדם יותר לאישה, או לאשר אותו סעיף מוסכם קיבוצית ואישית לגבי גיל פרישה שונה לגברים ולנשים.

ההתלבטות המשפטית נפתרה בחמישה מהלכים בפסק הדין של השופט גבריאל בך. נביא את פתרונה. ראשית, אין פסול בעצם ההסכמה על גיל פרישה כפוי. תכליתו היא מצד אחד לאפשר לעובד לנוח לעת זקנה מעמל יומו, ומצד שני לאפשר למעסיק לרענן שורות בכוחות חדשים וצעירים תחת העובדים הפורשים. שנית, מאחר שזוהי תכלית גיל הפרישה הכפוי, אזי הבחנה בין המינים לעניין גיל פרישה אינה רלוונטית, ומשום כך היא הפליה פסולה ביניהם, להבדיל מהבחנה מותרת. חובת פרישה הסכמית של אישה שמוקדמת בחמש שנים מגבר, אינה העדפה חיובית שלה, כי אם הפלייתה לרעה. להפליה זו השלכות רוחב שליליות רבות, כמו תחושות תסכול, קיפוח ואובדן ערך עצמי על הוצאה מוקדמת מהזרם הפעלתני יצרני של החברה בטרם עת; הפסד שכר מלא למשך חמש שנים והפסד צבירת פנסיה בגינן; והפסד אפשרות קידום בעבודה ומיצוי הפוטנציאל האישי. על רקע האמור נפסק שסעיף 6 לחוקת העבודה הוא סעיף מפלה. שלישיית, הנחת היסוד היא שהמחוקק אינו מתכוון להפלות בין השווים, ולאורה של הנחה זו ראוי לפרש את הדין. אומנם בהסכמי הפנסיה ובתחיקה הסוציאלית קיימת הבחנה על בסיס גיל בנוגע לזכאות לגמלה בין אישה בגיל 60 לגבר בגיל 65, אלא שמעניין הזכאות לגמלה אין ללמוד על חובת הפרישה מהעבודה. לענייננו יש ללמוד דווקא מחוק עקרוני כללי, חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. ביסודו עומד עקרון השוויון בין המינים, שאוסר להפלות אישה בכל פעולה משפטית. פרישה מהעבודה היא בגדר פעולה משפטית שמשנה את המעמד של אדם. לכן הסעיף בחוקת העבודה שמחייב פרישה מוקדמת של אישה להבדיל מגבר, נוגד את עקרון היסוד של שוויון ביניהם. רביעית, לבית המשפט סמכות על פי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, להתערב בתוכן של הסכם קיבוצי, כמו חוקת העבודה, מטעמים של "תקנת הציבור", ולבטל חלקים ממנו הסותרים עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית, כמו עקרון השוויון. חמישית ולבסוף, מאחר שקיימת בחוקת העבודה הוראה מפלה פסולה לגבי גיל פרישת חובה בין גבר לאישה, שאינה מעוגנת בחוק ושמוגדת לעקרונות יסוד, יש לבטלה ולהורות לסוכנות היהודית להעסיק את נעמי נבו עד לגיל 65.

מאז פסק הדין בעניין נבו חולפים הימים ומשתנים הזמנים, וכבר אנו מגיעים לעשור השני של המאה החדשה. בין לבין משתנה הסביבה הנורמטיבית של חיינו. קודם כול, נחקקים שני חוקי יסוד שמעגנים את זכויות האדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. חוקים אלה מאפשרים לבית המשפט לדון בביטול חוק רגיל במקרים מתאימים. נוסף על כך, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, החוק העיקרי במשפט העבודה שאוסר הפליה בין עובדים בכל שלב של קשר העבודה, תוקן כך שלעילות ההפליה האסורות בין עובדים המנויות בו (למשל, מחמת מין, מעמד אישי, גזע, דת ולאום) הוספה גם עילת איסור ההפליה מחמת גיל.

באותה העת נחקק גם החוק שהפך נושא להתדיינות: חוק גיל פרישה, התשס"ד-2004. בפתחו של אותו חוק (בסעיף 1) הוצהר שמטרתו "לקבוע כללים אחידים לעניין גיל פרישה מעבודה". בהמשכו נקבע גיל הזכאות לפרישה: 67 לגבר ו-62 לאישה (בסעיף 3).

אלא שמעבר לכך, בסעיף פרישת החובה מחמת גיל (סעיף 4 לחוק) נקבע כי "הגיל שבהגיעו אליו ניתן לחייב עובד לפרוש מעבודתו בשל גילו, הוא גיל 67 לגבר ולאישה" כאחד. אותו חיוב פרישה מחמת גיל סווג במתן אפשרות למעסיק ולעובד להגיע להסכמה לפרישת העובד בגיל גבוה יותר (סעיף 10 לחוק). אם כן, בחוק נקבע עקרון גיל פרישה אחיד כפוי ובלתי תלוי בכושר של האדם העובד ובתפקודו.

נקדים ונאמר שכל פרישה היא פרשת דרכים בפרשת חיים. אומנם ישנם אלה שמבחינתם, נוכח תנאי עבודתם ונסיבותיהם האישיות שער חובת הפרישה מחמת גיל הוא בגדר פתח לשינוי שאין להחמיצו. אבל מנגד ישנם אלה שפרישה כפויה רק מהטעם של הגעה לגיל מסוים היא הורדתם בעל כורחם מדרך חייהם. פרישה שכזו, כשכוחם עדיין עימם, מלווה, בלשון השיר, בתחושה של "עוד לא תם הספור, עוד לִשְׁאֵת וְלִשְׁאֵת וְלִלְכֹת. הַזְּקֵנָה? הַבְּלִים! הַזְּקֵנָה הִיא אֶפֶר... מִתּוֹכָה עוֹד עֵינֶיךָ בּוֹרְקוֹת אֶל הַמְּלֶאכֶת" (נתן אלתרמן "הטור השביעי: ליהושע ברטונוב" דבר 12.5.1950). ועם זאת ומטעם שאינו ענייני – שְׁלָמָה דרכם.

לכן מסקנת הדברים היא שעצם כפיית פרישה מחמת גיל כרונולוגי על עובד מסוים, אפשר שיפגע בזכותו לשוויון ביחס לחבריו לעבודה, שמוגנת על פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן בעצם זכותו לעבוד, המוגנת על פי חוק־יסוד: חופש העיסוק.

מאחר שאלה הם הדברים, נעבור לסיפור המעשה, שסב על טענת בטלות הוראת גיל פרישת חובה שבחוק. תחילתו בעובדת אוניברסיטת בר־אילן בשם ליבי וינברגר. היא פנתה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו ערב סיום העסקתה באוניברסיטה ועם הגיעה לגיל 67, בתביעה לביטול פיטוריה מחמת גיל. תביעתה נדחתה בשל הוראת פרישת החובה שבחוק. על אותו פסק דין היא ערערה לבית הדין הארצי לעבודה. טעמה העיקרי בערעורה היה שסעיף פרישת החובה שבחוק אינו חוקתי, כלומר נוגד את חוקי היסוד ופוגע בכבוד האדם. ערעורה נדחה (ע"ע 209/10 וינברגר – אוניברסיטת בר אילן (6.12.2012)). את חוות הדעת העיקרית ורחבת היריעה בפסק הדין כתבה השופטת סיגל דוידוב-מוטולה. תמציתה הייתה כי אומנם הסדר פרישת החובה שבחוק פוגע לכאורה בזכויות חוקתיות, אבל ראוי שבשאלת בטלות החוק באופן כללי, ולא רק כלפי הצדדים הישירים למחלוקת, יכריע בית המשפט העליון. עם זאת, לאחר שוויתרה בערעור על סעד השבתה לעבודה, נפסק לווינברגר פיצוי בסך 50,000 ש"ח. אותו פיצוי ניתן בשל העובדה שהאוניברסיטה הפרה את חובתה לשקול בכובד ראש ראוי ופרטני את רצונה להמשיך בעבודתה, ומתוך התחשבות בין השאר גם בשיקולים שנוגעים לשיעור הגמלה הצפויה לאחר הפרישה ולשאלה האם היא מבטיחה קיום בכבוד.

את "תפוח האדמה הלוהט" של ביטול הוראת החוק בדבר פרישת חובה, על מלוא משמעויותיה, בשל פגיעתה בזכויות אדם חוקתיות כאמור, לקחו שלושה פרופסורים ידועי

שם בתחומם משני מוסדות להשכלה גבוהה והביאוהו לפתחו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ: האחד – פרופסור מן המניין משה גביש, שפרש מהטכניון זה עתה; השני – פרופסור מן המניין מרדכי שגב, גם הוא מהטכניון, שהיה עתיד לפרוש בשנת 2027; והשלישי – פרופסור מן המניין אסא כשר, שפרש זה כבר מעבודתו באוניברסיטת תל אביב. בשל חשיבות הנושא והשלכות הרוחב שלו על המשק והחברה התנהל הדיון בבג"ץ לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים. את פסק הדין העיקרי ורחב הממדים וההיקף, אשר לתוצאתו הסכימו כל שופטי ההרכב, כתבה הנשיאה מרים נאור (בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת (21.4.2016)).

כאן המקום להקדים ולומר שבחינת טענה נגד חוקתיות חוק נעשית באופן זהיר ומחושב שבנוי נדבך על נדבך. תחילה, יש לקבוע אם החוק פוגע בזכות אדם שמעוגנת בחוק יסוד. אם התשובה לכך היא בחיוב, יש לבחון אם הפגיעה היא כדין ובהתאם לתנאים של הוראה בחוק היסוד שנקראת "פסקת ההגבלה". די באי עמידה באחד מהתנאים כדי שהחוק ייחשב לבלתי חוקתי.

נעקוב אחר הדרך של בית המשפט העליון בפסיקתו צעד אחר צעד, שלב אחר שלב. קודם כול, הובהר כי סוגיית הפרישה מהעבודה היא מורכבת ורבת פנים, כזו שמערבת היבטים כלכליים וחברתיים כאחד. מבין הדגמים הקיימים שמסדירים אותה סוגיה, החליט המחוקק הישראלי בעקבות ועדה שהוקמה לבחינתה, לאמץ בחוק דגם קולקטיבי שמעדיף חיוב פרישה אחיד על פי אמת מידה של גיל, על פני בחינה אישית של יכולת הפרט להמשיך בעבודתו. שנית, בית המשפט הנחה עצמו מראש כי הפעלת ביקורתו השיפוטית על חקיקת הכנסת מחייבת אותו לנהוג בריסון ובוהירות, וקל וחומר כאשר מדובר בחוק שמתווה מדיניות חברתית וכלכלית רבת היקף, כחוק גיל פרישה.

בניתוח המקרה על רקע האמור נפסק כי פרישה כפויה מחמת גיל, כפי שעוגנה בחוק גיל פרישה, פוגעת בזכות לשוויון של האדם העובד בתור פרט, וכפועל יוצא מכך בזכותו לכבוד על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יתרה מזאת, הובהר שהפליית אדם בעבודתו רק מחמת גילו, יש בה יסוד של הפחתת ערך האדם המבוגר, בייחוד בהתחשב בעובדה שהעבודה אינה רק מקור לקיום בכבוד, אלא גם מקור להגשמה עצמית ולהגשמה חברתית. בשלב זה, נוכח אותה מסקנה של פגיעת החוק בזכות האדם לשוויון, נבחנה חוקתיות החוק בשלב השני, מהיבט העמידה בתנאים של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, שלפיה "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". באשר "לתכלית ראויה", היא נחשבת לכזו אם היא קובעת איזון סביר והוגן בין זכויות פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים. לענייננו, קביעת כללי פרישה אחידים נועדה לקדם שלוש תכליות משנה ראויות ששלוכות זו בזו: שיפור הביטחון התעסוקתי של כל העובדים עד לגיל פרישה, שיפור יכולת המעסיק לנהל את כוח האדם במקום העבודה, וקידום הגינות בין דורית לשילוב של דור עובדים חדש, מחליפי הדור הפורש, ולקידום. לגבי המבחן של פגיעת חוק בזכות אדם "במידה שאינה עולה על הנדרש", בית המשפט בחן אם האמצעי שבחר

המחוקק, גיל פרישת חובה אחיד, יקדם באופן סביר את הגשמת תכלית החוק של שמירת זכויות עובדים. בעניין זה נפסק שקיים קשר בין הכלל של פרישת חובה לבין טובת העובדים והמעסיקים מהיבט הוודאות שהוא מקנה לשני הצדדים בנוגע למועד הפרישה הידוע מראש. זאת, להבדיל מאי הוודאות במקרה של קריטריון פרישה אישי על פי כושר עבודה, שכרוך בבדיקות כושר תכופות חוזרות ונשנות, על כל המשתמע מכך.

נוסף על כך, הודגש שהגדלת הביטחון התעסוקתי של העובדים בתור קבוצה, נוכח ודאות גיל פרישתם, משמעה הן שיפור ההשתכרות תלוית הוותק של עובדים מבוגרים, גם אם חלה אצלם ירידה בכושר העבודה במהלך השנים; הן פתיחת השורות לקליטה וקידום של עובדים צעירים במקומות עבודה, כמו מוסדות אקדמיה, שבהם האפשרויות לכך מוגבלות.

האמור נסמך בין השאר על מסד נתונים שלפיו דגם גיל פרישת החובה אינו גורם בפועל לפגיעה מהותית בקבוצות העובדים המבוגרות בישראל. שיעור תעסוקת עובדים מבוגרים וגיל פרישתם גבוהים בה ביחס למדינות הרווחה שבין מדינות ה-OECD, וגם ביחס לאלה שבהן אומץ דגם גיל הפרישה התפקודי.

מאחר שאלה הם הדברים, הסביר בית המשפט כי אין מקום להתערבות בהעדפת המחוקק את דגם פרישת החובה בגיל אחיד על פני דגם הפרישה התפקודי על פי כושר העבודה, שהעותרים ביקשו ליישם. הדבר נכון בייחוד נוכח חובת המעסיק, על פי דגם חובת הפרישה לפי גיל, להתייחס פרטנית לעובד שהגיע לגיל פרישה וש מבקש להמשיך להיות מועסק.

את פסק דינו סיכם בית המשפט העליון בכך שהוראת החוק בדבר גיל פרישת חובה צולחת את מבחן המידתיות, ולכן יש להשאירה על כנה. עם זאת, באשר לעתיד הוא הוסיף שאפשר שראוי להעלות את גיל הפרישה הדרגתית נוכח העלייה בתוחלת החיים, כך שהפורש מעבודה לפנסיית זקנה יוכל לחיות בכבוד מהגמול הפנסיוני שצבר בעמל חייו. על כל פנים, סוגיה זו אינה יורדת מהפרק, והמקום הראוי להסדירה הוא בית המחוקקים. ועד אז, כאמור בהלכת בית הדין הארצי לעבודה בעניין וינברגר, על המעסיק לשקול טווח רחב של שיקולים הנוגעים לנסיבות האישיות של העובד ולאופן תפקודו, אם אותו עובד מבקש להמשיך בעבודתו מעבר לגיל הפרישה שבחוק.

עד כאן סקירת הפסיקה בנושא גיל פרישת החובה. מעבר לה אוסיף "טיפה משלי מן הים הכללי": שכל אחד משני פסקי הדין הללו ושניהם יחדיו ממחישים את הכלל שמשפט על פי טיבו, עניינו בערכים ואיזונם. זוהי מהותו של משפט. ולכן לא בכדי נסמכה למילה משפט המילה צדק, כי שניהם מאזניים מעוינים הם, כף בכף עשויה.



# דרישת תום הלב כאבן בוחן למעמדו של מועסק ולזכויותיו בתור עובד

ע"ע (ארצי) 18-04-15868 כותה - עיריית רעננה (7.4.2021)

## נילי ארד

במשך 12 שנים הועסק זאב לוי בחברת "זרעים גדרה בע"מ". לוי הוא אשר בחר בהתקשרות עימה בתור קבלן עצמאי, יזם אותה ודחף לה. החברה נענתה לבקשתו ובהתאם לכך שילמה לו את שכרו וזכויותיו כנדרש. כשנה לפני סיום עבודתו שינה לוי את מעמדו הרשמי מעוסק מורשה לזה של חברה בע"מ בבעלותו. זאת, בין היתר, מטעמי תועלת כלכלית ולצרכיו, לשם קיזוז הפסדים בדוחותיו הכספיים כבעל משק חקלאי. לוי הודיע לחברה על שינוי מעמדו, וגם הפעם נענה מבוקשו לתשלום שכרו כנגד הנפקת חשבוניות מס כחוק באמצעות חברת לוי שדות בע"מ.

יצוין כי בעת ההתקשרות הייתה חברת זרעים גדרה חברה קטנה יחסית אשר התבססה על יחסי אמון אישיים. החברה מצידה הסכימה לצורת ההתקשרות הקבלנית שיזם לוי, אף שהייתה מעדיפה להעסיק אותו כעובד שכיר. לוי מצידו לא ביקש לשנות את מעמדו לעובד שכיר. משהגיעה העסקתו לסיימה, הגיש לוי תביעה נגד חברת זרעים גדרה לתשלומים שונים כמי שהיה במעמד עובד. החברה מצידה טענה כי תביעתו של לוי להכרה בדיעבד בזכויותיו כעובד, לוקה בחוסר תום לב קיצוני המצדיק את דחייתה. זאת נוכח התנהלותו במשך כל תקופת העסקתו במעמד קבלני בכיר, כעובד חזק ובלתי מקופח בשכרו ובזכויותיו.

פרשה זו הגיעה להכרעה עקרונית של בית הדין הארצי לעבודה עם שני הליכים נוספים: עניינו של גבריאל כותה, שהתקשר עם עיריית רעננה לצורך העברת חוגים של ריקודי עם, ועניינו של דן רבין, שסיפק שירותי ראיית חשבון למשרד המשפטים. שניהם הועסקו כקבלנים עצמאיים. כותה היה בעל עסק עצמאי. הוא פעל במסגרת עסקו במתן שירות של הדרכת ריקודי עם והרקדות ונתן באופן קבוע ולאורך שנים רבות שירות של הדרכות ריקודי עם לעיריית רעננה ולקאנטרי בראשון לציון. נוסף על כך ובמסגרת עסקו נתן שירותי הרקדה נקודתיים ללקוחות נוספים ושירותי הדברה כחלק קטן מפעילותו בתור עצמאי.

רבין הועסק כשמונה שנים ברשם העמותות במשרה מלאה, וכל פרנסתו הייתה על המדינה. בכל אחד ממקרים אלה הוגשה תביעה לבית הדין האזורי לעבודה להכרה ביחסי עבודה לאחר סיום ההתקשרות בין הצדדים ולתשלום זכויות בהתאם. בענייניהם של כותה ורבין קבעו

בתי הדין האזוריים כי בין הצדדים התקיימו יחסי עבודה. אשר לתביעתם לתשלום זכויותיהם בהתאם, בענייניהם של רבין וכותה נערכה התחשבות בדיעבד תוך השוואת התמורה החוזית ששולמה להם כקבלנים לשכר של עובד שכיר חלופי, ונקבע כי התמורה החוזית הייתה גבוהה באופן שגולם בה תשלום הסכומים הנובעים מחקיקת המגן. בעניין כותה נדחתה תביעה שכנגד שהגישה העירייה להחזר התשלום העודף שקיבל ביחס לתמורה הראויה כשכיר.

בעניינו של לוי דחה בית הדין האזורי את תביעתו להכרה במעמד כעובד, מן הטעם שנהג בחוסר תום לב קיצוני. זאת נוכח העובדה שלוי הוא אשר דרש את מתכונת ההתקשרות בין הצדדים כעצמאי ונהנה ממעמדו, ואילו המעסיקה לא הפיקה תועלת ממתכונת העסקה זו. מאחר שנדחתה התביעה של לוי להכרה במעמדו כ"עובד", לא נדרש בית הדין האזורי לתביעתו לתשלום זכויותיו כ"עובד" ולבירור שיעור השכר של עובד חלופי מקביל. נקבע כי התמורה הראויה שולמה לו על פי הסכמת הצדדים ואומד דעתם.

על שלושת פסקי דין אלה הוגשו ערעורים לבית הדין הארצי לעבודה, והם נדונו לפני מותב מורחב בהליך מאוחד שבמסגרתו ניתן פסק דין עקרוני הידוע בכינוי "פרשת כותה" (ע"ע (ארצי) 15868-04-18 כותה – עיריית רעננה (7.4.2021)). בפסק הדין נפסקה הלכה חדשה בידי בית הדין הארצי לעבודה בנוגע לחישוב הזכויות של מועסק אשר הוכר בדיעבד כעובד. בד בבד, נדרש בית הדין הארצי לדיון והכרעה במחלוקת שהתגלעה בין חברי המותב בשאלות מהותה של דרישת תום הלב ביחסי עבודה, משקלה והשלכותיה על המעמד של מועסק התובע בדיעבד הכרה בו כעובד ותשלום זכויותיו.

נתחיל במושכלות היסוד: יחסי עבודה מאופיינים מעצם מהותם בחולשה המובנית של העובד, בין היתר בשל כפיפותו של העובד ותלותו במעסיק ובמקום העבודה מתחילת ההתקשרות ועד לסיומה. נוכח מערכת יחסים בלתי שוויונית זו הקים משפט העבודה הגנה בדין לעובד. משפט העבודה המגן נועד להקנות לעובד זכויות כלכליות וכבוד כלכלי, להבטיח את קיומו הכלכלי בכבוד אנושי ולבסס את כבודו החברתי. להגנת הדין על זכויות העובד ומעמדו מתווסף ההיבט החברתי הרחב של המשפט המגן, אשר בין מטרותיו קידום תכליות של דמוקרטיה במקום העבודה, שוויון, כבוד האדם, אוטונומיה, יציבות וביטחון, יעילות, הגשמה עצמית וצדק חלוקתי בשוק העבודה. הזכויות המוקנות לעובד מעוגנות במשפט המגן בדיני עבודה ומהן נגזר העיקרון המרכזי, הוא עקרון הקוגנטיות. לפיו, הדין מכניס לתוך חוזה עבודה נורמות מינימום המחייבות את הצדדים, אין ניתן להתנות עליהן, והצדדים אינם רשאים לכרות חוזים שאינם מכבדים נורמות אלו.

דיני העבודה קובעים שמעמדו של "עובד" קרוב לסטטוס. הזיהוי שמועסק הוא "עובד" נקבע בעיקרו על בסיס המבחן המעורב, המורכב בעיקרו מ"מבחן ההשתלבות", ולו שני פנים: הפן החיובי – האם המועסק השתלב במערך הארגוני של העסק, והפן השלילי – האם המועסק השתלב בתור גורם חיצוני במסגרת עסק אמיתי משל עצמו. יישום המבחנים הללו נעשה לאור תכליות משפט העבודה ובראי התמונה הכוללת של יחסי הצדדים במקרה הנדון והתנהלותם במהלך ההתקשרות ביניהם הלכה למעשה.

יחסי עבודה הם מעצם טיבם יחסים מתמשכים המבוססים על אמון ומחויבות הדדית בין העובד למעסיק, והמטילים עליהם חובות מוגברות של תום לב והגינות. חובות אלה חלות על הצדדים במשך כל תקופת ההתקשרות ביניהם, החל מן הקבלה לעבודה, במהלך חיי העבודה וכלה בסיומה.

טענה בדבר הפרת חובת תום הלב של המועסק אינה שוללת את הזכויות המוקנות בדין למי שמעמדו הוכר כעובד. בדומה, התקשרות עם המועסק כקבלן או התנהלותו בחוסר תום לב גרידא אינן שוללות כשלעצמן מהמועסק את מעמד העובד.

האם יש ליישם עקרונות אלה בנסיבות שבהן המעסיק טוען לחוסר תום לב קיצוני בהתנהלות של המועסק? בעבר הביעה סגנית הנשיא אלישבע ברק דעת יחיד בפרשת **בוכריס** (דב"ע נה/145-3 משרד השיכון – בוכריס, פד"ע לו 1 (1997)) ובמסגרתה ציינה כי ייתכנו מקרים נדירים שבהם מועסק ויתר במודע ומתוך אינטרס מובהק שלו על זכויותיו הקוגנטיות בתור עובד. ובלשון הכתוב: "מקרים כאלה עשויים להביא לכך שכאשר יבקש, עם ניתוק היחסים, להסתמך על היותו בסטטוס של עובד או בבואו, עם ניתוק היחסים, לתבוע זכויות סוציאליות נוספות על השכר ה'כולל' שקיבל, בחוסר תום לב משווע, יגבר חוסר תום לבו של העובד על דרישת הקוגנטיות או הסטטוס הנובעת ממנה... ברי שבחינת תום לבו של העובד תיעשה על-פי קנה-מידה אובייקטיבי" (עמ' 9). נציין כי במהלך השנים מאז נתינתה פורשה דעת יחיד זו בפרשת **בוכריס** באופן מצומצם בלבד.

חלפו כשני עשורים והשאלה האם תתקבל תביעתו של מי שהועסק כקבלן ושדורש בדיעבד להכיר בו כב"עובד", בנסיבות שבהן המעסיק טוען לחוסר תום לב קיצוני מצד התובע – עלתה פעם נוספת לדיון ולהכרעה. דעות השופטים בפסק דין **כותה** נחלקו בשאלה מורכבת זו ובהשלכותיה על הערעור של לוי.

דעת הרוב באה לידי ביטוי בחוות הדעת של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, שעימה הסכימו סגן הנשיאה אילן איטח, השופטות לאה גליקסמן וחני אופק-גנדלר ונציגת הציבור יעל רון. לפיה, אם המועסק עונה על מבחני הפסיקה, אין לפגוע במעמד ה"עובד" שלו ובזכויותיו מכוח חקיקת המגן, גם אם הוכח שהתנהל בחוסר תום לב קיצוני. עם זאת, במסגרת חישוב הזכויות הנתבעות בידי העובד ובנסיבות המתאימות עשוי בית הדין לעבודה להידרש לבחינת טענות המעסיק בדבר חוסר תום ליבו של העובד, ולהשלכות של טענה זו על זכאות העובד לפיצוי בגין נזק לא ממוני ועל שיעורו.

מנגד עמדה דעת המיעוט, כפי ביטויה בחוות הדעת של הנשיאה ורדה וירט-ליבנה בהסכמת השופטים רועי פוליאק ואילן סופר ונציג הציבור עצמון ליפשיץ. לפי דעה זו, טענת המעסיק שחוסר תום לב של המועסק הוא עילה לדחיית תביעתו בדיעבד לתשלום זכויותיו כעובד, תיבחן בשני שלבים. בשלב הראשון מוטלת על המעסיק חובת הוכחה לטענת חוסר תום לב מובהק של המועסק בתביעתו להכרה במעמדו כעובד. אם המעסיק עמד בנטל ההוכחה, ולאחר בחינת כלל נסיבות המקרה הנדון ייתכנו מקרים נדירים ויוצאי דופן שבהם חוסר תום

הלב המובהק של המועסק יגבר על תביעתו להכרה בו כבעובד. או אז תידחה תביעתו לפיצוי, בלי שבית הדין יידרש לשלב השני של חישוב הזכויות שהוא תובע.

מבחינות רבות הייחוד של המחלוקת בפרשת כותה נובע מעצם קיומה. לאמור, החידוש בדעת המיעוט הוא שיש בה משום פתיחת דלת בפני אפשרות של הסגה לאחור, ולו במעט, של עקרון ה"סטטוס" ההיסטורי החל על העובד. כנגדה דעת הרוב דוחה אפשרות של פגיעה בסטטוס של "עובד", נוכח החשש מפני זעזוע של ממש וערעור מעמד ה"עובד" והזכויות המוקנות לו בחקיקת המגן.

על פי דעת הרוב, אין חולק על החשיבות של חובת תום הלב ושל ההגינות ההדדית ביחסי עבודה ועל היותן חלק משמעותי ממשפט העבודה האישי וממשפט העבודה הקיבוצי. אבל עקרון תום הלב אינו יכול לגבור על כך שמעמד של עובד אינו ניתן להתניה. הדין המחייב שאין לסטות ממנו, קובע כי אי אפשר לוותר על הזכויות המוקנות לעובד במשפט המגן ואין להתנות עליהן, גם בהתנגשותן בחובת תום הלב. זאת ועוד. מעמד ה"עובד" של אדם קרוב ל"סטטוס" – ו"סטטוס" אין יוצרים בהסכם ואין מבטלים בהסכם. לפיכך אין לפגוע במעמד של מועסק העונה על מבחני "עובד" בפסיקה, ואין להוסיף עליהם מבחן עצמאי ונפרד של "תום הלב של מגיש התביעה". גם אין להרחיב את "הסדק הצר" שנפתח באמרת אגב בפרשת בויריס. אם לא כן, עלול הוא להיפתח ולהפוך למדרון חלקלק, לערער את מסד ההגנה שפורס הדין על מעמד העובד ועל זכויותיו, ולסכל את מהותם של דיני העבודה והמשפט המגן ואת תכליתם.

מנגד, דעת המיעוט הותירה מקום להתחשבות בטענת חוסר תום הלב, תוך קביעת תנאים מחמירים במיוחד לכך. לפי גישה זו, טענת המעסיק לדחייה מטעמים של חוסר תום לב של תביעת מועסק להכרה בדיעבד בזכויותיו בתור עובד, מותנית בראש ובראשונה בעמידתו בנטל ההוכחה. לאמור, על המעסיק חל התנאי המוקדם של חובת ההוכחה כי תביעת המועסק לוקה מעיקרה בחוסר תום לב קיצוני, בחוסר תום לב קיצוני ביותר או בחוסר תום לב משווע. במסגרת זו יידרש בית הדין לעבודה לבחינת נסיבות ההתקשרות וההעסקה בכללותן. בתוך כך ובין היתר, האם ידו של המועסק הייתה על העליונה בקביעת תנאי ההתקשרות עימו בתור קבלן, במענה מובהק לדרישותיו ולצרכיו, כאשר שולמה לו תמורה מלאה בשכרו ובתנאים הנלווים לו? או האם למועסק המומחיות, הידע, הניסיון והכישורים הנדרשים לביצוע העבודה? או האם במענה לאינטרסים של המועסק נשמעת הסכמתו לבצע את העבודה ולקבל את תמורתה קבלן, כגון מתן שירותים במסגרת התקשרויות בו זמניות עם כמה מעסיקים, בעצמו או באמצעות חברה בבעלותו וכל כיוצא באלה?

אם בבחינת נסיבות המקרה הנדון יגיע בית הדין לעבודה למסקנה כי אין מדובר בהתקשרות עם מועסק טעון הגנה, מוחלש במעמדו ובזכויותיו, ואם ימצא כי המעסיק עמד בנטל ההוכחה הנדרש בדבר ההתנהלות של המועסק בחוסר תום קיצוני – לא מן הנמנע כי במקרים חריגים ויוצאי הדופן תעמוד בעינה הסכמת הצדדים, שלפיה היה המועסק, ונותר, במעמד של קבלן. מאחר שנקבע כי אין מדובר ב"עובד" ומאחר שנסגרה בפני המועסק האפשרות לשינוי מעמדו,

ממילא לא יחולו עליו הוראות חקיקת המגן ודין תביעתו להידחות. במקרים שאינם ממלאים אחר מבחנים אלה, טענת חוסר תום לב לא תהיה שיקול לשלילת מעמד ה"עובד" של מועסק. בית הדין הארצי לעבודה הוסיף ונתן דעתו לתמורות המפליגות חדשות לבקרים בשוק העבודה, במשק ובכלכלה. בתוך כך, הוא נדרש לשאלה האם נוכח חידושים אלה, מתחייבת בחינת מערך הזכויות וההגנות המייחדות את יחסי העבודה בכלל, ואת המעמד של האדם העובד בפרט. האם בשלה העת להתאמת דיני העבודה והפסיקה למציאות המשתנה בדרך האבולוציה, בשים לב לכללי הוודאות והגמישות במשפט? גם בעניין זה נחלקו הדעות.

דעת הרוב גרסה כי לא מן הנמנע שיינתן ביטוי לתבניות ההעסקה המשתנות והבלתי שגרתיות שאנו עדים להן. במסגרתן יש שמועצם מעמדם של המועסקים, יש שמתפתחות פגיעה של ממש בתנאי ההעסקה של המועסקים ופגיעה בזכויותיהם. אבל בכל הנוגע למעמד ה"עובד" ולזכויותיו הקונגסטיות, מן הראוי הוא כי שינוי הדין והתאמתו ייעשו בידי המחוקק ולא בפסיקה שיש בה כדי לערער את יסודות משפט העבודה.

מנגד, לפי דעת המיעוט, ההכרה במועסק כב"עובד" ומבחינה לא נקבעו בחקיקה כי אם התפתחו מלכתחילה בפסיקה. כיום נוכח השינויים המפליגים והחידושים בתבניות ההעסקה בשלה העת לצעד נוסף ומדוד על דרך האבולוציה, בהתאמת ההכרה במעמדו של "עובד" בפסיקה בית הדין למציאות המשתנה, לרבות בנסיבות של חוסר תום לב קיצוני.

בפסק הדין בפרשת **כותה** נקבע חידוש הלכה בנוגע לאופן חישוב הסעדים הנתבעים בדיעבד בידי העובד. חידוש זה נקבע בחוות הדעת של הנשיאה וירט־ליבנה, אשר התקבלה בהסכמת המותב כולו, ולפיו הותוותה דרך חדשה לעריכת ההתחשבנות בדיעבד. נקבע בה כי לאחר שבשלב הראשון הוכר מעמד ה"עובד" של המועסק, יש לבחון בשלב השני את תביעתו בשני נדבכים. **הנדבך הראשון** – של **פיצוי ממוני** – מושתת על רציונל תרופתי לעובד התובע ונדרש לשם קביעת הנזק הממוני שנגרם לעובד. זאת בהתבסס על השוואה בין הזכויות הממוניות שהיו אמורות להשתלם לו בראי השכר החלופי של עובד שכיר, לתמורה הקבלנית ששולמה לו בפועל. **הנדבך השני** – **פיצוי לא ממוני** – מוקנה לבית הדין שיקול דעת לפסוק פיצוי בנסיבות המתאימות. שיעור הפיצוי הלא ממוני ייקבע, כלשונה של הנשיאה וירט־ליבנה, "על בסיס מגוון רחב של שיקולים ובין היתר בשים לב לזכויות הלא ממוניות של מי שהוכר כעובד בדיעבד, לשיקולי הרתעה ובשים לב לנסיבותיו של כל מקרה" (בסעיף 76 לחוות דעתה).

עד כאן ההיבטים העקרוניים אשר נדונו בפסק הדין. ישאל השואל: ומה עלה בגורל תביעתו של לוי? המענה לכך הוא כי תביעתו נדחתה על כל רכיביה, לשיטתן של שתי הגישות. דעת הרוב גרסה כי למרות שהוכחו נסיבות חריגות במיוחד של המקרה, אין מדובר במקרה הנדיר המצדיק להפעיל את האפשרות התאורטית שהועלתה בעניין **בוכריס**, ואין לקבוע כי לוי אינו "עובד". עם זאת, בבחינת תביעתו של לוי יושם הכלל החדש בנוגע לחישוב הזכויות של מועסק אשר נקבע בדיעבד כי הוא "עובד". במסגרת זו הוברר כי לא נפגעה רווחתו של לוי ולא נפגעו זכויותיו הממוניות והלא ממוניות בתקופת העסקתו. לפיכך ובנסיבות החריגות של המקרה

נקבע כי חוסר תום הלב של לוי גובר על הצורך בהרתעת המעסיקה או ציבור המעסיקים בכלל. על כן נקבע כי לא מוצדק לפסוק לזכותו פיצוי כלשהו. לעומת זאת, דעת המיעוט הייתה כי אין מדובר בעובד חלש טעון הגנה, וכי המקרה הנדון בעניינו של לוי ממחיש את המקרים של חוסר תום לב מובהק העולה לכדי חוסר תום לב קיצוני. אשר על כן ובשים לב לכלל נסיבותיו נמצא כי יש לקבוע כבר "בשלב הראשון" שלא התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים. מאחר שכך הוא, דין התביעה להידחות כבר בשלב זה, אין מקום לעבור בצורה מלאכותית לחישוב הזכויות והקיזוזים, ולוי אינו זכאי לתשלום כלשהו בסופו של ההליך.

ואם תשאלו: מה נקבע בענייניהם של כותה ורבין? הערעור של כותה נדחה במלואו לאחר שנקבע פה אחד כי אינו עובד, אלא קבלן עצמאי בעל עסק משלו, ועל כן אינו זכאי לפיצוי. הערעור שכנגד שהגישה עיריית רעננה התקבל בחלקו לנוכח הקביעה כי לא התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין כותה לעירייה, ונדחתה תביעתה שכנגד להשבה. הערעור של רבין התקבל על דעת כל חברי המותב, ונפסק לזכותו פיצוי נזק שאינו ממוני בסך 120,000 ש"ח. תם ולא נשלם. תמורות העיתים והשינויים המפליגים במשק ובכלכלה ברחבי העולם ובישראל ימשיכו למצוא את ביטוים בבחינת יחסי עובד ומעסיק ובהתפתחותם בין על דרך הפסיקה ובין בחקיקה, לאור משפט העבודה.

## תבניות העסקה מורכבות: מי אחראי לזכויות העובד?

דב"ע (ארצי) נב/142-3 אלהרינאת - כפר רות, פד"ע כד 535 (1992)  
דב"ע (ארצי) נד/96-3 מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ - עאבד,  
פד"ע כט 151 (1995)  
ע"ב (אזורי ת"א) 3054/04 שמואלוב - משה פונס שרותי נקיון ואחזקה בע"מ  
(10.12.2006)

### לאה גליקסמן

במשך כתשע שנים עבד חסן עליאה אלהרינאת, תושב יהודה והשומרון, בכרם שהיה בחזקת היישובים כפר רות ומבוא חורון. בשנים הראשונות עבד בעבודות זמירה, ולאחר כמה שנים הועסק נוסף על עבודות הזמירה גם בתפקיד שומר בכרם. הוא לן באוטובוס שהוצב בכרם ושהותאם לצורכי מגורים. לאחר שהודיעו לחסן כי אין יותר צורך בעבודתו, הוא הגיש תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בירושלים לתשלום זכויות שונות מהיישובים שעבד בהם. מצידם היישובים טענו כי הוא הועסק אצל קבלני משנה אשר שילמו את שכרו, ולא אצלם, ולכן אינם חייבים בתשלום זכויותיו.

בית הדין האזורי קיבל את הטענה של היישובים וקבע שחסן לא היה עובד של היישובים, אלא הועסק אצל קבלן משנה.

מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בנתה 128 יחידות דיור באתר בנייה באזור היישוב רעות-מודיעין. בעבודת הקמת השלד של הבניינים הועסקו עובדים תושבי יהודה והשומרון. בין הקיבוץ הארצי לקבלן אל מסרי, תושב יהודה והשומרון גם הוא, נחתם הסכם קבלנות משנה, שבו נקבע כי את עבודת השלד יבצע אל מסרי באמצעות עובדיו, וכי אל מסרי אחראי לתשלום השכר ושאר הזכויות המגיעות לעובדים. במועד מסוים אל מסרי עזב את הארץ בלי ששילם לעובדים את מלוא שכרם. גם לאחר שאל מסרי "נעלם מהשטח", המשיכו חלק מהעובדים לעבוד כמה ימים להשלמת מטלות על פי דרישת הקיבוץ הארצי, ולאחר כמה ימים הסתיימה העבודה של כל העובדים. העובדים הגישו תביעה לתשלום שכרם לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב נגד הקיבוץ הארצי, אבל זה טען שלא התקיימו יחסי עבודה בינו לעובדים, ושלא מעניינו כי לא קיבלו את שכרם ממעסיקם - אל מסרי. בית הדין האזורי לעבודה קבע כי הקיבוץ הארצי היה מעסיק במשותף של העובדים, נוכח העובדה שהיה מעסיקם הרשמי על פי הרישומים בשירות התעסוקה ושילם את שכרם באמצעות שירות התעסוקה.

שני המקרים הגיעו לפתחו של בית הדין הארצי לעבודה בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת. הם שיקפו תופעה שהחלה לצבור תאוצה ממחצית שנות השמונים – מעבר מהעסקה בתבנית המסורתית הכוללת שני גורמים: מעסיק ועובד, להעסקה בתבנית העסקה מורכבת הכוללת שלושה גורמים: העובד – המבצע את העבודה; המשתמש – מזמין השירות או המעסיק בפועל, אשר בחצרו או בעבורו מתבצעת העבודה; המעסיק – קבלן משנה או קבלן כוח אדם או קבלן שירות, שהתקשר עם המשתמש למתן שירות, שמוגדר מעסיקו של העובד, ושברך כלל לעובד יחסי עבודה עימו. תופעה זו, שבתחילת דרכה המחוקק לא הסדיר, הציבה כמה שאלות ואתגרים בפני בתי הדין לעבודה: היא עוררה שאלה דיונית – במישור הסמכות העניינית של בית הדין לעבודה לדון בתביעת העובד נגד המשתמש (מאחר שבתי הדין לעבודה דנים באופן עקרוני בתביעות עובדים נגד מעסיקהם), ושאלות מהותיות – זיהוי המעסיק האמיתי של העובד ואחריות המשתמש כלפי העובד.

בהתייחס לשאלת הסמכות קבע בית הדין הארצי לעבודה בעניין **הקיבוץ הארצי** (דב"ע (ארצי) נד/96-3 מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – עאבד, פד"ע כט 151 (1995)), בהסתמך על פסיקה קודמת של בית המשפט העליון<sup>1</sup> כי בית הדין הוא בעל הסמכות לדון בעניין על אף אי הבהירות בדבר קיום יחסי עבודה בין העובדים למשתמש. זאת שכן "הצדק החברתי והמדיניות הראויה כלפי פועלי יום, ובמיוחד פועלי יום זרים, גוברים על בעית הסמכות המעורפלת בשל יחסי עבודה מורכבים. המשיבים ביצעו עבודה באתר המערערת כעובדים והמערערת הרוויחה מפרי עמלם. כאשר זכות הפועלים לקבל את שכרם מהמערערת אינה בספק, ובית הדין לעבודה יפסוק את שכרם" (עמ' 165).

בהתייחס לשאלות המהותיות בחן בית הדין הארצי לעבודה אם התקיימו יחסי עבודה בין העובד למשתמש, ואם יש להטיל על המשתמש אחריות לזכויות של העובד.

בעניין **אלהרינאת** התמקד הדיון בשאלת איתור המעסיק הנכון של העובד, האחראי לתשלום זכויותיו (דב"ע (ארצי) נב/142-3 **אלהרינאת** – פפר רות, פד"ע כד 535 (1992)). בפסק הדין, שכתבה השופטת עדינה פורת, נקבעה נקודת המוצא ולפיה בין העובד למשתמש בעבודתו מתקיימים יחסי עבודה. נקודת מוצא זו (הגם שלימים חלו בה תמורות) מקפלת בתוכה שיקולי מדיניות שלפיהם חובות המעסיק יחולו על המשתמש, אלא אם כן בית הדין ישתכנע כי ההתקשרות בין המשתמש לגורם הנוסף "לא נועדה לעקוף או להתחמק מחובות המעביד, על פי חוק, על פי הסכם קיבוצי או על-פי צו הרחבה, וכי אינה מנוגדת לתקנות הציבור או נגועה בחוסר תום לב או בפגם אחר הפוסל אותה ומאיין את תוקפה" (עמ' 541). בהמשך פסק הדין פורטו שורה של "סימני היכר" לזיהוי המעסיק של העובד, והעיקריים הם: אופן ראיית הצדדים את היחסים והגדרתם, לרבות האופן שבו נרשם העובד ודווח לרשויות השונות; מי קיבל את העובד לעבודה ומוסמך לקבוע את תפקידו; מי קבע את מכלול תנאי העסקה של העובד; מי

1 ע"א 3077/90 פלוגית נ' פלוגי, פ"ד מט(2) 578 (1995).



חייב לשלם את השכר של העובד ומי שילם אותו; מי פיקח על העבודה של העובד ונתן לו הוראות, ולמי דיווח העובד על עבודתו; בידי מי הכוח לפטר את העובד ובפני מי עליו להתפטר. על יסוד האמור נפסק פה אחד כי מהעובדות שהוכחו, מכלול הסממנים מצביע על קיום יחסי עבודה בין חסן ליישובים. למעשה הוכח שהקשר היחיד בין חסן לקבלני המשנה היה היותם "צינור תשלום" של שכרו, ולכן מעסיקיו היו היישובים, והם אחראים לתשלום מלוא זכויותיו בעד תקופת עבודתו בכרם.

בשונה מכך, בעניין הקיבוץ הארצי נחלקו דעות השופטים. דעת הרוב, שכתב סגן הנשיא (ולימים הנשיא) סטיב אדלר, קבעה כי יש לראות בקיבוץ הארצי מעסיק במשותף של העובדים. הוא הדגיש שקביעה זו נובעת בעיקר מהאחריות של בית הדין להגן על זכויות העובדים ומחובתו לעשות זאת, גם אם יש בכך חריגה מהגישה הפורמלית. בהעדר חקיקה המסדירה את ההגנה על הזכויות של העובדים, מתפקידו של בית הדין למצוא את הדרך למימוש "הזכויות המובטחות לעובדים בחוקי המגן של משפט העבודה ולקדם את מטרותיהם של חוקים אלה" (עמ' 161). החלל בחקיקה בכל הנוגע להסדרת ההעסקה בתבניות מורכבות מחייב מילוי באמצעות שיקול דעת שיפוטי, ואינו מונע להפעיל שיקול דעת כזה. זאת שכן "בית הדין אינו צריך להמתין לחקיקה או לחקיקת משנה לפתור את הבעיה של עובד המועסק ביחסי עבודה מורכבים. על בית הדין מוטלת האחריות לפסוק תוך התחשבות במטרה הגלומה בחוקי המגן של משפט העבודה, אפילו כרוך הדבר בחיפוש פתרונות חדשים לבעיות חדשות. על בית הדין לסייע הן לאכיפתם של חוקי המגן במשפט העבודה והן להשגת מטרותיהם, ואל לו לתת יד להפרתם או לעקיפתם" (עמ' 161). לגוף העניין נתנה דעת הרוב משקל לכך שהקיבוץ הארצי הציג עצמו כמעסיק של העובדים כלפי הרשויות (נוכח העובדה שאל מסרי, בשל היותו תושב יו"ש, לא היה רשאי להיות המעסיק הרשמי של העובדים); התחייב בהצהרתו לשירות התעסוקה לשלם את השכר והזכויות של העובדים; והעביר לשירות התעסוקה את הכספים לצורך תשלום השכר. נוכח האמור הקיבוץ הארצי הציג עצמו גם כלפי העובדים כמעסיק שלהם. מנגד, דעת המיעוט סברה שבנסיבות המקרה המעסיק של העובדים היה אל מסרי בלבד, ואי אפשר לקבוע שהקיבוץ הארצי היה מעסיק במשותף; אין מקום לראות בקיבוץ הארצי מעסיק בשל העובדה שטכנית העביר לשירות התעסוקה את הכספים לצורך תשלום השכר של העובדים; גם שיקולי הצדק אינם מביאים למסקנה כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים, שכן צדק צריך שייעשה לכל הצדדים, והטלת תשלום על מי שאינו חייב בו אינה עשיית צדק.

כאמור, פסקי הדין בעניין אלהרינאט ובעניין הקיבוץ הארצי ניתנו בראשית שנות התשעים, בטרם הוסדרו בחקיקה העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם וקבלני שירות ואחריות המשתמש לזכויות עובדי קבלן. במצב דברים זה בית הדין לעבודה קיבל על עצמו את המשימה לתת מענה לשאלות שלא הוסדרו בחקיקה. המענה השיפוטי שניתן הושפע מתפיסת צדק חברתי ומהצורך לתת פתרון משפטי יעיל לאוכלוסייה זו, שהיא לעיתים רבות מהמוחלשות

בחברה. בפסיקתו התווה בית הדין עקרונות שיבטיחו את זכויות העובדים המועסקים בתבנית העסקה מורכבת, והם פותחו ויושמו בשנים שלאחר מכן בפסיקה.

דוגמה בולטת לפיתוח העיקרון של אחריות המשתמש היא עניינה של איילת (נטליה) שמואלוב, שנדון בבית דין האזורי בתל אביב. שמואלוב, עולה חדשה מאוזבקיסטן, עבדה עם בעלה בעבודות ניקיון בסניפי בנק הפועלים, שלצורך ביצוע עבודות הניקיון התקשר עם חברה למתן שירותי ניקיון. את עבודת הניקיון ביצעו בני הזוג יחדיו בשל דרישת הבנק שיועסקו שני עובדים בניקיון הסניפים שבהם עבדו, אבל שולמה להם משכורת אחת ולא שתי משכורות. בחלק ניכר מהתקופה לא הנפיקה החברה תלושי שכר כלל, ואם הונפק תלוש שכר – הונפק תלוש אחד בלבד. במשך תקופה ממושכת גם לא שולמו לשמואלוב זכויותיה, ובהעדר דיווח לרשויות על העסקתה דחה המוסד לביטוח לאומי את תביעתה לתשלום דמי לידה.

שמואלוב הגישה תביעה לבית הדין האזורי לעבודה נגד החברה והבנק כשהיא בהיריון, ובלי ששולמו זכויותיה. תביעתה התקבלה בחלקה (ע"ב (אזורי ת"א) 3054/04 שמואלוב – משה פונס שרותי נקיון ואחזקה בע"מ (10.12.2006)). בהתייחס לתביעה נגד הבנק השופטת סיגל דוידוב-מוטולה קבעה שאין להסכין עם מצב שבו עובדת מועסקת במשך תקופה ממושכת ללא דיווח, ללא קבלת תלושי שכר וללא תשלום זכויותיה הבסיסיות, כאילו הייתה "שקופה". במצב דברים זה אף שרוב סימני ההיכר של מעסיק אינם מתקיימים בבנק, ועל כן אין לראות בו מעסיק במשותף של שמואלוב לכל דבר ועניין, יש הצדקה "להכיר בבנק כמעסיק במשותף של התובעת לצורך אותן הוראות בסיסיות בחוקי המגן ובצווי הרחבה הקובעות את זכותה לשכר ולזכויות סוציאליות מינימאליות" (פסקה 66). הטלת אחריות על הבנק מוצדקת גם בשל כך שהסכום שהחברה דרשה מהבנק תמורת שירותי הניקיון, על פניו לא היה יכול להספיק לתשלום זכויות שני עובדים, כפי שדרש הבנק, כך שבהסכמתו לסכום זה הבנק עצם את עיניו מלראות את הפרת חוקי המגן שהתרחשה בחצריו. זאת ועוד. אילו ידע הבנק שתוטל עליו אחריות בתור מעסיק במשותף, היה נוצר לבנק תמריץ לוודא שהחברה מקיימת את הוראות החוק ומשלמת לגב' שמואלוב את זכויותיה.

בשנים שחלפו מאז ניתנו פסקי הדין, תופעת העסקת עובדים בתבנית העסקה מורכבת התרחבה ואף הסתעפה לתבניות העסקה מורכבות יותר, כגון העסקה מרובעת, שבה קבלן השירות שהתקשר עם המזמין מתקשר במקביל עם קבלן משנה המעסיק את העובדים. פסקי הדין המוקדמים בעניין **אלהרינאת ובעניין הקיבוץ הארצי** הניחו את המסד לעקרונות היסוד המנחים את בית הדין עת מדובר בתבנית העסקה מורכבת. עקרונות אלה יושמו בפסיקה שבאה בעקבותיהם, וחלקם מצאו ביטוי בחקיקה שהסדירה העסקת עובדים בתבנית העסקה מורכבת.

אשר לחקיקה: תחילה הסדיר המחוקק את ההעסקה של עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, בחוק העסקת עובדים על ידי קבלן כוח אדם, התשנ"ו-1996. אשר לזהות המעסיק נקבע בסעיף 12א לחוק כי בחלוף תשעה חודשים ייחשב העובד "כעובד המעסיק בפועל", קרי:

כעובד של המשתמש, כדי להבטיח את זמניות ההעסקה באמצעות קבלני כוח אדם. בשנת 2011 נחקק חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב-2011, שהסדיר את האחריות של מזמיני שירות מקבלני שירותים בתחומי הניקיון, ההסעדה והשמירה. כמו כן הוסדרה בחוק העסקה של עובדי קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים.<sup>2</sup> בחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה הוגדרו המצבים שבהם תוטל על מזמין השירות אחריות אזרחית לתשלום עבור זכויות העובדים. בין היתר, מדובר בהעדר פיקוח נאות על תשלום עבור הזכויות המגיעות לעובד. מצב אחר הוא התקשרות בין מזמין השירות לקבלן השירות בחוזה הפסד, כלומר כשהתמורה שמזמין השירות משלם לקבלן השירות אין די בה כדי להבטיח תשלום מלא הזכויות המגיעות לעובד, כפי שנפסק בעניין **שמואלוב**. בכך החקיקה ביטאה את העיקרון שהותווה עוד קודם לכן בפסיקה: הטלת אחריות על המשתמש לזכויות עובדי הקבלן בנסיבות המתאימות. נוסף על כך, המחוקק הנהיג משטר רישוי והסדרים נוספים (כגון חיוב בהפקדת ערובה, הטלת אחריות פלילית על מעסיקים בפועל ומזמיני שירות) שתכליתם להבטיח שמירה על זכויות העובדים. מעבר לכך, בשורה של חוקים הוטלה אחריות על המעסיק בפועל כלפי עובד קבלן כוח אדם במגוון נושאים: שכר מינימום, הטרדה מינית, הזכות לשוויון זכויות עובדת בהיריון על פי חוק עבודת נשים.

אף שהמחוקק הסדיר היבטים שונים של העסקת עובדים בתבניות מורכבות, מגוון נושאים נותר ללא הסדרה בחקיקה. לכן עומד בעינו הצורך שבתי הדין לעבודה יתנו מענה לבעיות ומצבים שלא הוסדרו בחקיקה. מענה זה ניתן ברוח העקרונות שנקבעו בעניין **אלהרינא** ובעניין **הקיבוץ הארצי**: בחינה מהותית של ההתקשרות מעבר להגדרות הפורמליות שהצדדים נתנו, וקביעה כי המעסיק של העובד הוא מי שבינו לעובד נוצרה התקשרות אמיתית ולגיטימית; הגנה על זכויות העובד, כך שלא ניתן תוקף להתקשרות הפורמלית במקרה שהיא פוגעת ביסודות משפט העבודה וזכויות העובד; הטלת אחריות על המשתמש בנסיבות המצדיקות זאת. גם באותם מקרים שבהם המבחנים מצביעים על כך שהמעסיק הוא הקבלן, נפסק שאפשר להכיר במעסיק בפועל או במזמין השירות בתור מעסיק במשותף, ולהטיל עליו אחריות בין בכלל ובין לצרכים מסוימים, לרבות לצרכים החורגים מתשלום שכר וזכויות סוציאליות בסיסיות. בעניין **נאידורף (ע"ע) (ארצי) 13-11-37078 חברת חשמל לישראל בע"מ - נאידורף (13.2.2018)** נקבע שיש לראות במזמין שירות "מעסיק" על פי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ולהחיל את הוראות החוק גם על מזמין השירות ביחסיו עם העובדים של קבלן השירות, בנסיבות שבהן למזמין השירות תרומה משמעותית לפגיעה בשוויון והפגיעה בשוויון היא חמורה יחסית. זאת כדי להגשים את התכלית של חוק השוויון, ו"בשים לב לעובדה שחלק לא מבוטל מן העובדים המועסקים במתכונת עבודה מורכבת... נמנה על האוכלוסיות המוגנות על פי חוק השוויון" (פסקה 80 לפסק הדין של השופטת רות). בעניין **הפוטה (ע"ע) (ארצי)**

2 חוק העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, התשע"ג-2013.

47271-06-18 התאמה השמה ומידע (1995) בע"מ - הפוטתה (5.7.2020) נפסק כי נוכח המהות של זכות הטיעון של העובד ותכליתה יש מקרים שבהם תוטל גם על המשתמש החובה לערוך שימוע לעובד קבלן. זאת טרם יקבל המשתמש החלטה שיש לה השלכה מהותית על הזכויות של עובד הקבלן, ובמיוחד החלטת המשתמש להפסיק את הצבת עובד הקבלן בחצריו.

"משפט העבודה נועד להבטיח קיום כלכלי (חומרי) וחברתי (רוחני) בכבוד של העובד, ובקליפת אגוז - את כבודו החברתי" (ע"ע (ארצי) 33542-11-12 אוניברסיטת בן גוריון - פלפל, פסקה 37 (4.3.2014)). היסודות שהונחו בפסיקה המוקדמת של בתי הדין לעבודה, שפותחו בפסיקה ובחקיקה בנוגע לתבניות העסקה מורכבות ושיושמו בהן, נועדו להגשים את התכלית של משפט העבודה: שמירה על הכבוד החברתי של העובד.

# חופש העיסוק של עובד: מזכות מופשטת ל"הוראת ביצוע"

ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר - רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (1999)  
ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000)

## רועי פוליאק

דן פרומר, מהנדס תוכנה בהכשרתו, נמנה עם ארבעת העובדים הראשונים של חברת רדגארד, אשר נוסדה בשנת 1994 ואשר הייתה אחת החברות הראשונות שעסקו באבטחת תקשורת נתונים בין מחשבים לרשתות מחשבים בהתבסס על טכנולוגיה ייחודית. דן היה מנהל הפיתוח בחברה. במסגרת תפקידו הוא השתתף בישיבות הנהלה ונחשף למגוון רחב של מידע עליה. חוזה העבודה שנכרת עם דן בתחילת עבודתו כלל התחייבות כתובה שהוא קיבל על עצמו, לשמור על הסודות המסחריים של רדגארד ולהימנע במשך 22 חודשים מסיום עבודתו מלעבוד בעסק המתחרה עימה. אבל תקופה קצרה לאחר שסיים את עבודתו ברדגארד, במהלך שנת 1998, דן נקלט לעבודה בחברת צ'ק פוינט, מתחרה ישירה ברדגארד במתן פתרון כולל ללקוחות, בתפקיד של מנהל פיתוח בכיר המתאם בין קבוצות הפיתוח. חברת רדגארד ביקשה למנוע את המשך ההעסקה של דן בצ'ק פוינט, על יסוד התחייבותו בחוזה העבודה. האם בידה לעשות כן? האם חופש החוזים גובר ולכן יש לאכוף על עובד התחייבות שקיבל על עצמו להימנע מתחרות במעסיקו לשעבר? או אולי חופש העיסוק הוא שגובר ולכן יש להכיר בחופש העובד להשתחרר מתניות (הוראות בחוזה) המגבילות את עיסוקו? האם יש לכך תשובה אחידה, ואם לא – באילו נסיבות תלוי המענה? פסק הדין שניתן בעניין הוביל לשינוי של ממש בתחום זה.

בעבר הפסיקה של בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה קבעה במצבים כאלה כי "כשאדם מקבל על עצמו התחייבות חוזית – צריך הוא גם להיות נכון לבצעה"<sup>1</sup>. אם כן, אל מול זכות היסוד של חופש העיסוק הועמדו עקרונות יסוד אחרים: חופש ההתקשרות וכיבוד הסכמים. ההגבלה החוזית על חופש העיסוק נאכפה כדבר שבשגרה, כפוף לעמידתה במה שמכונה "תקנת הציבור", כלומר שלא תהיה מנוגדת באופן חריף לאינטרס הכללי. לצורך כך נבחנו שלוש אמות מידה: תקופת ההגבלה, היקפה ותחומה הגיאוגרפי. אכן, לעיתים קרובות

1 דב"ע (ארצי) נ/216-3 מודקון בע"מ - בש, פד"ע לא 613, 627 (1996); ע"א 566/77 דיקר נ' מוד, פ"ד לב(2) 141 (1978).

צומצם משך ההגבלה, ולעיתים צומצמו גם היקפה (כלפי חלק מהלקוחות; כלפי מתחרים ישירים אך לא עקיפים) ותחומה הגיאוגרפי ("מחדרה עד גדרה" למי שהועסק באזור תל אביב והמרכז). אבל באופן כללי ניתנה להתחייבות החוזית בכורה על פני הזכות לחופש העיסוק. יתר על כן, הערכאות השיפוטיות הוסיפו והגבילו את חופש העיסוק גם בנסיבות שבהן לא הייתה כלל התחייבות חוזית של העובד. הנחת היסוד בפסקי הדין השונים הייתה כי עובד שבידיו סודות עסקיים, ישתמש בהם בשורות מעסיקו החדש. כאל "סוד עסקי" התייחסה הפסיקה לכל מידע העשוי לחסוך למקבלו טרחה, זמן והוצאות גם בנסיבות שבהן היה אפשר להגיע למידע באופן עצמאי.

כך, למשל, נאסר על מסגר שעסק בייצור תנורים במשך למעלה מעשרים שנים, לעבוד לתקופה של שנה אחת בשירותו של מתחרה עסקי של מעסיקו האחרון,<sup>2</sup> על מנהל סניף של חברת כוח אדם נאסר לעבוד אצל כל קבלן כוח אדם בצפון המדינה לתקופה של שנתיים,<sup>3</sup> ועל חשמלאי רכב שעסק בשיווק מצברים לרכב נאסר בצו מניעה זמני שלא הוגבל בזמן, לעבוד אצל מתחרה של מעסיקו.<sup>4</sup> פסקי דין אלה משקפים רק את קצה הקרחון. חלק הארי של בקשות להגבלת חופש העיסוק הגיע לכלל פתרון מוסכם בעת הדיון בבקשה לצו מניעה זמני, ובגדרו הוגבל חופש העיסוק אבל תקופת ההתחייבות והיקפה צומצמו. דוגמאות אלה ממחישות כי לעיתים מתן תוקף לתניות המגבילות עיסוק, ולו חלקית, הביא לכך שאלה נוצלו למניעת תחרות במעסיק הקודם, ולא דווקא למניעת שימוש במידע ייחודי שעל פיתוחו עמל ושאותו שמר בסודיות מיוחדת.

ונחזור לענייננו. עשרה ימים לאחר תחילת העבודה של דן בצ'ק פוינט תבעה אותו רדגארד בבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב. היא עתרה למתן צווים שימנעו את המשך עבודתו בצ'ק פוינט ושיאכפו את התחייבויותיו לשמירה על סודות עסקיים ולא תחרות. בית הדין האזורי נעתר לבקשה בעיקרה והעמיד את תקופת התוקף של צו המניעה הקבוע על 18 חודשים מהיום שבו סיים דן את עבודתו בפועל ברדגארד (תב"ע (אזורי ת"א) 14-1630/98 רדגארד בע"מ - פרומר (11.1.1999)).

צ'ק פוינט ודן ערערו על פסק הדין לבית הדין הארצי לעבודה, והערעור התקבל, אם כי תוך חילוקי דעות (ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר - רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (1999)). את דעת הרוב כתב הנשיא אדלר ואליו הצטרפו השופטת ברק ונציגת הציבור בן דוד, והיא ניתנה נגד דעתם החולקת של השופט פליטמן ונציג הציבור ברטל. בית הדין הארצי לעבודה קבע כי "לתניית הגבלת עיסוק בחוזה עבודה אישי אין ליתן, לכשעצמה, משקל רב" (עמ' 311), וכי עקרון חופש העיסוק גובר במקרה הרגיל על עקרון חופש ההתקשרות. הנשיא אדלר מנה חמישה טעמים לקביעתו. הטעם הראשון הוא כי העיקרון החוקתי המגולם בחוק יסוד: חופש העיסוק מעניק

2 תב"ע (אזורי ב"ש) נג/551-3 פח תעש (אשקלון) בע"מ - אדרי (5.2.1996).

3 עב' (אזורי נצ') 1736/98 אתגר שרותי כח אדם בע"מ - רגב (9.9.1998).

4 תב"ע (אזורי חי') נז/1146-14 מפעלי ע. שנפ ושות' בע"מ - עזאיוה (17.8.1997).

לעובד זכות לעבוד בכל עיסוק ומאפשר לו למצות את כישוריו, המוגנים גם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הטעם השני הוא חזקת חוסר השוויון הבסיסי שבין העובד למעסיק וההנחה שלפיה על תניית הגבלת עיסוק המונעת ממנו להשתמש בחלק מהכישורים שנרכשו במקום העבודה, עובד חותם מחוסר ברירה. הטעם השלישי הוא כי מקום העבודה אינו אמצעי השתכרות בלבד, כי אם מקום שהעובד מפיק ממנו סיפוק והגשמה, ובהיותו אדם חופשי זכותו להשיג לעצמו תנאי עבודה טובים יותר. הטעם הרביעי הוא קידום התחרות החופשית שעליה מבוסס המשק המודרני, והטעם החמישי הוא האינטרסים החברתי והכלכלי במעבר מהיר וחופשי של מידע במשק.

כפועל יוצא מכך, בטרם יוגבל חופש העיסוק של עובד, בין מכוח תניה בהסכם ובין עקב שימוש שלא כדין ב"סוד מסחרי" המוגן מכוח חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 (שחוקק לפני שניתן פסק הדין אבל נכנס לתוקף לאחריו), יש לבחון רשימה בלתי סגורה של נסיבות. הן כוללות את עצם קיומו של סוד מסחרי, מתן הכשרה מיוחדת לעובד בידי המעסיק המבקש להגביל את חופש העיסוק, ותשלום תמורה מיוחדת עבור ההתחייבות להימנע מתחרות. על כל אלה חולשות סוגיות תום הלב ויחסי האמון. ההכרעה, נפסק, תיעשה על פי מכלול העקרונות והאינטרסים ועל פי הנסיבות הפרטניות בכל מקרה ומקרה, ומכל מקום לא יינתן צו מניעה המגביל את חופש העיסוק של העובד אלא אם כן העבודה של העובד אצל המעסיק החדש מאיימת על עצם קיומו של המעסיק הקודם.

חידוש נוסף בפסק הדין מצוי בהתייחסות לסוגיית "הסוד המסחרי". בפסק הדין נקבע כי המונח "סוד" אינו "מילת קסם". לצורך כך אומצה הגדרת המונח בחוק עוולות מסחריות, המתייחסת בין היתר למידע עסקי שאינו נחלת הרבים ושבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו. הנשיא אדלר הוסיף ועמד, תוך הפניה למשפט האמריקאי בכלל ולדין החל במדינת קליפורניה בפרט, על ההבחנה בין סוד מסחרי לידע שהפך לחלק מהכישורים המקצועיים הכלליים של העובד. הוא ציין גם כי לעיתים האינטרס הציבורי שהסוד ייוודע לכלל, גובר על ההגנה על המעסיק הבעלים של "הסוד". בהקשר זה יצוין כי ההנחה בפסק הדין היא כי עצם ההתחייבות של עובד שלא להשתמש בסוד מסחרי היא הגנה מספקת למעסיק, שכן עובד המפר התחייבות לשמירה על סודות עסקיים חשוף לתביעה שיגיש מעסיקו.

"בשורה התחתונה" נפסק כי בנסיבות המקרה הסוד המסחרי היחיד שבידי דן הוא תוכניות הפיתוח של רדגארד, אבל במועד פסק הדין תוכניות אלה כבר לא היו בגדר "סוד", מאחר שחלפו תשעה וחצי חודשים מסיום עבודתו בפועל. עוד ניתן משקל לעובדה שלא שולמה תמורה מיוחדת בגין ההתחייבות לאי תחרות, לזכות של דן לעצב את גורלו ולהחליט לעבוד דווקא בצ'ק פוינט, ולקביעה כי דן וצ'ק פוינט פעלו בתום לב. על כן נפסק בדעת הרוב מפי הנשיא אדלר כי תוקפו של צו המניעה הזמני שניתן יתבטל ביום מתן פסק הדין.

בדעת המיעוט שכתב השופט פליטמן, שכיהן אף הוא בהמשך בתפקיד נשיא בית הדין הארצי לעבודה, נפסק כי בהיבט העקרוני אין לקבוע כלל המבטל את תוקפן של תניות אי

תחרות. יש לפרש התחייבות של עובד לאי תחרות בצמצום, לאור עקרון חופש העיסוק, על רקע תנאי משק העבודה ונוכח נחיתותו של העובד. לגוף העניין נקבע כי הליך הפיתוח הייחודי פרי מחשבתם של צוות המפתחים של רדגארד ובראשם דן, הוא סוד מקצועי, וכי לא סביר להניח כי עובד לא ישתמש בסוד מקצועי במקום עבודתו החדש. אי מתן צו המניעה הזמני היה עלול להסב לרדגארד נזק בלתי הדייר, ולעומת זאת המקצוע של דן, מהנדס תוכנה, מבטיח כי מטה לחמו לא ייכרת אם לא יעבוד תקופה מצומצמת באותו התחום. מאחר שכך, גרסה דעת המיעוט כי יש לתת תוקף לתניית העיסוק אבל להגביל את תוקפה לשנה אחת בלבד.

פסק דין זה חולל שינוי דרמטי בשל כך שהקו המנחה – בהעדר טעם אחר כגון הוכחת אינטרס סודיות מיוחד – הוא לתת עדיפות לחופש העיסוק על פני חופש החוזים. היו שטענו כי נקודת האיזון הועתקה "מהגבלת עיסוק אל עיסוק בלתי מוגבל"<sup>5</sup>.

חלפה שנה נוספת וסוגיית חופש העיסוק הגיעה גם לפתחו של בית המשפט העליון. משה סער היה טכנאי מחשבים בחברה בעלת זכות להפצה בלעדית של מערכות עיבוד תמלילים בשם "לאניר", לתיקון ולתחזוקתן אצל הלקוחות. לאחר פיטוריו הוא פתח עסק עצמאי למתן שירותי אחזקה ותיקון בתחום המחשבים, וגם למערכות לאניר. גם סער חתם בעבר על התחייבויות כלפיו מעסיקתו: התחייבות לשמור על סודיות והתחייבות נוספת שלא להתחרות עימה ולא לעשות פעולה שתסכל את עסקיה עם לקוחותיה. גם לאניר וגם המעסיקה הקודמת תבעו בבית המשפט המחוזי את סער בעילות שונות, ובהן פגיעה בזכות קניין ובמוניטין ונטילת סודות מסחריים (ת"א (מחוזי ת"א) 1331/87 במברגר רוזנהיים בע"מ נ' סער (19.6.1996)). לבקשת המעסיקה אף ניתן בבית המשפט המחוזי צו מניעה זמני לתקופה של 18 חודשים, שנקצבה בידי המעסיקה בתור תקופת ההתחייבות (הבלתי מסויגת בכתב ההתחייבות) לאי תחרות. בתום תקופת המגבלה ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, והוא דחה את מרבית עילות התביעה, אבל חייב את סער לשלם פיצוי למעסיקתו. בית המשפט המחוזי קבע כי התחייבות סער שלא לפנות ללקוחות המעסיקה הופרה בתקופת המגבלה בעקבות פנייתו לרפא"ל, וזו העבירה לידי, תוך פגיעה במעסיקתו, את שירותי התחזוקה של מערכות לאניר. עוד חייב בית המשפט המחוזי את המדינה, שבמסגרתה פעלה רפא"ל, לשלם תשלומים שונים על ציוד המעסיקה שהועבר לידיה.

הצדדים בהליכים השונים ערערו על פסק הדין, וכך ניתנה גם לבית המשפט העליון האפשרות להבהיר את עמדתו בשאלה של התחייבויות להגבלת עיסוק. בית המשפט העליון, בהרכב בראשותו של הנשיא ברק ובהסכמת השופטים אור וריבלין, דחה בקצרה את מרבית הערעורים אך קיבל את ערעורו של סער, שהתמקד בסוגיית חופש העיסוק (ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000)). בית המשפט העליון קבע גם הוא שנקודת המוצא לדיון היא העיקרון שחווה הסותר את תקנת הציבור – בטל. בית המשפט העליון

5 עופר רביד "מהגבלת עיסוק לעיסוק בלתי מוגבל" המשפט ז 497 (2002).



העמיד על כפות המאזניים את האינטרסים התומכים במתן תוקף להתחייבות להגבלת חופש העיסוק, ובהם האינטרס הציבורי שהתחייבות שקיבל על עצמו אדם (בגיר) תכובד, והיתרון הן למעסיק, הן לציבור כי תינתן הגנה למעסיק על השקעותיו בהכשרת עובדיו ובגיבוש לקוחות ושיטות עבודה. מנגד הוצבו העיקרון החוקתי של חופש העיסוק, הנגזר מכבוד האדם ומחירות המחשבה והפעולה, כמו גם חופש התחרות הנובע ממנו והאינטרסים החומרי והרוחני של העובד עצמו.

באיוון הכולל, כך נפסק, יש להבחין בין "התחייבות עירומה", שהאינטרס לצידה הוא אינטרס המעסיק לאי תחרות ("אי תחרות כשלעצמה"), להתחייבות שנועדה להגן על אינטרסים לגיטימיים של המעסיק, כגון שמירה על סודות מסחריים ועל רשימת לקוחות. כאשר ההתחייבות היא "התחייבות עירומה" יגבר האינטרס של חופש העיסוק על חופש החוים. אבל אף כאשר ההתחייבות נועדה להגן על אינטרסים לגיטימיים של המעסיק, אין מוקנית למעסיק הגנה מוחלטת, אלא הגנה יחסית המביאה בחשבון את אינטרס הציבור, שכולל בחובו גם את האינטרסים הלגיטימיים של העובד. המבחן הוא של סבירות או מידתיות. המעסיק זכאי להגנה על האינטרסים הלגיטימיים שלו במידה הראויה בלבד, ואל לאמצעי המגביל לחרוג מהאינטרס הלגיטימי הראוי להגנה מבחינת הזמן, המקום והסוג. בנסיבות העניין נפסק כי התחייבות הטכנאי סער שלא להתחרות במעסיקתו היא התחייבות עירומה, ולכן בוטל חיובו לפצותה. קשה להפריז בחשיבות של פסק הדין בעניין צ'ק פוינט, אשר הפך "על פניהן את ההלכות הקודמות שנגעו לאפשרות החוזית להגבלת עיסוקו של עובד, והזיז במאה ושמונים מעלות את נקודת האיוון".<sup>6</sup> במוקד של פסק הדין עמד חופש העיסוק של עובד בתחום ההייטק – שבו התקופות הרלוונטיות לקיומם של סודות מסחריים הן קצרות יחסית – אבל הוא יושם בפסיקת בתי הדין על כל תחומי התעסוקה. היבט חשוב נוסף הוא השינוי המוצהר ב"כללי המשחק". מאכיפה כמעט מובנת מאליה של התחייבויות עובדים לאי תחרות, תוך הגבלתן בזמן ובהיקף, הועתק הדגש לחופש העיסוק של העובד כאמצעי לקידום חומרי ולהגשמה עצמית. ההתחייבויות הכתובות בתחום זה איבדו במידה רבה מערכן. עם זאת, לצד בחינת קיומם של סוד מסחרי ושל האינטרס הלגיטימי של המעסיק בשמירתו, כמתחייב מפסקי הדין שנסקרו לעיל, ניתן משקל רב לתום הלב של העובד. התחייבות חוזית לאי תחרות עשויה להיאכף בנסיבות שבהן העובד ניצל סוד מסחרי או גרם לניצולו, תוך הפרת חובות תום הלב, האמון וההגינות כלפי מעסיקו באופן שיש בו כדי לגרום נזק של ממש למעסיק. כך, בעקבות פסקי הדין בעניינם של המהנדס פרומר והטכנאי סער הזכות לחופש העיסוק, בכל הקשור ליחסי העבודה, הפכה מזכות מופשטת ל"הוראת ביצוע".

6 סיגל דוידוב-מוטולה "שנת משפט העבודה שעברה" עבודה, חברה ומשפט ח 69, 70 (2001).

## השביתה שהתחפשה: על פעילות ארגונית ושביתות

סק"כ (ארצי) 11-09-722 משרד הבריאות - ההסתדרות הרפואית בישראל (4.9.2011)  
עס"ק (ארצי) 64/09 כח לעובדים - עמותת סינמטק ירושלים (2.7.2009)

### אייל אברהמי

"כל אחד הוא אור קטן אך כולנו אור איתן" - על תפיסה זו של נחיתות כושר המיקוח של העובד הבודד מול המעסיק, מצד אחד, ועוצמת ארגון העובדים מול המעסיק, מצד שני, מושגת משפט העבודה הקיבוצי. כדי לשפר את מצב העובדים ולאזן את חולשתם בהיותם בודדים, נחקקה חקיקת מגן ובמקביל ניתנו לעובדים כלים ארגוניים קיבוציים. ההנחה היא כי כנגד ההון של המעסיק יעמדו כקבוצה כל העובדים - ההון האנושי של המפעל. לשם כך הוכרו הזכויות של העובדים להתארגן כקבוצה, ולנהל משא ומתן קולקטיבי שיביא לחתימת הסכם קיבוצי. בצד אלה ניתנה להם הזכות לנקוט צעדים ארגוניים, בין היתר השביתה, שעשויה לפגוע בפעילות הסדירה של המפעל. תפיסה זו של הכרה בזכות להשתמש בכלי השביתה לצד זכות ההתארגנות והזכות למשא ומתן קיבוצי, מניחה שבאופן זה יהיה אפשר לאזן את החולשה של העובד הבודד אל מול המעסיק שלו וההון והאמצעים.

חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, מאמץ את יחסי העבודה הקיבוציים, מעלה אותם על נס ומעניק את הכלים הארגוניים לצדדים ליחסי עבודה קיבוציים: המעסיק וארגון העובדים היציג. תנאי ליציגות של ארגון העובדים היציג הוא שחברים בו לפחות שליש מהעובדים ביחידת המיקוח. הארגון מייצג את כלל העובדים ביחידת המיקוח, גם אלו שאינם חברים בו. כוח הייצוג הרחב המסור לארגון העובדים היציג מניח את האפשרות שקיימים אינטרסים שונים ומנוגדים בין העובדים, אבל פיצול יתר של יחידת המיקוח יפגע בכוח העובדים כקבוצה, ולכן נעשה בזהירות. ארגון העובדים היציג מנהל משא ומתן כלכלי לצורך יצירת זכויות חדשות לעובדים. כאשר המשא ומתן הכלכלי נקלע למבוי סתום, עשוי ארגון העובדים היציג להכריז על שביתה. השביתה כואבת. היא גורמת לנזקים כלכליים הן למעסיק (בשל הפגיעה בפעילותו הסדירה), הן לציבור הרחב, וכך גם לעובדים (בשל אי קבלת שכר בזמן השביתה). בשל הנזקים הטמונים בשביתה נקבע כי זו מותנית בתנאים וכפופה להגבלות, ובהם הכרזתה רק בידי הארגון היציג, מתן הודעה עליה והפעלתה בתום לב, במידתיות וכך שהיא ננקטת בתור מוצא אחרון.

האם התארגנות ראשונית, קרי: ארגון שזה עתה הפך ליציג, יכול לפתוח בשביתה כיוון שהמעסיק מסרב לנהל עימו משא ומתן קיבוצי? שאלה זו לא התעוררה בחלל ריק, אלא במציאות חברתית שבה חל פיתוח מתמשך בהיקף ההתארגנות. קודם לקום המדינה ולאחר מכן הייתה הסתדרות העובדים הכללית ארגון העובדים הגדול, המרכזי והעיקרי, ובמסגרתה היו מאורגנים מרבית העובדים במשק הישראלי. באמצע שנות התשעים של המאה הקודמת, לאחר חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, שניתק את הזיקה בין שירותי הבריאות לחברות בארגון העובדים, ועם סיום עידן הקולקטיביזם והמעבר לעידן האינדיווידואליזם בחברה, חלה ירידה משמעותית בהיקף העובדים המאורגנים. מאז ראשית שנות ה-2000 אפשר לזהות שינוי מגמה: עובדים רבים ביקשו להתארגן בארגוני עובדים. עם שינוי המגמה קמו ארגוני עובדים חדשים, שביקשו לממש את יציגותם ולנהל משא ומתן קיבוצי, אבל יש שהמעסיק מנסה להתחמק מכך. האם יש בידי ההתארגנות הראשונית זכות לשבות?

אפשר להדגים את הדברים באמצעות הסיפור של השביתה בסינמטק ירושלים. סינמטק ירושלים הוא עמותה הפועלת בתחום הקולנוע והמקיימת אחת לשנה בקיץ פסטיבל קולנוע בינלאומי. בשנת 2009 הועסקו בעמותה כ-100 עובדים. ארגון כוח לעובדים ביקש לארגן את העובדים ולהביא ליחסי עבודה קיבוציים. בתחילת חודש פברואר 2009, לאחר שהצטרפו אליו כשליש מהעובדים, פנה ארגון כוח לעובדים להנהלת הסינמטק וביקש לנהל משא ומתן כלכלי על תנאי העבודה של העובדים. סינמטק ירושלים הודיע כי אינו מתנגד לעשות זאת לאחר שיומצאו לו נתונים בעניין היציגות של ארגון כוח לעובדים. פגישה ראשונה התקיימה רק בסוף חודש מרץ 2009 ובמהלכה הודיעו נציגי הסינמטק כי מדובר בפגישות היכרות בלבד ולא במשא ומתן קיבוצי. ארגון כוח לעובדים ביקש לנהל משא ומתן על תנאי העבודה, אבל בפועל לא התקיים דו-שיח. ארגון כוח לעובדים שלח הודעה על סכסוך עבודה ושביתה. לאחר דברים אלה התקיימו שתי ישיבות שבהן התנהל משא ומתן, ללא תוצאות. לאחר שהעובדים החלו בשיבוש העבודה הסדירה, העמותה ביקשה מבית הדין האזורי לעבודה בירושלים צווי מניעה זמניים שיאסרו על העובדים לשבש את העבודה, ובפרט לפגוע בפסטיבל הבינלאומי, שהיה אמור להתחיל באותה עת. סינמטק ירושלים טען שנקיטת צעדים ארגוניים דווקא בתקופת הפסטיבל הבינלאומי אינה מידתית, ושהדרישה לחתום על הסכם קיבוצי אינה לגיטימית. בית הדין האזורי לעבודה בירושלים נעתר לבקשת הסינמטק והוציא צווי מניעה זמניים, שאסרו את שיבוש העבודה והכנת הפסטיבל עד ליום 20.7.2009 – יומיים לאחר המועד שתוכנן לסיום פסטיבל הקולנוע. במהלך תקופה זו, הורה בית הדין, לצדדים לנהל משא ומתן מואץ. ארגון כוח לעובדים הגיש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה בשל הגבלת חירות השביתה, וזה התקבל ברוב דעות (עס"ק (ארצי) 64/09 כח לעובדים – עמותת סינמטק ירושלים (2.7.2009)). בעניין הסינמטק נקבעו שתי הלכות עקרוניות: האחת, כי באופן כללי עת המדובר בהתארגנות

ראשונית במפעל שמבקשת להגיע לחתימה על הסכם קיבוצי ראשון (וכפוף לשיקולים שפורטו בפסק הדין), לא יוטלו הגבלות על חירות השביתה אלא במקרים חריגים. השנייה, כי מעסיק חייב לנהל משא ומתן קיבוצי בתום לב, אף שאינו חייב לחתום על הסכם קיבוצי. במסגרת ההנמקה הצביע הנשיא אדלר על כך שמדובר בשביתה כלכלית טהורה, שכן מפירוט העניינים שפורטו בהכרזה על השביתה עולה שמדובר בדרישות העובדים בנוגע לתנאי העבודה (כגון השכר השעתי, גמול עבור עבודה בשעות לילה, בחגים ובשעות נוספות). חירות השביתה הכלכלית, ככל זכות יסוד חוקתית אחרת, אינה מוחלטת אלא יחסית במובן זה שעל בית הדין לאזנה עם זכויות, אינטרסים ושיקולים אחרים. עם זאת, בנסיבות העניין נקבע כי ארגון העובדים ביקש באופן לגיטימי לנהל משא ומתן קיבוצי על תנאי העבודה, אבל הסינמטק דחה אותו במשך ימים רבים. הנשיא אדלר הדגיש כי הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים צריכים לנהל משא ומתן בתום לב ו"עולה הרושם, כי הנהלת הסינמטק ביקשה 'למשוך' את המשא ומתן" ולדחות את הקץ (פסקה 6(ה)). עוד הודגש כי העובדים השתמשו ב"נשק השביתה" החלקית רק לאחר שחלפו כמה חודשים, מאז שנדרש הסינמטק לנהל איתם משא ומתן קיבוצי על תנאי העבודה. בנסיבות שנוצרו, שבהן המעסיק לא ניהל למעשה משא ומתן על תנאי העבודה כפי שהתבקש, שביתה בידי כוח לעובדים הייתה צעד מידתי. השביתה נועדה לשמש אמצעי לחץ על המעסיק והכרזתה דווקא בתקופת הפסטיבל אינה בלתי לגיטימית או בלתי מידתית. הנשיא אדלר ביטל את צווי המניעה הזמניים שהוציא בית הדין האזורי לעבודה. הסכימו עימו השופטת ורדה וירט-ליבנה, לימים נשיאת בית הדין הארצי לעבודה, השופט עמירם רבינוביץ, שביקש להשאיר ב"צריך עיון" את עניין המשקל שיש לתת לעובדה שמדובר בהתארגנות ראשונית במקום עבודה לא מאורגן, ונציג הציבור (עובדים), יצחק שילון. פסק הדין ניתן נגד דעת המיעוט של נציג הציבור (מעסיקים), יורם בליזובסקי, שסבר שיש לדחות את הערעור ולהותיר את צו המניעה על כנו.

פסק הדין חזק את המעמד של ההתארגנויות הראשוניות בתקופה שבה החלו ניצני התעוררות בהתארגנויות העובדים, לאחר שנים של פיחות בהיקפן. באופן מיוחד חוזקה זכות הארגון היציג החדש לפתוח בשביתה חוקית אם המעסיק מסרב לקיים עימו משא ומתן קיבוצי. מעניין לציין כי לאחר זמן קצר (ביום 10.8.2009) תיקן המחוקק את חוק הסכמים קיבוציים והוסיף לו הוראה שלפיה "מעסיק חייב לנהל משא ומתן... עם ארגון עובדים יציג... בהתארגנות ראשונית אצלו; אין באמור בהוראות סעיף זה כדי לחייב מעסיק לחתום על הסכם קיבוצי עם ארגון עובדים בהתארגנות ראשונית" (סעיף 1ח33 לחוק הסכמים קיבוציים). תיקון החוק ממחיש את הדיאלוג הקיים בין בתי המשפט (בפסיקתם) לכנסת (בחקיקתה).

זכות השביתה מותנית כאמור בעמידה בכללים וההגבלות שנקבעו בדין, ואחד מהם הוא הכרזה על שביתה בידי ארגון עובדים יציג. שביתה שלא הוכרזה בידי ארגון עובדים יציג אינה כדין ובית הדין ייתן צו למניעתה. אבל מה ייחשב לשביתה? בקיץ 2011 הושגו הסכמות בין המעסיקים הציבוריים להסתדרות הרפואית ישראל (הר"י), שהיא הארגון היציג של הרופאים

המומחים והמתמחים כאחד. יום אחד בלבד לאחר השגת ההסכמות כאלף רופאים מתמחים אשר ההסכם הקיבוצי המתגבש לא ענה על ציפיותיהם, הגישו לבתי החולים הציבוריים שבהם עבדו, מכתבי התפטרות לקוניים וזהים ובהם הודיעו על התפטרותם על אתר.

המדינה ביקשה מבית הדין הארצי לעבודה צווי מניעה זמניים למניעת ההתפטרות הקולקטיבית של הרופאים המתמחים. היא טענה שמדובר ב"שביתה בתפושת", ושזהו צעד ארגוני הננקט בניגוד להנחיות הארגון היציג – הר"י. המטרה למעשה של המכתבים הייתה, לטענת המדינה, לשנות את ההסכם הקיבוצי שנחתם יום קודם לכן. מדובר לטענת המדינה בצעדים ארגוניים שלא הוכרו בידי ארגון עובדים יציג ושלא מילאו אחר דרישות הקבועות בחוק. מנגד, הרופאים המתמחים טענו כי ההסכם הקיבוצי אינו משנה את פני הרפואה בישראל כפי שציפו, כי הוא כובל אותם לתקופה ארוכה, וכי בתנאים כאלה אינם מוכנים לעבוד.

אכן, לשביתה צורות רבות, כגון אי התייצבות לעבודה, הימנעות מעבודה בשעות נוספות, הימנעות מפעולה מסוימת, שביתה האטה – שבה הקפדה יתרה על נוהלי העבודה מביאה לפגיעה בפעילות הרגילה. אבל האם התפטרות כל אחד מהרופאים המתמחים יכולה להיות שביתה? ההתלבטות שהתעוררה הייתה עזה. זכות העובד לעבוד, משמעה גם זכותו להחליט שהוא אינו מעוניין להמשיך לעבוד, וזכותו להתפטר מעבודתו, שאם לא כן הרי שמדובר בעבודת, ויש בכך פגיעה קשה באוטונומיה של העובד ובכבוד האדם שלו. חז"ל הסיקו מהמקרא: "כי לי בני ישראל עבדים עבדי הם, אשר הוצאתי אותם מארץ מצרים, אני ה' אלהיכם" (ויקרא כה 55), שהעובד זכאי להתפטר מעבודתו בכל עת שירצה, ואין לכוף עליו את חוזה העבודה. כך גם המחוקק הישראלי קבע בסעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, כי אין לאכוף חוזה לעבודה אישית. בבסיסם של יחסי העבודה עומד חוזה העבודה בין העובד למעסיק, ואלה מסתיימים בהודעת פיטורים או בהתפטרות של העובד, כאמור בחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א-2001. אבל האם תיתכן התפטרות למראית עין, במובן זה שהיא בגדר אמצעי, ולא מטרה? מה הדין כאשר את ההתפטרות נוקטת באופן מתואם קבוצת עובדים כדי להפעיל לחץ במשא ומתן הקיבוצי, ללא כוונה להביא את יחסי העבודה לקיצם? האם בית הדין יסתפק ב"אדרת" (מכתב התפטרות) או גם יבחן את ה"גברת" (אותנטיות ההתפטרות)?

בית הדין הארצי לעבודה בחן בפסק דינו (סק"כ (ארצי) 11-09-722 משרד הבריאות – ההסתדרות הרפואית בישראל (4.9.2011)) כדרכו את מהות הדברים ולא את האצטלה שהצדדים הלבישו לה. בלשונו של בית הדין, נדרשת בחינת האותנטיות. לאחר בחינה זו קיבל בית הדין את עמדת המדינה והוציא צווי מניעה זמניים שאסרו על הרופאים המתמחים לשבש את העבודה הסדירה. בית הדין הארצי לעבודה קבע כי זכותו של אדם לעבוד, וכחלק מהותי ממנה קמה גם זכותו להתפטר התפטרות אישית אותנטית. אבל במקרה זה, כך נקבע, המדובר בעיצומים "בתפושת" של התפטרות, ואלה לא לגיטימיים. נקבע כי מכתבי ההתפטרות של כל אחד מהרופאים המתמחים, היו חלק ממהלך קבוצתי לא לגיטימי. ההתפטרות לא הייתה

מהלך אישי אותנטי, אלא מהלך קבוצתי שנועד להשיג מטרות ויעדים במסגרת מאבק קבוצתי, שלא על דעת הארגון היציג. פעולה קיבוצית למימוש זכויות צריכה להיעשות אך ורק בכלים החוקיים שנקבעו, ולא כך נעשה במקרה זה. עוד הוסבר כי משנחתם הסכם קיבוצי, אי אפשר עוד "לפתוח" אותו שלא כדין. אם כך יתאפשר תישמט הקרקע תחת משפט העבודה הקיבוצי ועלולה להיגרם קריסת מערכת יחסי העבודה בישראל. לדעת סגן הנשיאה פליטמן, גם אם מכתבי ההתפטרות היו תקפים על פי דין (ולא כך היה, לדעת כל חברי המותב), התפטרות קבוצה כה גדולה ביום אחד עשויה להביא לקריסה של מערכת הבריאות הציבורית. יש בה פגיעה בחובת תום הלב, שדורשת שסיום יחסי העבודה של קבוצה כל כך גדולה, "מסה קריטית", ייעשה בהדרגה. יתר על כן, הפעלת הזכויות הקיבוציות, כמו הזכות לשבות, צריכה להיעשות תמיד במידתיות, והתפטרות "מסה קריטית" ביום אחד אינה מידתית.

ימים אחדים לאחר מכן כ־800 רופאים מתמחים מבתי החולים הגדולים והמרכזיים בת"א ובחיפה הגישו שוב את התפטרותם. אבל הפעם כתב כל אחד מהם מכתב אישי ושונה. כ־400 רופאים עזבו את משמרתם, והמדינה פנתה שוב לבית הדין הארצי תוך שהיא מעלה את החשש כי בתי החולים עלולים לקרוס. גם הפעם נטען שאין מדובר בהתפטרות אותנטית, אלא בדרך של מי שאינו הארגון היציג, להפעיל לחץ בלתי לגיטימי לשינוי הסכם קיבוצי שנחתם. גם הפעם הגיע בית הדין הארצי למסקנה דומה וקבע (סק"כ (ארצי) 11-10-2376 משרד הבריאות – ההסתדרות הרפואית בישראל (12.10.2011)) כי אין מדובר בהתפטרות אישית, תוך שהוא חושף את המהלך האותנטי של הדברים, שהיה למעשה נקיטת עיצומים בתחפושת של התפטרות. הרופאים המתמחים שבו לעבודתם והפתרון שניתן – בין היתר בהוספת תקנים – הביא לדעיכת הסכסוך. חשוב לציין כי בחינת הדברים הייתה בנסיבות העניין המיוחדות שם. על דרך ההנגדה אפשר להזכיר מקרה נוסף, פרשת הרופאים המתפטרים במחלקה האונקולוגית הדסה (ס"ק (אזורי י"ם) 17-05-34408 הסתדרות מדיציניית הדסה (חל"צ) – ההסתדרות הרפואית בישראל (25.5.2017)), שנסבה על הסיור של הרופאים לדרישת בית החולים הדסה לבצע השתלות לילדים במחלקת מבוגרים. כל ארבעת רופאי המחלקה הודיעו על כוונתם להתפטר תוך 3 חודשים, והם אכן התפטרו בחלוף התקופה. הדסה ביקשה מבית הדין צו זמני שיורה לרופאים להמשיך לעבוד. בית הדין האזורי לעבודה בירושלים קיבל את עמדת הרופאים וקבע כי מדובר בהתפטרות אותנטית אישית של כל אחד מהרופאים, שפעל לפי צו מצפוננו והבנתו הרפואית מקצועית, ולא במהלך קיבוצי. לפיכך נמנע בית הדין מלהוציא צו מניעה נגד התפטרות רופאי המחלקה. במקרה האחרון באמצעות הבחינה הפרטנית בנוגע לכל אחד מהרופאים כיבד בית הדין את בחירתם המקצועית והאישית שלא להמשיך לעבוד בנסיבות שנוצרו.

חוק הסכמים קיבוציים נתן מעמד מלכותי ליחסי העבודה הקיבוציים. לעובדים ניתנו הזכויות להתארגן ולנהל משא ומתן קיבוצי, ובצידן בתור כלי להשיג אותן, זכות השביתה. בשלוש אלה אפשר להשתמש כדי לשפר את תנאי העבודה של העובדים, אבל זאת רק בהתאם לכללים שנקבעו בחוק, באופן מידתי ובתום לב. שני פסקי הדין מבטאים את חזוק המעמד

של הארגון היציג המוסמך לפעול בשם כל החברים בארגון. בעניין הסינמטק נקבע כי המעסיק חייב לנהל משא ומתן קיבוצי בתום לב עם הארגון היציג, גם כאשר המדובר בהתארגנות ראשונית, ואם המעסיק מתחמק מכך, הארגון היציג רשאי להכריז על שביתה. בעניין הרופאים לא ניתנה לגיטימציה לפרום את יחסי העבודה הקיבוציים בנקיטת צעדים קיבוציים שלא בידי הארגון היציג. משילוב פסקי הדין עולה שיש לשמור מכל משמר את הכלים שהוענקו לעובדים (זכות ההתארגנות, זכות המשא ומתן הקיבוצי וזכות השביתה) ושהביאו בסופו של דבר לשיפור דרמטי בתנאי העסקתם. יש להשתמש בכלים הללו בדיוק על פי הכללים שנקבעו בדין, בתום לב ובמידתיות.

# לעבודה ולמנוחה

דב"ע (ארצי) לג/12-3 צ'יבוטרו - אברהם, פד"ע ד 173 (1972)  
דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518 (2013)

## צבי פרנקל

אטלקה אברהם הועסקה במשרת פועלת מטבח וניקיון במסעדה ובבית הקפה שבבעלות איליה צ'יבוטרו בבאר שבע, החל בשנת 1965 ובמשך כשש וחצי שנים. היא עבדה שבעה ימים בשבוע, כולל מוצאי שבתות וחגים, חוץ מהיום הראשון של ראש השנה, מיום כיפור ומהיום הראשון של פסח. מדי שנה קיבלה חופשה בת שבועיים. אם כן, היא עבדה כ-350 ימים בשנה ללא יום מנוחה שבועי וללא תשלום גמול על עבודה ביום המנוחה השבועי ובחגים.

המקרה של אטלקה מדגים את הפער בין חיי המעשה לכללים המשפטיים. חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, נועד לתחום את זמן העבודה כך שלעובד יהיו זמן פנאי יומי וזמן פנאי שבועי. כמו כן, הוא מעגן את הזכות לגמול כספי מיוחד לעובד שמועסק בזמן המנוחה היומי או השבועי, ואת הזכות למנוחה חלופית לעובד שעבד ביום המנוחה השבועי. חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, אוסר לשלם שכר כולל (גלובלי) שבו גמול השעות הנוספות או גמול המנוחה השבועית כבר כלולים בשכר הרגיל. ואילו אטלקה עבדה באופן קבוע ביום מנוחה שבועי וללא מנוחה שבועית. היא גם לא קיבלה מנוחה חלופית ולא קיבלה גמול כספי עבור עבודתה ביום המנוחה השבועי.

המקרה של אטלקה אינו ייחודי. באר שבע של שנות השישים של המאה הקודמת הייתה עיר לא גדולה במרכז המדבר. עזרו בה לאכילה ולשתייה תיירים ומטיילים מצפון הארץ שירדו לאילת ולסיני ושחזרו משם, וחיילים ששירתו בבסיסי הצבא בסביבה. העיר רק החלה בהקמת האוניברסיטה, התיאטרון והתזמורת. מקומות המפגש בעיר לתושבי העיר, שחלקם הגדול היו עולים חדשים, היו המסעדות ובתי הקפה, שמספרם לא היה רב. על רקע זה, אלה פעלו משעות בוקר מוקדמות עד לשעות לילה מאוחרות, כולל במוצאי שבתות ובחגים.

בשלב מסוים ביקשה אטלקה לא לעבוד בשני מוצאי שבתות בחודש, ובקשתה נדחתה. היא התפטרה ותבעה את המעסיק לשלם לה גמול בעד עבודתה במוצאי שבתות וחגים, גמול על שעות נוספות ופיצויי פטורים. המעסיק טען שאינה זכאית לתשלום גמולים אלה מאחר שבהתנהגותה ויתרה עליהם.

האומנם?



בית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע קיבל את טענת אטלקה שהיא זכאית לפיצויי פיטורים בהתאם לנסיבות המקרה, והכיר בזכותה לקבל גמול בעד עבודה במנוחה השבועית. בפסק דינו הבהיר בית הדין האזורי לעבודה שאין משמעות לויתור של עובד על זכויותיו אלה, גם אם לכאורה ויתר עליהן.

המעסיק ערער על פסק הדין לבית הדין הארצי לעבודה. ערעורו נדחה (דב"ע (ארצי) לג/12-3 צ'יבוטרו - אברהם, פד"ע ד 173 (1972)). בית הדין הארצי לעבודה קבע שהוראות חוק שעות עבודה ומנוחה חלות גם על עבודה בחגים. כמו כן, הוא קבע באופן עקרוני כי זכות שהוקנתה לעובד מכוח חוק הבא להגן עליו, אינה ניתנת לויתור כלל, שכן יחסי העבודה ותנאיה חדלו להיות תלויים ברצון הצדדים, "ונהיו יותר ויותר שזורים ונתמכים ברקמת הוראות חוק והסכמים שתרמו לתקנת הציבור... הוראות אלה היו גם לתועלת המעבידים, שראו בביצוען ערובה להתחרות הוגנת בינם לבין עצמם... והמפר אותן עשוי לתת על כך את הדין במשפט פלילי" (עמ' 177). עוד נקבע "שוויתור עובד על זכות מעין זו מהווה פגיעה בסדר הציבורי, ואין לו תוקף מחייב. וכשם שידו לא היתה ביצירת הזכות, בקיומה, בשמירה עליה, כן לא יוכל העובד למחוק אותה במחי יד. ודין אחד לויתור שנעשה מראש, בשעת קיום יחסי עבודה, או לאחר שנותקו" (שם).

בנסיבות העניין הוסיף בית הדין הארצי לעבודה שהעובדת אינה יכולה להיחשב כאילו ויתרה על זכותה לגמול עבודה במוצאי שבתות וחגים, הן מאחר שלא ידעה על זכות זאת, הן משום שלוויתור אין משמעות. עוד נקבע שהעובדת זכאית לתשלום בעד שעות נוספות ועבור עבודה במנוחה השבועית, מאחר שהשכר שהצדדים סיכמו עליו נחשב לשכר רגיל בלבד, בהתאם לחוק הגנת השכר. בהקשר זה הוסבר שחוק שעות עבודה ומנוחה נועד לשמור על כבוד העובד ועל רווחתו ולאפשר איזון בין שעות העבודה לזמנו הפנוי. כמו כן, הוא נועד ליצור תמריץ שלילי מפני העסקה בשעות נוספות, ומסיבה זו קבע תמורה גבוהה יותר לעבודה בשעות אלה.

כך הגיעה אל סיומה דרך משפטית של התדיינות בת שנה וחצי עד לפסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה בשלהי שנת 1972. חוק שעות עבודה ומנוחה זכה לחיזוק משמעותי, שכן העובד אינו יכול לוותר על הזכויות מכוחו. העובד שסבל מהפרת חוקי המגן זכאי ליהנות מהם בדיעבד, ולמעסיק לא צמח רווח כלכלי מהפרתם המתמשכת. במתח בין חיי המעשה לכללים המשפטיים זכו הכללים המשפטיים לאישוש יתר.

חלפו השנים, והמתח בין חיי המעשה לכללים המשפטיים לבש אדרת חדשה. לחוק שעות עבודה ומנוחה מלאו למעלה מחמישים שנים, והוא פגש מציאות חברתית חדשה שהולידה אתגרים חדשים. כעת האיום על החוסן של חקיקת המגן נובע מהתאמתה למציאות החיים המשתנה. כך, בשנת 2000 כ־100 ק"מ מבאר שבע הועסקה יולנדה גלוטן, עובדת זרה מהפיליפינים, כמטפלת של לאה יעקב, קשישה מתל אביב במצב סיעודי. היא התגוררה בבית של מעסיקתה ושהתה בו רוב שעות היממה.

שעות העבודה של יולנדה ושעות מנוחתה לא היו קבועות. היה עליה להשגיח על לאה, שהייתה זקוקה לטיפול באמצעות מכונת הנשמה. עיקר עבודתה התבטאה בהשגחה על כך

שצינור ההנשמה לא ינותק מלאה. מאחר שהניתוק היה מלווה בצפצוף, לא נדרשה נוכחותה בצמוד ללאה. יולנדה הייתה יכולה לעסוק בענייניה, וכך גם עשתה לאורך מרבית שעות היום. היא לא בישלה עבור לאה ולא רחצה אותה אלא לעיתים נדירות. שושנה, הבת של לאה, היא שהכינה את הארוחות ללאה, וזו אכלה אותן בכוחות עצמה. יולנדה עשתה בדירה עבור לאה ועבורה עבודות ניקיון ועבודות כביסה. הוקצה לה חדר נפרד עם מכשיר טלוויזיה, וכל הבית על אביזריו הועמד לרשותה ללא תשלום. בפועל הבית של לאה שימש גם מעונה של יולנדה, מה שיצר את הטשטוש בין שעות העבודה לשעות המנוחה.

לאחר סיום העבודה תבעה יולנדה מלאה בבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב תשלום הפרשי שכר וגמול בגין עבודה בשעות נוספות. התביעה התבססה על הטענה ששעות העבודה של יולנדה היו ארוכות, ועל כן היה מקום להוסיף על שכרה. בלי להתייחס לכלל פרטי ההתדיינות, ייאמר שבית הדין האזורי לעבודה דחה את התביעה לקבלת גמול בגין שעות נוספות, ויולנדה הגישה ערעור על כך לבית הדין הארצי לעבודה.

הדין בערעור בבית הדין הארצי לעבודה חשף את המורכבות שמעורר חוק שעות עבודה ומנוחה במצבים מיוחדים, כמו השגחה על מטופלים סיעודיים תוך מגורים בביתם. הדבר התבטא בחילוקי דעות בין השופטים. חוק שעות עבודה ומנוחה מכיר בחריגים לתחולתו. שניים מחריגים אלה הם שהעבודה מחייבת מידה מיוחדת של אמון אישי, ושתנאי העבודה ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק לפקח על שעות העבודה והמנוחה. אם מתקיים אחד החריגים האלה, חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על העובדים והם אינם זכאים לגמול עבור עבודה בשעות נוספות מעבר לשכר הרגיל שהצדדים הסכימו עליו.

שופטי הרוב סברו שדין הערעור להידחות (ע"ע (ארצי) 157/03 גלוטן – יעקב (1.1.2007)). הם הצביעו על כך שזמן הטיפול הממשי של יולנדה בלאה היה עד כשעתיים ביום. לדעתם, החלת חוק שעות עבודה ומנוחה תלויה במצב הסיעודי של המטופל ובעזרה שנותנים בני ביתו, ואין לקבוע מראש הלכה כללית בנושא. בנסיבות העניין העובדת היא שהשגיחה על חיי המטופלת ופיקחה עליהם, וזו לא יכלה כלל לפקח על שעות העבודה והמנוחה של העובדת. יולנדה הועסקה כדי לסייע ללאה במקרה של מצוקה נשימתית עקב תקלה במכשיר ההנשמה. מכיוון שכך, בעת תקלה במכשיר לא הייתה בידי לאה, כשהיא חדלת אונים, היכולת לפקח על העבודה של יולנדה. בנסיבות אלה גם נדרשת מידה מיוחדת של אמון אישי, וגם מסיבה זו אין העובדת הסיעודית זכאית לגמול עבור שעות נוספות. לכך יש להוסיף את הבעייתיות בכך שהבית של המטופלת שימש גם מעון המטופלת. מסיבה זו, קבעו שופטי הרוב, קשה לומר ש"עת עשתה [העובדת] לעצמה בלבד בדירה" היו אלה שעות עבודה רגילות, "להבדיל משעות עשייתה למען המטופלת" (פסקה 6 לפסק הדין של השופט פליטמן). חלוקה בין פעילות המטופלת במשך היממה עבור עצמה לפעילותה עבור המטופלת אינה אפשרית. לדעת שופטי הרוב, חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על העובדת המטופלת.

הדעה של שופטי המיעוט הייתה שונה. לדעתם, מהות העבודה של יולנדה הייתה בעיקר השגחה על תקינות מכשיר ההנשמה, ולכן עצם הנוכחות בדירה לצורך ההשגחה על המטופלת

היא מהות העבודה. מאחר שבית המטופלת שימש גם מקום העבודה של המטפלת וגם מקום מגוריה, עצם נוכחותה והערנות שלה במקום הם עבודה. מנגד, אין להחשיב את שעות השינה שלה ואת הזמנים שבהם קיבלה אורחים. אומנם בתביעה לתשלום עבור שעות נוספות על העובד להוכיח שעבד בכל שעה. אבל, לדעת שופטי המיעוט, "כאשר מדובר בעובדת זרה שעבדה בעבודה סיעודית ניתן להגמיש את הכלל בעניין נטל ההוכחה ויש לאפשר לה לתבוע תשלום גלובלי בגין העבודה הנוספת" (פסקה 4 לפסק הדין של הנשיא אדלר).

בסיכומו של דבר, בית הדין הארצי לעבודה דחה את הערעור ברוב של שלושה שופטים לעומת שניים, אבל קרא למחוקק לתקן את חוק שעות עבודה ומנוחה ולפתור את בעיית שכר העובדים בסיעוד באמצעות תשלום בגין כוננות או תשלום גמול שעות נוספות כולל. בשלב זה הגיע התיק לבית המשפט העליון.

אכן, אין אפשרות לערער על פסקי דין של בית הדין הארצי לעבודה שאינם בעניינים פלייליים, אבל אפשר להגיש עתירה על פסיקתו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. יולנדה, שיוצגה בידי עמותת "קו לעובד", הגישה עתירה כזו. במהלך ההתדיינות נפטרה אה. בשל ההיבט הציבורי התייצב היועץ המשפטי לממשלה לדיון בבג"ץ. הוא טען שיש להחיל את החוק הקיים על עובדים המטפלים בחולים סיעודיים, כדי למנוע את קיפוח זכויותיהם ולהבטיח שיקבלו תשלום שעות נוספות בגין הזמן שבו הם "עמדו לרשות העבודה", לפי "הנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה". אפשר לומר כבר עתה שההליכים בבית המשפט העליון לא שינו בסופו של דבר את המסקנה, אבל חשפו שוב את מורכבות השאלות שביסוד ההתדיינות.

חשוב לציין שבג"ץ אינו מתערב בפסיקה של בית הדין הארצי לעבודה אלא במקרים מיוחדים: אם נפלה טעות משפטית מהותית בפסק הדין, ואם הצדק מחייב התערבות. שופטי בית המשפט העליון סברו שאלה אינם פני הדברים, והעתירה נדחתה (בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סג(3) 209 (2009)). הם הצביעו על כך שבחקיקה הקיימת אין הסדר שמתאים למצב הדברים הייחודי בעניין העובדים הסיעודיים, וקבעו כי פרשנות שתחייב את המעסיקים לשלם על שעות נוספות בנסיבות אלה, ללא התמודדות עם מכלול השאלות הכרוכות בעצם תבנית ההעסקה הייחודית, עשויה להוליך לתוצאות קשות מאוד ואפילו לפגוע בעובדים הסיעודיים ובמטופלים. גם שופטי ההרכב בבית המשפט העליון סברו שהדרך הראויה לפתרון הסוגיה העקרונית היא הכרעה מושכלת ומקיפה של המחוקק במכלול השאלות שקשורות לתבנית ההעסקה הייחודית של עובדים זרים בתחום הסיעוד.

לאחר שבג"ץ דחה את העתירה, הגישה עמותת "קו לעובד" בקשה לקיים דיון נוסף בהרכב מורחב. נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש נעתרה לבקשה, ונערך דיון נוסף לפני תשעה שופטים. בתחילת הדיונים הודיעה נציגת עמותת "קו לעובד" שנותק הקשר עם יולנדה, שככל הנראה עזבה את הארץ, וביקשה להצטרף כצד לעתירה כדי שיהיה אפשר לדון בה לאור חשיבותה, ולא למחוק אותה. בקשתה נתקבלה.

כך הוסיף הדין להתנהל, אבל התוצאה לא השתנתה. בדיון הנוסף (דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518 (2013)) היו כל השופטים בדעה שהנושא כולל שאלות רבות שמעצם טיבן אינן יכולות להתלבן כראוי בהליך שיפוטי ושמחייבות חקיקה תוך היעזרות בגורמים מקצועיים שיקדישו לכך את הזמן והמשאבים הנדרשים. לעניין קבלת העתירה או דחייתה נחלקו השופטים בדעותיהם, והיא הוכרעה על חודו של קול. דעת הרוב הייתה שחוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל בנסיבות העניין, ולכן יש לדחות את העתירה, בציינם שקביעה זו מתייחסת רק למקרה המיוחד שהובא לפניהם. לעומתם, דעת המיעוט הייתה שיש לקבל את העתירה ולהחיל את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה גם על העסקת עובדים זרים בענף הסיעוד. גם אם יש צורך לשנות מההסדרים שבו, כל שינוי בו חייב להיעשות בחקיקה. פסק הדין ניתן ב־2013.

וזהו המסע בזמן שתואר כאן: בשנת 1972 הכירה המערכת המשפטית בחוק שעות עבודה ומנוחה כחוק הבא להגן על זכויות העובד, שאינן ניתנות לווייתור, שכן יחסי העבודה ותנאיה חדלו להיות תלויים ברצון הצדדים. פסק הדין ניתן שלוש שנים לאחר הקמת בית הדין לעבודה והיה מגדלור לפסיקה בנוגע לזכויות המגן. לפסק הדין היו השפעה ישירה והשפעה עקיפה על חיי המעשה בעולם התעסוקה בישראל ועל החברה הישראלית.

ארבעים שנה לאחר מכן עניינה של יולנדה גלוטן "אתגר" את המערכת המשפטית והשתלב במציאות המשתנה בארץ. מאמצע המאה העשרים מתמודדות מדינות רווחה עם ירידה מתמשכת ביכולת של המשפחה לטפל באוכלוסייה המבוגרת ובחולים סיעודיים, בעיקר בשל העלייה בתוחלת החיים ובשל העלייה בגיל החולים המבוגרים. שינויים אלה גרמו לצורך בהעסקת עובדי סיעוד ולצורך בהסדרת זכויותיהם בחוק, כי החוק הקיים אינו נותן תשובה מספקת למצב שנוצר, וייתכן גם שהחוק הקיים אינו חל עליהם. בית המשפט העליון הכריע תוך חילוקי דעות שלא לנקוט מהלך של "חקיקה שיפוטית", אלא להשאיר את המלאכה למחוקק. הגישה שהנחתה את הפסיקה הייתה כי לא לכל המצבים ניתן פתרון בחקיקה הקיימת, במיוחד בחוק שנחקק שלוש שנים לאחר קום המדינה, וכי המחוקק לא צפה ב־1951 מצב כמו של גלוטן. לפי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, בשנת 2021 שהו בישראל כ־60,000 עובדי סיעוד זרים. מערכת המשפט נאלצת להכריע בסוגיות שקשורות לנתונים אלה על היבטיהן השונים, ובכלל זה בסוגיות של שעות עבודה ומנוחה.

המסע בזמן ממחיש שפערים בין חיי המעשה לכללים משפטיים – מתהווים, מצטמצמים וחוזר חלילה. הוא גם מספק דרך נוספת להתבונן על מערכת היחסים בין התפקיד השיפוטי בקידום משפט העבודה לתפקיד החקיקתי בו. תפקידים אלה משלימים זה את זה כמעין מרוץ שליחים שנערך לאורך שנים. פסק הדין שלפיו עובד אינו יכול לוותר על זכויות שהעניק לו המחוקק, הוא אחת הדוגמאות ליחסי ההשלמה. עד היום הוא משמש צוק איתן לעובדים שנפגעים מהפרה מתמשכת של זכויותיהם ושמבקשים בדיעבד עשיית צדק כלכלי עימם בהתאם למצוות המחוקק.

# התשמע קולי? הליך השימוע וזכות הטיעון לפני פיטורים במשפט העבודה

ע"ע (ארצי) 1027/01 גוטרמן - המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לח  
448 (2003)

## מוסטפא קאסם

ד"ר גוטרמן החל לעבוד בתור מורה מן החוץ במכללת עמק יזרעאל. בשנה השלישית לעבודתו מונה במינוי ראשוני לדרגת מרצה, בתוקף לשנתיים. במהלך השנה הרביעית לעבודתו קיבל הודעה בכתב על כך שמינויו יסתיים בסוף שנת הלימודים ולא יחודש עוד. זאת בלי שניתנה לו אפשרות להשמיע את טענותיו קודם שתתגבש החלטה סופית בעניינו, ובלי שניתנה לו הודעה בדבר הנימוקים להחלטה.

האם המכללה הייתה מחויבת לשמוע את הטענות של ד"ר גוטרמן טרם סיום העסקתו? האם יש משמעות לכך שד"ר גוטרמן היה בתקופת ניסיון, ושהחלטתה היא שלא לחדש חוזה לתקופה קצובה?

הליך השימוע הוא חלק מהכללים המסדירים תהליך קבלת החלטה שנקבעו בפסיקה של בית המשפט העליון, ובהמשך לה בפסיקה של בתי הדין לעבודה, ולא בחוק מפורש שמסדיר אותם. מעסיק ששוקל לקבל החלטה המשליכה על עתידו המקצועי של העובד, נדרש לשמוע תחילה את טענות העובד. מטרת השימוע היא לאפשר לעובד להביא לפני מעסיקו את הדברים מנקודת ראותו ולנסות לשכנע את בעל הסמכות שלא לממש את כוונתו העלולה לפגוע בתנאי העסקה שלו. חובת השימוע (שהצד השני שלה הוא זכות הטיעון) מבטאת את כבוד העובד בתור אדם שקולו צריך להישמע לפני שמתקבלת החלטה המשפיעה על עתידו התעסוקתי. שיתוף בתהליך קבלת החלטה מגביר את האמון בהחלטה המתקבלת בסוף ההליך, והסיכון שתהיה שגויה מצטמצם. זכות חשובה זו הוכרה בישראל הן במגזר הציבורי, הן במגזר הפרטי.

לחובת השימוע מקורות רבים ומגוונים, וכלי הקיבול המשפטי להחלטה במשפט העבודה הוא עקרון תום הלב, אשר כל מעסיק חב בו. זכות השימוע יונקת גם מכללי המשפט המנהלי, ובאופן ספציפי ממה שמכונה בו "כללי הצדק הטבעי". זכות הטיעון בהליכים מנהליים הוכרה כבר בבג"ץ 3/58 ברמן נ' שריהפנים, פ"ד יב 1493 (1958), שם השתמש השופט זילברג במילים

"ישמע גם הצד האחר" (עמ' 1505).<sup>1</sup> בעבר היו אף שראו מקור לכלל זה במשפט הראשון שנערך בגן עדן, לפי המקרא וספרי קודש נוספים, שם הקדוש ברוך הוא אפשר לאדם ולחוה את זכות הטיעון לפני שהכריע בגורלם.

ונחזור לעניינו של ד"ר גוטרמן, אשר הגיש תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בנצרת נגד אותה החלטה (עב' (אזורי נצ') 1500/98 גוטרמן - המכללה האקדמית עמק יזרעאל (19.12.2000)). בית הדין האזורי דחה את התביעה כיוון שהחלטה שלא לחדש את המינוי של גוטרמן לאחר תום תוקפו של המינוי הקודם, לא הייתה פגומה מבחינת השיקולים שביסודה או תהליך קבלתה. נקבע שהכלל המחייב מתן זכות שימוע לעובד טרם פיטוריו, חל גם במכללה. אלא שהיא לא הפרה את חובותיה, בשל כך שד"ר גוטרמן הועסק כמרצה לתקופה קצובה, וחדוש המינוי היה טעון המלצה, ולכן יש לראות בו מי שמצוי בתקופת ניסיון.

ד"ר גוטרמן לא השלים עם כך שקולו לא נשמע טרם סיום העסקתו, וערער לבית הדין הארצי לעבודה. ערעורו התקבל (ע"ע (ארצי) 1027/01 גוטרמן - המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לח 448 (2003)) גוטרמן טען כי המכללה לא עמדה בחובת השימוע, שמוטלת עליה טרם מעשה, וגם לא בחובת ההנמקה, שמוטלת עליה לאחר מעשה. מנגד, המכללה טענה בערעור שהיא פטורה מלתת זכות טיעון למרצה שנמצא בתקופת ניסיון.

בית הדין הארצי לעבודה קיבל את הערעור של גוטרמן והבהיר שזכות הטיעון היא זכות טבעית, מזכויות היסוד הראשוניות בשיטתנו המשפטית. יש לה מקום של כבוד ביחסי העבודה, ובפרט עת נשקלת אפשרות לסיום ההעסקה של עובד, בין בדרך של פיטורים ובין בדרך של אי חידוש חוזה עבודה. עוד עמד בית הדין הארצי לעבודה על החשיבות שבמתן זכות הטיעון וקבע כי זו האחרונה איננה רק מטבע לשון, ואין לראות בה "טקס" בלבד שיש לקיימו כדי לצאת ידי חובה. מטרתה להביא לידי כך שתתקבל החלטה עניינית, מושכלת ומבוררת, תוך מתן תשומת לב מלאה ומשקל ראוי לעמדות של מי שעלול להיפגע מן ההחלטה ולעניינו. עוד נקבע שהעובד זכאי לדעת מהן הטענות נגדו, ושיש לו זכות מוקנית לנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות את דעתו אם יש בה כדי לפגוע בזכויותיו.

תמונת הראי לזכות העובד היא חובת המעסיק. על המעסיק מוטלת החובה להציג את טענותיו לפני העובד בפתיחות, בהגינות ובתום לב, ולשמוע את טיעוני העובד בלב נקי ובנפש חפצה טרם קבלת ההחלטה הסופית בעניינו - שעשויה להיות מכרעת בעבורו. לסיכום, בית הדין הארצי לעבודה קבע כי מוסד אקדמי אינו פטור מהקפדה על זכות הטיעון, וכי כל המעסיקים מחויבים בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, שזכות הטיעון היא מעמודי התווך שלה. עוד נקבע כי מאחר שנשללה מד"ר גוטרמן זכות הטיעון בטרם נפלה החלטה בדבר אי הארכת מינויו בתור מרצה, הרי שדרך קבלת החלטה לוקה בפגם מהותי היורד לשורש ההחלטה, כלומר החלטה התקבלה שלא כדין. אכן, לא הייתה בידי ד"ר גוטרמן זכות

1 ראו רשימתו של יהונתן עדיאל בספר זה, עמ' 258.

קנויה לעצם העסקתו במשרה, אך הייתה לו הזכות שקבלת ההחלטה בדבר סיום העסקתו תתקבל לאחר שתינתן לו הזדמנות להשמיע את קולו.

באשר לסעד הראוי מקום שבו המעסיק אינו ממלא אחר חובתו ואינו מקיים שימוע, בית הדין הארצי לעבודה לא שלל באופן כללי את האפשרות לבטל את החלטת המעסיק ולהשיב את העובד לעבודתו. אבל נקבע שסעד של אכיפה בדרך של השבה לעבודה אינו הולם עוד את נסיבות העניין, במיוחד נוכח מערכת היחסים העכורה בין הצדדים וחלוף הזמן מאז הסתיימו יחסי העבודה. לפיכך החליט בית הדין לפסוק לד"ר גוטמן פיצוי כספי בסכום כולל של 65,000 ש"ח, השווה בערכו לשישה חודשי עבודה לערך.

קשה להפריז בחשיבותו של פסק הדין בעניין גוטמן. פסק הדין חולל מהפך בכל הנוגע למודעות לחובת השימוע ביחסי העבודה, והוא אבן דרך משמעותית ביישום הזכות. פסק הדין העביר בקול צלול וברור מסר שלפיו לא משנה מי הוא המעסיק, לא משנה אם המעסיק הוא מוסד אקדמי, לא משנה אם מדובר בתקופת ניסיון אם לאו – כמעט בכל מצב יש לתת לעובד זכות טיעון טרם החלטה על פיטורין, למעט מקרים חריגים (כגון במקרה שבו ההתקשרות בין המעסיק לעובדו הייתה מלכתחילה לביצוע עבודה מוגדרת ומסוימת לתקופה קצובה בלבד, למשל קבלן שמעסיק מהנדס בחוזה לזמן קצוב בפרויקט בנייה, וברור וידוע לשניהם שתחילת העבודה וסיומה באותו פרויקט עצמו, ולאחריו נפרדות דרכיהם).

לפסק הדין הייתה תרומה חשובה לקידום זכות הטיעון ולהשרשתה, ונראה שמרבית המעסיקים והעובדים מודעים היום הרבה יותר מבעבר לזכות השימוע. אבל בחיי המעשה עדיין מגיעות לבתי הדין חדשות לבקרים תביעות שעניינן אי מתן זכות שימוע או פגמים בקיומו. מקרים אלה מצריכים לפתח את הזכות תוך התאמה ליחסי העבודה. מה כוללת הזכות? אילו חובות חלות על המעסיק כדי להבטיח שתכליתה תוגשם? בעניין זה נדגיש כי לאורך השנים הובהר בפסקי הדין שחובת השימוע אכן ניתנת להגשמה בדרכים רבות ושאינן מדובר בקיום כללי טקס צורניים מסוימים. התשובה לשאלה האם מולאה חובת השימוע נגזרת בכל מקרה מנסיבותיו. אף שכאמור הגשמת חובת השימוע יכולה להיות בכמה דרכים, הרי שאפשר לזהות מכנה משותף חיוני בין הדרכים השונות לקיומה כדי שתכלית השימוע תוגשם. מכנה זה כולל, בין היתר ובלי להתיימר למצותו, ליידע את העובד בכתב בדבר אפשרות הפיטורים ולתת את הנימוקים המפורטים שבגינם נשקלת אפשרות פיטוריו, זמן מספיק מראש, כדי שתהיה לעובד האפשרות להיערך לקראת השימוע. בכלל זאת על המעסיק לאפשר לעובד לעיין במידע ובמסמכים שהמעסיק מסתמך עליהם, ולשקול את טענות העובד בלב פתוח ובנפש חפצה. אם העובד מבקש להיות מיוצג בהליך השימוע, שמורה לו בדרך כלל הזכות לכך. כמו כן הוא זכאי לתייעוד השימוע באמצעות פרוטוקול, לרבות בכל הנוגע להתייחסות העובד לטענות המועלות נגדו.

פסק הדין בעניינו של ד"ר גוטמן הביא לעיגון זכות הטיעון של העובד עת שוקל המעסיק לסיים את עבודתו. בהמשך הרחיבה הפסיקה את זכות הטיעון גם להחלטות מהותיות אחרות

בחיים התעסוקתיים. כך למשל נקבע כי מעסיק נדרש לערוך שימוע לעובד גם במקרים שבהם הוא מבקש לשנות את תנאי העסקתו, כמו שינוי היקף משרה, הפחתת שכר, העברה לתפקיד אחר או העברה ממקום עבודה אחד למקום עבודה אחר שיש עימה אפשרות ממשיית לפגיעה בתנאי העבודה של העובד או במעמדו.

אי עמידה בתנאים לקיום השימוע או בחלק מהם עשויה להצמיח סעד של אכיפה (במקרים המתאימים ובהתאם לנסיבות המקרה הספציפיות) או של פיצוי כספי לעובד. נקבע במפורש בפסיקה שלא כל פגם בשימוע, בהכרח יש בו כדי להצדיק מתן פיצוי, ושכל מקרה צריך להיבחן לפי נסיבותיו.

בהזדמנות אחרת התווה בית הדין הארצי לעבודה את הכללים החלים על פסיקת פיצויים בגין אי מיצוי חובת השימוע (ע"ע (ארצי) 11-06-43380 פלוני – אלמונית (9.12.2014)). בית הדין הארצי לעבודה הבחין לעניין זה בין פיצוי בגין נזק ממוני לפיצוי בגין נזק שאינו ממוני. הפיצוי בגין נזק ממוני נועד לפצות את העובד על אובדן הכנסותיו בתקופה שלאחר הפיטורים, והוא כפוף מטבעו לחובת הקטנת הנזק. לעומת זאת, הפיצוי בגין נזק שאינו ממוני נועד לפצות את העובד על עוגמת הנפש שנגרמה לו עקב כך שהמעסיק הפר את חובת תום הלב בכך שלא ניתנה לעובד הזדמנות הוגנת להשמיע את טענותיו טרם פיטוריו. נקבע שם כי "עגמת הנפש היא סוג של נזק לא ממוני, שכלל אין מניעה לפסוק עבורו פיצוי וזאת במקרים המתאימים, כגון פגיעה בזכויות חוקתיות, ובכלל זה פיטורים על רקע של אפליה או אף במקרה של פיטורים בהליך לקוי" (פסקה 33). הפיצוי בגין נזק שאינו ממוני נועד לתת ביטוי לעוגמת הנפש ולפגיעה בכבוד העובד בכך שפיטוריו נעשו בלי שניתנה לו הזדמנות נאותה להשמיע את דבריו. בנוגע לפיצוי בגין נזק שאינו ממוני נקבע כי בעת פסיקת פיצוי בגין עוגמת נפש אין לקבוע את סכום הפיצוי לפי השכר של העובד. עוגמת הנפש אינה עומדת בהכרח ביחס ישיר לנזק הממוני, אם בכלל. לא מן הנמנע שלא ייגרם נזק ממוני אבל תיגרם עוגמת נפש. זאת ועוד, הצער של עובד המשתכר שכר גבוה, אינו בהכרח גדול מהצער של עובד המשתכר שכר נמוך (בר"ע (ארצי) 13-03-20418 סעיד – מנוסביץ (7.11.2013)). במסגרת זו אפשר לשקול מגוון שיקולים, אשר בלי להתיימר למצותם כוללים את אלה: עוצמת הפגם והחומרה במחדלי המעסיק; האם חובת השימוע הופרה באופן מלא או חלקי; אופי ההליך שקוים – אם קוים – והאם נשמר בגדר השיג והשיח כבוד העובד בתור אדם או שרק הוטחו האשמות; האם הפיטורים היו מסיבה עניינית או שאינה עניינית, שכן החומרה המהותית הקיימת במקרה שבו עילת הפיטורין אינה עניינית, משליכה גם על תוצאת החומרה שבאי שמירה על הזכויות הדיוניות של העובד טרם פיטוריו; משך תקופת העסקת העובד; הגיל של העובד; האם נפל דופי גם בהתנהגות העובד.

בטרם נעילה אומר כי פסק הדין בעניין גוטרמן ניתן בראשית שנות האלפיים. שורשיו של פסק הדין נטועים בקרקע של חובת השימוע במשפט המנהלי הישראלי, וגזעו צמח איתן בפסק הדין, שהחיל אותה במשפט העבודה. ההשפעה של פסק הדין שינתה במובן מסוים את פני העבודה בישראל, כך שכיום זכות השימוע היא זכות יסודית ידועה ומשמעותית ב"ארגז



הזכויות" של העובד הישראלי. הזכות ידועה ומוכרת למעסיקים ולעובדים. במידה מסוימת פסק הדין תרם לעיצוב תודעת התעסוקה בישראל. הוא הביא לניפוץ התפיסה שהמעסיק רשאי להחליט כל החלטה הנוגעת לעסקו, גם אם טמונה אפשרות ממשיית לפגיעה בתנאי העבודה או במעמד העובד, בלי לשמוע את מי שעלול להיפגע מכך, ולהחלפתה בתפיסה המקדמת כללים של הגינות וצדק טבעי. אומנם אי אפשר לומר שהגענו אל המנוחה ואל הנחלה, שהרי עדיין מוגשות תביעות רבות בגין פגיעה בזכות הטיעון. אבל קיום ההליך באופן נרחב בשוק העבודה, כמו גם עצם ידיעת הזכות והשינוי התודעתי בקשר אליה, הם הישג משמעותי שאין להקל בו ראש.

ולסיום אפשר להזכיר ידיעה חדשותית משלהי שנת 2021.<sup>2</sup> לפיה, מנכ"ל חברה הודיע ליותר מ-900 עובדים על פיטוריהם בזום, בלי שהיה לאותם עובדים ולו רמז על כך שהם עתידים להיות מפוטרים בשיחה זו. "אם אתם נוכחים בשיחה הזאת, זה אומר שאתם חלק מהקבוצה חסרת המזל של העובדים המפוטרים, וההעסקה שלכם מופסקת באופן מיידית", אמר המנכ"ל בשיחת הזום לעובדים, שלפי דיווחים היו כ-9% מהמועסקים בחברה. הסיפור האמור, שהתרחש בארצות הברית, הוא חריג, יש לומר, בנוף יחסי העבודה גם שם. מהכתבה גם עולה שהמנכ"ל נדרש לצאת לחופשה. בישראל זכות השימוע מושרשת בתרבות הארגונית ובתודעת המעסיקים והעובדים כאחד. גם אם מלאכת ההטמעה של זכות השימוע לא הסתיימה עד תום, הרי שמאז פסק הדין בעניין ד"ר גוטרמן סימן השאלה לאחר המילים "התשמע קולי" נותר בשירה. ואילו ביחסי העבודה, ובמיוחד בהחלטות בדבר סיום העסקה – הוא הפך לסימן קריאה.

2 רויטרס "ההתנצלות לא עזרה: המנכ"ל שפיטר 900 עובדים בזום הוצא לחופשה" Ynet (11.12.2021).

# הזכות לשכר שווה לאיש ולאישה: מרוזה פארקס לאורית גורן

בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פ"ד סה(3) 593 (2012)

## כאמל אבו קאעוד

"וכי אין החוק אומר את המובן מאליו? וכי אריזתן של 500 קופסאות ביום שונה אם נעשתה בידי גבר או בידי אישה?" (השופט מישאל חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 657-658 (1998))

כשרוזה פארקס ממונטגומרי, בירת אלבמה, סירבה בשנת 1955 לפנות את כיסאה בחלק הקדמי של האוטובוס לאדם לבן, היא נלחמה לא רק על זכותה לשוויון אלא גם על הזכות של כל האפריקאים-אמריקאים מפני הפרדה גזעית. מאבקה האישי הוביל בסופו של דבר לקידום המאבק הכללי בהפרדה גזעית ובהפליה על רקע גזעי.

כמו פארקס, אורית גורן ניהלה מאבק על זכותה לשכר שווה לשכר גבר שביצע עבודה דומה לעבודתה ברשת "הום סנטר", והפכה לסמל המאבק על שוויון מגדרי בשכר. מאבקה הגיע לבית המשפט העליון ובהמשך הוביל לתיקון חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996.

בשתי המאות האחרונות חלו תמורות משמעותיות במעמד הנשים, החל מהזכויות להצביע, לרכוש השכלה ולעבוד, השתחררותן מכבלי "הבעלות" הפטריארכלית של אבותיהן ושל בעליהן, עמידתן על שוויון זכויות מלא בכל תחומי החיים ועד להתייצבותן האיתנה בגאווה לאחרונה במהפכת #MeToo. למרות התמורות שחלו, הפליית נשים היא תופעה שטרם פסה מהעולם. ביטוי אחד להפליית נשים שעדיין נפוץ בעולם ובמחוזותינו, הוא ההפליה בשוק העבודה בכלל ובשכר העבודה בפרט. נביא כאן את הסיפור של אורית גורן, שלא הייתה מוכנה להרכין ראש בפני ההפליה, ושניהלה מאבק משפטי בלתי מתפשר להשוואת שכרה לשכר עמיתה לעבודה. אורית גורן חרשה את התלם שבו הלכו בעקבותיה נשים רבות, ובהן גלית קידר, דפנה אילוז, אתי אלאשוילי ואפרת כהן, שסיפורן יוזכר אף הוא, גם אם בקצרה.

אורית גורן עבדה בתפקיד יועצת במחלקת כלי עבודה ברשת "הום סנטר" בשנת 1997. באחת ההפסקות סיפר לה סטפן מור על השכר הגבוה שהוא מקבל בעקבות משא ומתן שניהל עם הום סנטר בעת שהתקבל לעבודה. סטפן עבד באותה מחלקה וביצע עבודה דומה לזו של

אורית. אורית השתכרה 17 ש"ח לשעה, ואילו סטפן השתכר 26 ש"ח לשעה. השכר החודשי של אורית עמד על 3,264 ש"ח, ואילו השכר של סטפן עמד על 5,000 ש"ח.

אורית חשה חוסר צדק, שהרי שניהם ביצעו אותה עבודה, ובעקבות התגלית החליטה לפעול. היא שלחה מכתב למעסיקה בהום סנטר וביקשה לפתוח מחדש את הדיון בתנאי העסקתה. אבל החברה התעלמה ממכתביה. לאחר שהבינה שאין בכוונת הום סנטר לדון שנית בתנאי העסקתה, היא התפטרה לאחר ארבעה חודשי עבודה בלבד.

אורית הגישה תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב. תביעתה התבססה על שתי עילות: תשלום בגין הפרשי השכר לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ופיצויים לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. בית הדין האזורי לעבודה קיבל את תביעתה בעיקרה (ע"ב (אזורי ת"א) 300880/98 גורן - הוםסנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (4.1.2004)). נקבע שהום סנטר לא הוכיחה כי קיים שוני בין העבודות שביצעו אורית וסטפן, ולכן נפסקו לזכותה הפרשי שכר לפי חוק שכר שווה בסך 6,944 ש"ח. נוסף על כך, נקבע כי מאחר שהום סנטר הפרה את הוראות חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, יש לקבל גם את התביעה של אורית לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. עם זאת, בית הדין האזורי לעבודה סבר שיש להתחשב בהעדר מדיניות מפלה אצל הום סנטר ובכך שבמשא ומתן שניהלה עם קבלתה לעבודה, אורית ביקשה שכר נמוך יותר מסטפן. לכן הפיצוי הועמד על גובה הפרשי השכר שנפסקו לה, בסך 6,944 ש"ח נוספים.

שני הצדדים ערערו על פסק הדין לבית הדין הארצי לעבודה. אורית הלינה על גובה הפיצוי, והום סנטר טענה נגד עצם חיובה בשתי העילות (ע"ע (ארצי) 1156/04 הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ - גורן (20.11.2007)). בית הדין הארצי לעבודה סמך את ידיו על פסק הדין בכל הנוגע לפיצוי מכוח חוק שכר שווה, והדעות נחלקו באשר לשאלת היחס בין עילת התביעה לפי חוק שכר שווה לעילת התביעה לפי חוק שוויון ההזדמנויות. דעת הרוב הייתה שהוכחה תביעה מכוח חוק שכר שווה לא בהכרח מזכה את העובדת באופן אוטומטי בפיצוי לפי חוק שוויון ההזדמנויות, אלא העובדת נדרשת להציג לבית הדין ראיות ומסמכים אשר יעידו במידה מספקת שמדובר במעסיק מפלה. על יסוד ממצאי העובדה שבית הדין האזורי קבע בדבר העדר מדיניות מפלה של הום סנטר, קבעה דעת הרוב בבית הדין הארצי כי לא הובאה ההוכחה הנדרשת לכך שמדובר במעסיק הראוי ל"ענישה" לפי חוק שוויון ההזדמנויות, וכי די בפיצוי העותרת לפי חוק שכר שווה. מנגד, דעת המיעוט הייתה שזכות מכוח חוק שכר שווה מצמיחה בהכרח ובאופן אוטומטי זכות מכוח חוק שוויון ההזדמנויות. בהתאם לעמדה זו, אי תשלום שכר שווה לעובדת ולעובד הוא הפליה בתנאי העבודה והפרה של חוק שוויון ההזדמנויות.

אורית גורן לא השלימה עם תוצאת פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה, ועל כן עתרה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. מאחר שאורית לא פנתה לבג"ץ מייד לאחר שניתן פסק הדין של בית הדין הארצי בשנת 2007, והשתתה עד לשנת 2011 - היא ויתרה על קבלת סעד כספי נוסף, לטובת הכרעה עקרונית, שינוי משפטי ושינוי חברתי.

פסק הדין בבג"ץ ניתן בהרכב בראשות הנשיאה ביניש (בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פ"ד סה(3) 593 (2012)). בג"ץ קיבל את העתירה של אורית ובהזדמנות זו הבהיר את הקשר בין חוק שכר שווה לעובדת ולעובד לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. למעשה, הכרעה איזנה בין דעת הרוב בבית הדין הארצי לעבודה לדעת המיעוט שם. בית המשפט העליון קבע שאומנם, כדעת הרוב, אין די בהוכחת עילה מכוח חוק שכר שווה כדי להוכיח אוטומטית עילה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות. עם זאת, הוכחה לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד עשויה להיות "ראשית ראיה" לצורך הוכחת ההפליה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ומכאן עובר נטל ההוכחה אל המעסיק, ועליו להראות שאין מדובר בהפליה.

בנסיבות העניין נקבע שהעובדה שאורית הוכיחה את תביעתה לפי חוק שכר שווה, עומדת ברף הראייתי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אל כתפי הום סנטר. מאחר שזו לא הוכחה הצדקה עניינית להבחנה בין השכר של אורית לשכר של סטפן, קבע בית המשפט העליון שאורית גורן הופלתה לרעה מחמת מינה.

הנשיאה ביניש הוסיפה וקבעה שאם ישנם פערים משמעותיים בשכר, כמו במקרה הנדון, העובדה שהשניים דרשו מלכתחילה שכר שונה אינה בעלת העוצמה הראייתית הנדרשת כדי לאפשר למעסיק לעמוד בנטל ההוכחה שהועבר אליו בהתאם לחוק שוויון ההזדמנויות.

בעקבות המאבק הבלתי מתפשר של אורית עובדות רבות פקדו את בתי הדין לעבודה בעמידה על זכותן לשכר שווה לשכר עמיתיהן הגברים. נזכיר את הבולטות שבהן. גלית קידר ודפנה אילוז הועסקו בתפקיד אחראיות כוח אדם במחלקת השכר של אגף התברואה בעיריית ירושלים. הן תבעו להשוות את שכרן לשכר של עובדים אחרים שעבדו באותה עבודה, ולקבל תוספות שכר שונות בדומה להם (חרף המורכבות שהתבטאה בכך שחלק מתוספות אלה לא קיבלו במקור אישור ממשרד האוצר). גלית ודפנה הגישו תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בירושלים. הוא קיבל את תביעתן בהתאם להוראות חוק שכר שווה ודחה את תביעתן לפי חוק שוויון ההזדמנויות.

על פסק הדין הוגשו ערעורים של העירייה ושל הממונה על השכר במשרד האוצר, אבל שניהם נדחו בבית הדין הארצי לעבודה (ע"ע (ארצי) 49264-04-14 עיריית ירושלים - קידר (28.12.2016)). בית הדין הארצי לעבודה דחה את טענות ההגנה של העירייה והממונה המבוססות על "אי החוקיות" ההיסטורית של התוספות. נוסף על כך, הפך בית הדין הארצי את הקביעה של בית הדין האזורי בעניין חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה וקבע שהעובדות הצביעו על פערים משמעותיים ביותר בין שכר העובדים הגברים לשכרן. נקבע שפערים בלתי מוסברים אלה מרימים את נטל הוכחת העילה לא רק לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, אלא גם לפי חוק שוויון ההזדמנויות. העירייה לא עמדה בנטל ולא הוכיחה שלא הפלתה את העובדות בשכרן מחמת מגדר. לפיכך נקבע שהמערערות הופלו מחמת מגדר, ונפסקו לכל אחת מהן פיצויים.

גם המאבק של אתי אלאשוילי ואפרת כהן נגד הפליה בשכר בידי מעסיקתן, חברת נמל אשדוד, נחל הצלחה. אתי ואפרת, כלכלניות בעלות תואר שני, עבדו בחטיבת הלקוחות של

חברת נמל אשדוד, הראשונה בתפקיד מנהלת מכירות והשנייה בתפקיד מנהלת השיווק. בתביעתן לבית הדין לעבודה בבאר שבע הן עתרו להשוות את תנאי שכרן לאלו של עובד אחר בחטיבת הלקוחות: מנהל מחלקת שירות הלקוחות, מר שובל. השכר של אתי במועד הגשת כתב התביעה עמד על סך 16,279 ש"ח, והשכר של אפרת עמד על סך 18,180 ש"ח ברוטו. לעומת זאת, השכר של שובל עמד על סך 24,200 ש"ח ברוטו. בית הדין האזורי קיבל את תביעתן בחלקה בקובעו כי העבודות שבוצעו הן שוות ערך לעבודה של שובל ובאותו מעמד. בית הדין האזורי הוסיף כי, בהתאם לפסיקה, עובר הנטל לכתפי החברה להוכיח שהפערים מקורם בטעמים ענייניים. עם זאת, בסופו של דבר בית הדין האזורי דחה את התביעה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה לאחר שהוכח כי תנאי השכר נקבעו בטרם היה ידוע המגדר של ממלאי התפקידים.

גם כאן הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה, וזה התקבל (ע"ע (ארצי) 1809-05-17 מדינת ישראל – אלאשוילי (15.8.2019)). על יסוד הפסיקה בעניינה של אורית גורן נקבע כי די שהעובדת תוכיח כי להחלטת המעסיק יש בפועל תוצאה מפלה. מאחר שישנם פערי שכר בין העובדות לשובל, בפועל ישנה תוצאה מפלה. לא הוכח שהפער בין השכר של העובדות לשכר של שובל מתחייב מאופי התפקיד או ממהותו. על יסוד זה קבע בית הדין הארצי שהחברה לא עמדה בנטל המוטל עליה ולא הוכיחה כי אין קשר סיבתי בין הפער בשכר להיותן של העובדות נשים. על כן, נוסף על הפרשי השכר מכוח חוק שכר שווה נפסקו לכל אחת מהעובדות פיצויים לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

נכון להיום הפליה בשכר היא עובדה עולמית. בכל מדינות ה-OECD השכר של גברים גבוה יותר מהשכר של נשים ב-20% בממוצע. בישראל עמד השכר החודשי של אישה בשנת 2018 על 68.4% מהשכר של גבר, והשכר השעתי של אישה עמד על 84% מהשכר של גבר. אחת הסיבות העיקריות, לפי מחקרים, לפערי השכר המגדריים נוגעת למבנה שוק העבודה ולקיום בידול תעסוקתי, כלומר יש עיסוקים שמאופיינים ברוב נשי מובהק (דוגמת הוראה, רווחה ומזכירות) ושזוכים ככלל למעמד, תנאים ושכר נמוכים יותר מאלה של עיסוקים אחרים. הסברים נוספים כוללים סטריאוטיפים על מגדר, דעות קדומות של מעסיקים לגבי היכולות של נשים, כוח מיקוח נמוך יותר של נשים בשל אחריותן החברתית להולדה ולגידול הילדים, דפוסי משא ומתן מגדריים שונים באשר לגובה השכר ההתחלתי ולהעלאות השכר התקופתיות, הבדלים בשעות העבודה של גברים ונשים ועוד.

הפליית נשים בשכר יכולה להתבטא בשלל צורות, בכוונה רעה או ללא כוונה בכלל. הפליה יכולה להיות מודעת, בעצימת עיניים או סמויה ועקיפה. על כן, כפי שראינו במקרים שהובאו, בתי הדין לעבודה אינם דורשים מהעובדות להביא ראיות בדבר כוונה של המעסיק להפלות, והפרת החוק נבחנת במדדים אובייקטיביים.

הפליית נשים בשכר היא ביטוי אחד מגי רבים להפליה שעודנה נוהגת כלפי נשים בשוק העבודה, ובכלל זה בסוגיות הנוגעות לקבלה לעבודה, להטרדה מינית בעבודה, לייצוג הולם

בתפקידים בכירים שונים ולמעמד של נשים בהיריון ושל אימהות. הפליה על כל גווניה: מטעמי מין, נטייה מינית, גזע, גיל, דת, ארץ מוצא או השקפה, היא קשה מנשוא. היא משפילה, מבזה ופוגעת בכבוד האדם באשר הוא. הפליה איננה מבוססת על טעמים ענייניים. היא מונעת מדעות קדומות שלעיתים מושרשות בתודעה זה דורות.

שוויון בשכר הוא יישום בסיסי ומרכזי ביותר של העיקרון הכללי של שוויון בין המינים. הפליה בשכר מפחיתה את יכולת ההשפעה של נשים על חייהן ועל סביבתן. היא פוגעת באופן ישיר בהזדמנויות תעסוקה ובגובה ההשתכרות של נשים על כל הכרוך בכך, לרבות זכויות הפנסיה שלהן ואפשרותן לכלכל את עצמן באופן עצמאי. הפליה בשכר פוגעת גם בהערכה החברתית שהן זוכות לה, מעצימה דעות קדומות וסטריאוטיפים ופוגעת בדימוין העצמי תוך דחיקתן לשורות האחרונות של מסע החיים.

מעבר לדחייה של אוכלוסיית הנשים לתחתית שרשרת ההשתכרות, להפליה בשכר השלכות רוחב על כלל המשק. היא מונעת מימוש מלא של הכישרון הנשי ופוגעת בגיוון התעסוקתי, שתרומתו לשוק העבודה איננה שנויה במחלוקת.

בבואם לדון בעניינה של אורית גורן, ראו בתי הדין לעבודה ובית המשפט העליון את ההפליה בשכר באספקלריה רחבה של הפליה מגדרית ובתור תופעה שצריך לעקור מהשורש. הם פעלו – וממשיכים לפעול מדי יום ביומו – למיגור התופעה באמצעות הכלים שהמחוקק מעמיד לרשותם.

נוסף על הוקעת תופעת ההפליה בשכר בין גברים לנשים וההכרזה שהיא פסולה ולא מוסרית, בית המשפט העליון ובתי הדין לעבודה הופכים את ההפליה בשכר ללא כדאית כלכלית למעסיקים. הם עושים זאת באמצעות פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק נוסף על הפרשי השכר, בתקווה שהמעסיקים יימנעו מלהפלות נשים בשכר ויכירו בתרומה שנושים מביאות לשוק העבודה.

כפי שהמאבק האישי של פארקס הביא לקידום המאבק בחוקי הפרדה הגזעית, המאבק של אורית גורן כתב פרק נוסף במאבק לשוויון זכויות מלא בין המינים.

## איך מגינים על התארגנות עובדים ראשונית?

בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה,  
פ"ד כח(1) 372 (1974)  
דב"ע (ארצי) נו/209-3 מפעלי תחנות בע"מ - יניב, פד"ע לג 289 (1996)  
עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ - הסתדרות העובדים הכללית  
החדשה, פד"ע לה 145 (2000)  
עס"ק (ארצי) 12-09-25476 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - האגף  
להתאגדות עובדים - פלאפון תקשורת בע"מ (2.1.2013)

### אסף הראל

כוחה של הקבוצה גדול מזה של היחיד. העיקרון הזה נכון בחיים בכלל. הוא נכון בפרט ביחסי העבודה.

זכות ההתארגנות של עובדים מוכרת במשפט הישראלי כזכות יסוד, ויש לכך טעמים טובים. להתארגנות עובדים בארגוני עובדים תפקיד חשוב בשמירה על זכויות אדם בשוק העבודה. כדי להבין את החשיבות של התארגנות עובדים יש להתחיל בפרט. בין העובד למעסיק לעולם יהיה קיים חוזה העסקה, גם אם אינו כתוב. זהו חוזה העסקה אישי. במקרים לא מעטים קיים פער כוחות בין העובדים למעסיקים במקומות עבודה, פער שנוטה לטובת המעסיק. זהו פער מוכר במשפט העבודה. משפט העבודה מכיר בכך שאי אפשר לבטל לגמרי את הפער, אבל מנסה במידה מסוימת לאזן את הכוחות כדי להשיג מטרה חברתית: מניעת ניצול לרעה של הצד החלש. במקרים רבים הסדרת יחסי העבודה רק באמצעות חוזה העסקה אישי לא תוכל לצמצם את פער הכוחות בין העובד למעסיק. את צמצום הפער אפשר להשיג באמצעות התארגנות העובדים במקום העבודה. ארגון עובדים יציג (כלומר ארגון עובדים שחברים בו שליש לפחות מקרב העובדים במקום העבודה שההסכם יחול עליהם) יכול לבוא בדברים עם המעסיק במקום העבודה, ובאמצעות משא ומתן ושימוש בכלים ארגוניים אחרים להסדיר את יחסי העבודה במפעל בהסכם קיבוצי. הסכם כזה מכונה "הסכם קיבוצי מיוחד". הסדרה בהסכמים קיבוציים יכולה לאזן איזון טוב יותר את הכוחות בין העובדים למעסיקים. נוכח כל אלה יש ליחסי העבודה הקיבוציים תפקיד חשוב במניעת פערים חברתיים ובשמירה על כבוד האדם. המחוקק הכיר בחשיבות הדבר וכבר בשנים הראשונות של המדינה הסדיר את הסוגיה בחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957.

אף שהתארגנות העובדים חשובה, שיעור העובדים המאורגנים במקומות עבודה הלך ופחת. בעבר התקיימו במרבית מקומות העבודה בישראל יחסי עבודה קיבוציים. אבל מאז שנות התשעים של המאה הקודמת חלה ירידה ניכרת בהיקף ההתארגנות. גרמו לכך, בין היתר, תהליכי הפרטה, פתיחת המשק לתחרות מחו"ל וניתוק הקשר בשנת 1995 בין חברות בקופות חולים לחברות בהסתדרות. על כך התווספו מקרים שבהם מעסיקים מסוימים נקטו פעולות שונות נגד התארגנות העובדים שלהם. התוצאה הייתה שבעקבות תנאים חברתיים וכלכליים היקפי ההתארגנות לצורך מימוש יחסי עבודה קיבוציים – הלכו ופחתו.

החלל שנוצר בעקבות הפיחות בהיקף ההתארגנות הוליד ניסיונות להתארגנויות חדשות. התארגנות עובדים במקום עבודה היא תהליך רגיש. בשלב זה העובדים עדיין לא השלימו את ההתארגנות בארגון עובדים יציג, כל עובד ניצב לבדו מול המעסיק, וקיים חשש שחלק מהמעסיקים ינקטו פעולות למניעת ההתארגנות או שינסו לפגוע בפעילי ההתארגנות ובחבריה. האפשרות לפעול במתכונת מאורגנת תלויה במידה רבה בשלב הרגיש ביותר של התארגנות העובדים במפעל: שלב ההתארגנות הראשונית, שזקוקה להגנה מיוחדת. בתי הדין לעבודה היו מודעים לכך והקפידו להגן על הפעילות בשלב זה. זהו הרקע שבו נדרשה התערבות בתי הדין לעבודה כדי לקבוע את גבולות המותר והאסור בשלב ההתארגנות הראשונית, גבולות שיאפשרו את התנאים לקיום יחסי עבודה קיבוציים.

אחד הצעדים שניסו מעסיקים מסוימים לנקוט כדי לסכל או להחליש את ההתארגנות, היה לפטר את העובדים הפעילים או חברים בנציגות העובדים בשל פעילותם זו. פיטורים כאלה מחלישים את ההתארגנות, פוגעים בעובדים המפוטרים ומעבירים מסר מצנן לכלל העובדים. הם אינם חוקיים, שכן הם מיועדים לסכל את יחסי העבודה הקיבוציים, שהמחוקק הכיר בחשיבותם וביקש להגן עליהם. על כן פעמים רבות מוסוויים פיטורים אלה בטענות של צמצומים או של חוסר שביעות רצון מהתפקוד המקצועי של העובד. בתי הדין לעבודה בודקים בזהירות ובקפידה מרובה את עילת הפיטורים של עובד שפעיל בהתארגנות. הם מבקשים לוודא שהעילה הנחזית ללגיטימית אינה תחפושת בלבד להתנכלות אסורה על רקע ההתארגנות.

כאשר בית הדין לעבודה קובע במקרה שבא לפניו, כי פיטורי עובד אינם חוקיים, מאחר שנעשו בשל פעילות של העובד בהתארגנות העובדים או חברות בה – זכאי העובד לסעד. השאלה היא האם הסעד יהיה החזרתו לעבודה או פיצוי כספי. שאלה זו הגיעה לפתחו של בית הדין לעבודה בשלהי שנות התשעים ועוררה התלבטות קשה. מצד אחד, במצב המשפטי ששרר אז אכיפת חוזה העבודה של עובד שפוטר על רקע חברותו או פעילותו בארגון עובדים, לא הייתה כה פשוטה. סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (שאכנה כאן חוק החוזים (תרופות)), קובע שנפגע מהפרת חוזה אינו זכאי לאכיפת החוזה אם משמעותה כפייה לקבל "עבודה אישית או שירות אישי". הגישה המסורתית לנושא זה בפסיקת בית המשפט העליון הייתה שהעובד נותן שירות אישי, ולכן גם אם פיטוריו היו שלא כדין, אין לאכוף את חוזה העבודה, ויש לפסוק פיצוי (בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטי וכימית בע"מ נ'



בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372 (1974)). מצד שני, אכיפת חוזה העבודה במקרה כזה יכולה למנוע את ניסיון המעסיק לסכל את התארגנות העובדים במקום העבודה. היא מונעת פגיעה בפעילי ההתארגנות ובחבריה ומנטרלת את המסר המצנן לכלל העובדים. הסתפקות בפניו קספי לעובד בלי להחזירו לעבודה לא תשיג מטרה זו. מבחינה כלכלית עשוי המעסיק לשלם את מחיר הפיצוי ולהעדיפו על פני התארגנות עובדים ויחסי עבודה קיבוציים במפעל. התלבטות זו הגיעה לפתחם של בתי הדין לעבודה בשנת 1996 במקרה שעסק בחברת מפעלי תחנות. החברה העסיקה, בין השאר, נהגי אוטובוסים. חוזה ההעסקה בה היו אישיים, ובמפעל לא חל הסכם קיבוצי מיוחד. החברה לא הייתה מעוניינת ביחסי עבודה קיבוציים. עובדי המפעל בחרו בישראל ובאברהם לחברי ועד העובדים במהלך התארגנות העובדים בהסתדרות העובדים הכללית החדשה. הוועד החל לבצע פעולות שונות, ובשלב מסוים הכריז בתיאום עם ההסתדרות על סכסוך עבודה בשל סירוב החברה לנהל משא ומתן לקראת חתימה על הסכם קיבוצי מיוחד. כמה ימים לאחר מכן נשלחו לישראל ואברהם מכתבי פיטורים שייחסו להם סירוב לבצע עבודה שהתבקשו לעשותה. ישראל ואברהם הגישו תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב. בית הדין ראה בפיטורים פגיעה בחופש ההתארגנות, הצהיר על בטלותם וחייב את החברה להחזיר את העובדים לעבודה. בית הדין האזורי קבע שהפיטורים היו בניגוד לזכות היסוד להתארגנות ולעקרון השוויון. עוד קבע שהאיסור בסעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות) אינו חל, נוכח הפגיעה בזכות יסוד והעובדה שהעובדים פוטרו לא מטעמים אישיים, אלא בשל תפקידיהם הציבוריים (תב"ע (אזורי ת"א) 3-995/נה-95 יניב - מפעלי תחנות בע"מ גת/תפוז (5.2.1996)).

ערעור שהוגש לבית הדין הארצי לעבודה - נדחה (דב"ע (ארצי) 3-209/נו-95 מפעלי תחנות בע"מ - יניב, פד"ע לג 289 (1996)). בית הדין הארצי לעבודה שב וקבע כי הסיבה האמיתית לפיטורי העובדים הייתה פעילותם בוועד העובדים. לכן יש לאכוף את חוזה העבודה ולהחזיר את העובדים לעבודה, שכן לא יהיה די בפיצוי. כדי להגיע לתוצאה זו היה על בית הדין הארצי לעבודה "להתגבר" על התפיסה שלפיה אין לאכוף חוזה עבודה בשל הוראת סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות). היה מדובר במשוכה גבוהה. אבל כאן יש לזכור כי בשני העשורים שחלפו מאז נחקק סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות) חלו שינויים חברתיים מהותיים, בעיקר הירידה בהתארגנות העובדים. המשפט חייב להתאים עצמו לשינוי העיתים. הוא אינו יכול לקפוא על השמרים. בית הדין הארצי לעבודה בחר לפעול בגמישות ובלתי פורמליות משפטית, והבהיר שקיים שיקול דעת לאכוף חוזה עבודה באותם מקרים מתאימים שבהם אין מדובר בעבודה אישית. בהקשר זה הוסבר שהמונח "עבודה אישית" שבסעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות) מתייחס למקרים שקיים בהם קשר אישי ממש בין העובד למעסיק, למשל במקומות עבודה שמעסיקים מספר מועט של עובדים. לאור פרשנות זו ובשים לב לכך שחברת מפעלי תחנות לא הייתה מקום עבודה שמעסיק עובדים ספורים, נפתחה הדרך המשפטית לאכוף את יחסי העבודה של שני חברי הוועד שפוטרו, וכך להגן על זכות היסוד להתארגנות.

גם לאחר פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה בעניין **מפעלי תחנות** נמשכו ניסיונות מעסיקים מסוימים לפגוע בהתארגנות עובדיהם. פרשת הורן **את ליבוביץ** מדגימה זאת (עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן **את ליבוביץ בע"מ** - הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000)). במקרה זה השתמשו בכלים אחרים, לא רק בפיתורי עובדים מאורגנים, לסיכול ההתארגנות. בית הדין לעבודה נדרש להשתמש בכלים משפטיים שונים כדי להתמודד עם הבעיה, וגם להחריף את לשונו.

חברת ההסעות הזו העסיקה עשרות נהגים, אבל לא שררו בה יחסי עבודה קיבוציים. ההסתדרות פעלה כדי לצרף את עובדי החברה לשורותיה. תוך כדי מאמצים אלו החתימה החברה עשרות עובדים על מכתבים - שהחברה ניסחה והדפיסה - בדבר ביטול חברותם בהסתדרות. למרות זאת 38% מנהגי החברה הצטרפו להסתדרות, וזו הודיעה שיש לראות בה ארגון עובדים יציג ולנהל עימה משא ומתן לקראת כריתת הסכם קיבוצי מיוחד. החברה סירבה. בשל כך הכריזה ההסתדרות על סכסוך עבודה, הכרזה שבהמשך הדרך תוצאתה יכולה להיות שביתה. מייד לאחר מכן פיטרה החברה את יושב ראש ועד העובדים ושני עובדים שפעלו להתארגנות העובדים, ונימקה זאת בקשיים כלכליים. בתגובה החליט ועד העובדים להשבית מייד את העבודה. תוך כדי השביתה פיטרה החברה 30 עובדים נוספים שהשתתפו בה.

העובדים פנו לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, וזה קבע שהפיתורים של 33 הנהגים בטלים, ושהמעסיקה אינה רשאית לפגוע בעובדיה על רקע רצונם להתארגן (עב' (אזורי ת"א) 40033/99 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - הורן **את ליבוביץ בע"מ** (27.3.2000)). בהמשך אישר בית הדין הארצי לעבודה שהפיתורים נגרמו עקב השתתפות העובדים בשביתה ומתוך רצון לפגוע בזכות ההתאגדות. הוא אישר גם את סעד האכיפה שבית הדין האזורי לעבודה הורה עליו, כלומר את החזרת העובדים המפוטרים לעבודתם. בשימוש בסעד האכיפה לא היה חידוש, אלא המשך של ההלכה שנפסקה בעניין **מפעלי תחנות**. החידוש נמצא ברטוריקה של בית הדין הארצי לעבודה בפסק הדין, רטוריקה שביטאה התייחסות מחמירה כלפי פעולות שתכליתן סיכול של התארגנות עובדים. בית הדין הארצי הסביר את המצב החברתי שעומד ברקע פסק הדין ושמחייב שימוש בכלים משפטיים שימנעו פגיעה בזכות ההתארגנות של העובדים. הוא ציין כי מתפשטת התופעה של מעסיקים הפועלים שלא כדין כדי לדכא התארגנות עובדים. בית הדין הארצי לעבודה הוסיף וקבע ששימוש בכלים משפטיים יכול להיות אמצעי יעיל להתמודד עם תופעה זו, ושטענת החברה ולפיה התארגנות העובדים תביא לסגירת העסק, לא לגיטימית. בעניין הורן **את ליבוביץ** נדרש בית הדין הארצי להתמודד עם פעולה נוספת שהמעסיק נקט: החתמת עובדים על טפסים לביטול חברותם בהתארגנות. בית הדין קבע שפרקטיקה זו אסורה מאחר שהיא מתערבת ברצון החופשי של העובדים להתאגד. על כן נפסק כי אין משמעות להודעות שנשלחו על הפסקת החברות. בכך בעצם מנע בית הדין הארצי לעבודה את ניסיון המעסיק לפגוע בהפיכת ההסתדרות לארגון עובדים יציג במפעל, ניסיון שנועד לסכל את קיומם של יחסי עבודה קיבוציים.

זמן קצר לאחר מכן, בשנת 2001, תיקן המחוקק את חוק הסכמים קיבוציים ועיגן בו את הזכויות של כל עובד לפעול למען התארגנות עובדים ולהיות חבר בה. המחוקק קבע כמה הגבלות על המעסיק, ובכללן איסור פיטורי עובד בשל פעילותו בארגון עובדים או בוועד עובדים או בשל חברותו בהם. נוסף על כך קבע המחוקק כי על אף הוראת סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות) סעד האכיפה הוא הראשוני, וסעד הפיצוי משני. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר שחידוש זה "עולה בקנה אחד עם פסיקתו האחרונה של בית הדין הארצי לעבודה בענין הורן את ליבוביץ" (דברי ההסבר להצעת חוק הסכמים קיבוציים (תיקון מס' 5) (הגנה על עובד לענין חברות או פעילות בוועד עובדים או בארגון עובדים), התשס"א-2000). המחוקק אימץ את פריצת הדרך של הפסיקה והפך את עקרונותיה לנחלת הכלל.

בכללי המותר והאסור שקבע בית הדין הארצי לעבודה בפרשות שנדונו לעיל, לא היה די. כך אפשר ללמוד מההתדיינות בשנת 2013 בעניין פלאפון (עס"ק (ארצי) 12-09-25476 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - האגף להתאגדות עובדים - פלאפון תקשורת בע"מ (2.1.2013)). באותה פרשה נעשו פעולות כדי שעובדי פלאפון יתארגנו בהסתדרות. החברה פנתה לעובדים וניסתה לשכנעם שלא להתארגן, בטענה שהדבר יפגע, בין היתר, בכושר התחרותיות שלה. בית הדין הארצי לעבודה קבע שבשלב התארגנות הראשונית של העובדים, בטרם הוכרז על ארגון עובדים יציג במפעל, נסוגה - באופן זמני בלבד - הזכות של המעסיק לחופש ביטוי, ואסור לו להביע עמדה בנוגע להתארגנות העובדים או להשלכותיה. זאת בשל שבריריות ההתארגנות הראשונית באותו שלב. מהבעת עמדה כזו על ידי המעסיק עולים חששות לכפייה בלתי הוגנת על העובדים ולפגיעה בזכות ההתארגנות שלהם. לכן נקבעה חזקה (הנחה) שמעסיק המתבטא נגד ההתארגנות מפעיל לחץ בלתי הוגן על עובדיו. עתירה לבג"ץ נגד פסק הדין נדחתה. בית המשפט העליון קבע כי, אכן, השינויים החברתיים המפליגים בישראל בעשורים האחרונים צמצמו את היקף העבודה המאורגנת, אף שהצורך המהותי בעבודה מאורגנת נותר על כנו. יש אינטרס חברתי להגן על התארגנות עובדים ראשונית. לצד זאת, בסיום פסק הדין הובעה תקווה ש"היקפה של החזקה, כמו גם יתר משמעויותיה, יתפתחו בהתאם לצרכיה הקונקרטיים של החזקה ולהתאמתה לרחשי המציאות המשתנה" (בג"ץ 4179/13 לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים נ' בית הדין הארצי לעבודה (7.7.2014)).

הסיפורים של פסקי הדין שתוארו מדגימים הגנה על התארגנויות ראשוניות בתקופה שחל בה פיחות ניכר בהיקפן. המחוקק הכיר בחשיבות של יחסי העבודה הקיבוציים, שתנאי להם הוא התארגנות העובדים בארגון יציג. במציאות חברתית משתנה נוצרו צרכים חברתיים חדשים שחייבו לפתח כלים חדשים ולמצוא את נקודת האיזון בכל הנוגע להגנה על התארגנות ראשונית. כפי שעולה מהסיפורים של פסקי הדין, בתי הדין לעבודה בעלי תפקיד חשוב בעיצוב הגשר בין הצרכים החברתיים החדשים לכללים המשפטיים.

## ניצול, לא חיבה: הטרדה מינית במקום העבודה

עש"ם 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650 (1998)

ע"ע (ארצי) 274/06 פלונית - אלמוני (26.3.2008)

ע"ע (ארצי) 39841-11-20 פלונית - אלמוני (11.7.2021)

### רויטל טרנר

במהלך השנים גברו המודעות התקשורתית והמודעות הציבורית לתופעה הקשה של הטרדות מיניות ותקיפות מיניות - עוד לפני תנועת #MeToo העולמית, ולא כל שכן אחרי שהחלה. הגם שתשומת הלב התקשורתית התמקדה לא אחת בפערי כוחות מגדריים בעולמות העיתונות, התקשורת והבידור, אין מדובר רק בכך. הדברים משקפים פרקטיקות פסולות המושרשות היטב במקומות העבודה על סוגיהם השונים - מגזר פרטי ושירותי ציבורי - ובאקדמיה, בפוליטיקה, בשירות הצבאי ולמעשה בכל מקום.

בישראל דבר החקיקה המרכזי האוסר על הטרדות מיניות נחקק כבר בשנות התשעים של המאה הקודמת: חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. סעיף 1 לחוק קובע כי האיסור נועד "להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים". האיסור על הטרדה מינית כולל קשת רחבה של התנהגויות אסורות, ובהן סחיטה באיומים כאשר המעשה שהאדם נדרש לעשותו הוא בעל אופי מיני; מעשים מגונים; הצעות חוזרות בעלות אופי מיני המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות; התייחסויות חוזרות המופנות לאדם המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות; התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם בנוגע למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית; ופרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ושלא בהסכמתו. ברגיל החוק מבהיר כי הצעות או התייחסויות בעלות אופי מיני ייחשבו להטרדה מינית רק אם הן חוזרות על עצמן חרף הבעת אי עניין. אבל בנסיבות מסוימות תנאי נוסף זה (בדבר החוזרתיות) אינו נדרש. כך, למשל, כאשר ההתייחסויות הן לעובד במסגרת יחסי עבודה, לאדם בשירות הביטחון במסגרת השירות או לסטודנט הלומד במוסד אקדמי - תוך ניצול מרות ביחסי עבודה, בשירות או בלימודים.

החוק למניעת הטרדה מינית היה נקודת מפנה חשובה במאבק נגד התופעה. עם זאת, למעשה, ההתמודדות המשפטית עם הנושא החלה קודם לכן. כבר בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, נקבע איסור (מצומצם יותר) לפגוע בעובד מחמת סירובו להיענות

להצעה או מעשה בעלי אופי מיני. כללים מסוימים בנושא חלו גם בשירות הציבורי, למשל לפי תקנון שירות המדינה (התקשי"ר).

נפתח בסיפור מעשה שהתרחש בשנת 1994. פרופ' זוהר בן אשר היה עובד מדינה ושימש אותה עת מרצה במכללה לחינוך של סמינר הקיבוצים. באחד הימים פגש בן אשר בקפיטריה סטודנטית שלמדה אצלו, נתן לה את כרטיס הביקור שלו וביקש ממנה ליצור עימו קשר. היא נמנעה מלעשות כן. לאחר כשבוע פנה בן אשר אליה בתום אחד השיעורים ושאל מדוע לא התקשרה. עוד סיפר לה כי הוא גרוש, כי ברצונו לפגוש אותה ולבלות עימה, כי השאירה לו "טעם טוב" וכי הוא מזמין אותה לביתו במועד מסוים. גם להצעות אלו היא לא נענתה. כמו כן, בשתי הזדמנויות שונות, פעם אחת בחדר המורים ופעם אחרת כשפגש אותה בן אשר בקמפוס, הוא ליטף אותה בגבה, בפניה ובגופה. התלמידה הגישה תלונה נגד בן אשר על הטרדה מינית, ועל יסוד תלונה זו הוגשה תובענה לבית הדין למשמעת של עובדי המדינה על פי חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963. בהתאם למקובל באותה עת, העבירה המשמעתית שיוחסה לבן אשר הייתה התנהגות שאינה הולמת.

בית הדין למשמעת זיכה את בן אשר מן האשמה וקבע כי אף שיש להתייחס בשלילה להתנהגותו, אין היא עולה כדי הטרדה מינית או התנהגות בלתי הולמת במובנה המשפטי. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון (עש"ם 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650 (1998)).

הערעור בעניינו של בן אשר נדון לפני הנשיא אהרן ברק והשופטים יצחק זמיר וטובה שטרסברג-כהן, והוליד פסק דין תקדימי מפי השופט זמיר. הגם שבאותה עת טרם נחקק החוק למניעת הטרדה מינית, קבע השופט זמיר כי הטרדה מינית בידי עובד מדינה היא התנהגות שאינה הולמת את תפקידו. השופט זמיר הסביר כי לא כל אמירה או התנהגות בעלת אופי מיני תיחשב להטרדה מינית אסורה, וכי אין לקבוע הגדרה מדויקת וממצה, אלא יש לקבוע סימני היכר אשר ישמשו "תמרוורים" על גבול העבירה של הטרדה מינית, שיוזירו את המעוניין שלא יחצה את הגבול" (עמ' 679). עוד הסביר השופט זמיר כי יש להיזהר שלא לחצות את הקו הדק המפריד בין התנהגות בעלת אופי מיני שהיא טבעית ואף לעיתים חיובית ומקובלת בחברה פתוחה, להתנהגות מינית הפוגעת באחר. ומהם סימני ההיכר? ראשית, מדובר בהתנהגות בעלת אופי מיני, בין בדרך של מגע גופני ובין בדרך של הצעה או ביטוי מילוליים. שנית, ההתנהגות מופנית אל אדם מסוים וקשורה לזהות של אותו אדם, לעיתים כדי להשיג מאותו אדם טובת הנאה, או שמדובר בהטרדה סביבתית שאינה מכוונת כלפי אדם מסוים אלא יוצרת סביבה עוינת (כגון הצגת תמונות בעלות אופי מיני או שימוש בביטויים מיניים גסים). שלישית, יש בהטרדה משום פגיעה ממשית, בין פגיעה חומרית (כגון פגיעה בקידום בעבודה או פיטורים), ובין פגיעה בכבוד. רביעית, קיים גורם של חוסר הסכמה, וכאשר מדובר בניצול מעמד אין צורך בהבעת אי הסכמה מצד המוטרד. חמישית, מדובר בהתנהגות שפסולה לא רק בהיבט הסובייקטיבי אלא גם במבחן האובייקטיבי.

ובחזרה לסיפור המעשה. השופט זמיר בחן את ההתנהגות של בן אשר וקבע כי היא בעלת אופי מיני ברור, הן מבחינת המגע הגופני שמטרתו הייתה ליצור קרבה בעלת אופי מיני, הן מבחינת ההתבטאויות אשר העידו, או לכל הפחות רמזו, על רצון ליצור קשר מיני. התנהגות זו כפה המרצה על המתלוננת תוך ניצול של יחסי מרות ושל מעמד המרצה של בן אשר לצורך הפקת טובת הנאה מינית. עוד נקבע כי התנהגותו פגעה במתלוננת באופן ממשי ויצרה אווירה של פחד ולחץ עד כדי שהמתלוננת ביקשה לפרוש מהקורסים שלימד. כל אלה מלמדים על התנהגות שהיא הטרדה מינית פסולה.

גם לאחר שנים רבות פסק הדין בפרשת **בן אשר** הוא אבן דרך בהבנה החברתית של תופעת ההטרדה המינית ובהבנה המשפטית שלה. עיקר התרומה של פסק הדין הוא בדיון על מהות ההטרדה המינית והניסיון של בית המשפט העליון לסרטט גבולות ברורים עד כמה שאפשר, סביב ההתנהגויות הפסולות המגיעות לכדי הטרדה מינית. נזכיר שוב כי אותה עת טרם נחקק חוק שמפרט מהי הטרדה מינית ושמגדיר אותה, וגם כאשר בא החוק לעולם, הוא כלל הגדרות רחבות שאינן מדויקות, כפי טבעם של הדברים. על כן פסק הדין סיפק מסגרת חשובה במיוחד לשיח הציבורי ולהבנה הנדרשת לגבי טיב ההתנהגויות האסורות.

פרשת **בן אשר** הביאה לפתחו של בית המשפט הטרדה מינית ברורה יחסית: מגע גופני והצעות לקשר מיני שלא היו רצויים למתלוננת. אכן, מרבית ההטרדות המיניות כוללות התייחסות שאינה רצויה למוטרד. אבל מה דינה של מערכת יחסים מינית מוסכמת בין שניים שקיימים ביניהם יחסי מרות? האם יכול להיות "ניצול" של יחסי מרות כאשר קיימת הסכמה הדדית ליחסים מיניים?

אפשר להדגים את הדברים בסיפור של קשר זוגי בין בודקת תוכנה ומנהל פיתוח שעבדו באותה חברה, ואשר נכנה אותם למען הנוחות רונית וגדי. רונית וגדי היו נשואים ובמקביל קיימו במשך כמה חודשים קשר אינטימי אשר כלל קיום יחסי מין (בחדר הביטחון בחברה וגם במקומות שונים מחוץ למקום העבודה) ומשלוח הודעות אישיות בדואר אלקטרוני. כשנתיים לאחר שהסתיים הקשר בין השניים, רונית התלוננה על הטרדה מינית מצד גדי כלפיה. גדי אישר כי ניהל מערכת יחסים אינטימית עם רונית, אבל טען כי לא הייתה בה כפייה או ניצול מרות, ולכן אין לראות בה הטרדה מינית.

רונית הגישה תביעה נגד גדי בבית הדין האזורי לעבודה בחיפה, וזה מצא לנכון לדחותה. בפסק דינו הוא קבע כי יחסי המרות היו עקיפים וכי גדי לא ניצל אותם לרעה כדי להשיג את ההסכמה של רונית לקשר המיני.

רונית הגישה לבית הדין הארצי לעבודה ערעור על כך, וזה התקבל (ע"ע (ארצי) 174/06 פלונית – אלמוני (26.3.2008)). בבית הדין הארצי לעבודה הייתה תמימות דעים כי יש לקבל את הערעור ולקבוע כי מדובר בהטרדה מינית. עם זאת, הדעות נחלקו באשר לאופן שבו יש להבין את ניצול יחסי המרות במצב של הסכמה, או יוזמה מצד העובדת, לקשר מיני מזדמן. הנשיא סטיב אדלר קיבל את גרסת גדי כי לא ניצל בפועל את יחסי המרות שבינו לרונית

לצורך מיני. עם זאת, הוא קבע כי אף שלא היו פעולות פוזיטיביות המעידות על ניצול מרות, "קיימת חזקה מעצם קיום יחסים אינטימיים בין עובד בכיר ועובדת פחות בכירה, כי הדבר נעשה תוך ניצול יחסי המרות" (פסקה 7). עוד קבע הנשיא אדלר כי ככל חזקה (הנחה), גם כאן יכול גדי לסתור את החזקה ולהוכיח כי הקשר המיני, בין שמדובר ברומן ובין שמדובר ביחסי מין מזדמנים, לא היה קשור כלל ליחסי המרות, וכלשונו: "על העובד הבכיר לפעול מצדו בתחילת מערכת היחסים המתפתחת, לביטול יחסי המרות, ולהביא להפרדה במקום העבודה בין היחסים המקצועיים לבין היחסים האישי[ני]ם" (פסקה 12). עוד נקבע כי אין די בכך שגדי הוכיח שלא היה ניצול יחסי מרות מצידו, אלא שהיה עליו להוכיח כי פעל עם תחילת היחסים כדי להפריד בינו לרוניית במקום העבודה, דבר אשר לא נעשה בפועל. על כן הנשיא אדלר קבע כי לא הופרכה חזקת ההטרדה המינית. במילים אחרות, המבחן הוא אם העובד הבכיר דיווח על הקשר המיני או נקט פעולה מפורשת אחרת כדי ללמד על רצונו להביא לביטול יחסי המרות. השופטות ורדה וירט־ליבנה ונילי ארד, שתיהן לימים נשיאות בית הדין הארצי לעבודה, הציגו גישה שלפיה אי אפשר להסתפק בעצם הדיווח הרשמי המנטרל לכאורה את יחסי המרות. השופטת וירט־ליבנה הסבירה כי סביבת העבודה מעצם טבעה כוללת לעיתים עמדות חולשה מול עמדות כוח, וגם היענות של ממונה ליוזמה של עובדת הכפופה לו לקיום קשר מיני כלשהו, יכולה להיחשב לניצול יחסי מרות. החוק אינו מבקש לחסום אפשרות לפתח קשר אישי־מיני מרצון חופשי במקום העבודה, אבל מערכת יחסים המבוססת על יחסים מזדמנים נסתרים תיתפס כניצול יחסי מרות של ממונה גם אם העובדת היא שיזמה את תחילתה של אותה מערכת יחסים. זאת מאחר שהיוזמה או "הפיתוי" סובבים סביב סממנים של מעמד, כוח, יכולת השפעה ותלות בממונה. כדי להפריך את חזקת ניצול יחסי המרות, יש להראות עניין אמיתי ורצון מוסכם של שני הצדדים, לדוגמה כאשר הרומן המתפתח אינו מוגבל למקום העבודה בלבד או ליחסי מין מזדמנים בחדר נסתר במקום העבודה. במקרה זה סברה השופטת וירט־ליבנה כי יש לראות בגדי מי שניצל את יחסי המרות, שכן לא עלה בידו להצביע על סממנים המעידים על מערכת יחסים שהיא גם חיצונית למסגרת יחסי העבודה. כך, למשל, לא הוכח כי מדובר בעניין משותף לרומן אמיתי הכולל פגישות מחוץ למקום העבודה ומעבר לשעות העבודה. גם לעמדת השופטת ארד, נדרש מבעל המרות להפריך סממנים של ניצול יחסי המרות, כגון קיום פערי כוחות בעת תחילת הקשר הרומנטי, זיקה בין קיום המגע המיני למקום העבודה, האם הצדדים מסתירים את הקשר או מצהירים עליו בגלוי, והאם פערי הכוחות נמשכים גם לאחר הדיווח על הקשר. במילים אחרות, בעל המרות יכול להסיר מעליו את "כתם ההטרדה המינית" אם יראה שמדובר במערכת יחסים הדדית ורצונית, שאינה קשורה למקום העבודה בהכרח ושהובאה לידיעת הממונים, ולא מערכת יחסים "המתנהלת בחדרי חדרים ורב בה הנסתר על הנגלה" (פסקה 5).

פסק הדין הבהיר כי קיים קושי ממשי לעובדת להתנגד לקשירת קשרים אישיים מיניים, שכן היא נמצאת בעמדה נחותה יותר בהיררכיה התעסוקתית, וכי גם אם העובד הבכיר אינו

מפעיל לחץ או כפייה מפורשים כלפיה, היא עשויה למצוא את עצמה מסכימה למערכת יחסים אינטימית אשר אינה משקפת רצון חופשי אמיתי. במובן זה פסק הדין הציב תמרוך אזהרה ברור בפני בעלי מרות אשר אינם נמנעים מלכתחילה מלעצור קיום יחסים עם עובדת הכפופה להם. בית הדין הארצי פירש באופן אמיץ את גבולות החוק כדי לשלוח מסר מפורש כי טענת פיתוי או הסכמה אינה יכולה תמיד לעמוד לזכותו של בעל המרות. זאת נוכח פערי הכוחות והאינטרסים השונים הפועלים במקום העבודה, ואשר משפיעים לעיתים באופן מודע או לא מודע על הבחירה של העובדת ועל הבנתה את השלכות הקשר האינטימי.

לקראת סיום נביא סיפור נוסף, שוב שונה במאפייניו מן הקודמים: עניינה של מלצרית שהועסקה בבר-מסעדה בתל אביב. היא נדרשה, ונאלצה, להשתתף באירוע המכונה "באדי שוט": מורחים מלח על גופה של המלצרית באזור הבטן או הצוואר, והלקוח מלקק את המלח ובמקביל שותה אלכוהול מכוס ומוציא פלח לימון מפיה של המלצרית.

המלצרית, נכנה אותה דנה, הגישה תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב נגד הבר שעבדה בו ונגד מנהל המשמרת שם. בית הדין האזורי לעבודה קבע כי אירוע של "באדי שוט" הוא מעשה בעל קונוטציה מינית אך אינו בבחינת הטרדה מינית, שכן אינו בבחינת מעשה מגונה ולא נעשה לאחר הצעות חוזרות ונשנות, אלא בהסכמה ובלי שכוון למלצרית עצמה. על כן הוא דחה את תביעתה.

דנה ערערה לבית הדין הארצי לעבודה, וערעורה התקבל (ע"ע (ארצי) 39841-11-20 פלונית – אלמוני (11.7.2021)). הנשיאה וירט-ליבנה כתבה את פסק הדין העיקרי וקבעה כמה עקרונות חשובים. ראשית, אירוע מסוג של "באדי שוט" הוא מעשה בעל אופי מיני בוטה ופסול מבחינה מוסרית, אשר עולה כדי מעשה מגונה. נקבע כי אין לקבל את הטענה שהוא נועד ליצור אווירה קלילה בבר, אלא יש לראותו "כפרקטיקה פסולה של החפצת נשים" (פסקה 35) המבזה ומשפילה מבחינה מינית, ולכן הוא הטרדה מינית פסולה. שנית, בית הדין הארצי שב והבהיר את חובתו של מעסיק לנקוט צעדים אשר ימנעו מקרים של הטרדה מינית במקום העבודה, תוך התייחסות מיוחדת לסביבת עבודה אשר היא כרוכה נוח להתרחשות הטרדה מינית: "בעניין שלפנינו, משמדובר בפאב, מקום שבו נמכר אלכוהול וכתוצאה מכך עלולים להיטשטש הגבולות בין האסור והמותר, ישנו נטל מוגבר על מעסיק לקיים ויישום הוראות החוק" (פסקה 58).

פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה במקרה זה הוא נדבך בעל חשיבות עצומה המתווסף לשרשרת ארוכה של פסקי דין אחרים התורמים להבהרת הגבולות של ההתנהגות המותרת והיוצקים תוכן אל הגדרות החוק – שמטרתו, בסופו של דבר, ליצור אקלים ארגוני מכבד ונקי מהטרדות מיניות.



# היריון לא רלוונטי: פרטיות ושוויון במקום העבודה

ע"ע (ארצי) 363/07 ארביב - פואימקס בע"מ (26.5.2010)

## רחל בר"ג-הירשברג

"אני יכול להגיד דבר אחד: בראיון העבודה ציינתי לפניה את כווד האחריות והיקף העבודה שאנו מצפים ממנה. וכשהיא אמרה לי שיש לה ילדים קטנים ואני ידעתי שצריכים שעות נוספות, אמרתי לה שאין לי בעיה עם זה, ושאלתי אותה האם אני צריך לדעת עוד משהו שימנע ממנה לעבוד?" (מתוך עדות מנהל המעסיקה). שרונה השיבה בשלילה, אף שידעה שהיא בחודש השני להריונה ושכבוא העת תצא לחופשת לידה.

ראיון העבודה הסתיים בהצלחה. שרונה נמצאה מתאימה לתפקיד של מזכירה בחברת הזנק לביוטכנולוגיה. אלא שהיא הספיקה לעבוד בחברה חודשיים וחצי בלבד עד שפוטרה, בלי שהתגלו קודם לכן סימנים כלשהם לחוסר שביעות רצון מתפקודה. מכתב הפיטורים נמסר לה יומיים בלבד לאחר היוודע למנהל החברה דבר הריונה, כשהיא בחודש החמישי להריון. במכתב ההמלצה שנמסר לה לבקשתה, כתב המנהל שהצליחה בכל משימה שהוטלה עליה, שהקשרים שפיתחה עם כל עמיתה היו טובים, וש"נהנינו לעבוד אתה" אך "עקב הלידה הצפויה עלה הצורך להיפרד משרונה".

האם עובדת שנמנעת מלגלות את אוזנו של מעסיק פוטנציאלי בעת ראיון קבלה לעבודה שהיא בשלבים המוקדמים של הריון, נוהגת בחוסר יושר המצדיק את פיטוריה? האם ההריון הוא עובדה רלוונטית המחייבת גילוי בעת הצגת מועמדות למשרת מנהלת משרד? אלה אחדות מהסוגיות העקרוניות שהועמדו לראשונה להכרעת בתי הדין לעבודה בתביעה שהגישה שרונה נגד מעסיקתה לשעבר. שרונה טענה כי בפיטוריה הופלטה לרעה מטעמי הורות וכי היא זכאית לפיצוי בגין כך. כך נולד פסק דין תקדימי (ע"ע (ארצי) 363/07 ארביב - פואימקס בע"מ (26.5.2010)).

ההיבטים העקרוניים של מחלוקות אלה שלובים בהוראות החוק הנוגעות לחובה ליידע מעסיק על הריון, ועל כן ראוי להתחיל בהן. חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, מחייב עובדת להודיע למעסיק על מצבה רק בחודש החמישי להריונה. זאת, אלא אם כן העובדת חשופה בעבודתה לחומרים מסוימים או לקרינה מייננת, אז חלה עליה חובה להודיע למעסיק על דבר הריונה בתוך עשרה ימים מעת שנודע לה על ההריון. או אז, ממועד זה ואילך אין להעסיק אותה בעבודה שיש בה מגע עם אותם חומרים או בסביבה של קרינה. חובת יידוע המעסיק

בחודש החמישי להיריון חלה לא רק במהלך קיומם של יחסי עבודה, אלא גם בשלב הקבלה לעבודה.

נשאלת השאלה: מה בין שני חודשי היריון לחמישה? התשובה כפולה: בהתאם להוראות חוק עבודת נשים, החל מהחודש החמישי להיריון אין להעסיק אישה בשעות נוספות, במנוחה השבועית ובעבודות לילה (אם כי בהסכמת העובדת ובאישור רפואי, אפשר להעסיקה בשעות נוספות). על כן אם עובדת לא תביא לידיעת מעסיקה שהיא הרה, הוא עלול לא לקיים את הוראות החוק. נוסף על כך, המחוקק ביקש להשאיר בידי המעסיק זמן סביר להתארגן לקראת צאתה הצפוי של העובדת לחופשת לידה, והאפשרות שיידרש למצוא מחליפה לתקופה שתיעדר.

אשר לפיטורי עובדת בהיריון, מעסיק נדרש לקבל מהמונה על חוק עבודת נשים היתר לפיטורי עובדת בהיריון, רק אם עבדה אצלו או באותו מקום עבודה שישה חודשים לפחות. כלומר, על פי חוק עבודת נשים, בשלב שבו התקבלה שרונה לעבודה לא חלה עליה חובה חוקית ליידע את המעסיק על היותה הרה, ובמועד פיטוריה לא חלה על המעסיק חובה לבקש היתר לפיטוריה. מדוע בכל זאת עורר עניינה שאלה תקדימית, ומה בין פיטוריה להפליה? כדי לענות על השאלות יש להתייחס לשיקולים נוספים, שחורגים מחוק עבודת נשים ושנוגעים למאפיינים של עולם העבודה באופן כללי יותר.

מערכת יחסי עובדת-מעסיק מושתתת על חוזה עבודה אישי. אומנם הוא חוזה ככל חוזה אחר, אבל בעל מאפיינים מיוחדים. שלא כחוזה מסחרי רגיל, חוזה העבודה נועד להסדיר יחסים אישיים, ארוכי טווח, מורכבים ומשתנים. הוא מעין "שלד" שלובש צורה ופושט צורה בהתאם להתפתחות יחסי העבודה. כדי שחוזה העבודה ימלא את ייעודו, הוא צריך לשמש מסגרת לשיתוף פעולה בין העובדים למעסיק המושתתת על יחסי אמון הדדיים. כך, למשל, העובדים חייבים לשמור על סודות המעסיק, ואילו המעסיק חייב להבטיח את כבוד האדם של עובדיו, להגן על בריאותם, לשמור על פרטיותם ולנהוג בהם בהגינות. כדי שיחסי האמון יכו שורשים, שני הצדדים צריכים לנהוג באופן שיבטיח את אפשרות ביצוע החוזה ביניהם. מאמצים אלה מתחילים כבר בשלב הקבלה לעבודה, שהוא "מועד הלידה" של חוזה העבודה ומכאן חשיבותו הרבה.

בהמשך לכך יש מקום לבחון את האיזון העדין בין הזכות של המעסיק לנהל את מקום העבודה, לזכות של העובדת לפרטיות. מעסיקים רבים מאמינים באמירה שהמשאב האנושי הוא המשאב החשוב ביותר, הלב הפועם של כל ארגון ומקום עבודה, וחורטים אותה על דגלם. בהתאם לכך, בדרך כלל ההוצאות של מעסיק בנושא כוח אדם הן ההוצאות המשמעותיות ביותר. עם זאת ובו זמנית, כל מעסיק רוצה להשיא את רווחיו. רווחיות העסק היא חלק מאחריות ניהולית. הדרך להשיא רווחים כוללת גיוס כוח אדם מתאים וניצול נכון של תפוקת העובדים תוך צמצום ההוצאות בגינם. על כן ברור שקבלת עובדים שמטעם כלשהו לא יוכלו להשקיע די משאבים אישיים בעבודה – הן מבחינה כמותית של זמן עבודה, הן מבחינה מהותית – יכולה לפגוע ברווחיות של העסק. על כן הכירו בתי הדין לעבודה בפסיקתם בכך שאחת הדרכים לשמירה על מקומות עבודה היא לתת שיקול דעת למעסיקים לנהל את מקומות העבודה על

פי מיטב הבנתם. שיקול הדעת של המעסיק נפרס על כל שלבי ההעסקה ומטבע הדברים גם על שלב הקבלה לעבודה, שבו נדרש מידע מגוון על מועמדים לעבודה, ושבהלכו הם עשויים להידרש להתייחס לנושאים אישיים רבים. היכולת להכריע מי מבין המועמדים יתקבל לעבודה, כמו גם "המילה האחרונה" לגבי גובה השכר ושאר תנאי העבודה הן, כמובן, בידי המעסיק (כפוף להסדרים מיוחדים בדין). על כן מועמדים שרוצים להתקבל לעבודה, גאלצים להסכים למסור מידע אישי. ראוי לציין שעבור העובדים מקום העבודה הוא לא רק מקור השתכרות, אלא גם מקום להתבססות מקצועית, להגשמת שאיפות מקצועיות ולהצלחה. הוא גם המקום שבו אדם מעביר חלק גדול מחייו.

במקרה של שרונה האחריות הניהולית של מנהל חברת ההזנק התנגשה חזיתית בזכותה לפרטיות. שרונה היטיבה לבטא את הדברים בעצמה כשנשאלה בעדותה מדוע לא סיפרה למנהל החברה שהיא בהיריון, והשיבה: "אפילו אמא שלי לא ידעה". אם דבר ההיריון לא ידוע במשפחה הקרובה, כיצד אפשר לצפות שתחלוק את המידע עם זר שעזמו היא מנהלת משא ומתן על קבלה לעבודה?

שרונה צדקה בכך שהזכות לפרטיות היא זכות חשובה שנמנית עם זכויות היסוד של האדם. היא כלולה באמנות בינלאומיות ובחוקות רבות בעולם, וגם בישראל היא מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד קודם לכן היא זכתה להגנה בחקיקה רגילה, ובעיקר בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. עוד נכון שאדם אינו נפרד מפרטיותו כשהוא הופך לעובד. למעשה, לפרטיות יש השלכות רבות על יחסי עובדת-מעסיק. אבל כשהזכות לפרטיות של עובדת בשלבים מוקדמים של היריון מתנגשת עם זכויות אחרות, כמו הזכות של המעסיק לברר את מידת ההתאמה של העובדת למשרה המוצעת, עולה הצורך לאזן ביניהן.

בפסק הדין קבע בית הדין האזורי ששרונה הייתה זכאית שלא לגלות למעסיק את דבר תחילת הריונה בעת ראיון העבודה, ושאינ מדובר בהתנהגות שלא בתום לב מבחינתה. עוד קבע בית הדין האזורי שהמעסיק לא היה רשאי לשקול את התנהגותה זו בעת שהחליט על פיטוריה, ושם עשה כן יש לראות בו מי שפיטר ב"חוסר תום לב".

הערעור על פסק דין זה התקבל בחלקו. בית הדין הארצי לעבודה קבע שהזכות לפרטיות של עובדת אינה מבססת "פטור אוטומטי" מגילוי של היריון בשלבים המוקדמים. העובדה שחוק עבודת נשים אינו מחייב לגלות מצב של היריון עד לחודש החמישי, אין משמעה שהעובדת לא יכולה – או לא צריכה – למסור למעסיק את המידע קודם לכן. האיזון הנכון, כך נקבע, יימצא בתשובה לשאלה האם עובדת הריונה של העובדת רלוונטית לתפקיד שעליו סב ראיון העבודה שקיים עימה.

המשימות של שרונה בתפקיד מנהלת משרד לא היו כרוכות במאמצים גופניים מיוחדים שמסוכנים לאישה בהיריון: התפקיד לא היה כרוך בחשיפה לחומרים מסוכנים. גם לא הוכחה חשיבות מיוחדת לתקופה שבה שרונה הייתה עתידה לצאת לחופשת לידה, כמו האפשרות שהיא נשכרה במיוחד לשם הוצאה לפועל של פרויקט מסוים שבתקופת חופשת הלידה יגיע לשיא כלשהו. על כן נקבע שבמקרה שלה לא חלה עליה חובה לגלות בראיון העבודה שהיא הרה.

אבל האם בכך שהמעסיק ייחס רלוונטיות לעובדת ההיריון של שרונה טמונה גם הפליה פסולה? בית הדין הארצי לעבודה השיב לשאלה זו בחיוב. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, קובע שורה של נתונים שאסור להפלות בגינם בקבלה לעבודה, במהלכה ולעת פיתורים, והם כוללים מין והיריון. לכן גם אם יש לחשוף לפני מעסיק פוטנציאלי כל מידע שרלוונטי להחלטתו אם לקבל עובדת למשרה, הרי שאם המידע מתייחס למאפיינים שבגינם אסור להפלות, כמו היריון, אותו "מבחן רלוונטיות" יפורש בצמצום כדי לקדם עקרונות חשובים אחרים, כמו שוויון בין המינים.

המנהל של שרונה שב וטען שפיתוריה לא נבעו מההיריון אלא מאי גילוי עניין מהותי בעת ראיון העבודה. הוא השווה את התנהגותה למצב שבו עובד היודע בזמן ראיון העבודה שייאלץ לצאת לטיול ארוך, ועל כן יחסי העבודה לא יאריכו ימים, נמנע מלגלות זאת. כלומר, המנהל הרגיש שלפיתורים של שרונה לא היה קשר להפליה מטעמי מין, היריון או הורות, אלא למצב דברים "פשוט" שבו עובדת אומרת אי אמת בראיון עבודה ובכך גורמת למשבר אמון שאינו מאפשר את המשך העבודה המשותפת עימה.

טענה זו נדחתה מהטעם שהיריון, בניגוד ליציאה לטיול, הוא "תלוי מין", ועל כן הבאתו בחשבון פוגעת בשוויון בין המינים בקבלה לעבודה והיא אסורה. כמו כן, כדי שפיתורים ייחשבו למפלים, אין נדרשת כוונה להפלות. די בכך שהתוצאה היא מפלה.

מעניין שגרסת המנהל משקפת את העובדה שהפליה היא לא דווקא גלויה. לעיתים קרובות היא נשענת על מנגנונים סמויים ואפילו לא מודעים. אחת האמירות המפורסמות של שופטת בית המשפט העליון האמריקאי המנוחה, רות ביידר גינסבורג, היא שהטיה לא מודעת היא אחד הדברים שהכי קשה לשרש. הדוגמה שהיא נהגה לתת לכך היא שבילדותה נשים לא התקבלו לתפקיד נגניות בתזמורות סימפוניות. באותה עת בוחנים חשבו שהם יכולים לזהות את ההבדל בין נגינה של נשים לזו של גברים, שנחשבה לאיכותית יותר. עד שמישהו חכם הגה פתרון פשוט: הציב וילון בין הבוחנים לנבחנים, והינה נשים התקבלו לתפקיד נגניות בתזמורות סימפוניות. בפסק הדין בעניינה של שרונה בית הדין הארצי הציב "וילון זמני" בין המראיין לעובדה שרק במקרים חריגים תהיה רלוונטית לבחינת התאמתה של אישה לעבודה: היותה בשלבים מוקדמים של היריון. זאת מתוך תקווה שאותו וילון יפתח לפני נשים דלתות בעודן מפלסות דרכן בשוק העבודה.

בשל כך פסק הדין בעניינה של שרונה ארכיב היה, וכך נותר גם בחלוף למעלה מעשור מאז שניתן, פסק דין אמיץ. לא לשווא הופיעו בעיתונות של אותה תקופה כותרות כמו זו שקראה: "אישה יכולה להתרכז בכישוריה המקצועיים בעת ראיון העבודה בדיוק כמו עובד גבר, ולא לעסוק בתוכניותיה להקים משפחה או אם היא בהריון".<sup>1</sup>

בית הדין הארצי לעבודה זיהה דפוס התנהגות של מעסיקים שנרתעים מהעסקת נשים שידוע מראש שהן בהריון, אף ששיקול זה הוא בלתי חוקי על פי חוק שוויון ההזדמנויות

1 חן מענית "פסק דין תקדימי: אישה לא מחויבת להודיע על היריון בראיון עבודה" גלובס 30.5.2010.

בעבודה. בית הדין גיבש כלל מעשי להתמודד עימו. כלל זה אינו מתעלם מהצורך של מעסיק במידע מגוון על מועמדת לעבודה, ובנסיבות חריגות גם לגבי הימצאותה בהיריון בשלכיו המוקדמים. בה בעת זהו כלל ש"שחרר" נשים רבות מההתלבטות מתי יש לשתף מעסיק פוטנציאלי בהיריון בשלכיו המוקדמים, ומתי הדבר אינו דרוש. זהו כלל שמגן על נשים על רקע החשש שהיריון יפגע באפשרות שלהן להשתלב במעגל העבודה כבר ב"שער הכניסה". שרונה זכתה בגין פיטוריה המפלים לפיזיו כספי כולל בגובה 50,000 ש"ח, שנחשב אותה עת לגבוה, ושגם נועד להרתיע מעסיקים אחרים מפני פיטורים מפלים. בית הדין הארצי לעבודה הוסיף שהוא אינו ממצה את הפיזיו האפשרי על פי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, נוכח כך שהסוגיות שבהן פסק הוכרעו לראשונה. בכך "אותת" למשק שפיטורים מפלים יגררו פיזיו משמעותי.

נוסף על כך התמודד פסק הדין עם התובנה, שגובתה במחקרים אקדמיים דוגמת אלה שערכה פרופסור רות בן ישראל, שהאחריות המשפחתית היא אחד מהחסמים המרכזיים שמקשים על שילוב נשים במעגל העבודה. פסק הדין הכיר בכך שפעמים רבות הקושי בא לידי ביטוי בדרך של הפליה על רקע היריון, לידה והורות, שביטוי לה ניתן למצוא בכל שלב של מעגל העבודה: החל בקבלה לעבודה, המשך במהלך תקופת העבודה וכלה בסיומה. הדרך לשרש את ההפליה מבוססת קודם כול על עצם ההכרה בקיומה, ובהמשך לכך על העלאתה למודעות ועל פסיקת פיזיו מרתיע בגינה.

פסק הדין היה גם לאבן דרך במאמץ פסיקתי מתמשך להתמודד עם ביטויים שונים של הפליה על רקע היריון. נראה שהוא גם סלל את הדרך לפסקי דין נוספים שהתמודדו עם הפליה על רקע היריון. כך, למשל, פסק דין מאוחר יותר עסק בשאלה אם מעסיק רשאי לפטור עצמו מהגשת בקשה להיתר פיטורים לעובדת בהיריון, ולפדות תקופה זו בכסף<sup>2</sup>, כלומר בתשלום שכר לעובדת תוך שהוא מורה לה לשבת בביתה. בית הדין הארצי לעבודה השיב בשלילה. פסק הדין עמד על כך שהתפתח בשוק העבודה דגם של "עובד אידיאלי", המשקף דרישה רווחת בשוק התעסוקה להתמסרות מוחלטת לעבודה, שנמדדת במונחים של זמן. פסק הדין עמד גם על ההשלכה של דרישה זו על היכולת של עובדות בתקופות של היריון, לידה והורות להשתלב בשוק התעסוקה. בדומה לפסק הדין בעניינה של שרונה ארביב, גם כאן הודגם מאמץ לעסוק בדפוסים מפלים בשוק העבודה ולתת להם מענה ברור.

סמוך לאחר שניתן פסק הדין בעניינה של שרונה ארביב, תוקן חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה כך שיאסור על מעסיקים לדרוש במישרין או בעקיפין מדורש עבודה או מעובד מידע בנושא שההפליה על בסיסו אסורה על פי חוק, כמו היריון<sup>3</sup>. בכך הושווה במפורש המצב המשפטי לאיסור שנקבע עוד קודם לכן בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, איסור על מעסיק

2 ע"ע (ארצי) 16-05-44776 סירטו - הפניקס קרנות פנסיה מאוינות ותיקות בע"מ (19.2.2018).

3 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 15), התש"ע-2010.

לדרוש מעובד או ממבקש עבודה מידע לגבי "עבר צבאי", כלומר לגלות את הפרופיל הצבאי שלו. אומנם הצעת החוק בעניין זה פורסמה קודם למתן פסק הדין, אבל כשניתן ודאי סייע להפיכתה לחוק.

סופו של דבר, נותרנו עם כלל חשוב: להוציא מקרים חריגים, היריון בשלביו המוקדמים הוא "לא עוד משהו שהמעסיק צריך לדעת ממנו".



# דיני משפחה וירושה





## של מי אתה ילד?

בע"מ 4486/13 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (27.8.2013)  
דנ"א 6211/13 משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית (23.12.2013)

### אספרנצה אלון

"חריצת הדין בתיקי האימוץ, שבליכם הכרעה גורלית בעתידו של ילד, היא מן ההכרעות המורכבות והרגישות שבית המשפט נדרש אליהן". כך כתבה המשנה לנשיא מרים נאור בגלגול הסופי של אחת מפרשות האימוץ המורכבות שנדונו בבית המשפט העליון (דנ"א 6211/13, משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית, פסקה 21 לפסק דינה (23.12.2013)). ואכן, במשך הדורות מצאו לנכון השופטים שנדרשו להכריע במחלוקות בנושאי אימוץ, לתאר עד כמה קשה ומייסרת היא המלאכה, כפי שמוכיח גם המקרה הנדון כאן.

הפרשה החלה בבית המשפט לענייני משפחה והסתיימה שנתיים לאחר מכן בדיון נוסף בבית המשפט העליון בהרכב מורחב של שבעה שופטים. בשני ההליכים שהתנהלו בבית המשפט העליון נחלקו דעות השופטים ופסק הדין לא ניתן פה אחד. המחלוקות בין השופטים שיקפו את ההתלבטויות האנושיות והמשפטיות ואת הקושי שעמד במוקד ההליכים: האזיון העדין שבין המשקל שיש לתת לקשר הדם ולרקע הגנטי של הילד אל מול העיקרון של טובת הילד ויישמו בכל מקרה על פי נסיבותיו.

דיני האימוץ מבקשים לתת מענה למצב שהוא מלכתחילה מצב משברי ואפילו טרגי: ההורים של הילד אינם יכולים לגדלו, ולא נמצא לו מענה אחר בחוג המשפחה הרחבה. כיום דיני האימוץ מבוססים על חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, שמכיר באפשרות לתת לילד "התחלה חדשה" בחיק משפחה אחרת. נקודת המוצא היא שהחוק "מנתק" את הילד ממשפחתו, ומבחינה משפטית נוצרת מערכת יחסים חדשה של ילד-הורים עם ההורים המאמצים. לעיתים ילדים נמסרים לאימוץ מרצונם של ההורים המולידים, אבל במקרים אחרים, מורכבים אף יותר, הילד מוצא ממשפחתו במקרה שבו הוריו אינם יכולים לדאוג לצרכיו, וכל זאת בחסות של הליך משפטי. במקרים כאלה נוצר לעיתים מתח בין "קשר הדם", שמבטא את נקודת המוצא המעדיפה את גידול הילד בחיק משפחתו, לשיקולים הנוגעים להיבטים אחרים של טובת הילד, דוגמת רמת המסוגלות של כל אחת מן המשפחות לגדל את הילד בתנאים נאותים.

התלבטות זו באה לידי ביטוי בסיפור של הפעוט שנכנה אותו משה. משה נולד לאם ממוצא אתיופי ולאב לא ידוע. לאחר לידתו הורחק משה מאימו, שהייתה חולה במחלת נפש ולעיתים

סיכנה את עצמה ואת סביבתה. בשל מצבו ונסיבות לידתו שהה משה בפגייה תוך קיום הסדרי ראייה בינו לאם כפוף למצבה הנפשי, ומשם הועבר לבית תינוקות חסוי של השירות למען הילד. בהיותו בן שמונה חודשים דיווח פסיכולוג בית התינוקות על מצבו, וקבע כי אומנם התפתחותו היא בתחום הנורמה, אבל הוא זקוק לאינטימיות עם דמות מטפלת קבועה. בעקבות המלצה זו הוגשו לבית המשפט לענייני משפחה בקשות שמטרתן לאשר את העברתו למשפחה אומנת עם כוונת אימוץ (אמ"ץ (משפחה פ"ת) 11-09-40840). אף שהצדדים – לרבות אימו של משה – הגיעו תחילה להסכמה על העברתו למשפחת אומנה, סמוך לפני העברתו בפועל וארבעה חודשים לאחר שהחל ההליך, הודיעה אימו על חזרה מההסכמה ועל כך שאחותה (דודתו של משה) מסכימה לקבל את משה למשמורתה. שלושה ימים לפני העברתו של משה למשפחת האומנה הודיעה האחות כי היא מוכנה לאמץ את משה. בית המשפט לענייני משפחה לא עיכב את ההעברה למשפחת אומנה, אבל קבע כי הצעת האחות והתאמתה לאימוץ ייבחנו במקביל. לאחר הליך בדיקה לכלל הגורמים המעורבים בית המשפט לענייני משפחה קבע כי אין מקום לקבל את הצעת האחות לאמץ את משה. קביעה זו נסמכה על כמה נימוקים, ובהם חוסר העקביות בעמדת המשפחה לעניין האימוץ בשלבים שונים של ההליך, הקשר המועט שבין משה למשפחתו הביולוגית, התקשרותו של משה למשפחת האומנה ומשמעות ניתוקו ממנה בשלב זה, והקשיים שעלולים להתעורר מכך שאימו תמשיך למלא חלק פעיל בחייו אם האימוץ יהיה אצל דודתו.

אימו של משה ערערה על ההחלטה לבית המשפט המחוזי. האם ביקשה שמשה יאומץ בידי אחותה במסגרת של "אימוץ פתוח", אשר ישמר את הקשר בינה למשה. בערעור נטען, בין היתר, כי בית המשפט לענייני משפחה התעלם משיקול ניתוק הילד משורשיו העדתיים והתרבותיים אם יישאר בידי משפחת האומנה. בפסק הדין דחה בית המשפט המחוזי את הערעור (עמ"ש (מחוזי מר') 13-05-6267). בית המשפט קבע כי מסקנת בית המשפט לענייני משפחה מעוגנת בחוות דעת המומחים ובתסקיר השירות למען הילד. הנימוקים המרכזיים להותרת משה במשפחת האומנה היו השפעת המעורבות של האם על חייו של משה, העיתוי שבו הגישה הדודה את בקשת האימוץ, והנזק העלול להיגרם למשה אם ינותק בשלב זה ממשפחת האומנה. על פסק דין זה הגישה האם בקשת רשות לערער לבית המשפט העליון (בע"מ 4486/13 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (27.8.2013)). דעת הרוב, מפי השופטת עדנה ארבל והשופט יצחק עמית, הורתה על קבלת הערעור. השופט עמית עמד על כך שבניגוד למקרי אימוץ רבים, במקרה זה ניצבות שתי משפחות שלשתיהן מסוגלות טובה לגידול הילד. לפיכך, קבע השופט, זה מול זה ניצבים "קול הדם" של משפחת המקור אל מול "קול הנפש" של המיועדים לאמץ. בהינתן מצב זה סבר השופט עמית כי הנחת היסוד היא שטובת הילד היא להישאר בחיק המשפחה הביולוגית, ויש לראות בשיקול של "קול הדם" שיקול נכבד בין שיקולי טובת הילד במובן הרחב. במסגרת זו קבע השופט עמית כי הזכות ההורית לגידול הילד אינה רק של אימו, אלא יש לראות בו חלק משושלת משפחתית, ומסירתו לאימוץ תולשת אותו

ממנה. השופטת ארבל הצטרפה לעמדה זו וקבעה כי כפות המאזניים מעוינות בין האפשרות לאימוץ בידי המשפחה הביולוגית לאימוץ בידי משפחת האומנה. על כן נקבע כי יש לבחון נתונים נוספים, לרבות המאבק של האם לשמר את הזכות ההורית, וההשלכות ארוכות הטווח של השילוב של משה במשפחה הביולוגית, שמשתייכת לעדה ייחודית עם מסורת תרבותית ארוכת שנים, או של ניתוקו ממנה. השופטת ארבל עמדה על הנזק הצפוי מהניתוק של משה ממשפחת האומנה, אבל סברה כי יש לבחון את טובת הילד במבט צופה פני עתיד. השופט ניל הנדל ציין בדעת מיעוט כי "דיני אימוץ דיני נפשות המה". הוא הצביע על הקושי בהשלכות הלא נודעות של הפסיקה, אשר יכולות להיבחן רק ב"מעבדת החיים", תוך "[ש]בשולי השביל שלא נבחר נותרת השאלה – לפרקים נשכחת לפרקים נזכרת – 'מה אֵילו' (פסקה 6 לפסק דינו). השופט הנדל סבר שבמקרה זה יש לתת את הבכורה לשיקול של הנזק הצפוי למשה אם ינותק ממשפחת האומנה ויעבור למשפחתו הביולוגית, במיוחד בשים לב לחלוף הזמן ולקשר שנוצר בין משה למשפחת האומנה.

בשל השאלות העקרוניות שתיק זה עורר מבחינת המשקל שיש לתת לחשיבות השמירה על שורשיו של הילד המועמד לאימוץ, כמו גם ההיבטים האנושיים המיוחדים, קיים בית המשפט העליון במקרה זה דיון נוסף בהרכב מורחב של שבעה שופטים. בשלב זה משה היה כבר בן שלוש שנים. דעת הרוב, מפי המשנה לנשיא מרים נאור והשופטים אליקים רובינשטיין, אסתר חיות, סלים ג'ובראן וניל הנדל, שינתה את התוצאה. נגד דעתם החולקת של השופטים עדנה ארבל ויצחק עמית, בוטלה הקביעה שמשה יאומץ בידי דודתו ובעלה, והוחלט שמשה יאומץ בידי משפחת האומנה. בדעת הרוב, מפי המשנה לנשיא נאור, נקבע כי שיקול "טובת הילד" בענייני אימוץ הוא בעל "רקמה פתוחה", שבתי המשפט יוצקים בה תוכן בהתאם לנסיבות הייחודיות של כל מקרה ומקרה. בין העניינים הנבחנים במסגרת זו עומד גם השיקול של "קול הדם" או "קול הטבע", שמבטאים את ההנחה כי בדרך כלל ישנה עדיפות שילד יגדל אצל הוריו או משפחתו המורחבת. עם זאת, במקרה של משה נקבע כי יש לתת את הבכורה למציאות העובדתית שנוצרה, שבה במשך שנתיים התגורר משה אצל משפחת האומנה, יצר עם ההורים המאמצים קשר חזק, וניתוקו משם – גם על פי חוות דעת המומחים שבחנו את עניינו – יוביל לפגיעה נפשית קשה. השופטת אסתר חיות, שהצטרפה לדעת הרוב, בהירה כי השיקול של אימוץ בידי משפחה בעלת צבע עור ומוצא דומים לא נדון בהליכים בבית המשפט לענייני משפחה. עוד ציינה השופטת חיות כי מחקרים הוכיחו כי אין בסיס אמפירי להנחה שאימוץ בקרב משפחה ממוצא עדתי או גזע שונה מזה של המאומץ מנוגד לטובת הילד.

השופטת ארבל והשופט עמית נותרו בעמדתם וסברו כי יש להורות על אימוץ של משה אצל דודתו. השופטת ארבל שבה והתייחסה ל"קשר הדם" וציינה כי מושג זה אינו מתאר רק את הקשר הגנטי-ביולוגי, אלא הוא בעל משמעויות סוציולוגיות ופסיכולוגיות, ו"הוא מהיסודות המכוננים של הזהות ושל הגדרת הפרט הן כאינדיבידואל והן כחלק משרשרת הדורות" (פסקה 5 לפסק דינה).

כאמור, השופטים שדנו בענייניו של משה התייחסו למהותו של "קשר הדם" ולהשפעתו על שיקולי טובת הילד. המונח "קשר דם" אינו בהכרח בבחינת "נוזל החיים", אלא הוא מתייחס להיבטים של זהות, שורשים ושלמות סיפור החיים של האדם. ברור כי נקודת המוצא העקרונית היא כי המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה. זהו התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה יסוד הקיום של החברה האנושית ומבטיח אותה. החשיבות המוגברת של זכות הילד לשמור על זהותו, הבאה לידי ביטוי בין היתר בהיכרות עם שורשיו המשפחתיים והתרבותיים, משתקפת גם בנורמות משפטיות מחייבות, כגון אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, שמדינת ישראל היא צד לה. המשמעות של שמירה על הזהות היא שמירה על מרכיב השייכות וההשתייכות, לרבות שמירה על החושים המקשרים של האדם לעברו, להוריו ולמטען הגנטי והתרבותי של עדתו. קשר הדם שולח נימים שאינם נראים אל חיק המשפחה, התרבות, הערכים והמסורת. נימים אלה חזקים מכל קשר אחר ואי אפשר לנתקם גם אם פרט מורחק מעברו, ממשפחתו, ולא יראה אותה לעולם.

ההחלטה כי פעוט ממוצא אתיופי יאומץ בידי משפחה שאינה בת עדתו, אשר אצלה הוא גדל מאז היותו תינוק, בעוד שדודתו, בת העדה, נמצאה ראויה לאמצו ולגדלו וחפצה בכך, היא החלטה קשה וקורעת לב. בין היתר הייתה זו החלטה קשה על רקע העמדה שהובאה בחוות דעת המומחים ולפיה שתי המשפחות כשירות לגדל את משה וראויות לכך. הפסיקות של בית המשפט בעניין זה עוררו רגישות מיוחדת בשל הטיב האנושי והטיב החברתי של המחלוקת, אשר חרגה מכותלי בית המשפט. הסוגיה האנושית באה לידי ביטוי בהפגנות, בכתבות בעיתונים ובמרשתת, בעיסוק של חברי כנסת ובהעלאת טענות על הפליה, עדתיות וגזע, אשר נבעו בעיקרן מהשוני בין צבע העור של משפחת האומנה לצבע העור של משה. שתי עמותות: עמותת "טבקה - משפט וצדק לעולי אתיופיה" ועמותת "מרכז תמורה - המרכז המשפטי למניעת אפליה", אף ביקשו להצטרף להליך בתור "ידידות בית המשפט" והשמיעו את טענותיהן בלי שייחשפו לפרטי ההליך עצמו. כל אלה הדגישו את עוצמתה של הסוגיה ואת קשיותה בין כותלי בית המשפט ומחוצה לו.

אין, ולא היה, חולק על כך ש"טובת הילד" היא עקרון העל שהנחה את הכרעת בית המשפט. עיקרון זה הוא הבסיס להכרעה בענייני קטינים, ולבטח בענייני אימוץ. עם זאת, עקרון "טובת הילד" הוא מונח מורכב ורב-פנים, אשר מקבל תוכן שונה בהקשר שבו הוא נדרש. כפי שהשתקף בפסקי הדין נושא רשימה זו, דומה כי המחלוקת בין השופטים בבית המשפט העליון הייתה על המשקפת שדרכה נבחנה טובת הילד. השאלה העיקרית הייתה האם יש לבחון את טובת הילד במובן הצר של המונח או בראייה פנורמית של מכלול השיקולים הרלוונטיים, לרבות המטענים התרבותי, ההיסטורי, המסורתי, הלשוני, והאתני שאותו ילד נושא ויכול לשאת.

הסיפור של משה המאומץ שנבחן בשנת 2013 בדיון הנוסף, מזכיר את הסיפור של משה המקראי, אשר גם הוא נאלץ להיפרד מאימו יולדתו אוהבתו לאחר שנולד. הנסיבות היו כמובן שונות מאוד. המשפחה של משה המקראי ביקשה למצוא לו בית אחר. הוא הושם בתיבת גומא

ואחותו השגיחה עליו מרחוק, בדיוק כפי שהמשפחה של משה הפעוט המאומץ השגיחה עליו. כשנמשה משה המקראי מן המים בידי בת פרעה, "ותאמר אחתו אל־בת־פרעה: האלך וקראתי לך אִשה מינקת מן העברית ותינק לך את־הילד?" (שמות ב 7). היה ברור לשתי הנשים: בת פרעה ואחותו מרים, כי מדובר בילד עברי, שונה, בעל נבדלות אתנית, ולפיכך הובאה אימו יולדתו לשמש לו "מינקת". מבחינה סיפורית החזרה של משה בינקותו אל משפחתו ותרבותו נבעה מעניין גדול ורחב מאשר צורך ביולוגי בלבד. השימוש המכוון במילה מינקת, להבדיל מ"מטפלת" או "שומרת", הוא ברור. הבחירה להשתמש דווקא במינקת "מן העברית" מרמזת כי הדבר נעשה לא רק בשל הצורך הביולוגי, שכן ברור לכולם כי היה אפשר למצוא מינקת איכותית אחרת מתוך ממלכת מצרים האדירה. יניקת חלב האם עצמה דווקא, משמעותה דאגה והזנה שאינה רק חלבונים, פחמימות, חומצות שומן, ויטמינים ומינרלים, אלא דווקא הדאגה להזין את משה במזון רוחני ותרבותי, במוצאו ובשורשיו.

סיפורו של משה המקראי וקורותיו כתובים וידועים. ההכרעה בעניינו של משה הפעוט היא תחילת הדרך. כפי שציינו כל השופטים שדנו בעניין, היה מדובר במחלוקת אנושית קשה ומורכבת, שספק אם יש לה תוצאה נכונה אחת. שתי המשפחות היו ראויות וכוונותיהן היו טובות וכנות, וכל תוצאה הייתה מסיבה שברון לב לאחד הצדדים. רק סיפור חייו של משה הפעוט יוכל להעיד אם פסק הדין היה "נכון" ואם תוצאתו שיקפה ברבות הימים את טובת הילד.

# מרשם האוכלוסין בצומת של דת ומדינה

בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שריהפנים, פ"ד יז 225 (1963)

## נפתלי שילה

שאלות הקשורות ליחסי דת ומדינה, ובהקשר זה לצביון היהודי של המדינה מצד אחד ולאופייה הדמוקרטי מהצד האחר, מפלגות את הציבור בישראל מימים ימימה. מדובר בנושא רגיש וטעון, אבל כאשר הוא מגיע לפתחם של בתי המשפט, אין מנוס מהכרעה.

מקרה שבו עלה במלוא חריפותו המתח בין ההשקפה הדתית להשקפה החילונית, נדון בפרשה שנודעה לימים בשם הלכת פונק שלזינגר (בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שריהפנים, פ"ד יז 225 (1963)). מעשה שהיה כך היה: גבר יהודי ואשה שאינה יהודייה נישאו בנישואין אזרחיים בקפריסין. בבואם ארצה הם ביקשו להירשם במרשם האוכלוסין כנשואים. פקיד הרישום סירב לרושםם והם עתרו לבג"ץ. הקושי שהתעורר במקרה זה נבע מכך שהמחוקק העניק סמכויות בלעדיות לדון בענייני נישואין וגירושין של יהודים לבתי הדין הרבניים, שדנים על פי ההלכה היהודית.<sup>1</sup> אבל, בפועל, ציבור גדול אינו חי על פי ההלכה. יש מקרים של מערכות זוגיות שההלכה אינה מכירה בהן, למשל של בני זוג שרק אחד מהם יהודי (כמו במקרה של העותרים), של פסולי חיתון, של אלו שעברו גיור לא אורתודוקסי ועוד. השאלה מה התוקף של נישואים אלו, ושאלות נוספות בנוגע למרשם האוכלוסין, כמו מי נחשב ליהודי ואיזה גיור יוכר, העסיקו לא אחת את מערכת המשפט. היא נדרשה לפתור בעיות נקודתיות שהתעוררו במקרים פרטניים, אבל הייתה להם השפעת רוחב משמעותית מאוד.

ההכרעה בעניין פונק שלזינגר ניסתה "לעקוף" הכרעה מהותית בשאלת תוקף הנישואין. דעת הרוב מפי השופט זוסמן קיבלה את העתירה. לשיטתה, שאלת תוקף הנישואין שנערכו בקפריסין כלל איננה מענייניו של פקיד הרישום. די בהצגת תעודת הנישואין כדי שהפקיד יהיה חייב לרשום את בני הזוג כנשואים, אלא אם כן קיים ספק ממשי לגבי נכונותה. אין ברישום זה הכרה בתוקף הנישואין האזרחיים והוא אפילו אינו ראייה לכאורה לנכונות הכתוב בו. בהקשר זה הוסבר בפסק הדין: "תפקידו של פקיד רישום... אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו" (עמ' 244). רישום זה יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו" (עמ' 249). נוסף על כך קבע

1 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.

השופט זוסמן: "ציבור ישראל מחולק היום לשני מחנות. מחנה אחד, שומר מצוות או מרביתן, עומד לעומת מחנה אחר המדגיש את ההבדל בין מדינת חוק ומדינת הלכה. השקפותיהם של בני שני המחנות נוגדות אלו את אלו בתכלית. הסדר הציבורי בישראל אין פירושו, שהשופט יכפה השקפתו של מחנה אחד על המחנה השני. החיים מחייבים יחס של סובלנות כלפי הזולת והתחשבות בהשקפתו שהיא אחרת, ולפיכך לא יהא קנה-המידה של השופט אלא מאזן כל הדעות הרווחות בציבור" (עמ' 257).

כאמור, נפסק שהרישום הוא למעשה אוסף של פרטים סטטיסטיים ושאינן בעצם הרישום משום קביעה שהאמור בו נכון מבחינה משפטית מהותית. כך יכול היה בית המשפט להימנע מלהיכנס למחלוקת ההשקפות החריפה שקיימת בציבור בשאלה האם יש מקום להכיר בנישואי תערובת ולקבוע שהם תקפים בדין הישראלי, או שהם אינם תקפים, כפי שקובעת ההלכה. נוצרה הבחנה בין סטטוס, שהוא המעמד האמיתי של האדם, לרישום, שמהותית אינו קובע דבר ואינו מקנה דבר. הרישום "נשוי" במרשם אינו מעיד אפילו לכאורה שהנרשם נשוי, כשם שהרישום "יהודי" אינו מעיד שהנרשם יהודי. הוא רק מעיד שכך רואה עצמו מבקש הרישום ושיש בידיו אסמכתה שעל פניה היא אמינה ונכונה.

פסק הדין ניתן נגד דעת המיעוט של השופט זילברג. הוא סבר כי מאחר שהנישואין אינם תקפים על פי ההלכה, אסור לרשם לרשום במרשם "דבר שהוא, לדעתו, שקר מוחלט" (עמ' 239). היות שמבחינה משפטית בני הזוג אינם נשואים, אין לצוות על הרשם לרשום אותם כנשואים ודין העתירה להידחות.

הלכת פונק שלזינגר עוררה סערה פוליטית והתנגדות מצד גורמים דתיים. בעיתונות התקופה פורסם שמי שמיימנה את ההליך שהגישו העותרים הייתה "הליגה למניעת כפייה דתית בישראל". לאחר שניתן פסק הדין, היא הודיעה כי מדובר ב"שלב מכריע לקראת הנהגת נישואין אזרחיים במדינת ישראל"<sup>2</sup>. אף שהודגש בפסק הדין כי אין בו שום הכרעה מהותית, יש שראו בו פתח ל"מדרון חלקלק" שיוביל גם להכרה מהותית בנישואין אזרחיים. גם שר הדתות אז, ד"ר זרח ורהפטיג, הודיע: "עם ישראל, שבמשך דורות הסתייג מנישואי תערובת המאיימים על קיומו, יסתייג גם מפסק דין זה"<sup>3</sup>.

בעקבות הלכת פונק שלזינגר נחקק חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, שקבע במפורש שרישום מצבו האישי של אדם – דהיינו היותו רווק, נשוי, גרוש או אלמן – אינו אחד מפרטי הרישום שיש לגביהם חזקת נכונות. מכאן שהמחוקק קיבל בשעתו את הגישה שאם בני זוג שנשואים בנישואי תערובת, נרשמו כנשואים במרשם הרשמי של המדינה, שכן פקיד המרשם היה חייב לרשום אותם כך – עדיין אין זאת אומרת שקיימת הכרה בתוקף של נישואין אלו.

2 "הליגה יזמה את משפט 'נישואי קפריסין' הצפה 26.2.1963, 2; א' ניסן "אחרי נישואי קפריסין – פשרה?" דבר 1.3.1963, 3.

3 יחושע ביצור "מחר תדון ועדת שרים על הצעת חוק חדש למרשם תושבים" מעריב 24.2.1963, 1.



בפועל, להלכת פונק שליזינגר ולטכניקה המשפטית שיושמה באותו מקרה, הייתה השפעה ארוכת טווח על האופן שבו התמודד בית המשפט עם שאלות בדבר התוקף של סטטוסים שונים ובדבר מעמדם. כך הוא נמנע מהכרעות שנויות במחלוקת בציבור בשאלות השקפה של דת ומדינה ואמונות ודעות במגוון נושאים רגישים.

כפי שציין השופט מישאל חשין באחד מפסקי הדין שעסקו בכך: "חוק המרשם, בעיקרו, חוק טכני הוא, וכי נטיל על כתפיו הדלות משא כבד של שאלות הרות-עולם, לא יהיה בכוחו לשאתן. חוק המרשם לא נועד, מעיקרו, להכיל שאלות של עם ולאום, של דת ומדינה, של גיור כהלכה ושלא כהלכה, של מיהו יהודי ומיהו שאינו-יהודי. הכרעות בשאלות אלו ובשאלות דומות להן הכרעות היסטוריות הן, ובהיותן מה שהן, אך מוזר – אף מגוחך – הוא הטיעון כי פקיד המרשם אמור להכריע בהן. הכרעות מסוג זה לא לפקיד המרשם ניתנו, אף לא לבית המשפט בשבתו לביקורת על החלטות הפקיד".

קצרה היריעה מלהזכיר את כל המקרים שבהם השתמשו בהלכת פונק שליזינגר. נסקור כמה מהם. בהלכת שליט<sup>5</sup> נקבע בדעת רוב שעל פקיד הרישום לרשום בסעיף הלאום של ילדים כי יהודים הם, אף שאינם אינה יהודייה והם אינם יהודים על פי ההלכה. בהמשך הייתה לפסיקה השפעה רבה על הכרעה בעתירות שעסקו ברישום כ"יהודים" של אלו שעברו גיורים לא אורתודוקסיים. בהלכת ש"ס<sup>6</sup> נקבע בדעת רוב שעל פקיד הרישום לרשום בסעיף הלאום אדם כיהודי על יסוד מסמך המעיד על עריכת גיור בקהילה יהודית בחו"ל, גם אם הגיור אינו אורתודוקסי, אלא רפורמי או קונסרבטיבי, ולא נעשה על פי ההלכה. בהלכת פסרו<sup>7</sup> נדונה השאלה אם פקיד הרישום חייב לרשום במרשם כיהודי מי שעבר גיור רפורמי שנערך בישראל. בדעת רוב נקבע שחוק המרשם הוא "חוק אזרחי שמטרתו איסוף מידע עובדתי לרבות סטטיסטיקה", שאין בסמכותו של פקיד הרישום לבדוק את תוקף הרישום, ושאין ברישום משום קביעה משפטית שהגיור תקף. השופט ברק הדגיש: "אנו מחליטים, כאמור, כי הכרה בגיור הנערך בישראל לעניין חוק השבות ולעניין חוק המרשם אינה מותנית במילוי דרישותיה של פקודת ההמרה. אין אנו מחליטים דבר מעבר לכך. אין אנו נוקטים כל עמדה בשאלה מהו הגיור בישראל המשכלל גיור לצורכי חוק השבות. ממילא איננו נוקטים כל עמדה בשאלה אם כל גיור רפורמי הנערך בישראל יוכר כגיור לצורך חוק השבות אם לאו" (עמ' 746). בהלכת נעמת<sup>8</sup> נקבע בדעת רוב שעל פקיד המרשם לרשום כיהודי בסעיפי הדת והלאום מי שהתגייר בגיור שאינו אורתודוקסי בישראל ובחו"ל, ושאין בעצם הרישום כדי לקבוע את תוקף הגיור.

4 בג"ץ 6539/03 גולדמן נ' משרד הפנים, פ"ד נט(3) 385 (2004).

5 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970). ראו רשימתה של חיה זנדברג בספר זה, עמ' 313.

6 בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723 (1989).

7 בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1995).

8 בג"ץ 5070/95 נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721 (2002).

סוג אחר של מקרים נגע לרישום בישראל בעניין שמכונה "משפחות חדשות", בעיקר של בני זוג מאותו מין. על פי המצב המשפטי הנוהג בישראל, הם אינם יכולים להתחתן במדינה, ובפועל מְקֻשָּׁה עליהם גם ההסדרה בתחומי האימוץ והפונדקאות. בעניין **ברנריקדיש**<sup>9</sup> נדון מקרה שבו נולד לאישה בן מתרומת זרע. בית המשפט בקליפורניה הכיר באימוץ הבן בידי בת הזוג של האם, ושתי האימהות נרשמו כהורות הקטין. כשבת הזוג המאמצת ביקשה לרשום במרשם גם אותה כאם של הבן, סירב הפקיד לרושמה כאם, בטענה שאי אפשר לרשום שני הורים מאותו מין. בית המשפט קבע בדעת רוב כי חובה על פקיד הרישום לרשום את האם המאמצת כאם בהתאם לצו האימוץ שניתן בחו"ל, וכי אין ברישום משום קביעה שצו האימוץ תקף בישראל. בעניין **בן-ארי**<sup>10</sup> נקבע בדעת רוב כי על רשם הנישואין לרשום במרשם בישראל כנישואים בני זוג מאותו מין שנישאו בחו"ל, בלי שנקבע שנישואין אלו תקפים בישראל ושבת המשפט מכיר בסטטוס של נישואים אלו. שאלה זו, כך נקבע, ראוי לה שיכריע בה המחוקק.<sup>11</sup> בעניין **ממטי-מגד**<sup>12</sup> נקבע בדעת רוב במקרה שבו נולד בן לבני זוג מאותו מין שערכו פונדקאות בחו"ל, כי על הרשם לרשום במרשם את בן הזוג של האב הביולוגי כהורה נוסף. המשותף לכל פסקי הדין הללו הוא שהייתה בהם דעת מיעוט של שופטים דתיים שישבו בהרכב, החל מהעמדה של השופט זילברג בהלכת **פונק שלזינגר**, והמשך בדעות המיעוט של השופט מנחם אלון בהלכת **ש"ס**, של השופט צבי טל בהלכת **פסרו**, של השופטים יצחק אנגלרד ויעקב טירקל בהלכת **נעמת** וכלה בחוות הדעת של השופט אליקים רובינשטיין בהלכת **בן-ארי** ובהלכת **ממטי-מגד**. ניכר שהשקפת העולם של שופטי המיעוט ובית גידולם הדתי נתנו אותותיהם. להשלמת התמונה יצוין כי בעניין **ברנריקדיש** היה השופט עבד אל רחמן זועבי בדעת מיעוט. השופט רובינשטיין כתב בעניין **בן-ארי** שמדובר למעשה בהבחנה מלאכותית, ש"האדם מן היישוב אינו מבחין בין הרישום לבין ההכרה בסטטוס" (עמ' 571), ושכפועל יש לרישום חשיבות מבחינה משפטית והדבר עשוי להכשיר את הקרקע להכרה מהותית. השופט טל ציין בהלכת **פסרו** שהציבור הרחב אינו מבחין בדקויות של רישום לשם מרשם ורישום מהותי. השופט טירקל ציין בהלכת **נעמת** שעמדה זו היא "מעין היתממות או עצימת עין" (עמ' 764). השופט אנגלרד ציין באותו עניין ש"הסמל כאן הוא המהות" (עמ' 756), ושלמעשה העותרים מעוניינים בהכרה ולכן הם נאבקים על הרישום. הרצון להימנע מלהכריע בשאלות יסוד שמפלגות את החברה בישראל, אינו מצדיק לשיטתם הליכה בדרך זו.

9 בג"ץ 1779/99 **ברנריקדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 368 (2000).

10 בג"ץ 3045/05 **בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד סא(3) 537 (2006).

11 אף לי הזדמן עת כיהנתי בבית המשפט לענייני משפחה, להשתמש בהלכת **פונק שלזינגר** ולתת פסק דין הצהרתי המתיר (מסיים) את הנישואים של בני זוג מאותו מין שנישאו בחו"ל, תוך הדגשה כי אין בפסק הדין משום הכרה שהנישואין תקפים על פי הדין הישראלי. תה"ן (משפחה ת"א) 13-11-52224-11 **פלוני** (8.12.2013).

12 בג"ץ 566/11 **ממטי-מגד נ' משרד הפנים**, פ"ד סו(3) 493 (28.1.2014).

כפי שציין בית המשפט בפסק דין שבו הורה על רישום נישואין של אזרחים ותושבים ישראלים שנישאו באמצעות ייפויי כוח לשליחים בחו"ל בעודם שוהים בישראל: "על הלכת פונק שליזינגר נמתחה ביקורת רבה שעיקרה בטענה כי, לאמיתו של דבר, הרישום במרשם אינו בעל אופי סטטיסטי בלבד, אלא הוא משקף נתון בעל עומק והשפעות ערכיות ומעשיות שלא ניתן להתעלם מהן... חרף הביקורת, נותרה ההלכה בעינה"<sup>13</sup>.

הלכת פונק שליזינגר, שניתנה לפני עשרות שנים, לא נס לחה בפסיקה. למרות זאת היא ספגה לא מעט ביקורת. דוגמה לכך אפשר למצוא במאמר של איתן לבונטין. הוא סבור שיש בהלכה זו "מידה לא־מבוטלת של אחיזת־עיניים, מדעת ובבלי־דעת. לאמיתו של דבר, המרשם אינו סטטיסטיקה כלל ועיקר... במציאות, הרישום 'נשוי' מקנה לנרשם מעמד דה־פקטו של אדם נשוי, כשם שהרישום 'יהודי' מקנה לו מעמד דה־פקטו של יהודי – ויחד עם המעמד דה־פקטו באות גם הכרה ציבורית וחברתית וכן מרבית הזכויות והחובות הנלוות למעמד דה־יורה". לטענתו, הלכה זו היא למעשה "כשקר מוסכם שיש בו תועלת והכל מבינים את נחיצותו, ואין זאת אלא שהמשפט בוחר ביודעין – בגלוי ובעיניים פקוחות – להעדיף מציאות מדומה על האמת כפשוטה"<sup>14</sup>.

למרות זאת דעת הרוב בבית המשפט העליון לדורותיו אימצה טכניקה זו כדי להתגבר על מגבלות הדין הדתי ועל עמדותיו, ולמנוע התנגשות חזיתית עימו. מטרתה להשאיר את ההכרעות העקרוניות בידי המחוקק ולא לגרור את בית המשפט להכרעה בנושאים הרי גורל המפלגים את העם. ייתכן שזו אכן פיקציה משפטית. אבל, לדעת הרוב, יתרון השימוש בפיקציה זו עולה על הנזק שעלול להיגרם למעמד של בית המשפט אם יכריע בשאלות ערכיות שעל המחוקק להכריע בהן. ועוד נאמר בעניין אחר: "הכרה בסמכותו של פקיד הרישום לסרב לרשום נישואין מחמת תקנת הציבור, עלולה לסדוק את ההלכה היציבה ולפיה סמכויות פקיד הרישום הן טכניות, תוך הכנסת שיקולים ערכיים־מוסריים לפעולת הרישום"<sup>15</sup>.

היישום ארוך השנים של הלכת פונק שליזינגר מלמד אותנו עד כמה ניסתה – ומנסה – הרשות השופטת להימנע ככל הניתן מהתערבות בוויכוחים המהותיים ולהותיר הכרעות אלו לריבון: המחוקק. דווקא הלוליינות המשפטית – המלאכותית במידה לא מעטה – מלמדת על הרגישות של מערכת המשפט ועל כך שהיא נוקטת בסוגיות "נפיצות" איפוק תוך מתן פתרונות מעשיים למצוקות הפרט. מי ייתן והמחוקק יאמר את דברו בהקדם בשאלות הקשורות למושגי היסוד והליבה של החברה הישראלית, ולא ימשיך להשאיר "תפוחי אדמה לוהטים" להכרעת בית המשפט.

13 בג"ץ 4916/04 זלסקי נ' שר הפנים, פ"ד סד(3) 705, 723-724 (2011).

14 איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר: הלכת פונק-שליזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" משפט וממשל יא 129, 132-133 (2007).

15 בג"ץ 5384/16 פלוני נ' שר הפנים, פסקה 17 לפסק הדין של השופט עמית (21.8.2017).

## ”כשם שהנישואין אינם תנאי מספיק, כך גם אין הם תנאי הכרחי”: על מעמד הידועים בציבור

ע”א 52/80 שחר נ’ פרידמן, פ”ד לח(1) 443 (1984)

### סארי ג’וסי

הימים ימי ראשית שנות השמונים של המאה הקודמת. באותם ימים היה נדמה לעיתים כי זוגיות אשר אינה חוסה תחת כנפי הנישואין, מאופיינת בכך ”שאינן השניים קשורים ביניהם בעבותות הדין או החוק”. כך תיאר לימים את הדברים השופט שינבויס בפסק הדין שעסק במערכת היחסים של יונה (לשעבר שחר) ומנדל פרידמן, ושיכונה כאן עניין פרידמן (ע”א 52/80 שחר נ’ פרידמן, פ”ד לח(1) 443, 451 (1984)). ועדיין, ישנם בני זוג שאף שלא נישאו, הם חיים כבני זוג נשואים לכל דבר ועניין והדבר ידוע ברבים, ומכאן הביטוי ”ידועים בציבור”. כיצד ראוי להסדיר, אם בכלל, את הזכויות והחובות במסגרת קשר שכזה?

לאמיתו של דבר, ההסדרה המשפטית של מערכת יחסים בין ”ידועים בציבור”, אשר לא נישאו, העסיקה את בתי המשפט לאורך השנים. בתי המשפט נדרשו שוב ושוב להתמודד עם מציאות חיים שהקדימה את ההסדרה החקיקתית. כך, המשפט הישראלי הכיר לכאורה רק בנישואין דתיים, ואילו המציאות הייתה מורכבת יותר. מעבר לנישואין אזרחיים בחו”ל, שלא זה המקום לדון בהם,<sup>1</sup> חוזרות ומתעוררות שאלות הנוגעות לזכויות של ידועים בציבור.

מוסד הידועים בציבור זכה להכרה חלקית כבר משנותיה הראשונות של המדינה, ומעת לעת הגיעו לפתחם של בתי המשפט היבטים אלה ואחרים של מציאות החיים במסגרתו. למשל, משרד הפנים סירב לבקשות של נשים לשנות את שם משפחתן כך שיישאו את שם המשפחה של בן זוג שאינן נשואות לו, ובית המשפט העליון פסל את החלטתו (בג”ץ 693/91 אפרת נ’ הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ”ד מז(1) 749 (1993)).

ומה באשר לזכויות ברכוש? שאלה זו עמדה במרכז הסכסוך בין ישעיהו שחר, בנה של יונה פרידמן ז”ל, למנדל פרידמן. יונה התגרשה בצעירותה מאביו של ישעיהו. לאחר שהכירה את מנדל עברה להתגורר עימו בשכונת הדר הכרמל בחיפה. במהלך מגוריהם המשותפים בשכונה רכש מנדל זכות חכירה לדורות בבית בקריית חיים, והיא נרשמה על שמו בלבד. בהמשך, בשנת 1936, עברו בני הזוג להתגורר יחדיו בבית בקריית חיים, ובשנת 1941 הצטרפו אליהם שני

1 ראו רשימתו של ערן שילה בספר זה, עמ’ 797.

ילדיה של יונה. יונה ומנדל לא נישאו מעולם. הם חיו כידועים בציבור, ושני הבנים החשיבו את מנדל לאביהם. בשנת 1973, לאחר עשרות שנים של קשר זוגי הדוק, נפטרה האם. לאחר מותה פתח הבן ישעיהו בהליך משפטי בבית המשפט המחוזי בחיפה שכוון להכרזה כי עיזבונה של המנוחה הוא הבעלים – בחלקים שווים עם מנדל – של הבית בקריית חיים (ה"פ (מחוזי חי') 687/79 שחר נ' פרידמן (2.12.1979)).

בית המשפט המחוזי מפי השופטת שושנה נתניהו, לימים שופטת בבית המשפט העליון, סירב לתת את הסעד המבוקש. בית המשפט המחוזי קבע כי לא הוכח שהבית בקריית חיים נרכש מכספים משותפים של שני בני הזוג, ושלבני הזוג הייתה קופה משותפת, אשר מצביעה על העדר הפרדה רכושית בין בני הזוג.

ישעיהו ערער על פסק דין זה לבית המשפט העליון, וערעורו הוליד פסק דין תקדימי בכל הנוגע לזכויות של הידועים בציבור. פסק הדין ניתן מפי השופט ברק בהסכמת השופט בך ונגד דעתו החולקת של השופט שינבום. במוקד הדיון עמדה "הלכת השיתוף". הלכה זו פותחה בפסיקה של בית המשפט העליון לגבי רכוש שצברו בני זוג בתקופת חייהם המשותפים.<sup>2</sup> הלכת השיתוף קובעת כי במקרים שבהם לא היה לבני הזוג הסכם מפורש המסדיר את שאלת הבעלות על נכסים שנרכשו, מייחסים להם את הכוונה לשותפות בחלקים שווים. זאת משום שגם אם הנכסים השונים נרשמו על שם אחד מבני הזוג, עדיין הבסיס המשותף הוא שאפשר את ההתנהלות הכוללת ושתמך ביכולת של אותו בן זוג לצבור את הנכסים. למשל, גם אם בן הזוג רשם על שמו דירת מגורים, הוא היה יכול לעשות כן בהינתן התרומה שהרימה בת הזוג לחיים המשותפים ביניהם. עד פסק הדין בעניין פרידמן נדונה הלכת השיתוף רק לגבי בני זוג נשואים. השאלה שהתעוררה בפסק הדין הייתה האם יש הצדקה להחיל אותה גם על בני זוג ידועים בציבור.

השופט ברק, שכתב את עמדת הרוב, קבע: "הלכת שיתוף הנכסים הוחלה, בעיקרו של דבר, על זוגות הנשואין זה לזה. היש מקום להחילה על בני זוג שלא נישאו, והחיים כידועים בציבור? כפי שראינו, בסיסה המשפטי של הלכת השיתוף הוא בהסכם משתמע בין הצדדים ולא בעצם אקט הנישואין. כשם שהנישואין אינם תנאי מספיק, כך גם אין הם תנאי הכרחי, שכן גמירת דעתם של בני זוג לשיתוף יכול שתשתכלל מאורח חייהם המשותף כידועים בציבור" (עמ' 448). בהמשך הוא קבע, בהסכמת השופט בך, כי הואיל והלכת השיתוף מבוססת על הערכת קיומו של "הסכם מכללא" (אותו הסכם משתמע) בין בני זוג בכל הנוגע לחלוקת הרכוש ביניהם, הרי שאין מניעה להחיל הלכה זו גם על בני זוג ידועים בציבור. זאת משום שגם הם מנהלים זוגיות הדוקה שבה הם תורמים במשותף לרווחת התא המשפחתי שהם חיים בו. הנטל להוכיח את קיומה של חזקת שיתוף מוטל על הטוען לה. עליו להוכיח כי מכלול נסיבות החיים המשותפים של בני הזוג מלמדים על כוונה זו. בית המשפט קבע עוד כי אי אפשר לקבוע רשימה ברורה וקבועה של אמות מידה להוכחת קיומו של הסכם מכללא, הואיל

2 ראו גם רשימתה של איריס אילטוביץ סגל בספר זה, עמ' 802.

ו"החיים עשירים מכל דמיון" (עמ' 447), ואין הצדקה לקבוע כללים ותנאים נוקשים "בתחום שמתאפיין בגמישות" (עמ' 448).

השופט שינבויס, שהיה כאמור בדעת המיעוט, סבר שאין להחיל על זוגות שאינם נשואים את הלכת השיתוף בנכסים. לגישתו, "המקיימים יחס של ידועים בציבור מודעים למצבם המשפטי. מתוך שאין קשר חוקי ביניהם, הם מקפידים על מתן צורה פורמאלית לרצונם לגבי הדרך של הסדרת יחסיהם הרכושיים. יתר-על-כן, יחסיהם של הידועים בציבור מאופיינים בכך, שאין השניים קשורים ביניהם בעבותות הדין או החוק. לכל אחד מהשניים נשמר חופש פעולה לנתק אותם יחסים לפי רצונו ולפי החלטתו בלבד. על חופש פעולה זה הם מעוניינים לשמור, ועל-כן אינם מעוניינים, כי שותפם לחיים יוכל לעכב בעדם מלממשו. חופש הפעולה והאפשרות להפסיק את הקשר ללא תלות האחד במשנהו הם לב לבה של צורת חיים זו" (עמ' 451). אם כן, לדעתו, יש לכבד את הבחירה שלא להתחתן, על כל המשמעויות הכרוכות בה.

וכך, בערבו של חורף בשנת 1984 צעד בית המשפט העליון צעד משמעותי נוסף במסע שנמשך עד ימינו אלו, להכרה משפטית במערכות יחסים זוגיות שונות ומגוונות המצמיחות מעצם קיומן, בדומה לזוגיות אגב נישואין, זכויות וחובות. הטעם העומד מאחורי הדברים מתמצה במשפט הבא: "כשם שהנישואין אינם תנאי מספיק, כך גם אין הם תנאי הכרחי" בכל הנוגע להסדרי הרכוש בין הצדדים לאחר פרידתם (עמ' 448). משמע, גם בני זוג שלא נישאו יכולים לחסות תחת כנפיו של ההסדר האמור.

פסק הדין בעניין פרידמן קבע באופן תקדימי כי עשויות להיות למערכת יחסים זוגית, גם אם בני הזוג לא נישאו, תוצאות משמעותיות בכל הנוגע להסדרי הרכוש שיחולו על בני הזוג. דומה כי שופטי הרוב ניסו להשוות במובנים מסוימים את ההסדרים המשפטיים בנוגע לרכוש שחלים על בני זוג נשואים, לאלו שחלים על בני זוג ידועים בציבור. חשוב לציין כי השופט ברק מצא לסייג קביעה זו באומרו כי יכולה להיות משמעות גם לעובדה שבני זוג מחליטים לא להינשא, וכי בנסיבות מסוימות יש בה גם כדי להצביע על ארעיות הקשר בין בני הזוג ועל החלטה מודעת שלהם שלא לשתף את האחר בזכויותיו. יש להבחין, כך נקבע בפסק הדין, בין בני זוג החיים כידועים בציבור על אף רצונם להינשא והדבר נמנע מהם בשל הדין האישי, למצב שבו בני הזוג מחליטים לא להינשא מכיוון שהם מבקשים לבחון את מערכת היחסים שלהם ולהחליט לגביה בהמשך.

כאמור, אף שבת המשפט נדרשו לסוגיית הידועים בציבור גם קודם לפסק הדין בעניין פרידמן, החשיבות של פסק הדין נעוצה בעובדה שלילת פסקי הדין קודם לעניין פרידמן הייתה נטועה בשאלה מיהם ידועים בציבור, ולא בתוצאות ההכרה במעמד המשפטי של בני הזוג, לרבות באשר להסדרי הרכוש ביניהם.

פרשת פרידמן הייתה רק "יריית פתיחה", ובעקבותיה באו רבות אחרות.<sup>3</sup> במידה מסוימת בעקבות חקיקת חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, החל על בני זוג שנישאו לאחר

1.1.1974, היקף התחולה של הלכת השיתוף, שנוצרה מלכתחילה עבור בני זוג נשואים, רחבה יותר בעניינם של ידועים בציבור.<sup>4</sup>

כברת הדרך שעשה המשפט הישראלי בהתייחסו למעמד של הידועים בציבור נטועה בשני מישורים. האחד, פתיחת פתח רחב יותר לאלו המבקשים להיכנס לקרבו, ללא דרישות פורמליות קפדניות שאינן עולות בקנה אחד עם המציאות המודרנית. השני, כאמור, הוא הניסיון להשוות במובנים מסוימים בין ההסדרים המשפטיים בנוגע לרכוש שחלים על בני זוג נשואים לאלו שחלים על בני זוג שהוכרו בתור ידועים בציבור.

כדי להכיר את מסעו של המשפט הישראלי בסוגיה זו, אעבור כעת בכמה תחנות משמעותיות שסללו את הדרך למקום שאנו מצויים בו כעת. לדוגמה, בעניין נסיס (ע"א 621/69 נסיס נ' יוסטר, פ"ד כד (1) 617 (1970)) נקבע שהואיל והמחוקק לא קבע תקופת זמן מזערית לקיום חיי משפחה משותפים, תקופת זמן של קרוב לשנה יכולה להיות מספקת אצל ידועים בציבור, "ובלבד שבמשך כל אותו זמן התנהלו החיים המשותפים על בסיס אותו קשר עמוק הקיים, כרגיל, בין בעל ואשה הנשואים כחוק. אין ספק כי תקופת זמן כזאת, וגם קצרה ממנה בהרבה, מספקת בהחלט, ואמנם העיקר הוא בקשר הקיים בין בני הזוג בזמן זה" (עמ' 623-624). בעניין ביטון (רע"א 9755/04 ביטון נ' קצין תגמולים (31.8.2008)) נקבע כי גם תקופה קצרה הרבה יותר אינה מבטלת את הזכות של בני הזוג: "כל המכיר את 'תנאי הארץ ויושביה' מביין כי לא ניתן לזקוף לחובת המבקשת את הזמן המועט ששהתה במחיצת בן זוגה בדירתם, שהרי משך שהותם המשותפת של בני הזוג נגזרה משירותו הצבאי התובעני של המנוח, כקצין קרבי ביחידת שדה ברמת הגולן" (פסקה 17). יתרה מכך, במקרה אחר (בע"מ 3497/09 פלוני נ' פלונית (4.5.2010)) קבעה השופטת ארבל כי אין בעובדה שבני הזוג חיו בשתי דירות נפרדות וסמוכות כדי לפגוע בזכויות המשפטיות של הידועה בציבור: "יישום ההלכה הפסוקה על נסיבות המקרה שלפנינו, מוביל למסקנה... כי בני הזוג החליטו לקשור גורלם זה בזו, קיימו זוגיות הרמונית תוך התחשבות מירבית של כל אחד מהם בקשרים המשפחתיים של רעהו, בעטיה הגיעו לסידור בו יחיו בשתי דירות סמוכות המהוות '... מעין דירה גדולה אחת ומשותפת', תוך קיום חיי משפחה וניהול משק בית משותף" (פסקה 6). הפסיקה אף לא עמדה על כך שלבני הזוג יהיה חשבון בנק משותף או שתרומתם הכלכלית לחיי המשפחה תהיה דומה. בעניין אלון (ע"א 107/87 אלון נ' מנדלסון, פ"ד מג (1) 431 (1989)) נקבע כי "הקיום הכלכלי מושתת על שיתוף במאמצים ובאמצעים לשם קיום הצרכים הנ"ל (אכילה, שתייה, לבוש וכו'), ולעניין זה אין נפקא מינה, אם יש לבני זוג חשבון נפרד". עוד נקבע כי "משק בית משותף" אין פירושו שוויון הכרחי במקורות המימון בין הצדדים. המשיבה, אף אם לא מימנה, הרי שטרחה ועמלה, ובכך תרומתה למשק הבית" (עמ' 438).

4 אפנה בעניין זה גם לפסק דין שנתתי בעמ"ש (מחוזי חי') 20-03-4294 ב' נ' מנהל עיזבון ד' (29.11.2020), ובו התייחסתי ליישום הנכון של הלכות בית המשפט העליון בסוגיית הידועים בציבור והשיתוף ברכוש.

כפי שעולה מפסק הדין בעניין פרידמן, כדי להחיל את הלכת השיתוף בין בני זוג ידועים בציבור יש להניח תשתית ראייתית להוכחת כוונה של הצדדים לשיתוף בנכסיהם. אחת מן ההתפתחויות החשובות ביותר בפסיקת בית המשפט העליון מאז שניתן פסק הדין בעניין פרידמן נעשתה בפסק דין של השופטת דפנה ברק־ארז שנסב על בנות זוג מאותו מין (בע"ם 2478/14 פלונית נ' פלונית (20.8.2015)). הוסבר בו כי נוכח שינוי העיתים כמעט שאין כיום חשיבות לשאלה מהי הסיבה שבעטייה לא נישאו הידועים בציבור. עוד נפסק כי בהינתן הקביעה בדבר היותן ידועות בציבור, אין הצדקה לנהוג בעניינן בשונה מזוג נשוי. כמו כן, למניעה החוקית של בנות הזוג להינשא בישראל, אין לייחס חשיבות בבדיקת כוונת השיתוף, וזו תיעשה באמצעות בחינה של הכוונה העולה מהתנהגות הצדדים. כך נקבע כי "נקודת המוצא לדיון בשאלה זו – וכפי שיתברר בהמשך אף נקודת הסיום – היא שעל כלל בני הזוג שמקיימים ביניהם מערכת יחסים של ידועים בציבור ראוי להחיל אותן אמות מידה בכל הנוגע לבדיקת הכוונה לשיתוף בנכסים. אכן, בפסיקתו של בית משפט זה צוין בעבר כי לעתים עשויה הבחירה שלא להינשא ללמד על היעדר כוונת שיתוף, וזאת במיוחד כאשר לא קיימת מניעה חיצונית כלשהי לכך שבני הזוג יינשאו... אולם, בכל מקרה השאלה החשובה היא מהי הכוונה העולה מהתנהגותם של הצדדים, להבדיל מפעולה פורמלית כלשהי... הבחירה שלא להינשא חרף העובדה שלא קיימת מניעה חיצונית לכך היא אך אינדיקציה אחת – אחת מני רבות" (פסקה 36).<sup>5</sup> אם כן, בעקבות פסק הדין בעניין פרידמן ואלו שבאו בעקבותיו, התגבשה מציאות משפטית שבה העיקר הוא התוכן שיוצקים בני הזוג לחייהם הזוגיים, ולא הכותרת שניתנת להם, גם אם זו מעוגנת בטקס ובטבעת.

כעשור לערך לאחר פרשת פרידמן קיבל הנושא של ידועים בציבור בולטות מיוחדת בשמיו של המשפט הישראלי מזווית נוספת, של זכאות לקבל הטבות ממעסיק גם במצב של ידועים בציבור בני אותו מין, בעניין דנילוביץ' (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749 (1994)).<sup>6</sup> וכך תיאר שם את הדברים המשנה לנשיא ברק: "יש מקום להעניק טובת הנאה לעובד... בעבור זה שעמו הוא חי ושאתו הוא מנהל משק משותף, שממנו הוא נפרד כאשר הוא יוצא לטיסותיו, ושאליו הוא חוזר בסיום עבודתו. זוהי אמת המידה המשותפת לבת-זוג ולידועה בציבור גם יחד" (עמ' 762).

5 ברוח זו הכרתי בשיתוף בין בני זוג שאומנם התגרשו אבל בהמשך חזרו להתגורר יחד ללא נישואין ואף נולדה להם בת משותפת נוספת בעמ"ש (מחוזי חי') 20-06-68095 א' נ' ב' (2.9.2021).

6 ראו רשימתו של דורי ספיבק בספר זה, עמ' 157.



# הילדים שעוד לא נולדו

דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996)  
בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274 (2013)  
בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (22.12.2016)

## שירי היימן

"את שלא נולדת עדיין  
צייירי לנו קשת בשמיים  
ועלה ירוק על גדר הבית  
תקשרי סרטים ורודים  
סביב לעננים" (רוני סומק שיר לילדה שעוד  
לא נולדה")

בכותרת של שיר זה בחר השופט עמית לפתוח את חלקו בפסק הדין שעסק בילד או ילדה שעוד לא נולדו (בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (22.12.2016)). במידה רבה הוא מבטא את הכאב שעמד ביסודו של פסק הדין, כמו גם ביסודן של כמה פרשות חיים אחרות שהתגלגלו לפסקי דין.

שי ואורית, כפי שיכוננו כאן, נישאו לאחר כשבע שנים של זוגיות. מערכת היחסים שלהם ידעה עליות ומורדות וכללה פרידות שלאחריהן הם חזרו זה לזו, ולבסוף מגורים משותפים במשך כשנתיים טרם נישואיהם. שי אהב מאוד את אורית, ובמהלך טיול שערך בהודו לבדו באחת מאותן תקופות פרידה, ניהל יומן מסע שהקדיש לאורית, ובו כתב בין השאר: "אני פשוט יודע את האישה בשבילי ולא תהיה שום אישה אחרת בחיי. גם אם לא תרצי אותי – אמות רווק". שי ואורית אהבו זה את זה, רצו להקים יחדיו משפחה וחלמו להביא ילדים לעולם. שי ראה בעיני רוחו את ילדתו, ילדה ג'ינג'ית בת דמותו, שעליה חלם, דמיין כיצד הוא רץ איתה על חוף הים וכיצד הוא מלמד אותה לנגן. לרוע המזל, שלושה חודשים לאחר נישואיהם נהרג שי בתאונת דרכים במהלך שירות מילואים. שי היה הבן הבכור להוריו. בינו להוריו, וכך גם בין הוריו לאורית, שררה מערכת יחסים חמה ואוהבת. ההורים של שי תמכו בזוג הצעיר, והם נהגו להתיעץ עם ההורים בעניינים שונים. מייד לאחר תאונת הדרכים פנו שלטונות הצבא אל אורית ויידעו אותה בדבר זכותה לשאוב את הזרע של שי ולשמרו לצורך הפריה בעתיד. אורית, בתמיכת הוריו של שי, ביקשה לעשות כן והסכימה לכך. בעקבות זאת ניטל זרע מהגוף של שי ונשמר במבחנות, ואלו אוחסנו בבית החולים שיבא.

ההורים של שי עשו כמיטב יכולתם להשתקם ואימצו שני ילדים למשפחתם, אח ואחות. בינתיים גם נולדו להם נכדים מילדיהם הנותרים. גם אורית בנתה את חייה בסופו של דבר. כשנה לאחר מותו של שי היא קיבלה חליצה מאחד מאחיו, ולאחר שנים אחדות נישאה לבן זוג חדש ונולדו לה ממנו ילדים. בתחילה המשיכו לשרור יחסים חמים ותומכים בין אורית להוריו השכולים של שי, אבל במהלך השנים נסדקו יחסים אלו, בעיקר על רקע מחלוקת בשאלת השימוש בזרע של שי.

ההורים של שי היו נחושים בדעתם לפעול להבאת ילד של שי לעולם, בין באמצעות אורית ובין באמצעות אישה אחרת. אורית התלבטה זמן רב באשר להפרייתה בזרע של שי. התנהל ביניהם הליך גישור בסוגיה זו, אבל לא הושגו הסכמות. אורית המשיכה להתלבט, וכך חלפו להן 11 שנים.

כיצד אפשר להכריע במקרה כזה? ברקע הדברים עמדו הכרעות במקרים קשים קודמים, אם כי בהם המחלוקת ניטשה בין ההורים הביולוגיים המיועדים בלבד.

בפרשת נחמני, שנדונה בשנת 1996 (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (נ) 661 (1996)), התעוררה לראשונה השאלה מה דינן של ביציות של האישה שהופרו בזרע של האיש בזמן שבני הזוג היו נשואים. בני הזוג נפרדו בטרם הצליחה האישה להרות, והיא ביקשה להמשיך בתהליך ההפריה ולהשתמש בביציות בעצמה. האיש סירב ולא היה מעוניין להביא ילד לעולם עם אשתו לשעבר. השופטים היו חלוקים בדעתם. בדיון הנוסף, שהתקיים בהרכב מורחב של אחד עשר שופטים, קבעה דעת הרוב שיש להעדיף את זכות האישה לממש את זכותה להורות על פני הזכות של האיש לאי-הורות. השופטים סברו שמאחר שהאישה הסתמכה על ההסכמה של האיש, עברה תהליך גופני קשה של שאיבת ביציות, וכיום סיכוייה להפרות ביציות אחרות שלה אפסיים – יש להעדיף את רצונה. נקודת האל-חזור הייתה יצירת הביצית המופרית. מרגע זה, סברו השופטים, לא יכול האיש לחזור בו מהסכמתו.

בעניין פלוניתי נדון מקרה שונה מעט, שבו אישה ביקשה להשתמש בתרומת זרע של אותו תורם שממנו ילדה את ילדתה הראשונה (בג"ץ 4077/12 פלוניתי נ' משרד הבריאות, פ"ד (סו) 274 (2013)). אלא שבינתיים תורם הזרע חזר בתשובה וביקש שלא ישתמשו עוד בזרעו לצורך הולדת ילדים שלא יגדלם ושלא יהיה בקשר עימם. מנגד ניצבה אישה אשר ילדה את בתה הבכורה מהזרע של תורם זה ואשר ביקשה ללדת ילד נוסף מאותו תורם, וכך לשמור על זהות גנטית בין שני ילדיה. האישה גם שילמה לבנק הזרע כדי שמנות זרע מאותו תורם יישמרו לשימושה העתידי. במקרה זה העדיף בית המשפט העליון את הזכות של התורם שלא להיות הורה גנטי, על פני הזכות של האישה לצאצא בעל מטען גנטי מסוים. בית המשפט סבר שבכך נשמרת האוטונומיה האישית של התורם, ואין נפגעת הזכות להורות של האישה, שיכולה להרות מתרומת זרע אחרת.

הפנייה למקרים מן העבר הייתה רלוונטית אבל סייעה רק באופן חלקי להכרעה בהתלבטות החדשה שנוצרה. הן במקרה של רות נחמני, הן בעניינו של שי המנוח, השימוש בביציות המופרות

והשימוש בזרע של הבן היו ההזדמנות האחרונה, בבחינת "להיות או לחדול", להמשכיות ביולוגית, באמצעות ילד. זאת בשונה מאשר במקרה של תרומת הזרע, שם האפשרות להורות ביולוגית לא נחסמה כלל. מנגד, יש מן המשותף דווקא לפרשת נחמני ולמקרה של תרומת הזרע, משום שבהם היה מדובר במימוש הזכות להורות באמצעות האימהות המיועדות עצמן. לעומת זאת, במקרה של שי המנוח לא היה מדובר בהגנה ישירה על הזכות להורות עצמה – בין משום שהאב המיועד כבר לא היה בין החיים, ובין משום שהיו חילוקי דעות באשר לרצונו. נתון חשוב נוסף שעמד ברקע ההכרעה הוא הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנושא. בשנת 2003 ניסח היועץ המשפטי לממשלה אז (לימים המשנה לנשיאת בית המשפט העליון), אליקים רובינשטיין, הנחיית יועץ בעניין השימוש בזרע של נפטר, שמבוססת על שני יסודות: האחד, כיבוד רצון הנפטר, הנובע מהזכות של אדם על גופו, והשני הרצון של בת הזוג של הנפטר בהמשכיות ובהבאת ילד משותף לעולם. ההנחיה התבססה על תפיסת הרצון המשוער של נפטר וקבעה שבדרך כלל אדם מעוניין בהמשכיות גם לאחר מותו, במיוחד כאשר בת זוגו רוצה בכך. לצד זאת, אם לנפטר לא הייתה בת זוג קבועה בחייו, אי אפשר לייחס לו רצון משוער להביא ילד לעולם לאחר מותו. עוד נקבע כי להורי הנפטר ולקרוביו האחרים אין זכות להשתמש בזרעו.

ואומנם, קודם למקרה זה נדונו בבתי משפט לענייני משפחה מקרים שבהם אושר שימוש בזרע של נפטר – הן במקרה שבו לנפטר הייתה בת זוג, הן במקרה שלא הייתה לו בת זוג קבועה אבל היה בסיס לקבוע שזה היה רצונו.<sup>1</sup> ההתלבטות התחדדה כאן מאחר שהיה מדובר במקרה ראשון מסוגו שבו בת הזוג התנגדה לשימוש בזרע של בן הזוג המנוח ואילו ההורים עמדו על כך.

ההורים של שי פנו לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה לאפשר להם שימוש בזרע של בנם. ההורים איתרו אם מיועדת שהייתה מוכנה להרות מזרעו ולגדל את הילד שיוולד, כך שהם יזכו להפוך לסבא וסבתא מבנם שהלך לעולמו.

בית המשפט לענייני משפחה קיבל את התביעה, ולאחר שהוגש על פסק דינו ערעור, עשה כן גם בית המשפט המחוזי. כך הגיע הנושא לפתחו של בית המשפט העליון בהליך שבמרכזו השאלה האם יש לאפשר להורים של מנוח להשתמש בזרעו לשם הפרייה של אישה אחרת, אף שבת זוגו הקבועה בעת פטירתו מתנגדת לכך. בשל חשיבות ההליך ואופיו התקדימי נדון הערעור בבית המשפט העליון בהרכב מורחב של חמישה שופטים: השופטים חיות, מלצר, דנציגר, עמית ומזוז.

שי לא השאיר אחריו הנחיות מפורשות בכתב או בדרך אחרת באשר לשימוש בזרעו לאחר מותו. הוא הרי לא ידע שישאר אחריו זרע. לו היה עושה כן, לא הייתה התלבטות באשר לדרך

1 ראו למשל תמ"ש (משפחה קר') 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (6.12.2009); תמ"ש (משפחה י"ם) 27169-11-13 פלונים נ' המנוח (20.1.2016).

שבה יש לפעול לאחר מותו. השאלות שהתעוררו היו כיצד אפשר לדעת מהו רצונו של הנפטר, ומי רשאי להוכיח רצון זה.

השופטת חיות, לימים הנשיאה, שכתבה את פסק הדין העיקרי, פתחה בכך ש"הטכנולוגיה המודרנית שינתה מן היסוד את הגבולות הטבעיים של האדם כבן תמותה" (פסקה 17 לפסק דינה). כיום יכולים נשים וזוגות להשתמש בטכנולוגיות של שאיבת ביציות והפרייתן, של הפריית אם פונדקאית, של שימוש בתרומת זרע ושל הולדת ילדים של נפטר גם לאחר מותו באמצעות שאיבת זרעו ושימוש בו, כדי להגשים את חלומם ולהפוך להורים.

נתון רקע חשוב נוסף מופיע בפסק הדין של השופט מלצר, שעמד על הרקע החברתי במדינת ישראל. בבסיסו ניצבות הכמיהה להוליד ילדים בחברה היהודית – שמקורותיה נעוצים בעקרונות מורשת ישראל בדבר פרו ורבו והצורך להקים זרע למת, בהשלכות של השואה וברצון להקים יד ושם לנספים, ובמציאות הקשה של השכול בישראל – ותפיסות אידאולוגיות שמעודדות ילודה גם במגזרים לא יהודיים בחברה הישראלית.

פסק הדין של בית המשפט העליון נדרש להנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנושא. השופטת חיות פירטה בפסק דינה את ההתייחסות של מדינות שונות בעולם לסוגיה זו, החל באיסור מוחלט על שימוש בתאי רבייה לאחר המוות, המשך בשימוש כזה לפי הרצון המפורש של הנפטר וכלה במדינות שבוחנות את הרצון המשוער של המת, כבישראל.

מלומדים בישראל חלוקים בשאלה בדבר ההתמודדות עם סוגיה זו.<sup>2</sup> יש שטוענים שלמת אין רצון ושעם מותו של אדם מתים עימו גם רצונותיו. אחרים טוענים שגם לאחר מותו שורדים האינטרסים והזכויות של האדם ושיש לכבד חלק מהם. ויש שטוענים שהרצון של המת הופך לרצון של הנותרים בחיים ושהם זכאים לפעול לממשו. כמו כן, הובעה ביקורת על ההנחה שכל גבר, ובוודאי מי שהייתה לו בת זוג במותו, מעוניין בהקמת זרע, בין שהוא חי ובין שהוא מת. ביקורת נוספת מעוררת שאלות הנוגעות לטובתו של אותו ילד שעתידי להיוולד להורה שאינו בין החיים. האם טובתו של ילד להיוולד לתוך יתמות מתוכננת?

שופטי בית המשפט העליון סברו שההנחה היא שאדם בדרך כלל מעוניין בהמשכיות זרעו גם אחרי מותו, במיוחד אם בת זוגו רוצה בכך. הנחה זו מבוססת על ניסיון החיים שכן בדרך כלל אנשים נקשרים בקשר זוגי כדי להוליד ילדים יחדיו, והם מודעים לאפשרות שבן הזוג או בת הזוג יאלצו לגדל את הילדים שייוולדו לאחר מותם. ההחלטות אם להביא ילדים לעולם ומתי, הן החלטות אינטימיות ואישיות של בני זוג הקושרים גורלם יחדיו, ועל כן בת הזוג היא שמייצגת נאמנה את הרצון המשוער של המנוח במה שיעשה לאחר מותו.

2 ראו למשל כרמל שלו "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?" **רפואה ומשפט** 27, 96 (2002); אסא כשר "יתמות מתוכננת": התמונה המאוזנת" **דילמות באתיקה רפואית** 221 (רפאל כהן אלמגור עורך 2002); יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" **סוציולוגיה ישראלית** תז(1) 31 (2014).

אם בת הזוג אינה מעוניינת להפרות עצמה בזרע של בן זוגה המנוח, יש לראות בכך את רצונו של המנוח שלא ישתמשו בזרעו. השופט דנציגר סבר שהרצון המשוער של הנפטר משתלב בזכות של בת זוגו להרות מזרעו ועולה בקנה אחד איתה. זכות זו אינה עומדת לאישה זרה. היא עומדת לבת הזוג להקים את התא המשפחתי שנגדע באיבו.

בהתאם לכך, נקבע ברוב דעות שאם בת הזוג מתנגדת לשימוש בזרע של בן זוגה המנוח, אזי להוריו אין מעמד לגבי השימוש בזרע ואין הם זכאים להוכיח את רצון המנוח. מעמד להורים יינתן רק במקרים חריגים ונדירים שבהם אפשר להוכיח באופן פוזיטיבי שערב פטירתו רצה הנפטר להוליד ילדים שלא במסגרת התא המשפחתי ושלא עם בת זוגו.

דעתו של השופט מלצר הייתה שונה. הוא סבר כי אם יוכח שהרצון של המנוח היה המשכיות, יש לאפשר גם להוריו לממש זכות זו ואין להגביל את מימוש הזכות לבת הזוג בלבד. כאמור, זו נותרה דעת מיעוט. "נטיית הלב היא להיעתר לרצונם הכן של ההורים להקים זרע לבנם אהובם, ויהיו שיאמרו כי במאבק בין המערערת לבין ההורים תחושת הצדק הראשונית נוטה לכיוון האחרונים. אלא שכשופטים מוזהרים אנו שתחושת הצדק לא תביא אותנו להרחיק הגבול וליתן זכות למי שאינו זכאי, וגם אם צודקים ההורים בריבם, הרי שלא כך בדינם". כך היטיב לתאר השופט עמית את ההתלבטות של היושבים בדין (פסקה 16 לפסק דינו).

ומה צופן בחובו העתיד? הוויכוח בנושא זה ממשיך להתנהל בחברה הישראלית. בית המשפט העיר כי נראה שעוד יגיעו לדיון מקרים אחרים ושונים בסוגיה זו, כמו השאלה האם יש לאפשר להורים להשתמש בזרע של נפטר שלא הייתה לו בת זוג בחייו ושלא הותיר הנחיות ברורות בעניין זה. וכך אומנם אירע, בהמשך הגיעה סוגיה זו לדיון ציבורי נוכח בקשה של הורים שכולים להשתמש בזרע של בנם החייל שלא הייתה לו בת זוג קבועה, גם ללא הסכמה מפורשת של הנפטר: "זהו שיר לילדה שעדיין לא נולדה".

## נישואי בני נח: על נישואין אזרחיים, שיפוט חילוני ושיפוט דתי

בג"ץ 2232/03 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב-יפו, פ"ד סא(3)  
496 (2006)

### ערן שילה

דן ונורית, כפי שנכנה אותם כאן, היו בני זוג ויכלו להינשא כדת משה וישראל. אבל, כמו ישראלים רבים אחרים, הם בחרו להינשא בנישואין אזרחיים בקפריסין. למעשה, לבני הזוג לא הייתה התנגדות גורפת לטקס דתי כלשהו, וזמן מה לאחר נישואיהם הם ערכו בישראל טקס נישואין פרטי בנייהול רב רפורמי. את הבחירה להינשא בנישואין אזרחיים נימק בהמשך דן בשאיפה של בני הזוג להימנע מהליכי גירושין ארוכים בבית הדין הרבני במקרה שהנישואין לא יעלו יפה. מערכת היחסים האישית שבין דן ונורית וההחלטות שקיבלו משקפות את המורכבות של דיני הנישואין והגירושין בישראל. סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, מורה: "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". סעיף 1 לאותו החוק קובע כי "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים". המחוקק לא הכיר בנישואין אזרחיים, ועל רקע זה עלתה השאלה מה מעמדם של בני זוג, כמו דן ונורית, שבחרו להתחתן בנישואים שכאלה. ואם אומנם יש להם מעמד, איזו ערכאה שיפוטית מוסמכת לדון בהתרתם במקרה של רצון של בני הזוג להיפרד? והאם יוחל בנסיבות העניין הדין הדתי או המשפט האזרחי החילוני?

עניינם של בני הזוג עמד ביסודו של אחד מפסקי הדין האחרונים שנתן הנשיא אהרן ברק, בהסכמת השופטות, כתוארן אז, נאור וחיות (בג"ץ 2232/03 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב-יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006)). ייחודו של פסק הדין – ושל הפרשייה העומדת במרכזו – אינו מוגבל רק להלכות שחידש בית הדין הרבני בכל הנוגע למעמד ההלכתי של נישואין אזרחיים, או לתקדימים שחידש בית המשפט העליון בכל הנוגע למעמד של נישואין אזרחיים במשפט הישראלי. הוא נוגע גם לדינמיקה הייחודית בין בית המשפט הגבוה לצדק לבית הדין הרבני הגדול, שהתבקש באופן חריג ביותר לתת פסק דין משלים ולפרט בגדרו את נימוקי פסק דינו. ומעשה שהיה כך היה. למעלה מעשור לאחר הנישואין עלתה מערכת היחסים של בני הזוג על שרטון. בשנת 2001 הגיש דן לבית הדין הרבני האזורי תביעה לסעד הצהרתי שלפיו "הצדדים אינם נשואים כדת משה וישראל ולחלופין לגירושין".

בית הדין הרבני האזורי קיבל את התביעה בקובעו כי בני הזוג בחרו שלא להינשא כדת משה וישראל, ולפיכך אין חשש לקידושין ואין צורך בגט מאחר ש"הצדדים לא נשואים זה לזה כדת משה וישראל" (לשם הנוחות ראשי תיבות בציטוטים "נפתחו"). כפי שאפשר לראות, ההצהרה של בית הדין הרבני האזורי התייחסה לנישואין כדת משה וישראל, אבל לא לנישואין האזרחיים. לפיכך פנה אליו דן בבקשה להבהיר אם בני הזוג רשאים להינשא לאחרים, ובית הדין הרבני האזורי אכן הבהיר כי שניהם רשאים להינשא לאחרים ודינם כפנויים.

בשלב זה נורית ערערה לבית הדין הרבני הגדול. לטענתה, אומנם בית הדין הרבני האזורי קבע שהצדדים אינם נשואים כדת משה וישראל, אבל אין בקביעה זו כדי להשפיע על התוקף של הנישואין האזרחיים. לכן לא היה מקום לקבוע שהצדדים פנויים ורשאים להינשא לאחרים. לטענתה, גם אם נקבע שהצדדים אינם נשואים כדת משה וישראל, בהעדר מעשה שיפוטי של התרת הנישואין האזרחיים – הצדדים עדיין נשואים.

בית הדין הרבני הגדול קיבל את הערעור של נורית. נקבע כי הצהרה על כך שבני הזוג אינם נשואים כדת משה וישראל, ללא התייחסות לנישואין האזרחיים, כפי שעשה בית הדין האזורי, גורמת ל"תוצאה בלתי נסבלת". בהעדר התייחסות לנישואין האזרחיים "הצדדים אינם נחשבים כנשואים לפי ההלכה, אבל נשואיהם האזרחיים לא הותרו". בנסיבות אלה בית הדין הרבני הגדול המליץ על פתרון "פשוט" באלו המילים: "יש לכך, תרופה פשוטה. בית הדין האזורי יכול היה להוסיף שורה אחת בפסק דינו, ולציין בה כי בית הדין מתיר בזה את הנשואין. די בשורה בודדת זו, לעשות את הצדדים לפנויים, גם לפי החוק האזרחי". ואכן, התיק הוחזר לבית הדין הרבני האזורי. בהתאם לעצת בית הדין הרבני הגדול, בית הדין הרבני האזורי חזר על פסק דינו הקודם והוסיף כי "בית הדין מתיר בזה את הנישואין והנ"ל [בני הזוג] יכולים להינשא כדת משה וישראל כפנויים". פסק הדין המקורי של בית הדין הרבני האזורי קבע, לפחות באופן מעשי, כי אם בני זוג יהודים אינם נשואים כדת משה וישראל, הם אינם נשואים כלל ולכן מותרים להינשא לאחרים. ואילו פסק דינו השני – בעקבות ההוראות של בית הדין הרבני הגדול – בעצם הכיר בכך שבני זוג יהודים שאינם נשואים כדת משה וישראל יכולים להיות נשואים אזרחית, ושנישואים אלה טעונים התרה בידי ערכאה שיפוטית. כמו כן הוא קבע כי הסמכות להתיר את הנישואין האזרחיים מסורה לבית הדין הרבני. אפשר לומר כי מדובר בשינוי גישה לנישואין אזרחיים, וזאת ללא הנמקה משפטית, הלכתית או תאורתית בכל הנוגע למעמד של נישואין אלה, לערכאה המוסמכת לדון בהתרתם ולעילות המשפטיות לכך.

נגד החלטה זו של בית הדין הרבני האזורי עתרה נורית לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. בג"ץ אינו יושב כערכאת ערעור על פסקי הדין של בתי הדין הרבניים, אבל סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה מסמיך אותו לבקר פסקי דין של ערכאות דתיות במקרים מסוימים, והוא עושה זאת כפוף לעקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות ובוהירות המתחייבת. נורית טענה כי הקביעה שבני הזוג אינם נשואים כדת משה וישראל, אינה כשלעצמה עילה להתיר את נישואיהם האזרחיים, וכי ממילא לא היה מקום להתיר את הנישואין כך.

בדיון שהתקיים בעתירה שהגישה נורית קיבל בג"ץ את הצעת היועץ המשפטי לבתי הדין הרבניים, לבקש מבית הדין הרבני הגדול להשלים את הנמקת פסק דינו בטרם יימשך הדיון בעתירה. ואומנם, בחלוף כארבעה חודשים נתן בית הדין הרבני הגדול, בהרכב הדיינים דיכובסקי, בן שמעון ושרמן, פסק דין משלים. הונחו בו התשתית ההלכתית והתשתית המשפטית לפסיקתו הקודמת תוך הכרה בעמדה הלכתית מורכבת המבוססת על "הלכות בני נח" (תיק (גדול) ס"ג ח' ש' נ' ח' י' (11.11.2003)). בית הדין הרבני הגדול הסביר כי על כל בני האדם – בניו של נח המקראי – חלה מערכת דינים אוניברסלית הכוללת הכרה בנישואין ובצורך במעשה של גירושין כדי להתירם.

כדי להבהיר דברים אלה, די להתייחס לכך שההלכה היהודית אוסרת גם על אלו שאינם יהודים ("בני נח") לקיים מערכת יחסים אינטימית עם אישה הנשואה לאחר. ממילא ההלכה גם קובעת אמות מידה המתייחסות ל"בני נח" והמורות מתני אישה אכן נחשבת לנשואה לאחר ומתי נישואיה עימו מסתיימים. אמות מידה אלה אינן מחייבות קידושין כדת משה וישראל, שהרי אין מדובר ביהודים; וממילא גם לא התרת הנישואין באמצעות מתן גט: "ענין ה'קדושין' מיוחד לעם ישראל, בעוד שענין ה'נישואין' הינו אוניברסלי... [ו]מי שאין חלים עליו דיני הקידושין המיוחדים לישראל, אינו נמצא ב'תורת גירושין'".

ההכרה בקיום של שתי מערכות דינים – אחת אוניברסלית ואחת ייחודית לעם ישראל – אינה כשלעצמה חידוש הלכתי. אבל במוקד פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול עמדה הקביעה שעל יהודים חלות שתי המערכות במקביל, מפני "[ש]אף בני ישראל מבני בניו של נח הם". נמצא כי גם אם יהודים לא נישאו כדת משה וישראל, אבל נישאו בנישואין אזרחיים "מתוך בחירה ורצון להינשא שלא כדת משה וישראל", הם כפופים למערכת הדינים החלה על "בני נח". הם יכולים להיות נשואים מכוחה, ונדרשים להתרת נישואיהם בהתאם.

בית הדין הרבני הגדול הסביר כי אומנם בני הזוג שהתדיינו לפניו יהודים, אבל הם בחרו שלא להינשא כדת משה וישראל, אלא בנישואין אזרחיים אוניברסליים. לפיכך חלה עליהם מערכת הדינים של "בני נח", וההלכה מחייבת את התרת נישואיהם בידי ערכאה שיפוטית.

אלמלא קבע בית הדין הרבני הגדול כי ההלכה היהודית מכירה בנישואי "בני נח" ומחייבת את התרתם, היה אפשר לומר שאם בני הזוג אינם נשואים כדת משה וישראל, למערכת בתי הדין הרבניים, הפועלת בהתאם להלכה, אין עניין בהם ועליה להשאיר את סוגיית התרת נישואיהם האזרחיים לערכאה אחרת. אבל משקבע בית הדין כי הנישואין האזרחיים מוכרים על פי ההלכה – גם אם כחלק ממערכת הדינים האוניברסלית בלבד – הרי שגם התרתם היא חלק ממלאכתו של בית הדין הרבני. על רקע זה קבע בית הדין הרבני הגדול כי הסמכות הייחודית לדון בהתרת הנישואין של בני הזוג מסורה לבתי הדין הרבניים. עוד נקבע כי, בהתאם להלכה היהודית, עילות הגירושין החלות על נישואין אלה שונות מאלה החלות על בני זוג הנשואים כדת משה וישראל. למעשה די בכך שבית הדין הרבני יתרשם "שאינן אפשרות להשלים בין בני הזוג" כדי שיתן פסק דין לגירושין. בהתייחס לבני הזוג שעניינם



נדון לפניו, הסביר בית הדין כי "שני הצדדים יודעים היטב שנישואיהם הגיעו לידי סיום, וכי השלום מהם והלאה".

שנים ארוכות לאחר מתן פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול עדיין נחלקו הדעות בשאלה האם פסק הדין משקף "מהלך של שינוי הלכתי מהותי במעמדם של הנישואין האזרחיים",<sup>1</sup> או שמא מדובר במהלך של "רטוריקה שתכליתה השגת סמכות שיפוטית".<sup>2</sup> מכל מקום, ובלתי להביע עמדה במחלוקת, דומה שאי אפשר להתייחס לקביעות של בית הדין הרבני הגדול במנותק מההלך שהתקיים בבית המשפט הגבוה לצדק ושהיה יכול לפתוח פתח לכך שענייני נישואין וגירושין בישראל יידונו גם בערכאות אזרחיות.

ובחזרה לעניינם של דן ונורית. גם לאחר מתן פסק הדין המשלים של בית הדין הרבני הגדול עמדה נורית על עתירתה. לטענתה, ההנמקה של בית הדין הרבני הגדול אינה אלא "הסוואה לעמדתו העקרונית המסויגת כלפי נישואין אזרחיים". יש מקום לחשוש כי נוכח היחס השלילי של בית הדין הרבני כלפי נישואין אלה הוא ימהר להתירם גם ללא עילה של ממש, אם אחד הצדדים יבקש זאת, כפי שנעשה, כך סברה, גם במקרה שלה. עוד היא טענה כי אם יש לתת תוקף לנישואי "בני נח", הרי שיש גם להחיל את אמות המידה שקבעו "בני נח" להתרת הנישואין, תוך התייחסות גם לאפשרות שיוחל הדין הקפריסאי.

העתירה לבג"ץ נדחתה. את פסק הדין נתן כאמור הנשיא ברק. בפתיחת הדיון ציין הנשיא ברק כי שאלת התוקף של נישואין אזרחיים בין יהודים תושבי הארץ ואזרחיה שנערכו בחו"ל עלתה בעבר בפסיקת בית המשפט העליון, אבל טרם הוכרעה. קיימות בעניין שתי גישות עקרוניות. לפי הגישה הראשונה, "יש לפנות לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי", ואם אלה תומכים בהכרה בנישואין הרי שהם יהיו תקפים גם לפי הדין בישראל. ואילו לפי הגישה השנייה, "תוקף נישואיו של אזרח ישראלי שנערכו מחוץ למדינה ייבחן לפי הדין הדתי של האזרח הישראלי... אם הדין הדתי שולל את הנישואין, הרי שאין להם תוקף במשפט הישראלי" (עמ' 519-520).

הנשיא ברק ציין כי אומנם "ההכרעה בין שתי הגישות קשה", אבל לאחר שבית הדין הרבני הגדול – בקובעו כי לנישואי בני הזוג בקפריסין יש מעמד הלכתי מסוים – נקט עמדה המכירה בנישואין אזרחיים, "אין מנוס מנקיטת עמדה בשאלה זו". הנשיא ברק ציטט את דברי בית הדין הרבני הגדול: "מבחינת החוק האזרחי, הצדדים נשאו אזרחית, והם נחשבים כנישואים בכל העולם, כולל במדינת ישראל", והוסיף: "לכך אני מסכים" (עמ' 521). בכך הוכרו להלכה ולמעשה נישואין אזרחיים שנערכו בחו"ל בין שני אזרחים ישראליים שבחרו שלא להינשא כדת משה וישראל. הנשיא ברק הסביר כי "בית הדין הרבני הכיר בנישואים אזרחיים... הוא מסווג את הנישואים האזרחיים כ'נישואין של בני נח'. אין הוא שולל את תוקפם... בני הזוג אינם

1 אבישלום וסטרייך "רטוריקה ומהות ירדו כרוכין זה בזה? על נישואין אזרחיים בעקבות פרשת 'בני נח'" **משפחה במשפט** 1-543, 576 (2013-2014).

2 עמיחי רדוינר "אכן, רטוריקה בלבד: תגובה למאמרו של אבישלום וסטרייך" **משפחה במשפט** 1-579, 581 (2013-2014).

נחשבים כפנויים", והוסיף: "לכך אני מסכים. רואה אני בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול תרומה חשובה לפיתוח דיני הנישואין בישראל". הנשיא ברק הוסיף והתייחס לכך שהמסקנה המכירה בנישואין אזרחיים "מתחזקת לאור תפישתנו את כבוד האדם של כל אחד מבני הזוג" (עמ' 522), והיא "מתבקשת גם על רקע מציאות החיים בישראל. אלפי יהודים, אזרחי המדינה ותושביה, מבקשים לממש את נישואיהם בדרך של נישואים אזרחיים המתבצעים מחוץ לישראל" (עמ' 521). אבל דומה כי בליבת ההנמקה עומדת הקביעה שבית הדין הרבני הגדול עצמו קבע כי יש להכיר בנישואים אזרחיים בין יהודים, וכי הכרה זו היא חלק מהדין הדתי.

הנשיא ברק הזכיר כי בעבר נשמעו דעות שונות בשאלה אם בתי הדין הרבניים מוסמכים לדון בהתרת נישואים אזרחיים במקרים שבהם ההלכה סבורה שבני הזוג אינם נשואים. אלא שנוכח קביעתו של בית הדין הרבני "אין היא מעוררת כל קושי". לדבריו, "בני זוג אלה אינם נשואים אמנם כדת משה וישראל... עם זאת, הם נשואים על פי הלכות בני נח, אשר היגן חלק מהמשפט העברי, והם זקוקים לפסק דין של גירושין" (עמ' 524), והסמכות לתיתו מסורה לבית הדין הרבני. עוד הוטעם כי תוצאה זו ראויה גם משיקולי יעילות, שכן בית הדין הרבני יוכל לבחון אם במקרה שיובא לפניו יש חשש גם לנישואים כדת משה וישראל ויש צורך בסידור גט. מנגד נקבע כי כיוון שההכרה של בית הדין הרבני בנישואי "בני נח" מתייחסת בעיקרה לשאלת התרת בני הזוג להינשא לאחרים, הרי שבית הדין לא יהיה מוסמך לדון בסוגיות הנוגעות להיבטים הממוניים של הגירושין, גם אם נכרכו לתביעת הגירושין. גם בכל הנוגע לעילת הגירושין אימץ הנשיא ברק את עמדת בית הדין הרבני הגדול: "עילת הגירושין" שבית הדין נזקק לה נעוצה בקיומו של קרע בלתי ניתן לאיחוי בין בני הזוג. גישה זו מקובלת עליי". הוא אף ציין כי גישה זו "תואמת את הגישות המודרניות באשר לעילות הגירושין" (עמוד 529). הלכה למעשה, בעניינם של דן ונורית נקבע כי "לפני בית הדין נפרשה מערכת היחסים הקשה בין בני הזוג. התברר כי חל ביחסים קרע שאין לאחותו" (עמוד 534). לפיכך לא נפל פגם בהחלטת בית הדין להתיר את הנישואין, והעתירה נדחתה לגופה.

אם כן, המשפט הישראלי אינו מכיר באפשרות להינשא בישראל בנישואין אזרחיים. אבל מענה להתרתם של נישואין כאלה – כמו גם הכרה בתוקפם על כל ההשלכות שיש לכך בענפי המשפט השונים – נמצא בכל זאת, על בסיס פיתוח הלכתי של בית הדין הרבני הגדול שאושר בבית המשפט הגבוה לצדק. בכך נרתמו הן הערכאה השיפוטית הדתית, הן הערכאה השיפוטית הכללית לתת פתרון מעשי לתופעה חברתית שלא ניתן לה מענה מפורש בחקיקה. על רקע התופעה המתרחבת והולכת של יהודים ישראלים שבוחרים להינשא בנישואין אזרחיים בחו"ל, ההכרה של בית הדין הרבני במערכת הדינים האוניברסלית ("דיני בני נח") אפשרה לבית המשפט העליון להכיר בתוקף המחייב של נישואין אלה במשפט הישראלי, ובמקביל להשאיר את הסמכות לדון בהתרתם לבית הדין הרבני. היה מי שתיאר דינמיקה זו בתור צעידה "יד ביד לקראת ההכרה בנישואין אזרחיים... שיתוף פעולה נדיר למדיי בדיני המשפחה הישראלים"<sup>3</sup>.

## האם הכול שותפים להלכת השיתוף?

בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994)

### איריס אילוטוביץ סגל

שמואל וחוה בבלי היו נשואים כ-32 שנה. שמואל היה טייס בחברת אל על וחוה הייתה מורה אשר הפסיקה את עבודתה והקדישה את חייה לניהול משק הבית ולגידול שלושת ילדיהם. במרוצת השנים צברו בני הזוג בבלי רכוש רב: וילה בסביון, דירה בגבעתיים, מכוניות, סכומי כסף, קופות גמל, קופות פנסיה וזכויות סוציאליות ממקום העבודה. רוב הרכוש נרשם על שמו של שמואל. נושא זה קיבל משמעות רבה בהתדיינויות המשפטיות שהתנהלו בין השניים כאשר נישואיהם קרסו.

לפני שנצלול לתוך מעמקי הסכסוך של הצדדים, חשוב להזכיר את המורכבות של מערכת השיפוט בתחום דיני המשפחה בישראל. תביעות גירושין אפשר להגיש אך ורק לבית הדין הדתי של בני הזוג ועל פי דתם. למצב דברים זה שורשים היסטוריים עמוקים שמקורם עוד בתקופה העותמאנית, והוא התגלגל בשינויים מסוימים – דרך תקופת המנדט הבריטי – עד למשפט הישראלי.

שמואל וחוה היו שניהם יהודים, ועל כן סוגיית הגט הייתה מונחת לפתחו של בית הדין הרבני. ברגיל בתי הדין הרבניים פוסקים על פי הדין הדתי, למעט בעניינים מסוימים שבהם עליהם לפעול על פי הדין הישראלי הכללי. מהם "גבולות הגזרה" של חובה זו – גם על כך נסב הסכסוך בעניינם של בני הזוג בבלי. השאלה מתחדדת מאחר שבית הדין הרבני עשוי לפסוק לא רק בענייני הגירושין עצמם, אלא גם בענייני רכוש ש"נכרכו" בתביעת הגירושין, כלומר צורפו להליך הגירושין בידי מי שפתח בו. בשל כך גם התפתחה התופעה שנודעה בכינוי "מרוץ סמכויות", כלומר המאבק בין בני הזוג בנוגע לשאלה איזו ערכאה שיפוטית תדון בתביעה: בית הדין הרבני או בית המשפט האזרחי. בן הזוג שהיה מעוניין בשיפוט רבני היה "רץ" להגיש תביעת גירושין שכרכה את ענייני הרכוש, ואילו האחר היה "רץ" להגיש תביעה בבית המשפט האזרחי כדי להקדים אותו. זאת מאחר שהערכאה שאליה הוגשה התביעה ראשונה הייתה "קונה" סמכות בסכסוך הרכושי.

שמואל, אשר היה זריז, הצליח "להקדים" את חוה בהגשת תביעה, ופתח תביעת גירושין בבית הדין הרבני האזורי בתל אביב, ואליה הוא כרך את המזונות ואת חלוקת הרכוש. כאשר חוה גילתה זאת אצה אף היא להגיש תביעה רכושית בבית המשפט האזרחי (בית המשפט המחוזי באותה עת, בעידן המשפטי שקדם להקמת בתי המשפט לענייני משפחה).

ומדוע היה כה חשוב לשמואל להתדיין בבית הדין הרבני ולא בבית המשפט האזרחי? התשובה לכך נעוצה בפער בין פסיקת בית המשפט האזרחי לפסיקת בית הדין הרבני בסוגיית הרכוש.

החל בשלב מוקדם יחסית בפסיקתו של בית המשפט העליון התפתחה בפסיקה הגישה שזכתה לכינוי "הלכת השיתוף", ולפיה בני הזוג שותפים לרכוש שצברו במהלך חייהם המשותפים, ללא קשר לשאלה כמה השתכר כל אחד. כל זאת מתוך תפיסה של מאמץ זוגי משותף, בין בעבודה מחוץ לבית ובין בעבודות הבית, וממילא ללא קשר לשאלה על שם מי הנכסים נרשמו. כך גם בעניינם של בני הזוג בכלי. שמואל וחווה היו אחראים במשותף לתא המשפחתי שהקימו. חווה תפקדה כמעין "שרת הפנים" וטיפלה במשק הבית ובגידול הילדים, והודות לכך התאפשר לשמואל לעבוד ולשמש "שר החוץ ושר האוצר" של המשפחה. התנהלות זו הביאה לידי ביטוי את כוונתם ליצור שיתוף בנכסים שנצברו במהלך חייהם המשותפים. הלכת השיתוף מקפלת בחובה את עקרון השוויון בין המגדרים ואת התפיסה כי בני הזוג תורמים באופן שווה לרווחת המשפחה ולצבירת הון משפחתי. הלכת השיתוף מקנה זכות מעין־קניינית בנכסים מסוימים או בכלם, לפי נסיבות העניין, ומתגבשת במהלך חיי הנישואין, עם התגבשותה של כוונת שיתוף בנכסים. מטבע הדברים היא באה לידי ביטוי מעשי במועד פקיעת הקשר הזוגי בין הצדדים, שמביאה לסיומו את הקשר הכלכלי ביניהם.

לעומת זאת, באותה תקופה בתי הדין הרבניים נהגו בהתאם לגישה מסורתית יותר, שהתמקדה באופן שבו הנכסים היו רשומים. בהתאם לכך, חווה הייתה אמורה לקבל, אם בכלל, את סכום כתובתה ופיצויים, בהתחשב בכך שהרכוש היה רשום על שם שמואל.

יש לציין כי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, הסדיר את אופן חלוקת הרכוש בין בני זוג בעת גירושין, במתכונת של "איוון משאבים" ביניהם. אבל חוק זה לא היה רלוונטי לגבי זוגות "ותיקים" כמו שמואל וחווה בכלי, שנישאו לפני יום 1.1.1974, מועד ראשית תחולתו של החוק. הסדרה נוספת מאוחרת יותר נעשתה בחוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו, התשע"ד-2014.

ובחזרה לענייננו. בית הדין הרבני האזורי פסק לחווה רק פיצויים ששווים פחות ממחצית מהרכוש אשר נצבר במהלך החיים המשותפים. בית הדין הרבני האזורי קבע כי משום שחווה ושמואל נישאו לפני שנכנס לתוקף חוק יחסי ממון בין בני זוג, חוק זה אינו חל עליהם, וכי פסיקת בית המשפט העליון אינה מחייבת את בית הדין הרבני. עוד הוסבר כי בית הדין הרבני אמור לפסוק אך ורק על פי ההלכה היהודית, אשר בה אין מושג של שיתוף בנכסים. מאחר שכך, לאישה מגיעות זכויות רק מכוח תנאי הכתובה וההלכה. הערעור של חווה על פסק הדין של בית הדין הרבני האזורי נדחה בידי בית הדין הרבני הגדול בפסק דין קצר האוחז עמוד אחד בלבד.

לנוכח האמור ובלית ברירה עתרה חווה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, שם קיוותה להגיע לתוצאה מאוזנת וצודקת יותר בנוגע לרכוש. יש להבהיר כי בתי הדין הדתיים, ובהם בתי

הדין הרבניים, נהנים מאוטונומיית שיפוט רחבה שבגדרה אין זכות ערעור על פסקי דינם לבית המשפט העליון. עם זאת, אפשר לעתור לבג"ץ, וכך עוד מתקופת המנדט הבריטי, בנושאים מסוימים, ובהם חריגה מסמכות, פגיעה בכללים של צדק טבעי הקובעים עקרונות בסיסיים של הגינות הדין, וחריגה מדין המחייב את בתי הדין הדתיים.

עיקר עתירתה של חוה התמקד בכך שבית הדין הרבני התעלם מהלכה פסוקה של בית המשפט העליון בנוגע לחזקת השיתוף. לטענתה, בכך הוא פגם בזכותה לשוויון כפי שמוגדר בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. השאלה אשר עמדה במוקד העתירה לבג"ץ הייתה האם הלכת שיתוף הנכסים אשר פותחה בבית המשפט העליון ואשר בית המשפט האזרחי מחויב לפסוק על פיה, מחייבת גם את בית הדין הרבני. העתירה הגיעה לדין לפני הרכב בראשותו של הנשיא שמגר עם המשנה לנשיא ברק והשופט דב לוין, וההרכב השיב עליה בחיוב (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994)).

את פסק הדין העיקרי כתב המשנה לנשיא ברק. פסק הדין הגיע לתוצאה האמורה בשתי דרכים. ראשית, הובהר כי הדין האזרחי בנושא שיתוף הנכסים מחייב גם בבית הדין הרבני כדי ליצור אחדות, שלמות וקוהרנטיות במשפט המדינה. אם לא כן, ייווצר מצב שבו היקף הנכסים של בני הזוג ייקבע באופן שרירותי בהתאם למקום שבו יידון עניינם. נוסף על כך, הוסבר כי תוצאה זו מתחייבת מזכותה של האישה לשוויון בנכסים לפי חוק שיווי זכויות האשה, המחייב גם את בית הדין הרבני בהקשר זה (להבדיל מאשר בענייני נישואין וגירושין).

לפסק הדין חשיבות מכרעת בקובעו כי חוק שיווי זכויות האשה, בהיותו חוק "מלכותי", הוא אחד מהעקרונות הבסיסיים של שיטת המשפט הישראלית, והוא אינו מכונן לבתי המשפט האזרחיים בלבד. הוא חל בכל ערכאה שיפוטית, ולפיכך בית הדין הרבני מחויב לנהוג על פיו. המשמעות היא שדיני שיתוף הנכסים של המשפט העברי, שבית הדין הרבני מפעיל, חייבים לקיים שוויון מגדרי.

הוראה חשובה נוספת שנקבעה בפסק הדין היא כי בית הדין הדתי הוא חלק אינטגרלי ממערכת השיפוט בישראל. בדונו בענייני רכוש הנכרכים בענייני גירושין, על בית הדין הרבני להכריע בסכסוך בנוגע לסוגיית הרכוש העומד לחלוקה, על פי המשפט האזרחי הכללי (ולא על פי הדין הדתי) כפי שהוא נחקק בידי המחוקק ומתפרש בידי בתי המשפט. הינה כי כן, על בית הדין הרבני בדונו בענייני רכוש הנכרכים בענייני גירושין, להכריע על פי כללי המשפט האזרחי הכללי ולפי הלכת שיתוף הנכסים כפי שפותחה בבית המשפט העליון.

חשוב כמובן לשים לב להבדלי גישות בין השופטים. המשנה לנשיא ברק לא הסתפק בהחלת הלכת בבלי בצורה מצמצמת הנוגעת לסוגיות רכוש בלבד, אלא הרחיב ופסק כי "על כל בתי הדין הדתיים במדינה להפעיל, בסוגיות 'אזרחיות' גלוות שאינן חלק מענייני המעמד האישי... הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי, כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון" (עמ' 246). לעומתו, הנשיא שמגר תחם עצמו במסגרת מצומצמת יותר, אשר כונתה בספרות "תאוריית אי הפגיעה בזכויות מוקנות". הסברו אינו מבוסס על תיאוריה כללית בדבר

הדין האמור לחול בבתי הדין הדתיים, אלא מתייחס לסוגיות רכוש בלבד. לדבריו, זכות הקניין שרירה וקיימת לפני כל ערכאה שיפוטית ועל כן, מכוח הדין האזרחי שאליו כפוף בית הדין הרבני, אין בית הדין רשאי לשלול זכות קניינית שמוקנית לפלוני. השופט דב לוין, אשר אף הוא ישב בהרכב, חתם את פסק הדין באמירה "אני מסכים".

אי אפשר להתייחס לפסק הדין בעניין בבלי בלי להזכיר את הסערה שעורר לאחר נתינתו. היו שראו בו פגיעה במעמד של בתי הדין הרבניים. במאמר שפרסם באותה תקופה חיוה דעתו השופט מנחם אלון<sup>1</sup> כי הקביעה שבכל נושא ועניין שאינו נמנה עם ענייני המעמד האישי במובנם הצר, נדרשים בתי הדין הרבנים לדון לפי המשפט האזרחי ולא לפי המשפט העברי, היא שגויה ונוגדת את הפסיקה הקיימת, ולמעשה לא היה בה צורך. אלון לא חלק על תוצאת פסק הדין אלא על הנמקתו.

שיא הביקורת מזוהה עם הפגנת הציבור החרדי נגד בית משפט העליון שנערכה בפברואר 1999. בהפגנת הענק, שנערכה בכניסה לירושלים, השתתפו מאות אלפי מפגינים, ובקרב המשתתפים ובציבור החרדי היא כונתה "הפגנת החצי מיליון". הפגנה זו כוונה כלפי כמה החלטות בענייני דת ומדינה ששינו לטענתם את המצב הקיים, והלכת בבלי נמנתה עימן.

כיצד נראים הדברים מקץ שנות דור? כיצד מיושמת הלכת בבלי בידי בתי הדין הרבניים? האם אכן חוללה מהפכה? התשובה היא מורכבת. במישור המעשי העקרונות האזרחיים בנושא חלוקת רכוש משמשים כיום בסיס לפסיקתו של בית הדין הרבני – ובמהלך הזמן, באופן טבעי, גוברת ממילא החשיבות של חוק יחסי ממון בין בני זוג (בהתחשב בחלוף הזמן ובעובדה שחוק זה חל על אלו שנישאו החל בשנת 1974). עם זאת, מעת לעת מגיעים לדיון מקרים שבהם מתחדדים הבדלי הגישות השוררים לעיתים בין ערכאות השיפוט. אחת הדוגמאות לכך משמשת הפרשה שכונתה בכלי התקשורת "פסק דין הבוגדת". באותו עניין התעוררה השאלה של שיתוף בין בני זוג שהיו נשואים למעלה משלושים שנים ושהתגוררו למעלה מעשרים שנה בדירת המגורים המשפחתית. בנסיבות העניין הועלתה טענה של חוסר נאמנות מינית של האישה בחודשי הנישואין האחרונים. במסגרת תביעת הגירושין שהגיש הבעל לבית הדין הרבני האזורי, שאלה כרך את ענייני הרכוש, קבע בית הדין הרבני האזורי כי במשך שנות הנישואין קנתה האישה זכויות בבית המגורים, מכוח הלכת השיתוף הספציפי. ערעור שהגיש הבעל לבית הדין הרבני הגדול התקבל, ונקבע בדעת רוב כי לאישה אין זכויות בבית המגורים, בין היתר בשל אי נאמנותה המינית כלפי הבעל חודשים ספורים טרם הגירושין. האישה עתרה לבג"ץ וטענה כי פסיקת בית הדין הרבני הגדול מנוגדת לדין האזרחי, המחייב על פי הלכת בבלי. הליך זה נדון פעמיים בבית המשפט העליון. תחילה, בפסק דין שניתן

1 מנחם אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן": ערעורים והרורים בערכות פרוטיות בבלי ולב" רביתרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 361 (מנחם מאוטנר, אבי שגיאר ורוני שמיר עורכים 1998).

בהרכב של שלושה, העתירה נדחתה (נגד דעת המיעוט של השופט עמית), בין השאר על בסיס עמדה של אי התערבות בפסיקתו של בית הדין הרבני (בג"ץ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (18.11.2018)). בשל ההשלכות העקרוניות שהיו עשויות להיות לפסיקה זו הוחלט לקיים בעניין זה דיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים בראשותה של הנשיאה חיות (דג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (24.6.2021)). בפסק הדין, שניתן ביוני 2021, התקבלה העתירה לדיון נוסף, הוחלט שיש לבטל את פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, והאישה קיבלה מחצית מדירת המגורים. דעת הרוב קבעה כי במהלך הנישואין התגבש שיתוף ספציפי בדירת המגורים המשותפת, וכי אי נאמנות מינית מאוחרת אינה שוללת שיתוף שכבר התגבש ואינה פוגעת בזכויות מוקנות. חלק מרכזי מפסק הדין היה אישורה של הלכת בבלי בנוגע לתחולת הדין האזרחי על חלוקת רכוש בין בני זוג. פסק הדין ניתן נגד דעת המיעוט של השופטים סולברג, מינץ ושטיין. עם זאת, יש לציין שכל השופטים הסכימו לתוקף המחייב של הלכת בבלי, והמחלוקות נסבו על יישומה ובעיקר על היקף ההתערבות בפסיקתם של בתי הדין הרבניים.

אין ספק שהדרך שבה יש ללכת היא שאיפה להרמוניה משפטית אשר משלבת הידברות הדדית בין המערכת המשפטית האזרחית למשפט העברי, כפי שצמח והתפתח במשך השנים. כיצד ימשיכו הדברים להבשיל? ימים יגידו.

# ילד אחד ושני בתים: מעיל אחד או שני מעילים

בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (19.7.2017)

## תמר סנונית-פורר

איש ואישה נישאים. הם מלאי תקוות לעתיד לבוא, למשפחתם ועבורם. לא תמיד התקווה נענית. בעת פרידה האידיליה של הקמת המשפחה והתקוות לעתיד מתחלפות בסכסוך. לא עוד קורת גג אחת וגם לא הכנסות והוצאות במשותף. כעת כל אחד מהם צריך לשוב ולבנות בית חדש – כל אחד לעצמו ולילדיהם המשותפים.

פירוק המשפחה מזמן אתגרים רגשיים ואנושיים – וגם אתגרים כלכליים לא פשוטים. אחד מהם ממוקד בתחום מזונות הילדים. מי צריך לשאת במזונות הילדים: ההורה שמשכר יותר? בחלקים שווים? באופן יחסי? לפי שיקולים אחרים? כיצד החובה לשלם מזונות משתלבת בשאלת מקום המגורים של הילדים – אצל הורה אחד או אצל האחר? ואולי במשמורת משותפת? אלה הן שאלות שנדונות גם בשיטות משפט אחרות, אבל בישראל הן מורכבות יותר מבחינות רבות בשל המאפיינים הייחודיים של דיני המשפחה, שמשלבים בין הדין הדתי לדין החילוני.

המחוקק הישראלי קבע כי אדם חייב במזונות ילדיו הקטינים לפי הוראות הדין האישי שחל עליו. נקודת המוצא לחיוב במזונות היא הדין הדתי שחל על בני הזוג. במקרה של יהודים הדין האישי הוא ההלכה היהודית, שגלומה במשפט העברי. עקרונות המשפט העברי בסוגיית המזונות גובשו בתקופה שבה התפיסה לגבי התפקידים של גברים ונשים בחברה הייתה שונה מזו הקיימת היום. חלוקת התפקידים המסורתית בתא המשפחתי הייתה מגדרית. האם שימשה ההורה העיקרית והייתה לה יכולת כלכלית נמוכה יותר משל האב, והאב שימש המפרנס העיקרי ונמצא זמן מועט יותר עם הילדים. חלוקת התפקידים המסורתית השפיעה על עיצוב דיני מזונות הילדים לאחר הגירושין במשפט העברי.

במשפט העברי מקובלת הבחנה בין שלוש קבוצות גיל: ילדים עד גיל 6 (קטני קטנים), ילדים בקבוצת הגילים 6-15 (קטנים), וילדים בקבוצת הגילים 15-18 (גדולים). לגבי כל קבוצת גיל חל חיוב שונה. נוסף על כך, המשפט העברי מבחין בין צרכים הכרחיים (מזונות שנועדו לספק צרכים בסיסיים) לצרכים מדין צדקה (מזונות מעבר לחיוב הבסיסי ההכרחי שנועדו להביא את הילד לרמת החיים שהורגל בה טרם הגירושין). עד גיל 6 החיוב הוא של האב לבדו. באופן מוחלט לגבי הצרכים ההכרחיים, והאם פטורה ממזונות ללא קשר למצבה הכלכלי. בגילים 6-15 החיוב של האב נובע משילוב של שני מקורות הלכתיים שונים וממשיך את המצב



שהיה עד לגיל 6, בהקפדה על חלוקה בין צרכים הכרחיים (שהאב נושא בהם לבדו) לצרכים מדין צדקה (ששני ההורים חולקים בהם). בגילים 15-18 החיוב במזונות הוא מדין צדקה והוא חל על ההורים באופן שווה.

מאז נקבעו עקרונות המשפט העברי חלו תמורות חברתיות, תרבותיות וכלכליות. חלוקת התפקידים המסורתית התחלפה בחלוקה שוויונית של גידול הילדים ובהשתלבות משמעותית יותר של נשים בשוק העבודה. האם המשפט הישראלי, שאימץ בסוגיית המזונות את המשפט העברי, יכול להתאים עצמו לשינוי זה?

בראשית שנת 2015 הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון שתי משפחות של בני זוג יהודים שהתעוררה לגביהן אותה שאלה משפטית: כיצד יש לפסוק מזונות לילדים בגילים 6 עד 15 כאשר לאחר הפרידה ההורים חולקים את הזמן עם הילדים באופן שווה, והשתכרותם זהה או קרובה לכך. מקרים אלה שילבו מורכבות כפולה: לא רק השאלה של "גישור" בין המשפט העברי למציאות בת ימינו, אלא גם המציאות החדשה של "משמורת משותפת" על ילדים. מצב של משמורת משותפת אמור להשפיע, לפחות חלקית, על החיוב במזונות, כדי למנוע מצב שבו האב "משלם פעמיים": גם מזונות מלאים כבעבר לאם המשמורתית וגם ההוצאות הנובעות מכך שהילדים גרים גם אצלו.

ההתדיינות במקרים אלה התחילה בבתי המשפט לענייני משפחה.

במקרה הראשון נקבעה משמורת משותפת, ולהורים הייתה השתכרות כמעט שווה זה לזה. בית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון דחה את תביעת האם למזונות, ונקבע חיוב הדדי שווה של שני ההורים בהוצאות חינוך ורפואה של שלושת הילדים. בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור של האם ופסק כי האב יישא בתשלום מזונות ומדור (מגורים) של שלושת הילדים בסך 2,875 ש"ח לחודש. כמו כן נקבע כי יהיה תשלום בחלקים שווים של הוצאות רפואה חריגות ושל חלק מהוצאות החינוך.

במקרה השני נקבע בבית המשפט לענייני משפחה בחיפה כי בשל התחשבות במשמורת משותפת והפחתה בתשלום המזונות בגללה, האב יישא בתשלום מזונות ומדור של שלושת הילדים בסך כולל של 4,500 ש"ח לחודש. בית המשפט המחוזי דחה את ערעורי שני ההורים וקבע כי אין מקום לפטור את האב לחלוטין מתשלום מזונות בשל משמורת משותפת, אלא יש להפחית את תשלום המזונות והמדור, כפי שנפסק בבית המשפט למשפחה.

בשלב זה בשני המקרים הוגשו בקשות רשות ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון החליט לדון בכך ב"גלגול שלישי" בשל האופי העקרוני החשוב של המקרים. פסק הדין מוכר בכינוי עניין 919 על שם מספר ההליך, ובהתחשב בכך ששמות הצדדים בהליכי משפחה הם חסויים (בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (19.7.2017)). ההליך נדון לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים: המשנה לנשיאה ג'ובראן והשופטים חיות, דנציגר, פוגלמן, סולברג, ברק-ארז ומזוז. את פסק הדין העיקרי כתב השופט פוגלמן, אבל התקדים שנקבע בסופו של דבר מבוסס על "שילוב" בין פסק דינו לעקרונות יישומיים בפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

פסק הדין ניסה לגשר בין עקרון השוויון לדיני המזונות של המשפט העברי, והכול על רקע המאפיינים המיוחדים של משמורת משותפת. המשפט העברי הוא מערכת נורמות המורכבת מפסיקות של פוסקים שונים לאורך השנים הנבדלים זה מזה, בין היתר, בתפיסותיהם הדתיות והחברתיות ובתפיסתם לגבי הצורך להתאימן למציאות חברתית משתנה. המשפט העברי כולל קשת רחבה ומגוונת של פסיקות, עמדות והכרעות. השופט פוגלמן סקר בהרחבה את העמדות השונות והמשתנות במשפט העברי בקשר למקור חיוב האב במזונות הילדים הקטנים ולאפשרות חלוקת החובה בין שני ההורים במידה שווה. סקירה זו הובילה למסקנה שבמשפט העברי קיימת פרשנות הלכתית חלופית שלפיה לאחר גיל 6 חובת המזונות היא מדין צדקה, וכי חובה זו חלה במידה שווה על שני ההורים. הודגש כי אין המדובר בעמדה הלכתית שולית, אלא זו התקבלה על ידי גדולי הפוסקים.

בהמשך קבע השופט פוגלמן כי את הפרשנות ההלכתית החלופית ראוי לאמץ בקשר לילדים קטנים (גילים 6-15 שנים) בשל עקרון טובת הילד ועקרון השוויון. עקרון טובת הילד תומך באימוץ פרשנות שתבטיח את ההקצאה הטובה ביותר של משאבי ההורים עבור סיפוק צורכי הילדים. נקבע כי הפרשנות הקודמת של המשפט העברי, המחייבת את האב בלבד בתשלום מזונות לידי האם, עלולה לפגוע בטובת הילד כאשר ההורים חולקים זמני שהות שווים. חיוב זה עלול לגרום לכך שהאב לא יוכל להבטיח את רווחת הילד עת הוא שוהה עימו, מאחר שהוא משלם ישירות עבור צורכי הילד עת הוא שוהה עימו ופעם נוספת הוא משלם לאם. כמו כן נקבע כי טובת הילד מחייבת שתהיה כתובת ברורה לסיפוק צורכי הקטינים. כחלק מטובת הילד יש לשאוף למצב שמקטין את החיכוך בין ההורים.

עוד נקבע בפסק הדין כי הפרשנות הקודמת של המשפט העברי בדיני מזונות היא מפלה: החיוב הוא על בסיס מגדרי ועל כן פוגע בערכי השוויון. הפרשנות הקודמת ביטאה את חלוקת התפקידים המסורתית, ואילו הפרשנות ההלכתית החלופית תואמת את מציאות החיים הנוכחית ומשקפת את התמורות החברתיות והכלכליות שחלו בחברה הישראלית בנוגע לתפיסת המשפחה ולחלוקת התפקידים בה. בשורה התחתונה נקבע כי חלוקת החיוב במזונות בין ההורים תיקבע על פי היכולות הכלכליות היחסיות שלהם מכל המקורות, לרבות שכר עבודה ובהתחשב בחלוקת זמני השהות של הילדים ביניהם.

עדיין נותרה השאלה כיצד ליישם עקרונות אלה. מזונות ילדים הם גם עניין מעשי, והתעורר חשש שההורים "יזרקו" זה על זה את ההוצאות, והילד יהיה כדור משחק ביניהם. מי יקנה מתנה ליום הולדת שהילד מוזמן אליו? האם את המכנסיים יקנו היום או מחר, כאשר יחזור לאימא? לא הספיקו העקרונות, ונדרשו גם התוויות מעשיות. אלה נמצאו בפסק הדין של השופטת ברק־ארו.

השופטת ברק־ארו הטעימה כי יש להבחין בין שני סוגי הוצאות של הילדים: הוצאות הנוגעות לפעילות יומיומית שוטפת (מזון, מים, הסעות, בילויים משפחתיים שגרתיים) והוצאות נוספות (ספרי לימוד, בגדים, הנעלה, שירותי רפואה לא צפויים ועוד). הוצאות הנוגעות

לפעילות היומיומית השוטפת מסופקות בפועל אצל ההורה שהילד שווה עימו, ולכן הוצאות אלה מתקזזות בין ההורים. במצב זה לא יהיה צורך בהעברת כספים בין ההורים. לעומת זאת, הוצאות שאינן נוגעות לפעילות השוטפת דורשות מנגנון תשלומים אחר כדי שלא יהיה מצב שצורכי הילד לא יסופקו. נוסף על כך, יש חשש לפגיעה ברווחתו הנפשית אם הוא ייקרע בין שני הוריו. לצורך כך הציעה השופטת ברק־ארז את דגם "ההורה המרכז", שבגדרו אחד ההורים מקבל בראשית החודש מההורה האחר את חלקו עבור הוצאות שאינן בגין הפעילות היומיומית השוטפת, על פי הערכת בית המשפט בהתאם לגילי הילדים ולצורכיהם. על פי עקרון טובת הילד, בתפקיד ההורה המרכז אמור לשמש ההורה המתאים יותר לתפקיד על בסיס אורח החיים המשפחתי, לרבות ההתנהלות שהייתה טרם הפרידה ומי שהיה המטפל העיקרי בילדים טרם הפרידה. פתרון נוסף שהוצע הוא פתיחת חשבון בנק מיוחד שבו יפקידו שני ההורים את חלקם בהוצאות הנוספות, והוא ישמש לתשלום ההוצאות שאינן קשורות לשהות הקטין עם הוריו. נוסף על אלה נקבע כי ההורים יחלקו בהוצאות החריגות של הקטינים בנושאי חינוך ורפואה בהתאם לכושר ההשתכרות שלהם ועל פי מנגנון שיקבע בית המשפט לענייני משפחה. לבסוף, כל הורה ישלם ישירות בעצמו את הוצאות המדור של הקטינים. תשלום המדור יהיה כפוף לבדיקה של בית המשפט למשפחה אם הנשיאה הכפולה במדור המתאים לקטינים אינה פוגעת ביכולת ההורים לספק את הצרכים שהקטינים נזקקים להם, וכיצד להתאים את החלוקה של זמני השהות לטובת הקטינים. השופט פוגלמן הצטרף להיבטים מעשיים אלה, וכך פסק הדין ניתן פה אחד על ידי כל שופטי ההרכב.

בית המשפט הדגיש בפסק דינו כי אין מקום לקבוע נוסחאות מתמטיות נוקשות הקושרות בין הכנסות ההורים וחלוקת זמני השהות לשיעור המזונות. לשופט שפוסק את המזונות נתון שיקול הדעת להתבונן על המשפחה שלפניו ועל נסיבותיה ולהבטיח את חלוקת הנטל ההולמת ביותר, תוך הדגשת טובת הילד ורווחתו בבתי שני ההורים. התוצאה הסופית המעשית של פסק הדין הייתה השבת הדין לגבי שתי המשפחות לבתי המשפט לענייני משפחה לקביעת המזונות לאור העקרונות שנקבעו בפסק הדין.

בפסק הדין התקיים דיון ער בין השופטים לגבי הכללים הנדרשים לקביעת משמורת משותפת בין ההורים, קרי: לחלוקת זמן שווה בין ההורים. עניין זה אינו נדרש להכרעה ישירה בסוגיית המזונות, אבל הוא בעל משקל בתוצאה הסופית. בית המשפט הדגיש כי יש לשמור על עקרון טובת הילד ועל סיפוק צרכיו גם בעת שנקבעת משמורת משותפת, ולבחון את ההשלכה הכלכלית של קביעה זו.

הייחודיות של פסק הדין וחשיבותו אינן רק בתוצאתו. בית המשפט דן בסוגיית השוויון בין גברים לנשים, בסוגיית התאמת הדין העברי לשינויי העיתים תוך שמירה על לשון החוק ובהעמדת עקרון טובת הילד במרכז פסיקת המזונות. פסק הדין נחשב לפורץ דרך בכל הנוגע לשימת עקרון טובת הילד במרכז פסיקת המזונות. בפסק הדין קיימת קביעה ברורה כי מזונות ילדים נועדו לשרת את טובת הילד וצרכיו ולתת מענה ראוי ונדרש לצרכיו בנפרד מזכויות

הוריו. בית המשפט קרא למחוקק לקבוע הסדר חקיקתי חדש שיסדיר את מכלול חיוב המזונות בהתחשב בשינויי העיתים.

ומה הלאה באופן כללי יותר? האם פסק הדין הביא למהפכה בתחום פסיקת דיני המזונות? פסק הדין דן בסוגיה של חיוב מזונות ילדים יהודים בגילים 6-15. הוא אינו מסדיר באופן כולל את חובת תשלומי המזונות. פסק הדין קבע עקרונות כלליים, אבל לא קבע נוסחאות אחידות ומענה ברור לכל סוגיה וסוגיה. פסק הדין גם לא הכריע בסוגיית הכללים הנדרשים לקביעת משמורת משותפת וזמני שהות בין הורים לילדיהם, אלא התייחס להשלכות הקשורות לתשלומי מזונות ולצורך להבטיח את סיפוק צורכי הקטינים ואת טובתם.

שאלות מהותיות נוספות נשארו פתוחות גם לאחר מתן פסק הדין: האם האמור בו יחול גם על הורים שאינם חולקים משמורת משותפת? האם פסק הדין כשלעצמו הוא שינוי נסיבות שבשלו יש להורות על שינוי רטרואקטיבי של מזונות ילדים שנקבעו בהסכם גירושין או בפסיקת בתי המשפט? בהמשך הבהיר בית המשפט העליון כי התשובה על שאלה זו היא שלילית, והבטיח את היציבות בתחום רגיש זה (בע"מ 7670/18 פלונית נ' פלוני (20.1.2021)). אבל נותרו שאלות נוספות: האם האמור בפסק הדין יחול גם לגבי ילדים קטני קטנים בגילים 0-6? כיצד פסק הדין ישפיע על פסיקת מזונות לגבי הורים שחל עליהם דין אישי אחר? כיצד ישפיע פסק הדין על החיוב בתקופת השירות הצבאי ומעל גיל 18 ועד לגיל 21? לאחר שניתן פסק הדין התעוררה השאלה האם פסק הדין תרם לקידום השוויון ולעדכון הדין, או שהוסיף לאי הוודאות בתחום מהותי ורגיש זה.

השאלות שנשארו פתוחות הן ביטוי מובהק לקושי הטבוע בעיצוב מחדש של תחום משפטי רחב באמצעות פסיקה. חוק הכנסת יכול להסדיר תחום משפטי בכללותו. בית המשפט מכריע במקרה שלפניו על פי הוראות החוק הקיימות תוך קביעת עקרונות כלליים. בית המשפט אינו יכול לחרוג לגדר דיון בנושאים שלא היו לפניו כלל. תחום דיני המשפחה בישראל מעורר שאלות אלה ביתר שאת בשל הקשר לתחום הרגיש של דת ומדינה.

פסיקת מזונות ילדים היא פסיקה יומיומית בבתי המשפט לענייני משפחה. ילדים רבים חולקים שני בתים והם זכאים לקבל את הוצאותיהם וסיפוק צורכיהם משני הוריהם בלי שטובתם תיפגע ובלי שהילד "ייקרע" בין שני ההורים (סעיף 41 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז). מעבר לטובת הילד, המטרות של פסיקת מזונות ילדים הן שלא להעצים את המתח בין ההורים, ולייצר ודאות ויציבות במערכת המשפחתית שיאפשרו לכל הורה לגדל את ילדו במבנה המשפחתי החדש.

פסק הדין בעניין 919 סיפק תשובות לחלק מהשאלות וקבע תקדים היוצר שוויון בין הורים יהודים בחלק מתקופת החיוב. נותר לראות כעת אם המחוקק ישעה לקריאת בית המשפט ואם יהיה שינוי חקיקתי מקיף בחיוב מזונות ילדים.

## מצווה לקיים רצון המת – אבל כיצד?

ע"א 679/76 סלי נ' עזבון שפר, פ"ד לב(2) 785 (1978)

ע"א 86/79 קניג נ' כהן, פ"ד לה(1) 176 (1980)

ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701 (1982)

### יניב לוזון

הנישואים של גיזל לבעלה יהושע לא עלו יפה, אבל הם לא הצליחו להיפרד. גיזל שכרה חדר בקומה העשרים של בית מלון בתל אביב, וכעבור שעה קלה התאבדה. היא קפצה אל מותה מחלון החדר ובידיה בתה הקטנה בת השלוש.

איננו יודעים בוודאות על מה חשבה בדרכה אל מותה, כששהתה בין שמים לארץ בעודה אוהזת בבתה, שלציידה ביקשה להיקבר. עם זאת אנו יודעים בוודאות על מה חשבה בשעה האחרונה לחייה, מה רצתה ובעיקר מה לא רצתה. המנוחה הותירה בחדר המלון תשעה פתקים בכתב ידה, ואחד מהם אפילו הוכתר בכותרת "צוואה".

גיזל המנוחה לא רצתה שיהושע, בעלה בעל כורחה, ישתתף בהלוויה. עוד היא ביקשה לומר לבעלה ש"דרך ארץ קדמה לתורה". אפילו נימקה מדוע לקחה עימה את בתה אל מותן המשותף. נוסף על כל אלה דאגה לכך שבעניין חלוקת רכושה בעלה "יקבל כמה שפחות", תוך שפירטה את רצונה כי הרכוש יחולק בין ארבעת אחיה.

אחיה של גיזל המנוחה ביקש בבית המשפט המחוזי בירושלים לקיים את ה"צוואה" שהותירה המנוחה, ובעלה הגיש התנגדות. לכאורה – רצון כה ברור וכה מובן שאף הוכתר בכותרת "צוואה". אבל המסמך לא נחתם ולא נשא תאריך, בניגוד לנדרש בסעיף 19 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. לכן, הוא נפסל בבית המשפט המחוזי ולא הוכר בתור צוואה. בית המשפט קבע שהכתב והתאריך הם תנאים מהותיים לתוקף המשפטי של צוואה בכתב יד, ועל כן באין חתימה ותאריך אין צוואה. האם תנצח הפורמליות את התוכן והרצון? אם תוכר הבחירה של המנוחה, עיזבונה יחולק בהתאם לרצון שהביעה באחד הפתקים שהשאירה בחדר המלון. אם לא, המשמעות היא שהעיזבון יחולק בהתאם לחוק הירושה ובעלה יזכה בירושתה בניגוד לרצונה, כמעט "הרצחת וגם ירשת" (מלכים א, כא 19).

פנייה לבית המשפט העליון לא הביאה ישועה לרצון המנוחה ולאחיה (ע"א 86/79 קניג נ' כהן, פ"ד לה(1) 176 (1980)). בהרכב של הנשיא לנדוי, השופט בכור והשופט בייסקי נדחה הערעור של האח. סעיף 25 לחוק הירושה התיר לבית המשפט לתקן "פגם" בחתימה או בתאריך אם אין ספק

בכך שזה רצון המצווה. אבל השופט בכור הסביר כי העדר חתימה או תאריך אינו בגדר "פגם", מאחר שאין להרחיב את הפירוש שניתן למושג "פגם" ולכלול בו גם את אי קיום הדבר עצמו. על פי לשון בני אדם, פגם בחתימה אינו כולל העדר חתימה. עוד נקבע שצוואה בכתב יד מושתתת על קיומו של כתב, ומכאן ההקפדה על שלושת המרכיבים שלה: כתב יד, תאריך וחתימה.

תפנית בעלילה כמעט התרחשה כאשר השופט ברק נתן רשות לקיים דיון נוסף בפרשה בהתחשב באופייה התקדימי. זו הפעם חמישה שופטים ישבו על המדוכה, אבל התוצאה לא השתנתה (ד"נ 40/80 קניג'ג' כהן, פ"ד לו(3) 701 (1982)). חילוקי הדעות בין השופטים חידדו את המתח הכללי במשפט בין פורמליזם לחתירה לצדק. השופט שלמה לוין דחה את העתירה הן מטעמים שבחוק הירושה, הן מטעמים שבמדיניות משפטית. לגישתו, אף שהמנוחה הכתירה את הפתק כצוואה, לא הועיל לה הדבר. זאת הואיל ובהעדר חתימת המנוחה על המסמך ובהעדר תאריך, נעדרים מרכיבי היסוד הנחוצים להכרה במסמך בתור צוואה כדין. השופט לוין קבע כי אם חסר אחד מרכיבי היסוד בצוואה, אי אפשר לקבוע שהמסמך הוא צוואה, ואי אפשר לתקן את החסר, גם בדרך של השלמה פרשנית. השופט לוין קבע שלדרישות הפורמליות יש מטרה, ושחתימה אינה רק אמצעי זיהוי אלא גם גילוי דעתו של המצווה בדבר גמירות דעתו (כלומר החלטתו הסופית לעשות צוואה זו). אשר לתאריך על גבי הצוואה, נקבע כי זה נדרש לשם זיהוי מוחלט של מועד עריכת הצוואה. עם השופט שלמה לוין הסכימו הנשיא לנדוי והשופט בייסקי.

מנגד, השופט ברק הדיש בדעת מיעוט שמדובר במקרה מיוחד ויוצא דופן, מקרה פתולוגי נדיר. נוכח נסיבות אלה ביקש השופט ברק לנסות לקיים את הצוואה בדרך של השלמה פרשנית. השופט ברק ציין שקיימים שני שיקולים נוגדים בדיני הצוואות. מן הצד האחד ניצב השיקול של קיום רצון המצווה באשר לאופן שבו יחולק רכוש. בהתאם לשיקול זה נשאל מה היה רצון המנוחה, ואם רצון זה בא לידי ביטוי במסמך. זאת ללא צורך להיזקק להסדר פורמלי באשר לאופן עריכת הצוואה. מן הצד האחר ניצב השיקול של הצורך להוכיח את רצון המצווה ואת הבנתו את הצוואה ולהבטיח הגנה מפני השפעות בלתי הוגנות על המצווה. על כן ובשים לב לכך שבעת חלוקת הרכוש של המצווה הוא לא יהיה עוד בחיים ולא יהיה אפשר לשאול לכוונתו ולרצונו, רצוי לקבוע דרישות פורמליות שיש בהן משום השתקפות חיצונית של הבנת המצווה את צוואתו. על כן יינתן תוקף של צוואה לרצון המנוח רק אם אותו רצון מוצא ביטוי בדרך פורמלית הקבועה בחוק, ופגם בדרישות הפורמליות יביא לפסילת הצוואה. לגישת השופט ברק, המטרה של השופט כפרשן היא לפרש את הדרישות הקבועות בחוק פרשנות מרחיבה שיש בה כדי להגשים את תכלית החקיקה – לקיים את מצוות המת. על כן הוא קבע כי העדר החתימה בצוואה בכתב יד הוא פגם שניתן לריפוי. השופט ברק קבע כי "הדיבור 'פגם' בסעיף 25 לחוק הירושה משתרע לא רק על המקרה של החסרת דבר מהשלם, אלא גם על המקרה של חסר השלם עצמו" (עמ' 715). בעניין זה וכדי לקיים את רצון המנוחה, השופט ברק ביקש להשתחרר מפורמליות יתרה ולהעדיף תוכן על פני הצורה. לשיטתו, תפקיד

החתימה ללמד כי המסמך מייצג את הרצון האחרון של המצווה, אבל זה ניתן להוכחה בדרכים אחרות וחיצוניות לצוואה.

השופט בייסקי, שהיה חבר בהרכב השופטים בפסק הדין המקורי בעליון, נותר בעמדתו שלפיה אין לתת לפתקים מעמד של צוואה, ואין הצדקה לסטות מההוראות הפורמליות. השופט בייסקי ציין שהמחוקק קבע בחוק דרישות וסייגים ושיש לעמוד בהם. עוד נקבע שאין מקום להבחין בין הדרישות השונות: החתימה, התאריך וכתב היד – כולן דרישות קונסטטיטויביות (כלומר דרישות שבלעדיהן אין לצוואה תוקף). השופט בייסקי הוסיף עוד שקביעת נורמה על רקע מקרה בלתי רגיל ומיוחד היא כר לניסיון לנצל לרעה פתקים, תרשומות ושרבובים. השופט בייסקי הסכים שיש לפרש על דרך ההרחבה את הוראות החוק כדי לתת תוקף לרצון של המצווה, וגם הכיר עקרונית באפשרות לרפא פגמים כאשר אין ספק באמיתות הצוואה. למרות זאת הוא סבר שאין מתעוררת שאלה של העדפת תוכן על פני צורה, אלא מדובר בסטייה מהוראה מפורשת שהיא בלב ההוראה החוקית ומעבר לדרישה פורמלית. זאת במיוחד, כך נקבע, בשים לב לעובדה שהדרישות הצורניות בצוואה בכתב יד הן מעטות: שהצוואה תיכתב כולה בכתב יד; תישא תאריך כתוב; ותיחתם בידי המצווה. המטרה של דרישות אלה היא לאשר את אמיתות הצוואה. עניינים אלה חשובים ביתר שאת מאחר שצוואה בכתב יד נעשית בין המצווה לבין עצמו, ועל כן כתב היד בלבד אינו מעיד על אמיתות הצוואה. כך, הכתב מצביע על רצון חופשי, אבל על גמירות הדעת אפשר ללמוד מהחתימה בלבד. השופט בייסקי סיכם את עמדתו בכך שמדובר בסיפור טרגי, אבל אין הבדל בינו למקרים אחרים שבהם המצווה לא חתם על הצוואה. על כן בסיכומם של דברים סבר השופט בייסקי שחסר של אחת מן הדרישות הצורניות אינו ניתן לריפוי בדרך של השלמה פרשנית.

השופט אלון הציע לקיים את הצוואה לא כצוואה בכתב יד, אלא כצוואת שכיב מרע בכתב יד. זהו סוג צוואה שמקורו במשפט העברי ושעקרונותיו צריך שידריכו אותנו כל עוד הם מתיישבים עם נוסח החוק ומטרתו. לדברי השופט אלון, המחוקק אימץ את הוראות המשפט העברי בדבר המהות של צוואת שכיב מרע, יסודותיה ועקרונותיה בתוספת כמה שינויים שוליים. השופט אלון ציין שתי מגמות יסוד בדיני צוואה: הראשונה, לקיים את דברי המת ולעשות כדי שרצונו האחרון והאמיתי יתקיים ויבוצע. השנייה, לשמור על קיום דרישות מזעריות שהמחוקק קבע כתנאי בל יעבור, כדי להיות בטוחים באמיתות של הצוואה ובגמירות הדעת של המצווה. אין די בכתב יד, שכן ייתכן שמדובר בטיטה ללא גמירות דעת. השופט אלון ציין כי קיימת חזקה במקרה של צוואת שכיב מרע שלפיה נסיבות עריכת הצוואה מעידות על כך שנעשתה בגמירות דעת, וכי אדם בנסיבות אלו רוצה שדבריו יקוימו, ודעתו עלולה להיטרף מתוך צער שצוואתו לא תקום. ומכיוון שהדברים נאמרים ברגע של אמת, הם נאמרים מתוך רצינות וגמירות דעת שכן אין אדם משטה בשעת מיתה. על כן אין דרישה להצהרת המצווה או לאישור של עדים על ההצהרה כדי לעמוד על רצינות המסמך. מטרת העדים במקרה כזה היא רק ללמד על תוכן הצוואה, אבל העדות אינה קונסטטיטויבית לעצם התוקף של הצוואה

ולקיומה. בנסיבות אלה כשאין מכחיש בדבר, אפשר לקיים צוואת שכיב מרע. צוואת שכיב מרע יכולה להיות גם בכתב, ובכך היא עדיפה על צוואה בעל פה לעניין הוכחת תוכנה. השופט אלון קבע שאפשר לתקן גם פגם בהליך, ולכן יש לבחון אילו הליכים בצוואת שכיב מרע אפשר לתקן ואילו לא. סימני ההיכר לצוואת שכיב מרע הם היות המצווה שכיב מרע וחוסר ספק בדבר תוכן הצוואה ואמיתותה.

מעניין לציין כי במקרה זה השופטים ברק ואלון, שהחזיקו בדעות שונות לגבי המקום והתפקיד של המשפט העברי במשפט הישראלי, הגיעו לאותה תוצאה, כל אחד לשיטתו, ונשארו שניהם ביחד בדעת מיעוט.

הנשיא לנדוי הצטרף לעמדה של השופטים לוי ובייסקי שלא להכשיר את הצוואה. בדומה לדברי השופט בייסקי, גם הנשיא לנדוי ציין שמצווה לקיים דברי המת, והוא גילה אהדה לאישה האומללה. עם זאת, הנשיא לנדוי ציין כי אהדה זו אסור שתביא למסקנות משפטיות קיצוניות השובות את הלב במקרה מסוים אבל אינן עומדות בדבר המחוקק. כך, בסופו של דבר הפתקים לא הוכרו בתור צוואה, ולא קוים רצון המנוחה.

המקרה הטרגי של גיזל כהן ז"ל הוא אכן ייחודי. עם זאת, אפשר לראות בו חלק מרצף של התדייגויות שבהן מתעוררות השאלות מהו רצון המת בנוגע לחלוקת רכושו, וכיצד רצון זה מוגשם במתח שבין עמידה בדרישות פורמליות של המחוקק לגמישות פרשנית של החוק. מקרה נוסף מסוג זה, אומנם שונה במאפייניו, היה זה של מר קרל שפר ואילה הקטנה (ע"א 679/76 סלי נ' עזבון שפר, פ"ד לב(2) 785 (1978)).

קרל שפר היה אלמן ללא ילדים. בינו למשפחת סלי שררו יחסי שכנות טובה וידידות. הוא אהב במיוחד את בתם הקטנה אילה, שאליה התייחס כאל נכדתו, והיה מעניק לה מתנות יקרות. ידידיו שמעו מפיו שאין היא חייבת לדאוג לעתידה ושהוא כבר דואג לה. קרל נקט כמה פעולות כדי להבטיח את עתידה של אילה. הוא פתח קופת תגמולים ומינה את אילה לזכאית להנאה מהתגמולים אחר מותו. קרל גם הודיע לפקידת הבנק שבכוונתו להוסיף את אילה בתור שותפה בכל חשבונותיו בבנק, ולצורך האמור הוא חתם על טופס הוראות וכעבור כמה ימים הביא את אילה וגם היא חתמה על אותו הטופס.

לקרל היו יורשים חוקיים: אח, אחיות, בני אחות ובן אח. עם פטירתו פרצה מחלוקת לגבי הכספים בחשבונות הבנק. בהעדר צורה חוקית של צוואה, נקבע שהכספים שייכים לעזבון ולא לאילה, שכן הואיל ואין מדובר בצוואה, ההתחייבות להוריש או להעביר את הכספים במתנה אינה בת תוקף. לצד זאת, פתיחת חשבונות משותפים נעשית בעזרת "טופס הוראות"; ומצוין בטופס כי במקרה של פטירה תהיה לנותר בחיים "זכות הפקוח והבעלות" על כל הסכומים שיעמדו לזכות החשבון. לכן השאלה שעמדה במרכז פסק הדין הייתה האם אפשר לראות בטופס ההוראות צוואה של המנוח לטובת הקטינה.

בית המשפט קבע שצוואה נעשית באחת מארבע צורות הקבועות בחוק הירושה, ושטופס ההוראות אינו ממלא אחר דרישות החוק. בית המשפט דחה את הטענה שלפיה בשל העובדה



שאינן ספק ברצון המנוח, בית המשפט רשאי להתעלם מהפגמים באופן יצירת ה"צוואה". בית המשפט קבע כי אף שהוא מוסמך לקיים צוואה למרות פגמים שנתגלו בחתימות, בתאריכים, בכשרות עדים או באחד מהתהליכים המנויים בחוק, הוא אינו יכול להפוך לצוואה מסמך שכלל אינו ממלא אחר דרישות הצורה. בית המשפט קבע שאין לראות בטופס משום הסכם בין המנוח לקטינה, שכן חוק הירושה קובע בטלות של כל הסכם שנעשה בחיי אדם. החוק גם אינו מכיר במוסד של מתנה לאחר המוות.

האם שוב יגבר הפורמליזם על כוונת המנוח? לצורך צמצום הפגיעה במה שנתפס כרצון המנוח, בית המשפט בחן אם אפשר לראות בהעברת החשבונות הבנקאיים הענקה מתנה לאלתר לטובת הקטינה והקניית הכספים הנמצאים בחשבונות אלה לטובתה. שאלה נוספת שנדונה היא האם הקטינה אילה זכאית למחצית הסכומים שנותרו בחשבונות המשותפים. בית המשפט קבע כי ניתן להקנות מתנה שתהיה שייכת לנותן ולמקבל יחדיו. בפועל הוקנתה לקטינה לאלתר הזכות למשך כספים ולתת הוראות אחרות בחשבונות משותפים, ואין חשיבות לעובדה שהקטינה לא השתמשה בזכותה לפני פטירת המוריש. בפועל, כך נקבע, יתרת הכספים הייתה יכולה להשתנות ואפילו להגיע לאפס. על כן נפסק כי השיתוף לאלתר הוא בר תוקף, לעומת הענקה לאחר מיתה – דבר שנוגד את חוק הירושה ושאינו לו תוקף משפטי – וכי אין לראות בניסיון הכושל להעניק מתנה לאחר מיתה, עניין שיש בכוחו לפגוע במתנה בחיים. אם נשוב לנקודת ההתחלה, אפשר להיווכח שהמתח בין פורמליזם למהות הוא מתח קבוע במשפט – בכלל, וכך גם בדיני צוואות וירושות. גם אם רצון המנוח ברור, הכללים הפורמליים והדרישות החוקיות נחוצים כדי לעמוד על רצון המצווה ולוודא שרצון זה יקוים. המתח בין פורמליזם למהות הוא לא רק נושא לבית המשפט לענות בו, אלא גם למחוקק. בעקבות פסק הדין בעניינה של גיזל כהן ז"ל תוקן חוק הירושה. כיום סעיף 25 לחוק הירושה מסתפק בכך שהצוואה נערכה בכתב היד של המצווה, גם ללא חתימה או תאריך, ובתנאי שאין ספק כי היא משקפת את רצון המנוח. כך, ייתכן שאילו המקרה של גיזל כהן היה מתרחש כיום, צוואתה הייתה מקוימת.

# משפט וסביבה



# **"לעבדה ולשמרה": על המתח שבין זכות הקניין לשמירה על הטבע לטובת הכלל**

ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין  
אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פ"ד נו(3) 385 (2002)

## **מרדכי בורשטין**

"חופים הם לפעמים געגועים לנחל", כך כתב המשורר נתן יונתן. הגעגועים כיום הם לא רק לנחל אלא גם לחופי הים, לשמירה עליהם ולגישה אליהם. הנוסעים לחיפה יבחינו בשני בניינים סמוכים לחוף הים הידועים בשם מגדלי חוף הכרמל. בניינים אלה והשאלות שעוררו בכל הנוגע לשימור החופים והגישה אליהם, עמדו במרכזו של פסק דין חשוב שנתן בית המשפט העליון, ושידוע בכינוי עניין חוף הכרמל (ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פ"ד נו(3) 385 (2002)).

במוקד הערעור הייתה קרקע הסמוכה לחוף הים. ליתר דיוק, פחות מ-100 מטרים הפרידו בינה לים. חברת חוף הכרמל רכשה את הקרקע בשנת 1989 וביקשה להקים בה בניינים שבהם דירות נופש שנמכרות לבעלים קבועים. על הקרקע חלו שתי תוכניות מתאר בעניין אפשרויות השימוש בה: האחת, תוכנית מפורטת משנת 1978 העוסקת בחוף הכרמל, שהתירה שימוש של מלונאות - בתי מלון ומלונות דירות ("תיירות ונופש") - ללא הגבלת מרחק מחוף הים. השנייה, תוכנית המתאר הארצית לחופים, הידועה בכינוי תמ"א 13, משנת 1983, שקובעת את ייעודי הקרקע לאורך החופים ושואסרת על בנייה במרחק של פחות מ-100 מטר מהים. ביסוד תמ"א 13 מונחות שתי מגמות: שימור מרבי של חוף הים בתור משאב טבעי, ושימוש בחוף הים לייעודים ציבוריים ומניעת שימוש באזור החוף לצרכים פרטיים בלבד. כיצד יש ליישמה? במרכז פסק הדין עמדה השאלה האם אפשר להקים ברצועה של 100 מטרים מן החוף "מלון דירות". כמו כן, התעוררה השאלה מהי המשמעות של מונח זה. האם הוא מחייב שבדירות ייעשה שימוש מתחלף של אורחים, או שמא בניין שנמכרו בו דירות נופש לדיירים קבועים יכול להיחשב ל"מלון דירות"?

בשנת 1996 הגישה עמותת אדם טבע ודין עתירה בעניין זה לבית המשפט המחוזי (ה"פ מחוזי חי') 524/96 "אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה" נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה - מחוז חיפה (15.1.1998). לטענתה, תמ"א 13 שוללת בנייה למגורים לאנשים פרטיים ברצועה הקרובה לים, ומאפשרת רק שימוש לתיירות ולנופש. לכן, כך נטען, אין מקום

למכור דירות בבניינים לאנשים פרטיים. ההליך המשפטי הביא להתנגשות ישירה בין זכויות ואינטרסים רבי-חשיבות. מצד אחד – זכות הקניין של החברה הרוכשת, שהחלה לבנות בניינים תוך הסתמכות על היתרי בנייה שניתנו לה מכוח תוכניות תקפות, והזכות של רוכשי דירות בבניין. מצד שני – הזכות של הציבור הרחב לגישה למשאבי טבע ועקרון שלטון החוק, המבוסס במקרה זה גם על תוכנית מתאר ארצית. בעת הגשת העתירה, שלוש שנים לאחר מתן ההיתרים, אחד מהמבנים היה בשלבי בנייה מתקדמים והדירות בו נמכרו, ואילו המבנה השני היה בשלבים ראשוניים של הנחת יסודות והדירות בו טרם שווקו.

השופט דן ביין מבית המשפט המחוזי קיבל את הטענות של עמותת אדם טבע ודין בחלקן. הוא קבע כי יש להבחין בין שני הבניינים שנבנו. לגבי בניין אחד – שהיה בשלבי בנייה אחרונים – נקבע שהעתירה הוגשה בשיהוי ועל כן צריך לדחות אותה על הסף. לעומת זאת, לגבי הבניין השני – שהיה בשלב היסודות – נדחתה טענת השיהוי, ועל כן פנה בית המשפט לבחון את טענות העמותה לגופו של עניין. השופט ביין מצא כי השינויים שנעשו בתוכנית המקומית לא פגעו באופי התוכנית פגיעה מהותית המצדיקה הפקדת תוכנית חדשה. כמו כן נפסק שעל הוועדה המקומית לתכנון ובנייה לפנות למועצה הארצית כדי שתבדוק אם מאושרת החריגה מהכלל שלפיו הבנייה תהיה במרחק 100 מטר מהחוף (להשלמת התמונה יצוין שלאחר פסק הדין של בית המשפט המחוזי אישרה המועצה הארצית את החריגה). השופט ביין קבע עוד שהתוכנית צריכה להתבצע תוך פגיעה מזערית במטרות תמ"א 13. אומנם אין למנוע בעלות פרטית במלון או בדירות בו, אבל יש לשמור על התכלית של ייעוד הדירות לתיירות ונופש. על כן נפסק שעל החברה לקבוע בכל חוזה שייכרת עם רוכשי דירות בבניין, כי עליהם להעמיד את דירתם לשימוש מאגר הדירות המלונאי (הקיים בבניין) במשך מספר חודשים בכל שנה, ובהם הציבור הרחב יוכל להתאכסן בדירות כפי שהוא מתאכסן בבית מלון. כדי לא לפגוע בזכויות רוכשים שרכשו את הדירות קודם לפסק הדין, נקבע שההוראה האמורה תחול רק ממועד פסק הדין, והיא אינה מתייחסת לחוזים שנכרתו טרם מועד זה.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי לא השביע את הרצון של שני הצדדים, וכך הוגשו ערעורים מזה ומזה. הערעורים נדונו לפני הנשיא אהרן ברק והשופטים (כתוארם אז) דורית ביניש ואליעזר ריבלין. הערעור של אדם טבע ודין התקבל בחלקו בפסק דין עקרוני שכתבה השופטת ביניש, ושקבע עקרונות חשובים בכל הנוגע לשמירה על ערכי טבע בהקשרים של תכנון ופיתוח.

הטענה הראשונה שנדונה בפסק הדין היא טענת השיהוי. בהקשר זה נטען כי הגשת העתירה בשנת 1996, שלוש שנים לאחר מתן ההיתר לבניית שני בניינים, מלמדת על שיהוי ניכר, וכי למעשה אדם טבע ודין הייתה יכולה ללמוד על פרטי התוכנית החל משנת 1990, בעת שהחלו הפרסומים הראשונים בקשר לתוכנית. טענת שיהוי היא "טענת סף" מוכרת בהליכים המכוונים נגד החלטות של רשויות מנהליות, ולפיה השתהות בפנייה לבית המשפט עשויה להשליך על האפשרות לקבל בו סעד, ולא כל שכן בהליכים מנהליים. הלכה למעשה, יש לבחון אם האיחור

והשיהוי בהגשת העתירה פגעו באינטרסים של הרשות ושל הכלל. עם זאת, גם במקום שבו נתגלה שיהוי בהגשת עתירה, לא יכשיל הדבר בהכרח עתירה שעילתה אי חוקיות ברורה של הרשות.

בעניין חוף הכרמל נקבע כי השיהוי הוא ברור וכי היה ניתן להקדים ולפנות לבית המשפט גם נוכח היקף המיזם והפרסומים הרבים עליו בכלי התקשורת. אבל כאשר אינטרס ציבורי חשוב מונח על כף המאזניים, יש לבחון עד כמה השיהוי השפיע מבחינה אובייקטיבית על הסתמכות של צדדים שלישיים וגרם להם לשנות את מצבם. בהקשר זה נקבע כי יש להבחין בין שני הבניינים. לגבי הבניין הראשון נמצא שקיים שיהוי אובייקטיבי, שכן בעת הגשת העתירה הדירות בבניין זה שווקו והוא היה בשלבי בנייה סופיים. עד שמיעת הערעור בנייתו הושלמה והוא אוכלס, כך שהיה בהגשת העתירה בעניינו משום שינוי במצב ופגיעה משמעותית באינטרסים ראויים להגנה של היזמים ושל רוכשי הדירות – פגיעה שהייתה נמנעת אילו הוגשה העתירה במועד. לעומת זאת, בנוגע לבניין השני נקבע שכלפי הרוכשים העתידיים לא קיים שיהוי, משום שהעתירה הוגשה בעת שהבניין היה בשלב מוקדם של הבנייה, שלב היסודות, ולפני שנכרתו חוזים עם רוכשים אפשריים. אם אנשים רכשו דירה למרות העתירה, הרי שקיבלו על עצמם סיכון כלכלי מחושב.

השופטת ביניש הוסיפה ועמדה על כך שגם אם קיים שיהוי מסוים בהליך, ניתן בנסיבות מתאימות להעניק סעד לעותרים כאשר העתירה מגלה פגיעה חמורה בשלטון החוק. במקרה הנוכחי נמצא כי בראייה הכוללת יש להידרש לטענות לגופן בנוגע למבנה השני, שלגביו הפגיעה בזכויות צדדים שלישיים היא חלשה יותר. זאת כיוון שהעתירה עוסקת באינטרסים ציבוריים רחבים של שמירה על איכות הסביבה, ומכיוון שההפרה של תוכנית המתאר נוגעת לנגישות של הציבור בכללותו לחוף הים, פוגעת בציבור רחב לאורך זמן ומגלמת פגיעה בשלטון החוק. לאחר שצלח בית המשפט את משוכת השיהוי, נפנה הוא לבחון את הערעור לגופו. בית המשפט קבע שיש חשיבות בהותרת גמישות למוסדות התכנון להתאים תוכניות מתאר למציאות המשתנה. אכן, מי שהגה את התוכנית לא בהכרח חזה את כל השינויים הסביבתיים שעשויים להתרחש לאורך השנים. על כן יש לאפשר הטמעת שינויים בתוכנית כך שתתאים לנסיבות וצרכים המתעוררים עם חלוף הזמן. עם זאת, הגמישות תאפשר מרחב תמרון לקראת מימוש התוכנית, ולא עריכת שינויים מהותיים בתוכנית המשנים את תוכנה מהקצה אל הקצה. המתח הוא בין הדינמיות התכנונית לתכלית התכנונית ומתן אפשרות להתנגד לתכנון זה או אחר, והאיזון טמון בהותרת גמישות מסוימת כאמור.

באשר לתכליות של תמ"א 13 הובהר כי שימוש ציבורי אינו בהכרח שימוש רק לכלל הציבור, אלא גם לתועלת הציבור, דוגמת נמל ים שלא כל הציבור יוכל להשתמש בו, אבל הציבור יוכל ליהנות מהשימוש האמור. השופטת ביניש הפנתה למשפט הרומי העתיק, שם נקבע כי "על פי המשפט הטבעי משותפים לכל אדם: האויר והמים הנוזלים, הים וביחד עמו גם חופי הים" (עמ' 409).

במשפט האמריקני המודרני התפתחה דוקטרינת נאמנות הציבור (Public Trust), אשר הגנה על גישת הציבור לנתיבים ימיים. ברבות השנים היא העניקה הגנה בעלת היבט קנייני לזכות הגישה של הציבור הרחב לחופים, גם אם הם מצויים בבעלות פרטית. יצוין שבארצות הברית קיימות חקיקה שעיקרה את זכות השימוש של הציבור בחופים, וחקיקה שתכליתה שמירה על החופים. כך גם הוכר כי זכות גישה לחוף ושימוש בו למטרות נופש לתועלת הציבור הרחב, היא אחת התכליות של שימור החופים.

בענייננו תוכנית המתאר המקומית התיירה שימוש של אתרי מלונאות: בית מלון, מלונות דירות – בלי שהוגדר מהו מלון דירות. בתמ"א 13 הוגדר אזור תיירות ונופש כך: "שטח המיועד למלונות בדרגות שונות, אכסניות, בתי הבראה, מיתקנים למחנאות ומיתקני נופש ושרותים אחרים הנחוצים או המועילים להפעלתם של אלה". החברה טענה שמלון דירות מעצם טיבו נועד לשימוש מעורב המשלב מגורים ותיירות. טענה זו נדחתה מאחר שבתוכנית המתאר המפורטת הוגדר האזור מלונאות ולא אזור מלונאות ומגורים. נוסף על כך, בשנת 1987 הגדירה המועצה הארצית לתכנון ולבנייה את התחום שבו מצויים הבניינים בתור תחום שמיועד ל"תיירות ונופש", והגדרה זו נתקבלה כדין והיה בה כדי להקל על יזמים.

בית המשפט העליון עמד על כך שזכות הקניין במקרקעין מוגבלת וכפופה להוראות של תוכניות מתאר החלות עליה. בשעה שרכשה החברה את המקרקעין בשנת 1989, כבר היו בתוקף תמ"א 13 והחלטת המועצה הארצית. נקבע כי נוכח האמור בתמ"א 13 השימוש שייעשה בבניין חייב להיות שימוש שהוא ציבורי באופיו – שימוש לנופש ותיירות. לכן נקבע שיש מקום להטיל מגבלות על השימוש בבניין, באופן שהשימוש בדירות יהיו בעיקרו שימוש ציבורי, והדירות יועמדו לרשות הציבור הרחב במשך למעלה מחצי שנה במצטבר. על הוועדה המקומית הוטלה החובה לוודא שממלאים הוראה זאת. הודגש כי אין בהגבלת השימוש כדי למנוע בעלות פרטית על הדירות במלונות הדירות, משום שיהיה בכך משום התערבות מוגזמת בקניין. עם זאת, ההוראה האמורה לא חלה על דירות שנרכשו לפני מועד פסק הדין של בית המשפט המחוזי, בהתחשב בסוגיית השיהוי ובהסתמכות הלגיטימית של רוכשי הדירות.

בסיכומו של דבר, פסק הדין העניק סעד ממשי חרף שיהוי בהגשת העתירה, וקבע כי יש לשמור על החופים ועל השימושים בקרבת החופים, תוך איזון בין זכות הקניין לזכויות הציבור לגישה לחוף הים ולהנאה ממנו. כעולה מפסק הדין, תפיסה ערכית זו עתיקה ומודרנית בו זמנית.

לפסק הדין בעניין חוף הכרמל היו השלכות רבות ועד היום הוא מהדהד. פסק הדין שימש תמרון דרך והבהיר כי השמירה על ערכי טבע בתכנון אינה רק סיסמה, אלא עיקרון שייאכף לטובת הציבור. וכך היה גם במקרים נוספים כמה שנים לאחר מכן. כך למשל היה בעת שבמרינה בהרצליה ביקשו לשווק דירות מגורים, נקבע כי דירות נופש לא יהיו דירות מגורים רגילות, וכי השימוש בדירות במרבית השנה יהיה לטובת כלל הציבור (ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע (7.12.2006)). בהליך נוסף אישר בית המשפט

העליון הגבלות שהטילה הוועדה המקומית על דירות הנופש במרינה, בכללן חיוב רוכשי הדירות להעמיד את הדירות להשכרה לציבור הרחב באמצעות חברת ניהול חיצונית, ומתן אפשרות של מגורים בדירה לתקופה של לא יותר משלושה חודשים בשנה. הגבלות אלה, כך נקבע, מאזנות בין האינטרס הציבורי המחייב מתן גישה למשאבי טבע ושמירה על שלטון החוק, לזכות הקניין של רוכשי הדירות (ע"מ 1036/16 נציגות הבית המשותף ברחוב השונית 10, הרצליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (27.5.2018)). כך גם נפסק שדירת נופש לא תזכה את הרוכש בהטבות מס רכישה, מאחר שאינה דירת מגורים, הן לנוכח העובדה שהזכויות בדירת נופש מוגבלות, הן לנוכח תכלית דיני המס (ע"א 4299/11 גיצלטר נ' מנהל מס שבח מקרקעין (21.1.2014)). כך באמצעות דיני המס ניתן תמריץ שלילי לדירות נופש. בהליך אחר בית המשפט הגביל הרחבת שימוש במבנה הסמוך לחוף הים האדום ומנע הגבהת מבנה קיים, תוך הכרה בכך שחופי הים הם משאב טבע שיש לשמרו בתור משאב ציבורי נגיש ופתוח לציבור כולו (ע"מ 10277/06 חברת פנינת אילת בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז הדרום (15.9.2010)). בשל הפער שבין השאיפה לגמישות התכנונית לצורך לקבוע מתווה נורמטיבי ברור שיגביל שימושים בקרקע בפועל ושינחה אותם, נקבע שאין לדחות סקר סיכונים על קרקע במתחם אפולוניה שיש לגביה ממצאים ברורים של זיהום קשה, לשלב שלאחר אישור התוכנית. גם כאן עמד בית המשפט על חשיבות מוסדות התכנון ועל הצורך לשקול שיקולי סביבה לפני אישור תוכנית (דנ"ם 4753/19 עיריית הרצליה נ' הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור (6.5.2021)).

חשוב להוסיף כי לאחר שניתן פסק הדין בעניין חוף הכרמל נחקק חוק שמירת הסביבה החופית, התשס"ד-2004, שבין מטרתיו הגנה על הסביבה החופית ואוצרות הטבע, ושמירת הסביבה והחול החופי לתועלת הציבור והדורות הבאים ולהנאתם. חוק זה מעניק הגנה רחבה וקובע כי בסביבה החופית – 300 מטר מקו החוף – לא יבוצעו פעולות העלולות לפגוע בסביבה החופית, אלא בתנאים מסוימים. כמו כן נקבעה זכות הציבור למעבר חופשי בחוף הים, כפוף לסייגים שנקבעו. במישור נוסף, בהמשך גובשו נורמות בתחום זכויות הציבור בחופי הרחצה במדינה והוכר עקרון נגישות הציבור חינום אין כסף לחוף הרחצה (בג"ץ 5824/05 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים (10.12.2009)). והיד עוד נטויה.

פסק הדין בעניין חוף הכרמל ביצר את התפיסה כי יש לקבוע מדיניות לניהול אוצרות הטבע, שהם משאבים בעלי ערך ייחודי, כך שישמשו לתועלת הציבור והדורות הבאים ולהנאתם. בית המשפט העליון העניק הגנה ממשית לזכות הגישה לחופי הים בהדגישו את הצדק הסביבתי. פסק הדין בעניין חוף הכרמל עמד על ההיררכיה התכנונית ועל האיזון שבין זכות הקניין לזכויות אחרות, ועמד על החובה של מוסד תכנון להטיל לעיתים מגבלות שימוש המגיינות על זכות הציבור. אין ספק ששאלות שימור החופים והגישה אל הטבע ימישכו להעסיק את הציבור. יש לקוות שגם הדורות הבאים ייהנו מהטבע ואוצרותיו, ושהגישה לחוף הים ולאוצרות הטבע הרבים כל כך במדינתנו תישמר פתוחה לכול.



## ”תנו לישון בשקט”: על מטרדים סביבתיים ועל מלחמות האזרח הקטן

ע”א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע”מ נ’ שוורץ, פ”ד ל(3) 785 (1976)

### אחסאן כנעאן

זאב שוורץ רכש בשנת 1934 שתי חלקות מקרקעין באזור מגורים בקרית אתא. במשך השנים נבנו בהן שלושה מבנים. בין היתר נבנה במקום בית בן שתי קומות. בדירה שבקומת הקרקע התגורר אחיו של זאב, ואילו זאב ובני משפחתו התגוררו בדירה הממוקמת בקומה העליונה. הדירה של זאב הייתה בת שלושה חדרים, וחדר השינה שלו פנה לכיוון המפעל של אתא חברה לטכסטיל, שנחשבה אז לפאר התעשייה המקומית. המפעל הוקם בשנת 1933 על מקרקעין שייעודם לתעשייה. במרוצת השנים שחלפו מאז הקמתו, הפך המפעל לגדול ביותר בארץ לייצור אריגים, חוטים ומוצרי טקסטיל. המפעל העסיק מאות עובדים שכירים, ורבים אחרים היו תלויים בו לפרנסתם. לא זו אף זו, המפעל היה יצואן גדול ושיווק סחורות בארץ ומחוצה לה.

בתחילת הדרך השכנות הייתה טובה. בין המקרקעין של זאב שוורץ למקרקעין של אתא חצצה רצועה ברוב שבעה מטרים, שהוגדרה שטח ירוק. אולם בשנים 1955-1963 נוספו למפעל אתא מערכות אוורור וקירור. מערכות אלו היו חיוניות לתהליך הייצור ולרווחת עובדי המפעל. אלא מה? הרעשים שבקעו מהמפעל, אשר מקורם באותן מערכות קירור, הטרידו את מנוחתה של משפחת שוורץ. מכוונת הקירור עבדו 24 שעות ביממה, ללא הפסקה. בעקבות כך הגיש שוורץ לבית משפט השלום בחיפה תביעה לצו קבוע שיאסור על המפעל להפעיל את אותם מתקנים הגורמים לרעש, עד שזה ינקוט צעדים מתאימים להפסקת הרעשים שבקעו מהמתקנים. עילת התביעה הייתה מטרד ליחיד, לפי סעיף 44 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

השופט גליק מבית משפט השלום קיבל את התביעה. הוא נתן צו מניעה קבוע שאסר על המפעל להפעיל את מערכות הקירור והאוורור, עד שיוכח לשריפות רצונו כי הרעש שבקע מהמתקנים, ושחדר לחדר השינה של שוורץ, אינו עולה על רף דציבלים מסוים. בית המשפט המחוזי בהרכב בראשות הנשיאה התורנית אוגניה וינוגרדוב אישר את פסק הדין שנתן בית משפט השלום, והותיר את צו המניעה על כנו. בשלב זה ההתדיינות כבר החלה לקבל תשומת לב תקשורתית ואפילו לעורר מחלוקת ציבורית. כלי התקשורת החלו לסקר אותה, ושם היא זכתה להתייחסויות נוגדות: מצד אחד היו שהשמיעו ביקורת על שוורץ, ”ישיש בן 78”, שרעש

המכונות מפריע את מנוחתו ולכן מאיים לסגור מפעל שלם; ומן הצד האחר היו שהציגו את שוורץ כמי שנלחם מלחמת דוד בגוליית נגד מנגנון הון רב־עוצמה.<sup>1</sup>

מפעל אתא, שהפסיד כאמור בשתי ערכאות ושחרב הסגירה ריחפה מעל ראשו, החליט לגלגל את תפוח האדמה הלוהט הזה לפתחו של בית המשפט העליון והגיש בקשת רשות לערער. בשלב זה שכר המפעל את שירותי עורך הדין הידוע ארנולד שפאר כדי לייצגו בערעור. כמו כן, הוא שכר מומחה – שקודם לכן שימש עד מומחה מטעמו של שוורץ – כדי שיכין תוכנית להפחתת מפלסי הרעש במפעל. אתא ביקש להגיש את התוכנית בתור ראיה נוספת בשלב הערעור. בית המשפט העליון לא ראה בעין יפה את המהלך הזה, ודחה את הבקשה בעניין. אבל בית המשפט קיבל את הבקשה של מפעל אתא לרשות לערער. כמו כן, הוחלט בהסכמה לעכב את ביצוע פסק הדין נגד המפעל, תוך שאתא חויבה לשלם לשוורץ תשלום חודשי מוסכם עד להכרעה בערעור.

הרכב השופטים בבית המשפט העליון כלל את הנשיא אגרנט, והשופטים (לימים נשיאים) לנדוי ושמגר. את פסק הדין כתב השופט שמגר, שהתמנה לבית המשפט העליון אך שנה קודם לכן, ב־1975. אספר כבר עתה שהערעור נדחה בפסק דין שהפך להיות אבן יסוד בהגנה מפני מטרדים סביבתיים.

השופט שמגר פתח את פסק דינו בהתייחסות לייחודיות של עובדות המקרה. בין היתר, הוא ציין כי מדובר במפעל גדול שמעסיק מספר רב של עובדים ושחיוני לכלכלת המדינה. בכך הבהיר בית המשפט כבר בנקודת המוצא שהוא מודע לכובד המשקל של ההחלטה המונחת על הפרק.

לגוף הסכסוך, השופט שמגר הסביר שכדי לפסוק אם מתקיימים היסודות של עילת התביעה של מטרד ליחיד, יש לבחון אם הפעילות של מפעל אתא אכן מפריעה הפרעה של ממש לשימוש הסביר של שוורץ במקרקעיו. לצורך זה בחן בית המשפט אם ההפרעה הייתה מוחשית ולא קלה, אם הייתה מהותית ולא חולפת, ואם נדרש למנוע אותה כדי להגן על הזכות של התובע לתנאי חיים בריאים, הוגנים ואנושיים. יישום מבחנים אלה על ממצאי העובדה שנקבעו על סמך חוות דעת המומחים, הוביל את השופט שמגר למסקנה כי הרעש ששוורץ סבל ממנו הגיע לדרגת מטרד חמור שאינו יאה לאזור מגורים.

באשר לסעד, ההתלבטות הייתה בין פסיקת פיצויים להוצאת צו מניעה. מבחינת המפעל ההתלבטות היא בבחינת "להיות או לחדול", ואילו מבחינת הפרט היא תכריע אם תוגן בפועל זכותו לסביבת מגורים שקטה. ההחלטה לתת צו מניעה קבוע לא הייתה פשוטה, שכן היא הייתה עלולה להוביל לפיטורי מאות עובדים ולשבירת מטה לחמם, שלהם ושל בני משפחותיהם. השופט שמגר סקר את התנאים הדרושים למתן צו מניעה. התנאי הראשון הוא שהפגיעה

1 סקירה נרחבת יותר של הרקע מופיעה במאמר של דוד שור "הסיפור של אתא נ' שוורץ: סיפורי" הליברליזם הישראלי" **מעשי משפט** י 279 (2019).

בתובע אינה קטנה או קלת ערך. כאן הגיע בית המשפט העליון למסקנה שהפגיעה בשוורץ אכן הייתה קשה ומוחשית ו"שיעורה עולה בהרבה על הנסבל" (עמ' 800). עוד קבע בית המשפט העליון שמפעל אתא לא הביא ראיות להוכחת טענתו בדבר הנזק הכלכלי הגדול שעלול להיגרם לו, לטענתו, ממתן הצו. אף שהיה אפשר לחתום את הדיון בקביעות הללו ולפסוק לפיהן, בית המשפט העליון בחר לדון בשאלה נוספת, שהפכה להיות מרכז פסק הדין. האם נכון להוציא צו מניעה בעילה של מטריד נגד ענק תעשייה שמנופף בחשש מפני סגירת המפעל, אם מטרת הצו היא להיטיב עם התובע הבודד, שאין עומדות לצידו אלא זכויות הקניין האישיות שלו? אציין כי זו הייתה הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון נדרש לשאלה האם יש מקום להכריע בתביעה כגון זו על סמך שיקולים כלכליים טהורים.

מעניין לציין שבית המשפט העליון היה מודע להכרעה שהתבססה על שיקולים כלכליים בלבד, בפסק דין ידוע של בית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק (Boomer v. Atl. Cement Co. 257 N.E.2d 870 (N.Y. 1970)). באותו עניין נדונה תביעה לצו למניעת מטריד מסוג אבק ורעש שכמה בעלי מקרקעין הגישו נגד בית חרושת למלט. אף שהוכח מטריד מהותי, בית המשפט לא נעתר לתובעים ולא הוציא צו מניעה. הוא הדגיש את הנזק החמור שייגרם למפעל אם יינתן הצו, לעומת הנזק לבעלי המקרקעין אם לא יינתן הצו.

בעניין **אתא נ' שוורץ** בחר השופט שמגר לנהוג אחרת. כך, נקבע בפסק הדין כי כל עוד הפגיעה בתובע היא מהותית וחמורה, בדרך כלל הנזק הצפוי למפעל לא יצדיק כשלעצמו שבית המשפט יימנע מלתת צו מניעה. בכך הביע בית המשפט העליון הסתייגות ברורה מהאפשרות להחיל במקרים מסוג זה את גישת הניתוח הכלכלי של המשפט, שבאותה עת החלה להתפתח ולהכות שורשים בארצות הברית. בית המשפט סבר שאם התקבל טענה שמושתתת על מאזן של אינטרסים כלכליים, והסעד שיינתן לתובע יהיה פיצוי בלבד, תתרוקן עוולת המטרד מכל תוכן, ומכל מקום יונצח קיומו של המטרד.

בסיכומי של דבר העדיף בית המשפט העליון במקרה זה את האינדיווידואל על פני הקולקטיב במה שנראה כשיר הלל לזכות האדם לחיי מגורים שלווים. בעצם הקביעה שאין להכריע בתביעה על סמך שיקולים כלכליים, הדגיש בית המשפט העליון את זכות הפרט והעדיף אותה על פני טובת הכלל. במובן זה פסק הדין מבטא את עולם הערכים העדכני של החברה הישראלית.

להשלמת התמונה חשוב לציין כי לפעמים פסק דין סופי אינו מסמן את סוף המעשה. כשמונה חדשים לאחר פסק הדין החליט שר האוצר להפקיע את המקרקעין של שוורץ לטובת הציבור כדי לאפשר למפעל להמשיך לפעול. שוורץ עתר לבית המשפט העליון (בשבתו כבג"ץ) נגד שר האוצר ונגד מפעל אתא. העתירה נדחתה (בג"ץ 114/77 שוורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא(2) 800 (1977)). בית המשפט העליון אישר את ההפקעה משום שמניעת סגירתו של המפעל, שבו תלויות לפרנסתן אלפי משפחות, היא מחויבת המציאות, במיוחד מאחר שלא ניתן להשיג את המטרה באמצעי אחר. כך בסופו של דבר הועדפה טובת הכלל על פני טובת הפרט. אבל

ההכרעה בנושא הייתה החלטה שלטונית (שבה בית המשפט נמנע מלהתערב), ולא החלטה ישירה של בית המשפט עצמו.

נקודת מבט משלימה נוספת, מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט, היא שגם הוצאת צו מניעה אין משמעותה בהכרח הפסקת הפעילות של המפעל המזהם. המשמעות האמיתית של הדברים היא הגדרת נקודת מוצא למשא ומתן בין הצדדים. אם למפעל אין זכות להמשיך ליצור את המטרד, הרי שעליו "לקנות" את הסכמת השכנים לכך – בסכום שיהיה מוסכם עליהם, ולא באמצעות תשלום פיצויים על פי החלטה שיפוטית.

בראייה רחבה עוד יותר אפשר לציין כי המקרה של **אתא נ' שוורץ** מבטא עידן "תמים" יחסית של מטרדים שפוגעים באיכות החיים אך אינם מסכני חיים. ההתמודדות עם מטרדים נמשכת וכוללת בימינו גם התמודדות עם זיהום אוויר, עם זיהום של מקורות מים וכולי. זאת ועוד: לא תמיד נמצא לוחם ללא חת כמו זאב שוורץ שנאבק להגן על ביתו. דווקא במטרדים המתוחכמים ורחבי היריעה שגורמים לזיהום אוויר ומים, קבוצת הנפגעים היא רחבה, ולא תמיד קל לאתר אדם שיהיה "משוגע לדבר" ויוכל לקבל על עצמו מאבק כזה.

ואומנם, לאחר שניתן פסק הדין, החל בשנות השמונים חוקקה הכנסת חוקים חדשים שתכליתם הגנה על הסביבה.<sup>2</sup> נוסף על כך, נחקק החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, שמעניק לפרט ולגופים האמונים על הגנת הסביבה אפשרות להגיש תביעה לצו מניעה ותביעה קבוצתית לפסיקת פיצויים.

למרות המארג החקיקתי המרשים והאפשרויות שעוגנו בו לתביעה בידי הפרט, התקדים של מתן צו מניעה להגבלת פעילות של מפעל מזהם או לסגירתו, לא יושם עוד. בחלק מהמקרים התביעה לא הייתה מלכתחילה לסעד כה מרחיק לכת. עם זאת, כפי שהוסבר, התקדים שנקבע בעניין **אתא נ' שוורץ** מעניק נקודת פתיחה טובה יותר לצורך סיום תביעות כאלו בפשרה מיטיבה לתובע ואולי גם לציבור בכללותו.

2 למשל חוק למניעת זיהום הים (הטלת פסולת), התשמ"ג-1983; חוק החומרים המסוכנים, התשנ"ג-1993; חוק למניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח-1998; חוק האחריות לפיצוי נזק זיהום בשמן, התשס"ד-2004; חוק אוויר נקי, התשס"ח-2008.

# כבר לא משתלם לזהם: על אגרות אשפה והשיח הסביבתי

בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (2.1.2013)  
בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (2.4.2013)

## יוני לבני

לקראת תום העשור הראשון של המילניום החדש ביקשה עיריית חולון לחוקק חוק עזר שיטיל אגרה ייעודית על מפעלים גדולים בגין פינוי פסולת משטחם. בהתאם לכללי הדין, הובא חוק העזר המתוקן לעיון משרד הפנים. זה מצידו סירב לאשר את האגרה החדשה, בנימוק שהשירותים הכלולים בה הם שירותי ליבה בסיסיים שאמורים להיכלל ממילא בתשלומי הארנונה. לפי טענתו, אין לאפשר לעירייה לעקוף את המגבלות החלות על העלאת שיעור הארנונה, באמצעות יצירת אגרות חדשות באופן מלאכותי בגין שירותים המצויים בגרעין תפקידיה. העירייה טענה מנגד כי שיעור הפסולת שמפעלים גדולים מפיקים, גדול פי שלושה מזה ששאר האוכלוסייה מפיק, וכי עלות פינויה היא כעשרה מיליון ש"ח בשנה. במצב דברים שכזה, נטען, לא מוצדק שבעלות פינוי הפסולת יישא כלל הציבור, ולא רק מי שאחראי לייצורה. במילים אחרות, העירייה כפרה בכך שמדובר ב"תרגיל" ועמדה על כך שהאגרה היא כלי מדיניות לגיטימי שחשוב לקדם.

מאחר שלא נתקבל אישור משרד הפנים, עתרה העירייה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (2.1.2013)). בית המשפט קיבל את טענות העירייה. לפי קביעתו, התפיסה שרואה בפסולת של מפעלים גדולים תוצר לוואי בסיסי וזול של תהליך הייצור אשר נטל פינויו מוטל על העירייה – כמו כל אשפה – היא תפיסה מיושנת שאינה מותאמת להיקפי הפסולת האדירים הנפלטים בייצור התעשייתי המודרני, ולעלות פיננים. תפיסה זו, כך נפסק, מתעלמת מהעיקרון הבסיסי של צדק סביבתי, המטיל את המימון עבור הטיפול בפסולת ועבור המחזור שלה על יצרניה. לפי בית המשפט, ממש כפי שאיש לא יצפה שהעירייה תשתתף במימון תהליכי הייצור, כך אין לצפות שהיא תממן את פינוי הפסולת המופקת במהלכם, שהוא חלק בלתי נפרד מתהליכים אלה. עוד לוקה תפיסה זו בכך שהיא אינה מתחשבת בערך הגלום בכך שהגורם המזהם יפנים את עלויות התנהלותו, יתווה את התנהגותו ביעילות וייצר פסולת רק כל עוד הדבר כדאי מבחינה כלכלית. בית המשפט הוסיף וקבע כי בהחלטתו שלא לאשר אגרה זו רק כי יש בה כדי להגדיל את שיעורי תשלומי החובה

שיוחלו על מפעלים, קיבל משרד הפנים החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני שלא נתנה משקל כלשהו לתרומה של אגרה זו להגנת הסביבה ולקידום העיקרון "המזהם משלם". זמן לא רב לאחר שניתן פסק הדין בפרשת חולון, קיבע בית המשפט את עקרון "המזהם משלם" והעמיקו עוד יותר בפרשת איתנית (כג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (2.4.2013)). גם הפעם נדרש גורם מסחרי שפעילותו מזהמת, לשאת בעלות האמיתית של פעילותו, ולא להחצינה לכלל הציבור. אלא שהאתגר המשפטי באותן נסיבות היה מורכב עוד יותר.

מעשה שהיה כך היה: החל משנות ה-50 ובמשך 40 שנה ייצר מפעל איתנית מנהריה מוצרים לתעשיית הבנייה מתערובת של אסבסט ובטון. תהליך הייצור השאיר אחריו כמויות גדולות של פסולת אסבסט תעשייתית. כדי "להיפטר" ממנה, הוטמנה הפסולת ברובה באדמות המפעל או בסביבתו או נמכרה לצרכנים – משתמשי קצה, שהשתמשו באסבסט לסלילת דרכים ולציפוי מגרשי חניה ברחבי הגליל המערבי. בתוך כך פוזרה באזור זה פסולת אסבסט בהיקפים אדירים. לאורך השנים נתגבשה במחקר ההכרה כי האסבסט הוא חומר מסוכן הפולט לאוויר סיבים זעירים שנשימתם עלולה לסרטן. על רקע זה התנהלו בין המדינה לאיתנית מגעים לגבי השתתפות המפעל במימון עלויות פינוי האסבסט שהוטמן באדמה ושנישא בחלל האוויר. מגעים אלה לא עלו יפה. באותם ימים עקרון "המזהם משלם" טרם קנה לו שכיחה – אף שכבר אז הוא עמד ביסוד כמה דברי חקיקה – ואפשר שהקצאת הסיכון שביצעה איתנית במשא ומתן, לא הביאה בחשבון את מלוא התרחישים האפשריים. ואכן, על רקע כישלון המגעים נחקק מקץ כמה שנים החוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011. בהתאם לחוק זה, הוכרז מיזם לפינוי אסבסט מהגליל המערבי, שימומן בחלקים שווים בידי המדינה ואיתנית, עד לסכום מרבי של 150 מיליון ש"ח כל אחת.

איתנית לא קיבלה את רוע הגזירה. היא עתרה נגד החוק לבית המשפט העליון בשבתו ככג"ץ. לטענתה, החוק פוגע בזכות הקניין שלה ומפלה בינה לחברות אחרות שלא נדרשו לממן את הפינוי, אף שפעילותן כללה גם היא פליטת אסבסט. עוד נטען כי מדובר בחוק פרסונלי, ש"נתפר" למידותיה של איתנית; בחוק בלתי צודק המטיל עליה אחריות ללא שנבחן אם התרשלה במעשיה; ובחוק רטרואקטיבי, המחיל על איתנית בדיעבד חובות פינוי בגין פסולת אסבסט שייצרה בעבר, בלי שהוזהרה מראש.

העתירה נדונה לפני הרכב שופטים ונדחתה. בגדר כך טענת איתנית כי מדובר בחוק בלתי שוויוני ומפלה נדחתה, בשים לב לשלושה הבדלים מרכזיים בין איתנית לחברות אחרות שפעלו בתחום האסבסט – רובן כאלה שרכשו את החומר ממנה – המצדיקים הבחנה ביחס שננקט כלפי כל אחת מהן. הראשון: ידע – בהיותה הגורם הדומיננטי שעסק בענף האסבסט משך עשרות שנים, ההיכרות של איתנית עם סכנות האסבסט הייתה טובה משל אחרים. השני: שליטה – בשונה מאיתנית, שייצרה את החומר ושהייתה הגורם הפעיל בהפצתו, החברות האחרות היו רק בגדר לקוחות שרכשו אותו. השלישי: רווח – איתנית היא המרוויחה העיקרית

מהפעולות שהביאו ליצירת המפגע המזהם והנהנית הראשית מהן, ובתור שכזו אך צודק כי היא שתישא בעלויות הפינוי.

בצד זאת קיבל בית המשפט את טענת איתנית כי החוק פוגע בקניינה – לא רק בעצם חיובת במימון פינוי האסבסט, אלא גם בכך שמדובר בחיוב רטרואקטיבי, ללא בחינה פרטנית אם דבק אשם במעשיה. ואולם, בכך לא היה די לצורך קבלת הטענה כי החוק אינו חוקתי והוא ראוי לביטול. הודגש כי מטרת החוק – להסיר את "פצצת הזמן המתקתת" הכרוכה באסבסט שפזור על פני הגליל המערבי, ולהגשים את הזכות של תושבי האזור לסביבה נקייה – הן מטרת ראויות, שמגשימות את ערכיה של מדינת ישראל. עוד נקבע כי קיימים טעמים טובים לעקרון "המזהם משלם", שעמד בבסיס האמצעי שנבחר לשם הגשמת מטרה זו: הן במישור היעילות, מתוך הנחה שהפנמת עלויות הזיהום תביא להפחתת היקף הזיהום למינימום ולהעדפת טכנולוגיות "רוקות"; הן משיקולי צדק, שלפיהם לא צודק שהגורם שהרוויח מפעולת הזיהום יסיט את העלויות אל כתפי הציבור.

אשר לאופי הפרסונלי של החוק, ציין בית המשפט כי אופי זה הוא יציר מציאות שבה קיימת בעיית זיהום ייחודית בשטח גיאוגרפי מוגדר, ושאינתנית היא הגורם הכמעט בלעדי שהביא לה. לכן לא החוק הוא שגרם באופן שרירותי להתמקדות באינתנית, אלא המציאות בשטח. בית המשפט לא התעלם מהקושי הכרוך בהטלת אחריות על איתנית בלי לבדוק אם התרשלה, אבל סבר כי קושי זה מוקהה בכך שלאינתנית הייתה מודעות מסוימת לסכנות האסבסט בזמן אמת. מטעם זה גם נמנע בית המשפט מלתת משקל מכריע לאופי הרטרואקטיבי, ולו באופן חלקי, של החוק, הגם שלא התעלם מהקושי הטמון בו. בתוך כך, הצביע בית המשפט על הסיכון הרב לציבור עקב האסבסט, שאינו פוחת עם הזמן ושמהייב טיפול של גורם כלשהו. לפי קביעתו, בתחרות בין הטלת התשלום על כתפי איתנית להטלתו על כתפי הציבור, הזיקה של איתנית לפסולת מטה את הכף לחובתה.

מאז פסקי הדין בפרשות חולון ואינתנית חלפו שנים לא מעטות. לא יהיה זה נכון לומר שבשנים שבאו לאחר מכן התחוללה בישראל מהפכה סביבתית של ממש, וממצאי דוחות בינלאומיים יעידו. למעשה, עתירות שהוגשו נגד אמות המידה שקבע משרד הפנים, לחייב עסקים באגרות פסולת עודפת, בהמשך לפרשת חולון, מלמדות שהנושא עודנו בתהליך התהוות. ובכל זאת אפשר להצביע על ההשפעה של פסקי הדין, ולו באופן פוטנציאלי, בשני היבטים מרכזיים.

היבט ראשון עניינו בחיזוק המעמד של סביבה נקייה בתור אינטרס חשוב ובר הגנה. פסקי הדין בפרשות חולון ואינתנית שהעלו על נס את קיומה של סביבה נקייה וחפה ממזהמים, ניתנו ב"קרקע משפטית בתולה", כהגדרת בית המשפט, והיו לסנונית ראשונה במגמה שתלך ותתחזק בשנים הבאות. בזמן שחלף מאז, גבר השימוש בכלים משפטיים כגון תובענות ייצוגיות וכתבי אישום במטרה לאכוף צדק סביבתי, חל גידול במספר ארגוני החברה האזרחית שעוסקים בנושאי סביבה, התרחבו החינוך הסביבתי והאוריינות הסביבתית, ורבתה חשיבותם של הנושאים הסביבתיים בזירות הציבורית והפוליטית. במובן זה לבית המשפט לא היה רק תפקיד

משפטי אלא גם - אפשר שלא במתכוון - תפקיד של מתווה דרך. על עומק ההכרה בערכים אלה אפשר ללמוד דווקא מהעובדה שהמקרה של איתנית היה מקרה "קשה". ההכרה בחובה של איתנית לפנות את הפסולת שייצרה, על אף האתגר המשפטי שבחקיקה רטרואקטיבית פרסונלית הקובעת אחריות ללא הוכחת אשם, מצביעה על כך שהדבר לא נגזר רק מהנסיבות הפרטניות של אותו מקרה, אלא ביטא עיקרון רחב.

יש להודות: התפתחות זו אין משמעותה בהכרח מתן מעמד חוקתי מלא לזכות לאיכות הסביבה. בשנת 2004 נדחתה עתירה שהגישה עמותת "אדם, טבע ודין" בטענה כי סעיפים בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, אינם חוקתיים, שכן לוח הזמנים הקבוע בהם אינו מאפשר בקרה על ההשלכות הסביבתיות הכרוכות בתוכנית להקמת תשתית של תחנות כוח, גז ודלק.<sup>1</sup> לפי קביעת בית המשפט העליון, הזכות לאיכות הסביבה אינה מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונוכח אופייה, אי אפשר לראות בה זכות בעלת מעמד חוקתי על-חוקי. עם זאת, עוד באותו פסק דין עמד בית המשפט על כך שאפשר להכיר בהיבטים מסוימים של הזכות לסביבה נקייה בתור נגזרת של הזכות לקיום בכבוד בתנאי חיים מינימליים. הדבר עשוי להיות בעל משמעות מעשית בהקשר הישראלי נוכח ההשפעה המוגברת של תופעות סביבתיות, כגון שינויי אקלים, על מדינת ישראל - תופעות שהן בבחינת תנאי קיום בסיסיים - על רקע נתונים הגיאוגרפיים, האקלימיים והסביבתיים המיוחדים.

מכל מקום, גם מחוץ להקשר החוקתי יש מקום רב לפיתוח ההגנה על הסביבה במישורים החקיקתי והמנהלי. אכן, השיח הסביבתי כורך בתוכו היבטים חלוקתיים שמקורם בטענות העולות תדיר כי מפגעי הסביבה אינם מתחלקים בין קבוצות סוציאוקונומיות באופן שוויוני; היבטים קניינים הנוגעים ליחס בין זכות הציבור ליהנות מהמרחב הציבורי לטענות לבעלות של גורמים פרטיים; היבטים בריאותיים הנוגעים לזכות של הציבור לנשום אוויר נקי ולא להיות חשוף לזיהום; והיבטים הנוגעים לצדק בין-דורי, שהרי כל פעולה המשליכה על הסביבה בהווה עשויה להשפיע על מידת הרווחה של הדורות העתידיים. בה בעת, הזכות לאיכות הסביבה מייצרת גם תרבות ייחודית שחורגת מכל אחת מזכויות אלה, שכן טעמיה אינם נובעים רק מהתועלת האינסטרומנטלית שיש בהם לאדם, אלא הם גם בעלי ערך פנימי הנובע מהחשיבות העצמאית של שימור המערכות האקולוגיות, הטבע ומגוון המינים. כל אלה טומנים בחובם אינטרסים ציבוריים רבי-חשיבות שעשויים להשליך על המצב המשפטי בהיבטים שונים.

היבט שני העולה מפסקי הדין, הוא שיש בהם כדי לבסס את התפקיד של הדין במניעת "החצנות שליליות" לכלל הציבור. החצנה שלילית מתרחשת כשאדם גורם בפעילותו נזק או עלות לצד שלישי, בלי שהוא עצמו נושא בסיכון במלואו או אף מביאו בחשבון כחלק מעלות פעילותו. במצב שכזה נוצר פער בין העלות הפרטית של הפעילות למזיק לבין העלות שלה

1 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראשי-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503 (2004).



לחברה, שאליה "מוחצן" סיכון זה. הדבר עלול להוביל את המזיק להתנהגות בלתי יעילה, שכן מאחר שהוא אינו "מפנים" את עלות מעשיו, הוא נעדר תמריץ לנקוט אמצעי זהירות או להפחית את פעילותו. מעבר לכך, החצנת עלויות גם עשויה לפגוע בתחושת הצדק, נוכח אי הנוחות הנגרמת עקב העובדה שהגורם אשר מרוויח מהפעילות אינו נושא בעלויותיה. המשפט מתמודד עם בעיית ההחצנות במגוון דרכים. באופן מסורתי כל אימת שמוגשת תביעת נזיקין נגד גורם מזהם והוא נדרש לשלם פיצויים המשקפים את "העלות החברתית" של פעילותו, נעשית בכך פעולה של מניעת "החצנה". הכלי ההולך ומתרחב של תובענות ייצוגיות משמש גם הוא להגשמת תכלית זו במצבים שבהם הנזק לצדדים שלישיים אינו מייצר לכל אחד מהם תמריץ מספיק לתבוע לבדו. הוא הדין בהטלת אחריות פלילית על גורם מזהם, שנדרש "לשלם" במאסר או בקנס וכך "להפנים" את עלות מעשיו. פרשות חולון ואיתנית משקפות דרך נוספת, אסדרתית, להשיג תוצאה זו – באמצעות חקיקה המטילה אחריות לפינוי פסולת או לטיפול בזיהום, על גורמים בעלי זיקה ליצירתם, גם בלי שנבדק אם התרשלו. דרך זו מרחיקת לכת יותר מקודמותיה ואף ממה שהיה מקובל בעבר, שכן היא מבוססת על אחריות מוחלטת, נטולת אשם.<sup>2</sup> בכך משקפת היא עמדה ערכית ברורה שמחזקת את ההסתייגות של הדין מהחצנת עלויות על כלל הציבור ושמרוממת את התכלית של סביבה נקייה. דרך זו מקורה בהבנה שכוחות השוק אינם משמשים תמיד מנגנון מספק להפנמה ולהכוונת התנהגות. בהתקיים כשלי שוק מעין אלה, נדרשת לעיתים התערבות של המדינה בהקצאת העלויות הנובעות מהפעילות למקומן הנכון. דרך זו היא גם יעילה, בפרט נוכח קשיי הוכחה אפשריים בדבר קיום רשלנות. אכן, גם אם הגורם המזהם נעדר מודעות מלאה לתוצאות התנהגותו, הרי שבהיותו בעל מומחיות בתחום, הוא בעל השליטה האפקטיבית בפעילות הפוגעת ועשוי להיות בעל האפשרות הזולה ביותר לחקור את השפעתה ולפתח מנגנונים להפחתת המפגע, ומכאן שיש טעם לתמרץ אותו. גורם שכזה גם עשוי לקדם חלוקת נטל יעילה באמצעות "גלגול" העלויות העודפות על לקוחותיו.

אומנם אפשר לטעון – כפי שנטען בפרשת איתנית – שמסלול החקיקה אינו הולם מצבים מעין אלה, שתחולתם צרה ומוגדרת ושאפשר לזהות את נמעניהם מראש. אבל, כשם שמראים מחקרים, הפיתוחים הטכנולוגיים מובילים לכך שהסדרים הנורמטיביים צפויים להפוך

2 חוקים נוספים ברוח עיקרון זה הם למשל חוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984; חוק הפיקדון על מכלי משקה, התשנ"ט-1999; חוק לסילוק ולמיחזור צמיגים, התשס"ז-2007; חוק לטיפול סביבתי בצידוד חשמלי ואלקטרוני ובסוללות, התשע"ב-2012; חוק מס להפחתת גודש התנועה באזור גוש דן, התשפ"ב-2021. בדברי ההסבר להצעת החוק שקדמה לחוק אחרון זה נכתב: "העיקרון המנחה של התכנית הוא לגרום לבעלי הרכבים להפנים ככל הניתן את העלות המלאה של נסיעה ברכב פרטי בשעות הגודש, ובכך להכווין את התנהגותם אל עבר שימוש בתחבורה ציבורית או לנסיעה בשעות שאינן גודשות". כמו כן, צו תעריף המכס והפטורים ומס קנייה על טובין (תיקון מס' 3), התשפ"ב-2021, מטיל מס קנייה על כלים חד-פעמיים.

בעתיד הנראה לעין לאינדיווידואליים יותר ולמותאמים יותר למאפיינים הפרטניים של נמעניהם. כמובן זה, פסקי הדין בפרשות חולון ואיתנית הם בבחינת "דור מוקדם" של ניסיון לייצר הפנמה מדויקת של עלויות הפעילות בידי מבצעה, לתמרץ הפחתת פליטות, זיהום ופסולת, ולעודד שימוש באמצעים "ירוקים" יותר. הגברת המודעות לנושא הסביבה בעת האחרונה ותחושת הדחיפות שהחלה מקננת בתחום זה, מגדילים את הסיכוי שנקודת הציון שסומנה בפסקי דין אלה, תוסיף ותיתן את אותותיה גם בעתיד.

פרשות חולון ואיתנית עסקו בדילמות נקודתיות בדבר אופן הטיפול בפסולת מפעלים. אבל להכרעות שהתקבלו בהן חשיבות רחבה בהרבה לאיכות החיים במדינה, לאחריות החברתית המוטלת על כל אחד, ולמרחב הציבורי שנשאר לדורות הבאים.



# משפט וטכנולוגיה



## פרטיות בעבודה בעידן המידע

ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר - הממונה על חוק עבודת נשים (8.2.2011)

### סטפן (סטיב) אדלר

בעידן הדיגיטלי מחשבים, יישומים ורשתות חברתיות אוצרים חומר רב על האדם המשתמש בהם. מציאות זו חודרת גם לעולם העבודה ומשפיעה עליו, כפי שמלמד פסק הדין הידוע בכינוי עניין איסקוב (ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר - הממונה על חוק עבודת נשים (8.2.2011)). המחשב יוצר למשתמש מרחב וירטואלי פרטי שבו גנוז "עולמו האישי, המסחרי והיצירתי, על מכלול התכתבויותיו הפרטיות והעסקיות, הגיגיו, עניינים הנוגעים לעבודתו, ולמחוזות פעילותו, ומראי המקום וההיסטוריה של גלישותיו" (פסקה 6). עיון באלה מאפשר "בניית פרופיל של המשתמש, המגדיר את עולמו על אישיותו, תחביביו, ושאיפותיו, כמו גם את מערכות היחסים והתקשורת שלו במהלך חייו ופעילותו במסגרת העבודה, המשפחה, הקהילה, ההתקשרות הבינלאומית וכל כיוצ"ב" (פסקה 6). האדם העובד נמצא חלק לא מבוטל משעות ערנותו במקום העבודה, ולכן מבחינתו המרחב הדיגיטלי שנוצר באמצעות המחשב שהמעסיק העמיד לרשותו במקום העבודה - משמעותי.

מה הדין כאשר עובד מגיש תובענה נגד מעסיקו והמעסיק חפץ במידע המצוי במחשב שהעמיד לרשות העובד ואשר להערכתו רלוונטי לניהול התובענה שמתנהלת מול העובד? באופן טבעי העובד רוצה לשמור על פרטיותו ואינו חפץ לחלוק עם מעסיקו את סיפור חייו שנאגר במחשב. האם יכול המעסיק במסגרת ההליך המשפטי לחזור למרחב הדיגיטלי של העובד, להוציא מידע ממחשב שהעמיד לרשות העובד, ולהשתמש בו כראיה? ועוד, מה המצב כאשר מעסיק רוצה להשתמש במידע מתיבת הדואר האלקטרוני (דוא"ל) הפרטי של העובד? האם יש הבחנה בין תיבת דואר פרטית-חיצונית של עובד לתיבת דואר אישית-מקצועית שהחברה מעמידה לרשותו?

נתאר את עובדות המחלוקת בעניינה של העובדת טלי איסקוב ענבר, אשר פוטרה מעבודתה. השאלה שהתעוררה הייתה האם במועד פיטוריה הייתה בהיריון. המעסיק ביקש להגיש כראיה תכתובות דוא"ל ששלחה טלי מתיבת דואר אישית-מקצועית של החברה. רוב ההתכתבויות היו לחברת השמה בצירוף קורות חיים, אבל היו גם תכתובות אישיות, כגון בין טלי לאחיה. האם רשאי המעסיק להשתמש בתכתובות הדוא"ל שנשלחו מתיבת הדואר האישית-מקצועית? בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב קבע כי קובץ התדפיסים קביל כראיה, שכן משידעה העובדת

על נוהלי החברה, קיימת הסכמה משתמעת של העובדת למדיניות החברה, וכי הפגיעה בחופש הקניין של המעסיק חמורה מהפגיעה בפרטיות העובד.

במקרה אחר חברת אפיקי מים טענה כי רמי פישר עזב אותה וגנב ממנה שלא כדין סודות מסחריים. רמי הגיש תביעה נגד החברה עבור זכויות עבודה שלא קיבל, כמו תשלום עבור שעות נוספות. האם יכולה החברה להגיש כראיה תכתובת דוא"ל שהשיגה מתיבת הדואר הפרטית-חיצונית של העובד ואשר בה, בין היתר, השתמש במהלך עבודתו? בית הדין האזורי לעבודה בנצרת קבע שהראיה הושגה שלא כדין ותוך פגיעה בפרטיות של העובד ואינה קבילה. הוא קבע שאין הסכמה מפורשת של העובד לכך שהמעסיק ייכנס לדוא"ל הפרטי-חיצוני, אשר שייך לעובד. אין חשיבות לכך שדוא"ל נשמר בשרת המעסיק או נמצא בתור מסמך מודפס במקום העבודה: זכות הפרטיות של העובד גוברת על זכות הקניין של המעסיק במקרה זה.

בהליכים הללו עמדה לדיון הסוגיה כיצד לאזן בין שתי זכויות יסוד: זכות העובד לפרטיות וזכות הקניין של המעסיק. בשני המקרים הוגשו ערעורים לבית הדין הארצי לעבודה והדיון בהם התקיים במאוחד.

זכות העובד לפרטיות מעוגנת בחוק יסוד: כבוד אדם וחירותו. בחקיקה יישמו את הזכות בחוקים שונים, ובין היתר בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, ובחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

עובדים שוהים במקום עבודתם חלק משמעותי מחייהם וזכאים לפרטיות במסגרת תנאי עבודתם. למרבית העובדים יש דוא"ל פרטי-חיצוני, הכולל כתובת דואר פרטי וחשבון פרטי, לצורכי חייהם הפרטיים וללא קשר לתפקידם או לעבודתם. החומר בתיבה הפרטית-חיצונית שייך לעובד בלבד, גם אם הוא מאוחסן בשרת של המעסיק או הודפס במקום העבודה ובזמן העבודה. נוסף על כך, בתיבה המקצועית שבבעלות המעסיק עשויות להיות – ברשות המעסיק או בניגוד לאיסור שלו – תכתובות אישיות הכוללות מידע פרטי, שעשוי להיות רגיש. כפי שהודגש בעניין **איסקוב**, "המרחב הווירטואלי הפרטי של המשתמש במחשב כמוהו כמרחב הפיסי האישי השמור לאדם, והפעילות במחשב כמוהו כעשיית המשתמש בביתו, בחצריו ובמכוניתו. לפיכך, ובהיות המחשב 'המגירה האישית של בעליו' המכילה מידע כמוס, פרטי ואישי, נחשבת חדירה בלתי מורשית למחשב 'כחיטוט בחפציו האינטימיים' של בעליו, ופלישה לטריטוריה זו מהווה פגיעה בזכותו החוקתית לפרטיות" (פסקה 6).

מנגד, יש לשקול את זכות הקניין של המעסיק. זכות הקניין מעוגנת בסעיף 3 לחוק היסוד: כבוד אדם וחירותו. בעיקרו של דבר, עסקו של המעסיק הוא קניינו, והוא רשאי לנהלו לפי רצונו ושקול דעתו. הגנה נוספת לקניין המעסיק נקבעה בחוקים מיוחדים, דוגמת חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, שהיה רלוונטי לדיון בעניין אפיקי מים. נוסף על כך, השרת, הרשת וכלים טכנולוגיים אחרים במקום העבודה, לרבות המידע שיש בהם, הם רכוש של המעסיק. בעידן המידע מדובר בכלי עבודה לכל דבר, ויש חובה מיוחדת להגן עליהם מפני ניסיונות

חדירה וגניבה וגם מפני גורמים פלייליים. למנוע ממעסיק את הגישה לכלים הללו ואת ההגנה עליהם פוגע ביכולתו לנהל את עסקו קניינו.

האיזון בין זכות העובד לפרטיות לזכות הקניין של המעסיק מצריך מבט למצב בשטח ולכמה יסודות של יחסי עובד-מעסיק בעידן המידע.

אשר למצב בשטח – עידן המידע והטכנולוגיה הביא להתפתחות מהירה של טכנולוגיות וכלים המשפיעים לטוב ולרע על הפרטיות של העובד ועל הקניין של המעסיק. בעידן המידע מתעוררות סוגיות בעניין פרטיות וזכות הקניין במהירות שלא הכרנו בעידן המהפכה התעשייתית. יש כלים חדשים ורבי-כוח למעקב אחרי עובדים, כמו מצלמות במקום העבודה וטלפון נייד. יש מידע על תהליכי ייצור שנמצא בטלפון הנייד של עובדים ובתיבות הדוא"ל שלהם, ושבלות עלול להגיע בטעות לידיעת הציבור. מפעלים חשופים למתקפות סייבר המסכנות את הקניין הרוחני ואת הציוד. השימוש ברשתות חברתיות עלול לסכן את פרטיות העובד ואת הקניין של מעסיקו. השימושים החדשים של הטלפון הנייד, שהמעסיק מעמיד לרשות העובד לצורכי עבודה, מייצרים בעיות חדשות של שמירה על מידע רגיש של העובד ושל מעסיקו. הבעיות החדשות רבות כמו גרעיני הרימון.

אשר ליסודות יחסי עובד-מעסיק – עיקר חוזה העבודה הוא מתן עבודת העובד למקום העבודה תמורת שכר ותנאי עבודה שהמעסיק נותן לו. ביחסי עבודה אישיים יש חוסר שוויון מובנה בין הצדדים, קיימות תלות כלכלית של העובד במעסיק וכפיפות חברתית של העובד למעסיק. לכן נדרשות ביתר שאת עמידה על איזון הוגן בין זכויות הצדדים לחוזה והתחשבות בחיים הפרטיים של עובדים מחוץ לעבודה.

בית הדין הארצי לעבודה קבע בעניין **איסקוב** כמה עקרונות מרכזיים: מעסיק רשאי לקבוע באופן מידתי פְּלָלִי אסור ומותר בשימוש במחשב וביישומיו; על המעסיק לקבוע את המדיניות הנוהגת במקום העבודה בכל הנוגע לניהול תיבות דואר אלקטרוני במרחב הווירטואלי בעבודה, ולהביאה באופן ברור לידיעת העובדים; פעולות המעסיק כפופות לעקרונות של לגיטימיות, מידתיות ושקיפות. קיימת הבחנה מהותית בין שני סוגים עיקריים של תיבות דואר וירטואליות המועמדות לשימוש העובד: תיבה בבעלות המעסיק ותיבה בבעלות העובד. בתיבות מקצועיות בבעלות המעסיק רשאי המעסיק לאסור תכתובת פרטיות, ולקיים פעולות ניטור. עם זאת, וגם אם העובד קיים תכתובת אישית בתיבה המקצועית בניגוד למדיניות מקום העבודה, המעסיק אינו רשאי להיכנס לנתוני תוכן של אותה תכתובת אישית, אלא אם כן מתקיימים תנאים חריגים המצדיקים זאת. בתיבה בבעלות העובד, שהיא פרטית-חיצונית, המעסיק אינו רשאי לקיים פעולות מעקב וניטור. אם המעסיק סבור שהתקיימו התנאים המצדיקים פעולות חדירה, עליו לפנות לבית הדין האזורי לעבודה בבקשה לסעד הולם. כמו כן, נקבעו העקרונות החלים על תיבה מעורבת, שהיא בבעלות המעסיק אבל מיועדת, בין היתר, לתכתובת אישיות של העובד. בנוגע למקרים עצמם קבע בית הדין הארצי לעבודה בעניין **איסקוב** כי בנסיבותיהם תכתובת הדוא"ל אינן קבילות כראיה. הוא פסק לטובת העובדים תוך מתן עדיפות בנסיבות



המקרים לזכות לפרטיות מול זכות הקניין. במקרה של רמי היה מדובר בתיבת דוא"ל פרטית. חיצונית של עובד, ובית הדין קבע כי המעסיק אינו רשאי להיכנס אליה גם אם הדוא"ל נמצא בשרת המעסיק וגם אם הייתה הסכמה של העובד. חדירה לתיבה פרטית-חיצונית מותרת רק באמצעות צו שיפוטי. במקרה של טלי לא הייתה לפסק הדין תוצאה מעשית, שכן המעסיק הודיע בתחילת הדיון בבית הדין הארצי כי אינו מבקש להגיש את הדוא"ל כראיה. עיקר פסק הדין המעמיק ורחב היריעה הוקדש לקביעת נורמות לצורך הנחיה והדרכה כיצד לפעול במסגרת מערכות עובדתיות שונות. שם היה מדובר בתיבת דואר מקצועית, שמעסיק העמיד לרשות עובדיו לצורכי ביצוע תפקידם. נפסק כי החדירה לתיבת דואר זו הייתה אסורה, שכן לא הוכחה מדיניות ברורה של המעסיק האוסרת על שימוש בתיבת דואר זו לצרכים אישיים, לא הוכחה סיבה לגיטימית לכניסה לתיבת הדואר האישית והמעורבת, לא הוכחה הסכמה מפורשת ומדעת לפגיעה בפרטיות, ולבסוף לא הוכח כי פעולות המעסיקה היו מידתיות.

פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה בעניין **איסקוב** עסק בסוגיה שהייתה בחיתוליה באותה עת, והדברים שנאמרו בו מזוויות שונות של סוגיית השימוש בדוא"ל במקום העבודה היו תשתית לפסיקה ולהתנהגות השותפים ליחסי עבודה. ככל שחלה התקדמות באמצעים הטכנולוגיים, נהפכה הסוגיה לנפוצה יותר ולמורכבת יותר והגיעה פעמים רבות לשערי בתי המשפט, אשר פיתחו את ההלכה בהתחשב בעקרונות שנקבעו בעניין **איסקוב**. למשל, התעוררה השאלה האם רשות מקומית רשאית לחייב את עובדיה למסור טביעת אצבע לשם רישום שעות הנוכחות שלהם בשעות נוכחות ביומטרי. בית הדין הארצי פסק בעניין **עיריית קלנסווה** (עס"ק (ארצי) 14-04-7541 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - מרחב המשולש הדרומי - עיריית קלנסווה (15.3.2017)) שמידע ביומטרי, לרבות טביעת אצבע, הוא מידע פרטי-אישי, וששמירתו נפגעת הזכות לפרטיות. בהעדר הסכמה בחוק לפגיעה זו, בהעדר הסכמה פרטנית של העובדים, ובהעדר הסכמה קיבוצית - נפסל חיוב העובדים להחתים נוכחות באמצעות שעון נוכחות ביומטרי, בין היתר בשל פגיעתו בפרטיות העובדים. במקרה אחר בית המשפט העליון התייחס לפסק הדין בעניין **איסקוב** בהחלטה בנוגע להגנה על סודות מסחריים שגנב עובד לשעבר. בית המשפט העליון אימץ את הכלל כי מעסיק אינו רשאי לחדור לתיבת דואר פרטית-חיצונית של עובד גם אם זו הושארה פתוחה בטעות על מסך מחשב של הזולת (רע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב המיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ (10.5.2016)). הזכות לפרטיות בעידן הטכנולוגי חזרה ועלתה לדיון בבית הדין הארצי לעבודה בעניינו של אברהם שטטר (ע"ע (ארצי) 17-04-40711 פישר תעשיות פרמצבטיקות בערבון מוגבל - שטטר (4.3.2018)). במקרה זה הוגשה תביעה בידי עובד במחלקת המכירות שעבד באתרים שונים בארץ מחוץ לחצרי המעסיקה בעבודה שאופיינה בניידות גבוהה. העובד תבע, בין היתר, גמול שעות נוספות, ונתעוררה מחלוקת בנוגע לשעות עבודתו. המעסיקה ביקשה צו איכון למכשיר הטלפון הנייד של העובד, אשר מאפשר לקבל מידע על מיקומו ועל תנועתו, למרות הפגיעה בפרטיותו. בית הדין הארצי לעבודה קיבל את הבקשה, הבחין בין מקרה זה לעניין **איסקוב** והסביר כי מקרה

זה אינו נוגע למצב שבו המעסיק מנהיג פרקטיקה הכרוכה בפגיעה בפרטיות עובד, או מבקש גישה למחשב העובד הפוגעת בפרטיותו. יש לשקול באופן פרטני את אינטרס הגילוי במונחי הוגנות, יעילות וקידום חקר האמת מול אינטרס הפרטיות, ולבחון אם קיים מנגנון שימזער את הפגיעה בפרטיות. במסגרת הפעלת שיקול הדעת השיפוטי ניתן משקל לאפשרות לצמצם את הפגיעה בפרטיות העובד באמצעות העברת נתוני המיקום לידיו תחילה, כדי לאפשר לו להשחיר נתונים הפוגעים בפרטיותו (בפן הראייתי תתפרש השחרה מעין זו בתור הודאת העובד בכך שלא עבד במועדים שהיא מתייחסת אליהם).

נוסף על ההשפעה של עניין **איסקוב** על פסיקת בתי המשפט, הייתה לו השפעה משמעותית על הנעשה בעולם העבודה. המחוקק, ארגוני עובדים והמעסיקים למדו את העקרונות בנוגע לחדירה לתיבת דואר של העובדים. הדבר בא לידי ביטוי בחקיקה, בהסכמים קיבוציים ובנהלים חד-צדדיים של מעסיקים. מעסיקים מסודרים קובעים במפורש את תנאי השימוש בכלי העבודה הטכנולוגיים בהתחשב בנאמר בעניין **איסקוב**. נחתמו חוזי עבודה אישיים הכוללים גם תנאי שימוש בתיבות דואר שהמעסיק העמיד לרשות העובדים, והסכמה מפורשת של העובדים להנחיות השימוש שהמעסיק קבע, לרבות מתי המעסיק רשאי לחדור לתיבת הדואר שמקום העבודה העמיד לרשות העובד. תוצאה נוספת של עניין **איסקוב** היא יתר שקיפות להוראות השימוש בתיבת דואר ובכלי עבודה טכנולוגיים אחרים שהועמדו לרשות עובדים לצורכי עבודה, ובמיוחד אלה הנוגעים לאחריות העובדים והמנהלים ולזכויותיהם.

בשנים שחלפו מאז הקמתם בשנת 1969, הפכו בתי הדין לעבודה לגורם מרכזי בקביעת הלכות משפטיות ונורמות בעולם העבודה והביטחון הסוציאלי. ככל בתי המשפט, בתי הדין פוסקים בשאלות שבאות לפנייהם, לרבות מקרים שיש בהם חסר (לקונה) בחקיקה או בהסכמים. נוסף על פסקי דין במקרים פרטניים, פיתח בית הדין הארצי את ההלכה במשפט העבודה הקיבוצי ובתחומים נוספים. בעשייה זאת זוכה בית הדין לאהדה ותמיכה של ארגוני העובדים, של ארגוני המעסיקים, של המדינה בתור מעסיקה ובקרב המשפטנים. הדברים עולים למעשה בקנה אחד עם דברי ההסבר להצעת החוק שהולידה את בתי הדין לעבודה. בהצעת חוק בית הדין לעבודה ולביטוח לאומי, התשכ"ח-1967, הוסבר כך: "העבודה היא, כידוע, אחד העורקים הראשיים והחיוניים בגופה של המדינה. יחסי עבודה, קשרי עובד ומעביד הם בין הגורמים העיקריים הקובעים את גורל המשק והכלכלה של המדינה ואת האווירה האנושית והחברתית בקרב תושביה. הם גם מעלים יום יום בעיות קשות ולעתים מסעירות המחייבות פתרונות מהירים".

בפסק הדין בעניין **איסקוב** הגשים בית הדין הארצי את ייעודו ואת ייחודיותו באמצעות הנחיות ועקרונות בסוגית איוון הפרטיות של עובדים והקניין של מעסיקים בכל הנוגע לכלים הטכנולוגיים במקום העבודה. בפסק הדין נדון היבט אחד של סוגיית השימוש בדוא"ל במקום העבודה, אבל גם הונחה תשתית לדיונים עתידיים במכלול ההיבטים של הסוגיה.

# מי אתה "אחד שיודע"? על חשיפת שמו של משמיץ אלמוני במרחב הדיגיטלי

רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק  
בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010)

## אברהם אברהם

פתאום קם אדם בבוקר... ומגלה כי שמו הוכפש ברבים. אם ידועה לו זהות המכפיש, יוכל להגיש נגדו תביעה אזרחית או להתלונן במשטרה. ומה אם אין הוא יודע את זהות המכפיש, אבל זהותו ידועה לאדם אחר, צד שלישי? האם יש בידו זכות להגיש תביעה נגד הצד השלישי כדי לחייבו לחשוף את זהות המכפיש?

שאלה זו עמדה להכרעה באחד מפסקי הדין המרכזיים שבית המשפט העליון בישראל נתן בנושא משפט וטכנולוגיה, פסק הדין הידוע בכינוי עניין רמי מור (רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010)). רמי מור היה מטפל אלטרנטיבי במחלות עור. יום אחד הוא גילה כי בפורומים באינטרנט העוסקים בנושאי טיפול ורפואה, פורסמו תגובות (טוקבקים) שתיארו אותו כשרלטן. הוא רצה לתבוע את המפרסם על פי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. אלא שאת זהות המפרסם הוא לא ידע, שכן הודעותיו היו אנונימיות.

כדי להבין את המצב שרמי מור נקלע אליו יש להקדים מידע טכני קצר: כל מחשב ברשת האינטרנט מקבל כתובת IP (Internet Protocol) שמקצה לו ספקית הגישה (בפסק הדין הנדון - חברת בזק בינלאומי). הלכה למעשה, הכתובת היא מספר שבאמצעותו אפשר לזהות את המחשב, וכך לאפשר לו להחליף מידע עם מחשבים אחרים ברשת (לפי כתובותיהם שלהם). כאשר מתפרסמת תגובת באתר כלשהו ברשת, מחזיק אותו אתר בכתובת ה-IP של המחשב שהתגובת נשלחה ממנו. אם אנו יודעים את הכתובת, ספקית הגישה מסוגלת לשחזר למי מלקוחותיה הוקצתה בזמן הגלישה כתובת ה-IP הנתונה. השילוב של שני אלה, כלומר כתובת ה-IP (מידע שבידי האתר) ושיוך המחשב לאותה כתובת (מידע שבידי ספקית הגישה), ביא לזיהוי הטוקבקיסט שפרסם את התגובת האנונימית.

חשוב לומר כי לעיתים לא יהיה אפשר להגיע לזהות של המגיב באינטרנט (הטוקבקיסט), גם אם מצויים בידינו כתובת ה-IP והשיוך של המחשב לכתובת. השחזור שעמדנו עליו עשוי להביא לזיהוי "המשתמש" (user), אלא שאין לנו ערובה שמי שבפועל השתמש במחשב ופרסם

את דברי הגנאי הוא אותו "משתמש". הוא הדין כאשר הכתובת "נגנבה" על ידי פצחן (האקר) הגולש בשמו של אחר. ומה אם המפרסם המשמיץ יושב בבית קפה וגולש כשהוא מתחבר לרשת המקומית (wi-fi) שמספק בית הקפה ליושביו? במצב שכזה מקצה ספקית הגישה כתובת לנתב של בית הקפה, והנתב מקצה באופן מקומי כתובות למחשבי לקוחות בית הקפה שהתחברו אליו. לספקית הגישה אין מידע על ההקצאה המקומית של הכתובת שסופקה ללקוח המזדמן של בית הקפה. כל שיש בידיה היא, כאמור, הכתובת שהוקצתה לנתב.

ובחזרה לעניינינו של רמי מור מיודענו. בשנת 2006 פורסמו בפורום המתנהל באתר Doctors, העוסק בנושאי טיפול ורפואה, כמה תגובות שהכתירו אותו בתארים "שרלטן" ו"גנב" לצד דברי בלע נוספים.

בעקבות פרסום התגובות פנה מור למפעילת האתר, חברת קורמקס בע"מ, וביקש ממנה לחשוף לפניו את כתובות ה-IP של הטוקבקיטים, אבל זו סירבה לעשות כן בלא צו שיפוטי. על כן פנה מור ביום 24.12.2006 לבית משפט השלום בחיפה וביקש צו עשה זמני שיחייב את מפעילת האתר לחשוף את הכתובות. בתשובתה לבית המשפט לא נקטה מפעילת האתר עמדה ולא הביעה התנגדות למתן הכתובות. היא גם לא הופיעה לדין שהתקיים בבקשה. בנסיבות אלה נענה בית משפט השלום לבקשה וחייב את מפעילת האתר למסור למור את כתובות ה-IP. לאחר שהיו בידו כתובות ה-IP פנה מור לספקית הגישה, בזק בינלאומי, וביקש ממנה לספק לו את שמות המשתמשים באותן כתובות IP. הספקית סירבה, ולכן שב מור ופנה לבית משפט השלום בבקשה לחייבה לחשוף לפניו את שמות הטוקבקיטים.

למעשה, תביעה זו של מור לא הייתה ראשונה מסוגה. תביעות כאלה החלו להיות מוגשות לבתי המשפט מעת שהפכה רשת האינטרנט זמינה לציבור הרחב, ועימה רבו הפרסומים הפוגעניים. בשנים שקדמו לתביעה של מור ניתנו תשובות שונות בבתי משפט השלום ובבתי המשפט המחוזיים לשאלה האם אפשר לחייב את ספקית הגישה בחשיפת המידע. היו שנתנו תשובה שלילית, היו שהשיבו בחיוב, והיו שהתנו את החשיפה בתנאים אלה ואחרים (כגון שהפגיעה חמורה במיוחד).

בעניינינו של מור, בניגוד להליך הקודם שבו מפעילת האתר לא הביעה התנגדות לבקשתו לחשוף את כתובות ה-IP, בבקשה השנייה שלו, זו שהוגשה נגד ספקית הגישה (בזק בינלאומי), התנגדה הספקית לחשוף את שמות לקוחותיה לפי כתובות ה-IP. בהחלטתו בבקשה קבע בית משפט השלום מפי השופטת בטינה טאובר, לימים שופטת בבית המשפט המחוזי בחיפה, שכדי לאזן בין הזכות לאנונימיות לזכות לשם טוב, חשיפת הזהות של גולש אנונימי תיעשה רק כאשר הפרסום המשמיץ הוא עבירה פלילית. מכיוון שהפרסומים בגנותו של מור לא היו, לדעת בית המשפט, עבירה פלילית, נדחתה בקשתו לחשוף את שמות הגולשים האנונימיים (בש"א שלום חי') 1238/07 מור נ' ברק 013 שירותי אינטרנט בע"מ (12.2.2007).

על החלטה זו הגיש מור בקשת רשות לערער לבית המשפט המחוזי בחיפה (בר"ע (מחוזי חי') 1632/07 מור נ' ברק אי.טי. סי. (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (22.4.2007).

את ההחלטה נתן השופט יצחק עמית (לימים שופט בית המשפט העליון). הוא קבע שבאופן כללי אפשר לחייב ספקית גישה לחשוף את זהות המשתמש על פי כתובת ה־IP. עם זאת הוא סבר שלפסיקה עקרונית זו צריך שתהיה תחולה פרוספקטיבית, כלומר היא תחול על תביעות שתוגשנה מכאן ולהבא, ולא על התביעה של מור. על כן הבקשה של מור נדחתה, והוא נותר בלי המידע שביקש כדי שיתאפשר לו לתבוע את מי שהשמיץ אותו במרשתת.

לצד הדברים האלה קבע השופט עמית כי הדרך הדייונית הראויה היא להגיש תביעת לשון הרע המופנית נגד הכותב האנונימי והנתבע שזהותו עדיין לא ידועה יצוין בתור "פלוני", ובמסגרת התביעה להגיש בקשה לצו עשה לחשיפת השם של הכותב האלמוני. הבקשה לחשיפה הופכת להליך ביניים שנועד לשרת את ההליך העיקרי (כלומר תביעת לשון הרע נגד הגולש המשמיץ). אם ייענה בית המשפט לבקשה ויורה על חשיפת זהות הגולש המכפיש, יוחלף שם הנתבע במקום התיבה הריקה "פלוני", וההליך ימשיך כתביעה רגילה על לשון הרע. על פסק דין זה של בית המשפט המחוזי הגיש מור בקשת רשות לערער לבית המשפט העליון, כפי שנדרש לעשות בתיק שבו ההתדיינות התחילה בבית משפט השלום. מחמת החשיבות העקרונית של השאלה הרשות ניתנה. הערעור נדון לפני הרכב השופטים אליעזר ריבלין (המשנה לנשיאה), אדמונד לוי ואליקים רובינשטיין. בסופו של דבר הערעור עצמו נדחה ברוב דעות, ונפסק שאין לחייב את ספקית הגישה לחשוף את זהות הלקוח המשמיץ.

שלושת שופטי ההרכב לא היו חלוקים בכל הנוגע לחשיבות של הזכות לאנונימיות. המשנה לנשיאה ריבלין, שכתב את חוות הדעת הראשית, עמד על כך שהאפשרות להתבטא בעילום שם היא חלק חשוב של חופש הביטוי. היא מאפשרת ביטוי למי שבלא האנונימיות היה נמנע מלהביע את דעתו, בשל תחושות של בושה, מבוכה, לחצים חיצוניים או חשש מפני תגובת הסביבה. נוסף על כך, האנונימיות היא מרכיב חשוב בזכות הפרטיות, שלבד מהיותה מוגנת בחקיקה, הועלתה לדרגה של זכות חוקתית (כפי שמורה סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

אלא שמן הצד השני עומדת זכותו של אדם לשמו הטוב. הזכות לאנונימיות אין פירושה זכות להוציא דיבתו של אדם רעה. "האנונימיות עלולה לשמש כמפלטו של מפיץ הדיבה. מאחורי פרגוד האלמוניות קל יותר להשתלח בזולת ולשחרר את חרצובות הלשון בלי לשאת באחריות. בכך עלולה להתאפשר פגיעה חמורה בזכות לשם טוב – זכות יסוד בעלת משקל רב במשטר חוקתי המכיר בכבוד האדם" (עמ' 696-697).

עד כאן טוב ויפה: המשפט מכיר בזכות לאנונימיות, אבל אין הוא מגן על המכפיש האנונימי מפני פגיעה בשם הטוב של זולתו. הזכות לאנונימיות מסתיימת במקום שבו מתחילה הפגיעה בשם הטוב של הזולת.

אבל כיצד יש לאל ידו של הנפגע מן הפרסום לתבוע את המפרסם כאשר זהותו של זה עלומה? אפשרות אחת היא זו שרמי מור נקט בהגישו תביעה עצמאית נגד ספקית הגישה כדי לחייבה לגלות את זהות הגולש על פי כתובת ה־IP. אם היה זוכה בתביעתו, היה יכול לתבוע את הגולש המכפיש שזהותו נחשפה. הקושי ללכת בדרך זו, כלומר בדרך של הגשת תביעה

עצמאית נגד ספקית הגישה, נעוץ בהעדר עילת תביעה נגדה, שכן היא עצמה לא ביצעה כלפי התובע מעשה עוולה כלשהו. על כן קבע המשנה לנשיאה ריבלין, בהסכמת השופט לוי, שמור לא היה יכול להגיש תביעה עצמאית נגד ספקית הגישה.

לעומת זאת סבר השופט רובינשטיין בדעת מיעוט כי אף שאין עילת תביעה בחקיקת הכנסת כלפי ספקית הגישה, אין פירוש הדבר כי אין עילה שכזו במשפט הישראלי. מסקנה זו מתבקשת, לגישתו, על רקע העובדה שלאורך שש השנים שקדמו לפסק הדין הכירו בתי המשפט בערכאות השונות בעילת התביעה, ובכך יש לראות משום יצירה שיפוטית. קביעה זו של השופט רובינשטיין לא נבעה מרצון עז לעצב עילות וחכויות יש מאין באמצעות פסיקה, כי אם מתוך צורך שנובע מן ההתקדמות המהירה של המציאות (הטכנולוגית), שהמחוקק אינו מצליח להדביק. על כן הוא סבר שאם עולה בידי התובע לשכנע כי בידו עילת תביעה טובה נגד הגולש האנונימי שפגע בשמו הטוב, אפשר לצוות על ספקית הגישה לחשוף את זהותו. עם זאת הותיר השופט רובינשטיין בידי בית המשפט שיקול דעת אם לחשוף את זהותו אם לאו, לפי נסיבות המקרה. שופטי הרוב סברו כאמור אחרת. לגישתם אין מקום ליצור עילה חדשה, בבחינת יש מאין, שכן יהיה בכך כדי להסיג את גבולו של המחוקק.

מאחר שנמצא כי לרמי מור אין עילת תביעה נגד ספקית הגישה, נדחה ערעורו, אם כי לא מהטעמים של בית המשפט המחוזי.

חשוב להוסיף כי לצד הדיון בשאלת הקיום של עילת תביעה או העדרה נתנו השופטים בפסק הדין את דעתם להצעה של בית המשפט המחוזי, שלפיה הדרך הראויה היא להגיש תביעה נגד "פלוני" שבמסגרתה תוגש בקשה לחשיפת שמו, ואם בית המשפט יאפשר את החשיפה, תמשיך תביעת לשון הרע נגד המשמיץ, שכבר אינו אלמוני. שלושת שופטי בית המשפט העליון היו בדעה כי אין מקום ליצור דרך דיונית חדשה שכזו, המהווה "שינוי דרמטי" בסדרי הדין, שינוי שצריך לבוא מן המחוקק ולא מבית המשפט. מאותם טעמים דחו השופטים גם את האפשרות לאמץ את המתווה שנקבע בפסיקה האנגלית, שלפיו אפשר לחייב אדם שנחשף למעשה עוולה שעשה אדם אחר, לגלות את זהות המעוול האמיתי, בהתקיים כמה תנאים שנקבעו לכך.

העניין הרב בפסק הדין שניתן בעניין רמי מור נעוץ בהיותו דוגמה להתמודדות של בית המשפט עם העולם המשתנה במהירות בשל ההתקדמות המטאורית בטכנולוגיה בעשורים האחרונים. לפי טבעו של עולם, המשפט מדדה אחר המציאות. האיטיות בסגירת הפער אל מול המציאות המשתנה באה לידי ביטוי בולט עוד יותר בעידן של התקדמות טכנולוגית מהירה בכלל, והתפתחות העולם הדיגיטלי על כל גווניו וענפיו בפרט. התפתחויות אלה מקדימות את המחוקק בצעדי ענק. סגירת הפער נופלת על כתפיו של בית המשפט, שמשתמש בכלים פרשניים העומדים לרשותו בניסיון לסגור את הפער.<sup>1</sup>

1 דוגמה נוספת לכך אפשר למצוא בפסק הדין שניתן בבג"ץ 7846/19 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר (12.4.2021).

המרחב הדיגיטלי שנולד, התגבש והתפתח מאוד בעשורים האחרונים, נותן בידינו כלים בעלי עוצמה כבירה, אבל גם מוליד קשיים שלא אפיינו את העולם הישן, הגשמי. העולם הדיגיטלי מאפשר תקשורת בין בני אדם ושיתוף מידע בדרגה שלא נחווה בעולם הישן. השותפים המרכזיים בשיח הציבורי של "העת העתיקה" (כלומר המאה הקודמת...) היו עיתונאים, אנשי תקשורת וכיוצא באלה, ואילו היום יכול כל אדם להשתתף בשיח הציבורי – ובקלות רבה, יש לומר – בהקשת מקלדת, בטיפוף על מסך הטלפון ובשאר אמצעים המתפתחים מדי יום. העולם הדיגיטלי גרם לנסיקת חופש הביטוי במרחב הציבורי לפסגות שלא הכרנו בעולם הישן.

לצד הברכה שמביא עימו העולם הווירטואלי, שרק מקצת ממנה נזכר מעלה, הוא מביא עימו גם קשיים מסוג שלא ידענו קודם להיוולדו של המרחב הדיגיטלי, ובוודאי שלא בהיקף שאנו עדים לו היום. רמת השיח הציבורי מידרדרת, ולעיתים קרובות (מדי) יורדת לתחתית הביבים ויוצרת תרבות כוחנית ושיח אגרסיבי מתלהם. העולם הדיגיטלי מאפשר עבירות שבעולם הישן היה ביצוען קשה יותר, ופדופיליה עשויה להיות דוגמה בולטת לכך. בקלות שאין כדוגמתה בעולם הישן יכול אדם לפגוע בשם הטוב של זולתו בתפוצה חסרת גבולות כמעט, בעודו מתחבא מאחורי מסך האנונימיות שמעניקה הרשת. פסק הדין בעניין רמי מור, כמו מקרים רבים אחרים שהגיעו לבתי המשפט בעידן החדש, מדגים את הפגיעה האפשרית בשם הטוב של פרטים בחברה.<sup>2</sup> הרשתות החברתיות מביאות עימן ברכה רבה בכך שהן מאפשרות תקשורת ענפה וקלה בין בני אדם, בקבוצות חברתיות, משפחתיות, מקצועיות ואחרות. אבל בד בבד הן מאפשרות פגיעה של פרטים אלה באלה בקלות בלתי נסבלת. אנו עדים לחרמות ולפגיעה בילדים בידי חבריהם ברשתות החברתיות, כאלה העשויים להסתיים בפגיעה נפשית קשה בילד הנתקף, שלעיתים מגיעים לכדי מעשי אובדנות.

דוגמה לקשיים שמציבות בפנינו הרשתות החברתיות, לצד היתרונות הרבים שאנו רואים בהן, אפשר לראות בהתלבטות לגבי השימוש של השופטים עצמם ברשתות חברתיות. שאלת יסוד היא האם ראוי ששופט ישתתף ברשתות חברתיות. הקשיים נובעים מהמאפיינים של רשת חברתית באשר היא, כגון החשיפה של השופט לעיני הציבור באופן שעשוי לפגוע במעמדו, החשש מפני הבעת דעה בידי השופט בעניינים שלא ראוי כי יביע את עמדתו בהם, ועוד כיוצא באלה. הקלות הרבה שבהבעת הדעה במרחב הדיגיטלי ופרסומה המידי ובהיקף עצום עומדים במרכז החששות של אלה שמסתייגים מן השימוש של שופטים ברשתות חברתיות. גם הקשת "לייק" לפרסום של משתתף אחר בנושא שנוי במחלוקת עשויה "לסבך" את השופט בהתנהגות שאינה הולמת את מעמדו. שאלה חשובה אחרת שמערכות המשפט התמודדו עימה בהקשר זה נסבה סביב המשמעות של "חברות" של שופט עם משתמשי הרשת החברתית בהקשר של פסולתו מלשבת בדין בעניין הקשור לאותו "חבר", שאינו חבר באמת, אבל קשר כלשהו יש בין

2 ראו רשימתו של עמית יריב בספר זה, עמ' 848.

השניים בכל זאת. לכל אלה מצטרפות שאלות רבות. למשל, האם על שופט להזדהות ברשת בשמו, או שמא בשם בדוי? האם רשאי הוא ליצור ברשת פרופיל פרטי או מקצועי? חרף כל הקשיים הללו (ורבים אחרים שלא נמנו כאן) מערכות המשפט שנתנו דעתן לסוגיה זו לא אסרו על שופטים להשתמש ברשתות חברתיות. הדבר נעוץ בכך שהרשת החברתית, כמו המרחב הדיגיטלי כולו, הייתה לחלק בלתי נפרד מן העולם החדש, עולם שגם השופטים חיים בו. הדירה של שופט מן הרשתות החברתיות כמוה כהדרתו מן העולם הזה, על כל הטוב והרע שהוא מביא עימו. מעניין לציין כי מערכת בתי המשפט בישראל הייתה מן הראשונות בעולם המערבי שהתמודדה עם שאלה חשובה זו, והיא בחרה שלא לאסור על שופטים להשתמש ברשתות חברתיות, כפוף למגבלות מסוימות שנועדו לשמור על היבטים אתיים.<sup>3</sup>

3 ראו הוועדה המייעצת לוועדת האתיקה לשופטים לעניין השימוש של שופטים ברשתות חברתיות מקוונות סיכום והמלצות (2013). המלצות הוועדה ומסקנותיה אומצו בעיקרן. הוועדה שבה ובחנה את הסוגיה כדי לעדכנה, ובשנת 2019 מסרה את מסקנותיה, והן אומצו בעיקרן בשנית.



## לשון הרע בעולם המקוון

רע"א 1239/19 שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ (8.1.2020)

### עמית יריב

ביום 21.7.1965 התקבל בכנסת בקריאה שלישית חוק לשון הרע, התשכ"ה-1965. החוק פורסם ברשומות, הן הפרסום הרשמי של ספר החוקים, תשעה ימים לאחר מכן, ביום 30.7.1965. בשנת 1967 תוקן החוק בפעם הראשונה, ושמו שונה לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. ביום 14.5.1984, כמעט 19 שנים אחרי שנחקק החוק, נולד בווייט פליינס, ניו יורק, תינוק ושמו מארק אליוט צוקרברג. בפברואר 2004, כחודשיים וחצי לפני יום הולדתו העשרים, העלה אותו צוקרברג עצמו לרשת האינטרנט גרסה ראשונית של אתר שכינה "פייסבוק", במחווה למדריכים המחולקים לסטודנטים חדשים באוניברסיטאות ובהם תמונות הסטודנטים במחזור הנכנס. בתווך שבין יולי 1965 לפברואר 2004 נמצאת ליבת הסיפור הנוכחי, שהוליד פסק דין שניתן בשנת 2020 ושנסב על אירועים שהתרחשו בחודש פברואר 2014.

איך נתאר את ההליך? אפשרות אחת היא להציג אותו בתור עוד פרק במאבק עתיק היומין שבין חופש הביטוי לזכות לשם טוב. אפשרות אחרת היא להציג אותו בתור עוד הוכחה לכך שהטכנולוגיה מקדימה את המשפט, ושביט המשפט נדרש לסגור את הפער הזה כדי שהמשפט יישאר רלוונטי ויוכל למלא את תפקידו החברתי החשוב. אפשר, כמובן, לתאר אותו בתור עוד דוגמה לתרבות השיח ההולכת ומתדרדרת, ראייה לכך שהיד על המקלדת קלה, ולכך שאנשים שלא היו מעלים בדעתם לגדף אדם זר לו פגשו בו ברחובה של עיר, אינם מהססים להוציא תחת ידיהם ניבולי מקלדת שהיו מביכים גם מלח שיכור.

כל האפשרויות האלה טובות ונכונות. הסיפור שלפנינו מאפשר דיון מעמיק בתפר שבין טכנולוגיה למשפט, והוא גם מקרה בוחן לא רע המוכיח שהטכנולוגיה אולי מתעדכנת, אבל נפש האדם – נותרת כשהייתה.

אבל לפני שנתלה בו תילי תילים של פרשנויות, הינה הסיפור בתמצית. חברת "ניידלי תקשורת בע"מ" ("ניידלי" היא המילה הרוסית ל"חדשות"). בהליך בבית המשפט העליון כונתה החברה ("ניידלי") מוציאה לאור מקומון הפועל בערים רמת גן וגבעתיים, ושמו "המקומון רמת גן גבעתיים". המקומון הפגין קו אופוזיציוני כלפי ראש העיר גבעתיים, ותומכי ראש העיר, שהקו המערכתי האמור לא נשא חן בעיניהם, יצאו למערכה נגד המקומון. במסגרת מערכה זו פורסמו ברשת החברתית "פייסבוק" פרסומים שונים נגד המקומון. שניים מבין הפרסומים

הללו עמדו במרכז ההליך. באחד פורסמה תמונה ובה המקומון מושלך לפח אשפה, ולצידה ארבע שורות מלל ובכל אחת מהן מתואר המקומון בכינוי "זבלון". באחר פורסמה תמונה של המקומון מושלך על הרצפה, וכלב עושה את צרכיו על פני העיתון. יואל וגלית שאול, תושבי העיר גבעתיים, לא העלו את הרשומות (פוסטים) הללו לפייסבוק. הם לא צילמו את התמונות ולא צירפו אליהן את הכיתוב. אבל לאחר שנחשפו לפרסום, הם שיתפו את הרשומה ובה תמונת המקומון בפח האשפה (באמצעות לחיצה על כפתור Share), וסימנו רגשון (אימוג') של חיבה לרשומה ובה תמונת הכלב המטיל את מימיו על המקומון (באמצעות לחיצה על כפתור Like). כך, במחי שתי לחיצות מקלדת, נכנסו בני הזוג שאול אל ספר דברי הימים של המשפט הישראלי.

הרשומות המקוריות הועלו לרשת החברתית באופן אנונימי, ועל כן לא הגיש המקומון תביעת לשון הרע נגד המפרסם המקורי. לעומת זאת, בני הזוג שאול, ששיתפו את הפרסום וחיבבו אותו, עשו כן בשמם המלא, ועל כן הוגשה התביעה נגדם. בית משפט השלום דחה את התביעה. השופט עודד מאור קבע כי שני הפרסומים הם לשון הרע כהגדרתה בחוק, אבל סבר כי אי אפשר לראות בפעולה של שיתוף או חיבוב (לייק) פעולה של פרסום. בית משפט השלום מצא שפעולת הפרסום הקבועה בחוק בתור תנאי להטלת אחריות בלשון הרע, כוללת שני רכיבים: יסוד של פעולה (הבעת לשון הרע) ויסוד של תוצאה (הגעת לשון הרע לאדם אחר). השופט מאור סבר שרק כותב הרשומה מקיים את שני רכיבי ה"פרסום", ואילו המשתפים והמחבבים אינם מביעים לשון הרע, אלא רק "מעבירים הלאה" את שפרסם אחר.

המקומון לא אמר נואש והגיש לבית המשפט המחוזי ערעור על פסק הדין, וזה נדון בהרכב שלושה: סגני הנשיא שנלר וורדי והשופטת רביד. בית המשפט המחוזי קיבל בחלקו את הערעור של המקומון. נקבע כי בביצוע פעולה של לייק אין לראות פרסום, אבל כאשר מדובר בשיתוף, שונים הם פני הדברים, ולמשתף יש לייחס פעולה של פרסום, המקימה אחריות על פי דיני לשון הרע.

בשלב זה הגישו בני הזוג שאול בקשת רשות לערער לבית המשפט העליון. כאשר תיק נדון בשתי ערכאות, אין לצדדים זכות להגיש ערעור לבית המשפט העליון. אבל הם רשאים להגיש בקשת רשות לערער, וטעם מרכזי להיעתר לבקשה כזו הוא האופי העקרוני של ההליך והשלכותיו. כך היה גם במקרה זה. הרשות ניתנה ובית המשפט העליון דן בערעור בהרכב השופטים ברק־ארוז, מזוז ווילנר.

זה המקום לומר כמה מילים על הליכים הנובעים מחוק איסור לשון הרע ועל האתגר שהוא מציב בפני בתי המשפט. חוק איסור לשון הרע מבקש לאזן בין שני ערכים חשובים, שכל אחד מהם "מושך" לכיוון אחר. מצד אחד ניצב חופש הביטוי. חופש הביטוי הוא הזכות של אדם לומר את אשר על ליבו, לפרוס את דעותיו ואת עמדותיו באופן פומבי, ולעשות כן ללא חשש. התפיסה המקובלת בישראל, כמו במדינות דמוקרטיות נוספות, היא שחופש הביטוי מאפשר לקיים "שוק פתוח" של רעיונות ושל דעות, "שוק" שמאפשר לכל אדם לא רק לבטא את עצמו,

אלא גם ללמוד את העמדות של אחרים ולהבין אותן, לקבל מידע נחוץ כדי לקבל החלטות מושכלות, ולהעשיר את עולמו הפנימי ואת הבנת המציאות שלו. אם כן, חופש הביטוי הוא ערך חשוב לקיומה של חברה בריאה.

אלא שחופש הביטוי אינו חל רק על ביטויים אדיביים ונעימים. למעשה, אפשר לומר שביטויים של אהבה, חיבה ורעות אינם זקוקים לחופש הביטוי כלל. מי לא אוהב לשמוע את שבחו מפי אחרים? עד כמה שידיעתי מגעת, איש עדיין לא הגיש לבית משפט בישראל בקשה לצו שימנע פרסום של מאמר המשבח את אותו אדם. איש לא הגיש תביעה על פרסום של כתבה שכולה שיר הלל. חופש הביטוי נחוץ גם, ואולי בעיקר, כדי להגן על ביטויים שאינם נעימים לאוזני השומע: על ביטויים ביקורתיים, על ביטויים מעוררי מחלוקת. אפשר בהחלט לומר שדווקא ביטויים כאלה הם שמקדמים את המטרות החברתיות שחופש הביטוי נועד להגן עליהן.

אם כן, חופש הביטוי הוא הערך האחד שדיני לשון הרע מבקשים לשמור עליו ולהגן עליו. הערך האחר הוא הזכות של אדם לשם טוב. וגם כאן החשיבות של הערך, החשיבות של הזכות – אינם שנויים כלל במחלוקת. קהלת הוא שכתב: "טוב שם מְשֻׁמָּן טוֹב" (קהלת ז 1). שמו הטוב של אדם – המוניטין שיצאו לו – הוא אחד הנכסים החשובים לכל אדם. פגיעה בשם הטוב של אדם עלולה לגרום לו נזק חברתי ונזק כלכלי, שהרי מי ירצה לעשות עסקים עם אדם שאינו נהנה משם טוב?

והינה האתגר שהליכים לפי חוק איסור לשון הרע מזמנים לבית המשפט: בכל תיק ותיק נדרש בית המשפט לקבוע, ראשית, אם בדברים שפורסמו יש בכלל משום "לשון הרע", ושנית, אם כן – איזה משני הערכים גובר: האם חופש הביטוי של הפוגע גובר על הזכות לשם טוב של הנפגע, או להיפך? מלאכת האיזון אינה פשוטה ואינה קלה. על בית המשפט לשקול את האינטרס הציבורי בזרימה חופשית ככל האפשר של מידע. עליו למנוע "אפקט מצנן" שימנע מאנשים לדבר באופן חופשי מחשש שייתבעו. עליו להביא בחשבון את העובדה שלעיתים די בעצם ניהול הליך משפטי, על העלויות הכרוכות בו, השקעת הזמן והמתח הנפשי, כדי להרתיע אנשים מלדבר באופן חופשי, גם אם ההליך המשפטי גופו מסתיים בדחיית התביעה.

אתגרים אלה אינם חדשים. הם מלווים את ההליכים בנושא לשון הרע מאז ומעולם. ובכל זאת, יש הבדל. ההבדל נעוץ בשינויי הטכנולוגיה ובהשפעה של הטכנולוגיה על התרבות. עילה על פי חוק איסור לשון הרע מחייבת פרסום, כלומר העברה של התוכן הפוגע לאדם אחד או יותר שאיננו הנפגע. והינה, אמצעי הפרסום עברו שינוי מהותי בעידן הרשתות החברתיות. טרם עידן הרשתות החברתיות הפצה של מסרים לאוכלוסייה רחבה נדרשה להיעזר באמצעי תקשורת ממוסדים, דוגמת עיתונות, רדיו או טלוויזיה. באמצעי תקשורת כאלה קיימים מנגנוני פיקוח ובקרה המסייעים לאזן בין הזכות לשם טוב לחופש הביטוי. כך, למשל, התפקיד של עורך הוא לוודא שמידע המתפרסם בכלי התקשורת שעליו הוא אחראי, הוא מבוסס ומדויק ככל הניתן, ובכך הוא מצמצם את הסיכון לפגיעה בשם הטוב של אדם שלא לצורך.

אומנם גם טרם עידן הרשתות החברתיות היו פרסומים שלא היו נתונים לעריכה מקצועית, דוגמת מודעות או עלונים שהופצו באופן פרטי. דוגמה מובהקת לפרסום כזה היא העלון "מכתבים אל חברי המזרחי", שפרסם מלכיאל גרינוולד, ושאהד מגיליונותיו היה הבסיס להליך המשפטי שזכה לכינוי "משפט קסטנר".<sup>1</sup> אבל מטבע הדברים התפוצה של פרסומים כאלה מצומצמת יותר, ועל כן הפגיעה – בדרך כלל – מוגבלת.

המרשתת, ובעיקר הרשתות החברתיות הפועלות בה, הפכה את הפרסום לקל ופשוט הרבה יותר: לא זו בלבד שרוב הפלטפורמות אינן מנהיגות עריכת תוכן, בשם חופש הביטוי והשוק החופשי של הרעיונות, אלא שגם הפרסום נעשה באופן קל ופשוט, בלחיצה אחת על כפתור "שלח" או "פרסם", כך שגם הכותב אינו ער לעיתים למלוא המשמעות שיש בפרסום. ואם לא די באלה, מציעות הרשתות החברתיות גם אמצעים להתייחס לטקסטים שפרסמו אחרים: סימון רגש (לייק) או הפצה של הטקסט (שיתוף).

זמנים חדשים מעלים שאלות חדשות, וטכנולוגיות חדשות מעוררות התלבטויות חדשות: האם חיבוב או שיתוף הם פרסום לפי חוק לשון הרע? בית המשפט העליון נדרש להבחנה בין השניים והגיע למסקנה שלפיה חיבוב (לייק) אינו פרסום, ואילו שיתוף הוא פרסום שכפוף להוראות החוק. בפסק הדין הוסבר כי פעולה של שיתוף "יוצרת מעין 'עותק' של הפרסום העולתי... מדובר אפוא בפעולה של חזרה על פרסום מסוים החושפת אותו למשתמשים נוספים... שאולי לא נחשפו לפרסום המקורי" (פסקה 45 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז). זה ייחודו של השיתוף: הוא מעביר את הפרסום המקורי הלאה ומרחיב את התפוצה שלו, תוך הגברת הפגיעה בשם הטוב של הנפגע. לעומת זאת, בית המשפט העליון לא ראה בסימון לייק חזרה על הדברים. גם אם האלגוריתם של הרשת החברתית מעדכן משתמשים נוספים בעמדתו של המחבב בנוגע לפרסום, עדיין אין בכך, כך קבע בית המשפט, משום הפצה נוספת וחזרה על הפרסום הפוגע.

פסק הדין שניתן גם הציג את החששות מפני ההשלכות האפשריות על הביטוי ברשתות החברתיות ואת החשש מפני פגיעה במעמד של המרשתת בתור "כיכר עיר וירטואלית". בין החששות הללו אפשר למנות חשש מפני "תביעה בררנית", כלומר בחירה מבין המשתתפים בנתבע שיהיה חלש וחסר יכולת של ממש להתמודד עם תביעה, במקום במפרסם המקורי; חשש מפני "אפקט מצנן", שימנע ביטוי חופשי ברשתות; וחשש מפני הצפה של בתי המשפט בתביעות לשון הרע אם כל מי ששיתף רשומה נתונה יהיה נתבע אפשרי בתביעת לשון הרע. המענה לחששות אלה, קבע בית המשפט העליון, טמון בהגנות שחוק איסור לשון הרע קובע ממילא, בסמכות של בית המשפט למנוע שימוש לרעה בזכויות משפטיות, ובסמכות לחייב בהוצאות משפט. בהקשר זה נזכיר כי חוק איסור לשון הרע, המבקש לשמור על חופש הביטוי, קובע שורה של הגנות העומדות למי שפרסם לשון הרע: הגנת אמת בפרסום, הגנת תום הלב והגנות נוספות.

1 ראו רשימתה של עדנה ארבל בספר זה, עמ' 861.

בתמצית נאמר שבתי המשפט עורכים בחינה של הפרסום על שני צירים: הציר האחד – בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב, הציר האחר – בין הבעת עמדה לקביעת עובדה. ככל שהפרסום הוא הבעת עמדה באופן מובהק יותר, כך תיטה הכף לטובת חופש הביטוי, מתוך הבנה שהקורא או המאזין יוכל להבין שהפרסום הוא העמדה הפרטית של הכותב. ככל שהפרסום נחזה יותר להיות קביעת עובדות – תגבר ההגנה על השם הטוב של נושא הפרסום. כך, כאשר אדם מפרסם שאדם אחר "הורשע בגניבה", קביעה עובדתית מובהקת, הוא יתקשה להגן על הפרסום אם אינו אמת, ואילו אם יפרסם על אדם אחר שהוא "איננו איש ישר", יהיה קל יותר לשכנע כי מדובר בעמדה אישית של הדובר.

מכל מקום, בהתאם לפסיקה של בית המשפט העליון, נראה שהרשתות החברתיות אינן "אזור מפורז" אשר דיני לשון הרע אינם חלים בהן, ואשר חופש הביטוי בהן מוחלט. מנגד, אי אפשר לומר שכל התייחסות לרשומה ברשתות החברתיות תחשוף את המתייחס לתביעת לשון הרע. אם כן, טוב יעשו המגיבים ברשתות החברתיות אם יקדישו מעט יותר משבריר שנייה לפני לחיצה על מקש וישאלו את עצמם אם המסר שהם משתפים הוא מסר שהם מוכנים להיתבע בגינו לדין.

# משפט ושואה



# על "עוזריהם" של הנאצים: הרהורים על משפטי קאפואים ואנשי המשטרה היהודית

פ"ח (מחוזי ת"א) 9/51 היועץ המשפטי נ' אינגסטר, פ"מ ה 152 (1952)  
ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 70 (1964)

## אליקים רובינשטיין

הכול כמעט יודעים על משפט אייכמן, שנידון למוות בישראל והוצא להורג. יש היודעים על דמיאניוק, שנידון למוות בישראל אך זוכה בערעור. כמעט אין היודע כי בישראל נידון יהודי – יחזקאל אינגסטר – למוות בשל עבירות על החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950, אך זוכה חלקית בערעור ועונשו הומתק. עליו ועל משפטי "עוזרי הנאצים", כפי שמכנה אותם החוק, נאמר מה, והדברים נכתבים כשברקע היות השואה חלק בלתי נפרד מתודעתנו בתור יהודים ובתור ישראלים, שהצופן הגנטי שלנו חדר בה.

כמעט שאין זוכרים כי בראשית המדינה הייתה פעילות משפטית לא מעטה הקשורה בשואה – במשפטים של הקאפואים ומשתפי הפעולה היהודים. החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, שהתקבל בכנסת באוגוסט 1950, כיוון בראש ובראשונה אליהם. למעשה, המונח "עוזריהם" בשמו של החוק כוון בעיקר למשתפי הפעולה היהודים, שכן האפשרות להעמיד לדין פושעים נאצים הייתה רחוקה. משפט אייכמן (פושע נאצי בכיר) ומשפט דמיאניוק ("עוזר") היו לוטים בעתיד רחוק יחסית. ועם זאת, החוק כלל הסדרה משפטית מלאה של הנושא – תוך הבחנה בין עבירות "רגילות" לפי דיני העונשין לעבירות של פשעי מלחמה ופשעים כלפי האנושות, קרי: פשעים נגד אוכלוסייה אזרחית שהוגדרו בחוקת לונדון של בית הדין הפלילי הבינלאומי בנירנברג לאחר מלחמת העולם השנייה ושכללו רצח, השמדה, כליאה, עינויים ורדיפות אוכלוסייה על רקע פוליטי, גזעי ודתי. לצד עבירות מיוחדות אלו יצר החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם גם עבירה חדשה יש מאין, שהיא למעשה גולת הכותרת שלו: עבירת פשע כלפי העם היהודי. עבירה זו דומה מבחינת תוכנה לעבירת הג'נוסייד כפי שהוכרה בדין הבינלאומי, בהבדל מרכזי אחד: קורבנותיה אינם בני כל העמים אלא בני העם היהודי בלבד.

כפי שמתואר בעיתונות התקופה ובדיוני הכנסת בהצעת החוק, שורדי שואה זיהו במחנות העקורים בדרך לארץ ובארץ אנשים שהיו קאפואים במחנות ההשמדה. במסגרת עשרות משפטים שהתנהלו לאחר חקיקת החוק, הורשעו לעיתים אלה שנקלעו בעצמם לאימת השואה ושהיו קורבנות – אבל בתפקידים שמילאו מטעם הנאצים גילו לעיתים אכזריות כלפי בני עמם לתועלתם



האישית. היו אלה – לכאורה – אנשים מן היישוב, אבל אם כדי להבטיח את הישרדותם שלהם ואם בשל תכונות אופי שפרצו בנסיבות הזמן, התעמרו באחיהם. הנאשמים במשפטים שהתנהלו על פי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם היו קאפואים בגטאות ובמחנות הריכוז וההשמדה, כמו גם אלה ששימשו שוטרים במשטרה היהודית שעבדה בכפיפות ליוֹדנראטים, אותן "מועצות יהודים" שקישרו בין הנאצים לקהילה ושהיו גם הן שנויות לא אחת במחלוקת בהקשרים שונים. בתקופה שלאחר חקיקת החוק התנהלו חקירות ומשפטים רבים.<sup>1</sup> משפטים אלה חלקם הסתיימו בהרשעה מהדהדת וחלקם בזיכוי. המשפטים החלו ב־1951, סמוך לאחר חקיקת החוק, והוסיפו להתנהל במשך כשני עשורים לאחר מכן. רובם התנהלו במחצית העשור שלאחר חקיקתו. פסק הדין החמור ביותר נגד קאפו, שרוכך בהמשך בבית המשפט העליון, ניתן בעניינו של הקאפו יחזקאל אינגסטר, שהורשע בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ושנידון למוות, כמצוות המחוקק. כתב האישום נגדו נושא את הכותרת פ"ח 9/51. הוא הוגש בספטמבר 1951. הכרעת הדין וגזר הדין ניתנו חודשים מספר לאחר מכן, ביום 4.1.1952 (פ"ח (מחוזי ת"א) 9/51 היועץ המשפטי נ' אינגסטר, פ"מ ה 152 (1952)).

לתאריכים כמובן חשיבות. פסק הדין בעניינו של אינגסטר היה אחד הראשונים שפירשו את החוק החדש, תוך השוואה למעשי החקיקה של בעלות הברית לאחר מלחמת העולם השנייה. המעשים שאינגסטר הורשע בגינם, בין היתר בפשעים נגד האנושות, היו בדרגה חמורה. הראיות מפי עדים שונים התייחסו ל"אכזריות מרובה", ל"השתוללות", ל"מן הגרועים שבקאפוס", ועוד היד נטויה. ולחתימה מפי אחד העדים: "עברתי 19 מחנות והגיהנום הרע ביותר היה זמן עבודתי אצל הנאשם". בית המשפט המחוזי קבע כעובדה כי בשנים 1943-1944 הנאשם "היה מכה ובאופן אכזרי השכם והערב את עצירי המחנות האלה באלת גומי, במכות ידים ובבעיטות רגלים" מכות ללא רחם (עמ' 176).

הנאשם זוכה מפשעי מלחמה, אבל הורשע בפשע נגד האנושות, ובכמה מקרים ספציפיים – בגרימת חבלה חמורה ובתקיפה. פסק הדין ניתן בדעת רוב של השופטים פנחס אבישר, איש העלייה השנייה, וישראל לוין, יליד הארץ. השופט ד"ר יוסף לם – יליד אוסטריה שבעצמו היה חמישה שבועות במחנה דכאו, שם נאסר לאחר ליל הבדולח, ועלה ארצה ב־1939 – היה בדעת מיעוט בנקודה אחת, בכל הנוגע להרשעה גם בפשעים נגד האנושות. יש בדבריו עניין מיוחד, שכן היה חבר הכנסת הראשונה בעת חקיקת החוק ועתה בא ליישמו בתור שופט. בין היתר השתית את עמדתו באשר לזיכוי מפשע נגד האנושות על כך שלא הוכחה כוונת השמדה כלפי האוכלוסייה האזרחית, ולמעשה הנאשם שימש מכשיר בידי הנאצים.

ובעקבות ההרשעה הגיע גזר הדין. בגזר הדין כתבו שופטי הרוב כי "לבנו חרד", אבל בשל הרשעה בפשע נגד האנושות אין מוצא – כך סברו – מהטלת עונש מוות. אך הם הוסיפו כי

1 ראו בהרחבה איתמר לוין קאפו באלנבי: העמדת יהודים לדין בישראל באשמת סיוע לנאצים (2015); רבקה ברוט באזור האפור: הקאפו היהודי במשפט (2019).

"תוצאה זו היא למורת רוחנו כיון שאנו סבורים כי מן הראוי היה שהמחוקק ישאיר לבית המשפט את הסמכות לדון נאשם שהורשע בפשע גם לעונש קל יותר", בשל היותו נרדף וכיוון שהיו שנהגו באכזריות רבה ממנו. על כן היו דנים אותו – אילו יכלו – ל-10 שנות מאסר (עמ' 178-179). הם הוסיפו וציינו שהיו מביאים בחשבון שהוא "כבר נענש קשות בידי שמים, רגלו האחת נקטעה עקב מחלה ממארת, רגלו האחרת משותקת עקב אותה מחלה והוא מוכה תחלואים אחרים עד כדי כך שסכוייו לאריכות ימים קלושים ביותר" (עמ' 179). השופט לם סבר בדעת המיעוט שלו (עמ' 179-180) כי אפשר לגזור עונש קל יותר, של 10 שנים, גם בהינתן ההרשעה בפשע נגד האנושות, לאחר ששוכנע כי חלק גדול ממעשיו עשה הנאשם כדי למנוע תוצאות חמורות יותר (בהתאם לסעיף 11 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, המאפשר הקלה בעונשו של נאשם שהורשע בדינו, אם מתקיימות "נסיבות מקילות").

הערעור של אינגסטר לבית המשפט העליון נתקבל בהסכמת התביעה, והוסר מהרשעתו האישום בפשע נגד האנושות (ע"פ 5/52 אינגסטר נ' היועץ המשפטי (1952.7.4)). פסק הדין – שנכתב בכתב ידו של נשיא בית המשפט העליון משה זמורה, ושנחתם גם בידי השופטים יצחק אולשן וש"ז חשין – ניתן מייד עם תום שמיעת הערעור, ללא נימוקים. ככל הנראה, נימוקים נוספים לא ניתנו מעולם. אינגסטר נידון לשתי שנות מאסר, אבל שוחרר מהרה בשל חוליו הכבד ונפטר תוך זמן קצר. דומה שלא יהיה זה ניחוש גרידא אם נאמר כי תוצאת הערעור הייתה קשורה למצבו הרפואי המדורדר.

ומראשוני המשפטים – למשפט שסימן את "תחילת הסוף". הירש ברנבלט היה מפקד המשטרה היהודית בגטו בנדין שבפולין. הוא זוהה בידי אחד משורדי הגטו בשעה ששימש מנצח בתזמורת האופרה בתל אביב. הוא הועמד לדין והורשע בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו לפני הרכב שופטים שכלל את יעקב גביון, יליד הארץ, מיכאל הרפז, יליד לודו' שבפולין שעלה בהיותו איש צעיר בשנות השלושים, וחיים ארליך, שעלה ארצה מרומניה ב-1944, בעצם ימי השואה, והוא שכתב את פסק הדין.

בית המשפט המחוזי דן באירועים שכתב האישום נסב עליהם, הבולט בהם היה האקציה של 12-14 באוגוסט 1942, שבה שולחו יהודי בנדין לאושוויץ אל גורלם. כך אירע ש-14 באוגוסט הוא היום שבו נורתה משפחת אבי לקבר אחים עם כל יהודי עיירתם לנין, כיום בבלארוס. נשמעו עדים לא מעטים, עדי תביעה ועדי הגנה. חריג שבהם היה העד זאב לונדנר-לירון, לימים אלוף משנה בצה"ל וראש מטה המודיעין בחיל האוויר, אשר חרף ביקורתו החריפה על היודנראט והמשטרה היהודית אמר מעל דוכן העדים: "אני בכלל נגד משפטים בקשר לשואה והתנגדותי עקרונית למשפט זה, וזה לא משנה אילו הייתי נדרש להעיד מטעם הקטגוריה או הסניגוריה, כי אין איש המסוגל להבין כיום את הנושא המסובך ששמו שואה".<sup>2</sup> דברים שכמותם יאמרו לימים בסגנונם שלהם שופטי הערעור.

2 ראו בספרו של לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 366.

בית המשפט המחוזי הרשיע את ברנבלט בהתאם לראיות שהוצגו מטעם התביעה וההגנה. הכרעת הדין נדרשה ליודנראט ולראשיו בבנדין, בעיקר בהקשר לחריג שבחוק שלפיו לא תוטל אחריות פלילית על מי שעשה מעשה "מתוך כוונה למנוע תוצאות חמורות יותר מן התוצאות שנגרמו על ידי המעשה" (סעיף 10(ב) לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם). בית המשפט המחוזי מיאן להחיל הגנה זו על ברנבלט, בנימוק שמעשי ההצלה שלו אינם מבטלים את האשמה שהוא סייע למסירת אלפים לשלטון עוין. הוא נידון לחמש שנות מאסר. יצוין כי כתב האישום כלל גם את העבירה של חברות בארגון עוין, לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, מה שמלמד כי העמדה הראשונית של התביעה הייתה שהמשטרה היהודית שברנבלט פעל בה נחשבת לארגון עוין. אבל במהלך המשפט ביקש התובע דוד ליבאי, על פי הנחיית פרקליט המדינה צבי בר-ניב, לזכותו מאישום זה.

בבית המשפט העליון התהפכו היוצרות וברנבלט זוכה פה אחד (ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 70 (1964)). בהרכב ישבו הנשיא יצחק אולשן, יליד רוסיה בן העלייה השנייה, והשופטים משה לנדוי, יליד דנציג, וחיים כהן, יליד גרמניה והיועץ המשפטי לממשלה בעת שנוהלו מרבית משפטי הקאפואים. שני האחרונים עלו לארץ בשנות השלושים. חיים כהן כתב את פסק הדין הראשון. הוא ביסס את קבלת הערעור הן על ניתוח מפורט של הראיות, הן על ניתוח של סעיפי העבירה וההגנות שהמערער טען להן. הנשיא אולשן הלך בדרך דומה, אבל לאחר מכן עבר לדון במעמד של היודנראט והוסיף רובד ערכי-היסטורי לדיון: "באיזה קו היה על המנהיגים לנהוג – זוהי שאלה להיסטוריה ולא לבית משפט, לפניו מובא נרדף בהאשמה בעבירה לפי החוק הנדון, כל עוד לא הורה לו המחוקק בגופו של החוק, שעליו לנקוט עמדה – ואיזו עמדה – בנוגע לקו בו דוגלים בעלי הדעות השונות הנ"ל" (עמ' 96). הוא גם הוסיף כי "המשטרה היהודית לא הוכרזה כארגון עוין... להיות שוטר במשטרה היהודית אינה עבירה לפי החוק הנדון" (עמ' 98). השופט לנדוי, בעבר אב בית הדין במשפטו של אייכמן, חזר על האמירה כי "דעת הכל היא שאין על בית המשפט לפסוק בוויכוח הגדול הניטש – לא במעט בכוח הנבואה שלאחר המעשה – על דרכם של היודנרטים" (עמ' 100). בהמשך הוא הוסיף: "אמת מרה היא זאת שבאווירת הלחץ היוצאת מגדר הרגיל של הימים ההם שונו מושגי המוסר וערכיו. אך תהיה זאת התנשאות והתחסדות מצדנו – מצד מי שמעולם לא עמד במקומם של אלה, ומי שהצליח להימלט משם, כמו עדי הקטיגוריה – לעשות אמת זאת עילה למתיחת ביקורת על אותם 'אנשים קטנים', שלא התעלו לרמת מוסר עילאית, בהיותם נרדפים עד צואר על-ידי שלטון, שמטרתו הראשונה הייתה למחות את צלם האדם מעל פניהם... ואיסורי החוק הפלילי, כולל החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, לא נכתבו בשביל גיבורים יחידים סגולה, אלא בשביל בני תמותה רגילים עם חולשותיהם הרגילות" (עמ' 101).

עניינה אותי התחושה של שופט ושל תובע במשפטי הקאפו. ואולם כל השופטים שעסקו במשפטי הקאפו אינם עוד בחיים. אבל זכיתי לשוחח בעניין עם פרופ' דוד ליבאי, שחי ופעיל עד 120, ושהיה – כמשפטן צעיר, בן 29 – התובע במשפט ברנבלט ב-1963 והשתתף גם

בערעור ב-1964 לצידי של המשנה לפרקליט המדינה שמואל קוארט.<sup>3</sup> הוא מעיד על ניהול משפט ענייני מאוד הן מצד הצדדים, הן מצד בית המשפט. ליבאי מספר כי המשפט נוהל בכבוד, ואינו זוכר "סצנות" באולם, אף כי היו רגעים עצובים. ועוד מציין הוא כי לו כתובע לא הייתה האופציה שלא לקבל עליו את התיק ולומר "הנושא שייך להיסטוריה ולא למשפט". לדעת ליבאי, הפרקליטות שייצג לא יכלה בשנת 1964 להתעלם מההודעות שגבתה המשטרה נגד ברנבלט, ושהיו לכאורה מהימנות, כפי שפסק בית המשפט המחוזי שראה עדים אלה ושמע אותם.

ליבאי אמר כי היה קשה להתמודד עם מה שעבר על העדים ועל הנאשם בשואה. סיפורי העדים ולבטי השופטים מצאו ביטוי נאמן בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. ליבאי הופתע כאשר ראה ושמע את שופטי בית המשפט העליון "הופכים" את פסק הדין של בית המשפט המחוזי. כבר בפתחת הדיון בערעור היה ברור מדברי השופטים שהם החליטו "חד וחלק" לקבל את הערעור ולא לתת משקל לעדויות של עדי התביעה (שבית המשפט המחוזי האמין להם) שאינן משתלבות לדעתם עם חומר הראיות בשלמותו. דעתם הייתה נחושה ונחרצת והובעה במלואה בפסקי הדין שלהם.

בדיעבד נראה לליבאי שבית המשפט העליון היטיב איתנו, עם העם היהודי, שהשאיר את חילוקי הדעות על ההתנהלות והמדיניות של היודנראט והמשטרה היהודית (למעט מקרים של התאכזרות והתעמרות מיוחדת) למשפט ההיסטוריה, וגרם לכך שמשפטים של יהודים ששיתפו פעולה עם הנאצים כמעט שלא העסיקו את בתי המשפט לאחר פסק הדין במשפט ברנבלט. יש הבחנה בין קאפו לאיש המשטרה היהודית? האם באמת היה מקום להשאיר הכול למשפט ההיסטוריה? האם היה מקום להעמיד לדין קאפואים ואנשי משטרה יהודית הפועלת תחת היודנראט? החוקרים בייזלר וטורקהיימר, שכתבו את הספר "המשפטים הנשכחים של השואה"<sup>4</sup> ובו תיארו את מכלול משפטי הנאצים במדינות שונות, חלוקים ביניהם רק בנושא אחד – משפטי הקאפואים בישראל, תוך הצגת השאלה "היש מקום למשפט באזור האפור?". בייזלר סבר כי לא היה מקום לאלה, תוך ציטוט מפי אלי ויזל כי "הקאפוס היו קורבנות. הם נבחרו בידי אויביהם. נכון שהיו מהם אכזריים מאוד מאוד, אבל גם הם פעלו כמכשירים בידי האויב" (בתרגום שלי, עמ' 224). כמו כן הביא מדברי בנג'מין פרנץ, תובע אמריקני, כי במקום "שבו רצח היה שיגרתו כמו אכילה... האפשר ליישם את הערכים של עולם הציוויליזציה ואת אמות מידותיו...?" (עמ' 217). לעומתו, טורקהיימר – שדעתי כדעתו – סבור כי "העובדה היא שחרף אימת המחנות היו קאפוס שעשו רק את המינימום ואילו אחרים פעלו בברוטליות ואכזריות מעבר לנדרש... ואלה שבחרו בברוטלי אינם צריכים להימלט מעונש רק מפני שהיו

3 שיחה עם המחבר לצורך כתיבת הרשימה בשנת 2021.

4 MICHAEL J. BAZYLER & FRANK M. TURKHEIMER, FORGOTTEN TRIALS OF THE HOLOCAUST (2014); אליקים רובינשטיין "משפטי הנאצים ומשפטי קאפו – היסטוריה, דילמות ולקחים" האומה 203, 52 (2016).

יהודים או עצורי מחנות ריכוז... מעמדם כקאפו צריך להיות נסיבה מקילה במוכן העונש, אך לא ניקוים מאכזריות מופרזת ומיותרת" (עמ' 225).

בניחות משפטי היסטורי, זו למעשה ההבחנה בין נסיבות פסק הדין בעניין ברנבלט לנסיבות פסק הדין בעניין אינגסטר, והיא מצדיקה את התוצאה השונה. אם כן, ההבדל בין שני ההליכים הללו טמון לדעתי בשוני הנסיבות ואולי גם בשוני בזמן. במשפט ברנבלט היו, כפי שתואר, קשיים ראייתיים שבית המשפט העליון עמד עליהם. ברנבלט עצמו, גם לפי התיאור של התובע ליבאי, לא היה אכזר, גם אם היו סרכות בהתנהגותו, ונוסף על הכול הוא פעל תחת שבט היודנראט. לכן היה בית המשפט יכול בקושי פחות לנקוט גישה של העברת נושא המשטרה היהודית למשפט ההיסטוריה. שונים פני הדברים בעניינם של אינגסטר וקאפואים נוספים, שבהם אדם זוהה ללא ספק בראיות מהימנות בתור מי שנהג באכזריות ובהתעמרות מיוחדת, גם אם ננקוט כלל של "אל תדין את חברך עד שתגיע למקומו". אכן, כל קאפו היה בעצמו אסיר ותחת מגפם של הנאצים, אבל "שדרוג" פעולתו לכלל אכזריות יתרה שלא הייתה חלק מ"חובותיו", הצדיק בעיני העמדה לדין.

לאחר המשפט של ברנבלט חלה ירידה ניכרת בהעמדות לדין של יהודים שהיו בקטגוריה של "עוזריהם", אם כי זו לא פסקה לגמרי.<sup>5</sup> נדמה כי לניהול משפט אייכמן, שהגשים היטב את התכליות של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, הייתה השפעה ישירה על כך. יתר על כן, רוח בית המשפט העליון בעניין ברנבלט הייתה ברורה והשרתה מרוחה על המערכת כולה. שאלתי את עצמי שאלה מתבקשת: מה היו שופטי בית המשפט העליון מחליטים ב־1964 אילו באה לפנייהם באתה שנה לא פרשת ברנבלט על הבעייתיות הראייתית שבה, אלא פרשת אינגסטר למשל, או מקרים אחרים של קאפואים אכזריים? התרשמות התובע ליבאי הייתה כי שופטי הערעור שדנו בענייניו של ברנבלט באו לדיון נחרצים בדעתם לקבל את הערעור. אבל שופטי בית המשפט העליון בראשית המדינה לא היו בדעה הזאת במשפטים שנוהלו אז. שאלתי היא האם האמירה "נשאר להיסטוריה" היא אמירה בת שנות השישים, אחרי משפט אייכמן, או אמירה שלדעת ההרכב בפרשת ברנבלט יכולה להיות תקפה גם בשנות החמישים. אילו הובא נושא זה לפני שופטי ערעור ברנבלט עשור לפני כן, האם הייתה התוצאה זהה? וגם אם במישור הראייתי לגבי ברנבלט עצמו הייתה התוצאה קבלת הערעור, האם היו נאמרות האמירות הכלליות באשר ל"נשאר להיסטוריה", כפי שסבר גם העד לירון לינדנר בעדותו במשפט ברנבלט? ייתכן מאוד שאילו היו הראיות בעניין ברנבלט נחרצות יותר, גם התוצאה הייתה עשויה להיות שונה. נישאר כנראה בסימן שאלה.

5 המשפט האחרון שנוהל, ככל הידוע, הוא משפטה של לובה גריצמאכר, שהורשעה בדינה בשנת 1972. לאחר משפט ברנבלט הנחה היועץ המשפטי לממשלה משה בן זאב את פרקליטי המחוזות שלא להגיש כתבי אישום לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם בלי לקבל תחילה את אישור היועץ המשפטי לממשלה לכך. DAN PORAT, BITTER RECKONING: ISRAEL TRIES HOLOCAUST SURVIVORS AS NAZI COLLABORATORS 209 (2019).

# משפט גרינוולד או משפט קסטנר, האיש שהציל נפשות מהשטן

ת"פ (מחוזי י"ם) 124/53 היועץ המשפטי נ' גרינוולד, פ"מ מד 3 (1955)  
ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017 (1958)

## עדנה ארבל

ד"ר ישראל קסטנר זכרו הונצחו והוטבעו לדורות בתודעה הציבורית, לדאבון הלב, במילותיו הקשות והנוקבות של נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים באותה עת, בנימין הלוי: "בקבלו את המתנה הזאת מכר [קסטנר] את נפשו לשטן".<sup>1</sup> לימים פרופ' פנינה להב תיארה את קבלת הדברים בציבור כך: "אני מאשים" דרמטי הרעיש את החברה הישראלית וחשף ציבור מיוסר, כואב, מסוכסך ונבוך".<sup>2</sup>

זמן קצר לאחר כיבוש הונגריה בידי גרמניה, בחודש מרץ של שנת 1944, היה קסטנר מהפעילים המרכזיים של התנועה הציונית ומהמנהלים של "ועד העזרה וההצלה" בבודפשט, שעסק בטיפול בפליטים יהודים שהגיעו להונגריה. במסגרת זו ניהלו קסטנר ואנשי ועד ההצלה שיחות עם אדולף אייכמן ופקודיו, הרמן קרומי, דיטר ויסליצני, קורט בכר ואחרים, להצלת חלק מיהודי הונגריה בתמורה לכופר נפש. בחודש יוני 1944 הצליח קסטנר לקבל את הסכמתם של אנשי הס"ס לשלוח רכבת מבודפשט לשווייץ ועליה 1,685 יהודים, תמורת 1,000 דולרים לנפש. רכבת זו – שכונתה "רכבת ההצלה", ושכין נוסעיה היו גם בני משפחתו של קסטנר ומקורביו – הצליחה לאחר מסע ארוך, שכלל חניית ביניים במחנה ברגן-בלזן, להגיע לשווייץ בסתיו 1944, וכך ניצלו נוסעיה מהשמדה. על כך אין חולק. אבל חלקו גם חלקו על השאלה האם דבר זה יש לדרוש לשבח או לגנאי. הלוי דרש לגנאי.

מה שמכונה "משפט קסטנר" היה מבחינה רשמית משפטו של מלכיאל גרינוולד, יוצא הונגריה, אשר הואשם בהוצאת דיבה פלילית נגד קסטנר, וכל זאת במדינת ישראל שלאחר המלחמה. הפרשה החלה בעלון משוכפל דל תפוצה שפרסם גרינוולד באוגוסט 1952 לרשימה קטנה של מקורבים. וכך פתח גרינוולד את העלון: "ריח של פגר מגרד את נחירי! תהיה זו

1 ת"פ (מחוזי י"ם) 124/53 היועץ המשפטי נ' גרינוולד, פ"מ מד 3, 51 (1955).

2 פנינה להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית 173 (1999).

הלויה משופרא דשופרא! את ד"ר רודולף קסטנר צריך לחסל!<sup>3</sup> בהמשך האשים גרינוולד את קסטנר גם במתן עדות לטובת קצין הס"ס קורט בכר, שהועמד לדין לאחר המלחמה במסגרת משפטי נירנברג, ואף טען כי קסטנר התחלק עם בכר ברכוש השדוד של יהודי הונגריה. בעת שהופץ העלון שימש קסטנר דובר של שר המסחר והתעשייה דב יוסף. לפיכך ובשל החשש להכתמת שמה של מפלגת מפא"י כולה, דרש היועץ המשפטי לממשלה אז, חיים כהן, מקסטנר לפעול לטיהור שמו או להתפטר מתפקידו. לאחר לבטים נענה קסטנר לדרישה. כך הפצת העלון הובילה להגשת כתב אישום נגד גרינוולד באישום של הוצאת דיבה.<sup>4</sup> מאחר שבדיני לשון הרע אפשר להתגונן, וכך היה גם אז, בטענת "אמת דיברתי", חיש מהר הפך הסנגור המוכשר של גרינוולד, שמואל תמיר, את המשפט למשפטו של קסטנר, וכך הוא זכור בהיסטוריה.

הנשיא הלוי קיבל את טענת ההגנה. בפסק דינו הוא חילק את דברי הדיבה שיוחסו לגרינוולד לארבעה ראשים: שיתוף פעולה של קסטנר עם הנאצים; "רצח בעקיפין" או "הכשרת הקרקע לרצח" של יהודי הונגריה; שותפות עם בכר במעשי גזל של יהודי הונגריה; הצלתו של בכר מעונש אחרי המלחמה. הנשיא הלוי קבע בפסק דינו כי גרינוולד הוכיח את אמיתות האשמותיו בשני הראשים הראשונים ובראש הרביעי באופן מלא, ולפיכך זיכה את גרינוולד מאישומים אלו. הוא הרשיע את גרינוולד בהוצאת דיבה פלילית רק בראש השלישי, אבל הסתפק בהטלת קנס סמלי של לירה ובמקביל חייב את המדינה לשלם את הוצאותיו בסך 200 ל"י. הקביעות הקשות והמחמירות של הנשיא הלוי לגבי התנהגותו של קסטנר, בעיקר לגבי קשריו עם הנאצים והתנהלותו כלפיהם, היו בבחינת פסק דין מרשיע נגדו. מחוץ לבית המשפט הכריז קסטנר, מוכה ומובס, כי רק במשפט דרייפוס נעשה משפח דומה למשפח שהתרחש בירושלים. המדינה ערערה על הזיכוי של גרינוולד בבית המשפט המחוזי. כפי שיפורט, ערעור זה התקבל ברוב דעות לאחר שנקבע כי קסטנר לא שיתף פעולה עם הנאצים, וכי לא היה שותף בעקיפין לרצח של יהודי הונגריה ולשותפות גזל עם הנאצים. לצד זאת קבע בית המשפט העליון פה אחד כי קסטנר אכן סייע לקורט בכר בכך שמסר עדות לטובתו לאחר המלחמה, ולפיכך יש לזכות את גרינוולד מאישום זה בתביעת הדיבה. אבל עוד קודם לכן, בחודש מרץ 1957, קסטנר נרצח ביריות אקדח ליד פתח ביתו בתל אביב בעוד ערעור המדינה תלוי ועומד בבית המשפט העליון.<sup>5</sup> יוסף מנקס, זאב אקשטיין ודן שמר נתפסו, הואשמו והורשעו ברצח קסטנר.

3 ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017, 2305 (1958).

4 לפי סעיף 1(201) לפקודת החוק הפלילי, 1936, שהייתה אז בתוקף.

5 הייתה זו כמובן טרגדיה משפחתית. כך התבטאה נכדתו, ח"כ מרב מיכאלי, שהופיעה לפנינו במסגרת ועדה בנושא שיימינג (ביוש) שעמדתי בראשה (הוועדה לגיבוש אמצעים להגנה על הציבור ונושאי משרה בשירות הציבור מפני פעילות ופרסומים פוגעניים, כמו גם בריונות ברשת האינטרנט דין וחשבון (2020)), בהדגשה: "הדמות הזאת היא עבורי החמצה מטורפת כמובן. הלוואי והייתי מכירה אותו. אני לפחות זכיתי להכיר את סבתא שלי, בודי קסטנר. בשבילי הסיפור של קסטנר מעצב את החיים שלי, הוא המורשת שלי".

אבקש להתמקד בדעת הרוב בפסק הדין של בית המשפט העליון "המזכה והמטהר" את קסטנר, אף שכזכור לא היה הנאשם, אלא נושא דברי הדיבה וקורבן האירועים והתקופה. אל השופט אגרנט, שכתב את פסק הדין, הצטרפו הנשיא אולשן, מ"מ הנשיא חשין ובאופן חלקי גם השופט גויטיין, כנגד דעת מיעוט של השופט זילברג. אתייחס בעיקר לאמור בפסק הדין המעמיק, הנרחב ומאיר העיניים של השופט אגרנט, המשתרע על פני 195 עמודים. השופט אגרנט ניתח באזמל מנתחים כל אירוע והתייחס לכל סוגיה שעלתה לפני בית המשפט המחוזי ולכל אמירה ועובדה שקבע הנשיא הלוי, תוך הפניה לעילות ההתערבות הזהירות של ערכאת הערעור בממצאי הערכאה הראשונה הדיונית ובהבהרת ההצדקה לביטול הקביעות העובדתיות והמסקנות המשפטיות של בית המשפט המחוזי.

הנשיא הלוי קבע כזכור שקסטנר החליט להציל את מקורביו ואישים בולטים מקרב יהדות הונגריה, ולשם כך שתק בידועין ולא התריע על השואה המתחוללת. בהקשר זה אמר כי כאשר קיבל קסטנר מידי הנאצים את מתנת חייהם של "המיוחסים", הוא – קסטנר – מכר את נפשו לשטן. השופט אגרנט ביטל מכול וכול דעה זו וקבע שהחובה המוסרית של קסטנר הייתה להציל כמה יהודים שהיה יכול, ולכן לא היה פגם כלשהו בארגון "רכבת ההצלה", שלדעתו הייתה עשויה להיות פתח להצלה רחבה יותר. הוא הבהיר כי קסטנר פעל ללא הרף ובחירוף נפש של ממש כאשר ניסה להציל יהודים רבים ככל האפשר. השופט אגרנט שב והדגיש כי יש לבחון את הדברים על פי המידע והאפשרויות שהיו בזמן אמת בידי קסטנר ועמיתיו בימים של חרדה וחוסר ודאות, וכי אל לו לבית המשפט "להתפרנס מן הידיעה שלאחר מעשה" (עמ' 2255; הדגשה הוסרה).

השופט אגרנט הדגיש שאי אפשר להתעלם מהאירועים הקשים של התקופה, מן הסבל, הפחד, הסכנה והאווירה הקשה מנשוא שבהם חיו יהודי הונגריה, ושבמסגרתם פעל קסטנר אל מול מבצעי הפתרון הסופי, תוך סיכון עצמי וסיכון משפחתו ומטרתו אחת ויחידה: הצלת יהודים מציפורני הנאצים. השופט אגרנט הפנה לעברו הציוני של קסטנר בתור פעיל ציוני, כמו גם אל פועלם של חברי ועדת ההצלה שעסקו בהברחה להונגריה של פליטי ארצות ההשמדה הסמוכות ובמתן כסף, תעודות מזויפות ומגורים. כדי להשיג את כספי ההצלה, קיימה הוועדה קשר מתמיד עם ועדת ההצלה של הסוכנות היהודית בקושטא ויצרה קשר גם עם קבוצת ההצלה שפעלה בסלובקיה. לצורך כך אף יצא שותפו של קסטנר, יואל ברנד, בחודש מאי 1944 לקושטא שבטורקיה כדי להביא את פרטי ההצעה הנאצית לפני המוסדות הציוניים. השופט אגרנט סקר בפירוט רב את הפעולות של חברי הוועדה בכודפשט בכלל ושל קסטנר בתפקיד מנהל הוועדה בפרט, תוך שהוא אורג אל תוך התמונה הכללית את המידע שקיבלו על המתרחש בערי השדה. השופט אגרנט הדגיש שכל אלו מלמדים על פועלו הרב והמשמעותי של קסטנר בתחום ההצלה, והוסיף כי "התופעה של חוסר רצון להאמין בהתקרבות הסכנה לקיומם, שררה אצל יהודי הונגריה חרף הידיעה שהיתה לרבים מהם על מה שאונה לאחיהם באותן הארצות" (עמ' 2029-2030).



רקע כפול זה – של הפעילות הנאצית הנמרצת להשמדת יהודי הונגריה ושל העדר הידיעה של הקורבנות המיועדים – היה מרכיב מרכזי בפסק הדין של השופט אגרנט להבנת פעולותיו של קסטנר. התמונה המצטיירת מפסק הדין היא שקסטנר היה מצוי כל העת בדאגה וחרדה לגורל היהודים ועשה כל שביכולתו לפעול תוך סיכון עצמי ניכר.

בפסק דינו השופט אגרנט פירט פגישות בין קסטנר וברנד לדיטר ויסליצני, קצין הס"ס, במטרה למנוע רצח המוני של יהודי הונגריה, להימנע מריכוזם בגטאות ומגירושם אל מחוץ למדינה, ואף לאפשר הגירה חלקית לארצות אחרות תמורת שני מיליון דולר. ראשי הארגונים הציוניים והקהילה היהודית סמכו את ידיהם על משא ומתן זה והמגיעים נמשכו.

השופט אגרנט תיאר את פסק הדין של הנשיא הלוי כפסק דין שייחס לקסטנר את "הסגרת רוב היהודים בידי רוצחיהם, לשם הצלת יחידים" (עמ' 2054). השופט אגרנט דחה מכול וכול קביעות אלו של הנשיא הלוי והדגיש כי אין להן על מה לסמוך. השופט אגרנט הוסיף והדגיש כי אי אפשר לומר שלקסטנר הייתה ידיעה – בדרגה גבוהה של ודאות – על שילוחם של יהודי ערי השדה להשמדה, תוך שהיטיב לציין אף בקשר לכך כי "השאלה איננה, מה היינו אנחנו – היום ולאחר מעשה – מסיקים מאותן הידיעות כי אם מה שהסיק מהן וחשב עליהן ד"ר קסטנר באותו פרק זמן" (עמ' 2071).

מן הפן המשפטי השופט אגרנט עמד על כך שכדי לבסס את הגנתו היה על גרינוולד להוכיח האשמות חמורות מאוד ב"מידה גדולה של שכנוע" – וזאת "בין אם אלה מייחסות לד"ר קסטנר התנהגות פלילית ובין התנהגות הפגומה מבחינה מוסרית גרידא" (עמ' 2065). בהמשך לכך השופט אגרנט קבע כי שני ראשי אישומי הדיבה הראשונים הולכים יד ביד ומחייבים להשיב על השאלה האם התנהגותו של ד"ר קסטנר – במה שנוגע לפרשת השואה של יהודי ערי השדה – נכנסת לתחומה של עבירה פלילית כלשהי. בקשר לכך השופט אגרנט ציין כי התנהגותו של "שיתוף פעולה עם הנאצים" אינה עבירה פלילית מהותית, וכי אי אפשר כלל לראות בקסטנר בתור מי שסייע לנאצים להגשים את תוכנית הפתרון הסופי, שהרי הוא עצמו כלל לא התכוון, קרי: רצה, אי פעם להביא להשמדתם של יהודי הונגריה.

השופט אגרנט קבע בפסק דינו כי לדעתו הטענה שיש לראות בקסטנר מסייע, מוטעית מעיקרה, וכי לפי הכלל של המשפט הפלילי המקומי, אין רואים באדם "שותף לפני המעשה" לדבר עבירה אלא אם כן התכוון שהעברייני יבצע את העבירה ששידלו או סייע בידיו לבצע. הוא הוסיף שאין רואים באדם ממלא תפקיד של "ייעוץ" או "שידול" אלא אם כן התכוון מראש שתבוצע העבירה שייעץ לעברייני העיקרי או שידלו לעבור אותה.

בסוף של פסק דינו הארוך והמעמיק המתייחס לשתי ההאשמות הראשונות בלי שהושארו אבן שלא נהפכה ונקודה או עניין שלא נבדקו, סיכם הנשיא אגרנט את מסקנותיו הסופיות לגבי התנהגותו של ד"ר קסטנר בתקופת השואה של ערי השדה כך: "בתקופה זו הודרך [קסטנר] על-ידי המניע היחיד של הצלת יהודי הונגריה בכללם, הווה אומר, הצלתם במספר המכסימלי אשר, בהתחשב בתנאי הזמן והמקום, כפי שהעריכם, אפשר היה להצילם". לפיכך "אין למצוא

דופי מוסרי בהתנהגותו הנ"ל; אין לגלות קשר סיבתי בינה לבין הקלת הגירוש וההשמדה; ואין לראותה כמגיעה לכדי שיתוף פעולה עם הנאצים" (עמ' 2176-2177). והשופט אגרנט סיכם: "לפיכך דעתי היא, שלא צדק הנשיא במסקנתו, שהמשיב הוכיח, בקשר לשואת ערי השדה בהונגריה, את שתי האשמותיו הראשונות. הטרגדיה שעברה על יהודי הערים הללו בשנת 1944 היא גדולה ונוראה, הן מבחינת מהותה והן מבחינת היקפה. אולם, חומר ההוכחה במשפט זה אינו מצדיק שנמצא כי ד"ר קסטנר תרם ביודעין לתוצאה עגומה זו ואינו מצדיק כי יוכם, באשר לכך, בכתם של משתף פעולה עם הנאצים" (עמ' 2179).

הנשיא אולשן הצטרף לפסק דינו של השופט אגרנט. הוא שב והדגיש כי "שומה עלינו להשקיף על קסטנר והמנהיגים האחרים על-פי חישוביהם ומצבם באותו הזמן", וכי "אין אנו צריכים לדון לפי הרגשתנו כיום בנוגע 'לאיך היינו אנו נוהגים במקומם'". בנסיבות אותם ימים וחוסר הידיעה ששרר, כך טען הנשיא אולשן, "פלוגי יוכל להאשים את קסטנר לכל היותר רק בהערכת המצב ובשיקולים בלתי-נכונים" (עמ' 2266). הנשיא אולשן היה גם שותף לביקורת על ניהול המשפט בידי הנשיא הלוי, בציינו כי הוא התיר עדויות בלתי רלוונטיות בעליל, התיר חקירות ממושכות לאין קץ בנוגע לדברים של מה בכך, התיר עדויות שמיעה ואפילו מפי אדם שאינו בחיים, ולבסוף, "החלק המוגזם ביותר שהשופט המלומד בעצמו נטל חלק בחקירת שתי-וערב של רוב העדים". בהקשר זה ציין הנשיא אולשן כי קסטנר עצמו נחקר לא פחות מ-11 פעמים, כולל חקירה בידי הנשיא הלוי המשתרעת על פני 32 עמודים. לשיטתו של הנשיא אולשן, "כל זה יצר אמנם יער, אבל מרוב העצים קשה לראותו" (עמ' 2270).

מ"מ הנשיא חשין הבהיר כי לשיטתו אין לפרש את מסכת הראיות שנפרסה במשפט כך שהיא מלמדת על הסתרה מצידו של קסטנר, והוסיף כי גם אם היה מוכח כן, עדיין אין ראייה שהוא עשה זאת "מפני רצונו לעזור לגרמנים במעשי ההשמדה שלהם" (עמ' 2294). מ"מ הנשיא חשין הדגיש כי אם קסטנר לא העמיד את יהדות הונגריה על הסכנה הנשקפת לה, היה זה רק מפני שלא ראה תועלת בדבר, ומפני שסבר כי המעשים העלולים להיעשות בעקבות הידיעה יזיקו יותר משיועילו. לשיטתו של מ"מ הנשיא חשין, אי אפשר לראות במעשים של קסטנר שיתוף פעולה עם הנאצים, משום שלא ניתן לומר שמעשיו הועילו כהוא זה להשמדת יהדות הונגריה. בסיכום הדברים מ"מ הנשיא חשין הדגיש כי אם "רואה אדם שקיבוץ שלם צפוי לאבדון... מותר לו לעשות מאמצים כדי להציל את המעט, אף כי חלק מן המאמצים כרוך בהסתרת האמת מן הרבים" (עמ' 2302).

השופט גויטיין סבר גם הוא שיש לקבל את הערעור, אבל מנימוק אחר. לשיטתו, לגרינוולד לא עמדה במקרה זה הגנת "אמת דיברתי", משום שהוא לא הצליח להוכיח את דבר הדיבה כמכלול, ולשיטתו "הדיבה הכלולה בעלון נשוא המשפט אחת היא ואין לפצלה ולפרטה לפרטים" (עמ' 2315). בקשר לכך הדגיש השופט גויטיין כי "בית-המשפט של היום, אינו יכול למלא תפקיד היסטוריון של מחר" (עמ' 2312).

לעומת זאת, בדעת מיעוט סבר השופט זילברג כי יש לדחות את הערעור לגבי האישום של שיתוף הפעולה של קסטנר עם הנאצים. הוא הדגיש כי אופי הדיון הוא מוסרי יותר משהוא

משפטי, ומלכתחילה ייתכן שהיה מוטב שלא לגולל את הפרשה לפני פורום משפטי. אבל משהובא הדבר לפתחו של בית המשפט – אי אפשר להתחמק מהכרעה בשאלה המוסרית. השופט זילברג הניח כי אילו היו יהודי הונגריה יודעים על השמדת היהודים באושוויץ, לפחות מאות אלפים מהם היו מצליחים למלט את נפשם. זו כאמור הייתה דעתו של השופט זילברג בדעת מיעוט.

בסופו של דבר קיבל כאמור בית המשפט העליון את חלקו העיקרי של הערעור, ובגזר הדין שניתן בו ביום השית על גרינוולד עונש מאסר על תנאי לפרק זמן של שנה אחת וקנס בסך 200 ל"י. אלא שעבור קסטנר היה זה בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי. לדאבון הלב הוא לא זכה לכך. כפי שעולה מפסיקת בית המשפט העליון, הרי שפסק הדין של בית המשפט המחוזי החמיר עם קסטנר. הדברים שנאמרו לגבי קסטנר, שהיה קורבן לדברי הדיבה שבית המשפט העליון מצא שהם מופרכים, היו קשים ביותר וגרמו לו ולמשפחתו עוול גדול שלא נמחה. דברי השופט אגרנט והנשיא אולשן מדברים בעד עצמם. הטיהור של בית המשפט העליון, הסבריו וקביעותיו המאירים את פועלו של קסטנר ואת התנהלותו, מקהים ומבטלים ולו במעט את הדברים הקשים שנאמרו נגד קסטנר בפסק הדין של הנשיא הלוי ובדברי הדיבה מושא המשפט. הדברים יוצאים מהלב ונכנסים אל הלב.

## מי אתה איוון (ג'והן) דמיאניוק: הסיפור שתם אבל לא נשלם

ת"פ (מחוזי י"ם) 373/86 מדינת ישראל נ' דמיאניוק, פ"מ התשמ"ח(ג) 1 (1988)  
ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993)

### דפנה בלטמן קדראי

נדירים הם המקרים שבהם הליך משפטי כורך את סיפור השואה הנורא של העם היהודי בסיפור בינלאומי ופוליטי הנוגע לרדיפת פושעים נאצים ולנפילת חומות ברית המועצות בתום המלחמה הקרה. וכל זאת נכרך בסיפור הלאומי של ישראל כנציגתו של העם היהודי ובסיפור האישי של עדים אודים ניצולים מאש. כזה היה ההליך המשפטי בעניינו של איוון (ג'והן) דמיאניוק, שהואשם בביצוע מעשי זוועה בתור מפעיל תאי הגזים במחנה ההשמדה טרבלינקה שבפולין בתקופת מלחמת העולם השנייה.

מחנה ההשמדה טרבלינקה הוקם כחלק מהתוכנית להשמדת יהודי פולין, ובשנים 1942-1943 רצחו בו הגרמנים ועוזריהם האוקראינים (שכוננו הוואכמנים) כ־870,000 יהודים. על פי כתב האישום, איוון דמיאניוק התנדב לשרת תחת משטר האס-אס הנאצי, נמנה עם קבוצת הוואכמנים שהוכשרה במחנה האימונים טרווניקי שבפולין, ולאחר מכן הוצב לשרת במחנה טרבלינקה. בכתב האישום נטען שאיוון דמיאניוק נודע ברחבי המחנה בשם "איוון האיום" נוכח אכזריותו הרבה. תפקידו הרשמי היה להזרים את הגז אל תאי הגזים במחנה טרבלינקה ובכך להביא לרצח הקורבנות שנדחסו אליהם, אבל הוא נהג לעמוד בפתח תאי הגזים ולהכות את קורבנותיו בצינור ברזל חד כדי לזרזם אל מותם. הוא היה "חותך שדיים ומבקע בטן, יורה בנער וקודח בבשר החי" (הכרעת הדין בבית המשפט המחוזי, עמ' 370). הוא עינה והשפיל, התעלל ורדף את היהודים העוברים במחנה, ובכללם עובדי הכפייה היהודים שנשלפו מעת לעת מתוך אלה המובלים אל מותם, ואשר חויבו בעבודה קשה, משפילה ומבזה ברחבי המחנה. מעטים מתוכם נשאר בחיים לאחר המלחמה, ובשנות השמונים של המאה הקודמת, בעת שהובא דמיאניוק לדין, בודדים מהם היו עדיין בין החיים.

דמיאניוק הועמד לדין בישראל בשנת 1986 מכוח החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950, שמתיר להעמיד לדין בתחומה של מדינת ישראל פושעי מלחמה נאצים ומשפטי פעולה עם הנאצים. הפושע הנאצי הבכיר ביותר שהובא לדין במדינת ישראל היה אדולף

אייכמן, בשנת 1961, ודינו נגזר למיתה. אבל במשך שנים רבות, מתום המשפט של אייכמן ועד לפרשת דמיאניוק, לא הועמד לדין בישראל פושע מלחמה נאצי נוסף.

תחילתו של משפט דמיאניוק בהשתלשלות אירועים בלתי שגרתית ואף מפתיעה. בשנת 1976 נחשפה רשימת שמות ותמונות של אזרחים אמריקאים ילידי אוקראינה ששיתפו פעולה עם השלטון הנאצי במהלך המלחמה. הרשימה הגיעה לידי מנהל מחלקת ההגירה וההתאזרחות במשרד המשפטים האמריקאי, שהופקדה על חקירת חשדות בנוגע לפושעים נאצים שהיגרו לארצות הברית. אחד השמות ברשימה היה איוון (ג'והן) דמיאניוק, שהיגר לארצות הברית בשנת 1952. רשויות ארצות הברית פתחו בחקירה, ובמהלכה הושגה התעודה הצבאית שהונפקה לדמיאניוק במחנה טרווניקי ("תעודת טרווניקי"). התעודה כללה תצלום ופרטים מזהים של איוון דמיאניוק, ובה צוין כי הוצב לשירות במחנה ההשמדה סוביבור.

הרשויות בארצות הברית פנו ליחידה לחקירת פשעי נאצים במשטרת ישראל בבקשה לסיוע בזיהוי דמיאניוק ובזיהוי חשודים נוספים שהופיעו ברשימה שהתפרסמה, ובהם פידור פדורנקו, ששירת במחנה ההשמדה טרבלינקה. לבקשה צורפו דפי קרטון שעליהם הודבקו 17 תמונות של אוקראינים החשודים בשיתוף פעולה עם הנאצים. החוקרת מרים רדיווקר בחרה להתמקד בשניים מהם: דמיאניוק, שהוצב בסוביבור, ופדורנקו, שהוצב בטרבלינקה. רדיווקר בחרה לפתוח דווקא בחקירה נגד פדורנקו, משום שפרטיהם של חלק מניצולי טרבלינקה היו בידי היחידה לחקירות פשעי הנאצים עוד מהחקירה המשטרית שקדמה למשפט אייכמן. היא זימנה למשרדה כמה ניצולים מטרבלינקה והציגה בפני כל אחד מהם את דפי הקרטון שנשלחו מארצות הברית. לתדהמתה, הניצול הראשון שהוזמן זיהה מיד ובהתרגשות רבה את התמונה של איוון דמיאניוק בתור אותו איוון האיום מטרבלינקה שהתעלל ביהודים. הזיהוי הספונטני של דמיאניוק הפתיע את רדיווקר. זאת מאחר שלפי המידע שנמסר לה מרשויות החקירה בארצות הברית, דמיאניוק הוצב בסוביבור ולא בטרבלינקה. שעות ספורות לאחר מכן התייצב במשרדה של רדיווקר ניצול שואה נוסף ממחנה טרבלינקה, וגם הוא זיהה בביטחון מלא את דמיאניוק בתור איוון האיום, מפעיל תאי הגזים בטרבלינקה. מקרה דומה התרחש ביום שלמוחרת, כשניצול אחר זיהה את דמיאניוק בתור איוון האיום. עתה החקירה התמקדה בדמיאניוק. ניצולים נוספים מטרבלינקה הוזמנו לזהות את תצלומו. חלקם זיהו אותו ממבט ראשון ובקריאות נרגשות, וחלקם היו מהוססים מעט יותר. מרביתם הצביעו על הדמיון במבנה הפנים העגולות, האוזניים הבולטות והשיער המקריח.

זיהוי ספונטני זה בידי כמה ניצולים דווח לרשויות החוקרות בארצות הברית. בהמשך לכך החלו רשויות השלטון בארצות הברית בהליך משפטי ממושך לשלילת האזרחות של דמיאניוק. במקביל קודמו בישראל תהליכים משפטיים ומדיניים לבקשת הסגרתו של דמיאניוק למדינת ישראל. לאחר שנשללה אזרחותו בארצות הברית, הוגשה בקשה להסגרתו לישראל כדי שיועמד בה לדין לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם. על בקשת ההסגרה היו חתומים יצחק זמיר,

היועץ המשפטי לממשלה, ויונה בלטמן, פרקליט המדינה.<sup>1</sup> הדיון בבקשת ההסגרה בארצות הברית ארך שנים ארוכות, ובמהלכו הלכו לעולמם חלק מהניצולים שזיהו את דמיאניוק בתור איוון האיום. לאחר כל אלה, בראשית 1986, הובא דמיאניוק לישראל והושם במעצר. הוא שהה בו עד שהסתיימו ההליכים נגדו.

ביום 16.2.1987, לאחר כחצי יובל ממשפט אייכמן, החל להישמע משפטו של דמיאניוק. המשפט התקיים בבנייני האומה בירושלים כדי לאפשר נגישות של הציבור לדיונים, והוא היה המשפט הראשון ששודר בשידור ישיר בטלוויזיה. בראש הרכב השופטים המיוחד עמד שופט בית המשפט העליון דב לוין, ולצידו שופטי בית המשפט המחוזי בירושלים דליה דורנר וצבי טל, שלימים מונו לשופטים בבית המשפט העליון. בראש צוות התביעה עמד פרקליט המדינה יונה בלטמן, ולצידו צוות מוכשר של פרקליטים ומומחים. את דמיאניוק ייצגו לאורך המשפט כמה סנגורים. בלט בהם מייצגו הישראלי, עו"ד יורם שפטל. ההגנה טענה לטעות בזיהוי, כלומר שדמיאניוק אינו איוון האיום, ולקיומו של אליבי שלפיו בתקופת המלחמה הוחזק בשבי הגרמנים במחנה השבויים חלם, ועל כן לא היה יכול להשתייך לכוחות העוזר הנאציים או לשרת בטרבלינקה ובסוביבור. אף שההגנה לא הכחישה את אירועי השואה ואת המעשים המחרידים של איוון האיום, הרשה בית המשפט להביא ראיות להוכחת הפשעים החמורים שבוצעו כלפי העם היהודי במחנה ההשמדה טרבלינקה. על כן נשמעו בפניו עדויות קשות ואמיצות של חמישה ניצולי המחנה ששרדו את התופת, ושהעידו על חייהם במחנה טרבלינקה ועל ההשפלה וההתעללות שחוו מצד סגל המחנה, ובעיקר מצד איוון האיום. עדות ניצולי השואה, שזיהו את דמיאניוק בתור איוון האיום, ריגשה את קהל הצופים ולא הותירה עין יבשה בתוך האולם.

במובנים היסטוריים ותיעודיים הייתה לעדויות הניצולים משמעות גדולה יותר ממשקלן הראיתי. יונה בלטמן, פרקליט המדינה, שבראייה היסטורית העריך כי המשפט יוכל לשמש הוכחה ניצחת לזוועות שהתרחשו במחנה ההשמדה טרבלינקה, טען בעניין זה בנאום הפתיחה של המשפט: "בשקדנות שאפיינה את ההרג טרחו הרוצחים למחות את עקבות הפשע האיום ביותר שידע האדם מעודו. בטרבלינקה הכל נותץ ונשרף ונחרש ונטחן וכוסה ופוזר. אין כביכול זכר לטרבלינקה. רק גל-עד ואבני ענק מסביבו. וכך, ככל שהיטיבו הנאצים לפעול ביעילות כדי להוציא את תוכניתם אל הפועל, ככל שהשמידו והעלו על המוקד יותר יהודים, כך השאירו בחיים פחות עדים לגלות חרפתם. אולם הנאצים לא הצליחו להעלים את העובדות מעל דפי ההיסטוריה האנושית: בעוד חלק גדול מן המעורבים בזוועות ממשיך לנסות ולהעלים את העבר ולברוח ממנו, מחשש פן יעמדו לדין צדק, הרי עדויות ניצולי השואה והעדויות האחרות

1 הכותבת היא בתו של פרקליט המדינה יונה בלטמן זכרו לברכה, שייצג את המדינה בתביעה נגד דמיאניוק, רשימה זו נכתבה לזכרו.

שנתרו - פירסמו את מעלליהם לדיראון עולם. ניצולי שואה אלה, אשר חוו על בשרם את התופעות האיזמות ביותר בתולדות האדם, לא שכחו את המעשים, ואינם יכולים לשכוח את הרוצחים אשר רדו בהם בפרך שבועות וחודשים" (עמ' 91 לפרוטוקול הדיונים בבית המשפט המחוזי).

מעבר לעדויות הניצולים, התביעה הגישה ראיות נוספות לביסוס ההרשעה. כך, הוגשו תעודת טרוניקי, שבה נרשם כי דמיאניוק הוצב בסוביבור, ועדות של איש אס-אס בשם אוטו הורן, ששירת בטרבלינקה ושזיהה את דמיאניוק בחיקור דין מיוחד שנערך בגרמניה במעמד הרכב השופטים. נוסף על כך, הוגשו הודעות של ניצולי טרבלינקה שנחקרו במשטרה ושזיהו את דמיאניוק אבל נפטרו בטרם החל המשפט, ועדויות מומחים והיסטוריונים שמוכיחות את אותנטיות הזיהויים והמסמכים וששוללות את טענת האליבי של הנאשם. מנגד, מומחים שהעידו מטעם דמיאניוק ביקשו לפגום באותנטיות של זיכרון העדים, להוכיח קיומם של מעשי זיוף במסמכים ועוד. לאחר תום שלב הראיות במשפט הגישו הסנגורים של דמיאניוק כראיה הודעה של וואכמן בשם דנילצ'נקו שהפרקליטות הסובייטית גבתה בשנת 1979, ושבה זיהה את דמיאניוק בתור מי שהיה וואכמן בסוביבור ולא בטרבלינקה. הטענה של הסנגוריה הייתה כי הסובייטים זייפו את המסמך, וכי מזיוף זה אפשר ללמוד גם על הזיוף של תעודת טרוניקי.

ביום 18.4.1988 ניתנה הכרעת הדין המרשיעה (ת"פ (מחוזי י"ם) 373/86 מדינת ישראל נ' דמיאניוק, פ"מ התשמ"ח(ג) 1 (1988)). חלק ניכר ממנה עסק בסיפור ההיסטורי המזמר של מחנה טרבלינקה, בהתבסס על עדויות הניצולים ועל עדות ההיסטוריון מטעם התביעה, ד"ר יצחק ארד. במובן הזה הכרעת הדין היא לא רק מסמך משפטי חשוב, אלא גם "מסמך היסטורי וחינוכי רב משמעות" (כפי שצוין בפסק הדין בבית המשפט העליון, עמ' 246). בית המשפט בחן בקפידה את הראיות, דחה את טענת האליבי השקרית של דמיאניוק וקבע שהוכח ללא ספק כי דמיאניוק הוא איוון האיום שהפעיל את תאי הגזים במחנה טרבלינקה. לאחר שנשמעו טיעונים לעונש, גזר בית המשפט את דינו למוות. פסק דין זה חתם תקופה של סערת נפש ציבורית וסיפק את תחושת הצדק ההיסטורי. אבל בכך לא תם סיפור המעשה.

דמיאניוק ערער לבית המשפט העליון, ובשלב זה התאפשר להגיש ראיות חדשות רבות, מה שהוליד הכרעה שהייתה מהקשות והמאתגרות של בית המשפט העליון בישראל. הערעור נקבע לדיון לפני הרכב שופטים מורחב בראשות הנשיא שמגר, ולצידו המשנה לנשיא אלון, השופט גולדברג, השופט מלץ והשופט ברק, שבעצמו ניצל מאימת השואה בהיותו ילד בליטא. שמיעת הערעור נמשכה זמן רב וארכה כחמש שנים. אירועים שונים גרמו לכך: החל ממותו של עו"ד דב איתן, שהצטרף לצוות ההגנה בשלב הערעור, וכלה בהתזת חומצה על עינו של הסנגור שפטל, אשר בעקבות זאת נזקק לאשפוז. בדיעבד חלוף הזמן היה קריטי מבחינת ההגנה. בתקופה זו הסתמן סוף המלחמה הקרה בין מזרח למערב, ברית המועצות התפוררה ומסך הברזל נפל. אירועים היסטוריים אלו אפשרו למדינת ישראל גישה למסמכים ולראיות שלא היו בידה, ושהיו עשויים לשפוך אור נוסף על סוגיית הזיהוי של דמיאניוק. צוות פרקליטים בראשות עו"ד

מיכאל שקד מטעם התביעה טס לברית המועצות כדי לאתר מסמכים חדשים בארכיונים. שם, במרתפי הקג"ב, מצאה התביעה ראיות חדשות שחזקו את הקביעה כי דמיאניוק היה וואכמן ששירת בכוחות הצבא הנאצי, אבל גם כארבעים הודעות כתובות של וואכמנים ששירתו במחנה טרבלינקה, ובהן הוזכר שמו של הוואכמן איוון מרצ'נקו בתור מפעיל תאי הגזים בטרבלינקה. תשעה מהם גם זיהו את תמונתו של מרצ'נקו, שחזותו החיצונית שונה לגמרי מזו של דמיאניוק. ראיות אלה הגישה התביעה לבית המשפט העליון. מציאת ראיות מזכות בשלב הערעור מעוררת לא מעט התלבטויות מתחום המשפט – לגבי קבלת ראיות חדשות בשלב הערעור, לגבי תפקיד התביעה בהשגת ראיות אשר יש בהן פוטנציאל לזיכוי, ועוד. קצרה היריעה מלעסוק בכל אלה, ובכל זאת ייכתב כי התנהלות התביעה בפרשת דמיאניוק שיקפה נורמת הגינות וחתירה לחקר האמת אשר עוגנה לימים כחלק מחובותיו של פרקליט בשירות המדינה.

הראיות החדשות על כך ששם המשפחה של איוון האיום לא היה דמיאניוק, הצטרפו להודעה הכתובה של הוואכמן דנילצ'נקו באשר לשירותו עם דמיאניוק במחנה ההשמדה סוביבור. כל אלה הציבו קושי ממשי בפני שופטי הערעור, שנדרשו להכריע בשאלות האם חומר הראיות שהוצג לפנייהם מוכיח מעל לכל ספק סביר כי דמיאניוק הוא איוון האיום, והאם יש בראיות החדשות שהוגשו כדי לעורר בליבם ספק אשר יחייב לבטל את עונש המוות שהוטל עליו. על שולחנו של בית המשפט העליון היו מונחות ראיות המצביעות על כך שדמיאניוק הוא וואכמן ששיתף פעולה עם הנאצים להשמדת העם היהודי. אבל על השופטים היה להכריע אם הנאשם הוא אכן אותו איוון האיום, מפעיל תאי הגזים בטרבלינקה. בסופו של דבר הגיעו כל חברי ההרכב בערעור למסקנה כי לא הוכח למעלה מספק סביר שדמיאניוק הוא איוון האיום, ועל כן זיכו אותו מחמת הספק (ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993)). מאחר שההליך המשפטי התמקד בסוגיית הזיהוי של דמיאניוק בתור איוון האיום וכמעט שלא התייחס לסוגיית שירותו במחנה ההשמדה סוביבור, הוחלט שלא להרשיעו בגין אישום זה, מהטעם שלא ניתנה לו הזדמנות ראויה להתגונן.

פסק הדין רחב ההיקף, שנכתב בכובד ראש ובכובד לב, משקף את ההתלבטות הקשה. השופטים ניקו עצמם מרגשות הכעס והנגם וכתבו בדם ליבם שנותר ספק, ושכך המשפט תם, אבל תם ולא נשלם. וכך כתבו: "הוואכמאן איוון דמיאניוק יצא מלפנינו זכאי, מחמת הספק, מהאישומים הנוראים המיוחסים לאיוון האיום מטרבלינקה. מידה ראויה היא זו לשופטים, שאינם בוחנים כליות ולב, ואין להם אלא מה שעיניהם רואות וקוראות. תם – ולא נשלם. השלמות איננה נחלתו של שופט בשר ודם" (עמ' 677 לפסק הדין בבית המשפט העליון).

לאחר הזיכוי הוגשו עתירות לבג"ץ למניעת השחרור של דמיאניוק, אך אלו נדחו.<sup>2</sup> דמיאניוק גורש מישראל לארצות הברית, אבל שנים ספורות לאחר מכן אזרחותו נשללה בשנית לאחר

2 בג"ץ 4162/93 פדרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 309 (1993), ובג"ץ 4442/93 תנועת לפיד, התנועה להנחלת לקחי השואה נ' היועץ המשפטי לממשלה (24.8.1993).



שנקבע כי השיג אותה תוך הסתרת עברו בתור פושע מלחמה. בשנת 2009 הוא הוסגר לגרמניה, ובה הועמד לדין על עבירות של סיוע לרצח בתקופת שירותו בתפקיד וואכמן במחנה ההשמדה סוביבור. בתום המשפט הוא הורשע בדינו ונידון לחמש שנות מאסר, אבל עוד קודם לשמיעת הערעור מת זקן ובודד בגרמניה בבית האבות שבו שהה.

המשפט של דמיאניוק ובעיקר זיכוי עוררו סערה רבה בציבור. רבים התקשו להזדהות ולהבין את פשר הספק שהביא לזיכוי, וגם תהו כיצד אפשר לשחרר פושע נאצי, גם אם הוא אינו איוון האיום. אבל גם מבין המבקרים היו לא מעט אשר ציינו את אומץ הלב והיושרה המקצועית של הרכב שופטי בית המשפט העליון שדן בתיק קשה ומתסכל זה. לאחר פרשה זו לא הועמד עוד לדין בישראל פושע מלחמה נאצי.

## שישה מיליון קטגורים: משפט אייכמן

ת"פ (מחוזי י"ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן, פ"מ מה 3 (1961)  
ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033 (1962)

### תמר בראש

ביום כ"ו באייר התש"ך, 23 במאי 1960, במהלך דיוני התקציב של אותה שנה, עלה ראש הממשלה דוד בן-גוריון אל בימת הכנסת ומסר הודעה תמציתית: "עלי להודיע לכנסת כי לפני זמן-מה נתגלה עלידי שירותי הבטחון הישראליים אחד מגדולי פושעי הנאצים, אדולף אייכמן, האחראי, יחד עם ראשי הנאצים, למה שהם קראו בשם 'הפתרון הסופי של בעיית היהודים', כלומר – השמדת ששה מיליונים מיהודי אירופה. אדולף אייכמן נמצא כבר במעצר בארץ, ויעמוד בקרוב למשפט בישראל בהתאם לחוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"ו-1950" (דברי הכנסת 23.5.1960, 1291).

אוטו אדולף אייכמן נולד בגרמניה בשנת 1906 וגדל באוסטריה. בשנת 1933 הוא התגייס לשירות צבאי ביחידת ס"ס וכעבור כשנה עבר אל המשרד הראשי בברלין. תחילה עסק בתפקידי מודיעין בענייני היהודים והציונות ובהמשך עסק בארגון ההגירה הכפויה של היהודים. בסוף שנת 1939 הוא שולב בגסטפו. מחודש מרץ 1941 הוא עמד בראש מחלקה IVB4, אשר ריכזה את הטיפול בענייני היהודים, לרבות גירושם והפקעת רכושם, וחלשה על כל היבטי יישום תוכנית השמדת היהודים, שכונתה "הפתרון הסופי של בעיית היהודים".

במשך כחמש עשרה שנה לאחר תום המלחמה חי אייכמן בזהות בדויה בבואנוס איירס, ארגנטינה. סמוך להודעה על מעצרו הוא נחטף מביתו בארגנטינה והובא לישראל. עם הבאתו החלה חקירה מאומצת לאיתור עדים וראיות. במסגרת החקירה נגבתה הודעתו של אייכמן (כ-3,500 עמודים), נגבו הודעות מעדים ונאספו אלפי מסמכים ממדינות רבות. במהלך המשפט העידו מאה ועשרה עדים, רובם ניצולי שואה. כמו כן הוגשו כאלף ושש מאות מוצגים, אשר כללו מסמכים מקוריים, לרבות בחתימתו של אייכמן, ראיות ממשפטי נירנברג ועדויות אשר נגבו בבתי משפט בגרמניה ובמדינות אחרות מעדים עצורים או מעדים שחששו להיעצר בישראל אם יגיעו להעיד. הקושי באיתור ראיות נבע מכך שבתום המלחמה שרפו הנאצים, ובהם אייכמן, את מסמכי הגסטפו.

כתב האישום נגד אייכמן, שעל פיו הועמד לדין בהתאם להוראות החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"ו-1950, הוגש ביום 21.2.1961. בחמישה עשר פרטי אישום הואשם אייכמן

בעשיית פשעים נגד העם היהודי, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה ובחברות בארגון עוין, עבירות אשר נעשו בשנים 1938-1945 כלפי העם היהודי. חלק מפרטי האישום עסקו גם בפשעיו כלפי בני לאומים אחרים, ובהם פולנים, צוענים, סלובנים וכמאה ילדים צ'כים.

המשפט נפתח ביום 10.4.1961 לפני הרכב השופטים המיוחד בראשות שופט בית המשפט העליון משה לנדוי ולצידו נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים ד"ר בנימין הלוי ושופט בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ד"ר יצחק רווה. את צוות התביעה הוביל היועץ המשפטי לממשלה, גדעון האוזנר, ולצידו גבריאל בכ, לימים שופט בית המשפט העליון, יעקב בר-אור, צבי טרלו וד"ר יעקב רובינסון. אייכמן, אשר במהלך המשפט ישב ב"תא הזכוכית", היה מיוצג באמצעות עורכי דין גרמנים: ד"ר רוברט סרווציוס, שגם ייצג נאשמים במשפטי נירנברג, ודיטר וכטנברוך. כדי לאפשר ייצוג זה תיקנה הכנסת באופן מיוחד את פקודת עורכי הדין, 1938.<sup>1</sup>

המשפט עורר עניין רב בישראל וברחבי העולם. הוא נשמע באולם "בית העם" בירושלים, שודר בשידור חי ב"קול ישראל" ותורגם בתרגום סימולטני לגרמנית, לאנגלית ולצרפתית (חלקו גם ליידיש). הוא הוסרט וסוקר ברחבי העולם באמצעות עיתונאים ואנשי רוח, בהם חיים גורי (מול תא הזכוכית: משפט אייכמן בירושלים (1962)) וחנה ארנדט, אשר סיקרה את המשפט עבור ה"ניו יורקר" ואשר טבעה את הביטוי "הבנאליות של הרוע" (אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע (1963) (בעברית: אריה אוריאל מתרגם 2000)).

משפט אייכמן חשף את הציבור בישראל וברחבי העולם לראשונה למונחות שואת יהודי אירופה ולהיקפה על כל פרטיה, שלביה והיבטיה. המשפט גם הגביר את העיסוק בחקר השואה ובתיעוד קורות הניצולים. אבל השינוי המהותי ביותר שחל בעקבותיו, היה ביחס של הציבור הישראלי כלפי ניצולי השואה. אחד הביטויים לשינוי זה נמצא בטור הנוקב של המשורר נתן אלתרמן, "קלסתר הפנים" ("הטור השביעי" דבר 9.6.1961).

נאום הפתיחה של האוזנר, אשר נשמע במשך שלוש ישיבות, נפתח בדבריו הידועים: "במקום זה, בו אני עומד לפניכם, שופטי ישראל, ללמד קטגוריה על אדולף אייכמן – אין אני עומד יחידי; עמדי ניצבים כאן בשעה זו שישה מיליון קטגורים. אך הם לא יוכלו לקום על רגליהם, לשלוח אצבע מרשיעה כלפי תא הזכוכית ולזעוק כלפי היושב שם: אני מאשים. מפני שעפרם נערם בין גבעות אושוויץ (Auschwitz) ושדות טרבלינקה (Treblinka), נשטף בנהרות פולין וקבריהם פזורים על פני אירופה לאורכה ולרוחבה. דמם זועק, אך קולם לא יישמע. אהיה על כן אני להם לפה ואגיד בשמם את דבר האישום הנורא".<sup>2</sup>

לאחר מכן נסקרו הרקע העובדתי, עיקרי הראיות ותיאור של הקהילות שחרבו. חתימתו הייתה כי "לאדולף אייכמן תהיה זכות שהוא לא נתן לאף אחד מקרבנותיו. הוא יוכל להגן על

1 חוק לתיקון פקודת עורכי הדין (מס' 3), התשכ"א-1960.

2 המשפט של אדולף אייכמן: רשומות משפט היועץ המשפטי של ממשלת ישראל נ' אדולף אייכמן כרך א 55 (התשס"ג). נוסח מעט שונה של הנאום, אשר שונה ברגע האחרון, מופיע אצל גדעון האוזנר משפט ירושלים כרך שני 324 (1980).

עצמו לפני בית-משפט. גורלו לא ייחרץ אלא על-פי דין ועל-פי הוכחות שחובת הוכחתן עלי ועל חבריי. ושופטי ישראל יחרצו דין אמת וצדק".

הכרעת הדין המרשיעה את אייכמן, ניתנה ביום 12.12.1961 בעברית ובגרמנית. ביום 15.12.1961, בתום שלושה ימים שבמהלכם קראו השופטים את הכרעת הדין, ניתן גזר דין קצר, היחיד בישראל שהשית על נאשם עונש מוות שלא בוטל בשלב הערעור (ת"פ (מחוזי י-ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן, פ"מ מה 3 (1961)). זאת מאחר שנקבע כי הפשעים של אייכמן "נוראים מאין כמותם במהותם ובהיקפם", ומחייבים כי יישא "בעונש הגדול ביותר הידוע לחוק" (עמ' 269).

בהבינו את גודל המשא שעל כתפיו, פתח בית המשפט את הכרעת הדין בעמידתו על משמעות ניהול ההליך, באומרו כי "אדולף אייכמן הועמד לדין בפני בית משפט זה בהאשמות שאין למעלה מהן בחומרתן - האשמות בפשעים נגד העם היהודי, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה", אשר נעברו בתקופת שלטונו של היטלר בגרמניה ובאירופה. עוד נכתב כי "וסעיפי כתב האישום מקפלים בתוכם את שואת העם היהודי באותה תקופה - פרשה רווית דם ויסורים שתיוזכר עד סוף הדורות" (עמ' 15-16). אף שקדמו למשפט זה משפטי נירנברג, שבהם נדונו פושעי המלחמה העיקריים, הודגש כי המשפט של אייכמן התייחד בכך שעסק בשואת יהדות אירופה, להבדיל מפשעי מלחמת העולם השנייה בכללותם. בית המשפט היה ער לרצון להרחיב את היריעה במשפט, כך שיעסוק במאורעות השואה בהרחבה תוך בירור שאלות נוקבות, ובהן "כיצד זה היה יכול לקרות לאור היום, ומדוע באה הרעה הגדולה הזאת מידי העם הגרמני דוקא?", האם השואה הייתה יכולה להתרחש ללא סיוע של עמים אחרים, האם הסיוע של בעלות הברית היה יכול למנוע את השואה, האם העם היהודי עשה את כל שאפשר כדי לסייע לאחיו, מה היו הסיבות לאותה אנטישמיות קשה, ומה הלך שעל ישראל והעמים ללמוד מהשואה. אבל בית המשפט הדגיש כי "אסור לו להתפתות לנסיון להגרר אל תחומים לא לו", וכי "ענינו של כל משפט פלילי הוא לברר אם נכוונת טענות האישום... ואם יורשע הנאשם, למדוד לו את עונשו" (עמ' 16).

בהכרעת הדין גולל בית המשפט את עיקרי אירועי שואת יהודי אירופה מאז עליית היטלר לשלטון בשנת 1933 עד התמוטטות שלטונו באמצע שנת 1945, תוך פירוט החלק של אייכמן במימוש "הפתרון הסופי" להשמדת יהדות אירופה.

רוב העובדות אשר עמדו ברקע המעשים לא היו שנויות במחלוקת. אבל למרות בקשת הסנגור להימנע משמיעת עדויות ניצולי השואה וחרף בחירתו כמעט שלא לחקור אותם בחקירות נגדיות, בקשתו זו נדחתה. הנימוק המשפטי שניתן לכך היה כי עצם הכפירה בכתב האישום מחייב לשמוע את עדויות הניצולים בדבר הרקע העובדתי הנוגע לרדיפות היהודים, לכליאתם, לאופן משלוחם ולהשמדתם, גם אם רובם לא פגשו את אייכמן. מעבר לכך, מהכרעת הדין עולה כי בית המשפט ראה חשיבות ציבורית רבה בעצם שמיעת ניצולי השואה. כך, הודגש כי אומנם "לתאור השואה... הוגשו לנו מסמכים, אך עיקר הראיות לכך היו דברי העדים,

אודים מוצלים מאש, שעלו על דוכן העדים בזה אחר זה במשך ימים ושבועות. דבריהם נאמרו בפשטות, שחותם האמת היה טבוע בהם. אך אין ספק שגם הם עצמם לא יכלו לתאר במלים את סבלם שלהם בכל עומקו" (עמ' 151). דוגמה לקושי זה הובאה מעדות הניצול השופט משה בייסקי (לימים שופט בית המשפט העליון), שאמר כי אותם אירועים "לא ניתנים היום להעברה לאולם בית המשפט" (שם).

בהכרעת הדין נקבע כי אייכמן עמד בראש המחלקה אשר ריכזה את כל הפעולות הקשורות ביהודים, בפנינים, בשלילת נתינותם ובהחרמת רכושם, בגירושם ובהובלתם להשמדה, וכי היה בעל תפקיד מפתח בקידום תוכנית "הפתרון הסופי" ובמימושה. ממשרדו יצאו הוראות מפורטות בחתימתו בעניין כל הפעולות האמורות. חלקו בהשמדת היהודים החל בכך שהיה שותף לפעילות "עוצבות המבצע" (האיינזצגרופן), שפעלו בשטחי כיבוש הרייך ושעסקו ברציחת יהודים באמצעות ירי אל בורות קבורה המוניים. אייכמן גם פיקד על תפיסת יהודים וגירושם אל מזרח אירופה תוך הובלתם בהליכה רגלית שבמהלכה רבים קפאו למוות, ומשלוחם באמצעות רכבות אל מחנות ההשמדה. הוא היה מעורב בהנהגת ההמתה בגז, תחילה במכוניות גז במחנה חלמנו ולאחר מכן בתאי הגזים במחנות טרבלינקה, סוביבור ובלז'ץ. הוא גם היה שותף ל"שיפור" שיטת ההמתה במחנה אושוויץ באמצעות גז ציקלון B ולאספקת כמות כחצי מיליון יהודי הונגריה באמצע שנת 1944, לאחר פלישת כוחות הברית לנורמנדי והחשש שהדבר יביא לעצירת מכונת ההשמדה. אייכמן ואנשיו הגיעו במיוחד לבודפשט כדי לוודא את הגברת קצב משלוחי רכבות המשא שבהן הובלה יהדות הונגריה להשמדה באושוויץ. עוד נקבע כי מהמשרד של אייכמן יצאו ההנחיות למילוי ההוראה של היטלר לטשטש את עקבות ההשמדה, בדרך של השמדת הגוויות שהצטברו באושוויץ והוצאת הגופות מהקברים ההמוניים של הנרצחים ביריות, לשרפתן ולטחינת העצמות.

טענות ההגנה כללו כפירה בסמכות של בית המשפט בישראל לשפוט את אייכמן וכפירתו באחריותו לפשעים שהואשם בהם. רובן המכריע נדחה ובתוך כך נדחו כל הטענות המקדמיות. טענת החקיקה למפרע, שעניינה בכך שאייכמן נשפט על פי סעיפי עבירה שנחקקו רק לאחר מעשה, נדחתה לאחר שהוסבר כי טענה זו נשענת על עקרונות צדק השוללים שפיטה על מעשה שלא נאסר בחוק בעת עשייתו. אבל החוק שאייכמן נשפט על פיו לא קבע נורמות חדשות, אלא רק הסדיר את העמדת הנאצים לדין על פשעיהם, בעוד שאף הם ידעו היטב כי אלה היו בגדר פשעים אסורים. ראיה לכך, כך הוסבר, היא "הפעולות הנרחבות שבוצעו ע"י הנאצים לטשטוש עקבות פשעיהם כגון הוצאת גופות הנרצחים מקבריהם ושריפתם לאפר, או השמדת ארכיוני הגסטפו, לפני התמוטטות הרייך, [ה]מוכיחות בעליל כי הנאצים ידעו היטב את אופיים הפלילי של מעלליהם" (עמ' 20).

גם הטענה כי מדובר ב"עבירות חוץ", כלומר עבירות שנעשו מחוץ למדינה ששופטת עליהן, נדחתה. אומנם עקרון הריבונות הטריטוריאלית, שלפיו מדינה מוסמכת להעמיד לדין

על עבירות שנעשו בשטחה, הוא עיקרון יסודי במשפט הפלילי. אך נקבע כי עיקרון זה אינו מוחלט וכי לא אחת הורחבה סמכות השיפוט הפלילי של מדינות גם לעבירות שנעברו מחוץ לשטחן, בייחוד אם אין מדינה אחרת בעלת סמכות שיפוט לאותן עבירות. מכל מקום, הפרת העיקרון האמור נחשבת לפגיעה בזכויות המדינה שאליה משתייך הנאשם, אך לא לפגיעה בזכויותיו. אומנם אייכמן פנה אל ממשלת מערב גרמניה כדי שתתבע את זכותה להעמידו לדין, אבל פנייתו הושבה ריקם.

טענת "מעשה מדינה", שלפיה רק המדינה נושאת באחריות למעשה שנעשה בשמה ולפיכך אי אפשר להעניש את העושה בשליחותה, נדחתה גם היא. הטעם העיקרי לדחייתה היה כי אייכמן נשפט על כך שעבר על איסורים מובהקים מכוח משפט העמים, ולכן אינו יכול להתגונן בטענה שפעל על פי "חוקי" מדינתו או בשליחותה. נוסף על כך, גם טענותיו כי פעל על פי "חוקי המלחמה" נדחו, בנימוק שהיהודים לא היו שבווי מלחמה, אלא המלחמה שהתרחשה ברקע רק נוצלה ליצירת "מסך העשן" שבחסותו נעשו פשעי הנאצים.

בדומה, נדחתה הטענה של אייכמן אשר נשענה על חטיפתו מארגנטינה. נקבע כי סמכות השיפוט נובעת ממהות האישום, כי בית המשפט אינו נדרש לשאלת אופן הגעת הנאשם אל תחום הריבונות של המדינה השופטת אותו, וכי נושא החטיפה הוא עניין לשתי המדינות המעורבות.

הטענה בדבר חוסר האובייקטיביות של שופטים יהודים נדחתה עוד בהחלטה מקדמית, אשר בה נקבע כי "אכן בשבתו על כס המשפט אינו חדל השופט להיות בשר-ודם... אולם הוא מצווה על-פי החוק לכבוש רגשות ויצרים... שאם לא כן לא יהיה שופט כשר לעולם לדון באישום פלילי, המעורר רגשות וסלידה... אמת נכון הדבר שזכר השואה מזעזע כל יהודי עד עומק לבו, אולם משהובא משפט זה לפנינו חובה עלינו לכבוש אף רגשות אלה שעה שאנו יושבים לדין. בחובה זו נעמוד" (ההחלטה צוטטה בפסק הדין בערעור, בעמ' 2081).

מעבר לכל אלו, טענות ההגנה העיקריות של אייכמן היו כי הוא רק מילא תפקיד של "בורג קטן" בגלגל מכונת ההשמדה הנאצית, כי פעל כפקיד זוטור חסר יוזמה עצמית, כי רק קבע את תוכנית הסעת היהודים אל המחנות וכי רק ציית לפקודות שהיה אנוס לפעול לפיהן. טענותיו אלו נדחו לאחר שנסתרו בראיות מובהקות. אלה הוכיחו כי אייכמן הוסמך לתפקידו מטעם הפיהרר, כי תפקידו היה בכיר, כי עמד בראש העושים למימוש הפתרון הסופי, וכי לא רק ידע על הכוונה להשמדת העם היהודי, אלא היה חדור מטרה לקדם זאת ועשה כן בפועל. בכך התקבלו טענות היועץ המשפטי לממשלה שאף "רוצח מאחורי שולחן הכתיבה" נושא באחריות לפשעי הנאצים וכי האחריות של אייכמן אינה נובעת רק ממעשיו הישירים, אלא גם משותפותו המלאה לפעולות של מנגנון רב-משתתפים אשר כל מעשיו כוונו להכחדת העם היהודי, ולא רק לרציחת כל אחד מיחידי הקורבנות.

כך גם נדחו הטענות של אייכמן כי פעל מכוח "ציות לפקודה מגבוה" וכי היה אנוס לציית לפקודות. זאת מאחר שהוכח כי אייכמן היה מודע לאי חוקיות הפקודות שפעל לפיהן, כי היה

יכול להשתחרר מתפקידו, וכי פעל מתוך שנאת יהודים עמוקה ומתוך שכנוע פנימי בדבר ההצדקה להשמדה מוחלטת של העם היהודי. עוד הוכח כי אייכמן לא שימש רק "צינור" להעברת פקודות, אלא גילה יוזמה וחלש על מנגנון פקידות רחב שסר למרותו. הערעור של אייכמן על הרשעתו ועל עונשו נדון בבית המשפט העליון לפני הנשיא יצחק אולשן, מ"מ הנשיא שמעון אגרנט והשופטים משה זילברג, יואל זוסמן ואלפרד ויתקון ונדחה בפסק דינם מיום 29.5.1962 (ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033 (1962)).

בית המשפט העליון סמך את ידיו על פסק הדין של הערכאה הראשונה ואף הדגיש כי אלמלא תוצאתו – גזר דין מוות – לא היה מוסיף עליו, אלא היה מסתפק בדחיית הכפירה של אייכמן באישום, מאחר ש"גם בורג קטן, וגם נהג זעיר, עשויים להיות שותפים לעבירה על-פי החוק הפלילי שלנו, ודינם כדין המשמיד או הרוצח ממש" (עמ' 2085). אולם בית המשפט ראה לנכון להרחיב את נימוקיו לדחיית הערעור באומרו: "ברם אנחנו לא נלך בדרך קלה ונוחה זו... לא ניתן יד לסיילוף היסטורי של דמויות מחוללי השואה. לא נמעיט את דמותו של אייכמן ולא נקפח את 'זכויותיו' הגדולות למען המטרה הנכספת של הנאצים והיא: השמדת העם היהודי. נקצה לו את המקום הראוי בהיאררכיה הנאצית, כפי שעולה הדבר מתוך חומר הראיות שהיה לעיני השופטים המלומדים" (שם; ההדגשה במקור).

בעניין דחיית הערעור על גזר הדין נכתב: "ידענו יפה יפה, מה דל ומה חיזור יהיה גזר-מיתה זה, לעומת מיליוני המיתות-משונות שגזר הוא על קרבנותיו. כשם שאין שם בשפת בני-אדם כדי לכנות בו מעשים כמעשי המערער, כך גם אין עונש בחוקי בני-אדם, שיהא הולם בחומרתו את אשמת המערער. אך ידיעתנו כי כל מידה שתימדד למערער לא תשווה, וכל שילם ועונש שיוטל עליו לא יספיק – ידיעה זו, אסור לה שתניע אותנו דווקא להקל בענשו של זה" (עמ' 2100; ההדגשות במקור).

ביום 31.5.1962, יומיים לאחר מתן פסק הדין בערעור, דחה נשיא המדינה יצחק בן-צבי את בקשת החנינה שהגישה משפחתו של אייכמן וכן דחה בקשת חנינה שהגישו אנשי רוח מהארץ ומהעולם, אשר טענו כי עונש המוות יפגע בדמות השואה, ייצור רושם כי בכך "נרצה עוונם של הנאצים" ואף יביא להעמדת תליין מתוכנו. מאוחר יותר באותו יום הוצא אייכמן להורג ואפרו פוזר מחוץ למים הטריטוריאליים של המדינה.

## רשימת פסקי הדין לפי שערים

ההפניה היא למספר העמוד הראשון של הרשימה שפסק הדין נסקר בה

### זכויות אזרחיות ופוליטיות

- בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שריהמשטרה, פ"ד ב 80 (1949) – עמ' 63
- בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994) – עמ' 40
- בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (13.6.2017) – עמ' 73
- בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) – עמ' 73
- ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) – עמ' 57
- בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שריהפנים, פ"ד ז 871 (1953) – עמ' 25
- בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987) – עמ' 29
- בג"ץ 2557/05 מטה הרוב – ארגון הגג של כל תנועות השמאל נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006) – עמ' 40
- בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010) – עמ' 63
- בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (27.12.2006) – עמ' 68
- בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999) – עמ' 19
- בג"ץ 5078/20 פדידה נ' מפקד מחוז ירושלים (19.8.2020) – עמ' 40
- ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691 (2014) – עמ' 52
- ע"ו (מחוזי ת"א) 9219-07-17 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (30.7.2017) – עמ' 79
- ע"ש (מחוזי ת"א) 1171/03 פלונית נ' ועדה פסיכיאטרית (20.10.2003) – עמ' 79
- בג"ץ 355/79 קטלון נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980) – עמ' 73
- בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951) – עמ' 63
- בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989) – עמ' 29
- ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993) – עמ' 35

### זכויות חברתיות

- בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת (23.4.2020) – עמ' 107
- בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012) – עמ' 101
- בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002) – עמ' 112
- בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1 (2008) – עמ' 91
- רע"א 6353/19 לשצ'נקו נ' כונס הנכסים הרשמי (11.2.2020) – עמ' 87
- בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005) – עמ' 101



בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006) – עמ' 96  
 בג"ץ 5304/92 פ"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותה נ' שר  
 המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (1993) – עמ' 87  
 עב"ל (ארצי) 14-08-17457 קרול – המוסד לביטוח לאומי (17.5.2018) – עמ' 101  
 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' כנסת ישראל, פ"ד סז(2) 155 (2014) – עמ' 112  
 בג"ץ 4988/19 רוזנצווייג מויסה נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל (20.1.2022) – עמ' 101  
 ע"ע (ארצי) 205/08 שירותי בריאות כללית – טיירו (9.11.2009) – עמ' 91

## שוויון

בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) – עמ' 157  
 בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996) – עמ' 130  
 בג"ץ 7426/08 טבקה, משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1) 820 (2010) – עמ' 162  
 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) – עמ' 125  
 בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר (5.5.2014) – עמ' 130  
 ת"א (שלום יים) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (1.9.1996) – עמ' 140  
 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו,  
 פ"ד נו(5) 393 (2002) – עמ' 135  
 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009) – עמ' 167  
 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988) – עמ' 173  
 בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999) – עמ' 125  
 ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (30.4.2009) – עמ' 152  
 רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011) – עמ' 140  
 רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (9.12.2015) – עמ' 119  
 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994) – עמ' 146  
 בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020) – עמ' 140  
 בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (1981) – עמ' 167  
 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988) – עמ' 173

## הפרדת רשויות ודיני דמוקרטיה

בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981) – עמ' 222  
 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל,  
 פ"ד נט(2) 14 (2004) – עמ' 210  
 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) – עמ' 204

- בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) – עמ' 222  
בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865 (2005) –  
עמ' 227  
בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (23.3.2020) – עמ' 198  
א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף (18.7.2019) – עמ' 233  
בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801 (1951) – עמ' 187  
בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991) – עמ' 216  
בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021) – עמ' 193  
ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965) –  
עמ' 233  
בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985) – עמ' 239  
בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986) – עמ' 239  
בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997) – עמ' 204  
ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985) –  
עמ' 233  
ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177 (1988) –  
עמ' 233  
בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1985) – עמ' 239  
בג"ץ 1843/93 פנחס נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492 (1993) – עמ' 227  
בג"ץ 1843/93 פנחס נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995) – עמ' 227  
בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017) – עמ' 210  
בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988) – עמ' 187  
בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353 (1990) – עמ' 216  
בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982) – עמ' 198

### סדרי שלטון ומנהל

- ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005) – עמ' 285  
בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד  
מז(5) 441 (1993) – עמ' 181  
בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983) – עמ' 269  
בג"ץ 3/58 ברמן נ' שרי-הפנים, פ"ד יב 1493 (1958) – עמ' 258  
בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990) – עמ' 252  
בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980) – עמ' 290  
בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177 (2014) – עמ' 274

- ע"ע 3908/11 הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר (22.9.2014) – עמ' 295  
 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) –  
 עמ' 181  
 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.2016) – עמ' 274  
 בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994) – עמ' 269  
 בג"ץ 135/75 סאיטקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673 (1975) – עמ' 247  
 בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566  
 (1980) – עמ' 263  
 בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998) – עמ' 280

### דת ומדינה

- בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר נתניה, פ"ד ח 1254 (1954) – עמ' 308  
 דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (26.10.2017) – עמ' 319  
 בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (12.9.2017) – עמ' 331  
 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) –  
 עמ' 331  
 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997) – עמ' 325  
 בג"ץ 98/54 זרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40 (1956) – עמ' 308  
 ת"פ (מקומיים י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ התשמ"ח(ב) 265 (1987) – עמ' 319  
 בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004) – עמ' 308  
 בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון,  
 פ"ד נד(2) 503 (2000) – עמ' 325  
 בג"ץ 72/55 פרידי נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד י 734 (1956) – עמ' 308  
 בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפרישמריהו, פ"ד טז 2101 (1962) – עמ' 303  
 בג"ץ 7625/06 רגז'ובה נ' משרד הפנים (31.3.2016) – עמ' 313  
 בג"ץ 72/62 רופאיזן נ' שר-הפנים, פ"ד טז 2428 (1962) – עמ' 313  
 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970) – עמ' 313

### דיני חוזים

- ע"א Eximin S. A. 3912/90, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד  
 מז(4) 64 (1993) – עמ' 344  
 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988) – עמ' 344  
 ע"א 5131/10 אזימוב נ' בנימיני, פ"ד סו(1) 442 (2013) – עמ' 349

- דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה שיתופית הקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006) - עמ' 359
- ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (20.11.2019) - עמ' 359
- ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989) - עמ' 339
- רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998) - עמ' 349
- ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705 (1994) - עמ' 349
- ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995) - עמ' 359
- ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (1977) - עמ' 339
- ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983) - עמ' 339
- ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002) - עמ' 339
- ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996) - עמ' 354
- ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281 (1979) - עמ' 354

#### חוזים אחידים והגנת הצרכן

- דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003) - עמ' 384
- עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365 (1980) - עמ' 379
- ה"פ (מחוזי ת"א) 39815-06-16 מרק נ' הג'ג' (1.1.2018) - עמ' 373
- ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319 (1963) - עמ' 389
- ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617 (1979) - עמ' 373
- ע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא(3) 113 (1977) - עמ' 379
- ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת הקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי (4.12.2011) - עמ' 367

#### דיני נזיקין

- דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל - חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533 (2010) - עמ' 415
- ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999) - עמ' 420
- ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פ"ד סה(2) 797 (2012) - עמ' 400
- ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982) - עמ' 405
- ע"א 518/82 זייצוב נ' כין, פ"ד מ(2) 85 (1986) - עמ' 400
- ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו הנא, פ"ד ס(3) 13 (2005) - עמ' 395
- ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990) - עמ' 410
- דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003) - עמ' 410

ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים  
 בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004) – עמ' 415  
 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985) – עמ' 405

### קניין הפרט וקניין הכלל

בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989) – עמ' 427  
 רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289  
 (1998) – עמ' 432  
 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999) – עמ' 438  
 ע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, פ"ד לד(3) 57 (1980) – עמ' 459  
 ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003) – עמ' 438  
 ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה(2) 785 (1981) – עמ' 459  
 ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, פ"ד נא(1) 114 (1997) – עמ' 448  
 דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632 (2003) – עמ' 448  
 ע"א 8323/17 מדינת ישראל נ' בעהם (20.5.2019) – עמ' 454  
 ע"א 8956/17 מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר-צור יגאל (14.1.2021) – עמ' 443  
 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25  
 (2002) – עמ' 443  
 ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גיגי לטד, פ"ד כט(1) 597 (1974) – עמ' 432  
 רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550 (1994) – עמ' 465  
 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) – עמ' 427  
 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) – עמ' 465

### משפט מסחרי ודיני תאגידים

ע"א 610/94 בוכבינדר נ' מפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289 (2003) – עמ' 489  
 ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ (28.12.2016) – עמ' 489  
 ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145  
 (1998) – עמ' 499  
 דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001) – עמ' 499  
 ת"צ (כלכלית ת"א) 11-01-26809 כהנא נ' מכתשים אגן תעשיות בע"מ (15.5.2011) – עמ' 483  
 ע"א 667/76 ל. גליקמן בע"מ נ' א.מ. ברקאי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד לב(2) 281 (1978) – עמ' 483  
 ע"א 7657/17 נאמן על הסדר הנושים של פויכטונגר תעשיות בע"מ נ' פויכטונגר (18.6.2020) –  
 עמ' 494

- ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984) - עמ' 494  
ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פ"ד סג(1) 548 (2009) - עמ' 473  
ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי שמש, פ"ד סב(2) 437 (2007) - עמ' 478

### התדיינות, ראיות וצדק דיוני

- בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פ"ד סב(4) 167 (2008) - עמ' 510  
בג"ץ 233/85 אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 (1985) - עמ' 548  
ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988) - עמ' 516  
ע"א 597/72 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כז(2) 449 (1973) - עמ' 507  
ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89 (1974) - עמ' 507  
דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995) - עמ' 548  
רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995) - עמ' 510  
בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996) - עמ' 548  
ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.2018) - עמ' 527  
ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) - עמ' 527  
ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי, פ"ד א 5 (1949) - עמ' 533  
ע"פ 1301/06 עזבון אלזם נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (2009) - עמ' 527  
ע"פ 20/51 פודמסקי נגד היועץ המשפטי, פ"ד ה 1187 (1951) - עמ' 533  
ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011) - עמ' 516  
בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999) - עמ' 548  
בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449 (1981) - עמ' 521

### משפט פלילי

- ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996) - עמ' 570  
רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002) - עמ' 575  
דנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק בוקובה (13.9.2017) - עמ' 575  
ע"פ 6353/94 בוחבוס נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647 (1995) - עמ' 590  
ע"פ 532/71 בחמוצי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543 (1972) - עמ' 602  
רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (2012) - עמ' 543  
מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002) - עמ' 538  
ד"נ 15/64 בש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 309 (1965) - עמ' 566  
ע"פ 196/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' בש, פ"ד יח(4) 568 (1964) - עמ' 566

- בג"ץ 2684/12 י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה  
 570 עמ' (9.12.2015)
- ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534 (2002) – עמ' 590
- ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 514 (1952) – עמ' 560
- ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996) – עמ' 580
- ת"פ (מחוזי חי') 387/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (7.9.2003) – עמ' 596
- ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993) – עמ' 555
- ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) – עמ' 580
- רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי (31.10.2018) – עמ' 580
- ע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(3) 685 (2000) – עמ' 618
- דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004) – עמ' 585
- רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל (18.2.2020) – עמ' 613
- רע"פ 7669/15 מהאג'נה נ' מדינת ישראל (18.4.2016) – עמ' 570
- ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 281 (1956) – עמ' 608
- ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (2002) – עמ' 602
- בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008) – עמ' 602
- מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999) – עמ' 538
- ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011) – עמ' 555

### ביטחון ומצבי חירום

- בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (4.4.2021) – עמ' 653
- בג"ץ 7/48 אליכרבוטלי נ' שריהבטחון, פ"ד ב 5 (1949) – עמ' 625
- בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פד מ(3) 505 (1986) – עמ' 647
- בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (1.3.2021) – עמ' 658
- בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) –  
 עמ' 631
- בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) –  
 עמ' 664
- ע/279/58 עופר נ' התובע הצבאי, פ"ע מד 362 (1959) – עמ' 642
- דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) – עמ' 637
- בג"ץ 1107/21 שמש נ' ראש הממשלה (17.3.2021) – עמ' 658
- מר/3/57 תובע צבאי נ' מלינקי, פס"מ יז 90 (1958) – עמ' 642

## משפט בינלאומי

- בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717 (2013) - עמ' 692  
בג"ץ 7385/13 איתן - מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(2) 524 (2014) - עמ' 692  
בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) - עמ' 671  
בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (11.8.2015) - עמ' 692  
בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) - עמ' 702  
בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004) - עמ' 676  
בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005) - עמ' 676  
ע"פ 3768/08 סלאמה נ' מדינת ישראל (7.11.2010) - עמ' 682  
ע"פ 10489/06 עופר נ' מדינת ישראל (14.1.2010) - עמ' 697  
בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (9.6.2020) - עמ' 671  
ע"פ 4596/98 פלוגינת נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000) - עמ' 687  
בר"ם 5040/18 פלוגינת נ' רשות האוכלוסין וההגירה (9.2.2020) - עמ' 682  
בג"ץ 1591/18 פלוגינת נ' שרת המשפטים (17.9.2020) - עמ' 697

## דיני עבודה

- ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000) - עמ' 732  
ע"ע (ארצי) 18021-11-12 א.א. מוקד 101 בע"מ - אבבה (13.11.2013) - עמ' 709  
דב"ע (ארצי) נב/3-142 אלהרינאת - כפר רות, פד"ע כד 535 (1992) - עמ' 726  
ע"ע (ארצי) 363/07 ארביב - פואימקס בע"מ (26.5.2010) - עמ' 768  
בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, פ"ד סה(3) 593 (2012) - עמ' 753  
בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת (21.4.2016) - עמ' 715  
ע"ע (ארצי) 1027/01 גוטמן - המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לח 448 (2003) - עמ' 748  
דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518 (2013) - עמ' 743  
עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ - הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה  
145 (2000) - עמ' 758  
עס"ק (ארצי) 25476-09-12 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - האגף להתאגדות עובדים -  
פלאפון תקשורת בע"מ (2.1.2013) - עמ' 758  
ע"ע (ארצי) 209/10 וינברגר - אוניברסיטת בר אילן (6.12.2012) - עמ' 715  
דב"ע (ארצי) לג/3-25 ועד אנשי צוות דיילי אוויר - חזין, פד"ע ד 365 (1973) - עמ' 709  
ע"ע (ארצי) 15868-04-18 כותה - עיריית רעננה (7.4.2021) - עמ' 720  
עס"ק (ארצי) 64/09 כח לעובדים - עמותת סינמטק ירושלים (2.7.2009) - עמ' 737  
עש"ם 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650 (1998) - עמ' 763



- דב"ע (ארצי) נד/96-3 מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ - עאבד, פד"ע כט 151 (1995) - עמ' 726
- דב"ע (ארצי) נו/209-3 מפעלי תחנות בע"מ - יניב, פד"ע לג 289 (1996) - עמ' 759
- סק"כ (ארצי) 11-09-722 משרד הבריאות - ההסתדרות הרפואית בישראל (4.9.2011) - עמ' 737
- בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990) - עמ' 715
- דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1997) - עמ' 709
- ע"ע (ארצי) 274/06 פלונית - אלמוני (26.3.2008) - עמ' 763
- ע"ע (ארצי) 20-11-39841 פלונית - אלמוני (11.7.2021) - עמ' 763
- ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר - רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (1999) - עמ' 732
- דב"ע (ארצי) לג/12-3 צ'בוטרו - אברהם, פד"ע ד 173 (1972) - עמ' 743
- בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372 (1974) - עמ' 758
- ע"ב (אזורי ת"א) 3054/04 שמואלוב - משה פונס שרותי נקיון ואחזקה בע"מ (10.12.2006) - עמ' 726

### דיני משפחה וירושה

- בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994) - עמ' 802
- דנ"א 6211/13 משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית (23.12.2013) - עמ' 777
- דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) - עמ' 792
- ע"א 679/76 סלי נ' עזבון שפר, פ"ד לב(2) 785 (1978) - עמ' 812
- בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שריהפנים, פ"ד יז 225 (1963) - עמ' 782
- בע"ם 919/15 פלוני נ' פלונית (19.7.2017) - עמ' 807
- בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב-יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006) - עמ' 797
- בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274 (2013) - עמ' 792
- בע"ם 4486/13 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (27.8.2013) - עמ' 777
- בע"ם 7141/15 פלונית נ' פלונית (22.12.2016) - עמ' 792
- ע"א 86/79 קניג נ' כהן, פ"ד לה(1) 176 (1980) - עמ' 812
- ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701 (1982) - עמ' 812
- ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443 (1984) - עמ' 787

### משפט וסביבה

- בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (2.4.2013) - עמ' 828
- ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976) - עמ' 824

ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פ"ד נו(3) 385 (2002) – עמ' 819  
בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (2.1.2013) – עמ' 828

### משפט וטכנולוגיה

ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר – הממונה על חוק עבודת נשים (8.2.2011) – עמ' 837  
רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010) – עמ' 842  
רע"א 1239/19 שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ (8.1.2020) – עמ' 848

### משפט ושואה

ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033 (1962) – עמ' 873  
ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993) – עמ' 867  
ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 70 (1964) – עמ' 855  
ת"פ (מחוזי י"ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן, פ"מ מה 3 (1961) – עמ' 873  
פ"ח (מחוזי ת"א) 9/51 היועץ המשפטי נ' אינגסטר, פ"מ ה 152 (1952) – עמ' 855  
ת"פ (מחוזי י"ם) 124/53 היועץ המשפטי נ' גרינוולד, פ"מ מד 3 (1955) – עמ' 861  
ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017 (1958) – עמ' 861  
ת"פ (מחוזי י"ם) 373/86 מדינת ישראל נ' דמיאניוק, פ"מ התשמ"ח(ג) 1 (1988) – עמ' 867

## הכותבות והכותבים

אבו טהה נסר - שופט בית המשפט המחוזי באר שבע  
אבו קאעוד כאמל - שופט בכיר בית הדין האזורי לעבודה תל אביב-יפו  
אבמון מולר עינת - שופטת בית המשפט המחוזי ירושלים  
אברהם אברהם - נשיא בית המשפט המחוזי נצרת (בדימוס)  
אברהמי אייל - נשיא בית הדין האזורי לעבודה ירושלים  
אברהמי תמר - שופטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
אגמון גונן מיכל - שופטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
אדלר סטפן (סטיב) - נשיא בית הדין הארצי לעבודה (בדימוס)  
אדלשטיין ליאורה - שופטת בית משפט השלום אילת  
אופק גנדלר חני - שופטת בית הדין הארצי לעבודה  
אורנשטיין אהרן - שופט בית משפט השלום  
אזולאי קרן - רשמת בית המשפט העליון ושופטת בית משפט השלום  
אילוטוביץ סגל איריס - שופטת בית המשפט לענייני משפחה תל אביב-יפו  
אימבר אילנית - שופטת נוער בית משפט נוער בשלום נצרת  
אלון אספרנצה - שופטת בית המשפט המחוזי חיפה  
אלטוביה מגן - שופטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
אמיר דנה - שופטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
אמיר רמי - שופטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
ארבל עדנה - שופטת בית המשפט העליון (בדימוס)  
ארד נילי - נשיאת בית הדין הארצי לעבודה (בדימוס)  
בולמש חגית - שופטת בית משפט השלום כפר סבא  
בורשטיין מרדכי - סגן נשיא בית משפט השלום ירושלים  
בורנשטיין שמואל - שופטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
בזק רפפורט תמר - שופטת בית המשפט המחוזי ירושלים  
ביטון פרלה איילת השחר - שופטת בית משפט השלום קריות  
ביניש דורית - נשיאת בית המשפט העליון (בדימוס)  
בלטמן קדראי דפנה - שופטת בית המשפט המחוזי ומנהלת המרכז להכשרה והשתלמות שופטים  
בלכר יעל - שופטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
בנג'ו שלמה - שופטת בית משפט השלום חיפה  
בנמלך ליאת - שופטת בית משפט השלום ירושלים  
בר-אשר תמר - שופטת בית המשפט המחוזי ירושלים

בר"ג-הירשברג רחל - שופטת בית הדין האזורי לעבודה ירושלים  
ברוך ענת - שופטת בית המשפט העליון  
ברליגר דבורה - נשיאת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (בדימוס)  
ברק אהרן - נשיא בית המשפט העליון (בדימוס)  
ברק-ארז דפנה - שופטת בית המשפט העליון  
ברקאי רחל - שופטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
ג'ובראן סלים - משנה לנשיאת בית המשפט העליון (בדימוס)  
גולדשטיין רון - שופט בית משפט השלום תל אביב-יפו  
גולומב עינב - שופטת בית המשפט המחוזי נצרת  
גולן טל - שופט בית הדין האזורי לעבודה חיפה  
גונטובניק גרשון - שופט בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
גורדון אהד - שופט בית המשפט המחוזי ירושלים  
ג'וסי סארי - שופט בית המשפט המחוזי חיפה  
גליקסמן לאה - שופטת בית הדין הארצי לעבודה  
גרונים אשר - נשיא בית המשפט העליון (בדימוס)  
גרוסמן נועה - שופטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
גרוסקופף עופר - שופט בית המשפט העליון  
דוידובימוטולה סיגל - שופטת בית הדין הארצי לעבודה  
דנציגר יורם - שופט בית המשפט העליון (בדימוס)  
דפדי אילן - שופט בפועל ורשם בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
דראל ארנון - שופט בית המשפט המחוזי בירושלים  
היימן שירי - סגנית נשיאת בתי המשפט לענייני משפחה צפון  
הימן גיא - שופט בית משפט השלום תל אביב-יפו  
הירשפלד מיכל - שופטת בית משפט השלום ירושלים  
הנדל ניל - משנה לנשיאת בית המשפט העליון (בדימוס)  
הס גלעד - שופט בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
הראל אסף - שופט בית הדין האזורי לעבודה חיפה  
הרמלין איתי - שופט בית משפט השלום תל אביב-יפו  
וילנר יעל - שופטת בית המשפט העליון  
וינוגרד רם - שופט בית המשפט המחוזי ירושלים  
וינשל אליעד - שופט בית משפט השלום ירושלים  
ויצמן צבי - שופט בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
ויצנבליט אמיר - שופט בית משפט השלום הרצליה  
וירט-ליבנה ורדה - נשיאת בית הדין הארצי לעבודה

זילברטל צבי - שופט בית המשפט העליון (בדימוס)  
 זמיר יצחק - שופט בית המשפט העליון (בדימוס)  
 זנדברג חיה - שופטת בית המשפט המחוזי ירושלים  
 חבקין טל - סגן נשיא בית משפט השלום תל אביב-יפו  
 חיות אסתר - נשיאת בית המשפט העליון  
 חיימוביץ לבנת טלי - שופטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
 חיימוביץ רמי - שופט בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 חילוי-אסעד כריסטינה - שופטת בית משפט השלום תל אביב-יפו  
 חשין דוד - נשיא בית המשפט המחוזי ירושלים (בדימוס)  
 טולקובסקי בלהה - סגנית נשיאת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 טרנר רויטל - שופטת בית הדין האזורי לעבודה נצרת  
 יניב שי - סגן נשיא בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
 יפת דורון - שופט בית הדין האזורי לעבודה תל אביב-יפו  
 יריב עמית - סגן נשיא בית משפט השלום תל אביב-יפו  
 כבוב האלד - שופט בית המשפט העליון  
 כהן-לקח דנה - שופטת בית המשפט המחוזי ירושלים  
 כנעאן אחסאן - שופט בית משפט השלום חיפה  
 כרמי איתי - רשם בכיר בית משפט השלום נצרת  
 לבני יוני - שופט בית משפט השלום ראשון לציון  
 להב טלי - רשמת בכירה בית משפט השלום ירושלים  
 לובינסקי זיו גלעד - שופט בית משפט השלום ראשון לציון  
 לוזון יניב - רשם בכיר בית משפט השלום חיפה  
 לוין גאולה - שופטת בית המשפט המחוזי באר שבע  
 לוין שלמה - משנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס)  
 לוקשינסקי-גל אמיר - שופט בית משפט השלום פתח תקווה  
 לורד רות - נשיאת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 ליבדרו יובל - שופט בית המשפט המחוזי באר שבע  
 מאירי אפרת רחלי - שופטת בית משפט השלום  
 מולד אביטל - שופטת בית משפט השלום (נוער) ירושלים  
 מזוז מני - שופט בית המשפט העליון (בדימוס)  
 מיניץ דוד - שופט בית המשפט העליון  
 מלצר חנן - משנה לנשיאת בית המשפט העליון (בדימוס)  
 מנדלבוים שמואל - שופט בית המשפט המחוזי חיפה  
 מרזל יגאל - שופט בית המשפט המחוזי (בדימוס) ומנהל בתי המשפט לשעבר

- מרשק-מרום דנה - שופטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 משניות אהרון - שופט בית המשפט המחוזי באר שבע  
 נאור מרים ז"ל - נשיאת בית המשפט העליון (בדימוס)  
 נאות-פרי תמר - שופטת בית המשפט המחוזי חיפה  
 נאסר ג'מיל - שופט בכיר בית משפט השלום עכו  
 נאסר ראמי - שופט בית משפט השלום עכו  
 נד"ב מיכל - שופטת בכירה בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 נויבירט פנינה - שופטת בפועל ורשמת בית משפט המחוזי ירושלים  
 נויטל גלעד - נשיא בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
 נחלון אלעזר - שופט בית המשפט המחוזי ירושלים  
 נמרודי יגאל - שופט בית משפט השלום תל אביב-יפו  
 סבחת-חיימוביץ אדנקו - שופטת בית משפט השלום פתח תקווה  
 סובל משה - סגן נשיא בית המשפט המחוזי ירושלים  
 סולברג נעם - שופט בית המשפט העליון  
 סוקול רון - סגן נשיא בית המשפט המחוזי חיפה  
 סנונית-פורר תמר - שופטת בית המשפט לענייני משפחה השלום תל אביב-יפו  
 ספיבק דורי - סגן נשיאת בית הדין האזורי לעבודה תל אביב-יפו  
 סרוסי ירדנה - שופטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
 סתיו אבי - שופט בפועל ורשם בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 עבדיאן שרית - רשמת בית המשפט העליון ושופטת בית משפט השלום  
 עדיאל יהונתן - שופט בית המשפט המחוזי ירושלים (בדימוס)  
 עיילבוני עאטף - שופט בית המשפט המחוזי נצרת  
 עלי מוחמד - שופט בית המשפט המחוזי חיפה  
 עמית יצחק - שופט בית המשפט העליון  
 ענר טל - שופט בית משפט השלום ראשון לציון  
 פוליאק רוזעי - שופט בית הדין הארצי לעבודה  
 פינק אפרת - שופטת בפועל ורשמת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 פליטמן יגאל - נשיא בית הדין הארצי לעבודה (בדימוס)  
 פרוקצ'יה אילה - שופטת בית המשפט העליון (בדימוס)  
 פרידלנדר שלמה - שופט בית המשפט המחוזי באר שבע (בדימוס)  
 פרנקל צבי - סגן נשיא בית הדין האזורי לעבודה באר שבע  
 צימרמן אריאל - שופט בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
 צנציפר-הלפמן שרון - שופטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 קאסם מוסטפא - סגן נשיא בית הדין האזורי לעבודה נצרת

קובו עמי - שופט בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 קליין מנחם (מריו) - שופט בכיר בית משפט השלום תל אביב-יפו  
 קרשן מיכאל - שופט בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 רבינוביץ־ברון איריס - שופטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 רובינשטיין אליקים - משנה לנשיאת בית המשפט העליון (בדימוס)  
 רויזמן־אלדור מיה - שופטת בית משפט השלום תל אביב-יפו  
 רונן רות - שופטת בית המשפט העליון  
 ריבלין אליעזר - משנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס)  
 שגיא בני - סגן נשיא בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
 שוורץ אורן - סגן נשיאת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 שחם עודד - שופט בית המשפט המחוזי ירושלים  
 שטיין אלכס - שופט בית המשפט העליון  
 שטמר אסתר - שופטת בכירה בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 שטרסברג־כהן טובה - שופטת בית המשפט העליון (בדימוס)  
 שילה נפתלי - שופט בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
 שילה ערן - שופט בית המשפט לענייני משפחה ירושלים  
 שני גיא - שופט בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 שפירא רון - נשיא בית המשפט המחוזי חיפה  
 שפסר יעקב - סגן נשיאת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
 שרביט מיכל - שופטת בית המשפט המחוזי ירושלים



שבעים וחמש שנות העצמאות של מדינת ישראל הן גם שבעים וחמש שנות פעילות של מערכת בתי המשפט. הספר **75 שנות עצמאות במשפט** מבקש לציין יום חג משותף זה באמצעות הצגת הסיפורים של פסקי הדין שהפכו ל"אבני דרך" של המשפט הישראלי בכלל ושל העשייה השיפוטית בפרט. סיפורים אלה מתייחסים להיבטים האנושיים, ההיסטוריים והציבוריים של פסקי הדין, כמו גם לתרומתם להתפתחות המשפט בישראל.

כל אחת מהרשימות המובאות בספר **75 שנות עצמאות במשפט**, שנכתבו כולן בידי שופטות ושופטים, מוקדשת לפסק דין או ל"מקבץ" פסקי דין, שיש בהם כדי להאיר נושא, דילמה או פרשה היסטורית בעלת חשיבות. הרשימות מובאות בספר לפי שערים: זכויות אזרחיות ופוליטיות; זכויות חברתיות; שוויון; שיטת הבחירות, דיני חקיקה ודמוקרטיה; סדרי שלטון ומנהל; דת ומדינה; דיני חוזים; הגנת הצרכן וחוזים אחידים; דיני נזיקין; קניין הפרט וקניין הכלל; משפט מסחרי ודיני תאגידים; התדיינות, ראיות וצדק דיוני; משפט פלילי; ביטחון ומצבי חירום; משפט בינלאומי; דיני עבודה; דיני משפחה; משפט וסביבה; משפט וטכנולוגיה; משפטי שואה.

הספר **75 שנות עצמאות במשפט** הוא הזמנה לכל אחד ואחת, בראש ובראשונה לאלו שאינם משפטנים, להיכרות עם מערכת המשפט על מרכיביה השונים ועם העקרונות המנחים את פעולתה. הוא מספק התבוננות שהיא גם היסטורית וגם עכשווית על סוגיות שהעסיקו, ועודן מעסיקות, את החברה והמדינה.

