

סימפוזיון: שישים שנות משפט בישראל

הכנס המשפטי השנתי החמישי של בית-ספר רדזינר למשפטים בנושא שישים שנות משפט בישראל (מאי 2008)

בתאריכים 11 ו-12 במאי 2008 קיימנו את הכנס השנתי החמישי של כתב-העת משפט ועסקים. בכנס, אשר עסק בנושא "שישים שנות משפט בישראל", השתתפו דוברים רבים, מבכירי השופטים והחוקרים הפועלים בישראל. אנו מתכבדים להביא עתה לפני קוראינו את כרך י של כתב-העת משפט ועסקים, הכולל מאמרים שנכתבו בעקבות הכנס וכן מאמר-מבוא הכולל תמצית מן הדברים שנישאו במהלך הכנס. מאמרים אלה – וכן הקלטות וידיאו של הרצאות הכנס – זמינים לכל דורש באתר כתב-העת: www.idclawreview.org.

שישים שנה – שלושה דורות ויותר – חלפו למן הקמת המדינה. זו אינה תקופה קצרה. מדינת-ישראל של היום אינה עוד מדינה חלוצית אשר מצויה בראשית דרכה ומחפשת את דרכה וזהותה בעולם. ישראל היא חברה בשלה שעברה משברים ותהפוכות לא-מעטים – ויכלה להם.

הכנס אפשר לדוברים ולקהל המאזינים להתפנות לרגע מהמאורעות השוטפים המתרחשים בקצב מהיר בישראל, לערוך סיכום-ביניים של שישים שנות חיי משפט בישראל, ולשאול שאלות מעמיקות: האם אנו שבעי-רצון מן המשטר הקיים בישראל? מהי זהותה של החברה הישראלית – האם יש לישראל זהות אחת או שמה היא מורכבת מאותו קלידוסקופ של קבוצות הקיימות בישראל? האם המשפט הישראלי מתמודד בצורה ראויה עם צרכיה וקשייה המורכבים של מדינת-ישראל? האם הוא מצליח, בו-זמנית, להגן על המשטר הדמוקרטי של ישראל, להעניק תמיכה נאותה לכלכלה החופשית וגם לאפשר גמישות נאותה לפעילותו של השלטון? הקדשנו את הכנס, ועתה את כרך זה, לדיון במשפט הישראלי – במעמדו, בזהותו ובתפקידו – במלאת שישים למדינה. אנו מקווים שהדברים הכלולים בכרך זה ישקפו את המגוון החשוב והמרתק של הדעות ביחס למשפט הישראלי, ויספקו "מטען" רעיוני להמשך הפעילות המשפטית הענפה בישראל.

לבסוף, ובנימה אישית, עם הבאתו לדפוס של כרך י מסיים צוות העורכים הנוכחי את כהונתו, שתחילתה בכרך ב של כתב-העת. אנו מאמינים שכתב-העת משפט

ועסקים שוב אינו מצוי במצב חלוצי, אלא הגיע לפרקו, לאחר שמצא את מקומו במערך המחקר המשפטי בישראל, ועוד נתכנו לו עלילות!

בברכה,
ד"ר גיא זיידמן, עורך ראשי
עו"ד ארז שחם, עורך

פרטי הכנס

מארגני הכנס:

פרופ' עמיר ליכט, דקן בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
ד"ר גיא זיידמן, מרצה בכיר, המרכז הבינתחומי הרצליה
עו"ד ארז שחם, המרכז הבינתחומי הרצליה

מושב ראשון – משפט והיסטוריה

יושב-ראש – ד"ר גיא זיידמן, המרכז
הבינתחומי הרצליה

פרופ' יורם שחר, המרכז הבינתחומי
הרצליה

פרופ' רון חריס, אוניברסיטת תל-אביב
"מלוא כל הארץ משפט" בעשור השלישי
למדינה

ד"ר דוד שור, אוניברסיטת תל-אביב
המשפט הסביבתי הישראלי: גלים
ותקופות

ד"ר ניר קידר, אוניברסיטת בר-אילן
ציונות במשפט – המאבק למשפט
ישראלי מקורי

מושב שני – משפט עברי

יושב-ראש – פרופ' אוריאל פרוקצ'יה,
המרכז הבינתחומי הרצליה

פרופ' אהרן קירשנבאום, המרכז
הבינתחומי הרצליה

ד"ר אביעד הכהן, מכללת שערי משפט

ד"ר מיכאל ויגודה, משרד המשפטים
עשיית עושר ולא במשפט העברי
משולחנו של היועץ למשפט עברי במשרד
המשפטים

מושב שלישי – משפט ותרבות

יושב-ראש – פרופ' שולמית אלמוג,
אוניברסיטת חיפה

פרופ' ז'וזה ברונר ואיריס נחום,
אוניברסיטת תל-אביב

ד"ר צבי טריגר, המכללה למנהל

ד"ר גילה שטופלר, המרכז האקדמי
למשפט ולעסקים ברמת-גן

מושב רביעי – דיני קניין

יושב-ראש – ד"ר אמנון להבי, המרכז
הבינתחומי הרצליה

פרופ' יהושע ויסמן, האוניברסיטה
העברית בירושלים

ד"ר אלכסנדר (סנדי) קדר, אוניברסיטת
חיפה

פרופ' עופר גרוסקופף, אוניברסיטת
תל-אביב

מושב חמישי – משפט מנהלי וציבורי

יושב-ראש – ד"ר גיא זיידמן, המרכז
הבינתחומי הרצליה

פרופ' דפנה ברק-ארוז, אוניברסיטת
תל-אביב

פרופ' יואב דותן, האוניברסיטה העברית
בירושלים

ד"ר אמנון רייכמן, אוניברסיטת חיפה

ד"ר עידו פורת, המרכז האקדמי למשפט
ולעסקים ברמת-גן

משפט בקולנוע הישראלי

מדוע וכיצד הוכיחו ניצולי שואה בארץ
את השתייכותם לחוג השפה והתרבות
הגרמנית?

מילים ומשפטים – מבט ביקורתי על
העברית המשפטית

זכויות נשים בשנת השישים: משפט,
חברה וצדק במדינת-ישראל

לקראת גלובליזציה של דיני הקניין

שישים שנות דיני קניין

משטר המקרקעין הישראלי – מהלאמה
להפרטה בירנית

על שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית
ודאגה לזולת

צדק חברתי במשפט הציבורי

המחיר החברתי של האקטיביזם השיפוטי

חוקה לישראל: מהפכה בשלוש מערכות

שישים שנות איזון: על המעבר מאיזון
משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט
העליון

סימפוזיון: שישים שנות משפט בישראל

משפט ועסקים י, התשס"ט

מושב שישי – משפט בין-לאומי

יושב-ראש – ד"ר רובי סיבל,
האוניברסיטה העברית בירושלים

פרופ' אייל בנבנישתי, אוניברסיטת
תל-אביב

פרופ' משה הירש, האוניברסיטה העברית
בירושלים

ד"ר איריס קנאור, המכללה למנהל

מושב שביעי – דיני חוזים

יושב-ראש – ד"ר עלי בוקשפן, המרכז
הבינתחומי הרצליה

פרופ' גבריאלה שלו, הקריה האקדמית
אונו

ד"ר יהודה אדר, הקריה האקדמית אונו

ד"ר יונתן יובל, אוניברסיטת חיפה

מושב שמיני – דיני משפחה

יושב-ראש – ד"ר רות זפרן, המרכז
הבינתחומי הרצליה

פרופ' פנחס שיפמן, המרכז האקדמי
למשפט ולעסקים ברמת-גן

פרופ' שחר ליפשיץ, אוניברסיטת
בר-אילן

ד"ר איילת בלכר-פריגת, מכללת שערי
משפט

מושב תשיעי – דיני נזיקין

יושב-ראש – פרופ' אריאל פורת,
אוניברסיטת תל-אביב

המשנה לנשיאת בית-המשפט העליון
השופט אליעזר ריבלין

קליטת המשפט הבין-לאומי במשפט
הישראלי

ישראל, המשפט הבין-לאומי ואתגרי
הגלובליזציה

חסינותן של מדינות זרות במשפט
הישראלי

משפט המובלעות – המשפט הבין-לאומי
הפרטי "חוצה את הקווים"

דיני חוזים – תמורות ואתגרים

מיהם שליטי החוזה?

הקטנת נזק ואשם תורם – הִלְכוּ שניים
יחדיו?

ריפוי החוזה לאחר הפרתו

יחסי הורים וילדים בראי המשפט –
תמונת-מצב עכשווית

שפה דתית ושפה אזרחית בדיני משפחה

המהפכה האזרחית בדיני המשפחה – ניתוח
העבר ומבט לעתיד

משפחות חדשות במשפט הישראלי – מה
התחדש בשישים שנה?

אחריות הסתברותית

אינטגרציה של שיקולי צדק בדיני הנזיקין

פרופ' ישראל גלעד, האוניברסיטה העברית בירושלים	גבולות האחריות בעוולת הרשלנות
פרופ' דניאל מור, אוניברסיטת תל-אביב	בין פקודת הנזיקין לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים
מושב עשירי – המשפט הישראלי לאן?	
יושב-ראש – פרופ' אמנון רובינשטיין, המרכז הבינתחומי הרצליה	תפקידם של המשפט הישראלי ובית-המשפט העליון בחיי הציבור ובחיי היומיום
פרופ' שמעון שטרית, האוניברסיטה העברית בירושלים	תרבות העצמאות השיפוטית בישראל: היבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בישראל בראייה היסטורית
פרופ' מנחם (מני) מאוטנר, אוניברסיטת תל-אביב	בית-המשפט העליון – שלוש תקופות: "זרות", "עיונות", "הכלה"
פרופ' אהרן ברק, נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, המרכז הבינתחומי הרצליה	המשפט הישראלי לאן? הערות והארות

דברי מבוא: שישים שנות משפט בישראל

1. דע מאין באת ולאן אתה הולך
2. מחורבן לעצמאות: ממלחמת-העולם להקמת מדינת-ישראל
3. יחד ולחוד: הרחבת המבט
4. מועד לשמחה, מועד ללימוד

פרק א: מושב ראשון – משפט והיסטוריה

1. פתח-דבר
2. תמצית דברי המשתתפים במושב

פרק ב: מושב שני – משפט עברי

1. פתח-דבר
2. תמצית דברי המשתתפים במושב

פרק ג: מושב שלישי – משפט ותרבות

1. פתח-דבר
2. תמצית דברי המשתתפים במושב

פרק ד: מושב רביעי – דיני קניין

1. פתח-דבר
2. תמצית דברי המשתתפים במושב

- פרק ה: מושב חמישי – משפט מנהלי וציבורי
1. פתח-דבר
 2. תמצית דברי המשתתפים במושב
- פרק ו: מושב שישי – משפט בין-לאומי
1. פתח-דבר
 2. תמצית דברי המשתתפים במושב
- פרק ז: מושב שביעי – דיני חוזים
1. פתח-דבר
 2. תמצית דברי המשתתפים במושב
- פרק ח: מושב שמיני – דיני משפחה
1. פתח-דבר
 2. תמצית דברי המשתתפים במושב
- פרק ט: מושב תשיעי – דיני נזיקין
1. פתח-דבר
 2. תמצית דברי המשתתפים במושב
- פרק י: מושב עשירי – המשפט הישראלי לאן?
1. פתח-דבר
 2. תמצית דברי המשתתפים במושב

דברי מבוא: שישים שנות משפט בישראל

גיא זיידמן*

"It was the best of times, it was the worst of times,
it was the age of wisdom, it was the age of foolishness,
it was the epoch of belief, it was the epoch of incredulity,
it was the season of Light, it was the season of Darkness,
it was the spring of hope, it was the winter of despair,
we had everything before us, we had nothing before us"¹

* העורך הראשי של כתב-העת משפט ועסקים, מרצה בכיר למשפטים, בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתנו לד"ר ניר קידר ולד"ר אורית רוזין על הערותיהם המועילות לטיטות של רשימה זו, ולאנשי המערכת של כתב-העת – ברק אייזנברג, אביב גאון, אדם טהרני ולימור שמשתירוש – על סיועם בהתקנת המאמר לפרסום.

1 אלה מילות הפתיחה הידועות של צ'רלס דיקנס מתוך ספרו בין שתי ערים, המתייחסות לימי המהפכה הצרפתית, כפי שנתפסו בלונדון ובפריז. הספר תורגם לעברית פעמים רבות, ולכן בחרתי להביא את לשון המקור. ראו: CHARLES DICKENS, A TALE OF TWO CITIES (London: Chapman & Hall 1859). מילות המקור נגישות גם ב-www.gutenberg.org/cache/epub/98/

בכנס זה באנו לחגוג שישים שנה למדינת־ישראל באמצעות לימוד, עיון וחשיבה על אחד המאפיינים המובהקים של המשטר והחברה בישראל – הוא המשפט הישראלי.² ברשימת־פתיחה זו ננסה להרחיב מעט את הדעת באשר לבחירתנו דווקא בנושא זה לכנס השנתי החמישי של כתב־העת משפט ועסקים ולכרך י' שלו. נתייחס פה בקצרה למאפיינים הייחודיים של הקמת מדינת־ישראל, ולהקשר הרחב יותר של גל קבלת העצמאות ששטף מדינות רבות בשלהי שנות הארבעים, אולם בפתח הדברים ובסיומם נאמר מילים מספר על החשיבות של עריכת "סיכומי־ביניים" עיתיים, והפעם במלאת שישים למדינת־ישראל.

אבל הם מורים לנו גם כי עובר לאחרית ההלתי-נמנעת שבעתיד אנו מצויים לכלכל את מעשינו בהווה מתוך שיקול-דעת ומודעות לדרכנו, ומתוך עיון וחשיבה מעמיקה על העבר (ונוסיף אנו – לא רק העבר הפרטי, אלא גם זה הלאומי) תוך צפייה אל העתיד.⁵ והעיר הרב שלמה וולבה כי אך מעטים שואלים את עצמם: מאין אני בא? לאן אני הולך?

2 זמין, נגיש ומדויק, אשר אינו שנוי במחלוקת חוקרים, אפנה ברשימה זו לאתרי ויקיפדיה. תופעת המשפוט או ה"משפטיזציה" הגוברים של החיים הציבוריים והפרטיים בישראל מוכרת

ובנוסח מלא (משנה, אבות ג, א): "עֲשֵׂבֶנָּה בֶן מְהֻלָּל אוֹמֵר: הִסְתַּפַּל בְּשִׁלְשָׁה דְּבָרִים וְאֵין אִתּוֹ בָּא לִידֵי עֲבֵרָה: דַּע מֵאֵין בָּאתָ, וְיֵלֶן אִתָּה הוֹלֵךְ, וְלִפְנֵי מִי אַתָּה עֲתִיד לָתֵת דִּין וְחִשְׁבוֹן. מֵאֵין בָּאתָ? מִטַּפָּה סְרוּתָה. וְיֵלֶן אִתָּה הוֹלֵךְ? לְמָקוֹם עֶפֶר, רַמָּה וְתוֹלַעָה. וְלִפְנֵי מִי אַתָּה עֲתִיד לָתֵת דִּין וְחִשְׁבוֹן? לִפְנֵי מֶלֶךְ מַלְכֵי הַמַּלְכִּים הַקְדוֹשׁ בְּרוּךְ הוּא."

5 "וזה שאמר: 'ולאן אתה הולך', שאין החיים נפסקים, ותמיד הוא הולך ומתקרב לקראת העתיד הרוחני הנצחי, כל רגע הוא חיים בפני עצמו." משה מישל הלוי אדלר ספר משנת המדות על מסכת אבות חלק שני, פרקים ג'ד, עמ' כט (אברהם ציוני עריכה וסגנון, התש"ם).

האם נולדתי במקרה או נבראתי בכוונה מפורשת – ומהי כוונה זו? ולא יזוז מטרה עלי להגיע עד יום מותי, ולאן יביאני מותי? "ברור הוא שהשואל כך חי את חייו בצורה לגמרי אחרת מזה החי את חייו מהאמצע." לשון אחר, עלינו להכיר ולזכור מאין באנו, ולכלכל היטב אנה אנו הולכים, וזאת על-מנת שנתווה את מסלול חיינו בצורה ראויה. בלשון מודרנית ומוכרת יותר ניתן אולי לתרגם את הדברים כך: מי שאינם לומדים מההיסטוריה נידונים לחזור עליה.⁷ מכאן ראינו לנכון להתנתק לרגע מהמולת הפעילות השוטפת, לעצור, לזכור ולחשוב: מאיפה באנו ולאן אנו הולכים?

2. מחורבן לעצמאות: ממלחמת-העולם להקמת מדינת-ישראל

ה-8 במאי 1945 היה יום שמחה בקרב בעלות-הברית, עם הכרזת הניצחון על כוחות הצורר הנאצי.⁸ העיתון ידיעות אחרונות דיווח בכותרת ענקית על-פני עמודו הראשון כי "גרמניה נכנעת לכל בנות הברית. האש נפסקה. צ'רצ'יל טלפן לסטלין וטרומן: 'הערב יוכרז השלום. זאת היא השעה הגדולה'". אלא שבשך חגיגות הניצחון התבררו ממדי ההרס שהותירה המלחמה, ובמיוחד הטבח המסיבי של אוכלוסייה אזרחית (וצבאית) והחיסול המכוון והשיטתי של קבוצות מיעוטים, ובראשן היהודים ממרכז אירופה וממזרחה.⁹ דוד בן-גוריון – מנהיג

6 ראו משל האבות – אוצר פירושים ומאמרים, פניני חוכמה ומוסר על מסכת אבות, מבית גנזיהם של גדולי הדורות האחרונים פרקים ג"ד, עמ' טו (משה בן שמואל זאב לוי עורך, התשנ"ג) (ההדגשה הוספה).

7 אלה דבריו של הפילוסוף הספרדי-האמריקאי ג'ורג' סנטיאנה (1863–1952): "Those who cannot remember the past are condemned to repeat it". ראו: GEORGE SANTAYANA, THE LIFE OF REASON 82 (one-volume edition, Charles Scribner's Sons, 1954), originally published in 1905. הרעיון הגלום בדברים אלה הוא מן היסודות ללימוד מדע ההיסטוריה. לדיון בנושא זה ראו, למשל, www.historians.org/pubs/Free/WhyStudyHistory.htm. בין האמרות הרבות על לימוד ההיסטוריה וכתיבתה נזכיר את אמרתו של קרל מרקס שלפיה ההיסטוריה חוזרת על עצמה – פעם ראשונה כטרגדיה, פעם שנייה כפרסה. ראו: KARL MARX, THE EIGHTEENTH BRUMAIRE OF LOUIS BONAPARTE 15 (2nd ed. 1852), available at www.archive.org/stream/eighteenthbrumai017766mbp#page/n11/mode/2up/search/farce.

8 תאריך זה מכונה V-E Day, הואיל והוא מתאר את הניצחון באירופה. אל ברית-המועצות הגיעו ידיעות רק למחרת, ולכן יום סיום המלחמה באירופה נחגג שם ב-9 במאי. התאריך המשלים הוא סיום המלחמה באוקיאנוס השקט, אשר בא לאחר כניעת יפן ב-15 באוגוסט 1945, והוא מכונה על-כן V-J Day. ראו עוד: en.wikipedia.org/wiki/V-E_Day; en.wikipedia.org/wiki/Victory_over_Japan_Day. אגב, בצירוף מקרים נקבע ה-8 במאי כמועד הרשמי לחגיגות השישים למדינת-ישראל. על ותיקי המלחמה מן הצבא האדום שעלו לישראל ראו סוטה רוברמן זיכרון בהגירה – חיילי הצבא האדום בישראל (2005).

9 מספר ההרוגים הכולל מוערך ב-73 מיליון (כ-3% מן האוכלוסייה באותה תקופה), מהם כ-48 מיליון אזרחים, והיתר חיילים. להערכות בדבר מספר ההרוגים והתפלגותם

היישוב היהודי בארץ-ישראל, אשר שהה אז בשליחות מדינית בלונדון – כתב באותו יום ביומנו: "יום הניצחון – עצוב, עצוב מאוד". הסביר זאת הביוגרף בר-זוהר:

"לא היה זה נצחוננו של העם היהודי; בשש שנות המלחמה נטבחו ששה מיליונים מבניו. וביום-הניצחון חש הזקן היטב, שהחג חגם של האחרים הוא. בארץ-ישראל, כבאירופה ובאמריקה, צהלו ההמונים ורקדו ברחובות. ואילו בן-גוריון שקע במרה שחורה. הוא ידע שהמבחן האמיתי, המאבק המכריע – עודם לפניו."¹⁰

אלא שהקשיים לא היו נחלת חלקו של היישוב העברי בארץ-ישראל לבדו. רחוק מכך. הבעיה המרכזית ב"יום שאחרי" הייתה, כמובן, התוויית עתידם של אלה שזכו להישאר בין החיים. יבשת אירופה הוצפה בפליטים, וסבלה מחורבן מסיבי של מבני מגורים ותשתיות תעשייה וחקלאות.¹¹ כל השטחים שהיו נתונים בשליטת הרייך השלישי היו נתונים לאחר המלחמה בכיבוש צבאי, אשר התווה את המפה המדינית למשך עשרות שנים.¹² היה ברי לכל כי סיום המלחמה הוא רק נקודת המוצא – אם כי חיונית – לעתידה של היבשת, וכי עד לשיקום הפיזי והמדיני העתידי של אירופה צפויה לתושביה תקופה קשה. התקופה הייתה קשה במיוחד דווקא לנתיניה של המעצמה המנצחת המרכזית במערב אירופה – היא בריטניה – אשר בסיום המלחמה מצאה את עצמה על סף פשיטת-רגל ורעב. אם לא היה די במחירה העצום של המלחמה עצמה, מייד עם סיום המלחמה עם יפן, וללא הסבר מובהק, החליט הממשל האמריקאי להפסיק מיידית את הסיוע הכלכלי הנדיב שהעניק רוח גבית למאמץ המלחמתי הבריטי.¹³ זאת ועוד, במהלך המלחמה פעלה בריטניה

ראו: en.wikipedia.org/wiki/World_War_II_casualties; web.jjay.cuny.edu/~jobrien/reference/ob62.html

10 מיכאל בר-זוהר בן גוריון – ביוגרפיה 210 (משרד הבטחון – ההוצאה לאור, 1986).

11 על-פי נתונים רשמיים, טיפלו בעלות-הברית בכשמונה מיליון "עקורים" באירופה. מצב דברים זה הביא לידי הקמתה, בשנת 1950, של סוכנות האו"ם לפליטים. בחלוף שישה עשורים הצורך בסוכנות זו עודנו קיים: 6,300 עובדיה פועלים ביותר מ-110 מדינות ומסייעים לקרוב ל-33 מיליון אנשים. עוד הובילו לקחי המלחמה ליצירת האמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1954), אשר ישראל היא מבין 26 החברות המקוריות שלה, ולניסוח הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 690, 23 (נפתח לחתימה ב-1967) (אושר ונכנס לתוקף ב-1968). לפרטים ראו: Peter H. Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM. L. REV. 1, 39 n. 215. עוד ראו: www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c2aa10.pdf; www.unhcr.org/basics.html.

12 ב-5 במרס 1946, פחות משנה לאחר סיום המלחמה, נשא צ'רצ'יל את נאום "מסך הברזל" המפורסם שלו בעת קבלת תואר כבוד בקולג' במיזורי. בנאומו זה אמר, בין היתר: "From Stettin in the Baltic to Trieste in the Adriatic an iron curtain has descended across the Continent. Behind that line lie all the capitals of the ancient states of Central and Eastern Europe" (ראו www.historyguide.org/europe/churchill.html).

13 בספטמבר 1944 הבטיח רוזוולט לצ'רצ'יל סיוע כלכלי של 6 מיליארד דולר, במסגרת תוכנית

להעביר מזון לאירופה מכל רחבי האימפריה על-מנת להאכיל את תושבי היבשת וכן את לוחמיה שלה,¹⁴ ועתה נדרשו אותם קווי אספקה לתרום מזון גם לתושבי הרעבים של הרייך השלישי.¹⁵ התוצאה ההכרחית הייתה שחלומות הצריכה האופטימיים של תושבי בריטניה נגוזו עד-מהרה.¹⁶ בשנת 1946 העמיק הקיצוב בבריטניה, ומכה מורלית קשה במיוחדת נחתה על הציבור הבריטי בקיץ של אותה שנה, כאשר החל קיצוב בלחם:

"It hadn't happened in the war. It lasted two years and almost everybody, including the official historian of the Ministry of Food, now thinks it was unnecessary... It was, however, introduced for remarkably altruistic reasons — to help alleviate famine in Asia and defeated Germany... [T]here was, however, a genuine feeding problem in the first two years after the war."¹⁷

"ההכר-השאל" (lend-lease), לשיקום כלכלת בריטניה לאחר סיום המלחמה. אולם ב-21 באוגוסט 1945 הורה הנשיא טרומן על הפסקה מיידית של הסיוע, תוך שהוא מותיר את בריטניה שקועה בחובות עמוקים וללא סיוע חיצוני. ראו בעניין זה: George C. Herring, Jr., *The United States and British Bankruptcy, 1944–1945: Responsibilities Deferred*, John H. Ferguson, *The Anglo-American*, 86 POL. SCI. Q. 260, 260 (1971); *Financial Agreement and Our Foreign Economic Policy*, 55 YALE L.J. 1140 (1946); en.wikipedia.org/wiki/Lend-Lease.

14 אחד הרכיבים המרכזיים במאמץ המלחמתי הגרמני, הן במלחמת-העולם הראשונה והן במלחמת-העולם השנייה, היה הניסיון לפגוע באוניות האספקה הבריטיות, תוך ניצול נקודת-התורפה שלהן – קווי אספקה ארוכים. לדיון נוסף ראו: J. LEE THOMPSON, *POLITICIANS, THE PRESS, AND PROPAGANDA: LORD NORTHCLIFFE AND THE GREAT WAR, 1914–1919*, 99 (1999); TIMOTHY J. RUNYAN & JAN M. COPES, *TO DIE GALLANTLY: THE BATTLE OF THE ATLANTIC* (1994).

15 לדיון מרתק מאותה תקופה במצב אספקת המזון בשני צידי המתרס ראו: KARL BRANDT, *THE RECONSTRUCTION OF WORLD AGRICULTURE* (1945). רק על-מנת לסבר את האוזן אציין כי בהולנד זכורה לדיראון השנה האחרונה של הכיבוש הנאצי: במהלך חורף 1944–1945, בעוד השחרור של אירופה נמצא בעיצומו, הגיבו הגרמנים על נסיון מרד הולנדי בצמצום אכזרי של אספקת מוצרי-היסוד, והביאו לידי רעב עמוק שגבה, לפי ההערכות, 18,000 קורבנות. ראו WILLIAM I. HITCHCOCK, *THE BITTER ROAD TO FREEDOM: A NEW HISTORY OF THE LIBERATION OF EUROPE* (2008); HENRI A. VAN DER ZEE, *THE HUNGER WINTER: OCCUPIED HOLLAND 1944–1945*, 304–305 (1998).

16 אומר ההיסטוריון הבריטי דייוויד קינסטון: "Over the next few months there began to grow a pervasive sense of disenchantment that the fruits of peace were proving so unboundtful" ראו: DAVID KYNASTON, *AUSTERITY BRITAIN: 1945–51*, 104 (2007).

17 PETER HENNESSY, *NEVER AGAIN: BRITAIN, 1945–1951*, 276 (1993). כן ראו KYNASTON, לעיל ה"ש 16, בעמ' 106–108.

התוצאה הייתה העמקת המחסור במזון ובכל מוצרי הצריכה האחרים, וכניסתה של בריטניה למשטר צנע חמור ושנוא, שתוצאותיו ניכרו היטב עד לשנות החמישים.¹⁸ בשיפולי האימפריה הבריטית נמצא באותן שנים שטח המנדט על ארץ-ישראל, ובו היישוב העברי, שמנה כשש מאות אלף נפש ואשר זכה להיות הגרעין שממנו תתגבש מדינת-ישראל. במהלך מלחמת-העולם השנייה עקבו אנשי היישוב בדאגה אחר התקדמות הצבא הגרמני: מצפון הים התיכון, עם כיבוש הבלקן ויוון, ומדרומו, עם התקדמות גיסותיו של רומל בצפון אפריקה לעבר לוב. למרבה המזל נהנתה ארץ-ישראל מהגנתם של כוחות בריטניה במזרח התיכון.¹⁹ עם זאת, יחסיו של היישוב העברי בארץ-ישראל עם ממשלת המנדט היו נתונים עוד בשנים שקדמו למלחמת-העולם במשבר מדיני קשה. שיאו של המשבר היה בפרסומו של "הספר הלבן" ממאי 1939, אשר הגביל מאוד את העלייה לארץ.²⁰ נסיונותיו של היישוב לסייע במאמץ המלחמתי הבריטי נענו רק בחלקם, ומידע על שואת יהודי אירופה, שהחל להגיע לארץ-ישראל בשלהי המלחמה, עורר רגשות עזים ורצון לפעול להצלתם.²¹

18 הממשלה השמרנית שנבחרה בבריטניה בשנת 1951 המשיכה במדיניות כלכלית זהירה, אולם ניסתה לצמצם את הקיצוב. עד קיץ 1954 בוטל קיצוב המזון בבריטניה, ובהדרגה בוטלו צעדים נוספים, כגון פיקוח על המחירים והגבלות שהוטלו על ייבוא, הפצה וייצור של מזון. ראו: Ina Zweigner-Bargielowska, Austerity in Britain: Rationing, Controls and Consumption, 1939–1955, 29, 87–86, 234 (2000).

19 תוכנית-החירום למקרה שכוחות גרמניה יגיעו לארץ-ישראל – "מצדה על הכרמל" – נותרה, למרבה המזל, במגירה. ראו he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%90%D7%AA%D7%99%D7%99%D7%9D_%D7%99%D7%9E%D7%99_%D7%97%D7%A8%D7%94%D7%94, כשם שהיהודים היו מודעים למצב הדברים, כך היו גם הבריטים. בשנת 1948 כתב אלן קנינגהם, הנציב העליון בשנים 1945–1948, את הדברים הבאים:

"[T]he Jews in Palestine have increased from 84,000 in 1922 to 640,000 in 1948. Furthermore, we must remind the Jews that every Jew brought to Palestine during the last twelve years, up to the termination of the Mandate, was brought in under the protection of British bayonets, and was protected against Hitler through the same agency. I wonder if many Jews in Palestine ask themselves what would have happened in that country had we not barred the way to Palestine in face of the German southward drive of 1941?" Sir Alan Cunningham, *Palestine – The Last Days of the Mandate*, 24 INT'L AFF. 481, 482 (1948).

20 "הספר הלבן" בוטל רטרואקטיבית (!) בס' 13 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. ראו www.knesset.gov.il/review/data/heb/law/kns0_govt-justice.pdf.

21 לדיון רחב יותר ראו טוביה פריילינג חץ בערפל – בן-גוריון, הנהגת היישוב ונסיונות הצלה בשואה (1998); שלמה אהרונסון היטלר, בעלות הברית והיהודים (2008); דינה פורת הנהגה במילכוד – היישוב נוכח השואה, 1942–1945 (1986). האפיונה המפורסמת ביותר במאמצי היישוב להציל את יהודי אירופה היא כמובן הצנחת יהודים מארץ-ישראל במזרח אירופה, כפי שנחרת בזיכרון הקולקטיבי בזכות חנה סנש. לדיון מרתק בנושא ראו בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג (3) 845 (1999).

גם בעבור בני היישוב היו דווקא השנים שאחרי מלחמת העולם קשות ומרות במיוחד. היו אלה שנים שבהן הואצו והוקצנו תהליכים שהחלו זה כבר: לאחר עשרות שנות התיישבות ציונית זכו השאיפות המדיניות-הלאומיות של היהודים בהכרה בין-לאומית בהכרזת האו"ם מיום כ"ט בנובמבר 1947,²² ואילו יחסיו של היישוב היהודי עם ערביי ארץ-ישראל ועם השלטונות הבריטיים הלכו והתדרדרו.²³ הצד הערבי דחה את תוכנית החלוקה, והארץ גלשה למלחמה, אשר את ספיחיה אנו חשים יום-יום. באשר לבריטים, הללו בחרו לא למצות אפילו את תקופת המעבר שצוינה בהחלטת החלוקה, והודיעו בראשית 1948 על יציאתם מהארץ עד 15 במאי.²⁴ למעשה, "תוך כדי התלקחות הקרבות בין הערבים והיהודים החלו הבריטים יוצרים בארץ תוהו-ובוהו כלכלי, אדמיניסטרטיבי וצבאי."²⁵ כך, במקום ליהנות מהעברת שלטון מוסכמת ומסודרת, מצא היישוב את עצמו במצב של "להיות או לחדול", עם משאבים מוגבלים ביותר וניתוק של קשרי התעבורה והאספקה.²⁶ רבים וחכמים לא היו

22 לנוסח החלטת האו"ם מיום כ"ט בנובמבר ראו: Future Government of Palestine, G.A. Res. 181(II) A/Res/181(II) (Nov 29, 1947) available at [www.undemocracy.com/A-RES-181\(II\).pdf](http://www.undemocracy.com/A-RES-181(II).pdf) (להלן: G.A. Res. 181).

23 לדיון היסטורי מקיף ראו אהרון כהן ישראל והעולם הערבי 342–390 (ספרית פועלים, 1964); כריסטופר סייקס מבלפור ועד בוויין: מאבקים על ארץ ישראל 293–342 (הוצאת מערכות, 1966); בני מוריס הדרך לירושלים 98–152 (2007).

24 לתוכנית החלוקה ראו [www.undemocracy.com/A-RES-181\(II\).pdf](http://www.undemocracy.com/A-RES-181(II).pdf). בתחילת 1947 היו עדיין קולות בקבינט הבריטי שרצו בהמשך המנדט ובקיום בסיס בארץ-ישראל, וזאת בעיקר לנוכח יציאתם הצפויה של כוחות בריטניה ממצרים ומהודו. אולם בסופו של דבר הודיעה בריטניה לאו"ם, בספטמבר 1947, על כוונתה החד-צדדית לסיים את המנדט. ב-10 במרס 1948 החליט בית-הנבחרים הבריטי על סיום המנדט ביום 15 במאי 1948. ראו: CHARLES D. SMITH, PALESTINE AND THE ARAB-ISRAELI CONFLICT 192, 197 (6th ed. 2006); David R. Devereux, *Britain, the Commonwealth and the Defence of the Middle East 1948–56*, 24 J. CONTEMP. HIST. 327–345 (1989).

25 כהן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 377. לדבריו, למרות הבטחות קודמות, הוציאה הממשלה הבריטית את ארץ-ישראל מגוש השטרלינג, כלומר, האוצר הבריטי הסתלק מאחריות לערך הלירה הארץ-ישראלית. נוסף על כך, לדעת המחבר, פעולתו של המנגנון האזרחי הבריטי הופסקה "בצורה אנארכית לחלוטין", ואופן פיגועים של מחנות הצבא הבריטי תרם לליבוי האש בין הצדדים.

26 ערב סיום השלטון הבריטי סירבה ממשלת המנדט להעניק רשיונות ייבוא לטובין, והותירה את המדינה היהודית עם מזווה ריק וללא מקורות להספקת מזון שוטפת. גם קשרי המסע והאספקה עם המדינות השכנות נותקו, לרבות שירותי הרכבת, הנמל, הדואר וקשרי התעופה לשדה-התעופה בלוד. הקהילה הבין-לאומית עקבה אחר מצב דברים זה בדאגה: חודש לפני הקמת המדינה עדכנה ועדה של האו"ם את מועצת הביטחון כי קיים מחסור חמור במזון בפלשתינה, וכי הדבר מעורר חשש ממשי לרעב. ראו להלן ה"ש 38–39 והטקסט הנלווה לה. ראו גם: ALEX RUBNER, THE ECONOMY OF ISRAEL: A CRITICAL ACCOUNT OF THE FIRST TEN YEARS 18 (1960).

אופטימיים בדבר סיכוייה של המדינה החדשה לשרוד במלחמת־הקיום.²⁷

3. יחד ולחוד: הרחבת המבט

היישוב היהודי היה עסוק בשלו – פתיחת שערי הארץ לעלייה והשלמת ההכנות ל"מדינה שבדרך". זו הפרספקטיבה המעסיקה אותנו ברגיל, ובדין. אולם הסיפור הארצישראלי הוא רק חלק מתמונה רחבה יותר של תהליכים דרמטיים שהתרחשו לאחר מלחמת־העולם. גורלה של פלשתינה־ארץ־ישראל קשור באופן מיוחד לשקיעתה של האימפריה הבריטית בשנים שלאחר המלחמה.²⁸ אסתפק להלן בשתי נקודות־מבט מעניינות על המצב הארצישראלי בהקשר הכללי.

ראשית, כפי שצינתי, המחסור שנוצר עם סיום מלחמת־העולם במצרכי־יסוד בכלל ובמזון בפרט היה בעיה בהיקף עולמי. לקראת סיום המלחמה הבינו בעלות־הברית – המדינות שהיו עתידות להנהיג את הקהילה הבין־לאומית לאחר המלחמה – כי יהיה צורך במאמץ מתואם וכולל לשיקום כלכלי, במיוחד בתחום החקלאות והמזון. בהתאם, כבר בשנת 1943 הן החלו להניח את היסודות לשני הארגונים של האו"ם שיפעלו בתחום זה.²⁹ הכוח המניע מאחורי ארגון המזון והחקלאות (FAO) ומנהלו הראשון (1945–1948) היה הלורד Boyd Orr,³⁰ שגם ייסד את המועצה הבין־לאומית שקדמה לו, אשר נועדה להקל את הרעב בתקופה שלאחר מלחמת־העולם השנייה. חרף המאמצים, פשוט לא היה מזון מספיק בנמצא, והמחסור והקיצוב שבא בעקבותיו פקדו את כל המדינות באזורי הלחימה במשך

27 ראו, למשל, את הערכת המצב של סוכנות הביון המרכזית של ארצות־הברית שהוגשה לנשיא טרומן יום לפני החלטת החלוקה בשנת 1947, אשר סיפקה הערכה לא־אופטימית בדבר סיכויי הישרדותה של המדינה החדשה. גם לאחר הקמת המדינה, במרס 1949, לא שינתה סוכנות הביון את עמדתה האסטרטגית. ראו: The Consequences of the Partition of Palestine (ORE 55) (28.11.1947) (NARA # NN3-263-92-005, 24-AUG-92); *Observations Concerning Palestine and the Arab Countries* (8.3.1949). שני המקורות הנ"ל נגישים בחיפוש לפי שם ב־www.foia.cia.gov/search.asp.

יש הקוראים רק פוליטיקה בהערכת מצב זו. ראו, למשל: JOHN LOFTUS & MARK AARONS, *THE SECRET WAR AGAINST THE JEWS: HOW WESTERN ESPIONAGE BETRAYED THE JEWISH PEOPLE* 162–163 (1997).

28 "אין לדון את התנהגותה של ממשלת בריטניה בחודשים האחרונים למנדט על ארץ־ישראל בלי לזכור כי שנת 1947 היתה השנה שבה הגיעה להסדר עם הודו." ראו סייקס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 293.

29 הארגונים הם United Nations Relief and Rehabilitation Administration (UNRRA) ו־United Nations Food and Agriculture Organization (FAO).

30 על מאמציו אלה זכה Orr בפרס נובל לשלום בשנת 1949. ראו: nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1949/orr-bio.html; en.wikipedia.org/wiki/John_Boyd_Orr_1st_Baron_Boyd-Orr.

השנים שלאחר המלחמה.³¹ שלא בטובה, נקלעה אוכלוסיית ארץ-ישראל המנדטורית לאותה מצוקה, ומצאה את עצמה בחלק הפחות-מוצלח של התור. זאת, אף שארץ-ישראל לא נטלה חלק ישיר במלחמה, וחרף היותה אזור חקלאי פורה.³² מצוקת המזון הייתה חמורה במיוחד בארץ-ישראל המנדטורית: ממשלת המנדט הייתה צריכה עתה להשתדל אצל ה"הנהלה" בלונדון לקבל אספקה ראויה לאוכלוסייה. ברי כי בסדר העדיפויות הבריטי, יהודי ארץ-ישראל וערבייה לא היו בראש התור.³³ ארץ זבת חלב ודבש³⁴ נהפכה לארץ רעבה,³⁵ העומדת בתור לקבל אספקה מרחבי האימפריה, עם תוצאות תמוהות, כגון אי-התאמה מובהקת בין הרגלי הצריכה של תושבי הארץ לבין האספקה שהגיעה,³⁶ או תוצאות עצובות, דוגמת המתנה מתוחה של שבועות לאונייה המביאה שמנים

31 המזכיר הכללי של UNRRA, הגנרל Rooks, דיווח כי עד ה-30 ביוני 1947, הסוכנות שבראשה עמד "held the line against starvation and economic chaos by the delivery of nearly three billion dollars of supplies, totaling 25 million long tons, to some 17 countries". ראו: *Summary of Activities, United Nations Relief and Rehabilitation Administration*, 1 INT'L ORG. 555, 555 (1947). דוח מאוחר יותר ציין כי בשנת 1948 נרשם מחסור בשיעור 38 מיליון טון של גרעינים ללחם, וכי יהיה אפשר לספק רק כ-29 מיליון טון, "unless extraordinary new efforts were to be made". ראו: *Summary of Activities, Third Session of the FAO Conference*, 2 INT'L ORG. 119, 119 (1948). ראו גם: Francis A. Linville, *International Action with Respect to Materials Shortages*, 11 AM. J. ECON. & SOC. 315-26 (1952).

32 אגב, אפילו בארצות-הברית – שגם היא לא ניזוקה במישרין מפעולות המלחמה העולמית – היה מחסור-מה וקיצוב מסוים במוצרים. ראו לדיון נרחב: Emanuel B. Halper, *Supermarket Use and Exclusive Clauses, Part Five – The Supermarket Business Model is Completed as the Supers Adapt to World War II Conditions*, 42 REAL PROP. PROB. & Tr. J. 113, 116 (2007).

33 עיתון הארץ דיווח בסוף 1946 כי מתנהל משא-ומתן בין לונדון וירושלים על קביעת מכסות לכמה מצרכים חיוניים "שעודם נתונים לשיטת החלוקה העולמית – בשביל ארץ ישראל לשנת 1947. שלטונות ארץ ישראל הנוגעים בדבר משתדלים להשיג מכסות אימפורט אלו: כ-1500 טונות חמאה אוסטרלית, כ-800 טונות גבינה קראפט, כ-1000 טונות חלב משומר וכ-1200 טונות אבקת חלב. 1500 טונות יספיקו בערך ל-6 חודשים – לפי החלוקה הקיימת של 300 גראם לאיש לחודש." ראו "יבוא מצרכים חיוניים ב-1947. המפקח על המזונות משתדל להשיג הגדלת מיכסות האימפורט של כמה מצרכים חיוניים" הארץ 5.11.1946.

34 לדיון מעניין ראו mikranet.cet.ac.il/pages/item.asp?item=13183.

35 ה-PALESTINE POST דיווח באופטימיות, כדוגמה לעצמאות היישוב, על עלייה בהיקף ייצור המזון המקומי מ-28% מכלל המזון שנדרש בשנת 1939 ל-52% בשנת 1946. ראו: "Food Production Increases" PALESTINE POST 10.1.1947.

36 עיתון הפקר דיווח כי לא זו בלבד שרוב הצרכנים אינם מקבלים חמאה אוסטרלית בשל החלטת המפקח על המזונות למסור אותה רק לחנויות ספורות, אלא ש"בינתיים מתנהלת ספסרות בחמאה האוסטרלית, מאחר שכמויות גדולות מאד הגיעו לידי ערבים שלמעשה אינם צורכים חמאה זו. אולם מאחר שהתאחדות הסוחרים נתנה הוראות לחבריה לא לטפל גם

מהודו דרך פך התקווה הטובה, ותהייה אם האספקה אכן תגיע לארץ-ישראל או שמא תועבר לאנגליה הנוקת.³⁷ ערב יציאת כוחותיהם פעלו שלטונות המנדט, כפי שכבר ציינו, בצורה מסודרת – ויש שיאמרו זדונית – לסיום פעילותם באזור, והותירו את הממשל הנכנס ללא יתרות מזון ואת האוכלוסייה על סף רעב.³⁸

בסיכומו של דבר ניתן לומר שתקופת הצנע באזורנו – שתחילתה במלחמת-העולם השנייה וסיומה במדינת-ישראל של שלהי שנות החמישים, ואשר לוותה הסדרה משפטית וכלכלית נוקשה ומגנוני אכיפה דרקוניים – לא הייתה חוויה (ארץ-ישראלית ייחודית, אלא דווקא חוויה מחברת, שוויונית, אוניוורסליסטית, אשר מאות מיליוני בני-אדם היו שותפים לה באותן שנים.³⁹ דברים אלה מחברים אותנו לתהליך השני שניכר באותן שנים של אמצע המאה העשרים.

התהליך החשוב השני שהתרחש באמצע המאה העשרים, ואשר במסגרתו ניתן למנות את עצמאותה של מדינת-ישראל בשנת 1948, הוא ה"ארגון מחדש" של הקהילה הבין-לאומית והיווצרותן של מדינות.

רכיב אחד, אשר סמוך פחות לענייננו, עניינו חזרתן לעצמאות ולקהילה הבין-לאומית

בחמאה הנמכרת על ידי ספסרים – אין שוק לחמאה הזאת ומחירה הולך ויורד וכבר הגיע עד 45 מא"י [מיל ארץ-ישראלי – ג' ז'] התבילה, בעוד שהמחיר הרשמי הוא 35 מא"י. ראו "אין שוק לחמאה האוסטרלית. רוב הצרכנים אינם מקבלים את החמאה" הבקר 13.10.1946.

37 בזמן מלחמת-העולם הייתה הספקת השמנים סדירה פחות או יותר: בוטנים הגיעו מהודו, קופרה (חומר-הגלם של שמן הקוקוס) הגיע מאפריקה, וזרעי כותנה הגיעו ממצרים ומסודן. אף-על-פי-כן הועמדה ההקצבה על 27 גרם לאדם, לעומת 44 גרם באנגליה. לאחר המלחמה החמירה בעיית הספקת השמנים. במרס 1947 דיווח עיתון הבקר כי "בגלל מחסור בקופרה נפסק לגמרי ייצור השמנים בארץ וייצור המרגרינה צומצם ב-75%. כמויות המרגרינה הקטנות אשר ימשיכו בייצורן תמסרנה אך ורק לבתי-חולים ומוסדות סוציאליים". ראו "הותר היבוא החופשי של גלמי שמנים. לאחר שהממשלה לא הצליחה להבטיח את הספקתם" המשקיף 19.2.1947; "מחסור בשמן ומרגרינה. הקופרה המיועדת לארץ ישראל הופנתה לאנגליה" הבקר 19.3.1947.

38 הדברים באו לידי ביטוי בדוח רשמי של משלחת האו"ם שהוגש למועצת הביטחון כחודש לפני הכרזת העצמאות, אשר דיווח כי קיים מחסור רציני במזון וכי יש סכנה ממשית לרעב "a" ("serious food shortage, with the threat of starvation, is imminent in Palestine"). הדוח ציין שקיים מחסור חמור במוצרים כגון בשר, שמנים, סוכר ואורז. לדיון מפורט במצב הדברים ראו: U.N. Palestine Commission, Second Special Report to the Security Council: The Food Situation in Palestine, ¶ 1, U.N. Doc. S/720 (Apr. 14, 1948) available at domino.un.org/unispal.nsf/9a798adbf322aff38525617b006d88d7/344af88c0dc78f17802564.950035b63e?OpenDocument

39 לדיון נרחב בעניין זה ראו: Guy Seidman, *Unexceptional for Once: Austerity and Food*; Rationing in Israel, 1939–1959, 8 S. CAL. INTERDISC. L.J. 95 (2008). לביתוח מרתק של הטעמים החברתיים למשטר הצנע ושל הסיבות לכשלונו ראו יגיל לוי "משטר הצנע" תיאוריה וביקורת 12–13, 39 (1999) (חוברת נושא: המישים לארבעים ושמונה – מומנטים ביקורתיים בתולדות מדינת ישראל).

(ברוב המקרים תוך הודעות גושית עם "המזרח" או עם "המערב") של מדינות שהיו קיימות – ברמה זו או אחרת של אוטונומיה – לפני המלחמה, ואשר כבשו ונכבשו במהלכה ולבסוף איבדו את עצמאותן.⁴⁰ דרמטית במיוחד הייתה חזרתן לזירה הבין-לאומית של המדינות שהיו חלק מהציר ברלין-רומא-טוקיו במלחמת-העולם. אלה עברו תהליכי "טיהור" על-ידי המעצמות הכובשות, והצטרפו, לאחר קבלת עצמאותן החוזרת, למחנה הפוליטי שצבאו שכן בגבולן. יפן, גרמניה המערבית ואיטליה אימצו חוקות ומשטרים דמוקרטיים, ושבו לעצמאות מדינית בסוף שנות הארבעים.⁴¹

מעניין וקרוב יותר לענייננו היה תהליך יצירתן של מדינות כתוצאה מדעיכתה של האימפריה הבריטית: מדינות אשר זכו לראשונה (לפחות בעידן המודרני) בעצמאות, לאחר מאות שנים של כיבוש – בין כיבוש בריטי ובין כיבוש עותמאני או אחר שלאחריו מנדט או כיבוש בריטיים.⁴² בראש ובראשונה מדובר בהודו, אשר זכתה בעצמאות באוגוסט 1947. יחד עימה יצאה לדרכה פקיסטן (המזרחית והמערבית). כל אלה היוו אירוע כואב מאוד לבריטים, אולם גם לאורחיהן של המדינות החדשות. כמו מדינת-ישראל, זכו גם בורמה וסרי-לנקה בעצמאותן בשנת 1948.⁴³

40 לדוגמה: בולגריה, אשר השיגה את עצמאותה המלאה רק בשנת 1885, נמנתה עם הצד המפסיד בשתי מלחמות-העולם, ולאחר מלחמת-העולם השנייה, בשנת 1946, נהפכה לרפובליקה עממית (ראו en.wikipedia.org/wiki/Bulgaria); ובלגיה, אשר הכריזה על עצמאותה בשנת 1830, נכבשה על-ידי גרמניה בשתי מלחמות-העולם ושוחררה על-ידי בעלות-הברית בשנת 1945, ומשכנת כיום ארגונים מרכזיים של מדינות המערב, החל במטה נאט"ו ועד למוסדות מרכזיים של הקהילה האירופית (ראו en.wikipedia.org/wiki/Belgium). בולגריה הצטרפה לאו"ם בשנת 1955, ובלגיה – בשנת 1945 (ראו www.un.org/members/list.shtml).

41 בעידודו של מקארתור אימצה יפן חוקה בשנת 1947, אולם הסכם שלום עם ארצות-הברית נחתם רק בשנת 1951, ורק לאחר אשרורו, בשנת 1952, שבה יפן לריבונותה (ראו en.wikipedia.org/wiki/History_of_Japan). בגרמניה קיבלו שתי מדינות עצמאות בשנת 1949 ברוחן של שתי מעצמות-העל: גרמניה המזרחית כמדינה קומוניסטית וגרמניה המערבית כרפובליקה דמוקרטית. לאחר האיחוד חלה בכל גרמניה החוקה משנת 1949 (ראו en.wikipedia.org/wiki/History_of_Germany). באשר לאיטליה, לאחר המלחמה בוטלה המלוכה במשאל-עם, והמדינה נהפכה לרפובליקה. חוקה חדשה נכנסה לתוקף בשנת 1948 (ראו en.wikipedia.org/wiki/History_of_Italy).

42 אגב, עד שנות השבעים עברו מדינות אירופיות נוספות – צרפת, פורטוגל, ספרד, בלגיה והולנד – תהליכים מקבילים של דה-קולוניאליזציה במושבותיהן באסיה ובאפריקה. מטבע הדברים אנו קרובים יותר לעצמנו, ומכאן העניין בתהליך הבריטי דווקא. לדיון ראו, למשל: Bardo Fassbender, *The Better Peoples of the United Nations? Europe's Practice and the United Nations*, 15 EUR. J. INT'L L. 857, 868–870 (2004); Michael J. Kelly, *Political Downsizing: The Re-emergence of Self-Determination, and the Movement Towards Smaller, Ethnically Homogenous States*, 47 DRAKE L. REV. 209, 216 (1999).

43 להודו ראו en.wikipedia.org/wiki/India; לפקיסטן ראו en.wikipedia.org/wiki/Pakistan; בשנת 1971 נהפכה פקיסטן המזרחית למדינה עצמאית בשם בנגלדש – ראו en.wikipedia.org/wiki/Bangladesh; לבורמה ראו en.wikipedia.org/wiki/Burma.

באותה שנה הושמטו המילים "קיסר הודו" מתוארו של המלך ג'ורג' השישי.⁴⁴ בין בתהליך הראשון ובין בתהליך השני, התוצאה הייתה שמספר רב של מדינות ריבוניות, חברות הקהילה הבין-לאומית, זכו בלידתן ובעצמאותן המודרנית בשנים הסמוכות להקמתה של מדינת-ישראל.

4. מועד לשמחה, מועד ללימוד

טרם הסברנו מדוע מצאנו לנכון לקיים כנס שנתי – ובעקבותיו לערוך כרך זה – לציון מלאת שישים שנה למדינת-ישראל ולמשפטה של מדינתנו העצמאית והריבונית.⁴⁵ במבט ראשון התשובה ברורה מאליה: החגיגה האקדמית שקיימנו מעוגנת היטב במסורות מדיניות ואקדמיות בישראל ובעמים. בכל מדינות העולם מקובל לציין חגים לאומיים שנתיים: במקרים רבים זהו יום-העצמאות של המדינה,⁴⁶ יום התרחשותו של אירוע היסטורי

לסרי-לנקה ראו en.wikipedia.org/wiki/Srilanka; לבסוף, כבר בשנת 1948 החל תהליך יציאתה של מלאיה לעצמאות (כיום חלק ממלזיה – ראו en.wikipedia.org/wiki/Malaysia). על הרקע להפרדה ועל מחירה הכואב והעמוק ראו: Steve Herman, *VOA News: Pain of Partition Lingers 60 Years after Independence in India, Pakistan*, US FED. NEWS, Aug. 14, 2007; *The Partition of India: The Unruly End of Empire*, ECONOMIST, Jul. 21, 2007 (calling the partition "[a]n epic tragedy brought about by hubris, confused thinking and lack of planning"); Pankaj Mishra, *Exit Wounds: The Legacy of Indian Partition*, NEW YORKER, Aug. 13, 2007, available at www.newyorker.com/arts/critics/books/2007/08/13/070813crbo_books_mishra?currentPage=all.

44 ראו: J.A. Hagwood, *The British Constitution in 1948*, II PARLIAM. AFF. 331 (1949).

45 ואולי המועד הנכון לעצמאותנו המשפטית הוא עם כניסתו לתוקף של חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980 (להלן: חוק יסודות המשפט), אשר ס' 2 שבו ביטל את סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל מאותו מועד ואילך, ובכך ניתק את הזיקה המשפטית הישירה לבריטניה.

46 ברוב מדינות העולם מדובר ביום-העצמאות – ראו, במרוכז, en.wikipedia.org/wiki/Independence_Day. יש מדינות שחוגגות "יום-מהפכה", דוגמת מצרים – ראו en.wikipedia.org/wiki/Revolution_Day. מקרה מרתק היא קפריסין, שהינה מדינה נוספת שנשלטה על-ידי בריטניה. שם נדחה המועד שנקבע לעצמאות פעמים מספר, מפברואר 1960 עד לאוגוסט 1960, בשל קשיים במשא-ומתן בין הצדדים. לבסוף, בשנת 1963, נקבע יום-העצמאות ליום 1 באוקטובר, כדי לא לקיים את החגיגות בתקופת הקיץ והחופשות השנתיות. אגב, אילו היו הבריטים עוזבים את שטחי המנדט ב-1 באוגוסט 1948 – המועד האחרון לפינוי לפי החלטת האו"ם מכ"ט בנובמבר – היינו חוגגים את יום-העצמאות הישראלי חודשיים לאחר-מכן, ביום 1 באוקטובר (בהתאם לס' 3 בפס' A של החלק הראשון להחלטת האו"ם מכ"ט בנובמבר – ראו G.A. Res. 181, לעיל ה"ש 22). הבריטים הקדימו את יציאתם, והתוצאה ידועה. לדיון ראו: Hubert Faustmann, *Independence Postponed: Cyprus 1959–1960*, in *BRITAIN CYPRUS: COLONIALISM AND POSTCOLONIALISM 1878–2006*, 413–429 (Hubert Faustmann

מכונן⁴⁷ או יום-הולדתה של אישיות מרכזית בחיי האומה.⁴⁸ מפעם לפעם, כאשר מגיע מועד מספרי ראוי לציון (בדרך-כלל מספר "עגול"), יש שהמדינות מקיימות חגיגות מרשימות מיוחדות בהיקפן. כך במדינות העולם, וכך בישראל. מועד כזה, המציין חלוף פרק חיים משמעותי למן קבלת העצמאות (שישים שנה במקרה דנן), מאפשר לאזרחי המדינה לעצור משגרת הפעילות היומיומית ולבחון את חייהם בפרספקטיבה רחבה יותר: כיצד התפתחה מדינתנו? גאוה לאומית נמהלת בפיכחון ובחשיבה ארוכת-טווח: מאין באנו, לאן אנו הולכים? האם אנו שבעי-רצון ממדינתנו? כיצד נשאף לתקנה ולשפרה?

אם נרחיק עדותנו, נראה כי במלאת שישים לעצמאות הודו ופקיסטן, אנשיהן זוכרים הן את התקופה שלפני העצמאות⁴⁹ והן את השינויים העצומים שחלו בהן – במיוחד בהודו, הדמוקרטיה המאוכלסת בעולם.⁵⁰ עם זאת, לא רק שמחה עומדת באוויר. גם בעת הזו שבה ועלתה שאלת יחסיהם של הינדים ומוסלמים באזור,⁵¹ והיו אף שהרהרו ברעיון של חגיגה משותפת של האירוע – אולי בדרך לאיחוד מחודש של המדינות, לאחר הטראומות של פילוג המדינות והמלחמות ביניהן.⁵² הנה כי כן, שאלות של קיום ומימוש הביטחון לאומי

& Nicos Peristianis eds., 2006); Yoram Dinstein, *The Arab–Israeli Conflict from the Perspective of International Law*, 43 U. NEW BRUNSWICK. L.J. 301, 307 (1994).

47 החג הלאומי במדינות שהן ממלכות הוא יום-ההולדת של המונרך. כך בבריטניה ובמדינות חבר-הלאומים, וכך בהולנד ובמושבותיה לשעבר. ראו: en.wikipedia.org/wiki/Queen's'_Official_Birthday; en.wikipedia.org/wiki/Queens'_day_-_The_Netherlands.

48 בארצות-הברית, למשל, נחגג מדי פברואר יום-הולדתו של הנשיא הראשון, ג'ורג' וושינגטון, כחג פדרלי המכונה גם "יום הנשיאים". ראו en.wikipedia.org/wiki/Presidents'_Day_(United_States).

49 לדוגמה יפה ראו: 15/08/1947: Independence Day of India, HINDUSTAN TIMES, Aug. 12, 2008.

50 ראו, למשל: VOA News: 60 Years After Independence, Many in India Prosper, But Millions Live in Poverty, US FED. NEWS, Aug. 21, 2007; India's Achievements Since Independence are a Success Story of Progress in Democratic Frame Work: Vice President Shekhawat, HINDUSTAN TIMES, Nov. 10, 2006.

51 על ההפרדה בין העדות בתוך הודו עצמה ראו: Ramachandra Guha, *India's Internal Partition*, N.Y. TIMES, Aug. 15, 2007, at A21.

52 הרעיון הובא מפי אורחים של מדינות אלה העובדים מחוץ לארצותיהם. ראו: Binsal Abdul Kader, *Joint India–Pakistan Celebrations 'Way to Reunion'*, GULF NEWS, Aug. 16, 2007. אולם מגמת השיפור ביחסים בין המדינות ניכרת – עם עליות וירידות – זה שנים לא-מעטות. בהקשר של שישים שנות עצמאות ראו: Kim Barker, *Old Enemies, New Friends: Pakistan and India Gained Independence from Britain 60 Years Ago. Two Wars and More Than a Million Deaths Later, the Two Nations Have Discovered They Need Each Other*, ST. PAUL PIONEER PRESS (MINN.), Aug. 15, 2007, at A6; Matthew Rosenberg & Matthew Pennington, *60 Years After Impendence, India–Pakistan Rivalry Focuses Inward*, PITT. POST-GAZETTE, Aug. 19, 2007, at A5 ("[W]ith the 60th anniversary — marked on Tuesday in Pakistan and on Wednesday in India — a rivalry that grew into

אל מול שמחת העצמאות אינן ייחודיות למדינתנו.⁵³ אחת הדרכים המקובלות ביותר לציון עיתי הוא קיום דיונים אקדמיים בתחומים שונים. כנס משפטי משתלב יפה במסורת זו הן בישראל והן במדינות העולם. אף בעבר התקיימו כנסים מעין אלה לציון תקופה בחייו של המשפט הישראלי ולהערכת התפתחותו,⁵⁴ ובנתיב זה הולכים גם אנו.⁵⁵ זאת ועוד, קיום כנס במלאת שישים שנה למדינה משתלב בעניין הגובר בהיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי⁵⁶ וכן בהכרה האקדמית ההולכת ורווחת בדבר חלוקת המשפט הישראלי לתקופות התפתחות מובחנות⁵⁷ – דיון המשתלב עם השיח האקדמי הכללי בחקר ישראל.⁵⁸

one of the world's most dangerous is finally mellowing. India and Pakistan are now grappling less with each other than with their own aspirations and problems")

53 ראו, למשל: *Bomb Attacks Mark Sri Lanka's 60th Independence Day*, HINDUSTAN TIMES, Feb. 4, 2008.

54 ראו במיוחד כנס מקיף שקיים כתב־העת משפטים במלאת ארבעים שנה למדינה, ובעקבותיו כרך יט של כתב־העת; ובהיקף מצומצם יותר – דיון על חמישים שנה של משפט ציבורי בבית־המשפט העליון. ראו זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה" משפט וממשל ה' 235 (1999); דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית־המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה' 297 (1999). ראו באופן דומה שתי הרצאות שנישאו בכנס לציון יובל החמישים לבית־המשפט העליון ולהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, שנערך בשנת 1998, ואשר פורסמו שנה לאחר־מכן בכתב־העת עלי משפט: אהרן ברק "חמישים שנות שיפוט בישראל" עלי משפט א' 9 (1999); אליקים רובינשטיין "התביעה הכללית בשנת היובל למדינת ישראל ולהכרזה האוניברסלית על זכויות אדם" עלי משפט א' (1999). כרך כתב־העת נגיש ב־www.clb.ac.il/journal/aly_mishpat.htm#1.

55 גם בציון שישים שנות המשפט הישראלי לא ישבנו בדד: כנסים מקבילים התקיימו במכללת שערי משפט (ראו www.mishpat.ac.il/events/2008/020408.pdf), באוניברסיטת חיפה (ראו medlaw.haifa.ac.il/events/60.htm) וכן בפורומים נוספים, כגון לשכת עורכי־הדין (ראו www.idi.org.il/events1/NonfictionDays/Pages/events_conferences_40.aspx).

56 בעניין זה ראו את מאמרם החשוב של רון חריס, אסף לחובסקי ואלכסנדר (סנדי) קדר "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" עיוני משפט כו 341 (2002) וכן: Ron Harris, *THE HISTORY OF LAW IN A MULTI-CULTURAL SOCIETY: ISRAEL 1917-1967* (Alexandre Kedar, Pnina Lahav & Assaf Likhovski eds., 2002).

57 הרבה לכתוב בנושא זה פרופ' מנחם מאוטנר. ראו, בין היתר, מנחם מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993); מנחם מאוטנר "כיצד להבין את התפתחות המשפט החוקתי של ישראל?" מאזני משפט ה' 11 (2006). כן ראו את מאמרו בכרך זה: מנחם מאוטנר "בית־המשפט העליון – שלוש תקופות: 'זרות', 'עימות', 'הכלה'" משפט ועסקים י עמוד 585 (2010). השוו אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689 (1998); חנן מלצר "אפיונים תקופתיים בפיקוח בג"צ על רשויות הצבא הפיקודיות והמנהליות" משפט וצבא יא-יב 35 (1991).

58 הדבר בא לידי ביטוי משפטי־תוכני ואקדמי־קשרי מובהק במאמריו של פרופ' רון

ואולי הדברים מורכבים מעט יותר, שהרי התגייגות לציון יום-העצמאות אינן (עוד) התפרצות שמחה עממית ספונטנית – דוגמת זו שהתרחשה לאחר החלטת האו"ם בכ"ט בנובמבר 1947 או לאחר זכייתה הראשונה של מכבי תל-אביב בגביע אירופה לאלופות בכדורסל בשנת 1977⁵⁹ – ועם חלוף השנים והראשוניות, הם אינם עוד אירועים מלאי אופטימיות טהורה.⁶⁰ נהפוך הוא: חגיגות כאלה הם אירועים ממלכתיים,

חריס בספרי העשור בהוצאת יד יצחק בן-צבי. ראו רון חריס "המשפט הישראלי" העשור הראשון: תש"ח-תשי"ח 243 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1997); רון חריס "המשפט הישראלי" העשור השני: תשי"ח-תשכ"ח 125 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 2000); רון חריס "משפוט הספירה הציבורית בעשור השלישי" העשור השלישי: תשכ"ח-תשל"ח 251 (צבי צמרת, חנה יבלונקה עורכים, 2008). ספרים וקובצי מקורות נערכו גם לציון תקופות "עגולות" של המדינה. ראו, לדוגמה, עצמאות – 50 השנים הראשונות (אניטה שפירא עורכת, 1998); דוד שחם ישראל – 50 השנים (1998); ארץ נולדת: 60 למדינת ישראל (אריאל – כתב עת לידיעת ארץ ישראל, גיליון 183–184, אלי שילר וגבריאל ברקאי עורכים, יולי 2008); דף לתרבות יהודית 277 – שישים שנה למדינת ישראל (אריה סטריקובסקי עורך, התשס"ח) – cms.education.gov.il/NR/rdonlyres/ED1DF183-CCAB-4DA0-B52A-761AFEC725C6/79194/277.pdf.

59 כהמחשה בלבד ראו רמי רוטהולץ "שמחת העניים גדולה יותר" הארץ – חדשות 15.5.2001 "מאז זכייתה הראשונה בגביע אירופה, באפריל 1977, מכבי תל אביב נתפשת בציבור לא כקבוצה שמייצגת מועדון, אלא כקבוצה שמייצגת מדינה... העיתונים בבוקרו של 8 באפריל 1977, יום זכייתה הראשונה של מכבי תל אביב בגביע אירופה, משקפים את מצבה של מדינה הנתונה במצב של מצוקה. רבין התפטר בגלל חשבון הדולרים; פרס, אלא מי, מועמד להחליפו; צה"ל הפגיו עמדות בלבנון; ימאים מאיימים להשבית את צי הסוחר; סידור ואנס דוחה את הצעת עמיתו הסובייטי אנדריי גרומיקו לכפות הסדר במזרח התיכון – שהוא אותו מזרח תיכון גם במאי 2001. רק בשורה אחת טובה היתה למי שפתח את העיתון באותו בוקר: מכבי תל אביב זכתה בגביע אירופה."

60 "ההתלהבות הראשונית של החודשים הראשונים לכינונה של מדינת ישראל, הריבונות המדינית הטרייה, הניצחון הצבאי במערכה, התחושה שהתקופה היא בעלת חשיבות היסטורית, כל אלה גדשו את לוח השנה הלאומי המתגבש. ימים מיוחדים הוקדשו לציון ערכים לאומיים ואירועים היסטוריים... בין שפע ימי הזיכרון והחג בלט כבר בשנה הראשונה יום העצמאות. ב-1950 החל לוח השנה הלאומי להצטמצם... עבור ראשי המדינה היה החג הלאומי לחשוב ולמרכזו בין החגים וימי הזיכרון של התחייה הלאומית... הוא היה השיא, ה'סיכום' ההיסטורי של המרכיבים המודרניים-הלאומיים של לוח השנה היהודי." מעוז עזריהו פולחני מדינה – חגיגות העצמאות והנצחת הנופלים בישראל 1948–1956 33–35 (1995).

אולם היו תמיד מי שראו, גם ברגעי האופוריה, את אבק המלחמה שמעבר לגבעה: כאשר המונים מילאו את הכיכרות וחגגו בלא מְצרים את אישורה של עצרת האו"ם להקמת המדינה, ולאחר-מכן את הכרזת העצמאות, הביע בן-גוריון את חששותיו ביומנו: "באחת מועצת העם. אישרנו הנוסח של הכרזת העצמאות. בארבע הכרזות העצמאות. בארץ צהלה ושמחה עמוקה – ושוב אני אבל בין השמחים, כביום 29 בנובמבר." ראו דוד בן-גוריון מן היומן – מלחמת העצמאות, תשי"ח-תשי"ט 164, 14 במאי 1948 (גרשון ריבלין ואלחנן ארז עורכים, משרד הבטחון – ההוצאה לאור, 1986).

רשמיים,⁶¹ מתוכננים היטב,⁶² שייעודם המובהק הוא לגבש זהות לאומית, לעודד מחקר וחשיבה, להעלות נושאים וסוגיות לסדר־היום הלאומי,⁶³ ולחגוג את כל מה שייחודי וחיובי בחוויה הלאומית של כל מדינה (ויש שיאמרו – בבחינת "מוכרחים להיות שמח").⁶⁴ אכן, בשנים האחרונות ציינו רבים את השינוי שחל באופן שבו אורחי המדינה – ופחות מכך רשויות המדינה – מציינים את חגנו הלאומי.

בשנים הראשונות לאחר הקמת המדינה שימשו אירועי יום־העצמאות במובהק כלי לגיבוש הזהות הלאומית הישראלית.⁶⁵ בשנת 1949 עוגן היום בחוק,⁶⁶ ובמודע ובמכוון נוצקו לתוכו, עם השנים, מאפיינים לאומיים מובהקים.⁶⁷ בערב יום־העצמאות נערך טקס ממלכתי בהר־הרצל, אשר מסיים את יום־הזיכרון לחללי מערכות ישראל ולנפגעי פעולות האיבה

61 לאירועים שהתקיימו בשנת השישים למדינת־ישראל ראו באתר הממשלתי הרשמי: israel60. gov.il/home/home.aspx. ביתר פירוט ראו באתר ויקיפדיה: he.wikipedia.org/wiki/%D7%A9%D7%A0%D7%97%D7%92%D7%99%D7%92%D7%95%D7%AA_%D7%A9%D7%A0%D7%AA_%D7%94-60_%D7%9C%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%AA_%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C.

62 ומכאן שיש להגן גם תג מחיר, אשר בעידן הנוכחי מובא אף הוא לנגד עיני הציבור, ולא תמיד מתקבל בהתלהבות. ראו, למשל, נעמה טלמור "חגיגות ה־60: לאן הלכו 98 מליון שקלים? – 60 שנים, 98 מליון ש"ח, 3 שרים, 8 מופעי ענק, 69% מהציבור שמתנגד, ואלו הם רק חלק מהמספרים שילוו אותנו ביום העצמאות" וואלה! חדשות 5.5.2008. news.walla.co.il/?w=/1276601.

63 ועדת הטקסים והסמלים או ממשלת ישראל קובעות לקראת כל יום־עצמאות נושא לחגיגות השנתיות. חגיגות השישים היו בסימן ילדי מדינת־ישראל (ראו israel60.gov.il/template/default.aspx?catId=5), וחגיגות השנה השישים ואחת, בשנת 2009, היו בסימן מאה שנה לעיר העברית הראשונה תל־אביב (ראו bidur.index.co.il/Article_page_for_Gate.asp?info_id=334910). ביטוי גרפי לנושא שנקבע לחגיגות יום־העצמאות ניתן לראות בכרוז שנבחרה לציון כל שנה. ראו he.wikipedia.org/wiki/%D7%9B%D7%A8%D7%96%D7%AA_%D7%99%D7%95%D7%9D_%D7%94%D7%A2%D7%A6%D7%9E%D7%90%D7%95%D7%AA. להשלמת התמונה נציין כי משרד החינוך קיים את חגיגות השישים על בסיס תוכנית חברתית־ערכית שכותרתה "ישראל חוגגת שישים בסימן הצלחות והישגים". ראו cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/Yesodi/Hevra/TochniyotHvratyot/IsraelChogeg.htm.

64 לעניין מקורו של משפט זה ושיבושי לשון נפוצים שהשתרשו ראו www.daat.ac.il/daat/kitveyet/hagigey/shibushim-2.htm.

65 "תפיסתם הבסיסית של מארגני פולחן יום העצמאות כפולחן מדינה... [הייתה כי] תפקידם של המארגנים אינו ליצור את השמחה אלא לתעל, לארגן ולמסד אותה במסגרת יום החג הלאומי. אולם, כפי שהתברר למארגנים [כבר בתש"י], את השמחה צריך היה ליצור, כמו גם את אוירת החג ואת הטקסים הממלכתיים החגיגיים... הספונטניות... היתה מאורגנת וממוסדת". עזריהו, לעיל ה"ש 60, בעמ' 39.

66 הלוא הוא חוק יום העצמאות, התש"ט-1949.

67 לדיון מפורט בעיצובם של הדפוסים הציבוריים־האזרחיים והצבאיים להשתתפות האומה ביום־העצמאות ולבניית מסורת החג ראו עזריהו, לעיל ה"ש 60, בעמ' 39-92.

השוו: "העצמאות והנופלים היו לאחר הקמת המדינה למוקדיהם של שני פולחנים לאומיים חדשים שהיו מזוהים ישירות עם המדינה ועם סיפור כינונה של הריבונות העברית. הקשר התמאטי והארגוני החד-משמעי בין הפולחנים לבין המדינה מאפשר להתייחס אליהם כאל 'פולחני מדינה', אפילו שלא היה מדובר בסגידה ישירה למדינה. פולחני המדינה שילבו את המדינה ואת מיתוס כינונה במערך הסמלי-טקסי הלאומי. המעורבות הישירה של רשויות השלטון הפכה את פולחני המדינה לביטוי מובהק של האתוס הציוני-הפטריוטי בגירסתו הממלכתית." שם, בעמ' 1-2. על הזיקות בין טקס יום-הזיכרון לבין טקס יום-העצמאות ראו: Don Handelman & Elihu Katz, *State Ceremonies of Israel: Remembrance Day and Independence Day, in ISRAELI JUDAISM: THE SOCIOLOGY OF RELIGION IN ISRAEL* 75 (Shlomo Deshen, Charles S. Liebman & Moshe Shokeid eds., 1995).

70 ראו חיים גרוסמן "לתולדות מצעדי צה"ל ביום העצמאות" ארץ נולדת: 60 למדינת ישראל, לעיל ה"ש 58, 13, בעמ' 16.

he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%99%D7%93%D7%95%D7%9F_%D7% 1א7 72
 .94%D7%AA%D7%A0%22%D7%9A

73 ראו: cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/PrasIsrael/AIHapras.htm;
he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A8%D7%A1_%D7%99%D7%A9%D7%A8
%D7%90%D7%9C, לדיון משלים ראו אורי כהן "הכהונה החדשה של האומה' בישראל:

ישראל ובנציגויות ישראל בעולם, וראוי לציין גם שבמשך השנים נקבעו כללים מיוחדים לתפילה ביום העצמאות.⁷⁴

כיום, לאחר שישים שנים רוויות תהפוכות בישראל, בעידן אינדיווידואליסטי, פוסט-אידיאולוגי, פוסט-מודרניסטי ורב-תרבותי,⁷⁵ קשה יותר ויותר לגייס תמיכה והשתתפות ציבורית רחבה לאירועים לאומיים המאורגנים מ"טעם" הממשל,⁷⁶ ולא קל לאפיין את נהגיו של החג החילוני הקרוי "יום העצמאות".⁷⁷ אכן, עדיין יש ליום העצמאות ולציונו מרכיב מדיני ולאומי מובהק, והוא נוגע במיתרים הרגישים ביותר בהווה הישראלית.⁷⁸ אך יש

עילית אקדמית וזהות לאומית בשנות החמישים" ישראל והמודרניות – למשה ליסק ביובלו 640, 633, 625 (אורי כהן, אליעזר בן-רפאל, אבי בראלי ואפרים יער עורכים, 2006) (הספר להלן: ספר ליסק).

74 זהו נושא מרתק ביחסי דת ומדינה במדינת-ישראל, המוגדרת כידוע כמדינה "יהודית ודמוקרטית". לדיון ראו עזריהו, לעיל ה"ש 60, בעמ' 93–108, וכן: www.education.gov.il/moe/uvdot/indpnd_y.htm; www.daat.ac.il/DAAT/ezrachut/harabanut3-2.htm. עוד על יחסם של הדתיים ליום העצמאות ראו בנימין נויברגר "שסעים ומפלגות בישראל" ספר ליסק, לעיל ה"ש 73, 169, בעמ' 182, 184; אילן שחר "הרב הראשי לאו הורה להשמיט ברכה מתפילת יום העצמאות" הארץ – חדשות 11.5.2000 (המציין כי התפילה המרכזית של יום העצמאות נערכת למן 1958 – תחילה היא נערכה במשכן הרבנות הראשית (דאז) בהיכל שלמה, ואחר כך בבית הכנסת הגדול שהוקם בסמוך. התפילה גם משודרת בקול ישראל, ובשנת 2000 השתתפו בה כאלפיים מתפללים); Shlomo Fischer, *Excursus: Concerning the Rulings of R. Ovadiah Yosef Pertaining to the Thanksgiving Prayer, the Settlement of the Land of Israel, and Middle East Peace*, 28 CARDOZO L. REV. 229 (2006).

75 השוו מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר "הרהורים על רב-תרבותיות בישראל" רב-תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 67 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998) (הספר להלן: רב-תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית); שמואל נח אייזנשטדט "נפתולי המודרניות של החברה הישראלית בעידן הגלובליזציה" ספר ליסק, לעיל ה"ש 73, 13.

76 כך, לדוגמה, נעשו נסיונות אחדים להתקין "הגדה" ליום העצמאות במסגרת גורמי החינוך של הצבא. נסיונות אלה החלו בהזמנת טקסט מהסופר אהרן מגד בשנת 1952, וחזרו פעמים מספר לאחר-מכן. בשנת 2002 דובר בטקסט שערך יואל רפל. נשאלת השאלה אם טקסטים אלה "מטעים" הותירו חותם ונקלטו בציבוריות הישראלית. ראו שלג יאיר "מחרתיים יקראו חיילים בהגדה צבאית חדשה ליום העצמאות" הארץ – חדשות 14.2.2002.

77 לניסיון לאפיין את יום העצמאות באתר משרד התיירות ראו www.goisrael.com/tourism/heb2/Tourist+Information/General+Information/Holidays/Independence+Day.htm.

78 ראו לעניין זה, לאחרונה, הצעת חוק יום העצמאות (תיקון – איסור ציון יום העצמאות או הקמת מדינת ישראל כיום אבל), התשס"ט-2009, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/458.rtf; והשוו גרעון לוי "מוכרחים להיות שמח" הארץ Online חדשות www.haaretz.co.il/hasite/spages/980374.html. לדיון היסטורי עדכני ומקיף ראו יואב גלבר קוממיות ונכבה – ישראל, הפלסטינים ומדינות ערב, 1948 (2004).

שיאמרו כי עיקרו הוא יום חופשה, נופש ומנגלים,⁷⁹ וכי המאפיינים המסחריים שנלוו אליו מתמיד – למשל, אלבומי החג⁸⁰ – רק הלכו והתגברו.⁸¹ אומרת כתבת הארץ חנה קים:

"שנים ארוכות נחגג יום העצמאות בטקסי ראווה ששידרו קוממיות מגויסת. אחר כך הומרו נפנופי הדגל בנפנוף מעל המנגל. יום העצמאות עושה את דרכו בבטחה לקראת עוד יום שבתון, עוד יום של חול. זה לא מה שיפרק את בית המשוגעים הישראלי. להיפך. זהו חלק מתהליך הנרמול שלו."⁸²

ומה נאמר ומה נוסיף אנו? תרומתנו הצנועה היא בקיום כנס אקדמי להעמקת הדעת במלאת שישים שנה למדינה. נעבור עתה לתיאור הכנס ולמאמרים האקדמיים של כרך זה.

79 לתיאור מקסים של הווי יום-העצמאות בעבר ובהווה ראו נרי ליבנה "העצמאות שלנו – ממצעדי צה"ל וריקודי העם ועד המנגל. 57 שנות זיקוקין דינור" הארץ – מוסף שבועי 11.5.2005 ("ולמה דווקא מנגל, ומה הקשר בין יום העצמאות או המימונה לאכילת בשר? כי המון קרה במדינה ב־57 שנותיה, אבל לא רק על הסבל אלא גם על הפרעת האכילה הקולקטיבית נוסדה המדינה היהודית. אין חג יהודי בלי אוכל, ויום העצמאות הוא אחד החגים הבודדים שבהם גם לדתיים מותר להדליק אש. זאת כנראה הסיבה לכך שמאז המדורה המיתולוגית של הפלמ"ח אף אחד עדיין לא טרח להמציא דרכים חדשות לשמוח"). עוד ראו אלי אשכנזי, יהונתן ליס, יואב שטרן, עידית רוזנבלום וזוהר בלומנקרנץ "יותר ממיליון ישראלים חגגו ביערות ובשמורות הטבע" הארץ – חדשות 13.5.2005.

80 ראו יובל סער "הפרופגנדה לא מה שהיתה פעם" הארץ – גלריה 5.5.2009 ("שלל אלבומים יצאו לאור לרגל יום העצמאות ה־60 של המדינה, ונדמה שהוצאות הספרים לא פסחו על שום נושא: הזמר העברי נסקר ב'שיעור מולדת – שירים על הארץ ודברים על הבית' מאת יואב קוטנר, ההיסטוריה הקולנירית ב'אוכל, קדימה אוכל' מאת אורן נהרי ושלמה פפירבלט, הסלון הביתי – ב'היה לנו אוצר' מאת עדי יפת פוקס. לרשימה זו הצטרף בשבוע שעבר האלבום 'דרך העצמאות'. זהו אלבום נוסטלגי רחב יריעה – 450 עמודים – המסודר בצורה כרונולוגית, מקום המדינה ועד ימינו").

81 סיני נופר "מיוחד ליום העצמאות: פטריותיות במבצע" הארץ – כלכלה 11.5.2005 ("אחרי שרתמו את חג האהבה ויום המשפחה לצרכים מסחריים מסתערות החברות הגדולות גם על החג הלאומי. כל מוצר מתקשט בצבעי כחול לבן ומכריז על עצמו: כשר ליום העצמאות. המטרה המוצהרת היא פטריותיות צרופה. המטרה הסופית: הכיס שלכם"). ומה קורה כאשר המצב הכלכלי אינו שפיר? השוו איילה צורף "יום העצמאות 2009: פחות דגלים ברחובות, פחות פרסום פטריותי" הארץ – כלכלה 28.4.2009 ("חברות שנהגו למתג מוצרים לקראת יום העצמאות חוסכות השנה בהוצאות, ואפילו בנק הפועלים לא מחלק דגלים").

82 חנה קים "עוד יום של חול" הארץ – מאמרים 9.5.2000.

פרק א: מושב ראשון – משפט והיסטוריה

משתתפי המושב: יושב־ראש – ד"ר גיא זיידמן, פרופ' יורם שחר, פרופ' רון חריס, ד"ר דוד שור, ד"ר ניר קידר

1. פתח־דבר

עניינו של המושב הראשון היה בחינת שישים שנות המשפט הישראלי בראי ההיסטוריה. במושב זה נותחה "מהפכותו" של בית־המשפט למן הקמתו בתקופת המנדט ועד זמננו־אנו; נבחן המועד שבו התבצע משפוט של הספֶרה הציבורית בישראל – אם בשנות השמונים או שמא קודם לכן; הוצעה תזה בדבר השפעתה של התקופה המנדטורית על המשפט הסביבתי הישראלי; ולבסוף נבחנו מחדש המחלוקות הנוגעות במקומו של המשפט בהיסטוריה הציונית והישראלית, ובמידת הישראליות של המשפט הישראלי.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' יורם שחר מהמרכז הבינתחומי הרצליה. שחר פתח את הרצאתו, שכותרתה "ילד־שעשועים לזקנה – בית־המשפט העליון בן שישים", באזכור העובדה שבית־המשפט העליון של מדינת־ישראל לא נולד ב־14 במאי, עם עצמאותה המדינית של המדינה החדשה, אלא ב־14 בספטמבר 1948. הביטוי "ילד־שעשועים" בהקשר זה לקוח מתוך השימוש במקורות שעשה שר המשפטים דאז פנחס רוזן בנאומו במעמד הפתיחה של בית־המשפט העליון.⁸³ ביחס לביטוי זה אמר שחר כי בית־המשפט העליון – "ילד־השעשועים" – הגיע אומנם לזקנה, אך אין זה בהכרח דבר רע, מכיוון שבכל עשור גלום יתרון.

שחר התייחס למאמרה המכונן של פרופ' פנינה להב,⁸⁴ הדן בדור המייסדים של בית־המשפט העליון, והציע פירוש חלופי לכמה מהעובדות התומכות בטענתה כי הקמת בית־המשפט העליון נתפסה כמהלך מהפכני. שחר הצביע על העובדה שהמגמה לא למנות שופטים שכיהנו בתקופת המנדט הבריטי התהפכה במהירות,⁸⁵ ותוך שבועות ספורים הועלו אל כס בית־המשפט העליון שופטים מצוינים – כאגרנט ולנדאו – אשר שירתו את המנדט הבריטי.

83 ראו פנינה להב "העוז והמשרה: בית־המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479, ה"ש 1 (1989). ראו גם א' לזר "בטקס רב רושם נפתח בירושלים בית־הדין העליון למדינת ישראל" הארץ 15.9.1948.

84 ראו להב, שם.

85 להב מציינת כי "המגמה היתה להתיר את הקשר עם השיפוט המנדטורי, לא להמשיך בו". שם, בעמ' 483.

נוסף על כך ענו שופטים אלה על החשוב והיקר מכל: לא הייתה להם עמדה פוליטית ידועה. משום כך שחר אינו רואה בתהליך בחירת השופטים מגמה של מהפכות ושינוי. כיום, ציין שחר, רוב השופטים נבחרים מן השירות הציבורי, וזו בעיניו המתכונת הנכונה. שחר העלה גם השערה כי הרצון להקים את בית-המשפט העליון בתל-אביב נבע ממעמדה הקשה מאוד של ירושלים, פיזית ופוליטית, ולא בהכרח ממגמה מהפכנית.⁸⁶ מקץ שבועות ספורים קם בית-המשפט העליון בירושלים, יחד עם כל מוסדות השלטון, ובכך יש המשכיות מתקופת המנדט.

שחר התייחס גם לבחירת המילים ולטון הדברים הנרגש בנאומים שנשאו הנאומים במעמד הפתיחה של בית-המשפט העליון, ואמר כי טון הדברים נראה לו מובן מאליו. זהו רגע שבו כולם נרגשים מאוד, והעובדה שהם מדברים על מהפכה עתידית, ומזהים את עצמם כמהפכנים, אינה אומרת כשלעצמה שהם אכן מחוללים מהפכה.

שחר מעדיף לראות את התופעה כרגע פוסט-קולוניאלי. עם-ישראל, כמו עמים אחרים שנשלטו על-ידי זרים, נרגש מאוד לצאת לחירות, ומדבר על מהפכה עצומה של המשפט המהותי. שחר הסביר כי הרקע לתופעה הפוסט-קולוניאלית הוא שמנהיגי המדינה החדשה אינם מכירים מערכי כוח זולת אלה שלמדו משליטיהם. ההתרגשות נובעת מכך ששופט יהודי יושב כעת על אותו כס שעליו ישב לפני כן ה"נוגש", ואף לובש את גלימתו של אותו "נוגש" ומשתמש במערכי הכוח שלו.

בראיתו של שחר, המהפכה החוקתית הראשונה התחוללה בשנת 1925, כאשר בית-המשפט המנדטורי, שישב במגרש הרוסים בירושלים, הכריז על עצמו כבית-משפט חוקתי בעל סמכות לבטל מעיקרם את חוקיו של המחוקק הראשי.⁸⁷ התפתחות זו בתקופת המנדט לא הספיקה להבשיל לכלל מהפכה עמוקה יותר, אולם היסודות הונחו.

שחר הסביר כי שופטי בית-המשפט הגבוה לצדק בדקו את חוקי-החירום שהוציאו הבריטים בספר הלבן, והגיעו בפועל למסקנות אשר אישרו את רוב מעשיו של השלטון דאז, כולל הפקעתה של דירה על-ידי שר האוצר למגוריו הפרטיים של היועץ המשפטי לממשלה.⁸⁸ שחר בחן את השאלה אם הייתה לבית-המשפט או למשרד המשפטים פרוגרמה מהפכנית ברורה מלבד ההצהרות, אם הייתה להם תוכנית מהותית או חקיקתית. לדבריו, הפרוגרמה שלהם לא הייתה ערכית, אלא "לעומתית": מול עריצותו של השלטון הקיים הוצג הליברליזם האמריקאי, ובראשו זכותו של הפרט לעשות ביכולותיו ובכשרונותיו ככל שתחפוץ נפשו. זו, כמובן, אינה הפרוגרמה של הליברליזם המפורסם, אלא פרוגרמה "לעומתית" בלבד.

שחר הסביר כי הוא אינו חושב שבית-המשפט צריך להיות מהפכני. לדעתו, בית-המשפט

86 להב, שם, מציינת כי "הציפייה הייתה שבית-המשפט העליון ימוקם בתל-אביב – מרכז הממסד הפוליטי... גם מכך ניתן ללמוד שהקמת בית-המשפט העליון נתפסה על-ידי המייסדים כבניית יש מאין, לא כהמשך הקיים".

87 ראו: 321 A.C. [1926] Murra, L.R., [1926] A.C. 321, Jerusalem-Jaffa District Governor v.

88 ראו, למשל, בג"ץ 5/48 יובל ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק), פ"ד א 58 (1948).

עשה מעשה מופלא בכך שזיהה טוב יותר מגופי השלטון האחרים את קול הקונסנזוס הלאומי. הממשלה, כגוף הנבחר העיקרי באותה תקופה (שכן הכנסת לא הייתה אז חשובה דייה), הייתה ממשלה קואליציונית מבוצרת מאוד, ומקום שנשמעים קולות רבים, אף לא אחד מהם מציג ראיית-עולם שלמה, ועל-כן הם אינם יכולים לזהות את הקונסנזוס או לפעול לטובתו. לסיכום הרצאתו אמר שחר כי לדעתו בית-המשפט העליון צריך לאמץ לעצמו "מראית-עין" של רדיקליות ומהפכנות – לשאת קול רם מזה של העם – אולם לפרק-זמן מוגבל בלבד.

הדובר השני היה פרופ' רון חריס מאוניברסיטת תל-אביב. חריס דן בהרצאתו במשפוטטה של הספירה הציבורית במהלך שנותיה של המדינה. לדבריו, הספרות המשפטית נוטה להצביע על שנות השמונים כעל המועד שבו החל בית-המשפט הגבוה לצדק להתערב באופן משמעותי במערכת היחסים שבין האזרח לבין הרשויות השלטוניות, ולמשפט את הספירה הציבורית בישראל. רבים מהחוקרים ייחסו שינויים מהפכניים אלה בתפקודו של בית-המשפט הגבוה לצדק להצטרפותו של אהרן ברק לבית-המשפט העליון. חריס סבור כי אומנם התרחשו שינויים בהקשר זה בשנות השמונים, אולם ראשית משפוטטה של מערכת היחסים בין הפרט לבין השלטון מצויה, לטענתו, כבר בשנים 1967–1977. תהליך המשפוט החל לפני תחילת העשור האמור, ונמשך לאחר סופו. להערכת חריס, ליבו של התהליך היה בעשור השלישי למדינת-ישראל.

המונח "משפוט" משמעו מעבר של הסדרת התנהגות, מערכות יחסים, פתרון סכסוכים וקבלת החלטות ממסגרות לא-משפטיות למסגרות משפטיות. בהקשר של הספירה הציבורית מדובר בעיקר בהעסקה ממסגרות פוליטיות למסגרות משפטיות. משפוט יכול לבוא לידי ביטוי באופנים שונים. חריס זיהה בעשור השלישי חמישה ביטויים עיקריים למשפוט הספירה הציבורית. הוא הציג אותם בהרצאתו, והסביר כי להקדמת עיתויו של תהליך המשפוט משנות השמונים לעשור השלישי יש משמעויות חשובות ביחס להסברת הסיבות לתהליך המשפוט.

ההיבט הראשון הוא כמותי – משנת 1968 עד לשנת 1978 חלה עלייה חדה במספר התיקים שנפתחו בבית-המשפט העליון, בעיקר בכובעו ה"בג"צ". העלייה החדה יותר התרחשה במחצית השנייה של שנות השבעים. חריס טען כי הנתונים מצביעים על התחזקות של בית-המשפט העליון, ומלמדים כי מערכת היחסים בין האזרח לבין השלטון עברה משפוט. אנשים רבים יותר חשבו כי נכון לפנות לבית-המשפט העליון בכובעיו השונים, כגון תפקידו כבית-המשפט הגבוה לצדק, כדי לברר ולקדם את ענייניהם. סממן כמותי מעניין נוסף למשפוט הגובר של החברה הישראלית ניתן למצוא בנתונים על מספר עורכי-הדין: מספרם גדל במהלך העשור המדובר בכ-70%, לעומת גידול של 31% בלבד באוכלוסייה. ההיבט השני הוא התפתחות הדוקטרינות – חריס הסביר כי ההלכה המרכזית המבססת את החובה המשפטית של רשות מנהלית לעמוד בהתחייבויותיה נובעת מפסק-הדין בעניין סאיטקס.⁸⁹ לראשונה ראה בית-המשפט הגבוה לצדק בעצם קיומה של הבטחה מצד הרשות

89 בג"ץ 135/75 סאיטקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד (1) 673 (1975).

עילה להתערבות ולציווי הרשות לממש את אשר הובטח. תפיסה זו נובעת מחובתה הכללית של הרשות לנהוג בהגינות כלפי האזרח. פסק-דין זה מופיע ברשימת מאה פסקי-הדין המאזכרים ביותר למן קום המדינה.⁹⁰ חריס הצביע על פסק-דין נוסף שניתן בעשור השלישי כמצביע על מגמת משפוט: בג"ץ שפירא,⁹¹ שקבע כי קיימת חובת אמון של רשות ציבורית כלפי הציבור. הרשות כפופה לשלטון החוק, ומתפקדת כנאמן הציבור. חובת האמון הינה חובה משפטית, והפרתה עשויה להביא לידי התערבותו של בית-המשפט. אחד מפסקי-הדין המפורסמים ביותר שניתנו בעשור השלישי הוא פסק-הדין בעניין ברגמן,⁹² שהיה פסק-הדין הראשון שבו ביטל בית-המשפט העליון חקיקה של הכנסת. פסק-הדין ביטל הסדר בחוק מימון הבחירות לכנסת שנחקק באותה שנה, שלפיו רק מפלגות קיימות יקבלו מימון מהמדינה, ואילו רשימות מועמדים חדשות לא יקבלו מימון על-פי אותו מפתח. בית-המשפט העליון הפך את שאלת תוקפם של חוקי הכנסת לשפיטה. פסק-הדין עורר דיון ציבורי בעל משמעות רבה. חריס טען כי גם אם פסק-דין בעניין ברגמן לא הוביל להפכה חוקתית מיידית, יש לו משמעות לא-מבוטלת במשפוט מערכת היחסים שבין האזרח לבין הרשות המחוקקת.

ההיבט השלישי הוא משפוט של השליטה בגדה המערבית וברצועת-עזה. לדברי חריס, להסדרה המשפטית של השטחים משנת 1967 היו שלושה מאפיינים, שהיו סותרים, מחד גיסא, ומשלימים, מאידך גיסא: הראשון, מפעל חקיקה רחב-היקף באמצעות הרשות המבצעת, ולא הרשות המחוקקת; השני, האחדה בין הדין החל בישראל לבין הדין החל על ישראלים בשטחים; השלישי, יצירת הפרדה בין מערכת הדינים החלה בשטחים על ישראלים לבין מערכת הדינים החלה בשטחים על פלסטינים. אחת הדמויות הבולטות שהשפיעו על גיבוש מדיניותו של בית-המשפט העליון ביחס לנעשה בשטחים היה מאיר שמגר, שהיה הפרקליט הצבאי הראשי עוד לפני כיבוש השטחים בשנת 1967. אחת מאבני-היסוד שהניח שמגר כיועץ המשפטי לממשלה, לאחר כהונתו כפרקליט הצבאי הראשי, הייתה ההחלטה, שנהפכה להחלטת מדינה, לא לעורר את שאלת זכות העמידה בנוגע לעתירות של תושבי שטחים לבית-המשפט הגבוה לצדק, אף שהיה אפשר לעשות זאת. לטענת חריס, החלטה זו תרמה תרומה מכרעת למשפוט של השלטון בשטחים, ונתנה לעותרים פלסטינים מן הגדה המערבית ומרצועת-עזה את האפשרות להיכנס לתוך היכל הצדק הישראלי ולבקש את סעדיו, על-מנת לסכל תוכניות ופעולות של הממשל הצבאי. מרגע שהחליטה המדינה לא להתנגד להופעתם של תושבי שטחים בבית-המשפט הגבוה לצדק, היה ברור שבדיונים שיתנהלו בו תעלה הטענה כי תושבי השטחים זכאים להגנתה של אמנת ג'נבה,⁹³ וכי

90 ראו לעניין זה יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז' 243, 249 (2004).

91 בג"ץ 142/70 בנימין שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325 (1971). גם פסק-דין זה נמנה עם מאה פסקי-הדין המצוטטים ביותר. ראו שחר, גרוס וגולדשמידט, לעיל ה"ש 90, בעמ' 249.

92 בג"ץ 98/69 א' ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין ברגמן).

93 אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-12.8.1949) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-6.1.1952) (להלן: אמנת ג'נבה). האמנה נגישה ב-www.btselem.org/Hebrew/International_Law/Fourth_Geneva_Convention.asp

פעולות שונות של השלטון הצבאי עומדות בניגוד לאמנה. בכך מושפט הפיקוח על פעילות הממשל ומערכת הביטחון.

ההיבט הרביעי הוא התחזקות מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. לאחר מינויים של גדעון האוזנר ליועץ המשפטי לממשלה ושל דב יוסף לשר המשפטים, הופרה ההרמוניה בין שר המשפטים ליועץ המשפטי לממשלה. היה זה מאבק בין שר משפטים איש מפא"י לבין יועץ משפטי המזוהה עם החוגים הפרוגרסיביים והליברליים. על-מנת ליישב את הסכסוך החליטה הממשלה בשנת 1962 למנות ועדה בראשות השופט שמעון אגרנט.⁹⁴ הוועדה קבעה כי סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת החוק היא בלעדית, והדגישה את הצורך בשמירה על עצמאות שיקול-הדעת שלו. ועדת אגרנט קדמה אומנם לעשור השלישי, אך היא העלתה לסדר-היום את שאלת סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה וחיוקה את מעמדו. אולם לדברי חריס, הגורם העיקרי להתחזקות מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה היה חילופי הגברי בתפקיד היועץ. שר המשפטים יעקב שמשון שפירא הציע את התפקיד למאיר שמגר, וזו, לטענת חריס, הייתה נקודת-המפתח בחיזוק מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. שמגר, שהיה היועץ בין השנים 1968 ו-1975, חולל שינוי גדול במעמדו של התפקיד, וזאת ללא הסתמכות על ועדות, על מעשי חקיקה או על הכרזות. שמגר החיל עיקרון של ייעוץ משפטי יזום, והנהיג השתתפות קבועה כמעט של היועץ המשפטי לממשלה בישיבות הממשלה. השתתפות זו נועדה לא רק לייצג לממשלה, אלא גם למנוע את הממשלה מלהפר את החוק. הייעוץ היוזם הבהיר כי הלקוח של היועץ המשפטי לממשלה אינו הממשלה, אלא הציבור הרחב. היועץ מחויב לא רק לממשלה ולמדיניות, אלא גם לשלטון החוק. מינויו של אהרן ברק כמחליפו של שמגר בתפקיד, בשנת 1975, היווה המשכה של אותה מגמה. ברק כיהן בתפקיד בשלהי עידן הדומיננטיות של תנועת העבודה. בתקופתו התפרסמו כמה פרשיות שחיתות שבהן היו מעורבים או נחשדו כמעורבים ראשי תנועת העבודה.⁹⁵ בתקופתו של ברק התפטר ראש הממשלה יצחק רבין עקב פרשת חשבון

94 ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, בראשות השופט שמעון אגרנט, מונתה על-ידי הממשלה בכ"ד בסיוון התשכ"ב, ה'26 ביוני 1962. ראו חוות דעת ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (השופט שמעון אגרנט יו"ר, 1962). דוח הוועדה פורסם גם בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 421 (יצחק זמיר, עורך, 1993).

95 הדוגמות המפורסמות ביותר לפרשיות שחיתות שאותן הורה ברק לחקור בעת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה הן פרשת ידלין ופרשת עופר. פרשת ידלין הינה פרשת שוחד שנחשפה בישראל בשנת 1976, ואשר במרכזה עמד אשר ידלין – אחד האישים הבולטים ביותר במפלגת העבודה. חשיפת הפרשה הובילה למאסרו של ידלין, מנכ"ל קופת-חולים כללית, שהיה אמור להתמנות לנגיד בנק ישראל. פרשת עופר התרחשה אף היא בשנת 1976. נגד אברהם עופר, שכהן באותה עת כשר השיכון בממשלתו של יצחק רבין, הועלו חשדות שלפיהם הוא היה שותף למעשי שחיתות בחברת "שיכון עובדים". פנייתו לברק בבקשה שיורה על הפסקת החקירה בעניינו נענתה בשלילה. ב'3 בינואר 1977 נמצאה גופתו במכוניתו, לאחר שהתאבד. פרשיות אלה מתקשרות לירידת כוחה של מפא"י ולמהפך שחל כשנה אחר כך, בשנת 1977, כאשר עלתה לשלטון מפלגת הליכוד בראשותו של מנחם בגין.

מטבע-החוק של אשתו. פרשיות אלה הדגישו עוד יותר את חשיבות תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה ואת עצמאותו של המוסד.

ההיבט החמישי הוא מרכזיותן של ועדות החקירה בעשור השלישי. בשנת 1968 חוק חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, המניע העיקרי לחקיקת החוק היה המחלוקת סביב הטיפול בפרשת "עסק הביש", היא פרשת לבון.⁹⁶ לממצאיה של ועדת החקירה נוצר מעמד מעין-שיפוט, בעיקר במישור האחריות האישית של נושאי משרות ציבוריות. סמכות מינוים של חברי הוועדה הופקדה בידי נשיא בית-המשפט העליון.⁹⁷ הוועדה הוסמכה לזמן עדים,⁹⁸ לכפות התייצבותו של אדם שלא התייצב,⁹⁹ לחייב עד להעיד בשבועה,¹⁰⁰ להוציא צווי חיפוש¹⁰¹ וכדומה. כאיוון לחיזוק מעמדה של הוועדה וסמכויותיה, הורחבה גם זכות הטעון, ואיתה גם זכות הייצוג למי שעלול להיפגע מהחקירה ומתוצאותיה. כל אלה הקנו לוועדה מעמד של גוף אובייקטיבי בדומה לבית-משפט, הפכו את דיוניה לבעלי מאפיינים שיפוטיים יותר, והקנו להמלצותיה לגיטימציה דומה לזו של פסק-דין. במהלך העשור השלישי נהפכו ועדות החקירה המועצמות לגורם מרכזי בשיח הציבורי הישראלי. הוועדה הראשונה שמונתה לפי החוק החדש הייתה ועדת זוסמן לחקירת נסיבות השרפה שאירעה במסגד אל אקצה ב-21.8.1969.¹⁰² בשנת 1971 מונתה ועדת עציוני לחקירת שמועות בדבר מתן תשלומי כסף להטיית משחקי הליגה הלאומית בכדורגל.¹⁰³ ועדת אגרנט לחקר המחבלים במלחמת יום-הכיפורים, הידועה מבין הוועדות המוקדמות, הייתה הוועדה הרביעית שקמה מכוח חוק ועדות חקירה.¹⁰⁴ גורלם של ראשי המדינה נמסר אם כן לוועדה מעין-שיפוטית,

96 להרחבה על-אודות הפרשה ראו אתר הכנסת: www.knesset.gov.il/lexicon/heb/lavon.htm.

97 ראו ס' 4(א) לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968 (להלן: חוק ועדות חקירה).

98 ראו ס' 9(א)(1) לחוק ועדות חקירה.

99 ראו ס' 9(א)(3) חוק ועדות חקירה.

100 ראו ס' 9(א)(2) לחוק ועדות חקירה.

101 ראו ס' 12 לחוק ועדות חקירה.

102 ראו את הפרסום ברשומות לעניין הקמת הוועדה - י"פ התשכ"ט 1545, 2079. הוועדה מונתה בז' באלול התשכ"ט, ה' 21 באוגוסט 1969. לדוח הוועדה ראו דין וחשבון של ועדת החקירה בענין נסיבות השריפה במסגד אל-אקצה (השופט יואל זוסמן יו"ר, 1969).

103 ראו את הפרסום ברשומות לעניין הקמת הוועדה - י"פ התשל"א 1731, 1997. הוועדה מונתה בכ"א בסיוון התשל"א, ה' 14 ביוני 1971. לדוח הוועדה ראו דין וחשבון ועדת החקירה בענין השמועות בדבר מתן תשלומי כסף כדי להטות משחקים בליגה הלאומית לכדורגל (השופט משה עציוני יו"ר, 1971).

104 ראו את הפרסום ברשומות לעניין הקמת הוועדה - י"פ התשל"ד 319-320. הוועדה מונתה בכ"ו בחשוון התשל"ד, ה' 21 בנובמבר 1973. לדוח הוועדה ראו דו"ח ועדת אגרנט - ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים (הנשיא שמעון אגרנט יו"ר, 1975). ועדת החקירה הממלכתית השלישית מונתה בכ"ח בחשוון התשל"ב, ה' 16 בנובמבר 1971, לשם בדיקת דרכי ניהולם של שדות הנפט בסיני מבחינה ארגונית-מקצועית וחברתית-מוסרית.

אשר ממונה על-ידי נשיא בית-המשפט העליון, ובראשה שופט בפועל או בדימוס. בהקשר של ועדת אגרנט הסביר חריס כי ההליך לפני הוועדה לא היה אומנם זהה להליך הפלילי, אולם במובן עמוק יותר דובר בהעתקת הדיון במשמעויות הקשות של מחדלי מלחמת יום-הכיפורים ממוסדות פוליטיים ומשיח פוליטי אל מוסד בעל מאפיינים שיפוטיים ובמסגרת שיח משפטי. גורלה של ממשלת גולדה מאיר הוכרע בסופו של דבר לא בקלפי, אלא במידה רבה בחדר הוועדה. המלצות הוועדה הובילו באופן ישיר להפסקת כהונתם של הרמטכ"ל דוד אלעזר (דדו), ראש אגף המודיעין אלי זעירא ואלוף פיקוד הדרום שמואל גונן (גורודיש), ובאופן עקיף גם להפסקת כהונתם של ראש הממשלה גולדה מאיר ושר הביטחון משה דיין. המלצותיה של ועדת אגרנט היו רגע שיא במשפט הספרה הציבורית בעשור השלישי.

חריס סיכם את הרצאתו באמירה כי המשפט בעשור השלישי בא לידי ביטוי במדדים כמותיים ואיכותיים, בשינויים בתוכן הנורמות המשפטיות, בשינויים במבנה ובמעמד של המוסדות המשפטיים, בשינויים פרסונליים ובשינויים במיקוד השיח הציבורי. שינויים אלה הושפעו זה מזה והזינו זה את זה. חלק מהשינויים החלו לפני העשור השלישי, וחלקם נמשכו גם מעבר לעשור השלישי, אך לטענת חריס, בניגוד לתפיסה המקובלת בספרות, רבים מביטויי המשפט התרחשו לפני מינויו של אהרן ברק לבית-המשפט העליון בשנת 1978, וחלקם התרחשו אף לפני מינויו של מאיר שמגר לבית-המשפט העליון בשנת 1975. יש שראו במשפט הספרה הציבורית אמצעי התגוננות של האליטה האשכנזית הליברלית, מכיוון שהמשפט הינו נסיגה של אליטה זו ושל האידיאולוגיה שהיא מייצגת מן המערכת הפוליטית – שעליה השתלט בשנת 1977 הימין הלאומי-הדתי והמזרחי – לעבר הרשות השופטת, שאינה נבחרת באופן עממי. לטענת חריס, איתור העיתוי בעשור השלישי שולל את האפשרות שהמשפט הינו תגובה על המהפך הפוליטי של 1977. המשפט החל עוד לפני המהפך, אבל ייתכן שהוא קשור באופן עקיף יותר לשקיעת הדומיננטיות של תנועת העבודה, שהחלה לפני המהפך. לדעת חריס, חשוב שהדיון במשפט הספרה הציבורית לא יתמקד באנשים ספציפיים ובהיבטים פרסונליים, אלא יתמקד בתהליכים ההיסטוריים העמוקים, בשינויים המבניים והמוסדיים ובמגמות בקרב המקצוע המשפטי.

הדובר השלישי היה ד"ר דוד שור מאוניברסיטת תל-אביב. בהרצאתו, שעניינה "המשפט הסביבתי הישראלי: גלים ותקופות", התייחס שור להשפעתה של התקופה המנדטורית על המשפט הישראלי. שור הציע תיקוף שונה למשפט הסביבתי, המבוסס על הגדרה רחבה מזו המקובלת כיום לתחום זה. הרחבת גבולות הגזרה ההיסטורית מובילה, לדעתו, לשתי תובנות על-אודות החקיקה בעשורים האחרונים: האחת, היא מזמינה דיון מחודש ומדויק יותר במאפייניה הייחודיים של החקיקה המודרנית לעומת זאת שקדמה לה; והאחרת, היא מספקת הסבר לחלק ממה שנראה כליקויים ופיגורים במשפט הסביבתי המודרני בישראל.

לדעת שור, רוב הספרים בנושא המשפט הסביבתי בארץ, כמו-גם בחוץ-לארץ, מניחים כי תחום משפט זה הינו צעיר ובעל שורשים בשנות השישים והשבעים של המאה

ראו את הפרסום ברשומות – י"פ התשל"ב 1778, 338. לדות הוועדה ראו דין וחשבון ועדת החקירה בעניין "נתיבי נפט" (השופט אלפרד ויתקון יו"ר, 1972).

העשרים. זאת, למעט דיני המטרדים, אשר היוו, על-פי התפיסה הרווחת, כלי משפטי יחיד להתמודדות עם מפגעים סביבתיים בתקופה שקדמה לשנים המוזכרות. בשנים האחרונות החלו היסטוריונים לחקור את תולדות המשפט הסביבתי בצורה מעמיקה. ממחקרים אלה עולה, לטענת שור, כי "המשפט הסביבתי" כפי שהכרנו אותו – כלומר, אוסף החוקים, התקנות ותקדימי הפסיקה בנושא הסביבתי – הינו רק חלק קטן של קרחון גדול בהרבה, אשר עיקרו סמוי מן העין ותחתיתו ההיסטורית עמוקה הרבה יותר. בישראל טרם זכה תחום זה במחקר רציני, וההנחה הרווחת נשארה כשהייתה, קרי, שהמשפט הסביבתי הינו פרי חקיקה של העשורים האחרונים.

החיבור המקיף ביותר בנושא דיני איכות הסביבה בישראל הוא ספרו של דניאל פיש,¹⁰⁵ שעיצב את התפיסה הרווחת. הספר מתאר שני גלי חקיקה עיקריים במשפט הסביבתי הישראלי: גל ראשון משנות השישים עד שנות השמונים של המאה העשרים, שבו יצר המחוקק הראשי קודקס של הוראות בסיסיות בקשר לסביבה; וגל שני, שהחל במחצית השנייה של שנות השמונים, ובו קבע מחוקק המשנה הוראות פרטניות לגבי סטנדרטים ואיכויות של משאבים שונים.

שור, לעומת זאת, בוחן את המשפט הסביבתי החל בתקופת המנדט והמשך בעשורים הראשונים של המדינה. לדבריו, אחד הנושאים המרכזיים בכתיבה העכשווית בעולם על ההיסטוריה של הסביבה עניינו התייחסותן של המעצמות הקולוניאליות במאות האחרונות לנושאים אקולוגיים בכלל ולשימור יערות בפרט. בישראל נכתב על-אודות מפעל הייעור של השלטונות המנדטוריים, אך זאת בעיקר על-ידי גיאוגרפים היסטוריים. לדעת שור, חסרה עדיין התייחסות רצינית לצדדים המשפטיים של שימור היערות בתקופת המנדט. לפני כינונו של ממשל אזרחי בארץ-ישראל, אסר הממשל הצבאי הבריטי ביצוע פעולות מזיקות מסוימות בתחום היערות. בשנים שלאחר-מכן – בפקודת היערות, 1920,¹⁰⁶ ובפקודת היערות, 1926, שהחליפה אותה – הרחיבו השלטונות את ההגנה החוקית על היערות בארץ. הבריטים חוקקו במגוון רחב של נושאים סביבתיים, החל בשימור הטבע וכלה בזיהום. שור הדגיש שתי נקודות בעניין חקיקה זו: ראשית, אין מדובר במפעל של נטיעת יערות או שימורם בלבד – דבר אשר ראוי, כשלעצמו, להכרה כמשפט סביבתי מהמדרגה הראשונה – אלא גם בהסדרה (רגולציה) מסיבית של שימושי קרקע בקרקעות פרטיות, מה שמלמד על הרצינות הטמונה בהתייחסותם של הבריטים לנושא זה; שנית, מטרותיהם העיקריות של הבריטים, בבואם להגן על היערות, היו הרצון ליצור מערכת אקלימית פיזית שתאפשר חקלאות והתיישבות, והרצון לטפח נוף שנראָה להם מתאים לארץ-הקודש, ולא שימור או טיפוח של משאב טבעי בעל פוטנציאל מסחרי או תשומה תעשייתית.

105 דניאל פיש דיני איכות הסביבה בישראל (2002).

106 Ordinance to provide for the regulation of Forest Lands and the protection of Trees, 1 Legislation of Palestine 1918–1925: Ordinance and Orders in Council, at 93 (Norman Woods and Forests Ordinance, Bentwich Compiler, 1926). הפקודה נקראה בקיצור: 1920.

שור המשיך וציין שני היבטים של החקיקה המנדטורית אשר חשובים מאוד, לדעתו, להבנת התפתחותו של המשפט הסביבתי הישראלי:

ההיבט הראשון הוא שאף-על-פי שלא הותקנו תקנות מפורטות לגבי איכות מינימלית של אוויר או מים, ולא הוטלו הגבלות על פליטות, הייתה בכל-זאת התייחסות מסוימת לנושאים של זיהום. בשנים שלפני מלחמת-העולם השנייה טרם הבינו המדענים את הסכנות ארוכות-הטווח, במרחב ובזמן, של שִׁרְפָּת דלקים מחצביים ושימוש בכימיקלים שונים בתהליכי ייצור. הסיכונים הכרוכים בפעילויות אלה נתפסו לרוב כסיכונים מידיים לבריאות של הסביבה הקרובה מאוד, הנובעים בעיקר מהיחשפות לחומרים נראים לעין או בעלי ריח חזק. המשפט הסביבתי התייחס לסיכונים אלה בהתאם. פקודת בריאות העם, 1940, ופקודת הערירות (ביוב, תיעול ומים),¹⁰⁷ 1936, הסמיכו את הרשויות המקומיות למנוע זיהום אוויר וזיהום מים שעלולים לפגוע בבריאות השכנים. מעבר לכך, לטענת שור, הבנה אמיתית של היקף ההתייחסות של המשפט המנדטורי, כמו-גם של המשפט הישראלי בעשורים הראשונים שלאחר קום המדינה, לנושאים של איכות הסביבה מצריכה בדיקה של תוכניות מתאר, של חוקי-עזר עירוניים ושל פעילויותיהם של משרד הבריאות והרשויות המקומיות לטיפול במפגעים סביבתיים.

ההיבט השני הוא שבימי המנדט התגבשה מגמה מודרניסטית של שאיפה לתכנון רציונלי של המרחב והסביבה, אשר הגיעה לשיאה בימים שלאחר קום המדינה. ביטוי מובהק לתפיסה זו רואה שור בפקודת בנין ערים,¹⁰⁸ 1936, ובחקיקה שעסקה בשימור ובפיתוח סביבתיים של קרקעות, כגון פקודת היערות, 1926, ופקודת סחף חול, 1922. אלה נחקקו מתוך התייחסות אופטימית ורציונלית שלפיה מומחי הממשל יקבעו את השימושים הנכונים של קרקעות שונות לתועלת הציבור, ויאכפו את ההגבלות הנחוצות על-מנת להוציא תוכניות אלה אל הפועל. התפיסה התכנונית הריכוזית קיבלה את ביטוייה החזק ביותר בתחום המים, עוד לפני שהתיקון לדבר המלך משנת 1940 הכריז על כל מקורות המים העיליים כשייכים לנציב העליון.¹⁰⁹ בשנות השלושים ובתחילת שנות הארבעים יצרו כמה פקודות מערך של סמכויות שנועדו לאפשר תכנון ופיתוח רציונליים של משק המים בארץ, הסדרת נושא הביוב והניקוז, הקפאת הפיתוח הפרטי של אקוויפרים שנועדו לשימוש הציבור, וביצוע סקרים הידרולוגיים. בשנות הארבעים ביקשה ממשלת המנדט לחוקק פקודות ייעודיות שהיו אמורות להסדיר קידוחי מים, הקצאה של מים וכדומה. הצעות אלה לא חוקקו – במידה רבה, לדעת שור – הודות להתנגדותו של היישוב היהודי, שחשש מפני סיכול תוכניותיו למפעלי מים שיעבירו מים ממקורותיהם הטבעיים למקורות של התיישבות חקלאית יהודית.

107 פקודת הערירות (ביוב, תיעול ומים), 1936, ע"ר תוס' 1, 1. (שמה של הפקודה הוחלף מאוחר יותר – בס' 56 לחוק הרשויות המקומיות (ביוב), התשכ"ב-1962 – לפקודת הערירות (אספקת מים), 1936.)

108 פקודת בנין ערים, 1936, ע"ר תוס' 1, 153. (הפקודה הוחלפה בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (ראו ס' 270 לחוק).)

109 דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (תקון), 1940, ע"ר 1093 מיום 1.5.1941, תוס' 2, 561.

לדברי שור, מגמת התכנון המודרניסטי דעכה לקראת סוף המנדט, אך קמה לתחייה ואף הגיעה לשיאה בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל. בעשור שהחל בשנת 1955 הועברו בכנסת מספר רב של חוקים שנועדו להכפיף סופית את משק המים לפיקוחה ולשליטתה של המדינה. כך, למשל, חוקקו חוק מדידת מים, התשט"ו-1955, חוק הפיקוח על קידוחי מים, התשט"ו-1955, חוק הניקוז וההגנה מפני שטפונות, התשי"ח-1957, וכן החוק שנחשב למתקדם ביותר במשך שנים רבות, בשל ההכרה הגורפת בבעלות הציבורית על המים ובשל התכנון הרציונלי שהתאפשר הודות לכך – חוק המים, התשי"ט-1959.

החוק האחרון בקודקס של חוקי המים של מדינת ישראל הוא חוק רשויות נחלים ומעיינות, התשכ"ה-1965. באותה שנה נחקק גם חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה). חוק זה, כפי שמעידים עליו דברי ההסבר בהצעת החוק, לא בא לשנות באופן מהותי את דיני התכנון המנדטוריים, אך הוסיף עליהם נדבך חשוב: המוסד של תוכנית המתאר הארצית – התמ"א.¹¹⁰ התמ"א הינה הביטוי האולטימטיבי לתפיסה ריכוזית רציונלית של תכנון הסביבה: תוכנית מקיפה שחלה על כל תחום המדינה, ואשר יוצאת מתחת ידיה של קבוצת מומחים ונציגי הממשלה ומחייבת את הדרגים התכנוניים שמתחת למועצה הארצית במבנה מוסדי ונורמטיבי מדרגי לעילא.

לטענת שור, בשנות השישים החל למעשה המשפט הסביבתי הקלסי בישראל. הבנת הגלים במשפט הסביבתי הישראלי עוזרת לנו להבין מדוע התפתחו דינים אלה לאט. החוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961, הידוע כחוק כנוביץ', נחקק אומנם בשנת 1961, אך חלפו שנים רבות עד שהותקנו תקנות פרטניות לפיו.¹¹¹ חקיקה כללית בנוגע לאיכות מי השתייה ולזיהום מקורות מים נחקקה רק בתחילת שנות השבעים,¹¹² וגם במקרה זה חלפו שנים רבות עד שהותקנו תקנות מפורטות.¹¹³ פתרון התעלומה – קרי, הפיגור בהתפתחותם

110 ראו דברי ההסבר להצעת חוק התכנון והבניה, התשכ"ג-1962, ה"ח 14, 54. כן ראו ס' 49 לחוק התכנון והבניה.

111 ראו, למשל, תקנות למניעת מפגעים (רעש בלתי סביר), התש"ן-1990; תקנות למניעת מפגעים (מניעת זיהום אויר וריח בלתי סבירים מאתרים לסילוק פסולת), התש"ן-1990; תקנות למניעת מפגעים (מניעת רעש), התשנ"ב-1992; תקנות למניעת מפגעים (איכות אוויר), התשנ"ב-1992.

112 ראו, למשל, חוק לתיקון פקודת בריאות העם (מס' 4), התשל"ל-1970, ס"ח 102, אשר הוסיף את פרק ה' לפקודה, שכותרתו "איכותם התברואית של מים".

113 ראו, למשל, תקנות בריאות העם (איכותם התברואית של מי-שתייה), התשל"ד-1973; תקנות המים (מניעת זיהום מים באגם הכנרת על-ידי בעלי-חיים), התשל"ג-1973; תקנות המים (איסור דטרגנטים קשים), התשל"ד-1974; תקנות המים (מניעת זיהום מים) (ריסוס בקרבת מקורות מים), התשנ"א-1991; תקנות המים (מניעת זיהום מים) (שטיפת מיתקני ריסוס), התשנ"א-1991; תקנות המים (מניעת זיהום מים) (בורות ספיגה ובורות רקב), התשנ"ב-1992; תקנות המים (מניעת זיהום מים) (בריכות אידוי ואגירה), התשנ"ז-1997; תקנות המים (מניעת זיהום מים) (תחנות דלק), התשנ"ז-1997; תקנות המים (מניעת זיהום מים) (איסור הורמת תמלחת למקורות מים), התשנ"ח-1998; תקנות המים (מניעת זיהום מים) (מתכות ומוזהמים אחרים), התשס"א-2000; תקנות המים (מניעת זיהום מים) (שימוש בבוצה וסילוקה), התשס"ד-2004.

של דינים אלה – מיוחס לצרכים בטחוניים ולגורמים נוספים. אולם לטענת שור קיים הסבר משפטי פנימי פשוט: במשך שנים לא הורגש צורך בחקיקה כזאת בגלל אופיו ה"קרחוני" של המשפט הסביבתי. דיני התכנון היו אמורים לשרש במקור את רוב הבעיות הסביבתיות, על-ידי הרחקת השימושים המזהמים מאלה הרגישים לזיהום. לכן המתמחים במשפט סביבתי יודעים כי נתח גדול מההתדיינות המשפטית (ליטיגציה) בתחום הסביבתי נעשה מבחינה משפטית בדיני תכנון ובנייה, ולא בחקיקה הסביבתית הטהורה. מעבר לכך, גם כאשר נוצרו בעיות סביבתיות חמורות, הסמכויות הנרחבות שהוענקו לשלטון המקומי, מכוח החקיקה המנדטורית, היו חזקות דיין לאפשר טיפול הולם בזיהום. שור ציין כי זו אכן הייתה תשובתו של משרד הפנים לחבר-הכנסת כנוביץ' כאשר הגיש להם את טיוטת הצעת החוק שלו: "אין צורך בחקיקה חדשה, הסמכויות הקיימות אצל הרשויות המקומיות מספיקות להתמודד עם הבעיות." חוק כנוביץ' מסמן קו פרשת-מים: מחד גיסא, תפיסת החוק היא ריכוזית – נושא שהיה לפני כן באחריותן של הרשויות המקומיות הועבר עכשיו לטיפולו של השלטון המרכזי; ומאידך גיסא, סימל החוק את תחילתו של תהליך חדש המאפיין את החקיקה הסביבתית הישראלית המודרנית – בשנות השלושים, החמישים והשישים שלטה גישה ריכוזית-תכנונית, שלפיה רשויות המדינה והמומחים הפועלים בשירותה יודעים מה טוב לציבור, ואילו גישתו של ד"ר כנוביץ', נציגו של הליברליזם הגרמני, הייתה ספקנית יותר.

משום כך, לטענת שור, כלל החוק שני מנגנונים עוקפי אכיפה ציבורית. כפי שנכתב בדברי ההסבר לחוק:

"החוק... מצטיין בכך שניתנת בו אפשרות לאזרח להפעיל את המנגנון השיפוטי נגד פורצי הגדר באמצעות קובלנה פרטית, בלי שיהיה תלוי בהסכמת המשטרה להגשת התביעה.

כך הופך החוק המוצע את העבירות על הוראותיו לנזיקין אזרחיים... ועל ידי כך מאפשר לכל נפגע להשיג סעד משפטי נגד מקור הפגיעה על ידי צו מניעה מטעם בית משפט מוסמך..."¹¹⁴

שור סיכם את הרצאתו באמירה כי עמדה ספקנית זו לגבי יכולתה ונכונותה של המדינה לאכוף את המשפט הסביבתי, והרצון ליצור מערך חברתי אזרחי כחלופה יעילה, מאפיינים את החקיקה הסביבתית מאז. לא רק שהחוקים הסביבתיים המרכזיים מאפשרים לכל אדם להגיש קובלנה פרטית בגין הפרתם, אלא שבשנת 1992 יצר המחוקק – בחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992 – מנגנון אכיפה אזרחי פרטי חדש, שלפיו גם ארגוני סביבה, ולא רק פרטים, רשאים להגיש תביעה מיוחדת לאכיפה אזרחית של החקיקה הסביבתית. שור טען כי מדובר בהפרטה של המשפט, בניגוד גמור למגמה הריכוזית

114 הצעת חוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961 ה"ח 66, 69.

שאפינה את התקופה הקודמת. מגמה זו נמשכת עד היום, עם תובענות ייצוגיות,¹¹⁵ הסדרה (רגולציה) עצמית, תקנים בין-לאומיים וולונטריים וכדומה.

הדובר הרביעי היה ד"ר ניר קידר מאוניברסיטת בראילן. נושא הרצאתו: ציונות במשפט – המאבק למשפט ישראלי מקורי. הרצאתו עסקה בשני ויכוחים שמלווים את המשפט הישראלי ואשר מוכרים באקדמיה ובחברה הישראלית בכלל: האחד נוגע במקומו של המשפט בהיסטוריה הציונית והישראלית; והאחר נוגע במידת הישראליות של המשפט הישראלי.

בהתאם לכך ביקש קידר להעביר בהרצאתו שני רעיונות. הרעיון האחד הוא שמראשית המאה העשרים היה ברור לחלוטין לעילית הציונית, ואחר כך לזו היישובית והישראלית, כי לתחייה הלאומית היהודית, דהיינו לציונות, צריכה להתלוות גם תחייה של המשפט. לא היו ויכוחים על עצם הצורך בתחיית המשפט. הרעיון השני הוא שלדעת רבים רעיון תחיית המשפט לא מומש בצורה המניחה את הדעת. לכן מראשית המאה העשרים ועד היום נשמעות טרונות על כך שהמשפט הישראלי אינו מקורי מספיק, קרי, אינו ישראלי מספיק.

קידר פתח בקושי התיאורטי בהגדרת משפט מקורי: במה דברים אמורים, למשל, כאשר עסקינן במשפט הצרפתי? מה הופך את המשפט הצרפתי לצרפתי יותר מהמשפט הבלגי, מהמשפט הגרמני, מהמשפט האיטלקי או מכל משפט סמוך אחר? מדובר בשאלה בעייתית, הראויה למענה פילוסופי וסוציולוגי לצד הסבר היסטורי. מבחינה היסטורית, לא רק המשפטים ראו לנכון לעשות איזושהי ישראליות של המשפט הנוהג, אלא כלל החברה הישראלית, או לפחות העילית שלה. החברה הישראלית חשבה כי זהו דבר חשוב ונחוץ, אך התייסרה – וממשיכה להתייסר – בשאלה: "למה אנחנו לא מצליחים להפוך את המשפט הישראלי שלנו לישראלי יותר באמת?" מחשבה זו מלווה את המשפט הישראלי עוד מלפני קום המדינה.

נקודה שנייה שציין קידר עוסקת במגמה של המשכיות במשפט לעומת הרצון בשינוי. לדברי קידר, יש המשכיות רבה מאוד במשפט הישראלי, ובכך הישראלים אינם שונים משום חברה אחרת לאורך ההיסטוריה. לטענתו, שום שלטון חדש אינו מגיע ומשנה בן-לילה את המשפט כולו, אלא לרוב יש המשכיות רבה. עם זאת, בצד המשכיות זו יש כמובן גם שינוי בלתי-פוסק, שעליו הרחיב קידר את הדיבור. מכל מקום, בשימוש במונח "ישראליות" או ברצון במשפט מקורי אין הכוונה למהפכה מוחלטת שנעשית בן-לילה.

נקודה שלישית בהרצאה נגעה באופייה של הישראליות, באופיו של הרצון במשפט מקורי. קידר סבור כי לדעת רבים תוכנה של הישראליות טמון דווקא בתוכן המשפט, אשר אמור לשקף את מוסכמותיה של החברה הישראלית, את התרבות היהודית ואת ההיסטוריה היהודית, וזאת אם מתייחסים לחלק היהודי של החברה בארץ. אך שאלת הישראליות נוגעת לא רק בתוכן המשפט, אלא במידה רבה גם בצורתו של המשפט: הן הצורה הלשונית – עצם עשיית המשפט וכתבת המשפט בעברית – והן הצורה של נורמות משפטיות

115 ראו חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, אשר מונה (בפריט השישי לתוספת השנייה לחוק) "תביעה בקשר למפגע סביבתי נגד גורם המפגע" כתביעה שניתן להגיש בה תובענה ייצוגית.

מסוימות.¹¹⁶ בתרבות המערבית מקובל שעצם אימוצן של נורמות משפטיות מסוימות, כגון חוקה או קודקסים, מעיד על עצמאותה של חברה, ולכן כל חברה חדשה במאתיים וחמישים השנים האחרונות, למעט החברות האנגלו-סקסיות, אימצו חוקה וקודקסים, ובעיקר קודקס אזרחי, כאקט תרבותי-לאומי של עצמאות. החברה הישראלית אינה שונה במובן זה. עוד לפני שנות השמונים והתשעים התנהל בישראל מאבק על כינון חוקה ועל קודיפיקציה, אשר בא לידי ביטוי במהפכה החוקתית. פעולות אלה הן חלק מהגנום של המשפט המערבי, שהוא במידה רבה גם הגנום של המשפט הישראלי, משמע, המאבק למשפט מקורי מתבטא לא רק בתוכן המשפט, אלא גם בצורתו. קידר העלה את הסברה כי המאבק מתבטא גם באופנים אחרים, כגון טקסטים, מוסדות ועוד.

נקודה רביעית שציין קידר נגעה בשאלה מי נאבק על המשפט הישראלי המקורי. התשובה שרבים מכירים היא שהיו אלה משפטנים, כגון חברת המשפט העברי, שפעלה רבות להחייאת המשפט היהודי-העברי-הישראלי, ואשר מקובל לומר שחבריה השתייכו לזרם של הציונות הרוחנית או התרבותית מבית-מדרשו של אחד העם – זרם שראה בהחייאה כזו חלק משמעותי מן המהפכה הציונית.¹¹⁷ אולם קידר סבור שתפיסה זו בדבר חשיבותו של משפט ישראלי מקורי הייתה משותפת לכל העילית הציונית והעילית של החברה היישובית (ואחר כך הישראלית), ולא רק למשפטנים. היה ברור גם לעילית האינטלקטואלית וגם לעילית הפוליטית שישראליזציה של המשפט – החייאת המשפט העברי-הישראלי – הינה דבר חשוב ומרכזי במהפכה הציונית. זאת, משום שההפרדה בין ציונות מדינית לבין ציונות רוחנית הינה בעייתית במידה רבה. למעשה, כל הציונים ראו בפרויקט הציוני פרויקט תרבותי רחב מאוד, ובהגדרה עצמית ובהקמת מדינה עצמאית הם ראו רק שלב אחד במהפכה רחבה יותר שתשנה את החיים התרבותיים והכלכליים-האזרחיים של הציבור היהודי כולו. קידר סבור כי במובן הזה הציונים כולם – מהרצל, דרך אבות תנועת העבודה ועד ז'בוטינסקי ובן-גוריון – ראו בתחייה המשפטית תחייה חשובה, משום שהם הבינו כי המדינה המודרנית נשענת במידה רבה על המשפט. לגישת קידר, הנחה זו מבוססת היטב בתורת המשפט, ובמיוחד בכתביו של קלזן. לדעת קידר, אי-אפשר להבין מדינה וקהילה פוליטית מודרנית ללא הבנת המשפט, ולכן אי-אפשר לדבר על מדינה יהודית עצמאית ועל ממלכתיות עברית מבלי לדבר על העניינים האזרחיים והמשפטיים. אם עוסקים בסוגיית הממלכתיות, כלומר העצמאות היהודית, צריך לדבר על המשפט. המשפט הישראלי צריך אף הוא להיות עצמאי במידה זו או אחרת – אם לא בתוכנו, אזי בביטויים כגון צורת המשפט או הנורמות הספציפיות, אשר אינן חייבות לבטא משהו ישראלי ויהודי בהכרח, אך חייבות לבנות איזושהי מעטפת ערכית.

116 ראו ניר קידר "למה לנו קודקס אזרחי? השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל" משפט ועסקים 169 ז (2007).

117 לפרטים נוספים ראו רונן שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" רב-תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית, לעיל ה"ש 75, 589; אסף לחובסקי "משפט עברי ואידאולוגיה ציונית בארץ ישראל המנדטורית" רב-תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית, לעיל ה"ש 75, 633.

קידר הסביר כי התפיסה שהמשפט במדינה היהודית שתקום צריך להיות משפט ישראלי או עברי או יהודי, או לכל-הפחות להעיד על עצמאותה או מקוריותה של החברה החדשה שמוקמת פה, הייתה מקובלת מאוד החל בשנות העשרה של המאה העשרים. לנוכח זאת ניתן להבין את הטרוניות שנשמעו כבר בראשית המאה העשרים, ואשר נשמעות גם בימינו, על כך שהמשפט הישראלי אינו מקורי מספיק ואינו ישראלי מספיק. בתחילה היו אלה הוויכוחים סביב חברת המשפט העברי בתקופת המנדט, בהמשך היו אלה הוויכוחים סביב כינון חוקה (אותו ויכוח שהתנהל בין 1948 ל-1950), ומאוחר יותר היו אלה הוויכוחים בנוגע לקודיפיקציה (פלילית ואזרחית). קידר הזכיר את הוויכוח המפורסם בשנות השבעים בין אהרן ברק ואורי ידין לבין דניאל פרידמן. מסגרת הוויכוח הייתה השאלה אם החקיקה החדשה היא קודקס אם לאו, אך מתחת לחזות זו ניתן לזהות את הוויכוח האמיתי והגדול בסוגיית עצמאותו ומקוריותו של המשפט הישראלי, וסביב השאלה אם ניתן כבר להגיד שיש משפט ישראלי מקורי, כפי שטענו ברק וידין (בצדק, לדעת קידר), או שמא אי-אפשר לטעון כך, כפי שגרס פרידמן. על רקע מחלוקת זו צריך להבין את חקיקתו של חוק יסודות המשפט, העוסק בשאלה גדולה זו.

במסגרת זו הצביע קידר על שתי סוגיות סמוכות. הסוגיה הראשונה, שיש לגביה כתיבה מועטה, נוגעת בחיבוטי הזהות הישראלית או התרבות הישראלית. לגישתו, לא לכל ברור מה הכוונה ב"משפט ישראלי מקורי". קבוצות מסוימות בחברה הישראלית חושבות שהן יודעות במה מדובר, אך אינן מצליחות להגיע להסכמה עם קבוצות אחרות כאשר הן נדרשות לבוא עימן במגע פוליטי. כך, אפילו סביב השאלה לגבי שמו של המשפט – אם לקרוא למשפט המתהווה לפני קום המדינה "משפט יהודי", "משפט עברי" או "משפט ישראלי" – התנהל ויכוח גדול מאוד. למעשה, הוויכוחים היו עמוקים יותר, ונגעו הן בשאלות של מהות ההלכה היהודית והן בשאלת שילובה במשפט הישראלי. ויכוחים אלה קשים ומרים גם בתוך הציבור היהודי-הדתי וגם בקרב הציבור החילוני, קל וחומר כאשר אלה צריכים לשבת יחד בקהילה פוליטית אחת. ויכוחים אחרים נגעו בשאלת אימוצן של שיטות המשפט המערביות: איזו משתי השיטות העיקריות כדאי לשיטה הישראלית החדשה לאמץ? וכיצד מאמצים אותה – האם מאמצים את העקרונות, המוסדות וכיוצא בזה? עוד נדרש המשפט הישראלי המתהווה לשאלת היחס הראוי לשיטות משפט "מזרחיות", מהמשפט המוסלמי ועד המשפט של העמים השמיים. שאלות אלה מנעו את הדברים מלהתפתח.¹¹⁸

הסוגיה השנייה נוגעת באופיו של המשפט. מעצם הגדרתו, המשפט הינו מערכת נורמטיבית שמופעלת על-ידי מוסדות חברתיים. זאת, בניגוד למוסר, לדת או לנימוס. אי-אפשר לדבר על משפט מבלי לדבר על המוסדות שמפעילים אותו. לנוכח זאת, לדברי קידר, כאשר מדברים על החייאת המשפט הישראלי או על יצירת משפט ישראלי מקורי, נובע מכך שהדיון נסב למעשה על יצירתם של מוסדות משפטיים: בית-מחוקקים, בתי-משפט, משטרה, רשויות מנהל ואף בתי-ספר למשפטים. לכן כל הוויכוחים התרבותיים שהוזכרו לעיל בנוגע לשאלה "מה זה ישראלי?" נהפכים מייד לוויכוחים מוסדיים או אפילו פוליטיים.

118 לחובסקי, שם, בעמ' 649-653.

קידר סיים את דבריו באמירה שיש לזכור כי אין מדובר ב"סתם" ויכוחים תרבותיים. לאורך רוב חייה של התנועה הציונית היו אלה ויכוחים פוליטיים עמוקים, משום שתמיד היו מחלוקות בין קבוצות שונות של ציונים – דתיים, סוציאליסטים, רוויזיוניסטים וליברלים. כל קבוצה החזיקה באידיאולוגיה שלמה והייתה חלק ממסגרת חברתית גדולה. החברה הישראלית של היום מגורית יותר, מופרדת יותר – חברה שבה כל קבוצה נושאת את דגל זהותה כמכשיר במאבק פוליטי. הוויכוחים לגבי הישראליות של המשפט הולכים ותופחים, ונעשים מרים יותר וקשים יותר. לכן ייתכן שכדאי לשמוע לדעתו של הנשיא בדימוס אהרן ברק, שלפיה הישראליות הינה היכולת שלנו לבחור לנו מכאן ומכאן נורמות לפי ראות עינינו, ולא ללכת דווקא לפי שיטה מסוימת או מסורת מסוימת; להוסיף את הנורמות שלנו, מה שאנחנו מסכימים עליו מבחינה פוליטית, ולכתוב את הכל בעברית. כך או כך, למן ראשית הפרויקט הציוני, או לפחות למן ראשית המאה העשרים, מלווה את הציונות ואת החברה הישראלית הדרישה לכוון משפט ישראלי מקורי. אולם למן ראשית המאה העשרים אנו חוזרים ונתקלים שוב ושוב בקשיים הפוליטיים, המוסדיים והתרבותיים, אשר מונעים, לפחות לדעת אחדים, את מימושו של הרעיון.

פרק ב: מושב שני – משפט עברי

משתתפי המושב: יושב־ראש – פרופ' אוריאל פרוקצ'יה,
פרופ' אהרן קירשנבאום, ד"ר אביעד הכהן, ד"ר מיכאל ויגודה

1. פתח־דבר

עניינו של המושב השני היה בחינת מעמדו ומידת שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי. במושב זה הוסברו מקורותיה העתיקים של תורת הוויקטימולוגיה, אשר זוכה בהתפתחות גדולה בשנים האחרונות במשפט הישראלי; נותח "ספר הברית"¹¹⁹ לאור ההבחנה המודרנית בין כללים לבין סטנדרטים; נבחנה מידת יישומו של המשפט העברי במשפט של מדינת־ישראל בפועל; ולבסוף נידונו האפשרויות הגלומות בשילובו של המשפט העברי במערכות המשפט של המדינה. בכרך זה של כתב־העת מופיעים מאמריהם של פרופ' אהרן קירשנבאום "ויקטימולוגיה והמשפט העברי: התמקדות בקורבן ובנפגע העברה"¹²⁰ ושל ד"ר אביעד הכהן "עשיית עושר ולא במשפט העברי".¹²¹

119 הכוונה היא לשמות כא-כג 19 (להלן: "ספר הברית").

120 אהרן קירשנבאום "ויקטימולוגיה והמשפט העברי: התמקדות בקורבן ובנפגע העברה" משפט ועסקים י עמוד 147 (2010).

121 אביעד הכהן "עשיית עושר ולא במשפט העברי" משפט ועסקים י עמוד 183 (2010).

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' אהרן קירשנבאום מהמרכז הבינתחומי הרצליה. נושא הרצאתו של קירשנבאום היה ויקטימולוגיה במשפט העברי. קירשנבאום פתח את הרצאתו באמירה כי לפני פחות משני דורות הופיעה תנועה חדשה בעולם המשפט, ובמיוחד במשפט הפלילי: תנועת זכויות הקורבן (victims' rights), או בתרגום מדויק יותר – תורת הקורבן. תורה זו הינה המחקר המדעי של היבטים שונים הקשורים לקורבן העברה, לרבות חקר יחסיו של הקורבן עם הפוגע, עם החברה ועם מערכות המשפט והסיוע. התנועה שמה לעצמה למטרה את העמדת הצרכים, הטענות, הרגשות והאינטרסים של נפגעי עברה ומשפחותיהם לנגד עיניהם של שלטונות החוק בכלל ולנגד עיניו של הגוף השופט, העומד להטיל עונש על העבריין גורם הפשע, בפרט.

לגישתו של קירשנבאום, זו תנועה חדשה יחסית, אולם שורשיה עתיקים, שהרי בראשיתו של המשפט המקובל וברוב השיטות הטרנס-מודרניות היה מקומם של הקורבן או של משפחתו מכריע. יתר על כן, תחום מחקרי זה ואינטרסים אלה נידונו בהרחבה במשפט העברי. לכן המשפט העברי יכול להעשיר את העיון הנוכחי בסוגיה, ולהפך – התנועה החדשה יכולה להעשיר את המשפט העברי. לאור תובנה זו סקר קירשנבאום שני נושאים: היכן המסורת העברית יכולה לתרום, לדעתו, למשפט המודרני; ומהצד האחר – כיצד הוויקטימולוגיה מעשירה את החשיבה העברית, כיצד רגישות זו יוצרת הסתכלות חדשה על המשפט העברי גופו.

במסגרת הסוגיה הראשונה דיבר קירשנבאום על סעדים לקורבן. לדבריו, במשפט האנגלו-אמריקאי בן-ימינו (והישראלי בעקבותיו) עברות כגון גנבה, חבלה, תקיפה והשחתת איבר, וכן עברות של הצווארון הלבן, נתפסות כעברות פליליות. הן נידונות בסדר דין פלילי ונענשות בגזרי-דין פליליים. עיקרו של ההליך הפלילי הוא הענשת הפוגע, ולא דווקא דאגה לצרכיו של הנפגע. כדי להשיג את הפיצוי לשם הטבת נזקו, הנפגע נאלץ להעסיק עורך-דין (ולהוציא בכך הוצאות כנגד מי שפגע בו, אשר מן הסתם מת או שרכשו הוחרם על-ידי הכתר או התדלדל מאוד במאסר ובהליכים הפליליים), ולעבור "דרך ייסורים" על-מנת להשיג את הפיצויים שהוא זכאי להם. ככלל, הנגנב, הנחבל, המפסיד, נשאר בידים ריקות. במדינת-ישראל ננקטים למן שנת 1977 צעדים לפיצוי קורבנות בגין הפסדיהם, אך עוד ארוכה הדרך לפיצויים ראויים, שכן החוק קובע תקרה לסכום הפיצויים.¹²² הסנקציה מוגבלת לכסף, ואינה חלה על הסחורה הגנובה אף אם זו נמצאת, ובת-המשפט מפרשים את חובת הפיצוי בצורה מצמצמת – לא כתשלומים של ממש, כי אם כסמל של הכרת החברה בסבלו של הקורבן.¹²³

קירשנבאום טען כי היות שאין לקורבן זכות אינהרנטית לקבל פיצוי בגין נזקו, הוא

122 ראו ס' 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובע תקרת פיצויים של 228,000 ש"ח.

123 ראו אורי ינאי "נפגעי עבירה בישראל: הוצאות כספיות שנגרמו עקב העבירה" ביטחון סוציאלי 68, 25 (2005) – www.btl.gov.il/SiteCollectionDocuments/btl/Publications/SocialSecurity/68/article3.pdf.

תלוי בחסדיה של הפרקליטות ובהחלטתה אם לבקש פיצויים בעבורו. התוצאה היא שלמרות השינוי להלכה בחוק, למעשה אין נפגע עברה בא ככלל על פיצויו. יתר על כן, לפעמים הוא נאלץ לקנות את נכסיו בחזרה. גם אם הקורבן הוא בעל משאבים ותושייה, ומגיש תביעה אזרחית מסודרת, הממסד המשפטי נאלץ לנהל הליכים נוספים ומיותרים. קירשנבאום טען כי הגיעה השעה לחוקק חיקוק, ברוח המשפט העברי, שבו ייקבע כי בהליך פלילי חלה חובה מנדטורית מלאה על כל חובל וגונב להחזיר את הסחורה הגנובה בעין. חיקוק מעין זה יחזיר למקומן את מושכלות היסוד שבמשפט העברי, ויהפכן ליסוד מוסד במשפט הפלילי. קירשנבאום הסביר כי פניו של המשפט העברי מכוונים בראש ובראשונה כלפי הקורבן והפסדיו. כך, למשל, במקרי גנבה, כפי שהתנהלו לאורך הדורות בבתי הדין הרבניים הלכה למעשה, יסוד היסודות מדין תורה הוא שגנבה היא עברה אזרחית, עברת ממון. חיובו הבסיסי של הגנב הוא פיצוי – להחזיר את הקרן, אם בעין ואם את תמורתה אם היא כבר איננה בעולם. עם השנים התברר שאין בהסדר המתואר די להשכנת שלום ולקיום הסדר החברתי באופן מספק. על-כן בימי הביניים החלו מנהגים המבוססים על יסוד הלכה של בית-דין – מכין ועונשין שלא מן התורה – ונוספה ענישה פלילית קהילתית. הוכנסו מרכיבים עונשיים נגד גנבה – מכות, מאסר, חרמות, גירוש מן העיר – אך אלה היו לעולם במידה דקה, ולא במקום חיובו של הגנב להשיב את הגנבה לבעליה. העיקר היה תמיד תיקון נזקו של הנפגע, עולמו וחברתו. לדעת קירשנבאום, כלל זה מבטא חרדה נאותה לנכסי הנגנב. הוא הדין גם לגבי מי שנחבל חבלה גופנית – המסורת העברית שוללת "עין תחת עין" ממש, וקובעת תחתיו את העיקרון של "ממון תחת עין". כל הרעיון הוא פיצויים לקורבן. זו אפוא דוגמה ליכולתו של המשפט העברי לתרום משהו לנוף המודרני.

קירשנבאום בחן את השפעת הוויקיטימולוגיה המודרנית על המשפט העברי באמצעות דוגמה מהתנ"ך והשוואתה למצב כיום – גאולת-הדם. בימי קדם ביטא גואל-הדם את זכותם של הקורבן ומשפחתו לנקמת-דם. זכות זו נתפסה כבסיסית, מוצדקת ומחויבת. התורה שבעל-פה ביטלה כל זאת וחוללה מהפכה בצורות שבהן גואל-הדם יכול לשפוך את מררתו. ממתנקם ללא מעצורים הוא נהפך לפקיד בית-משפט הפועל כקטגור, כתליין. משפחת הנרצח נאלצה לוותר על נקמות בווטה למען דרישות הצדק והסדר הטוב. לדעת קירשנבאום, הסתכלות ויקטימולוגית מקדמת דגש שונה מעט בהיסטוריה של גאולת-הדם. מדובר במושג "victim impact", והוא מלמד אותנו כי לא רק בהתייחסות לעצם העברה יש כדי לשמש כלי לניתוח המעשיר את חקר המשפט העברי, כי אם גם בהתייחסות לגודל הפגיעה בקורבן, במשפחתו או בחברה. במשפט הפלילי של התורה, גודל הפגיעה אינו נחשב. אולם על-פי העיקרון של בית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה, יש מקום נכבד להפעיל מושג זה: אין דומה רוצח נפש בחדרי-חדרים לרוצח נפש לנגד עיני ילדיו הרכים של הנרצח. גודל הפגיעה בחברה מוסיף מימד חדש בשיקול-דעתם של שופטים הבאים לגזור את מידת עונשו של עבריין. דוגמה נוספת עניינה צדק מאחה (Restorative Justice), המושג באמצעות תיווך או גישור בין העבריין והקורבן. למפגש בין הצדדים יש כמה מטרות: חדירה אל ליבו של הפוגע על-מנת שיכיר בגודל הנזק – בעיקר הנזק הנפשי – שהוא גרם; הזדמנות מיוחדת לקורבן לשפוך את מר-שיחו; פורקן של הקורבן מן השנאה והתרעומת כלפי העבריין המקננות בליבו; פיוס הצדדים ושיקומם. יש דברים כאלה במשפט העברי,

אך הוויקטימולוגיה היא שמוליכה אותנו לחפש אותם, למצוא אותם ולהרחיב עליהם. דומה, מסכם קירשנבאום, כי בחקר המדעי של היבטים שונים הקשורים לקורבן העברה מצאנו כלי מאיר-עיניים לחקר המשפט העברי ולהתפתחות הפסיקה ההלכתית.

הדובר השני היה פרופ' אוריאל פרוקצ'יה מהמרכז הבינתחומי הרצליה. נושא הרצאתו היה כללים וסטנדרטים ב"ספר הברית". הרצאה זו עומדת לראות אור, במתכונת מורחבת, בכתב-העת מחקרי משפט של אוניברסיטת בר-אילן.¹²⁴

פרוקצ'יה ציין כי כל שיטת משפט, מודרנית או עתיקה, מחילה שני סוגים של נורמות משפטיות: כללים וסטנדרטים. כללים הם הוראות פרטיקולריות שמסדירות "ברחל בתך הקטנה" את הדין הנוהג, ואילו סטנדרטים הם הוראות-שסתום – דוגמת הצורך לנהוג בתום-לב, בסבירות, בהגינות וביושר – אשר מותירות את מלאכת יצירתה של הנורמה למי שמפרש אותן בדיעבד. מאחר שתמהיל זה הוא נחלתה של כל שיטת משפט ומצוי בארכיטקטורה הבסיסית שלה, כל שיטת משפט צריכה להתמודד עם שאלת המינון המיטבי של שני סוגי הנורמות הללו. שיטות משפט מודרניות, דוגמת זו הישראלית, נוטות יותר ויותר לכיוון של סטנדרטים. כך, לדוגמה, נראה שהצעת חוק דיני ממונות¹²⁵ מבקשת להמליך את הדוקטרינה של תום-לב על כל דיני הממונות. כידוע לנו מהפסיקה, דוקטרינת תום-הלב חלה לא רק בדיני הממונות, אלא מרחפת על-פני כל השיטה ומכופפת את הכללים הפרטיקולריים לכיוונה. השאלה שהציב פרוקצ'יה היא אם נטייה זו היא לברכה.

הכתיבה על כללים וסטנדרטים אינה כתיבה חדשה. הדיון העיקרי בנושא הוצג על-ידי לואיס קפלו (Kaplow).¹²⁶ במאמרו הציג קפלו שתי תובנות עיקריות. פרוקצ'יה סבור שהן נכונות אבל לא מספיקות, ולדעתו ניתן להעשירן באמצעות המשפט העברי. התובנה הראשונה היא שאין סטנדרטים – יש רק כללים. ההבחנה היא בין כללים הנקבעים מראש על-ידי המחוקק לבין כללים הנקבעים בדיעבד על-ידי מי שמפרש את הנורמות הפתוחות שהמחוקק הותיר לשיקול-דעתו. השאלה היא מה יעיל יותר: לקבוע כללים מראש או בדיעבד? כתשובה לשאלה זו מספק קפלו תובנה שנייה, והיא שהכל תלוי בשכיחות, בהשתכפלות או בסדרתיות של הסיטואציות אשר נידונות על-ידי הנורמות. אם מדובר בסיטואציה שמשתכפלת וחוזרת על עצמה כל הזמן, יעיל הרבה יותר שהמחוקק יפעיל את שיקול-דעתו ויקבע את הכלל – כלל, ולא סטנדרט – וכך ישחרר את הפרשנים מן הצורך לקבוע את הכללים בעצמם בדיעבד. לעומת זאת, אם הסיטואציה אינה משתכפלת ואינה סדרתית, אין בררה למחוקק אלא לקבוע סטנדרט כללי, ולהותיר למשפטנים ולדיינים את החובה ואת הזכות לקבוע את הכללים בדיעבד.

פרוקצ'יה הסביר כי כאשר אנו מתבוננים על טקסט של המשפט העברי, ניתן לראות כי התמונה עשירה הרבה יותר מן המתואר לעיל, ולכן כל שיטת משפט המבקשת לקבוע

124 ראו אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הברית – תמרור אזהרה לחקיקה בעידן המודרני" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט ב-2010).

125 תוכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006.

126 ראו: Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L.J. 557 (1992–1993).

את התמהיל המיטבי של כללים וסטנדרטים צריכה להתחשב בדברים רבים שאינם מופיעים במבחניו הפשוטים של קפלו. פרוקצ'יה הפנה בדבריו ל"ספר הברית", הנחשב על-ידי ביקורת המקרא כספר החוקים השיטתי הראשון של התורה. מקריאת טקסט זה עולה כי הוא עתיר בכללים ועניי בסטנדרטים: פרוקצ'יה ויהיה חמישים ושישה כללים ורק סטנדרט אחד. השאלה היא מדוע הטקסט בנוי כך, ובכלל מהם "כללים" ב"ספר הברית". בבסיס המבחן של קפלו עומדת היעילות: איפה יעיל יותר לייצר כללים, ואיפה יעיל יותר להפעיל שיקול-דעת? זאת, מכיוון ששיקול-דעת הוא המרכיב היקר ביצירתה של הנורמה המשפטית. אם יש כלל מוכן, ולא צריך להפעיל שיקול-דעת, אלא רק להפעיל את הכלל, זה זול יותר. לכן בחר פרוקצ'יה לכנות כסטנדרט כל דבר שמחייב שיקול-דעת. מכאן ניתן לראות ש"ספר הברית" עשיר בכללים במובנים רבים אשר קפלו לא חשב עליהם. כך, למשל, יש נורמות "סגורות" שמותרות מעט מאוד מקום לשיקול-דעת, דוגמת הפסוק: "כי תקנה עבד עברי, שש שנים יעבד, ובשבעת יצא לחפשי חנם".¹²⁷ אך יש סוגים אחרים של כללים. להדגמת נקודה זו הסביר פרוקצ'יה כי כאשר אנו חושבים על דיני העונשין (אשר במשפט העתיק היו חלק מדיני הנוזיקין), ניתן לראות כי רוב העוולות והעברות אינן דורשות מחשבה פלילית. כך, למשל, בפסוק: "מכה אביו ואמו מות יומת".¹²⁸ מדוע זה נראה כמו כלל? מכיוון שהדבר היקר בשיפוט עברה פלילית הוא בחינת מצבו הנפשי של המבצע: האם עברה נעשתה בכוונה או לא בכוונה? אך כאשר מדובר ביסוד ההתנהגותי, קל יותר וזול יותר להפעיל את הכלל. דוגמה אחרת נוגעת בדרכים לאומדן פיצויים על נזקים שנגרמו לא כדין. המרכיב היקר באומדנם של נזקים הוא הפעלת שיקול-דעת. והנה ב"ספר הברית" נקבעו תעריפים ברורים שנועדו להדריך את הפרשן או הדיין אשר אומדים בדיעבד את שיעור הפיצוי בהליך נזיקי או פלילי. כך, למשל, נאמר: "כי יגנב איש שור או שה, וטבח או מכרו, חמשה בקר ישלם תחת השור וארבע צאן תחת השה".¹²⁹ הפרשן או הדיין משוחררים מן הצורך לאמוד את שיעור הנזק שנגרם לאדם ששורו נגנב ממנו. פרוקצ'יה מודע לביקורת אפשרית שלפיה יש פה בלבול בין שאלות של עובדה לבין שאלות של חוק, ולכן הקדים וציין כי לדעתו הדגמתו חוצה את ההבחנה האמורה, ועוסקת בשאלה מה קורה כאשר קשה לקבוע איזו גרסה נכונה מבחינה עובדתית – זו של התובע או זו של הנתבע. זו השאלה שבה בחר פרוקצ'יה להתמקד. ב"ספר הברית" יש מבחן פשוט מאוד להכרעה בשאלה זו: מביאים את העניין למשפט האל. כך, למשל, כאשר מתעורר חשד ששומר שלח ידו אל דבר השמירה, אומר לנו הפסוק: "עד האלהים יבא דבר שניהם, אשר ירשיען אלוהים ישלם שניים לרעהו".¹³⁰ הדיון הוא לא רק לגבי שור, אלא לגבי כל חפץ שנעלם בנסיבות חשודות ואשר יש שאלה עובדתית כיצד הוא נעלם. ב"ספר הברית" יש שחרור מוחלט של הדיין מן הצורך להפעיל שיקול-דעת – מביאים את העניין לדבר האלוהים. איננו יודעים כיצד בדיוק נעשה דבר האלוהים. אין לנו פרטים על כך, בוודאי לא

127 שמות כא 2.

128 שמות כא 15.

129 שמות כא 37.

130 שמות כב 8.

ב"ספר הברית" עצמו, אך פרוקצ'יה סבור כי מדובר במעין ordeal או מסה אשר באמצעות דרך מאגית או אחרת מאפשרים להגיע לתוצאה אשר מניבה את תוצאת המשפט. פרוקצ'יה המשיך ושאל מדוע "ספר הברית" עשיר כל-כך בכללים ועני כל-כך בסטנדרטים. לגישתו, כדי להבין את התשובה לשאלה זו, יש להבין את אורח החיים ששרר בזמן כתיבת "ספר הברית". הספר נכתב ככל הנראה בעבור תקופת ההתנחלות בארץ או תחילת המלוכה. מדובר בספר חוקים חקלאי אשר התאים לחברה חקלאית, ענייה מאוד ואוטורקית (המספקת את כל צרכיה). חלוקת העושר הייתה שוויונית – כל הבתים שווים, אין ארמונות, אין עניים ואין עשירים. החברה הייתה ענייה גם במידע וללא שלטון מרכזי חזק. אפילו השלטון השבטי היה רופף מאוד, ונראה שהיחידה הפוליטית המרכזית הייתה המשפחה, השבט. החוק היה ביסודו של דבר חוק מנהגי, דומה מאוד לחוקים של המזרח הקדום, של העמים האחרים שבתוכם שכן העם העברי הקדום. הציות לחוק היה מבוסס במידה רבה על נורמות חברתיות, מכיוון שלא היה שלטון מרכזי שיאכוף אותו. השפיטה נעשתה על-ידי זקני המשפחה, ולעיתים היא הופרטה כך שהיא נעשתה על-ידי הקורבן עצמו. השופטים לא תוגמלו, כמובן. התרבות הייתה תרבות אורלית, שכן הייתה זו תקופה שקדמה להמצאת הספרים.

מה נובע מזה לעניין כללים ולעניין סטנדרטים?

ראשית, אם אנו יודעים שהשופטים אינם מקצועיים ואינם יודעי-ספר בהכרח, אזי יש חשש שהם אינם שופטים טובים כל-כך. במקרה כזה יש להביא בחשבון לא רק את עלויות זיקוקו של הכלל מתוך הסטנדרט, אלא גם את העלויות של טעויות שיפוט. המסקנה היא שעדיף שהמחוקק ייצר בעבורם כללים. עולה השאלה: למה להניח שהמחוקק חכם אם השופטים אינם כאלה? התשובה היא שאין מדובר באדם יחיד, אלא בחוק מנהגי שהתפתח באופן אבולוציוני, והאבולוציה גרמה לכך שלאט-לאט הוצאו הנורמות הלא-טובות משיטת המשפט, והנורמות הטובות יותר שרדו. נוסף על כך, הפרטת השיפוט יצרה בעיית נציג קשה, מכיוון שהשופטים נדרשו לשפוט בעניין שבינם לבין מישוהו אחר ללא תגמול. אם המטרה היא ליצור דין שהוא מוצר ציבורי, ניתן להבין כי בימי "ספר הברית" התמריץ של השופטים ליצור מוצר ציבורי היה תת-מיטבי.

באשר לסוגיה של קביעת העובדות, מובן שה-ordeal, שבמסגרתו מעניקים לאלוהים את התפקיד לקבוע מי מבין הצדדים צודק, אינו שיטה שיכולה להניב תמיד תוצאה נכונה, אלא אם כן מאמינים שבאמת יש פעילות של הכרעה נכונה מצד האל. מאידך גיסא, יש לשיטה זו יתרונות רבים: היא שיטה הוגנת, כי היא נותנת סיכוי שווה לכל אחד מן הצדדים, והיא אולי אפילו שיטה צודקת, מכיוון שאם הצדדים מאמינים בכך שהאלוהים יניב תוצאה צודקת, הדבר משפיע על הסיכוי שהאמת תצא לאור. ניתן לראות זאת גם כיום ב-ordeal של הבדווים בנגב: הם צורבים את לשונם בכפית מלובנת כדי לראות אם הצדדים דוברי אמת אם לאו, והנה ניתן לראות כי דוברי השקר לשונם יבשה ולכן אינה נרפאת במהירות, בעוד דוברי האמת, אשר בטוחים שההלך יוציא את צדקתם לאור, לשונם לחה ואכן מחלימה מהר יותר. יתרון נוסף הוא שמאחר שהכל מבוסס על נורמות, יש סיכוי טוב מאוד שההלך יניב תוצאה טובה, מכיוון שהחברה כולה משוכנעת שזהו לא רק הלך הוגן, אלא גם הלך צודק. אם זה המצב, אזי מטבע הדברים, גם האדם שמפסיד במשפט אינו יכול

להרשות לעצמו ללכת נגד הפסיקה, מכיוון שהוא יודע שהוא צפוי לעונשים חברתיים קשים. מאחר שהחברה שוויונית וצריך להשיג סוג של ביטוח מפני צוק העיתים, סביר מאוד להניח שבחברה כזאת צריך להשתמש בכללים, ולא בסטנדרטים, שהרי כל שיטה של ביטחון סוציאלי יכולה להישען רק על מסכת זכויות ברורה, ולא על הנחיות עמומות. כך, למשל, אילו השארנו את הזכויות לקצבת ביטוח לאומי לשיקול-דעתו של הפרשן, היינו מקבלים שונות גדולה בתוצאות. אם המטרה היא ליצור ביטוח הדדי לעיתות מצוקה, השאיפה צריכה להיות לא לשונות, אלא ליישור קו בין כל הנזקקים.

פרוקציה הבהיר כי חלק מהדברים קשורים לכך שהדיון המשפטי התקיים בעולם ללא ספרים. בעולם כזה, על-מנת שלמשפט תהיה סמכות כלשהי, עליו להיות פומבי ולא-שרירותי. ללא ספרים, הדרך היחידה להותיר את הדין בזיכרון הקולקטיבי היא לקבוע כללים קבועים מאוד שאינם מותירים מקום לשיקול-דעת של פרשן, אשר מפרש בדיעבד, כמאמר הביטוי, לפי "אורך רגלו של הצ'נסלור" – דבר אשר הופך את המשפט לשרירותי.¹³¹

פרוקציה סיים את דבריו בהצגת חלק מן התובנות שניתן להסיק מהרצאתו: ראשית, בענפי משפט שבהם לשופטים אין כישורים טובים ראוי להרבות בכללים, ולא בסטנדרטים. כך, למשל, ראוי, לדעת פרוקציה, לנהוג כמעט בכל התחום הכלכלי, שכן בתחום זה, לדעתו, השופטים הישראלים אינם מצטיינים. אותו דבר נכון גם לענפי משפט שתכליתם היא ביטוח הדדי, דוגמת דיני ביטוח לאומי. גם דיני עוני, במובן הרחב של המילה, הם נושאים שמזמינים כללים. שנית, אף שהאנאלפביות בוערה כמעט לחלוטין מהחברה הישראלית, יש בה חלקים גדולים שאינם קוראים ספרים. לכן הדינים המתייחסים לעשירונים הנמוכים בחברה הישראלית מבחינה כלכלית, חברתית ותרבותית צריכים להישען יותר על כללים ופחות על סטנדרטים, מכיוון שאם לא כן יאבד המשפט מהלגיטימיות שלו גם במישור זה. הדובר השלישי היה ד"ר אביעד הכהן ממכללת שערי משפט. נושא הרצאתו היה עשיית עושר ולא במשפט העברי. בהרצאתו הסביר הכהן כי להבדיל מתחומים אחרים של המשפט הישראלי, שבהם קיים לא אחת פער גדול בין החזון והחלום לבין היישום, בכל הנוגע במשפט העברי "הוגשם" החזון במלואו. לאמור, לא הייתה כוונה גדולה ליישם את המשפט העברי במדינת-ישראל, ואכן במשך שישים שנה לא יישמו כמעט את המשפט העברי במדינת-ישראל. להערכתו של הכהן, גם בשישים השנים הבאות לא צפויה מהפכה בעניין זה.

הכהן ציין כי כאשר מדברים על המשפט העברי, יש להבהיר למה הכוונה: האם הכוונה לתנ"ך, לתלמוד, למורשת ימי-הביניים או לספרות המשפט העברי בת-ימינו? האם הכוונה למורשת ישראל במובנה הרחב, אשר לשיטת הנשיא ברק, למשל, כוללת גם את דברי ההגות של שפינוזה ואחד העם ואת דברי הספרות של ביאליק, ברנר ועוז? בהרצאתו התייחס הכהן למשפט העברי כאל מכלול, תוך שימת דגש בתחום הפסיקה.

במהלך השנים נעשו מחקרים על-מנת לבחון עד כמה מקורות המשפט העברי משולבים בפסיקה הישראלית. ממחקרים שנעשו בשנות השבעים והשמונים וממחקר עדכני שנעשה בעשור הנוכחי עולים נתונים שלא השתנו בהרבה: בבתי-המשפט המחוזיים בישראל ניתנו

131 ראו: Max Radin, *The Chancellor's Foot*, 49 HARV. L. REV. 33 (1935).

כ-27,000 פסקי-דין בין השנים 2000 ו-2004, ורק 114 מתוכם מאזכרים את המשפט העברי, קרי, פחות ממחצית האחוז. בבית-המשפט העליון ניתנו כ-14,000 פסקי-דין, שמהם 127 בלבד מאזכרים את המשפט העברי, כלומר, כאחוז. מבחינת מי שחושב כי ראוי שהמשפט העברי ישולב במשפטה של מדינת-ישראל כחלק בלתי-נפרד ממנו, המצב אינו מעודד. זאת ועוד, אפילו נתונים אלה אינם יוצרים תמונה מדויקת, שכן יש לבחון לא רק איזה מקור מצטטים, אלא גם לאיזה צורך מצטטים אותו ומהי "עוצמת" הציטוט. האומנם יכול מישור לטעון ברצינות שכאשר שופט מביא פסוק לעטר בו את פסק-דינו יש בכך כדי לצאת ידי חובת שילובו של המשפט העברי במשפטה של מדינת-ישראל?

הכהן סבור כי דוגמה טובה לנקודה אחרונה זו ניתן למצוא בפסק-דינו של השופט חשין, אשר הביא את סיפורו של אלישע, שהליכתו לזוהר קריאות קצובות של נערים שהתקלסו בו באומנם "עלה קרח, עלה קרח",¹³² אבל קשה ללמוד משם הלכות גדולות מעולמו של המשפט העברי.

הכהן סיכם כי שילוב המשפט העברי בפסיקה הוא מזערי, וכי למרות כל המאמצים הגדולים והראויים שנעשו בעניין, בסך-הכל לא ניכר רישומו בצורה ממשית. יתר על כן, השימוש במקורות המשפט העברי בפסיקה נעשה על-פי-רוב לקישוט בעלמא, כאמרת-אגב, ולא כמקור ממשי לביסוס פסק-הדין. יוצא-דופן בעניין זה הם פסקי-דין ספורים, דוגמת פסקי-דינו של המשנה לנשיא אלון בעניין היכולת לאסור חייבים במאסר אזורי¹³³ ובעניין ניתוק חולים ממכונת הנשמה,¹³⁴ שם ניתן לומר כי המשפט העברי אכן קיבל משקל מסוים בהכרעת פסק-הדין, אם כי גם באותם פסקי-דין לא הייתה בהכרח עמדת המשפט העברי הגורם היחיד או המכריע שהוביל לתוצאה המשפטית.

הכהן התייחס לאחר-מכן לכמה דוגמות היסטוריות. הדוגמה הראשונה הייתה כאשר בן-גוריון הרכיב את הממשלה הראשונה ויצר את הברית ההיסטורית בין מפא"י לבין הציונות הדתית. מנהיגה של הציונות הדתית, הרב פישמן-מימון, ביקש במסגרת המשא-ומתן הקואליציוני לכהן כשר המשפטים, ולא כשר לשירותי דת, כשר הפנים או כשר הרווחה, כפי שאנו רגילים לצפות כיום. בחוכמתו הרבה הבין הרב מימון כבר אז כי שר המשפטים במדינת-ישראל יכול להשפיע על אורח החיים בכל תחומי החיים, ולכן תבע את התפקיד לעצמו. התוצאה הייתה משבר קואליציוני, ולשר המשפטים מונה פליכס רוזנבלט, לימים פנחס רוזן – משפטן שהמשפט העברי לא היה נר לרגליו. לדעת הכהן, זוהי דוגמה אחת לפער הגדול בין חלום השילוב לבין מימוש.

כדוגמה שנייה הביא הכהן את נאומו של הנשיא זמורה בטקס פתיחת בית-המשפט

132 ראו בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 678 (2001). השופט חשין מצטט ממלכים ב, ב 23.

133 ראו בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (1993).

134 ראו ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה באמצעות אמה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993) (להלן: עניין שפר).

העליון.¹³⁵ הנאום נפתח במילים "הנני העני ממעש, נרעש ונפחד מפחד", דברים שהם חלק מהתפילה שנאמרת בימים הנוראים, בראש השנה וביום הכיפורים – תפילתו של שליח הציבור אשר "נרעש ונפחד מפחד יושב תהילות ישראל". בנאום משולבים חלקים נוספים מאותה תפילה. הכהן אמר כי חרף הכותרת שבה השתמש בפרסומו של נאום זה – "השיבה שופטינו כבראשונה" – לא התכוון הנשיא זמורה להשבה של שופטינו כבראשונה במובן של המשפט העברי. זאת, אף שבדבריו אמר כי "בטוחני שגם בתי-הדין שלנו יוכלו לתרום תרומה להחייאת המשפט העברי עוד טרם שיהיו לנו חוקים חדשים משלנו". לא חלפו שנים רבות, ובשנת 1951, בפסק-הדין המפורסם של בית-המשפט העליון בעניין ז'בוטינסקי,¹³⁶ שבו התעוררה לראשונה שאלת חסינותו של נשיא המדינה, עמד השופט חיים כהן, היועץ המשפטי לממשלה, וטען בבית-המשפט העליון, בין היתר, על בסיס כמה ממקורות המשפט העברי הנוגעים לכאורה בשאלת החסינות. הנשיא זמורה הגיב על כך באומרו:

"לא נכריע בבעיה קונסטיטוציונית של מדינת ישראל בשנת 1951 בדבר החסינות של נשיא המדינה על סמך המשנה במסכת סנהדרין 'המלך לא דן ולא דנין אותו' ולא על סמך מעשה בעבדו של ינאי המלך, המובא בגמרא לאותה משנה."¹³⁷

כך, במילים פשוטות, אמר הנשיא זמורה ליועץ המשפטי לממשלה כי האנלוגיה שהציג אינה במקומה. בהערת-אגב ביקש הכהן לציין כי במקרה זה הוא סבור שהנשיא זמורה צדק לגופו של עניין. עם זאת, ביקש הכהן להדגיש את העובדה שלמרות אמירתו החרפה, לא עמד הנשיא זמורה בפני "יצרו הרע", ובהמשך פסק-דינו כתב בעצמו אמרת-אגב ארוכה מאוד שהתייחסה למשפט העברי.

הדוגמה השלישית שהביא הכהן היא פסק-דין משנת 1986 שעסק בשאלות שמן המשפט האזרחי.¹³⁸ השופט חלימה אזכר דברים מתוך פסק-דין של השופט אלון (שלא ישב במושב זה) בעניין דומה, אשר הסתמכו על הראב"ד מפושקייר. השופט שלמה לוין העיר על כך:

"צר לי, אך לא ראיתי להטריד את עצמותיו של הראב"ד מפושקייר כדי לפרש הוראה שבסדרי דין שהותקנה בשנת 1963."¹³⁹

במילים פשוטות, השופט לוין ביקש שלא יאזכרו את הרמב"ם או את הראב"ד בן המאה השנים-עשרה כאשר הדיון הוא במאה העשרים. הכהן הדגיש כי משפט כזה היה יכול אולי

135 נאומו של הנשיא זמורה בטקס הפתיחה של בית-המשפט העליון מובא בהפרקליט ה-187-189 (1948).

136 בג"ץ 65/51 ערי ז'בוטינסקי נ' פרופסור ד"ר חיים וייצמן נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה(1) 801 (1951).

137 שם, בעמ' 807.

138 ע"א 705/83 רשות שדות התעופה לישראל נ' מקורות בניין ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(3) 426 (1986).

139 שם, בעמ' 434.

להישמע הגיוני אילולא ציטטו השופטים באופן שגרתי דברים של שופטים אנגלים ממאות קודמות. הכהן מפנה גם להתבטאותה של השופטת נתניהו באחד מפסקי-הדין, שם אמרה כי –

”בכל הנוגע לעקרונות הצדק הטבעי אין אנו חיים מפי הדין העברי אלא מפי תפישותיו של המשפט המנהלי כפי שפותחו בהלכות של בית משפט זה. עם כל הכבוד והיקר לדין העברי, אין הוא רלבנטי לעניננו ומיותר כאן כל הדיון שחברי השופט לוין מקדיש לו בחוות דעתו.”¹⁴⁰

דוגמה רביעית ואחרונה הביא הכהן מהשתלמות למועמדים לשפיטה שנערכה מטעם המכון להשתלמות שופטים בנושא ”כתיבת פסק-דין”. המועמדים קיבלו הנחיות מספר לדרך כתיבתו של פסק-דין. בין היתר נאמר בהנחיות אלה כי על השופט להימנע מלהשתמש בלטינית או במשפט העברי בפסיקתו. הכהן ציין כי על המשפט הטורקי והמשפט הצרפתי, שמאזכרים בחלק מפסקי-הדין, אין הערה כזאת, קל וחומר על פסקי-דין מהמשפט האנגלו-אמריקאי, שמוזכרים תדיר בפסקי-דין ואשר השופטים בישראל מתהדרים בהם. קצרו של דבר: למרות כל הנסיונות והמאמצים שנעשו, וחרף החלומות והחזון הגדול, בפועל לא השפיע המשפט העברי השפעה של ממש על המשפט הישראלי. השאלות אם השפעה כזו אכן רצויה ומדוע קרה התהליך המתואר הן כמובן שאלות נפרדות. הכהן סיים את דבריו בציטוט דברים שכתב הנשיא לנדוי, אשר במשך שנים ארוכות עמל ללא לאות על הטמעת המשפט העברי במשפט הישראלי:

”המשפט הישראלי החילוני הוא משפט ללא שורשים היסטוריים משלו, בחינת אדם ללא צל. הוא מורכב מרבדים שונים, ולכל אחד מאלה מקורות היסטוריים משלו. אבל ההיסטוריה אינה שלנו ויש משהו מלאכותי מאד ואף פטיתי בניסיונות המשפטנים שלנו להעלות פרטי פרטים מן ההיסטוריה המשפטית האנגלית מלפני דורות, על מנת שאלה יספקו לנו פתרונות לצרכי מדינת ישראל של היום. זו הבעיה הגדולה של המשפט הישראלי המודרני ורבים מאתנו – אף מן החילוניים שבינינו – כואבים את הכאב על כך שעד כה לא נמצאה דרך הסינתיזה בין המשפט העברי כנכס תרבותנו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו.”¹⁴¹

הכהן סבור כי אחרי שישים שנה ראוי לפחות שנהרהר בדברים הללו ונשאל את עצמנו אם לא הגיעה השעה לעשות מעשה בעניין זה. הדובר הרביעי היה ד"ר מיכאל ויגודה ממשרד המשפטים. ויגודה דן בהצאתו באפשרויות הגלומות בשילובו של המשפט העברי במערכות המשפט של המדינה. ויגודה פתח בתיאור תהליך חקיקתו בכנסת של חוק השתלת איברים, התשס"ח-2008, ובסוגיה הטעונה של מכירת איברים להשתלה.

140 בג"ץ 1293/91 אדוארד רוזנצויג נ' בית הדין הרבני האזורי (לא פורסם, 3.12.1991).

141 משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 305 (1968).

ויגודה כתב חוות-דעת הסוקרת את עמדת המשפט העברי בסוגיה של מכירת איברים להשתלה.¹⁴² ניתן לשאול: מה יש למשפט העברי לומר על טכניקה רפואית כה עכשווית? במסגרת חוות-הדעת ציטט ויגודה מתשובתו של הרדב"ז, רבי דוד בן זמרה, שכתב כך:

"... אם אמר השלטון לישראל הנח לי לקצץ אבר אחד שאינך מת ממנו או אמית ישראל חבירך. יש אומרים שחייב להניח לקצץ האבר הואיל ואינו מת..."¹⁴³

תשובת הרדב"ז מעלה שכבר במאה השש-עשרה נתן אחד מגדולי חכמי ישראל את דעתו לשאלה קרובה מאוד לזו המטרידה את השיח המודרני: באיזו מידה מותר לאדם – או אולי אף חובה על אדם – להקריב איבר לא-חיוני כדי להציל את חברו? זו, כאמור, דוגמה אחת מני רבות. בנושא של מכירת איברים בחן המחוקק את האפשרות לאסור פעולה כזו ולקובעה כאיסור פלילי לתורם ולנתרם. זוהי שאלה קשה הואיל ואיסור כזה עלול להוות גור-דין מוות לחולה אנוש הזקוק נואשות להשתלה. האם, שואל ויגודה, בסמכותה של החברה לחוקק איסור כזה? במסגרת תפקידו כראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, דן ויגודה בשאלה חוקתית זו בחוות-דעת נוספת פרי-עטו, שכותרתה "מכירת איברים – סמכות החקיקה וגבולותיה", אשר הוגשה גם היא למחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים.

בשנת 2005 הונחה על שולחן הכנסת יוזמה ממשלתית לחקיקה בתחום של הארכת מעצר על-ידי היוועדות חזותית (video conference).¹⁴⁴ ויגודה כתב חוות-דעת¹⁴⁵ שבה דן באופן כללי בשאלת המעצר במשפט העברי, ובתוך כך נדרש לשאלות עכשוויות בנוגע למשמעותה של ההיוועדות החזותית. להפתעתו, מצא ויגודה תשובה מעניינת מאוד שנכתבה בשנת 1868. אחד מחשובי המשיבים, בעל השו"ת "בית יצחק", רבי יצחק שמלקיס, חכם מגליציה, נשאל אם אפשר למנות שליח בטלפון על-מנת לגרש אישה (היה זה בימי ראשית הטלפון). ענה החכם כי הדבר אפשרי בשעת דחק, ובהערה כתב כי אם יפותח מכשיר שיאפשר לא רק לשמוע את הקול, אלא גם לראות בו-זמנית את התמונה, כי-אז יהיה אפשר להתיר את הדבר ביתר קלות.¹⁴⁶

אחת מחוות-הדעת הראשונות שכתב ויגודה הייתה כאשר נשאל על-ידי היועץ המשפטי לממשלה כיצד יש להגיב על פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין החקירות של שירות

142 "מכירת איברים" (חוות-דעת של ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים, אוגוסט 2001). חוות-דעת זו וחוות-הדעת המופיעות בהמשך נגישות ב-www.justice.gov.il/MOJHeb/ MishpatIvri/HavotDaat.

143 שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סי' תרכז.

144 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (היוועדות חזותית – הוראת שעה), התשס"ה-2005, ה"ח 1088. ההצעה נגישה ב-knesset.gov.il/Laws/Data/BillGovernment/194/194.pdf.

145 ראו "הארכת מעצר בוידאו-קונפרנס" (חוות-דעת של משרד המשפטים – המחלקה למשפט עברי, 24.12.2006).

146 שו"ת בית יצחק, אבן העזר, חלק ב, סי' יג.

הביטחון הכללי, שבו פסל בית-המשפט את הנחיותיה של ועדת לנדוי בנוגע לטלטולים.¹⁴⁷ ויגודה הצביע על כך שכאשר בית-המשפט העליון דן בשאלה, הוא נזקק בעיקר לסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי אין פוגעים בחייו, בגופו ובכבודו של אדם באשר הוא אדם. לדעת ויגודה, חסר בפסק-הדין דיון ביחס שבין סעיף חשוב זה לבין סעיף חשוב לא פחות – הוא סעיף 4, הקובע שכל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו. מה קורה כאשר שני ערכי-יסוד אלה מתנגשים? האומנם העמדה צריכה להיות שגם אם הדבר עלול לפגוע בחייהם של חפים מפשע, יש לאדם המתכוון לפגוע הגנה חוקתית על אי-פגיעה בכבודו? ויגודה מצא שזו אינה עמדת המשפט העברי. כאשר אדם מבקש להרוג אחר, הוא מאבד את זכותו שלו להגנה – לא רק על כבודו, אלא גם על הרבה יותר מזה. לדברי ויגודה, המשפט העברי השפיע על החקיקה הישראלית, אולם במידה מועטה בלבד. ניתן לחלק השפעה זו לשני סוגים. הסוג האחד הוא השפעה קוסמטית חיצונית בלבד, שהתבטאה בשימוש של המחוקק במינוח היונק מהמשפט העברי. כך, למשל, בשם "חוק השבת אבידה"¹⁴⁸ קיים ביטוי למורשת משפטית עברית, אך כאשר מעיינים בתוכן החוק, ניתן לראות כי אין קשר בין החוק לבין עקרונות המשפט העברי בסוגיה האמורה. הסוג האחר הוא השפעה מהותית, הקיימת בחוקים דוגמת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, וחוק השומרים, התשכ"ז-1967, אשר יונקים בצורה מסיבית יותר לא רק מהמינוח של המשפט העברי, אלא גם מהסדרים מהותיים שלו. ויגודה מודע לכך שטובי המומחים במשפט העברי יצביעו על כך שהחוקים האמורים אינם תואמים בדיוק את המשפט העברי, אבל העניין מצריך עיון נוסף.

ויגודה סיים את הרצאתו בדיון בחוק חשוב שנכנס לתוקפו בשנת 2006: חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005. ועדה שבה השתתף ויגודה, בראשותו של פרופ' אברהם שטינברג, עסקה בשאלה שכבר שנים רבות בית-המשפט מבקש מהמחוקק להסדיר:¹⁴⁹ הטיפול בחולה בסוף חייו, וליתר דיוק – הנושא שנקרא "המתת-חסד". הרעיון היה הכרה חוקית בכך שאין בישראל המתת-חסד, דהיינו, שאין בה המתה אקטיבית, וזאת ברוח פסק-דינו של השופט אלון בעניין שפר, אך גם הכרה חוקית בזכותו של אדם שלא יטפלו בו כאשר אין סיכוי להצילו. נושאים אלה מצאו את מקומם וביטויים בחוק ישראלי מקורי, אשר ההסדר הגלום בו הינו גולת כותרת ודוגמה מובהקת לאפשרות הברוכה לשלב את המשפט העברי וערכים יהודיים במסגרת החקיקה של מדינת-ישראל.

147 "חקירות השב"כ לאור מקורות המשפט העברי" (חוות-דעת של משרד המשפטים – המחלקה למשפט עברי, מרס 2000). פסק-הדין שאליו התייחסה חוות-הדעת הוא בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999). לדוח של ועדת החקירה הממלכתית ראו ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת – דין וחשבון (השופט משה לנדוי יו"ר, 1987).

148 חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973.

149 לדוח הוועדה ראו דין וחשבון הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות (אברהם שטינברג יו"ר, 2002).

פרק ג: מושב שלישי – משפט ותרבות

משתתפי המושב: יושב־ראש – פרופ' שולמית אלמוג, פרופ' ז'וזה ברונר, איריס נחום, ד"ר צבי טריגר, ד"ר גילה שטופלר

1. פתח־דבר

עניינו של המושב השלישי היה משפט ותרבות. במושב זה נידונו הצגתו של המשפט בקולנוע הישראלי, ההליך המשפטי שבו נבחנה השתייכותם של ניצולי השואה לחוג השפה והתרבות הגרמניות כתנאי לפיצויים, השימוש הלא־מודע בשפה העברית והשפעת התרבות על השימוש בשפה, ולסיום – זכויות הנשים בישראל: משפט, חברה וצדק. בכרך זה של כתב־העת מופיעים מאמריהם של פרופ' שולמית אלמוג "משפט בסרטי צבא ישראליים – כרונולוגיה של העדר"¹⁵⁰ ושל פרופ' ז'וזה ברונר ואיריס נחום "ערכה של תרבות: על החקיקה הגרמנית והפרקטיקה הישראלית לבדיקת גרמניותם של ניצולי השואה".¹⁵¹

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדוברת הראשונה הייתה פרופ' שולמית אלמוג מאוניברסיטת חיפה. נושא הרצאתה היה משפט בקולנוע הישראלי. אלמוג פתחה את הרצאתה בהצבעה על כך שהדיסציפלינה של משפט וקולנוע היא צעירה, כמצופה לנוכח העובדה שהקולנוע הוא אומנות צעירה יחסית. עם זאת, מדובר בדיסציפלינה כמעט מובנת מאליה, ולו רק בגלל שפע העיסוק הקולנועי במשפט, הנערך בהקשרים רבים ומגוונים. אך בכל הנוגע במשפט וקולנוע ישראלי המצב שונה לחלוטין.

נרטיבים מרכזיים אחדים משמשים לתיאור התפתחותו של הקולנוע הישראלי, אבל קשר משמעותי עם המשפט אינו קיים בהם, וזאת משום שהמשפט נעדר כמעט מן הקולנוע הישראלי. בקולנוע הישראלי אין סוגה של Courtroom Drama, ואין כמעט עיסוק במשפט כמקצוע. ההתייחסויות למשפט הן עקיפות ונקודתיות בדרך־כלל. הקולנוע הדוקומנטרי הוא מן המקומות היחידים שבהם הקולנוע הישראלי עוסק במשפט, ושם יש שפע של התייחסויות למשפט. אולם לא זה המצב בכל הנוגע בקולנוע העלילתי, אשר בו עסקה הרצאתה של אלמוג.

מבחינה היסטורית, הציונות קשורה לקולנוע מימיה הראשונים. אבות הציונות עשו

150 שולמית אלמוג "משפט בסרטי צבא ישראליים – כרונולוגיה של העדר" משפט ועסקים י עמוד 223 (2010).

151 ז'וזה ברונר ואיריס נחום "ערכה של תרבות: על החקיקה הגרמנית והפרקטיקה הישראלית לבדיקת גרמניותם של ניצולי השואה" משפט ועסקים י עמוד 279 (2010).

שימוש ניכר באמצעי המבע החדשני שעמד לרשותם לצורך ייצור – משמעותי בכמותו – של מה שכיום היינו מכנים אולי "דוקודרמה": סרטים אשר שימשו ברובם לצורכי הסברה וביקשו לבטא את "סיפור-העל" האחד, הברור והחד-משמעי של הגשמת החזון הציוני בארץ-ישראל למרות כל הקשיים. עם קום המדינה כבר פעלה בארץ תעשיית קולנוע צנועה, שהייתה קשורה בקשר בל יינתק לנרטיב הקולקטיבי. הסוגה שהחלה להצטייר כדומיננטית הייתה הקולנוע הלאומי ההירואי, ששיאה היה דווקא בהפקה ההוליוודית המפורסמת – הסרט *אקסודוס* משנת 1960.

הקולנוע הישראלי כ"תעשייה" החל להתקיים רק בראשית שנות השישים. כבר אז החלו להצטייר הסוגות המוכרות גם כיום: מצד אחד קולנוע עממי, אשר בזמנו כונה "סרטי בורקס", ולעומתו סרטים שנתפסו כרציניים או כאומנותיים יותר, כגון סרטי ה-"auteur"¹⁵² שהחלו להיווצר בשנות השישים ואשר כונו סרטי "הגל החדש" או סרטי "הרגישות החדשה". לצד אלה התפתחה בקולנוע הישראלי, החל בסוף שנות השבעים, סוגה שהתמקדה בסוגיות סוציו-פוליטיות. בסוגה זו היה אפשר לצפות למצוא משפט. זה הקולנוע אשר בשיח הביקורתי שהתפתח מייצג את תחילת "נרמולו" של הקולנוע הישראלי; זו התקופה שבה החל הקולנוע הישראלי ליהפך מקולנוע מגויס ודיקטטי לקולנוע "נורמלי" – לקולנוע המייצג באופן אותנטי משברים אמיתיים בחיי המדינה ולעיתים גם בחיים הפרטיים, חיפושי דרך ובפרט אובדן דרך, שבר רעיוני, אכזבה ובנייה מחדש של חזון. השיח הביקורתי ראה בדרך-כלל בקולנוע הפוליטי החדש סממנים של כל אלה.

הנרטיב הדומיננטי, המסורתי, מתמקד בצורך הקיומי לבצר את הביטחון הלאומי, בראש ובראשונה באמצעות הצבא, ולדאוג לכך שהשואה לא תחזור. כנגזר מכך, הקולנוע ה"ישן" נוטה להתמקד בסולידריות החיילית הגברית. על-פי הנרטיב המסורתי, אשר הקולנוע החדש חותר תחתיו כביכול, מדובר בסולידריות נערצת אשר עומדת במבחנים שונים ונתפסת תמיד כמין נורמה עליונה. זוהי תמה שקשורה באופן מהותי למשפט, ואשר עשויה להתחבר לדיון שליבתו בעלת יסוד משפטי. אולם גם כאן הקולנוע הישראלי חומק, באגביות כמעט, מהידרשות לתמה זו – המשפטית – וחוזר תמיד, גם כאשר נדמה שהוא עומד לסטות ממנה, לדרך הסלולה היטב של צעידה בעקבות נרטיב-העל של עליונות הביטחון, ההירואיות והסולידריות הגברית.

אלמוג הדגימה את דבריה באמצעות הסרט *מסע אלונקות* (ישראל, 1977) של הבמאי ג'אד נאמן, שבו העיסוק במשפט או בפרקטיקות דמויות-משפט, גם כאשר הוא מתבקש, מוסט הצידה, תוך כדי הצגת מוקד אחר בקדמת התמונה. אלמוג רואה בסרט זה דוגמה חשובה, והאיל והוא מגיע ממה שמכונה "תור הזהב הראשון" של הקולנוע הישראלי – שנות השבעים. הסרט נתפס על-ידי מבקרים כציון-דרך, כסרט שעשה מהלך מהפכני. בחלקו הראשון מוצגים אימונים מפרכים של לוחמי צנחנים, הנקטעים בסיטואציה שהיא ספק תאונה ספק התאבדות של הטוראי וייסמן. בחלקו השני אנו עוברים לקורותיו של מפקד היחידה, יאיר, ולהתמודדות (או ספק התמודדות או התחמקות מהתמודדות) עם

152 סרטים שבהם הבמאי משפיע על הסרט עד כדי כך שנדמה כי הוא זה שכתב את הסרט. המילה auteur היא המילה הצרפתית ל-"author".

שאלת אחריותו לסיטואציה שהוצגה בחלק הראשון. אלמוג ציינה כי בשנת 2006 הוקדשה החוברת הראשונה של כתבי-עת אקדמי חדש לקולנוע, בשם מחברות קולנוע דרום,¹⁵³ למכלול היצירה של נאמן, שהוא יוצר חשוב ומקורי בקולנוע הישראלי. בריאיון שערך הקולנוען אייל סיון עם נאמן, ואשר פורסם בחוברת האמורה,¹⁵⁴ הגדיר המראיין את הסרט כ"בעיטה אמיתית בגבריות הישראלית",¹⁵⁵ אולי האמירה הביקורתית והמשמעותית ביותר על הצבא. באופן דומה, גם אלה שוחט, מבקרת בולטת של הפוליטיקה והאידיאולוגיה המשתקפות בקולנוע הישראלי בהקשרים אחרים, מצאה אומנם טעם לפגם באופן שבו מסע אלונקות מייצג מזרחים, אך ציינה עם זאת כי הסרט נטש את גישת האידיאליזציה של הסרטים הלאומיים ההירואיים שקדמו לו, וגדע את המיתוס של הלוחם הישראלי האמיץ.

אלמוג מציעה קריאה שונה. לדעתה, הסרט שומר על קשר הדוק, חי ופועם עם הסיפור ההירואי, ובמידה רבה החתירה לכאורה תחתיו מובילה בסופו של דבר לקבלתו – ואף לחיבוקו האהוב מחדש – של הסיפור הזה, עם כל מורכבותו והקושי שהוא מעורר. סממן חשוב של המהלך הזה הוא העדרו המוחלט כמעט של המשפט. כך, בתחילת הסרט יש כמה רמיזות לצעדים מהוססים ראשוניים של פנייה להוויה שהמשפט הוא חלק משמעותי בה, או לאפשרות של קבלת סעד משפטי. בסצנה בפתח הסרט רופא צבאי מדבר לפני הטירונים. אחד החיילים שואל את הרופא: "כמה שעות מגיע לנו לישון בלילה?" הרופא מתחיל להשיב לו: "לפי פקודות מטכ"ל מגיע לכם...", אך המפקד קוטע אותו לפני שהוא מספיק להשלים את המשפט, ואומר: "מזה שישים לא יוצאים חיילים", ובכך מסתיים העניין. בהמשך, חייל שאביו עורף-דין מדבר על פנייה בעילום-שם לנציב התלונות לסקוב, אך גם מהלך מהוסס זה מסתיים ללא פעולה.

מהלכים אלה מובילים לסצנה המרכזית של הסטת המשפט והתפוגגות מוחלטת של הרלוונטיות שלו – החקירה החלקית והקטועה של מות ויסמן. במהלך הסרט מגיע חוקר מטעם המשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח), ומתחיל לשאול שאלות ולבדוק מה קרה. יאיר, המפקד, נשלח לחופשה עד תום הבירור. הוא הולך הביתה ממורמר ומתוסכל, אולם עד-מהרה מועבר אליו המסר ש"החלטנו לסיים את העסק כאן", ו"צריכים אותך מהגדוד". חברתו של יאיר מנסה לעצור אותו מלשוב לצבא, אבל הוא לא ממש מתלבט: הוא חוזר, גם אם לא לפעילות המבצעית שהוא כמה אליה.

אלמוג מדגישה את העובדה שהסרט אינו מסביר מי אלה שהחליטו לקטוע את החקירה, מדוע החליטו כך, ואיך מומשה ההחלטה. בהיגיון הנרטיבי של הסרט זהו העדר נכון. מוקד הסרט רחוק מהמשפט, אף שהאירוע המרכזי בו הוא נושא מובהק למשפט ולבירור בעל אופי משפטי. בעולם של הסרט העיסוק במשפט מוסט הצידה בקלות, והסרט אף אינו מציג את הדבר כמתח רציני או כקונפליקט משמעותי בין עולם המשפט לבין "החיילות הטובה"

153 מחברות קולנוע דרום 01 – על מצפון וקולנוע – בעקבות ג'אד נאמן (יעל מונק ואייל סיון עורכים, 2006).

154 אייל סיון ויעל מונק "אני עוד זכיתי להיות פלסטיני: ריאיון עם ג'אד נאמן" מחברות קולנוע דרום 1, 9 (2006).

155 שם, בעמ' 25.

או "צורכי הביטחון". הבחירה במוקד נטול המשפט מוצגת כמתבקשת, כראויה וכמובנת מאליה. המשוואה העולה מהסרט היא: "החלטנו שהעסק ייגמר כאן" = "צריכים אותך מהגדוד". הגדוד הוא מאז ומתמיד מובלעת עם כללים וחוקים משלה. זוהי תמה הנמצאת בסרטים רבים, והיא גם מסבירה מדוע הקולנוע הישראלי שונה עדיין מאוד מהקולנוע המופק במקומות אחרים.

אלמוג ביקשה להדגיש בסיום דבריה כי הסרט מסע אלונקות הוא בעיניה סרט טוב, חשוב, משמעותי, אותנטי, מדויק ומרתק באופן שבו הוא מצייר את ההווה הצבאית וההווה הישראלית בכלל, ובאופן שבו הוא בונה את המתח – שהוא הרה-אסון לעיתים כמו בסרט – בין הפרט לבין הקבוצה. אך לדבריה, אין לסרט זה התכונה שייחסו לו המבקרים – אין בו אמירה ביקורתית רצינית וסוחפת בדבר הווה זו, אמירה שמעוגנת בפואטיקה שלו. סרט זה, כמו רבים מהסרטים הפוליטיים-החברתיים שבאו אחריו, שומר על קשר הדוק עם תמת-העל של ההירואיקה הצבאית-ההישרדותית והסולידריות הייחודית שרק הפלוגה יודעת לצרוב בקרב בניה-חבריה. אין זה מפתיע שבסיפור מסוג זה אין – ולא יכול להיות – מקום רב למשפט. תמת-על זו היא עדיין הסיפור הדומיננטי שלנו אפילו כיום (כפי שניתן לראות בסרט *בופור* (ישראל, 2007), שמציע גרסה חדשה-ישנה לסיפור זה), ובוודאי כך היה בשנות השבעים. גם הסרטים ה"מוקדמים" וגם הסרטים ה"מתקדמים" אינם מייצגים טיפול "נורמלי" בקונפליקטים חברתיים-פוליטיים, ואחד הסממנים לכך הוא העדרו הנמשך של המשפט.

הדובר השני היה פרופ' ז'וזה ברונר מאוניברסיטת תל-אביב. ברונר דן בהרצאתו בהליך בדיקת השתייכותם לחוג השפה והתרבות הגרמניות של ניצולי שואה ישראלים רבים יוצאי מזרח אירופה שתבעו פיצויים מגרמניה לפי חוק הפיצויים הפדרלי הגרמני (BEG).¹⁵⁶ הרקע להליך הבדיקה היה הסכם לוקסמבורג משנת 1952 – "הסכם השילומים" – אשר העניק לישראל סכום גלובלי של \$3,000 לאדם בעבור קליטת הניצולים שעלו לארץ, אך מנע מאותם עולים את האפשרות לתבוע פיצויים מגרמניה באופן אישי. גרמניה התחייבה בשנת 1952 לחוקק חוק לפיצויים אישיים, אך החוק, שנחקק בפעם הראשונה בשנת 1953, היה לא-גמור ולא-ישים. רק בשנת 1956 נחקק החוק בגרסתו הקובעת (להלן: החוק), והוא שאפשר לנרדפי הנאצים לתבוע פיצויים אישיים מגרמניה.

ברונר הסביר כי החוק יצר מדרג שלפיו מירב הפיצויים בגין מירב סעיפי הנזק ניתנו רק לבעלי "גרמניות" חזקה, כך שככל ש"גרמניותם" של התובעים הייתה חלשה יותר כן הפיצויים שהם היו זכאים להם היו פחותים. כאשר דובר בתובע לא-גרמני, אלא אזרח של מדינה אירופית אחרת, ניתנו הפיצויים באמצעות הסכמים גלובליים שגרמניה כרתה עם מדינות אירופה בסוף שנות החמישים ובראשית שנות השישים. תובע חסר נתינות היה יכול לקבל פיצוי רק בעבור נזק חירותי (חמישה מרק ליום כליאה) ונזק בריאותי, אך לא

Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung 156 – Bundesentschädigungsgesetz [BEG] [Indemnification for Victim of Nazi's Pursuit www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/־.Act], Sept. 18, 1953 (F.R.G.).
beg/gesamt.pdf

בעבור נזקים אחרים. בסעיף 164 קבע החוק כי אם חסר נתינות קיבל מאוחר יותר נתינות במדינה אחרת, ואותה מדינה קיבלה מגרמניה תמיכה כספית בעבור קליטת הניצולים, הוא לא יהיה זכאי לקבל פיצוי על נזק בריאותי, ויקבל רק פיצוי על נזק חירותי. מדינת ישראל הייתה המדינה היחידה שקיבלה תמיכה מגרמניה בעבור קליטת הניצולים. לכן נוצר מצב שבו ניצולי שואה שהגיעו לארץ ממזרח אירופה לפני 1953 יכלו לקבל פיצויים מגרמניה אם הוכיחו שהם גרמנים, אך אם לא יכלו להוכיח שהם גרמנים, הפיצוי שקיבלו היה פחות אף מזה שקיבלו חסרי נתינות אחרים בעולם.

ברונר התייחס לשאלה מיהו גרמני, שאותה הגדיר כשאלה מעניינת. השאלה מקבלת תשובה חלקית בסעיף 4 לחוק הגרמני, שלפיו גרמני הוא מי שיש לו זיקה טריטוריאלית לגרמניה, כלומר, מקום מושבו היה בתוך גבולות גרמניה של סוף שנת 1937. הגרמנים הכניסו לתוך הגדרת הגרמניות בחוק הפיצויים הפדרלי גם את מי שהתגורר במחנה עקורים על אדמת גרמניה ב-1.1.1947.

לאחר המלחמה הגיעו יותר מעשרה מיליון גרמנים שגורשו ממזרח אירופה לרפובליקה הפדרלית הגרמנית החדשה, והוכרו שם מייד כאזרחי גרמניה שווי-זכויות, עם הטבות וסל קליטה, מרגע שחתמו והודיעו באופן מפורש ורשמי שהם גרמנים. יהודים רבים שהגיעו מאותם אזורים אך ברחו משם עוד בזמן המלחמה או היגרו לישראל אחריה השתייכו גם הם לתרבות הגרמנית באופן כזה או אחר. אכן, גרמניה הכירה בהם ככאלה בסעיף 150 לחוק הפיצויים, הקובע כי מי שמשתייך לחוג השפה והתרבות הגרמניות יכול לקבל פיצויים כאילו היה גרמני "שלם", למעט סעיף נזק אחד שלא הוכר.

ברונר הסביר כי בזמן חקיקת סעיף 150 לא הניח כנראה המחוקק הגרמני שהסעיף יאפשר למספר גדול של יהודים לתבוע לפיו. אולם עד היום פנו על-סמך סעיף זה בסביבות 60,000 ישראלים בתביעת פיצויים לגרמניה, וטענו כי הם משתייכים לחוג השפה והתרבות הגרמניות אף שהם באו ממזרח אירופה. ההערכה כיום היא שבסביבות 13% מהפיצויים האישיים ששילמה גרמניה מכוח ה-BEG – או כ-6 מיליארד יורו בערכים נומינליים – שולמו מכוח סעיף זה לניצולים שרובם חיים בישראל.

ברונר הסביר כי הקושי היה לקבוע מי משתייך לחוג השפה והתרבות הגרמניות. בניגוד לדרישה כלפי המגורשים הגרמנים שהגיעו לרפובליקה הגרמנית, ויתר חוק הפיצויים מלכתחילה לתובעי הפיצויים על הדרישה להצהיר כי הם מזדהים עם השפה והתרבות הגרמניות. במקום זאת היה עליהם להוכיח את השתייכותם על-ידי סממנים אובייקטיביים לכאורה. היה עליהם להוכיח יותר מאשר שליטה בשפה, קרי, השתייכות של ממש לשפה ולתרבות.

ברונר אמר כי לצורך קביעת ההשתייכות הוקמה ועדה במסגרת משרד האוצר, שהורכבה מישראלים ממוצא גרמני ונקראה "הוועדה לזיהוי תווי-ההיכר של המגורשים במקרים שנויים במחלוקת". הוועדה הוקמה במסגרת ה"לשכה לענייני פיצויים אישיים מחו"ל" של משרד האוצר, ו-90% מפעילותה ממומנים עד היום על-ידי ממשלת גרמניה. ברונר הסביר כי המבחנים בוועדה נערכו על בסיס הנחיות מלשכות אזוריות גרמניות שהועברו לפקידים בישראל. מהתובעים נדרשה הוכחה של השתייכות לחוג השפה והתרבות הגרמניות במועד שלפני הרדיפה, ולא במועד שבו כבר שהו בישראל.

ברונר אמר כי המחקר שלו ושל איריס נחום מתבסס על מאתיים תיקי מבחנים של הוועדה עצמה. כאשר הבוחן הראשון החליט כי מי שעומד מולו עבר את המבחן, נשלח התיק לגרמניה וטופל שם. כאשר הבוחן לא השתכנע, הוא העביר את התיק לוועדה, שבה ישבו פקיד ממשד האוצר ופקיד ממשד המשפטים, שניהם ממוצא גרמני, וכן אדם שלישי שהשתייך להתאגדות העולים מאותו חבל ארץ שממנו בא העולה. הוועדה הייתה כותבת דוח מפורט שהיה נשלח לרשויות הגרמניות, אשר לא היו מחויבות להכרעה הישראלית.

הדובר השלישי היה ד"ר צבי טריגר מהמכללה למנהל. נושא הרצאתו היה השימוש הלא-מודע בשפה העברית והשפעת התרבות על השימוש בשפה. הרצאתו של טריגר התבססה על מחקר שערך יחד עם ד"ר עמליה רוזנבלום על השפה העברית העכשווית.¹⁵⁷ טריגר הסביר את מתודולוגיית המחקר ואת הבעיות שנוצרו בעת עריכתו. לדבריו, כאשר אנו לומדים את השפה ולאחר-מכן חוקרים את השפה, אנחנו למעשה לומדים את מושא המחקר שלנו באמצעות מושא המחקר עצמו. לכן בחרו רוזנבלום וטריגר בכוונה במתודולוגיה מורכבת שהיא גם אסוציאטיבית וגם אמפירית.

טריגר ציין כי שינויים שחלו בשפה העברית בשנים האחרונות משקפים, בין היתר, את התהליכים העוברים על החברה הישראלית בכלל ועל המשפט הישראלי בפרט, ומשפיעים על תהליכים אלה. לדוגמה, המילה "התנהלות" נבדקה על-ידי החוקרים על-ידי חיפוש מספר המופעים של המילה בארכיון הממוחשב של עיתון הארץ בין השנים 1994 ו-2005. בשנת 1994 לא הופיעה המילה ולו פעם אחת בעיתון, ואילו בשנת 2005 היא הופיעה 1,498 פעמים. רוזנבלום וטריגר חזרו על בדיקה זו בנוגע למילה "שקיפות" ובנוגע למילות-מפתח נוספות המבטאות, לטענת החוקרים, חוסר אמון בסיסי של האזרחים כלפי השלטונות, כלפי הממשל וכלפי נבחרי-הציבור. לדבריהם צמח ז'רגון שלם שעוסק בצורך לקבל דין-וחשבון מהאנשים שנמצאים בעמדות-מפתח. לטענת טריגר, אנו מתייחסים לשפה כאל מכוננת מציאות, אך שוכחים לעיתים שהיא מכוננת גם אשליות לגבי המציאות.

אחד הביטויים המובהקים למתח בין השפה כמכוננת מציאות לבין השפה כמכוננת אשליה לגבי המציאות היא התקינות הפוליטית. טריגר הדגים זאת בהרצאתו על-ידי דיון במגמה של החלפת המילה "בעלי" במילים "אישי" או "בן-זוגי". הכוונה היא כמובן להשתמש בביטוי שאינו פוגעני. לביטויים "אישי" או "בן-זוגי" אין קונוטציה קניינית, לעומת הביטוי "בעלי". עם זאת, כאשר אישה יהודייה שהתחתנה בנישואים כדת משה וישראל אומרת "אישי", היא אינה משנה את המציאות המשפטית בינה לבין בעלה. מחד גיסא, ניתן לטעון כי ככל שיתקדם פרויקט ניקוי השפה ממילים פוגעניות, גם הפגיעה המהותית תלך ותיעלם. מאידך גיסא, טריגר טוען כי השימוש במילה "אישי" יוצר אשליה של שוויון, משום שהוא מסתיר את העובדה שיחסיהם של הגבר והאישה במשפט העברי הם יחסי קניין, יחסי בעלות: הנישואים נקראים "מעשה קניין", והקידושים הם חד-צדדיים – הגבר הופך את האישה למקודשת לו, לייחודית לו, ואילו האישה אינה הופכת את הגבר לייחודי לה.

עוד ציין טריגר כי הקניעה (המוטיווציה) של תנועת התקינות הפוליטית היא חיובית

157 ראו עמליה רוזנבלום וצבי טריגר ללא מילים – התרבות הישראלית בראי השפה (2007).

אומנם מאוד, אך גם מסוכנת כאשר היא מגיעה למקומות של טשטוש המציאות והסוואתה. אנו חיים באשליה שהמילים הן כמו מצרכים על המדף, ושאנחנו פשוט עוברים בין המדפים ובוחרים את המוצר שמבטא בעינינו בצורה המדויקת ביותר את מה שאנחנו רוצים לומר. אולם לדעתו, פעמים רבות איננו בוחרים במילים, אלא המילים בוחרות בנו. טריגר הדגים זאת באמצעות דוגמה מהתרבות הפופולרית: השאלה "האם תסכימי להצטלם בעירום?" היא שאלה שמפנים אותה בדרך כלל לנשים, ולא לגברים. האם אותה שחקנית או דוגמנית מושא השאלה יכולה באמת לשקלל את הנסיבות האישיות של חייה ולהגיע לתשובה אינדיווידואליסטית, תשובה שרק היא הייתה נותנת? טריגר טען בהרצאתו שלא. הוא הסביר כי למושא השאלה יש שלוש תשובות אפשריות: (א) "כן"; (ב) "כן, אם זה נדרש מהתפקיד, ואם זה אומנותי, ולא פורנוגרפי"; (ג) "לא". אפשרות ב היא האפשרות שאנו קוראים עליה תמיד בעיתון. לטענת טריגר, לעולם לא יופיע ריאיון עם אישה שאמרה "לא" או "כן": אם אותה אישה תאמר "לא", אזי היא השיגה ריאיון, אך לא תשיג עבודה בעתיד, משום שהיא אינה מבינה את כללי המשחק; ואם תגיד "כן", היא תיחשב בתרבותנו כ"וולה", כמי שמוסרת את מיניותה לכל דכפין בלי שום התניה. לכן תשובתה לא תהיה תשובה שהיא בחרה בה, אלא תשובה שנבחרה על-ידי השפה ועל-ידי התרבות.

קו חשיבה זהה זיהה טריגר בתשובה לשאלה: "מדוע אין הפרדה בין דת ומדינה?" התשובות הן תמיד "סטטוס-קוו" או "כפייה דתית". טריגר טען בהרצאתו כי התשובות הללו הינן תשובות אידיאולוגיות – הן תירוצים מן המוכן. למעשה, הנימוקים הם שבחרו בנו, ולא אנחנו בחרנו אותם. טריגר נימק זאת באומרו כי מעולם לא היה רוב לחבריי הכנסת הדתיים והחרדים בכנסת, והחילונים יכלו תמיד להתנגד אילו סברו באמת שמדובר בכפייה דתית. באשר לסטטוס-קוו – שאליו התחייב בן-גוריון כלפי הקהילה החרדית בארץ בתמורה לכך שזו לא תעיד לפני האו"ם נגד הקמת המדינה – זה לא כלל מתן מונופול לבתי הדין הרבניים בנוגע לאזרחים ולאזרחיות החילונים. בכל הנוגע בנישואים ובגירושים כלל הסטטוס-קוו רק התחייבות לא לכפות על בני הקהילה החרדית להינשא בנישואים אזרחיים.

טריגר הסביר כי קשה לדבר על ניטרליות של מילים בשפה, מכיוון שמילים לעולם טעונות מבחינה אידיאולוגית או פוליטית. כך, למשל, המילה "ערכים" היא מילה המגויסת לטובת הצד הימני של הקשת הפוליטית. היא נהפכה לקיצור של "ערכים יהודיים" או "ערכים ציוניים". מעבר לכך, "ערכים" נהפכו בהגדרתם לדבר חיובי. איש לא יעלה על דעתו לומר כי היטלר היה איש של ערכים, אבל הוא היה איש כזה, אלא שהיו לו ערכים מזעזעים. דוגמה נוספת היא הנטייה לומר על מזונות מסוימים שהם "נטולי ערכים תזונתיים", ולא ש"יש להם ערכים תזונתיים שליליים". באופן דומה, המילה "אג'נדה" נטענה במשמעות שלילית ברגע שבו נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק התבטא בגנות אפשרות מינויה של פרופ' רות גביון לבית המשפט העליון. עד אותו רגע הייתה המילה "אג'נדה" ניטרלית פחות או יותר, שהרי "אג'נדה" פירושה סדר-יום. אולם מאותו רגע נהפכה מילה זו ל"סדר-יום סמוי עם כוונת השתלטות". טריגר סיים את הרצאתו באמירה כי במיוחד בדיסיפלינה המשפטית שימוש מודע יותר בשפה הוא דבר חשוב ואפילו הכרחי.

פרק ד: מושב רביעי – דיני קניין

משתתפי המושב: יושב־ראש – ד"ר אמנון להבי, פרופ' יהושע ויסמן, ד"ר אלכסנדר (סנדי) קדר, פרופ' עופר גרוסקופף

1. פתח־דבר

עניינו של המושב הרביעי היה דיני קניין. הדוברים במושב זה הציגו את השינויים המהפכניים שחלו בתחום דיני הקניין במשך שישים שנות קיומה של המדינה, דנו בתהליכי ההלאמה וההפרטה הבריירנית של המקרקעין בישראל, והעלו את השאלה אם על בעל קניין מוטלות אחריות חברתית וחובה להתחשב בזולת. אחרון הדוברים אף בחן אם ישראל הולכת – או מעוניינת ללכת – לכיוון של גלובליזציה של דיני הקניין, ובכלל זה של דיני הקרקעות. בכרך זה של כתב־העת מופיעים מאמריהם של פרופ' יהושע ויסמן "שישים שנות דיני קניין"¹⁵⁸ ושל פרופ' עופר גרוסקופף "על שיקול־דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת".¹⁵⁹

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' יהושע ויסמן מהאוניברסיטה העברית בירושלים. ויסמן תיאר בהרצאתו את השינויים המהפכניים שחלו בתחום דיני הקניין במשך שישים שנות קיומה המדינה, אף שמקובל לומר שדיני הקניין הם ענף שמרני מאוד. בראש רשימת השינויים הועיד ויסמן מקום של כבוד לחוק המקרקעין, התשכ"ט (להלן: חוק המקרקעין או החוק), אשר שחרר אותנו מחוקי המקרקעין העותמאניים. במקום אלה קיבלנו חוק מודרני, משוכלל, תמציתי ומתקדם. לדעת ויסמן, יישומו של חוק המקרקעין, מחקיקתו ועד היום, מעיד על היותו אחד החוקים היותר־מוצלחים בתחום המשפט הפרטי. סעיף 152 לחוק מבטא יותר מכל הוראה אחרת את המהפכה שהביא עימו חוק זה.¹⁶⁰ בזכות סעיף זה נפטרו בישראל מהקטגוריות הפיאודליות שנקבעו במשפט העותמאני. במקומן נקבע סיווג המקרקעין הישראלי למקרקעין רגילים, מקרקעי ישראל, מקרקעי ציבור ומקרקעי ייעוד. לדעת ויסמן, הקוץ באליה הוא הוראת שמירת הדינים,¹⁶¹

158 יהושע ויסמן "שישים שנות דיני קניין" משפט ועסקים י עמוד 305 (2010).

159 עופר גרוסקופף "על שיקול־דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" משפט ועסקים י עמוד 317 (2010).

160 ס' 152 לחוק המקרקעין קובע כי "סיווג מקרקעין לסוגים שונים שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה מכוח החקיקה העותמנית – בטל".

161 ס' 162 לחוק המקרקעין קובע כי "על אף האמור בסעיפים 152 ו־158 עד 161, אין בהוראות

שעל-פיה בנושאים אחדים נותרה על כנה שיטת הסיווג המיושנת של החוק העותמאני, אשר ממשיכה לחיות עד היום. עם זאת, תהליך הסדרת המקרקעין הלא-מוסדרים צפוי להביא לידי הגבלת תחולתם של הדין העותמאני ושל שיטת הסיווג העותמאנית שנותרו בתוקף מכוח הוראת שמירת הדינים. סעיף נוסף בחוק המקרקעין שהוביל לדעת ויסמן לשינוי משמעותי הוא סעיף 14, שלפיו "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר". הסעיף מתייחס לדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות ("abuse of right"), ומבטא את ההתרחקות המשמעותית של המשפט הפרטי הישראלי מתחום ההשפעה של המשפט המקובל האנגלי, לצד התקרבות למסורת המשפטית הקונטיננטלית האירופית. סעיף זה מזכיר את מקבילו – סעיף 39 לחוק החוזים,¹⁶² שמתייחס לשימוש בזכות הנובעת מחוזה בתום-לב.¹⁶³

במקום השני בחשיבותו הציב ויסמן את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מעניק, בסעיף 3 שבו, הגנה חוקתית לקניין. ויסמן סבור כי אין להפריז בהשפעה שהייתה לחוק-היסוד על דיני הקניין, מן הטעם שרוב החוקים החשובים בדיני הקניין נחקקו לפני חוק-היסוד, שהינו צופה פני עתיד (פרוספקטיבי).¹⁶⁴ עם זאת, הפסיקה אימצה את הכלל שלפיו השפעה במישורין של חוק-היסוד על חוקים קודמים אומנם אינה אפשרית, אך השפעה שלו על-דרך פרשנות של חוקים קודמים הינה מקובלת ואפשרית. ויסמן הביא כדוגמה לשינוי את עניין הולצמן,¹⁶⁵ שבו נקבע כי בהפקעת מקרקעין יש לפצות את הבעלים במלוא שווי המקרקעין שהופקעו. אולם פסק-דין מאוחר יותר, בעניין אסלן,¹⁶⁶ מסמן נסיגה: בית-המשפט סייג את ההלכה שנקבעה בעניין הולצמן למקרה שבו הופקעו מקרקעין בשלמותם, וקבע כי כאשר מפקיעים רק חלק מהמקרקעין, ניתן להפקיע עד 40% מהקרקע בלא פיצוי. בנושא זה נותרה אי-בהירות, אך צפויה הכרעה של בית-המשפט העליון בעניין שתלוי ועומד לפניו.

כדוגמה נוספת ציין ויסמן את עניין קעדאן.¹⁶⁷ לאחר פסק-דין זה נהוג לחשוב שעל המדינה להקנות מקרקעין רק לגוף הנוהג בשוויון בהקצות זכויות במקרקעין. אך זוהי תפיסה פשטנית ולא-מדויקת, משום שפסק-הדין הותיר סייגים וסייגים-סייגים, אשר הפכו

חוק זה כדי לבטל או להביא שינוי – (1) בדין המיוחד שהיה קיים ערב תחילתו בנוגע למקרקעין מסוג מוקופה ולהקדשות; (2) בדין שהיה קיים ערב תחילתו בנוגע להתיישנות במקרקעין לא-מוסדרים.

162 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

163 פסק-הדין המובהק בנושא זה הוא רע"א 6339/97 משה רוקר נ' משה סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) (להלן: עניין רוקר).

164 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

165 ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' חנה הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001).

166 ע"א 3819/01 מדינת ישראל נ' איריס אסלן (לא פורסם, 27.12.2004).

167 בג"ץ 6698/95 עאדל קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: עניין קעדאן).

את סיכום הדברים שנפסקו בו לבעיית. פסק-הדין עורר מחלוקת ציבורית עמוקה, ולדעת ויסמן אין הוא המילה האחרונה בשאלת השוויון בהקצאת זכויות במקרקעין, במיוחד בכל מה שנוגע במקרקעין של הקרן הקיימת לישראל.

ציון-דרך נוסף, לדעת ויסמן, הוא הנכונות לפצות בעלי מקרקעין בגין נזקים שנגרמו להם עקב תוכניות של הרשויות על-פי חוק התכנון והבנייה. סעיף 197 לחוק זה קובע את הכלל בדבר הזכאות לפיצויים, והוא מסויג על-ידי חריגים שנקבעו בסעיף 200. בסעיף 200 יש רשימה של מטרות ציבוריות. אם הרשות פועלת למען אחת מן המטרות הציבוריות המפורטות בסעיף, בעל המקרקעין שנפגע מפעולתה זו אינו זכאי לפיצויים, אלא אם כן עברה הפגיעה את תחום הסביר ומן הצדק לפצותו. חובת הפיצוי הייתה אמורה לפעול כגורם מרסן רב עוצמה בתכנון השימוש במקרקעין, אך מעניין שבמשך תקופה ארוכה לא הייתה לסעיפים אלה השפעה במציאות. התפנית חלה בפסק-הדין בעניין פרי הארץ,¹⁶⁸ שבו נקבע כי נקודת המוצא חייבת להיות חובה לשלם פיצויים לאדם שהמקרקעין שלו נפגעים עקב תוכנית, וכי על רשויות התכנון רובץ הנטל להוכיח כי אין זה צודק לשלם פיצויים במקרה מסוים. במצב הקיים כיום, רשויות התכנון או היוזמים הפועלים מכוחן או מסמכותן חייבים להתייחס בתקציביהם לעלות הנזקים שתוכניותיהם גורמות.

ויסמן ציין בקצרה שתי דוגמות נוספות לשינויים שחלו בדיני הקניין למן הקמת המדינה. ראשית, חל מהפך בזכויות הכלכליות של נשים נשואות לנוכח חוקת השיתוף, שלפיה בית-המשפט מייחס לבני-זוג המקיימים אורח חיים משותף כוונה שנכסיהם יהיו בבעלותם המשותפת, בחלקים שווים, בהתעלם מן השאלה על שם מי הנכסים רשומים או בחזקת מי הם נמצאים פיזית. שנית, בוטל באופן חלקי חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972 (להלן: חוק הגנת הדייר). לחוק סוציאלי זה, שמקורו במשפט האנגלי, היו כוונות מציניות, אך המציאות סיכלה אותן והפכה את החוק לכישלון מהדהד. לבסוף בא סעיף 14 לחוק הגנת הדייר וקבע כי "נכס בבנין או בתוספת בנין שבנייתם הושלמה לאחר תשכ"ח, והושכר אחרי מועד זה, לא יחול חוק זה על שכירותו".

ויסמן התייחס לשתי מגמות נוגדות בזכויותיהם של בעלי דירות מגורים. המגמה האחת היא חיוזק מעמדו של בעל דירת מגורים במקרקעי ישראל. עד לתיקון מס' 6 לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, משנת 2006,¹⁶⁹ היה בעל דירה חוכר את דירתו ממנהל מקרקעי ישראל לתקופה של ארבעים ותשע שנים. זאת, בשל הכלל הקבוע בסעיף 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, שלפיו אין להעביר בעלות במקרקעי ישראל. החוק המתקן התיר למנהל מקרקעי ישראל להעניק לחוכרי דירות במקרקעי ישראל, בשטחים עירוניים, בעלות במקום החכירה שבידיהם

168 ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627 (1992).

169 ס' 11 לחוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2006), התשס"ו-2006, ס"ח 306, 312 (תיקון עקיף לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960) (להלן: החוק המתקן). (שמו הקודם של חוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, הוא חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960. שמו של החוק הוחלף בס' 1 לחוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), התשס"ט-2009, ס"ח 318 (להלן: תיקון מס' 7 לחוק מינהל מקרקעי ישראל).

ללא תמורה. אפשרות זו חלה על חוכרים של דירות למגורים בבית משותף רווי, כלומר, שיש בו לפחות ארבע דירות בשתי קומות, כאשר בידי החוכר מצוי חוזה חכירה מהוון, לאמור, חוזה חכירה שדמי החכירה בו שולמו מראש למלוא התקופה. מי שמקיים תנאי זה מועמד ליהפך מחוכר לבעלים, ומשמעות הדבר היא חיזוק משמעותי של הזכויות שבידיו. אך ויסמן סבור שגם באלה זו יש קוץ. על-פי החוק המתקן, מנהל מקרקעי ישראל רשאי להטיל על מי שיקבל את הבעלות בדירה אותן הגבלות עבירות שחלו על הזכות בהיותה זכות חכירה. לפי זה, בעל הדירה מוגבל ביכולתו להעביר את הבעלות – הוא זקוק להסכמתו של מנהל מקרקעי ישראל. כמו-כן, מי שקיבל בעלות בדירתו על-פי התיקון האמור לחוק מוגבל בהעברת הזכויות בדירתו לנוכרים. כך מתקבלת במשפט הישראלי תופעה חריגה של בעלות שהעבירות בה מוגבלת.¹⁷⁰

המגמה האחרת שציין ויסמן היא הכרסום שחל במעמד של בעלי דירות מגורים בבתים משותפים בישראל. בבית משותף קיים מתח בין הזכות הייחודית שיש לאדם בנכס מכוח בעלותו על דירת המגורים לבין כפיפותו להחלטות הרוב ביחס לחלקים בבית המשותף שמצויים בבעלות משותפת. בשנים הראשונות הושם דגש בזכות הייחודית שיש לאדם מכוח בעלותו – זכות וטו של בעל דירה כנגד שינוי בבית המשותף הייתה היסוד הדומיננטי. אולם תיקונים בחוק המקרקעין ביטאו מגמה של הכפפת בעל הדירה להחלטות הרוב בנושאים כגון הקמת מעלית,¹⁷¹ החלפת ספק גז¹⁷² או הנחת רשת כבלים.¹⁷³ מצב קיצוני נוצר עקב תיקונים מאוחרים לחוק המקרקעין, המאפשרים לבעל דירה להרחיב את דירתו על-ידי בנייה על החלקים המשותפים שבבית המשותף חרף התנגדות של חלק מהדיירים האחרים, אם יש לכך רוב מתאים.¹⁷⁴ התיקון מרחיק-הלכת ביותר, משנת 2008, נותן לרוב של שני שלישים בבית משותף את הזכות להחליט על הוספת דירות לבית המשותף, עד כדי שלישי ממספר הדירות המקורי, ללא צורך בהסכמתם של כל הדיירים, וקובע כי במקרה כזה יהיה על כל הדיירים להשתתף בהוצאות הבנייה של הדירות האלה.¹⁷⁵ ויסמן סיכם בציינו את הפיחות שחל במעמדו של בעל דירה בבית משותף – מבעל זכות וטו למי שנכפה עליו להרכין ראש לפני החלטת הרוב בנושאים רבים יותר ויותר.

בסיום דבריו העיר ויסמן כי בחירתו בתמורות המרכזיות שחלו בדיני הקניין הינה בחירה סובייקטיבית, וכי יש נושאים רבים אחרים שחלו בהם תמורות בשישים השנים האחרונות. הדובר השני היה ד"ר אלכסנדר (סנדי) קדר מאוניברסיטת חיפה. קדר דן בהצאתו בתהליכי ההלאמה וההפרטה הפירנית של המקרקעין בישראל. קדר מזהה בתהליכים אלה שתי נקודות-זמן עיקריות: ראשית, יצירתו של משטר המקרקעין הישראלי משנת 1948 עד שנות השישים; ושנית, שינוי בכיוון של הפרטה שהתחיל בשנות התשעים.

170 יצוין כי גם לאחר תיקון מס' 7 לחוק מנהל מקרקעי ישראל לא השתנה המצב. ראו את דברי ההסבר לס' 69(10) להצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, ה"ח הממשלה 348, 518-519.

171 ראו ס' 159 לחוק המקרקעין.

172 ראו ס' 159 לחוק המקרקעין.

173 ראו ס' 221(ב) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

174 ראו ס' 171 לחוק המקרקעין.

175 ראו ס' 5 לחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח-2008.

קדר סבור כי יש לבחון את התקופה הראשונה בהקשר חברתי ופוליטי: משטר מפא"י, תהליך של קולקטיביזם ריכוזי, שליטה מרכזית בכלכלה, בעיקר באמצעות הממשלה וההסתדרות, אך גם חקיקה חברתית וזכויות סוציאליות. קדר ציין כי הזכויות הסוציאליות הן מגוריות בדרך-כלל, ולא אוניוורסליות. לדעתו, המאפיין הייחודי של המגזר היהודי בתקופה הראשונה היה פערים חברתיים קטנים. עם זאת, היו עדיין פערים מובהקים בכוח ובמעמד החברתי בין שלוש הקבוצות החברתיות העיקריות בחברה הישראלית באותה תקופה: אשכנזים, מזרחים וערבים.

קדר הסביר כי משטר המקרקעין הישראלי שנוצר בעשורים הראשונים מורכב משלושה יסודות עיקריים, אשר משתלבים יחדיו, לשיטתו, לכלל קולקטיביזם לאומי.

היסוד הראשון הוא הלאמת קרקעות מסיבית. הדבר כולל הלאמת קרקעות של ערבים והסדרה פורמלית של בעלות על קרקעות אשר לא היו מוסדרות קודם לכן, לפחות לא מבחינה פורמלית-רישומית. בהקשר זה ציין קדר תהליכים מסיביים של הלאמת קרקעות לטובת הפרויקט של "ייהוד המרחב". לדעת קדר, חוקים רבים – ביניהם חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953,¹⁷⁶ וחלק מפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 – היו חלק מתהליך זה של הסדרת הקרקעות; וגופים לאומיים, דוגמת הקרן הקיימת לישראל והסוכנות היהודית, היו רתומים לתהליך זה.

היסוד השני הוא יצירת משטר מקרקעין לאומי ריכוזי, השולט בכ-93% מהקרקע בישראל באמצעות מנהל מקרקעי ישראל (כיום רשות מקרקעי ישראל) ומועצת מקרקעי ישראל, והקצאה ברינית של זכויות מוגבלות במקרקעין – במיוחד של הזכות להחזיק ולהשתמש – לטובת המגזר היהודי בלבד. קדר ציין בהקשר זה את הקמת מנהל מקרקעי ישראל ומועצת מקרקעי ישראל בשנת 1960, בין היתר באמצעות האמנה שנחתמה בין הקרן הקיימת לישראל לבין מדינת-ישראל.¹⁷⁷ לדעתו, הקרן הקיימת לישראל קיבלה באמנה זו תפקיד דומיננטי. יוסף וייץ מהקרן הקיימת לישראל נבחר למנהל הראשון של מנהל מקרקעי ישראל, ועסק רבות ב"ייהוד המרחב". הקרן הקיימת לישראל קיבלה נציגות שווה במועצת מקרקעי ישראל, למעט השר הממונה שקיבל קול נוסף. במקביל, בשנים הראשונות, בוצעה "עסקת המיליון הראשון", שבה הועברו כמיליון דונם של קרקעות נפקדים לקרן הקיימת לישראל. כחלק מ"דיל" זה, הקרן הקיימת לישראל מנהלת גם את כל היעדרות במדינה, לרבות אלה שעל קרקעות המדינה. לסיכום, ניתן לומר כי למוסדות הציוניים היה ככלל תפקיד ציבורי מרכזי ב"ייהוד המרחב".

היסוד השלישי הוא הקצאת קרקעות מגורית. מנהל מקרקעי ישראל (כיום רשות מקרקעי ישראל) מנהל את הקרקעות בעבור מדינת-ישראל, רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל. אלה מקצות את הקרקעות באופן כללי לשלוש קבוצות. הראשונה היא הקבוצה המקורבת

176 חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, ס"ח 58. (החוק בוטל).

177 ראו כתב האמנה בין מדינת-ישראל לבין קרן קיימת לישראל מיום 28 בנובמבר 1961. כתב-האמנה פורסם ב"פ התשכ"ח 1456, 1597. נוסח כתב האמנה נגיש ב-www.mmi.gov.il/Static/p8.asp.

לשלטון במובן הרחב, ובמיוחד אשכנזים. קבוצה זו קיבלה קרקעות רבות בפרוורים ובמגזר הכפרי. הקיבוצים והמושבים קיבלו אף הם קרקעות רבות וגם זכויות חזקות – הכל יחסית לקבוצות אחרות – אך עדיין במסגרת של קבלת זכויות עמומות למדי במקרקעין. בקבוצה השנייה, המזרחים, אנשים רבים מקבלים זכויות כדיירי דיור ציבורי, כחלק מהמרכיב של קליטת עלייה, אך מבחינה פורמלית מדובר בזכויות חלשות. בעשורים הראשונים סברה מדינת ישראל כי עליה לספק פתרונות דיור, בוודאי למגזר היהודי. עד לשנת 1979 הוקמו 200,000 דירות בדיור הציבורי, ו-14% מהאוכלוסייה התגוררה בדיור ציבורי. במקביל התפתחה תופעה של שיעור גבוה מאוד של בעלות בדירות, אם כי יש הבדלים משמעותיים בין שלוש הקבוצות המרכזיות – אשכנזים, מזרחים וערבים – גם מבחינת האפשרויות של בעלות בדירות וגם מבחינת שווי הדיור. הקבוצה השלישית, הערבים, הם ספקי הקרקע הגדולים, אך לא הוקצו להם כמעט קרקעות בשנים אלה. החרג היחיד והמשמעותי לעניין זה היה הקמת עיירות הבדווים, במסגרת תהליך ייחוד הקרקע וריכוז הבדווים.

לסיכום, עד שנות התשעים שלטה המדינה באופן ריכוזי ב-93% מהקרקעות. לרבים מהאזרחים יש רק זכויות עמומות שאפשר לקחתן מהם בשלב כלשהו ולהחזירן למנהל מקרקעי ישראל. לחוכרים עירוניים יש במקרה הטוב חוזה חכירה לארבעים ותשע שנים, עם אפשרות להארכה לארבעים ותשע שנים נוספות. דיירים בדיור ציבורי ניתן לפנות בהתאם לחוזה, בדרך-כלל בהתראה של שישים יום. יש מעמד של אנשים שהם בין פולשים לבין בני-רשות, כגון תושבי כפר-שלם וגבעת-עמל, ובאופן דומה יש כפרים לא-מוכרים, במיוחד ב"אזור הסייג"¹⁷⁸ בנגב וכן בגליל.

לדעת קדר, חוק המקרקעין לא שינה באופן מהותי את כללי-היסוד של משטר המקרקעין הישראלי, ומגמות אלה נמשכו עד לתהליכי ההפרטה שהחלו בשנות השמונים והתשעים. עם עלייתה של האידיאולוגיה הניאו-ליברלית, עד כדי קבלת מעמד הגמוני כמעט, החל מעבר מתהליכי קולקטיביזם לתהליכים של הפרטה בקירנית של חברות ממשלתיות, בנקים, תקשורת, אוניברסיטות, דואר, חברת החשמל ועוד. המדינה נסוגה, ועולה השאלה: מי ישמור עלינו מפני המפריטים? קדר תיאר תהליך מבני של יחסים חזקים מאוד של הון-שלטון. לדעתו, משרד האוצר ובנק ישראל משמשים סוכנים אידיאולוגיים מרכזיים בתהליך זה. קדר סבור שתהליך ביזור הסמכויות אל הרשויות המקומיות מעמיק את הפערים, מכיוון שיש הבדלים ביכולת גביית הארנונה של הרשויות המקומיות.

במונחים קנייניים תיאר קדר את תהליך ההפרטה כחלק מתהליך שהתרחש באופן כללי בחברה הישראלית, שאותו כינה קדר "קנייניזציה": העברה של הזכות לכיוון קנייני, ומהלך של "הבהרת" זכויות שהיו בעבר "עמומות". לדעת קדר, תהליך זה מפלח את הקבוצות בחברה הישראלית: חלק מהקבוצות מקבלות זכויות קניין חזקות, ובכך עולות למעלה, וחלק מהקבוצות נהפכות למשוללות זכויות, כלומר, יורדות למטה.

קדר תיאר את השינוי שחל בחברה הישראלית כעונה על השאלה "מיהו הנשא של החזון הציוני?". בעבר היה זה הקיבוץ כקולקטיב, ממנו עברנו ליישוב הקהילתי, וכיום

178 שטח מוגדר שנוהל על-ידי ממשל צבאי. שטח זה השתרע בין דימונה וערד במזרח לבין באר-שבע והקיבוצים שובל ומשמר-הנגב במערב.

נושא-הדגל הוא שי דרומי, החוואי מחוות הבודדים, אשר "מייהד את המרחב".¹⁷⁹ עברנו מקיבוץ ליחידה אטומיסטית. במקביל נעשה ניסיון להתאים את פרויקט הייחוד לתהליך של הפרטה. למשל, קרן קיימת לישראל, שבעבר התייחסנו אליה כאל גוף ציבורי, מנסה כיום לשנות את מיהותה לגוף פרטי, על-מנת שיתאפשר לה לפעול ביתר חופשיות. קדר הביע תקווה כי ניסיון זה לא יצלח, אך ציין כי אם הפרויקט המקביל של "הרס בית-המשפט העליון" יצליח, גם זה עלול לקרות.

הדובר השלישי היה פרופ' עופר גרוסקופף מאוניברסיטת תל-אביב. הרצאתו של גרוסקופף עסקה בשאלת ההגבלות המוטלות על שיקול-דעתו של בעל קניין: האם מוטלת עליו אחריות חברתית וחובה להתחשבות בזולת? ועד כמה על בית-המשפט להתערב בהחלטותיו של בעל קניין?

גרוסקופף אמר כי נקודת המוצא של הרצאתו היא הקניין כמרחב לשיקול-דעת. לדעתו, יש הסכמה על כך שהקניין מקנה מרחב שיקול-דעת משמעותי ביחס לנכס מסוים, והשאלה שאנו עוסקים בה היא למעשה מהו אותו מרחב של שיקול-דעת או מהן ההגבלות המוטלות על אותו מרחב של שיקול-דעת.

הגישה הקלסית היא "גישת הריבונות", היוצאת מנקודת-הנחה ששיקול-דעתו של בעל קניין הוא בלתי-מוגבל ביחס לתחום שניתן לו. שיקול-דעתו של בעל קניין מוגבל רק מבחינת תחום חלותו, במובן זה שהוא אינו יכול לפלוש לתחומים של זכויות אחרות. גרוסקופף מצטט מדבריו של נשיא בית-המשפט העליון אולשן:

"אין אדם יכול לדרוש זכות הנאה כל-שהיא מרכושו של הזולת רק מפני שנות לו הדבר, או מפני שהוא זקוק לזה ולזולת אין הדבר גורם כל נזק שהוא – אפילו מצבו הקשה של האדם הזה עשוי לעורר אהדה אליו מצד בני-אדם. אין לזהות שיקולים מוסריים עם שיקולים שביושר במשמעות המשפטית, דבר התלוי ברצונו הטוב של הזולת אין לכפות עליו 'רצון טוב' זה על-ידי החלת שיקולים שביושר. עוד לא שמענו על הלכה מעין זו."¹⁸⁰

כיום, אומר גרוסקופף, גישה זו נראית מוזרה. הגישה שמלומדים ושופטים רבים מחזיקים בה היא גישה שהוא מכנה לצורך הדיון "גישת ההתחשבות". לפי גישה זו, גם

179 החוואי שי דרומי, מחוות בודדים שבנגב, עורר פרשה שהסעירה את ישראל, לאחר שב-13 בינואר 2007 ירה למוות בפורץ שפרץ לחוותו ופצע את חברו. שני הפורצים היו בדווים. דרומי הואשם בהריגה. במהלך המשפט, בעקבות הדיון הציבורי שעוררה הפרשה, חוקק חוק שזכה בכינוי "חוק דרומי", ולפיו "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור". ראו ס' 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1997, שהוסף בחוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, ס"ח 608. החוק נכנס לתוקפו ב-3 ביולי 2008. דרומי זופה לבסוף מחמת הספק מאשמת הריגה. ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' שי דרומי (טרם פורסם, 15.7.2009).

180 ע"א 281/61 משה שלוסר נ' יעקב כ"ץ, פ"ד טו 2329, 2333 (1961).

בתחומי הסמכות שיוחדו לבעל הקניין שיקול-דעתו אינו מוחלט, ויש להגבילו. יש כמובן מכשירים נורמטיביים שמטרתם להגביל את שיקול-הדעת, דוגמת עקרון תום-הלב, הקבוע בסעיף 14 לחוק המקרקעין. בהקשר של אחריות חברתית התפתחה גישה שלפיה בעל זכות קניינית מחויב ברמה מסוימת של אחריות חברתית, שהינה חלק מההגדרה של הזכות שניתנה לו. לפי גישה זו, בתחומים שנמסרו לשיקול-דעתו, בעל קניין חייב לפעול על-פי שיקולים של עזרה או דאגה לזולת, שיקולים של אחריות חברתית.

גרוסקופף הסביר כי המחלוקת בין שתי גישות קיצוניות אלה היא המקום שבו אנו נמצאים כיום. פרופ' חנוך דגן תיאר זאת כ"קניין על פרשת דרכים"¹⁸¹. יש משפטנים שעודם מחזיקים בגישת הריבונות, ולעומתם יש משפטנים המחזיקים בגישת ההתחשבות. בין שתי גישות אלה יש גוונים וגוני-גוונים.

גרוסקופף הסביר כי דילמה זו מוצאת את ביטוייה בשני פסקי-הדין המרכזיים של בית-המשפט העליון בעשור האחרון העוסקים בשאלת שיקול-הדעת הקנייני. פסקי-הדין בעניין רוקר¹⁸² עסק ביחס שבין זכות הקניין לבין חובת הדאגה לזולת. במקרה זה בנה אחד הדיירים בבית משותף על הרכוש המשותף ללא הסכמתם של הדיירים האחרים. השאלה שהתעוררה היא אם במסגרת כוחם של יתר הדיירים לדרוש את הריסת המבנה, הם מחויבים להתחשב באינטרסים של אותו דייר שבנה ובנוק שייגרם לו.

גרוסקופף הסביר כי פסקי-הדין ניתן אומנם ברוב גדול, אך בחינת דעותיהם של השופטים שישבו בדין מלמדת כי חילוקי-הדעות ביניהם קיצוניים בהרבה מכפי שעולה מהתוצאה הסופית. המשנה לנשיא לזין והשופטים מצא, חשין וטירקל דוגלים בגישה קרובה לגישה הריבונית או בגישה ריבונית מרוככת. לשיטתם, בעל הקניין – במקרה זה הדיירים בבית המשותף – יכול לעמוד על זכותו להרוס את המבנה תוך הפעלת שיקול-דעתו הקנייני. למעט חריגים כגון זוטי-דברים, כאשר בעל הקניין מפעיל את שיקול-דעתו הקנייני, הוא אינו נדרש על-ידי המשפט להתחשב בנוק שייגרם לשותף האחר. שלושת השופטים האחרים – השופט אנגלרד, הנשיא ברק והשופט שטרסברג-כהן – דוגלים בהגבלה מסוימת של שיקול-הדעת הקנייני בכיוון של גישת ההתחשבות. יש אומנם הבדלים בין שלושת השופטים באשר להיקף ההתחשבות, אך אצל שלושתם קיימת דרישה מסוימת להביא בחשבון את האינטרסים ההדדיים. קיימת אם כן מחלוקת, שאיננו יודעים עדיין כיצד תוכרע בבוא היום.

גרוסקופף התייחס גם לפסקי-הדין בעניין הורוויץ,¹⁸³ הדין אף הוא בשאלה של אחריות חברתית. השאלה שעלתה במקרה זה הייתה אם לבעל קניין יש שיקול-דעת קנייני לדרוש פיצוי בעקבות תוכנית מתאר אשר משפרת את הרווחה הכללית בעירו אך פוגעת במקרקעין שלו. גם בעניין זה הייתה מחלוקת בין השופטים. שלושה שופטים, שבראשם השופט אור, קבעו כי לבעל הקניין יש אחריות חברתית: יש לו חובה להביא בחשבון את

181 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005).

182 לעיל ה"ש 167.

183 דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' יהודית הורוויץ, פ"ד נח(6) 289

(2004) (להלן: עניין הורוויץ).

ההשלכות הכלליות של דרישתו לפיצוי, ולאפשר את ביצוע התוכנית לטובת הכלל ללא דרישה לפיצוי. שלושה שופטים אחרים, שבראשם השופט חשין, אמרו כי לבעל קניין יש זכות לעמוד על האינטרס הקנייני שלו, ואם רוצים לפגוע באינטרס זה, יש לפצותו. השאלה, שהתעוררה פה שנית, היא היקף שיקול-דעתו של בעל קניין. לדעת גרוסקופף, אם דוחים את הגישה הריבונית הקיצונית, מתעוררות שתי שאלות יסודיות שיש לחשוב עליהן: ראשית, עד כמה שיקול-הדעת של בעל הקניין רחב, אילו שיקולים חובה עליו להביא בחשבון (שיקולים מנדטוריים) ואילו שיקולים אסור לו להביא בחשבון (שיקולים זרים או שיקולים הנמצאים מחוץ לגדר ההחלטה הסבירה שלו)? שנית, שאלות מוסדיות – כיצד הרשות המפקחת על הגבלות אלה, קרי בית-המשפט, צריכה להפעיל את הפיקוח הזה ולאכוף את ההגבלות על הפרט? האם האכיפה אינה שקולה למעשה, במצבים מסוימים, לשלילתו של שיקול-הדעת? גרוסקופף הסביר כי הדרך שבה הציג שאלות אלה מזכירה את השאלות שמתעוררות בהקשר של משפט מנהלי. שאלות נוספות המתעוררות בהקשר המוסדי נוגעות בגבול הביקורת שבית-המשפט צריך לפתח בהינתן אותן קביעות מהותיות לגבי מרחב שיקול-הדעת.

בשאלה המהותית – אילו שיקולים צריך להביא בחשבון ואילו שיקולים לא צריך להביא בחשבון – גרוסקופף סבור כי בדיון המשפטי בישראל יש מעבר מהיר מדי מהטענה האומרת כי יש לחשוב על שיקול-דעתו של בעל הקניין אל השאלה מהי ההתחשבות הנדרשת ממנו באינטרסים של אחר או באינטרסים חברתיים. לדעתו, יש מקרים רבים – ועניין הורוויץ הוא אולי דוגמה להם – שבהם ניתן להגביל את זכות הקניין מתוך שיקולים הנוגעים בבעלי הזכויות הקנייניות עצמם, כלומר, מתוך שיקולים הנוגעים במהותו של מוסד הקניין. גם לבעלי הקניין אין רצון שזכות הקניין תהא זכות מוחלטת ושרירותית, שכן הדבר עלול להביא לעיתים לידי פגיעה בהם עצמם וליצור בעיות של פעולה משותפת (כגון זכויות וטו רבות מדי, שימנעו פיתוח והתקדמות מבעלי הקניין עצמם). לדעתו, כפי שמשקף מעניין הורוויץ, בעלי זכויות קנייניות לא היו רוצים בהכרח להיות זכאים לפיצוי בעבור כל פגיעה עתידית שתתרחש. הסיבה לכך היא שריבוי פיצויים עלול לצנן את רצונן של רשויות מקומיות לאפשר מעבר של תוכניות מתאר חדשות, אשר בסופו של דבר מיטיבות ומשפרות את יכולת השימוש במקרקעין של בעלי המקרקעין עצמם. כלומר, עשוי להיות ניגוד בין התשובה לשאלה בדיעבד (ex post) אם בעל הקניין שנפגע מעוניין בפיצוי לבין התשובה לשאלה מלכתחילה (ex ante) (מאחורי "מסך הבערות") מתי בעל קניין מעוניין שיהיה פיצוי על פגיעה תכנונית – אם בעבור כל סוג של פגיעה תכנונית או רק בעבור פגיעה בהיקפים מסוימים. אם ניתן לנסח טיעון שאומר שאנו רוצים להגביל את שרירות-הדעת של בעל הקניין – כלומר, להטיל עליו חובה לקבל פגיעות מסוימות – לא יהיה צורך בדיון המורכב יותר של דאגה לזולת ואחריות חברתית.

באשר להיבט המוסדי, גם אם נניח שיש אחריות חברתית או שיש חובה של בעל הקניין לדאוג לזולתו, מתעוררת עדיין השאלה עד כמה בית-המשפט צריך להתערב בהחלטות קונקרטיות של בעל קניין. לדעת גרוסקופף, צריכה להיות הכרה בקיומו של מרחב שיקול-דעת לבעל קניין, ויש להתיר התערבות רק במקרים הקיצוניים שבהם החריגה של בעל הקניין מתחום הסמכות היא בלתי-סבירה או עולה על סף מסוים. לדעתו, אם מאמצים את

ההגבלה הזאת, הדיון בעניין רוקר נהפך במידה רבה למיותר. לדעתו, השאלה אם ייקחו מהבעלים המשותפים חלק מן הרכוש המשותף או יחייבו את הדייר להרוס את המבנה שבנה, כאשר בשני המקרים הפגיעה דומה, צריכה להישאר להכרעתו של בעל הקניין, ועל בית המשפט להימנע מלהתערב גם אם הוא אינו משוכנע שבמקרה הקונקרטי הופעל שיקול-הדעת הקנייני בצורה הנכונה.

הדובר הרביעי היה ד"ר אמנון להבי מהמרכז הבינתחומי הרצליה. נושא הרצאתו היה השאלה אם ישראל הולכת – או מעוניינת ללכת – לכיוון של גלובליזציה של דיני הקניין, ובכלל זה של דיני הקרקעות. להבי התייחס לשתי תלונות המאפיינות יזמי נדל"ן גדולים: ראשית, שהדין והאכיפה אינם טובים; ושנית, שהעבודה בחוץ-לארץ מחייבת התמודדות עם שיטות משפט רבות אשר שונות זו מזו.

להבי אמר כי מעורבותם של משקיעים או גורמים זרים שהינם בעלי-עניין הינה תופעה המאפיינת את הגלובליזציה בכל תחומי החיים. לדעתו, מעניין לבחון את דיני הקרקעות – אשר באופן מסורתי נתפסים כתחום המקומי ביותר – ולשאל אם גם בתחום זה אנו צפויים ללכת לסוג של גלובליזציה של תורת משפט בין-לאומית החורגת מד' אמותיה של מדינה מסוימת. להבי ציין כי בכתיבה התיאורטית אנו רואים את היווצרותה של תיאוריה אוניוורסלית בנוגע לדיני הקניין. הכותבים מנתקים את עצמם לא רק ממקום מסוים, אלא גם מזמן מסוים. עם זאת, דיני הקניין הפוזיטיביים משקפים תבנית שהיא מקומית מאוד. דוגמה קלסית לכך היא משטר הקרקעות באנגליה הפיאודלית, שם המשטר הפוליטי-החברתי ודיני הקרקעות היו כרוכים זה בזה מעצם הגדרתם, והתפתחותם של דיני הקרקעות באנגליה לאורך השנים ביטאה, שיקפה ויצרה מציאות חדשה בכל הנוגע במערך היחסים הפוליטי באנגליה. להבי הוסיף כי כאשר בית-המשפט בישראל מפרש הוראות דוגמת סעיף 14 לחוק המקרקעין וסעיף 200 לחוק התכנון והבנייה, הוא נדרש לשיטות משפט שהוא מוצא אותן קרובות ונכונות ליישום ולאיימוץ.

להבי אמר כי בשנים האחרונות יש צמיחה ניכרת של אמנות ומוסדות בין-לאומיים חוצי-גבולות המשפיעים גם על דיני הקרקעות – תחום אשר בעבר נחשב כמצוי תחת ריבונות מקומית. כך, אמנת מסטריכט,¹⁸⁴ היוצרת מעבר חופשי של הון בתוך האיחוד האירופי, מתפרשת כמאפשרת גם השקעה בנדל"ן.¹⁸⁵ סעיף 1 בפרוטוקול הראשון לאמנה האירופית לזכויות אדם¹⁸⁶ עוסק בזכות הקניין, ובית-המשפט האירופי לזכויות אדם אוקף

184 Treaty on European Union, Feb. 7, 1992, 1992 O.J. (C 191) eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001.

185 שם, ס' 56 (על-פי הנוסח המתוקן): "1. Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on the movement of capital between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited." יצוין כי סעיף זה משולב כיום באמנת ליסבון, שנכנסה לתוקפה ב-1.12.2009. ראו: Treaty on the

Functioning of the European Union, art. 63, Dec. 13, 2007, 2008 O.J. (C 115) Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 1, Mar. 20, 1952. נוסח האמנה נגיש ב-www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/~d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a/0/englishanglais.pdf

את עקרונות האמנה ביחס למדינות רבות. להבי אמר כי מעניין שבית-משפט זה דן לא רק בסוגיות של הפרט נגד השלטון – כלומר, הפקעת מקרקעין – אלא גם בהיבטים של המשפט הפרטי של דיני הקניין. בפסק-דין שניתן בשנת 2007 על-ידי ההרכב המלא של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם נידונה השאלה אם דיני ההחזקה הנוגדת באנגליה מתאימים לאמנה האירופית לזכויות אדם או סותרים אותה.¹⁸⁷ אף שבסופו של דבר נדחתה העתירה נגד תקפותה של החקיקה האנגלית, עצם הדיון כלל החלה של נורמות חוץ-לאומיות על דיני המקרקעין, שהינם ליבו של המשפט האנגלי.

התפתחות חשובה נוספת היא צמיחתן של אמנות השקעה דו-צדדיות (BITS – Bilateral Investment Treaties), אשר המדינות שהן צד להן קובעות בהן כללים החורגים מאלה של המשפט הבין-לאומי. הסיבה לכך היא היחלשות המשפט הבין-לאומי המנהגי הנוגע בהשקעות זרות. בשנים האחרונות עולה לא רק מספר האמנות הדו-צדדיות, אלא גם מספר הבוררות הבין-לאומיות שמתנהלות לפני גופים בין-לאומיים ויוצרות פתח להשפעות חזקות של הוראות חיצוניות על דיני הקרקעות. לדוגמה, בית-המשפט האינטר-אמריקאי היושב בקוסטה-ריקה דן במקרה של שבט ילידי בפרגוואי שטען כי המדינה לא קיימה את הבטחתה להעביר לידיו 140,000 דונם במסגרת ההכרה בזכות ההיסטורית של השבט האינדיאני. ממשלת פרגוואי טענה כי יש אמנה דו-צדדית בין ממשלת פרגוואי לבין ממשלת גרמניה שמקנה עדיפות לתושבי גרמניה בהגנה על בעלות פרטית בקרקעות, ואשר מונעת לפיכך את נטילת הקרקע והחזרתה לידי השבט. בית-המשפט האינטר-אמריקאי קבע¹⁸⁸ כי האמנה האמריקאית לזכויות אדם, המגינה במקרה כזה על האינטרסים הקנייניים של השבט הילידי, גוברת על הוראות האמנה הדו-צדדית בין גרמניה לפרגוואי. מעבר להכרעה הקונקרטית, מעניין האופן שבו נורמות בדרגים שונים מעורבות בדיני הקרקעות של פרגוואי: אמנה בין-לאומית של בית-המשפט האינטר-אמריקאי; אמנות דו-צדדיות; דינים של פרגוואי בדבר תיקון עוולות העבר; ודיני הקניין הרגילים של פרגוואי, המגינים על זכויותיהם של בעלים רשומים. התוצאה היא אי-עקביות, אד-הוקיות וחוסר תיאום בין הערכאות השונות.

לדעת להבי, בלי קשר לעמדתנו הנורמטיבית הבסיסית, יש בעיות תורת-משפטיות, מבניות ומוסדיות ביכולת לעבור למשטר קרקעות אוניוורסלי על-מדינתי. לדעתו, אם רוצים לערוך רפורמה מבנית, נדרשים מוסדות מושלמים שיוכלו לעשות את הרפורמה הכוללת. להבי מכנה בעיה זו Incomplete Institutions – תפזורת של מוסדות בין-לאומיים שונים אשר מתקיימים זה לצד זה בלי הגדרת תפקיד ברורה, וכל אחד נוטל לעצמו את מה ש"מעניין" אותו. זוהי בעיה מבנית מוסדית.

187 ראו: J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye Land Ltd v. The United Kingdom [GC], 2007–X Eur. Ct. H.R. (application no. 44302/02).

188 ראו: Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, 2006 Inter-Am. C.H.R. (ser. C) No. 146, Paras. 248(1)–(3) (Mar. 29, 2006), available at [www.cidh.org/ninez/sawhoyamaya%20\(80\)/sentencia%20fondo,%20reparaciones%20marzo%2029%202006eng.doc](http://www.cidh.org/ninez/sawhoyamaya%20(80)/sentencia%20fondo,%20reparaciones%20marzo%2029%202006eng.doc).

להבי מבחין גם בין אוניוורסליזציה כהאחדה של דינים לבין משטר בין-מדינתי כגורם לפיצול-יתר של דינים. לעיתים תכופות אין מדובר בבעיה של האחדה, אלא בבעיה של פיצול-יתר, כמו במצב שבו מדינה אחת חתומה על עשרות אמנות דו-צדדיות עם מדינות שונות בנוגע לנכסים שבשטחה. נוסף על כך חשוב להבין את הנסיבות ההיסטוריות. בדיני הקרקעות, סוגיות של פוליטיקה, חברה, תרבות וכלכלה שזורות זו בזו, ואי-אפשר להבין את הדינים ללא ההקשר המיוחד שלהם. כך, יש נטייה לחשוב שמרשם מקרקעין יוצר ודאות, יציבות ושקט, אך יש מדינות רבות שבהן המעבר למרשם מקרקעין עלול לגרום דווקא לאי-סדר חברתי, למהומה רבתי וכדומה.

לסיכום הרצאתו אמר להבי כי ללא קשר לעמדתנו הנורמטיבית, דיני הקניין, ובמיוחד דיני המקרקעין, אינם מתאפיינים בנטייה טבעית להאחדה, מסיבות היסטוריות ומשפטיות. הגלובליזציה אומנם קיימת, אך אם אנחנו תומכים בהעצמתם של הקשרים הבין-מדינתיים, יש ליצור מוסדות בין-לאומיים חזקים יותר ולמנוע פיצול-יתר של זכויות. לדעתו, מצב-הביניים הקיים כיום אינו רצוי. באשר למידת ההשפעה על ישראל בעתיד, אמר להבי – נחיה ונראה.

פרק ה: מושב חמישי – משפט מנהלי וציבורי

משתתפי המושב: יושב-ראש – ד"ר גיא זיידמן, פרופ' דפנה ברק-ארז, פרופ' יואב דותן, ד"ר אמנון רייכמן, ד"ר עידו פורת

1. פתח-דבר

עניינו של המושב החמישי היה משפט מנהלי וציבורי. הדוברים במושב זה הציגו את נושא הצדק החברתי במשפט הציבורי הישראלי, ניתחו את המחיר החברתי של האקטיביזם השיפוטי, בחנו את "הרגעים החוקתיים" שהתקיימו במדינת-ישראל, ולבסוף הציגו את ההיסטוריה של מבחני האיוון במשפט החוקתי הישראלי. בכרך זה של כתב-העת מופיע מאמרו של ד"ר עידו פורת "שישים שנות איוון: על המעבר מאיוון משני לאיוון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון".¹⁸⁹

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדוברת הראשונה הייתה פרופ' דפנה ברק-ארז מאוניברסיטת תל-אביב. נושא הרצאתה היה צדק חברתי במשפט הציבורי.

189 עידו פורת "שישים שנות איוון: על המעבר מאיוון משני לאיוון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפט ועסקים י עמוד 347 (2010)

ברק-ארוז הסבירה כי צדק חברתי מביא בחשבון גם את ההקשר הקבוצתי של העוול שנגרם ליחיד – את מבני הכוח החברתיים והמכשולים המיוחדים העומדים בדרכם של פרטים המשתייכים לקבוצות מוחלשות. נשאלת השאלה מה מקומו או תרומתו של המשפט הציבורי לצדק מן הסוג הזה.

ברק-ארוז ציינה כי את שאלת הצדק החברתי יש לשאול תוך התייחסות לתחומי משפט שונים, ולא רק למשפט הציבורי, אך המשפט הציבורי חשוב מאוד בהקשר זה מאחר שהוא קובע את התשתית של השיטה המשפטית.

לדבריה, כדי לעסוק באופן רציני בשאלות של צדק חברתי במשפט הציבורי, יש להשקיע על השאלה במבט מוסדי רחב ולדבר על התרומה של כל אחד ואחד מן המוסדות והרשויות – ולא רק של בית-המשפט העליון – להשגתו של יעד זה.

בחנית התשתית החוקתית – השאלה הראשונה היא באיזה אופן התשתית החוקתית של חברה נתונה מתאימה לקידום ערכים של צדק חברתי. לדעת ברק-ארוז, נדרשת לשם כך חוקה אשר מעניקה מקום לזכויות חברתיות ומכירה בזכות לשוויון. במבחן זה, לדעת ברק-ארוז, בסיכום שישים השנים הראשונות של משפטנו ישראל נמצאת במקום לא-טוב, שכן אין למדינה חוקה הכוללת זכויות חברתיות, ואין בה גם הכרה מפורשת בזכות לשוויון. הדברים אמורים למרות מפעלו של בית-המשפט העליון בתחום זה, אשר קרא באופן חלקי (ולעיתים גם מהוסס) הכרה בזכויות חברתיות אל תוך חוקי-היסוד,¹⁹⁰ והכיר בזכות לשוויון כחלק מהזכות לכבוד,¹⁹¹ אף שהטקסט החוקתי אינו כולל התייחסות לפרמטרים אלה.

בחנית הרשויות המחוקקת והמבצעת – בהקשר של צדק חברתי במשפט הציבורי חשוב מאוד לדון ברשויות המחוקקת והמבצעת, במיוחד ככל שמדובר בחלוקה של משאבים ובקביעתם של סדרי עדיפויות חברתיים. לדברי ברק-ארוז, לרשות המחוקקת יש "רקורד" מעורב בהקשר זה. מחד גיסא, למן שנות החמישים חוקקה הכנסת חוקי שוויון רבים מאוד, והקימה מערך של חקיקה סוציאלית.¹⁹² שני נתונים אלה חשובים מאוד לקידומו של צדק חברתי. מאידך גיסא, לדברי ברק-ארוז, קיימים בחקיקה הישראלית היבטים בעייתיים. כך,

190 ראו, למשל, בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי (לא פורסם, 12.12.2005) (להלן: עניין עמותת מחויבות); בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (לא פורסם, 18.7.2005).

191 ראו, למשל, בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (טרם פורסם, 11.5.2006).
192 ראו, למשל, חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"ז-1950 (להלן: חוק משפחות חיילים); חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951; חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951; חוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953; חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953; חוק הביטוח הלאומי, התשי"ד-1953, ס"ח 6; חוק ארגון הפיקוח על העבודה, התשי"ד-1954; חוק נכי המלחמה בנאצים, התשי"ד-1954; חוק הגנת הדייר, התשי"ד-1954, ס"ח 92; חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957; חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957; חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; חוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958; חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959; חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט-1959 (להלן: חוק הנכים).

לדוגמה, קיימות הגבלות לגבי היקף תחולתו של עקרון השוויון בתחום דיני המשפחה. נוסף על כך, לדבריה, קיימים בחקיקה מנגנונים אשר שוחקים אותה מתוכה (דוגמת חקיקה סוציאלית שכוללת הוראות המאפשרות לדחות את מועד תחולתה; חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, שהיקפו תלוי בעדכונו של סל הבריאות). באשר לרשות המבצעת, ברק-ארו הצביעה על כך שזו פעלה לקידום הצדק החברתי מעבר למה שהייתה חייבת לעשות מכוח חקיקה. כך, לאורך השנים ניתנו בישראל תמיכות שלטוניות וגובשו תוכניות פיתוח לאו דווקא על-פי חקיקה, אלא מכוח החלטות מדיניות.¹⁹³ לרשות המבצעת בישראל יש סמכויות רחבות מאוד. השאלה היא אם בתנאים הנוכחיים של הפרטה¹⁹⁴ וגלובליזציה היא תוכל לנצל את סמכויותיה באופן מיטבי לקידום הצדק החברתי.

בחינת פסיקתם של בתי-המשפט – לדברי ברק-ארו, יש להבין את הציפיות שבית-המשפט יקדם צדק חברתי בתוך ההקשר המוסדי הכולל. בית-המשפט אינו יכול לקבוע מדיניות כלכלית כללית, ואף לא לקבוע את סדרי עדיפויותיה של החברה.¹⁹⁵ עם זאת, יש לו תפקיד מתקן ביחס לתופעות שהוזכרו לעיל: ראשית, משום שלפחות באופן חלקי מדובר בנושאים שיש להם השלכות על זכויות אדם, ולבית-המשפט יש היכולת לאכוף זכויות; שנית, בית-המשפט מפקח לא רק על תוכני ההחלטות שהרשויות מקבלות, אלא גם על הליך קבלת ההחלטה בהן. למשל, אם ממשלת ישראל עומדת לקבל החלטה בעלת משמעות חברתית, אזי למרות נטייתו של בית-המשפט להשאיר בידי הרשות שיקול-דעת רחב ביותר לגבי תוכני ההחלטה, הוא יכול לתבוע מן הרשות המבצעת לקיים הליכי קבלת החלטה נכונים שיביאו בחשבון את המשמעויות החברתיות.¹⁹⁶ כלומר, ניתן לתרום לקידומו

193 כמה מהחלטות מדיניות אלה אף הגיעו לדיון משפטי ועוררו ביקורת. ראו, למשל, 5994/90 ח"כ אברהם פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (1990); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 27.2.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב העליונה).

194 ראו בהקשר זה בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009) (להלן: עניין חטיבת זכויות האדם), שבו קבע בג"ץ כי ניהולו של בית-סוהר בהפרטה מלאה ("בית-סוהר פרטי") פוגע בזכות חוקתית, ולכן הוראות החוק בעניין זה (החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, ס"ח 348) בטלות.

195 ראו, למשל, את דבריה של השופטת נתניהו בבג"ץ 3472/92 יוסף ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153 (1993): "בית המשפט לא יורה לרשות כיצד להקצות ולחלק את משאביה. חיוב בהוצאה למטרה מסוימת חייב לבוא על חשבון מטרה אחרת, אולי חשובה ממנה, או אולי על-ידי הגדלת התקציב שיינתן לה על-ידי אוצר המדינה ואשר חייב יהיה להיעשות על חשבון תקציבים שנועדו למטרות אחרות, אולי חשובות יותר. בית המשפט אינו הגוף המוסמך לעסוק ואינו יכול לעסוק בהקצאת משאביה של החברה... בית המשפט יכול רק לבקר את פעולותיה של הרשות בחלוקת משאביה, אם עומדים הם בכללי המשפט המנהלי, וביניהם במבחן השוויון והסבירות."

196 ראו, למשל, עניין ועדת המעקב העליונה, לעיל ה"ש 197, העוסק בתוצאות קביעתם של אזורי עדיפות לאומית אשר לא כללו כמעט שום יישוב ערבי; בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002) (להלן: עניין

של צדק חברתי גם באמצעות הליכים פרוצדורליים. בהמשך הרצאתה בחנה ברק-ארוז כמה מקרי-מבחן מפסיקתו של בית-המשפט העליון, וניתחה את השאלה אם בית-המשפט ממצה בפסיקתו את הפוטנציאל לקידום צדק חברתי. בנושא ההגנה על זכויות חברתיות ציינה ברק-ארוז כי בית-המשפט הכיר בכך שהזכות לכבוד האדם כוללת הגנה על סטנדרט מינימלי של קיום בכבוד (להבדיל מסטנדרט של קיום הולם בכבוד).¹⁹⁷ לדעת ברק-ארוז, הדרך לקידום זכויות חברתיות בישראל מחייבת לעשות שימוש לא רק בפרדיגמת ה"כבוד", אלא גם בפרדיגמת ה"שוויון", כלומר, על בסיס תביעה לאי-הפליה במתן שירותים חברתיים על-ידי הרשויות. כך, למשל, בהקשר של שירותי בריאות, השאלה שצריכה להישאל, על-פי ברק-ארוז, היא אם קיימת נגישות שווה, במובן המהותי, של שירותי הבריאות לכל האוכלוסיות.

בהקשר זה ציינה ברק-ארוז את החלטתו של בית-המשפט הגבוה לצדק להכיר בעקרון הצדק החלוקתי בפסק-הדין שעסק בהחלטות לגבי מקרקעי ישראל.¹⁹⁸ חשיבותו של פסק-הדין חורגת מן התחום שבו הוא עוסק: היא נובעת מן ההכרה בכך שלעקרון הצדק החלוקתי יש מקום במסגרתו של שיקול-הדעת המנהלי. ברק-ארוז ציינה שקיים קושי ביישומו של העיקרון, הואיל והמשמעות המדויקת של המושג "צדק חלוקתי" עודנה עמומה בשלב זה. האתגר העומד לפתחנו הוא הגדרת משמעותו של הצדק החלוקתי בצורה ברורה. כנקודת מוצא חשוב להכיר בכך שהמונח כולל התייחסות קבוצתית לשוויון, ולא רק יחידנית, ושההתייחסות הקבוצתית צריכה להיות גם בין-דורית, כלומר, להתחשב גם בהשלכות על דורות עתידיים. מעבר לכך, החתירה לצדק חלוקתי צריכה להסתייע גם בכלים פרוצדורליים – עקרונות משפטיים שיבטיחו כי הליכי קבלת ההחלטות יכללו היבטים של שיתוף ושקיפות.

ברק-ארוז הבהירה גם את הקשר בין הגנה על איכות הסביבה לבין צדק חברתי – הגנה על איכות הסביבה משפיעה באופן ישיר על מידת ההנאה של הציבור ממשאבי הטבע המידלדלים. בתחום זה קיימת פגיעות-יתר של אוכלוסיות חלשות, שכן האוכלוסייה המבוססת יכולה לרכוש לה את המרחב הירוק הפרטי שלה ולהתעלם ממה שקורה במרחב הציבורי. בשל מגבלותיו של הטקסט החוקתי הישראלי, ההגנה השיפוטית על ערכי איכות הסביבה בישראל מתמקדת בתחום המשפט המנהלי. בתחום זה אנו רואים בשנים האחרונות הגנה מתחזקת של בתי-המשפט – למשל, על-ידי אכיפת אי-בנייה סמוך לחופים¹⁹⁹ וחזיון

שיח חדש), העוסק בהשלכות החלוקתיות של מתן פיצוי לחקלאים בגין שינוי ייעודן של קרקעות מחקלאות לבנייה.

197 ראו, למשל, עניין עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 194, פס' 15–16 לפסק-הדין, וכן פסקי-הדין המוזכרים בפסקות הנ"ל.

198 עניין שיח חדש, לעיל ה"ש 200.

199 ראו, למשל, ע"א 1054/98 חוף הכרמל תיירות ונופש (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פ"ד נו(3) 385 (2002); ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע (טרם פורסם, 7.12.2006). יצוין כי בשני פסקי-הדין הנ"ל אומנם התיר בית-המשפט לבנות בקרבת חוף-הים, אך צמצם את הפגיעה בציבור. לפסקי-דין מן התקופה האחרונה ראו ע"מ (מינהליים ת"א) 1772/08 מ.א. פלמחים כפר הנופש נ'

של זכות ההתנגדות של הציבור.²⁰⁰

ברק-ארוז התייחסה גם לנושא ההעדפה המתקנת – אף שהמחוקק הוא שיצר אותה, לבית-המשפט העליון הייתה תרומה משמעותית לקידומה. כך, בעניין שדולת הנשים הראשון²⁰¹ הבהיר בית-המשפט הגבוה לצדק כי ההעדפה המתקנת אינה בגדר חריג לעקרון השוויון, אלא חלק מעיקרון זה. לכן יש אפילו מקום להרחבה פסיקתית של עקרון ההעדפה המתקנת בתחומים שלא טופלו באופן מלא על-ידי חקיקה. כיום נקודת-ההתורפה ביישום ההעדפה המתקנת בפסיקה היא שקיימת תמיד השאלה המעשית: האם לבטל מינוי שנעשה תוך פגיעה בהעדפה המתקנת? האם לפגוע בצד שלישי תם-לב שכבר קיבל את התפקיד? בעניין שדולת הנשים הראשון בוטלו המינויים, ולכן הפסיקה הייתה יעילה. בעניין שדולת הנשים השני²⁰² נאמרו אומנם דברים חשובים מאוד ברמת ההלכה המשפטית, אבל בסופו של דבר לא בוטל המינוי.

לקראת סיום הרצאתה אמרה ברק-ארוז כי דיון רציני בתרומתה של הרשות השופטת לצדק החברתי בישראל מחייב מבט מעבר לבית-המשפט העליון לבדו. יש לבחון את הערכאות הנמוכות, כי רוב השאלות של צדק חברתי מתחילות שם. ברק-ארוז מאמינה ביכולתו של בית-המשפט לתרום גם בעתיד לקידומו של צדק חברתי במדינת-ישראל, אבל ברור שתרומה זו מוגבלת, לנוכח הקשיים המוסדיים והחוקתיים שבית-המשפט מתמודד איתם. לכן התביעה העיקרית שלנו צריכה להיות מכוונת לרשות המכוננת, לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת – עליהן לעשות את חלקן לקידומו של הצדק החברתי במסגרת קידומם של המשפט ושל הפרויקט החוקתי בישראל.

הדובר השני היה פרופ' יואב דותן מהאוניברסיטה העברית בירושלים. נושא הרצאתו היה המחיר החברתי של האקטיביזם השיפוטי. מדובר בשאלת המחיר החברתי של התערבות שיפוטית בהחלטות של מוסדות ברשויות המבצעת והמחוקקת, ובמיוחד בהחלטות ביצועיות.

דותן פתח באמירה שאין מחלוקת על כך שבביקורת חיצונית בכלל ובביקורת שיפוטית על החלטות ביצועיות בפרט יש חשיבות ותועלות, וכי יש לנו סיבות טובות לחשוב שמוסד הביקורת השיפוטית הוא מוסד שאנחנו רוצים לשמר. זאת, בין היתר, מכיוון שאנחנו רוצים שבת-המשפט יפקחו על הרשות ויגבילו את כוחה, כך שלא ייוותר בידיה כוח

הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז (טרם פורסם, 7.4.2009); עת"מ (מינהליים חי') 538/08 פאר וייסנר – יו"ר מפלגת הירוקים נ' שר הפנים (טרם פורסם, 30.4.2009); עת"מ (מינהליים ת"א) 2762/08 מפלגת הירוקים נ' ועדת הערר לתכנון ובניה – מחוז מרכז (טרם פורסם, 3.9.2009). עוד ראו את פסק-דינו של השופט דניאל פיש בת"פ (שלום חי') 4390/04 מדינת ישראל נ' קרן קיסריה אדמונד בנימין דה רוטשילד (לא פורסם, 29.8.2005).

200 ראו, למשל, בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673 (2001); בג"ץ 10/00 עיריית רעננה נ' המפקחת על התעבורה מחוזות ת"א והמרכז, פ"ד נו(1) 739 (2001).

201 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994) (להלן: עניין שדולת הנשים הראשון).

202 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998).

בלתי־מוגבל. אך חשוב להכיר בכך שלצד יתרונותיה של הביקורת השיפוטית וחשיבותה, יש לה גם מחירים, ולפעמים מחירים כבדים. היבט זה אינו קיים כמעט בשיח המשפטי. לכן חשוב להפנות זרקור לנושא זה, להכיר במחירה של הביקורת השיפוטית, לזהות את מרכיביו של מחיר זה ולהביאו בחשבון.

טענתו העיקרית של דותן היא שאנחנו משלמים מחיר רציני למדי בעצם קיומה של הביקורת השיפוטית על החלטות מסוימות, וזאת ללא קשר לתוצאתו של הליך הביקורת עצמו. לדעתו, המערכת השיפוטית בישראל בחרה במידה רבה להתעלם ממחיר זה. ההנחה העומדת בבסיס הדברים היא שבתי־המשפט שלנו נוהגים לערוך ביקורת שיפוטית בצורה פעילה מאוד.

השאלה הראשונה שאותה ביקש דותן להעמיד לדיון היא אם ביקורת היא תמיד דבר טוב. אנחנו נוהגים להניח שביקורת חיצונית היא תמיד דבר טוב, אולם דותן טוען כי לא כך הדבר. ביקורת היא כמובן דבר חשוב: איננו מאמינים באופן מוחלט במקבלי ההחלטות, גם אם בחרנו בהם, ולכן חשוב לנו שתהיה ביקורת על כולם ובכל הדרגות: פוליטיקאים, אנשי צבא, אנשי מנהל, רופאים ומנהלי בתי־חולים. עם זאת, יש לשים לב שלביקורת השיפוטית יש מאפיין מובהק וקיצוני: זוהי ביקורת מחייבת, מתערבת, כופה, והיא מצויה במתח עם העיקרון הביצועי, שלפיו מי שמוטל עליו התפקיד וניתנת לו הסמכות – לו הכוח להחליט, ועליו מוטלת האחריות לגבי התוצאות. לדעת דותן, ביקורת חיצונית, במיוחד כזו שיש לה הכוח להתערב בהחלטה הסופית של מקבל ההחלטה, מחלישה קשר חיוני זה, משום שבסופו של דבר מי שמקבל את ההחלטה אינו אחראי לתוצאות.

דוגמה אחת היא החלטת בית־המשפט הגבוה לצדק בעניין גדר־הפרדה.²⁰³ מול עמדתו של מפקד צה"ל באזור, הסבור שהגדר צריכה לעבור בתוואי מסוים, בא בית־המשפט הגבוה לצדק וקובע אחרת. המשמעות היא שהאדם האחראי לביטחון – המפקד הצבאי – לא קיבל את ההחלטה הסופית, אך הוא נדרש להיות אחראי לה. לדעת דותן, ההנחה הבסיסית של כל מערכת ביצועית צריכה להיות שבאופן עקרוני האדם שמקבל את ההחלטה הוא גם זה שנושא באחריות. אם מפקד צה"ל באזור (או מנתח בזמן ניתוח או איש מנהל שמופקד על מחלקה במשרד ממשלתי) הוא האדם שהמערכת הטילה עליו לקבל את ההחלטה, אזי לצורך העניין הוא האדם הנכון לקבל אותה. כדי שמישהו אחר – בפרט מישהו מחוץ למערכת – יקבל את ההחלטה במקומו, צריכות להיות לכך סיבות יוצאות־דופן מאוד.

לגישתו של דותן, דברים אלה נכונים לפעמים גם לפעולה בתוך המערכת הביצועית עצמה. כך, למשל, דותן מזכיר כי בזמן מלחמת לבנון השנייה, במהלך הלחימה, שלח הרמטכ"ל את סגנו, האלוף קפלינסקי, להיות אחראי מטעמו לפעולות בפיקוד הצפון. מחד גיסא, לא הדיחו את אלוף הפיקוד אודי אדם, אך מאידך גיסא, היה שם מישהו אחר, מתוך המערכת, שישב וקיבל את ההחלטות במקומו. בכך יש עמעום בפרמטר המאוד־בסיסי הזה של סמכות ואחריות. לא כל שכן אם ההתערבות באה מבחוץ ונעשית על־ידי אנשים שאינם חלק מהמערכת עצמה ואשר אין להם, מטבע הדברים, הכישורים הבסיסיים הנדרשים. דותן ציין כי מחיר נוסף של הביקורת השיפוטית הוא ההכפפה של ערכים ביצועיים

203 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).

לערכים משפטיים. למערכות ביצועיות יש ערכים בסיסיים שהן פועלות לפיהם, ואלה אינם זהים בהכרח לערכים של מערכות משפטיות. יש ביניהם מתח, ולעיתים אף מתח קשה. כך, לדוגמה, במערכת המשפטית המונח "אחריות קולקטיבית" נתפס כבעייתי, והכלל הנוהג הוא ש"איש בחטאו יומת".²⁰⁴ במערכות ביצועיות, לעומת זאת, המונח "אחריות קולקטיבית" מקובל מאוד: בצוות בחדר ניתוח או בסיירת מטכ"ל, אדם אחראי גם לכשלים של חבריו, והאחריות היא קולקטיבית. כאשר המערכת המשפטית חודרת ומתחילה לבדוק את דרכי הפעולה וקבלת ההחלטות של המערכת הביצועית, היא גורמת לשינוי דפוסי: אנשים מתחילים לפעול בזהירות, חושבים מה יגידו בוועדת החקירה, ואינם עושים בהכרח פעולות שיחפו על אחרים. זה אחד המחירים של הכפפת המערכת הביצועית לזו השיפוטית.

לדברי דותן, מערכות משפטיות הן מערכות פורמליסטיות שמודדות את האיכות של קבלת ההחלטות לפי מערכת של כללים מקדמיים. לעומתן, מערכות ביצועיות בודקות בראש ובראשונה תוצאות. ברגע שאנחנו מתחילים למדוד פעולה לא לפי התוצאה בשורה התחתונה, אלא לפי התאמתה למערכת הכללים המקדמיים, אנחנו גורמים לעיוותים במערכות קבלת ההחלטות הביצועיות הרלוונטיות. נוצר כאן מעין תהליך של "המרת ערכים": ממירים את הערכים של המערכת הביצועית באלה של המערכת השיפוטית.

דותן סיים את דבריו בדיון בשאלה מתי ובאיזה הקשר אנחנו משלמים את המחיר. לדבריו, אחת ההצדקות הנפוצות לביקורת שיפוטית ברמת מעורבות גבוהה היא שב־ישראל אומנם מגיעים לבית־המשפט עניינים רבים מאוד שבמקומות אחרים אינם מגיעים לבית־המשפט (כגון החלטות צבאיות מקצועיות, החלטות של רשויות התביעה וכדומה), אבל בית־המשפט הגבוה לצדק דוחה את רוב העתירות, ולכן לא ממש מתערב. דותן מסכים שמבחינת הנתונים המספריים הדבר נכון, אבל לטענתו את המחיר החברתי של ההתערבות השיפוטית אנחנו משלמים ללא כל קשר לשאלה מה תהיה תוצאת העתירה. אם כל דבר מגיע או יכול להגיע לבית־המשפט, וזאת כמעט בזמן אמיתי, אזי המחיר החברתי כבר משולם: אם מקבל ההחלטה הביצועית יודע שכל החלטה שלו עשויה להגיע לבית־המשפט ולהיבחן שם לפי סטנדרטים משפטיים, שהם מלכתחילה עמומים ולא־ברורים, אזי הפגיעה של המערכת השיפוטית התרחשה ברגע שהגענו לבית־המשפט ואף קודם לכן.

הדובר השלישי היה ד"ר אמנון רייכמן מאוניברסיטת חיפה. בהרצאתו "חוקה לישראל: מהפכה בשלוש מערכות" בחן רייכמן את שלושת "הרגעים החוקתיים" שהיו במדינת־ישראל: הרגע המכונן, המעבר למשטר של "כבילה עצמית" והמעבר לחוקה פורמלית "פתוחה".

הרגע הראשון החל להתגבש עם הקמת המדינה, והגיע לכלל ייצוב בשנת 1953. חשיבותו בגיבושה של חוקה מטריאלית, בלתי־כתובה, הכוללת שלושה רכיבים מרכזיים: העדר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית; פיתוח מגילת זכויות שיפוטיות שפועלת בעיקר כלפי מחוקק־המשנה והרשות המנהלית; וכן הקביעה שבית־המשפט העליון מחויב לתקדימו. כידוע, הרגע החוקתי הראשון היה אמור לכונן חוקה פורמלית לישראל, שכן

204 הביטוי לקוח מדברים כד 16.

הבחירות הראשונות היו לאספה המכוננת. אולם ב"החלטת הררי"²⁰⁵ מיום 13 ביוני 1950, קבעה הכנסת שחוקתה תחוקק פרקים-פרקים, "חוקים יסודיים", אשר יאוגדו, לכשיושלמו, לכלל חוקה. בכך זרעה הכנסת את גלעין המבוכה באשר למעמד של חוקי-היסוד עד שיושלם הפרויקט החוקתי. רייכמן הזכיר כי לגבי הכרזת-העצמאות נקבע אומנם שאין לעקרונות המנויים בה תוקף משפטי המאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, אלא רק מעמד המאפשר פרשנות של דברי חקיקה, אך לדעתו מדובר באפשרות שהוחמצה. זאת, לא משום שהכרזת-העצמאות היא אכן חוקתה של מדינת-ישראל – פרשנות זו היא אנכרוניסטית, שכן בעת חתימתה היה ברור לכל שהיא אינה חוקה, אלא צעד בדרך לחוקה – אך בכל-זאת היה בית-המשפט יכול לקבוע כי עד שתיכון חוקה תהווה המגילה "חוקה זמנית" או "חוקת-מעבר". אפשרות זו לא נידונה בשעתו בשיח המשפטי או הפוליטי, והביטוי "חוקת-מעבר" יוחס לחקיקה של הכנסת שתוכנה עסק בסדרי שלטון ומשפט.

בשנת 1953 הוגשה הצעת חוק-היסוד הראשונה,²⁰⁶ והתקבל פסק-הדין בעניין קול העם,²⁰⁷ אשר השלים את מבנה ההגנה על זכויות האדם באמצעות החוקה המטריאלית, כפי שפותחה בפרשות בז'ראנו,²⁰⁸ שייב²⁰⁹ ואל-כרבוטלי.²¹⁰ בכך למעשה הושלם הרגע החוקתי הראשון, והחל העידן החוקתי הראשון, שבמסגרתו עסקה הכנסת, פרק-פרק, בחקיקת חוקי-היסוד המשטריים של ישראל. מסע זה, שהחל כאמור בשנת 1953, נמשך גם במהלך העידן החוקתי השני (ראו להלן), ולמעשה עד לשנת 1992 (וליתר דיוק: 1994), עם חקיקת חוקי-היסוד המגינים על מקצת זכויות האדם. כידוע, בולטים בהעדרם ממפעל זה חוקי-יסוד: החקיקה,²¹¹ וכמובן חוקי-יסוד: זכויות האדם והאזרח,²¹² אשר אמור להעניק הגנה מקפת לזכויות האדם (ובכלל זה לזכויות בהליך המשפטי ולזכויות חברתיות).

205 "החלטת הררי" או "פשרת הררי" – על-שמו של יוזם הפשרה חבר-הכנסת יזהר הררי. וזו לשונה של ההחלטה הידועה: "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה." ראו ד"כ 5, 1743 (התש"י).

206 הלוא היא הצעת חוקי-יסוד: הכנסת. ראו הצעת חוקי יסוד (הכנסת), ה"ח התשי"ד 18.

207 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: עניין קול העם).

208 בג"ץ 1/49 סלומון שלמה בז'ראנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).

209 בג"ץ 144/50 ד"ר ישראל שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה(1) 399 (1951).

210 בג"ץ 7/48 אחמד שוקי אל-כרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב 5 (1949).

211 הצעת חוקי-יסוד: החקיקה נידונה בכנסת פעמים מספר. ראו, למשל, הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 133; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 326; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, ה"ח הממשלה התשנ"ב 149; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, התשנ"ג 91; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, התשס"א 91.

212 ראו לעניין זה הצעת חוקי-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 448. ראו גם הצעת חוקי-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, ה"ח התשמ"ג 111.

הרגע החוקתי השני של מדינת ישראל סב סביב פסק-הדין בעניין ברגמן,²¹³ שניתן בשנת 1969. זאת, הן בגלל מה שנקבע בו – קרי, שחוק הסותר סעיף משוריין בחוק-יסוד אין לנהוג על-פיו אלא אם כן התקבל ברוב הדרוש – והן בגלל מה שלא נקבע בו, והוא מעמדם המשפטי של חוקי-היסוד. כזכור, היועץ המשפטי לממשלה ביקש מבית-המשפט הגבוה לצדק לא להכריע בשאלת סמכותו לערוך ביקורת שיפוטית, ובית-המשפט הגבוה לצדק נענה לבקשה זו. בפסקי-הדין המאוחרים יותר בעניין קניאל²¹⁴ ובעניין רסלר²¹⁵ הבהיר בית-המשפט באופן נחרץ את עמדתו כי פסיקתו אינה נשענת על מעמדם המיוחד של חוקי-היסוד, אלא על השריון המצוי בהם (ככל שהוא מצוי), ובכך השאיר את מעמדם של חוקי-היסוד בצריך עיון. חשוב להזכיר כי אליבא דבית-המשפט, הדיבר "חוק-יסוד" אינו משנה את מעמדו של החוק, ולפיכך אין הכרח שחוק אשר משנה את האמור בחוק-יסוד יתקבל דווקא כחוק-יסוד, משום שהכותר "חוק-יסוד" הוא "עניין שבסמנטיקה בלבד".²¹⁶ בפרשות אגודת דרך ארץ²¹⁷ ורובינשטיין²¹⁸ נמשך דפוס פעולה זה, אשר אפיין את העידן החוקתי השני של מדינת-ישראל: בית-המשפט העליון קבע כי ניתן להשאיר את שאלת סמכותו של בית-משפט לערוך ביקורת שיפוטית ללא הכרעה, תוך שהוא קובע כי החוקים שנידונו שם סותרים את האמור בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת מכיוון שהם לא התקבלו ברוב הדרוש, ולכן אין לפעול על-פיהם. גם הכנסת המשיכה לפעול באותו דפוס: היא לא ערערה על סמכותו של בית-המשפט לדון בסתירה שבין חוק לבין סעיף 4 המשוריין הנזכר לעיל, אלא פשוט חוקקה את החוק הסותר (אם נמצאה סתירה כאמור) ברוב של 61 חברי-כנסת, ואף בדרך של חוק תשריר (קרי, חוק אשר מאשרר למפרע את תוקפם של חוקים). ניתן לומר אפוא שהמבנה החוקתי של מדינת-ישראל בתקופה זו, המכונה תקופת "הכבילה העצמית", היה בלתי-ברור בעליל מבחינה עיונית, אך בה-בעת אופן ההתנהלות, מבחינה אופרטיבית, היה נהיר ובהיר. מחד גיסא, לא היה ברור מה המדרג הנורמטיבי במדינת-ישראל: מהי הנורמה העליונה? מכוח מה בית-המשפט עורך ביקורת שיפוטית בפועל? מה מעמדם של סעיפים משוריינים בחוקי-יסוד או בחוקים רגילים, ומה מעמדם של סעיפים אשר סותרים אותם אך התקבלו ברוב הדרוש? מאידך גיסא, הייתה בהירות אופרטיבית: אם קיימת טענה שחוק סותר את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ההליך להתמודדות עם סתירה זו בהיר וידוע – נדרש רוב של 61 חברי-כנסת, ותו לא. מעבר לכך, לפי רייכמן, שני דברים חשובים ראויים לציון בתקופה זו. ראשית, בית-

213 לעיל ה"ש 92.

214 בג"ץ 148/73 פרופסור שמואל קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973).

215 בג"ץ 60/77 יהודה רסלר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556 (1977).

216 שם, בעמ' 560.

217 בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השירות, פ"ד לה(4) 1 (1981).

218 בג"ץ 141/82 ח"כ אמנון רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983). יצוין כי בפרשה זו הוזהר בית-המשפט (מפי השופט לוי) את הכנסת כי שתיקתה המתמשכת בעניין סמכותו של בית-המשפט צפויה להוביל, בסופו של יום, לכך שהכנסת תהיה מנועה מלהטיל ספק בסמכות זו (שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט לוי).

המשפט לא נטש את החוקה המטריאלית, אלא המשיך ופיתח אותה, אך לא בכיוון שדרש הסמכה לפגיעה בזכות יסוד של הפרט, אלא בכיוון ההפוך – המסמך פגיעה כזו בשם עיקרון חוקתי.²¹⁹ שנית, בית-המשפט, והקהילייה המשפטית באופן כללי, לא פיתחו את עקרון השוויון המנוי בסעיף 4 הנזכר לעיל מעבר לסוגיה של מימון בחירות. על פניו, לעקרון השוויון יש פוטנציאל חוקתי של ממש להגנה על זכויות דמוקרטיות רבות, ובכלל זה על חופש הביטוי הפוליטי. לדעתו של רייכמן, אם ברגע החוקתי הראשון הוחמצה ההזדמנות לראות את הכרזת-העצמאות כחוקה זמנית, ברגע השני הוחמצה ההזדמנות לפתח את עקרון השוויון בבחירות למלוא היקפו.

הרגע החוקתי השלישי החל בחקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992,²²⁰ השתכלל בפרשת בנק המזרחי²²¹ המפורסמת, והגיע לכלל מימוש סופי בסוף שנות התשעים, עם ביטולם של סעיפים בחקיקה ראשית של הכנסת אשר נקבע כי הם סותרים את האמור בחוקי-יסוד אלה.²²² כידוע, בפרשת בנק המזרחי נחלקו השופטים בשאלה אם הכנסת מוסמכת לחוקק חוקה עליונה – אם משום שהיא כל-יכולה, כשיטת שמגר, ואם משום שהיא משמשת אורגן של הרשות המכוננת, כשיטת הנשיא ברק – או שמא היא אינה מוסמכת לכך כלל, כשיטת השופט חשין, משום שהיא לא זכתה בהסמכה ישירה מהריבון, קרי, מאזרחי המדינה. לשיטתו של חשין, הסמכתה של האספה המכוננת, אשר לימים נקראה הכנסת הראשונה, אינה ניתנת להעברה לכנסות אחרות. חשוב לציין בהקשר זה כי איש מן השופטים לא בחן לעומק את האפשרות שהכנסת אומנם מוסמכת לכבול את עצמה גם בכלים "מהותיים" (קרי, באמצעות פסקת הגבלה) או לחוקק נורמות חוקתיות (במובן זה שהן עליונות על חקיקה ראשית ובכוחן להסמך את בית-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית), אך ככל שהיא עשתה כן בשנת 1992, פעולתה מצומצמת אך ורק לחוקי-היסוד הנזכרים לעיל, ואין ללמוד בהכרח מחקיקה זו על מעמדם של חוקי-היסוד באשר הם. נראה שאם בוחנים את פועלה של הכנסת מקרוב, קשה למצוא ביסוס לכך שבשנת 1992 העלתה הכנסת את

219 ראו, למשל (אם כי בתקופה מעט מוקדמת יותר), ע"ב 1/65 יעקב ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).

220 הלוא הם חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו; וכן חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114, וחוקי-היסוד שהחליפו בשנת 1994 – חוקי-יסוד: חופש העיסוק.

221 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי).

222 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).

בהקשר זה יש לציין כי בשנים שחלפו בוטלו חוקים נוספים. ראו בג"ץ 1030/99 חברי הכנסת חיים אורון נ' יושב-ראש הכנסת חברי-הכנסת דן תיכון, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורי חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (שבו שונו הוראות חוק לעניין הפיצוי למפוני תוכנית ההתנתקות); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 12.12.2006); עניין חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 198; בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.2.2010).

מעמדם של חוקי היסוד כולם למדרגה חוקתית עליונה. לשיטתו של רייכמן, בכך טמונה ההחמצה של הרגע החוקתי השלישי: בעוד שההחמצה בשני הרגעים הקודמים עסקה בקביעות שאותן נמנע בית המשפט מלקבוע, הרגע השלישי מתאפיין בכך שבית המשפט הלך צעד אחד רחוק מדי וקבע קביעות שלא היה הכרח לקבוע.

בהקשר זה חשוב לציין שחוקי היסוד שחוקקו בשנת 1992, אשר היוו את התשתית המשפטית להכרעה בפרשת בנק המזרחי (שפורסמה בשנת 1995), תוקנו בשנת 1994 באופן שמהווה תגובה ישירה על אמרת-אגב של בית המשפט העליון בעניין מיטראל,²²³ ובמידה מסוימת גם על כתיבה אקדמית של המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) ושל אחרים.²²⁴ בתקופה זו נטבע הביטוי "מהפכה החוקתית" בכתיבה האקדמית²²⁵ והעיתונאית, וניתן לראות את השיח המשפטי בשנתיים אלה כמזין מעין "מהפכה זוטא", במובן זה שמשמעותה המשפטית של פעולת הכנסת עברה טרנספורמציה. לטענתו של רייכמן, בשנת 1994, כאשר חוקקה הכנסת את התיקון לחוקי היסוד, היא מצאה את עצמה פועלת על רקע מציאות נורמטיבית שונה מזו שבה פעלה בשנת 1992, כאשר חוקקה את חוקי היסוד בגרסתם המקורית.

לשם השלמת התמונה ציין רייכמן כי הרגע החוקתי השלישי של מדינת ישראל, שהחל בשנות התשעים, אינו נשען כולו רק על פיתוח בתחום החוקה הפורמלית, אלא גם על שינויים בחוקה המטריאלית. בתקופה זו הבשילו תהליכים שהחלו בשנות השמונים, אשר הובילו להעמקת הביקורת על מחוקק-המשנה והרשות המנהלית (שתפקידה ליישם ולאכוף את דברי החקיקה בישראל). בראשם של תהליכים אלה ניתן למנות את פיתוחה והטמעתה של עילת הסבירות בגרסתה המודרנית, ואת הגמשתן של דרישות השפיטות וזכות העמידה. זאת, כחלק מהמגמה השיפוטית לביצור שלטון החוק במובנו ה"עבה" או ה"מהותי". כמו-כן יש לציין את פיתוחה והטמעתה של גישת הפרשנות התכליתית, הנשענת על הגשמת ערכי היסוד של השיטה כתכלית כללית של החקיקה באשר היא. שינוי זה, על שלושת מרכיביו הנזכרים לעיל, כולל גם שינוי מסוים בתפיסת התפקיד השיפוטי.

מן האמור עולה, לשיטתו של רייכמן, שהחל בשנות התשעים עבר המשטר בישראל לעידן חוקתי חדש, שבו בית המשפט מרכז סמכויות ביקורת נרחבות, וזאת אף בטרם חוקק חוק-יסוד: החקיקה. לטענתו, אנו מצויים כיום בשלב שבו התגבשה חוקה פורמלית חלקית, בעזרתו הרבה של בית המשפט, ופותחו כללים יצירי שפיטה במסגרת החוקה

223 בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, פס' 24 לפסק-דינו של השופט אור (1993).

224 ראו, למשל, את דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ה"ח התשנ"ד 128; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג - פרשנות חוקתית 580-582 (1994).

225 ראו, למשל, אהרן ברק "מהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992). ובתקופה מעט מאוחרת יותר, לאחר פרסומה של פרשת בנק המזרחי, ראו יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" משפט וממשל ג 453 (1995-1996); משה לנדוי "מחשבות על מהפכה חוקתית" משפטים כו 419 (1996); אשר מעוז "משפט חוקתי: המהפכה החוקתית" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ז 215 (1997). כן ראו כרך כח של כתבי-העת משפטים, משנת 1997, אשר הוקדש כולו למהפכה החוקתית.

המטריאלית, שניתן לכנותם, יחדיו, "חוקה פתוחה". זוהי חוקה שבה היקף הזכויות "פתוח", בין היתר בגלל העדרן של זכויות מרכזיות (כחופש הביטוי²²⁶ וכשוויון) ובגלל מרכזיותן של זכויות-מסגרת עמומות, דוגמת הזכות לכבוד. כמו-כן, בגלל העדרם של חוק-יסוד: החקיקה, חוק-יסוד: זכויות במשפט²²⁷ וחוק-יסוד: זכויות חברתיות,²²⁸ הפרויקט החוקתי עצמו עדיין "פתוח". בהקשר זה נשאלת השאלה אם פעולתו של בית-המשפט בפרשת בנק המזרחי, שכללה "הקפצה" של חוק-היסוד כולם למדרגה החוקתית (ושימוש במינוח מהפכני (רבולוציוני) במקום התפתחותי (אבולוציוני)), לא הובילה להקפאתו של הפרויקט החוקתי במצב "חצי אפוי".

רייכמן שאל אם אנחנו נמצאים בתחילתו של עידן רביעי. לדעתו, אנו נמצאים בעידן שניתן לכנותו "מגמה נגדית" (backlash). למן חילופי השלטון של שנת 1999 אנו רואים שהכנסת עברה למתקפה מסוימת הן נגד המהפכה החוקתית, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת בנק המזרחי, והן נגד המהפכה במשפט המנהלי. אנחנו רואים תגובה של הכנסת באמצעות פעילותן של ועדות הדנות בהצעות לחקיקת חוקה שלמה – לראשונה למן הבחירות לאספה המכוננת. לאחר-מכן, החל בכהונתו של שר המשפטים דניאל פרידמן, אנו עדים להצעות חוק ממשלתיות, ובכלל זה הצעות חוק-יסוד, הבאות להגביל את היקפה של הביקורת השיפוטית (אם כי תוך עיגונה הפורמלי).²²⁹ מקצתן של הצעות חוק-יסוד אלה מעוררות קשיים משפטיים לא-מבוטלים, עד כדי כך שאין זה ברור אם חוק-יסוד אלה – אם יחוקקו – יעמדו בהכרח במבחני הביקורת השיפוטית. בחלק מההצעות, דוגמת המחשבה על הגבלת השפיטות בחקיקה, רייכמן רואה חשש לפגיעה בעצמאותו של בית-המשפט העליון.

רייכמן הציע אפשרות לייצוב מבנה המשטר בישראל. לדעתו, ניתן לחזור למצב שבו המשפט החוקתי הישראלי יחזור לפסי ההתפתחות ההדרגתית (האבולוציונית) – צעד אחר צעד – שהינם מסלול בריא יותר מאשר המסלול המהפכני. ניתן, לשיטתו, לאמץ את המבנה שנקבע בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ולהחילו, לעת עתה, גם על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך פרישת הגנה מפורשת בחוק-היסוד לחופש הביטוי ולזכות לשוויון וכן תוך שריון חוק-יסוד: השפיטה. מובן שמן הראוי שצעד זה ייעשה על-ידי הכנסת. לחלופין, הכנסת יכולה, לטענתו, לשקול קליטה של מרכיבים שונים של הגנה פרוצדורלית או מהותית אל תוך חוק-היסוד השונים, וזאת מבלי לאלץ את בית-המשפט ליצור בעצמו פסקות הגבלה שיפוטיות – יצירה שחורגת ממתחם הפרשנות ואשר ממוקמת, מבחינה

226 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח התשנ"ד 101; הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח התשנ"ד 325; הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח התשנ"ד 336.

227 ראו הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 100; הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 324; הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 335.

228 ראו הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ד 326; הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ד 337; הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשס"ב 214.

229 ראו, למשל, תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים) (15.3.2007), נגיש באתר משרד המשפטים – www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/33DF4EA2-D227-4E82-8208-E88857CF3360/0.pdf.

עיונית, במרחב שאמור להיות שמור לכנסת. חזרה לפסים התפתחותיים (אבולוציוניים) תאפשר לכנסת להמשיך בפרויקט חקיקתם של חוקי היסוד, ובתוך כך להגיב על פסיקתו של בית המשפט, עד אשר תמצא לנכון להשלים את הפרויקט ולחוקק את חוקי היסוד: החקיקה.

הדובר הרביעי היה ד"ר עידו פורת מהמרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן. נושא הרצאתו היה שישים שנות איזון: ההיסטוריה של מבחני האיזון במשפט החוקתי הישראלי. טענתו המרכזית של פורת היא כי ניתן לראות שינוי בהתייחסות לאיזון ובתפקידו ממה שהוא מכנה "איזון אינסטרומנטלי" או "משני" ל"איזון מהותי" או "ראשוני". לשיטתו, שינוי זה מלמד אותנו על שינויים רחבים יותר בתפיסתו של בית המשפט ובתפקידו בתוך המערכת החוקתית.

פורת פתח בתיאור תפיסות אחדות של האיזון. הראשונה היא התפיסה המהותית, שעל-פיה אפשר להגדיר את הפרויקט החוקתי כולו כמבוסס על איזון, וכחותר ושואף לאיזון – בין זכויות הפרט לבין האינטרסים של הכלל, בין הזכויות בינן לבין עצמן, בין ערכים שונים במובן כללי יותר, ובין תפיסות שונות של הטוב. האיזון הוא תפקידו של המשפט החוקתי. יש ביטויים רבים בפסיקה הישראלית והזרה המתארים כך את תפקידו של המשפט החוקתי. האיזון, על-פי גישה זו, נתפס כרכיב חשוב במיוחד בחברה כשלנו – חברה פלורליסטית או מקוטבת – מכיוון שהוא נתפס כמכוון לדרך אמצע, לדרך של פשרה, וכמבטיח כי כל אחת מהתפיסות המנוגדות בחברה לא תתבטל כליל לפני התפיסות האחרות. לדעת הנשיא ברק, למשל, בחירה בדרך האיזון משקפת את העובדה כי –

"בחיייה המאורגנים של החברה אין 'הכל או לא כלום'. יש 'תן וקח', ואיזון בין האינטרסים השונים."²³⁰

הגישה השנייה לאיזון יוצאת מאותה נקודת מוצא, שעל-פיה החברה הישראלית הינה חברה שסועה ומפולגת, אך מגיעה למסקנה הפוכה לגבי האיזון ותפקידו בבית המשפט. על-פי גישה זו, אל לו לבית המשפט לנסות ליישב בין התפיסות השונות בחברה הישראלית ולמצוא נקודה של איזון, פשרה או אמצע ביניהן. על-פי גישה זו, המסגרת החוקתית צריכה לאפשר לאנשים בעלי תפיסות טוב שונות ובלתי-מתיישבות למצוא את עצמם בתוכה ולברר את המחלוקות ביניהם במסגרת ההליך הדמוקרטי. זאת, מבלי שיהיה גוף חיצוני כלשהו שיכפה עליהם נקודת פשרה או איזון מחוץ להליך הדמוקרטי. גישה זו מזוהה במשפט האמריקאי במיוחד עם גישתו של השופט הולמס, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדעת המיעוט שלו בעניין *Lochner*,²³¹ והיא מובילה למעשה לשלילה מוחלטת של האיזון, לפחות במשפט

230 בג"ץ 148/79 צבי סער, עו"ד נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, 178 (1979).
231 ראו: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75–76 (1905), Mr. Justice Holmes dissenting: "[A] Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views..."

החוקתי. פורת מסביר כי מסקנתה של גישה זו היא שהאיזון צריך להישאר אצל המחוקק, וזאת מתוך תפיסה הדוגלת בניטרליות של בית-המשפט: על בית-המשפט להישאר ניטרלי ולאפשר להליך הדמוקרטי לברר את המחלוקות ולמצוא את הפשרה שלו בתוכו. לאחר שהציג את שתי תפיסות האיזון שלעיל – האחת מהותית, ובה אנו מחפשים את האמצע, והאחרת שוללת כליל עריכת איזון בבית-המשפט – הציג פורת גישה שלישית. גם נקודת הבסיס שלה היא הניטרליות השיפוטית, אך יש בה מקום לביקורת שיפוטית וגם מקום מסוים, אם כי משני, לאיזון. גישה זו קרויה הגישה ה"הליכית" למשפט. לפי גישה זו, בית-המשפט, בבואו לפרש את החוקה, צריך להיות ניטרלי לגבי המחלוקות החברתיות ולאפשר לברר מחלוקות אלה במסגרת ההליך הדמוקרטי. עם זאת, יש לבית-המשפט סמכות להתערב באותם מקומות שבהם אנחנו מזהים כשל בהליך הדמוקרטי. כאשר בית-המשפט דן בזכויות אשר קשורות באופן הדוק להליך הדמוקרטי ושומרות על הניטרליות של ההליך הדמוקרטי עצמו – כגון חופש הביטוי, חופש האספה, צנזורה שלטונית וזכויות של מיעוטים שיש חשש שהשלטון מנסה להדירם מההליך הדמוקרטי – או-אז הגישה ההליכית מוצאת מקום להתערבות שיפוטית. זו אינה גישה איזונית במהותה, אלא גישה קטגוריאלית – היא פוסלת כליל אותם הליכים שנתפסים כחורגים מכללי המשחק הדמוקרטיים, אך יש במסגרתה מקום לאיזון ככלי משני או אינסטרומנטלי לאכיפת הניטרליות של ההליך הדמוקרטי.

פורת מוצא ביטוי לגישה שלישית זו בפסקי-הדין בעניין קול העם²³² ובעניין אולפני הסרטה.²³³ פרשנות זו של פסקי-הדין בעניין קול העם נוגדת אולי את האינטואיציה ונראית כחותרת במקצת תחת חלק מהלשון בעניין קול העם, אך פורת מציין שלושה היבטים שמדגישים מדוע עניין קול העם מהווה בכל-זאת דוגמה לאיזון אינסטרומנטלי, ולא לאיזון מהותי:

ראשית, את מבחן הוודאות הקרובה, שנתפס כמבחן איזוני, פורת מציע לראות כמבחן קטגוריאלי במהותו, אשר מבוסס על הרצון לפסול קטגורית נסיונות להשתיק דעות באופן פוליטי. כך הוא נתפס גם בעיני הציבוריות הישראלית: בעניין קול העם ניסה הממשל לסגור את בטאון המפלגה הקומוניסטית בשל ביקורתו על השלטון. פסקי-הדין נתפס כמהלך של בית-המשפט שאומר לממשל: "זה אסור". לכן התפיסה הינה קטגוריאלית במהותה, והאיזון בא בפסקי-הדין רק באופן משני. איזון יתקיים רק כחריג, במקרים הקיצוניים שבהם יש ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור. לדעת פורת, מבחן זה קרוב יותר, מבחינה מהותית, למבחן הסכנה הברורה והמיידיית – שדווקא נדחה בעניין קול העם – והוא מציב רף גבוה מאוד להגנה על חופש הביטוי.

שנית, מבחן הוודאות הקרובה הוא מבחן הסתברותי, וככזה הוא אינו מבחן איזוני: הוא אינו נוטל שני ערכים (למשל, חופש הביטוי ובטחון המדינה) ומאזן ביניהם, אלא מציב איזושהו רף לשמירת הכלל של הגנה על חופש הביטוי – אסור לפגוע בו אלא אם כן יש

232 לעיל ה"ש 211.

233 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טז 2407 (1962).

הסתברות ברמה של ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור – ושואל אם הרף התקיים אם לאו.

ההיבט השלישי מתואר על-ידי הנגדה לאיזון אחר, שהינו מהותי, הנמצא בעניין קול העם. אין מדובר במבחן הודאות הקרובה, אלא בדרך שבאמצעותה השופט אגרנט מגיע למבחן הודאות הקרובה: בדרכו למבחן זה הוא עורך איזון אמיתי, מהותי. הוא מאזן בין חופש הביטוי לבין בטחון המדינה. אך התוצר הינו מבחן הודאות הקרובה, שהוא כלל, לפי הפרשנות של פורת. האיזון הוא לכן מה שקרוי "איזון קטגוריאלי": אחרי ביצוע איזון זה, אין צורך באיזון נוסף.

נשאלת השאלה מדוע השופט אגרנט אינו הולך בדרך קטגוריאלי, אלא בוחר ברטוריקה של איזון? התשובה נעוצה בעובדה שבניגוד למשפט האמריקאי, למשל, במשפט הישראלי אין עיגון טקסטואלי לזכות לחופש הביטוי. האיזון הוא אמצעי חכם להכליל זכות שאין לה עיגון טקסטואלי-חוקתי על-ידי הכנסתה לתוך שיקול-הדעת השיפוטי. כלומר, האיזון – אשר פורת מגדיר כתחליף להגנה חזקה קטגוריאלי – מהווה אמצעי חלופי לעיגון טקסטואלי.

החל בשנות השמונים, על-פי פורת, השתנתה הגישה לאיזון, והיא כעת גישה שאינה רואה באיזון אמצעי משני, אלא כלי ראשוני ומהותי. גישת האיזון המהותי באה לידי ביטוי בשני היבטים.

ההיבט הראשון בא לידי ביטוי כאשר בית-המשפט מחפש בהנמקתו את דרך האמצע, האיזון והפשרה בחברה. דרך זו מחסנת את בית-המשפט מפני ביקורת, ומאפשרת לו לבסס את מעמדו כמי שתפקידו לשמור על ה"אמצע" ולהימנע מקיצוניות. ניתן לראות זאת בשורה ארוכה של פסקי-דין – למשל, בעימות שבין חופש הביטוי לבין רגשות הכלל (רגשות דת ופגיעה בזכר השואה),²³⁴ בהתנגשות בין ערכים קולקטיביים ואינדיווידואליסטיים²³⁵ או בהתנגשות בין חופש דת, חופש מדת ואינטרסים אחרים. בכל ההקשרים האלה בית-המשפט העליון מזהה את ערך האמצע, ותופס כך את תפקידו.

פורת מזהה שלוש בעיות בפעילויות אלה של בית-המשפט העליון: ראשית, יש קושי למצוא איזושהי נקודת אמצע: האם קיימת, אובייקטיבית, נקודה כזו? שנית, מה קורה כאשר נקודת האמצע עצמה אינה כשרה – למשל, כאשר החברה נוטה לנקודת אמצע, לקונסנזוס, המפלה מיעוטים? בעיה שלישית, ואולי הקשה ביותר, היא שאלת הצידוק לכך שבית-המשפט הוא שיוזנה, באמצעות הכלים שברשותו, את נקודת האמצע, ואז יאכוף את נקודת האמצע שזיהה על גופים ציבוריים אשר ייתכן שמייצגים במידה רבה יותר את הקונסנזוס, כגון המועצה לביקורת סרטים ומחזות או המועצה להנצחת החייל. היכן הצידוק לכך שבית-המשפט העליון – שאינו גוף ייצוגי, לפחות לא באופן מובהק – הוא שיגדיר

234 ראו, למשל, בג"ץ 14/86 יצחק לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987); בג"ץ 316/03 מוחמד בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003).

235 ראו, למשל, דנג"ץ 3299/93 שמואל ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט(2) 195 (1995); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום).

את עצמו כגוף שיכול לזהות את האמצע ולכפותו בחזרה על החברה ועל המחוקק או הרשות המבצעת?

היבט שני של הרחבת תפיסת האיוון של בית-המשפט אל מעבר לתפיסה האינסטרומנטלית הוא הרחבת ההקשרים שבהם האיוון מוחל אל מעבר לזכויות שנתפסות (לפחות לפי הגישה האינסטרומנטלית) כקשורות להליך הדמוקרטי, כגון תחשד להפליה של מיעוטים או שימוש לרעה בכוח המדינה. על-פי פורת, המעבר מאיוון אינסטרומנטלי למהותי קשור לשינויים רחבים יותר בתפיסתו של בית-המשפט העליון, ביניהם הרחבת התפקיד השיפוטי והמעבר מהנמקה פורמלית להנמקה מהותית. לבסוף, פורת טוען כי האיוון האינסטרומנטלי, המקורי, מתאים יותר לתפיסה ראויה של תפקיד בית-המשפט, כמי שמופקד על שמירת כללי המשחק הדמוקרטיים, ולא כמי שקובע הסדרים ערכיים בסיסיים בחברה.

פרק ו: מושב שישי – משפט בין-לאומי

משתתפי המושב: יושב-ראש – ד"ר רובי סיבל, פרופ' אייל בנבנישתי, פרופ' משה הירש, ד"ר איריס קנאור

1. פתח-דבר

עניינו של המושב השישי היה משפט בין-לאומי. הדוברים במושב זה עסקו בתופעה של האצלת סמכויות על-ידי ממשלות לארגונים בין-לאומיים ובנושא חסינותן של מדינות זרות במשפט הישראלי, הציגו פסק-דין מרכזי של בית-המשפט העליון בנושא זכויותיהם של עובדים פלסטינים בשטחים, ולבסוף דנו בקליטת המשפט הבין-לאומי במשפט הישראלי.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' אייל בנבנישתי מאוניברסיטת תל-אביב. נושא הרצאתו היה התופעה של האצלת סמכויות על-ידי ממשלות, להלכה או למעשה, לארגונים בין-לאומיים – תופעה אשר התגברה מתום המלחמה הקרה, ובמיוחד בעשור האחרון. בנבנישתי התייחס לשני סוגים של האצלה או העברת סמכויות. ראשית, האצלת סמכויות לגופים פורמליים, דוגמת האו"ם בעבר או ארגון הסחר העולמי בהווה, או התאגדות של מדינות בהסכמים אזוריים, כמו באיחוד האירופי. דוגמה נוספת היא התארגנויות שקובעות סטנדרטים, כגון ה-ISO International Organization for Standardization (ISO) בנושא תקינה וה-Codex Alimentarius Commission בנושא מזון.²³⁶ שנית, האצלת סמכויות

²³⁶ לגבי ישראל ראו בהקשר זה, למשל, תקנות בריאות הציבור (מזון) (שאריות חומרי הדברה),

לגופים לא-פורמליים, במיוחד ארגונים המופעלים על-ידי ארגון המדינות המתועשות (ה-G8).

בנבנישתי אמר כי על ישראל לשאול את עצמה כיצד היא נערכת למשטרים הבין-לאומיים של ימינו. לדעתו, אין ספק שלאצילת סמכויות לארגונים בין-לאומיים יש השלכות חלוקתיות בין המדינות ובתוך המדינות עצמן. יש לכך גם השלכות על ההליך הדמוקרטי ברוב המדינות, שכן מרגע שאוצלים סמכות נשאלת השאלה איזו סמכות נותרת לממשלה, למדינה ולעם להחליט בנושאים כגון הבטחת שונות תרבותית (cultural diversity) או העדפת תוצרת מקומית כאשר ערכים אלה חשובים לקהילה.

בנבנישתי אמר כי ישראל, שהינה כלכלה מפותחת יחסית, מוצאת את עצמה – מרצון אבל גם לא מרצון – מושפעת מכללים או מסטנדרטים הנקבעים במוסדות בין-לאומיים, וכוחה להשפיע על החלטות מדיניות המתקבלות בארגונים אלה הוא מוגבל יחסית. לדעת בנבנישתי, לא בטוח שישראל נערכת באופן המיטבי לבעיות ולאתגרים שהיא ניצבת בפניהם בהקשר זה. דוגמה לכך היא הקמת הרשות לאיסור הלבנת הון בעקבות חקיקה של הכנסת²³⁷ שנבעה מהוספת ישראל לרשימה השחורה של ארגון ה-Financial Action Task Force (FATF), אשר ישראל אינה חברה בו כלל. ארגון זה הינו ארגון בין-לאומי בחסות ה-G8, שהגדיר כללים בנושא הלבנת הון אשר ישראל לא עמדה בהם. כדי שהארגון יסיר אותה מרשימה זו, הייתה ישראל צריכה לערוך שינויים דרמטיים בחקיקה ובמנהל. כיום ישראל עומדת בתנאים. אם כן, בפועל ישראל מתפרקת מהסמכויות הריבוניות שלה בתחומים חשובים.

יפים לעניין זה דבריו של היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז בוועדת וינוגרד:²³⁸

"היום המשפט הבין לאומי מנהל את חיינו לא פחות, ולדעתי בעוד עשר או עשרים שנה, אפשר להגיד יותר, מאשר המשפט הפנימי. בכל התחומים, לא רק בתחום של דיני המלחמה שאנחנו עוסקים בו. התחומים הכלכליים, זכויות האדם, אין כמעט נושא שהמדינה יכולה. הריבונות של המדינות הולכת ומצטמצמת והמשפט הבין לאומי הולך והופך להיות מעין השפיץ של פירמידת הנורמות. הוא הופך להיות התחליף לחוקה המדינתית."²³⁹

בנבנישתי התייחס לחלק מן ההשלכות האפשריות של תהליך זה. הפן החיובי הוא שהמשפט הבין-לאומי – או המשפט של הארגונים הבין-לאומיים – משפר את תהליך קבלת

התשנ"א-1991, המפנות לקודקס אלימנטריוס לגבי סך שארית חומר ההדברה המותרת במזון המיובא לישראל.

237 ראו חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000.

238 ועדת הבדיקה הממשלתית לבירור ההיערכות וההתנהלות של הדרג המדיני ומערכת הביטחון בנוגע למכלול ההיבטים של המערכה בצפון שהחלה ביום 12.7.2006, בראשות השופט אליהו וינוגרד (להלן: ועדת וינוגרד).

239 ראו עמ' 11 לעדותו של היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז לפני ועדת וינוגרד. פרוטוקול העדות נגיש ב-www.vaadatwino.co.il/statements.html#null

ההחלטות ברשויות המנהל בישראל. דוגמה לכך היא הוראת סעיף 20 להסכם ה-GATT,²⁴⁰ הקובעת כי החלטות שקשורות לסחר ייפסלו אם הן שרירותיות או מהוות הפליה לא-מוצדקת. לצד הפן החיובי קיים פן בעייתי שמעורר את השאלה אם מדינת-ישראל תוכל לשמור על צביונה כמדינה יהודית ודמוקרטית בעידן חדש זה: לעניין "יהודית" השאלה היא, למשל, אם הגבלות על ייבוא בשר לא-כשר יעמדו במבחן הסכמי GATT; ולעניין "דמוקרטית" הבעיה היא שקבלת ההחלטות עוברת מהכנסת אל הארגונים הבין-לאומיים מכוח החלטה של הממשלה. לדעת בנבנישתי, לממשלת ישראל יש שליטה רבה – אולי רבה מדי – בנושא זה.

לסיכום הרצאתו הציע בנבנישתי למוסדות הרלוונטיים במדינת-ישראל להתמודד עם ההשפעה ההולכת וגוברת של המוסדות הבין-לאומיים באמצעות נקיטת יוזמה: על-ידי השתתפות פעילה בארגונים הבין-לאומיים ועמידה על האינטרסים של מדינת-ישראל, אשר עשויים להיות שונים מאלה של אירופה וארצות-הברית אך דומים לאינטרסים של מדינות קטנות אחרות, דוגמת סינגפור.

הדובר השני היה פרופ' משה הירש מהאוניברסיטה העברית בירושלים. נושא הרצאתו היה חסינותן של מדינות זרות במשפט הישראלי. הירש הסביר כי הכללים העוסקים בחסינותן של מדינות זרות הם כללים עתיקים של המשפט הבין-לאומי, וניתן לומר בקצרה שכללי המשפט הבין-לאומי מורים כי למדינות זרות יש חסינות מפני הליכים משפטיים המתנהלים בבתי-משפט מדינתיים של מדינות זרות. הדינים של חסינות הריבון נקלטו בצורה חלקה למדי במשפט הישראלי. הסיבות העיקריות לכך הן הסיבות הכלליות העומדות ברקע של כללי המשפט הבין-לאומי בתחום זה: החשש ההדדי שבתי-משפט של כל מדינה יפעילו את סמכות שיפוטן נגד מדינה אחרת כמכשיר ניגוח פוליטי; החשש שהליכים משפטיים יובילו למתיחויות פוליטיות ויערערו את יחסי החוץ של המדינה; וכן החשש שתביעות נגד ממשלות זרות יערבו שאלות פוליטיות רגישות.

הירש הסביר כי חסינות הריבון המוחלטת נשחקה במהלך השנים: בעבר הייתה מקובלת הדוקטרינה המוחלטת, שלפיה אי-אפשר להגיש שום תביעה נגד ממשלות זרות. אולם כיום יש לכלל חריגים. אל מול חשיבותו של מוסד הריבונות במשפט הבין-לאומי עומדים ערכים מתחרים, ואלה שחקו את חסינות הריבון. החריגים הבולטים נוגעים בעסקות מסחריות,²⁴¹ בעוולות נזיקיות המתרחשות בשטח המדינה וכן בזכויות במקרקעין. חריג נוסף הוא תביעות של עובדים כלפי מעבידים, וזאת בשל התפיסה שהעובד הוא הצד החלש יותר, ויש לאפשר לבתי-המשפט להעניק לו הגנה מפני מעבידו.²⁴² על-פי הדין הבין-לאומי כיום, למדינה זרה יש חסינות מבתי-משפט זרים גם כאשר נטען שהיא הפרה זכויות אדם.

240 ראו: General Agreement of Tariffs and Trade (GATT 1947) (להלן: GATT). ההסכם נגיש ב-www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#articleXX.

241 ראו, למשל, רע"א 7092/94 Her Majesty the Queen in Right of Canada נ' שלדון ג' אדלסון, פ"ד נא(1) 625 (1997) (להלן: עניין אדלסון).

242 להבחנה בין פעולה פרטית לבין פעולה שלטונית, ולגבולותיה של החסינות הדיפלומטית, ראו עניין אדלסון, שם; רובי סיבל משפט בינלאומי 251–254 (2003).

פסק-הדין החשוב ביותר במשפט הישראלי בתחום זה הוא פסק-הדין בעניין אדלסון, שבו קלט הנשיא ברק את כללי המשפט הבין-לאומי ונתן להם את ההצדקה המקובלת. בעקבות פסק-הדין נוסחה הצעת חוק ממשלתית²⁴³ המתבססת על חוקים של מדינות אחרות וכן על אמנת האו"ם משנת 2004 בדבר חסינויות של מדינות זרות.²⁴⁴

הירש התייחס לחריג של העסקה המסחרית, החל במקרים דוגמת זה שהתעורר בעניין אדלסון, שעסק בוויילה שממשלת קנדה שכרה בהרצליה פיתוח. לפי סעיף 3 להצעת החוק, לא תהיה חסינות למדינה זרה כאשר מדובר בעסקה מסחרית. השאלה הקשה היא איך מגדירים עסקה מסחרית. במשפט הבין-לאומי יש שני מבחנים עיקריים: מבחן המטרה – אם מטרת הסכם השכירות היא ציבורית, תזכה המדינה הזרה בחסינות; ומבחן האופי המשפטי של הפעולה – אם הסכם השכירות הוא מתחום המשפט הפרטי, לא תזכה המדינה הזרה בחסינות. כפי שציין הנשיא ברק בעניין אדלסון, אם נאמץ את מבחן המטרה, כמעט תמיד תוענק חסינות למדינה הזרה, שכן ממשלות פועלות בדרך-כלל כדי להשיג מטרות ציבוריות. אולם המבחן הנהוג במשפט הבין-לאומי הוא מבחן האופי המשפטי של הפעולה. הסכם שכירות מהווה פעולה בעלת אופי מסחרי מתחום המשפט הפרטי, ולכן פסק בית-המשפט שממשלת קנדה אינה נהנית מחסינות במקרה זה. הירש אמר כי גם דברי ההסבר לסעיף 3 להצעת החוק²⁴⁵ מאמצים את המבחן הנהוג במשפט הבין-לאומי המנהגי: מבחן האופי המשפטי של הפעולה.

אולם גם לאחר אימוצו של מבחן האופי המשפטי, עולות עדיין שאלות באשר לסיווג הפעולה כפרטית או כציבורית. זאת, במיוחד כאשר מדובר בפרשות המורכבות מכמה פעולות, שחלקן ציבוריות וחלקן פרטיות. דוגמה לכך היא מדינה שכרתה הסכם מכר לרכישת דלק (עסקת מכר פרטית) ולאחר-מכן קיבלה חוק המבטל את ההסכם מסיבות ציבוריות. יש שתי גישות עיקריות לניתוח מצב זה: האחת מציבה את השאלה מהי הפעולה הקריטית – כריתת ההסכם (פעולה פרטית) או ביטולו (פעולה ציבורית); ואילו על-פי הגישה האחרת בודקים את כל מסכת העובדות, מחפשים אחר מרכז-הכובד ובוחנים אם האופי הדומיננטי של הפרשה הוא פרטי או ציבורי.

הדוברת השלישית הייתה ד"ר איריס קנאור מהמכללה למנהל. קנאור סקרה בהרצאתה פסק-דין שניתן לאחרונה בנושא זכויותיהם של עובדים פלסטינים בשטחים.²⁴⁶ קנאור אמרה כי מימד הזמן חשוב בהקשר זה, שכן לא היה אפשר לתת את פסק-הדין הזה מבלי שיחלפו ארבעים ואחת שנות כיבוש ושישים שנה למדינת-ישראל. פסק-הדין עסק

243 ראו הצעת חוק חסינות מדינות זרות, התשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 334 (להלן: הצעת חוק חסינות מדינות זרות). הצעת החוק התקבלה בו' בחשוון התשס"ט (5 בנובמבר 2008) – ראו חוק חסינות מדינות זרות, התשס"ט-2008.

244 ראו: United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, G.A. Res. 59/38 (Dec. 2, 2004), available at untreaty.un.org/English/Notpubl/English_3_13.Pdf.

245 דברי ההסבר לס' 3 להצעת חוק חסינות מדינות זרות, בעמ' 336.

246 בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (טרם פורסם, 10.10.2007).

בעובדים פלסטינים שהועסקו על-ידי מתנחלים בשטחים ופנו לבית-הדין הארצי לעבודה בבקשה להשוות את תנאיהם הסוציאליים לאלה של העובדים הישראלים המועסקים באותו מקום בטענת הפליה. בית-הדין הארצי לעבודה טען שעל מערכת היחסים בין המעסיק הישראלי לעובד הפלסטיני בשטחים חל הדין הירדני. העובדים עתרו לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק, שקבע כי על העסקה זו צריכים לחול כללים של שוויון מהמשפט הישראלי, ולכן יש לתת לעובדים הפלסטינים אותם תנאי העסקה סוציאליים כמו לעובדים הישראלים שעושים עבודה זהה. הפלסטינים קיבלו פסק-דין זה ברגשות מעורבים. מצד אחד, הם זכו בתנאי העסקה טובים יותר, אך מצד אחר, מפסק-הדין נודפת הגברה והעמקה של הריבונות הישראלית בשטחים. המהלך שעשה בית-המשפט העליון נעשה דווקא במישורים מסוימים מתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי, ולכן הוא מעניין. השאלה המרכזית בהליך הייתה איזה דין חל על מצב שבו יש לנו עובדים זרים – דהיינו, פלסטינים – ומעסיקים ישראלים בשטחים. ההתלבטות הייתה בין הדין הירדני, שאמור לחול כעיקרון בשטחים המוחזקים, לבין הדין הישראלי. בית-המשפט הגבוה לצדק חצה למעשה את הקווים ושינה גם את התפיסה של המשפט הבין-לאומי הפרטי במישור הנורמטיבי. במצב רגיל היינו אומרים כי על מקרה זה חל הדין של מקום ביצוע העבודה, דהיינו, הדין הירדני. בית-המשפט הגבוה לצדק שינה את כלל בררת הדין, וקבע כי הדין שחל הוא הדין של מירב הזיקות. במישור היוריספרודנטלי של המשפט הבין-לאומי הפרטי, עבר בית-המשפט מגישה רב-צדדית לגישה תכליתית יותר, והכניס את התכלית של השוויון מהמשפט הישראלי. בית-המשפט הגבוה לצדק גם עבר מתפיסה טריטוריאלית של המשפט לתפיסה פרסונלית – תחולה אישית של המשפט על המתנחלים. קנאור הסבירה כי תוצאת פסק-הדין היא החלת מלוא המשפט הישראלי על כל השטחים, ולא רק על ההתנחלויות, וצמצום תחולתו של הדין הירדני רק ליחסים שבין שני פלסטינים שגרים בשטחים. לדעת קנאור, תוצאה זו דרמטית למדי. קנאור תיארה את המהלכים שעשה בית-המשפט הגבוה לצדק, והסבירה מדוע לדעתה הם בעייתיים:

ראשית, בית-המשפט עבר מכלל רגיל של בררת דין בדיני עבודה – כלל מקום ביצוע העבודה, שהיה מחיל על הפלסטינים את הדין הירדני – לכלל הקובע כי הדין החל הוא זה המקיים את מירב הזיקות למקרה. לאורך השנים "התעקש" בית-הדין לעבודה להחיל את הדין הירדני, ובית-המשפט העליון ביצע את המהפך הזה מבלי להתדיין עם בית-הדין לעבודה ומבלי להיכנס לפולמוס עם פסיקתו. קנאור הסבירה כי המעבר לכלל של מירב הזיקות נותן שיקול-דעת רחב לבית-המשפט. השאלה היא נרחבת יותר: מהן הזיקות הרלוונטיות, אילו זיקות ימלאו תפקיד, ואיזה משקל ייוחס להן? בית-המשפט קבע כי החווה נקבע בעברית, המטבע הוא ישראלי ושיטת המיסוי היא זו הישראלית. קנאור אמרה כי יש מי שיגידו שכל הסממנים הישראליים האלה נובעים מארבעים ואחת שנות כיבוש,²⁴⁷

247 ראו: Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 *Isr. L. Rev.* 17 (2003–2004). ראו גם אייל גרוס "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" המשפט 23, 79 (2007).

וכי בגלל הסממנים הישראליים האלה שקיימים בשטחים בית-המשפט קובע שיש להחיל את הדין הישראלי. זו, לדעת קנאור, אחת מן הבעיות. שנית, קנאור הסבירה כי בית-המשפט סוטה מהשיטה הנהוגה במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי – השיטה הרב-צדדית. שיטה זו אינה בוחנת את הפתרונות המהותיים של שיטות משפט בעולם לסכסוך, אך מתייחסת לכל שיטות המשפט בצורה שוויונית. כלומר, לפי שיטה זו, מסווגים את האירוע לתחום של דיני עבודה, מוצאים את חוליית הקישור ומחילים את הדין הרלוונטי. בפעם הראשונה הכניס בית-המשפט העליון גישה תכליתית או סממנים של גישה חד-צדדית לתהליך בררת הדין. לשיטתו, אין די בבדיקה אובייקטיבית-טכנית של כללי בררת הדין, אלא יש לבדוק גם מבחינה מהותית אם הפתרון שניתן משרת את התכלית שרצה המחוקק להשיג. כלומר, בית-המשפט הכניס שיקולים של הפורום, דהיינו של בית-המשפט הישראלי, ובאופן ספציפי – את תכלית השוויון כפי שהיא נהוגה במשפט הישראלי.

קנאור אמרה כי יש לבחון אילו תכליות מכניסים לדיון. לדעתה, יש להתחשב בעובדה שמדובר בכל-זאת במשטר של כיבוש, ובעובדה שישראל מחויבת לכללי המשפט הבין-לאומי הפומבי שנקבעו בתקנה 43 לתקנות הג משנת 1907²⁴⁸ ובסעיף 64 לאמנת ג'נבה,²⁴⁹ שלפיהם אסור לכבוש להחיל את המשפט שלו על השטחים הכבושים. קנאור אמרה שבית-המשפט אינו מתייחס לתכלית זו. קנאור סבורה שאם רוצים בכל-זאת להתייחס לתכלית מסוימת, יש להחיל תכלית קוסמופוליטית יותר של דאגה לעובד או לצד החלש, ולאו דווקא את עקרון השוויון מהמשפט הישראלי.

קנאור הוסיפה כי בית-המשפט עובר גם מהגישה הטריטוריאלית לגישה הפרסונלית. בעניין ינון²⁵⁰ נקבע שתכליתו של המשפט הבין-לאומי הפרטי היא להגשים, בין היתר, את התכלית הטריטוריאלית. למעבר לגישה הפרסונלית יש השלכות חשובות מאוד, וגם

248 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, Oct. 18, 1907. וזו לשונה של התקנה: "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין."

249 שזו לשונו: "חוקי הענשין של השטח הכבוש יעמדו בתקפם, אלא שהמעצמה הכובשת רשאית לבטלם או להפיקעם הפקעת ארעי מקום שהם מהווים איום על בטחונה או מכשול להטלת האמנה הזאת. תוך כפיפות לשיקול האחרון ולצורך בהבטחת קיומו היעיל של הדין, ימשיכו בתי הדין של השטח הכבוש בתפקידיהם לגבי כל העבירות שבגדר החוקים האמורים. אולם המעצמה הכובשת רשאית להטיל על אוכלוסייתו של השטח הכבוש הוראות שיש בהן הכרח כדי לאפשר למעצמה הכובשת לקיים את הממשל התקין של השטח ולדאוג לבטחונה של המעצמה הכובשת, לבטחון אנשי כוחות הכיבוש ורכושם או לבטחון מינהלת הכיבוש, לבטחון המוסדות וקווי התחבורה שהם משתמשים בהם."

250 ע"א 1432/03 ינון יצור ושיורק מוצרי מזון בע"מ נ' מאג'דה קרעאן, פ"ד נט(1) 345 (2004) (להלן: עניין ינון).

אם נניח שאפשר להתייחס לתכלית פרסונלית בהקשר של דיני עבודה, בדרך-כלל גישה פרסונלית מהווה חריג לגישה הטריטוריאלית, ומוחלת רק כאשר שני הצדדים לסכסוך הם מאותו מקום.

התוצאה, הסבירה קנאור, היא שבית-המשפט העליון מחיל את עקרון השוויון, שהוא מעקרונות-היסוד של השיטה הישראלית, וכן את כל המשפט הישראלי על הפלסטינים, ולא רק בהתנחלויות, אלא בשטחים בכלל. קנאור אמרה שעקרון השוויון הוא אומנם חשוב מאוד, אך כאשר מחילים את העיקרון מחוץ לטריטוריה של מדינת-ישראל, יש לנהוג בזהירות. היה אפשר אולי להגיע לאותה תוצאה באמצעות החלת עקרונות שוויון אוניוורסליים הלקוחים מאמנות בין-לאומיות, ולא דווקא משיטת המשפט הישראלית, או לחלופין, כפי שעשה בית-הדין הארצי לעבודה, להחיל את המשפט הירדני או לומר כי הואיל והוא קפא על שמריו בארבעים ואחת שנות כיבוש, יש להתאימו למשפט הישראלי ברוח תקנת הציבור.

לסיכום הרצאתה אמרה קנאור כי מעניין שלא מפריע לבית-המשפט שהמחוקק הישראלי מחיל על השטחים נורמות של דיני עבודה באופן ביררני. למשל, העקרונות של הביטוח הלאומי חלים רק על ישראלים בשטחים. אך למרות אמירתו של המחוקק, קבע בית-המשפט בעניין ינון כי מעסיקים ישראלים אינם יכולים להפלות בין עובדיהם, וחלה עליהם החובה לספק לעובדיהם הפלסטינים כיסוי זהה.

הדובר הרביעי היה ד"ר רובי סיבל מהאוניברסיטה העברית בירושלים. נושא הרצאתו היה קליטת המשפט הבין-לאומי במשפט הישראלי. סיבל ציין כי המשפט הבין-לאומי משפיע יותר ויותר על החיים בישראל ועל המשפט הישראלי. יש בכך יתרונות, שאחד מהם הוא שבהעדר חוקה קיים קנה-מידה חיצוני-אובייקטיבי שבתי-המשפט, ובמיוחד בית-המשפט הגבוה לצדק, נאחזים בו. המשפט הבין-לאומי התרחב בשנים האחרונות, וכיום בכל תחום של משפט יש מעורבות של המשפט הבין-לאומי.

סיבל הסביר כי ההבחנה הקלאסית היא בין אמנות בין-לאומיות לבין המשפט הבין-לאומי המנהגי. המשפט הבין-לאומי המנהגי נחשב חלק מדיניה של מדינת-ישראל. אמנות, לעומת זאת, אינן נקלטות במשפט הישראלי אוטומטית, אלא על-ידי חקיקה. ההסבר להבדל, לדעת סיבל, הוא שהמשפט הבין-לאומי המנהגי נוצר בתהליך איטי של התנהגות עקבית של מדינות, תוך תחושה של מחויבות משפטית. אם תהליך זה התקיים, יש לנו כללים נורמטיביים בסיסיים מאוד שאי-אפשר כמעט להתווכח איתם. כאלה הן, למשל, זכויות אדם בסיסיות, דוגמת הקביעה כי אין להוציא להורג שבויי-מלחמה, הקביעה כי אין לשים שגריר זר במעצר, וכיוצא באלה קביעות שיש הסכמה לגביהן. גם הביטוי שהשתמשו בו בעבר – Law of Nations – מרמז במידה מסוימת על משפט טבעי, משפט מנהגי.

סיבל אמר כי קיימים לדעתו כמה סימני שאלה לגבי המשפט הבין-לאומי המנהגי כיום. ראשית, קיימת תופעה של Instant International Customary Law. בעבר התהליך של היהפכות למנהג היה איטי מאוד. כיום יש מנהגים שנוצרים תוך שנים ספורות. למשל, בתחום דיני החלל אין היסטוריה ארוכת-שנים. כמו-כן, יש תופעה מתרחבת של יצירת משפט מנהגי על-ידי הבנה של המדינות. לדוגמה, אמנת משפט הים, שנחתמה בשנת

1982, 251 נתפסת כיום כמנהג. כך גם אמנת וינה בנושא יחסים דיפלומטיים.²⁵² בית-המשפט בישראל אינו בודק מה היה המנהג לפני כן, ואף שהאמנה לא נקלטה בארץ, הוא מתייחס אליה כאל מנהג. סיבל אמר כי הנושא נהיה בעייתי יותר בדיני המלחמה. דוגמה לכך היא פרוטוקול אמנת ג'נבה משנת 1977: 253 ישראל לא הצטרפה אליו, וכך גם ארצות-הברית, והוא אינו מיושם כמעט על-ידי מדינות, אך יש אמירות רבות שזהו מנהג. סיבל אמר כי השאלה היא אם זהו בהכרח מנהג שנוצר מהתנהגות של מדינות.

שנית, סיבל הצביע על התפתחות חדשה שנקראת Soft Law. מדובר בעניין שאינו משפטי אך רצוי שיהיה משפטי, כגון ניסוחים בתחום האקולוגיה הנהגים מהסכמה רחבה. תחום זה של Soft Law מתגנב למשפט, אך הוא לא עבר את כור-ההיתוך של המנהג. שלישית, סיבל התייחס לתפקידם של ארגונים לא-ממשלתיים (NGOs). ארגונים אלה נתפסים כדבר חיובי, אך יש ארגונים מסוג זה שיש להם סדר-יום משלהם. כל קבוצה יכולה להתארגן כארגון לא-ממשלתי, וברשימת הארגונים הלא-ממשלתיים המוכרים על-ידי האו"ם יש ארגונים איסלמיים קיצוניים רבים. סיבל אמר שכיום יש השפעה הולכת וגוברת של ארגונים לא-ממשלתיים על ניסוח כללים משפטיים. יש לכך צדדים חיוביים, אך ארגונים אלה אינם נושאים באחריות באותה רמה כמו מדינות. רביעית, סיבל התייחס לתפקידו של האו"ם ולכך שמתייחסים יותר ויותר להחלטותיו כאל משפט מחייב. הבעייתיות היא שמדובר בפוליטיקה בין-לאומית. סיבל אמר כי קיומו של ארגון פוליטי בין-לאומי הינו דבר חיובי, אך זו לא הדרך לייצר משפט בין-לאומי מנהגי.

חמישית, לדברי סיבל, רבות מהחלטותיו של בית-הדין הבין-לאומי בהג משקפות מחשבה וניתוח משפטי טובים, אך ברגע שבית-הדין עוסק בנושא פוליטי, הוא עצמו נהפך לפוליטי. כך, למשל, לחוות-הדעת המייעצת בעניינה של גדר-ההפרדה²⁵⁴ הוכנסו מרכיבים פוליטיים מובהקים, אף שמדובר בדעה אובייקטיבית לכאורה. סיבל אמר כי ההבדל בין בית-הדין הבין-לאומי בהג לבין בתי-הדין באירופה, דוגמת ה-European Court of Human Rights, הוא שבאירופה יש מוסדות אירופיים ומסגרת הומוגנית פחות

251 United Nations Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 3, available at treaties.un.org/doc/publication/mtdsg/volume%20ii/chapter%20xxi/xxi-6.en.pdf

252 אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים, כ"א 22, 13 (נפתחה לחתימה ב-1961) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1970). נוסח האמנה נגיש ב- untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf

253 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 4, available at treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201125/volume-1125-I-17512-English.pdf

254 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 4), available at www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf?PHPSESSID=3de715e8b622f586c16e037a7afc0a16

או יותר, יש דמיון מסוים בין שיטות המשפט וקיימת היסטוריה דמוקרטית. לעומתם, ברגע שהמוסדות הקובעים את הכללים הם מוסדות בין-לאומיים כלליים, הכוללים את כל מאתיים המדינות, אין כמעט מכנה משותף ביניהן, במיוחד בהתחשב בכך שרוב המדינות במוסדות האו"ם אינן דמוקרטיות עדיין.

לסיכום הרצאתו אמר סיבל כי במישור הבין-לאומי הכללי ישראל צריכה לדעתו ליישם רק את הכללים של המשפט הבין-לאומי המנהגי שעברו את כור-ההיתוך של התנהגות עקבית של מדינות לאורך שנים, תוך תחושה של מחויבות משפטית. לטענתו, יש בעייתיות בהרחבת תחומו של המשפט הבין-לאומי המנהגי לכל ההחלטות הבין-לאומיות שמתקבלות, כגון החלטות של בית-הדין הבין-לאומי בהג והחלטות של האו"ם.

פרק ז: מושב שביעי – דיני חוזים

משתתפי המושב: יושב-ראש – ד"ר עלי בוקשפן, פרופ' גבריאלה שלו, ד"ר יהודה אדר, ד"ר יונתן יובל

1. פתח-דבר

עניינו של המושב השביעי היה דיני חוזים. הדוברים במושב זה הציגו את השאלה מיהם שליטי החוזה – הצדדים לחוזה או שמא בית-המשפט; דנו בתמורות החברתיות שחלו בדיני החוזים ואשר הביאו לידי שינוי בתפיסה הבסיסית של דיני החוזים מתפיסה אינדיווידואליסטית-אטומיסטית לתפיסה של אחריות חברתית של המתקשרים החוזיים; בחנו את יחסי-הגומלין בין עקרון הקטנת הנזק לבין עקרון האשם התורם, ואת ההשלכות המעשיות הנובעות מקיומם של שני מוסדות משפטיים אלה זה לצד זה בשיטת המשפט; ולבסוף דנו במסגרת היחסים החוזיים בין הצדדים לאחר ההפרה. בכרך זה של כתב-העת מופיע מאמרו של ד"ר יהודה אדר "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניים יחדיו?"²⁵⁵

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדוברת הראשונה הייתה פרופ' גבריאלה שלו מהקריה האקדמית אונו. שלו דנה בהרצאתה בשאלה מיהם שליטי החוזה – האם אלה הצדדים לחוזה או שמא זהו בית-המשפט? שלו הסבירה כי שאלה זו עולה ביתר שאת לנוכח הלכת אפרופים,²⁵⁶ אשר התבררה כחידוש

255 יהודה אדר "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניים יחדיו?" משפט ועסקים י עמוד 381 (2010).

256 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995)

עצום. לדעתה, פסק-דינו של המשנה לנשיא ברק הוא פסק-הדין החשוב ביותר שניתן בתחום דיני החוזים,²⁵⁷ ואליו מצטרפים החיזוק והגיבוי העיוני שניתנו להלכה זו בכתבתו האקדמית של אהרן ברק.²⁵⁸

שְׁלוֹ אינה מסכימה עם האמירות שלפיהן השופט דנציגר, בפסקות שנתן,²⁵⁹ הפך או שינה את הלכת אפרופים. לדעת שְׁלו, אי-אפשר להפוך את הלכת אפרופים. ייתכן שהדגשים השתנו, אך זאת, אם בכלל, כתוצאה מהפסיקה בעניין מגדלי הירקות,²⁶⁰ שבו ניסה המשנה לנשיא חשין לשנות את הלכת אפרופים. שְׁלו הסבירה כי התנגדותו של חשין לא הייתה להלכה עצמה, אלא ליישומה בחיי המעשה ו"לרוח שהחלה מנשבת" ממנה.²⁶¹ שְׁלו אמרה כי ניתן להבין את הישארותו של חשין במיעוט דווקא על רקע פסק-הדין של שופטי המיעוט שהסכימו להצטרף, בהסתייגות, לחלקים מפסק-הדין שלו. השופט נאור, למשל, אומנם הסכימה עם השופט חשין לגוף העניין, אך פתחה את פסק-דינה באמירה כי יש להותיר את הלכת אפרופים על כנה. השופט גרוניס אמר אומנם שהוא מסכים עם ביקורתו של השופט חשין על הלכת אפרופים, אך אינו מסכים עם המסקנות הקונקרטיות שלו לעניין החוזה שעמד לדיון.

שְׁלו סבורה כי פסק-הדין בעניין נורקייט ובעניין אנגלו סכסון אינם אלא דגש נוסף בנושא "רוח ההלכה", בדומה לדעת המיעוט של חשין בעניין מגדלי הירקות. כאמור, ההתנגדות לא הייתה להלכה עצמה, אלא "לרוח שהחלה נושבת" ממנה, אשר הופכת את בית-המשפט לשליט החוזה בסופו של דבר.

שְׁלו הציגה שתי סיבות לאימוץ, האמין לדעתה, של הלכת אפרופים בבית-המשפט העליון במסגרת הדיון הנוסף בעניין מגדלי הירקות. ראשית, השופטים השתכנעו בנכונותה התיאורטית של ההלכה. הם קראו לא רק את פסק-הדין, אלא גם את מה שנכתב על ההלכה בספרות. שנית, במשך השנים שחלפו מאז נכתבה הלכת אפרופים והוסברה, נעשה בהלכה זו שימוש רב ותכוף עד כדי כך שהיא נהפכה להלכה המצוטטת ביותר בדיני החוזים. שְׁלו הביעה בעבר תמיהה על הדיסוננס בעמדתה של הקהילה המשפטית בין השיחות

(להלן: הלכת אפרופים). הלכה זו קיבלה חיזוק הלכתי בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.5.2006) (להלן: עניין מגדלי הירקות), שבו נערך דיון נוסף בהלכת אפרופים. זאת, לאחר שההזדמנות לקיים דיון נוסף נדחתה על-ידי השופטת שטרסברג-כהן, אשר קבעה בדנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.7.1995) כי אין חידוש בהלכה זו.

257 ראו גבריאלה שלו "נצחון רוח הדברים על האות הכתובה" בית המשפט – חמישים שנות שפיטה בישראל 204 (דוד חשין ואח' עורכים, 1999).

258 ראו, למשל, אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ד – פרשנות החוזה (2001). ראו במיוחד שם, פרקים 9–11.

259 ע"א 5856/06 אמנון לוי נ' נורקייט בע"מ (טרם פורסם, 28.1.2008) (להלן: עניין נורקייט); ע"א 5925/06 אלי בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (טרם פורסם, 13.2.2008) (להלן: עניין אנגלו סכסון).

260 עניין מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 260.

261 שם, פס' 2 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

של עורכי־הדין בפרוודורים, שבהן הם קובלים על כך שהלכת אפרופים פוגעת בוודאות ובאפשרות לצפות את תוצאותיו של ההליך המשפטי, לבין היאחזותם של אותם עורכי־דין בהלכה זו בבית־המשפט – היאחזות אשר מכתירה הלכה זו שוב ושוב כהלכה החשובה ביותר בדיני החוזים וכהלכה שמעבירה את כוח השליטה והדיון החוזי מן הצדדים לבית־המשפט. לדעתה, אין ספק שהלכת אפרופים מבוססת בעיקרה על עקרון תום־הלב, שהינו עיקרון קוגנטי המושלט על־ידי בית־המשפט, ולכן היא סבורה שאולי אין מקום למתוח ביקורת על עורכי־הדין שנאחזים בהלכת אפרופים כדי לעשות את המירב בעבור לקוחותיהם. שְׁלוֹ סיכמה את הרצאתה באמירה כי עניין מגדלי הירקות החוזר במידת־מה לצדדים לחוזה את השליטה בו ובפירושו. לדעתה, הצדדים הם שליטיו האמיתיים של החוזה, אך על האיוון להיערך בין שני העקרונות: מצד אחד, עקרון חופש החוזים, ומן הצד האחר, עקרון תום־הלב, שהוא הבסיס להלכת אפרופים.

הדובר השני היה ד"ר עלי בוקשפן מהמרכז הבינתחומי הרצליה. בוקשפן דן בהרצאתו בתמורות החברתיות שחלו בדיני החוזים ואשר הביאו לידי שינוי בתפיסה הבסיסית של דיני החוזים מתפיסה אינדיווידואליסטית־אטומיסטית לתפיסה של אחריות חברתית של המתקשרים החוזיים. בהקשר זה התייחס בוקשפן לשתי תמורות מרכזיות שחלו בדיני החוזים: ראשית, התמורות בתיאוריית הרצון, ההופכות אותה לתיאוריה שאינה מתאימה עוד לדיני החוזים; ושנית, חלחולן של נורמות מהמשפט הציבורי אל המשפט הפרטי. בוקשפן תיאר את התמורות המתחוללות כיום בעולם העסקי, אשר דיני החוזים הם הפלטפורמה העיקרית שלו. לדעתו, התעצמות התאגידים, אשר לעיתים עולים בכוחם על מדינות,²⁶² וכן ריבוי החוזים האחדים, המתאפיינים ביחסים של חזק מול חלש, אינם מאפשרים לדבר בצורה משכנעת ונרחבת על חופש החוזים בעידן הנוכחי. חופש הבחירה, במובנו הקלסי, אבד עליו הכלח. בוקשפן הסביר שכיום התאגידים עצמם נדרשים להתייחס לנושאים החורגים מהקפיטליזם הטהור ומרצונם הצר של הצדדים. לכן, לדעתו, גם המשפט – בתחומים הקרובים ביותר לעולם העסקי, הלוא הם דיני החוזים ודיני התכורות – יהיה חייב לתת מענה מסוים להתפתחות זו.

בספרו²⁶³ כינה בוקשפן את התופעה המתרחשת בשנים האחרונות בדיני החוזים "מהפכה חברתית", על משקל "מהפכה חוקתית". לדעתו, דיני החוזים נושעים במובן מסוים את התפיסה האינדיווידואליסטית־האטומיסטית, ובמקומה מתפתחת לאיטה, באמצעות דיני החוזים עצמם, גישה של אחריות חברתית של המתקשרים החוזיים. ניתן למצוא לכך תימוכין בדבריו של השופט מצא בעניין ש.א.פ., ולפיהם:

"... ההבנה שהתגבשה בעידן המודרני, כי דיני החוזים שוב אינם מגבילים את עצמם להסדרת התקשרויות רצוניות בין יחידים, אלא עוסקים הם במערכות יחסים נרחבות ומורכבות הרבה יותר של אינטראקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות,

262 ראו, למשל, old.swivel.com/graphs/spreadsheet/21353710. בטבלה המוצגת באתר ניתן לראות כי רבות מבין מאה הישויות הכלכליות הגדולות בעולם הן תאגידים.

263 עלי בוקשפן מהפכה החברתית במשפט העסקי (2007).

שקיום רבות מהן אינו מבוסס כלל על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית... הבנה זו היא העומדת ביסוד המגמה הגורסת כי במקרים המתאימים לכך ראוי לבחון את תוקפו המחייב של החוזה לא רק בעזרת המבחן הסובייקטיבי (רצונו החופשי של המתקשר) אלא גם – ולעיתים בעיקר – בעזרת מבחן אובייקטיבי, היינו סבירות והוגנות תנאיו של החוזה.²⁶⁴

כדי להראות את חשיבותם של עקרונות כגון תקנת הציבור ומושגי-שסתום בדיני החוזים, ציטט בוקשפן מדבריו של השופט ברק בעניין קסטנבאום:

"דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם."²⁶⁵

כאשר אדם מתקשר בחוזה עם תאגיד, שלעיתים עולה בכוחו על כוחה של מדינה, הגיוני שיהיה עיקרון שירסן את חופש החוזים ואולי יחייב את התאגיד לשמור על זכויות אדם לא פחות ממדינה.

בוקשפן הסביר שעקרון תום-הלב הינו עיקרון פוזיטיבי, להבדיל מתקנת הציבור, שהיא לכאורה נגטיבית. זוהי מעין הגבלת הרף המשפטי והבאתו לרמה של התחשבות במסגרת כל אינטראקציה חוזית – ההתחשבות היא לא רק בפרט ובאינטרס העצמי, אלא גם בציפיותיו של הזולת והציבור. כדי לחזק את דבריו, ציטט בוקשפן מדבריו של הנשיא ברק בפסק-הדין בעניין גנז:

"תום-הלב מניח כי בעל הזכות דואג להבטיח את זכותו, עם זאת תום-הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי."²⁶⁶

לטענת בוקשפן, מכאן אנו למדים שדווקא דרך דיני החוזים – המוסד העסקי והוולונטרי ביותר – אנו צריכים לשנות את תפיסות-העומק שלנו. לדבריו, גם מבחינה נורמטיבית וגם מבחינה תיאורטית, דיני החוזים הינם כלי להתחשבות בזולת ובעקרונות-יסוד חוקתיים, לפעמים על-חשבון האוטונומיה של אחד מן המתקשרים או שניהם. לנוכח ההבחנות שהציג, טען בוקשפן כי תיאוריית הרצון אינה רלוונטית עוד לדיני

264 ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נו(6) 769, 787-788 (2003).

265 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 239, בעמ' 532.

266 ע"א 2643/97 שלמה גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נו(2) 385, 400 (2003) (להלן: עניין גנז).

החוזים, שכן רוב האינטראקציות אינן חוזיות או שהן אינטראקציות בין חזק לחלש. דוגמה לכך ניתן למצוא בעובדה שכבר השלב הראשון של הכניסה לחוזה, גמירות הדעת, נבחן על-פי מבחנים אובייקטיביים – שיקולי הסתמכות ושיקולי צדק – ולא על-פי מבחנים סובייקטיביים. בוקשפן סיכם סוגיה זו באמירה שתאוריית הרצון "פשטה את הרגל", ואינה מסבירה עוד את פועלם של דיני החוזים באופן משכנע.

בוקשפן הציג חלופה לתאוריית הרצון, והיא תאוריית האמון הבין-אישי. זו נבחנת במושגים המקבילים "אמון" ו"ציפייה", על-פי בחינת משולש הציפיות של כל הצדדים המעורבים באינטראקציה החוזית – המבטיח, הנבטח והציבור. לדעת בוקשפן, אפילו בהיבט האינטואיטיבי קיום חוזה והבטחה חוזית מתקשרים אצלנו לתכונה של אמינות: אינטרס הציפייה – האינטרס העיקרי המוגן במסגרת דיני החוזים – הינו גם מרכיבו הבסיסי של מוסד האמון. היחסים בין אמון לבין חוזים הינם יחסים תחליפיים, כלומר, אילו הייתה חברה עם אמון מוחלט, לא היה צורך בחוזים, ואילו היו החוזים מפורטים והדוקים, לא היה צורך באמון.

בוקשפן התייחס לתמורה נוספת שחלה בדיני החוזים, והיא היטשטשות ההבחנה בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי. הבחנה זו, לדעתו, מכשילה אותנו כיום. השופט ברק קבע בעניין קסטנבאום כי עקרונות היסוד יחולו בכל התייחסות גומלין אנושית. ההבחנה בין משפט פרטי לציבורי אינה מסייעת בהחלטה מהו מינון זכויות היסוד שנחיל ועל אילו פרטים נחיל אותן. שאלה זו לא נידונה בפסק-הדין בעניין קסטנבאום. לדעת בוקשפן, יש למצוא מתודה של אמות-מידה מעודנות שיעזרו לנו בקביעת המינון המדויק – אם כמו ב"מאזניים של בית מרקחת", כפי שאמר השופט זמיר,²⁶⁷ ואם בדרכים אחרות. בוקשפן הציע כי המינון לא ייגזר על-פי המיחות השלטונית או הפרטית, כי כיום גם הגוף הפרטי כפוף לזכויות אדם. לדעתו, יש לגזור זאת על-פי פרמטרים חברתיים אחרים, ביניהם היקף החשיפה החברתית של המתקשר בחוזה או מעמדה החברתי של הזכות הנפגעת המאוזנת כנגד חופש החוזים, שכן לא הרי פגיעה בעקרון השוויון כפגיעה בעיקרון אחר.

לסיכום הדברים אמר בוקשפן כי במשך שישים שנות משפט בישראל חלו תמורות בשתי סוגיות בדיני החוזים: תאוריית הרצון, אשר אבד עליה הכלח; וחלחולן של נורמות מהמשפט הציבורי למשפט הפרטי, אשר מחייב התייחסות לשאלת המינון של זכויות היסוד שנחיל על גופים פרטיים.

הדובר השלישי היה ד"ר יהודה אדר מהקריה האקדמית אונו. בהרצאתו בחן אדר את יחסי-הגומלין בין עקרון הקטנת הנזק לבין עקרון האשם התורם, ואת ההשלכות המעשיות הנובעות מקיומם של שני מוסדות משפטיים אלה זה לצד זה בשיטת המשפט. בלב ההרצאה ניצבה השאלה אם ראוי שהקטנת הנזק והאשם התורם ימשיכו ללכת יחדיו.

אדר פתח והסביר כי עקרון הקטנת הנזק ודוקטרינת האשם התורם מוכרות בדיני הנוזיקין, וכיום גם בדיני החוזים, והזכיר כמה מאפיינים משותפים העומדים ביסוד הדמיון הרב שבין שתי הדוקטרינות: ראשית, בשני המקרים מדובר בטענות הגנה מפני תביעת

267 ראו דנג"ן 4191/97 אפרים רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 373 (2000).

פיצויים בהוכחת נזק; שנית, העילה המקימה את טענת ההגנה זהה – בשני המקרים מדובר בהתרשלות עצמית של התובע, קרי, בסטייה מדפוס התנהגות סביר ורצוי מצידו של התובע, אשר תרמה להתרחשות הנזק שהתובע מבקש פיצוי בגינו; שלישית, היקף התחולה של שתי הדוקטרינות בדיני התרופות דומה. השימוש השכיח בדוקטרינות אלה הוא בתרופת הפיצויים, אך במסגרת שתיהן קיימים שימושים גם בהקשרים אחרים, כגון בהקשר של תרופות האכיפה, ההשבה והביטול, שאותן ניתן לשלול במקרים מסוימים מטעמי צדק.

לנוכח דמיון זה מתעוררת השאלה אם קיים בכלל הבדל של ממש בין ההגנות. האם מדובר בהבדל סמנטי גרידא או שמא קיים הבדל מהותי בדרך פעולתן? על שאלה זו השיב אדר כי אכן קיים הבדל מהותי כאמור. בשיטות המשפט המכירות בדוקטרינה של הקטנת נזק תוצאת החלטה של הדוקטרינה היא חסימה מוחלטת של זכות הניזוק לפיצוי בגין הנזק הנמנע, כלומר, זוהי "חלוקה אנכית" (המפרידה בין נזק בר-פיצוי לבין נזק שאינו בר-פיצוי). לעומת זאת, באשם תורם החלוקה הינה "אופקית", כלומר, חלוקה פנימית – בתוך הנזק הנמנע עצמו – בין המפר לבין הנפגע, לפי מידת האחריות היחסית של כל אחד מהם לגרימת הנזק הנמנע.

לנוכח ההנחה כי אין מדובר בדוקטרינות זהות, עבר אדר לדון בשאלת "חלוקת העבודה" ביניהן. באילו מצבים נחיל את הגנת האשם התורם, ובאילו נטיל את נטל הקטנת הנזק? לפי גישה אחת, שהוצעה בספרות,²⁶⁸ לפחות בתחום החוזים קיימת בין הדוקטרינות חלוקת תפקידים ברורה: עד למועד ידיעתו של הניזוק על ההפרה חלה דוקטרינת האשם התורם בלבד, ואילו מרגע זה ואילך תחול דוקטרינת הקטנת הנזק. אדר הסביר כי אף שחלוקה זו הינה קלסית ואלגנטית, היא מעוררת קושי בשני מישורים. ראשית, ספק אם היא מתארת נכונה את הדין הנוהג; שנית, אין זה ברור כי מדובר בחלוקת התפקידים המיטבית.

במישור הדין הנוהג ציין אדר כי בפסיקה אין אסמכתה ברורה המגבילה את תחולתו של עקרון האשם התורם בדיני החוזים מבחינה כרונולוגית. קיימת אומנם הכרה בכך שדוקטרינת הקטנת הנזק חלה ממועד הידיעה על ההפרה,²⁶⁹ אך אין אמירה ברורה השוללת את תחולתו של עקרון האשם התורם באותו פרק-זמן. יתר על כן, מבחינה פורמלית אשם תורם בתחום החוזים מבוסס על עקרון תום-הלב, אשר בוודאי אינו עוצר בשלב ההפרה, ולכן יש הצדקה פרשנית (לפחות לכאורה) להחיל עיקרון זה גם בשלבים מאוחרים יותר. גם בדיני נזיקין החוק אינו מגביל את תחולת האשם התורם לרגע ההפרה, ובפסיקה הוא מוחל עד לקרות הנזק הראשוני (ממועד זה ואילך מוחלת ההגנה של הקטנת נזק). גם להגבלה זו על תחולתו של האשם התורם אין יסוד מילולי כלשהו בהוראותיה של פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 (להלן: פקודת הנזיקין), הנוגעות באשם תורם. לסיום הדיון בדין הנוהג הזכיר אדר כי בגרמניה ובצרפת אין כלל דוקטרינה של הקטנת נזק, אלא היא משולבת בתוך מוסד האשם התורם ("faute de la victime mitverschulden"). גם במשפט האנגלו-אמריקאי קיימת אי-בהירות בשאלת חלוקת העבודה בין ההגנות. הספרות דנה בכל

268 ראו אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 18-21 (1997).

269 ראו ע"א 3912/90 Eximin S.A, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 80 (1993).

אחת מהן בנפרד, מבלי לברר את השאלה אם תיתכן תחולה חופפת או מקבילה שלהן. במישור הדין הרצוי טען אדר כי להגנת האשם התורם יש יתרון ברור על ההגנה של הקטנת נזק, וכי יתרון זה מצדיק את ביטולה של דוקטרינת הקטנת הנזק. את הקושי שעקרון הקטנת הנזק מעורר הדגים אדר באמצעות כמה דוגמות. אדם רכש מוצר פגום. מרגע שזיהה כי המוצר פגום חלה דוקטרינת הקטנת הנזק (שהרי נודע לו על ההפרה, שהיא אי-ההתאמה שנפלה בממכר). אך נניח שאותו אדם לא הפסיק להשתמש במוצר וגרם לו נזק. לפי דוקטרינת הקטנת הנזק לא יזכה הניזוק בפיצוי כלשהו, ללא תלות בנסיבות. לדעת אדר, שלילה מוחלטת של הפיצוי לא תהיה תמיד מוצדקת, שהרי למרות התרשלותו העצמית של הקונה, אין לשכוח כי המוכר הוא שהטיל את הסיכון לפתחו של הקונה. בנסיבות מסוימות – למשל, מכירה בודדעין של מוצר פגום – יש מקום לחלק את האחריות לנזק, ולא להטילו באופן בלעדי על הקונה. דוגמה אחרת הייתה עסקת מכר רגילה שבה הקונה מפר את החוזה באי-תשלום של התמורה. במקרה כזה, כדי להקטין את נזקו, על המוכר, באופן טיפוסי, למכור את הנכס לקונה אחר. אך לעיתים המוכר מתעכב משום שהוא חושש למכור את הנכס לקונה אחר, ובתקופת העיכוב ערך הנכס יורד. אם העיכוב הוא בלתי-סביר, החלת ההגנה של הקטנת הנזק תוליך לשלילה מוחלטת של הפיצוי לגבי הנזק של ירידת הערך בתקופה שבה היה העיכוב בלתי-מוצדק. אולם לא תמיד תהא תוצאה כזו מוצדקת, בהינתן שהקונה הוא שיצר מלכתחילה את המצב שבו היה על המוכר להתלבט אם לפעול למכירת הנכס או להמתין בטרם יעשה כן. אכן, אדר הזכיר כמה פסקי-דין, בעיקר בערכאות הדיוניות, שניתן ללמוד מהם כי בתי-המשפט שלנו כיום, כאשר דעתם אינה נוחה מהתוצאה של חלוקה אנכית של הנזק, פונים לעקרון האשם התורם – על-פי-רוב בלא אזכור של שאלת הסמכות לעשות כן – ומחילים אותו גם בתקופה ה"בתר-עוולתית", קרי, לאחר מועד ההפרה.

לסיכום הרצאתו אמר אדר כי הוא אינו טוען להעדר חשיבות נורמטיבית של רגע הידיעה על ההפרה (או על הנזק), וברי כי מרגע זה מאזן השיקולים משתנה לחובתו של הניזוק. אותו אדם עומד מול הנזק, ועליו לעשות פעולות מיידיות במטרה להקטין את הנזק ולמנוע את התרחבותו. ברם, למרות חשיבותו, השיקול של ידיעת הניזוק על ההפרה צריך להיות רק שיקול אחד מבין מכלול השיקולים הרלוונטיים לחלוקת האחריות בין המפר לנפגע. שיקולים אחרים – כגון טיב הסיכון שיצר המפר, הקושי לסלקו, היסוד הנפשי של המפר ועוצמת ההתרשלות של הניזוק – צריכים להישקל על-ידי בית-המשפט באופן גמיש וחופשי בטרם יטיל את מלוא האחריות לנזק הנמנע על הניזוק באורח בלעדי. פתרון כזה מתאפשר במסגרת הגנת האשם התורם, אשר בשיטתנו ניתן להחילה ללא קושי הן בשלב הטרם-עוולתי והן בשלב הבתר-עוולתי. את הדוקטרינה של הקטנת נזק, שמילאה תפקיד חיוני במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה, בטרם באה לעולם הגנת האשם התורם, ראוי לבטל בעידן המודרני, ויפה שעה אחת קודם.

הדובר הרביעי היה ד"ר יונתן יובל מאוניברסיטת חיפה. יובל דן בהרצאתו בשלב הבתר-הפרתי, כלומר, במסגרת היחסים החוזית בין הצדדים לאחר ההפרה. לטענתו, בשלב זה היחסים בין הצדדים לחוזה אינם תרופתיים גרידא, אלא נותנים מקום גם לריפוייה של הפרת החוזה על-ידי המפר. יובל מיקם את דבריו במסורת התיאוריה היחסותית לדיני

החווים (relational contract theory), הרואה בחוזה מסגרת של יחסים שרק חלקם ניתנים לביטוי באמצעות נורמות משפטיות פוזיטיביות. גישה זו, אשר פותחה בארצות-הברית, בעיקר על-ידי מקנל ומקולי,²⁷⁰ אינה רואה בחוזה רק מסגרת להקצאת סיכונים מלכתחילה (ex ante), אלא מתייחסת גם למה שקורה בין הצדדים במהלך האינטראקציה החוזית על שלביה השונים – משלב המשא-ומתן והכריתה (אשר פעמים רבות נעשית בדרך מבוזרת ואינקרימנטלית מכדי שיהיה אפשר לזהות במסגרתה, ללא מלאכותיות רבה, פעולות תקשורתיות מובחנות (discrete) שהן בגדר "הצעה" או "קיבול" וכדומה) ועד השלב שלאחר ההפרה, אשר בו כאמור התרכזו דבריו.

יובל התייחס לשאלה שהוצגה בפתח הכנס – "מיהם שליטי החוזה?". לטעמו, זו אינה השאלה הנכונה, משום שבשלב הבתר-הפרתי היחסים בין הצדדים עשויים להיות מורכבים מכדי שיהיה אפשר לתמצתם למערכות של כוח ושליטה (זאת, ככל שהחוזה דומה יותר ל"חוזה יחס" מאשר לעסקה מובחנת (discrete)). לעיתים היחסים בין הצדדים מתפתחים בדרכים שהם לא צפו או תכננו אותן מראש, וגם בדרכים שלעיתים לבית-המשפט אין מה להגיד עליהן, אלא עליו לנסות לבחון את היחסים מנקודת-המבט הפנימית של הצדדים. יובל התייחס לניתוח של שליו²⁷¹ בדבר היחסים בין המדינה לבין החוכרים החקלאים, והסביר כי זוהי דוגמה מצוינת למקום שבו אין לומר כי מי מהצדדים הינו שליט החוזה, מפני שבמהלך היחסים החוזיים קורים דברים רלוונטיים שאי-אפשר לתמצתם לשאלות שעשויות להישאל מלכתחילה (ex ante), לפני שהחוזה נכרת, ואף לא לשאלות פרשניות גרידא (אשר מוגבלות בדרך-כלל לפרשנות החוזה במועד כריתתו).

הגישה היחסותית מעוניינת לתמוך בעסקות ולעודד צדדים לבצע עסקות כפי שהם מבינים אותן, ולא על-פי כללי בררת-מחדל או על-פי מערכת של הוראות חיצוניות שעליהם לציית להן. אחת הטענות של אנשי הגישה היחסותית היא שחוזים מנוסחים בדרך-כלל בחסר, דהיינו, הם מתבססים על רקע עשיר של הבנות משותפות, סטנדרטים של קהילות עסקיות וכדומה, המהווים חלק מן היחסים בין הצדדים גם אם לא הוסכם עליהם במפורש וגם אם הם אינם ניתנים לחליצה באמצעות אמות-מידה דוגמת "סבירות". בסיטואציות מסוימות על הדין לנסות "להציל" עסקות שיש טעם בהצלתן גם אם חלה הפרה המאפשרת לצד הנפגע לנצל את המצב ההפרתי לצורך פגיעה בעסקה. הדוגמה המובהקת לכך היא מוסד הריפוי החוזי, אשר לקוח מדיני המכר האמריקאיים ואומץ כיום גם על-ידי אמנת המכר הבין-לאומי של האו"ם (CISG)²⁷² וגם על-ידי ועדת לנדו (Lando Commission),

270 ראו: Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 Soc. Rev. 55 (1963); Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Theory*, 72 Nw. U. L. Rev. 854 (1977–1978).

271 "זכויות החקלאים במקרקעי ישראל" (חוות-דעת של פרופ' גבריאלה שלו, 10.5.1999).

272 CISG היא "אמנת האומות המאוחדות בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי שנחתמה בווינה ביום 11 באפריל 1980". ראו ס' 1 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-2000 (להלן: חוק מכר טובין בין-לאומי). האמנה מצורפת בתוספת לחוק (להלן: CISG). ס' 48 לתוספת לחוק קובע כי "...זכאי המוכר, אף לאחר מועד המסירה, לרפא על חשבונו כל אי קיום של

אשר פרסמה מסמך על עקרונות יסוד של דיני החוזים האירופיים – Principles of European Contract Law (PECL).²⁷³

המקור הדוקטרינרי וההיסטורי לדוקטרינת הריפוי מצוי בחלק השני של ה־Uniform Commercial Code (UCC), שבמסגרתו הוטרד קרל לואלן (Karl Llewellyn), העורך הראשי של הקודיפיקציה, בשאלה כיצד ניתן להציל עסקות. יובל הסביר כי לדעת לואלן, יש להתייחס בדיני החוזים ליחסים ולנהגים בין צדדים, אך לא כמודל לפעולה שנאכף באופן חיצוני על צדדים. דוגמה לגישתו של לואלן היא החלשת כלל המראה, כלומר, הקשיית המצב שבו קיבול תוך שינוי ההצעה המקורית ייחשב חוזה חדש.²⁷⁴ לואלן ייחס חשיבות להכרה נורמטיבית בסטנדרטים ובמנהגים של קהילות עסקיות. בניגוד ללואלן, פרופ' ליסה ברנשטיין, בסדרה של מחקרים חדשים, גורסת כי במסגרות של קהילות עסקיות רבות אי־אפשר למעשה לזהות סטנדרטים של התנהגות עסקית, ובתי־המשפט אף אינם מחפשים אותם, אלא נוטים לשפוט על־פי רציונל כלכלי אובייקטיבי.²⁷⁵ יובל סבור כי ייתכן שלואלן היה מודע לכך, ואף־על־פי־כן אמר מה שאמר – לא מתוך רומנטיזציה של *lex mercatoria* (מנהג הסוחרים), אלא משום שהיה חשוב בעיניו להעניק הכרה נורמטיבית לחלק מהנהגים ומהסטנדרטים החלים בפועל בין בני־האדם. הכרה זו היא תמצית ייחודם של המשפט האזרחי ודיני החוזים, בניגוד למשפט הציבורי, למשל. בהתאם לזאת, ממשיכו של לואלן, אנשי הגישה היחסותית, גורסים כי על בית־המשפט להימנע מלאכוף שיקולי סבירות נורמטיביים מופשטים, וכי עליו לנסות במקום זאת להבין מהי סבירות הפעולה להבנתם של הצדדים האקטואליים. סבירות מגינה בעיקר על אינטרס ההסתמכות. כך, בחוק הסחר הבין־לאומי של ישראל,²⁷⁶ אשר מבוסס על ה־CISG ומחיל אותה כדין פנימי על עסקות ייבוא וייצוא,²⁷⁷ המילה "סבירות" מופיעה 23 פעמים. סבירות היא פתרון בלעדי כמעט לבעיות, מתוך ניסיון להבין איך הצדדים עובדים וכיצד הם מבינים את החוזה ביניהם.

במסגרת זו, לדעתו של יובל, המצאתו הגדולה ואולי החדשנית ביותר של לואלן בחלקו השני של ה־UCC היא מתן הזכות למפר לרפא את ההפרה, כלומר, לקיים את החוזה לאחר הפרתו בתנאים מסוימים, בין אם ההפרה יסודית ובין אם לאו.²⁷⁸ הריפוי אינו מחזיר את

חובי, אם יכול הוא לעשות זאת בלא עיכוב בלתי סביר ובלא לגרום לקונה אי־נוחות בלתי סבירה, או אי־ודאות בדבר השבת הוצאות, ששולמו מראש על ידי הקונה".

273 ראו PECL § 8:104. מסמך העקרונות מופיע ב־ Principles of European Contract Law – Parts I and II (Ole Lando & Hugh Beale eds., 2000).

274 ראו, למשל: UCC §2-207; Restatement (second) Contracts §59.

275 ראו: Bernstein Lisa, *Empirical Research on Contracts* (paper presented at the annual meeting of the Law and Society Association, Berlin, Germany, Jul. 25, 2007).

276 הלוא הוא חוק מכר טובין בין־לאומי.

277 ראו ס' 2 לחוק מכר טובין בין־לאומי.

278 ראו UCC §2-508. סעיף זה מעניק למוכר זכות לריפוי ההפרה במצב שבו דחה הקונה את הטובין בשל אי־התאמה (rejection). יש לציין כי בשלב זה – לפני קבלת הטובין – זכותו של הקונה לדחותם מבוססת על עקרון ה־perfect tender, המחייב התאמה מוחלטת בין הטובין

הזמן לאחר ואינו מבטל אי-התאמות בטובין או בשירותים, אך מאפשר למפר לבצע את חיוביו החוזיים גם בתנאי הפרה, דהיינו, באיחור או על-ידי תיקון ליקוי ההתאמה וכדומה. לאחר שהתרחשה הפרה יש מקום לא רק לתרופות, אלא גם לכוח משפטי לקיים את החוזה בתנאים מסוימים, דהיינו, כאשר הריפוי אינו מערים קשיים על הנפגע. הריפוי יהיה על-חשבון המפר, כמובן, והוא אינו מבטל את זכות הנפגע לפיצויים – למשל, בעבור נזק כתוצאה מהאיחור (כמו פיצויים הניתנים יחד עם אכיפה). אך הריפוי עשוי למנוע מהנפגע זכאות לפיצויים תוצאתניים גבוהים, ובנסיבות מסוימות – את הכוח לבטל את החוזה. באופן טיפוסי הריפוי מפחית את גובה הפיצויים במצב שבו הנפגע מעדיף לתבוע פיצויים תוצאתניים (או מוסכמים) ואילו המפר מעוניין להפחית את חבותו בפיצויים באמצעות ביצוע ריפוי. בניגוד למתן ארכה לביצוע החוזה במצב של הפרה לא-יסודית – דוקטרינת הנכפריסט (Nachfrist),²⁷⁹ שאומצה מהמשפט הגרמני והשווייצרי, ואשר מאפשרת לנפגע לשרדג את ההפרה הרגילה – הריפוי הינו זכותו של הצד האחר לחוזה, קרי, של המפר. תזת הנכפריסט מרבה את מספר החוזים המבוטלים בעולם בשל הפרתם, שכן היא מאפשרת לבטל חוזה בשל הפרה לא-יסודית, ואילו זכות הריפוי מפחיתה אותם. במקרה של הפרה יסודית יגבר בדרך-כלל כוחו של הנפגע לבטל את החוזה על זכות המפר לרפא (כך הדבר ב-CISG, ב-PECL וגם ב-UCC, שם העניין מורכב מעט יותר בשל קיומה של חובת ההתאמה המושלמת (perfect tender), אך גם אז תהיה משמעות לזכות הריפוי באותם מקרים שבהם בחר הנפגע, מטעמים שונים, לא לבטל את החוזה.

יובל התייחס לקשר בין ריפוי החוזה לבין חובת תום-הלב. ניתן לטעון כי זכות הריפוי נגזרת מחובת הקיום בתום-לב – חובתו של הנפגע לאפשר ריפוי. הריפוי המושלם מעמיד את הנפגע במצב זהה או קרוב ככל האפשר לקיום, ומיטיב עם המפר. אמת, במקרים מסוימים היא נוטלת מן הנפגע את הכוח הנתון לו בדיני התרופות לקבוע איזו מן התרופות הראשיות להחיל. אך שליטה זו כשלעצמה אינה אינהרנטית לאינטרס של הנפגע. היא מהווה תוצר נלווה של קיום "ארסנל" של פעולות תרופתיות. האינטרס של הנפגע הוא להימנע מתרופה שכנגדה יש למפר טענת הגנה טיפוסית (מפני אכיפה – הגנה מן הצדק;

לבין הקביעה החוזית, בניגוד לדוקטרינת הביצוע המהותי (substantial performance), החלה לאחר שהתגלה פגם נסתר והקונה מבקש לחזור בו מקבלת הטובין (revocation of acceptance). זכותו של המוכר לרפא גם בשלב מתקדם זה אינה מפורשת, אך ניתן להסיקה מ-UCC §2-608(3), ויש לכך אף תמיכה בפסיקה. לסקירה כללית ראו: William H. Lawrence, *Cure After Breach of Contract Under the Restatement (Second) of Contracts: An Analytical Comparison with the Uniform Commercial Code*, 70 MINN. L. REV. 713 (1986).

279 תזת נכפריסט – הפרה לא-יסודית המאפשרת ביטול לאחר מתן ארכה. ראו: Jonathan Yovel, *The Seller's Right to Cure a Failure to Perform in International Sales*, 2005(1) NORDIC J. COM. L. 1; Jonathan Yovel, *Cure After the Date for Delivery*, in AN INTERNATIONAL APPROACH TO THE INTERPRETATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (1980) AS UNIFORM SALES LAW 381 (John Felemegas ed., 2007).

מפני פיצויים – הגנת הפחתת הנזק או בעיית צפיות; מפני ביטול – בעיית יסודיות או חלוף המועד). אלא שטענות הגנה אלה שוב אינן רלוונטיות מרגע שבחר המפר לרפא, דהיינו, לבצע פעולה אשר זהה באופן מהותי לאכיפת החוזה, וזאת תוך ויתור משתמע על טענות ההגנה מכוח סעיף 4 לחוק התרופות.²⁸⁰

יובל גורס כי מדויק יותר לטעון כי זכות הריפוי של המפר מתיישבת עם חובות תום-הלב של הנפגע מאשר לטעון כי היא נגזרת מהן ממש. אף שבתי-המשפט הכירו במפורש בכך שחובת הביצוע בתום-לב מחילה על הצדדים חובה לבצע גם פעולות שזכרן אינו בא בחוזה, היו בתי-המשפט מתונים בעניין זה, והגבילוהו בדרך-כלל לפעולות-עזר אשר בלעדיתן קיום החוזה כלשונו אינו יכול להיות בתום-לב. יובל אינו מציע, לדבריו, עיקרון זר לשיטה, אלא את מה שניתן לראות כפיתוח שלה, אף שמבחינה היסטורית לא זה היה מקורה.

יובל הציע אפשרות לניסוח הסוגיה של ריפוי חוזה במשפט הישראלי. לדעתו, ניתן לומר שצד לחוזה שלא קיים חיוב מחויביו רשאי, אף לאחר שחלף מועד הקיום של החיוב, לרפא את ההפרה תוך זמן סביר (או לחלופין – מיידית) ועל חשבונו, ובלבד שהצד האחר לא ייפגע מכך. ניתן להתייחס לדוקטרינה זו בדרכים רבות. למשל, ניתן להכפיף ריפוי חוזה לכך שהנפגע טרם ביטל את החוזה. החוזה ממשיך להתקיים, אך כך גם המונה של הנזק התוצאתי. ניתן להוסיף סעיף-עזר מסוגים שונים שייצרו מערכת תקשורתית בין הצדדים – לדוגמה, המפר מציע לרפא, והנפגע מנוע מלבטל אם לא השיב על ההצעה בתוך זמן סביר (ההגנה היא על הסתמכותו של המפר שמתחיל לרפא). יובל העיר כי אחת הסיבות לכך שלא חושבים כיום על הסדרים כאלה היא שהנרטיב התרופתי שלנו מתייחס להפרה כאל תאונה, מבלי שהוא שואל אם ההפרה רשלנית או לא-רשלנית, בתום-לב או לא בתום-לב, במתכוון או לא במתכוון, במזיד או לא במזיד. הבעיות בטענות מסוג זה כוללות בדרך-כלל קושי ראייתי להוכיח "הפרה חפה". אך רתיעה זו כשלעצמה אינה צריכה לפגוע באטרקטיביות של האפשרות לרפא הפרה חוזית כלשהי כאינטרס של המפר.

יובל סיכם את דבריו בהתייחסות לשאלה מדוע להעצים את המפר. הנרטיב החוזי המאפיין את חיינו הוא שמי שמקיים חוזה הוא אדם ראוי לאמון, והמפר אינו ראוי ליתרון כלשהו. אך הגישה היחסותית לחוזים מנסה להתבונן על האינטראקציה החוזית המורכבת ולהתייחס ברצינות רבה יותר ליחסים בין הצדדים כפי שהם מתפתחים לאורך חייו של החוזה המסוים, ואף בשלבי הפרתו. זוהי ראייה פנימית שמנסה להבין את היחסים בין הצדדים, ובמסגרת זו לשאול מתי ראוי לתת לצד שהפר את החוזה לתקן את הפרתו, מבלי לאפשר לצד הנפגע לנצל את ההפרה הזו לצורך תרופות אשר ייתנו לו אולי יותר מאינטרס הציפייה ויפגעו בצד המפר.

280 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

פרק ח: מושב שמיני – דיני משפחה

משתתפי המושב: יושב־ראש – ד"ר רות זפרן, פרופ' פנחס שיפמן, פרופ' שחר ליפשיץ, ד"ר איילת בלכר־פריגת

1. פתח־זבר

עניינו של המושב השמיני היה דיני משפחה. הדוברים במושב זה בחנו את המאבקים בין הדין הדתי לבין דין המדינה, הציגו את המהפכה האזרחית בדיני המשפחה תוך ניתוח העבר ומבט לעתיד, דנו בהתפתחויות שהתרחשו (ובעיקר באלה שטרם התרחשו) בהסדרה המשפטית של יחסי הורים־ילדים במשפט הישראלי, ולבסוף דנו ב"משפחות חדשות" במשפט הישראלי. בכרך זה של כתב־העת מופיעים מאמריהם של פרופ' פנחס שיפמן "שפה דתית ושפה אזרחית בדיני המשפחה"²⁸¹ ושל פרופ' שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל".²⁸²

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' פנחס שיפמן מהמרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת־גן. שיפמן דן בהרצאתו במאבקים בין הדין הדתי לבין דין המדינה. לדבריו, העמדה הרווחת היא שקיים חיץ בלתי־עביר בין תפיסה דתית, הרואה את חזות הכל בכניעה לציווים דתיים, לבין תפיסה מוסרית, המתהדרת בזכויות אדם. האחרונה רואה בפגיעה ללא צידוק רציונלי בחופש האישי של אדם, במיוחד בתחומים האינטימיים של חייו, משום פגיעה בעיקרון מוסרי.

על רקע הבדלי גישות אלה, אמר שיפמן, נוצרים דיני משפחה אזרחיים על־ידי יצירת תחליפי נישואים ותחליפי גירוש. לדבריו, דיני המשפחה האזרחיים עוקפים את הדין הדתי על־ידי פיתוח מרחיב של הדין האזרחי. כך, למשל, עקרון השוויון בין המינים בתחום יחסי הממון בין בני־זוג מורחב באמצעות דיני החוזים ודיני הקניין. משנקבע עיקרון זה במגרש האזרחי, הרחק מן הדין הדתי המהותי, אין הוא נעצר בפתחו של בית־הדין הדתי, אלא מבקש להיות כגיגית הכפויה על ראשיהם של הרבנים, וכאשר הרבנים מסרבים לכופ את ראשיהם, מצמצמים את סמכויותיהם. שיפמן ציין כי תהליך דומה התרחש גם בסוגיות

281 פנחס שיפמן "שפה דתית ושפה אזרחית בדיני המשפחה" משפט ועסקים י עמוד 423 (2010).

282 שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" משפט ועסקים י עמוד 447 (2010).

אחרות, כגון ההגנה על זכויות הילד הטבעי מול גישתו המסתייגת של בית־הדין הדתי המוסלמי.

לדעת שיפמן, הדימוי הרווח של הדין הדתי ומשפט המדינה כעומדים משני צידי המתרחם מתעלם מכך שהדין היהודי מזין באופן גלוי וסמוי רבים מן ההסדרים האזרחיים בדיני המשפחה. דוגמה לכך היא הגישה המצדדת בגירושים ללא אשמה – גישה הקיימת גם בדין הדתי היהודי.²⁸³ לדעתו, יצירת הניגוד בין הדין הדתי לבין דין המדינה נוחה לשני צידי המתרחם. לאמיתו של דבר, מה שמוצג לעיתים קרובות כבעיה אזרחית חיצונית הוא לעיתים קרובות, מנקודת־מבט בוחנת יותר, גם בעיה דתית. כך, למשל, שאלת הנהגתם של נישואים אזרחיים בישראל מעוררת מחלוקת במישור הפוליטי והסמלי, וקשורות אליה טענות כבדות־משקל לגבי פגיעה בזכויות אדם. יש המניחים כי שינוי כזה מנוגד לתפיסה דתית. אולם, לדעת שיפמן, המשך קיומם של נישואים דתיים כחובה בעבור כלל הציבור טומן בחובו חבית חומר־נפץ, וזאת, בין היתר, בשל הריבוי ההולך וגובר של פסולי־חיתון שהם תוצאה של נישואים דתיים. באופן דומה, בעיית מעוכבות־הגט היא בראש ובראשונה – אם כי לא רק – בעייתן של נשים דתיות שאמונתן הדתית מונעת מהן את האפשרות לחיות חיי אישות עם גבר זר כל עוד לא הותרו נישואיהן כדת.

מנקודת־מבטו של אדם דתי, הפיכת הנישואים הדתיים לאבן־נגף היא הבעיה הדתית האמיתית. שיפמן הסביר כי בעיה זו מתעוררת בכל מקום שחיים בו יהודים שומרי מסורת, אלא שבשראל הזדהותו לכאורה של משפט המדינה עם הדין הדתי גרמה נזק תודעתי של הסתרת הבעיות הדתיות הפנימיות, היכולות להיפתר כמובן רק בתוך הדין הדתי גופו. הבעיה האזרחית, אם כן, היא רק רובד אחד בסוגיה כולה.

מבחינה זו שגתה, לדעת שיפמן, המערכת המשפטית האזרחית כאשר הדגישה ללא צורך את הקונפליקט בין הדין הדתי לבין המשפט האזרחי. כך, למשל, בעניין בבלי,²⁸⁴ אשר עסק ביחסי הממון בין בני־זוג, הועמד העיקרון האזרחי כנוגד את הדין הדתי. בעניין זה ראה המשנה לנשיא ברק את יישומו של הדין האזרחי הכללי בבית־דין דתי באמצעות אחת מן הדוקטרינות הפנימיות של בית־הדין, דוגמת מנהג, כמצב בלתי־תקין, שכן במצב זה הדין האזרחי אינו חי מכוח עצמו, אלא מכוח הסכמת הדין הדתי. לדעת שיפמן, מדובר בשגיאה אסטרטגית חמורה. מוטב היה לבצר את ההלכה האזרחית גם באמצעות שימוש בשפה דתית־הלכתית, שלפיה יש תוקף למנהג הרווח של הבריות בענייני ממון. השימוש בשפה הדתית ובמקורות הדתיים היה מקטין את החיכוך, מעשיר את הפרספקטיבה האזרחית, ובעיקר מקטין את תחושת הניכור התרבותי כלפי המקורות המופגנת בעניין בבלי.

שיפמן הסביר כי אנשים אשר זרים למקורות היהודיים או למקורות הדתיים האחרים מגלים לא פעם רתיעה מפנייה למקורות. לדעתו, רתיעה זו נובעת משילוב של יהירות ובורות. המושגים הדתיים נתפסים בחזקת "חפץ חשוד", אשר שומר נפשו ירחק מהם. ניכר

283 ראו, למשל, את קביעתו של הרמב"ם, בהלכתו המפורסמת, כי אם האישה טוענת שבעלה מאוס בעיניה, כופים אותו לגרשה "לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה" (משנה תורה, אישות, פרק יד, הלכה ח).

284 ראו, למשל, עניין בבלי, לעיל ה"ש 159.

כי דווקא שופטים אשר מגלים בקיאות במקורות היהודיים, דוגמת משה זילברג וחיים כהן, הרחיקו לכת בהתערבותם בפסיקתו של בית-הדין הרבני, אך החלטותיהם לא יצרו ניכור תרבותי צורם. הצורך בשימוש בשפה דתית על-מנת לתקוף פסיקות של בתי-דין רבניים בולט בכל תחום ותחום. כך, למשל, לדעת שיפמן, אין די בביקורת על חוסר אנושיותה של הפסיקה האחרונה המתיימרת לבטל למפרע את תוקפם של גזירות,²⁸⁵ אלא יש לחזור ולהתריע על כך שפסיקה זו סוטה מן ההלכה עצמה.²⁸⁶ כלומר, התעלמותו של בית-הדין מן המנהג היא בגידה בהלכה עצמה. שיפמן אמר כי הוא אינו מצפה משופט בבית-משפט אזרחי לפתוס דתי בכתיבתו, אולם הוא מצפה ממנו לפתוס תרבותי, שאינו קיים.²⁸⁷

הסיסמה "הבו לנו משפט עברי"²⁸⁸ נשמעת בששון בתחומים רבים, אך מושקת דווקא בתחום שבו לפי מצוות המחוקק מן הדין לפעול לפי המשפט העברי. התביעה הפוליטית לבטל פסיקה הנשענת על עקרונות אזרחיים הייתה מאבדת הרבה מעוצמתה אילו נסמכה פסיקה זו גם על השפה הדתית. דווקא מצד בתי-הדין הרבניים אנו נתקלים לעיתים במאמץ לסגל את פסיקתם לשפה האזרחית כדי לחלץ אותה מביקורת אזרחית.²⁸⁹ פסיקה זו מעידה על התקדמות רבה של בית-הדין הרבני, אם כי מעט מדי ומאוחר מדי. אילו השכיל בית-הדין הרבני לגבש בעוד מועד הלכות מטעמו המכירות בזכויות ממוניות של הצדדים שנישאו בנישואים אזרחיים, הוא לא היה נאלץ, מכוח פסיקתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, לוותר על סמכותו בעניינים הממוניים והאחרים הכרוכים באותה תביעה לפירוק הנישואים.²⁹⁰

לסיכום הרצאתו אמר שיפמן כי דיני המשפחה האזרחיים "יצאו מן הארון", אך ביציאתם זו מוטב שישפרו את הופעתם וינסו להתבסס על מקורותיו של הדין היהודי. בכך, לדבריו,

285 ראו ערעור (גדול) 1-64-5489 פלוני, פלונית ופלוניים (טרם פורסם, 10.2.2008). יצוין כי נגד פסיקה זו הוגשה עתירה לבג"ץ, והוצא צו-ביניים המוציא את העותרים מרשימת פסולי-החיתון. ראו בג"ץ 5079/08 פלוני נ' הדיין הרב אברהם שרמן (טרם פורסם, 18.5.2009).

286 ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סי' רסח, ס' ב וי"ב; ואת פרשנות השולחן ערוך בש"ך, יורה דעה, סי' רסח. ראו גם את פסיקתו של הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל בשו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סי' סה: "וכיון שטבל הרי הוא כישראל שאם חזר לסורו הרי הוא כישראל מומר שאם קדש קדושו קדושין ואפילו חזר ועבד אלילים הרי הוא כישראל מומר שקדושו קדושין".

287 דוגמת דבריו של השופט חשין בבג"ץ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי, פ"ד נא(1) 198, 213 (1997): "כששנים שהאישה היא כשבויה בידי בעלה. שנינו ושיננו: 'כי תקנה עבד עברי שש שנים יעבד ובשבעת יצא לחפשי חנם' (שמות כא, ב). ולאיש לפנינו נאמר: '... ובשנה השביעת תשלחנו חפשי מעמך' (דברים טו, יב). אם כך בעבד לא-כל-שכן באומללה זו שלפנינו".

288 ככותרתו של החיבור – יצחק שילה "הבו לנו משפט עברי" הפרקליט כד 363 (1968).

289 ראו, למשל, בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (טרם פורסם, 21.11.2006). לפסק-הדין המשלים בבית-הדין הרבני בעניין זה ראו גירושין (גדול) 4276/03 (לא פורסם, 11.11.2003).

290 ראו, למשל, בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (טרם פורסם, 6.4.2006).

הם ירחיבו את אופקיהם ויזכו בלגיטימציה חברתית רחבה יותר. לדעתו, מבט מעמיק יותר כלפי הגיבוש האזרחי של דיני המשפחה היה מושג אילו נעשה שימוש מושכל ובכירני במקורות היהודיים עצמם.

הדובר השני היה פרופ' שחר ליפשיץ מאוניברסיטת בר-אילן. נושא הרצאתו היה המהפכה האזרחית בדיני המשפחה – ניתוח העבר ומבט לעתיד. בפתח הרצאתו התייחס ליפשיץ לשני סוגים של התמודדות עם המתחים בין המשפט האזרחי לבין הדין הדתי בדיני משפחה. הסוג האחד מבקש להתמודד עם הבעיות במסגרת "כללי המשחק", הקובעים כי הנישואים והגירושים בישראל הם לפי הדין הדתי. במסגרת זו נכנסים צמצום סמכויותו של בית-הדין הרבני, פיקוח אזרחי על בית-הדין הרבני, הכפפתו לזכויות-יסוד²⁹¹, הכפפתו לפסיקה אזרחית²⁹², וכיוצא באלה דרכים להקל את הקשיים שעשויים להתעורר למי שנישאו בנישואים דתיים. לדעת ליפשיץ, היה ברור כי סוג התמודדות זה ייכשל, כפי שאכן קרה. סוג ההתמודדות האחר, אשר נהנה, להערכתו של ליפשיץ, מפוטנציאל משמעותי יותר, הוא שבירת "כללי המשחק", כלומר, יצירת חלופה אזרחית לנישואים הדתיים.²⁹³ בהקשר זה ניתן לחשוב על שתי אפשרויות. האפשרות האחת היא מוסד הידועים בציבור, אשר הוסדר על-ידי המחוקק בסדרה של חוקים המרחיבים את זכויותיהם של אנשים אשר מנקודת-מבט סוציולוגית ניתן לראותם כנשואים אף שהם אינם נשואים מבחינה משפטית.²⁹⁴ עם הזמן נתן בית-המשפט רוח גבית לאפשרות זו. כך, למשל, בעניין לינדורן²⁹⁵ קבע בית-המשפט העליון כי הביטוי "בן-זוג", על-פי תכליתו, יכול להתפרש גם כידוע בציבור. מגמה זו נמשכה בפסק-הדין בעניין לבנון.²⁹⁶ כיום הפסיקה נותנת את התחושה שבני-זוג ידועים בציבור יכולים לקבל את הזכויות של בני-זוג נשואים, אם לא יותר מזה. לכן יש תחושה שדיני הידועים בציבור הם התחליף של המשפט האזרחי לנישואים. ליפשיץ הסביר כי הנחה זו אינה נכונה בהכרח מכמה סיבות:

ראשית, בעניין לינדורן לא קבע בית-המשפט העליון כי ידועים בציבור הם כמו נשואים לכל דבר, אלא קבע כי הדבר תלוי בתכליתו של כל חוק וחוק. ניתן לחשוב על מקרים שבהם תאמר פסיקה עתידית כי אומנם יש חוקים מסוימים שתכליתם סוציאלית ואשר בהחלתם אין סיבה להבחין בין ידועים בציבור לבין נשואים, אך אם מדובר בדינים

291 ראו, למשל, בג"ץ 3914/92 לאה לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994).

292 ראו, למשל, עניין בבלי, לעיל ה"ש 159.

293 ראו לעניין זה שחר ליפשיץ הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005).

294 ראו, למשל, חוק הנכים; חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; חוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב-1992. יצוין כי לעיתים הכרה בבני-זוג כידועים בציבור עשויה להטיל חובות.

295 ע"א 2000/97 ניקול לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1999) (להלן: עניין לינדורן).

296 ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' עליזה לבנון, פ"ד נו(5) 309 (2002).

כגון אימוץ²⁹⁷ או דיני ראיות,²⁹⁸ העוסקים בשלמות המשפחה, ייתכן שיש מקום להבחין בין ידועים לציבור לבין נשואים. נוסף על כך, עניין לינדורן עסק בביטוי "בן-זוג". מה לגבי חוקים שבהם כתוב במפורש "איש ואישה"?²⁹⁹ לכן, במצב הפוזיטיבי כיום אי-אפשר לומר שדיני הידועים בציבור נותנים את כל הזכויות שיש לבני-זוג נשואים.

שנית, גם אילו קבעה הפסיקה כי בכל מקום שבו כתוב "נשוי" נכללים גם ידועים בציבור, לא היה בכך עדיין משום פתרון כולל. אדם נשוי נרשם כנשוי ומקבל את כל הזכויות מן הרשויות בביצוע פעולה אחת. הוא אינו צריך להוכיח את הסטטוס שלו או להתדיין מול הרשויות. לעומת זאת, אדם שהינו ידוע בציבור יצטרך בכל עת להוכיח את הסטטוס שלו בדיעבד, והתדיינותו מול גורם אחד לא תחייב את האחר, מכיוון שלכל גוף יש הכללים שלו בנושא.

שלישית, המשפט הינו יותר מאשר זכויות קונקרטיות ותועלות כלכליות; הוא גם כבוד והכרה. במצב הנוכחי, גם אם יקבל ידוע בציבור את כל הזכויות, עצם העובדה שקבלת זכויות אלה היא בדיעבד, ושהמדינה אינה מאפשרת לו לקבל את ההכרה בסטטוס שלו, אינה מאפשרת לידוע בציבור חלופה מספקת מנקודת-מבט אזרחית.

רביעית, מרגע שהשווה המשפט הישראלי את מעמדו של הידוע בציבור לזה של נשוי, הוא עשה זאת אומנם ממניעים ראויים, אך תוך פגיעה בערכים אזרחיים. זאת, הואיל וחלק מן הערכים האזרחיים, המקובלים גם במדינות אחרות, נותנים עדיפות לקשר יציב וממושך, אשר המדינה מעוניינת לטפחו כנבדל מקשרים אחרים. ידועים בציבור אינם מצהירים מראש על היותם ידועים בציבור, ואין ביטוי של מחויבות ומיסוד הקשר. אף שהמשפט הישראלי קרוב יותר לשיטות משפט דתיות בנושא של שלמות המשפחה והגנה על קשרים יציבים, ניתנת הגנה פחותה ביותר לקשרים יציבים, ואין הבחנה בין קשר מחייב לבין קשר שעשוי להיות גם ארעי. ייתכן שאף הידועים בציבור לא היו מעוניינים במחויבות זו. ליפשיץ הסביר כי מובן שלאנשים אין בעיה לקבל זכויות מן המדינה, אך החלת החובות הנובעות מכך היא בלתי-נמנעת. כלומר, ביחסים בין הצדדים זכותו של האחד היא חובתו של האחר – למשל, בכל הנוגע במזונות.³⁰⁰ ייתכן שידועים בציבור לא התחתנו מכיוון שהם לא היו מעוניינים שיקבעו בעבורם אם לשלם מזונות אם לאו, ואם ומתי לשלם על הפרידה. המשפט הישראלי, אם כן, אינו מבחין בין ידועים בציבור שלא התחתנו בשל הדין הדתי לבין מי שלא רצו את מוסד הנישואים מלכתחילה. לכן מוסד הידועים בציבור, למרות חשיבותו, אינו יכול להיחשב תחליף הולם, מנקודת-מבט אזרחית, לנישואים על-פי הדין הדתי.³⁰¹

297 ראו ס' 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים).

298 ראו ס' 3 ו-5 לפקודת הראיות [נוסח משולב], התשל"א-1971.

299 ראו, למשל, ס' 3 לחוק אימוץ ילדים, הקובע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד..."; ס' 1 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], המגדיר "בן זוג" – אדם נשוי החי ומנהל משק בית משותף עם מי שהוא נשוי לו" (ההדגשות הוספו).

300 ראו לעניין זה, למשל, רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003) (להלן: עניין המזונות האזרחיים).

301 בהרחבה ליפשיץ, לעיל ה"ש 297.

נותר אפוא, אמר ליפשיץ, לבדוק את האפשרות האחרת, המוצלחת יותר לדעתו, שהיא מוסד הנישואים האזרחיים מחוץ לישראל במשפט הישראלי. מוסד זה של נישואים אזרחיים מחוץ לישראל עוסק בשתי קבוצות: עולים חדשים שהגיעו לישראל נישואים; ותושבי ישראל שנסעו למדינות אחרות כדי להתחתן. לגבי העולים החדשים, הללו נחשבים נישואים מנקודת-המבט של המשפט הבין-לאומי הפרטי, אך יש התנגשות עם המשפט הדתי, אשר אינו מכיר בהם כנישואים. לגבי תושבי ישראל שנסעו למדינה אחרת כדי להתחתן, יש ספקות לגבי מעמדם במשפט הבין-לאומי הפרטי, אך המשפט הישראלי פתר בעיה זו באמצעות הלכת פונק-שלזינגר,³⁰² שבה קבע בית-המשפט העליון כי אין בודקים את השאלה אם אנשים אלה נישואים מבחינה עיונית, אלא רק דנים בשאלת הרישום שלהם כנישואים. בית-המשפט, אם כן, לא דן בתוקף, אלא רק ברישום.

ליפשיץ התייחס לבעייתיות הגלומה במצב דברים זה, באומרו כי אף אם פקיד המשכנתות אמור, לפי נוהלי העבודה שלו, לתת את הוכאות למשכנתה למי שנשוי, ולא למי שרשום כנשוי, אין זה סביר שהוא יבדוק היכן אנשים אלה נישאו. כך גם לגבי פקיד מס הכנסה, ביטוח לאומי וכדומה. הרישום, אם כן, נתן גם תוצאה של הכרה מראש, שאינה קיימת אצל ידועים בציבור, וחסך את הטרחה והצורך בהתדיינות. הוא גם חסך את הצורך להבחין בין "מחייב" לבין "לא-מחייב", שכן עצם הרישום והעובדה שבני-הזוג טרחו ונישאו מחוץ לישראל מלמדים כי היה חשוב להם לבטא מחויבות.

ליפשיץ אמר כי גם באפשרות של נישואים אזרחיים מחוץ לישראל יש חסרים. בעבר היה ספק כמה רחוק ילכו עם הלכת פונק-שלזינגר לגבי סוגי נישואים אשר אינם קיימים בישראל, כגון נישואים של בני-זוג מאותו מין. האם ימשיכו את הרעיון שהולכים לפי הרישום גם כאשר מדובר לא בסתם זוג שאנו מכירים בסוגו בישראל ורק צריכים לרשום אותו, אלא בדפוס יחסים חדש?³⁰³

בעיה אחרת מתעוררת במצבים שבהם דיני הידועים בציבור לא יעזרו. כך, למשל, מה דינו של עיזבון של בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים ונפרדו בשנים האחרונות לחייהם אך לא התגרשו, כאשר האחד נפטר והאחר רוצה לרשת אותו? מנקודת-המבט של דיני העיזבון, צריך להסתכל על המבחן של מי שחי עם המנוח ביום מותו. אם מסתכלים על זה מנקודת-המבט של "האם הם נישואים?", אזי כל עוד הם לא התגרשו הם אכן נישואים, וכאן אי-אפשר להתבא מאחורי הרישום כמו במקרה של ידועים בציבור, שכן יורשי בן-הזוג המנוח, לרוב בני משפחתו, אשר מודעים לנישואיו של המנוח, יודעים שבן-הזוג שנותר בחיים יעורר את שאלת נישואיהם. סוגיה חשובה יותר היא סוגיית היחסים הכלכליים בין בני-הזוג בתחומים כגון יחסי רכוש ומזונות. לדעת ליפשיץ, בנושא המזונות השלכותיה של סוגיה זו חמורות במיוחד. יחסי רכוש נפתרים באמצעות חזקת השיתוף, השייכת למשפט האזרחי, אך במזונות הדין הדתי הוא שחל, והוא אינו מכיר בנישואים האזרחיים, בוודאי לא כנישואים המייצרים

302 בג"ץ 143/62 הנריט אננה קטרינה פונק שלזינגר נ' שריהפנים, פ"ד יז 225 (1963) (להלן: הלכת פונק-שלזינגר).

303 ראו לעניין זה בג"ץ 3045/05 יוסי בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין (טרם פורסם, 21.11.2006) (להלן: עניין בן-ארי).

חובת מוזנות. בנושא זה לקה המשפט הישראלי בחסר במשך שנים. ליפשיץ הציג שלושה מקרים שבהם, לדעתו, נפרד הנשיא ברק מהמשפט הישראלי וניסה ליצור את הנישואים האזרחיים כתחליף האולטימטיבי. המקרה הראשון הוא הבעיה של בני-זוג מאותו מין: באחד מפסקי-הדין האחרונים שלו, בעניין בן-ארי,³⁰⁴ קבע ברק כי הלכת פונק-שלזינגר תחול גם על בני-זוג מאותו מין. המקרה השני הוא המקומות שבהם יש חלל בדיני הידועים בציבור. כך, בעניין פלוני³⁰⁵ קבע הנשיא ברק כי משמעותה של המילה "נשוי" משתנה מעניין לעניין, ולכן גם אם אין הכרעה כללית שלפיה מי שהתחתן באופן אזרחי הוא נשוי לכל דבר, ניתן להכריע כי אותו אדם נשוי לעניין דיני הירושה.³⁰⁶ המקרה השלישי עוסק בנושא המוזנות – בפסק-דינו בעניין המוזנות האזרחיים³⁰⁷ יצר הנשיא ברק מוזנות אזרחיים. עלידי כך נוצרו למעשה, לדעת ליפשיץ, שני מסלולים של מוזנות: מוזנות דתיים בעבור מי שהתחתן לפי הדין הדתי, ומוזנות אזרחיים מכוח דיני החוזים ותום-הלב. למעשה, לאחר פסיקות אלה, יש נישואים אזרחיים שעובדים כמעט לחלוטין, פרט להשפלה ולעלות הכרוכה בנסיעה לארץ אחרת כדי לקבל תעודת נישואים.

ליפשיץ ביקש לתאר בדבריו שני אתגרים אשר המשפט הישראלי והציבוריות הישראלית ניצבים לפניהם, לדעתו. את האתגר הראשון הוא כינה "להפסיק לשחק". לדבריו, נוצר כיום מצב שבו הציבור הדתי והמפלגות הדתיות אומרים כי נישואים אזרחיים נוגדים את ההלכה ועתידיים לפלג את העם ולגרום לממזרות. כלומר, יש על כך טבו גדול, ולכן אין נישואים אזרחיים מתוך כסות פוליטית, אך יש התעלמות מכך שבפועל יש נישואים אזרחיים. לגישתו, המפלגות הדתיות מעדיפות מבחינתן ומנקודת-מבטן ניצחון פוליטי סמלי על תוכן אמיתי. ליפשיץ גורס כי גם המפלגות החילוניות משתפות עם זה פעולה, מתוך הנחה שאם בפועל קיימים נישואים אזרחיים, אין צורך "לעורר רעש". ליפשיץ תהה כיצד ייתכן שאיש אינו מוכן להיות שחקן אמיתי ופעיל המנסה לבדוק כיצד אנחנו מייצרים נישואים אזרחיים, ואם זה באמת פסול לפי ההלכה. ליפשיץ סבור כי הרעיון של ברית הזוגיות, שאותו יום יחד עם פרופ' שיפמן ואחרים, יכול להצליח מבחינה הלכתית ולתת קרדיט למדינת-ישראל כמדינה יהודית, תוך פתרון בעיית הממזרות ומתן אפשרות אמיתית לאדם שאינו יכול או אינו מעוניין להינשא בנישואים דתיים לקבל בכל-זאת הכרה אזרחית ממדינתו.³⁰⁸ זו אומנם הכרעה מתוך פשרה, אך כיום הציבוריות הישראלית מוותרת על כל ניסיון ליצור פתרון רשמי ומסודר. לדעתו, מעדיפים לתת לבית-המשפט למצוא דרכים לעקוף את הנושא ולאחר-מכן לבקר אותו מבחוץ.

האתגר השני מתייחס למה שלפשיץ מגדיר כתוכנם של דיני המשפחה האזרחיים. לדבריו, דווקא עכשיו, כאשר אנחנו קרובים מאי-פעם ליצירת נישואים ודיני משפחה

304 שם.

305 בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 29.11.2006).

306 שם, בפס' 22 לפסק-הדין.

307 לעיל ה"ש 304.

308 ראו בעניין זה שחר ליפשיץ ברית זוגיות (2006). יצוין בהקשר זה כי לאחרונה התקבל בכנסת נוסח מצומצם של ההצעה ראו חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010.

אזרחיים, על המשפט האזרחי להגדיר כיצד רצוי לקיים את המוסד של דיני המשפחה האזרחיים, ומה באמת אומרים נישואים אזרחיים מנקודת-מבט אזרחית. ליפשיץ אמר כי המשפט האזרחי עשה עד היום עבודה גרועה ביותר בנושא זה, והבהיר כי ביקורתו אינה על תוכנם של ההסדרים, אלא על כך שלא התלוותה אליהם מחשבה. האם המילה "אזרחי" אומרת לנו מה יהיו דיני הגירושים? האם הגירושים יהיו על-פי המודל השוודי או האנגלי? האם ידרשו מאנשים ללכת ליעוץ? מהי תפיסתנו לגבי נישואים – האם קשר הנישואים מורכב משני פרטים אוטונומיים שיכולים לפרקו בכל עת שיחפצו? האם עקרון טובת הילד ישפיע על זכויות ההורים בגירושים?

ליפשיץ סיים את דבריו בצינון כי השאלות הללו הן אתגרים עצומים, וכי עיסוקו של המשפט הישראלי בהן מצוי רק בתחילת הדרך.

הדוברת השלישית הייתה ד"ר רות זפרן מהמרכז הבינתחומי הרצליה. זפרן דנה בהרצאתה בהתפתחויות שהתרחשו (ובעיקר באלה שטרם התרחשו) בהסדרה המשפטית של יחסי הורים-ילדים במשפט הישראלי.

לדבריה, השינויים הרדיקליים המתרחשים מאמצע שנות השמונים בהסדרה המשפטית של יחסי המשפחה, ככל שהם נוגעים ביחסי הזוגיות, פסחו במידה רבה על התחום של יחסי הורים-ילדים. זפרן אמרה כי העובדה שהתחום נותר במידה רבה מאחור, ונשאר כפי שעוצב בשנות החמישים והשישים, מטושטשת הן לנוכח השינויים מרחיקי-הלכת בהסדרה המשפטית של יחסי הזוגיות והן בשל מהפכה אחרת שהתרחשה כביכול במשפט עם קבלתה של האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד.³⁰⁹ אמנה זו השפיעה אומנם על השיח המשפטי והציבורי, אך המצב המשפטי בסוגיות-הליבה של יחסי הורים-ילדים נותר במידה רבה כפי שעוצב (בחקיקה ובפסיקה) לפני עשרות שנים. זפרן התייחסה בהרצאתה לקיפאון בשלושה תחומים עיקריים: אחריות הורית (או כפי שנהוג עדיין לכנותה – "משמורת"), מזונות ילדים והגדרת ההורות.

ההסדרה המשפטית של חלוקת האחריות ההורית לאחר גירושים מעוצבת בעיקרה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. חוק זה נשאר בהקשר זה כמעט ללא שינוי מאז חוקק. כך, למשל, קביעת המסגרת של הסדרי הטיפול בילד לאחר פרידת ההורים משמרת עדיין את "חוקת הגיל הרך",³¹⁰ המעדיפה את טיפולה של האם, לפחות בכל הנוגע בילדים רכים בשנים. חוקה זו, המשתלבת במציאות חברתית המקיימת חלוקת תפקידים מסורתית במידת-מה, לא בוטלה בפסיקה, ועל-אף נסיונותיהם של בתי-המשפט למשפחה לחרוג ממנה, היא נותרה על כנה בפסיקת בית-המשפט העליון.³¹¹ כוחה המעשי

309 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אשררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד).

310 ראו ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

311 אף-על-פי שבת-המשפט טוענים כי חוקת הגיל הרך מהווה רק אחד מהשיקולים שבית-המשפט שוקל בבואו לקבוע מי יהיה ההורה המשמורן, בפועל רוב ההורים המשמורנים הם נשים, ולא גברים. מחקר שנערך בנושא מצא כי בכ-90% מהמקרים פקידי הסעד ממליצים לבית-המשפט להעביר את המשמורת לידי האם. ראו מרדכי פרישטיק "השיקולים המנחים את פקידי הסעד בהמלצותיהם לבית-המשפט לענייני משפחה בנושא המשמורת

והסמלי של החזקה דוחק את האבות מהזירה המשפחתית. התחום של מזונות ילדים הוסדר בחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, שנחקק לפני כחמישים שנה. חוק זה מפנה לדינם האישי של המתדיינים, וקובע כי דינים אלה יעצבו את תוכנה של ההכרעה בענייני מזונות. למרות נסיונות שינוי שנעשו בערכאות הדיניות, לא ניתן עד היום ולו פסק-דין אחד של בית-המשפט העליון בהרכב של שלושה שופטים הסוטה מן המחויבות לדין האישי.³¹² גם סוגיית האכיפה של פסק-דין בתחום המזונות נותרה ללא טיפול מספק לאורך השנים.

התחום של הגדרת ההורות וקביעתה נותר אף הוא כפי שהיה. פסק-הדין המנחה בתחום, לפחות לגבי ילדים שנולדו לבני-זוג יהודים, ניתן בפרשת שרון נ' לוי,³¹³ ולאורו בתי-המשפט האזרחיים חוזרים ופונים – על-אף העדר הוראה המחייבת אותם – לתכניו של הדין האישי היהודי בהקשר זה. פסק-הדין ניתן כבר בסוף שנות השבעים, והוא חולש על הסדרת התחום גם כיום.³¹⁴

לטענת זפרן, מציאות זו מפתיעה לא רק על רקע האקטיביזם של בית-המשפט בתחומי המשפחה האחרים, אלא גם על רקע מה שנתפס בחוגים מסוימים כמהפכה בתחום זכויות הילד. זפרן מציינת כי מודל זכויות הילד זכה בהכרה בישראל בשנות התשעים, תחילה באשרור האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד ולאחר-מכן בדוחות פרי עבודתה של "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה" משנת 1997, בראשות השופטת סביונה רוטלוי (להלן: ועדת רוטלוי).³¹⁵ הדוחות העלו את המודעות הציבורית והסבו את תשומת-ליבה של האקדמיה לתחום. אולם על-אף נראות גבוהה של מודל זכויות הילד בטקסטים אקדמיים ואחרים, נדמה שאף היבט זה הוטמע באופן מזערי בלבד במציאות המשפטית, ובכל מקרה לא יצר שינוי של ממש בהסדרת ענייני המשפחה הנוגעים בילדים.

על ילדים" ביטחון סוציאלי 69, 91 (2005) www.btl.gov.il/SiteCollectionDocuments/btl/Publications/SocialSecurity/69/article5.pdf. ראו עוד מרדכי פרישטיק וציפי יגלניק "השיקולים המנחים את בתי המשפט לענייני משפחה בקביעת משמורת על ילדים" חברה ורווחה כז 9 (2007) www.molsa.gov.il/NR/rdonlyres/CBD439DC-0715-42F0-98B6-E79C2B1B96A8/9949/271MFZY.pdf.

312 לפסק-דין שסטו מהמחויבות לדין אישי ראו, למשל, בע"מ 5750/03 ריטה אוחנה נ' אליהו אוחנה (לא פורסם, 8.6.2005); בע"מ 2433/04 גרמן צינובוי נ' דורית צינובוי (לא פורסם, 2.10.2005); תמ"ש (משפחה ת"א) 50770/03 כ.י. נ' כ.א. (לא פורסם, 8.1.2005); בע"מ (מחוזי י"ם) 470/03 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 18.11.2005).

313 ע"א 548/78 נועה שרון נ' יוסף לוי, פ"ד לה (1) 736 (1980).

314 במאמר מוסגר יצוין כי מאז נישאו דברים אלה בכנס, בחודש מאי 2008, תוקן חוק מידע גנטי, התשס"א-2000, וחלק מן ההיבטים המצוינים כאן ביחס לשאלה של קביעת ההורות זכו בהסדרה מחודשת. ראו פרק ה' לחוק הנ"ל, העוסק בעריכת בדיקה גנטית לשם קביעתם של קשרי משפחה.

315 על פעילותה של ועדת רוטלוי ראו www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot/ הוועדה מסרה את המלצותיה בשנת 2003.

אי-אפשר אומנם להתעלם מקיומן של זכויות הילד בישראל, אך מעמדן של זכויות אלה לא השתנה באופן מהותי במהלך השנים. בפועל, ובניגוד לתפיסה הרווחת, ההיכרות של הדין הישראלי עם התפיסה של זכויות הילד לא התרחשה בשנות התשעים, אלא הרבה קודם לכן. כך, למשל, בפסק-הדין בעניין משקה, משנת 1950,³¹⁶ נאמר כי הורים אינם יכולים לכבול את ילדיהם בהסכם מזונות שערכו ביניהם, לא לעניין גובה המזונות ולא לעניין סמכות השיפוט, וזאת מתוך ראיית זכויותיהם של ילדים לייצוג עצמי ולשמירת אינטרסים נפרדים משל הוריהם. בפסק-הדין בעניין וולף, משנת 1961,³¹⁷ השתמש בית-המשפט העליון ברטוריקה שלפיה קיימת זכות לילדה להיות עם אמה, ולא דווקא זכות של האם להתחזק בילדתה. בחינת הפסיקה המוקדמת והשוואתה לזו הרווחת למן שנות התשעים מלמדות כי התפיסה של זכויות ילדים אינה חדשה, וכי אותה מהפכה-כביכול שהתרחשה בתודעה הציבורית וברטוריקה לא הובילה לשינוי מהותי בתחום.

למרות המגמה האמורה, חלו בכל-זאת כמה שינויים, שבאו לידי ביטוי בעיקר בפסיקתו של בית-המשפט העליון, אשר ראוי להסב את תשומת-הלב אליהם. בפרשת אמין³¹⁸ הכיר בית-המשפט בתביעתם של ילדים לפסיקת פיצויים כנגד אביהם בגין נזקים נפשיים שנגרמו להם כתוצאה מהפרת חובותיו ההוריות כלפיהם. פסק-הדין שינה במובנים מסוימים את תודעתנו בנוגע ליחסי הורים-ילדים בכל הקשור לאוטונומיה של המשפחה. בעניין פלונית נ', מדינת ישראל³¹⁹ קבעה השופטת ביניש, באופן נחרץ, כי ענישה גופנית של ילדים מבזה ומשפילה אותם, פוגעת בזכויותיהם, ולכן אסורה.

יש לזכור שפסקי-דין אלה עוסקים בסוגיות מתחום המשפט הפלילי ומתחום הנזיקין. הם אינם עוסקים בסוגיות-הליבה של דיני המשפחה, אם כי אי-אפשר להמעיט בחשיבותם בנוגע לעיצוב התודעה הציבורית והציפיה החברתית-המשפטית מהורים ביחסיהם עם ילדיהם. הם בוודאי פסקי-דין מרחיקי-לכת בקביעת גבולות התערבותה של המדינה ביחידה המשפחתית, אולם מבחינה מעשית, כאמור, הם לא יצרו שינוי-עומק בפסיקה.

עם זאת, לדעת זפרן, אפשר שאנו עומדים לפני שינוי משמעותי. הסיבה היא עבודתן של ועדות ציבוריות מקצועיות: ועדת שיפמן, העוסקת בנושא של מזונות ילדים; ועדת גרוס, העוסקת בנושא של אימוץ ילדים; ועדת שניט, הבוחנת את ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושם; וכן ועדת רוטלוי, שהוזכרה לעיל. ועדות אלה פרסמו כבר דוחות מטעמן, הכוללים המלצות אופרטיביות לשינויים מרחיקי-לכת בתחום האחריות ההורית ובזירות שונות שהילד מעורב בהן.

זפרן העריכה, בהסתמך על מהלכים שהתרחשו בעבר בעקבות מינון של ועדות קודמות בתחום דיני המשפחה,³²⁰ כי המחוקק הוא שישנה את תוכן ההסדרים של דיני הורים-ילדים

316 ע"א 42/49 היינריך משקה נ' רות משקה, פ"ד ג 88 (1950).

317 ע"א 503/60 יולן וולף נ' אנדור וולף, פ"ד טו 760 (1961).

318 ע"א 2034/98 יצחק אמין נ' דוד אמין, פ"ד נג (5) 69 (1999).

319 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 145 (2000).

320 לאורך השנים ניתן להצביע על כמה הסדרים מרכזיים בתחום דיני המשפחה שנחקקו בעקבות המלצותיהן של ועדות מקצועיות, כגון: דין וחשבון הועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים

על-ידי יישום המלצותיהן של הוועדות. זפרן ציינה כי דוח ועדת שניט³²¹ מיקד בתודעה הציבורית את הנושא של חוקת הגיל הרך, והמלצותיו יצרו חשיבה קונספטואלית מחודשת באשר ליחסי הורים-ילדים. הדוח מדבר בלשון שונה מהלשון הקיימת: משיח על "משמורת" ו"הסדרי ראייה" נעשה מעבר לשיח של "אחריות וטיפול". זפרן משבחת את הדוח על כך, אך עומדת על הבעייתיות של המלצותיו על רקע מכלול דיני המשפחה בישראל. לדעת זפרן, ברפורמה שתיערך בהשראת הדוחות שכבר פורסמו, ובהשראתם של דוחות עתידיים שאמורים להתפרסם בשנים הקרובות, ראוי כי יובא בחשבון ההיבט האמור, וראוי שהמחוקק יעמוד על ההשפעות ההדדיות הקיימות בין התחומים השונים של דיני המשפחה. אם לא תורם הכפפה על-ידי המחוקק, אזי בכפוף למידת האקטיביזם שיאפיין את בית-המשפט העליון בשנים הקרובות, חלק מהצעות הוועדות לרפורמה עשויות לחלחל אף לפסיקה. בהקשר זה העריכה זפרן כי מהלך כזה של בית-המשפט ינבע מהסדרת יחסי ההורים בינם לבין עצמם (ומשם יחלחל ליחסי הורה-ילד), ויתחיל במשפחות ה"חלופיות" (ומשם יעבור למשפחות בעלות המבנה המסורתי יותר).

שיטת המשפט הישראלית, ככל שיטת משפט אחרת כמעט, מתמקדת במבוגר. במובן זה נדמה כי הכרה עקיפה בזכויות הילד ושינוי בדיני המשפחה הנוגעים בו ייעשו מתוך הסדרתם של יחסי ההורים בינם לבין עצמם. כך, למשל, ייתכן שזכות הילד לקשר עם שני הוריו תובטח על-ידי התערבות במישור היחסים שבין ההורים, באופן שיקנה להורה המשמורן יכולת לקנוס את ההורה האחר בשל אי-התייצבות לביקורים שנקבעו – וזאת בגין נזקים שנגרמו להורה, ולא דווקא לילד – או במקרה ההפוך, כ"סנקציה" בגין פגישתה שלא התקיימה באשמתו של ההורה המשמורן.³²² באופן דומה, אפשר שתיקון מסוים לסכומים הנמוכים שהורים לא-משמורנים (שהם באופן טיפוסי גברים) משלמים כיום למזונות ילדים

(השופט משה עציוני יו"ר, 1979), ובעקבותיו חיקוק חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (ראו את דברי ההסבר להצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 3), התשמ"א-1981, ה"ח 335); דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני משפחה (השופט אלישע שינבויים יו"ר, 1986), ובעקבותיו חיקוק חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה (ראו את דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני המשפחה (ריכוז סמכויות השיפוט), התשנ"ה-1994); דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית (השופט שאול אלוני יו"ר, 1994), ובעקבותיו חיקוק חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (ראו את דברי ההסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח 259).

321 דוח-הביניים של הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (דן שניט יו"ר, 2008) נגיש ב- www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F8171E9C-03DE-4FF5-9439-13AEC429BD2E/10149/dochShnit3.pdf.

322 יצוין כי מהלך ברוח הדברים הללו כבר ננקט בפסיקה. ראו, למשל, בש"א (משפחה ת"א) 11610/02 מ.א.ב. נ' ע.א., פ"מ משפחה התשס"א 673 (2002); בש"א (משפחה כ"ס) 5647/05 ע.ש. נ' ל.ק. (טרם פורסם, 13.2.2006); תמ"ש (משפחה כ"ס) 30855/07 ר.ח. נ' ס.ח. (טרם פורסם, 29.4.2008); בש"א (משפחה י"ם) 51183/09 פלוני נ' אלמונית (טרם פורסם, 25.5.2009). השוו תמ"ש (משפחה חד') 3426/02 ס.י. נ' ס.א. (טרם פורסם, 29.8.2007).

ייעשה על-ידי קביעת רפורמה בזכויותיהם של בני-הזוג (ובעיקר האישה) ביחס לרכוש המשפחה, בפרט ביחס לזכותה בחלק מנכסי העתודה הכלכלית.³²³ נוסף על כך שיערה זפרן כי נתיב משמעותי להכרה בזכויות הילד ייסלל באמצעות הכרה ביחידות משפחה חלופיות. נראה שמשפחות מאמצות (בפרט כאלה שחורגות מדגם המשפחה ההטרוסקסואלי), משפחות דו-גרעיניות (שבמסגרתן הילד נחשף לטיפולם של שני מערכים של הורים) או משפחות שנוצרו תוך הסתייעות בטכניקות הולדה מלאכותיות (שבהן קיימת עמימות ביחס להגדרת היחסים ולגבולות היחידה) – כל אלה יחייבו את בתי-המשפט, אם לא יעשה זאת לפני כן המחוקק, להגדיר את מעמד הילד ואת זכויותיו. הכרעות אלה ישמשו בטווח הארוך גם ילדים שנולדו וגדלו במשפחות דו-הוריות הטרוסקסואליות, המהוות עדיין רוב בישראל.

הדוברת הרביעית הייתה ד"ר איילת בלכר-פריגת ממכללת שערי משפט. בהרצאתה דנה בלכר-פריגת ב"משפחות חדשות" במשפט הישראלי, וניסתה להראות כי הסימון של המשפחה הגרעינית ושל קשר הנישואים ההטרוסקסואלי כמודלים המקובלים של משפחה מעצב את יחסו של המשפט הישראלי למשפחות שחורגות ממודלים אלה. בלכר-פריגת הדגימה זאת באמצעות כמה פסקי-דין של בית-המשפט העליון.

בלכר-פריגת אמרה כי נהוג לדבר על "משפחות חדשות" בהתייחס לכל אותן מערכות יחסים החורגות ממודל המשפחה הגרעינית, קרי, משפחה המורכבת מגבר ואישה הנישואים זה לזה ומילדיהם הקטינים, הביולוגיים או המאומצים. בפסיקה מתייחסים למשפחה הגרעינית כאל המודל המקובל של משפחה ("משפחה טבעית"), ולקשר הנישואים מתייחסים לא רק כאל הבסיס לאותה משפחה גרעינית, אלא גם כאל אבן-היסוד של החברה.

לדברי בלכר-פריגת, ניתן לא להסכים עם התפיסה האמורה, ובמידה רבה של צדק. משפחות החורגות מהמודל, כגון משפחות חד-הוריות, התקיימו כמעט מאז ומתמיד. יתר על כן, עד למהפכה התעשייתית המודל המקובל של משפחה היה דווקא המודל של המשפחה המורחבת. לאחר המהפכה התעשייתית ביכו את נפילתה של "המשפחה המסורתית", היא אותה משפחה שאנו קוראים לה כיום "המשפחה המורחבת".

בלכר-פריגת הסבירה כי כמעט מראשית ימיו של המשפט הישראלי ניצבו לפניו מערכות יחסים שחרגו ממודל המשפחה הגרעינית ומהמודל של קשר הנישואים ההטרוסקסואלי: זוגיות ללא נישואים, הורות יחידנית, ובשנים האחרונות גם זוגיות חד-מינית והורות במסגרת משפחה חד-מינית. כאשר בוחנים את עמדתו של המשפט הישראלי כלפי מערכות יחסים אלה בהשוואה לעמדתן של שיטות משפט אחרות, דוגמת המשפט האנגלי והמשפט

323 בהקשר זה ראו ס' 8 לחוק יחסי ממון, התשל"ג-1973, שתוקן בשנת 2008, אשר לפיו אם "ראה בית המשפט או בית הדין נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, רשאי הוא, לבקשת אחד מבני הזוג... לעשות אחת או יותר מאלה במסגרת איוון המשאבים: ... (2) לקבוע שאיוון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא יהיה מחצה על מחצה, אלא לפי יחס אחר שיקבע בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג". יצוין כי על פני הדברים נראה כי המחוקק דווקא סייג אפשרות להתחשב בנכסי העתודה הכלכלית, מכיוון שנדרשות "נסיבות מיוחדות". השאלה היא, כמובן, איזו פרשנות תינתן למושג "נסיבות מיוחדות" – רחבה או מצומצמת.

הפנימי במדינות רבות בארצות-הברית, עולה כי הדין הישראלי הציג בשלב מוקדם מאוד עמדה מתקדמת בכל הנוגע בהכרה במערכות יחסים משפחתיות אלה. זוגיות הטרוסקסואלית ללא נישואים זכתה בהכרה בשלב מוקדם של התפתחות המשפט הישראלי, ואף הזוגיות החד-מינית וההורות במסגרת המשפחה החד-מינית זכו בהכרה משפטית בעוד במדינות רבות אחרות טרם ניתנה הכרה זו. עם זאת, לטענת בלכר-פריגת, הכרה זו לא נבעה מתפיסת אותן מערכות יחסים משפחתיות כמייצגות אורח חיים חלופי ראוי הזכאי להגנה ולהכרה משפטיות, אלא מדמיון של מערכות יחסים אלה למודלים המקובלים של משפחה גרעינית ושל קשר נישואים הטרוסקסואלי (גם אם היה זה דמיון מלאכותי לפעמים).

אחת הדוגמות הראשונות והמובהקות לכך היא מערכת היחסים הזוגית ההטרוסקסואלית מחוץ לקשר הנישואים, אשר זכתה בהתייחסות במשפט הישראלי תחת הכינוי "ידועים בציבור". הכוונה לבני-זוג שיחסיהם דומים ליחסים שבין בני-זוג נשואים. ניתוח מערכת יחסים זו על-ידי בית-המשפט נעשה תוך השוואתה למוסד הנישואים, ולא מתוך התייחסות למאפייניה הייחודיים. גם באותם מקרים שבהם לא היה צריך לתת הכרה לקשר זוגי מחוץ למסגרת נישואים, ניתנה ההכרה מתוך השוואה לקשר הנישואים. לדעת בלכר-פריגת, זוגיות שאינה במסגרת של קשר נישואים יכולה להיות שונה מזוגיות בקשר נישואים – ייתכן שהקשר מונוגמי פחות, יציב פחות ומתאפיין בחלוקת תפקידים מגדרית פחות. אף-על-פי-כן, לדעתה, תיתכן הצדקה להענקת זכויות והטבות למערכת זוגית שחורגת ממודל המשפחה הגרעינית, ואף להטלת חובות עליה. כל זאת לא מתוך השוואתה ומדידת התאמתם של קשרים אלה למודל הנישואים, אלא מתוך מאפיינים ייחודיים של קשר זוגי שאינו במסגרת נישואים.

בלכר-פריגת ציינה כי הישענותה של ההכרה המשפטית על השוואה בין מערכות היחסים המבקשות הכרה לבין המסגרות המשפחתיות המסורתיות המקובלות באה לידי ביטוי גם בפסיקה בעניין זכויותיהם של בני-זוג מאותו מין. בפסק-הדין בעניין דנילוביץ,³²⁴ המזוהה כפסק-הדין הראשון שהכיר בזוגיות החד-מינית, נשענה ההכרה על השוואת הזוגיות החד-מינית לזוגיות הטרוסקסואלית. בהקשר זה ציינה בלכר-פריגת את דבריו של הנשיא ברק:

"האם חיי השיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחריות וניהול התא החברתי, מחיי שיתוף אלה בין בני-זוג ממין שונה?"³²⁵

כלומר, הודגש הדמיון של בני-זוג דנילוביץ לזוגיות במסגרת אידיאל הנישואים ההטרוסקסואלי: מונוגמיה, נאמנות ומשק-בית משותף. אולם כפי שציין ד"ר אייל גרוס, אין זה בטוח כלל שבני-זוג מאותו מין מנהלים מערכת יחסים התואמת את קשר הנישואים ההטרוסקסואלי. כך, למשל, חלוקת התפקידים בין בני-זוג מאותו מין ברורה פחות מאליה וניתנת לעיצוב גמיש יותר, ושאלות בדבר מונוגמיה ושיתוף כלכלי פתוחות אף הן

324 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: עניין דנילוביץ).

325 שם, בעמ' 762.

למשא-ומתן.³²⁶ לדעת בלכר-פריגת, שונות זו אינה צריכה להוביל בהכרח למסקנה בדבר העדרן של זכויות, הטבות וחובות. על-פי גישתו של הנשיא ברק בעניין דנילוביץ, בני-זוג שהיו דומים פחות לבני-זוג הטרנסקסואלים נשואים בהיבטים כגון נאמנות מינית, מגורים משותפים, שותפות כלכלית או משך היחסים היו מתקשים לזכות בהכרה משפטית. אכן, אין פלא שמאבקים משפטיים להכרה במשפחות חדשות נעשים על-ידי אלה שמנהלים חיים משפחתיים דומים ככל האפשר לאידיאל של הנישואים או המשפחה הגרעינית.

בלכר-פריגת מציעה שני הסברים משלימים לאופן זה שבו התפתחה ההכרה במשפחות חדשות במשפט הישראלי. הסבר אחד נעוץ באופי שמרני של המשפט הישראלי, המזהה את המשפחה הגרעינית ואת קשר הנישואים ההטרנסקסואלי כמודלים המשפחתיים האידיאליים. הסבר אחר נעוץ באופיו של המשפט הישראלי כמשתייך למשפט המקובל: המשפט המקובל התפתח ממקרה למקרה, תוך השוואה בין מקרים וקביעת דמיון או שוני ביניהם. באופי התפתחות מעין זה אך טבעי שההכרה בזכויות ובחובות תינתן בהתאם לדמיון למערכות יחסים שכבר הוכרו בעבר.

הפסיקה והספרות מתייחסות לקשר הזוגי במבנה המשפחה המסורתית האידיאלית כאל בסיסה של החברה עצמה. הכרה של המשפט במערכות יחסים משפחתיים החורגות מהמודלים המסורתיים נעשית לא רק תוך השוואה של מודלים אלה למסגרות המסורתיות הקיימות, אלא גם תוך שימת דגש בקיומו של קשר זוגי בבסיסן של אותן מערכות יחסים. בלכר-פריגת הדגימה זאת באמצעות עניין משפחה חדשה,³²⁷ שדן בזכותה של אישה רווקה להסתייע בהליך של פונדקאות על-מנת ליהפך לאם. ניתן לראות בעניין זה הוכחה לכך שאהדת הפסיקה למשפחות שאין בבסיסן זוג פחותה מאהדתה למשפחות המבוססות על קשר זוגי. אולם יש להדגיש שבעניין משפחה חדשה התבקשה יצירת משפחה שעדיין לא התקיימה. לעומת זאת, פסקי-הדין שעסקו בידועים בציבור ובזוגיות החד-מינית התייחסו למערכות יחסים קיימות שביקשו הכרה, והדברים אינם זהים.

בלכר-פריגת ציינה כי בפסיקה ניתנת עדיפות לקשר הזוגי לא רק בהקשר של משפחות חדשות, אלא גם מול המשפחה המורחבת – למשל, בנושא ירושה ומזונות – ומכאן הביקורת המושמעת כיום על מרכזיותו של הקשר הזוגי בהגדרת משפחה. בלכר-פריגת רואה בעניין ירוס-חקק³²⁸ – שבו אושר אימוץ צולב במשפחה לסביבת וניתנה הכרה לאימהות משותפת של שתי נשים – פתח להתנתקות מגישת ההשוואה למשפחות המסורתיות כתנאי להכרה במשפחות חדשות.

סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים קובע את הכלל שלפיו "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". בצד הכלל נכללים באותו סעיף חריגים המאפשרים לבית-המשפט לתת צו אימוץ למאמץ יחיד. כך, סעיף 3(1) מאפשר לבן-הזוג של ההורה המשפטי או הביולוגי לזכות

326 ראו אייל גרוס "דנילוביץ, שטיינר והתאוריה הקווירית" משפט נוסף 1, 47-54 (2001).

327 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נו(1) 419 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה).

328 ע"א 10280/01 ד"ר טל ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) (להלן: עניין ירוס-חקק).

בצו אימוץ. הבסיס לכשירותו של המאמץ היחיד במקרה זה הוא היחסים הזוגיים עם ההורה המשפטי. לכאורה, סעיף זה היה אמור להוות את הבסיס המשפטי לבקשתן של בנות-הזוג ירוס-חקק, אולם הפסיקה פירשה את המונח "בן-זוג" בסעיף (1)3 כמתייחס לקשר זוגי של נישואים. לפיכך הסתמכות על סעיף זה הייתה כרוכה בשני מהלכים פרשניים: קביעה ש"בני-זוג" כוללים גם "ידועים בציבור", וקביעה ש"ידועים בציבור" כוללים גם בני-זוג מאותו מין. מטעמים טקטיים ביקשו שתי הנשים לא להתמודד עם קשיים אלה, ולהשתית את בקשת האימוץ על עילה שלא תחייב הכרה בזוגיות הלסבית כתנאי לקבלת בקשת האימוץ. לפיכך הושתתה בקשת האימוץ על מסלול חלופי לפי סעיף (2) לחוק. סעיף (2)3 מאפשר אימוץ על-ידי מאמץ יחיד אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי-נשוי. לכאורה, הסעיף אינו קשור לבקשת האימוץ שהוגשה על-ידי בנות-הזוג ירוס-חקק: הורי הילדים לא נפטרו חלילה, וכל אחת מבנות-הזוג אינה קרובת-משפחה של הילד, לפחות לא במובן המקובל של המילה. התנאי היחיד שלכאורה התקיים לגביהן הוא התנאי בדבר היותו של מבקש האימוץ בלתי-נשוי, שכן בנות-הזוג אינן נשואות לפי הדין החל בישראל. הקשר הוא סעיף 25 לחוק אימוץ ילדים, שלפיו אם –

"נוכח בית המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו, לסטות מסייגים אלה: ... (2)פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ לפי סעיף (2)3..."

בהרכב מורחב של תשעה שופטים קיבל בית-המשפט העליון, ברוב דעות, את עמדתן של בנות-הזוג ואת הדרך הפרשנית שהותוותה על-ידיהן. מעניינת במיוחד גישתו של בית-המשפט העליון לקשר הזוגי בין בנות-הזוג ולהשלכותיו של קשר זה לעניין ההיענות לבקשת האימוץ. בנות-הזוג אומנם לא השתיתו את בקשתן על עצם היותן בנות-זוג, אך היה אפשר להתייחס לקשר הזוגי כנסיבה מיוחדת. מהי הסיבה לאפשר את החריג לחריג? הנשיא ברק, אשר כתב את דעת הרוב, סירב להכיר בקשר הזוגי כשלעצמו כנסיבה מיוחדת. יתרה מזו, הוא הדגיש כי הקשר האינטימי הזוגי בין בנות-הזוג אינו אלא אחת מהנסיבות, ואף אינו תנאי הכרחי לאישורה של בקשת האימוץ. על גישה זו חזר השופט חשין. בפסק-דין ציין חשין כי מרכז-הכובד של ההכרעה – הן בדבר התקיימותן של נסיבות מיוחדות והן בדבר טובת הילד – מצוי באינטרס של הילדים הקטינים, ואילו שאלת היחסים בין האימהות המבקשות אינה מצויה אלא ברקע הדברים.

בלכר-פריגת הסבירה כי התייחסות זו לקשר הזוגי בין בנות-הזוג ירוס-חקק במסגרת פרשת האימוץ באה, בין היתר, כתגובה על חששות שהביעו השופטים מצא ולוי, בדעת מיעוט, כי מתן צווי האימוץ יהווה למעשה הכרה במשפחה החד-מינית, ובפרט בקשר הזוגי הלסבי או ההומוסקסואלי. הכרה זו, לגישתם, מן הראוי שתיעשה על-ידי המחוקק. הנשיא ברק הבהיר כי אין במתן צווי האימוץ משום הכרה במשפחה החד-מינית או בקשר הזוגי החד-מיני כסטוס. לפיכך הוא ביקש להפחית, ולו במעט, ממרכזיותו של הקשר הזוגי שהתקיים בין שתי האימהות כשיקול לאישור בקשת האימוץ. בלכר-פריגת ציינה כי היבט זה בפסק-הדין מאכזב לכאורה מנקודת-מבטה של הקהילה ההומו-לסבית: בית-המשפט

אשר את בקשת האימוץ כחריג לחריג, וגם מבחינה מעשית ניתן פסק-דין הקובע כי אין הכרה בזוגיות ההומוסקסואלית או הלסבית. אולם לדעת בלכר-פריגת, העובדה שפסק-הדין לא התנה את מתן צווי האימוץ ואת ההכרה המשפטית ביחסי ההורות בהתאמתה של מערכת היחסים המשפחתית של משפחת ירוס-חקק למודל המשפחתי של המשפחה הגרעינית ההטרוסקסואלית יוצרת פתח לפיתוחם של דיני המשפחה ולהכרה במשפחות חדשות. בעקבות פסק-דין זה, כאשר מתקיימים יחסי הורות על רקע מערכת יחסים שחורגת ממודל המשפחה הגרעינית, תהיה אפשרות לפנות לבית-המשפט בבקשה שיכיר בהורות המשותפת. כך, למשל, בנות-זוג לסביות שנפרדו אבל ממשיכות לקיים משמורת משותפת על הילדים יוכלו לפנות בבקשה זו לבית-המשפט.

בלכר-פריגת סיכמה ואמרה שקשה לדעת איזה מהפנים של פסק-הדין בעניין ירוס-חקק יהיה המרכזי, מכיוון שלפסק-הדין יש פן שמרני ופן פורץ-דרך. לפסק-דין, כמו לדבר חקיקה, מרגע שהוא יוצא מבית-המשפט, יש חיים משל עצמו, ורק העתיד יקבע איזה מסר מן המסרים שבפסק-הדין יגבר.

פרק ט: מושב תשיעי – דיני נזיקין

משתתפי המושב: יושב-ראש – פרופ' אריאל פורת, המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין, פרופ' ישראל גלעד, פרופ' דניאל מור

1. פתח-דבר

עניינו של המושב התשיעי היה דיני נזיקין. הדוברים במושב זה העלו את נושא האינטגרציה של שיקולי צדק בדיני הנזיקין; דנו בפיתוחה ובהרחבתה של האחריות בנזיקין, אשר נעשות במידה רבה באמצעות עוולת הרשלנות; הסבירו כשל בסיסי של דיני התאונות בישראל, הנובע מקיומם של הסדרים משפטיים לא-שיטתיים ולא-עקביים שבעטיים השיטה המשפטית מעניקה טיפול שונה לנפגעים המצויים במצב רפואי דומה; ולבסוף פיתחו והסבירו את נושא האחריות ההסתברותית. בכרך זה של כתב-העת מופיע מאמרם של השופט אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים".³²⁹

329 אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים" משפט ועסקים י עמוד 499 (2010).

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה המשנה לנשיאת בית-המשפט העליון השופט אליעזר ריבלין. ריבלין פתח את הרצאתו, שעסקה באינטגרציה של שיקולי צדק בדיני הנזיקין, באמירה כי דיני הנזיקין במשפט הישראלי בחרו בתכלית של הצדק המתקן כמטרה מרכזית.³³⁰ ריבלין הסביר כי הבחירה בתכלית זו הייתה למעשה בחירה אינטואיטיבית, וכי היא מלווה אותנו עד היום.

ריבלין הסביר כי במובן הקלסי של הצדק מתקן, תכליתם של דיני הנזיקין היא לעשות צדק בין המזיק לבין הניזוק, וביניהם בלבד. הצדק ייעשה על-ידי כך שהמזיק ישיב את הניזוק למצבו הקודם, בדרך-כלל על-ידי תשלום פיצויים. תכלית הצדק המתקן אינה מקבלת את האפשרות – לפחות לא כאפשרות עיקרית – שדיני הנזיקין ישמשו כלי להשגת מטרות חיצוניות ליחסי מזיק-ניזוק.

ריבלין הציג גישות נוספות לגבי תכליותיהם של דיני הנזיקין. לפי הניתוח הכלכלי, דיני הנזיקין משמשים כלי להפחתת עלות התאונה מבחינת החברה. הרעיון הוא שהאחריות הנזיקית תוטל באופן שיצמצם ככל האפשר את העלויות הכרוכות בנזקי התאונות ובהוצאות המניעה. לפי תפיסת הצדק המחלק, אשר מתחזרה בתפיסת הצדק המתקן, דיני הנזיקין בכלל ודיני הפיצויים בפרט צריכים לשמש כלי לקידום של מטרות נוספות, כגון שוויון או קידום קבוצות מוחלשות בחברה. על-פי גישה זו, במונחים של המשפט הציבורי דיני הנזיקין הם לא רק אמצעי לצדק מתקן, אלא גם אמצעי להעדפה מתקנת.

ריבלין התייחס לביקורות השונות על עקרון הצדק המחלק ולשאלה העקרונית אם ניתן וראוי לעשות שימוש בדיני הנזיקין להשגת מטרות חלוקתיות. עם זאת, גם אם התפיסה המנחה של דיני הנזיקין היא צדק מתקן, ניתן לזהות התפתחויות בפסיקה המשקפות נקודת-מבט רחבה יותר מזו המסורתית. אי-אפשר להתעלם מכוחם של דיני הנזיקין לחולל שינויים חברתיים, לפגוע בערכים מסוימים ולקדם ערכים אחרים. כוח זה נובע, בין היתר, מכך שדיני הנזיקין הם חלק מן המשפט הפרטי; הריבונות על הפעלת הכלי המשפטי מצויה בידי הפרט הניזוק, שאינו תלוי בחסדי הרשות.

ריבלין הסביר כי תפיסה דוגמטית של כל אחת מן התכליות המתחרות של דיני הנזיקין חושפת בהכרח את הפגמים באותה תכלית ואת הקושי ליישם או להגשים אותה כשהיא לבדה. תפיסת הצדק החלוקתי מעוררת שאלות של לגיטימציה: האם מותר לבתי-משפט להפעיל את דיני הנזיקין ככלי להגשמת התכלית של צדק חלוקתי? האין זו פוליטיזציה של דיני הנזיקין? התפיסה הכלכלית, לעומת זאת, מעוררת שאלות של מוסר. לדעת ריבלין, התפיסה האינטגרטיבית של התכליות השונות עשויה להניב בסופו של דבר שיטת משפט טובה יותר, שמנסה להתגבר על החסרונות שבכל אחת מן התכליות המתחרות. ריבלין הסביר מדוע תפיסת תכליתם של דיני הנזיקין בכל התקופות של המשפט

330 ביטוי לבחירה זו ניתן למצוא, למשל, בע"א 5604/94 אוסמה חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004) (להלן: עניין חמד). ראו גם אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243 (1983).

הישראלי היא תפיסה אינטגרטיבית. התפיסה האינטגרטיבית אין משמעותה העדר בחירה – שיטתנו מדגישה עדיין את השיקול של צדק מתקן. אבל שיקול זה אינו מקובע, ואינו מתעלם מהשפעות של שיקולים אחרים. האינטגרציה אינה צפה תמיד על פני השטח; היא אינה נעשית תמיד במפורש, ובאותם מקרים שבהם הייתה התייחסות מפורשת לתכליות אחרות, דוגמת יעילות כלכלית, נדחו התכליות הללו באופן מפורש על-ידי בית-המשפט העליון. כך, למשל, בפרשת אתא נ' שוורץ³³¹ צפה התכלית המתחרה לצדק המתקן על פני השטח, ונדחתה בשתי ידיים על-ידי בית-המשפט העליון.

ריבלין סבור שכיום קיימת לגיטימציה רבה יותר, גם אם לא תמיד באופן מפורש, לגישה שמאחדת את מטרותיהם של דיני הנזיקין, וקיימים פסקי-דין שנתנו ביטוי לשיקולים מגוונים. דוגמה ליישום אינטגרטיבי של שיקולים מתחום ההרתעה היעילה הוא עניין חמד³³², שם אוזכרה נוסחת הנד³³³ אשר נועדה במקורה להציע הגדרה לעוולת הרשלנות, שעל-פיה רשלנות קיימת מקום שעלות המניעה נמוכה מתוחלת הנזק אך לא מנעו את הנזק. בעניין חמד נאמר כי גם אם מקבלים את נוסחת הנד, ניתן לקבלה בלבד שאינו מוניטרי בהכרח, כלומר, ניתן לצקת לתוכה גם שיקולים ערכיים. ריבלין אמר כי במקרה זה ניתן לומר שהתיאוריה הכלכלית העשירה את עקרון הצדק המתקן ואת תפיסת הצדק של בית-המשפט.

ריבלין הציג כדוגמה לפיתוח של הצדק המתקן בכיוון הערכי את פסק-הדין בעניין אבו חנא.³³⁴ בפסק-הדין נידון מקרה של תינוקת בת חודשים אחדים אשר כתוצאה מתאונת-דרכים לקתה בנכות רפואית קשה, אשר גרמה לפגיעה חמורה בכושר השתכרותה העתידי. במצב הרגיל, כאשר מדובר בקטין ללא היסטוריה תעסוקתית, מחשבים את הפסד ההשתכרות על בסיס ההנחה כי אלמלא התאונה היה הקטין משתכר סכום ששווה לשכר הממוצע במשק. מכיוון שדובר בתינוקת מכפר ערבי עני בגליל, שבו נשות הכפר לא נהגו באותה עת לצאת לעבודה, ביקשה חברת הביטוח להשתמש בנתונים סטטיסטיים על ההשתכרות במגזר הפרטני שאליו השתייכה הנפגעת במקום להשתמש בשכר הממוצע במשק.

ההגדרה של המגזר הפרטני הייתה במחלוקת: האם מדובר במגזר הערבי כולו, במגזר של נשים ערביות או במגזר של נשים ערביות בנות כפר מסוים? עמדתה של חברת הביטוח נדחתה בחלקה על-ידי בית-המשפט המחוזי, ונדחתה במלואה בבית-המשפט העליון. הביקורת הנפוצה ביותר כלפי פסק-דין זה היא שהוא מבוסס על שיקולים של צדק חלוקתי, ולא על שיקולים של צדק מתקן, המוגשמים על-ידי השבת המצב לקדמותו, קרי, על-ידי השבה למצב שהוא לא רע יותר אך גם לא טוב יותר. טענה זו מצריכה בירור של

331 ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' זאב שוורץ, פ"ד (3) 785 (1976) (להלן: פרשת אתא נ' שוורץ).

332 לעיל ה"ש 330.

333 נוסחת הנד פותחה על-ידי השופט האמריקאי Learned Hand, אשר הציג אותה לראשונה ב-"United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

334 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' רים אבו חנא, פ"ד (3) 13 (2005) (להלן: עניין אבו חנא).

שלוש שאלות. ראשית, מה איבדה התינוקת עקב התאונה? לפי פסק-הדין, היא איבדה את הזכות לבחור את מתווה חייה וליהנות מהסיכוי שיש לכל ילד בישראל להשתלב בכל רמת תעסוקה. שנית, האם השבת המצב לקדמותו אינה צריכה להביא בחשבון את הסיכויים שבעתיד תהיה החברה שוויונית יותר, כך שילדות שנולדו בכפר זה ישתכרו בעוד עשרים שנה בהתאם לשכר הממוצע במשק? כלומר, האין "להוות" את ההנחות העובדתיות לגבי המציאות שתשרור בעתיד? שלישית, היכן נעצור? האם נקבע שכר ממוצע נפרד לבנים ולבנות, האם נבחין בין אזורי מגורים וכיוצא בזה?

ריבלין אמר כי בית-המשפט בעניין אבו חנא לא סתר לדעתו את עקרון הצדק המתקן. לנוכח ההנחות העובדתיות, יש להביא בחשבון גם את האפשרות של שוויון בין בני-אדם. ניתן לעשות כן רק לגבי ילד, מכיוון שלילד אין רקע אישי והיסטוריה תעסוקתית אישית. לסיכום הרצאתו הביע ריבלין את עמדתו שלפיה הצדק המתקן עבר אומנם גלגולים מסוימים במשפט הישראלי, אך אין מדובר בנטישה של הצדק המתקן בדיני הנזיקין הישראליים, אלא בראייתו מנקודת-מבט מחודשת. הבחירה המסורתית נותרה, כאמור, בחירה של צדק מתקן.

הדובר השני היה פרופ' ישראל גלעד מהאוניברסיטה העברית בירושלים. גלעד דן בהרצאתו בפיתוחה ובהרחבתה של האחריות בנזיקין, אשר נעשות במידה רבה באמצעות עוולת הרשלנות. גלעד טען כי לנוכח מרכזיותה של עוולת הרשלנות והפוטנציאל של הטלת האחריות על-פיה, שהינו כמעט בלתי-מוגבל, גבולות האחריות ברשלנות הם במידה רבה גבולות האחריות בנזיקין. לדעתו, הדילמות הערכיות הכרוכות בקביעת הגבולות בתחום הרשלנות מייצגות ומשקפות את הדילמות הערכיות של דיני הנזיקין בכללותם. גלעד סבור כי יש שני היבטים לשאלת גבולותיה של האחריות ברשלנות. היבט אחד עניינו התוויית גבולות ההכרה בקיומה של ההתרשלנות, כלומר, עד כמה המשפט מאפיין התנהגויות כבלתי-ראויות. ככל שהתנהגויות רבות יותר יאופיינו כבלתי-ראויות כן יורחבו גבולותיה של האחריות ברשלנות דרך יסוד ההתרשלנות. היבט אחר הוא ההכרה בקיומה של חובת זהירות, כלומר, עד כמה המשפט מכיר בכך שהטלת אחריות בשל התרשלנות תוביל לתוצאות רצויות. גלעד הסביר כי ככל שתורחב ההכרה בחובת זהירות כן יורחבו גם גבולותיה של האחריות ברשלנות. יש אומנם דמיון בין שתי השאלות, וכן בין השיקולים הערכיים להכרעה בהם, אך מדובר בכל-זאת בשאלות שונות.

גלעד התייחס לשאלת התוויית הגבולות בהיבט של ההתרשלנות. ההתרשלנות היא סטייה מסטנדרט חברתי אובייקטיבי של התנהגות ראויה הנקבע באמצעות מבחן האדם הסביר. בית-המשפט קובע סטנדרט זה באמצעות איזון בין האינטרסים של המזיק, האינטרסים של הנזוק, האינטרסים של צדדים שלישיים ואינטרסים חברתיים אחרים. האיזון נעשה באמצעות מתן משקל לכל אינטרס, הנגזר מעולם הערכים. ערכים אלה כוללים הגדלת רווחה, הגינות, שוויון, חופש וטובת החברה. קיימות מחלוקות באשר למשקלם היחסי של ערכים אלה. להערכת גלעד, בית-המשפט העליון הלך בדרך-כלל בדרך-ביניים ראויה, במובן זה שאיזון הערכים בהקשר של התרשלנות אכן שיקף את התפיסות החברתיות הרווחות. כך, למשל, דחה בית-המשפט העליון – בצדק – את טענתה של הגישה הכלכלית למשפט באשר לדומיננטיות של שיקולי הגדלת הרווחה.

גלעד התייחס לשאלה אם ניתן לומר שהפסיקה הרחיבה את גבולותיה של האחריות ברשלנות על-ידי אפיון התנהגויות רבות יותר ויותר כבלתי-ראויות. לתחושתו, אכן חלה התרחבות מסוימת. תחושה זו נובעת במידה רבה מכך שהוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הגדיל את המשקל שניתן לכבוד, לאוטונומיה ולשוויון, אשר זוכים כיום בהגנה חזקה יותר. גבולות האחריות הורחבו עד כדי כך שגם גרימת גועל-נפש³³⁵ וגרימת תחושת תסכול³³⁶ הן כיום מושא לפיצוי. יש מי שאומרים שכאן אולי הרחיקו בתי-המשפט לכת יתר על המידה. לדעת גלעד, למרות התרחבות זו, ספק אם ניתן לומר שלגבי השאלה מה מהווה התרשלות חל שינוי דרמטי.

לעומת שאלת ההתרשלות, בשאלת חובת הזהירות גלעד מוצא התרחבות מהותית. הערכה זו נעשית הן במבט אורכי, המתייחס לדין הישראלי כיום ולדין הישראלי בעבר, והן במבט רוחבי, המתייחס להשוואת הדין הישראלי לדינים אחרים בסוגיות הרלוונטיות. לדעתו, ניתן לומר כי בישראל, בהשוואה לשיטות מקבילות, גבולות האחריות רחבים באופן משמעותי בהיבט של חובת הזהירות. גלעד דן בארבע שאלות המתעוררות לשיטתו בעקבות העובדה שגבולותיה של חובת הזהירות רחבים יותר בישראל:

1. מהם הגורמים להתרחבות האחריות? התשובה העיקרית לכך, לדעת גלעד, היא שבת-המשפט החלו להמעט במידה הולכת וגוברת במשקלם של השיקולים נגד הטלת אחריות. יש שלושה שיקולים נגד הטלת אחריות: הראשון, השיקול של הרתעת-יתר, שמבטא את החשש שהטלת אחריות תגרום להימנעותם של בני-אדם מעיסוק בפעילויות שהן טובות וראויות לחברה; השני, השיקול של עלות-יתר, שמבטא את החשש שהטלת אחריות תביא לידי ריבוי תביעות, שיציפו את בתי-המשפט; השלישי, שיקול אי-ההגינות, הגורס כי ההתרשלות קובעת סטנדרט מחמיר אשר מעטים יכולים לעמוד בו, ולפיכך יש לעיתים בהטלת אחריות אי-ההגינות מסוימת, שכן האדם אינו יכול להימנע מההתנהגות שיצרה את החבות. שלושת השיקולים האלה מתעצמים במיוחד במצבים שבהם תחומי האחריות רחבים ובלתי-מוגבלים. במצבים אלה החשש מהרתעת-יתר, מעלות-יתר ומאי-ההגינות נהפך למוחשי מאוד. לאלה מצטרפים שיקולים נוספים, כגון החשש מפגיעה של דיני הנוזקין בתפקודם של ענפי משפט אחרים, דוגמת דיני החוזים, והחשש שמא התערבות נזיקית תגרום להפרת האיוון העדין שבין רשויות הציבור ולפגיעה בכיבוד ההדדי בין הרשויות. חרף כל אלה, בתי-המשפט מעריכים, יותר מבעבר, כי הטלת אחריות תוביל לתוצאות ראויות. זו הסיבה העיקרית, לדעת גלעד, להרחבת האחריות בנוזקין.

335 ראו ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' תופיק ראבי, פ"ד נז(4) 673 (2003) (להלן: עניין תנובה), שבו תבע התובע פיצוי (וזכה) בגין "נזק לא ממוני: תחושות שליליות ותחושות של גועל" (שם, בעמ' 681-682).

336 ראו, למשל, ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם, 16.10.2006), שבו קבע המשנה לנשיאה ריבלין כי "הנזקים הלא-ממוניים [ההדגשה במקור] מבטאים פן אפשרי נוסף של הפגיעה בגופו ובנפשו של הניזוק... מעבר להוצאות הכספיות ולהפסדי-שכר, עשוי הניזוק לטעון - ולהוכיח - כי הוסבו לו בשל התאונה כאב וסבל, יגון וצער, תסכול [ההדגשה הוספה], אכזבה, גריעה מן האפשרות לממש את העצמיות והפסד ההנאה מן החיים".

2. כיצד נעשתה הרחבה זו? לדעת גלעד, מדובר בשאלה מורכבת. הפסיקה הישראלית פיתחה חוקה ברשלנות האומרת כי מבחינה מהותית, אם יש התרשלנות, אזי קמה חוקה שיש חובת זהירות. מעבר לכך, בתי המשפט אמרו במפורש שהם מרחיבים את האחריות משום שהם לא השתכנעו שהשיקולים נגד הטלת אחריות הם שיקולים ראויים.
3. עד כמה הורחבה האחריות? לדעת גלעד, נעשתה הרחבה משמעותית בחמש גזרות: סוגיית הנזק הכלכלי הטהור, סוגיית הנזק הנפשי הטהור, סוגיית המחדלים הטהורים, סוגיית הנזק לניזוק העקיף ("הנזק הריקושטי") ואחריותן של רשויות הציבור. גלעד אמר כי בנוגע לנזק כלכלי טהור, אין ספק שבעולם האנגלו-אמריקאי אחריות זו מוגבלת ומתוחמת. בתי המשפט שם חוששים מהרתעת יתר ומעומס יתר, ולכן מציבים שורה של מכשולים בדרך לפיתוח אחריות זו, כגון הסתמכות סבירה ונטילת אחריות. לעומת זאת, בית המשפט בישראל רואה נזק כלכלי כבר-פיצוי בעיקרו, ויש כרסום מתמיד בדרישות של הסתמכות סבירה ונטילת אחריות.³³⁷ המשפט הישראלי מכיר לכן באחריותו של עורך-דין כלפי מי שאינו לקוח שלו,³³⁸ וכן באחריותו של קונה נכס מקרקעין שלא רשם הערת-אזהרה כלפי קונה מאוחר של אותו נכס.³³⁹ גלעד הסביר כי גם בגזרות אחרות של האחריות אפשר להצביע על תופעה דומה. בנוגע לנזק נפשי טהור, גלעד סבור כי בהשוואה לשאר העולם נפרצו הגבולות במידה בולטת מאוד לגבי נזקים נפשיים קלים, כגון תסכול וגועל-נפש, כפי שקרה בפסק-הדין בעניין תנובה, למשל.³⁴⁰ לגבי הנזק העקיף לניזוק האחר, מה שמכונה "הנזק הריקושטי", כאן מסתמנת פריצה של הגבולות שנקבעו בשעתו בעניין אלסוחה.³⁴¹ כך, למשל, בפסק-הדין בעניין לבנה לוי³⁴² נקבע כי אין צורך בנזק נפשי מהותי וחמור, כפי שנקבע בעניין אלסוחה, אלא די בנזק פחות. גם בנוגע לאחריותן ברשלנות של רשויות ציבור המפעילות סמכות שלטונית מסתמן שינוי. בפסקי-הדין מן התקופה האחרונה ניכר כרסום בהלכת לוי,³⁴³ אשר אינה משמשת עוד בלם וסייג להטלת אחריות.³⁴⁴ גלעד ציין כי כיום נראה שרק

- 337 ראו, למשל, ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' אדם ציזיק ז"ל, פ"ד מא(3) 169 (1987); ע"א 2625/02 סילביו נחום, עו"ד נ' רחל דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (2004) (להלן: עניין סילביו); ע"א 3464/05 פז חברת נפט בע"מ נ' מדינת ישראל משרד התחבורה מחלקת עבודות ציבוריות (טרם פורסם, 12.7.2006) (בעיקר פס' 7 לפסק-הדין, אם כי התביעה נדחתה בנסיבות העניין). השוו ע"א 5772/02 נווה גן (א.כ.) בניה פיתוח והשקעות בע"מ נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(2) 307, 318-319 (2004).
- 338 ראו, למשל, עניין סילביו, שם, בעמ' 409-410, שם נקבע כי "כיוון שהציבור כולו מסתמך על מקצועיותו ועל יושרו של עורך-הדין, הוא חב בחובת זהירות לא רק כלפי מרשו, אלא גם כלפי יריבו וכלפי הציבור כולו..."
- 339 ראו, למשל, עניין גנז, לעיל ה"ש 270.
- 340 לעיל ה"ש 339.
- 341 רע"א 444/87 אבו סרחאן עארף מקאבל מונהאר אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397 (1990) (להלן: עניין אלסוחה).
- 342 ע"א 754/05 לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (טרם פורסם, 5.6.2007).
- 343 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' יצחק לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994).
- 344 ראו, למשל, ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' יצחק קרישור, פ"ד נח(5) 215 (2004); ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה (טרם פורסם, 25.5.2006).

בגזרת המחדל הטהור התפתחות האחריות בישראל אינה שונה מהותית מההתפתחות במדינות אחרות. האחריות ברשלנות בשל מחדל טהור עודנה מותנית בעיקרה בקיומם של יחסים מיוחדים.³⁴⁵

4. האם הרחבת האחריות בהיבט של חובת הזהירות ראויה? גלעד ציין כי הוא אינו יודע את התשובה. כדי להשיב על שאלה זו באופן מוסמך, יש לבדוק אם פריצת הגבולות אכן גרמה להרתעת-יתר, לעלות-יתר, להצפת בתי-המשפט, לפגיעה בהפרדת הרשויות וליתר התוצאות השליליות המוצגות כשיקולים נגד הטלת אחריות.

לסיכום דבריו אמר גלעד כי לדעתו ייתכן שהאחריות, בעיקר בנושא של נזק נפשי טהור, התפתחה מהר מדי. גלעד סומך את דבריו אלה על השוואה עם שיטות משפט אחרות – האמריקאית והאנגלית – שבהן הייתה התרחבות משמעותית של האחריות לקראת סוף שנות השמונים ובתחילת שנות התשעים, אך לאחר-מכן באה נסיגה מסוימת. לדעת גלעד, על רקע זה ראוי שבתי-המשפט יעצרו מעט ויבחנו במבט כולל והשוואתי את הרחבת הגבולות עד כה, את השאלות שהיא מעוררת ואת המשך הדרך.

הדובר השלישי היה פרופ' דניאל מור מאוניברסיטת תל-אביב. מור טען בהרצאתו לכשל בסיסי של דיני התאונות בישראל, הנובע מקיומם של הסדרים משפטיים לא-שיטתיים ולא-עקביים שבעטיים השיטה המשפטית מעניקה טיפול שונה לנפגעים המצויים במצב רפואי דומה. שונות זו מתבטאת הן בעצם קביעת הזכאות לפיצויים, הן בראשי-הנזק והן בחישוב גובה הפיצויים שהנפגעים זכאים להם.

מאידך גיסא, ציין מור, הכלים של דיני הנזיקין העוסקים בסכסוכים בין שכנים אינם יעילים ונכונים בהכרח לטיפול בבעיות ציבוריות כגון תאונות-דרכים, מוצרים פגומים וכדומה. יתר על כן, הואיל וכיום חברות הביטוח הן המפצות נפגעים קשים, אם תהיה הרחבה של מעגל האחריות, של ראשי-הנזק ושל סכומי הפיצויים, יועלו פרמיות הביטוח, והמבוטחים הם שישלמו את המחיר. השאלה שיש לשאול היא אם הדבר מוצדק.

מור העיר כי אין זהות בין דיני הנזיקין לבין דיני התאונות. דיני הנזיקין עוסקים אומנם גם בתאונות, אך מרחב המחיה שלהם רחב יותר. לעומת זאת, במובן מסוים דיני התאונות הם תחום רחב בהרבה מדיני הנזיקין, הואיל והם כוללים גם נורמות מדיני העונשין, מדיני התברואה, מהמשפט מנהלי, מהמשפט החוקתי, מתחום הביטוח הלאומי, מדיני השיקום וממשפט הבריאות.

מור סקר את ההבדלים בין פקודת הנזיקין לבין חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן: הפלת"ד). ראשית, הפלת"ד הינו חוק ייחודי: הוא מסדיר באופן בלעדי כמעט את נושא הפיצוי בגין נזקי גוף שהינם תולדה של תאונות-דרכים. חוקים אחרים בתחום דיני הנזיקין, כגון חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980 (להלן: חוק האחריות למוצרים פגומים), מפצים את נפגעי הגוף שנופלים בגדרם, אך מאפשרים לנפגעים אלה לתבוע באופן חלופי גם לפי פקודת הנזיקין. שנית, בדיני הנזיקין המסורתיים, כאשר מדובר בפיצוי בגין נזקי גוף שהינם תולדה של תאונות, נדרשת בדרך-כלל אשמה

345 ראו, לדוגמה, ע"א 3510/99 ראובן ולעס נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה(5) 826 (2001).

כתנאי להטלת אחריות. רוב התביעות מושתתות על עוולת הרשלנות, אך חלקן מבוססות על הפרת חובה חקוקה – עוולה שקובעת אחריות חמורה. בכל מקרה אין מוטלת אחריות מוחלטת. הפל"ד, לעומת זאת, מטיל אחריות מוחלטת. סעיף 7 לפל"ד מונה אומנם נסיבות שבהן לא תוטל אחריות על-פי החוק, אך באותם מקרים שבהם סעיף 7 אינו חל ומוטלת אחריות על-פי הפל"ד, האחריות היא מוחלטת.

מור התייחס בהרצאתו לשבעה נפגעים היפותטיים השוכבים באותה מחלקה. לכל אחד מהם מאה אחוזי נכות, וכולם בני אותו גיל.

הנפגע הראשון נפגע בתאונת-דרכים. הוא אינו צריך להוכיח אשמה, אין משמעות לאשמו התורם, והוא זכאי לתשלומים תכופים, להבדיל מנפגעי תאונות אחרות. הסיבות לקביעה כי אין צורך להוכיח אשמה הן פוליטיות וחברתיות, ואינן שייכות למישור המשפטי. הסדר זה היטיב עם נפגעי תאונות-הדרכים, אך גם פגע בהם: יש תקרות לפיצוי בגין ראשי-הנזק של הפסד כושר השתכרות ונזקי גוף לא-ממוניים. הפל"ד אינו מאפשר לנפגע בתאונת-דרכים לעקוף תקרות אלה באמצעות תביעה לפי חוק אחר. הגבלה נוספת מונעת מנפגע תאונת-דרכים את האפשרות להגיש חוות-דעת של מומחה מטעמו.

הנפגע השני נפגע בתאונת-עבודה. מצבו טוב מבחינה זו שהוא זכאי לקבל מהר יחסית תמיכה מן המוסד לביטוח לאומי, במשך החודשים הראשונים לאחר התאונה, אך תמיכה זו אינה בגובה שכרו המלא. יתרון זה אינו קיים אצל נפגעים אחרים. הזכאות לקבלת תמיכה מן המוסד לביטוח לאומי אינה מותנית בקיום אשמה מצידו של מאן דהוא. במקרה שהנפגע יכול להוכיח אשמה כזאת, פתוחה לפניו הדרך להגשת תביעת נזיקין בגין הפרת חובה חקוקה או בגין רשלנות, אך במקרה זה ינוכו מדמי הפיצויים שייפסקו לו בתביעת הנזיקין מלוא הגמלאות ששולמו ואשר עתידות להשתלם לו על-ידי המוסד לביטוח לאומי.

הנפגע השלישי נפגע כתוצאה מרשלנות רפואית. במקרה זה, על-מנת לזכות בפיצויים בתביעת נזיקין, שומה עליו להוכיח אשמה. בתביעה מעין זו ניתן באופן תיאורטי לנכות מדמי הפיצויים שייפסקו לו סכומים המשקפים את שיעור התרשלנות התורמת. הפיצוי בתביעה מעין זו אינו מוגבל בתקרות כלשהן. מאידך גיסא, שומה על התובע ברשלנות רפואית לצרף לכתב התביעה חוות-דעת של מומחה רפואי, דבר שאינו נדרש מנפגעי תאונות אחרות. דרישה זו הינה בעייתית מבחינה חברתית, שכן בישראל, להבדיל מארצות-הברית, אסור לעורכי-דין לממן תביעה מעין זו, כך שהעלויות הגבוהות של הגשת התביעה במקרים אלה נופלות על הנפגעים, ומניאות רבים מהם מלהגיש תביעה מוצדקת בשל העדר דרכי מימון. כמו-כן יש נפגעים המחליטים לא לעשות מאמצים יתרים לגייס את סכום הכסף הנדרש להגשת התביעה כאשר מדובר בתביעה בגין נזקים קטנים יחסית. מבחינת חלוקת המשאבים בחברה ומשיקולי צדק, גם אי-הגשת תביעות מעין אלה הינה מצערת.

הנפגע הרביעי נפגע בתאונה במסגרת שירותו הצבאי. מי שנפגע בתאונת-דרכים במסגרת שירותו הצבאי מקופח במידה מסוימת בהשוואה לאזרחים שנפגעו בתאונות-דרכים, מכיוון שאנשי צבא שנפגעו בתאונות-דרכים – למשל, בתאונה עם רכב צבאי – חייבים

להגיש תביעה לפי חוקי השיקום,³⁴⁶ ולא לפי הפל"ד. למרות קיומן של התקרות הקבועות בפל"ד, ייתכן שבתביעה לפי חוק זה היו אנשי הצבא זכאים לקבל פיצוי גבוה יותר. כך, למשל, אנשי מילואים בעלי שכר גבוה בחייהם האזרחיים יפוצו לפי אמות-המידה של חוקי השיקום, אשר מושתתות על שכר נמוך באופן משמעותי משכרם האמיתי או אף מהתקרה לפיצוי בגין הפסד כושר השתכרות. מור ציין כי יש סוגים של תאונות צבאיות שבהן יש לתובע אפשרות בחירה בין תביעה אזרחית לבין תביעה לפי חוקי השיקום.

הנפגע החמישי נפגע בתאונה עקב שימוש במוצר פגום. האחריות לפיצוי נפגע כזה על נזקי הגוף שנגרמו לו בתאונה היא אחריות חמורה. עילה זו מיתוספת על העילה לפי פקודת הנזיקין, ואינה באה תחתיה. לתביעה לפי חוק האחריות למוצרים פגומים יש תקופת התיישנות של שלוש שנים. גם בתביעה לפי חוק זה יש תקרות, אשר דומות לתקרות בחוק הפל"ד, אך ההבדל בין החוקים נובע מכך שכאשר התקינו תקנות לגבי פיצויים לפי חוק הפל"ד, שכחו חוק זה. בתביעות מעין אלה יש הכרה בהתרשלות חמורה של הנפגע. כזכור, בתביעות לפי הפל"ד אין התחשבות בהתרשלות תורמת כלל, ואילו בתביעות נזיקין על-פי פקודת הנזיקין יש התחשבות מלאה בהתרשלות תורמת.

הנפגע השישי נפגע מפשע. בישראל, להבדיל מהמצב באנגליה ובארצות-הברית, אין לנפגע פשע את מי לתבוע וזאת העברייין שפגע בו, אשר לעיתים קרובות אינו בעל אמצעים לפצותו. מקרה מורכב יותר הוא כאשר אדם נפגע עקב פגיעה מכוונת בתאונת-דרכים. נפגע זה אינו יכול לתבוע לפי הפל"ד, אלא עליו לתבוע את מי שפגע בו בתביעת נזיקין רגילה. מור אמר כי באופן כללי נפגעי פשע אינם מקבלים פיצויים בישראל, ובשיח של זכויות קורבנות יש להביא עובדה זו בחשבון.

הנפגע השביעי נפגע בתאונה בלתי-נמנעת. במקרה זה, אם בסיס האחריות הוא אשמה, תקום הגנה לנתבע, והנפגע יעמוד מול שוקת שבורה ויאלץ להסתפק בפיצוי הדל יחסית שניתן בישראל על-ידי המוסד לביטוח לאומי בביטוח נכות כללית או ייפול למעמסה על רשויות הרווחה.

לסיכום הרצאתו אמר מור כי יש שונות מעוררת פליאה באופן שבו החברה הישראלית מתייחסת לכל אחד מסוגי הנפגעים, הן לעניין הזכאות והן לעניין גובה הפיצויים, והשאלה שיש לשאול היא אם הבחנות אלה מוצדקות.

הדובר הרביעי היה פרופ' אריאל פורת מאוניברסיטת תל-אביב. הרצאתו דנה בנושא של אחריות הסתברותית. פורת פתח את הרצאתו בשאלה אם נכון לראות את המשפט האזרחי כיום כשיטה בינרית, שבה רמת שכנוע של יותר מ-50% תזכה את התובע ב-100% מתביעתו, ואילו רמת שכנוע של מתחת ל-50% לא תזכה אותו בדבר. פורת הציג שיטה חלופית של אחריות הסתברותית, שלפיה ניתן להסתכל על המשפט האזרחי כיום כמונחים יחסיים של פסיקת 40% או 60% מהתביעה, למשל, על-פי רמת השכנוע של השופט.

פורת הסביר כי יש טיעונים לטובת השיטה הקיימת, שכן קשה יותר מבחינה מנהלתית לקיים שיטה שבה השופט פוסק על-פי מידת השכנוע שלו. אולם פורת ביקש להתייחס לשאלה מהו הפתרון הראוי, תחילה במנותק משאלות של הרתעה וצדק מתקן, וזאת בהנחה

346 חוק הנכים וחוק משפחות חיילים.

שאנו רוצים שהמזיקים ישלמו בעבור הנזק שהם גורמים. התשובה, לדעתו, אינה פשוטה. יש מקרים, לדעת פורת, שבהם הנתבע יהיה אדיש לבחירה בין שתי החלופות. לדוגמה: שני אנשים מגיעים לבית-חולים ומאבדים לחלוטין את סיכויי ההחלמה שלהם עקב רשלנותו של הרופא. הראשון הגיע לבית-החולים עם סיכויי החלמה של 70%, והשני הגיע לבית-החולים עם סיכויי החלמה של 30%. לפי השיטה הקיימת, את האדם הראשון יפצה הרופא במלוא הנזק, כלומר ב-100%, ואילו את האדם השני הוא לא יפצה כלל. לפי השיטה החלופית, את האדם הראשון יפצה הרופא ב-70%, ואת האדם השני ב-30%. בסופו של דבר, על-פי שתי השיטות, שיעורי הפיצויים שישלם הרופא יהיו זהים. פורת הציע כי במקרים אלה אין צורך באחריות הסתברותית, לעומת מקרים אחרים שבהם בית-המשפט אינו בטוח בין רמת שכנוע של 49% לבין רמת שכנוע של 51%, שאז עליו להחליט, לפי השיטה הקיימת, בין הכל או לא-כלום.

לדעת פורת, הבעיה האמיתית מתעוררת אם קיימת הטיה שיטתית כלפי מטה – למשל, אם יש ריבוי של מקרים שבהם סיכויי ההחלמה של החולים מלכתחילה נמוכים מ-50%. חולים אלה, בשיטה בינרית של הכל או לא-כלום, לא יקבלו פיצויים לעולם. פורת הסביר כי מאחר שסיכויי ההחלמה של החולה היו מלכתחילה 30%, ההסתברות שהרופא הוא שגרם לו את הנזק היא רק 30%. ניתן אם כן, לדעת פורת, להגדיר קטגוריה של מקרים שבהם באופן טיפוסי ההסתברות להחלמה נמוכה מ-50% ולכן השיטה הבינרית בעייתית ביותר. אך כל זאת מבלי להתייחס לעיילות כלכלית, להרתעה ולצדק מתקן.

מבחינת ההרתעה, השיטה הבינרית בעייתית משום שהרופאים לעולם לא ישלמו פיצוי, אף אם יתרשלו, לחולים שסיכויי החלמתם נמוכים מ-50%. כך גם מבחינת המטרות של גמול או ענישה – המזיק גורם נזקים, אך אינו משלם; וכך גם מבחינת הצדק המתקן. אלה הם, אם כן, המצבים שבהם, לדעת פורת, השיטה הבינרית נכשלת. כאשר יש סימטריה כללית בין המקרים שבהם ההסתברות גבוהה מ-50% לבין המקרים שבהם ההסתברות נמוכה מ-50%, השיטה של הכל או לא-כלום יכולה לפעול כראוי במידה רבה.

פורת התייחס לדוגמה של תרופת ה-DES – תרופה למניעת הפלות טבעיות. התרופה הייתה בשימוש נרחב, אך כעבור עשרים עד עשרים וחמש שנה התברר כי היא גורמת לסוג של סרטן רחם לבנות של נשים שהשתמשו בתרופה. הבעיה הייתה שלא פחות ממאתיים חברות ייצרו בדיוק אותה תרופה, ואף שכיום מוסכם שהתרופה פגומה, ואין ספק שמדובר בהתנהגות עוולתית, יש בעיה של קשר סיבתי, שכן אין אפשרות לדעת מי הייתה החברה שייצרה את התרופה המסוימת שכל אדם נטלה עשרות שנים קודם לכן. לכן עד שנת 1980 נדחו תביעות אלה. בשנת 1980 הכיר בית-המשפט העליון של מדינת קליפורניה³⁴⁷ באחריות תחת הכותרת market-share liability, שהיא בעצם סוג של אחריות הסתברותית. הרעיון הוא שכל אחת מן היצרניות תפצה את הניזוקה לפי נתח השוק שהיה לחברה היצרנית במועדים הרלוונטיים. כלומר, חברה שהיה לה אז נתח של 10% מהשוק תשלם 10% מהנזק.

נושא זה לא הגיע לדיון בבית-המשפט העליון בישראל. לדעת פורת, אם מקרים מסוג

Sindell v. Abbott Laboratories, 26 Cal. 3d. 588 (1980) 347

זה יגיעו לבית המשפט העליון בישראל, הוא ייטה להטיל אחריות לפי הרעיון של market share liability. אחת הסיבות לכך היא שהמקרה של ה-DES הינו מקרה מיוחד: מדובר בקבוצה מסוימת של מזיקים ובקבוצה מוגדרת של ניוזקות; לא ברור איזה מזיק גרם נזק לאיזו ניוזקה, אך אחריות הסתברותית תביא בסופו של יום לידי כך שכל מזיק ישלם פיצויים בהתאם לנזק שגרם, וכל ניוזקה תקבל פיצוי בהתאם לנזק שנגרם לה. כלומר, מצב הדברים לאחר בירור התביעות יהיה זהה למצב הדברים שבו היינו אילולא הייתה אי־ודאות. לדעת פורת, קל מאוד להצדיק שיטה זו מבחינה הרתעית, וגם מבחינת צדק מתקן.

פורת התייחס לדוגמה נוספת הממחישה את הנושא של אחריות הסתברותית: המקרה של חיילי השייטת שהתאמנו בקישון. מדובר בקבוצה של ניוזקים שנחשפו להתנהגות של מזיק שהוא מעוול (אם נניח שהזיהום בקישון הוא תוצאה של התנהגות עוולתית), אך רק אחוז מסוים מבין הניוזקים אכן לקו במחלתם בשל החשיפה לסיכון שנגרם על־ידי המעוול. נניח, למשל, כי 100 אנשים נחשפו לסיכון ולקו במחלות, ומבחינה סטטיסטית ניתן להראות שרק 20 מביניהם לקו במחלות בשל החשיפה לסיכון, ו־80 מביניהם לקו במחלות שאינן קשורות לסיכון. לרוע המזל, אי־אפשר להבחין בין שתי הקבוצות, אך ברור ש־20 מבין 100 האנשים ניוזקו בגלל הצלילה בקישון. להבדיל מהמקרה של ה-DES, שבו הכירו באחריות, במקרים אלה הנטייה כיום היא לא להטיל אחריות, וזאת אף על־פי שיש מזיק שניתן להוכיח כי גרם נזק ל־20 איש. הבעיה היא שאין יודעים מיהם אותם 20 אנשים, ועל־כן המזיק לא ישלם פיצוי.

פורת הסביר כי המשותף למקרים שתוארו הוא שההטיה השיטתית כלפי מטה בהסתברויות מביאה לידי כך שבשיטה הבינרית לא בכל המקרים יינתן פיצוי. מבחינה הרתעית, וגם מבחינות אחרות, זוהי תוצאה רעה מאוד. החלופה, לדעת פורת, היא להטיל אחריות הסתברותית. פורת הסביר כי אחריות הסתברותית הביאה לידי תשלום פיצויים במקרה של תרופת ה-DES, ותביא לידי תשלום פיצויים במקרה של רשלנות רופאים כאשר סיכויי ההחלמה נמוכים מ־50%. לדעת פורת, גם במקרה של הקישון, אם יש מעוול שאפשר להציג ראיות חזקות מספיק לכך שהוא הזיק ל־20 אנשים מתוך 100, קשה למצוא סיבה מדוע לא לחייבו לשלם את סכומי הכסף שמשקפים את הנזק, גם אם אי־אפשר לדעת מיהם אותם 20 אנשים שנפגעו והפתרון היחיד הוא לחלק את הכסף בין 100 האנשים.

פורת אמר כי הטיעון העיקרי נגד הרעיון של אחריות הסתברותית הוא קשיי היישום, אולם ניתן להשיב על טיעון זה כי בארצות־הברית לפחות חצי מבתי־המשפט משתמשים באחריות הסתברותית, וגם בישראל קיימים מקרים שבהם השתמשו באחריות הסתברותית.³⁴⁸ פורת סיכם את דבריו באמירה כי בדיני הנזיקין אי־הוודאות בפסיקת פיצויים היא עצומה. לדעתו, בתחום של אחריות הסתברותית אין אי־ודאות רבה יותר, אלא להפך. פעמים רבות, במיוחד בתחום הרפואי, קל מאוד להשיג מידע מוצק ומשכנע לגבי הסתברויות, ולכן כיום אין זה מסובך כלל להפעיל שיטה זו.

348 ראו, למשל, ע"א 6643/95 יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נגד(2) 680 (1999); ע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' עדן מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005) (יצוין כי בדיון הנוסף על פסק־הדין בעניין זה טרם ניתנה החלטה – ראו דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל, חיפה נ' עדן מלול (לא פורסם, 22.11.2005)).

פרק י: מושב עשירי – המשפט הישראלי לאן?

משתתפי המושב: יושב־הראש – פרופ' אמנון רובינשטיין, פרופ' שמעון שטרית, פרופ' מנחם (מני) מאוטנר, פרופ' אהרן ברק

1. פתח־דבר

עניינו של המושב העשירי היה מבט־על על המשפט הישראלי בפרספקטיבה של שישים שנות משפט. הדוברים דנו בהיבטים מהותיים ומוסדיים של מערכת השפיטה ובתהליך שאותו עברה מקום המדינה ועד ימינו־אנו. הם הציגו והסבירו את הדומיננטיות הרבה של בית־המשפט העליון והשיח המשפטי בישראל; תיארו את התפתחותו של המשפט בישראל, את המאבק הניטש על עיצובה של התרבות הישראלית ואת התפקיד שבית־המשפט ממלא במאבק זה; ולבסוף עסקו בכיווני ההתפתחות הצפויים של המשפט הישראלי. בכרך זה של כתב־העת מופיעים מאמריהם של פרופ' שמעון שטרית "תרבות העצמאות השיפוטית בישראל: היבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בראייה היסטורית"³⁴⁹ ושל פרופ' מנחם (מני) מאוטנר "בית־המשפט העליון – שלוש תקופות: 'זרות', 'עימות', 'הכלה'"³⁵⁰.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' שמעון שטרית מהאוניברסיטה העברית בירושלים. הרצאתו של שטרית עסקה בהיבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בישראל. לדבריו, תרבות העצמאות השיפוטית בישראל עוצבה מראשית ימיה של המדינה על יסוד מסורת שהחלה בתקופת המנדט. במהלך השנים היו הפרות חוזרות ונשנות של עקרון העצמאות השיפוטית, ובכלל זה גם בשנים האחרונות. אולם בעיקרו של דבר, ולמרות הקשיים, גובשה בישראל תרבות של עצמאות שיפוטית, וזו אפשרה עצמאות שיפוטית בשפיטה המהותית. לדברי שטרית, ניתן לראות את גודל היצירתיות השיפוטית במשך שישים שנות המדינה בכל ענפי המשפט. תרבות העצמאות השיפוטית אפשרה, בין היתר, תפקוד מנהלי ומוסדי של הרשות השופטת כגוף וכן תפקוד מנהלי ומהותי של השופט כיחיד. היסודות העיוניים של עקרון אי־התלות השיפוטית הם אי־תלות אישית ומהותית של השופט היחיד, אי־תלות קיבוצית של הרשות השופטת כולה, וכמובן גם אי־תלות פנימית, דהיינו, אי־תלות של השופט כלפי עמיתיו וכלפי השופטים בעלי התפקידים המנהליים במערכת השיפוטית.

349 שמעון שטרית "תרבות העצמאות השיפוטית בישראל: היבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בראייה היסטורית" משפט ועסקים י עמוד 525 (2010).

350 מנחם מאוטנר "בית־המשפט העליון – שלוש תקופות: 'זרות', 'עימות', 'הכלה'" משפט ועסקים י עמוד 585 (2010).

תרבות העצמאות השיפוטית עוצבה בעיקרו של דבר על-ידי המנהיגות הפוליטית-הדמוקרטית של מדינת-ישראל. בן-גוריון, שותפיו ויורשיו הם שזכאים לאשראי העיקרי על גיבושה ושמירתה של תרבות העצמאות השיפוטית, אך גם השופטים ראויים לאשראי על כך, אף שהם לא היו מעורבים כמעט בתהליך חקיקתו של חוק-יסוד: השפיטה, המעגן את התשתית החוקתית לעצמאות השיפוטית. כיום יש לחוק-יסוד: השפיטה משמעות חוקתית לגבי סמכויותיו של בית-המשפט העליון. תשתית חוקית ניתנה על-ידי הרשות המחוקקת בצורת חוק השופטים, התשי"ג-1953,³⁵¹ חוק בתי-המשפט וכן חקיקה נוספת המסדירה את עבודתם של בתי-המשפט.

באשר לרשות המבצעת, בדרך-כלל שררה זוגיות ידידותית בין נשיא בית-המשפט העליון לבין שר המשפטים, אולם לפעמים הייתה בזוגיות הזאת מתיחות, ולעיתים אף התנגשות. כך, למשל, בין הנשיא זמורה לבין השר דב יוסף התגלעה מחלוקת משום שיוסף אמר כי השופטים נותנים עונשים קלים מדי וכי הם אינם "קדושים בעלי כנפיים שירדו מהשמים";³⁵² בין הנשיא שמגר לבין השר אברהם שריר היה מתח מסוים, וכדומה. הנשיא שמגר בנה את בית-המשפט העליון כמעט ללא שותפות עם הרשות המבצעת. הרשות השופטת החלה לבנות בניינים כפי שאנו מכירים אותם כיום רק בתקופת כהונתו של יצחק רבין כראש הממשלה, כאשר על-פי הצעת שר המשפטים דוד ליבאי, ובהסכמת שר האוצר אברהם (בייגה) שוחט, אישרה ועדה, שאחד מחבריה היה שטרית, החלטה שלפיה התקציב לבניית בתי-המשפט יועבר מתקציבו של משרד המשפטים לתקציב של בניית קריות הממשלה, וכך נפתרה הבעיה. אולם היו אירועים רבים שבהם הופר עקרון העצמאות השיפוטית, ואלה לא הצטמצמו לתקופה המכוננת שבה עוצב עיקרון זה, אלא התרחשו גם לאחר-מכן.

כך, למשל, התערבה הכנסת בפרשת אייכמן³⁵³ בקביעת ההרכב שידון במשפט. הכנסת לא רצתה שבנימין הלוי יהיה יושב-ראש ההרכב, ולכן חוקקה חוק שקבע הרכב מיוחד.³⁵⁴ מובן שהייתה זו הפרה של עקרון אי-התלות השיפוטית. דוגמה נוספת, מאוחרת יותר, הייתה פסק-הדין בפרשת אתא נ' שוורץ,³⁵⁵ שבו הוצא צו מניעה נגד אתא אשר אסר עליה להפעיל את מערכות הקירור והאוורור של בית-החרושת שלה עד להפחתת מפלס הרעש שאלה יצרו. בפסק-הדין הציע בית-המשפט שיפקיעו את הקרקע. לאחר-מכן, כאשר הוצא צו מניעה נגד אתא ובוצעה הפקעה, סירב בית-המשפט הגבוה לצדק להתערב.³⁵⁶ סיכול יישומו של פסק-הדין בהמלצת בית-המשפט על-ידי הרשות המבצעת, תוך סירוב של בית-המשפט הגבוה לצדק להתערב, היווה פגיעה בעצמאות השיפוטית. דוגמה נוספת – פרשת תהליכי השפיטה

351 ס"ח 149. חוק זה שולב בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט).

352 הציטוט מפיו של דב יוסף מובא אצל להב, לעיל ה"ש 83, בעמ' 487.

353 ע"פ 336/61 אדולף אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2032 (1962).

354 חוק בתי המשפט (עבירות שענשן מוות), תשכ"א-1961.

355 לעיל ה"ש 335.

356 ראו בג"ץ 114/77 זאב שוורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא (2) 800 (1970).

המיוחדים שנקבעו בזמן ההתנתקות מגוש קטיף הייתה הפרה בוטה של סעיף האוסר הקמת בתי-דין מיוחדים. לדעת שטרית, קשה לומר כי לא הייתה בכך הפרה של חוק-יסוד: השפיטה, שכן קבעו הליך מיוחד ומתקנים מיוחדים לשפיטת המפגנים נגד ההתנתקות.³⁵⁷ אי-תלות שיפוטית הינה רק חלק ממסכת של ערכי-יסוד בשפיטה, הכוללים גם צדק, הגינות, יעילות, נגישות ואמון הציבור. לכל אחד מהערכים הללו יש חשיבות גדולה. בדרך-כלל הם מחזקים ומשלימים זה את זה, אך לעיתים יש ביניהם מתיחות ואף התנגשות. נשאלת השאלה כיצד התמודדה מערכת השפיטה שלנו עם הערכים הללו, ואם היא העדיפה אחד מהם לא בצדק ולא לצורך.

לדעת שטרית, מדינת-ישראל קידשה את ערך-היסוד של יעילות על-חשבון הערכים האחרים. כך, למשל, פרשת הליכי השפיטה המיוחדים שנקבעו בתקופת ההתנתקות הינה בבחינת קידום היעילות על-חשבון הגינות ואי-תלות, וכך גם כל הדינים שהנהגו על-מנת להגביר את היעילות בבתי-המשפט. ניהול התיקים נהפך לקדוש יותר מאשר הגינות ואי-תלותם של השופטים.

עקרון השיקוף מחייב שהרכב הרשות השופטת ישקף את כלל החברה, ולא רק מגזרים מסוימים מהחברה הישראלית. לדעת שטרית, המערכת השיפוטית נכשלה במימוש מלא וראוי של עיקרון זה. עם זאת, לגבי נשים הצליחה מערכת המשפט לממש את העיקרון באופן מהיר למדי. בעבר הייתה בבית-המשפט העליון אישה אחת בלבד,³⁵⁸ לאחר-מכן היו בו שתיים,³⁵⁹ ואילו בעת נשיאת הדברים בכנס היו כבר חמש שופטות מתוך הרכב כולל של ארבעה-עשר שופטים.³⁶⁰ שטרית הדגיש בהרצאתו כי מדובר בשיקוף, ולא בייצוגיות. ההסבר לכך הוא שבמערכת הדמוקרטית הנבחר ממשיך בקשר של שליחות עם הקבוצה ששלחה אותו לפרלמנט, ואילו במערכת השפיטה, ברגע שאדם מתמנה, הוא חייב לייצג רק את הצדק, את המצפון ואת החוק לפי פירושו.

סוגיית אי-התלות השיפוטית בהקשר של אחריות למנהל השיפוט עברה במדינת-ישראל שינויים רבים: בהתחלה היה המנהל השיפוטי באחריותו הבלעדית של שר המשפטים, לאחר-מכן נעשתה הפעילות בתחום זה בהתייעצות עם נשיא בית-המשפט העליון, ומאוחר יותר נדרש שר המשפטים אף להסכמתו של הנשיא. למעשה הגענו כיום למודל של אחריות משותפת דה-פקטו. המנהל השיפוטי מעולם לא היה באחריותה הבלעדית של הרשות השופטת, ולדברי שטרית, אין מדינות רבות בעולם שבהן האחריות בתחום זה היא של הרשות השופטת בלבד.

357 ראו לעניין זה, למשל, את מכתבה של האגודה לזכויות האזרח בישראל – אבנר פינצ'וק "פגיעה בזכויות דיוניות של קטינים שנעצרו במהלך פינוי רצועת עזה" www.acri.org.il/story.aspx?id=1161; יובל יועז "בית הדין להתנתקות ערוך ומוכן" הארץ Online חדשות www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=613404&contrassID=2&subContrassID=2&sbSubContrassID=0 17.8.2005.

358 השופטת מרים בן-פורת, אשר מונתה בשנת 1977 וכיהנה עד שנת 1988.

359 השופטת שושנה נתיניהו, אשר מונתה בשנת 1982 וכיהנה עד שנת 1993.

360 לפי סדר מינוין: הנשיאה דורית ביניש והשופטות אילה פרוקצ'יה, מרים נאור, עדנה ארבל ואסתר חיות.

שטרית מעדיף שיחסי-הגומלין בין הרשויות יתבססו על שותפות ודיאלוג. זאת, גם בניהולה של המערכת השיפוטית וגם בשפיטה המהותית. לכן הוא מעדיף את המודל המצהיר הבריטי של ביקורת שיפוטית על חוקים על המודלים האחרים. שטרית הביע את דעתו שקיים צורך בכיול מדויק של הגבולות בין הרשות השופטת לרשויות האחרות – דבר אשר לצערו לא נעשה. קיימת שחיקה מתמדת ברמת האמון הציבורי ברשות השופטת, ולאחרונה נעשתה השחיקה דרמטית עד כדי כך שקשה מאוד לקבלה. לדעת שטרית, על הרשות השופטת לנקוט כמה מהלכים על-מנת להתמודד עם הבעיה:

1. לאמץ את המודל המצהיר או את המודל הקנדי ה"רך" לביקורת שיפוטית;
2. לחזור לזכות העמידה הקלסית;
3. לאמץ תזה הקובעת כי הרשות השופטת תימנע מלהתערב בהחלטותיהן של הרשויות המבצעות או המחוקקות כל אימת שעולה השש שהתערבות כזו תגרום לשיבוש מהותי של יחסי-הגומלין בין הרשויות. אם עד כה הורחב התפקיד השיפוטי בשם תזות של הגנה על שלטון החוק, על זכויות האדם, על הדמוקרטיה ועל המרקם הפרלמנטרי, וזאת בעיקר באמצעות הרחבתה של זכות העמידה והרחבת היקפה של ההתערבות השיפוטית, כעת שומה עלינו לחזור ולעשות כיול של התחומים הללו. בכל מצב שבו אנחנו מזהים ומגדירים שההתערבות השיפוטית תגרום לשיבוש מהותי של יחסי-הגומלין בין הרשויות, על השופטים להגביל את התערבותם.

לסיום הרצאתו קרא שטרית להגן על בית-המשפט העליון תוך עריכת שינויים על-פי המתווה שתואר לעיל. ובלשונו: "כולנו אוהבי בית-המשפט וכולנו רוצים בית-משפט שמגן על הזכויות ואשר נותן לנו חברה דמוקרטית שראוי להתכבד בה. אבל אם לא נדאג להגן עליו, הוא יישחק, ואז קיים ספק אם הוא יוכל לעמוד לרשותנו כאשר נודק לו". הדובר השני היה פרופ' אמנון רובינשטיין מהמרכז הבינתחומי הרצליה. רובינשטיין דן בהרצאתו בתפקיד המשפט הישראלי ובית-המשפט העליון הישראלי ממלאים בחיי הציבור ובחיי היומיום. רובינשטיין תיאר בהרצאתו שלושה תחומים – שונים לחלוטין – שבהם המשפט הישראלי ממלא תפקיד אקטיבי בחיי החברה בישראל ובשיח של ישראלים: סמכות השיפוט של בית-המשפט הגבוה לצדק; תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה וחלוקת התפקידים בינו לבין פרקליטות המדינה; וההתדיינות האזרחית.

התחום הראשון – סמכות השיפוט של בית-המשפט הגבוה לצדק – ידוע בזכות חילוקי-הדעות בין שר המשפטים דניאל פרידמן לבין חלק מהמשפטים בישראל בנוגע לסמכות הפיקוח של בית-המשפט הגבוה לצדק. רובינשטיין סבור כי אין צורך במחקר מעמיק כדי להבחין בתפקיד העצום שעולם המשפט – ובמיוחד בית-המשפט הגבוה לצדק – ממלא בשיח הישראלי. כל שנדרש הוא לשמוע את צורת הביטוי של אזרחי ישראל כיום: "פלוני זוכה בבג"ץ" או "פלוני הורשע בבג"ץ"; "אלמוני זוכה בוועדת חקירה" או "אלמוני הורשע בוועדת חקירה". הדיון הציבורי הוא בנוסחות משפטיות. אם נגד אדם לא הוגש כתב-אישום על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, אם הוא לא נמצא אחראי למחדל או למעשה פגום על-ידי ועדת חקירה או אם הוא לא "הורשע" על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק, היה צדיק גמור מבחינת החברה. נורמות מוסריות-פוליטיות נעלמו כמעט. הרי אדם יכול

להיות חף מכל פשע מבחינה משפטית ואף על-פי-כן פסול מבחינה מוסרית לכהן כשליח-ציבור בשל מעשים שעשה. מצב זה, לדברי רובינשטיין, נעלם מהזירה הציבורית, ולכך יש חלק במעורבות העצומה של בית-המשפט הגבוה לצדק, אשר רובינשטיין תומך בה. לטענת רובינשטיין, קיימים מודלים אחרים מזה הקיים בישראל, אך במציאות הישראלית פיקוח שיפוטי על חקיקה הוא דבר רצוי. זאת, בגלל כמה גורמים: כוחה העצום של הכנסת, העדר בית-מחוקקים שני, העדר דרישת קוורום, העדר סמכות וטו, העדר מסורת פוליטית מרסנת וכדומה.

באשר לתחום השני – תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה וחלוקת התפקידים בינו לבין פרקליטות המדינה – רובינשטיין ציטט בהצאתו דברים של משה ניסים, מי שהיה שר האוצר ושר המשפטים. השר ניסים, שאותו כינה רובינשטיין "איש של יושרה בלתי-רגילה ומשפטן", תקף בשעתו את תרבות השיתוק שפקדה לדבריו את שרי הממשלה ואת צמרת הפקידות הבכירה בשירות המדינה, בשל עודף כוח שהיה בידיהם של יועצים משפטיים. שרים ומנהלים כלליים של משרדי ממשלה לא קיבלו החלטות, אלא פנו ליועץ המשפטי. רובינשטיין, כמי שהיה שר בעברו, טוען כי ניסים אינו מגזים. לדבריו, על-מנת שאדם יתגבר על השיתוק שפקד את כל המגזר הציבורי, עליו להיות "קצת משוגע" ולהיות מוכן להתדיינות משפטית קשה מאוד. לדברי רובינשטיין, כאשר מונה לשר התקשורת, הדבר הראשון שנאמר לו היה שמשרד המשפטים מתנגד להכנסת הערוץ השני לפני הטלוויזיה בכבלים. תגובתו הייתה שאין זה עסקם. תגובתם הייתה כי אם לא יעשה כדבריהם, לא יגן משרד המשפטים על ההחלטה בבית-המשפט הגבוה לצדק. על כך הגיב רובינשטיין כי הוא אינו נזקק להגנה בבית-המשפט הגבוה לצדק, וכי יתר על כן, הם עצמם יכולים מבחינתו לעתור נגדו לבית-המשפט הגבוה לצדק. התשובה הממה אותם עד כדי כך שרובינשטיין הצליח להעביר את החלטתו, אבל לדבריו, שרים רבים אינם מוכנים לעשות זאת. שרים גם אינם רוצים להיות מותקפים על-ידי העיתונות. כך נוצרה דומיננטיות בלתי-רגילה של מערכת הייעוץ המשפטי. לדברי רובינשטיין, אין שנייה לדומיננטיות הזו בעולם, וכאשר הוא נשאל על-ידי שרים וחברי פרלמנט באירופה כיצד המערכת הישראלית מתנהלת כשורה, הוא עונה כי היא אינה מתנהלת כשורה.

באשר לתחום השלישי – ההתדיינות האזרחית – לטענת רובינשטיין ניתן לראות גם ללא מחקר כי הדומיננטיות של ההתדיינות המשפטית בעיתונות הכלכלית הישראלית היא מדהימה. חלק גדול מאוד מהדיווח הכלכלי הוא דיווח על בתי-משפט. כך, בנוגע לרבים מאוד מהמכרזים מוגשות עתירות מנהליות, אשר מאוחר יותר מתורגמות לידיעות עיתונאיות. זהו מצב ייחודי.

לדברי רובינשטיין קיימות סיבות רבות לדומיננטיות של עולם המשפט במציאות הישראלית, אך העיקרית מביניהן היא חולשתה של המערכת הפוליטית, אשר נוצרה לדבריו בכמה שלבים:

השלב הראשון היה חולשה מודעת. בן-גוריון לא רצה חוקה, וגם לא הכרעה בענייני דת ומדינה. הוא לא רצה חוק לזכויות אדם. התוצאה היא שהתפקיד הוטל על בית-המשפט העליון ועל בתי-המשפט הרגילים. זהו, לדעת רובינשטיין, תפקיד חיובי. בשלב השני, בשנת 1977, החל תהליך שחיקת מאווד את הדומיננטיות של הצד

המשפטי. נהוג לחשוב כי עיקר המהפך של אותה שנה הסתכם בכך שהליכוד החליף את מפלגת העבודה בשלטון, אבל המהפך היה עמוק הרבה יותר מבחינת מערכת המשפט. לפני המהפך הייתה מפלגת העבודה מפלגת-ציר חזקה, ולידה היו מפלגות-לוויין. הליכוד אומנם החליף את מפלגת העבודה, אבל לא קיבל את כוחה כמפלגת-ציר. בפעם הראשונה למן קום המדינה היה גורל הממשלה תלוי במפלגה חרדית. זהו מהפך בעל משמעות משפטית עצומה, משום שהוא קבע הסדרים שהציבור החילוני לא היה יכול להתנגד להם, ולא היה מי שיושע את הציבור החילוני, למעט בית-המשפט העליון. כך, שר הביטחון עזר ויצמן וראש הממשלה מנחם בגין אישרו אז את הפטור הסיטונאי משירות בצה"ל לחרדים, ולציבור החילוני לא היה כוח פרלמנטרי שיתנגד. מצב זה חיזק את הצד של היעוץ המשפטי וגם של בתי-המשפט, ובעיקר של בית-המשפט העליון. לדעת רובינשטיין, האמת שצריכה להיאמר היא שאלמלא התערבותו של בית-המשפט העליון היו החיים קשים מאוד לציבור שדוגל בזכויות האדם, בזכויות הפרט ובזכויות של הציבור החילוני ככלל.

בשלב השלישי, בשנת 1992, נחקקו בכנסת שני חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.³⁶¹ חוקי-היסוד עברו מתוך פשרה עם המפלגות הדתיות, בעיקר עם המפד"ל, ובעיקר עם אדם אחד – חבר-הכנסת יצחק לוי. לדברי רובינשטיין, כמי שהיה מעורב בהליכי כתיבתו וחיקיקתו של חוק-היסוד, הייתה זו פשרה קשה שהכאיבה לו עד-מאוד. היה קשה לרובינשטיין לוותר על סעיף השוויון המפורש בסעיף 1, היה קשה לו לוותר על חופש התנועה והיה קשה לו לוותר בעניין שמירת הדינים, אך ללא פשרות אלה לא היה חוק-היסוד עובר. בזכות הפשרות האמורות לא הטילו המפד"ל ואגודת ישראל וטו. נכתב כי ההצבעה על חוק-היסוד הייתה באישון לילה ובמיעוט קולות. לדברי רובינשטיין, התיאור טועה ומטעה שכן: (א) החוק לא חוקק באישון לילה, אלא בבוקרה של אספת הפריימריז במפלגת העבודה; (ב) ההצבעה הייתה מתוך הסכמה בין-סיעתית, שהרי הכנסת אינה בנויה על מספר המצביעים, אלא על הסכמה בין מפלגות.

מרגע חיקוקם של חוקי-היסוד החל פרק חדש שונה לגמרי. ביסוד הפשרות שנעשו בכנסת עמדה כאמור הסכמה פוליטית. לפיכך חלק מפסקי-הדין של בית-המשפט העליון התעלמו מפשרות אלה, והתעלמות זו האיצה את ההתנגשות בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת.

לסיכום דבריו הסביר רובינשטיין כי התשובה לשאלה "המשפט הישראלי – לאן?" תלויה בשאלה אם המערכת הפוליטית תשקם את יחסיה עם בית-המשפט העליון. לדעת רובינשטיין, ללא שינוי רדיקלי של שיטת הבחירות וללא נסיגה משיטת בחירות יחסית טהורה – אשר יוצרת אנרכייה שלטונית, ונוסף על כך, באופן פרדוקסלי, שלטון של מיעוט במקום שלטון הרוב – יימשך תהליך המשפוט על כל חסרונותיו. אם יקום כוח פוליטי שיאושש ויחזק את הרשות המבצעת ואת הרשות המחוקקת, אזי ייתכן שיהיה איזון מחדש בין הרשויות. תקוותו היא שהאיזון המחודש לא יבוא על-חשבון זכויות האדם, אלא יחזק את זכויות האדם בישראל.

361 חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114, וחוק-היסוד שהחליפו בשנת 1994 – חוק-יסוד: חופש העיסוק.

הדובר השלישי היה פרופ' מנחם מאוטנר מאוניברסיטת תל-אביב. בהרצאתו תיאר מאוטנר את התפתחות המשפט בישראל ואת המאבק על עיצוב התרבות הישראלית. מאוטנר חילק את ההיסטוריה של המשפט ושל בית-המשפט העליון לשתי תקופות בנות שלושים שנה כל אחת.

בשלושים השנים הראשונות נשלטה הפסיקה על-ידי גישה של פורמליזם משפטי וריסון שיפוטי. העותרים לבית-המשפט הגבוה לצדק נדרשו להצביע על זכות עמידתם, ולעיתים נדחו משום שעתירותיהם נחשבו בלתי-שפיטות. כמו-כן, כאשר פיקח בית-המשפט על החלטות המנהל הציבורי, הוא בדק רק אם הן התקבלו בגדר הסמכות, ולא בחן את ההחלטות לגופן. בשלושים השנים האחרונות, לדעת מאוטנר, פסיקתו של בית-המשפט העליון מהווה אקטיביזם גורף, המתבטא בפתירה נרחבת של שערי בית-המשפט לעתירות באמצעות הרחבתה של דוקטרינת זכות העמידה ובאמצעות צמצום דוקטרינת אי-השפיטות, וכן בפיתוח מבחן הסבירות כמכשיר המרכזי לפיקוח על מעשי המנהל הציבורי של המדינה. כתוצאה משינוי דוקטרינרי זה מתאפשר לבית-המשפט לבדוק את החלטותיו של המנהל הציבורי לגופן, גם אם על-פי אמות-מידה משפטיות. במקביל מתקיים בפסיקה מעבר מסגנון הנמקה שהיה פורמליסטי בעיקרו לסגנון הנמקה המבליט יותר ויותר את המשמעויות הערכיות והחוקתיות של הכרעות אפשריות. סגנון ההנמקה הזה חושף ומלבן את הטעמים הערכיים היכולים לשמש הצדקה להכרעה.

משנות השלושים ועד שנות השבעים התקיים בישראל מצב הגמוני. במרכז ההגמוניה עמדה תנועת העבודה, שעיימה נמנו יהודים שהגיעו לישראל לפני קום המדינה וצאצאיהם. התרבות ההגמונית הושתתה על תפיסה של ישראל כמדינה דמוקרטית חילונית המקיימת זיקה תרבותית וכלכלית הדוקה למדינות המערב. בשנות השישים והשבעים התחזק מאוד משקלם של הערכים הליברליים במסגרת תרבות זו.

מעמדה של הקבוצה ההגמונית נפגע משמעותית החל בסוף שנות השבעים של המאה העשרים. אומנם בעשורים שחלפו מאז הצליחו אנשי הקבוצה להפוך את השוק לזירה מרכזית לחלוקת משאבים חומריים ולהפצת תכנים תרבותיים, תוך שהם צוברים במסגרת פעילותם בשוק הון עתק. אולם במקביל, באותן שנים עצמן, איבדה הקבוצה את שליטתה הקודמת בכנסת, בממשלה ובמנהל הציבורי הכפוף להן. התפיסה של הקבוצה ההגמונית באשר לזהותה התרבותית של המדינה החלה להיות מאתגרת בעקבות ההתחזקות הפוליטית והחברתית הניכרת של שתי קבוצות דתיות: הקבוצה הדתית-הציונית והקבוצה החרדית. חוגים חשובים מקרב שתי הקבוצות הדתיות האלה החלו לקדם תפיסה חלופית של המדינה, שביסודה החתירה להשתתת התרבות הישראלית על הציוויליזציה של היהדות וההלכה.

ההגמונים לשעבר, הליברלים, מצאו את עצמם חרדים מול התגברות כוחה של הקבוצה הדתית בפוליטיקה ובמנהל הציבורי של המדינה. בעיתונות ובספרות של הקבוצה ההגמונית לשעבר ניתן למצוא בשנות השמונים שוב ושוב את האזהרה שישראל עומדת להיות נשלטת על-ידי "חומיניזם", "תיאוקרטיה", "שלטון חשוך", "נבערות", חוסר רציונליות וריאקציונריות, כך שהליברליזם, ההומניזם, הנאורות, הישגי המודרנה והחופש מצויים בסכנה; ובמילים אחרות – שישראל עומדת ליהפך ממדינת-חוק למדינת-הלכה הנשלטת על-ידי רבנים. התהליך של ירידת ההגמוניה ופתיחתו מחדש של המאבק על התרבות

הישראלית הוא שצריך לעמוד במרכז הכנתנו בנוגע לשינויים הנרחבים שחלו בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים והתשעים.

לדברי מאוטנר, ההגמונים לשעבר, הליברלים, הפכו את בית-המשפט העליון לזירה חשובה לפעילות הפוליטית והתרבותית שלהם, תוך שהם זוכים בשיתוף-פעולה הדוק של בית-המשפט. שיתוף-הפעולה נשען על הזהות בערכים מרכזיים בין תרבותה של הקבוצה ההגמונית לשעבר לבין הערכים המרכזיים של המשפט הנוצר והמופעל על-ידי בית-המשפט העליון. למן קום המדינה היה בית-המשפט העליון מוסד המדינה המזוהה ביותר עם הליברליזם המערבי. זהות תרבותית זו של בית-המשפט לא הייתה תוצאה של בחירה של שופטי בית-המשפט, אלא תוצאה של תהליכים היסטוריים שהתחוללו בארץ-ישראל במחצית הראשונה של המאה העשרים. בשנות המנדט הבריטי עברו המשפט והקהילה המשפטית בארץ-ישראל תהליכים נרחבים של אנגליפיקציה. בעקבות תהליכים אלה הופעל המשפט הישראלי על-ידי בית-המשפט העליון ועל-ידי שאר משפטי המדינה מתוך זיקה עמוקה למשפט האנגלי ולא רצות המשפט האנגלו-אמריקאי האחרות.³⁶² משפטני ישראל פעלו מתוך חיבור עמוק לא רק לדוקטרינה המשפטית של ארצות המשפט האנגלו-אמריקאי, אלא גם לתיאוריה הפוליטית של הליברליזם, העומדת ביסודו של משפט זה.

במסגרת עולם ערכים זה, ובמסגרת תרבות מקצועית-פורמליסטית המצניעה את המשמעויות הערכיות של המשפט, הצליחו שופטי בית-המשפט העליון, בשלושים שנותיו הראשונות של בית-המשפט, לפתח בפעולה צנועה אך עקבית תורת משפט מרשימה, שבמרכזה הגנה על זכויות-היסוד הליברליות של האזרח. לדעת מאוטנר, זו התרומה ההיסטורית הגדולה של שופטי הדור הראשון, וזו גם התרומה הגדולה ביותר של בית-המשפט בכל שישים שנותיו. האקטיביזם של בית-המשפט בעשורים האחרונים אפשר להגמונים לשעבר להתערב באופן נרחב בהחלטותיהם של הממשלה, הכנסת והמנהל הציבורי של המדינה – גופים שההגמונים איבדו את שליטתם בהם. חשיפת הערכים הליברליים בפסיקה ציידה את ההגמונים לשעבר בטקסטים המגלמים את התיאוריה הפוליטית שלהם, ואילו מיצובו של בית-המשפט כשחקן פוליטי לצד הכנסת הפך זאת לטבעי שהחלטות פוליטיות יתקבלו לא רק בכנסת ובממשלה, אלא גם בבית-המשפט העליון – גוף המזוהה בבירור עם ההגמונים לשעבר, הליברלים.

המאבק התרבותי שניטש בישראל בעשורים האחרונים של המאה העשרים הוא ביטוי נוסף של המאבק התרבותי המלווה את העם היהודי בתקופת המודרנה ואת הציונות למן יומה הראשון. למן צמיחת ההשכלה היהודית, במחצית השנייה של המאה השמונה-עשרה, מתנהל מאבק מתמשך בין יהודים חילונים לבין יהודים דתיים על אופייה של התרבות היהודית. מאבק זה המשיך להתקיים בעוצמה גם בימי ראשית הציונות.

במחצית הראשונה של המאה העשרים נראָה כאילו הקבוצה החילונית זכתה בניצחון מכריע במאבק מתמשך זה. רגע השיא של הניצחון היה הקמת המדינה, וביטוי לו ניתן

362 ראו בהרחבה אסף לחובסקי "בין שני עולמות – מורשת המשפט המנדטורי במדינת ישראל בראשיתה" ירושלים בתקופת המנדט – העשייה והמורשת 251 (יהושע בן-אריה עורך, 2003).

בהכרזת העצמאות, שקבעה כי המתכנסים לשם ההכרזה הם נציגי "היישוב העברי". אולם בשנות השבעים, עם ירידת ההגמוניה, התחדש המאבק, והתברר ששאלת אופייה של התרבות הישראלית רחוקה מפתרון.

בית המשפט העליון נהפך לאתר חשוב לניהולו של מאבק תרבותי זה. כבר בראשית המאה העשרים הבינו משפטנים ציונים את התפקיד המרכזי שימלא המשפט בכינון תרבותה של החברה היהודית בארץ ישראל. משפטנים אלה, רובם מכריע חילונים, ביקשו אפוא להשתית את המשפט הישראלי על מיזוג של המשפט העברי עם חשיבה משפטית אירופית מודרנית. אולם המפעל של החייאת המשפט העברי גווע בעקבות תהליך האנגליפיקציה שעברה קהילת המשפט של ארץ ישראל בשלושים שנות המנדט הבריטי.

בשנים האחרונות בית המשפט העליון פועל בתנאים שלא היו כמותם בעבר: מצד אחד, מוטחת בו ביקורת במסגרת השסע שבין חילונים ודתיים, מכיוון שהוא אתר מובהק להתדרתם של ערכים ליברליים לתרבות הפוליטית; ומצד אחר, הביקורת החריפה ביותר על בית המשפט העליון נשמעת בשנים האחרונות דווקא מתוך הקבוצה החברתית המזדהה עם ערכיו הליברליים, אשר באופן מסורתי לא רק נמנעה מלבקר, אלא אף הגנה עליו במאבקו על מקומם של ערכי הליברליזם במדינה. שינוי זה בהתנהגות הפוליטית בישראל הוא דרמטי, והוא תוצר של שני תהליכים:

הראשון, בכלות שנות דור למן ירידת ההגמוניה הסתבר כי הדמוקרטיה הישראלית לא נפגעה כלל בעידן הברית הגמוני. החילונים לא נפגעו, למרות העלייה הניכרת בכוחה הפוליטי של הקבוצה הדתית, בעיקר החרדית. להפך, בשנים אלה הגיעו החילונים בישראל להישגים שלא היו כמותם, בעיקר בכל הנוגע בפתיחתם של תיאטראות, בתי קולנוע, מסעדות ובתי עסק בשבתות ובחגים.

השני, עם התפוגגותה של החרדה מפני השתלטות הדתיות על המדינה, יכלו ההגמונים לשעבר לתת מקום בהתנהגותם הפוליטית לא רק לערכים הקשורים להגנה על הדמוקרטיה הליברלית, אלא גם לערכים חשובים אחרים, כגון ענייניות ויושרה. כאשר הוחלו ערכים אלה כאמות מידה לבחינת התנהגותו של בית המשפט העליון, התברר שעמידתו בהם לא הייתה מלאה תמיד. על בית המשפט להבין כי התנאים שבהם פעל בדור הראשון שלאחר ירידת ההגמוניה אינם קיימים עוד. תחושת החרדה מפני שינויים באופייה של המדינה בעקבות התגברותן של הדתיות והלאומיות התעמעמה, ועימה הסתיימה ההגנה האוטומטית שבה זכה בית המשפט מצד הקבוצה בחברה המזדהה עם ערכיו. בשלושים השנים האחרונות הגישו חברי הכנסת המייצגים את הקבוצה ההגמונית לשעבר מספר רב של עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק. עתירות אלה לא נועדו להגן על חברי הכנסת מפני פגיעה בהם עצמם, אלא נועדו לקדם את פעילותם הפוליטית ובעיקר התקשורתית של חברי הכנסת העותרים. על בית המשפט למנוע חברי כנסת מלהשתמש בו לשם פעילות פוליטית, אך בתוך כך להמשיך להשאיר את שערי פתוחים לפני חברי כנסת הטוענים כי זכויות אישיות שלהם נפגעו.

זאת ועוד, תום העידן ההגמוני והמעבר למצב הברית הגמוני מחייבים איתור של מסגרות חשיבה חדשות. מסגרות החשיבה שנוצרו כתגובה על תהליך ירידת ההגמוניה אינן מתאימות עוד. עלינו לחשוב מחדש על האפשרות שהמשפט הישראלי יהיה אתר חשוב

להמשך פיתוחו של המשפט העברי כחלק מהמשך הפיתוח של משפט המדינה במתכונתו הדמוקרטית-הליברלית. שני שיקולים עיקריים תומכים בכך: האחד, ישראל צריכה לשמש לא רק מקלט-לילה ליהודים, אלא גם - ואולי בעיקר - מסגרת להמשך פיתוחן של התרבויות היהודיות; והאחר, יש צורך בצמצום הניכור בין בית-המשפט העליון לבין הקבוצה היהודית הדתית, בהינתן שרוב אנשי הציונות הדתית מחויבים לא רק להלכה, אלא גם למורשת התרבות המערבית, ובכלל זה לערכי הליברליזם.

עוד הוסיף מאוטנר כי במסגרת החשיבה החדשה בישראל יש להבין את הבעייתיות הקיימת ביחסים בין המדינה לבין אזרחיה הערבים. הערבים מודרים מעיקרו של התהליך הפוליטי, ומופלים קשות בהקצאת משאבי המדינה. כאשר מצרפים לכך את תחושתם שהקמת המדינה והמשך קיומה מבוססים על הפעלת אלימות כלפיהם, וכן את המשך מצב המלחמה בין מדינת-ישראל לבין העם הפלסטיני בשטחים, מבינים עד כמה מצב היחסים שבין המדינה לבין אזרחיה הערבים נפיץ. מחברים לא-מעטים הצביעו על כך שצירוף של חלק מהרכיבים האלה ביחסים שבין קבוצת הרוב לקבוצת המיעוט עלול, בסופו של דבר, להוביל למאבק אלים של המיעוט ברוב. אולם הבעייתיות ביחסים שבין המדינה לבין אזרחיה הערבים אינה גידונה כמעט. ניתן להניח שזו רק שאלה של זמן עד אשר יתעוררו תביעותיהם של האזרחים הערבים לשינוי מעמדם במדינה וגם לשינוי הגדרת המדינה. ברור שקריאות כאלה ייתקלו בהתנגדות מצד הקבוצה היהודית. במקרה הטוב יתנהל המאבק בדרכי שלום, אבל לא מן הנמנע שהמאבק יהיה אלים, ותוצאותיו - מי ישרן?