

מהפכה משפטית

גיליון למורים בחטיבות הביניים ובתי הספר התיכוניים

גיליון 10 מרץ 2009

חברי המערכת: השופט אלון גילון, ד"ר אורנה יאיר, אורנה ישראל, עו"ד גלעד אלדר, ניצן דוד, אדוה גואל



מוזאון מורשת
בתי המשפט

גיליון חגיגי לכבוד 60 שנה למערכת השיפוט

מבוא

"ביום הגדול של הפסיקה מצויים מספר פסקי דין, הנישאים משכמם ומעלה, והמאירים מאורם הגדול את סביבתם הקרובה והרחוקה. אלה הם ציוני הדרך, הקובעים את דרכו של המשפט, שעה שהוא עומד על פרשת דרכים. אלה הם אותם מתי מעט של פסקי דין, המקרינים מעוצמתם הפנימית לעבר העתיד, ומכוונים את התפתחותו של המשפט." (מדברי השופט אהרן ברק בספר גבורות לשמעון אגרנט).

בתום 60 שנות משפט במדינת ישראל תעלה הטלוויזיה החינוכית סדרת טלוויזיה שמטרתה לעמוד על מקומו וחשיבותו של בית המשפט העליון במדינת ישראל, באמצעות חשיפה למגוון פסיקות תקדימיות שניתנו במהלך 60 שנות משפט על ידי בית המשפט העליון בישראל.

הסדרה הופקה על ידי צוות הטלוויזיה החינוכית בשיתוף עם צוות המוזאון בבית המשפט העליון, בחסות ובמימון מטה חגיגות ה-60. מנחת הסדרה עו"ד אורנה לין.

הסדרה תשא אופי של תוכניות אירוח, בת שמונה פרקים. כל אחד מהפרקים יתמקד בנושא משותף לשתי פסיקות תקדימיות של בית המשפט העליון. כל פסק דין יאיר את הנושא מזווית שונה. במהלך התוכנית יתקיים דיון מונחה עם שופטי בית המשפט העליון בדימוס (בכל תוכנית שופט אחד), חברי אקדמיה ואנשי ציבור, והדמויות סביבן נסב הדיון. בתוכנית ישולבו קטעי סרטים דוקומנטאריים וקטעי ארכיון.

פסקי הדין שיידונו בתוכנית, מובאים בזאת, בגיליון החגיגי בתום 60 שנות שיפוט במדינת ישראל.



60

זכויות ילדים

"קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש - גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם אם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול." (דברי השופט חשין בפסק הדין בע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה).

זכויות הילד הן זכויות מלאות שנקבעו בהתחשב בצרכיו ובטובתו של הילד, הן מוגנות בחוק, הן חלק מזכויות האדם ואף, במקרים רבים, נמצאות בעדיפות על פני זכויות אחרות. זכויות הילד הוגדרו ב"אמנה הבינלאומית לזכויות הילד", אשר אומצה בישראל כמו גם במרבית מדינות העולם.

"זכויות הילד" ניצבות לצד "טובת הילד". אלו הם שני ביטויים משלימים המפגינים את דאגתה של החברה לילדים. יחד עם זאת, בעוד "טובת הילד" היא עניין תלוי תרבות וזמן, "זכויות הילד" הן ברורות ומוגדרות באמנה הבינלאומית. לילד יש זכות להשמיע דעתו ולהעבירה לבית המשפט בנוסף לזכותו לקבל הגנה מבית המשפט המכיר את עמדותיו, צרכיו וזכויותיו.

בהצהרת זכויות האדם שהתקבלה באו"ם בשנת 1948 נאמר כי "כל בני אדם נולדו בני חורין ושווים בערכם וזכויותיהם". הודגש במסמך כי ילדות וילדים הם בראש ובראשונה בני אדם, בני אנוש. ככאלה, הם זכאים למלוא זכויות האדם. ילד אינו נופל ממבוגר בזכותו לחיים, לכבוד ולשוויון. כל ילד וילדה הם עולם ומלואו, ויש לאפשר להם להתפתח בקצב האישי שלהם וליהנות מזכותם להיות ילדים.

פסקי הדין המובאים בזאת הם דוגמה, להתייחסותו של בית המשפט לזכויות ילדים בשני נושאים שונים: האחד, עוסק באיסור הכאת ותקיפת ילדים על ידי ההורים והשני דן בחובת ההורים לדאוג לצרכים הפיזיים והנפשיים של ילדיהם.

איסור הכאת ילדים

ערעור פלילי 4596/98 פלונית נגד מדינת ישראל
ישבו בדין הנשיא אהרן ברק והשופטים דורית ביניש ויצחק אנגלרד

במהלך השנים 1994-1995 הכתה אם, בהזדמנויות שונות, את שני ילדיה הקטינים בישובם וסטרה על פניהם. בנוסף, הכתה את בתה באמצעות שואב אבק ואת בנה הכתה באגרוף בפניו ושברה את אחת משיניו. האם הכתה את בנה גם בכפכך ולעתים זרקה עליו נעלים.

בית המשפט המחוזי הרשיע את האם בעבירות של תקיפה והתעללות בילדיה הקטינים וגזר עליה חצי שנת מאסר על תנאי. האם עירערה על פסק הדין בפני בית המשפט העליון.

בית המשפט העליון אישר את ההרשעה. השופטת דורית ביניש, אליה הצטרף הנשיא אהרן ברק, עשו, בפסק הדין, אבחנה בין התעללות לתקיפה. התעללות יכולה להיות גופנית, מינית או נפשית. התעללות

גופנית היא התנהגות שיש בה כדי לגרום נזק או סבל גופני או נפשי לקורבן והיא מתאפיינת באכזריות, השפלה וביזוי, או הטלת אימה על הקורבן.

בחנית ההתנהגות נעשית מנקודת מבט אובייקטיבית ולא מנקודת מבטו של הקורבן או של המתעלל. בדרך כלל נוטים לראות התעללות גופנית בסדרה מתמשכת של מעשים, אך גם מעשה חד פעמי עלול להגיע לאותה דרגת אכזריות, השפלה והטלת פחד על הקורבן המהווים התעללות. סממן נוסף להתעללות הוא היות המתעלל בעמדת כוח ומרות כלפי קרבנו. התעללות בקטין הינה לעולם אסורה והיא מהווה עבירה פלילית.

במקרה הנוכחי, שיטתיות המכות, התמשכותן והתדירות בה חוו הקטינים אלימות מצד אמם, מצביעים על התנהגות אכזרית של האם תוך ביזוי כבודם של ילדיה, העולה כדי התעללות. השופטים החליטו שלא לקבל את טענת האם כי המכות שהכיתה את ילדיהם כהבנתם. זוהי זכות ראשונית-טבעית שאף מעוגנת בחוק. עם זאת, שיקול הדעת הנתון להורים בגידול ילדיהם כפוף לצורכי הילד, לטובתו ולזכויותיו. הילד הוא אדם אוטונומי בעל זכות לשלמות הנפש והגוף. מחקרים מוכיחים שענישה גופנית לא רק שאינה משיגה מטרות חינוכיות, אלא גורמת נזקים פיזיים ונפשיים לילד. הפעלת ענישה הגורמת לילד השפלה או כאב אינה תורמת לחינוכו אלא פוגעת בזכויותיו כאדם. הורים הנוקטים בעונשים גופניים או באמצעים המבזים ומשפילים את הילד כשיטת חינוך פסולה, לא יוכלו לטעון "ענישה חינוכית" ולהגנה מפני העמדתו לדין פלילי בגין תקיפת ילדו. המסר הוא איפוא כי אין ענישה גופנית מותרת. עם זאת, ייתכנו מקרים בהם הפעלת אמצעי פיזי מצד ההורה כלפי ילדו לא תגרום העמדה לדין פלילי, לדוגמה, מקרים קלי ערך שהינם בבחינת "זוטי דברים" או מקרים שייכללו בגדר ההגנות המוכרות במשפט - "הגנה עצמית" או "צורך" לשם הגנה על גופו של הקטין או של אחרים.

בפסק הדין כתבה השופטת ביניש: "יש לקבוע, כי ענישה גופנית כלפי ילדים או השפלתם וביזוי כבודם כשיטת חינוך מצד הוריהם, פסולה היא מכל וכל. הילד אינו רכוש הורה; אסור כי ישמש שק איגרוף, בו יכול ההורה לחבוט כרצונו, כך גם כאשר ההורה מאמין בתום לב שמפעיל הוא את חובתו וזכותו לחינוך ילדו. הילד תלוי בהורה, זקוק לאהבתו, להגנתו ולמגעו הרך. הפעלת ענישה הגורמת לכאב והשפלה אינה תורמת לאישיותו של הילד ולחינוכו, אלא פוגעת היא בזכויותיו כאדם. היא פוגעת בגופו, ברגשותיו, בכבודו, בהתפתחותו התקינה. היא מרחיקה אותו משאיפתו לחברה נקייה מאלימות."



למצולמת אין קשר לפסק הדין ולכתבה

השופט אנגלרד, בדעת מיעוט, טען כי אין להרשיע את האם בהתעללות, אך יש להרשיעה בעבירת תקיפה: "הפכתי בעובדות והפכתי בהן ולא השתכנעתי כי לפנינו מקרה של התעללות, החייבת להתבסס, לפי תפיסתי, על היסוד העובדתי של אלימות קשה ואכזרית. לפי מבנה העבירות הבאות להגן על קטינים וחסרי ישע, עבירת ההתעללות מקבילה במהותה - לפי חומרת העונש - לגרימת חבלה חמורה. והנה, בנסיבות המקרה הנדון, החליט בית המשפט לזכות את המערערת מן העבירה של תקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש. אמנם, עצם הזיכוי בעבירה של תקיפה זו, אינו אומר שאין אפשרות להרשיע את המערערת בהתעללות בשל מעשי אכזריות כלשהם שעשויים היו לגרום לקטין סבל מיוחד, אם כי לא חבלה של ממש. אך כאמור, לא מצאתי כי התנהגותה של המערערת עלתה כדי התעללות."

חובת ההורה לדאוג להתפתחותו הנפשית התקינה של ילדו

ערעור אזרחי 2034/98 אמין נגד אמין
ישבו בדין השופטים תיאודור אור, יצחק זמיר ויצחק אנגלרד

למשפחת אמין נולדו שלושה ילדים, בת ושני בנים. סמוך ללידת הבן הצעיר התאבדה האם. הילדים שהו זמן קצר בבית סבתם, אך בשל המצוקה ששררה במקום הם הופרדו זה מזה והועברו בסיוע רשויות הרווחה למוסדות חינוך שונים. הילדים התגלגלו עד לבגרותם ממוסד למשפחה אומנת וחוזר חלילה. בבגרותם הם התדרדרו לסמים ולעבריינות.

אחד הבנים הקים משפחה אך אינו מסוגל להשתייך למסגרת של מקום עבודה ומתקיים מקצבת הביטוח הלאומי. הבן האחר נודד מעבודה אחת לאחרת ללא יכולת התמדה. הבת נישאה והתגרשה, ילדה שישה ילדים אשר הבכור מביניהם נמסר לאימוץ והאחרים שולבו בפנימיות בשל היותה מכורה לסמים.

שלושת האחים מפנים אצבע מאשימה כלפי אביהם, שהפנה להם עורף לאורך ילדותם עד עצם היום הזה. כשהיו ילדים, הם ביקשו והתחננו ליחס אבהי, למעט חום ודאגה, להתעניינות כלשהי, אך נתקלו בקיר אטום. הניתוק היה מכונן ומוחלט. התברר כי הסיבה העיקרית לניתוק היא הסכסוך שעה האב עם אשתו השנייה ובו נאמר כי האב ינתק כל קשר עם ילדיו מנישואיו הקודמים וכך גם האישה. בביקוריהם המעטים של הילדים אצל סבתם, ראו הילדים כיצד האב מרעיף אהבה על שני הבנים שנולדו לו במסגרת הנישואים החדשים ודואג לחינוכם.

טענת הילדים נתמכת על ידי מומחים ועובדים סוציאליים אשר קבעו כי כתוצאה מהתנהגותו של האב נוצר נזק נפשי אשר הוביל לנכות. לדברי ד"ר נוי: "אישיותם של שלושת האחים מאופיינית על ידי תחושה של טראומה בעברם שמסכנת אותם באופן קבוע בהצפה של רגשות שעקב עוצמתם הם אינם שולטים בהם. לגבי שלשתם מצב זה מביא לנכות קשה שלא ברור אם ניתן יהיה לתקנה אי פעם. בנוסף לכך, אישיותם של כל השלושה נמצאת בשלב התפתחות ילדותי. ההגדרה הפורמאלית היא 'הפרעת אישיות' הנובעת מהעדר תמיכה הורית המאפשרת לילד לצמוח."



למצולמים אין קשר לפסק הדין ולכתבה

האב מודה כי לא נהג כשורה בהתנהלותו מול ילדיו, אך לדעתו אין הצדקה לסנקציה משפטית. הוא טוען כי קיימת חובה משפטית לספק לילדים את צורכיהם החומריים אך אין חובה משפטית לגבי הצרכים הנפשיים הקשורים להענקת יחס אבהי שהוא ביטוי של אהבה, חמלה וחסד. אישור התביעה ייצור "מדרון חלקלק" שמשמעותו היא ההכרה העקרונית באחריותם המשפטית של ההורים על בריאותם הנפשית של הילדים. במקרה כזה, לא יהיה גבול לתביעות פיצויים של ילדים את הוריהם.

בפסק הדין כותב השופט יצחק אנגלרד כי "במקרה שלפנינו האב דאג לאינטרסים אישיים שלו ולא מתוך כוונה לקדם את טובת ילדיו. בהתנהלותו של האב יש משום הפרת חובת הזהירות כלפי הילדים וכתוצאה מכך נגרם נזק לילדים" וכי המחזלים של האב עולים לדרגת התנהגות בלתי סבירה. השופט מציין כי סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית קובע כי ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטנים ולכן חלה עליהם "חובה וזכות לדאוג לצורכי הקטין". אין ספק כי אדם רשאי לוותר על זכויותיו, אך אין הוא יכול להיפטר מחובותיו. לכן כל עוד ההורה הוא האפוטרופוס הטבעי של ילדו מחובתו לדאוג לצורכי הילד. עוד טוען השופט כי יש לבצע איזון אינטרסים בין הורים לילדים עם הדגשה על זכויות ילדים כלפי הוריהם. לדעתו יש חשיבות גם לאוטונומיה אישית של כל הורה לעיצוב חייו הפרטיים. על ההורה לדאוג לצורכיהם של ילדיו, אך אין דורשים ממנו להקריב לשם כך את חייו הפרטיים והמקצועיים. במקרה דנן, האב הוא האפוטרופוס החוקי של הילדים, הוא ידע את כמיהתם לקשר עימו והתעלם ממנה, ואף לא נענה לאף אחת מן הפניות של רשויות הסעד אליו להושיט יד תומכת לילדיו. בהינתן כל האיזונים האפשריים ובניסיון להתחשב במצבו של האב ובשאיפותיו לקיים תא משפחתי חלופי, עדיין מתקבלת המסקנה כי האב נהג באופן זדוני ומרושע כלפי ילדיו.

השופטים תיאודור אור ויצחק זמיר הסכימו עם פסק דינו של השופט יצחק אנגלרד.



נקודות לדיון

- בעבר התייחסו ל"הכאה חינוכית" של הורים את ילדיהם כאל אמצעי לגיטימי לחינוך. בעשורים האחרונים הפך הנושא לשנוי במחלוקת והורים רבים מתנזרים משימוש בכוח פיזי ככלי לחינוך. מאז ניתן פסק הדין של השופטת דורית ביניש בנדון הפכה הכאת ותקיפת ילדים על ידי הורים לאסורה.

אילו דרכים ואמצעים עומדים לרשות ההורים כיום לשמירה על המשמעת בקרב ילדים?

- חובתו של ההורה כלפי ילדיו - האם מדובר בחובה כלכלית בלבד? כיצד מגדירים חובה רגשית ודאגה לבריאות נפשית. דאגה כלכלית ניתנת לכימות, האם יש דרך לכמת דאגה רגשית?

חופש הביטוי

חופש הביטוי הוא החופש להשמיע ולשמוע דעות, מחשבות, אמונות ורגשות, בין בכתב ובין בעל פה, ללא הגבלה על תוכן ההבעה או דרכה. מזכות זו נגזרות חירויות נוספות: חופש הביטוי האמנותי, חופש התהלוכה וההפגנה, הזכות לקבלת מידע מהרשות, הזכות להתבטא בלשון מסויימת והזכות להיקרא ולהירשם בשם מסויים.

חופש הביטוי הוא תנאי הכרחי לקיומו של משטר דמוקרטי - הוא עקרון יסוד המאפשר החלפת דעות חופשית בין בני החברה ומתן ביטוי לדעת המיעוט, הוא גם תנאי להגשמתו העצמית של האדם, והוא מקיים האינטרס הציבורי והחברתי לחשיפת האמת.

הזכות לחופש הביטוי אינה אבסולוטית אלא יחסית כמו יתר זכויות היסוד. כפי שעולה מהדוגמאות שבהמשך, בית המשפט בישראל פיתח אמות מידה הקובעות את מידת ההגנה על חופש הביטוי ואת דרך האיזון בינו לבין עקרונות יסוד אחרים למשל, שלום הציבור, שמו הטוב של אדם ועוד, על פי החשיבות החברתית היחסית של הערכים המתנגשים ובהתאם לגופו של עניין.

חופש הביטוי למול שמו הטוב של אדם

בג"ץ 6126/94 גיורא סנש נגד יו"ר רשות השידור
ישיבו בדין הנשיא אהרן ברק והשופטים אליהו מצא ומישאל חשין

המחזה "משפט קסטנר" נכתב על ידי מרדכי לרנר והופק כסדרת טלוויזיה. באחד מקטעי היצירה, טוען קסטנר כי הצנחנית חנה סנש נשברה בחקירה שנערכה על ידי המשטרה ההונגרית והסגירה לידיה את חבריה למבצע הצלת יהודי הונגריה. העותרים, ובהם קרובי משפחתה של חנה סנש, פנו לרשות השידור בדרישה כי תימנע מלשדר את הקטע האמור ביצירה, מאחר והוא מכיל עובדות שקריות המהוות לשון הרע ופגיעה חמורה בכבודה של חנה סנש וכן פגיעה קשה ברגשותיהם של העותרים ושל רבים אחרים וביניהם ניצולי שואה.

רשות השידור, דחתה דרישות אלה בטענה כי המחזה הוא יצירה בדיונית מהסוג המכונה "דוקודרמה" שאינו מתיימר לשקף את המציאות ההיסטורית, ומערב במודע מציאות ודמיון. כמו כן נטען כי רשות השידור דאגה להבהיר לצופים עובדה זו בתחילת כל אחד מפרקי הסדרה.

העניין הגיע להכרעה בבית המשפט העליון בו נפסק, בדעת רוב, שאין חולק על כך שהדברים שנאמרו על ידי קסטנר לגבי חנה סנש במסגרת המחזה, מעולם לא נאמרו על ידיו במציאות, ואינם אמת, וכי התוצאה היא, שהצופה התמים עשוי להתייחס לדברים הללו כאל דברי אמת היסטוריים, שאינם שונים משאר העובדות ההיסטוריות הידועות המופיעות במחזה. יחד עם זאת, לאור החשיבות הרבה המוענקת במשטר דמוקרטי לחופש הביטוי ולחופש היצירה, רק פגיעה ברגשות שהיא קשה, רצינית וחמורה - כלומר, פגיעה מעבר לרמת הסבולת שכל אדם נוטל על עצמו בחברה דמוקרטית - עשויה להצדיק הטלת הגבלות על חופש הביטוי וחופש היצירה. השופט אהרן ברק קבע כי אין לפגוע בחופש הביטוי והיצירה ולהשמיט חלק מהמחזה, שבו מוצגות אימרות שקריות. בנוסף הוא ציטט מדבריו של הנשיא שמגר: "חופש הביטוי הוא מערכה היסודיים ביותר של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. חופש הביטוי נתפס על ידי הדמוקרטיה כזכות 'על', 'עילאית'".

השופט חשין טען שערכי היסוד של זכויות האדם במדינת ישראל נרמסים בדיון זה. "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא חוק היסוד החשוב ביותר שנחקק לתפארת כבוד האדם וחירותו. החוק ספוג כולו בכבוד האדם, וכבוד האדם הוא הנותן בו חיים. ציפיתי, קיוויתי, כי עתירה זו שלפנינו תתקע יתד עמוקה בקרקע-המשפט - עד הסלע - וכי אל יתד זו ייקשר, מעל לקרקע, תורן גבוה ובקצהו דגל כבוד האדם. למען ידעו הכול - כי תחילה והמשך וסוף הם בכבוד האדם. כי באין כבוד האדם אין אדם ואין חברת-אדם. כך קיוויתי, כך ציפיתי. צר לי שהחמצנו הזדמנות זו שנקרתה על דרכנו."

בהמשך דבריו, טען השופט חשין כי יש הכרח לפסול את אותו חלק במחזה המבוסס על עובדות היסטוריות שסולפו ולהשמיטו. זאת, תוך שהוא אינו מתעלם ממעמדן של הזכויות החשובות: זכות הביטוי והיצירה, אך מכריע את הכף לטובת הזכות לכבודו של אדם, על בסיס ההיררכיה הערכית של הזכויות הללו. הוא מוסיף בדבריו על הזכות לשם טוב, זכות שנפגעה עמוקות בהצגת אותו חלק במחזה: "הגם שלכבוד האדם יש בנים אחדים, הנה שמו הטוב של אדם, שאם כבוד האדם אינו כולל את שמו הטוב של האדם - כבודו של אדם מהו?" השופט חשין טוען כי קיימת הזכות לביטוי וליצירה חופשית לרשות השידור ולמחבר המחזה אך מנגד עומדת הזכות לכבודה של חנה סנש, בני משפחתה וההגנה על שמה הטוב ולא ניתן להכריע בין הזכויות על פי מעמדן העקרוני אלא על פי מעמדן ההיררכי: "תוצאות המערכה בין שתי הזכויות ברורות מראש. אין ענייננו בזכויות שוות ערך זו לזו; ענייננו בזכות גדולה הנאבקת בזכות קטנה הימנה. כבודה של חנה סנש ושמה הטוב יגברו, לדעתי, על זכותו של המחזאי ועל זכותה של רשות השידור." ולבסוף: "חנה סנש אינה יכולה לתבוע את כבודה. חובתנו שלנו היא להשיב לה את כבודה."



חנה סנש

אימפריית החושים גבולות הצנזורה?

בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נגד המועצה לביקורת סרטים
ישבו בדן הנשיא אהרן ברק והשופטים אליהו מצא ומישאל חשין



"אימפריית החושים" הינו סרט הדן במערכת יחסים בין נערה ומאהבה-
אדונה ובמסכת יחסי המין האינטנסיבית שביניהם. לדעת המועצה
לביקורת סרטים יש בקטעים הפורנוגרפיים שבסרט פגיעה קשה,
רצינית וחמורה ברגשות הציבור ובמוסר החברתי. אי לכך היא לא
התירה את הקרנת הסרט כמות שהוא והתנתה את הפצת הסרט
לצפייה, בהורדת קטעים פורנוגרפיים רבים מהסרט ובהגבלת הצפייה
לאוכלוסיה שמעל גיל 18.

מפיצי הסרט "אימפריית החושים" הגישו עתירה נגד המועצה לביקורת
סרטים על סירובה להקרין את הסרט בשל ריבוי הסצנות הפורנוגרפיות שבו. העותרים הסכימו להגביל
את הצפייה לבגירים מעל גיל 18, אך לא היו מוכנים להיענות לדרישה להוציא תשעה קטעים מהסרט,
בנוסף להוצאת הקטעים בהם מופיעים קטינים.

העותרים טענו כי המועצה חרגה מסמכותה בכך שהחליטה נגועה בשיקולים זרים. המועצה לא שקלה
באופן ממשי האם קיימת סכנה לפגיעה בערכים מוגנים, את עוצמת הסכנה ומידת הסתברותה. בנוסף,
הם טענו שאין זה מן הראוי שבין חברי המועצה יישבו אנשים בעלי תפקידים שלטוניים או מי שמילא
תפקיד שלטוני בעבר, וכי אין חברי המועצה מייצגים חתך של הציבור ועל כן אין היא מדברת מגורנו
של הציבור. המועצה צריכה היתה לבחון את הסרט בשלמותו ולבדוק האם יש בהקרנתו משום ודאות
קרובה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה בסדר הציבורי. בנוסף, הם טענו כי הסרט יוקרן לבגירים, אשר יש
להם נגישות לחומר דומה בקלטות וידאו, בבתי קולנוע, במגזינים וכדומה, ואף המועצה עצמה אישרה
בעבר שידור סרטים הכוללים קטעי מין קשים לדוגמה, 'הטנגו האחרון בפרז', 'התפוז המכאני', 'שמש
עולה' ו'קונן הברברי'.

העותרים מסכמים כי המועצה לא נתנה משקל ראוי לחופש הביטוי שהינו חלק מכבוד האדם, ואין לשלול
מהפרט את זכותו להחליט אם לצפות בסרט.

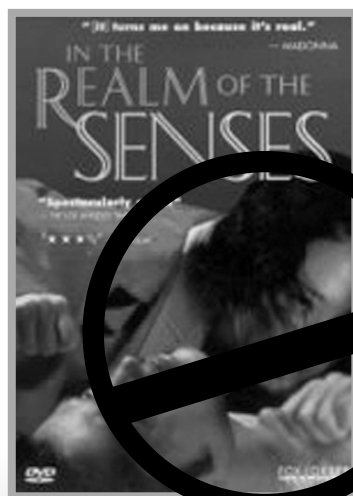
המועצה לביקורת סרטים טוענת כי הרכב המועצה מייצג דעות שונות של הציבור, רוב החברים אינם
עובדי המדינה וכי היא פעלה במסגרת סמכותה וכי החלטתה סבירה. הסרט אושר, והקטעים שנדרש
להשמיטם קצרים ומעטים וכוללים סצנות משפילות המהוות פגיעה ודאית וקשה בכבוד האדם ובצלמו.
שיקול נוסף שהעלתה המועצה הוא כי מדובר בקטעים שהינם בגדר הצגת תועבה ומהווים עבירה
פלילית. השמטתם של הקטעים לא תפגע בערכו האמנותי של הסרט, שהוא שיקול רלוונטי אך אינו
בלעדי, וכי על חופש האמנות לפנות מקומו לערכים המתנגשים, לפיכך, טוענת המועצה כי גם היא
העניקה משקל לחופש הביטוי. ועוד טענה המועצה כי בסרטים האחרים שאישרה את הקרנתם בעבר
לא נמצאו קטעים קשים כפי שמובאים ב"אימפריית החושים". לסיכום, היא טענה כי החלטתה סבירה
וכל עוד לא בוטל מוסד הצנזורה, אין לרוקן את סמכויות המועצה מכל תוכן.

בפסק הדין, כתב הנשיא אהרן ברק כי חופש הביטוי הינו זכות יסוד בישראל, "מקורו של חופש הביטוי
בישראל הוא בהלכה הפסוקה. הוא זכות מזכויות יסוד שאינן כתובות על ספר", אלא הן נובעות במישרין

מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש. ההכרה בחופש הביטוי כזכות יסוד היא הרצון לחשוף את האמת, הצורך להביא להגשמה עצמית של האדם ותנאי לקיומה של דמוקרטיה. חופש הביטוי כזכות חוקתית משתרע על כל ביטוי - ביטוי פוליטי, ספרותי, אמנותי או מסחרי. למרות חשיבותו הרבה, יש לאפשר פגיעה בחופש הביטוי כאשר עלולה להתקיים פגיעה בזכויות אדם, לדוגמה בכבוד האדם, בשמו הטוב, בקניינו, בפרטיותו ובחופש העיסוק שלו, או על מנת להגן על מטרות חברתיות כמו קיום המדינה, אופייה הדמוקרטי, טוהר השיפוט בה ושלומו הציבורי וביטחונו. ההגבלה צריכה להיות לתכלית ראויה ולא מעבר למידה הנדרשת. החלטת המועצה שלא מאפשרת את הצגת הסרט מהווה מניעה מוקדמת. במשטר חוקתי המגן על חופש הביטוי יש להחמיר עם מניעה מוקדמת של חופש הביטוי הנערך על ידי גוף שאינו בית המשפט.

חופש הביטוי כולל בתוכו ביטוי קולנועי המהווה אמצעי חשוב לשיח רעיוני, בדומה לספר או תמונה, גם כאשר מדובר בביטוי קולנועי אשר תוכנו פורנוגרפי. אך גם ביטוי זה ניתן להגבלה - חופש הביטוי אינו החופש לבטא דברי תועבה, "פגיעה ברגשות יכולה להצדיק הגבלה של חופש הביטוי, אם היא מעל לסטנדרד הסובלנות החברתית, אם יש בה כדי לזעזע את אמות הספים של הסובלנות ההדדית." למשל, יש להגביל את הביטוי הפורנוגרפי כאשר ביטוי זה עלול להשפיל את האישה ולדמותה "שפחת מין", או לפגוע במעמד השוויוני של האישה.

במקרה המדובר, אין הצדדים חולקים על העובדה כי בהקרנת סרט פורנוגרפי עשויה להתקיים, בוודאות קרובה, פגיעה קשה, רצינית וחמורה בשלום הציבור. המחלוקת בין הצדדים היא מהי הפורנוגרפיה? מצד אחד, ישנן חוות דעת כי אין הסרט בעל ערך אמנותי אלא פורנוגרפיה לשמה. מצד שני, קיימות חוות דעת המצינוות כי הסרט בעל ערך אמנותי גבוה. חוות הדעת שהוצגו מדגישות שאין בסרט כל גירוי מיני או עידוד התעוררות היצר. כמו כן, הסרט זכה בפרסים חשובים בפסטיבלים בינלאומיים לקולנוע ואנשי המקצוע מתייחסים אליו כאל יצירה אמנותית. אם יש ליצירה ערך ספרותי, פוליטי או מדעי רציני, אין לאסור על פרסומה כיצירה פורנוגרפית. קטעים אשר כשלעצמם עלולים להיתפס כפורנוגרפיים, לא ייחשבו כאלה אם הם משולבים וכרוכים ביצירה אמנותית או ביצירה בעלת ערך חברתי אחר. המועצה צריכה להתחשב בכך שהביטוי האמנותי מעניק ליצור חופש, ואין להגבילו לפי מוסכמות של היום, יתכן גם שמה שנתפס היום כיצירה חסרת ערך אמנותי תיחשב כיצירת מופת בשנים שיבואו. לפיכך, ניתן משקל חוקתי גם לחופש הביטוי האמנותי אשר ניתן לראות בו כחלק מחופש הביטוי. המועצה צריכה לבחון את האופי האמנותי של הסרט, ולשם כך יכולה לקבל חוות דעת של מומחים, אין היא צריכה להוות מבקר אמנותי ואין היא יכולה להטיל על החברה שלנו תפיסות אמנותיות של חברה.



הוחלט להתיר את הצגת הסרט ללא השמטת הקטעים (פרט לשני הקטעים שהסכימו העותרים) ותוך הגבלת הסרט לבגירים בלבד.

השופט חשין בדעת מיעוט, "בבית חופש הביטוי יש דרכי ביטוי והתבטאות שמקומן בכותל המזרח, ויש דרכי ביטוי והתבטאות שאינן בכותל המזרח. ולעת התנגשות עם אינטרסים הנוגדים את חופש הביטוי, ייצאו דרכי ביטוי והתבטאות למיניהן למאבק, כל אחת מהן בעוצמתה שלה, לא חסר אך גם לא יתר. המושג 'חופש הביטוי' אינו מושג קסם שאם ייקרה על דרכנו ניקוד ונשתחוה לו."

לדבריו, במקרה הנוכחי ישנה התנגשות בין חופש הביטוי למול אינטרס העשוי להשתנות, מעניין לעניין, אשר הינו "הסדר ציבורי" או "טובת הציבור". ישנם חילוקי דעות על דבר ערכו האמנותי של הסרט "אימפריית החושים" אולם אין חילוקי דעות על תוכנו של הסרט ועל האירועים המתוארים בו - הסרט רובו ככולו עוסק ביחסי מין בין הגבר לנערה, בין הגבר לאשתו ובין הגבר לנשים אחרות. המועצה החליטה כי ניתן לאשר את הקרנת הסרט ברבים, ובלבד שיושמטו מספר שניות בודדות שבהן מתמקדת המצלמה באברי המין בשעת קיום היחסים או בשעת ביצוע ההתעללות המינית. הטעם לפסילת הסרט הינו כי הסרט יפגע ב"סדר הציבורי", והכוונה איננה כי הסרט יביא להתפרעות בקהילה אלא לפגיעה ב"מוסר החברתי".

בנוסף, השפעתו של סרט יכולה שתהיה רבה מהשפעתו של ספר, ובית המשפט חייב בכבודה של המועצה אשר היא הפוסקת, שכן הכרעתה נופלת לאחר דיונים רבים ומעמיקים. כמו כן, הקהל אשר צופה בסרטים ובו בני נוער, חשוף להשפעה מזיקה יותר מן הקהל הקורא ספרים. עלינו לבדוק מה השפעתו של הסרט על מי שצופה בו, המבחן הוא מבחן התוצאה ולא מבחן האמנות והכוונה. ישנה חשיבות לערכו האמנותי של הסרט, אך קיימת חשיבות שאינה פחותה לערכים נוגדים - של איסור אלימות, שמירה על כבוד האדם, מוסר חברתי וכדומה.

במקרה דנן, המועצה פעלה במסגרת סמכותה. המחוקק היקנה את הסמכות למועצה ולא לבית המשפט ולא נמצא טעם טוב וראוי להתערב בהחלטה שעשתה. על כן, לדעתו יש להתיר את הצגת הסרט בכפוף לבקשת המועצה להוציא מספר קטעים מן הסרט.

נקודות לדיון

• פסק הדין העוסק במחזה בנושא חנה סנש מציג שתי תפיסות שונות לגבי ההגנה על חופש הביטוי ועל כבוד האדם: הנשיא ברק קובע בשם חופש הביטוי שאין לפסול את הפרט השקרי במחזה ואילו השופט חשין טוען בשם כבוד האדם וזכותו לשם טוב, כי יש לפסול המידע השקרי.

באופן דומה, גם פסק הדין העוסק בהקרנת הסרט "אימפריית החושים", מציג שתי עמדות שונות של ההגנה על העקרונות - חופש הביטוי והסדר הציבורי: הנשיא ברק טוען להגנה על חופש הביטוי ואילו השופט חשין תומך בהגנה על הסדר הציבורי למול חופש הביטוי.

מהו מעמדו של חופש הביטוי בחברה הדמוקרטית? מה ראוי שיהיה הגבול, אם קיים, אשר לאורו תתכן פגיעה בחופש הביטוי כאשר הוא ניצב למול ערכים ככבוד האדם, הזכות לשם טוב ושמירה על הסדר הציבורי?

זכויות אדם והגנה על ביטחון המדינה

במשפט הבינלאומי מוכרת זכותה של המדינה להגן על אזרחיה ועל האינטרסים שלהם. בנוסף, מדינת ישראל מתעניינת גם בגורלם של יהודים בכל מקום בו הם נרדפים ועומדת על זכותה לתבוע את עלבונם.

לכל אדם עומדת הזכות להגנה על חייו מפני כל פגיעה - הן פגיעה גופנית שעלולה לגרום למוות והן התעללות נפשית. זוהי זכות בסיסית המאפשרת לכל אדם לחיות את חייו בכבוד ללא פחד הן מפני אזרחים אחרים והן מצד רשויות השלטון. זכות זו נובעת מהתפיסה המוסרית בדבר ערכם של חיי אדם, אך, לעיתים היא עומדת למול זכויות אחרות שאינן עולות בקנה אחד עימה.

הזכות לביטחון הינה נגזרת של הזכות לחיים, של שיגרה באווירת רגיעה וביטחון, של הגנת הפרט והגנה על שלמות הגוף, לצד חובת המדינה להתערב במקום בו הפגיעה פוגעת בביטחון האישי של אזרחיה. במסגרת אחריותה של הממשלה להגן על ביטחון תושבי מדינת ישראל בכל איזור, היא אחראית לקביעת עקרונות המדיניות בתחום זה ולביצוען.

ישראל מתמודדת עם מציאות מורכבת ומלחמה קשה בטרור הפוקד אותה. לפיכך, עליה לנקוט בפעולות שונות על מנת לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, ומעשי טרור בהיקף נרחב. אך על המדינה לעשות זאת תוך מניעה מקסימאלית של פגיעה בצרכים, אינטרסים וחיים של אוכלוסיה מקומית חפה מפשע. עלינו להבחין בין לוחמים ומטרות צבאיות לבין אילו שאינם לוחמים - אזרחים ומטרות אזרחיות שאינם נוטלים חלק בעימות.

הפסיקה המובאת בזאת מציגה את ההתמודדות עם ההתנגשות הקיימת בין הצו החוקי והמוסרי לשמירה על ערכי כבוד האדם לבין השמירה על שלום המדינה ואזרחיה בקונפליקט קיומי המאפיין את ההתמודדות של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית המצויה במהלך חיי היום יום במשבר ביטחוני.

שיטות החקירה בעינניים פסולות מעיקרן!

בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נגד ממשלת ישראל ושירות הביטחון הכללי ישבו בדין הנשיא אהרן ברק, המשנה לנשיא שלמה לזין והשופטים תיאודור אור, אליהו מצא, מישאל חשין, יעקב קדמי, יצחק זמיר, טובה שטרסברג-כהן ודליה דורנר

בשנת 1994 הוגשו לבית המשפט העליון מספר עתירות מטעם הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל וגורמים נוספים, בנושא שיטות החקירה של השב"כ. בעתירות נטען כי חלק משיטות החקירה בהן נוקט השב"כ כגון טלטול של נחקר, החזקתו בתנוחות מסויימות לאורך זמן ומניעת שינה, אינן חוקיות,

בין היתר, בשל היעדר הסמכה בחוק לשימוש בשיטות חקירה אלה. כמו כן, טענו העותרים כי שיטות החקירה של השב"כ פוגעות בגופם, חירותם וכבודם של הנחקרים.

בית המשפט, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, קיבל פה אחד את העתירות. בפסק הדין, שנכתב על ידי הנשיא אהרן ברק, נקבע כי לחוקרי השב"כ נתונה על פי חוק אותה סמכות חקירה הנתונה לשוטרים. סמכות זאת, המאפשרת ניהול חקירה הוגנת, אינה מתירה לחוקר לענות אדם, או להתייחס אליו באכזריות, ביחס בלתי אנושי או משפיל. בית המשפט הכיר בכך שבאופן טבעי עלולה גם חקירה הוגנת להכביד על הנחקר, אולם אין החוק מתיר שימוש בשיטות חקירה הפוגעות בכבודו של נחקר לתכלית שאינה ראויה ומעבר למידה הדרושה. על יסוד זה קבע בית המשפט כי "אין לשב"כ סמכות 'לטלטל' אדם, להחזיקו בתנוחת 'שבח', לחייבו ב'כריעת צפרדע', ולמנוע ממנו שינה באופן שאינו מתחייב מצרכי החקירה."

בית המשפט קבע עוד, שסייג ה"צורך" הקובע כי אין להחיל על אדם אחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי בנסיבות מסויימות (לדוגמה "פצצה מתקתקת") אינו יכול לשמש מקור סמכות לחוקרי השב"כ לנקיטת אמצעי חקירה שיש בהם הפעלת לחץ פיזי כלפי הנחקר. סייג ה"צורך" יכול שיעמוד לחוקר השב"כ, בנסיבות הקבועות בחוק, לכשתיבחן אחריותו על פי הדין הפלילי בגין שימוש בשיטות חקירה פסולות. היועץ המשפטי לממשלה יוכל להדריך עצמו אודות הנסיבות בהן לא יועמדו חוקרי שב"כ לדין פלילי בשל התקיימות תנאי ה"צורך". בה בעת, אין בסייג של "צורך" משום מקור סמכות לפגיעה בזכויות האדם. עצם העובדה שפעולה מסויימת אינה מהווה עבירה פלילית בנסיבות מסויימות, אינה מסמיכה את השב"כ לנקוט אותה פעולה.

בית המשפט הדגיש את הקושי במתן פסק דין בנושא זה, לאור בעיות הביטחון הקשות עמן מתמודדת המדינה, אך קבע כי בית המשפט מחוייב לחוק, והחוק במתכונתו הנוכחית אינו מקנה סמכות לחוקרי השב"כ להפעיל לחץ פיזי כאמור, על הנחקרים. באם החוק טעון תיקון, זהו תפקידה של הכנסת לדון ולהחליט בו, בהתאם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. וכך אמר בית המשפט לעניין זה: "סמכות להתקנת כללים ולפעולה על פיהם מחייבת הסמכה בדבר חקיקה שעניינה סמכות החקירה. בגדרה של חקיקה זו, אם המחוקק ירצה בה, ייתן המחוקק את דעתו לבעיות חברתיות, המוסריות והפוליטיות הקשורות במתן הסמכה להפעלת אמצעים פיזיים בחקירה... מתן סמכות לחוקרי השב"כ להפעיל כוח

פיזי במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת הפוגעת בכבוד האדם ובחירותו מעוררת שאלות יסוד של משפט וחברה, של מוסר ומדיניות, של שלטון חוק וביטחון... ההכרעה בשאלה אם ראוי לה לישראל - בשל קשייה הביטחוניים - לאפשר אמצעים פיזיים בחקירותיה, ובשאלת היקפם של אותם אמצעים - החורגים מכללי החקירה 'הרגילה' - היא שאלה שההכרעה בה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם. כאן צריכים להישקל השיקולים השונים. כאן צריך להתנהל הדיון הנוקב. כאן יכולה להתקבל החקיקה הנדרשת ובלבד, כמובן, שחוק הפוגע בחירותו של הנחקר יהיה 'הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש."

השופט קדמי, הצטרף לדעת הנשיא ברק, עם זאת הוסיף את דעתו, כדעת יחיד: "מתוך רצון למנוע מצב, שבו 'תתקתק פצצה' לנגד עינינו ויד המדינה תקצר מלהושיע; הנני מציע להשעות את כניסת פסק הדין לתוקף במשך שנה אחת; כאשר במהלכה, יוכלו חוקרי השב"כ לנקוט אמצעי חקירה חריגים במקרים נדירים של 'פצצה מתקתקת' בתנאי שתינתן לכך הסמכה מפורשת של היועץ המשפטי לממשלה."



המלחמה בטרור - סיכול ממוקד?

בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נגד ממשלת ישראל
ישבו בדין הנשיא אהרן ברק והשופטים דורית ביניש ואליעזר ריבלין

בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה הופנתה כנגד מדינת ישראל וכנגד ישראלים באשר הם. מתקפת הטרור אינה מבחינה בין לוחמים לאזרחים או בין נשים, גברים וטף. פיגועי הטרור מתרחשים בתחומי מדינת ישראל. הם מופנים כנגד מרכזים אזרחיים, מרכזי קניות ושווקים, בתי קפה, אוטובוסים ומסעדות. במשך כחמש שנים, מאז פרצה האינתיפאדה, בוצעו כנגד ישראל אלפי פעולות טרור. במהלכן נהרגו למעלה מאלף אזרחים ישראלים. כן נהרגו ונפצעו במהלך תקופה זו אלפי פלסטינים.

במלחמתה כנגד הטרור נוקטת מדינת ישראל צעדים שונים. מדינת ישראל נוקטת במדיניות של פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים, היא פוגעת למוות גם במחבלים אשר מתכננים, משלחים או מבצעים פיגועי טרור בישראל כנגד אזרחים וחיילים גם יחד. פגיעה זו מלווה לעיתים גם פגיעה באזרחים תמימי לב, אשר לא היו מעורבים בכל פעילות עוינת כנגד מדינת ישראל ואזרחיה.

העתירה שלפנינו יוצאת נגד פגיעה מסוג זה בטענה שמדינת ישראל נוהגת שלא כדין. בעתירה ניטען כי מדיניות הסיכולים הינה בלתי חוקית בעליל, מנוגדת למשפט הבינלאומי, למשפט הישראלי ולעקרונות בסיסיים של מוסר אנושי. היא מפרה את זכויות האדם המוכרות במשפט הישראלי והבינלאומי הן לגבי יעדי הסיכולים, והן לגבי עוברי אורח תמימים הנקלעים לזירת הסיכול.

המשיבים עושים שימוש בכלי הסיכול הממוקד לעתים מזומנות, ובכלל זה גם כאשר ישנם אמצעים



למצולמים אין קשר לפסק הדין ולכתבה

אחרים לתפיסתם של חשודים בפעולה טרוריסטית. מדיניות החיסולים אינה חסינה מפני טעויות קשות. ליעדי הסיכול לא ניתנת הזדמנות להגן על חפותם. מדיניות הסיכולים כולה פועלת בעולם חשאי שבו עין ציבורית אינה בודקת את תיק הראיות שעל בסיסו נקבעים יעדי הסיכולים. לא מתקיימת ביקורת שיפוטית לפני או אחרי פעולות סיכול.

המשיבים דוחים את הטענה שישראל רשאית להתגונן כנגד הטרור תוך שימוש באמצעים של אכיפת חוק בלבד. מעמדם של המחבלים המשתתפים באופן פעיל בעימות המזוין אינו כשל אזרחים. הם צד לעימות המזוין, ולפיכך ניתן לפגוע בהם. דיני העימות המזוין מתיירים לפגוע באזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות מלחמתיות, כיון שאזרח אשר נוטל חלק ישיר במעשי האיבה מאבד את חסינותו. פעולות של סיכול ממוקד אינן ננקטות אלא כצעד חריג, כאשר אין לפעילות זו חלופה. מטרתה הצלת נפשות. עם זאת, נעשה ניסיון למזער ככל שאפשר את הפגיעה הנלווית העלולה להיגרם לאזרחים במהלך פעילות הסיכול הממוקד. במקרים בהם גורמי הביטחון סבורים כי קיימות חלופות לפעולה, הן מיושמות במידת האפשר. לא אחת נדחו או בוטלו משימות סיכול, כאשר הסתבר כי אין אפשרות לבצען בלא לסכן חפים מפשע באופן בלתי מידתי.

בפסק הדין כותב הנשיא אהרן ברק כי מדינת ישראל נלחמת בטרור קשה הפוקד אותה. האמצעים העומדים לרשותה הם מוגבלים. המדינה קבעה כי אמצעי חיוני מבחינה צבאית הוא זה של פגיעה מונעת במחבלים. הדבר גורם לעתים לפגיעה ולמוות של אזרחים תמימים. השימוש בתקיפה מונעת זו, עם כל חשיבותו הצבאית, חייב להיעשות במסגרת הדין, עליו לעמוד בכמה דרישות: ראשית, נדרשת בדיקה קפדנית בטרם תעשה תקיפה. שנית, אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר בפעילות עוינת, במידה ואפשר לעצור אותו, לחקור אותו ולהעמידו לדין. שלישית, לאחר ביצוע התקיפה יש לערוך בדיקה (בדיעבד) באשר לדיוק הזהות של הנפגע ובמידה ונפגע אזרח חף מפשע יש לשקול תשלום פיצויים. לבסוף, אם הפגיעה אינה רק באזרח המשתתף באופן ישיר במעשי האיבה אלא גם באזרחים תמימים המצויים בקרבתו, הפגיעה בהם הינה נזק נלווה, פגיעה זו צריכה לעמוד ב"מבחן המידתיות". "מבחן המידתיות" במשפט הבינלאומי הנוהג קובע כי תקיפה של אזרחים תמימים אינה מותרת, אם הנזק הנלווה לה אינו שקול כנגד התועלת הצבאית בהגנה על לוחמים ואזרחים. לפיכך, אין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא חוקי כשם שאין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא בלתי חוקי.

השופטים אליעזר ריבלין ודורית ביניש הסכימו לפסק הדין של הנשיא ברק.

נקודות לדיון

- בית המשפט איזן בפסיקתו בין צורכי הביטחון של מדינת ישראל לבין דרישות הנובעות מחוק-יסוד: כבוד וחירותו. בכל שיטה של איזון קיים רווח והפסד לכל אחד מהעקרונות. איזון זה, שמטרתו שמירה על אושיות הדמוקרטיה מצד אחד ושמירה על ביטחון המדינה ותושביה מצד שני יוצר דיון חברתי המציג דעות מגוונות לכאן ולכאן.

דת ומדינה - מדינה יהודית ודמוקרטיה

לשילובים של דת ומדינה מודלים שונים ברחבי העולם. קשת השילובים נפרשת ממדינה דוגמת ארצות הברית, שבה ישנה הפרדה מוחלטת בין דת ומדינה, ועד למדינה תיאוקרטית, כמו, אירן, שבה שני המושגים הם היינו אך, וחוקי המדינה הם חוקי הדת האסלאמית. את המצב המיוחד במדינת ישראל הגדיר השופט חשין: "עקרון הפרדת דת ממדינה נתקבל, אמנם, במקומנו, אך דרכו היא הפרדה 'נוסח ישראל': הפרדה שיש בה גם מן האיחוד." (בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה).

ובכן מה כולל אותו מתכון מיוחד לשילוב דת ומדינה נוסח ישראל? מהי "הפרדה שיש בה גם מן האיחוד"? ניגוד זה של הפרדה ואיחוד שזור לכל אורך מערכת החיים הציבוריים במדינת ישראל. מחד גיסא, מדינת ישראל בנויה כמדינה דמוקרטית לכל דבר: מבנה השלטון ומוסדותיו, חלוקת הרשויות, דרך קבלת ההחלטות, קיומן של בחירות, ההכרה בזכויות הפרט וכדומה. מאידך גיסא, הדת, ובמיוחד הדת היהודית, זוכה למעמד במערכת הציבורית והמשפטית. לדוגמה, ענייני המעמד האישי של אזרחים במדינה נדונים לפי הדין הדתי. כמו כן, ישנם מנהגים, שמקורם בדת, שאומצו על ידי המדינה, כגון קביעת יום השבת כיום מנוחה, שמירה על מטבח כשר במוסדות המדינה, אי הפעלתה של תחבורה ציבורית בשבת (למעט חיפה ואילת) ועוד.

מקורם של רבים מהסדרים אלו נעוץ במה שמכונה "הסדר הסטאטוס קוו" - מכתבו של דוד בן גוריון לראשי אגודת ישראל בשנת 1947, שבו הבטיח כי השבת תהיה יום המנוחה הרשמי, הכשרות תשמר במוסדות ציבור, דיני האישות יהיו לפי הדין העברי וכי תקויים אוטונומיה לכל הזרמים בחינוך. הסדר זה אומץ מאז קום המדינה בכל ההסכמים הקואליציוניים של הממשלות בישראל בבסיס ליחסים שבין דת למדינה. כמו כל הסדר, גם להסדר זה ישנן פרשנויות שונות, אך יחד עם כל הבעייתיות שבו, הוא עדיין מהווה את הבסיס לדיון הציבורי במדינת ישראל כאשר עולה על הפרק שאלה הקשורה לסוגיית דת ומדינה.

מדינת ישראל, המוגדרת כמדינה יהודית ודמוקרטית מקנה מעמד מיוחד לדת היהודית. מעמד זה בא לידי ביטוי עוד במגילת העצמאות. הוא מתבטא גם בחוק השבות המעניק זכות לאזרחות מיידית לכל יהודי העולה לישראל ולבני משפחתו, או באפשרות לפסול רשימה מלרץ לכנסת אם בפעולתה היא חותרת תחת זהות המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. מעמד מיוחד זה מתבטא אף בחוקי היסוד החדשים, שבסעיף המטרות שלהם מצוין במפורש שהמדינה תפעל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולאור מטרה זו יש לפרש את חוקי היסוד ואת החוקים "הרגילים" של הכנסת.

יסוד חשוב לסוגיה של דת ומדינה הוא הדמוקרטיה וזכויות הפרט, הכוללים גם את חופש הדת והחופש מדת. חופש הדת קובע כי כל אדם זכאי לקיים

את מצוות דתו. החופש מדת קובע כי כל אדם זכאי שלא יכפו עליו מצוות שמקורן בדת.

הרצונות המנוגדים, הקיימים בקרב החברה הישראלית יוצרים מתח הקיים סביב נושאים שמקורם בדת. בצורה פשטנית ניתן לומר, כי מחד גיסא, עומדת הגישה המבקשת לפרש את הסדר הסטאטוס קוו בצורה הרחבה, ולהחיל בתוכו סממנים דתיים ככל האפשר, בין השאר, מתוך התפיסה ש"כל ישראל ערבים זה לזה". מאידך גיסא, ניצבת גישה חילונית בבסיסה, המבקשת להבטיח מקסימום חופש מאיסורים או הגבלות אשר הצדקתם העיקרית היא דתית. גישה זו מבקשת, לפרש את החופש מדת בצורה רחבה.

הגישות השונות בעניין חופש הדת והחופש מדת, המשפיעות בעקיפין על משמעות הסדר הסטאטוס קוו, מצאו את ביטויין במשפטים שונים שנדונו בבית המשפט העליון. נמקד את מבטנו על כמה סוגיות מרכזיות המדגימות תופעה זו, ונבחן מה היתה התייחסותו של בית המשפט כלפיהן.

יחסי דתיים וחילוניים, סגירת רחובות לתנועה בשבת וחג פרשת רחוב בר אילן

בג"ץ 5016/96, 5025/96, 5090/96 חורב ואחרים נגד שר התחבורה ואחרים ישובו בד"ן הנשיא אהרן ברק והשופטים שלמה לוי, תיאודור אור, מישאל חשין, אליהו מצא, צבי א' טל ודליה דורנר

בשנת 1988 פרצו הפגנות חרדים ברחוב בר אילן, שהוא אחד מעורקי התחבורה המרכזיים בירושלים, בדרישה שהרחוב ייסגר לתנועה בשבתות וחגים בשל היותו מאוכלס בעיקר על ידי אוכלוסייה דתית-חרדית ובשל קיומם של בתי כנסת רבים לאורכו.

עיריית ירושלים מינתה ועדה, אשר המליצה לסגור את הרחוב לתנועת כלי רכב בשעות התפילה בשבתות וחגים. העירייה העבירה את ההמלצה לשר התחבורה, אך השר החליט לסמוך את ידיו על החלטת המפקח הארצי לתעבורה שלא לסגור את הרחוב עקב היותו ציר תחבורה עיקרי. לאחר הבחירות לכנסת, בשנת 1996, התחלף השר, ובעקבות חילופין אלו שינה המפקח על התעבורה את עמדתו, והחליט לסגור את הרחוב לתנועה בשעות התפילה. בעקבות מספר עתירות שהוגשו לבג"ץ כנגד החלטה זו מינה שר התחבורה, בהמלצת בית המשפט, ועדה ציבורית לגיבוש המלצות בדבר תחבורה בימי שבת וחג. המלצות הוועדה הובאו בפני שר התחבורה, אך הוא קבע כי אין בהמלצות כדי להביא לפתרון ובחר להשאיר על כנה את ההחלטה הקודמת. נוכח החלטה זו נדרש בית המשפט לחזור ולדון בעתירות. בית המשפט ביטל, ברוב דעות, את החלטת השר, אך עם זאת קבע כי השר יוכל לקבל החלטה חדשה אשר במסגרתה יביא בחשבון את האינטרסים של התושבים החילוניים הגרים בשכונה ומבקריהם, ואז יהיה

רשאי, בתנאים מסויימים, להורות על סגירת הרחוב לתנועה בשעות התפילה.

עוד, יצוין כי הדין הציבורי והמשפטי בנושא סגירת רחוב בר אילן לווה בעימותים חריפים בין דתיים וחילוניים. הדבר קיבל ביטוי בפסק הדין בו בית המשפט קורא לסובלנות בין המחנות הניצים.

הנשיא אהרן ברק כתב בפסק הדין כי רשות מינהלית רשאית להשתמש בשיקולים רלוונטיים ובהם בלבד, אסור לה לשיקול כל שיקול זר. ההתחשבות ברגשות דת שאינה מגיעה כדי כפייה דתית הוא שיקול כללי שיש להתחשב בו.

הזכויות המתנגשות במקרה דנן הן זכות חופש התנועה של הציבור החילוני הן של אלו שגרים ברחוב בר אילן והן של העוברים בו, למול הפגיעה ברגשות הדתיים המהווים את רוב הציבור הגר ברחוב וכן מיקומם של בתי הכנסת שברחוב.

הנשיא ברק סבר שיש מקום להתחשב ברגשות הדתיים מאחר והוכח שרגשותיהם ואורח חייהם של בני השכונה החרדיים נפגעים פגיעה קשה, חמורה ורצינית, כאשר תנועת מכוניות עוברת בשכונתם בימות השבת ובמועדי ישראל. אמנם, נמצא גם שסגירת הכביש מאריכה את דרכם של הנוהגים להשתמש בדרך זו, אך, יחד עם זאת, בית המשפט קבע שחופש התנועה במקרה דנן כמעט ואינו נפגע, כיוון שמדובר באחוז קטן של חילונים שחיים ברחוב וכי לרשות האוכלוסייה שאינה מתגוררת במקום, עומד לשימוש כביש חלופי המעכב את דרכם בכ-2 דקות בלבד.

על כן, הנשיא ברק הגיע למסקנה שהחלטת שר התחבורה היתה סבירה, וסייג זאת בכך שיימצא פיתרון לתושבים החילונים הגרים ברחוב ובסביבתו. לקביעה זו הצטרפו המשנה לנשיא השופט שלמה לוינ והשופט אליהו מצא.

השופט צבי אי טל הצטרף לדעת הרוב וטען כי, חרות התנועה נחשבת לזכות יסוד אך היא יחסית ואינה אבסולוטית. לעומתה, השבת אינה ערך שניתן לאזנו מול ערכים אחרים כמו חופש התנועה. השבת נחשבת לערך כמעט אבסולוטי בעיני עם ישראל, הנדחה רק בפני פיקוח נפש או חשש לפיקוח נפש. מצד אחד, איש אינו מבקש לשלול או לבטל חופש מן העותרים ומכל אדם אחר, ומצד שני, אין בית המשפט צריך להתערב בהחלטת השר לסגור את רחוב בר אילן, שכן בעייתם של תושבי האזור שאינם שומרי שבת ניתנת לפתרון ענייני ואישי גם באם יצטרכו להגביל עצמם בשעות הסגירה. מדובר בהגבלה קלה יחסית שאינה בלתי סבירה בנסיבות המקרה.

השופט מישאל חשין כתב בדעת מיעוט: "רשות היחיד - ליחיד, רשות הרבים - לרבים", רחוב בר אילן הינו רשות הרבים - הוא משרת ציבור רחב, הן ציבור הגר בסמיכות לאותה דרך והן ציבור המשתמש בכביש זה למעבר, וזכותו להשתמש בדרך לרצונו בכל יום ובכל עת ובכל שעה. על כן, אין רשאי המפקח להפקיע את זכות הציבור אלא בחוק או על פיו. כמו כן, יש לאפשר נסיעה ברחוב זה בשל נימוק הנקרא 'מדרון חלקלק', כיון שאין להתעלם מהחשש של הציבור החילוני מפני התחרדות ירושלים."

שבועות לאחר מתן פסק הדין הושג הסדר, לפיו הוחלט להתיר לתושבים חילוניים לנסוע במקום בשבת גם בזמן התפילות ולצורך כך ניתנו להם תוויות מיוחדות.



חופש הביטוי למול פגיעה ברגשות הדתיים

בג"ץ 1514/01 יעקוב גור אריה נגד הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו
ישבו בדיון הנשיא אהרן ברק, המשנה לנשיא שלמה לזין והשופטת דליה דורנר

העותרים הינם תושבי היישוב "מצפה כרמים", שומרי תורה ומצוות. הם אותרו כמתאימים להשתתף בסרט המתעד את חייהם והשקפותיהם. הסרט אמור היה להיות משודר במסגרת התכנית "תיבת תעודה" על ידי "הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו" בימי שבת. לאחר שנטלו חלק בסרט התגלה להם שמדובר בסרט שיעלה לשידור בימי שבת ועל כן פנו למשיבה וביקשו שלא לשדר את הסרט בשבת.

העותרים טענו שמאחר וחלק מהמשיבים - אנשי "הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו", היו דתיים הסיקו שהסרט לא ישודר ביום שבת. העותרים מרגישים כי עצם הידיעה שהסרט ישודר בשבת מביאה לכך שהינם צד לחילול השבת ובכך ישנה פגיעה ברגשות הדת שלהם. מלבד זאת, הם טענו ששידור הסרט בשבת פוגע בחופש הדת שלהם. לטענתם, הפגיעה בחופש הדת הנגרמת משידור הסרט בשבת, קשה יותר מהפגיעה בחופש הביטוי, אשר תיגרם למשיבים אם הסרט ישודר ביום חול.

המשיבים טענו שאין להם "רצועת" שידור פנויה לנושא זה ביום חול ואי שידור הסרט בשבת יפגע בחופש הביטוי והקניין של הרשות. בנוסף, הבטיחה הרשות להוסיף כיתוב על גבי המסך - לפיו הסרט צולם ביום חול, ואף הוצע שהכתובית תציין כי העותרים התנגדו לשידור הסרט בשבת. המשיבים טוענים שעסקו בהפקת הסרט במשך תקופה ממושכת תוך השקעת משאבים כלכליים ואנושיים, ולא עלה על דעתם שהעותרים ששיתפו פעולה לאורך כל הדרך יתעוררו בתום המלאכה ויעלו התנגדות בכל הנוגע למועד השידור.

הנשיא אהרן ברק כתב שלאחר עיון בחומר שהובא בפניו לא היה כל הסכם בין הצדדים שלפיו הסרט לא ישודר בשבת. נאמר לעותרים שהסרט ישודר בתכנית "תיבת תעודה", ומכך יכלו להסיק שהסרט ישודר בשבת, וכן היתה זו חובתם לברר את העניין בטרם ישתתפו בסרט. כמו כן, מקרים בהם יהודים שומרי תורה ומצוות מצולמים ביום חול עבור תוכניות וסרטים המשודרים בשבת הינם דבר שבשגרה.

לדברי הנשיא ברק, במקרה שלפנינו זכותם של העותרים לחופש הדת ניצבת למול חופש הביטוי. חופש זה הוא חירותו של הפרט לפעול על פי אמונתו תוך מימוש כלליה ומנהגיה של דתו וזכותו שלא יכפו עליו לפעול בניגוד לדתו. אולם, יש להבחין בין פגיעה ישירה באורח חייו של הפרט מהווה פגיעה בחופש הדת שלו לבין פגיעה ברגשות של הפרט עקב מעשיו של אחר שאינה מהווה פגיעה בחופש הדת. על כן, שידור הסרט בשבת פוגע ברגשות הדת של העותרים ולא בחופש הדת.

במקרה זה, ידו של חופש הביטוי תהא על העליונה, אלא אם הפגיעה ברגשות הדת היא קרובה לוודאי, ממשית וקשה, מעבר לסף הסבולת של החברה הישראלית. במקרה דנן, אין ספק שהפגיעה ברגשות הדת של העותרים היא קרובה לוודאי. אולם, הפגיעה אינה מזעזעת את אמות הספים של הסובלנות ההדדית במדינה. החברה הישראלית, במדינה יהודית ודמוקרטית, כוללת מצבים שבהם משודרת בטלוויזיה בשבת דמותו של אדם מאמין. המסקנה הזו מתבקשת כאשר שידור הסרט ילווה בכיתוב שלפיו הסרט צולם ביום חול, שאם לא כן, נפתח פתח המוביל לסופם של שידורי הטלוויזיה בשבת, ובעקבותיה יהיה כך גם עתידו של הרדיו.

בהתאם לכך, פסק הנשיא ברק כי דין העתירה להידחות, התוכנית תשודר ביום שבת בצירוף כתוביות המציינות שהצילומים נערכו ביום חול.

השופטת דורנר, בדעת מיעוט, טענה כי שידור בשבת של סרט טלוויזיה המתעד את מהלך חייהם של העותרים, יהודים שומרי מצוות אינו רק פוגע ברגשותיהם, אלא גם מפר שלא כדין את זכותם לחופש הדת. הזכות לחופש הדת היא הזכות לקיים את כל המצוות שדתו של אדם מטילה עליו ובלבד שלא יעבור על החוק. מורי ההלכה הדתיים הם אלו שקובעים את תוכן ציווי הדת. במקרה דנן, רב המקום של העותרים פסק כי בהופעתם של העותרים בסרט המשודר ביום שבת הם מפירים את מצוות הדת, גם אם השידור מתבצע על ידי אחר. אומנם, ישנן דעות של רבנים אחרים המקלים יותר, אך עלינו להציב גבול בין פגיעה בחופש הדת לבין פגיעה ברגשות דתיים ולא לתת הגנה חוקתית לגישה הקיצונית. במקרה דנן, העותרים נפגעים כיון שהם עצמם מופיעים בטלוויזיה, ובגופם הם שותפים לחילול השבת, בניגוד לרצונם. כל שהעותרים מבקשים הוא שהסרט, בו הם נוטלים חלק, לא ישודר בשבת. הם אינם מבקשים להפסיק את השידורים בשבת או ששידור התוכנית "תיבת תעודה" לא תעלה לשידור בשבת. שידור הסרט המדובר יגרום לפגיעה בחופש הדת - כלומר לקיים את מצוות הדת ללא התערבות שלטונית.

במקרה שלפנינו, ישנה התנגשות בין זכות העותרים לחופש הדת למול זכויות המשיבים לחופש הביטוי ולקניין אשר שוות משקל וויתור הדדי אינו אפשרי, אין חופש הדת יכול לסגת והפגיעה בו היא מהותית, ואילו המשיבים יכולים לסגת במקצת על ידי שידור הסרט ביום חול במקום בשבת, לוח השידורים אינו "מקודש" ומתגמש בהתאם לצרכים ולנסיבות, ולכן העברת השידור ליום חול פירושו פגיעה מינימאלית בלבד בחופש הביטוי ובזכות הקניין של המשיבים.

כאשר הרשות השנייה הזמינה סרט על מהלך חייהם של שומרי מצוות ובהשתתפותם, מתוך כוונה לשדר את התוכנית בשבת, אין היא יכולה להתבסס על כך שתציב כתובית של "צולם ביום חול", והיה מוטל עליה להציג בפני העותרים את הכוונה לשדר את התוכנית בשבת גם אם היא נוהגת להימנע מקבלת הסכמה מראש במקרים דומים, כי אז היא מסתכנת בכך שתאלץ לוותר על השידור בשבת אם תתעורר התנגדות.

נקודות לדיון

• מדינת ישראל על פי הגדרתה היא מדינה יהודית ודמוקרטית. במדינה קיים רוב חילוני וציבור דתי המשתייך לזרמים שונים. מטבע הדברים חייהם של אלה שלובים בשל אלה. הדבר יוצר מפגש בין מיגוון של תפישות עולם, דעות ותרבויות מקומיות, אשר לעיתים אינן עולות בקנה אחד ונוצרות התנגשויות בין אינטרסים.

עניינים מתנגשים אלה מגיעים לבית המשפט, כאשר בדרך כלל עומדים למבחן סוגי ערכים שונים, אלו מול אלו. כל אחד מהצדדים מגן על הזכויות הנובעות מהערכים המקודשים עבורו. כך, עומדים לדיון "חופש דת" מול "חופש מדת", "שמירת השבת" למול "חופש תנועה" כמו גם השמירה מפני פגיעה ברגשות שני הצדדים. לאור זאת, האם סגירת רחוב לתנועה בשבת יש בה משום כפייה דתית על הציבור החילוני? האם שידור תוכנית טלוויזיה שבה מצולם יהודי דתי בשבת פוגעת בחופש הדת שלו או ברגשות הדת? האם החלטה להעביר את התוכנית לשידור ביום חול פוגעת בחופש הביטוי?

מבוא: זכויות מיעוטים

"במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ייחנה כל אדם - תהא דתו ותהא אמונתו ותהא לאומיותו אשר תהא - מזכויות אדם מלאות" (בפסק הדין רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות).

מיעוט מוגדר כקבוצה הקטנה במספרה מאוכלוסיית המדינה בה היא מתגוררת, הנבדלת ממנה במאפיינים תרבותיים שונים, המאחדים אותה כקבוצה. למיעוט מכנה משותף כמו: ארץ מוצא, אמונה דתית, מורשת ועבר היסטורי, אשר משותפים לו ולכל בני עמו, ללא קשר למקומות מגוריהם.

זכויות מיעוטים ניתנות לקבוצות ולא לפרטים במטרה לאפשר להן לשמור על זהותן הייחודית על ידי כך שתהא להן האפשרות להשתמש ולפתח את שפתן, לקיים את הדת, המסורת, והמנהגים האופייניים להן ולנהל מערכת חינוך אוטונומית.

מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בקרבה חיים מיעוטים ובהם המיעוט הערבי הגדול. עם הקמת המדינה הבטיחה הכרזת העצמאות שוויון זכויות למיעוטים ומתן אפשרות לקיים את תרבותם ודתם, בהצהירה כי מדינת ישראל תקיים שוויון בין אזרחיה "בלי הבדל דת, גזע ומין".

על רקע זה ניתנו פסקי הדין בבית המשפט העליון, לפיהם על המדינה לנהוג בשוויון בין יהודים וערבים בהקצאת קרקעות ובקביעת אזורי עדיפות לאומית.

זכויות מיעוטים

בג"ץ 6698/95 עדאל קעדאן ואימאן קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל
ישבו בדיון הנשיא אהרן ברק והשופטים תיאודור אור, יצחק זמיר, מישאל חשין ויעקב קדמי

העותרים הם בני זוג ערבים המבקשים לבנות לעצמם בית ביישוב הקהילתי קציר שבאזור נחל עירון. ישוב זה הוקם בשנת 1982 על ידי הסוכנות היהודית, באמצעות אגודה שיתופית. קרקע של המדינה הוקצתה לסוכנות על ידי מינהל מקרקעי ישראל במטרה להקים את היישוב. החלטת האגודה השיתופית היתה לקבל כחברים יהודים בלבד. לפיכך, היא סירבה לקבל את העותרים ולאפשר להם לבנות את ביתם ביישוב הקהילתי קציר. העותרים טענו כי זאת הפליה על בסיס של דת ולאום והיא אסורה על פי דין לגבי קרקע של המדינה.

בית המשפט בחן את השאלה בשני שלבים. בשלב הראשון, בית המשפט בחן את השאלה אם המדינה רשאית להקצות מקרקעין באופן ישיר לאזרחים על בסיס השתייכות דתית או לאומית. התשובה על כך היא שלילית, מאחר והכלל הרחב הוא שעקרון השוויון אוסר על המדינה להפלות בין אזרחים על בסיס דת או לאום. כלל זה חל גם על הקצאה של קרקעות המדינה. הוא נובע הן מערכיה של המדינה כמדינה דמוקרטית והן מערכיה כמדינה יהודית.

בשלב השני, בחן בית המשפט את השאלה אם המדינה רשאית להקצות קרקע לסוכנות היהודית בידיעה שהסוכנות לא תרשה שימוש בקרקע אלא ליהודים בלבד. גם בנושא זה התשובה שלילית. מקום שאסור

להפלות במישרין, אסור גם להפלות בעקיפין. אם אסור למדינה עצמה לגרום להפליה על בסיס של דת או לאום, אסור לה גם לאפשר הפליה באמצעות גוף אחר. העובדה שמדובר בסוכנות היהודית אין בה משום לשנות דבר. גם אם הסוכנות היהודית רשאית להבדיל בין יהודים לבין לא-יהודים, אסורה הבחנה כזאת לגבי שימוש בקרקע של המדינה.

בית המשפט הגביל את פסק הדין לנסיבות של המקרה הנדון. שאלת השימוש בקרקע של המדינה לצורך התיישבות היא שאלה מורכבת. ראשית, כפי שגם העותרים מסכימים, אין מדובר בהקצאת קרקע של המדינה שנעשתה בעבר. עתירה זאת, כדבריהם, צופה פני עתיד. שנית, העתירה ממוקדת בנסיבות המיוחדות של היישוב הקהילתי קציר. לעניין זה אמר בית המשפט: "מטבע הדברים קיימים יישובים מסוגים שונים, כגון, קיבוצים, מושבים ומצפים. יישובים מסוגים שונים עשויים לעורר בעיות שונות. לא שמענו טענות בנוגע ליישובים כאלה. זאת ועוד, יש לקחת בחשבון שאפשרויות נסיבות מיוחדות מעבר לסוג היישוב, כמו נסיבות מיוחדות מבחינת ביטחון המדינה, שעשויה להיות להן חשיבות. לא שמענו טענות לגבי המשמעות של נסיבות כאלה, ולכן גם לא נביע דעה לגבי המשמעות שלהן. נוסף לכך, יש לדעת ולזכור כי אנו עושים כיום צעד ראשון בדרך קשה ורגישה. מן הראוי לצעוד בדרך זאת עקב בצד אגודל, שלא נמעד וניכשל, אלא נתקדם בה בזהירות ממקרה למקרה, לפי הנסיבות של כל מקרה."

אשר לסעד שנתבקש על ידי העותרים, בית המשפט הצביע על קשיים שונים, מבחינה חברתית ומבחינה משפטית. לאור קשיים אלה החליט בית המשפט לעשות צו מוחלט במובן הבא:

א. "אנו מצהירים כי המדינה לא היתה רשאית על פי דין להקצות מקרקעות המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של הפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים."

ב. "על המדינה לשקול את בקשתם של העותרים לרכוש לעצמם חלקת מקרקעין ביישוב קציר לצורך הקמת ביתם, וזאת על יסוד עקרון השוויון, ומתוך התחשבות בשיקולים השייכים לעניין - לרבות השיקולים הנוגעים לסוכנות ולמתיישבים במקום - וכולל הבעיות המשפטיות הכרוכות בעניין זה. על יסוד שיקולים אלה, על המדינה להחליט במהירות הראויה אם יש ביזה לאפשר לעותרים, במסגרת הדין, להקים לעצמם בית בתחום היישוב הקהילתי קציר."

פסק הדין נכתב על ידי הנשיא אהרן ברק, אליו הצטרפו השופטים אור וזמיר. השופט מישאל חשין הסכים עם הכרעת הדין של הנשיא ברק, וציין שמרגע בו הופלו העותרים לרעה בחלוקת משאבי הכלל בין יחיד החברה בישראל זכאים הם לסעד שלו זכאי מי שהופלה לרעה.

השופט יעקב קדמי בדעת מיעוט, מסכים עם העמדה העקרונית של הנשיא ברק שלא ניתן לעקוף את יישום ערך השוויון במקרה דנן. אך מסייג זאת בטענה שאין הדבר חוסם את הפתח בפני עריכת איזון בין ערך השוויון לבין ערכים אחרים שביניהם ערך הביטחון הלאומי - לפיו, הבטחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית יכול בנסיבות מסוימות לגבור על ערך השוויון. מכאן, שאם ישנה אפשרות שיתקיימו סיכונים לביסוס המדינה כיהודית ודמוקרטית יידרש איזון שיחייב את דחיית השוויון.



היישוב קציר

אזורי עדיפות לאומית - למועדפים בלבד?

בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל
ישבו בדין הנשיא אהרן ברק, המשנה לנשיא מישאל חשין, והשופטים דורית ביניש, אליעזר ריבלין, אילה פרוקצ'יה,
אדמונד לוי וסלים ג'ובראן

ממשלת ישראל החליטה לסווג אזורי מסויימים כ"אזורי העדיפות הלאומית". בישראל - מזה שנים רבות נוהגים משרדי הממשלה להעניק הטבות ליושבים שונים על בסיס מיקומם. התושבים באזורים אלו נהנים מהטבות בתחומים שונים, המוסדרים על ידי השלטון, ובהם הטבות בתחום החינוך.

החלטת ממשלה נוספת בעניין "אזורי העדיפות הלאומית" התקבלה כעבור מספר שנים. בהחלטה זו עודכנה מפת "אזורי העדיפות הלאומית" ורשימת הישובים הכלולים בה. הוחלט לבטל את סיווג הערים שהוגדרו במעמד קבע נפרד מסביבתם ולהתאימם למעמד הקיים באותו אזור. יחד עם זאת, הוחלט כי הערים כרמיאל, נצרת עלית, קריית גת, קריית מלאכי, מגדל העמק ועכו ימשיכו לקבל הטבות בתחום החינוך, כפי שהן ניתנות ב"אזור עדיפות לאומית", לתקופה של שנתיים. מעמד נקודתי דומה הוענק למספר ישובים נוספים. כמו כן הוחלט לתת הטבות, כפי שהן ניתנות ל"אזורי עדיפות לאומית" על ידי משרד החינוך, גם ליושבי המגזר הדרוזי והצ'רקסי. לצד כל אלה, החליטה הממשלה כי משרד החינוך יגבש תוכנית לטיפול נקודתי ביושבים הנזקקים לתמיכה ותגבור בחינוך, ולישובי המגזר הערבי, כאשר המשאבים שיחסכו כתוצאה מהשינויים בסיווג יושבים באזורי עדיפות ישמשו כמקור תקציבי למימון תוכנית זו. העתירה הופנתה כנגד החלטת הממשלה לסווג "אזורי עדיפות לאומית" ובמסגרתם להעניק הטבות בתחומים שונים.

העותרים טוענים כי החלטת הממשלה היא מפלה ובלתי חוקית, בהיותה מבחינה ללא הצדקה בין יושבים יהודיים ליושבים שאינם יהודיים, ובעיקר כלפי יושבים ערביים. ההטבות בחינוך צריכות להיות אוניברסאליות ובלתי תלויות בשיוך לאומי. ההפליה מתחדדת נוכח העובדה שהמשיב החיל את ההטבות בחינוך על מגזרים מסויימים (חרדים, דרוזים, צ'רקסים) תוך פסילה של המגזר הערבי. התוצאה מצביעה על הפליה על בסיס לאום. הטבות בתחום החינוך צריכות להינתן על בסיס עקרונות של צדק חלוקתי המחייב התחשבות בשיקולים כלכליים-חברתיים ויישומם על כלל האוכלוסייה באופן שווה. במצב הנתון, אי הכללת הישובים הערביים בסיווג ל"אזורי עדיפות לאומית" בחינוך היא מפלה ולוקה בחוסר סבירות קיצוני.

המשיב ציין כי בתחום החינוך, מעמד הישובים נקבע באורח מלא על יסוד המבחן הגיאוגרפי, בהתאם למפת "אזורי עדיפות לאומית". משמעות הדברים היא כי טענת ההפליה אינה רלוונטית עוד, ויש לדחות את העתירה. עוד טוען המשיב, בנוגע לטענת ההפליה, כי לא קיימת הדרה מכוונת של העותרים, וודאי שלא משיקולים של לאום, כדבריהם. ישוב המצוי בתוך השטח שהוכרז כ"אזור עדיפות לאומית" ייהנה מהטבות, בין אם המדובר ביישוב יהודי ובין אם המדובר ביישוב ערבי. ישוב שאינו מצוי בגבולות השטח הגיאוגרפי האמור לא יקבל את ההטבות, בין אם הוא ישוב יהודי ובין אם הוא ישוב ערבי. משעה שהקריטריון הוא גיאוגרפי בלבד, אין מקום לטענת ההפליה, שכן ההבחנה היא על בסיס מיקום גיאוגרפי בלבד. הממשלה החליטה לתת הטבות על בסיס נקודתי למספר ישובים דרוזים וצ'רקסים ולאלה בלבד. מגזרים אלו זקוקים לתגבור רב בחינוך, כדי להדביק פערים בני שנים רבות. ההטבות למגזרים אלו אינן אלא העדפה מתקנת, המהווה חלק ממדיניות כוללת של הממשלה בטיפול במגזרים אלה. יחד עם זאת, הממשלה פועלת בדרכים אחרות לקידום החינוך במגזר הערבי והמגזר הבדואי.

פסק הדין התקבל בפה אחד. הנשיא אהרן ברק, כתב כי החלטה על כינונו של אזור פלוני כ"אזור עדיפות לאומית", החלטה רבת משמעות היא, שכן נגזרות ממנה הטבות רבות ושונות - ובמגזרי חיים רבים ושונים - לתושבים ולישובים שבתחומי אותם אזורים.

עקרון השוויון חולש על כל תחומי הפעילות של השלטון. יחד עם זאת, חשיבות מיוחדת נודעת לו בכל הקשור לחובת השלטון לנהוג בשוויון בין אזרחיה היהודים של המדינה ואזרחיה שאינם יהודים. חובה זו - של שוויון בין כלל אזרחיה של מדינת ישראל - ערבים ויהודים כאחד - מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. הפגיעה בשוויון קשה יותר כשהיא פוגעת בזכות לחינוך, שהיא זכות יסוד שאינה מצטמצמת לזכותו של הפרט לבחור בחינוך אשר יבקש, אלא כוללת לעיתים גם את חובתה של המדינה לאפשר לכל פרט לקבל חינוך על בסיס שוויוני. בנסיבות העניין, החלטת הממשלה בעניין קביעת "אזורי העדיפות הלאומית" אינה מתיישבת עם עקרון השוויון, שכן תוצאותיה מביאות להפליה פסולה של בני המגזר הערבי במימוש זכותם לחינוך, יש לצפות כי מדיניות הממשלה בתחום זה תקיים שוויון בין יהודים וערבים, כך נדרש מערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל. ניתן היה להניח כי מדיניות של מתן עדיפות לאזורי פריפריה בתחום החינוך תהיה שוויונית ואף תקדם שוויון מהותי בין יהודים וערבים. לא זו תוצאה של מדיניות הממשלה. הפער הגדול בין מספר הישובים היהודיים במעמד של "אזור עדיפות לאומית" בתחום החינוך לבין מספר הישובים הערביים במעמד דומה, מצביע על תוצאה מפלה. זוהי תוצאה שאין הדמוקרטיה הישראלית יכולה לסבול. משאבי הציבור - בייחוד משאבים המופנים לתיקון עיוות חברתי - כלכלי - צריך שיוקצו באופן שוויוני וצודק בשים לב למטרה לשמה הם מוקצים ולצרכים השונים של בני החברה בקבלת המשאבים.

המשנה לנשיא מישאל חשין הוסיף כי הממשלה לא היתה רשאית ומוסמכת לקבוע "אזורי עדיפות לאומית". הממשלה לא הותרה, על פי סדרי הממשל בישראל וכנדרש מעקרון שלטון החוק, לקבוע מדיניות הטבות כה רחבת היקף ועמקות כמו זו שקבעה, והמסקנה המתבקשת מאליה היא שהממשלה פעלה בהיעדר סמכות.

נקודות לדיון

• זכות הפרט לבחור בסביבת מגוריו החברתית והתרבותית - האם הרצון לשמור על צביון דתי ולאומי כמרכיב חברתי ותרבותי מהווה הפליה בכך שנמנע מאוכלוסיה שאינה יהודית להתגורר בישוב מסויים? האם ניתן לכפות מגורים בסביבה הטרופית - ובעיקר במקרה הנדון של ישוב הקיים מאז שנת 1982, בו השתכנו התושבים בידיעה שמדובר ביישוב בעל אופי מסויים?

• האם ערך הביטחון הלאומי - לפיו, הבטחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית יכול בנסיבות מסויימות לגבור על ערך השוויון? מכאן, שאם ישנה אפשרות שיתקיימו סיכונים לביסוס המדינה כיהודית ודמוקרטית יידרש איזון שיחייב את דחיית השוויון, או שיש בקיום ערך השוויון, באופן רחב, משום התגשמות של הציונות שהצהירה כבר במגילת העצמאות שמדינת ישראל כבית לאומי לעם היהודי תקיים שוויון לכל אזרחיה?

• הזכות לחינוך נמנית כאחת מזכויות האדם בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם של האו"ם משנת 1948, ובאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966. מטרתה של זכות זו - מתן גישה לחינוך לכל אדם. זוהי אחת הזכויות החברתיות החשובות ביותר המאפשרת לאזרחי מדינה לרכוש כלים אשר יאפשרו להם להשתלב בחברה בחייהם כבוגרים. בנוסף, חברה אשר תדאג להעניק את הזכות לחינוך באופן שווה לכל חברה ואף תוך תמיכה באוכלוסיות מוחלשות תקיים חברה שלחבריה מיומנויות חיים המאפשרות השתלבות אישית לצד פיתוח חברתי. האם יש מקום לקיים העדפה מתקנת בנושא החינוך?

הזכות לשוויון

בבסיסו של השוויון עומדים שיקולים של צדק והגינות והוא מהווה ערך יסוד במשפט הישראלי. הנשיא משה לנדוי כתב: "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו." ולדברי הנשיא שמגר: "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן."

עקרון השוויון מעוגן בדין הישראלי החקוק. תחילתו בהכרזת העצמאות, הקובעת כי מדינת ישראל תקיים שוויון בין אזרחיה "בלי הבדלי דת, גזע ומין" והמשכו בדברי חקיקה שונים: חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964; חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959 (איסור על הפליה בלשכת שירות התעסוקה); חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; תקנות גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז 1987 ועוד.

בשנת 1992 נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שעיגן והעניק מעמד חוקתי לזכויות שונות: זכות האדם להגנה על חייו, גופו וכבודו, זכות הקניין, זכות התנועה והזכות לפרטיות וצנעת הפרט. מחוק זה הושמטה הזכות לשוויון ולא במקרה, כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק. יחד עם זאת, בסעיף 1 לחוק היסוד, שהוא סעיף המטרה של החוק, נקבע: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל." סעיף זה קובע כי את זכויות היסוד יש לכבד ברוח עקרונות הכרזת העצמאות, וביניהם שוויון האזרחים ללא הבדל דת גזע ומין.

שופטים שונים ביטאו את גישתם כי עקרון השוויון מעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לדוגמה, הנשיא אהרן ברק: "לשיאה הגיעה התפתחות זו עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן את השוויון כזכות חוקתית על-חוקית בגדריו של כבוד האדם." והשופט תיאודור אור: "היום ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית-על חוקית."

הנשיא ברק הביע את דעתו כי בחוק היסוד מעוגנות זכויות נוספות: "על פי גישה פרשנית זו, המושג כבוד האדם וחירותו צריך לקבל את משמעותו המלאה. יש ליתן אותו תוכן, אשר ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מעניקים (אובייקטיבית) למושג 'כבוד האדם וחירותו'." מהותו תיקבע על פי תפישות היסוד של הציבור הנאור בישראל. על כן, יש לכלול במסגרת כבוד האדם וחירותו את עקרון השוויון, חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, האסיפה וההתאגדות. כל אלה הם ביטוי לכבוד האדם וחירותו במדינה יהודית ודמוקרטית."

השופטת דורנר הביעה גישה מסוייגת יותר בבג"ץ שהגישה אליס מילר נגד שר הביטחון. לטענתה, אין לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי. בוונתו הברורה של המחוקק היתה דווקא שלא לעגן בחוק היסוד עקרון כללי זה ולעבודות ההכנה של חוק משקל בקביעת תכליתו: "עם זאת, אין ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות."

זכותו של אדם לשוויון - בכל זכות אחרת היא זכות יחסית. ניתן לפגוע בזכות לשוויון מכוחם של ערכים ראויים אחרים. משמעות עקרון השוויון היא שוויון בפני החוק, וניטרליות של החוק ביחס לשונות שבין בני האדם. השוויון מניח הסדר נורמטיבי המופעל בצורה אחידה על כל הפרטים, חרף השוני העובדתי שביניהם. עם זאת, עקרון השוויון אינו מניח דין אחיד לכל ואינו שולל דינים שונים לאנשים שונים, לדוגמה הנשיא שמעון אגרנט כתב: "עקרון השוויון אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה... משמעותו, שיש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים הרלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם ביחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי זו תהיה הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, ביחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת."

בתי המשפט עשו שימוש ברעיון "העדפה מתקנת", הנגזר מעקרון השוויון, ועיקרו בהעמדת אמצעי של מדיניות משפטית להגשמת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית. כך, דברי השופט אליהו מצא: "פער ניכר בשוויון היכולת, בין אם מקורו בחוקים מפלים שהיו תקפים בעבר ועברו מן העולם, ובין אם נתהווה בעטיין של תפיסות עולם פסולות שנשתרשו בחברה, מגביר את סיכויי הקבוצות החזקות וגורע מסיכויי הקבוצות החלשות. ההעדפה המתקנת באה לאזן פער זה. היא מבוססת על התפישה, כי בחברה שחלק ממרכיביה מצויים בעמדת מוצא נחותה, אין די במתן הזדמנות שווה לכל. מתן הזדמנות שווה, בנסיבות כאלו, יקיים רק נוסחה של שוויון פורמאלי, אך לא יזמן לבני הקבוצות המקופחות סיכוי אמיתי לקבלת חלקן במשאביה של החברה. קיומו לאורך זמן של שוויון פורמאלי בלבד מעלה את החשש שבשל דרכו של עולם ומנהגי הבריות, תונצחנה תוצאותיה של ההפליה. תיקון עוולות העבר והשגת שוויון מעשי יכולים, לכן, להיעשות רק בהענקת יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה."

דעות קדומות, שהושרשו בעבר בחברה, הובילו לחוסר שוויון בין הגבר לאישה בכל הנוגע למסגרת המשפחתית, לחיי הכלכלה ולחיים הציבוריים. למרות שזכות ההצבעה ניתנה בצורה שווה לשני המינים מיד עם הקמת המדינה, ולמרות חקיקת חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, שביסס את איסור ההפליה על רקע מיני, הרי שבפועל טרם הושג בישראל שוויון מלא בין המינים.

אי השוויון בא לידי ביטוי בהוראות דין שונות בהן מעמדה של האישה אינו שווה למעמדו של הגבר בתחום המעמד האישי, בבחירתן ובמינויין של נשים לתפקידים בכירים בשירות הציבורי ובמשק הפרטי.

הפגיעה בשוויון הובילה נשים וארגוני נשים רבים אל בתי המשפט ולכנסת בדרישה להתערבות ותיקון המצב. במהלך השנים חוקקה הכנסת כמה חוקים שמטרתם להתמודד עם הבעיה, לרבות בדרך של "העדפה מתקנת", הנגזרת מעקרון השוויון, במטרה להשיג שוויון הלכה למעשה.

שוויון זכויות לנשים

בג"ץ 4541/94 אליס מילר נגד שר הביטחון

ישבו בדין השופטים אליהו מצא, יעקב קדמי, טובה שטרסברג-כהן, צבי א' טל ודליה דורנר

העותרת, אליס מילר, חיילת בצה"ל ובעלת רישיון טיס אזרחי, ביקשה לזמנה למבדקי התאמה לקורס טיס. בקשתה נדחתה בנימוק כי אין הצבא מקבל נשים לקורס טיס בשל חוסר כדאיות בהשקעת כספים בהכשרת אישה ששירותה, הן על פי החוק והן משום מגבלותיה הטבעיות בשל הריון ולידה, קצר משירותו של גבר.

בעתירה שהגישה העותרת נטען כי היא פוגעת בעקרון השוויון בין המינים בשללה מן הנשים, אף מבלי לבדוק את כישוריהן, את ההזדמנות להתקבל לקורס טיס. נפסק, כי החלטת הפסילה המוחלטת מפלה נשים לרעה מחמת מין, ובכך, ככל הפליה בשל השתייכות קבוצתית, פוגעת בזכותן החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השיקולים של חסכון כספי והקלת התכנון שיסודם בשוני בין איש לאישה, הם אמנם רלוונטיים ואף לגיטימיים ומהווים תכלית ראויה, אך הפסילה המוחלטת אינה מידתית. שכן, ככלל: "הגשמת השוויון בין המינים מחייבת תכנון מערכתי שייקח בחשבון את צורכיהן הייחודיים של הנשים. האינטרס בהבטחת כבודן ומעמדם של הנשים מחד גיסא, ובהמשך קיומה של החברה לגידול ילדים, מאידך גיסא דורש התאמתם (של המוסדות החברתיים) לצורכי האישה" גם אם ההתאמה כרוכה בהקצאת משאבים נוספים. בפסק הדין נקבע כי ניתן לתכנן את המערכת תוך לקיחת השוני בין הגברים לנשים בחשבון והעתירה התקבלה איפוא.



למצולמים אין קשר לפסק הדין ולכתבה

שוויון זכויות לפי העדפה מינית

בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נגד יונתן דנילוביץ' ואחרים
ישבו בדין המשנה לנשיא אהרן ברק והשופטים יעקב קדמי ודליה דורנר

יונתן דנילוביץ' עבד כדייל בכיר בחברת אל-על משנת 1972. הוא הצטיין בעבודתו וזכה להערכה רבה. בהתאם להסכם הקיבוצי החל על עובדי החברה, זכאי כל עובד קבוע לקבל אחת לשנה כרטיסי טיסה ללא תשלום, או בהנחה, עבורו ועבור בן זוגו. ההוראה קובעת כי מדובר בבעל או באישה.

בשנת 1988, פנה דנילוביץ' וביקש כרטיס עבור בן זוגו. חברת אל-על סירבה, באמרה, כי אין היא מכירה בקשר כזה לצורך הזכאות לכרטיס טיסה.

דנילוביץ' פנה לבית הדין האזורי לעבודה. בית הדין קיבל את תביעתו וקבע כי ההוראה המקנה את ההטבה לידועים בציבור, אך לא לבני זוג מאותו מין, היא הוראה מפלה, ולכן אסורה. חברת אל-על, מצידה, עירערה לבית הדין הארצי לעבודה. בית דין זה דחה את ערעורה וקבע אף הוא כי ההסדר מהווה הפליה פסולה על רקע העדפה מינית.

אל-על לא ויתרה, ועתרה נגד החלטת בית הדין הארצי לעבודה לבית המשפט העליון, בטענה שבתי הדין לעבודה שגו כאשר קבעו כי מדובר בהפליה פסולה העומדת בניגוד להוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. החוק אכן קובע כי אסור להפלות על בסיס העדפה מינית, אך החוק לא העניק זכויות לקבלת הטבות. רק החברה זכאית להחליט באילו תנאים יינתנו הטבות לעובדיה.

ההבחנה בין זוגות של גבר ואישה לבין זוגות בני אותו מין, קיימת בכל דבר חקיקה המתייחס לזכויות בני זוג. אם יקבל בית המשפט את בקשתו של דנילוביץ', ייפתח פתח לשינוי הסדרים בנושא מיסים, מעמד אישי, אזרחות, זכויות פנסיה ועוד. מדובר בשינוי מקיף שצריך להיעשות בחקיקה, לא בהחלטה נקודתית של בית המשפט.

דנילוביץ' טען מנגד כי אינו טוען כנגד מערך החקיקה כולו, אלא כנגד הפליה אסורה ספציפית. דנילוביץ' סיפר כי הוא ובן זוגו חיים חיי משפחה מלאים ומנהלים משק בית משותף במשך שנים ארוכות. ההטבה נועדה לאפשר לבן הזוג לבלות יחד עם עובד החברה. להטבה גם משמעות כלכלית, והיא חלק מתנאי השכר.

בית המשפט החליט, ברוב דעות, לדחות את העתירה, והכריז על ההסדר של אל-על כנגוע בהפליה פסולה. נקבע כי דנילוביץ' זכאי אף הוא ליהנות מההטבה של כרטיס טיסה עבור בן זוגו.

המשנה לנשיא אהרן ברק כתב בפסק הדין: "ביסוד כבוד האדם מונחת ההנחה, שכל אדם הוא חופשי לפתח את גופו ורוחו על פי רצונו. על רקע חופש זה בא עיקרון השוויון. משמעותו הינה שוויון בפני החוק, וניטרליות של החוק ביחס לשונות שבין בני האדם." המשנה לנשיא ברק סבר כי הענקת טובת ההנאה רק לבני זוג בני מינים שונים עומדת בניגוד להוראת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, האוסרת הפליה בתנאי עבודה בשל העדפה מינית. הוא טען כי מינו של בן הזוג אינו רלוונטי לקיום מטרת טובת ההנאה. לכן מדובר בהפליה פסולה, ולא בהבחנה מותרת.

השופטת דליה דורנר, שהצטרפה לדעת המשנה לנשיא, הלכה צעד נוסף. לדבריה, זכותו של דנילוביץ' קמה לו עוד לפני חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, מכוח עיקרון השוויון, כעיקרון-על במשפט הישראלי. השינויים בתפיסה החברתית אודות הומוסקסואליות מחייבים גם שינוי בפרשנות הוראות חוק והסכמי עבודה. בית המשפט קבע כי ההוראה המעניקה הטבה לבן זוג בן המין השני בלבד יוצרת הפליה פסולה. כעת נותרה השאלה, מהו הסעד, מה הפתרון, שיכול בית המשפט לתת לדנילוביץ'?

הסעד המובן מאליו, כאשר בית המשפט פוסל הוראה בחוזה, הוא ביטולה של אותה הוראה. המשמעות, במקרה זה, היא ביטול הסדר טובות ההנאה לכל עובדי אל-על. תוצאה זו תהיה בבחינת "תמות נפשי עם פלשתים", ולכן, קבע בית המשפט, היא בלתי סבירה. נקבע כי: "התרופה הראויה במצב דברים זה היא

זו של הענקת טובת ההנאה גם לאלה החיים חיים משותפים והם בני אותו מין." השימוש בתרופה זו אינו יכול להיות מכני, ויש לבדוק את התאמתה בכל מקרה לגופו. כאן, הרחבת הסדר כרטיסי הטיסה מוסיפה קבוצה קטנה של נהנים, ולא יוצרת מעמסה תקציבית של ממש. לכן אפשר ורצוי לתת סעד זה.

השופט קדמי, בדעת מיעוט, נשען בעיקר על הפרשנות הלשונית והחברתית של המונח "בני זוג", המופיע בהוראה המקנה את טובת ההנאה לעובדי אל-על. זוג, לדבריו, בהכרח מורכב משני פרטים, משני המינים. לכן ההבחנה בין "זוג" לבין צמד אנשים בני אותו מין אינה הפליה, שכן אלה האחרונים אינם בכלל "זוג". כדי לפרש את המונח "זוג" אחרת צריך שינוי לשוני, חברתי ומשפטי, כללי וגורף, בכל הגזרות.

נקודות לדיון

• בעבר היה קיים הבדל גדול בין התפקידים שמילאו נשים וגברים בחברה ובמשפחה - הגברים יצאו לעבודה, דאגו לפרנסת המשפחה והשתתפו בכל התפקידים החשובים בחברה, ואילו הנשים נשארו בבית, טיפלו בילדים, בישלו וניקו.

בהדרגה ובתהליך שלא תם עדיין, הולך ומשתנה המצב, וכיום הנשים לומדות מקצוע, עובדות ומתפרנסות כמו הגברים. יותר ויותר נשים ממלאות תפקידים חשובים בארגונים שונים, ויש ביניהן מנהיגות, ממציאות, מדעניות, נשות עסקים וכדומה. כיום יותר גברים משתתפים בטיפול בבית ובילדים. כלומר, השוויון בין גברים לנשים הולך ומעמיק הן במסגרת החברתית הרחבה והן במסגרת המשפחתית והביתית.

יחד עם זאת, השוויון בין גברים לנשים עדיין איננו מלא. ישנם מקומות עבודה המעדיפים להעסיק עובדים גברים; במקומות עבודה רבים הנשים מקבלות תפקידים פחותי חשיבות מן הגברים; והשכר של נשים נמוך מזה של הגברים, גם כשכישוריהן האישיים והפורמאליים שווים וכשהן ממלאות את אותו התפקיד.

מקרים רבים בנושא השוויון בכלל והשוויון בין המינים בפרט מגיעים לדיון בבית המשפט ועומדים להכרעתו. דוגמאות בולטות בתחום זה הן פסק הדין שניתן בנושא השוואת גיל הפרישה לנשים ולגברים ופסק הדין בנושא פתיחת האפשרות לנשים לגשת למבדקי קורס טיס בצה"ל.

• עם הקמת המדינה ירשה מדינת ישראל את החקיקה הבריטית, לפיה נחשב קיום יחסי מין הומוסקסואליים לעבירה שדינה עשר שנות מאסר. היועץ המשפטי השני לממשלה, חיים כהן, הורה למשטרה שלא לאכוף את החוק למרות שהוא נותר על כנו והופיע עוד שנים רבות כאחד הסעיפים בספר העונשין.

בשנת 1980 הוגשה הצעת חוק לפיה יופחת העונש על עבירה זו לשנת מאסר אחת, אך ההצעה לא הגיעה לשלבי חקיקה מתקדמים ורק בשנת 1988 בוטל הסעיף. אף שהומוסקסואלים אינם נהנים עדיין משוויון זכויות מלא, נחשבות החקיקה והפסיקה בישראל בין המתקדמות בעולם ביחסן לנושא. כיום זכותם של לסביות והומוסקסואלים לכבוד ולשוויון זוכה ללגיטימציה חברתית לא מבוטלת, ובאה לידי ביטוי בפתיחות חברתית הולכת וגוברת לדפוסי זוגיות ומשפחה אלטרנטיביים אלו.

זכויות אדם

עד לאחרונה זכויות היסוד של האדם בישראל היו הלכתיות במהותן. באמצעותן גובשה תכלית החקיקה ונתפרש דבר החקיקה. בית המשפט הניח כי לאור אופייה הדמוקרטי של המדינה מוקנות לאזרחיה זכויות יסוד אפילו אם אינן כתובות בספר החוקים. עם זאת, היה בכוחו של דבר החקיקה של הכנסת לפגוע בזכויות האדם, לצמצמן או לשלול אותן. זכויות האדם עוגנו בדרך של פרשנות החוקים ועם שינוי בחוקים ניתן היה לשנות את זכויות האדם.

בשנת 1992 חוקקה הכנסת שני חוקי יסוד חדשים ובכך הביאה למהפכה חוקתית. חוק-יסוד: חופש העיסוק הקובע כי לכל אזרח ותושב הזכות לעסוק בכל עיסוק, מקצוע ומשלוח יד. וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כי אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם, וכי אין פוגעים בקניינו של אדם. כל אדם זכאי להגנה על חייו, כבודו וגופו. לכל אדם החירות מפני מאסר, מעצר, הסגרה או כל דרך אחרת הפוגעת בחירותו האישית. לכל אדם זכות לצאת מישראל, ולכל אזרח ישראלי הזכות להיכנס אליה. כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו. אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו. אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו ובכליו. אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו. אין פוגעים בזכויות המעוגנות בשני חוקי היסוד הנזכרים, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

בנוסף, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסייגים מסויימים כי אין בכוחן של תקנות שעת חירום להתיר פגיעה בכבוד האדם וחירותו. לדברי הנשיא אהרן ברק בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעוגנות זכויות נוספות: "על פי גישה פרשנית זו, המושג כבוד האדם וחירותו צריך לקבל את משמעותו המלאה. יש ליתן לו אותו תוכן, אשר ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מעניקים למושג כבוד האדם וחירותו. מהותו תיקבע על פי תפישת היסוד של הציבור הנאור בישראל. על כן, יש לכלול במסגרת כבוד האדם וחירותו את השוויון, חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, האסיפה וההתאגדות. כל אלה הם ביטוי לכבוד האדם וחירותו במדינה יהודית ודמוקרטית."

כתוצאה מחקיקת שני חוקי היסוד הנזכרים, רבות מזכויות האדם חדלו להיות זכויות הלכתיות והפכו להיות זכויות הכתובות בספר ונהנות ממעמד עדיף על פני חוקים רגילים. חקיקה זו חוללה "מהפיכה חוקתית" בעניין מעמדן של זכויות האדם בישראל. הזכויות המעוגנות בחוקים אלה זכו למעמד "חוקתי על חוקי". חקיקה הפוגעת בזכויות המעוגנות בחוקי יסוד אלה נדרשת להלום את ערכיה של מדינת ישראל, לכוון לתכלית הראויה, ולא לעבור את המידה הראויה. חקיקה שאינה עומדת בדרישות אלה חשופה, בתנאים מסויימים, לאפשרות הכרזתה כבטלה על ידי בית המשפט.

בפסקי הדין המוזכרים להלן, עולות דוגמאות של ערכים מתנגשים בסוגיות שונות המגיעות אל בית המשפט העליון, ודרך האיזון המופעלת עליהם כדי ליישם את הפתרון המתאים ביותר.

כיתוב על גבי מצבות כבודו של אדם או של נוהל?

ערעור אזרחי 294/91 חברת קדישא גחש"א קהילת ירושלים נגד קסטנבאום
ישבו בדין הנשיא מאיר שמגר, המשנה לנשיא מנחם אלון והשופט אהרן ברק

מר קסטנבאום פנה, באמצעות אחיו, לחברת קדישא, והסדיר עמה את ענייני הלוויה והקבורה של רעייתו המנוחה. אחיו של קסטנבאום חתם על "טופס רישום והזמנת קבורה" אשר בתחתיתו נאמר כי ההזמנה נעשית על דעת תקנות חברת קדישא וההתחייבויות הנובעות מכך וכי המזמין מאשר קבלת דף הסבר, שבו נאמר, בין היתר, כי על פי התקנות האמורות, הכיתוב על המצבה יהיה אך ורק באותיות עבריות, ללא ספרות וללא ציור או תמונה. קסטנבאום פנה לחברת קדישא וביקש ממנה לרשום את שמה ושנת הלידה של רעייתו המנוחה באותיות לטיניות. משזו לא נתנה את אישורה, פנה מר קסטנבאום לערכאות. תביעתו של קסטנבאום התקבלה ומכאן הערעור של חברת קדישא.

המשיב, מר קסטנבאום, טען כי יש בידיו זכות להוסיף על המצבה, שהוקמה על קבר רעייתו המנוחה, את שמה באותיות לטיניות ואת תאריכי לידתה ופטירתה בספרות לפי הלוח הגיאורגי. זאת בשל כך, שהמנוחה התגוררה בארצות הברית במשך מרבית חייה והיתה ידועה לפי שמה הלועזי, חייה התנהלו לפי לוח השנה הלועזי, ואף המבוקש הוא לכבודה ולרצונה ויעזור גם לרבים מקרוביה, מכריה ומוקיריה מחו"ל להתייחד עם זכרה בבית העלמין.

המערערת, חברת קדישא, ביקשה להדגיש את הפגיעה ברגשות קרוביהם של נפטרים אחרים, את העובדה שאין לה מונופול בירושלים, וכן את הצביון והרגישות המיוחדים לעיר זו. עוד טענו כי המצבות יעמדו על תלן עד תחיית המתים, ומן הראוי כי במקום זה תשלוט לשון הקודש, המאחדת את העם. השפה העברית היתה נחלתו הייחודית של העם היהודי במשך אלפיים שנה, ומשימת החייאתה כשפה אחידה ומאחדת עמדה בראש מעייניהם של האבות המייסדים של המדינה ונחרטה על מגילת העצמאות.

הנשיא שמגר התייחס למעמדן של זכויות הפרט ולביטוי החירות המחשבתית האישית על צורותיה השונות, אשר עליהם מגינה שיטת המשפט בחברה חופשית. לכל אדם זכות לכבד בדרך נאותה את זכר אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם, כל עוד הדבר אינו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. בית הקברות הינו מקום לא רק לקבורת מתים, אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים. המצבה איננה מבנה ציבורי, אלא, בראש ובראשונה מיועדת לזכר המתים ואתר עליה לרגל לקרוביהם ולכן עניינם צריך להיות מוגן ומיוחד. יחד עם זאת, מקים המצבה אינו רשאי לעשות ככל העולה על רוחו, יש מקום לפיקוח כדי שלא ייפגעו צורת בית הקברות ורגשותיהם של אחרים.

מה שמבוקש על ידי המשיב אינו קיצוני וחריג לפי מהותו עד שיש בו כדי לפגוע באופן עקרוני ברגשותיהם של אחרים. שאיפת המערערת לשליטת הלשון העברית בנוסח הכיתוב על המצבות היא לגיטימית, וכוונתה הן ללא דופי מהבחינה הציבורית-לאומית, אולם אין בהן כדי להתיר כפיית דעתה של המערערת על אחר.

השופט אהרן ברק סבר כי במקרה דנן, לשיקול של כבוד האדם יש היבט כפול: ראשית, כבוד האדם וחופש המצפון, הביטוי והמחשבה של הנפטר. ייתכן שבחייו ביטא האדם רצון משלו באשר לכיתוב על מצבתו, והדבר בא לידי ביטוי בצוואה שערך. על רצון זה יש להגן. הוא משקף את כבוד האדם ואת תפישת עולמו והמצפון שלו בחייו. שנית, כבוד האדם וחופש המצפון והביטוי של משפחת הנפטר. לבני משפחת הנפטר עומדות הזכות והחירות כי זכר יקירם יכובד בדרך הנראית להם כראויה, וכי תינתן להם

אפשרות להביע את רגשותיהם כלפיו באופן הנראה להם כמתאים. כיתוב בלשון שהמנוח ובני משפחתו דיברו בה הוא ביטוי לכך. על הרשות השלטונית להתחשב בכבוד האדם ובחופש המצפון, המחשבה והביטוי של הנפטר בחייו ושל הקרובים לו אחר מותו, בשעה שהיא מעניקה שירותי קבורה. משמעות הדבר, היענות לבקשת הנפטר או משפחתו, כי הכיתוב על המצבה יהא בשפה שתיבחר על ידיו. כבוד האדם בו מדובר הוא גם כבודם של כל אלה אשר נקברו באותה חלקה ושל משפחותיהם. המדובר בזכות אדם אינדיווידואלית, המשותפת לכל יחיד ויחיד.

שלטון במדינה דמוקרטית רשאי לקבוע כללי כיתוב שנועדו שלא לפגוע בכבוד האדם עצמו. אם יינתן לכל אחד הדרור לעצב מצבה כרצונו, יהיה בכך ביטוי לחירותו שלו, אך הוא עשוי לפגוע בכך בכבודם ובחירותם של האחרים. נדרש "איזון פנימי" בין כבוד האדם של הפרטים השונים בינם לבין עצמם. דבר זה מחייב לעתים את הרשות הציבורית לקבוע כללים שיבטיחו אחידות ופשטות, אך אלה צריכים להיות מכוונים לשמירת הכבוד ולא לשמירת ערכים אחרים, כגון מעמד השפה העברית.

שימוש ייחודי בשפה העברית מטפח את כבודם של אלה הרואים בשפה העברית ביטוי לאישיותם. לעומת זאת, כפיית הכיתוב העברי על מצבה של אדם אשר הוא בחייו - או משפחתו לאחר מותו - מתנגדים לכך, מהווה פגיעה בכבודו של אותו נפטר. על כן, באיזון הכולל בין הערכים המתנגשים מהווה דרישה של ייחודיות הכיתוב העברי פעולה בלתי סבירה.

המשנה לנשיא מנחם אלון בדעת המיעוט, במקרה דנן, טען כי לא קיים כל תנאי מקפח אלא נהפוך הוא מדובר בתנאי סביר והגון, ובנסיבותיו המיוחדות של העניין, תהא פגיעה בציבור גדול ורב, שכבר הובא למנוחת העולמים. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע בלשון ברורה, שתכליתו היא לעגן את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. עם חקיקת סעיף 1 לחוק יסוד זה הפכו זכויות היסוד לזכויות הכתובות עלי ספר, שההגנה עליהן היא כדי להגן את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, ערכים היונקים מערכי מורשת ישראל ומורשת היהדות ומערכי הדמוקרטיה של מדינה שוחרת חופש. השימוש בשפה העברית והכיתוב בשפה זו הם ערך יסוד בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית.

נשות הכותל - חופש הפולחן

בג"ץ 257/89 ענת הופמן נגד הממונה על הכותל המערבי
ישבו בדיון הנשיא מאיר שמגר, המשנה לנשיא מנחם אלון והשופט שלמה לוי

העותרות, חברות ה"וועד הלאומי למען נשות הכותל" מבקשות לקיים תפילתן ברחבת התפילה אשר בכותל המערבי, כשהן נושאות ספרי תורה ועטופות בטלית מבלי לקיים מניין של לתפילה. כניסתן של העותרות לרחבת הכותל המערבי, זכתה להתנגדותם החריפה של המתפללים במקום. המחלוקת בין המתפללים לבין העותרות לוותה בהתפרעויות, בזריקת חצץ ועפר אל עבר העותרות המתפללות, בשימוש בכוח ובאלימות מילולית. במהלך הטיפול בעתירה תוקנה תקנה 2(א) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, האוסרת על עריכת טקס דתי בכותל המערבי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום.

העותרות טענו כנגד התקנה החדשה שהיא לוקה, לדעתן, בחוסר סבירות קיצוני, בהפליה פסולה, בשיקולים זרים ובחריגה מסמכות. עוד טענו כי תפילתן כשהן עטויות בטלית וקוראות בספר התורה אינה מנוגדת ל"מנהג המקום" וכי הן מקפידות לנהוג על פי דיני ההלכה.

המשיבים, מצידם, הדגישו כי זכות הגישה של העותרות לכותל המערבי וזכותן להתפלל בו אינן שנויות במחלוקת. מה שנמנע מהן היא התפילה כשהן עטופות בטליתות, נושאות ספרי תורה וקוראות בהם, וכי התנהגות זאת עוררה מהומות קשות ברחבת הכותל ובכך גרמה להפרת הסדר הציבורי.

השופט מנחם אלון טען כי דין העתירות להידחות. לשיטתו זכאיות העותרות לחופש לקיים את פולחן הדתי כמנהגן וכי אין בכך הפרה של איסורים הלכתיים. אלא, שזכותן לקיים את פולחן המיוחד ברחבת

הכותל המערבי נדחית מפני ייחודו של הכותל ומפני מנהג המקום המחייב בו. במקום התפילה שברחבת הכותל המערבי, שדינה לעניין זה כדין בית כנסת, לא התקיים מעולם מנהג של תפילת נשים ותפילה כמנהגן של העותרות, החורג מגדר המכנה המשותף הרחב המאפשר תפילת כל יהודי במקום.

הנשיא מאיר שמגר עמד בפסס דינו על האיזון הנדרש, בין קיום חופש הגישה לכותל המערבי לכל מי שהמקום מקודש בעיניו, לבין הימנעות מפגיעה בקדושת המקום וברגשותיהם של מתפללים אחרים. ההכרח באיזון כזה, הנלמד מהבנת תכליתם של חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל ושל חוק השמירה על המקומות הקדושים, מעוגן בהיותנו חברה חופשית שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה: "העתירות דן מוליכות אל דרך החתחתים הקשה של ניסיון האיזון בין גישות, אמונות ודעות שאינן מתיישבות זו עם זו. בהקשר זה יש לזכור כי ההתמקדות הבלעדית בפרישת הקושיות והבעיות לפני בית המשפט אינה בהכרח פתרון ראוי ותרופה רצויה לכל התחלואים. יש לכבד את החיפוש אחר המכנה המשותף לכל היהודים באשר הם. המכנה המשותף משמעו הסתפקות בעיקרי ההסדרים המבטיחים חופש גישה וחופש תפילה לכל אחד, ללא כפיית אורח התנהגות ייחודי על מי שאינו רוצה בכך וללא פגיעה ברגשות המאמינים. יש להוסיף ולחפש אחר דרכים מעשיות, שלפיהן כל אדם המבקש לפנות לבוראו בתפילה יהיה רשאי לעשות כן בסגנונו ובדרכו, ובלבד שלא יהא בכך כדי להוות פגיעה של ממש בתפילתם של אחרים."

בית המשפט החליט לדחות את העתירות.



נקודות לדיון

- כאשר זכויות אדם מתנגשות זו בזו יש לאזן ביניהן ולמצוא את הפתרון אשר ישיג את המטרה, אך יפגע מעט ככל האפשר בזכויות של כל אדם או קבוצה. בכל מקרה של התנגשות בין זכויות יש לבדוק את מידת הפגיעה ולהחליט איזו זכות עדיפה. על בית המשפט לברר מהי הסיבה ולאילו מטרות פוגעים בזכות? האם הסיבה מוצדקת? האם הזכות האחרת-המתנגשת נמצאת בסכנה ממשית? באילו אמצעים נוספים ניתן להשתמש על מנת להשיג את המטרה? האם הפגיעה בזכות היא סבירה?

- בפסקי הדין המוזכרים בזאת, עולות דוגמאות של ערכים מתנגשים וסוגיית האיזון ביניהם, למשל: במקרה האחד, האיזון הנדרש, בין קיום חופש הגישה לכותל המערבי לכל מי שהמקום מקודש בעיניו, לבין הימנעות מפגיעה בקדושת המקום וברגשותיהם של מתפללים אחרים.

במקרה השני, עומדות לדיון זכות הפרט לביטוי - החירות המחשבתית האישית על צורותיה השונות, אשר עליהם מגינה שיטת המשפט בחברה חופשית, לעומת השמירה על ייחודיות הכיתוב העברי.

אקטיביזם שיפוטי

אקטיביזם שיפוטי היא גישה, לפיה בית המשפט אינו צריך להצטמצם רק בתפקיד של מתן פרשנות לחוק בקביעת פסיקותיו, אלא מתפקידו לעסוק גם בהשלמת החסר בחוק ובפיתוח המשפט.

לפי תפיסת עולם זו לבית המשפט יש את האפשרות לנקוט עמדה ביחס לכל נושא. ניתן לבחון כל פעולה על פי נורמות משפטיות המוגדרות בחוק או המתחייבות ממנו. לפי תפיסה זו, לא קיים "חלל" משפטי, אלא "הכול יכול להיות שפוט".

אם כן, אקטיביזם שיפוטי מקבל ביטוי, גם בשאלת השפיטות, כלומר, השאלה מהם הנושאים שבית המשפט מוסמך לדון בהם, ומהם הנושאים הנמצאים מחוץ לתחומו. בית משפט נחשב אקטיביסט ככל שהוא נוטל לעצמו תפקיד רחב יותר, בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים, בקביעת הערכים שישירו במדינה ובקביעת הדרך שבה יוקצו המשאבים העומדים לרשות המדינה.

גישה זו הרחיבה את זכות העתירה לבג"ץ. בעבר, נדרש אדם שעתר לבג"ץ להוכיח שיש לו עניין אישי ממשי וישיר בסוגיה הנדונה, או שהוא נפגע באופן אישי. באם לא נמצאו עמו הוכחות אלה, היה בית המשפט דוחה את עתירתו בנימוק של היעדר "זכות עמידה". נימוק זה איפשר לבית המשפט להימנע מדיון בעתירות שנגעו לסכסוכים בעלי אופי קבוצתי, כמו ברבות מהמחלוקות בנושאי דת ומדינה. אולם, בעידן האקטיביזם השיפוטי הורחבה "זכות העמידה", ולאזרח יש זכות להגיש עתירה, הן בסוגיות ציבוריות פוליטיות והן בסוגיות של דת ומדינה.

בית המשפט מתייחס בדיוניו למידרג נורמטיבי של חוקים - לפירמידה שבראשה ניצבת החוקה, או חוקי היסוד במדינת ישראל ומתחתיה נמצאות מדרגות חוקים שניתנו בחקיקה ראשית או משנית. כלומר, הפירמידה מורכבת ממידרג נורמות - נורמות בעלות עוצמה רבה יותר ונורמות הנמצאות בדרגות נמוכות יותר. בהתאם לפירמידת הנורמות מבטל בית המשפט חוקים רגילים הסותרים את חוקי היסוד.

בהתאם לדרך זו, האקטיביזם השיפוטי בא לידי ביטוי בהפעלתה של ביקורת שיפוטית - פסילה של חוק על ידי בית המשפט, בנימוק שהוא סותר את חוקי היסוד. בצעד זה מבטל בית המשפט נורמה שיצרה הרשות המחוקקת, ומצביע על נורמה עדיפה על פניה. בית המשפט יכול לפסוק בניגוד לחוק החרות, כאשר חוק זה עומד בסתירה להוראותיו של חוק יסוד.

גישת האקטיביזם השיפוטי שנויה במחלוקת הן בין השופטים ואנשי האקדמיה בתחום, הן בקרב נבחרי הציבור והן לדעת החברה בישראל. לתפיסתם של תומכי האקטיביזם, תפקידו של בית המשפט, ליישם את החוק ולהפסיק כל פעולה בלתי חוקית. לשיטתם, הימנעות מהתערבות בהחלטות שאינן חוקיות גורמת לבית המשפט שלא לקיים את תפקידו, שכן בהיעדר דין - אין דין.

המתנגדים לגישה זו, טוענים שיישומו של האקטיביזם השיפוטי מרחיק לכת וכי שופטי בית המשפט העליון, עושים שימוש בסמכותם לפרשנות החוק על מנת לקבוע את פניה של החברה ולעצב אותה על פי אמונתם. לטענתם יש בכך משום פריצת גבולות.

נקודות לדיון

• לדעת רבים גישת האקטיביזם השיפוטי מרכזת בידי בית המשפט העליון כוח רב. מצד אחד הוא מבקר את הרשות המחוקקת והמבצעת ומצד שני הוא מחליט החלטות בכל קשת הנושאים החברתיים העולים לדיון; בענייני דת ומדינה, בסוגיות של ביטחון, בנושאי תקציבי מדינה ופסילתם של חוקים. לטענת המתנגדים לגישה זו, הכוח הרב שצובר בית המשפט העליון עלול להוביל אותו לחוסר נכונות להאזין לביקורת ולסגירת כל ערוץ של משוב, וכי זוהי חדירה של הרשות השופטת לתחומה של הרשות המחוקקת. ניתן לקבל את עיקרון האקטיביזם השיפוטי בגבולות מצומצמים, אבל הגישה שמוביל בית המשפט העליון היא של שופטים ללא גבולות.

מנגד, טוענים המחייבים כי הטלת מגבלות לגבי סמכות בית המשפט העליון על ידי הכנסת, אף היא פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות בישראל ובעצמאות השופטים.

מהן הסכנות ומהן היתרונות מקיומו של האקטיביזם השיפוטי?

מוזאון מורשת בתי המשפט, בית המשפט העליון, קריית בן-גוריון, ירושלים 91950

כתובת המערכת: אורנה יאיר, בית המשפט העליון, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 91950 טל: 02-6750579/6

לתיאום פעילות בבית המשפט העליון לחטיבות ביניים ובתי ספר תיכוניים טל: 02-6753418 פקס: 02-6753448

לתיאום פעילות בהיכל המשפט בנצרת לחטיבות ביניים ובתי ספר תיכוניים טל: 04-6087429 פקס: 04-6087857

לתיאום פעילות בהיכל המשפט בחיפה לחטיבות ביניים ובתי ספר תיכוניים טל: 04-8698093 פקס: 04-8698095

לתיאום פעילות בהיכל המשפט בבאר שבע לחטיבות ביניים ובתי ספר תיכוניים טל: 08-6470505 פקס: 08-6470506

לתיאום פעילות בבית המשפט בראשון לציון לחטיבות ביניים ובתי ספר תיכוניים טל: 02-6428386 פקס: 02-6433726

לתיאום ביקורים בבית המשפט העליון לבתי ספר יסודיים טל: 02-6759612/3

