

מבוא

נעם וייס ועוז פנחס*

במלאת עשור לייסודו של כתב העת "מעשי משפט", החליטה המערכת להקדיש את כרך י' לפרויקט ייחודי, השואב השראה מסדרת הספרים האמריקנית Law Stories,¹ שבמסגרתו יסופרו סיפורם של שלושה עשר פסקי דין תקדימיים ובעלי חשיבות ששינו את פני המשפט הישראלי. הכרך שלפניכם – "מעשיות משפט" – הוא תוצר של פרויקט חגיגי זה.

כל פסק דין טומן בחובו סיפור קטן. עומדים מאחוריו עותרים ותובעים, משיבים ונתבעים, עורכי דין שייצגו בו, ארגונים לשינוי חברתי שניסו לקדם באמצעותו אג'נדה חברתית או פוליטית ושופטים שדנו בתיק ופסקו בו. בה בעת, כל פסק דין מהווה חלק קטן או גדול בפסיפס הקרוי המשפט הישראלי. הנטייה שלנו כמשפטנים היא להביט ביער ולשכוח את העצים; להתעלם מהסיפור ה"קטן" של פסקי הדין ולמקד את תשומת הלב בסיפור הגדול – בהלכה המשפטית והשלכותיה. אנו נוטים להמשיג את התפתחות המשפט באופן ליניארי ובלתי-אישי, מתקדים לתקדים, ולהתעלם מן התפקיד המרכזי ששחקנים חברתיים שונים משחקים בעיצובו.

כרך זה מבקש להחזיר את המבט לסיפורים ולאנשים שמאחורי פסקי הדין. כל מאמר בכרך שלפניכם מספר "מעשיית משפט" – את סיפורו של פסק דין מרכזי במשפט הישראלי, ובה בעת מציב את פסק הדין בתוך הקשרו המשפטי, החברתי, הכלכלי והפוליטי – וכך הוא משלב את סיפורו הייחודי עם הסיפור הרחב יותר של מקומו בהתפתחות המשפט הישראלי. מן הסיפורים החבויים הללו אפשר ללמוד הרבה על "מאחורי הקלעים" של המשפט: על הקשר בין ליטיגציה, שינוי משפטי ושינוי חברתי; על מערכות היחסים בין עורכי הדין לבין לקוחותיהם; על הלבטים של עורכי דין בליטיגציה להנעת שינוי חברתי; על האופן שבו סוכנים חברתיים – מתדיינים, עורכי דין, ושופטים – משפיעים באופנים שונים על עיצוב המשפט; על מרכיב ההפתעה והשרירותיות בעיצוב דוקטרינות משפטיות; על האופן שבו פסק דין יחיד משתלב בתוך מארג משפטי רחב ועוד.

הכרך פותח בכמה מאמרים שעוסקים במשפט הציבורי-החוקתי. הראשונים מביניהם מהווים שורת הלכות הנוגעות לזכות לשוויון. מאמרו של אייל גרוס מספר את סיפורו

* נעם וייס, סטודנטית למשפטים ולפילוסופיה ועוז פנחס, סטודנט למשפטים ולהיסטוריה כללית באוניברסיטת תל אביב הם עורכי כתב העת "מעשי משפט".

של פסק דין קנוני במשפט הישראלי ובהיסטוריה של זכויות הקהילה הגאה בישראל – בג"ץ דנילוביץ. בפסק הדין חויבה חברת אל-על שלא להפלות דיילים בשל נטייתם המינית, ולהעניק לבני זוגם את אותן הטבות שמקבלים בני הזוג של שאר הדיילים בחברה. באמצעות מחקר היסטורי מקיף וראיונות עומק עם העותר, עם עורכי הדין ועם השופטים שכתבו את פסקי הדין בפרשה, המאמר מספר את סיפורו של בג"ץ דנילוביץ' כפי שלא סופר מעולם. הוא מתאר את השתלשלות העניינים בתיק שהתנהל בשלוש מערכות – בבית הדין האזורי לעבודה, בבית הדין הארצי לעבודה ובבג"ץ – תוך שהוא שופך אור על פרטים מגוונים ומפתיעים בו. לבסוף, המאמר עומד על האלמנטים שאפשרו את ההצלחה בתיק, ועל החשיבות של פסק הדין לקידום זכויות הקהילה הגאה כמו גם על מגבלותיו.

מאמרה של נטע זיו עוסק בסיפורו של בג"ץ אליס מילר שבו הורה בית המשפט לצה"ל לאפשר לנשים להתמייך לקורס טיס. כמי שייצגה את מילר באותו בג"ץ מכונן, מגוללת זיו את סיפורה של העתירה מתחילתה ועד סופה – היווצרות הקשר בין מילר לבין עורכות הדין שייצגו אותה, ההתלבטויות של באות כוח העותרות בנוגע לתיק, הדילמות שליוו את כתיבת העתירה והגשתה, החשיבה האסטרטגית בנוגע לעתירה ולדיון בבית המשפט, ולבסוף, מעמד מתן פסק הדין התקדימי. המאמר עורך דיון רפלקסיבי בשאלת מקומו של בג"ץ אליס מילר בהיסטוריה של ההתדיינות המשפטית למען זכויות נשים ובהשלכותיה של עתירה זו על הפמיניזם הישראלי.

מאמרו של אריאן רנן-ברזילי וורדית אבידן מספר את סיפורו של פסק דין מרכזי שקידם את הזכות לשוויון בין המינים בתחום דיני העבודה – בג"ץ גורן. בפסק דין זה קבע בג"ץ כי פערים בשכר, המהווים הפרה של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, מהווים גם ראשית ראיה לאפליה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. באמצעות ראיונות עם הדמויות שהובילו את התיק – העותרת אורית גורן, עורכות הדין שייצגו אותה ואת שדולת הנשים ועורכות הדין מנציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה שהצטרפה לתיק כ"ידידת בית המשפט" – המאמר חושף את הקוראים והקוראות לתהליכים המורכבים שהובילו להליך עקרוני זה ומספר את הסיפור האישי שמאחוריו. המאמר עומד על התפקיד המרכזי שתפסה אורית גורן בהובלת התיק ועל היחסים בינה לבין עורכות דינה; עוסק בדילמות שהיו לשחקניות השונות בשלבים שונים של ההליך ובאסטרטגיות שנבחרו לניהולו; ומתאר את התנאים שאפשרו את ההצלחה בתיק, המשלבים מאמץ משותף של העותרת, עורכות הדין ונציגות המדינה, כמו גם אלמנטים של מזל ומקריאות.

מאמר אחרון בשרשרת פסקי הדין העוסקים בערך השוויון הוא מאמרה של יופי תירוש על העתירה שהוגשה (ועדיין תלויה ועומדת) נגד ההפרדה בין המינים באקדמיה. בסוגיה זו ניצבים זה מול זה ערך השוויון בין המינים וערכי הרב-תרבותיות והאוטונומיה הקהילתית של החרדים. תירוש, ממובילות המאבק נגד לימודים בהפרדה מגדרית עבור חרדים במוסדות ההשכלה הגבוהה, מספרת את סיפורו של המאבק מנקודת מבטה, בעת שהוא עדיין מתרחש. היא מתארת בפירוט את שלביו השונים והמסועפים של המאבק

המשפטי והציבורי, ועומדת הן על התהליך שהפך את נושא ההפרדה באקדמיה, שהיה מצוי מתחת לרדאר, לסוגיה מרכזית בשיח הציבורי, והן על תגובת הנגד שאליה הוביל תהליך זה.

המאמר הבא בכרך נשאר עדיין בתחומי המשפט החוקתי, ומבקש להראות את מקומן החשוב של הזכויות החברתיות בסיפורו הכולל של המשפט הישראלי. מאמרם של שרון אברהם-ויס ואבישי בניש עוסק בבג"ץ הקיום בכבוד שבו נידונה שאלת החוקתיות של קיצוץ בקצבת הבטחת הכנסה. המאמר מספר את סיפורה של העתירה ושל הדילמות והקשיים שאפיינו את גיבושה. כך, בין היתר, מנתח המאמר את ההתלבטות שעלתה לגבי פנייה לאפיק המשפטי-חוקתי בשלב שבו זכויות חברתיות לא הוכרו עדיין כזכויות חוקתיות ולא היו חלק מהשיח המשפטי הרווח; את הצורך הקרדינלי בשילוב תחומי ידע חברתיים אחרים בעתירה מן הסוג הזה ואת המורכבות באינטראקציה בין טיעונים משפטיים צרים לעולם החברתי הרחב יותר; ואת הקושי בבחירת עותרים ספציפיים והחשש מיצירת דימוי קיצוני ושטחי של חיים בעוני. לבסוף, מהרהרים הכותבים בשאלה האם בג"ץ הקיום בכבוד אכן שינה את פני המשפט הישראלי. המאמר משיב שסיפורו הוא אומנם סיפור על הפסד משפטי, אך פסק הדין סימן נקודת מפנה בכך שהכניס את הזכויות החברתיות "לפנתיאון זכויות האדם בישראל" והציב במרכז סדר היום הציבורי את השאלה בדבר היקף חובתה של המדינה לדאוג לקיום אנושי בכבוד של כלל אזרחיה. פסק דין מרכזי נוסף במשפט הציבורי הישראלי הוא בג"ץ הפרטת בתי הסוהר, שבו פסל בג"ץ את החוק שאפשר הקמת בית סוהר פרטי. בפסק הדין קבעה דעת הרוב כי מדובר בהפרטה בלתי חוקתית מן הטעם שעצם העברת סמכות הכליאה לידיים פרטיות עולה כדי פגיעה בכבוד האדם של האסיר. פסק הדין ניתן לאחר שהזכיין שאמור היה לנהל את בית הסוהר כבר זכה במכרז ממשלתי ובנה את בית הסוהר. אפי מיכאלי, עורך הדין שהוביל את העתירה נגד ההפרטה, מתאר במאמרו את השתלשלות האירועים בהליך, וגורס כי בניגוד לתפיסה הרווחת המתמקדת באקטיביזם השיפוטי שנקט בית המשפט בפסק הדין עצמו, הרי שלאורך ההליך בית המשפט נהג דווקא בריסון שיפוטי. הוא מכנה תופעה זו של מתח בין התנהלות בית המשפט בניהול התיק לבין פסיקתו "פרדוקס הריסון השיפוטי", ועומד על מחירה הכלכליים ועל פגיעתה בתפקידם של שומרי הסף וביכולתם לבלום מהלכים בלתי-חוקתיים של הממשלה.

פסק הדין האחרון בכרך העוסק במשפט חוקתי, מתמקד בליבתה של הזכות לחירות, ומביא את סיפורו של החוק למניעת הסתננות שהורה על כליאת מבקשי מקלט לתקופות זמן ממושכות, על תיקוניו השונים והעתירות לפסילתם. לראשונה בתולדות המדינה, התערב בית המשפט בדבר חקיקה שלוש פעמים, והחליט על פסילתם של שלושה תיקונים לחוק. ענת בן דור, אחת מעורכות הדין שייצגו בעתירות נגד החוק, ואפרת בן-זאב מספרות סיפור זה מהזווית של אלו שניהלו את המאבק כנגד החוק והתיקונים לו – הפליטים ומבקשי המקלט מצד אחד, ועורכי הדין החברתיים מן הצד השני. באמצעות ראיונות עם חברי שתי הקבוצות הללו מנסה המאמר לעמוד על האופנים שבהם תפסו

המעורבים השונים את המאבק. מראיונות אלו עולה כי עורכי הדין ומבקשי המקלט ניהלו מאבקים שונים במסלולים מקבילים, והיו להם מטרות ותפיסות שונות של עצם המאבק. עם זאת, על אף השונות והנפרדות של מאבקים אלו, עומדות הכתבות על האופן שבו הם תמכו, חיזקו, והשלימו זה את זה.

מאמרה של נילי כהן מעביר את הכרך מן המשפט הציבורי אל המשפט הפרטי. כהן מספרת את סיפורו הטרגי של פסק הדין המפורסם קניג נ' כהן. פסק הדין עסק באישה שהתאבדה יחד עם בתה התינוקת, בהשאירה אחריה פתקאות אחדות בכתב ידה שבהן היא מבקשת שבעלה לא יירש אותה. תוך הצגת המקרה מבעד להקבלות היסטוריות וספרותיות שונות מראה המאמר כיצד טרגדיה משפחתית זו הובילה לטרגדיה משפטית: המקרה מעורר במלוא עוזו את המתח בין הצדק הפרטי, הדורש כי בקשתה האחרונה של האישה תמולא, לבין הצדק הכללי אשר על מנת לממשו יש להקפיד שצוואות יעמדו בכללים פורמליים מסוימים (אשר לא מולאו במקרה זה) כדי להבטיח את ודאות ויציבות הדין. מתח זה אך מתגבר עם החשיפה החדשה במאמר על אודות ההליך של חקירת נסיבות המוות שניהלה משפחת המנוחה במקביל להליך האזרחי. בהליך האזרחי התבררה המחלוקת על אודות תקפות הצוואה, ובמסגרתו טענה המשפחה כי בעלה של המנוחה דחף אותה לשלוח יד בנפשה, ועל כן יש לפסול אותה מלקבל את הירושה לנוכח הכלל הפוסל יורש הגורם במתכוון למות המוריש והעיקרון שלפיו "איך חוטא יוצא נשכר".

מדיני הירושה עובר הכרך אל דיני הנזיקין. מאמרו של דוד שור מביא את סיפורו של פסק הדין אתא נ' שוורץ, המוכר לכל סטודנט וסטודנטית למשפטים מקורס דיני נזיקין בשנה א'. פסק הדין עסק בסכסוך על אודות מטרד הרעש שיצר המפעל ולא נתן מנוח למר שוורץ שגר בשכנות אליו. המאמר עומד על כך שפסק הדין נידון כיום בעיקר כדרך להנגיש לסטודנטים את מאמרם הנודע של קלברזי ומלמד על אודות כללי אחריות וכללי קניין, אך טוען שחשיבותו ומרכזיותו בהיסטוריה של המשפט הישראלי היא שונה בתכלית. דרך הצגת ההיסטוריה של חברת אתא, ובאמצעות ניתוח תהליכים היסטוריים שהתרחשו בחברה הישראלית, ובראשם דעיכת הקולקטיביזם ועליית האינדיווידואליזם, ממקם המאמר את פסק הדין בצומת חשוב של התפתחות המשפט הישראלי. בפסק הדין שלובים זה בזה ההפסד של חברת אתא שנחשבה לסמל ההצלחה הקולקטיבית של היישוב היהודי והמדינה הצעירה, ניצחונו של מר שוורץ "האזרח הקטן", והופעתו לראשונה של הניתוח הכלכלי של המשפט בפסיקה הישראלית. כל אלו מעצימים את חשיבותו של פסק הדין והופכים אותו לאבן דרך חשובה בסיפורו של הליברליזם הישראלי.

המאמר האחרון בכרך העוסק במשפט הפרטי, ובפרט בסדר הדין האזרחי, הוא מאמרו של איסי רוזן-צבי המספר את סיפורו של פסק הדין שילה נ' רצקובסקי. פסק הדין נדמה "קטן" ושולי, אך שינה באופן דרמטי את פניה של הפרוצדורה האזרחית. המאמר מבקש לפתור את התעלומה שמעלה פסק הדין – מה ראה השופט ברק להחיל, באמצעות אוביטר קצור, את חובת תום הלב לתוך סדר הדין האזרחי, בתחילת שנות השמונים של המאה שעברה? התעלומה מתעוררת מכיוון שבתקופה זו עדיין שלטה

בשדה הפרוצדורה האזרחית השיטה האדוורסרית הקלאסית, שלפיה הצדדים רשאים לנקוט תכסיסים ומניפולציות, אשר לא ניתן ליישב עם חובת תום הלב הדיונית, וכן מן העובדה שלא היה בו צורך על מנת להגיע לתוצאה המשפטית הרצויה במקרה הקונקרטי. המאמר מציע פתרון לתעלומה זו ועומד על הלקחים השונים, הפדגוגיים והתורת-משפטיים, שניתן להפיק מהסיפור שמאחורי פסק הדין בפרט, ומהתמקדות בפסקי דין שחשיבותם נזנחה ככלל.

שלושת המאמרים הבאים עוסקים בפרשות משמעותיות בהיסטוריה של המשפט הישראלי הפלילי. הראשון מביניהם הוא מאמרם של יואב ספיר, הסנגור הציבורי הארצי, וגיא רובינשטיין, העוסק בפסק דין יששכרוב, שזכה לכינוי "הלכת מירנדה הישראלית", שבו נקבעה באופן תקדימי דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. המאמר מציג ניתוח השוואתי של הדוקטרינה הישראלית לפסילת ראיות ושל זו האמריקנית, ומראה את היתרונות של כלל פסלות יחסי על פני כלל מוחלט. המאמר ממשיך וסוקר את ההשפעה החיובית של הדוקטרינה על ההגנה על זכויות הפרט במשפט הפלילי בישראל, בהקשרים רחבים יותר שאינם נוגעים אך ורק לפסילת ראיות.

הפרשה הפלילית השנייה שבה עוסק הכרך היא פרשת ברנס, שתחילתה במעשה רצח מתוקשר, המשכה בהודאה באשמה, בחזרה ממנה, ובשחרור מוקדם בעזרת חנינה, וסופה בזיכוי לאחר יותר משלושים שנות מאסר וארבע בקשות למשפט חוזר. גילי לבונטין, שהייתה מעורבת כפרקליטה בתביעה האזרחית שהגיש עמוס ברנס לפיצויים כנגד המדינה בגין כליאתו, מספרת את סיפורה של הפרשה המפורסמת כפי שנפרשה בתביעה זו. באמצעות עדויות של אנשי מפתח בתיק, מסמכים והחלטות, ידיעות עיתונאיות ומקורות שונים, מתאר המאמר את סיפור חקירת הרצח, את משפטיו של ברנס שבהם הורשע בידי שלושה עשר שופטים שונים, את המאבק הציבורי ואת מאבקו שלו לטיהור שמו. ברקע הסיפור ניצבת שאלת הלגיטימיות של עיסוק תקשורתי בהליך תלוי ועומד, והחשש מהטיית ההליך בעקבות לחץ ציבורי ומתן יחס מועדף לנאשמים בתיקים שנמצאים במוקד תשומת הלב של התקשורת והציבור כולו.

את הכרך חותם מאמרה של נעמי לבנקרון המספרת את סיפורו של פסק הדין תורג'מן נ' היועץ המשפטי לממשלה, ושופך אור על התפתחותו של המשפט הפלילי בישראל בכלל, ועל ההיסטוריה של הרגולציה הפלילית של תופעת הזנות בפרט. פסק הדין עסק בפרשנות התיקון לחוק העונשין אשר קבע כי החזקה או ניהול בית בושת הם עבירה פלילית, אך זאת מבלי להגדיר מהו "בית בושת". המאמר טוען כי התיקון לחוק כוון בעיקר כנגד סרסורים, אשר נתפסו כגורמים העיקריים לתופעת הזנות, והתיימר להגן על נשים בזנות מפניהם. על אף כוונה מקורית זו, ההלכה שנקבעה בעניין תורג'מן קבעה כי גם אישה העוסקת בזנות לברדה בדירתה תיחשב כמי שמחזיקה או מנהלת בית בושת, ותהיה אחראית בפלילים. כך, אף שהתיקון לא הפליל את הזנות ותכליתו המוצהרת הייתה הגנה על נשים מפני סרסוריהן, מצאה עצמה תורג'מן על ספסל הנאשמים. על בסיס מקרה מבחן זה מראה המאמר את תוצאותיו הבלתי מכוונות של השימוש במשפט

הפלילי לצורך שינוי חברתי פרוגרסיבי, ומתריע מפני האפשרות כי הוא יפגע, בסופו של דבר, במי שעליהן ביקש להגן.

אנו מאמינים שפסקי דין אלו מרכיבים ביחד תמונה עשירה ומפורטת של המשפט הישראלי מנקודת מבט חדשה. עם זאת, זהו לא יותר מאשר קצה הקרחון; פסקי דין חשובים ומשמעותיים רבים שעיצבו את פניו של המשפט הישראלי בדרכים מגוונות נאלצו להיותר מחוץ לדפיו של כרך זה. לצד הסיפורים שנכללו בסופו של דבר במאמרים שלפניכם, ישנן מעשיות משפט רבות שעוד מחכות להיכתב, ואנו תקווה כי תימצא בכרך זה השראה לכתיבתם.

אנו מאחלים לכם ולכן קריאה מהנה, מלמדת ומעשירה.

הערה

1 ראו לדוגמה, LAW STORIES: LAW, MEANING, AND VIOLENCE (Gary Bellow & Martha Mino eds., 1996); CONSTITUTIONAL LAW STORIES (Michael C. Dorf ed., 2004).