

ראיון עם הנשיאה (בדימוס) דורית ביניש

שירי רגב-מסלם וחגי קלעי

פסק הדין האחרון שנתת ביום פרישתך היה פסק הדין בעניין חסן,¹ שנתן לראשונה סעד משפטי המבוסס על הזכות לקיום מינימלי בכבוד. מה החשיבות של פסק הדין בעיניך? בעיניי, הדבר החשוב בפסק הדין הוא השוואת המעמד של הזכות לקיום מינימלי בכבוד למעמד של יתר הזכויות החוקתיות. המדינה ניסתה לצמצם את ההיקף של הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד וביקשה שייקבע מודל אחד לבחינה של זכויות אזרחיות ומודל אחר לבחינה של זכויות חברתיות. פסק הדין דחה את העמדה הזו והשווה בין מנגנון הבחינה של זכות חוקתית אזרחית למנגנון הבחינה של זכות חוקתית חברתית. בכך הצהיר פסק הדין על המעמד השווה של הזכויות החוקתיות האזרחיות והזכויות החוקתיות החברתיות. פסק הדין נתן ביטוי לשינוי במעמד של זכויות האדם בישראל, שהתפתח בתהליך הדרגתי. בית המשפט החל בפיתוח הזכויות האזרחיות ורק לאחר מכן הגיע לפיתוח הזכויות החברתיות. זו התפתחות שאינה ייחודית לישראל; היא דומה להתפתחות החוקתית במדינות אחרות בעולם.

הפיתוח של הזכויות החברתיות עורר שני קשיים עיקריים. ראשית, בעבר לא היו בידי בית המשפט כלים משפטיים שאפשרו הכרה מלאה בזכויות חברתיות. בבסיס הפיתוח של הדוקטרינה המשפטית עמד אימוץ הדרגתי של תאוריית הזכויות הנגזרות. פיתוח התאוריה היה סבוך במיוחד סביב הזכות לשוויון, שהכנסת לא הכירה בה – במכוון – כזכות חוקתית. שנית, הזכויות החברתיות מעוררות קושי הנובע מהחפיפה בין הסמכויות של שלוש הרשויות, והביקורת השיפוטית בתחום זה נוסקת במידה המרבית לפעילות של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, בשל התלות במדיניות ובמשאבים. התוצאה היא שזכויות חברתיות מותנות במשאבים שבידי המדינה. הקושי הזה קיים ומוכר גם בחוקות של מדינות אחרות, דוגמת החוקה של דרום-אפריקה, וגם באמנות הבין-לאומיות המעגנות זכויות אלה. במילים אחרות: בחוקות של מדינות אחרות, ההיבטים של המדיניות הציבורית מגולמים מלכתחילה בזכות; בישראל, המשמעות של הזיקה ההדוקה בין המדיניות הציבורית והתקציבית לבין הזכויות החברתיות הובילה את בית המשפט למקד את הביקורת השיפוטית רק לתחום של קיום מינימלי בכבוד. לבית המשפט אין די כלים להגדיר מהי חלוקת המשאבים שתוביל להגנה המרבית על קיום של אדם בכבוד, מעבר לרף המינימלי; תפקיד זה מסור לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת. לדוגמה, גם אם צריך להקטין את תקציב הביטחון, השאלה של היקף הצמצום היא שאלה הנמצאת במובהק בתחומי הסמכות והמומחיות של הרשויות האחרות. משכך, היישום של הזכויות החברתיות מורכב וקשה, שכן יש לכבד את הפרדת הרשויות ואת היתרון היחסי של הרשות המבצעת והמחוקקת בקביעת המדיניות הציבורית.

עם זאת, במשך השנים פיתחנו שורה ארוכה של זכויות חברתיות ויש בידינו כלים לביקורת שיפוטית על יישומן. הכרנו בזכות לחינוך, בזכות לחיי משפחה, בזכות למים ועוד. במקרים מסוימים בית המשפט מתלבט בשאלה מה מקורה ומה מעמדה של זכות ובמקרים אחרים הוא רואה בה זכות יסוד כעניין מובן מאליו.

בהקשר הזה יש לשאול מה המשמעות של זכויות נגזרות שאומצו בפסיקה. כך, לדוגמה, נראה שבית המשפט מסכים באופן גורף כי הזכות לחיי משפחה – שהיא חלק מהאוטונומיה של הפרט ולכן גם מזכותו לכבוד – היא זכות חוקתית. לאור זאת מתעוררת השאלה איך ייתכן שהסדרים הנוכחיים בתחום דיני המשפחה – שבכירור אינם עולים בקנה אחד עם הזכות לשוויון ועם הזכות לחיי משפחה – מתקיימים במערכת המכירה בזכות חוקתית לחיי משפחה. שאלת המימוש של הזכות החוקתית לחיי משפחה היא מורכבת ויש להניח שהיבטיה הרבים יעסיקו את בתי המשפט.

לאיזה כיוונים ראוי שבתי המשפט יפתחו את הזכות לקיום בכבוד ואת הזכויות החברתיות?
השאלה כיצד יש להמשיך לפתח את הדוקטרינה החוקתית אינה פשוטה כלל ועיקר. דרך אחת היא להמשיך להרחיב את תאוריית הזכויות הנגזרות מהזכות החוקתית לכבוד. השאלה בהקשר זה היא כמה משקל יכול ה'עין' הזה לשאת לפני שיתמוטט. דרך אחרת, שזוכה בימים אלו לתשומת לב ציבורית רבה, היא חקיקה של חוק יסוד: זכויות חברתיות.

לדעתי המסלול הראשון הוא המסלול המרכזי כיום לפיתוח שיפוטי של הדוקטרינה החוקתית. ראשית, ברמה המעשית, הסיכויים הפוליטיים שייחקק חוק יסוד: זכויות חברתיות הם מעטים למדי, כפי שציינתי לא פעם; שנית, ממילא עיקר משמעותו של חוק כזה תהיה הצהרתית, שכן הוא יכול מנגנון המגביל את הביקורת השיפוטית באמצעות שיקולים של מדיניות ושל משאבי המדינה. ניסיון ליישם חוק כזה יהיה קשה מאוד.

האם, לדעתך, אין הכרח לקבוע מה כולל קיום מינימלי בכבוד?

לתשובה לשאלה זו יש שני היבטים. ראשית, נראה שיש התפתחות הדרגתית בנכונות של המדינה להכיר בצורך בהגדרת רף מינימלי של קיום בכבוד. בתחילת הדרך, הצו על תנאי שנתנה השופטת דורנר בפרשת מחויבות,² שחייב את המדינה להגדיר מינימום של קיום בכבוד, עורר סערה רבתי. הכנסת קיימה דיון מיוחד בנושא וביקרה את בית המשפט על התערבותו בתחום שאינו שלו. נדמה שכיום לא הייתה נשמעת ביקורת מסוג זה. ההבדל אינו הבדל פרסונלי או מקרי אלא שינוי בסדר היום הכללי. לדעתי, אין זה מקרי ששאלות חברתיות עלו לדיון באותה עת במישור הציבורי, במישור הפוליטי ובמישור המשפטי.

העלאת הסוגיה החברתית על סדר היום המשפטי נעשתה במידה רבה על ידי גופים וארגונים שהביאו את העתירות מהסוג הזה לבית המשפט. ההתפתחות לא נבעה מהדיון בעניין הפרטי של אדם מסוים שעמד לפני בית המשפט, אלא מהקיום של ארגונים שמסוגלים לקדם סוגיות חברתיות ומהנכונות של בית המשפט להעניק לגופים אלה זכות עמידה. חשוב להבין שאף אחד מהעותרים הספציפיים לא היה מסוגל להגיע לבית המשפט בכוחות עצמו. אני לא בטוחה שהתהליך הזה יימשך ואני חוששת מכך שיקצצו בפעילות הארגונים או ימנעו מהם זכות עמידה, ואז סוגיות חברתיות חשובות לא יגיעו לפתחו של בית המשפט.

ההיבט השני טמון בהכרה שבצד המעמד של זכות יש לה מגבלות. דוגמה בולטת בהקשר זה היא הזכות לבריאות. מצד אחד יש לזכות מעמד מרכזי והיא אכן זכות חשובה ביותר; מהצד האחר ידי בית המשפט קשורות, והוא לא מסוגל ולא צריך לקבוע מה יהיה היקף סל הבריאות ואלו שירותים יינתנו. בפרשת לוזון³ קבענו שחוק ביטוח בריאות ממלכתי⁴ הוא נקודת המוצא לבחינת הזכות לבריאות ולקביעת היקפה. עם זאת, כאשר לתחומי בריאות שלא נכללו בכירור בחוק, יש קושי בקביעה שיפוטית. בית המשפט אינו יכול לקבוע שיינתנו תרופות מסוג מסוים ולא יינתנו תרופות מסוג אחר, כי אין לו שליטה על התקציב. החיכוך שבין הרשות המבצעת לעבודה השיפוטית

גורם לכך שההתפתחות תהיה אטית ואבולוציונית. התפתחות הפסיקה בתחומים אלו אף פעם אינה התפתחות מהפכנית. לדעתי, כיום אפשר להרחיב את ההסדרה בחקיקה בדבר היקף ההגנה על זכויות רבות, ובתי המשפט יכולים להקפיד על יישום החקיקה ולתת לה פרשנות רחבה. דוגמה מעניינת היא זו של הדיור הציבורי. החוק נהפך לאות מתה ובאופן אפקטיבי לא ניתנה הזכות למדור. הביקורת השיפוטית צריכה לכלול גם את פרשנות החוק וגם את הביקורת על אופן היישום והביצוע שלו. כך, לגישתי, הדרך שבה צריך לפעול היא הסדרה ספציפית של כל תחום חקיקה בנפרד, ולאחר מכן, באופן הדרגתי, להרחיב את החקיקה בדרך של פרשנות. בהקשר זה אני מאמינה שהשינוי בהבנה הציבורית לגבי המעמד של הזכויות החברתיות הוא שינוי רחב ומשמעותי. עם זאת, הוא לא יכול להיעשות רק על ידי בית המשפט. ההתפתחות הפסיקתית צריכה – ויכולה להיות, כאמור – מדודה והדרגתית. לדוגמה, בפרשת מחויבות ניתנה דעת המיעוט של השופט לוי, שקבע שיש לכלול במסגרת הזכות לא רק את הזכות לקיום מינימלי בכבוד אלא גם את הזכות לתנאי מחייה נאותים. אמנם נכון שאפשר להכיר בזכות שהיקפה רחב יותר והיא כוללת אספקת צרכים מעבר למינימום, ואולי גם רצוי שכך יהיה, אך להבנתי עוד לא הגענו למדינת רווחה מסוג זה. באותה פרשה גישתי הייתה צרה בהרבה, וכל שדרשתי הוא שהמדינה תגדיר כיצד היא רואה את חובתה וכיצד היא מקיימת אותה – ואז בית המשפט יוכל להחליט אם יש צורך בהרחבה של מימוש החובה. ברור שהנטל בעניין זה הוא על המדינה להראות שהיא מקיימת את חובתה להבטיח את תנאי הקיום המינימליים הדרושים לכל אדם.

אז למעשה את תומכת בצו הביניים המקורי של השופט דורנר?

נדמה לי שכיום הצו של השופט דורנר לא היה מעורר סערה. כיום התפיסה החברתית – גם של המחוקקים – היא שבית המשפט יכול לפסוק שלמדינה יש חובות כלפי האזרחים. בעבר הבינו את היחסים בין הרשויות באופן שונה, והטלת חובה פוזיטיבית על המדינה הייתה זרה לתפיסה הרווחת. מאז ניתנה שורה ארוכה של פסקי דין, שכולם התבססו על הזכות לקיום מינימלי בכבוד שפיתח הנשיא ברק והטילו חובות על המדינה. אמנם, כל קביעת סטנדרט דורשת ברור של סוגיות רחבות ושל הנסיבות הכלליות שאינן בשליטתו של בית המשפט, אולם בהנחה שבית המשפט מכיר בזכות עצמה, בהחלט יש מקרים שבהם עותרים יכולים להצביע על נתונים בסיסיים, והמדינה, בתגובותיה לעתירות, מחויבת להתייחס אליהם באופן ששוטח לפני בית המשפט תשתית עובדתית יציבה. על בסיס התשתית הזו בית המשפט יכול לבחון את סטנדרט הקיום המינימלי.

בפרשת חסן התייחס ההרכב לכך שהפגיעה הנגרמת עקב שלילה של הבטחת הכנסה בשל אחזקת רכב היא חמורה במיוחד במקרים של כפרים ערביים, שאין אליהם נגישות בתחבורה ציבורית. בעצם מדובר על הממד החיובי של הזכות. האם יש לזכות לקיום מינימלי בכבוד ממד שלילי, שמגביל את המדינה בפעולות כמו פינוי אנשים מבתיים או ביצוע צווי הריסה כשאין דיור חילופי? אני לא רואה צורך לבחון את ההיבט השלילי של הזכות. ההיבט החיובי הוא שהמדינה צריכה לדאוג לדיור חלופי; השאלה היא עד כמה אפשר לקדם את הסוגיה באמצעות בתי המשפט. אמנם יש למערכת המשפט תפקיד משמעותי, אבל יש צורך ראשוני בחקיקה ובמשאבים כדי לקדם סוגיות כאלה. מבחינה מהותית זה התפקיד של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת, ואי-אפשר לוותר עליו. אחד התהליכים המעניינים שקרו היה מעבר מהסדרה בתקנות לחקיקה ראשית, במטרה להקשות על התערבות שיפוטית. כך, למשל, בפרשת חסן החל הדיון בעתירה כשהסדר כולו היה בתקנות. במהלך ברור העתירה, כשהצדדים היו בהידברות, הומרו התקנות בחקיקה ראשית. זה לא המקרה

היחיד: בכמה תחומים שינתה המדינה הסדרה שנעשתה בעבר בתקנות וקבעה אותה בחוק. כך קרה גם בתחום הטבות מס ליישובים הסמוכים לאזורי גבול ועיירות פיתוח – ש.מ. וח.ק. שניתנו לקבוצת יישובים ללא קריטריונים ברורים, בהתאם ליישובים שקידמו חברי הכנסת. העובדה שהרשימה עוגנה בחוק לאחר שנמתחה עליה ביקורת שיפוטית לא שיפרה את הבעיות שהיו בה מלכתחילה. במילים אחרות: המדינה ניסתה לעקוף את הצורך להכיר בזכות לשוויון על ידי שריון של אי-השוויון בחקיקה. בפסק הדין⁵ קבענו שעיון של פגיעה בזכות בחקיקה אינו מכשיר אותה כשמדובר בזכות חוקתית, ובית המשפט לא יהסס מהתערבות – גם בחקיקה ראשית – לשם ההגנה על הזכות.

אם נשוב לפרשת חסן, לא קבענו בפסק הדין כיצד והאם הוא יחול על הליכים שהיו תלויים ועומדים לפני מתן פסק הדין, והתמקדנו בכך שהפרקטיקה הקבועה בחוק אינה חוקתית משום שהיא לא נותנת כל משקל לנסיבות האינדיבידואליות של הפרט. בעקבות פסק הדין צפינו שהביטוח הלאומי יבחן את הנסיבות הקונקרטיות של ההליכים שכבר היו תלויים ועומדים. בפועל זה לא קרה, ובהחלט יש אפשרות שהמדינה תטען שמדובר בהלכה הצופה פני עתיד בלבד. ההכרעה בשאלה מסורה לבית הדין לעבודה ואינני יודעת איך הוא יפסוק, אבל אין ספק בחשיבות של התייחסותו להליכים שהחלו בתקופת הביניים, גם אם מדובר במספר מוגבל של מקרים.

אתמול ניתן פסק הדין בעניינה של יולנדה גלוטן,⁶ שדחה את העתירה לדיון נוסף והותיר את ההלכה על כנה. האם לנוכח המעמד החוקתי של הזכות לקיום מינימלי בכבוד חלה לדעתך חובה חוקתית על הרשות המבצעת להסדיר את הסוגיה ולהגן על השכר של עובדות הסייעוד?

עוד לא הספקתי לקרוא את פסק הדין בפרשת גלוטן אבל אני קיבלתי את הבקשה לקיים דיון נוסף בהליך. לגיטימי בהחלט רצוי שהמחוקק יפעל, ואולי צריך לקבוע הסדרים מיוחדים בחוק בעניין של עובדות סיעוד, אבל כל זמן שהמחוקק החליט שהוא לא משנה את החוק – יש חוק קיים ואני לא רואה איך אפשר לא להחיל אותו. זוהי מלאכת הפרשנות הקלאסית של בית המשפט.

זו רק דוגמה נקודתית בעניין העובדים הזרים, אבל היא נובעת משאלה רחבה בהרבה הקשורה בסוגיית הזכויות החברתיות. הליך שמבוסס על זכויות חברתיות צריך להביא בחשבון שורה ארוכה של שיקולים. כך, למשל, בהקשר של העובדים הזרים צריך לבחון את עצם השהות בישראל, הרשות לעבוד, תנאי המחיה וכדומה. נדמה שיש חוסר איזון בהסדרים המשפטיים הנוגעים לעובדים זרים, וחוסר האיזון הזה נובע במידה רבה מהלחץ הציבורי על הממשלה בקביעת הסדרים אלו. מובן שיש טענות רבות באשר לאופן שבו יש לפרש את הזכויות החוקתיות בהקשר של עובדים זרים, חלקן רציניות וחלקן רציניות פחות; הבעיות המתעוררות בהקשר זה אינן פתורות, ואם יהיה לארגונים החברתיים די כוח הן עוד יגיעו לבית המשפט.

עוד פסק דין משמעותי מאוד מהשנים האחרונות היה פסק הדין שבו בוטלה ההפרטה של בתי הסוהר.⁷ האם לדעתך יש קשר בין פסק דין זה לפסק הדין בפרשת חסן?

לדעתי יש קשר. המקרה של הפרטת בתי הסוהר עורר דילמות רבות. הקושי המרכזי נבע מהטענה שהתנאים בבתי הכלא הפרטיים יהיו טובים יותר מהתנאים בבתי הכלא הציבוריים. יכול להיות שהטענה הזו נכונה; ודאי שהתנאים בבתי הכלא הציבוריים אינם לתפארת המדינה. עם זאת, האינסטינקט של כל השופטים היה שיש קושי ממשי בהפרטת בתי הסוהר. הייתה גם רוח ציבורית דומה, אף שוודאי שאיננו נזקקים לכך לשם הכרעה בבית המשפט.

השאלה המשפטית המרכזית הייתה אם יש כלי משפטי שבאמצעותו אפשר לבחון את חוקתיות החוק. היה חשש שהקמת בתי כלא פרטיים תהא פתח לשחיתות, והיה גם חשש עמוק יותר של

פגיעה בכבוד האדם. עם זאת, בהתחשב בכך שהמחוקק צפה את הביקורת השיפוטית שתופעל על חוקתיות החוק, כבר בהליכי החקיקה שולבו בחוק סעיפי ערובות שכביכול פותרים את הבעיה החוקתית כגון סעיפי פיקוח. אלה אינם פותרים את הפגם הטבוע בשיטה. אגב: דוגמה דומה לכך אפשר לראות כיום בחוק ועדות הקבלה, הכולל סעיף מפורש על איסור אפליה. החשש הוא, כמובן, מה יקרה אם התנאים לא ימולאו ולא יאכפו, או שיהיו נימוקים פיקטיביים המסווים את עילת הפסילה. מטבע הדברים קשה לפסול חוק אך על בסיס חשש שהוא לא יבוצע במלואו, ולכן צריך לבחון אם סעיפי הערובות הם מהותיים ואפשר לקיים אותם. בפרשת בתי הסוהר חשבתי שסעיפי הערובות לא יקוימו בפועל.

פרשת בתי הסוהר הפרטיים עוררה שאלה נוספת: האם ראוי שבעל ההון יקבל את היכולת להפעיל את הכוח החזק ביותר של המדינה – הפעלת כוח כלפי אזרחיה. סוגיה זו רחבה יותר מהמקרה הספציפי של הפרשת בתי הסוהר וקשורה בתופעת ההפרטה ככלל. במישור זה אני מזהה את הקשר בין פסק הדין בפרשת הפרשת בתי הסוהר לפסק הדין בפרשת חסן. בשני המקרים השאלה הייתה מה החובות המינימליות של המדינה ומתי עליה לקיים אותן בעצמה. ודאי שמדובר בשאלה של מידה. במקרה של הפרשת בתי הסוהר, יתרונות ההפרטה שהוצגו לא היו מבוססים. כאשר בדקתי את העובדות הופתעתי לגלות שהיתרון הכלכלי היה זניח. החיסכון שהציגה המדינה היה של כמה מאות אלפים בתקופה של 25 שנה. משמעות הדבר היא שהטענה שהגוף הפרטי מסוגל לספק תנאים טובים יותר מהמדינה לא הייתה מבוססת ושימשה אחיזת עיניים. יתר על כן: כבר בשלב הדיון ידענו שהניסיון להקים בתי כלא פרטיים נכשל בארצות-הברית ובכמה מדינות אחרות.

מובן שאינני אומרת כי אין לבית המשפט גבולות בנושאים הקשורים להפרטה. הרבה פעמים מדובר בהחלטות של מדיניות ציבורית, וגם אם המדיניות לא מקובלת עלי באופן ספציפי, הסמכות לקבוע אותה ניתנה לכנסת ולממשלה. דוגמה מעניינת בהקשר זה היא ההפרטה של טיפולי הבריאות בבית הספר.⁸ בפסק הדין ביכיתי את דמות האחות שכבר איננה, אבל לא קבעתי שאסור למדינה לעשות זאת. יכול להיות שכיום, נוכח כישלון ההפרטה והבעיות שנוצרו – למשל בתחום של חיסון ילדים בבתי הספר – הנושא יוחזר לשירות הציבורי.

דרך נוספת להתמודד עם קשיים מסוג זה – דרך שאימץ הנשיא ברק בפרשת בחורי הישיבות הראשונה⁹ – היא לקבוע שהחוק יבחן במבחן המציאות, כלומר: יבחן שנית אחרי יישומו בפועל. אם יוכח כעבור זמן שהאמצעים נוטים לקיים את התכלית, החוק יהא חוקתי. זו הייתה הסיבה שנתנו ארכה ממושכת בפרשת גיוס בחורי הישיבות. מטבע הדברים השימוש בכלי הזה מוגבל: על פי רוב בית המשפט לא מלווה תיקים ולא עוקב אחריהם.

בהמשך לדברייך, האם אין בישראל בעיה קשה של ביצוע פסקי דין של בית המשפט כשפסק הדין הכריע בניגוד למדיניות המוצהרת של הרשות המבצעת? דוגמה בולטת למקרים כאלה היא פעולות המדינה בשטחים. פרשת מגרון¹⁰ היא דוגמה חריפה למקרה שבו המדינה סירבה לבצע פסק דין חלוט וביקשה לעכב את ביצועו, ובאי-כוח המדינה סירבו לטעון לפני בית המשפט ורק הגישו את החלטת הממשלה בנושא.

התפקיד של בית המשפט הוא לבקר את פעולות הממשלה, ואף מבוקר אינו מסכים עם המבקר שלו. אין בכך כדי להצדיק את התפרקותו של בית המשפט מחובתו לקבוע שפעולות לא חוקיות הן אסורות. בהקשר הזה יש טענות רבות בנוגע לכך שהמדינה לא מיישמת את פסקי הדין של בית המשפט בשטחים ובסוגיות הנוגעות לגדר הביטחון. הדוגמה הכי קשה היא זו של ההתרחשות

בכילעין. אחרי שבית המשפט הורה למדינה לשנות את תוואי הגדר¹¹ עיכבה המדינה את ביצוע פסק הדין – וזאת לאחר שההמומת באזור החלו בשל העבודות שביצעה המדינה. עם זאת, לדעתי לא נכון לטעון שאין אכיפה של פסקי הדין בסוגיות אלו. נכון יותר לומר שהאכיפה היא אטית. היא גם דורשת מהממשלה התמודדות עם שלל תופעות. דווקא הדוגמה של ההתיישבות היא לא הדוגמה הבולטת ביותר כי הסוגיה הזו היא פוליטית בחלקה. דוגמה טובה יותר היא שאלת המקלטים בבתי הספר בשדרות בזמן ירי הרקטות. פסק הדין בסוגיה¹² הוביל למתקפה חריפה ביותר על בית המשפט ועלי באופן אישי, לרבות על ידי ראש הממשלה ושר האוצר. הטענה הייתה שבית המשפט מתערב במידת המחויבות של הממשלה לביטחון האזרחים וזו סוגיה המסורה לרשות המבצעת. באותו מקרה חשבתי שלא מתקבל על הדעת לתת לכיתה של 30 ילדים התראה של 15 שניות לרוץ למקלט. זה פתרון לא ריאלי. מבחינה משפטית מדובר כביכול בשאלה מנהלית אבל יש לה בסיס חוקתי: אם יש זכות חוקתית לחינוך וזכות חוקתית לחיים, אז יש חובה לאפשר לימודים ולהגן על החיים. פסק הדין לא בוצע מיידית. נתנו למדינה זמן מוגבל לתיקון הליקויים ולאט לאט, על בסיס הסכמה של הצדדים, הארכנו את המועד והמשכנו לפקח על ההליך. היו בתי ספר שמצבם היה רעוע עד כדי כך שהייתה חובה לבנות את בית הספר מחדש בשביל לבנות מקלט. בסופו של יום, בטווח הארוך יותר, בנו בתי ספר חדשים עם מקלטים בשדרות ובשער הנגב בכלל. אני מניחה שאילו היה מתחולל אסון בבית ספר המדינה הייתה בונה מקלטים גם ללא התערבות של בית המשפט, אבל התערבות בית המשפט הובילה לבניית המקלטים באופן מסודר ומושכל לפני שהתרחש אסון.

דוגמה נוספת שמראה היטב את הדינמיקה בין בית המשפט לבין הרשות המבצעת היא הדוגמה של אזורים העדיפות הלאומית בחינוך.¹³ בפסק הדין קבענו שהתקצוב למוסדות יהיה שוויוני, ונתנו למשרד החינוך שנה לבצע את פסק הדין. לאחר שנה התברר לי מהתקשורת שהמדינה הודיעה על פיטורי 200 מורים ביישובי הצפון ונימקה זאת ב"החלטת בג"ץ". קיימנו דיון נוסף שבמסגרתו טען משרד החינוך שבשל החלטת בג"ץ, מאחר שהתקציב מוגבל, היו צריכים לפטר את המורים. המקרה הזה היה אחד המקרים החריפים ביותר בהם ננזפה המדינה על אי-ביצוע של פסק דין. דרשנו שהמדינה תציג את המשמעויות התקציביות המדויקות של שינוי סדר העדיפויות, והתברר שמדובר במשמעויות מזעריות ושאינן הצדקה לפטר דווקא מורים מאזורים חלשים אחרים במדינה. משכך, נתנו למדינה ארכה והיא ביטלה את פיטורי המורים.

מקרה דומה היה בנוגע להליכים של שיקום שכונות.¹⁴ גם שם טענה המדינה ששינוי סדר העדיפויות יביא להעדפה של אוכלוסייה מוחלשת אחת על פני אוכלוסייה מוחלשת אחרת, אך לאחר שבית המשפט עמד על כך שהתקציבים לא יילקחו מקבוצות מוחלשות אחרות נמצא פתרון תקציבי אחר. העולה מכל המקרים האלו הוא שיש חשיבות רבה למעקב של בית המשפט ולדיאלוג בין בית המשפט לבין הרשות המבצעת. כמו שאמרתי, לדעתי מרבית פסקי הדין מבוצעים; עם זאת, ככל שהסעד של פסק הדין גדול ורחב יותר, כך קשה יותר לממשלה לקיים את פסק הדין והביצוע נמשך זמן. אם נחזור לדוגמה של מגרון, בית המשפט דבק בעיקרון שיש לבצע פסקי דין חרף העובדה שאילו ישבו בהרכב המקורי שופטים אחרים הם לא היו מקבלים את אותה ההחלטה. המדינה אמנם ביצעה את פסק הדין באופן דווקני ונקודתי והעבירה את התושבים לגבעה הסמוכה, אבל לפחות בעל הקרקע קיבל חזרה את אדמתו.

הדיון שלנו מוביל לשאלת התפקיד של בית המשפט בשינוי חברתי, בפרט על רקע הביקורת הידועה של ג'רלד רוזנברג ובהמשך גם של רות גביוון. לדעתך – עד כמה בית המשפט יכול

להוביל שינוי חברתי ועד כמה הוא תלוי בגורמים חיצוניים ובתמיכה ציבורית בסוגיה? השאלה הזו מעניינת במיוחד בהקשרים של קהילת הלהט"ב ובהקשר של חוק טל.

לדעתי בהחלט יש לבית המשפט תפקיד בשינוי חברתי. התפקיד של בית המשפט הוא לא לקדם מהפכות והוא לא מסוגל לעשות זאת; בית המשפט הולך צעד אחר צעד. לפעמים מדובר בדרך ארוכה מאוד ולפעמים בדרך קצרה יותר. בהקשר זה מושמעת לעתים ביקורת על פסיקת בג"ץ ומתעורר דיון בשאלה אם בית המשפט אקטיביסטי או לא. בסופו של יום, זה מבנה הרשויות המשולש בישראל, הכולל את הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת.

מכל מקום, ודאי שבעיני המשפט הוא מכשיר חברתי. המשפט הוא חלק ממדעי החברה, יש לו תפקיד בחברה ואפשר לעשות באמצעותו דברים רבים. ככלל, אני בעד הסדרה של תחומים בחקיקה ובפרשנות של בית המשפט. מדובר על הרבה מאוד סוגיות, חלקן קטנות, ויחד הן מצטרפות לשינוי משמעותי. כך, לדוגמה, קיימתי הרבה דיונים על כביש אחד מיישוב בדואי לבית ספר בנגב.¹⁵ כמוכן שחלק מזה נובע מהגישה האישית שלי: אני לא סומכת על כך שהתיק יצא מבית המשפט ואז יסתיים, ואכן לעיתים נדרש פיקוח בפועל של בית המשפט. כאמור, הרבה פעמים מדובר בעניינים נקודתיים – בית ספר זה או אחר – ולא פעם יש סכסוכים פנימיים בתוך הקבוצה. בנסיבות כאלה בית המשפט משתמש בכישוריו כפותר סכסוכים.

כפי שאמרתי בהתחלה, הדוגמה של הזכות לחינוך היא דוגמה לתהליך שעבר על מערכת המשפט. בעבר קבעו שחינוך הוא חשוב ושיש להעניק אותו באופן שוויוני אבל לא קבעו שמדובר בזכות; להפך: קבעו שאין זכות. היום, אחרי פסק הדין בפרשת ית"ד,¹⁶ הזכות נתפסת כמובנת מאליה. כאמור, בחלק מהמקרים הללו אין מדובר בפסק דין אחד אלא בתהליך ממושך שהוביל למצב המשפטי הקיים.

עוד בהקשר של משפט ושינוי חברתי – את לא חוששת לפגיעה בלגיטימציה של בית המשפט בשל התערבותו בשאלות שנויות במחלוקת?

כפי שאמרתי בתחילת הדברים, אני חושבת שהתהליך צריך להיעשות בזהירות ורק באמצעות כלים משפטיים, שהם בחלקם מוגבלים. חלק מהתפקיד האינהרנטי של בית המשפט הוא להתערב במחלוקות. גם אם התערבות בית המשפט אינה מביאה בהכרח לפתרון הסוגיה, פעמים רבות יש בה כדי להציף בעיה, לעורר דיון ציבורי, לעודד את הצדדים להידבר, ולקדם ולו במעט את הסדרתה. זו השליחות של בית המשפט, שאם לא ימלאה יחטיא את המטרה.

נדמה שאי-אפשר לא לשאול את האשה הראשונה בתפקיד נשיאת בית המשפט העליון: אחרי כל כך הרבה שנים של התקדמות עדיין אנחנו בבית משפט שרובו גברים; יש רק ארבע נשים ורק שופט ערבי אחד. סוגיית הייצוג מתעוררת פעם אחר פעם. האם לדעתך אפשר לזהות התקדמות מספקת ואם כן – באלו אופנים?

זו בעיה רצינית מאוד. יש שאלה עקרונית אם המערכת צריכה להיות משקפת או מייצגת. משום מה נבחרה המילה הלא-כל-כך ברורה "לשקף". אני מסכימה שהמערכת לא צריכה להיות ממש ייצוגית; הפן הייצוגי של הדמוקרטיה מגולם בכנסת ובגופים נוספים. בבית משפט לא צריך לשבת שופט מטעם קבוצה זו או אחרת. אי-אפשר לבנות בית משפט אובייקטיבי משופטים המייצגים סקטורים. מצד שני, אני בהחלט מסכימה שיש ציפייה שיהיה ביטוי למגוון הקבוצות באוכלוסייה. לא יכול להיות בית משפט שמדיר נשים, מדיר ערבים ומדיר קבוצות מוחלשות נוספות. יתר הקבוצות הן יותר סקטוריאליות, ויש הברדל; אני חושבת שביחס לנשים ומיעוטים לא מדובר בסוגיה סקטוריאלית.

היום אני מודאגת פחות, ודאי ביחס למעמד של נשים בעולם המשפט. נשים תופסות מקום מרכזי כיום בעולם המשפט. היום כבר לא צריך מכסה לשופטת אחת, בדומה למכסה של שופט דתי אחד. כבר הגענו למצב שבו יש חמש נשים בבית המשפט העליון, ובמערכת המשפט כולה החלוקה היא כמעט שוויונית. מובן שאם מספרן של השופטות ירד לפחות מארבע תהיה לדבר משמעות, אבל אני מאמינה שיש די הכרה בנשים כמשפטניות טובות ושהן ימונו. אני רוצה לציין שבהרכבים הראשונים שבהן ישבו שלוש שופטות בהרכב, המתדיינים הסתכלו על זה בתימהון, כאילו לא מדובר בבית משפט. אני מקווה וחושבת שאנחנו כבר לא באותו מקום.

אשר לציבור הערבי, כשהתחלתי את הקריירה שלי היו מעט מאוד עורכי-דין ערבים. המקצוע לא היה נגיש לערבים; רק למעטים שהגיעו ממשפחות בעלות מעמד גבוה ויכולת כלכלית הייתה אפשרות להשתלב במקצוע. בזה חל שינוי עצום. היום יש עורכי-דין ערבים רבים שמופיעים בבתי משפט ומשפטנים טובים. לכן יש מאגר גדול מאוד לקידום. מובן שאי-אפשר להתחיל ישר מבית המשפט העליון, וצריך לעבור בבתי המשפט בערכאות האחרות, אבל בהחלט צריך יותר שופטים ערבים ואפשר למנות יותר שופטים ערבים. אני רוצה להאמין שההליך הזה יתקדם ויהיו יותר שופטים ערבים.

שאלה אחרת שחשבתי שתשאלו – שאלה שאני נשאלת הרבה ואין לי תשובה ברורה עליה – היא אם יש הבדל בין שופטים ושופטות בפסיקה. לכאורה אנחנו חותרים למעין אובייקטיביות, אבל עובדה היא שבפרשת גלוטן, לדוגמה, שלוש השופטות נשאו בדעת מיעוט אל מול השופטים הגברים. עד כמה שאנחנו לא רוצים להודות בכך כנראה יש לנשים יותר רגישות ואכפתיות לנושאים מסוימים. חשוב לי להדגיש שלא מדובר באמירה המבוססת על נתונים. בעבר התפרסם מחקר שטען ששופטות מקלות יותר עם עברייני מין ומחמירות יותר עם יתר העבריינים. אני לא בטוחה אם מדובר במחקר רציני ומבוסס, ומכל מקום התמונה השתנתה לחלוטין בחלוף השנים. היום יש הרבה יותר מודעות לזכויות נשים ולעברות נגד נשים אצל כולם ובפרט אצל שופטות. אני חושבת שההליך הקיים יקדם את העיסוק בנושאי זכויות של נשים, שבהחלט היה מקופח, ואני מזהה שכבר כיום יש שינוי משמעותי בגישה לסוגיות אלו.

צריכה להיות התכוונות או יזמה אקטיבית לקידום העניין או שזה תהליך טבעי שמתרחש ויתקדם?
אני חושבת שצריך לעזור לתהליך הטבעי הזה. צריך להביא בחשבון שיש הרבה אילוצים אובייקטיביים שמונעים את קידום השוויון של אוכלוסיות של נשים או של ערבים ולכן נדרשת התמיכה. בחוגים רבים מונעים מנשים קידום. לא חקרתי את הנושא ואני לא יכולה לתקף את הדברים, אבל נראה לי שתופעה מעניינת היא שגם בקבוצות המוחלשות נשים מובילות את ההשתלבות החברתית. כך, לדוגמה, בחוגים החרדיים הנשים יוצאות לעבודה ומשתלבות, וכך הדבר גם ביישובים ערביים וכדוואיים. יש איזשהו דחף של קבוצות נשים שעוזרות להן לצאת מהמעגל הקשה מאוד. לכן אני חושבת שאף שיש הכרה בבעיה ויש תהליך בכיוון הנכון, צריך לעודד אותו – לפחות במסגרות שבהן מונעים את קידום התהליך. אני רוצה לשמור על אופטימיות בסוגיה הזו.

לסיום: האם יש פסק דין שהיום היית כותבת אחרת?

תמיד אפשר לתקן פסק דין ואני תמיד רוצה לתקן, אבל מבחינת התוצאה אני לא חושבת שהייתי משנה משהו. את רוב הדברים לא כתבתי בקלות. בהקשר זה, התיקים הכי קשים בעיני היו דווקא התיקים האישיים כמו אלה שעסקו בגורל של ילד. התיקים האלה הרבה יותר קשים בעיני מהגורל

של איזו ישות. לעומת זאת, כפרקליטה טענתי דברים שאחרי כמה שנים לא הייתי טוענת או שהייתי טוענת אחרת. באיזשהו מובן, אולי גם זה שייך לשינוי בתפיסה חברתית.

הערות

- 1 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012).
- 2 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).
- 3 בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2008).
- 4 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.
- 5 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012).
- 6 דנג"צ 10007/09 גלוטון נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.3.2013).
- 7 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) 2-026630-58, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).
- 8 בג"ץ 10794/05 לגדאו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.8.2007).
- 9 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).
- 10 בג"ץ 8887/06 עבר א-ראזק אל-נאבות נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 2.8.2011); וכן ראו החלטה בתיק זה מיום 25.3.2012.
- 11 בג"ץ 8414/05 עבדאללה יאסין נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(2) 822 (2007).
- 12 בג"ץ 8397/06 אדוארדו נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007).
- 13 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006). וכן ראו החלטה בתיק זה מיום 17.6.2007.
- 14 בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79 (2001).
- 15 בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לרו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 102 (2003).
- 16 בג"ץ 7443/03 ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 2.6.2004).