

# הפרקליטים

מגזין לשכת עורכי הדין - מחוז תל אביב והמרכז

## הנשיא פורש

עשרה פסקי דין,  
12 תמונות וברכה מחבר  
מאוניברסיטת ייל  
זמן סיכומים

## העם מבקש

משוב, עונשי  
מינימום והחלפת  
שיטת הסניוריטי  
הסקר השנתי

## החוק מפקשש

תזכיר חוק  
ההוצאה לפועל  
טעון שינוי דחוף  
חגיגה לחייבים

# "לא אנצע

# ישום מחלופה"

מאיר שטרית משיב  
למבקרו, מזכיר מי  
באמת עשה מהפכה  
במשדד המשפטים ומפרט  
את פירוטו המאשים



# יוסוף ק. ימשיך לשבת

מבקרנו הרחיק עד לבית המשפט הצבאי במחנה עופר, רק כדי לגלות עד כמה מערכת המשפט שלנו יכולה להיות אבסורדית



מחנה עופר, השבוע (למצולם אין קשר לכתבה) צילום: דניאל בראון

המחנה הצבאי עופר, בואך ירושלים, הוא מקומו של המשפט הקפקאי המודרני. במרחב צבאי סגור, בסמוך לשלט "לשכת נשיא יהודה" וללוח עץ שעליו הכותרת "לוח דת", כאילו אנו בימי התנ"ך, בחום ארצישראלי ובשב"ע צריפוני עץ נפח - יושב בית המשפט הצבאי ודן בעבירות של פלסטינים. אורחיו מבודדים בגדרות. מאגף גדור אחד מגיעים העצורים, מלווים בחיילים, שב"ס ומגב"ניק"ם. מאחורי גדרות אחרות יושבים על הרצפה עשרות בני משפחותיהם, שזו עבורם הזדמנות לראות את העצור; בצריפון שלישי "חדר ער רכי הדין", ובו מסובים כעשרה, ברובם ערבים ובהם אף נשים עם מטפחות צמודות, כמה מהן פעילות חמאס שהוסמכו כעורכות דין בישראל; ובתוכם - חיילים. הכניסה לבית המשפט כמוה ככניסה לבסיס צבאי.



במקום מתקיים משפט אנונימי. אף צד לא ידע שמו של האחר. הסניגורים, המפוקחים ואף מאוימים על ידי מאבטחי המקום, מתבקשים תדיר להציג תעודותיהם, ונקראים במהלך המ"שפט ל"בדיקה שגרתית" אם הם באמת עורכי דין. שמות יתר הנוטלים חלק במשפט עמומים וקשים להשגה. השופטים עליהם עצמם רחוקים מדיוק בשמות העבריים עליהם הם מכריזים. "הנאשם האשם חמד מוחמד נטורי", מכריז השופט על מישהו, תוך שיבוש מלא של שמו. אף השופטים אינם ניתנים לזיהוי: עורכי הדין המופיעים מולם לא יודעים בפני מי הם עתידים להופיע, ומספ"רים כי ביומוני הדיונים, לא מצוין שם השופט. השופטים מתחלפים ביניהם באולמות; כלל לא ידוע מי שופט מילואים ומי שופט בקבע. עורכי הדין הפלסטינים לא תמיד מכירים את שמות לקוחותיהם, שכן הקשר נוצר לעתים באמצעות עמותות פלסטיניות מתוכות; וגם את החיילים, בניגוד לשוטרי מג"ב המחויבים בהצגת שמם, אין אפשרות ממשית לזהות. וכך, במרחב ההווי הזה, בחום הלוהט של חודש אוגוסט, מסתובבים להם בין גדרות חבורות של אנשים, גדודים על גדודים - שופטים, פרקליטים, נאשמים, חיילים, משפחות - ואף אחד לא מכיר את שמו של השני.



הדין מכוחו נשפטים העצורים הוא "צו בדבר הוראות ביטחון". הצו כולל שילוב של תקנות הגנה לשעות חירום, חוק העונשין, חוק סדר הדין הפלילי (מעצרים) ועוד הוראות שלוקטן על ידי הממשל הצבאי מדינים שונים. מי ראשון, שלישי וחמישי הם ימי הארכת מעצרים לפני משפט ועד הגשת כתב אישום. ימי שני ורביעי - הקראות

מראה תמונה ברורה. **עורך הדין:** "זה תיק קלאסי לחלופת מעצר. **התביעה, במדים:** "עילת מסוכנות, עילת הימל" טות מאימת הדין...". **השופט:** "מאריך את המועד להגשת כתב אישום בשמונה ימים נוספים, אלא אם יועלו במהלך החקירה חשדות נוספים". ובעניין אחר מחליט כבוד השופט: "היות וקיימת בעיה המקשה לבדוק טענתו של הסניגור, אני מורה על הפסקת הדין. הנאשם יישאר במעצר עד לחידוש הדין". ובעניין נוסף, שבו טוען עורך הדין כי חומר החקירה כללי ומתייחס למועדים לא ידועים בשנת 2000, אודותם הנאשם כלל לא נחקר, **קובע השופט:** "נטען שהנאשם לא נחקר, אבל הסניגור שגה". וזה ביחס לסניגור, כאמור, שאכן לא הור"ש על כלל לקרוא את התיק. מאות מעצרי ימים הוארכו באותו היום. כל בקשה של התביעה התקבלה. אפשר לדבר הרבה על המצב הבטחוני, על הצדק שבמעצרים, על המאבק המתחייב בטרו, על אופן הטיפול העול"מי באסלאם. אבל קשה ומביך לעטוף את זה בה"גה של "משפט".

**בית המשפט הצבאי בעופר דן בתיקי פלסטינים מאזור מרכז יהודה ושומרון. מקביל לו בית המשפט הצבאי בסלאם, שליד מגידו, שדן בתיקים מאזור ג'נין. בית המשפט הצבאי בארז, לתושבי עזה, נסגר לאחר ההתנתקות, וכיום הנאשמים נידונים בבאר שבע. בבתי המשפט הצבאיים מוסמך שופט יחיד לדון בעבירות עד עשר שנים, ושלושה שופטים בענישה ממושכת יותר. במקום אף ערכאת ערעור צבאית ובית מעצר.**

דיוני הוכחות. בשני הימים שביקרתי בבית המשפט, לא היה ולו "מעצר ימים" אחד שלא הוארך. כעניין שבש"גרה, מובאים העצורים להארכות מעצר של שמור נה ימים נוספים, ואלו ניתנים ביד גורפת, באופן חצי אוטומטי. כך למשל, עניינים שהתבררו בפני כב' שופט המילואים שמעון לייבו. העצורים מובאים לצריפו בחבורות של חמישה. השופט לובש מדים, חבוש כיפה, עטור זקן, סמל הפרקליטות מאחוריו. **הנאשם:** מורד יוסני יוסוף. 11 זריקת אבנים במועד כלשהו במהלך שנת 2001. הנאשם נתפס לפני כחצי שנה, נעצר, והפרק"ליטות טרם הספיקה להכין כתב אישום. עורך דינו לא מכיר את התיק ולא את חומר החקירה, הנח"ש שב כסודי. הוא טוען באפלה, ומלכתחילה סיכויי שואפים לאפס. השופט קורא את התיק לראשונה כשהנאשם מולו. **השופט:** "יש הסכמת הנאשם להארכת מעצרו עד להכנת כתב אישום?". **עורך הדין:** "אינני יודע בכלל מה מייחסים לו, רק שכבר חצי שנה הוא במעצר. ההפלה היתה בינאר". **השופט:** "השאלה מתי נעצר, לא מתי הפליל את עצמו".

**עורך הדין:** "עובדה שלא נעצר מיד לאחר הה"פללה, לכן הוא לא מסוכן ויש לשחררו". השופט, לא מגיב אפילו לטענת עורך הדין, ומכתוב לפרוטוקול: "בחנתי את תיק החקירה, ומצאתי תשתית ראייתית לשלב זה". **התיק הבא:** רפעתא טאלט אוקט. **השופט שמעון לייבו:** "רגע, אקרא את התיק... אולי עם כל עילה בנפרד יש לתביעה קושי, אבל המכלול

# עידן הדעם

למענכם, ולמען הדורות הבאים, מביא מגזין "הפרקליטים" את עשרת פסקי הדין המשמעותיים ביותר שהוציא תחת ידיו מאת עו"ד עמית גורביץ' איור ינאי פרי

**1. בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים. פ"ד מז(1), 749 (מנהלי, חוקתי)**

פסק דין שכולו שירה של חופש הביטוי. ההכרעה אפשרה לד"ר מיכל אפרת לשנות את שם משפחתה לשם משפחתו של ידועה בציבור, עוזי אורנו, ולהיקרא, כילדיהם המשותפים, אורנו-אפרת, על אף סירובו של פקיד משרד הפנים לרושמה בשם זה בתואנה לפגיעה בתקנת הציבור ולהטעיה, ומהטעם שהינה ידועה בציבור. ד"ר אפרת טענה כי אין רצונה בתרמית אלא בנשיאת שם משפחתם של ילדיה, וכי "שמו של אדם אינו בעל משמעות אישית עמוקה עבורו". השופט ברק ביסס את ההפרדה שבין השם ובין מוסד הנישור אים, שירטט את מרחב שיקול הדעת של פקיד משרד הפנים, תוך היכרות - עקיפה רעיונית ומרומזת בלבד - במוסד המשפטי חה החדשה, הפריד בין הפן המנהלתי לפן הראייתי, הרחיב בנושא תקנת הציבור כמושג שסתום, ביסס את תורת התכלית באשר לחוק השמות ואת תורת הפרשנות אודותיו, ביסס את עקרונ התקדים המייב תוך סטייה מתקדים קודם של בית המשפט בנושא זה, ובעיקר הרחיב, כאומר שירה, על השם כנגזרת של חופש הביטוי וכבוד האדם, תוך ביסוס חופש הביטוי כעקרון על:

"שמו של אדם הוא חלק מאישיותו. הוא האני החברתי שלו. הוא המפתח באמצעותו הוא צועד בשבילי החברה. אין הוא קוד זיהוי בלבד. הוא ביטוי לאישיות, לרגש, לחובה, למסורת ולייעוד. בתקופות היסטוריות שונות אומצו שמות שונים, ותהפוכות הגורל הביאו רבים לשנות את שמם. חברה דמוקרטית, האמונה על פולרליזם, מכבדת את חירותו זו של הפרט. היא מכירה ומוקירה את חירותו להיקרא בשם כרצונו, ואת החופש שלו לשנות את שמו, אם הוא סבור כי שם אחר מתאים לו יותר."

בפסק הדין מנשבת רוח האינדיבידואליזם הנובעת מחוק השמות ומכלל תפישתו של ברק, תוך ראיית השם האישי ככלי בידי של אדם להבדילו מקבוצה, לשאת בוהות עצמאית ולבסס את חופש בחירתו וזוהויות העצמית, במובחן

מזהותו הקולקטיבית. חוק השמות הוא אחד החוקים היפים ביותר בספר החוקים: הוא מבטא, במתכונתו הנוכחית ולאחר תיקונו בעקבות פסק הדין, את חופש הבחירה של היחיד, ובהיעדר כל סנקציה הרי שהוא חוק נעדר איסורים, מחוזה בלתי שכיח לגבי רוב החוקים הצד שכנגד, המדינה, שצריך להביא "דבר מה נוסף" להוכחתה; וזהו קו מקשר נוסף בתפישת העולם של ברק באשר להיעדר רה של "חזקת החפות" (באנלוגיה מפל"י) החלה על רשות ציבורית.

העתירה הוגשה ב־1991, פסק הדין ניתן ב־1993, במהלכה של "המהפכה החוקתית". ועדיין, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שניצניו ירצו בעתיד בכל פסק דין דומה, אפילו לא הוזכר בפסק דין זה. כיום קשה להאמין כי עד לפני כ־15 שנה לא היתה לאדם ככלל, ולאשה בפרט, חי רות בחירה באשר לשם המשפחה.

**בשם העותרת: ד"ר אורית קמיר; בשם המדינה: עו"ד מני מוז**

**2. בג"צ 6698/95 עדאל קעדאן נ' מנהל מוקרעי ישראל, קציר. פ"ד נד(1), 258 (חוקתי)**

בדיעבד, הפך פסק דין זה לאבן בוחן לשלטון החוק; היישוב הקהילתי-כפרי קציר, שנבנה כאגודה שיתופית על אדמות הסוכנות היהודית, סירב - פשוט כך - לממש את פסק הדין ולהקצות קרקע למגורי עדאל קעדאן ובני משפחתו, ערר בים תושבי המושב הסמוך אשר ביקשו לעבור לגור במקום על מנת לשפר איכות חייהם. אולם בפועל, עוד כשקבע תקנון קציר כי למגורים יתקבלו רק משרתי כו"ח היות הביטחון לפי חוק שירות הביטחון, או פטורים לשירות מטעמו, הרי שרק יהודים יכולים היו לגור בו. חשיבות פסק הדין לא רק בהכרעה באשר לקיומה של חובת השוויון כחלק מחוק היסוד ומכלל רונות העל של השיטה; אלא אף בהכרעה עקיפה בדיבר "יהודית ודמוקרטית" אשר בהכרזת העצמאות.

לאחר שדחה את טענות הסף הרבות

של המשיבים, ביסס ברק את פסק דינו על הזכות לשוויון, תוך שקבע כי היא "תכלית העל" אף לחוק יסוד: מקרקעי ישראל ולחוק מנהל מקרקעי ישראל. הוא פסק כי חובת השוויון שעל המדינה לנקוט היא מורחבת, כאמור בתקדים האמריקאי המיתולוגי מ־1954 (Brown v. Board of Education of Topeka). "מדיניות של 'פרד אבל שווה' הינה מעצם טבעה בלתי שווה. ביסוד גישה זו מונחת התפישה כי הפרדה משרדת עלבון כלפי קבוצת מיי עוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית", כתב ברק. בהמשך יבר קר על ידי מתנגדיו של פסק הדין, ודווקא הליברליים, שבבירת הזהות הקהילתית של קבוצות, אף ערביות, לטובת ראייה אטומית של בני אדם.

לדברי ברק, המדינה וקציר כשלו מל-הראות מדוע השוויון לא נפגע, גם אם התייחסו למכלול מדיניות ההתיישבות היהודית: "תשובות אלו מעוררות בעיות כלליות קשות וסבוכות... עם זאת, אין לנו צורך להתמודד עימן בעתירה שלפנינו. עתירה זו, אין עניינה מכלול ההתיישבות היהודית על כל היבטיה; עתירה זו אין עניינה פעולותיה של הסוכנות היהודית על כל גווניה. העתירה שלפנינו עניינה יישוב קהילתי מסוים שהקמתו אינה מעוררת את מכלול הבעיות שהסוכנות היהודית מעוררת."

ברק אף פסל קיומם של סעדים אל-טרנטיביים: "מצב שבו טיפול נפרד עשוי להיחשב חוקי - אינו מתקיים במצב הדברים שבפנינו, וזאת משני טעמים: ראשית, הלכה למעשה אין פנייה להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. בפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא ליישובים קהילתיים יהודיים. שנית, אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב קהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד". ברק פסק כי "מדיניות המנהל כיום מעניקה לערבים בפועל, טיפול נפרד ולא שווה". פסקה זו כמזה כפרפר מתורת הכאוס - כל תנועה לא יהיה מצד הפרפר או נימוק כושל, תוך



התרה האפליה, היו מנציחים ומכפילים את האפליה במדינה לעשרות שנים. **בשם החרושים: עו"ד נדן יקיר, עו"ד נטע זיו; בשם המשיבים: עו"ד עירי מולמן, עו"ד אמנון גולדנברג, עו"ד גד שטיילמן, עו"ד אילן פורת**

**3. ע"א 579/83 זוננשטיין נגד אחים גבסו, פ"ד מב (2), 278 (דיני חוזים)**

"תום לב או כתב - תום לב עדיף", כתב ברק בפסק דין מנחה זה לעניין היחס בין זכרון דברים ובין חוזה, ויצטר ביסוס פסיקתי באשר לחובת תום הלב כחובה עצמאית, המוחלת על השיטה המשפטית כולה (מכוח סעיף 61 לחוק החוזים) ועל דיני החוזים בפרט, ומכוחו ניתן להתנות על חקיקה קוגנטית מפורשת. בדעיבה, אפשר לראות בפסק דין זה לא רק ביסוס נורמטיבי של תום לב אובייקטיבי כאמת מוסר והתנהגות, אלא אף ביסוס לגרעית כוחה של הכנסת על החוק הישן, תוך הכרה בערך הפרשנות, באשר למידת תום הלב של הצדדים להתקשרות. הדיון נסוב על תחולתו של זכרון דברים, במקרה קבוע - האם הוא אכן זכרון דברים, מה מעמדו ביחס לחוזה אפשרי ומה דיני ביחס לסעיף 8 לחוק המסאעין, המחייב את דרישת הכתב.

ברק קבע, כי "צד המפוצץ" משא ומתן שלא בתום לב, בעשוי לראות בתוצאות התנהגות... החובה לנהל משא ומתן בתום לב עשויה לעתים להתגבר על דרישת הכתב... תום לב או כתב - תום לב עדיף, דרישת הכתב מנשטת לראוץ פועלות אינה עומדת בפני עצמה, אלא משולבת היא במערך הכולל של החקיקה. מערך זה מבוסס כולו, לרבות יסוד הכתב שבו, על הצורך לקיים חובים ולבצע פעולות משפטיות, בתום לב. אין הוא מוגבל לכי צדד חוזה בלבד, ואין הוא מותנה בקיומו של חוזה. אין הוא עוסק אף ב'בלב ברשות החוזה', אלא חל הוא גם על עניין 'נבל בר שות החוק'. אני סבור כי בטווח הארוך, כאשר ההלכה תכה שורש, וכאשר יוהר לכל אדם כי 'אדם לאדם - אדם, יגבר הביטחון המשפטי'.

קרמו לפסק דין זה ד"ר נפירד ק' קסטרו (1981), בשאלה האם אפשר להטיל תלות בפצציות לפי סעיף 12 על מי שאינו צד לחוזה (כז' ולקשר בין החוק החוזים לחוק השליחות, ופס"ד רבינאי נ' חברת מן השקד (1977)). באשר ל'נוסחת הקשר' בין זכרון דברים לחוזה, ואולם בווננשטיין השקפת עולמו של ברק, באשר לחובת תום הלב, כבר מועצבת לגמרי. הסתייגותו על ידיה המדעיים היא כמחוק, המבטא להקנות לצדדים ערך אובייקטיבי של תום לב כאמת התנהגות ראויה, אותה ראוי לדרוש מהצדדים בכל אחד משלבי הקשר ואף בשלב ההתקשרות. מעניין אם עובד דת היות הנשיא ברק אף שופט, ולא עורך דין, תרמה או לא לפיתוח עמדתו זו, אשר מנחה את כלל הטענות הפיזיולוגיות והבלשניות של הסינגור הטוען באולם.

**בשם המערערים: עו"ד משה ת. כהן; בשם המשיבים: עו"ד ש. גבע, עו"ד חיה אזולאי**

**4. ע"א 4628/93 - מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991), פ"ד מט (2), 265 (דיני חוזים)**

מקובל לראות פסק דין זה כחשוב ביותר בתורת הפרשנות החוזית, שבה הביטל מכלול רעיונותיו של ברק, שנוצר עו בפסיקה ובספרות, לפסק דין מנומק, תקדימי ומחייב, אשר מתייחס לסעיף 25 לחוק החוזים הכללי, וביטוי חוקי לו נמצא

בחוק הממונות החדש. לימים, לאחר כשנתיים, סירבה השופטת טובה שטרסברג-כהן, לקיים בעניינו דיון נוסף. קדמה לו אף דעה אחרת של שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, צבי טל.

החלטת שר הבינו והשיכון, אריאל שרון, היתה, איך לא, מושא בחינת שיקול הדעת המנהלי של הנשיא ברק. נכחנה החלטת המדינה לקצץ 6 אחוזים משכר החברה הקבלנית, אפרופים, בשל עיכוב של חודש והמישה ימים במסירת פרויקט בנייה מזורז לעולים חדשים. השאלה המרכזית נגעה לאופן פרשנותו של "חוזה הפרוגרמה" ובו הסדרי ההתקשרות בין המדינה ובין אפרופים. הנשיא ברק סתר וחלק על "תורת השלבים" הפרשניים הקלאסיים, ביחס לסעיף הרלבנטי ב"חוזה הפרוגרמה", תוך ניתוח חסרונותיה: נ"י תוק הפרדה, קושי באבחנה בין "לשונו" ובין "נסיבות", תחלואי האבסטרקטיזם, ניקשות הרבה של אשליית היציבות, אי בהירות מהותית של הלשון. בטקסט כמעט פילוסופי, באשר לאופני תיאור רה ותפישתה של מציאות, מציע ברק מהלך אינטרטיבי של פרשנות, על פיה יד הנסיבות והתפישת הסובייקטיבית על העליונה. "האובייקטיביזציה של החוזים מתחילה רק כאשר אין ביסוס סובייקטיבי משותף לצדדים לחוזה", כתב ברק. משך הצטרף השופט דב לין לעמדתו של ברק, בניגוד לדעתו של השופט מלצא, הונח הב"ס לשינוי תורת הפרשנות החוזית, תוך עיגון נוסף של עקרונות תום הלב. "כאשר המחוקק מחטיא את המטרה", חותב ברק, "רשאי השופט לראוץ לכך שהמשך רה תושג. אין עליו לשבת בחיבוק ידיים ולדרוש על ההסתאה. לעתים קרובות נודד גים לומר, כי בית המשפט רשאי לתקן את החוק כדי למנוע תוצאה אבסורדית. בלתי סבירה, שאינה ניתנת להפעלה, או שאינה מתיישבת עם מכלול החוק". כך אף רשאי בית המשפט לשנות מלשון החוזה.

**בשם המערערת: עו"ד ר. דותן; בשם המשיבה: עו"ד מ. גלדשטיין**

**5. ע"א 6821/93 - בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיחופי. פ"ד מט (4), 221, עמ' 252-251 (חוקי)**

השאלה: האם חוק הסדרים במגזר הח"קלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993, פוגע בהוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והאם יש לראותו בשל כך כבטל? האם הסדר של פשיטת רגל מורחבת - לשם שחרור מגזר חקלאי מסכנת כיליון, תוך הטלת הנטל על כלל הנושים, תואם את ערכיה של מדינת ישראל?

בפסק דין זה תבע ברק במלוא העוצמה את קביעתה העל במשפט הישראלי, על פיה חוקי היסוד שנתקנו ב-1992 הם חוקת המדינה, כיונם מהווה "מהפכה חוקתית" והכנסת בהצביעה עליהם היתה מוסמכת לעשות כן. "היום", חותב ברק, "מביע בית המשפט העליון את עמדתו המשפטית המאשרת מעמד חוקתי עליון זה. בכך משתלבת החלוצה המכוננת משם: הרוע השופטית. החוליה המכוננת משם תלבת בחוליה השופטית. קמה השרשרת החוקתית בדבר חוקתיות החוקה ככלל וחוקתיות זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד בפרט. אין זו יצירת יש מאין. הכי נסת לא יצרה יש מאין. היא חוקקה את שני חוקי היסוד בהפעלה את סמכותה המכוננת, סמכות הנתונה לה, וזאת על רקע הכרות העצמאות, כינונה של האסיפה המכוננת, החלטת הררי, ועשרה חוקי יסוד אשר הכנסת חוקקה מאז 1958 ועד לחקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות

האדם". ברק סוקר את מקור סמכותה של הכנסת והנתונים החוקתיים מהם יונקים שלושת מודלי ההכרה בסמכות שתיאר, וחולק על השופט שזין, שסבר כי "את פי העם לא אשלנו... והעם היכן הוא? וכי לא ראוי שנשאל את דעתו? אדרבא: נקרא לעם ונשאלה את פיו". ברק מצטרף לשמגר בקביעה כי "חוק שנקבע באורח פורמלי כחוק יסוד לא ניתן לשינוי אלא על ידי חוק שאף הוא יוכרו באורח פורמלי כחוק יסוד". הוא התווה את אופן השימוש ב"פסקת ההגבלה" - בחינת ערכי תיות (על שלושת מבחניה) וחוק מסמך. על סמך אלו קובע ברק, כשמגר, כי החוק אכן פוגע בזכויות קניניות חוקתיות של המערערים, אך הפגיעה היא לתכלית ראויה ועל כן החוק אינו נפסל על ידי בית המשפט, על אף שהיה יכול להיעשות כן. על פני 358 עמודים, מניחים המשמעות פטים את פסק הדין החוקתי המשמעותי ביותר, שגלוי יטלטלו את המערכת עד היום.

**6. ע"א 145/80 - שלמה ועקנין נ' המועצה הקומית, בית שמש ואח'. פ"ד (1), 113 (ניזקין)**

המערערו הוא נער בן 15, שקפץ ב-1976 קפיצת נר לבריכת שחייה עיי רונית בבית שמש, שהופעלה על ידי חברה פרטית שהיתה הנתבעת 2. עומק הבריכה היה שמונים ס"מ בלבד. המערערו תבע פיצולות הפרת חובת זהירות בניזקין, הפרת חובת זהירות בחוזה, והפרת חובה חקוקה. המערער עצמו נפגע בחוליות הגוואר ולקה בשיתוק חלקי של גפיו. ברק פיתח את מבחן הצפיפות שבסעיף 36 לפקודת הניזקין ואת "מבחן הזהירות המושגית", לפי מבחני "האדם הסביר", ותחתיו את "חובת הזהירות הקונקרטי", שאף הוא בשים לב למבחן הסיכון הסביר. בתוך כך, ביטל את החזק על פיה האינטרס של רשות ציבורית ראוי להגנה מיוחדת, והפך הנחה זאת ראויה עתידית להמשך פסיקותיו בתחום, על פיהן רשות ציבורית חבה בתום לב מוגבר, ובעניינו - אף בחור בת זהירות מושגית מורחבת. כבר כן פותחה התפישה לכוליות ההסתכלות והבחינה של ברק, בעניינו - הניזקית (ובעתיד, למשל, גם הפרשנית), של כל אחת מהסיוטואציות: "התשובה מותרת בעובדות. חובת הזהירות הקונקרטי אינה קיימת בחלול של עולם, אלא מיר חדת היא למוזק ספציפי, לניזוק ספציפי, לניזוק ספציפי ולהתנהגות ספציפית". בניגוד למשפט המקובל האנגלי, שבו היתה הגישה כי בעלות בלא תפישה אינה מטילה חובת זהירות מושגית על הבעלים כלפי מבקר במקרקעין, השווה ברק בין אחריות המוזיק לאחריות הבעלים, והי חיל על שניהם חובה שלא להתרשל, כמו גם חובה למניעת אשם תורם מצידו של ניזוק.

בהמשך, פיתח את עילת "הפרת חובה חקוקה", ובשונה מהדין האנגלי קבע: "השאלה, אשר שופט בישראל צריך לש אול עצמו, אינה, אם חיקוק פלוני, על פי פירושו, נועד ליתן סעד אזרחי... השאלה היא, אם החובה החקוקה נועדה לטובת של הניזוק, ואם אין בה משום שלילת התרופה העצמאית". הפרת חובה חקוקה היא עילה עצמאית, בעלת אחריות מוחלטת, והיא אינה אחד מיסודות עוולת של שלנות. ברק קבע כי מבחניה הם קיומה של חובה על המוזיק מכוח חיקוק, שנועד לטובתו של הניזוק; המוזיק הפר את החז

בה המוטלת עליו, וההפרה גרמה לניזוק נזק מהסוג אליו נתכוון החיקוק.

חשיבות פסק הדין, מעבר לפשט האי מור בו, היא בתפישה כוללת של הדין: הי כוללת לשילוב בין דינים שונים באמצעות עילת "הפרת חובה חקוקה", ובהטלת חובת להתנהגות ראויה ונורמטיבית על צדדים ישירים ועקיפים לאחריות, תוך הגברת מידת האחריות המוטלת על רשות ציבורית.

**בשם המערער: עו"ד מ. גלעד; בשם המשיבים: עו"ד מ. זליגמן, עו"ד ש. גנסין**

**7. דנ"פ 2316/95 בש"פ 537/95 - עימאר גנימאת נ' מדינת ישראל. פ"ד מט (4), 589 (ניזקין)**

בן 21 שגנב מכונית. בית משפט הש לום עצרו עד תום ההליכים, בין היתר בשל קיומה של "מכת מדינה" בתחום גניבות הרכב. בית המשפט המחוזי דחה ערעור גנימאת. בערעור הראשון קבעה השופטת דורנר כי "אין ליצור, בדרך של פרשנות, עילת מעצר שמטרתה הרעת עבריינים, בגין עבירות אשר אינן מננות עם העבירות המנויות בחוק, ואשר רק לגביהן הכתב המחוקק בקיומה של עילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה בעל עילת מעצר 'הרתעתית', המושתתת על חומרת העבירה כשלעצמה, מוגבלת לצי בירות הפוגעות בגוף האדם". השופט ברק הסכים עם השופטת דורנר, והוסיף ביסוס חוקתי לעמדתו - חוק היסוד שהעלה את דרגת החירות ממעצר לדרגה חוקתית. השופט חשין התנגד לעמדתו זו של ברק: מאפשר לצי חשין, גריעה מתוכנם של דינים קודמים.

בדיון הנוסף, שבו ובחנו את יסודות "עילת המעצר" כאמור בסעיף 21(A)(1) לחוק סדר הדין הפלילי, ואת מעמד חוקי היסוד ביחס לחוק המעצרים. ברק חתם את פסק הדין בדיון הנוסף: מכת מדינה אינה עילת מעצר, ואף לא חוקת סיכון. על המדינה הנטל לשכנע את בית המשפט כי קיים יסוד סביר לחשש כי נאשם שישו חרר יסכן את שלום הציבור ובטחונו. יש לעצור נאשם עד תום ההליכים רק במי קיים חירגים ומיוחדים: "הכלל הוא החריג, רות, הוא החופש. המעצר הוא החריג... המיוחדות והחריגות עליה אינן עומד, אינה משקפת מוסר, היא משקפת מנטליות, נקודת מוצא ותפישה חוקתית. היא אינה משקפת תפישה כמותית. היא מבטאת תפישה איכותית". הוא מצטט את מבקרת המדינה: "הליקויים שהועלו בב דיקה - מעצרים בלתי חוקיים, בלתי מוצדקים ובלתי מנוצלים - מעידים שפעמים רבות משתמשת המשטרה בסמכות המר עצר בלי שהפעילה שיקול דעת מעמדי, באשר לחיוניות המעצר. לעתים נראה, לכאורה, שאף פעלה בפיוזות".

פסק דין זה ניתן שלושה ימים בלבד אחרי הכרעת בית המשפט העליון בעניין בנק המזרחי. לברק לא נותר אלא ליישם הלכתו באשר למעמד החוקתי העליון של חוק היסוד, אף לעניין דיני המעצרים.

**בשם המערער: עו"ד גלי גלעד; בשם המשיבים: עו"ד דורית ביניש, עו"ד רבקה לויגולדברג**

**8. בג"צ 389/80 - דפי זוב בע"מ נ' רשות השידור וצ' אח'. פ"ד לה (1), 421 (דיני מנדלים, משפט מנהלי)**

פסק הדין ששרטט את היקף אחריותה של המדינה ושיקול דעתה המנהלי, קבע את "חוסר הסבירות" כעילת פסלות מוצד

# MORAN

## Modern Design



מורן מודרן דיזיין היא אחת החברות המובילות בתחום עיצוב הריהוט למשרד ולבית. המטוס שלנו במורן מתבטא בפתחות עיצובית וזרימה חופשית עם רצוננו ודמיונו של הלקוח. צוות מורן מודרן דיזיין ישמח לעמוד לשירותך בכל עת.

האלון פתח, מנהל  
052-6752991



HisStudio



# MORAN

## Modern Design

רח' החשמונאים 117 ת"א, 67133. טל. 03-5618889. קפ"ן 03-5617972  
רח' עמק רפאים 19, מושבה גרמנית, מ-93104. טל. 02-6731414. קפ"ן 02-6731921

אלה. לשון אחר: אין הגדרה אחת ויחידה אשר משמשת אמת מידה לקביעת יחסי מבעיד-עובד, אלא קיימות הגדרות רבות ומגוונות, הכל בהתאם להקשר הדברים, שבו מתעוררת השאלה.  
**בשם העותר:** עו"ד אבי כהן; **בשם המשיבה:** עו"ד עירית אלטשולר

**10. בג"צ 4054/95.5100/94 - הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4), 817 (פלילי, מנהלי, חוקתי)**

תקפותם של אישורי השב"כ לטלטל ולהקור בשטח שבאחריותם בביצוע עבירות נגד המדינה. פסק הדין ניתן בס"פ ספטמבר 1999, בשיאה של תקופת פיגועי עים. הוועד הציבורי נגד עינויים טען כי לשב"כ כלל אין סמכות חקירה; האגודה לזכויות האזרח דרשה לחדול משיטת החקירות הנהוגה, ועותרים פרטיים קבלו כי השיטות שהופעלו כנגדם אינן חוקיות - כריעת צפרדע, המתנה בתנו"ח שבאה, הדיוק יתר של אזיקים, מניעת שינה וטלוליים. העותרים התנגדו להציג את שיטות החקירה של השב"כ בדלתים סגורות, ותשעת השופטים צפו בהדגמות שערכו דווקא העותרים.

ברק קבע, כי אכן אין לשב"כ סמכות חקירה המוגדרת בחוק, והאת נגזרת לכל היותר מפקודת הפרוצדורה הפלילית שמכוחה העניק שר הביטחון סמכות חקירה לחוקרים ספציפיים. מכאן, כי אין חוקרי השב"כ כדינם של שוטרים. בעקבות פסק הדין חוקק חוק השב"כ.

"פשיטא שטלטול הוא אמצעי חקירה פסול", כתב ברק, בהסכמת שמונת חב"ריו האחרים. "הוא פוגע בגופו של הנח"ק. הוא מפר את כבודו. זהו אמצעי אלים שאינו מהווה חלק מחקירה כדון. הוא מעל ומעבר למידה הדרושה. גם המדינה אינה טוענת שטלטול הוא אמצעי חקירה 'רגיל' שכל חוקר (בשב"כ או במשטרה) ראוי לעשות בו שימוש. הטענה בפנינו היתה, כי הצידוק לטלטול הוא בדיני ה'צורך' (אולם) הסייג של 'צורך' אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט באמצעים פיזיים במהלך חקירה. הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין 'צורך'. סייג זה עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד הוק כתגובה לאירוע; היא נובעת של אימפרוביזציה נוכח החרח"ש שות בלתי צפויה. אופי זה של הסייג אינו מאפשר לו להוות מקור של סמכות מנהלית כללית", קובע ברק ופוסל את שיטת החקירה, תוך ציון כי ייתכן והגנת הצורך תקום לחוקרי השב"כ לפי הדין הפלילי.

"ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו", מסכם ברק, "אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים. דורשים אנו מולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמיים דים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו באשר לדין".

**בשם העותרים:** עו"ד אביגדור פלדמן, עו"ד רותית רובינסון, עו"ד דן קיר, עו"ד אנדרה רוזנטל, עו"ד אליהו אברם, עו"ד לאה צמל, עו"ד אלגרה פצ'קו; **בשם המשיבים:** עו"ד שי ניצן, עו"ד יהודה שפר <

לתי עצמאית, הכריע אימתי יתערב בית משפט בשיקול הדעת המנהלי, תוך אזכור הביטוי "דואליות נורמטיבית" שטבע ברק לראשונה ב-1979, מושג שבהמשך צומצם בפועל לגבי חובת השוויון על ידי דעת הרוב בד"נ בית יולס ב-1982.

ברק בוחן את החלטת רשות השידור ביחס לדפי זהב, שלא להתקשר עימה, תוך בדיקת סבירות החלטתה, והאם "רשות השידור עוצמת עיניה מראות הצ"עות אחרות, העשויות להיות טובות יותר ומושכות יותר". בנוגע לחוסר הסבירות מצייין ברק, כי בחינת שיקול הדעת המנהלי לא יעשה במקום פקיד המנהל, אולם בית המשפט מוסמך לבחון את סבירות החלטתו, בעיניים של "רשות מנהלית סבירה". ברק מגיע למסקנה כי "השאלה אינה מה אני הייתי עושה כחבר בוועד המינהל של רשות השידור. השאלה היא, אם רשות מנהלית סבירה, במקומה של רשות השידור, עשויה להגיע להחלטתה שלא להזמין הצעות מהעותרת. בהעמדיי שאלה זו לנגד עיני, נראה לי, כי אין אני יכול לומר, כי החלטתה של רשות השידור היא בלתי סבירה". ברק מתבסס בין היתר על חוות דעת משפטית שעמדה בפני רשות השידור, ובכך ביסס את מנהג רשויות המנהל לבסס טיעוני סבירות החלטותיהם בהישענות על חוות דעת מקצועיות חיצוניות.

**בשם העותרת:** עו"ד ש. הרציג, עו"ד צ. מיתר; **בשם המשיבים:** עו"ד א. בן-טובים, עו"ד מ. שפיגלמן

**9. דנג"פ 4601/95 - סרודי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה. תקע"ל 398. (דני עבודה וביטוח לאומי)**

ברק מצטרף לגישתו העקרונית של בית הדין הארצי לעבודה (על אף שבפסק דין זה סתר את עמדתם בתיק) ומרחיב את הגדרת "עובד" אף עד נבחר ציבור, שהקשר בינם ובין בוחריהם אינו של יחסי עובד-מעסיק. בכך יוצר ברק מהלך כמעט חוקתי מרובע: ראשית, הוא מרחיב את תחולת דיני העבודה ותכליתם על מכלול עניינים שלא הוגדרו ככאלו; שנית, הוא קורא את חוקי העבודה קריאה תכליתית, במקרה הזה, הכרה בממלא מקום המועצה המקומית ירוחם כמי שז"כאי לדמי אבטלה מהביטוח הלאומי עם התפרקות הקואליציה העירונית שבה ישב, על אף שהקשר בינו ובין ציבור בוחרי אינו קשר חוץ עובד-מעסיק; שלישית, הוא מפצל את דיני העבודה ומיילת בתחולתם של סלקטיביות, על פיה יכול אדם להיקרא "עובד" רק לעניין חלק מה"חוקים; רביעית, כמובן, בחקיקה שיפוטית ובניגוד לחוק הביטוח הלאומי הוא יוצר זכויות יש מאין.

במקרה זה, הצטרפו לברק כל שופטי ההרכב, ובהם השופטים ש. לוי, מצא, חשין, זמיר, שטרסברג-כהן ודורנר. "הגיי" שה המקובלת עלינו", כתב ברק, "הינה כי המשפט הוא מכשיר חברתי. מושגי המשפט נועדו להגשים מטרתו חברתית. הם כלי שרת להשגת יעדים חברתיים. הם ביטוי לאזוניה הראויים בין ערכים ואי נטרסית מתנגשים... מכאן, שבפרשנותו של דבר חקיקה, אנו שואלים את עצמנו מהי המטרה המונחת ביסודו... המונחים 'מבעיד' ו'עובד' מופיעים בשורה ארוכה של חוקים. נקודת המוצא העקרונית, אשר חייבת להנחות אותנו, היא, כי לביטויים אלה אין משמעות אוניברסלית, אלא המשמעות, שנודעת להם, קשורה קשר הדוק להקשר, שבו מופיעים ביטויים