



**התנועה למשילות**

**ודמוקרטיה**

**פיתוח חריג של המשפט:**

**עקרון פומביות הדיון בבג"ץ -**

**הריסת בתים כמקרה מבחן**

**- מחקר -**

בעריכת צוות המחקר של התנועה למשילות ודמוקרטיה

אייר התשע"ג, אפריל 2013

## התנועה למשילות ודמוקרטיה (ע"ר) 580568772

התנועה הינה עמותה רשומה העוסקת בשמירת האיזונים בין מרכיבי הדמוקרטיה השונים במדינת ישראל: הכרעת הרוב, זכויות הפרט, הגינות שלטונית ושקיפות. התנועה עוקבת, חוקרת, מפרסמת ומקדמת חקיקה ורפורמות בממשק שבין הרשות הנבחרת, המבטאת את הכרעות הרוב ואת היותה של ישראל מדינה יהודית לבין הרשות השופטת המופקדת על זכויות הפרט, מניעת שחיתות ושלטון החוק ושמה לה למטרה לקדם מגמות אלה בקרב הציבור בישראל.



**התנועה למשילות**

**ו ד מ ו ק ר ט י ה**

התנועה למשילות ודמוקרטיה

רח' יוסף ריבלין 5 מיקוד 94240 ירושלים

טל' 02-5714118 פקס: 057-9557285 דוא"ל: [office@meshilut.org](mailto:office@meshilut.org)

פיתוח חריג של המשפט: על יישומו של עקרון פומביות הדין בבג"ץ

### הריסת בתים כמקרה מבחן- תקציר מנהלים

בידי הרשות השופטת הופקד כח רב. הכח לפרש את דברי החקיקה ואת הנורמות המשפטיות הנוהגות במדינה, ולהחילם על מקרים המובאים בפני בית המשפט. פרשנות שכזו, מן ההכרח יש בה מן היצירה, וכדברי נשיא בית המשפט בדימוס, אהרון ברק:

**"הציבור צריך להיות מודע לכך ששפיטה אינה רק גילוי, שיש בה יצירה, וכי יצירה זו היא מוגבלת ולגיטימית, וכי המחוקק רשאי תמיד, אם היא אינה נראית לו, לשנותה"**

המחקר שלפניכם מראה כי הליכי היצירה השיפוטית במדינת ישראל, בניגוד להליכי החקיקה וחקיקת המשנה, מתרחשים הרחק מעיני הציבור. ויודגש, אין המדובר רק על הציבור הרחב, שהשפה המשפטית זרה לו. הדין הפרשני-משפטי ועיצובו על ידי בית המשפט חסוי גם מעיני שרי הממשלה, חברי הכנסת, חוקרי האקדמיה, עורכי הדין והתקשורת.

מטרת מחקר זה הינה להדגים באמצעות מקרה מבחן, תוך סקירת כלל פסקי הדין שניתנו בנושא הריסת בתים על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, שינוי מהותי שיזם בית המשפט העליון בדין הנוהג בישראל וביישומו בפועל. שינוי זה, אין לו זכר במידע הגלוי לציבור.

במחקר ניתן לראות כיצד השפיע בית המשפט העליון על מסקנותיה של וועדת שני, שפעלה בעת שתיקי הריסת בתים נידונו בבג"ץ, והוביל להפסקת הריסת הבתים למשך ארבע שנים, ללא שהשאלה המשפטית נידונה לגופה.

מלבד הבעייתיות שבפיתוח חריג של המשפט החוקתי והמנהלי והפגיעה בעקרונות היסוד של מדינת ישראל הנגרמים כתוצאה משימוש בדרך לא רשמית לשינוי מדיניות, מדובר אף בהפרה מתמשכת של חוק בתי המשפט, המחייב רישום פרוטוקול המשקף את הדין.

המחקר קורא לחייב את פרסום דיוני בית המשפט העליון, ובמיוחד בשבתו כבג"ץ, לציבור הרחב, בדומה להסדר הנוהג בכנסת ובוועדותיה השונות.

## פיתוח חריג של המשפט: על יישומו של עקרון פומביות הדיון בבג"ץ

### הריסת בתים כמקרה מבחן

שמחה דן רוטמן, עו"ד<sup>1</sup>

#### מבוא:

במשולש הרשויות בישראל, הרשות השופטת, ובראשה בית המשפט העליון, הגדילה את השפעתה בשנים שמאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק בתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת.

מהלך זה, שזכה לשם "המהפכה החוקתית", הוביל לכך שכיום הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, שואלות את עצמן פעמים רבות לפני נקיטת צעדים מצידן, האם המהלך המתוכנן "יעמוד במבחן בג"ץ". חששם הטבעי של מחוקקים, שרים ופקידים, מפני מצב בו בג"ץ יבטל את החוק, התקנה, או המעשה המנהלי שבכוונתם לקדם, מהווה גורם מצנן ומרתיע, ומהווה כלי מרכזי באמצעו ממלא בית המשפט העליון את תפקידו בשמירה על זכויות האזרח וכבוד האדם במדינת ישראל.

כוח רב זה, המצוי בידי הרשות השופטת ובמיוחד בידי בית המשפט העליון, מדגיש את תפקידו של בית המשפט כיוצר, וכדברי נשיא בית המשפט בדימוס, אהרון ברק:

צריך הציבור לדעת ולהבין. הציבור צריך להיות מודע לכך ששפיטה אינה רק גילוי, שיש בה יצירה, וכי יצירה זו היא מוגבלת ולגיטימית, וכי המחוקק רשאי תמיד, אם היא אינה נראית לו, לשנותה<sup>2</sup>

היצירה השיפוטית, בין אם היא מוגבלת ומצומצמת, ובין אם היא רחבה וחובקת כל, אמורה להתניע תהליך של שיח בין הרשויות, ובייחוד בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, שבו ניתנת לכל רשות ההזדמנות להתייחס להחלטותיה של הרשות האחרת.

אולם, במדינת ישראל נראה שמרבית היצירה השיפוטית, אינה מעוררת את אותו שיח. מחקר זה נוטל את סוגיית הריסת בתי מחבלים כמקרה מבחן, ומראה באמצעותה כי הציבור הישראלי, והרשויות הנבחרות המייצגות אותו, מודר באופן כמעט מוחלט משיח זה.

אחת הסיבות, אם לא הסיבה העיקרית, להיעדרו של שיח זה היא שלעומת נבחרי הציבור, האומרים את דעתם באופן גלוי. בית המשפט העליון מנהל את רובו המוחלט של הדיון הפרשני-משפטי הרחק מעיני הציבור. ויודגש, אין המדובר רק על הציבור הרחב, שהשפה

---

<sup>1</sup> מנהל המחקר בתנועה למשילות ודמוקרטיה. המחקר נערך בסיוע צוות התנועה. תודה מיוחדת לגב' תמר צור על הסיוע הרב בקטלוג פסקי הדין.  
<sup>2</sup> א' ברק, בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל, פורסם בספר יצחק כהן (תשמ"ט) 287.

המשפטית זרה לו. הדיון הפרשני-משפטי ועיצובו על ידי בית המשפט חסוי גם מעיני שרי הממשלה, חברי הכנסת, חוקרי האקדמיה, עורכי הדין והתקשורת.

בית המשפט העליון אמנם מפרסם באופן שוטף ורציף, באתר האינטרנט, את כל פסקי הדין וההחלטות המתקבלות בו, ולכאורה יכול כל חוקר/עיתונאי/עו"ד, המעוניין לראות כיצד השפיע בית המשפט על יישום מדיניות הממשלה, לעיין באתר ולגלות, ואולם, בית המשפט משפיע על מדיניות הממשלה בדרכים רבות שאין להן זכר בהחלטותיו.

בספרו של דוד זכריה, **"קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור"**<sup>3</sup> נסקרו בהרחבה דרכי ההשפעה של בית המשפט העליון בסוגיות הקשורות לביטחון לאומי ולמאבק בטרור באמצעות מה שמכונה בספר, "דיאלוג מנחה" עם הרשויות האחרות.

גם הצגת התמונה הכוללת של השפעת בית המשפט, וגם הביקורות העיקריות על מצב זה, זכו לבמה רחבה בספרו של זכריה ומחקר זה אינו מתיימר לעסוק בכל דרכי ההשפעה של בית המשפט על הרשויות. מטרת מחקר זה הינה להדגים באמצעות מקרה מבחן, תוך סקירת כלל פסקי הדין שניתנו בנושא הריסת בתים על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, שהניסיון להתחקות אחר השפעת בית המשפט על היקף תופעת הריסת הבתים, ללא מידע פנימי, מוביל למסקנות שגויות ומוטעות.

הבחירה בנושא הריסת בתים נבעה משלוש סיבות עיקריות: ראשית, בנושא זה יש מעקב רציף אחרי המציאות בשטח. מעקב זה התבצע על ידי עמותות וגופים שבראש מעייניהם נושא זכויות התושבים הפלסטינים בשטחי יהודה, שומרון ועזה ותוצאותיו פורסמו על ידם באופן סדיר;<sup>4</sup> שנית, בנושא זה הוגש מספר רב של עתירות לבית המשפט וניתנו פסקי דין כה רבים, עד שכמעט ניתן לומר שבג"ץ פיקח על הריסות הבתים, ברמת הבית הבודד;<sup>5</sup> הסיבה השלישית, ואולי החשובה מכולן, היא העובדה שהסקירה הראשונית הראתה שעל אף אחוזי ההצלחה האפסיים של העתירות, המשיכו הפרטים והעמותות העוסקות בנושא לעתור לבית המשפט, במה שנראה היה כמאבק אבוד מראש. דבר זה הוביל לחיפוש אילו יתרונות

<sup>3</sup> דוד זכריה, **קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור** (2012) (להלן: "דוד זכריה").

<sup>4</sup> במיוחד יש להזכיר את עמותת "בצלם" שכתובת אתר האינטרנט שלה היא <http://www.btselem.org/> ואת המוקד להגנת הפרט שכתובת אתר האינטרנט שלו היא <http://www.hamoked.org.il>. יצוין כי איסוף הנתונים של עמותת "בצלם", מהווה למעשה את המקור הכמעט רשמי לנתונים בדבר הריסת בתים, ואף הוועדה שהקים צה"ל לבדיקת נושא הריסת הבתים, השתמשה בנתונים אלה. (במצגת של דיוני הוועדה, שהוגשה לבית המשפט במסגרת עתירת המוקד להגנת הפרט נאמר במפורש "אין נתונים כמותיים רשמיים ועוקבים נכון ליום זה להריסות הבתים באזח"ע", ומייד באותה שקופית: "על פי נתוני ארגון "בצלם" - 4100 בתים נהרסו [באופן כולל בארבע שנות העימות הנוכחית]"). ניתן למצוא את המצגת המלאה באתר המוקד להגנת הפרט, בכתובת: <http://www.hamoked.org.il/items/110467.pdf>.

<sup>5</sup> לפי מספר העתירות שבהם ניתנו פסקי דין, בג"ץ דן ביותר מ-10 אחוזים ממקרי ההריסה. בהנחה שהיו עתירות שעסקו בכמה בתים, הרי שהמספר גבוה בהרבה. כמעט לא ניתן לחשוב על מעשה מינהלי אחר שבו הערכאה העליונה במדינה עוסקת באחוז כה גבוה של מקרים.

מפיקים העותרים מהגשת העתירות, יתרונות שאינם מתבטאים בשורה התחתונה של פסק הדין.

החשיבות בהדגמה זו, שמן הסתם ניתן, ואולי אף ראוי, להחיל אותה על נושאים נוספים, היא הדגשת הפגיעה בעקרונות היסוד של מדינת ישראל הנגרמת מהיעדר שקיפות בבית המשפט העליון ומאמירות "נעלמות" שלא מוצאות את ביטויין בהכרעה השיפוטית.

בחלקו הראשון של המחקר השווינו את בין האמירות הגלויות של בית המשפט העליון בהחלטותיו בנושא הריסת בתי מחבלים למספר ההריסות בפועל. השוואה זו הראתה חוסר התאמה מובהק בין האמירות השיפוטיות לבין המציאות. בהמשך החלק הראשון אנו רואים כיצד כאשר נלקחות בחשבון אמירות הרשמיות למחצה והלא רשמיות של בית המשפט הולכת ומתבהרת מידת השפעתו של בית המשפט על מדיניות ההריסה.

חלקו השני של המחקר מדגיש את הבעייתיות שבפיתוח חריג של המשפט החוקתי והמנהלי ואת הפגיעה בעקרונות היסוד של מדינת ישראל הנגרמים כתוצאה משימוש בדרך לא רשמית זו, ומוצעים בו שני מתווים אפשריים לצמצום הבעייתיות שבשיח חסר זה:

1. חזרה של בית המשפט לשימוש בעילות סף, וצמצום ההכרעה השיפוטית למקרים ספיציפיים.

2. פרסום דיוני בית המשפט העליון, ובמיוחד בשבתו כבג"ץ, לציבור הרחב, בדומה למה שנעשה היום בכנסת.

שילוב מושכל של שני המתווים יאפשר לבית המשפט העליון להתערב, במקרים בהם נדרשת התערבותו, בצורה חדה וברורה, שאף תייצר באופן מיידי וודאות משפטית בכל מערכות השלטון, ומצד שני תאפשר לנבחרי הציבור, כאשר הם חולקים על הכרעתו הערכית של בית המשפט, לבצע את שליחותם ולחוקק חוקים שישקפו את הכרעתם הערכית, תוך יצירת דיאלוג מפרה עם בית המשפט.

## חלק א – הריסת בתים כמקרה מבחן

### רקע:

תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) מסמיכה את המפקד הצבאי להרוס בתי מפגעים. מדינת ישראל השתמשה בתקנה זו במספר רב של מקרים מאז פרוץ האינתיפאדה הראשונה בשנת 1988.<sup>6</sup> כנגד שימוש בתקנה זו הוגשו עתירות רבות לבג"צ. בסקירת פסקי הדין נסקרו 138 פסקי דין שמהווים את כלל פסקי הדין שפורסמו ושעסקו בנושא.<sup>7</sup>

### שלב 1 – שלב ההכרעה הדיכוטומית

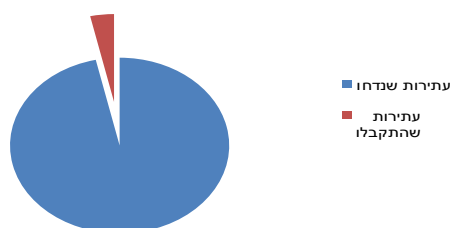
בשלב זה נבדקו כלל פסקי הדין וסווגו לאחת משתי אפשרויות: או שהעתירה נדחתה והמדינה "ניצחה" בתיק או שהעתירה התקבלה ונמנעה הריסת הבית, "הפסד" למדינה.

הנחת היסוד בשלב זה הייתה כי כל עוד המדינה אינה מקבלת מבית המשפט אמירה ברורה שהמדיניות שהיא נוקטת אינה חוקית, המדינה תמשיך לעשות כהבנתה.

ניתוח פסקי הדין בדרך זו הראה כי בית המשפט העליון כמעט שלא התערב בהחלטות הדרג המדיני. בנושא הריסת בתי המחבלים, רק בארבעה מקרים נענה בית המשפט לעותרים ומנע את הריסת הבית, מדובר על כ-3% הצלחה לעותרים ו-97% הצלחה למדינה.

כפי שניתן לראות בגרף הבא, סיכוייה של עתירה בנושא הריסת בתי מחבלים להתקבל נמוכים ביותר. לו היינו מסתפקים בבדיקה זו, ניתן היה להסיק מכך כי בית המשפט מהווה כעין "חותמת גומי" ומאשר לדרג הצבאי והמדיני לעשות כמעט ככל העולה על רוחם.

### עתירות בנושא הריסת בתי מחבלים



<sup>6</sup> על פי נתונים המופיעים באתר "בצלם", בשנים 1987-2004 נהרסו 1115 בתי מחבלים בהריסה מלאה וכחמש מאות בתים מחבלים נהרסו חלקית/נאטמו/נאטמו חלקית. ניתן לראות את הנתונים בכתובת:

[http://www.btselem.org/hebrew/punitive\\_demolitions/statistics\\_since\\_1987](http://www.btselem.org/hebrew/punitive_demolitions/statistics_since_1987)

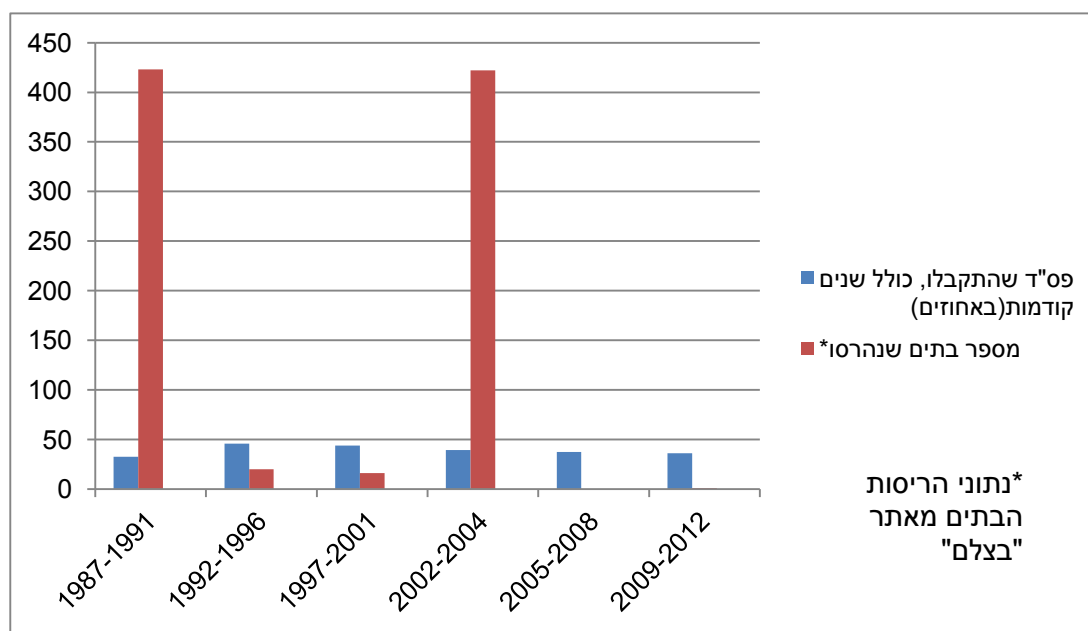
<sup>7</sup> לצורך הבדיקה הרצונו חיפוש באתר נבו על כל פסקי הדין המאזכרים את תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום). ובנוסף חיפשנו לפי אזכור "הריסת בתים" כדי לגלות את פסקי הדין שלא קוטלגו כראוי. לאחר ניפוי פסקי הדין שאזכרו את התקנה כבדרך אגב או שלא היו רלוונטיים, נותרו 138 פסקי דין.

מבט על ציר הזמן מראה כי העתירות המועטות שהתקבלו היו בין השנים 1989 עד 1993 ומיד לאחר מכן פסקה הריסת הבתים כמעט לחלוטין ולא חודשה במשך זמן רב. נתונים אלה לא יהיו שלמים ללא הידיעה כי השנים 1993-2001 היו השנים שבהן צה"ל צמצם במידה רבה את פעילותו בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה כתוצאה מהסכמי אוסלו והמשא ומתן שהתקיים באותה עת.

לאחר מבצע חומת מגן, בשנת 2002, חזר צה"ל לפעילות מבצעית מלאה בשטחי יהודה ושומרון, ויחד עם פעילות זו שב המפקד הצבאי לאשר הריסות בתים בהיקף נרחב יחסית.

בשנת 2005 פסקה הריסת הבתים על פי ס' 119 לתקנות ההגנה, ולא חודשה עד לשנת 2009, שאז נעשה בה שימוש מצומצם יחסית.

אם נציב את נתוני ההריסה לפי שנים יחד עם פסקי הדין על פי ההכרעה הדיכוטומית נראה שאף שעל פי סקירת פסקי הדין לא חל כל שינוי משמעותי במצב המשפטי מאז תחילת שנות התשעים, קיימת תנועתיות רבה במספרי הריסות הבתים על ידי המפקד הצבאי.<sup>8</sup>



היעדר קורלציה שכזה היה אמור להביא למסקנה שהריסות הבתים מושפעות מגורמים אחרים, כדוגמת המצב הבטחוני, אולם כלל אינן מושפעות מהמערכה המשפטית שנוהלה להפסקתם על ידי העותרים השונים.

במקרים רבים, נתונים מעין אלה מובאים כהוכחה לכך שהאקטיביזם השיפוטי בבית המשפט העליון הינו "מיתוס".<sup>9</sup>

<sup>8</sup> כדי לאפשר הצגת נתוני פסקי הדין באותו גרף, הוכפל האחוז בפקטור 10.

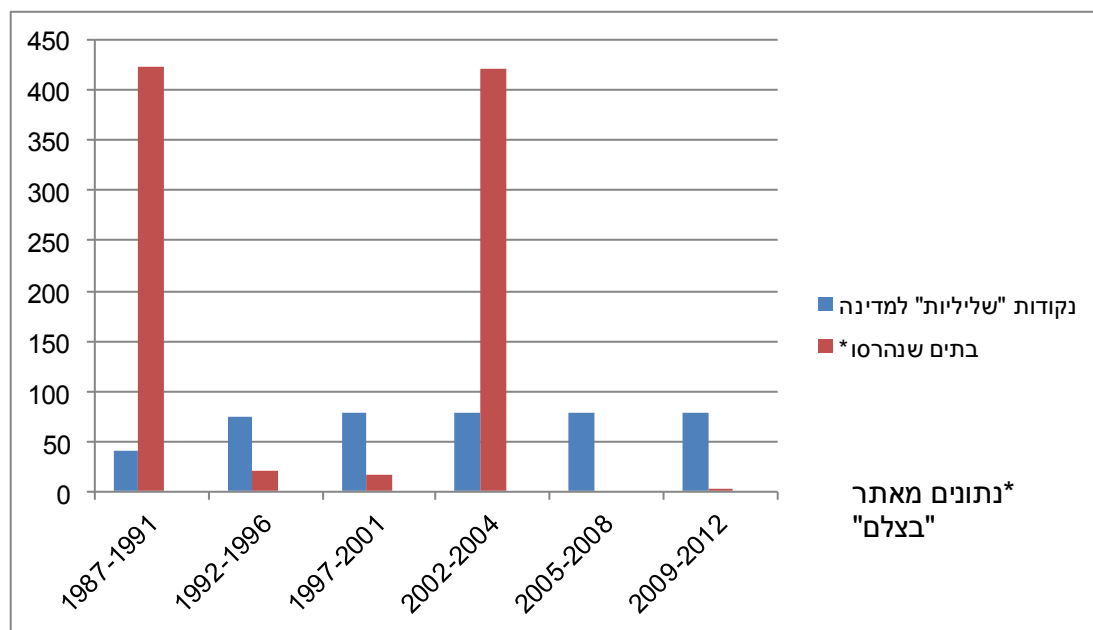
<sup>9</sup> דוגמה מובהקת לשימוש שנעשה בנתונים מעין אלה ניתן לראות ב: ברק מדינה, ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק) **דין ודברים** ג (תשס"ז-תשס"ח) 413, 399, שם הוא כותב: "דוגמה לפער בין מיתוס האקטיביזם השיפוטי לבין המצב



## שלב 2 – דעת מיעוט

בשלב השני ניסינו לאתר בפסקי הדין רמזים יותר ברורים להשפעה אפשרית של בית המשפט על מדיניות הריסת הבתים. בשלב זה נבדקו דעות מיעוט, מתוך הנחה שכאשר שופט, גם אם בדעת מיעוט, מביע אי-נחת מהתנהלות מסוימת של המדינה, יש בכך כדי להשפיע על התנהלות המדינה במקרים דומים.

לצורך שלב זה הענקנו לפסק דין בו התקבלה עמדת העותרים 10 נקודות שליליות למדינה. לפסק דין שבו התקיימה דעת מיעוט המקבלת את עמדת העותרים, הענקנו 3 נקודות שליליות ולפסק דין הדוחה את העתירה ללא דעת מיעוט, 0 נקודות.



נראה כי דעת המיעוט, אינה משנה את התמונה בהרבה. גם כאן אין רואים קשר של השפעה ב"נקודות השליליות" שקיבלה המדינה על מדיניות הריסת הבתים. בשלב זה המשכנו לבדיקה עמוקה יותר בנתונים הגלויים בפסקי הדין, ובמיוחד בהערות האגב ובביקורת על חלקים שונים בהליך ההריסה שנמתחה על המדינה.

### שלב 3 - בדיקה פרטנית של הערות אגב בפסקי הדין:

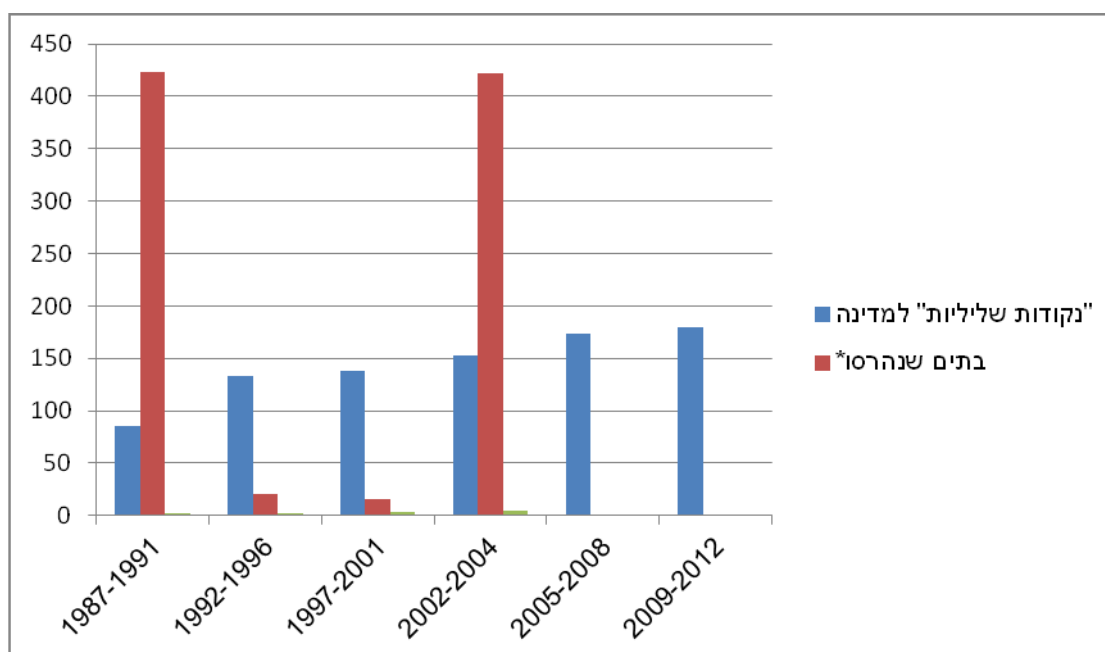
בפסקי הדין של בית המשפט העליון ניתן להצביע על תהליך הדרגתי של דרישות שונות, פרוצדורליות ומהותיות, שבית המשפט דורש מהמדינה להראות כי התקיימו, בטרם יאשר את הריסת המבנה. קריאה מדוקדקת יותר אף מראה בהמשך "הפנמה" מצד המדינה והתייחסות של בית המשפט לכך

בפועל היא הביקורת השיפוטית על פעילות צה"ל בשטחים. בג"ץ ניאות לדון לגופן כמעט בעל העתירות שהוגשו נגד בעילות צה"ל בשטחים... אולם בפועל הכשיר בית המשפט כמעט כל אמצעי שנקט צה"ל במאבק בטרור"

שהמדינה אכן "הפנימה" את הדרישות שהעלה בית המשפט. ניתן להניח כי הטלת מגבלות שכאלה על המדינה, יבואו לידי ביטוי בצמצום השימוש בכלי הריסת הבתים.

בין השיקולים שנבדקו בסקירת פסקי הדין ניתן למנות את החלת פסקת ההגבלה וכללי המידתיות, איזון בין הפגיעה במשפחה לבין ההרתעה, איזון בין חומרת המעשים לסנקציה, מזעור הסיכויים לפגיעה בבתי שכנים, העדפת אטימה על הריסה, העדפת אטימה חלקית. כמו כן יש בפסקי הדין התייחסות גם לפרוצדורה המנהלית, כגון רמת ההוכחה הנדרשת בדבר מעורבותו של הדייר בפעולות טרור, שימוע ושימוע נוסף, במקרה שחלף זמן משמעותי, מתן אפשרות לעתירה טרם הריסה או אטימה ועוד.

הכנסנו הערות אלו לגרף בתור תוספת "נקודות שליליות" למדינה, כך שההערות מקבלות 3 נקודות, דעת מיעוט – 5 נקודות ופס"ד שהתקבלו -10 נקודות.



ניתן לראות מגרף זה כי הביקורת של בית המשפט על שלטונות הצבא, הולכת ומצטברת, וניתן לראות שבעיתות רגיעה בטחונית, הריסת הבתים הופכת לתופעה נדירה. ייתכן כי יש בביקורת בכדי להסביר חלקית את הצמצום בהריסות הבתים בין השנים 1992-2001. הריסת הבתים לא פסקה לגמרי (על אף הסכמי אוסלו והעברת השליטה הבטחונית בחלקים נרחבים של אזור עזה, יהודה ושומרון לידי הרשות הפלסטינית), אולם המספר צומצם במידה ניכרת.

גם את העלייה בשנים 2002-2004 ניתן להבין בהתאם למצב הביטחוני. אולם שינוי המדיניות וההפסקה הגורפת בשנת 2005, לא ניתנים להסבר לפי הנתונים שבגרף. מהנתונים הגלויים לא ברור כלל מדוע צה"ל, שעשה שימוש רב בהריסת בתים בין השנים 2004-2002, חדל באופן מוחלט מהריסת בתים (למעשה עד שנת 2009). כאשר הפעם האחרונה בה התקבלה עתירה בעניין הייתה

בשנת 1993, ובמשך כל התקופה שבין 2002 ל-2004 אישר בג"ץ ב-13 עתירות שונות, את מדיניות ההריסה.

בהקשר זה חשוב לציין כי 7 עתירות שונות נדחו באופן רשמי, אך התקבלו דה-פקטו, בעקבות שינוי מדיניות ההריסה של צה"ל, ואמירה ברוח זו נאמרה בפסק הדין בג"ץ 4969/04 *עדאלה נ' אלוף פיקוד הדרום (להלן: עניין עדאלה)*:

נראה כי הפסקת הריסות הבתים באזור הנה חלק ממדיניות כוללת של המשיבים. מטעם זה גם דחינו עתירה אחרת (בג"ץ 7733/04 נאסר נ' מפקד כוחות צה"ל כגדה המערבית [לא פורסם]), לאור הודעת המשיב שם, כי המפקד הצבאי החליט להימנע משימוש בסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ואין בכוונתו להרוס בתים (שלא אגב פעילות צבאית) לצורך הרתעת מפגעים פוטנציאליים. אך מובן הוא, שאין בדחיית העתירה כאן משום דחיית טענה מטענות העותרים, וכל טענותיהם נשמרות להם היה ויחליטו להגיש עתירה נוספת, אם תשתנה מדיניותם של המשיבים שהוצהרה לפנינו במסגרת עתירה זו.

ניתן היה לייחס שינוי מדיניות זה אך ורק למצב המדיני והפוליטי. בתחילת שנת 2005 התקיימה בשארם א-שיך פגישת פסגה בין ראש הרשות הפלסטינית, אבו מאזן, וראש ממשלת ישראל, אריאל שרון, ובה הוכרז על הפסקת הפעילויות האלימות בין הצדדים. כמו כן החל צה"ל באותה שנה בהכנות לתוכנית ההתנתקות. אף נימוקים אלה הופיעו בפסק הדין בעניין עדאלה.

אולם, נראה כי בכך לא די. כאמור אף בשנים 92-96, שבהן נרקמו ומומשו הסכמי אוסלו, לא ויתרה מדינת ישראל, ולא ויתר צה"ל, על ההרתעה הגלומה בהריסת הבתים. אם לוקחים בחשבון שבשנים 1997-1998 פיגועי טרור הובילו ל-33 הרוגים כאשר בשנת 2008 לבדה הוביל הטרור ל-36 הרוגים,<sup>10</sup> ברור כי לא ניתן לשייך את היעדר ההריסות לרגיעה הביטחונית, בוודאי לא כהסבר יחיד. השלמת המידע הגלוי בפסקי הדין ובנסיבות ההיסטוריות, באמצעות מידע פנימי על שהתרחש בבית המשפט, יכולה להדגים את ההשפעה הסמויה של בית המשפט העליון.

#### **שלב 4 – השלמה באמצעות "מידע פנים"**

בשלב זה פנינו להשלמת המידע ממקורות שאינם גלויים בדרך כלל לציבור. במקרה זה נחשפו פרטי מידע אלו בספרו של דוד זכריה, **"קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור"**.<sup>11</sup> (להלן: "זכריה")

ספר זה סוקר בהרחבה את דרכי ההשפעה של בית המשפט העליון בשלל סוגיות הקשורות לביטחון לאומי ולמאבק בטרור. בספרו עומד זכריה<sup>12</sup> על כך שבהשפעת בית המשפט שונתה המדיניות והמדינה הפסיקה להרוס בתי מחבלים מ-2005 (לבד ממקרים קיצוניים, שקרו רק בשנת 2009). זכריה טוען כי אמירות של נשיא ביהמ"ש העליון דאז, אהרון ברק, בהחלטה על דחיית הדיון בזמן שוועדה מטעם הצבא ישבה לדיון בנושא זה, הן שהובילו לשינוי כה קיצוני במדיניות. עוד טוען זכריה

<sup>10</sup> הנתונים מאתר השב"כ <http://www.shabak.gov.il/publications/study/Pages/hitpalgut-article.aspx>

<sup>11</sup> דוד זכריה, **קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור** (2012) (להלן: "דוד זכריה").

<sup>12</sup> ראה דוד זכריה 65-60.

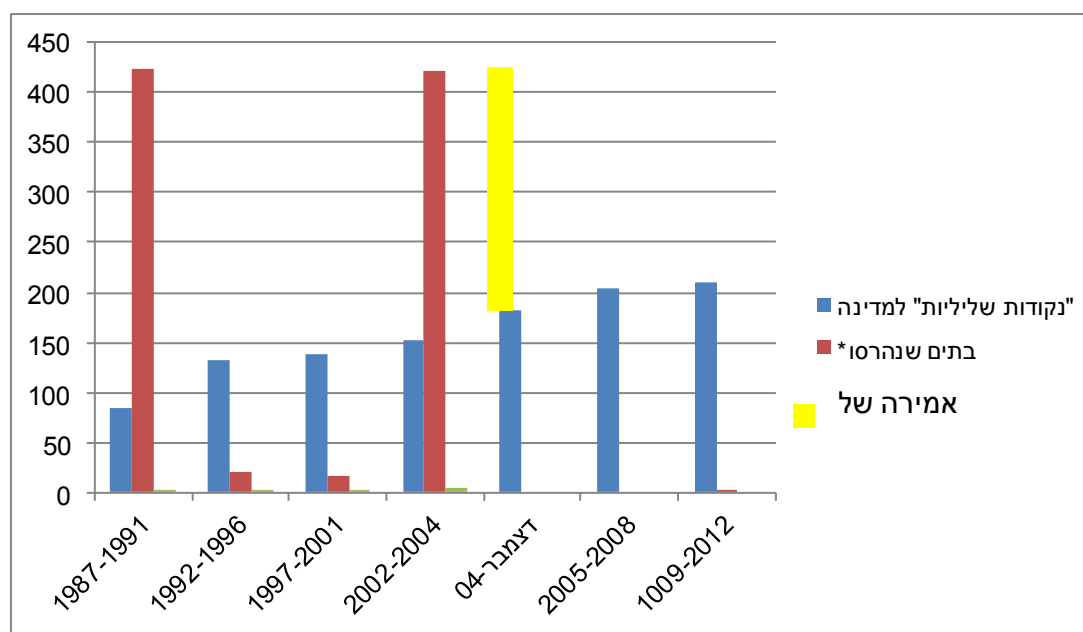
כי סביר להניח שהנשיא ברק (כתוארו אז) ידע על הקמת הוועדה וסביר להניח כי ידע שיוכל להשפיע עליה באמירות ברורות בנוגע לחוקיות ההריסה. המסר אכן נקלט ע"י הפרקליט והתגלגל למי שהיה אמור לקבלו, היינו הוועדה, שכעבור זמן מה הודיעה על שינוי המדיניות.

זכריה מתייחס בספרו בהקשר לסוגיה זו לשני פסקי דין: פס"ד נאסר<sup>13</sup> ופס"ד עדאלה שהוזכר לעיל,<sup>14</sup> ובו תוארה דינמיקה דומה בעתירה מקבילה שעסקה בסמכות הצבא להרוס בתים לצורכי לחימה. שני פסקי דין אלה נכללו בסקירת פסקי הדין, אולם אמירות הנשיא שהשפיעו על מדיניות הצבא והממשלה, לא הופיעו בהם. זכריה מציין שהמידע שבידו מושתת על שיחה עם עו"ד שנכח בדיון ובקיא בפרטי העתירה.<sup>15</sup>

הציטוטים שמיוחסים לשופט ברק מראים שהייתה כוונה ברורה מצידו של ברק להשפיע על עמדת המדינה. וכך כותב זכריה:

כאשר התקיים עוד דיון... פנה הנשיא ברק בפתח הדיון לפרקליט שייצג את המדינה ושאל אותו אם הוא "מודע להלכי הרוח של בית המשפט". כאשר השיב הפרקליט בחיוב אמר לו הנשיא כי הוא מבקש ממנו "להיכנס לאווירה של בית המשפט" ולמען הסר ספק הוסיף הנשיא בעל פה כי שלא כבעבר, כיום הוא "רואה טעם רב בדעת המיעוט של השופט חשין בסוגית הריסות הבתים".<sup>16</sup>

אם נניח שהשפעת האמירה האגבית של ברק במהלך הדיון היא זו שהובילה להפסקת המדיניות, יש צורך לתת לאמירות בודדות אלו משקל יחסי הגדול בהרבה מחמש עתירות שהתקבלו, מדעות מיעוט ומאמירות-אגב המביעות אי-נחת ממדיניות ההריסה שנכתבו בפסקי הדין. הגרף הבא הוכן על פי השערה זו, וניתן משקל 'מתאים' לאמירותיו אלו של הנשיא ברק.



<sup>13</sup> בג"ץ 7733/04 מחמוד עלי נאסר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו 20.6.2005).

<sup>14</sup> בג"ץ 4969/04 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב נ' אלוף פיקוד הדרום בצה"ל.

<sup>15</sup> "קולו הזך של הפיקולו", הערה 135 בעמ' 62.

<sup>16</sup> שם, עמוד 62.

הדגמה זו מראה כיצד כל הצטברות אמירות-אגב, דעות מיעוט ופסקי דין מפורשים, לא ייצרו את אותו שינוי מדיניות "וולנטרי" שאיום מוסווה בקבלת העתירה מצידו של ראש ההרכב הוביל אליו.

אותה אמירה שכלל לא נכנסה לפרוטוקול, הובילה לשינוי מדיניות מקיף, ובעצם הובילה להפסקה טוטאלית של הריסת בתי מחבלים למשך 4 שנים.

יודגש כי השפעה זו נחשפה באופן חלקי לציבור במלוא עוצמתה רק לאחר ארבע שנים, כאשר במסגרת תשובה לעתירה שהוגשה בסיוע המוקד להגנת הפרט,<sup>17</sup> העבירה המדינה את המצגת הממוחשבת של ועדת שני, אותה ועדה שהחליטה על שינוי המדיניות. עיון במצגת מראה כי על אף ש"קיימת תמימות דעים בגופי המודיעין לגבי הקשר בין הריסות בתי מחבלים ולבין ההרתעה",<sup>18</sup> ואף על פי ש"הריסות הבתים גוררת באופן מוכח השקעת כספי הטרור בפיצוי המשפחות עד כדי פגיעה בפעילות טרור אחרת"<sup>19</sup> קובעת המצגת כי "הפעולה איננה לגיטימית יותר ועל סף החוק",<sup>20</sup> וכי צה"ל, במדינה יהודית דמוקרטית, איננו יכול להלך על **סף החוקיות** ועל אחת כמה וכמה על **סף הלגיטימיות!!!**<sup>21</sup> (ההדגשות במקור - שד"ר)

ניתן לראות שההנמקות העיקריות והמכריעות שהובילו את הוועדה למסקנותיה בדבר שינוי מדיניות השתמשו במונחים משפטיים וחוקתיים. נראה אם כן שלא שינוי בתפיסת הביטחון וההרתעה של מדינת ישראל הוביל לשינוי המדיניות, אלא שינוי במצב החוקי/חוקתי. הראינו ששינוי זה לא התרחש בשורה התחתונה של פסקי הדין, ואף לא באמירות האגב. ההשערה שלאמירותיו של השופט ברק היה חלק מרכזי בשינוי זה, אינה אם כן חסרת בסיס.

### סיכום ביניים

בחלק זה של המאמר הראינו ששימוש במקורות הגלויים לאיתור השפעה אפשרית של בית המשפט על מדיניות הממשלה, לא מאפשר לעמוד על ההשפעה האמיתית של בית המשפט. רק כתוצאה מראיות נסיבתיות ועקיפות, שהגיעו לידיעת הציבור באקראי ולאחר שנים רבות, ניתן לשער עד כמה אותה אמירה של השופט ברק בדיון השפיעה על מדיניות הריסת הבתים ועל מסקנות וועדת שני.

לא ניתן, בהיעדר הודאת בעל דין מפורשת מצד הוועדה או חבריה, לייחס את מלוא השינוי לבית המשפט העליון או לאמירותיו של הנשיא ברק,<sup>22</sup> אולם ברור שכל עוד המידע על רמזים ששולח בית המשפט העליון למדינה ולנציגיה במהלך הדיונים אינו גלוי, אין כל דרך לבצע מחקר אמיתי ויסודי שיבדוק השפעה שכזו, ככל שישנה.

<sup>17</sup> בג"ץ 9353/08 אבו דהים ואח' נ' אלוף פיקוד העורף ואח'.

<sup>18</sup> שקופית 22 במצגת. את המצגת ניתן למצוא באתר המוקד להגנת הפרט כאמור לעיל. לשם הנוחות המצגת מצורפת כנספח למחקר זה.

<sup>19</sup> שקופית 9 במצגת הנ"ל.

<sup>20</sup> שקופית 28 במצגת הנ"ל.

<sup>21</sup> שקופית 33 במצגת הנ"ל.

<sup>22</sup> אם כי, בספרו של זכריה הובא חלק מראיון עם פנינה שרביט ברוך, ראש מחלקת דין בינלאומי בצבא ואחת מחברות הוועדה שאמרה כי הבחינה המחודשת הייתה "על רקע השינויים שחלים במשפט הבינלאומי". "קולו הזך של הפיקולו" הערה 147 בעמ' 64.

## חלק ב – הבעייתיות במצב הקיים

### השפעת השופטים באמצעות הדיאלוג המנחה – קצה הקרחון

כאמור לעיל, מלוא היקפה של תופעת ה"דיאלוג המנחה" בתחומי הביטחון והמלחמה בטרור, נסקרת על ידי זכריה בספרו. זכריה טוען כי באמצעותה משתמש בית המשפט במסרים שעוברים מחוץ לפסיקותיו ומחוץ לאמירותיו הפומביות.

במחקר זה כל שעשינו הוא להוכיח, על ידי ראיות חיצוניות וסקירה של כלל פסקי הדין בעניין, מקרה אחד ויחיד של שינוי מדיניות עניין הריסת הבתים. כאמור, זכריה טוען כי דבר דומה התרחש בנושאים רבים, נוספים ומגוונים הקשורים לביטחון ולמלחמה בטרור, מה שמעלה חשש אמיתי כי תופעה זו הינה קצה הקרחון.

אמירות רבות הנאמרות בין כותלי בית המשפט משפיעות השפעה של ממש על מדיניות הממשלה ועל הרשויות האחרות. אמירות אלה "עוברות מעל ראשו" של הציבור הכללי, ואפילו מעל ראשם של חוקרי המשפט הציבורי, שכן מהיעדר נגישות למידע אין יכולת לחקור את השפעתן ללא "מידע מבפנים".

ניתן אף לטעון כי אמירות נעלמות אלו משפיעות אף יותר מאשר אמירות הגלויות של בית המשפט, שכן אמירות גלויות עלולות להיתקל בתגובת נגד מצד הרשות (בצורת חקיקת חוק "עוקף בג"ץ" או באמצעות אמירות ציבוריות של הרשויות האחרות לפיה חרטה הרשות השופטת מסמכותה) ואילו אמירות-אגב, או רמיזות במהלך הדיון, יכולות לייצר מציאות שבה בג"ץ קובע מדיניות עצמאית מבלי לעורר התנגדות של ממש.

פרקליטות המדינה והיועץ המשפטי לממשלה מאמצים "המלצות" אלה של הדרג המשפטי, כאשר למעשה אין לציבור כל דרך לעקוב אחרי יצירת הנורמות שמשפיעות על חייו. לעתים אף "ממנה" בית המשפט פרקליט מטעם המדינה כדי שישמש כזרוע ביצועית להבטחת קיום מדיניותו של בג"ץ.<sup>23</sup>

### החקיקה ויישומה – תיקון 51 לחוק בתי המשפט

הבעייתיות במצב זה, הייתה יכולה להיות גלויה יותר לו היה מקפיד בית המשפט העליון על יישום תיקון 51 לחוק בתי המשפט.

<sup>23</sup> דוד זכריה, 174. המפנה לבג"ץ 4885/97 בני עודי נ' שר הביטחון (פורסם בנוב 21.8.1997) שבו אמרו השופטים: "רשמנו לפנינו את הצהרתו של עו"ד בלאס שהוא ינסה לתת את שירותיו הטובים לעותרים ולשלטונות הצבא כדי להגיע לפתרון מעשי שיניח את דעתם של בעלי הדין. לאור הצהרה זו חזרו בהם העותרים מהעתירה ואנו מוחקים אותה." מי שינסה להסיק מסקנה משפטית מדחיית העתירה או ממחיקתה, לא יבין שבעצם, באמצעות מינויו של עו"ד בלאס, התקבלה העתירה למעשה, ועו"ד בלאס ישתמש בתפקידו ברשות המבצעת כפרקליט, כדי לממש את מדיניותה של הרשות השופטת, וזאת ללא כל פסק דין שמחייב אותו לעשות כן.

בשנת 2006 הגישה התנועה להגינות שלטונית עתירה לבג"ץ כנגד שר המשפטים, נשיא בית המשפט העליון ומנהל בתי המשפט בעניין ניהול פרוטוקולים בבית המשפט העליון.<sup>24</sup> עד לאותו מועד חובת ניהול פרוטוקול נקבעה בתקנות סדר הדין האזרחי, שעל פי הפרשנות הנפוצה לא חלו על בית המשפט העליון. בין השאר, בעקבות אותה עתירה ותשובת המדינה לה, הוגשה הצעת חוק בשנת 2006 שהבשילה לכדי תיקון 51 לחוק בתי המשפט.

התיקון הוסיף את ס' 68 לחוק בתי המשפט שנוסחו, נכון להיום:

- א.68. (א) בדיון בבית משפט ינוהל פרוטוקול שישקף את כל הנאמר והמתרחב בדיון והנוגע למשפט, לרבות שאלות והערות בית המשפט, ואולם בקדם משפט, בישיבה מקדמית או בדיון מקדמי אחר רשאי בית המשפט, בהסכמת בעלי הדין, לכלול בפרוטוקול את עיקרי הדברים שבדיון; בית המשפט יקבע את דרך רישום הפרוטוקול; בסעיף זה, "דיון מקדמי" – לרבות דיון שאין בו שמיעת ראיות בעל פה או שמיעת טענות בעלי הדין ושנועד לבחון את האפשרות לסיים את ההליך בהסדר מוסכם בין בעלי הדין.
- (ב) בית המשפט רשאי להורות שלא יירשמו בפרוטוקול דברי גידוף, נאצה, השמצה או ביזוי, ובלבד ששוכנע כי אין טעם המצדיק את רישומם בפרוטוקול.
- (ג) בעל דין זכאי לקבל, בתום הדיון או בסמוך לאחר מכן, עותק של הפרוטוקול.
- (ד) בית משפט רשאי, לפי בקשת בעל דין ולאחר שנתן לשאר בעלי הדין הזדמנות לטעון את טענותיהם, לתקן רישום בפרוטוקול כדי להעמידו על דיוקו; בעל דין רשאי להגיש בקשה לתקן רישום בפרוטוקול בתוך עשרה ימים מיום שהומצא לו הפרוטוקול.
- (ה) כתבי טענות וכל תעודה או מסמך שהוגשו בדיון ושכית המשפט קיבל אותם, יצורפו לפרוטוקול ויהיו חלק ממנו, למעט לעניין סעיפים קטנים (ב) עד (ד).
- (ו) הוראות סעיף זה יחולו על כל דיון בבית משפט, לרבות בבית המשפט העליון, אלא אם כן נקבעה בחיקוק הוראה מפורשת אחרת באותו עניין.

מעניין לציין כי הנהלת בתי המשפט התנגדה לתיקון זה, וטענה כי אין בו צורך משום שבית המשפט העליון מנהל פרוטוקול שאינו נופל באיכותו מזה המתנהל ביתר הערכאות הדיוניות, ומצד שני טענה כי הטלת חובה לניהול הפרוטוקול בדרך שמבקש החוק תטיל עלויות ותסרבל הליכים.<sup>25</sup> אמנם האירועים המתוארים במחקר זה קרו לפני קבלת החוק האמור, אולם מפסק דין שניתן לאחרונה על ידי כב' השופט סולברג עולה כי מציאות זו של פרוטוקולים שאינם משקפים את המתרחש בבית המשפט ואת ההערות המנחות של בית המשפט, ממשיכה גם כיום.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> בג"צ 5122/06

<sup>25</sup> הטענות נטענו ב: **הצעת חוק בתי המשפט (תיקון-פרוטוקול הדיון): עמדת מערכת בתי המשפט לקראת דיון בוועדת חוקה**. המסמך המלא מצורף למחקר זה.

<sup>26</sup> ע"מ 7079/12 **מדינת ישראל נ' אסמרה אהונם גרמאיי** (ניתן בתאריך 10.12.2012) שם כתב כב' השופט סולברג (בפסקה 14 לדבריו): "בדיון בערעורים שהתקיים לפנינו בעל-פה, הרבו ב"כ הצדדים לצטט מתוך הפרוטוקול. אכן, דברים הרבה נאמרו שם מזו ומזה, ומפיהם של שופטי ההרכב. ברם, לא ניתן לחלץ מתוך הפרוטוקול דבר דבור על אופניו, הצהרה שכזו מפי באת-כוח המדינה, כי מעתה תיטול המדינה על עצמה את הנטל להוכיח באמצעות אישור רשמי כי לא צפויה סכנה למסתננים או לשוהים בלתי-חוקיים אחרים

מציאות שבה לא ניתן לחלץ דבר דבור על אופניו<sup>27</sup> מפרוטוקול דיון שמתקיים בערכאה העליונה של מדינת ישראל, מעלה תהיות חמורות בדבר אופן יישום החוק על ידי בית המשפט העליון.

ובכל זאת, חשוב להדגיש כי גם הקפדה על פרוטוקולים, לא תפתור את הבעיה שכן בניגוד לפסקי דין של בית המשפט, המתפרסמים לציבור, פרוטוקולים של הדיונים בבג"ץ אינם מתפרסמים, ולצורך עיון בהם יש צורך בהגשת בקשה מיוחדת. גם הקפדה על פרוטוקול משקף, לא תביא באופן אוטומטי לידיעת הציבור, את אשר התרחש בבית המשפט העליון.

מלבד הבעייתיות במוסד שיפוטי שאינו מכבד את החוק החל עליו, על כל המשתמע מכך, להלן נדון בבעיות החוקתיות והמבניות שמציאות זו מעוררת.

### פיתוח חריג של המשפט – עמדתו של השופט ברק

התנהלות בית המשפט העליון בנושא פרוטוקולים של הדיון והנחיית המדינה בדרכים הסמויות מהעין הציבורית, מעקרת את האיזונים והבלמים שאמורים להיות על כוחו של בית משפט במדינה דמוקרטית.

גם אקטיביסט שיפוטי כאהרון ברק סבר כי פיתוח המשפט צריך להיעשות לאורן של הנחות יסוד מסוימות. השופט ברק מונה אותן במאמרו "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל"<sup>28</sup>:

1. אובייקטיביות – הימנעות מכפיית ערכיו הסובייקטיביים של השופט על החברה;
2. מודעות – השופט צריך להיות מודע שהוא לא מכריע רק בסכסוך אינדבדואלי אלא קובע את הדין בחברה;
3. שיקול נורמטיבי – השופט צריך לראות שהפיתוח שלו משתלב בשיטה המשפטית הקיימת;
4. שיקול מוסדי – חקיקה שיפוטית צריכה להיות אינצידנטאלית להכרעה השיפוטית "השופט אינו רשאי ליצור סכסוך כדי להכריע בו. עליו להכריע בסכסוך קיים";
5. שיקולי דמוקרטיה והפרדת רשויות - על השופט להיות מודע לכך "שהוא אינו עומד לבחירות ואינו נותן דין וחשבון על פסיקתו".

ובהמשך בדבריו על אמון הנדרש לבית המשפט כותב ברק כי לשם הבטחת האמון -

צריך הציבור לדעת ולהבין. הציבור צריך להיות מודע לכך ששפיטה אינה רק גילוי, שיש בה יצירה, וכי יצירה זו היא מוגבלת ולגיטימית, וכי המחוקק רשאי תמיד, אם היא אינה נראית לו, לשנותה.

---

במדינות שאליהן יורחקו. אמת נכון הדבר, חלק משופטי ההרכב, אשר כאמור לעיל ניסו להביא את ב"כ הצדדים לידי הסכמה, היקשו בשאלות ובדקו עד היכן מגעת התחייבותה של המדינה כלפי הנתין הזר. ברם, אין לראות בשאלות ובהערות השופטים דבר מעבר למקובל במהלך הדיונים בבית המשפט דבר יום-ביומו. הדברים הללו אינם הלכה ולא פסק דין"

<sup>27</sup> כדברי השופט סולברג שם.

<sup>28</sup> לעיל, הערה 2.



כאשר בית המשפט אינו מכריע בסכסוך או, לחילופין, דוחה את העתירה, כפי שקרה במרבית מקרי הריסת הבתים, אולם מפתח את המשפט באמצעות אמירות שלא לפרוטוקול, או באמצעות רמיזות ודרבונים, הוא פועל בניגוד להנחות היסוד שנסקרו לעיל.

אם נדחתה העתירה, הרי שאמירות אגב של השופט או אמירות במהלך הדיון חורגות מהשיקול המוסדי שציין ברק. הם לא אינצידנטאליות להכרעה השיפוטית כלל וכלל.

גם העובדה שיצירה שיפוטית זו נעשית ללא כל פרסום וללא שקיפות מונעת מהמחוקק להתנגד לה ולשנותה. ברור לכול כיצד משנים פסק דין המפרש הוראת חוק בצורה שאינה נראית למחוקק, אולם איך משנים אמירת אגב או אמירה שלא לפרוטוקול? כיצד תביע הרשות המבצעת או המחוקקת את עמדתה שעמדתו של השופט אינה מקובלת עליה?

### **פגיעה בשיקול הדעת של הרשות המינהלית**

המצב המתואר לעיל פוגע פגיעה אנושה בשיקול הדעת של הרשות המינהלית. בית המשפט העליון בישראל הדגיש את חשיבותה של עצמאות שיקול הדעת של הרשות השלטונית.

כשפועלת רשות מינהלית בתחום סמכותה, ועליה להפעיל את שיקול-דעתה, עליה להפעיל שיקול-דעת עצמאי משלה...<sup>29</sup>

נתאר לעצמנו מצב בו רשות שלטונית ממונה מעוניינת להפעיל את סמכותה באופן הנראה לה המתאים ביותר. היועץ המשפטי של אותה רשות, האמון על הפסיקה והספרות המקובלת בתחום, מאשר כי אכן ניתן לפעול בדרך זו, ואז, פרקליט ממחלקת בג"צים בפרקליטת המדינה ניגש לאותה רשות ומודיע לה כי שופטת מסוימת מבית המשפט העליון רמזה בדיון כי מדיניות שכזו לא תהיה מקובלת עליה.

למותר לציין כי אותה רמיזה אינה רשומה בשום מקום, ואין ליועץ המשפטי של הרשות כל דרך לסתור את דבריו של הפרקליט, שכן הוא כלל לא נכח בדיון.

ניתן לראות כי למעשה, אותה רמיזה, ככל שיש בה בכדי להנחות את התנהלותה של הממשלה, מכפיפה גם את שיקול הדעת המקצועי וגם את שיקול הדעת המשפטי של הרשות הממונה לשיקול הדעת של שופטת בית המשפט, כאשר הוא עובר דרך המסגרת של הפרקליט ממחלקת בג"צים, ללא כל יכולת אמיתית של התמודדות.

כל אחד משני השלבים הללו, הן הכפפת שיקול הדעת לרמיזתה של השופטת הן הכפפתו לפרקליט ולאופן בו הוא הבין את רמיזתה של השופטת, מהווה כשהוא לעצמו פגיעה חמורה בעיקרון עצמאות שיקול הדעת.

<sup>29</sup> השופט אור בבג"צ 678/88 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח' פ"ד מג(2) 501, 507.

ניתן היה לחשוב כי אנו עוסקים במציאות תיאורטית, אלמלא מדובר היה במציאות יומיומית של גורמים ביצועיים ממשרדי הממשלה השונים, ויועצים משפטיים של רשויות שלטוניות, העולים לרגל, לפגישות העוסקות במדיניות מוצעת, למשרדי מחלקת בג"צים שברחוב צלאח א-דין שבירושלים.

## פגיעה בעקרון פומביות הדיון

עקרון פומביות הדיון הוא מעיקרי היסוד של שפיטה ראויה.<sup>30</sup> בתי המשפט בכל הערכאות מדגישים בכל הזדמנות את החשיבות בפומביות, גם כאשר זו מתנגשת עם זכויות אדם, ואף זכויות אדם שעוגנו במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בית המשפט העליון<sup>31</sup> סקר בהרחבה את הרציונלים שמאחורי עקרון פומביות הדיון.

1. ההכרה בזכות הציבור לקבל מידע על דרך פעולתן של הרשויות הציבוריות, ובכלל זה הרשות השופטת;
2. ערובה לאיכות ההחלטה הניתנת בסיום ההליך;
3. ביצור אמון הציבור בבתי המשפט;
4. זכות הציבור לדעת.

באשר לעיקרון הרביעי, זכות הציבור לדעת, כתב בית המשפט:<sup>32</sup>

זכות זו מקבלת משנה תוקף בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית. נקודת המוצא היא שבעניינים כאלה גוברת במיוחד זכות הציבור לקבל מידע, העשוי לסייע לפרטים לכלכל את צעדיהם ולעצב את השקפותיהם ודעותיהם.

ברור שמצב שבו אין לציבור כל דרך לקבל את המידע מבית המשפט העליון, אפילו לא באמצעות תיוכם של סוכני ידע בדמות חוקרי משפט או עורכי דין, מעקר מתוכנו את עקרון פומביות הדיון.

בעבר הרחוק, במציאות של בית משפט עליון פורמליסטי ומינימליסטי, שכבל את עצמו בעילות סף, ונמנע מתשדורות לא פורמליות לצדדים ולבאי כוחם, ניתן היה להסתפק לצורכי שקיפות ופומביות בפרסום פסקי הדין לכולי עלמא, ופרסום הפרוטוקולים על פי בקשה. אין ספק שמציאות זו חלפה מן העולם, והכלים הטכנולוגיים שבידינו יכולים לתת מענה לצורכי השקיפות והפומביות הנדרשים כיום.

## רידוד הדיון הציבורי

כאשר אזרחים אינם יכולים לדעת מיהם הגורמים שיש להם חלק בשינוי פני המדינה, מהם שיקוליהם ומהי מערכת הערכים שמכוחה הם פועלים, הם אינם יכולים לפעול לשינוי ונשללת מהם אפילו הזכות

<sup>30</sup> הצעת חוק יסוד: בתי המשפט, ה"ח 1348 (14.6.1978). הצעת החוק הפכה מאוחר יותר לחוק יסוד: השפיטה.

<sup>31</sup> הציטוטים מתוך רע"א 3614/97 אבי יצחק, עו"ד נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ פ"ד נג(1) 26, 47-50. פסק הדין מרכז בתוכו הפניות לפסקי דין רבים העוסקים בעקרון פומביות הדיון.  
<sup>32</sup> שם, בפסקה 9 בדברי השופט גולדברג.

לקיים הליך דליברטיבי שהוא נשמת אפם של שני מאפייני היסוד של מדינת ישראל - היהדות והדמוקרטיה.

בית המשפט העליון, כמו הכנסת ושאר רשויות השלטון, מבטא ערכים ודעות הנוכחים בציבוריות הישראלית. הדיון בערכים אלה הינו נשמת אפה של דמוקרטיה באשר היא. בארצות אחרות בעולם ניתן לשמוע ולקרוא בכלי התקשורת ההמוניים, כמו גם בשיחות הסלון, דיונים בנוגע לערכים בסוגיות של מוסר מלחמה, הפלות, צדק חברתי, חירות, שוויון לנשים, דת ומדינה, קניין רוחני ועוד. דיונים אלה מעצבים את המפה הפוליטית ותורמים לבירור ערכי היסוד של החברה באותן מדינות.

מצב שבו בית המשפט העליון נמנע מהכרעות ומדיונים לגופם של נושאים, ומסתפק בייצור מציאות אחרת באמצעות הסדרים אד-הוק והערות מחוץ לפרוטוקול, אין בו כדי להתניע את ההליך הדיוני, שעליו הצביע השופט ברק במאמרו "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל" שהובא לעיל.

### **דרך התמודדות אפשרית – החזרת עילות הסף:**

שובן של עילות הסף ששימשו את בית המשפט העליון בשנים עברו, כדוגמת זכות העמידה, העדר השפיטות ועוד, ועמדה פורמליסטית יותר מצד בית המשפט ופרקליטות המדינה לפיה אין לבעל דין אלא מה שעניו ראות בפסק הדין, כל אלה יש בהם כדי להקהות את עוצמת הבעיה. בשנים האחרונות ניתן לזהות תחילתה של מגמה שכזו, אולם ספק אם יש כוונה או רצון מצד בית המשפט או מצד כלל המשתתפים בהליך המשפטי, ובראשם היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, להשיב את הגלגל לאחור במלואו.

אין כאן המקום להרחיב בדבר כלל השיקולים בעד ונגד עילות סף נוקשות או מעמדם של עותרים ציבוריים, אולם ברור שבהקשר שלנו, קביעת עילות סף נוקשות תחזיר את בית המשפט למקום של הכרעה בסכסוכים אמיתיים ונקודתיים, וממילא תגביל את החקיקה השיפוטית שנעשית על ידי בית המשפט. בכך אמנם לא יצטמצם החשש מפני אמירות שלא לפרוטוקול או אמירות אגב בעלות השפעה, אולם עקב טיבם של המקרים המובאים בפני בג"ץ, הללו יצטמצמו למקרים נקודתיים וההיקף של השלכותיהן יקטן, ויחד איתו הבעיה הדמוקרטית שבקביעתן.

עקב יכולתה המוגבלת של דרך זו לפתור את הבעיה במלואה, והסיכוי הנמוך שבית המשפט יאמץ בברכה את צמצום היקף סמכותו, דבר שעלול להוביל למאבק חריף בין הרשויות ופגיעה באמון הציבור בהם, הפיתרון חייב לכלול גם ובעיקר את דרך ההתמודדות המומלצת: השקיפות המירבית.

### **דרך התמודדות מומלצת – שקיפות מירבית**

תיקון 51 לחוק בתי המשפט ואופן יישומו הראה לנו שחקיקה המותירה את הפיקוח על שקיפותה של הרשות השופטת בידי ההרכבים השיפוטיים נותרת כאות מתה ואינה מבוצעת על ידי בית המשפט העליון ושופטיו. נראה כי אין מנוס משימוש באמצעי אוטומטי שיוביל לשקיפות מירבית.

שקיפות שכזו צריכה לכלול קביעה מפורשת בחוק כי כל דיוני בית המשפט העליון, ובמיוחד בשבתו כבג"ץ, יוקלטו באופן קולי וחזותי ואף יתומללו, בדומה למה שנעשה בכנסת ובוועדותיה, וכי כל המידע יועמד לעיון הציבור באמצעות אתר האינטרנט של הרשות השופטת.<sup>33</sup> קביעה שכזו הינה נגזרת של העיקרון החוקתי בדבר פומביות הדיון, אך יותר מכך, לאור רוחב ההיקף והנושאים בהם עוסקות אמירות אלה של בית המשפט, והשפעתם על כלל הציבור ומדיניות הרשויות האחרות, הרי שפרסומם נובע גם מהעיקרון החוקתי המחייב פרסום דברי חקיקה וכן כל תקנה בת פועל תחיקתי.

מובן שעקרון הפרסום הופך להיות מהותי והכרחי ככל שהסוגיה שבה עוסק בית המשפט העליון חורגת מתחומי המקרה הפרטי, ועל כן דיוני בג"ץ ובית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים מנהליים חייבים להיות מונגשים לציבור בהקדם האפשרי.

במצב הנוכחי, שבו רשויות השלטון מייחסות משקל כה רב לאמירות ולרמזים של שופטי בית המשפט והללו מרשים לעצמם לדון בנושאי רוחב ולצמצם את מרחב ההחלטה של הרשויות האחרות, הרי שפרסום אותם אמירות ורמזים באופן הדומה לאופן בו מתפרסמים הדיונים בכנסת וכן דברי החקיקה השונים, הוא בגדר הכרח.

---

<sup>33</sup> ס' 38 (א) לתקנון הכנסת קובעים כי:

38(א) בישיבות הכנסת יירשם פרוטוקול שיכלול את כל מהלך הדיונים, את הנאמר בעל פה, בין מעל הדוכן או מהמקומות המיועדים לכך באולם המליאה ובין כקריאת ביניים, ואת תוצאות ההצבעה; הפרוטוקול, וכן תוצאות מפורטות של ההצבעות האלקטרוניות, יפורסמו באתר האינטרנט של הכנסת. ס' 40 לתקנון שכותרתו: "צילום ישיבות הכנסת" קובע כי:  
40. ישיבות הכנסת יצולמו ויהיו זמינות לצפייה באמצעים אלקטרוניים לציבור הרחב.  
ס' 120(א) קובע הוראות דומות לגבי ישיבות וועדות הכנסת, למעט ישיבות שנקבעו כחסויות או בסייגים שונים.

פיתוח חריג של המשפט: על יישומו של עקרון פומביות הדין בבג"ץ הריסת בתים כמקרה

מבחן- נספחים:

נספח מס' 1:

עמדת מערכת בתי המשפט לקראת דיון בוועדת חוקה של הכנסת על רקע הצעת חוק בתי המשפט (תיקון- פרוטוקול הדיון)

נספח מס' 2\*:

קטעים רלוונטיים מתוך מצגת שהוכנה ע"י צה"ל עבור פורום המטה הכללי. העבודה שעובדה למצגת מקיפה את נושא הריסת בתים ובוחנת אותו מכיוונים שונים בהם הבטחוני, המשפטי והפרקטי.

בנספח נבחרו שקופיות רלוונטיות אשר מתייחסות לפן הלגיטימי- משפטי של הסוגיה.

\*המצגת המלאה שמורה במערכת



## הנהלת בתי המשפט

לשכת היועצת המשפטית

### הצעת חוק בתי המשפט (תיקון-פרוטוקול הדיון): עמדת מערכת בתי המשפט לקראת דיון בוועדת חוקה.

#### מבוא:

הצעת חוק בתי המשפט (תיקון-פרוטוקול הדיון), התשס"ו-2006 (להלן- הצעת החוק) מבקשת להטיל על בתי המשפט חובה לנהל פרוטוקול מלא, אשר ישקף את כל הנאמר והמתרחש בדיון, לרבות שאלות והערות בית המשפט. בהתאם להצעת החוק, החובה לנהל פרוטוקול מוטלת על הערכאות הדיוניות, על ערכאות הערעור ועל בית המשפט העליון; אם צד לדיון מבקש שדיון יוקלט בתייעוד קולי ויתומלל על חשבוננו, על בית המשפט לאפשר זאת, אלא אם כן מתקיימים טעמים מיוחדים והדיון מתועד בדרך אמינה ומדויקת אחרת. על פי דברי ההסבר, נושא התייעוד האמין חשוב ביותר גם לערכאה העליונה וזאת, בין היתר, כדי להבטיח התנהלות תקינה של הגוף השיפוטי וכדי לאפשר ביקורת ציבורית ומשפטית. ניהול הפרוטוקול מבטיח שקיפות ומהווה ביטוי לעקרונות פומביות הדיון. ועדת שרים לענייני חקיקה החליטה לצרף את תמיכת הממשלה להצעת החוק. ההצעה עברה בקריאה ראשונה בכנסת ובחודש יוני 2007 תידון בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת.

#### הערות להצעה:

#### כללי:

מערכת בתי המשפט פועלת תחת עומס עצום. כל נטל נוסף כגון זה הקבוע בהצעת החוק, יגרום להארכה ולסרבול של הדיון ויגביר את העומס. מערכת בתי המשפט עושה מאמצים כבירים בכדי לשפר ולייעל את מהלך הדיון המשפטי והצעת החוק, באם תתקבל, תסיג את המערכת לאחור באופן משמעותי. בעיקרם של דברים לא נשמעות תלונות רבות מקרב הציבור על מתכונת ניהול הפרוטוקול בערכאות הדיוניות ועל כן אין צורך לשנות את ההסדרים הקיימים, לא כל שכן לאמץ הסדרים העלולים להאריך את זמן ההתדיינות השיפוטית. באשר לבית המשפט העליון, עוד בראשית שנת 2007, בטרם הונחה הצעת החוק על שולחנה של ועדת שרים לענייני חקיקה, הורה כב' השופט משה גל - מנהל בתי המשפט, כי רישום הפרוטוקול בערכאה העליונה יערך במתכונת הקיימת ביתר ערכאות הדיון וכי בעלי הדין יהיו זכאים לגשת למזכירות בית המשפט ולקבל העתק מפרוטוקול הדיון. כן, תוגבר מערך הקלדניות בהתאם, כדי שניתן יהא לעמוד בנטל במלואו.

הצעת החוק מעלה קשיים ומותירה שאלות בלתי פתורות כמפורט להלן:

1. ההצעה אינה מבחינה בין בתי המשפט השונים (בית משפט לענייני משפחה, בית משפט לתביעות קטנות, בית דין לעבודה וכיוצא בזה), אינה מבחינה בין הערכאות השונות (הערכאה הדיונית וערכאת הערעור, לרבות הערכאה העליונה) ואינה מבחינה בין סוגי ההליכים. חובת ניהול הפרוטוקול חלה על כלל בתי המשפט, על כלל הערכאות ועל כל סוגי ההליכים ללא אבחנה; אופן ביצוע החובה זהה אף הוא וזאת מבלי להתחשב בשוני הרלבנטי שבין בתי המשפט והערכאות השונות.

תכליתו של הפרוטוקול משתנה בהתאם לערכאה. בערכאה הדיונית מעמדו של הפרוטוקול הוא כשל תעודה ציבורית ועליו לשקף את כל אשר התרחש בדיון, עליו לתעד את כל



## הנהלת בתי המשפט

הראיות והעדויות שהוצגו בדיונים שבעל פה וכמו כן להעלות את מלוא הטיעונים שנטענו על ידי בעלי הדין בעל פה וזאת לשם עריכת הסיכומים על ידי בעלי הדין, כתיבת פסק הדין על ידי בית המשפט ולצורך הגשת ערעור. בערכאת הערעור לעומת זאת, שונה תכליתו של הפרוטוקול שכן ערכאת הערעור אינה שומעת עדים; מרבית הטיעונים הנטענים בעל פה בבית המשפט העליון מעוגנים בכתובים (בכתבי הטענות ובסיכומים) וכמו כן חלק מן הטענות אינם פורמאליים. בניגוד לערכאה הדיונית, תכליתו של הפרוטוקול בערכאה העליונה הוא לסייע לשופטים בניהול ההליך ובעניין זה ידוע כי השופטים עורכים לעצמם רישום תמציתי של הדיון. הצעת החוק, מתעלמת למעשה מן השוני שבין הערכאות ומהתכלית השונה של הפרוטוקול בכל אחת מהן. הטלת החובה באופן זהה על כלל הערכאות מבלי להתחשב בשוני, עלולה להאריך את הדיונים שלא לצורך, להאט את קצב הדיון ולהגדיל עוד יותר את העומס המוטל על בתי המשפט. במקרה זה, במקום להיטיב עם בעלי הדין, תצא הצעת החוק בעוכריהם והתועלת שתצמח להם כתוצאה מניהול פרוטוקול כמפורט בהצעת החוק, תבלע בהארכת והאטת הדיון בעניינם.

2. הצעת החוק אינה מבחינה בין השלבים השונים של הדיון. בהתאם להצעת החוק, החובה לנהל פרוטוקול המשקף את כל אשר נאמר והתרחש בדיון, חלה על כל שלב משלבי הדיון וזאת מבלי להתחשב בכך שמטרתו של השלב המקדמי של הדיון היא לנסות ולהגיע עם בעלי הדין לפתרון הסכסוך לרבות בדרך של פשרה או פסק דין על דרך הפשרה. המאפיין של השלב המקדמי של ההליך הוא היותו גמיש ונושא אופי פחות פורמאלי. הטלת החובה לנהל פרוטוקול מלא גם בשלב המקדמי של הדיון עלולה לעכב את הדיון, לכבול את בית המשפט ואת הצדדים לפורמאליות של ההליך ולסכל את היתרון המיוחס לשלב המקדמי של ההליך כשלב "טרם דיוני" שמטרתו לקדם את פתרון הסכסוך. רישום פרוטוקול מלא ומשקף מוצדק וראוי רק משלב ההוכחות ואילך, שכן רק משלב זה ישנה חשיבות לתיעוד כל שהתרחש במהלך הדיון אך לפני שלב זה יש לאפשר התנהלות פחות פורמאלית של בעלי הדין ובית המשפט על מנת לקדם את סיום ההליך.

3. הצעת החוק מטילה חובה לנהל פרוטוקול "שישקף את כל הנאמר והמתרחש בו (בדיון), הנוגע למשפט [לרבות שאלות והערות בית המשפט]" כמו כן הצעת החוק קובעת [בסעיף 68א(ב)] שעל דרך הכלל, על בית המשפט להיעתר לבקשה של בעל דין להקליט את הדיון בתיעוד קולי ולתמללו על חשבוננו. תיעוד כל הנאמר והמתרחש בדיון, לרבות שאלות והערות בית המשפט, עלול לסרב ולחאריך את הדיון שלא לצורך. בית המשפט יאלץ לעכב את הדיון ו"לדבר בקצב הכתבה" וזאת על מנת לאפשר הקלדה של כל הנאמר; במקביל יהא על השופט להפנות תשומת ליבו למסך המחשב ולוודא שכל הנאמר באולם הדיונים- מוקלד. יתר על כן, במקרים רבים אין כל צורך בתיעוד מפורט ואין כל תועלת בהשקעת הזמן והמשאבים הנדרשים. עמדת הנהלת בתי המשפט היא כי עדיפה הטלת חובה לנהל פרוטוקול תוך מתן שיקול דעת לבית המשפט מה ראוי לתיעוד ועשוי לשרת את בעלי הדין ו/או בית המשפט בשלב מאוחר יותר ומה מיותר ואינו מצדיק התעכבות לשם תיעודו.

4. כמפורט לעיל, בהתאם לקבוע בהצעת החוק, בעל דין רשאי לבקש מבית המשפט להקליט את הדיון ולתמללו על חשבוננו. דבר זה פוגע בשוויון שבין בעלי הדין שכן לא לכולם יכולת כלכלית זהה; לפיכך, האפשרות לנצל את הזכות להקלטת הדיון ותמלולו תיוותר רק לבעלי דין שהם בעלי יכולת כלכלית. מעבר לכך, הצעת החוק לוקה בחסר שכן היא אינה מפרטת מה יהא מעמדו של הפרוטוקול המוקלט; האם על בעל הדין שמימן את התמלול להעביר עותק ממנו גם לבית המשפט ולבעל הדין שכנגד, האם הוא רשאי להסתמך עליו ולצטט ממנו, האם בעל הדין שכנגד יכול לחלוק על התמלול ולבקש מבית המשפט לתקן בו טעות ומה קורה במקרה של סתירה בינו לבין הפרוטוקול שנרשם על ידי בית המשפט. הצעת החוק אינה מסדירה את כל אלה ויש להניח כי חילוקי דעות בין בעלי הדין ופרשנות סותרת לשאלת מעמדו של הפרוטוקול המתמלל תטריד את בית המשפט ותגזול זמן שיפוט יקר.



## הנהלת בתי המשפט

5. בית המשפט העליון: כמפורט לעיל, בחודש ינואר 2007, עוד בטרם הונחה הצעת החוק על שולחנה של ועדת שרים לענייני חקיקה, התקיימה ישיבה בהנהלת בתי המשפט ובה הוחלט כדלקמן:

- א. בדיונים הנערכים בבית המשפט העליון ירשם פרוטוקול דיון.
- ב. רישום הפרוטוקול יערך באותה מתכונת הקיימת ביתר ערכאות הדיון; קלדנית באולם המשפט מקלידה את הנאמר בדיון, הפרוטוקול מתויק בתיק בית המשפט והעתק ממנו נמסר לבעלי הדיון.
- ג. ההחלטה תיושם לאלתר ולשם כך יוגדל מספר הקלדניות המוקצות לבית המשפט העליון.

ברוח החלטה זו, וללא קשר להצעת החוק או לעתירה, הוכנסו שינויים בדרך ניהול הפרוטוקול בבית המשפט העליון. בשינויים שהוכנסו, ואשר יפורטו להלן, יש כדי לשפר את איכות הפרוטוקול באופן ניכר.

- א. הוצבו לראשונה מסכים לראשי ההרכבים והם עוקבים אחר הלך הדיון וההקלדה שלו. הם יכולים לתקן את ההדפסה במהלך הדיון (כמו בערכאות אחרות); להאט את הדיון במידת הצורך וכיוב'.
- ב. מזכירי ההרכב, שהם מתמחים של השופטים ומשפטנים בהשכלתם, עוברים גם הם על הפרוטוקולים ומוודאים שהם משקפים ככל הניתן את מהלך הדיון תוך שימוש במינוח מדויק מבחינה משפטית.
- ג. הובאו לבית המשפט העליון קלדניות נוספות על אלו שהיו בעבר והמערך כולו תוגבר, בייחוד על ידי קלדניות מנוסות מבתי המשפט הדיוניים באזור ירושלים (שלום ומחוז) והכל לשם שיפור איכות הפרוטוקול.

### משמעות תקציבית:

רצ"ב נייר עבודה המסכם את המשמעות התקציבית של הצעת החוק.

### סיכום:

מכל האמור לעיל עולה כי הצעת החוק, אם תתקבל, לא תוסיף מאומה ויתר על כן, היא עלולה לסרב את ההליך ולהאריכו שלא לצורך. חובת ניהול הפרוטוקול, אופיו ואופן ניהולו הוסדרו זה מכבר בדברי חקיקה שונים לרבות סעיף 134 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח הפלילי] התשמ"ד-1984 (לגבי הליכים פליליים) ותקנה 174 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (לגבי הליכים אזרחיים) כך שהצעת החוק אינה מוסיפה לעניין זה. כמו כן, באשר לבית המשפט העליון, כיום מנוהל בבית משפט זה פרוטוקול אשר אינו נופל באיכותו מזה המתנהל ביתר הערכאות הדיוניות, ולפיכך גם בעניין זה אין יתרון בקבלת הצעת החוק (זו אף היתה העמדה של בתי המשפט כפי שהוצגה בוועדת השרים וכן עמדת מחלקת יעוץ וחקיקה במשרד המשפטים).