

דבר המערכת

כתב-העת **משפט ועסקים** נוהג לערוך כנס שנתי אשר נסב סביב תמה משותפת. כנס זה מהווה בסיס לכרך מיוחד של כתב-העת היוצא לאור מדי שנה. כאשר נבחרה המערכת בשנת הלימודים תשע"ב, היה ברור לכל חבריה מה עתיד להיות נושא הכנס באותה שנה. כבוד השופטת אילה פרוקצ'יה פרשה זמן קצר קודם לכן מכס השיפוט בבית-המשפט העליון, ולא היה ספק בליבנו, לנוכח ייחודה כשופטת, שנקדיש את הכנס השנתי לפועלה.

עיון בפסקי-הדין שכתבה השופטת (בדימוס) אילה פרוקצ'יה לאורך עשר שנות כהונתה בבית-המשפט העליון מלמד על עשייה מגוונת בתחומי משפט שונים. רבים מפסקי-דין אלה נידונים במאמרים היוצאים לאור בכרך מיוחד זה, החוגג את פועלה יוצא-הדופן. קריאת הכרך המיוחד כמכלול משרטטת מקצת מעשייתה השיפוטית, ומהווה צוהר לעבודה משפטית ושיפוטית מלאת מחשבה, רגישות ותבונה, המשקפת לא רק ידע משפטי רחב-היקף, אלא גם מחויבות חברתית עמוקה וחיבור אישי לנושאי הפסיקה ולמושאייה.

הכרך נפתח בדברי ברכות ומסות המספרים את סיפורה של השופטת פרוקצ'יה בקול אישי. בראשיתו של הכרך מובאים הדברים שנשאה השופטת פרוקצ'יה ביום פרישתה מבית-המשפט העליון, שבהם היא מדגישה את שילובם של ערכי-הליכה במדינת-ישראל לאורך שנות קיומה ואת התפתחותה של מערכת המשפט הישראלית, לרבות הגדרתן של זכויות-היסוד, זכויות הפרט וחובותיו. דברי הברכות של חבריה לבית-המשפט העליון, השופטת (בדימוס) עדנה ארבל והשופט אליקים רובינשטיין, מדגישים את עשייתה הייחודית בהפעלת שיקולים ליברליים בכל הנוגע בפערים התרבותיים בין אוכלוסיות שונות במדינה, תוך איזון בין חירות הפרט לבין אחריותה כשופטת כלפי החברה כולה. איזון זה מוצג אף במאמרה של שולמית אלמוג, המרחיב על האופן שבו השופטת פרוקצ'יה מתייחסת לסוגיות של דת ומדינה. אלמוג מסיקה כי בסוגיות אלה השופטת פרוקצ'יה בוחרת לא להסתפק בתפיסה המשפטית המקובלת, אלא מנסה להשתמש במשפט לצורך מציאת פתרון מגשר שבמרכזו הדדיות וסולידריות. יאירה אמית, חברת-ילדות של השופטת פרוקצ'יה, קושרת בחיבורה בין השופטת פרוקצ'יה כאדם לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בציינה כי אילה מהווה מופת למימוש עקרון כבוד האדם. יונתן יוגל מתעמק במאמרו בביטויים שבהם השתמשה השופטת בפסיקתה, המתקשרים לראיית השיפוט כפעולה של אהבה וכהשתתפות בעיצוב הגורל הקולקטיבי.

חלקו השני של הכרך מאגד מאמרים אקדמיים העוסקים בתחומי משפט שונים. חלקם מתייחסים ישירות לפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה לאורך שנות כהונתה, ואילו אחרים עוסקים בסוגיות מורכבות שעלו בפסיקתה.

מאמרו של גרשון גונטובניק מתמודד עם שאלת מובנו של עקרון הסובלנות במדינת-ישראל וחיבתו בחברה שסועה כחברה הישראלית. המענה לשאלה ניתן, בין היתר, תוך שימוש בשני פסקי-דין בולטים שנתנה השופטת במהלך כהונתה בבית-המשפט העליון – פרשת **קפלן** ופרשת **המסגד**. טיעונו המרכזי של צבי טריגר, במאמרו "כסף, חוזים ומגדר", הוא שדיני החוזים הישראליים מתפתחים על בסיס דגם גברי, תוך התחקות אחר השורשים ההיסטוריים והתרבותיים של היחס בין נשים לכסף ושל היחס בין נשים לדיני החוזים. נילי כהן עוסקת במאמרה בשאלה אם על בית-המשפט לחתור להכרעה שיפוטית בינרית, אשר בהכרח מקבלת את גרסתו של האחד ודוחה את גרסתו של האחר. החלופה המוצעת היא כפיית פשרה על הצדדים. הדילמה בין החלופות מודגמת תוך שימוש בהחלטותיה של השופטת פרוקצ'יה בתחום המשפט הפרטי. עמיר ליכט מציג במאמרו דוקטרינה מקיפה לגבי חובת האמון בתאגיד כחלק מדיני האמונות בישראל, וזאת באמצעות בחינה ביקורתית של חובת ההגינות החלה על בעלי שליטה וכן של סוגיות הנוגעות בכוח הכרעה ובכוח מינוי. במאמרה של מילי מאסס מוצג הניגוד המובנה בין עקרון סופיות המשפט לבין הליכים משפטיים מורכבים המערבים יחסי משפחה, אשר בחלקם מתאפיינים בהיותם הליכים הצופים פני עתיד. דעת המיעוט המיוחדת של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **תינוק המריבה** שזורה לאורך המאמר. יגאל מרזל מציג במאמרו תובנה חשובה בדיני המכרזים העוסקת במתח שבין הרובד הפנימי במכרזים הציבוריים לבין תכליותיהם המרכזיות של דיני המכרזים, ובראשן הזכות לשוויון. רפעת עזאם מנתח במאמרו את ההתפתחויות שחלו בפרקטיקה המשפטית שבית-המשפט נוקט בדיני מיסים, שעיקרן מעבר מפרשנות מילולית לפרשנות תכליתית, החל בשנות השבעים של המאה העשרים, וכיום חזרה מסתמנת אל הפרשנות המילולית – חזרה אשר יש בה, לשיטתו, כדי לפגוע בזכויות אדם. אלון קלמנט בוחן במאמרו מהו הכלל הראוי להכרעה בטענת חוסר סמכות עניינית העולה בשלבים מאוחרים של ההליך המשפטי. במאמרה של טלי קריצמן-אמיר, החותם את הכרך המיוחד הזה, נבחנת היכולת לעורר שינוי חברתי משמעותי בעניינם של מהגרי-עבודה בישראל, ובתוך כך לעמוד על הדינמיקה שנחשפת בתחום בין ארגוני זכויות אדם, בית-המשפט והרשויות המחוקקת והמבצעת.

תחום מרתק בפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה, שזכה בדיון גם במאמרה של מילי מאסס, הוא זה הנוגע ביחסי הורים-ילדים וביחסי משפחה בכלל. קריאת פסקי-הדין של השופטת פרוקצ'יה שעסקו בדילמות בעלות נגיעה משפחתית משמיעה קול ייחודי. מלאכת השיפוט שלה משקפת מחויבות לזכות להורות על מכלול מובנה: מובן אחד הוא עצם ההפיכה להורה, קרי, הגשמת הזכות לפיריון ולהולדה; מובן אחר הוא הגשמת הזכות להורות במובן הטיפולי, דהיינו, הבטחת הקשר ההורי-הפסיכולוגי וההגנה על יחסי הורים-ילדים מפני ידה הארוכה של המדינה ומפני התערבות החברה; בתוכם ניתן

לאפיין היבט נוסף, והוא המחויבות ליצירת התשתית הבסיסית להגשמת הקשר הרגשי-הטיפולי, כלומר, הבטחת תנאי-היסוד לביסוסו של קשר זה, כפי שיוסבר מיד. מן ההיבט הראשון, הייתה זו השופטת פרוקצ'יה שהובילה את פסק-הדין הייחודי בעניינו של רוצח ראש הממשלה יצחק רבין המנוח, באפשרה ליגאל עמיר (ולרעייתו) להביא ילד לעולם בסיוע הזרעה מלאכותית. פסק-הדין יצר תשתית חשובה בהכירו בזכות ליהפך להורה ובנסחו את העמדה היסודית, המושמעת מאז תוך אזכורו, שלפיה:

"במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים... זכות זו ניצבת, איפוא, במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לצינעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו..."¹

השופטת פרוקצ'יה אינה מסתפקת כאמור באפשר ההולדה, ואינה עוצרת בשלב המקדמי של הגשמת הזכות עם הלידה. בסדרת פסקי-דין שעסקו בסוגיה מהיבטים שונים היא משרטטת ביד בוטחת, ולעיתים קרובות בדעת מיעוט יחידה, את התשתית להגשמת יחסי ההורות, קרי, הגשמת המובן הרגשי-הטיפולי הכרוך בהורות. היא מבקשת ליצור את התנאים המקדמיים ליצירת יחסים אלה ולהבטחתם, ומעניקה משמעות מיוחדת לקשר הביולוגי, ל"קשר-הדם".

כך, באחד מפסקי-הדין היא מציעה (בדעת מיעוט) לחייב את המדינה לפעול באופן פוזיטיבי לאיתור האב הביולוגי לפני מסירת ילד לאימוץ, על-אף הימנעותה של האם מלמסור את שמו ופרטיו המלאים.² במקרה אחר היא פוסקת (שוב בדעת מיעוט) להחזיר ילד לידי הוריו הביולוגיים לאחר שכבר נמסר לאימוץ, וזאת, בין היתר, לנוכח העובדה שהאב לא ידע על המסירה ובשל בקשתו לגדל את הילד משנודע לו דבר קיומו.³ גם בעניין חוק האזרחות (פרשת עדאלה)⁴ היא מבליטה את מקומה של הזכות, ומבקשת להגביל את יכולתה של המדינה לפגוע באפשרותם של בני-זוג לחיות יחד בישראל על רקע חששות בטחוניים. גם בהקשר זה היא מציבה את הזכות להורות, כחלק מן הזכות לחיי משפחה, בקצה העליון של מדרג הזכויות כפי שהיא משרטטת אותו:

-
- 1 בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006).
 - 2 בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, 235–238 (2005).
 - 3 בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (2005). להתבוננות ייחודית על הפרשה ראו במאמרה של מילי מאסס "כשיחסי משפחה נתקלים בסופיות המשפט" בכרך זה.
 - 4 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

"זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן. היא משלבת בתוכה את הזכות להורות ואת זכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים. יחדיו הן יוצרות את הזכות לאוטונומיה של המשפחה... הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית, ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוגו ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם."⁵

במקרה אחר התקבלה כרוב קביעתה הנחרצת כי יש להגביל את יכולתה של המדינה לעשות שימוש בסעיף 12 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, ולהוציא ילד ממשמורת הוריו בנסיבות חירום עוד בטרם ניתנה לו או לאחראים עליו האפשרות להישמע. באותו מקרה ביקשו רשויות הרווחה להוציא ילדים ממשמורת הוריהם ולהעבירם למרכז חירום לילדים בסיכון למטרות אבחון, וזאת עקב מחלוקת מרה שהתגלעה בין ההורים ביחס להסדרי הטיפול והאחריות ביניהם לאחר פרידתם. השופטת פרוקצ'יה מגבילה נחרצות את כוחה של המדינה לשלוח את ידה אל תוככי היחידה המשפחתית. לנוכח הדיוק הרב של דבריה, נביאם כלשונם:

"ניתוק ילד ממשמורת הוריהו מהווה פגיעה בזכות טבעית הנתונה לו, ולכן יש לפרש את גדר המצבים המאפשרים שלילת זכות כזו בזהירות יתרה ועל דרך הצמצום... פגיעה בזכות זו אינה מסתכמת בפגיעה בזכות משפטית. היא משליכה במישורין על טובתו של הילד כמי שזקוק באורח טבעי למשמורת הורית טבעית הבנויה על קשר הדם, שהוא לעולם נקודת מוצא והתחלה לכול. כך הדבר גם מקום שנבקע שבר באחדות המשפחה, והורי הקטין שוב אינם חיים בשיתוף זה עם זה. גם המשמורת החד-הורית, גם אם לעתים רבת מכאוב, היא המשמורת הטבעית; היא משמורת האהבה שאינה מותנית מעצם טיבה בכל תנאי מוקדם, והיא הנותנת את תחושת החום, הביטחון וההגנה לילד שהוא זקוק להם בשנות חייו הראשונות. ניתוקו של קטין ממשמורת הוריהו, ולו לזמן מוגבל, היא החלטה קיצונית וחמורה שאין לנקוט אותה אלא כהכרח בלי-יגונה... ניתוק כפוי ממשמורת הורית – ולו זמני – מוצדק רק מקום שקיים צורך חיוני מידי הנערץ בנזקקותו של הילד ובחשש ממשי לפגיעה קשה אם לא יינקט ובאי-התאמתם של אמצעים חלופיים אחרים, מתונים יותר, העשויים לתת מענה לסכנה הצפויה."⁶

השופטת פרוקצ'יה מתבוננת על שלל השאלות תוך מחויבות משולבת הן לזכויות הילד והן לזכויות הוריו, מתוך הבנה כי ההורים והילד יחדיו רוקמים את ייחודה של

5 שם, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.
6 דנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, 275 (2004).

היחידה המשפחתית ואת האוטונומיה המוקנית לה. מחויבות זו אינה כרוכה דווקא בתא המשפחתי המסורתי, והיא חותרת לשמור על עוצמתה של המשפחה גם לאחר פירוקה.⁷ מחויבות זו למשפחה ולקשרים בין חבריה נמשכת, לשיטתה, אף ביחס למהגרי-עבודה שאינם אזרחים ואשר מעמדם בישראל ארעי מטיבו.⁸

לצד רטוריקה נחרצת ועקבית, היא אינה חוששת להעניק סעדים אופרטיביים לפרטים, בעלי-הדין. סעדים אלה מוענקים על-ידי השופטת פרוקצ'יה במקרים האמורים בניגוד לעמדת המדינה, ולא פעם בנבדל מעמדת חבריה להרכב, תוך שהיא מפגינה אומץ שיפוטי, ניתוח רב-ממדי ורגישות אנושית נדירה.

כל אלה הפכו את העבודה על הכרך המיוחד לזכות גדולה מבחינתנו. מכאן שלוחה תודתנו לכל העושים במלאכה, וכמובן לשופטת (בדימוס) אילה פרוקצ'יה.

רות זפרן, שחר פרידמן, ניב אמיתי

דצמבר 2014

7 בע"ם פלוני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 229–231.

8 בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.4.2011). כן ראו את מאמרה של טלי קריצמן-אמיר "נרטיבים ושינוי חברתי בפסיקת בית-המשפט העליון בעניין משטר האשרות החל על מהגרי-עבודה בישראל: מבג"ץ הכבילה לבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה" בכרך זה.