

דברי פרידה

מאת

אהרן ברק*

נפרדים אנו היום מאחותנו דליה. אחת עשרה שנים כיהנה השופטת דורנר בבית משפט זה. לפני כן כיהנה שלוש עשרה שנים כשופטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע ובירושלים, שנה אחת כשופטת בבית הדין הצבאי בפיקוד מרכז וחמש שנים כשופטת בבית הדין הצבאי לערעורים. נפרדים אנו אפוא משופטת ותיקה, אשר שלושים שנה מחייה הוקדשו לשיפוט. תולדות חייה של דליה הם בבואה לחיינו בארץ הזאת. ילידת תורכיה, אשר עלתה לישראל ב-1944 ושהתה במוסד ילדים עליית הנוער. כל מי שמכיר את התופעה הזאת, יודע ומבין את המציאות אשר גיבשה את תפיסתה של דליה את החיים, בכלל, ואת המשפט, בפרט. השירות הצבאי – שם שימשה שנים רבות כסנגורית – והשיפוט הצבאי, הוסיף ללא ספק נופך משלו.

בבית המשפט העליון פרסה דליה את כנפיה. המגבלות הפורמליות שהוטלו עליה בשיפוט הצבאי ובשיפוט האזרחי הוסרו. תחתן באו המגבלות המוטלות על שופט של בית משפט. אכן, כולנו לומדים במהירות את כוחנו. אט אט אנו לומדים וביתר יסודיות את מגבלות כוחנו.

כאשר מונתה דליה לבית משפט זה – והיה זה, בראש ובראשונה, ביוזמתו של הנשיא שמגר, אשר יבוא על הברכה – לא ידעתי כיצד יפרח פרח זה ולאן ישאו אותה כנפיה הרכות. עיקר ניסיונה היה בתחום הפלילי ומקצתו בתחום האזרחי. מה יהיו עמדותיה בתחום המשפט הציבורי? היכן תועמד על ידיה נקודת האיזון בין פרט לכלל, בין הזכות של היחיד לצרכים של הציבור? התהייה מקורית בחשיבתה ומה משקל מוראה של פסיקה קודמת עליה? התשתלב במשפחת השופטים? האם תהיה רגישה לתפקידו של השופט בחברה שלנו?

* בית הספר רדזינר למשפטים, המרכז בבינתחומי, הרצליה. נשיא בית המשפט העליון בדימוס. מבוסס על דברים שנישאו בטקס הפרידה מהשופטת דליה דורנר בבית המשפט העליון (3.3.2004).

עם חלוף הזמן הלכה התמונה והתבהרה. דליה ביססה את מעמדה כאחד מהחשובים והמקוריים בשופטי בית משפט זה. זכויות האדם היו יקרות לה והיא הגנה עליהן במלוא העוצמה. עם זאת לא היו אלה זכויותיו של אדם על אי בודד, היו אלה זכויותיו של אדם במסגרתה של חברה ודליה הבינה את חשיבותה של החברה ואת חשיבות ההגנה עליה. כך התגבש אצלה אט אט האיזון בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה.

תרומתה של דליה חוצה את כל ענפי המשפט ואת כל תחומי המשפט. אף שלא היה לה ניסיון אזרחי בטרם בואה אלינו, היא כתבה פסקי דין חשובים בתחום האזרחי, הסכמה מדעת של החולה; היקפה של ההתרשלות בנוזיקין; אחריות המדינה בנוזיקין; היקפה של הלכת שיתוף הנכסים ויחסה להסדר איזון המשאבים; פרשנות תכליתית של חוזים, תוך הדגשת ההיבט האובייקטיבי המתבסס "על התחקות אחר אומד דעתם של הצדדים על יסוד ההנחה כי פעלו כאנשים סבירים ותמי לב המבקשים להגשים את המטרה שלשמה נקשר החוזה"¹, תוך הדגשת התכלית הכלכלית של העסקה².

המשפט הפלילי היה תחום התמחות של השופטת דורנר. היא רשמה פרקים חשובים בפיתוח המשפט הפלילי – המהותי והדיוני גם יחד. בתחום המהותי תרמה רבות להבנתם של עבירות האונס³ ולגיבושם של דיני השותפות בפלילים. בתחום הדיוני כתבה פסקי דין מעמיקים באשר לחובת הנאשם להיות נוכח במשפט⁴, ובאשר לדיני המעצר לשעה ועד תום ההליכים. בעניין זה קבעה כי "בשיטה השמה נר לרגליה את זכות היסוד של האדם לחירות, אין לעצור עד תום הליכי המשפט נאשם שבחומר הראיות נגדו מובנה ספק הפוגע בסבירות הסיכוי להרשעה, וזאת אף אם חומר ראיות זה אינו מופרך ודי בו לצורך העברה אליו של נטל הבאת הראיות במשפט עצמו"⁵. בכך קבעה רף ראייתי גבוהה מהמקובל באותה עת. היא עשתה כן שכן לדעתה:

"הרף הראייתי שנדרש בישראל עד עתה למעצר עד תום ההליכים – הנמוך, כאמור, במידה ניכרת מן המקובל במדינות דמוקרטיות אחרות – אינו משקף איזון ראוי בין זכות היסוד של האדם לחירותו לבין האינטרס שבשמירה על שלום הציבור"⁶.

תרומה גדולה תרמה – כמו אחינו השופט מ' אלון – בניחות העילות למעצר עד תום ההליכים. היא הדגישה בשורה של פסקי דין את הצורך לאזן בהקשר זה "בין הצורך

- 1 רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 588.
- 2 ע"א 6276/95 מגדלי באך בע"מ נ' חוזה, פ"ד נ(1) 562.
- 3 ע"פ 7024/93 פלח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 2.
- 4 בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפרס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769.
- 5 בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133.
- 6 שם, עמ' 160.

בשמירה על שלום הציבור לבין זכות האדם לחירותו⁷. היא ציינה את חשיבותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהקשר זה, תוך שקבעה כי "אכן, משנתקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלינו לשוב ולבחון את פסיקתנו בתחום הדיון הפלילי – ובראש ובראשונה דיני המעצרים – ואף בתחום דיני העונשין המהותיים, כדי לברר אם הולמת היא את הוראות חוק היסוד ומגמותיו"⁸. בדיון הנוסף בפרשת גנימאת – אשר עסק במעצר עד תום ההליכים – קבעה כמה הלכות יסוד, אשר מדריכות וידריכו בית משפט זה בתחום המעצר. וכך כתבה:

"לדידי, ביסודו של דיון נוסף זה ניצבת השאלה אם הרטוריקה של זכויות האדם תתבטא במדיניות השיפוטית הלכה למעשה, כך ששיעור הנאשמים שיעצרו יפחת במידה משמעותית, או שמא – על יסוד רטוריקה זו או אחרת – ימשיך מעצר עד תום ההליכים להיות אמצעי שיגרת – הכלל, ולא יוצא מן הכלל..."

לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי. מקום שבו למימוש של אינטרס אין כל מחיר, אין משמעות לעיגונו בזכות, ולא כל שכן בזכות יסוד חוקתית. הערך שבזכויות הציבור והקרבנות ככלל הוא קולקטיבי, ולמולו ניצבות זכויותיו של הנאשם הבודד. ללא הכרה בזכויותיו של הנאשם, אין קיום לזכויותיהם של הקורבנות הפוטנציאליים, העלולים למצוא עצמם, בנסיבות אחרות, כנאשמים. השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה"⁹.

תפיסותיה של השופטת דורנר בתחום האזרחי והפלילי גם יחד נגזרו מתפיסות היסוד החוקתיות שלה. המשפט הוא אחדות ושלמות. אין לנו פנקסנות כפולה. האיזון בין פרט לפרט בתחומי המשפט האזרחי והאיזון בין פרט לשלטון בתחומי המשפט הפלילי קשורים ושזורים באיזון בין פרט לכלל בתחומי המשפט הציבורי. בתחום זה תרמה השופטת דורנר תרומה חשובה בפיתוח זכויות האדם וההגבלות עליהן. פסקי הדין שלה בעניין הזכות לשוויון בעבודה של הומוסקסואלים¹⁰; בעניין השוויון של האישה בשירות הצבאי¹¹; בעניין הזכות לחינוך¹²; בעניין הפקעת זכות הקניין¹³; בעניין חופש הביטוי המסחרי¹⁴;

7 כ"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355.

8 שם, עמ' 375-376.

9 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589.

10 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749.

11 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94.

12 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834.

בעניין חופש הביטוי הפוליטי¹⁵; בעניין חופש הדת¹⁶; בעניין חופש העיסוק; בעניין זכויותיו של המיעוט הערבי¹⁷; בעניין הזכות לייסד מפלגה¹⁸ והזכות להשתתף בבחירות¹⁹; בעניין חוקיות המלחמה בטרור ביהודה ובשומרון וחבל עזה²⁰ – בכל התחומים הללו וברבים אחרים, הפכו נכסי צאן ברזל של פסיקת בית המשפט העליון באשר לזכויות האדם ולמגבלות המוטלות עליהן. בעניין ההגבלה על זכויות האדם ניתחה וקידמה את עקרון המידתיות, תוך שקבעה את קשרי הגומלין שבין המידתיות במשפט החוקתי למידתיות במשפט המינהלי, ותוך שפיתחה תאוריה מקיפה שטרם נבחנה באשר ליחס בין חשיבותה של הזכות לבין מידתיות הפגיעה בה וכן באשר ליחס בין המידתיות לבין נוסחת האיזון של "הוודאות הקרובה" שבה אנו משתמשים מאז פרשת קול העם²¹.

השופטת דורנר היא מקורית בחשיבתה. די אם אזכיר את עמדתה באשר ליחס בין כבוד האדם לבין השוויון. על פי גישתה, הפליה מחמת מין וגזע המבוססת על ייחוס מעמד נחות למופלה, טמונה בה השפלה עמוקה הנכללת במסגרת פגיעה בכבוד האדם. מוענקת לה אפוא הגנה חוקתית על-חוקית. בפרשת מילר היא ציינה בהקשר זה:

"במדינת ישראל, כבמדינות דמוקרטיות אחרות, הכלל כי אין מפלים נשים לרעה מחמת מינן הולך וכובש את מקומו כעקרון יסוד משפטי. והרטוריקה המשפטית הולכת ומיתרגמת למציאות החיים"²².

"לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות

- 13 דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68; בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625; ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629.
- 14 בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1.
- 15 בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221.
- 16 בג"ץ 1912/97 ריש, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1; בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267.
- 17 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393.
- 18 רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 95.
- 19 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נו(4) 1.
- 20 בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 26.
- 21 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871.
- 22 בג"ץ מילר, לעיל הערה 11, עמ' 130.

לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות.

אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד....

לא כך הדבר בסוגים מסויימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה...

סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן.

דעתי היא איפוא, כי חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם. וכך הוא כאשר אישה מופלית לרעה בשל מינה²³.

לא פעם חלקנו האחד על השני. בכמה מקרים הדין היה עמי. במקרים אחרים, הדין היה עם השופט דורנר. מבקש אני להדגיש פרשה אחת שהדין היה עמה – פרשת קלפי המיקוח. בהרכב של שלושה פסקתי כי הסמכות להורות על מעצר מינהלי כוללת הסמכות לעצור אדם שממנו עצמו לא נשקפת סכנה, אך הוא מוחזק כקלף מיקוח²⁴. חברתי השופט דורנר כתבה דעת מיעוט. נתבקש וניתן דיון נוסף²⁵. דעת המיעוט של השופט דורנר נתקבלה. דעת המיעוט שלי נדחתה. אני עצמי סברתי שהדין עמה. שיניתי דעתי. חבריי ביקשו ממני ואני הסכמתי לכתוב את פסק הדין בדיון הנוסף, שבו הודיתי בטעותי. תודתי לחברתי.

23 שם, עמ' 132-133.

24 עמ"מ 10/94 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97.

25 דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721.

אכן חברים אנו, דליה ואני. לא רק ששנינו "עולים חדשים" – היא מתורכיה (ב-1944) ואני מליטא (ב-1947) – אלא שרבות מתפיסות היסוד באשר לתפקיד השופט בחברה דמוקרטית משותפות לנו. פרישתה מבית המשפט העליון היום קשה היא לי אישית. היא קשה לכולנו. כולנו הערכנו את אומץ לבה²⁶, את חדות מחשבתה, את עצמאות חשיבתה ואת תרומתה הרבה למשפט ולשיפוט. עם פרישתך, דליה, נעשינו עניים יותר. עם הפרישה לגימלאות – כך למדתי מידידי מ' אלון – יש לומר ברכת הגומל. תלווה איתך – ואת שמואל בעלך, בנייך ובני משפחתך – ברכת כולנו.

26 ראו מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 וכן דעת המיעוט שלה בבג"ץ 2534/97 ח"כ יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1.