

## זכויות יסוד – סקירת פסיקה

המשפטית שלנו סולדת מעונשי מוות, אפילו לגרועים שברוצחים), ומכוח היותו אזרח של מדינת ישראל, מחוייבת המדינה להגיש בקשה להסגיר אותו לישראל, לצורך קיום משפטו כאן. ב"כ העותר התייחס גם לחובת הסולידריות בין יהודים (אולי ניסיון לרמוז לחובת פדיון השבויים).

בית המשפט בחן את השאלה המשפטית מכמה היבטים – הן במסגרת של חוק ההסגרה, הן במסגרת של תכלית אכיפת החוק הפלילי, והן במסגרת זכויות היסוד וחובתה של המדינה כלפי אזרחיה המצויים מחוץ לתחומה.

בית המשפט ניתח את מוסד ההסגרה ושאלות תחולת המשפט הפלילי. לאחר מכן העלה את השאלה מהו היחס בין השיקולים הקשורים בזכויות היסוד לבין הדינים האמורים. בית המשפט קבע בהלכה קודמת, כי חובתה של המדינה אינה כוללת מניעת קיומו של משפט במקום בו בוצעה לכאורה עבירה.

במישור המשפט הבינלאומי, המבחן יהיה האם הזכות, שמגיעה בה חוששים אנו, הינה זכות אדם בסיסית, שלגביה מוכרת זכותה של מדינה להגנה דיפלומטית על אזרחיה, על פי המשפט הבינלאומי. הזכות לחיים הינה זכות כזאת. אולם על פי האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר תאילנד צד לה, ניתן לגזור עונש מוות במקרים של עבירות חמורות מאוד, וללא ספק עבירת הרצח הינה כזאת. על כן, לישראל לא קמה זכות להגנה דיפלומטית בעניין זה. לגבי הזכויות הדיוניות, ראו להלן.

במישור הפנימי, המדינה מחוייבת לקדושת החיים של העותר, והיא אינה מתכחשת לה, אולם היא אינה פוגעת בה כאן. למדינה שיקול דעת, ושיקול דעתה של המדינה, כאשר נשקל למול הדינים האחרים ותכליותיהם, והכרעת המדינה לפיה אם ייגזר על העותר עונש מוות, היא תפנה למלך תאילנד בבקשת חנינה, הינו שיקול דעת ראוי בנסיבות העניין. העתירה נדחתה.<sup>2</sup>

■ ■ ■

עניין נוסף שהגיע להכרעת בית המשפט היה חומרת העונש שנגזר על רוצחי אסף שטיירמן ז"ל. אלה טענו כי עשו את המעשים המיוחסים להם בהיותם קטינים ועל כן אין לגזור

בשנים האחרונות, בית המשפט העליון דן במרבית החלטותיו בזכויות יסוד ובאיזון ביניהן. זוהי חלק מהמהפיכה שהנשיא (ברק) מנחיל לשיטת המשפט שלנו: "שיח זכויות היסוד". כמעט לא תיתכן החלטה שאין בה עימות כזה או אחר בין זכויות יסוד, גם במסגרת עימות בין צדדים פרטיים.

שיח זה הפך להיות כה אינהרנטי לשיטת המשפט שלנו, עד כי קשה לתאר ניתוח משפטי בימינו, שאינו מתייחס לזכויות יסוד הקשורות לעניין הנדון, ומכאן הטעם לכך שרשימת זכויות היסוד הולכת ומתעבה, כאשר לכל זכות (או "אב-זכות") תולדות שונות. אף אנו התייחסנו בעבר לזכויות היסוד, בכלל, וזכויות ממינים חדשים זה מקרוב באו, בפרט<sup>1</sup>. הפעם בחרנו להתמקד בהמחשת הדברים האמורים לעיל באופן אמפירי – בחרנו פסיקה מייצגת מהחודש האחרון, בכל סוגי התיקים, ואכן מצאנו שכמעט בכל ההחלטות המנומקות מופיע שיח של זכויות יסוד. בחרנו להביא פסיקה זו בגיליון הנוכחי.

הדבר רק מלמד על הצורך שלנו כעורכי נימוקים וטיעונים, להיזקק לשיטת ניתוח וטיעון זו, אשר מצאה לה שביטה ואוזן קשבת בחלונות הגבוהים ואף הנמוכים יותר.

### קדושת החיים

טיעון בשם קדושת החיים הועלה על ידי אלי מימון כהן, אשר נחשד ברצח של גרושתו ואם ילדיו, קרול. הלה טען, כי המשפט המתנהל כנגדו בתאילנד עלול להסתיים בעונש מוות, ועל כן מכוח עיקרון קדושת החיים (בשלו המערכת

1 סקירה חטופה של 30 הגיליונות האחרונים מעלה את הסוגיות הבאות: גיליון 62: חופש העיסוק ובחינות ההתמחות ללשכת עורכי הדין; גיליון 63: קדושת החיים; גיליון 64: סחר בנשים; גיליון 65: החופש להינשא ונישואים חד מיניים; גיליון 67: חופש הביטוי; גיליון 68: המהפיכה החברתית; גיליון 70: זכויות החייב; גיליון 76: זכויות עובדים מבוגרים לעומת צעירים ושאלת ההפלייה; גיליון 78: זכות הפרסום; גיליון 79: זכויות מתיישבים לפי חוות דעתו של הנשיא ברק בהלכת אלוני נ' ארד; גיליון 81: חובת ההצלה וקדושת החיים; גיליון 82: זכות הקניין החוקתית והערות תכנוניות לפי חוק התכנון והבניה; גיליון 84: החופש הפורנוגרפי; גיליון 85: הגנה חוקתית לקניין; גיליון 90: זכויות היסוד ותיאוריית הכוליות; גיליון 91: חופש העיתונות.

שבמצפון" משמעות מוגדרת, צרה, התואמת את טיבו המיוחד של העניין.

בית המשפט הבחין בין מרי אזרחי (שאינו מהווה עילה לסרבנות), הכולל סירוב מנימוקים חברתיים או פוליטיים, שאינם בהכרח נימוקיו של היחיד, לבין סרוב מצפוני, שהינו עניין אישי ומניעיו קשורים לאותו פרט. באותו המקרה, נימוקיה של העותרת אינם עולים כדי הסרוב המצפוני הנכנס באותו פתח צר המאפשר שחרור מהצבא.<sup>6</sup>

## זכות החייב לריהביליטציה ולקורת גג לו ולמשפחתו

בית המשפט עמד על זכותו של החייב בבית המגורים שלו, בשילוב זכותו של החייב לשקם את עצמו. בית המשפט עמד על הקשר שבין החייב והשפעת ההליכים כנגדו על בני משפחתו – אשתו וילדיו, שלא היו שותפים להסתבכויותיו, אך משלמים יחד איתו את המחיר המלא.

לנוכח האמור בית המשפט צריך לשקול אפשרויות חילופיות לסילוק החוב, כאשר האופציה האחרונה בסדר העדיפות הינה עקירתו ממקום מגוריו.

כל אלה הובילו את בית המשפט למסקנה, כי החייב רשאי לרכוש את בית מגוריו (לפדות אותו) במחיר נטו שהיה מתקבל לאחר המכירה. הדבר יסייע בשמירה על קורת הגג של החייב, הדבר ימנע את הצורך לממן דיור חלוף, ולמותר לציין כי נדירים הם המקרים כי אחרים יסכימו לממן עבור החייב את פדיון הנכס כפי שהיה כאן (הבת ממנה את פדיון הנכס). עם זאת קיימים גם שיקולים אחרים הרלבנטיים לעניין הנדון, לדוגמה: הנושים לא יסכימו להיות מעורבים במכרזים ולהוציא הוצאות, אם החייב יוכל לפדות את הנכס במחיר נמוך יותר. במקרה דנן אחד השיקולים החשובים היה כי החייבים העלו את ההצעה עוד לפני שקויים המכרז.

יצויין כי הניתוח דלעיל היה של השופט לוי, כאשר שני השופטים האחרים החליטו שבנסיבות העניין אין צורך להיזקק להם. מבחינה זו מדובר בדעת יחיד.<sup>7</sup>

## הזכות לחינוך ולשוויון

בית המשפט בחן את תוכנית הבחירה המבוקרת של תלמידים את מוסדות החינוך בהם ילמדו. האם שיטה זו פסולה? השיטה מורכבת משני שלבים: השלב הראשון כולל מקריטריונים שונים שאחד מהם הוא רצון התלמיד. השלב השני הוא עריכת הגרלה במקרה של חסר במקומות.

על רעי חורב מאסר עולם, ויש להפחית את עונשה של סיגלית חיימוביץ (נגזרו עליה 24 שנות מאסר). בית המשפט החליט לדחות את הערעור, תוך שהתייחס מפורשות לעיקרון קדושת החיים ולקלות הבלתי נסבלת של הרצח.<sup>3</sup>

## הזכות לבחור

אחת מזכויות היסוד שלנו הינה הזכות לבחור לכנסת. המשטר הדמוקרטי משעין את כוחו והצידוק לקיומו על העם, הבוחר אחת לארבע שנים את נציגיו לניהול המדינה.

משום כך, ומשום שהמחוקק קבע כי המועד הראוי למימוש זכות הבחירה הוא אחת לארבע שנים, הרי שכאשר מתעוררת בעיה פרשנית אודות החקיקה הקשורה לכך, תהיה ידה של הגישה, המממשת את הזכות לבחור אחת לארבע שנים, ולא יאוחר מכך, על העליונה.<sup>4</sup>

■ ■ ■

נגזרת של זכות הבחירה הינה זכותו של האזרח כי הליכי החקיקה, הנערכים על ידי נבחריו, ייעשו בהתאם לחוק. המחוקק נבחר על ידי רוב העם והוא אמור להגשים את רצון הרוב. עיקרון זה הינו מאושייות הדמוקרטיה. עיקרון השוויון חל גם בכנסת בין החברים, ומאפשר קול אחד לכל מחוקק.

מכל אלה עולה, כי מקום בו חבר כנסת מצביע בעת ההצבעה האלקטרונית, בשם חבר כנסת אחר, נפל פגם חמור בהליך החקיקה. עם זאת בנסיבות העניין יו"ר הכנסת הורה על הצבעה חוזרת בחלק מההצבעות ובחלק אחר לא היה מקום לעשות כן לנוכח תוצאות ההצבעה. בית המשפט החליט כי הפגם תוקן, ובמקרים אחרים לא ירד לשורשו של עניין. העתירה נדחתה.<sup>5</sup>

## חופש המצפון

בעתירה של מלשבי"ת כנגד החלטת הצבא לגייסה על אפה ועל חמתה, למרות שהיא מתנגדת לכיבוש בשטחים, ציין בית המשפט, כי חופש המצפון מוכר בישראל כערך חוקתי הנגזר מהכרזת העצמאות, ומאופייה הדמוקרטי של המדינה. הוא משתלב בערכי חופש הדת והאמונה. חופש המצפון כערך חוקתי כללי עשוי להתפרש על כל מיגוון הדעות, הרעיונות והאמונות של האדם בכל תחומי החיים. אולם תוכנו והיקפו המוגדר עשויים להשתנות בהתאם להקשר הדברים. בסוגיית אי הציות לחוק מקבל המושג "טעמים

3 ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת ישראל, מיום 9.8.04.

4 בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש – תע"ל ואח' נ' ראש הממשלה, ההחלטה מיום 6.7.2004, הנימוקים מיום 8.8.2004.

5 בג"ץ 5131/03 ח"כ ליצמן נ' יו"ר הכנסת, מיום 17.8.04.

6 בג"ץ 2383/04 מילוא נ' שר הביטחון, מיום 9.8.04;

7 ע"א 2000/01 בן בסט נ' רהב עין דר, ע"ד, מיום 12.8.04.

דאג לעשות כן. אין בהבחנה בין זוגות אלה משום הפליה או אי נייטרליות. הערעור של המדינה נדחה<sup>10</sup>.

## חזקת החפות

על פי הוראות החלק הכללי של חוק העונשין, כל אדם הינו בחזקת חף מפשע עד אשר הוכחה אשמתו. חזקה זו הינה חזקה חלוטה. כיצד משפיעה חזקה זו על החלטה להעמיד לדין? מהו המבחן הראוי הדרוש לצורך העמדה לדין של אזרח רגיל? ושל ראש ממשלה?

בית המשפט אימץ את מסקנתו של מזוז, לפיה המבחן הוא אפשרות סבירה להרשעה (דהיינו כי בית המשפט יקבע כי הוכחה האשמה מעל ומעבר לכל ספק סביר), תוך שיש לשקול את ההשלכות האפשריות של החלטה מוטעית (אם בדיעבד יהיה זיכוי), מה שמחייב זהירות מירבית כבר עתה. ודוק: אין דין שונה לראש הממשלה ולאזרח הקטן, אלא שלנוכח התוצאות מרחיקות הלכת, יש לנקוט אמצעי זהירות מוגברים לפני קבלת ההחלטה. העתירה נדחתה<sup>11</sup>.



ובעניין אחר, נחזור על ההלכה, לפיה גם בעת ניהול המשפט לא די בטענות בעלמא לצורך ביסוס הספק הסביר. מעניין לקרוא את פסק הדין לצורך חזרה על ההלכות בסוגיית הספק הסביר, במיוחד מקום בו בית המשפט העליון החליט לבטל החלטת זיכוי ולהרשיע את הנאשם<sup>12</sup>.

בית המשפט קבע כי השיטה ראויה ואינה פוגעת בעיקרון השוויון. שיקול רצון הילד והקירבה למקום המגורים הוא שיקול חשוב, אולם אינו בלעדי<sup>8</sup>.

## עיקרון השוויון במכרז

בית המשפט פרש את היריעה במסגרת דיון בעיקרון השוויון במכרז ציבורי. בית המשפט קבע, כי המכרז הציבורי נועד להבטיח שני עקרונות – מחד קידום התחרות, ומאידך שמירה על עיקרון השוויון.

חשוב מאוד לשמור על השוויון בין המציעים. אחד ההיבטים לכך הוא שיש להימנע ככל הניתן מביטול מכרז ועריכת מכרז חדש תחתיו, וזאת על מנת למנוע פגיעה בתחרות השווינונית, לאחר שמידע הנוגע להצעות שהוגשו למכרז יגיע עם ביטול המכרז לידי מציעים אחרים ויאפשר למציע להגיש הצעה משופרת במכרז החדש ולזכות בו, על אף שהצעתו המקורית לא היתה מזכה אותו בזכייה במכרז. מכל מקום, לא מדובר בכלל מוחלט ויש לאזן אותו עם נסיבות העניין, כמו חומרת הפגמים, ומשך הזמן בין המכרז הראשון למכרז השני.

בית המשפט עמד על כך שמכוח התכליות האמורות לעיל חובה להקפיד על תקינותה, שיעורה ותוקפה של הערבות הבנקאית. בהלכה זו קבע בית המשפט כי אסור כי הערבות הבנקאית תהיה גבוהה מהנדרש (ולא רק נמוכה מהנדרש), שכן גם בכך יש משום פגיעה בשוויון (הוועדה תעדיף את המציע שכן במקרה של הפרת החוזה ניתן לממש ערבות גבוהה יותר)<sup>9</sup>.

## עיקרון שוויון הנישומים

בהחלטה תקדימית מעניינת הועלתה השאלה, האם מקום בו תא משפחתי רוכש דירה ראשונה למגוריו, כאשר לאישה יש דירה מלפני נישואיה, ולבעל אין זכות בה, האם הבעל זכאי לשלם מס רכישה במדרגות של דירה ראשונה בכל הנוגע לחלקו (האישה תשלם מדרגה ראשונה של 3.5%).

הועלתה הטענה, כי הכרה בטענת הנישומים תביע להפרה של עיקרון השוויון, בין זוגות אשר חתמו על הסכם להפרדה רכושית לפני נישואיהם (וייהנו ממס מופחת לבן הזוג חסר הדירה), לבין זוגות אשר לא חתמו על הסכם כזה.

בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי אכן אין דמיון בין זוג אשר לא חתם על הסכם להפרדה רכושית, לבין זוג אשר

10 ע"א 3185/03 מנהל מס שבח- מרכז נ' פלם, מיום 19.8.04.  
11 בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, מיום 19.8.04.  
12 ע"פ 5302/03 מדינת ישראל נ' טל יצחק, מיום 12.8.04.

8 בג"צ 6437/04 טל חבורי (קטינה) ו-163 אחרים נ' משרד החינוך והתרבות, מיום 11.8.04.  
9 ע"ע"מ 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, מיום 9.8.04.

## פרסום שם חשוד וזכות הציבור לדעת

בית המשפט דן בשאלה האם יש לפרסם את שמו של חשוד בעבירות מין. מחד המדובר אך בחשוד, וכן יש לקחת בחשבון את הנזק שייגרם למשפחתו. מאידך, זכות הציבור לדעת ולהיזוהר. בית המשפט סיכם את ההלכות הקשורות בעיקרון פומביות הדיון, זכות הציבור לדעת ולפקח על טוהר ההליך השיפוטי, ולבסוף החליט להורות על פרסום<sup>14</sup>.

## זכות הטיעון

אחת מהזכויות החשובות ביותר הינה זכות הטיעון. במרבית המקרים בהם נשללה זאת, יוביל הדבר לבטלות ההחלטה. כך, במקרה שבית הדין הרבני הגדול קיבל החלטה כי גבר פלוני קיים יחסי אישות עם אישה נשואה, ועל כן הם אסורים להינשא זה לזה, וזאת שבלא שקויימה קודם לכן זכות השמיעה שלו. העתירה נתקבלה<sup>15</sup>.



השופט רובינשטיין הביע את דעתו, כי כאשר מתמחה אשר הגיש תצהיר מוטעה בבקשה להתקבל ללשכת עורכי הדין, וועדת ההתמחות החליטה על סנקציה, אזי אם עולה להצבעה בוועד המרכזי הצעה מחמירה יותר מאשר המלצת ועדת ההתמחות, יש לחזור ולאפשר למבקש למצות את זכות הטיעון גם בפני הוועד המרכזי, לכל הפחות בכתב. באותו המקרה העותר ויתר על טענתו בנוגע לזכות הטיעון בפני בית המשפט<sup>16</sup>.



זכות הטיעון אינה מחוייבת מימוש בעל פה דווקא אלא גם בכתב. במקרה זה בית המשפט לא נכנס לשאלה האם יש מקום לזכות טיעון במסגרת הליכי חקיקה, שכן כאמור ניתנה אפשרות להגיש טיעון מפורט בכתב<sup>17</sup>.

## זכויות במישור הדיני

### הזכות לקבלת החלטה

לכל אדם קיימת זכות להביא את ריבו בפני בית המשפט ולקבל החלטה בעניינו. מערכת המשפט הוקמה על מנת לממש זכות זאת.

האם למרות זכות יסוד זאת רשאי בית המשפט "שלא להחליט"? שאלה זו נדונה בפרשת כץ<sup>13</sup>, והיא נסבה על בקשה למתן הוראות, במסגרתה החליט בית המשפט כי לא ניתן להכריע בבקשה בשל חילוקי דעות מהותיים בין הצדדים, אלא קבע בהחלטתו מעין תהליך ביניים. המערערים טענו כי בית המשפט "החליט שלא להחליט".

בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע כי למעשה בית המשפט החליט – החליט לדחות את הבקשה הואיל והיא אינה מתאימה לבירור בהליך של מתן הוראות, תוך שבית המשפט לא סגר את דרכם של המערערים לפנות בהליך המתאים.

### הזכות למשפט הוגן

כל אדם זכאי למשפט הוגן, דהיינו משפט בו יוכל להשמיע את טענותיו, להכין את מענותיו ולהגיש את ראיותיו. הוא זכאי לקבלת ערכאה שתשפוט אותו באופן אובייקטיבי וללא משוא פנים.

בפרשת מימון כהן שנדונה לעיל טען העותר כי הוא לא יזכה למשפט הוגן בתאילנד וביקש כי תוגש בקשת הסגרה.

בית המשפט קבע, כי עצם העובדה כי שיטת המשפט בתאילנד שונה מישראל, אין בה כדי להוות שיקול מכריע, גם אם אנו סבורים כי השיטה שלנו טובה יותר. מאידך, עצם העובדה כי לאותה מדינה יש שיטת משפט מסודרת אין בה כדי להוות שיקול מכריע נגד הסגרה. מהו האיזון?

תאילנד קשורה באמנה המחייבת כל מדינה להבטיח קיומו של משפט הוגן, במסגרתו זכות לגישה למסמכים ולראיות, בטרם פתיחת המשפט. בית המשפט קבע, כי על סמך הראיות שבפניו לא ניתן לומר מראש, כי אין סיכוי שלעותר לא ייערך משפט הוגן. זאת ועוד. הזכות הדיפלומטית הינה זכות של המדינה ולא של האזרח. המדינה היא בעלת שיקול הדעת אם להפעיל את זכותה אם לאו.

14 בש"פ 5759/04 תורג'מן נ' מדינת ישראל, מיום 1.8.04.  
 15 בג"ץ 982/04 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, מיום 19.8.04.  
 16 על"ע 9846/03 תמיר כהן נ' לשכת עורכי הדין – הוועד המרכזי, מיום 2.8.04.  
 17 ראו פרשת תבורי, לעיל.