

נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט

מאת

יובל אלבשן¹

א. מבוא. ב. קבוצת המחסומים הישירים; 1. מחסומים קבועים בדין; 2. מחסום ההתיישנות; 3. מחסומים של עורכי-הדין – תניות בהסכמים. ג. קבוצת המחסומים העקיפים; 1. המחסום הגאוגרפי; 2. מחסום השפה; 3. המחסום התרבותי; 4. המחסום הפסיכולוגי – המשפט כאויב. ד. מכשולים כלכליים. ה. מחסום נכונות השופטים ויכולתם. ו. במקום סיכום, אזהרה.

“היכל המשפט אינו אלא זירת מלחמה – מלחמת הצדק. אין לכם במלחמות טהורה וקדושה ונשגבה מזו: עילתה היא הזכות, נשקה הוא החוק ותוצאתה היא דין צדק... אתם כלוחמי מלחמות הצדק... תיפתחו את לבכם לרווחה לכל העשוקים והנדכאים, הנרדפים והמוכים, הנחשלים והמופלים לרעה. איש המשפט הער לאחריותו ולשליחותו המיוחדת לעולם לא יאמר לא עלי המלאכה לגמור ולמה לי טורחם ומשאם וריבם של אלה – ומה גם שאין ידם משגת על פי רוב לשלם שכר”².

א. מבוא

כל עורך-דין שמסייע לאוכלוסיות מוחלשות להילחם בעוניין מודע לכך שלא ניתן לנתק בין סוגיית הצדק החברתי³ – שתרגומה לעגה המשפטית לובש בדרך כלל לבוש

- 1 מנהל המרכז לחינוך משפטי קליני לזכויות אדם ולאחריות חברתית בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. תודותי ליוסי ברג, זאב פרידמן, נעמי לבנקרון, יובל לבנת, מיכל לייסר, שרון ציונוב, סיגל רוזן, רון שפירא ומיכל ששון על עזרתם.
- 2 ח' כהן “ברכה לעורכי דין בראשית דרכם, סתו 1980” נאום לכל עת (ת' ברוש – עורכת, 1993) 41.
- 3 לקשר בין השגת צדק חברתי ועריכת-דין ראו: K.L. Loewy “Lawyering for Social Change” 27 *Fordham Urb. L.J.* (2000) 1869; L. Trubek & M.E. Kransberger

של זכויות חברתיות⁴ – לבין נושא הנגישות למשפט⁵. מטבען, רלוונטיות הזכויות החברתיות בעיקר לעניים ולעולם תהיה דרכם של העניים לבתי-המשפט זרועה מכשולים רבים. הניסיון שהצטבר בתחום זה של עריכת-דין בעולם המכונה Poverty Lawyering, ובמקומות אחרים Progressive Lawyering⁶, מצביע על כך שדווקא בתקופה הנוכחית, במערכות משפט מודרניות הפועלות תחת משטרים דמוקרטיים שמבוססים על אידאת השוויון בפני החוק⁷, כשגם העני וגם העשיר נכנסים בשערי אותו אולם, נעמדים לפני אותו שופט וכפופים לאותה מערכת נורמטיבית של כללים⁸, דווקא עכשיו הפך הצדק להיות כמעט בלתי ניתן להשגה עבור חלקים הולכים וגדלים מהחברה המערבית⁹. מכאן נובע כי המבקשים לקדם צדק חברתי באמצעות המשפט¹⁰ חייבים להיות מודעים למכשולים העומדים בדרכם של אותם אזרחים מוחלשים ולסייע להם לצלוח אותם בשלום. הדבר אף נכון ביחס לאלה שלא מבקשים לקדם ערכים מסוג זה אך רואים

- “Critical Lawyers: Social Justice and the Structures of Private Practice” *Cause Lawyering – Political Commitments and Professional Responsibilities* (A. Sarat & S. Scheingold – eds., N.Y. 1998) 201; M. James *The Peoples Lawyers: The Radicilization of the Legal Profession* (N.Y., 1973)
- 4 להבהרה מושגית ראו האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כתבי אמנה 31, עמ' 205. כן ראו T.H. Marshall “Citizenship and Social Class” *Class, Citizenship & Social Development* (N.Y., 1964); ג' מונדלק “זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש” שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 65, בעיקר עמ' 91-104; י' אדרעי “זכויות אדם וזכויות חברתיות” ספר ברנזון (כרך שני, א' ברק, ח' ברנזון – עורכים, 2000) 45; י' אלבשן “השעון המקולקל מסרב לנוע” משפט נוסף 1 (2001), עמ' 9-15; C. Fabre *Social Rights under the Constitution* (Oxford U.P., 2000), 110-151; J. Bakan “Whats Wrong With Social Rights?” *Social Justice and the constitution – Perspective on a Social Union for Canada* (J. Bakan and D. Schneiderman – eds., Carlton U.P., 1992) 213
- 5 Access to Justice ראו י' רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (1998).
- 6 M. Diamond “Community Lawyering: Revisiting the old Neighborhood” 32 *Colum. Human Rights L. Rev.* (2000) 67
- 7 י' זמיר, מ' סובל “השוויון בפני החוק” משפט וממשל ה (תש"ס) 165; ד' דורנר “בין השוויון לכבוד האדם” ספר שמגר (חלק א, 2003) 9. לתיאור אחר ראו ד' וינר “האמנם שוויון בפני החוק?” הארץ (16.1.1990) ב.1.
- 8 שלא כמו בתקופה הטרום מודרנית כאשר לכל מעמד וקבוצה היו דינים מיוחדים משלהם ואף מערכות משפט שונות עבורם. ראו רבין (לעיל, הערה 5), עמ' 33.
- 9 ולא רק בגלל מחסור כלכלי. ראו C. Branson “More Than Money” 24 *Fordham Int'l L.J.* (2000) 9; מ' נגבי “שווים ושווים יותר בפני החוק” שוויון בפני החוק – דיון בנגישות לייצוג במשפט הפלילי (מכון ון ליר, 2002), עמ' 20-23.
- 10 J.F. Handler *Social Movements & the Legal System – A Theory of Law Reform and Social Change* (N.Y., 1978)

בנגישות למשפט זכות הכרחית לקיום הסדר הדמוקרטי¹¹. אחריות זו רובצת לפתחם של כל השותפים במערכת המשפט בישראל: החל מהמחוקק, עבור בבתי המשפט (ובעיקר בית המשפט העליון) וכלה באקדמיה המשפטית ובעורכי הדין, גם אלו הציבוריים¹² וגם אלו הפרטיים¹³. לכן מה שאבקש לעשות ברשימה זו הוא לתאר את דרך החתחתים שאותה צריך לעבור האזרח המוחלש כדי להגיע לבתי המשפט ולהגן שם על זכויותיו. כהערה מקדימה אציין כי תיאור זה מבוסס בעיקרו על עבודה שוטפת בשש השנים האחרונות כעורך-דין קהילתי ברחבי הארץ ובעיקר בפריפריה הענייה בדרום הארץ¹⁴. במהלך שנים אלו נאספו אצלי מאות מקרים ודוגמאות בנוגע לכל מחסום ומחסום שייסקר בהמשך. שיקולי עריכה הביאוני לוותר על התעמקות בכל מחסום ומחסום (אגב הסתפקות בדוגמאות מעטות) ולבכר תחתיה את תיאור הדרך כולה. שאיפתי היא שבדרך זו יוכל הקורא לא רק להבין את הקושי שבצליחת כל מחסום ומחסום אלא גם לחוש את אורכה של הדרך ואת המסה הכללית של הקושי שיוצרת הצטברותם של המחסומים כולם. בדיוק כפי שחש אותו אזרח מוחלש הנמצא חשוף בביתו ופניו אל עבר בתי המשפט, מעוז הצדק והחוק.

ב. קבוצת המחסומים הישירים

כדי לעלות על הדרך שעשויה להוביל אותו לבתי המשפט צריך קודם לכל האזרח המוחלש לצלוח קבוצה ראשונה של מחסומים¹⁵ – המכונה בספרות המקצועית

- 11 ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נגד קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577. להסבר ביחס לרציונל הפוליטי ליברלי של הנגישות למשפט, ראו F.I. Michelman "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right – Part 1" *Duke L.J.* (1974) 527, p. 534.
- 12 A. Sarat & S. Scheingold "Cause Lawyering and the Reproduction of Professional Authority: An Introduction" *Cause Lawyering – Political Commitments and Professional Responsibilities* (A. Sarat & S. Scheingold – eds., N.Y. 1998) 3.
- 13 להבחנה בין שני הסוגים ראו "דו"ן דותן" עורך הדין, המטרה הציבורית והלקוח האינדיבידואלי" עיוני משפט כג (תש"ס) 697, עמ' 698. להרהורים ביחס לתקפות החלוקה ראו "אלבשן" על נפקדות הצדק החברתי בחינוך המשפטי בישראל" עלי משפט ג (תשס"ג) 7, עמ' 14.
- 14 בין השנים 1998 ל-2000 שימש הכותב כמנהל המחלקה המשפטית בעמותת "ידיד", המפעילה רשת של 'מרכזי זכויות' במוקדי אוכלוסיות מוחלשות ברחבי הארץ מאופקים שבדרום ועד לקריית שמונה שבצפון. בין 2000 ל-2003 שימש הכותב כמנהל חטיבת זכויות האדם במכללה האקדמית למשפטים ברמת גן, המפעילה את רשת מרכזי ער"ם (עזרה ראשונה משפטית המתמחה בעריכת-דין קהילתית) הפרושה בעיקר בפריפריה הענייה בדרום הארץ.
- 15 הלכתי בעקבות החלוקה בספרו של רבין (לעיל, הערה 5). לחלוקה אחרת המבוססת על ניתוחו של פרופ' קפלטי המחלק את המחסומים לשלוש קבוצות: עלויות התדיינות, יכולות

מחסומים ישירים¹⁶. הכוונה היא לאותם מצבים "אשר בהם הדין אוסר או חוסם באופן מוחלט את הגישה לערכאות בסוג של עניינים או לסוג של מתדיינים"¹⁷. מחסומים אלה הפזורים בכל תחומי המשפט¹⁸ מצויים בשפע בתחומי משפט הצדק החברתי. שפע שפחות מוכר לנו מתחומי משפט אחרים. בעיקר מדובר במחסומים משלושה סוגים: קבועים בדין; נובעים מהתיישנות; ויצירי הסכמים והנחיות עורכי-דין¹⁹.

1. מחסומים קבועים בדין

חוק הביטוח הלאומי²⁰ – אולי החוק החשוב ביותר מבחינתן של האוכלוסיות המוחלשות – הוא הדוגמה הטובה ביותר לכך. החוק רצוף אירועים שבהם מצומצמת הפנייה לבתי-הדין (בערעור על נושאים שבסמכות הביטוח הלאומי) אלא בשאלות משפטיות²¹. משמע: חלק מהמחלוקות העובדתיות בין המוסד לבין המבוטח אינו נגיש, אף שמשמעותן לחיי האחרון עלולה להיות אקוטית. באופן דומה לפי חוק נכי רדיפות הנאצים²² לא ניתן לערער על החלטות משרד האוצר בכל הקשור לנכויות נרדפי הנאצים שעדיין חיים – הקבוצה המוחלשת ביותר בחברה הישראלית היהודית כיום – אלא בשאלות משפטיות כלליות²³. השאלה שצריכה להישאל היא מדוע? מדוע אוסר הדין בישראל על אותו ניצול שואה בא בימים לפנות לבית-המשפט ולטעון שאחוזי הנכות שנקבעו עבורו אינם מוצדקים אף שאין עוררין שזו זכותו²⁴? מדוע לא ניתן לערער על דרגת הנכות שקבע המוסד לביטוח לאומי אף ששוב, עסקינן בזכותו הבסיסית ביותר של אדם לביטחון סוציאלי? הסברים פרוצדורליים שלפיהם זכות הערר מתמצית בתוך ועדות

הצדדים ובעיות מיוחדות (או אינטרסים ספציפיים) ראו M. Cappelletti & B. Garth "Access to Justice: The worldwide Movement to make rights effective – a General report" *Access to Justice* (vol. 1, M. Cappelletti & B. Garth – eds., 1978) 6.

- 16 רבין (לעיל, הערה 5), עמ' 26 ואילך.
 17 שם, עמ' 27.
 18 ראו למשל סעיף 54 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.
 19 רבין (לעיל, הערה 5), עמ' 27.
 20 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995.
 21 סעיף 10 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995 קובע כי קביעה של דרגת נכות מכוח הסכם שנערך לפי סעיף 9 או מכוח סעיף 387 או פרק יג, ניתנת לערעור, בשאלה משפטית בלבד, לפני בית-דין אזורי לעבודה.
 22 חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957.
 23 סעיף 9 לחוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957 קובע כי "נכה וכן הרשות המוסמכת רשאים לערער על החלטת ועדה רפואית עליונה לפני בית המשפט המחוזי בנקודה משפטית בלבד...".
 24 ראו גם סעיף 12 לחוק נכי המלחמה בנאצים, תשי"ד-1954, הקובע כי "נכה וכן הרשות המוסמכת רשאים לערער על החלטת ועדה רפואית עליונה לפני בית המשפט המחוזי, בנקודה משפטית בלבד".

הערר במוסד גופו לא יכולים להניח את הדעת שכן אין מחלוקת שאין דין קבלת יומך בפני בית-משפט כדין קבלת יומך בפני ועדת עררים בתוך אותו מוסד נערר.

2. מחסום ההתיישנות

במסגרת קבוצת המחסומים הישירים מצויה גם ההתיישנות²⁵. בלי להיכנס לצדקת ההתיישנות או לאי-הצדקתה, הרי שלסוגיה זו השפעה ניכרת על נגישות אוכלוסיות מוחלשות למשפט. מטבעה משפיעה ההתיישנות, יותר מכל, על אלו שלא מודעים לזכויותיהם (או שמודעים להן ברמה פחותה) שכן דווקא להם לוקח זמן רב לעבור את השלבים הדרושים להבשלת תביעה משפטית. לפי מודל ה-NBC²⁶, המבוסס על חיבורם הקלאסי של Felstiner, Abel & Sarat²⁷, כדי שפגיעה בזכויות תתורגם לשפה המשפטית נדרש הנפגע לעבור מספר שלבים: הראשון – שלב "קריאת השם" (Naming), קרי היכולת להעניק "תווית" משפטית מוגדרת לאירוע הפגיעה. שלב זה מחייב שיוענק "שם" משפטי לאותה חוויה וכן שהנפגעים הפוטנציאליים והנפגעים בפועל יהיו מודעים ל"שם" זה. בכל הקשור לאוכלוסיות מוחלשות שתי דרישות אלה בעייתיות ביותר למימוש.

בעייתיות הדרישה הראשונה היא פועל יוצא מן העובדה שהענקת "שם" משפטי היא באחריותה הבלבדית של מערכת המשפט ושל סוכניה המורשים – האקדמיה, הרשות המחוקקת, עורכי-הדין והשופטים. היא שמחליטה שפעולה פלונית היא פעולה שאסורה בדין והיא שמחליטה באשר לרמת אכיפת אותו איסור: באמצעות הכלים הפליליים או בדרך אזרחית שעשויה לזכות בפיצויים את הנפגע בגלל פגיעתה בערכים שמוגנים על-ידי השיטה. אלא שמערכת זו חסרה, באופן אינהרנטי, את קולותיהם של האזרחים המוחלשים ומכאן גם שהיא דואגת פחות לשמירת הערכים המגנים עליהם. ואכן כיום יש רבים הסוברים כי המשפט המהותי מוטה בצורה מובהקת כלפי הקבוצות החזקות בחברה (הן מבחינה לאומית, הן מבחינה מיגדרית והן מבחינת שליטה במשאבים

25 "ויסמן" ההתיישנות והמדינה" משפטים יד (תשמ"ד-תשמ"ה) 3; י' גלעד "ההתיישנות במקרקעין – קווים לרפורמה" משפטים יח (תשמ"ח-תשמ"ט) 177; י' גלעד "והדרת פני הזקן" משפטים כב (תשנ"ג-תשנ"ד) 233; י' גלעד "התיישנות בנוזיקין – הצעה לשינוי החוק" משפטים יט (תשמ"ט-תש"ן) 81, עמ' 142-81, 399-369; פ' אלבק "על התיישנות במקרקעין בישראל" קריית המשפט 1 (2001) 335; ר' ערוסי "התיישנות בחוק ובהלכה" תחומין 21 (2000-2001) 422.

26 ראשי תיבות של Naming, Blaming, Claiming.

27 W.L.F. Felstiner, R.L. Abel & A. Sarat "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming..." 15 *L. & Soc'y Rev.* (1980-1981) 631

כלכליים) באופן שהוא חסר את נקודות המבט של האוכלוסיות המוחלשות בחברה כבר ברמה המהותית-תוכנית שלו²⁸.

מאחר שהמשפט המהותי חסר את אותם "קולות" – השקפות עולם, חוויות וניסיון חיים – שנעדרו ממנה ושלא באו בה לידי ביטוי בין השאר משום שלא היו לאותן קבוצות או אנשים 'סוכנים מורשים' במערכת המשפטית שהשמיעו את האינטרסים וביטאו את הזכויות שלהם²⁹, הרי שהענקת תוויות לחוויות הפוגעות באזרחים המוחלשים לבדם שכיחה פחות ומביאה להתארכות פרק הזמן הדרוש בשלב זה. כך למשל נדרשו שנים רבות עד שזכויותיהם של דיירי הדיור הציבורי בחברות המשכנות בישראל, יוכרו כזכויות ולא כהטבות, "ילבשו" לבוש משפטי³⁰, קרי יעוגנו בחוקים³¹ ויזכו להגנת המערכת המשפטית³².

גם הדרישה השנייה בעייתית יותר למימוש בקרב אוכלוסיות מוחלשות. כאמור הכוונה היא למודעות הנפגעים בפועל ובפוטנציה כי מדובר באירוע שהשיטה אוסרת אותו או מפצה בגינו. כך למשל הטרדה מינית. אחרי שנים שבהם 'גברים לא חשבו להגדיר הטרדה מינית כתופעה ולא כקטגוריה משפטית'³³, שכן "הטרדה מינית היא תופעה שגברים מעולם לא היו מודעים לה... או שהקלו בה ראש והעלימו עין"³⁴ ובזכות מאבק אמיץ של האליטה המשפטית הפמיניסטית שחברותיה התחילו להשמיע את קולן במערכת המשפט³⁵, הוכר האירוע המטריד מינית כאירוע אסור³⁶. אלא שבכך לא די. כעת, נדרש שהנפגעות הפוטנציאליות והנפגעות בפועל תהיינה מודעות לכך שהמצב השתנה במובן זה שכעת אותה "צביטה שובבית" היא אסורה. אלא שלנשים שאינן נגישות לשיח הציבורי (בין שהן חסרות משאבים חומריים כדי להיחשף לשיח זה³⁷ ובין

28 הרחבה על ההיבט החברתי של הזכות לנגישות למשפט ראו L.M. Friedman "Access to Justice: Social and Historical Context" *Access to Justice* (vol. II – Promising Institutions, M. Cappelletti & B. Garth – eds., 1978) 21

29 נ' זיו "חינוך משפטי ואחריות חברתית: על הזיקה בין הפקולטה למשפטים והקהילה שהיא מצויה בה" עיוני משפט כה (תשס"ב) 385, עמ' 394.

30 לתיאור מרתק של המאבק ראו קולות משכונת הקטמונים (א' יונה – עורכת, 2002), 135-169. ביחס לקשיים ליישם את החוק לאחר שהוא נכנס לתוקף ראו שם, עמ' 145-146.

31 חוק זכויות הדייר בדיור הציבורי, תשנ"ח-1998; חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה), תשנ"ט-1998.

32 ראו בג"ץ 403/99 ח"כ רן כהן נ' בנימין נתניהו, רוח"מ ושר הבינוי והשיכון (לא פורסם, ניתן ביום 30.6.1999).

33 א' קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט (ירושלים, תשס"ב-2002), 190.

34 שם, שם.

35 לתיאור המאבק שהביא להכרה באירוע זה כאירוע אסור על-ידי המשפט האמריקני ראו א' קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט (תשנ"ח-תשנ"ט) 317, בעיקר עמ' 322-330.

36 החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998.

37 למשל, חסרות אמצעים לרכישת טלוויזיה, עיתונות, מנוי לכבלים וכיוצא באלה.

שהן מעוטות משאבים אישיים כדי להבין אותו³⁸) דרוש פרק זמן ארוך יותר להשגת הידע והתובנה כי מדובר באירוע אסור שכן במילון חייהן עדיין לא מופיע מושג זה כלל וכלל³⁹. לכן, אולי אין זה מפתיע שעד היום רמת האכיפה של החוק אינה גבוהה, למעט בקרב ציבורים מאורגנים, כדוגמת עובדי המדינה⁴⁰.

גם השלב הבא – שלב ההאשמה (ה-Blaming) – קשה למוחלשים יותר. בשלב זה, צריך הנפגע להבין מיהו הגורם שאחראי לאותה פגיעה בזכויותיו ולהתייזב מולו. אלא שבקרב אוכלוסיות מוחלשות שכוחה תופעת האשמת המזל הרע או האשם העצמי⁴¹ באירוע שקרה. כך שעד שאותה אישה מוטרדת מינית מבינה שהיא צריכה להאשים לא את עצמה ולא את מזלה הרע אלא את מי שהטרידה והפעיל אלימות כלפיה עשוי לעבור פרק זמן ניכר. רק אז היא תפנה לשלב השלישי – שלב התביעה (Claming) – שבו יתורגמו טענותיה ותובנותיה ללשון משפטית. רק אז יומצאו דרישות משפטיות, יוגשו כתבי תביעה משפטית ותיעשה פנייה לערכאות המשפטיות לשם הגנה על הזכויות שהופרו⁴².

במלים ברורות יותר, פרק הזמן שעוברות תביעות של אוכלוסיות מוחלשות עד לעצירת מירוץ ההתיישנות ארוך יותר מאשר זה השכיח בקרב אוכלוסיות מועצמות ולכן כאשר הפרת הזכויות כלפי האוכלוסייה המוחלשת מגיעה לשלב ההבשלה, היא נעצרת לא פעם במחסום ההתיישנות⁴³.

- 38 אנלפכתיות, לא דוברות עברית וכיוצא באלה.
- 39 מאמר מרתק המנתח את ההבדלים בין נשים ממעמדות שונים בכל הקשור לאמון ובעיקר לחוסר האמון שבני משפחותיהן רוכשים למערכת המשפט וליכולותיהן לנהל מאבק משפטי לאחר שלב התלונה אגב תשלומים כלכליים, משפחתיים וחברתיים כבדים הוא מאמרה של פיבי מורגן: "Risking Relationships: Understanding the Litigation Choices of Sexually Harassed Women" 33 L. & Soc'y Rev. (1999) 67.
- 40 ר' שקד "החוק למניעת הטרדה מינית ויישומו בשירות המדינה" חוק ואכיפת החוק בישראל (ע' לוי וא' שדמי – עורכות, טרם פורסם).
- 41 "נשים במצבים אלו לומדות כיצד לנסות לרצות אותן (את הבעל המכה – 'א' על ידי... לקיחת אשמה על התקפי הזעם ופרצי הטירוף הרצחני שלו" א' קמיר פמיניזם זכויות ומשפט (2002), 99.
- 42 חשוב להוסיף כי ההתממהות עלולה לפגוע בנפגע לא רק במקרה שבו התיישנה תביעתו, אלא גם במקרים שהיא לא התיישנה, וזאת משום שבת-המשפט נוטים להאמין פחות למי שכובש את תלונתו או שלא "הקטין את נזקו" במשך אותה תקופה, למשל. ראו גם ר' שמיר ומ' שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" שנתון משפט העבודה ו (תשנ"ו) 287, עמ' 294-295.
- 43 דוגמה קיצונית לכך היא תביעת פיצויים בשל ירידת ערך לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. הסעיף קובע כי: "א. נפגעו על ידי התוכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין... מי שביום תחילתה של התוכנית היה בעל מקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים... ב. התביעה לפיצויים תוגש... תוך שלוש שנים מיום תחילת תקפה של תוכנית", אך ברור הוא שאישור תוכנית בניין עיר הנו תהליך שמתנהל פעמים רבות ללא מודעות בעלי נכסים גובלים, בייחוד אם הם מוחלשים וחסרי נגישות למידע ציבורי. בדרך זו מגלים

3. מחסומים של עורכי־דין – תניות בהסכמים

במסגרת קבוצת מחסומים זו נמצאים גם מחסומים המוקמים בגינם של עורכי־הדין הפרטיים⁴⁴. כוונתי לתניות שמופיעות בחוזה שאחד מהצדדים לו משתייך לשכבות המוחלשות אשר אוסרות על הצדדים לפנות לערכאות בסוג מסוים של עניינים הנוגעים לחוזה, או בכלום⁴⁵. כך הוא למשל הסעיף הבא, המופיע בחוזי צרכנות רבים, הנפוצים למדי בפריפריה הענייה בדרום: "בכל מחלוקת הקשורה להסכם זה, מתחייבים הצדדים שלא לפנות לבתי משפט ו/או לכל ערכאה אחרת, בלתי אם ניתנה הסכמה בכתב ומראש על ידי היועץ המשפטי של [שם החברה]"⁴⁶. שיטה אחרת היא לציין בחוזה כי "צד... מוותר בזה מראש על כל טענה ותביעה כנגד צד... בקשר עם פעולות המצוינות בחוזה זה"⁴⁷.

אין מדובר בדוגמה חריגה או בתופעה חדשה⁴⁸. כל עורך־דין קהילתי יכול להעיד על מאות הסכמים שנחתמים עם צרכנים מוחלשים, שבהם – בדומה לדוגמה לעיל – נאסרת באותיות קידוש לבנה הפנייה לערכאות. לעתים נוסף לתניה זו אלמנט מרתיע נוסף דוגמת זה: "בכל מקרה שתיעשה פניה כלשהיא לבית המשפט אם לצורך תביעה ואם לכל צורך אחר הקשור להסכם זה, ישתלמו פיצויים מוסכמים בסך... לצד א' וזאת בלי לפגוע בזכות לפיצויים... לפי כל דין אחר"⁴⁹.

מאחר שאין עוררין כי לסעיפים אלה אין כל תוקף, אם בשל היותם תנאים מקפחים בחוזה אחיד⁵⁰ או אם משום שהם סותרים את תקנת הציבור⁵¹, הרי ברור כי המנסחים

בעלי נכסים שהפרוטה אינה מצויה בכיסם את הפגיעה בנכס רק כשמתבצעות עבודות בשטח ולא פעם בשלב זה חלפה לה התקופה שבה ניתן היה להגיש את תביעת ירידת הערך. בנוסף אין לשכוח שהגשת התביעה עצמה מצריכה ייצוג משפטי ושמאי מקרקעין, הגובים איש איש את שכרו.

44 להבחנה ראו דותן (לעיל, הערה 13).

45 רבין (לעיל, הערה 5), עמ' 95.

46 חוזה מיום 18 אפריל 1998.

47 חוזה למתן הלוואה לדיור וערבות בגין הלוואה זו של אחד הבנקים למשכנתאות, מיום 27.1.2002

48 ראו דוגמה לתניה מסוג זה בע"א 350/54 אילני נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד י 1693 (להלן – עניין אילני).

49 חוזה מיום 2.9.2001.

50 סעיף 5 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 קובע מפורשות כי "תנאי בחוזה אחיד השולל או מגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל". מעבר לכך סעיף 4(8) לאותו חוק מקים חזקת קיפוח כאשר "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות, או להיזקק להליכי משפט אחרים, והכל למעט הסכם בוררות מקובל".

51 בע"א 3833/93 לויין נ' לויין, פ"ד מח(2) 862, עמ' 875-876 קובע בית־המשפט כי: "סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, קובע כי חוזה הסותר את תקנת הציבור בטל. ומהי תקנת הציבור? בין היתר, תקנת הציבור היא שיישמרו אושיות היסוד של הסדר

חוזים אלה והמחתימים עליהם מבקשים להרתיע את הצד המוחלש לחוזה מלפנות לערכאות ולממש את זכויותיו שבדין אף שברור להם כי מדובר בפגיעה שלא כדין⁵². ואכן, בפועל, רבים מקרב החותמים על חוזים אלה, המשתייכים לאוכלוסיות המוחלשות, סבורים כי אין באפשרותם לפנות לבית-הדין בשל סעיפים אלה. הדבר נובע, בין השאר, בשל העובדה כי עורכי-דין נחזים בקרב האוכלוסיות המוחלשות להיות שליחיו עלי האדמות של המשפט ואשר על כן כל מילותיהם אמת המה⁵³. אך ברור הוא כי המשמעות היא הרת אסון בכל הקשור להגנת זכויותיהם של המוחלשים.

לשיטתי מדובר במצב שלא שונה מאוד מסיטואציה שבה עורך-דין עושה מעשה בלתי-חוקי כדי להגן על לקוחו. למצער, עסקינן באותה דרגה של אי-מוסריות⁵⁴. איני טוען שחלה על עורך-הדין החובה לדאוג לכל מחסוריו של הצד שמנגד אבל הוא חייב להיות הוגן ולעניות דעתי, יש לחייבו לגלות אחריות ורגישות מיוחדות מקום שהצד שמנגד משתייך לאוכלוסיות המוחלשות, אינו מיוצג וסביר שאינו נגיש לשירותי ייעוץ משפטי כלשהם.

דברים אלה נגזרים מתפיסת מקצוע עריכת-הדין כמקצוע שחורג מאספקת שירותי משפט גרידא (בדומה לאינסטלטורים המספקים שירותי אינסטלציה⁵⁵). תפיסת המקצוע

החברתי ועקרונות היסוד של השיטה... תקנת הציבור דורשת שהדרך תהיה פתוחה אל בית המשפט, כדי שבית המשפט יוכל לדון ולהכריע בסכסוכים משפטיים למיניהם... בהתאם לכך ניתן אף לבטל תוקפן של תקנות החוסמות את הדרך אל בית המשפט לצורך התדיינות". בהמשך פסק-הדין מצוין שוב כי "גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד... מכאן נובעת המדיניות הראויה כלפי הוראה חוזית המתיימרת לחסום את הדרך אל בית המשפט או להניח מכשולים של ממש על דרך זאת. ראשית, יש מקום לחזקה שהצדדים לחוזה לא התכוונו למנוע תביעה על פי החוזה בבית המשפט. בהתאם לכך, בית המשפט יהיה נוטה לפרש הוראה כזאת באופן שיסלק את המחסום או המכשול מעל הדרך אל בית המשפט. שנית, אם פירוש כזה אינו אפשרי בנסיבות המקרה, עשוי בית המשפט לפסוק כי ההוראה סותרת את תקנת הציבור, לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), ולפיכך היא בטלה". כך גם קבע בית המשפט בעניין אילני (לעיל, הערה 48), עמ' 1697 כי תנאי כזה "פסול ובטל מעיקרו בהיותו מנוגד לטובת הציבור". ראו גם א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (תשנ"ג), 530-536.

52 לדין בעניין זה באנגליה ראו, G.H. Treitel *An Outline of the Law of Contract* (4th ed., 1989), 161.

53 לתפיסת האזרחים שפונים לשירותי סיוע משפטי את עורכי-הדין שלהם ועורכי-דין אחרים, ראו A. Sarat "The Law Is All Over": Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor" 2 *Yale J.L. & Human.* (1990) 343.

54 ע' זלצברגר "על המקצועי, על המוסרי ועל מה שמעבר למשפט" משפט וממשל ה' (2000) 409, עמ' 413. ראו גם ש' אלמוג, א' בן זאב "המציאות המשפטית – על שפיטות וגבולות המשפט" מחקרי המשפט יב (תשנ"ה) 369.

55 דוגמה לתפיסת עולם זו ולנכונות להטיל אחריות על עורך-הדין לדאוג לצדדים שלישיים ניתן למצוא בע"א 347/84 צימט נ' בנימין, פ"ד מ(4) 118. לגישה אחרת ראו ר' א' שפירא "המקצוענות של החינוך המשפטי" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 263. כן ראו מ' קרמניצר,

היא רחבה יותר שכן "עורכי הדין נתפסים – גם בשיטות משפט אדוורסריות – לא רק כמייצגים את לקוחותיהם אלא גם כפקידי בית המשפט (Officers of The Court) וכאמונים על שמירת טוהר המידות המקצועי וקידום העיקרון של שלטון החוק"⁵⁶. זו, בין השאר, הסיבה להיות לשכת עורכי-הדין לשכה אובילגטורית⁵⁷ ואף להיות מערכת הדין האתי מערכת פנימית הנשלטת על-ידי אותה לשכה⁵⁸. הבחנה זו מחייבת, לדעתי, חשיבה אתית מחודשת באשר לפעולות המותרות לעורך-דין ובאשר לאלה שאסורות עליו. מי שמאמין שלמשפט יש תפקיד חברתי מעבר לטכנאות משפט⁵⁹ יתקשה להסכים להתנהגויות מעין אלו.

ג. קבוצת המחסומים העקיפים

כאשר אותו אזרח מצליח לצלוח את קבוצת המחסומים הישירים ולעלות על הדרך שעשויה להוביל אותו לקבלת יומו בבית-המשפט הוא עלול להיתקל בקבוצה של מחסומים המוצבים לאורכה של הדרך. אלה מכונים המחסומים העקיפים. הכוונה היא ל"מצבים אשר בהם... קיימים אילוצים חברתיים או אחרים הפוגעים ביכולת הגישה לערכאות של שכבות מסוימות"⁶⁰.

1. המחסום הגאוגרפי

דוגמה ראשונה למחסומים מסוג זה הוא המחסום הגאוגרפי. הכוונה היא לפער הקיים בין השירותים המשפטיים (Legal Services) שמצויים בישראל באזור המרכז ובערים הגדולות לבין הצרכים המשפטיים (Legal Needs) של האוכלוסיות המוחלשות שקיימים בפריפריה הענייה. פער זה נובע מאי-הכדאיות הכלכלית הכרוכה בעבודה עם אוכלוסיות חסרות ממון. וכך, למשל, בירוחם רשומים שלושה עורכי-דין בלבד; בעיירות הפיתוח אופקים ומצפה רמון רשומים חמישה עורכי-דין בלבד וכן הלאה⁶¹. מרבית עורכי-הדין, שלא רק מתגוררים בקרבה לאוכלוסיות המוחלשות, אלא גם עובדים בקרבן

ע' בן שחר ושי' גולדמן חופש העיסוק: מתי על המדינה לקבוע בחוק תנאי כניסה לעיסוק מקצועי? (נייר עמדה מספר 11 – המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1998), 21-24.
 56 דותן (לעיל, הערה 13), עמ' 698.
 57 סעיפים 29, 42 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961.
 58 ג' קלינג אתיקה בעריכת דין (2001). כן ראו: סעיפים 53-54, 59 ו-60 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961.
 59 ד' סגל "עורך דין אינו טכנאי משפט" הארץ – ספרים (25.7.2001) 11.
 60 רבין (לעיל, הערה 5), עמ' 29.
 61 הנתונים מתוך ישראל – רשימת עורכי הדין תשס"ג-2002/3 (2002).

הם כאלה שקשורים ברשות המקומית ומתפרנסים ממנה⁶². במצב זה, כאשר תושב העיר מבקש להגן על זכויותיו אל מול הרשות המקומית הוא נדרש להרחיק לכת לעיר הגדולה הסמוכה⁶³.

המשמעויות מבחינתו הן קשות: ראשית, מדובר בהוצאה כספית לא מבוטלת, ודאי למי שהפרוטה תמיד חסרה בכיסו; שנית, משרדי עורכי הדין פתוחים על-פי רוב בשעות הבוקר ואחר הצהריים – מה שמחייב את הפונה אליהם להפסיד יום עבודה – כלומר, מדובר בהפסד כספי נוסף. אבל חשוב מכל, בשוק התעסוקה הנוכחי הרווי אבטלה (במיוחד בפריפריה שבה עסקינן), הפסד יום עבודה עלול להביא לאובדן העבודה עצמה⁶⁴, ואובדן העבודה מוביל, על-פי רוב, לכניסה למצב של אבטלה ארוכה⁶⁵. כלומר בשל הפער הגאוגרפי עלות מציאת עורך-דין שיעץ לו, ייצג אותו וישמור על זכויותיו, תהיה פעמים רבות, גבוהה מדי עבור אותו אזור והוא יבכר לוותר עליה ועל הגנה על זכויותיו שנפגעו.

2. מחסום השפה

דוגמה שנייה למחסומים עקיפים הם המחסומים אשר נוצרים עקב קשיי תקשורת של האוכלוסיות המוחלשות עם בתי-המשפט בישראל. בראש ובראשונה עסקינן במחסום השפה. כמו בכל מדינת מהגרים, גם במדינת ישראל נמצאים בקרב האוכלוסיות החלשות אחוז גבוה של אזרחים שהעברית אינה שגורה בפייהם והם שולטים שליטה מלאה בשפה אחרת.

חשוב להבהיר כי אין הכוונה לשפה הערבית – אף שאחוז ניכר מהאוכלוסיות המוחלשות דוברות אותה ואף שקיימת בעיה אמיתית לבית-המשפט להתמודד אתה⁶⁶ – מאחר שהעברית היא שפה רשמית⁶⁷ ואשר על כן הפתרון לבעיות אלה צריך להיגזר מתפיסתה כשפה שוות ערך לעברית. מה שאין כן ביחס לשאר השפות שלא מוכרות על-ידי המדינה כשפות רשמיות, כגון: רוסית, רומנית, אמהרית, טיגרית, סינית ורבות

62 זהו למשל המקרה בעיר שדרות. ראו מ' גורלי "המחסום הבלתי עביר של אגרת בית המשפט" הארץ (17.1.2002) ב4.

63 למשל באר שבע (מאופקים) או אשקלון (משדרות).

64 ככל שהמיתון מעמיק אנו עדים יותר ויותר לעובדים שלא מעזים להפסיד ימי עבודה גם אם הם או ילדיהם חולים, מחשש שמקומם ייתפס. ראו למשל ע' פישביין "משרה מלאה רק לאם במשרה חלקית" הארץ (11.10.1999) א7.

65 ג' גל האמנם נטל מרצון? – סיפורה של ההתמודדות עם אבטלה 1995-1920 (2002).

66 וראו דוח עמותת סיכוי לשוויון ושילוב האזרחים הערבים בישראל 2000-1999 (2000), עמ' 26-28.

67 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393.

אחרות⁶⁸. בתי-המשפט לא יודעים להתמודד עם שפות אלה, מה שמוביל לפגיעה עצומה בזכויות הנתבעים, הנאשמים ואף התובעים. ביטוי קיצוני לפגיעה זו עולה מעניין אילדטוב⁶⁹. באותה פרשה נתבקש בית-המשפט לעצור את אילדטוב בן, המשיב. מפאת מצבו הכלכלי, האחרון ייצג את עצמו. השופט כתב לתוך הפרוטוקול את המשפט הבא: "הדיון מתורגם לנאשם באמצעות התובע שהוא דובר רוסית"⁷⁰. אין צורך בקריאה חוזרת כדי להבין את הקפאיות שבמצב ואת מראית פני הצדק במערכת המשפט בישראל. התובע (שבמקרה שבו עסקינן הוא מפקח מהמשטרה, הגוף שחקר את הנאשם) הוא המתרגם לשופט את טענות הנאשם. אין זו דוגמה חריגה לחוסר האונים שבו מצויה המערכת כאשר היא נדרשת לשפוט בעניינים של אלה שאינם דוברי עברית. כך גם למשל אירע בדיון לפני בית-דין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין בעניינה של מריה יודלגיס דלגדו⁷¹. את דברי המוחזקת במשמורת תרגם מספרדית דווקא בא-כוחו של משרד הפנים המייצג את הצד שמבקש את המשך החזקתה במשמורת⁷². במקרים אחרים⁷³ מתרגמים את דברי המוחזקים חבריהם השולטים בעברית בצורה מועטה כשלעצמם⁷⁴ וכיוצא באלה. בית-המשפט העליון עצמו עמד על כך במסגרת בג"ץ פלוניות⁷⁵, שם נטען על-ידי מוקד הסיוע לעובדים זרים כי לא

- 68 מבדיקה שערך מוקד סיוע לעובדים זרים בחודשים ינואר-מרץ 2003 בבית-הדין לביקורת משמורת של שוהים בלתי חוקיים בכלא מעשיהו עולה כי נדונו במסגרתו עניינים של אזרחים מהמדינות האלה: רומניה, סין, תאילנד, תורכיה, מולדובה, אוקראינה, רוסיה, הודו, פיליפינים, גרוזיה, ניגריה, אוזביקיסטאן, אקוודור, בלרוסיה, ירדן, פולין, מצרים, מרוקו, סרי לנקה, צ'כיה, אריתריאה, ברזיל, ליטא, מקדוניה, אוגנדה, איטליה, ארמניה, אתיופיה, בורמה, גאנה, הונגריה, ונצואלה, זנזיבר, לטביה, מונגוליה, סוריה, צ'ילה וקולומביה.
- 69 ת"פ (ב"ש) 4028/98 מדינת ישראל נ' אילדטוב בן (לא פורסם, 30.3.1999) (להלן – עניין אילדטוב).
- 70 עמ' 1 לפרוטוקול הדיון מיום 30.3.1999.
- 71 פרוטוקול והחלטת בית-הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין מיום 28.4.2003 (כלא מעשיהו).
- 72 שם, שם.
- 73 לדוגמאות נוספות ראו החלטת בית-הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין בעניין גוזן לין מיום 4.4.2002 (כלא מעשיהו); החלטת בית-הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין בעניין צ'נוטי ברהו מיום 14.5.2003 (חדרה); החלטת בית-הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין בעניין פאן לן קווא מיום 18.5.2003 (נצרת); החלטת בית-הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין בעניין בונטין סריבוריסון מיום 4.5.2003 (כלא מעשיהו). החלטת בית-הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין בעניין בנצב דימיטר מיום 1.5.2003 (כלא מעשיהו).
- 74 ראו למשל החלטת בית-הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין בעניינו של קו וונקוי מיום 9.3.2003 (כלא מעשיהו) המציינת כי "הדיון נערך בעברית, בתרגום לסינית של שני חברים של המוחזק".
- 75 בג"ץ 3536/01 פלוניות נ' משטרת ישראל, תק-על 2001 (2) 412 (להלן – בג"ץ פלוניות).

פעם נציגי הסרסורים הם המתרגמים את הנשים שהם עצמם סחרו בגופן. במקרה זה קבע הנשיא ברק כי "יש להבטיח ייצוג משפטי הולם לנשים דוגמת העותרות, יש למנוע מצב – עליו מלין המוקד – לפיו לעיתים קרובות הסוחרים בנשים קובעים מי ייצג אותן בבתי המשפט. יש להבטיח כי זכויותיהן של הנשים ושל שאר העובדים הזרים, על פי דיני מדינת ישראל לא ישללו מהן"⁷⁶.

לפער השפטי יש נפקות נוספת, כפי שעולה מהדרך שבה התנהל הדיון בעניין אילדטוב⁷⁷:

"הנאשם: אני לא מכיר את החוקים פה. לא גדלתי פה, אני לא מכיר את השפה, אני לא יכול להגן על עצמי. אני מרוויח 2400 ש"ח, אני משלם 1000 ש"ח מזונות ומשכנתא.

החלטה

במדינה קולטת עליה ובעלת הוצאות ביטחון מטורפות כמו מדינת ישראל אינני רואה כורח לחייב את המדינה גם לממן סניגורים מעבר לקבוע בצו ולדעתי גם הצו הזה הרף שלו נמוך מאוד. אני יושב 15 שנים על כס המשפט ולא ראיתי שקופחו זכויותיו של הנאשם שלא היה מיוצג על ידי עו"ד וכל המשפטים החוזרים שהופיעו בפני כב' נשיא בית המשפט העליון היו בתיקים בהם הנאשם היה מיוצג".

הקורא ודאי שם לב כי מתנהל דו-שיח של חרשים בין השופט לבין העצור⁷⁸. העצור – דובר רוסית – מדבר ברובד אישי ("אני לא מכיר את החוקים פה. לא גדלתי פה, אני לא מכיר את השפה, אני לא יכול להגן על עצמי. אני מרוויח 2400 ש"ח, אני משלם 1000 ש"ח מזונות ומשכנתא") בעוד שהשופט עונה לו במישור הלאומי (אנחנו חיים "במדינה קולטת עליה ובעלת הוצאות ביטחון מטורפות כמו מדינת ישראל...")⁷⁹ ומתעלם לגמרי

76 שם, פסקה 8 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

77 לעיל, הערה 69.

78 על הכורח לקיים דו שיח של ממש בין בית-המשפט והנדונים לפניו, ראו מ' מאוטנר "גדמר והמשפט" עיוני משפט כג (תש"ס) 367, עמ' 411. כן ראו: J.B. White *Justice as Translation: An Essay in Cultural & Legal Criticism* (Chicago, 1990); C.D. Cunningham "Lawyer as Translator, Representation as Text: Towards an Ethnography of Legal Discourse" 77 *Cornell L. Rev.* (1992) 1298.

79 על אף הפיתוי הרב, אני מתעלם מהטלת הספק ב"הוכחה" שלפיה כל הבקשות למשפטים חוזרים היו בתיקים של נאשמים מיוצגים. בלשון המעטה אציין רק כי אין זה מופרך לסבור כי דווקא מי שאינו מיוצג יתקשה עוד יותר, אם בכלל ידע על כך, לבקש משפט חוזר בדרך שתאושר בקשתו. ודי לחכימא ברמיזא.

מהטענות ברמה האישית. במקרה זה הפער השפתי מקבל משמעות רחבה במיוחד. האם ניתן לומר כי במקרה זה קיבל העצור את יומו בבית-המשפט? מסופקני.

3. המחסום התרבותי

בעניין אילדטוב בא לידי ביטוי מחסום נוסף לזה השפתי, מחסום הנובע מהפער התרבותי בין הקודים השכיחים בקרב האוכלוסיות המוחלשות לבין אלה השכיחים בבתי-המשפט ובקרב השופטים. האחרונים נמנים מעצם מינויים עם הקבוצה המייצגת את נורמות התרבות המארכת בחברה⁸⁰, גם כנגזרת מהשתייכותם – רובם ככולם – לקבוצת האליטה⁸¹. פער זה, המוכר בספרות המקצועית כ"קונפליקט התרבותי"⁸², נכון בעיקר לגבי האוכלוסיות המוחלשות שהיגרו לישראל וטרם סיימו את תהליך בוללותן (Acculturation)⁸³, ככל שהדבר ניתן בכלל להגיע לכדי סיום⁸⁴. המשותף לקבוצות אלה הוא שהקונפליקט התרבותי שלהן הוא תוצר של חוסר ארגון חברתי (Social Disorder) הנובע מתנאי החיים הקשים שלהן ביחס לתנאי חייה של שאר האוכלוסיה⁸⁵. הבולטות מקרב האוכלוסיות המוחלשות בהקשר זה הן אוכלוסיית יוצאי חבר העמים⁸⁶ ואוכלוסיית יוצאי אתיופיה⁸⁷.

- 80 *Crime and Culture* (M. Wolfgang – ed., N.Y., 1968)
- 81 ח' עצינוני הלוי מקום בצמרת – אליטות ואליטיזם בישראל (1997), 70. לפי עצינוני הלוי "כוללת אליטה זו את כלל השופטים" (שם, עמ' 70). כן ראו ח' עצינוני הלוי קשר האליטות והדמוקרטיה בישראל (1993). ראו גם א' בן דוד "כוח עליון" מעריב – סוף שבוע (19.7.1996).
- 82 T. Sellin *Culture Conflict & Crime* (N.Y., 1938)
- 83 חשוב לציין כי מקובל לומר שתהליך של רכישת תרבות – Culture Acquisition – הוא הדדי במובן זה ששתי התרבויות הנפגשות משפיעות אחת על השנייה. ראו ש' שמאי "המפגש הבין תרבותי: נוער עולה מחבר העמים מתחנך בקיבוץ" מפגש לעבודה חינוכית סוציאלית 14 (תשס"א-2001), 49, עמ' 50.
- 84 J.W. Berry "Psychology of Acculturation: Understanding Individuals moving between Cultures" *Applied Cross-cultural Psychology* (R.W. Brislin – ed., 1990) 232-253.
- 85 S. Schafer "Anomie, Culture Conflict and Crime in Disorganized and over Organized Societies" *Crime and Culture* (M. Wolfgang – ed., N.Y., 1968), pp. 83-92
- 86 עולי רוסיה, קווקז ובוכרה. ראו א' ה' כהן עולים חדשים מברית המועצות – פרופיל עמדות: מחקר חלוץ 1989-1990 (האו"ן העברית, 1993); ו' סלונים-נבו ו' שרגה "קשיי הסתגלות של מתבגרים עולים מברית המועצות: ממצאים ממחקר גישוש" חברה ורווחה יג(3) (1993) 279.
- 87 ש' מינוחין-איציקסון "תיאור אנתרופולוגי של המפגש בין התרבויות של היהודים האתיופיים (פלאשיים) ובין התרבות הישראלית" עלים 15 (1995) 21; יהודי אתיופיה וקליטתם בישראל (מכון סאלד, פרסום 624, 1986); מ' שבתאי הכי אחי: מסע הזהות של חיילים יוצאי אתיופיה (1999); א' הרצוג הבירוקרטיה ועולי אתיופיה (1998);

רבים כתבו על הקשר בין קודים תרבותיים לבין המשפט⁸⁸ ועל הקושי להתגבר עליו. הוא משליך, ביו השאר גם על נכונות השופטים לקדם ערכים של צדק חברתי (שכן "השופטים מייצגים לרוב את האליטות החזקות מבחינה חברתית בכל חברה נתונה... כך גם בבית המשפט העליון הישראלי. בבית משפט זה יש תת ייצוג לבני עדות המזרח, לנשים, לחרדים, וחוסר ייצוג לערבים אזרחי המדינה... הרכב זה משפיע על אי הנכונות או הדחף של השופטים להביא לשינויים חברתיים משמעותיים"⁸⁹) ועל יכולתם לעשות כן⁹⁰. אכן, זהו אחד המחסומים הכבדים ביותר לצליחה. בית המשפט על-פי רוב אינו יודע לפצח את הקודים האלה⁹¹, מה שלעתים מוביל אותו להתעלם מהם. אולי משום כך אין זה מפתיע ששני פסקי הדין המרכזיים שהוכרו בתחום הזכויות החברתיות, קרי פרשת גמזו⁹² ופרשת חלמיש⁹³, היו מקרים שבהם נדון עניינם של אנשים המשתייכים תרבותית לקבוצתם של השופטים, במובן זה שניתן לכנותם 'מלח הארץ': הראשון היה איש תרבות, פרופסור לספרות, משורר ופזמונאי ידוע, בן למשפחה ידועה והשני – טייס חיל אוויר ואיש עסקים⁹⁴.

אמת, לא ניתן לצפות ממערכת המשפט לחשוף קודים אלה ולהתמקצע בהם. התפקיד הזה מוטל על כתפיהם של עורכי הדין הקהילתיים⁹⁵ המשמשים למעשה

- א' אדלשטיין "מודל תיאורטי להסבר עבריינות נוער וסטייה חברתית בקרב יוצאי אתיופיה בישראל" מפגש לעבודה הינוכית סוציאלית 14 (תשס"א-2001) 25.
- 88 ר' שפירא "סימפוזיון: משפט ותרבות – פתח דבר" עיוני משפט כג (תש"ס), עמ' 366-366; מ' מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר זיכרון לאריאל רוזן צבי ז"ל (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר – עורכים, תשנ"ח) 454; מאוטנר (לעיל, הערה 78), במיוחד מעמ' 389.
- 89 ג' ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" פוליטיקה 2 (1998), עמ' 44.
- 90 ד"ר ס' שלום שטרית מציין בספרו המהפכה האשכנזית מתה – הרהורים על ישראל מזווית כהה (1999), 138: "אני מרשה לעצמי לומר בזהירות שבית משפט עליון כזה אינו מסוגל לשפוט דין צדק בעניינים חברתיים, ולא משום שאינו רוצה. גם אם הוא מאוד רוצה הוא אינו מסוגל כי הוא בנוי כך שהוא רואה עולם אחד בלבד".
- 91 מאוטנר (לעיל, הערה 78), עמ' 389. ראו גם A. Sarat & T.R. Kearns "Beyond the Great Divide: Form of Legal Scholarship and Everyday Life" *Law in Everyday life* (A. Sarat & T.R. Kearns – eds., 1993).
- 92 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (להלן – פרשת גמזו).
- 93 בג"ץ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 423 (להלן – בג"ץ חלמיש).
- 94 איני בא לטעון טענת הפליה מכוונת. כל שאני מבקש לציין הוא כי מטבעם של בני האדם, הזדהות השופטים עם אנשים הדומים להם גבוהה יותר מאשר אם מדובר היה באנשים השונים מהם בתכלית מבחינה תרבותית.
- 95 S.I. Marshall "Mission Impossible? Ethical" Diamond (לעיל, הערה 6). ראו גם: community Lawyering" 7 *Clinical L. Rev.* (2000) 147, p. 148.

מתורגמנים של שתי התרבויות⁹⁶. עם זאת חשוב שבת-המשפט יהיו ערים לפער זה ויגלו רגישות כלפיו, שכן דווקא בהקשר המשפטי, לתרבויות שונות דרכים שונות לפתירת קונפליקטים ומסורות שונות באשר ליחסים עם מערכת אכיפת החוק⁹⁷.

הפער התרבותי בא לידי ביטוי גם, ואולי בעיקר, בתפיסות מציאות שונות⁹⁸. בהקשר שבו עסקינן מדובר בפער בין המציאות המוכרת לשופטים היושבים על הכס לבין המציאות שבה חיות האוכלוסיות המוחלשות⁹⁹. דוגמה לכך היא קביעתו של בית-המשפט העליון בעניין משכן נ' שפייזמן¹⁰⁰ כי "סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר נחקק בשנת 1951, על-רקע מציאות חברתית של מחסור חמור בדירות והצורך להגן על דיירים, לרבות דיירים שמשכנו זכויותיהם תמורת הלוואה. בכך, כמובן, הייתה פגיעה בזכותו הקניינית של הנושה. במהלך השנים השתנתה המציאות לבלתי-היכר. שוב אין קושי במציאת קורת-גג, וההגנה הקבועה בסעיף 33 אף אינה משרתת בהכרח תכליות חברתיות סוציאליות" (ההדגשה שלי – 'א').

"הסיפור העובדתי"¹⁰¹ לפי בית-המשפט הוא שבעבר היה מחסור בדיור וכיום אין תופעה כזו. מפסק-הדין לא ברור איזו בדיקה ערך בית-המשפט כדי להגיע לקביעה זו. מחקרים מראים דווקא ש"כבר בשנות החמישים והשישים היה שיעור הבעלות על דיור בקרב האוכלוסייה היהודית בישראל גבוה מאוד (כ-75% בסוף שנות השישים) בהשוואה לשיעורי הבעלות במדינות מערביות"¹⁰². אשר על כן נדמה שמדובר בתפיסה תרבותית

- P.R. Tremblay "Interviewing and Counseling Across Cultures: Heuristics and Biases" 9 *Clinical L. Rev.* (2002) 373; S. Brynat "The Five Habits: Building Cross-Cultural Competence in Lawyers" 8 *Clinical L. Rev.* (2001) 33, p. 99
- D.P. Fry & C.B. Fry "Culture and Conflict-Resolution Models: Exploring Alternatives to Violence" *Cultural Variation in Conflict Resolution* (Fry & Björkqvist – eds., 1997) 9-23. ראו גם ד' הורוביץ, מ' ליסק מצוקות באוטופיה (1990), 69 ואילך; א' שפרינצק בין מחאה חוץ פרלמנטרית לטרור: אלימות פוליטית בישראל (1995).
- על הקשר בין תפיסות מציאות לבין תרבותם של התופסים ראו מאוטנר (לעיל, הערה 78), עמ' 392, הערה 66; מ' מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז (תשנ"ט) 11, בעיקר עמ' 17-20.
- מאוטנר (לעיל, הערה 78), עמ' 393; Sarat & Kearns (לעיל, הערה 91).
- ע"א 1679/01 משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ נ' שפייזמן, פ"ד נז(2) 145.
- 101 "כאשר שופטים משתמשים בפסקי הדין שלהם בידע המהווה חלק מהשכל הישר שלהם, הם כותבים סיפורים על אודות הדרך בה בני האדם פועלים בעולם" מאוטנר (לעיל, הערה 98), עמ' 15. בית-המשפט בפרשה בה עסקינן אומר זאת בעצמו בציטוט מתוך השופט משה זילברג בבג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, עמ' 158 כי "לכל חוק וחוק יש מציאות מסויימת, ועם השתנותה היסודית, משתנה מאליו גם החוק".
- 102 נ' לויין אפשטיין וי' אלימלך "הגירה ושיכון בישראל: מבט נוסף על אי שוויון אתני" מגמות לט(3) (1998) 243 (להלן – לויין אפשטיין ואלימלך "הגירה ושיכון בישראל"), עמ' 247. להשלמת טיעונם ראו גם: י' אלימלך ונ' לויין אפשטיין "שוק הדיור, מדיניות

של המציאות, שלפיה אכן סבלו הקבוצות המייסדות מחסור בדיוור בשנות קום המדינה ובעשור שקדם להקמתה¹⁰³ ומחסור זה כמעט ונעלם לגמרי בקרב העולים עד לראשית שנות החמישים "שהרוב הגדול [שלהן] הן היום בעלות רכוש"¹⁰⁴. אלא שזו לא המציאות של האוכלוסיות המוחלשות אשר חלקן חוות עוד היום מחסור דיוור של ממש¹⁰⁵. נדמה כי בית-המשפט כלל לא מודע למציאות שבה שורדות אותן אוכלוסיות אשר לא פעם נאלצות להסתופף שתיים או שלוש משפחות בדירה אחת בשל העובדה כי הן אינן יכולות להרשות לעצמן לשכור דירות נפרדות.

מקרה נוסף המלמד על תפיסת מציאות שונה, המביאה לשיפוט מוסרי וערכי שונה, הוא עניינו של איגור קרב¹⁰⁶. לכאורה מדובר במקרה אחד מני רבים המטופלים על-ידי מערכת אכיפת החוק: מקרה שבו מעורבים גנב ומערכת שמבקשת לשמור על שלום הציבור ועל ערכי שלטון החוק. אלא שעיון מדוקדק בפרטים מגלה תמונה מעט שונה. איגור קרב, צעיר בן 22, בלי הרשעות פליליות קודמות, לא מצליח להתפרנס כדי מחייתו מאז שוחרר מהצבא. את מרבית ימיו הוא מכלה בחיפושי עבודה ומזון. יום אחד, בעודו משוטט, הוא מבחין מבעד לחלון במקרר קטן. הוא מסיט את החלון, נכנס פנימה ופותח את המקרר. לאכזבתו, הוא מגלה שם רק בקבוק שתייה חצי מלא ופחית בירה. הוא שותה את שניהם באחת ויוצא. במהלך היציאה, רווי אך עדיין עם בטן מקרקרת, נפלה מכיסו תעודת הזהות שלו וכך הוא נתפס על נקלה על-ידי המשטרה.

הרשויות עצרו אותו באישור בית-המשפט למשך שישה (שישה!) ימים תמימים ואף הגישו בקשה לעצרו עד תום ההליכים בשל מסוכנותו לשלום הציבור ולרכושו. משהודה, הוגש נגדו כתב אישום שכלל שתי עבירות, החמורות ביותר שניתן היה לייחס

ממשלתית ואי שוויון בקרב עולי שנית ה-50 וה-60: תגובה על הערתו של אליהו בורוכוב" מגמות מא(4) (2002) (להלן – אלימלך ולוין אפשטיין "שוק הדיוור"), עמ' 628-632.

103 ח' דרין עלייה וקליטה בישראל (1956); ח' דרין השיכון הציבורי (1959). כן ראו ת' שגב 1949: הישראליים הראשונים (1984).

104 א' בורוכוב "הגירה ושיכון בישראל – מבט נוסף על אי שוויון אתני: הערה" מגמות מא(4) (2002) 623, עמ' 626; אלימלך ולוין אפשטיין "שוק הדיוור" (לעיל, הערה 102), עמ' 631. כן ראו י' לוי-ור' קלוש דיוור בישראל: מדיניות ואי שוויון (תל-אביב, מרכז אדווה, 1994); נ' כרמון מדיניות דיוור בישראל: חמישים השנים הראשונות (1998).

105 בין השאר בגלל העובדה שתפיסת אחריות המדינה בנוגע לשיכון המהגרים השתנתה באופן שפגע בסיכויי המהגרים החדשים לבעלות על הדיוור ולצבירת עושר בנכסי דיוור. לויין אפשטיין ואלימלך "הגירה ושיכון בישראל" (לעיל, הערה 102), עמ' 263; א' ורצברגר הפרטת השיכון הציבורי בישראל (אוניברסיטת תל-אביב, נייר דיון 91-5, 1991).

106 ת"פ (עכו) 3846/03 מדינת ישראל נ' קרב (טרם פורסם, פסק-דין ופרוטוקול הדיון מיום 2.7.2003). ראו גם י' אלבשן "ככה ייעשה לאיש שגנב פחית שתיה" עורך הדין 39 (2003) 48. וכן י' אלבשן "פשע העוני" מעריב (10.7.2003) 7.

לנאשם באותה סיטואציה¹⁰⁷. בדיון עצמו, לאחר שהודה במעשה, דרשה התובעת המשטרית, נציגת שלטון החוק, "מאסר בפועל" שכן לדידה "מדובר בעבירה מאוד חמורה"¹⁰⁸. את בקשתה להשתת מאסר בפועל תמכה באת-כוח המדינה בטיעון ש"מדובר באדם עני שאין לו כסף ולכן סביר להניח שהוא יפעל באופן דומה [בעתיד], יתפרץ ויגנוב"¹⁰⁹. טענות הסניגור בדבר היעדר עבר פלילי ובכך שמדובר בצעיר נורמטיבי שהרשעה תקשה עליו בעתיד, לא סייעו. כך גם טענותיו שהמעצר הממושך מהווה כשלעצמו עונש חמור לאדם שעברו נקי. גם תחנוניו של הנאשם עצמו שהתחייב "לא לחזור על דברים כאלה בעתיד"¹¹⁰ לא עזרו.

אמנם בית-המשפט הכיר בכך ש"הרקע לביצוע העבירות הינו מצבו הכלכלי הקשה מנשוא שהביאו לחרפת רעב"¹¹¹ אך עדיין סבר שיש להשית על הנאשם מאסר על תנאי שכן "בעונש של מאסר על תנאי יש על מנת להוות מסר הרתעתי לנאשם, שכן ברי כי במידה שיחזור הנאשם ויבצע עבירות דומות, יהא צפוי להפעלת המאסר על תנאי"¹¹². וכך נגזר על איגור מאסר על תנאי לתקופה של שמונה חודשים למשך שנתיים וכן מאסר על תנאי של שלושה חודשים לאותה תקופה.

מעבר לקשיות הלב שבטיפול מערכת אכיפת החוק בנאשם (שכן לו רצו יכלו רשויות אכיפת החוק לא לעצור את הנאשם למשך פרק זמן ארוך כל כך, לא להגיש נגדו כתב אישום על עבירות חמורות כל כך, לא לטעון טיעונים מהסוג שנטען ולא לבקש עונשי מאסר בפועל שיובילו לגזר-דין כזה אלא לשחררו באמצעות סייג זוטרי הדברים¹¹³).

107 נבחרו עבירות לפי סעיפים 406(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (התפרצות למבנה המשמש לתפילה בכוונה לבצע גניבה) וכן לפי סעיף 384 לאותו חוק (גניבה), עבירות שהמחוקק קבע להן עונשי מאסר של שבע שנים ושל שלוש שנים בהתאמה.

108 עמ' 2 לפרוטוקול.

109 עמ' 3 לפרוטוקול.

110 שם, שם.

111 עמ' 2 לפרוטוקול.

112 שם, שם.

113 גם אם נניח שאיגור טעה ועשה מעשה אסור (הנחה שהרדיקלים לא יקבלו משום שהם ייחסו את האשמה לחברה שהביאה את איגור למצבו), עדיין מכאן ועד למעצר של שישה ימים, להרשעה פלילית ולעונשי מאסר על תנאי המרחק עדיין רב. בדיוק בשביל מקרים כאלה נקבעה בחוק העונשין הגנת זוטרי הדברים. הגנה שקובעת את העיקרון שלפיו "אין החוק פורס את גזרתו על זוטות". ההגנה מחייבת גם את התביעה וגם את בית-המשפט לפטור את הנאשם מאחריות פלילית במקרים שבהם מידת האנטי-חברתיות בעבירה היא כה מעטה עד שנשללת כל האשמה שבמעשה. ודוק, לא מדובר בהגנה שבשיקול-דעת אלא בחיוב של ממש (למעשה אין במקרים כאלה כלל וכלל עבירה). קצין המשטרה החוקר רשאי להימנע מלחקור את התלונה וברשויות התביעה רשאים התובעים שלא להגיש כתב אישום. עיגון ההגנה בחוק העונשין מאפשר לבית-המשפט להיות סתום נוסף המתווסף לשניים הקודמים. אבל כאמור איש מהמעורבים לא שעה לחובתו זו. ראו ש' אלדר וי' אלבשן דיני עונשין בעקבות תיקון מספר 39 לחוק העונשין (1996), 188. בנוגע להצדקת מעשיו של איגור, ראו להלן, סעיף ו.

ומעבר לשאלות שעולות ביחס להתאמת הכלי הפלילי לטיפול בבעיות עוני מסוג זה, דומני כי ברור שהן בית-המשפט והן התובעת לא מבינים באמת לעומק את רעבונו של הנאשם. מצוקתו זרה למציאות חייהם, שבה אין אנשים רעבים "באמת", ולכן הם רואים ברעבונו אקט רצוני ונשלט אשר העונש יכול לנטרלו. אלא שכל מי שהרעב הוא חלק ממצוקת חייו יודע שהאיום במאסר על תנאי לעולם לא ישתיק את קרקורי הבטן העתידיים של "העבריינין", שכן זו דרכו היחידה לשרוד. יתרה מכך, פרוטוקול הדיון והפסיקה חושפים השקפת עולם בקרב רשויות התביעה וגם בבית-המשפט שלפיה העוני הוא פשע והדרך לבער את הרעב מרחובותינו היא להשליך את הרעבים לבתי הכלא ולבתי המעצר. קשיות הלב מול רעבונו של קרב אל מול האהדה שקיבל רעבונו של פרופ' יוסף גמזו, בפרשה שנזכרה לעיל¹¹⁴, נובעת מאותו פער תרבותי בו עסקינן.

4. המחסום הפסיכולוגי – המשפט כאויב

התעלמות מהפער התרבותי מובילה למחסום שהוא אולי המחסום הקשה ביותר לצליחה: המחסום הפסיכולוגי של האמון במערכת המשפט. אסור לשכוח כי האוכלוסיות המוחלשות סובלות לא פעם מתסמונת שניתן לכנותה: "המשפט כאויב". מבחינתן, על רקע הניסיון האישי והקבוצתי שהן רכשו בעבר עם מערכת המשפט בישראל, להיכנס בשערי אולם בית-המשפט זה לא פעם כמו "לישון עם האויב". בהיבט הקבוצתי, עסקינן באזרחים המשתייכים על-פי רוב לקבוצות המהוות קהל יעד אלקטורלי להסתה כנגד מוסד שלטון החוק ומערכת אכיפת החוק משיקולים שונים – אידאולוגיים¹¹⁵ ואלקטורליים¹¹⁶. בהיבט האישי, מדובר בניסיון שנצבר במהלך חייהם של אותם אזרחים הן כמטופלים על-ידי רשויות הרווחה, הן כנאשמים בהליכים פליליים והן כנתבעים בהליכים אזרחיים דוגמת אלה הננקטים לפי חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967¹¹⁷. הלקח המרכזי שעולה מניסיון חיים זה, מבחינתם, הוא שמערכת המשפט נמצאת לכאורה תמיד עם "האויב" שמבקש להתאנות להם ולפגוע בהם: העובדת הסוציאלית המבקשת להרחיק את ילדיהם מחזקתם; התובע המבקש לאסור

114 לעיל, הערה 92.

115 להשתקפות אידאולוגיה נגדית ראו, למשל, ה' נייער "תורת המהפכה של אהרן ברק" תכלת 3 (תשנ"ח), 11, בעיקר עמ' 34-35; א' גורדון "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו" תכלת 3 (תשנ"ח) 44.

116 לשיקולים אלקטורליים ואחרים ראו א' דיין המעיין המתגבר – סיפורה של תנועת ש"ס (1999), 300-292, 333-340.

117 ראו את פירוט האמצעים שניתן לנקוט כנגד חייבים וביקורת על חלקם: ר' חריס "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 439; ר' חריס "ממאסר להפטר" עיוני משפט כג (תש"ס) 641; א' פרוקצ'יה "פשיטת רגל על פי בקשת החייב" הפרקליט ל (תשל"ה-תשל"ז) 271; א' מגן "חירות הפרט וחייבים בהוצאה לפועל" הפרקליט מ (תשנ"ג) 384.

אותם והנושה לו הם חייבים כסף. לכן כדי שהם יסכימו להיכנס לשערי בית-המשפט, הפעם כמי שמבקשים את סיועו בהגנה על זכויותיהם, הם צריכים להתגבר על חרדותיהם מן העבר.

הדרך להסרת מחסום זה היא ארוכה ומחייבת עבודה מתמשכת עם אותם אנשים אשר כוללת הסברים על האופן שבו פועלת מערכת המשפט (בדרך שמבהירה כי לא מדובר בשופט "רשע" אלא בפרוצדורה שאפשר ויש לה היגיון)¹¹⁸ וכן תהליכי העצמה אישית¹¹⁹ ומשפטית¹²⁰. לכן האחריות המרכזית להסרת מחסום זה מוטלת דווקא על כתפי עורכי-הדין הקהילתיים. אלא שגם בתי-המשפט לא יוצאים פטורים שכן לא פעם במקום להפנים תופעה זו ולגלות כלפי ביטוייה החיצוניים רגישות וסבלנות, השופטים רואים בה התנהגות לא ראויה ומגיבים בקשיות לב שרק מחריפה את התסמונת. דוגמה לכך היא עניינה של פנינה דמארי¹²¹. באותו מקרה נאבקה דמארי כנגד צו פינוי שהוצא על בית אסבסט, שבו היא מתגוררת עם ילדיה ונכדיה. הפנייה לבית-המשפט לקבלת סיוע הייתה עבורה כמעט בלתי אפשרית שכן לדידה "אני לא מאמינה במערכת המשפטית. אני עומדת מול שופט ויודעת שמתנכלים לי"¹²², בהתבסס על ניסיון העבר שהיא צברה בבתי-המשפט במהלך הליכי הגירושין שהיא עברה¹²³ ושמהם היא למדה כי "אין שום צדק בעולם למי שאין לו כסף". זו גם הסיבה שהיא נמנעה מלהגיש תביעות מזונות שמגיעים לה שכן "כשאני מחליטה כבר להגיש תביעה למזונות, חוזרים אליי כל הפחדים ממערכת המשפט. ככה אפילו כשנגרם לי נזק בתאונת דרכים, לא הגשתי תביעה. יש לי פחד מהמערכת הזאת, בכל פעם שהייתי שם, הפסדתי ועוד הייתי צריכה לשלם הוצאות משפט"¹²⁴.

118 להרחבת תיאור פרויקטים של Street Law ראו <http://mishpatim.mssc.huji.ac.il/newsite/streetlawl>

119 להסבר מושגי בסיסי של המושג "העצמה" ראו א' סדן העצמה ותכנון קהילתי (הקיבוץ המאוחד, 1997), 11 ואילך. כן ראו Marshall (לעיל, הערה 95), עמ' 148.

120 התלוי בהחזרת נקודות המבט של האוכלוסיות המוחלשות למשפט המהותי-תוכני. ראו לעיל, סעיף 2, ובמיוחד הערות 29-32. להבהרת האספקטים המשפטיים של המושג העצמה ראו M.A. Stein "From Crippled to Disabled: The Legal Empowerment of Americans with Disabilities" 43 *Emory L.J.* (1994) 245.

121 ת"א (רח) 5383/97 מינהל מקרקעי ישראל נ' דמארי (לא פורסם, ניתן ביום 16.3.2000) (להלן – ת"א דמארי); ע"א 1886/00 דמארי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 5.3.2001). ת"א 1697/02 דמארי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 5.3.2002).

122 המלול ריאיון עם פנינה דמארי, 14.5.2003, 11:30, רח' אצ"ל 21, נס ציונה. השתתפה בריאיון גב' רעות פוקר, תלמידת הקליניקה לעריכת-דין קהילתית בחטיבת זכויות האדם במכללה האקדמית למשפטים ברמת גן.

123 ד' אברמוביץ' "הצריף של דמארי" הארץ – מוסף (24.8.2001) 26.

124 שם, שם.

ניסיון העבר הרע שהיא צברה עם בתי המשפט ואקוטיות הנושא שבדיון עבורה הביאו לכדי כך שהיא נכנסה לבית המשפט מתוחה באופן קיצוני. לדבריה "נכנסתי לבית המשפט ומיד קיבלתי התקף אסמתי. הרי אני לא משפטנית ומקומות כאלה מפחידים אותי. השופטים רק רוצים שאת תהיי יפה ומסודרת. בנוסף לזה האינהלציה גורמת לי תמיד להיות לא מרוכזת ועצבנית. כל הזמן הרגשתי שהשופטת לועגת לי. רצו לחקור אותי על דוכן העדים ולא הסכמתי ואז היא אמרה לי 'גבירתי, כאן זה לא שוק'. היא ממש נטעה בי חוסר ביטחון ועוד עשתה עלי דיאגנוזה פסיכולוגית, שאני מדברת בתנועות ידיים"¹²⁵. אף שבית המשפט מכחיש חלק מהאמירות המיוחסות לו¹²⁶, הרי שפסק הדין מדבר בעד עצמו:

"...ובדיון שמיעת הראיות החליטה הנתבעת כפי הנראה להפגין את מורת רוחה מעובדת אי דחיית מועד הדיון, כאשר שבה וחזרה וטענה במענה לכל שאלה כי איננה זוכרת או איננה יודעת את התשובה לה, והקפידה לחזור ולציין כי היא חולת אסטמה, נוטלת תרופות ואיננה חשה בטוב, עובדה אשר לא הפריעה בעדה לעקוב בעירנות אחר חקירתו של מר בריק מטעם התובעים, ועשיית העויות ותנועות ידיים המעידות על כעס ומורת רוח לשמע תשובותיו"¹²⁷.

מקריאת פסק הדין ומדברי דמארי ברור עומקה של התהום הפרושה בין השניים. האם מוזר שאישה זו תחוש שהמערכת המשפטית משפילה אותה ומתנכרת לה? האם לא נכון יותר מבחינת מערכת המשפט ומתוך הכרות עם עברה של דמארי לגלות סבלנות ורגישות כלפיה באופן שיאפשר לה להרגיש נינוחה ולהגן על זכויותיה בבית המשפט ככל שהדבר ניתן? ויותר מכל – האין זה טבעי שאדם שנמצא בסכנת זריקה לרחוב "יעקוב בעירנות אחר החקירה" ויביע את מורת רוחו ממה ששומעות אוזניו¹²⁸? דוגמה חיובית ליחס בית המשפט ניתן למצוא בעניין גורבווי¹²⁹. באותו עניין ביקשה התובעת לתבוע עורכת דין שייצגה אותה בעבר בעניין מסוים. מתנהל הדיון הבא, כפי שעולה מהפרוטוקול:

"בית המשפט לתובעת: בית המשפט ממליץ לתובעת להסתייע בשירותיו של עורך דין ואם הדבר נבצר, לפנות ללשכת הסיוע המשפטי¹³⁰.

125 שם, עמ' 30.

126 אליבא דדוברת בית המשפט "בפרוטוקול ובפסק הדין לא מופיע ביטוי כזה" מכתב דוברת בתי המשפט מס' 3152, מיום 7.8.2001.

127 פסקה 9 לפסק הדין בת"א דמארי (לעיל, הערה 121).

128 ושאלה פתוחה בשולי הדברים: האם אין זה בלתי סביר לשער שלו היה מדובר במתדיין שאינו מהאוכלוסיות המוחלשות בית המשפט לעולם לא היה נכנס לדיאגנוזה פסיכולוגיסטית מסוג זה?

129 ת"א (אשד') 2025/00 גורבווי נ' ברוניםלבה (פרוטוקול דיון מיום 13.3.2001).

התובעת: למרות דברי בית המשפט אני אייצג את עצמי. ניסיתי למצוא עורך דין ושנתיים הלכו לי על זה. אני מוכנה לייצג את עצמי.

בית המשפט לתובעת: בית המשפט מבהיר לתובעת שאם היא לא עורכת דין ואין לה ידע משפטי ולעומת זאת יש בצד השני עורכי דין בעלי נסיון יהיה לה קשה ומפנה ללשכת הסיוע המשפטי לקבלת ייעוץ משפטי.

התובעת: אין לי ברירה אחרת. אני אם חד הורית ונתנו לי עורך דין ללא תשלום...[שאמר] אני אלך נגד ראש הממשלה אבל נגד עורך דין אחר אני לא אלך. אתיקה מקצועית לא מרשה לי ללכת נגד עורך הדין. ניסיתי למצוא עורך דין עם תשלום ויש לי אישור ששילמתי כסף. עורך הדין לקח כסף... אבל נגד העורך דין הוא לא הולך... אני יודעת שיהיה לי קשה מאוד אבל אני מוכנה להלחם על זכויותי ולייצג את עצמי...¹³¹.

תקצר היריעה מלעקוב אחר כל הדיון אבל הקורא רואה כי לכל אורך הדיון השופטת ר' מרוז לא מוותרת ומגלה סבלנות ואחריות כלפי המתדיינת קשת היום בהכירה את מציאות חייה של אותה תובעת שצברה ניסיון רע רב עם עורכי-דין¹³². רגישות וסבלנות אלו מביאות בסופו של דבר לכך שהתובעת אכן מסתייעת בעורך-דין.

ד. מכשולים כלכליים

המכשול הידוע מכולם הוא כמובן המכשול הכלכלי¹³³. פנייה למערכת המשפט עולה ממון רב בשל העלויות הכספיות הכרוכות במימון עורך-דין, במימון אגרות המוטלות על התביעה ובצורך ליתן ערובה מראש להוצאות הנתבע¹³⁴. אך ברור הוא שפסיקת הוצאות משפט תרתיע בראש ובראשונה חסרי ממון ואכן לא פעם בתי-המשפט

130 הכוונה לסיוע משפטי ממלכתי. ראו בהמשך סעיף ד.

131 פרוטוקול הדיון מיום 13.3.2001.

132 להשוואה מעניינת עם תפיסת פונים לשירותי סיוע משפטי את עורכי הדין שלהם לפי ניסיון חייהם, ראו Sarat (לעיל, הערה 53).

133 ראו למשל א' סלנט "העני והעשיר בפני החוק" הפרקליט יז (תשכ"א) 313 שכתב: "בתי המשפט הוקמו אמנם על חשבון המדינה ולהלכה פתוחים הם לכל אזרח ואזרח אולם הגישה אליהם כרוכה בדרך כלל בהוצאה כספית. ראשית, עבור כל הליך משפטי יש לשלם מס לבית המשפט ושנית וזה העיקר יש לשלם שכ"ט לעו"ד".

134 שם שם. בית-המשפט העליון התייחס בהרחבה למכשול שמקים חיוב תובעים להפקיד ערובה להוצאות ברע"א 544/89 אויקל תעשיות בע"מ נגד נילי מפעלי מתכת, פ"ד מד(1) 640.

משתמשים באיום מסוג זה כדי לשכנע מתדיינים אלו למשוך את תביעתם¹³⁵. מדינת ישראל – כמו רוב העולם המערבי¹³⁶ – מודעת לכך והנפיקה פתרונות אחדים¹³⁷: החל מלשכות הסיוע המשפטי הממלכתי¹³⁸ ומלשכות הסנגוריה הציבורית¹³⁹ המספקות שירותי ייעוץ וייצוג משפטי לזכאים על-פי החוק לכך, עבור בכת-משפט לתביעות קטנות¹⁴⁰ המאפשרים לאנשים בלתי מיוצגים בעניינים קטנים יחסית להגיע לזירה נוחה יותר לקבלת יומם בביית-המשפט וכלה בנהלים שנועדו להקל על אלה שחסרים את הממון לקבל שירות משפטי כמו תקנות הפטור מאגרות¹⁴¹.

אלא שלמרות שכבר מתחילת הגשמתם לא נתנו פתרונות אלה מענה מלא לצרכים, הן בשל התקציבים המצומצמים והן בשל הקריטריונים הנוקשים לקבלת הסיוע¹⁴², הרי

135 ראו למשל פרוטוקול דיון בת"א (ראשל"צ) 4644/01 עמית קשר אמת בע"מ נ' ע' א' (11.4.2002) שבו מצוין בעמ' 12 כי "בדיון הקודם בית המשפט אמר שבמשפט זה יהיה צו להוצאות של חמש ספרות" כנגד הנתבע שעמד על זכויותיו, כאשר בסופו של דבר בפסק-הדין נקבע כי "הגשת התביעה... מהווה ניסיון לנצל את הנתבע ושימוש לרעה בהליכי בית המשפט" (פסקה 3 לפסק-הדין). באופן דומה מושתקים עניים רבים שככל שנוקם קטן יותר כך גדל היחס בין הנזק הנתבע על-ידיהם לבין הסכום שבו הם מסתכנים באם תידחה תביעתם כך שתוחלת הנזק עשויה למונע מהם לעמוד על זכויותיהם.

136 המלומד קפלטו מתאר את התמודדות מערכות המשפט המערביות עם סוגיה זו בשלושה "גלים" (Waves): הגל הראשון – רפורמות במתן שירותים משפטיים לנזקקים (מה שמכונה Legal Aid). במסגרתו פותחו דרכים למתן ייצוג משפטי למי שאינו מסוגל לממן זאת בכוחות עצמו. בהתחלה היה זה על-פירוב שירות וולונטרי של עורכי-דין פרטיים שהתפתח אחר כך לכדי תוכניות ממשלתיות למתן סיוע וייצוג משפטיים; הגל השני – רפורמות בייצוג משפטי לקבוצות אינטרסים שונות (Representation of Diffuse Interests). במסגרתו נעשה ניסיון לתת פתרונות לתביעות קולקטיביות של בעלי אינטרסים משותפים; הגל השלישי – רפורמות לקידום התפיסה של נגישות לצדק (Access To Justice). במסגרתו מושקעים משאבים במערכת הסיוע המשפטי: בשיפור הנגשת מערכת המשפט (למשל על-ידי פישוט ההליכים); באספקת מידע משפטי וכו'. למפעלו העצום של קפלטו ראו (Access to Justice (vol. 1-5, M. Cappelletti – ed., 1978-1979). לסקירה השוואתית ראו גם י' רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך האזרחי" המשפט ו (2001) 225, עמ' 228-234.

137 א' מילר "מתן סיוע משפטי לנזקקים בגין השגת שירותי רווחה" משפטים יג (תשמ"ד) 436; ג' גינת "הצעת חוק הסעד המשפטי, תשל"א 1970" עיוני משפט א (תשל"א) 368; ש' כהן "הזכות לסעד משפטי" עיוני משפט ד (תשל"ה-תשל"ו) 145.

138 הפועלות לפי חוק הסיוע המשפטי הממלכתי, תשל"ב-1972.

139 הפועלות לפי חוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995.

140 סעיפים 59-67 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984; תקנות שיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין), תשל"ז-1976. לחשיבות הטריבוטנאל לתביעות קטנות ראו ס' דויטש "בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן" עיוני משפט ח (תשמ"א-תשמ"ב) 345.

141 בש"א 457/01 קרליץ נ' פקיד הבחירות לעיריית באר-שבע 1998, פ"ד נה(3) 869.

142 להמחשת הקשיים ראו ע"ש 1076/02 יהודה נ' ראש לשכת הסיוע המשפטי, מחוז ירושלים והדרום (לא פורסם, ניתן ביום 2.3.2003) (להלן – פרשת יהודה). כן ראו

שבשנים האחרונות אנו עדים לניסיונות כמעט בלתי פוסקים לכרסם בהם או לבטלם כליל באופן שפחות אנשים יוכלו ליהנות מהם¹⁴³. כך, למשל, ביחס לסיוע המשפטי הממלכתי ולסניגוריה הציבורית¹⁴⁴. בשנת 1998 הוצע להטיל אגרת השתתפות עצמית על הזכאים¹⁴⁵. הטלת אגרת השתתפות על הפונים לקבלת סיוע משפטי מרתיעה מלכתחילה פונים פוטנציאליים מלפנות לקבלת שירות זה ומעבר לכך מקשה על פונים רבים אחרים להסתייע בשירות זה מפני שלא יהיה לאל ידם לשאת בתשלום אגרה זו¹⁴⁶. נוסף "להטלת האגרה אפקט פסיכולוגי נוסף, חמור עוד יותר. אותן שכבות משוללות זכויות מורכבות ברובן מעולים חדשים... שנפגעו ללא הרף מאז עלייתם מהצעות של 'כמעט חנם'... ברגע שיידרש תשלום כלשהו (יהא זניח כאשר יהא) אותם זכאים לא יסכימו לשלם עבור מה שנדמה להם כאבוד מראש והתוצאה: לא יהיה להם ייצוג"¹⁴⁷. לאחר מאבק ציבורי של הארגונים החברתיים¹⁴⁸ הותקנו תקנות הסיוע המשפטי (תיקון), תש"ס-2000 ותקנות הסניגוריה הציבורית (חובת תשלום של זכאים לייצוג), תש"ס-2000 המטילות אגרת השתתפות, אך נותנות לחלק מהפונים ולגבי סוג מסוים של עניינים אפשרות לקבל פטור מתשלום האגרה¹⁴⁹. אלא שסמוך לכניסת התקנות לתוקף, במסגרת חוק ההסדרים של תקציב 2002, שבה ועלתה הצעה לצמצם את מספר הזכאים בדרך של הורדת סף הזכאות הכלכלית וביטול האפשרות לקבל פטור

H.R. Liberman "Israel's Legal Aid Law: Remedy for Injustice?" 9 *Isr. L. Rev.* (1974) 413.

143 למשל הטלת אגרה על דיירי הדיור הציבורי שיעתרו לבית-המשפט המינהלי. ראו ד' רגב "דיירי הדיור הציבורי יזכו לפטור מדמי אגרה לביהמ"ש המינהלי" ידיעות אחרונות 3 (11.9.2002).

144 "אלבשן" על נגישות הסניגוריה הציבורית לאוכלוסיות מוחלשות" מתוך "שוויון בפני החוק? דיון בנגישות לייצוג במשפט פלילי" בול – בימת ון ליר 6 (2002) 29.

145 החלטת ממשלה מס' 4288 מיום 13.9.1998 עוגנה בסעיפים 43-44 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999) (מס' 2), תשנ"ט-1998. לסקירת מהלך זה ראו י' אלבשן "ושוב נפגעות השכבות החלשות" עורך הדין 8 (1998) 34. כן ראו ב' צטרין "הנוזקים לסיוע משפטי ישלמו אגרת גולגולת" הארץ (27.12.1998) א' 7; ד' רגב "שירותי הסניגוריה הציבורית בתשלום" ידיעות אחרונות (11.1.1999); ע' פישביין "יבוטל הסיוע המשפטי חנם למעוטי יכולת" הארץ (19.11.1999); ע' פישביין "ביוזמת ביילין, הסיוע המשפטי כבר לא חנם" הארץ (25.2.2000).

146 אלבשן (לעיל, הערה 145), עמ' 34-35.

147 שם, עמ' 35. כן ראו במכתב עמותת "ידיד" – מרכזי זכויות בקהילה אל חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 13.6.2000.

148 ראו: ג' אלון "כישלון לביילין בוועדת החוקה: דחתה ההצעה להטיל אגרות על הסיוע המשפטי לנוזקים" הארץ (2.3.2000); ט' צימוקי "יופסק היעוץ המשפטי חנם למעוטי יכולת" ידיעות אחרונות (21.6.2001).

149 להשלכות בפועל ראו ר' סיני "תשלום על סיוע משפטי לנוזקים הפחית הפניות" הארץ (28.10.2001).

מאגרת השתתפות על-ידי מקבלי השירותים¹⁵⁰. הסיבה צוינה בריש גלי על-ידי הממשלה בדברי ההסבר להצעתה בהאי לישנא: "מספר מקבלי שירותי הסנגוריה הציבורית והסיוע המשפטי גדל בשנים האחרונות באופן משמעותי. כבר כיום מעניקות לשכות הסנגוריה והסיוע שירותים לעשרות אלפי פונים בשנה... מהלכים אלה יאפשרו הקצאה נכונה יותר של המשאבים העומדים לרשות מערכי הסנגוריה והסיוע..."¹⁵¹.

חשוב לציין כי תהליך זה נעשה במודע וחרף ניסיונות בתי-המשפט דווקא להרחיב את מעגל הזכאים, בין השאר משום שהשופטים עצמם החלו נתקלים באולמות בית המשפט במצוקה הולכת וגוברת של המתדיינים לפנייהם. כך למשל הורה בית-המשפט העליון בפרשת בן שושן¹⁵² לבטל פסקי-דין של שתי ערכאות משום שהמתדיינת בהן לא הייתה מיוצגת בניגוד לבעלה שזכה לייצוג באמצעות עורך-דין שמונה מכוח חוק הסיוע המשפטי. זה הוביל לידי כך ש"הדברים שטענה בעצמה היו, כלשון בית המשפט המחוזי, גיבוב של דברים מבלבלים"¹⁵³. בשל כך קובע השופט טירקל כי "בישראל הכיר המחוקק בזכותו של נאשם להיות מיוצג על ידי עורך דין במקרים מסוימים ובהליכים מסוימים. לדעתו יש הצדקה לכך שתוכר גם זכותו של בעל דין בסכסוך בענייני משפחה להיות מיוצג"¹⁵⁴. הלכה זו יושמה על-ידי בתי-המשפט המחוזיים במקרים אחדים¹⁵⁵. גם בפרשת ניקולאיבה שבה נדון מעצרן של נשים נסחרות ציין השופט טירקל כי "סבורני שהגיעה השעה שרשויות המדינה יתנו דעתן על הצורך להעניק ייצוג משפטי לנשים כאלה וכן לאנשים אחרים הצריכים ייצוג"¹⁵⁶. בפרשה אחרת שבה נדון אשפוזה בכפייה של פלונית קבע השופט טירקל כי ראוי שהמבקשת שאושפזה בכפייה תיוצג על-ידי עורך-דין מטעם הסיוע המשפטי בכל ההליכים הקשורים באשפוז¹⁵⁷. בפרשת יהודה¹⁵⁸ קבעה השופטת שידלובסקי-אור כי "יש לפרש את חוק הסיוע

150 מכתב חטיבת זכויות האדם לשר המשפטים מיום 5.9.2001. ראו גם ר' סיני "משרד האוצר יוזם מהלך להחמרת התנאים המזכים בסיוע משפטי חנים" הארץ (3.9.2001); ר' סיני "חוק ההסדרים יגביל הסיוע של הסנגוריה הציבורית" הארץ (18.11.2001).

151 דברי הסבר להצעת ממשלה: שירותי סנגוריה ציבורית וסיוע משפטי במשרד המשפטים: לקראת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), תשס"א-2001.

152 רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375.

153 שם, עמ' 378.

154 שם, עמ' 378-379.

155 ה"פ (י-ם) 339/98 חיים נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית, פ"מ תשנ"ט(2) 913; בר"ע (ב"ש) 846/98 יעקובוב נ' יעקובוב (לא פורסם).

156 בש"פ 9016/01 מדינת ישראל נ' ניקולאיבה (לא פורסם). כן ראו דברי הנשיא ברק בבג"ץ פלוניות (לעיל, הערה 75) ביחס לכורח "להבטיח ייצוג משפטי הולם לנשים דוגמת העותרת [נשים נסחרות – י"א], יש למנוע מצב ... לפיו לעתים קרובות הסוחרים בנשים קובעים מי ייצג אותן בבתי המשפט".

157 רע"א 1628/00 פלונית נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

158 לעיל, הערה 142.

המשפטי ואת התקנות שעל פיו באופן שיעניק למערערת (שסבלה ממוגבלות פיזית חמורה עקב שיתוק מוחין, מה שמנע ממנה כל אפשרות לעבוד למחייתה ואשר כל פרנסתה על קצבאות הביטוח הלאומי¹⁵⁹) את האפשרות להסתייע בסיוע משפטי¹⁶⁰. מה שבהמשך הביא לכך שבית-המשפט פסק כי אין להחשיב את אחת מהקצבאות בגדר הכנסתה בדרך שהופכת אותה לזכאית לקבלת סיוע משפטי. אלא שלמרות פסיקות אלה¹⁶¹, המגמה היא כאמור, דווקא צמצום מעגל הזכאים לסיוע משפטי ולא הרחבתו¹⁶².

תהליך כרוסום דומה עוברים גם בתי-המשפט לתביעות קטנות¹⁶³. פעם אחר פעם עולות הצעות להתיר הגשת תביעות לבית-המשפט זה גם לתאגידים. הלכה למעשה, כניסת תאגידים תפקיע את המקום מידי האוכלוסיות המוחלשות בשני מובנים: הראשון – היא תגדיל את העומס הקיים כיום בשל המספר העצום של התביעות הקטנות מצד גופים מסחריים¹⁶⁴, והשני – היא תשנה את אופי הערכאה ממקום שבו אדם פשוט יכול לייצג את עצמו לערכאה רגילה שבה מיוצגים התאגידים על-ידי אנשי מקצוע. בדרך זו ייהפך בית-המשפט לתביעות קטנות מערכאה ידידותית לאזרח הקטן לזירת גבייה נוחה וזולה לגורמים המסחריים כנגד העניים¹⁶⁵. ההצעה האחרונה בשלב זה לחקיקת תיקון כאמור הייתה במסגרת יישום המלצות הוועדה לבדיקת מבנה בתי-המשפט הרגילים בישראל (המכונה ועדת אור)¹⁶⁶. בעקבות מאבק של הארגונים החברתיים היא הורדה בשלב זה מעל סדר היום הציבורי¹⁶⁷.

159 שיחד הביאו לידי כך שהיא חרגה מסף הזכאות הכלכלית לסיוע משפטי ולכן לא אושר לה אותו סיוע.

160 ע"ש יהודה (לעיל, הערה 142), פסקה 13 לפסק-הדין.

161 ראו גם תמ"ש (ראשל"צ) 14960/01 פלונים נ' אלמוני (לא פורסם, ניתן ביום 28.4.2003) בו קובעת השופטת א' שטיין כי "טוב היה וראוי כי יעשה שיקול דעת אצל הגורמים האחראיים למתן הסיוע המשפטי על מנת לבחון כיצד ניתן שטיפול בתיק שמסתיים באמצעות הסכם... יסתיים בפועל גם באמצעות ביצוע הליכים פורמליים כך שפסק הדין ייצא מן הכוח אל הפועל".

162 ראו גם בהקשר זה: R.L. Abel "Law Without Politics: Legal Aid Under Advanced Capitalism" 32 U.C.L.A. L. Rev. (1985) 474.

163 א' פולנסקי "בתי משפט לתביעות קטנות" הפרקליט ל (תשל"ה-תשל"ו) 347; ג' קלינג "בית משפט לתביעות קטנות" הפרקליט ל (תשל"ה-תשל"ו) 520; ס' דויטש "בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן" עיוני משפט ח (תשמ"א-תשמ"ב) 345.

164 די לדמיין את כמות התביעות הקטנות של חברות הביטוח, חברות האשראי והבנקים כדי להעריך זאת.

165 להרחבה ראו: י' אלבשן "הרפורמה בבתי המשפט והעניים" הלשכה 49 (1999), עמ' 11-10; י' אלבשן "על הרפורמה בבתי המשפט לתביעות קטנות" הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט – דברי ימי עיון (המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, 2000), עמ' 134-135.

166 דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי-המשפט הרגילים בישראל (1997).

167 י' אלבשן "בתי משפט לעשירים" האריך (10.6.1999) ב2.

למרות זאת, הרי שבפועל מתנהל תהליך כרסום זוחל כאשר יותר ויותר גופים מיוצגים על-ידי עורכי-דין. הטכניקות לכך רבות. אם דרך הגדרת תפקיד חיוני בחברה לעורך-דין¹⁶⁸ ואם דרך היתלות ברישום חברה בחו"ל¹⁶⁹. עמדה על כך גב' גלית אבישי, מנכ"לית המועצה הישראלית לצרכנות, בציינה: "עורכי דין מייצגים עסקים בבית המשפט לתביעות קטנות בקצב גובר והולך. כך נוצר הרושם שבתי המשפט מאפשרים ייצוג כדבר שבשגרה מבלי שניתן לכך טעם ו/או מבלי שיבוא הנימוק לידי ביטוי בפרוטוקול הדיון וזאת בניגוד להוראה מפורשת בחוק¹⁷⁰. במקרים רבים שולחים עסקים עורכי דין המועסקים על ידם להופיע בבית המשפט לתביעות קטנות באופן שמאפשר להם ייצוג משפטי תוך עקיפת החוק ורוחו, תוך הפרת האיזון העדין שבין התובע שאינו מיוצג לנתבע המיוצג"¹⁷¹.

וכך אפילו ביחס לתקנות הפטור מאגרות והפרוצדורה שהתפתחה סביבן. כאמור לעיל, ניתן להתגבר על המכשול הכלכלי של מימון אגרת בית-משפט באמצעות הגשת בקשה לפטור מאגרה הניתן על סמך קריטריונים כלכליים לפי תקנה 13(א) לתקנות בתי המשפט (אגרות)¹⁷². התקנה מחייבת תובע המבקש פטור לפרט בתצהיר את רכושו, רכוש קרוביו הסמוכים לשולחנו ומקורות הכנסתו בששת החודשים האחרונים. אלא שבנוסף לעובדה שמרבית התובעים העניים אינם מודעים כלל ועיקר לאפשרות זאת, התפתחה פסיקה "המחייבת את מבקש הפטור להראות, בנוסף לקבוע בתקנות, אילו מאמצים עשה, מעבר ליכולתו שלו, לגייס כספים לצורך האגרה, מן המעגל המשפחתי

168 כך למשל בת"ק (י-ם) 4914/00 בורגר נ' חברת דיזנהויז (לא פורסם) מתנהל הדיון הבא, לפי הפרוטוקול מיום 9.5.2001: "התובע: מטעם החברה מופיעה כאן היום עורכת דין ואני חושב שזה לא יאה. הגב' דמרי: אני אמנם עו"ד במקצועי ואולם אני עובדת ומשמשת כמזכירת החברה ומופיעה מטעמה מכורח תפקידי גם בתביעות קטנות. התובע: אני מבקש להביע את מורת רוחי ואת ההתנגדות שלי לייצוג זה אלא אם ביהמ"ש מסכים". בית-המשפט התיר ייצוג הנתבעת ללא הנמקה הדרושה בחוק (החלטה מיום 9.5.2001).

169 כך למשל בת"ק (ח"י) 2740/03 ז'יסלין נ' אמריקן אקספרס (טרם פורסם) הגישה הנתבעת בקשה להיתר לייצוג משפטי משום ש"הנתבעת הינה חברה זרה שמקום מושבה בארה"ב. לנתבעת אין נציגות בישראל. כמו כן אין הנתבעת מעסיקה עובדים בישראל כך שאין נציג מטעמה שיכול להופיע ולייצגה". בית-המשפט התיר הייצוג בנסיבות אלה (החלטה מיום 2.7.03). ראו גם ת"ק (י-ם) 2306/03 בשר נ' אמריקן אקספרס (טרם פורסם). אך ברור הוא כי בעידן פעילות חברות גלובליות מדיניות זו עלולה לפגוע בצרכנים. להשפעות נוספות של תהליך הגלובליזציה על הנגישות למשפט ראו Transcript – The Effect of Globalization on Domestic Legal Services April 7 2000" 24 *Fordham Int'l L.J.* (2000-2001) 277.

170 סעיף 63 לחוק בתי המשפט, תשמ"ד-1984 קובע כי "ייצוג בעלי דין בבית המשפט לתביעות קטנות על ידי עורך דין יהיה רק ברשות בית המשפט ומטעמים מיוחדים שיירשמו".

171 מכתב המועצה הישראלית לצרכנות לשופט דן ארבל, מנהל בתי-המשפט מיום 10.2.2003 תחת מספר: 20132/03.

172 תקנות בית המשפט (אגרות), תשמ"ח-1987.

והחברתי הקרוב אליו, לרבות מקרובי משפחה ומידידים. ההלכה הפסוקה אינה פוטר מתשלום מי שלא מיצה את יכולתו 'לגייס' כספים, קרי ללוות או לבקש תרומה מקרובי משפחה ואף מחברים¹⁷³. בדין קבע השופט א' ואגו באותה פרשה כי: "חיובו של תובע לבקש נדבה מחברים או מקרובים, לשם תשלום האגרה, כתנאי לכך שיגיש את תביעתו אינה מתיישבת עם עקרונות כבוד האדם ויש בה אלמנט משפיל ומביש. ואם לא מדובר בנדבה אלא בהלוואה – הרי שהלוואה יש להחזיר, ותובע דל אמצעים יתקשה להחזיר גם הלוואה... קשה ליישב בין ההלכות המקנות לזכות הגישה לערכאות חשיבות חוקתית עליונה, לבין ההלכות הדורשות מאדם חסר אמצעים לחזור על פתחי חבריו וידידיו כדי לגייס כספי אגרה"¹⁷⁴.

מאחר שאליבא דכולי עלמא המצב הכלכלי בעתיד הקרוב לא צפוי להשתפר, הרי שיותר אנשים יהיו יותר עניים, מחד גיסא, ופחות ופחות שירותים חברתיים יינתנו על-ידי הרשויות, מאידך גיסא. אזי ניתן לצפות כי המחסום הכלכלי יהפוך קשה יותר ויותר לצליחה ליותר ויותר אנשים, וזאת דווקא בשעה שהם זקוקים להגנת בית-המשפט על זכויותיהם יותר מכל.

ה. מחסום נכונות השופטים ויכולתם

המחסום האחרון נמצא עמוק בתוך אולם בית-המשפט. מעבר לדוכן השופט. כוונתי לחוסר נכונות השופטים לקדם את הנושאים שבהם עסקינן, אם משום חוסר רצון ואם משום חוסר בידע משפטי רלוונטי. דומה שעתיירה שהתבררה בבית-המשפט העליון תבאר נושא זה. כוונתי לבג"ץ 8614/00 דוויק הכהן נ' שר הבינוי והשיכון¹⁷⁵ שהוגש לבית-המשפט העליון ב-26.11.2000.

באותו מקרה ביקש העותר, המתגורר בדירת עמידר בנתניה מאז שנת 1978, קרי 22 שנים, מבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק להגן על זכותו לדיור הולם בשני מובנים – כפי שעולה מכתב עתירתו¹⁷⁶:

"הנני מבקש מבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ להורות לשר השיכון לאפשר לי לרכוש דירתי במחירה המקורי ובהנחה של עד 95%... וכך להורות לשר השיכון ולמשרד השיכון לשפץ את דירתי בכל צרכי חוליי ולבנות בה חדר לטיפולים רפואיים ומטבח מרווח להכנה ולבישול מזון בישיבה ולציודם בקערות וברזים, אסלות ונקודות חשמל...".

173 ע"א (ת"א) 2027/00 מדינת ישראל נ' ביטון (לא פורסם, 17.01.2001).

174 שם, שם.

175 לא פורסם, ניתן ביום 28.12.2000 (להלן – בג"ץ דוויק הכהן).

176 שם, עמ' 11 לעתירה.

את העתירה הגיש דוויק הכהן בעצמו לאחר – כפי שהוא מספר לבית-המשפט במכתב שצורף לעתירה ביום הגשתה (26.11.2000) – ש"פניתי לחמישה עורכי דין ליצגני ולסנגרני ואף אחד לא הסכים... ואני נאלץ לסנגר בעד עצמי"¹⁷⁷. ואכן כל הקורא את העתירה – המחזיקה בסך הכל שמונה עשר עמודים – רואה שענינו של עורך-דין לא שזפה אותה. ראשית, היא כתובה בכתב יד בעברית אגב מתן ציטוטים בערבית ובאנגלית. שנית, היא גדושה גידופים כלפי אישים שונים (אשר אשמים לדידו של העותר במצבו הנואש) לצד עובדות שאינן נדרשות לעתירה אשר כל עורך-דין מתחיל היה מסירן באחת. כך, למשל, מתאר העותר באריכות את כל פרשת חייו מאז עלה כנער "בן יב-יג שנים לארץ ישראל שאליה הועליתי על ידי הסוכנות היהודית לבדי תוך ניתוק מהורי, ממשפחתי, מאחי ומבית ספרי בחלב סוריה"¹⁷⁸ ועד למצבו הבריאותי הירוד כיום הכולל למשל "עיניים איומים בעשרות איברים פנימיים וחיצוניים"¹⁷⁹. אך ברור הוא שעבור דוויק הכהן אלה העובדות הרלוונטיות ביותר לעתירתו שכן לדידו הן הסיבות שבלעדיהן אין למצבו הנוכחי. עם זאת ברור הוא שרובן, אם לא כולן, היו מוסרות לאלתר על-ידי כל עורך-דין בשל אי-הרלוונטיות שלהן (למצער, על-פי המשפט הנוהג) ובשל העובדה שהן עשויות לגרום לעיונות השופטים. אבל כאמור דוויק הכהן אינו עורך-דין והוא לא הצליח למצוא אחד שייצגו. כאמור, העתירה עצמה הוגשה ב-26 בנובמבר 2000. והנה רק יומיים לאחר מכן, ב-28 בנובמבר, ניתן פסק-הדין על-ידי הרכב של כבוד השופטים שטרסברג-כהן, דורנר ולוי בהאי לי שנא¹⁸⁰:

"העותר איננו מיוצג. העתירה רבת עמודים הכתובים בכתב יד צפוף אם כי קריא, איננה מצליחה להעלות את טיעוניו בצורה מסודרת המאפשרת להכניסן למשבצות משפטיות המקימות עילה לפניה לבית משפט זה. עניינה של העתירה – ככל שניתן היה להבין – הוא טענות המועלות נגד המשיבים בדבר הנחות ומענקים הניתנים על ידם למשתכנים ופגיעות בזכויותיו.

אף שלא מוטלת על עותר חובה להיות מיוצג, גורם לעתים העדר ייצוג ואולי אף העדר ייעוץ משפטי, לחוסר בהירות העומדת בעוכרי העתירה. כזה הוא המקרה שלפנינו. העתירה אינה מגלה עילה לפניה לבית משפט זה ואינה מאפשרת דיון בה. עם זאת, ראוי שהמשיבים יתנו דעתם לאמור

177 שם, עמ' 16 לעתירה.

178 שם, עמ' 2 לעתירה.

179 שם, עמ' 6 לעתירה.

180 קיצור הפסיקה יאפשר לנו להביאה במלואה.

בעתירה ויבדקו ככל שניתן את הטענות הכלולות בה ויתנו לעותר תשובה להן.

העתירה נדחית על הסף".

עם כל הכבוד לבית-המשפט, פסק-דין זה מוטעה בכמה רבדים. ברובד המשפטי, למרות חוסר הסדר, טענותיו של הכהן בהחלט נכנסות למשבצות משפטיות. ברמה החוקתית – מדובר פה בהפרה של הזכות לדיוור הולם, זכות המוכרת במשפט הבין-לאומי מזה עידן ועידנים¹⁸¹. ברמה החוקתית – מדובר פה בהפרת חוק זכויות הדייר בדיוור הציבורי, תשנ"ח-1998, אשר קובע בסעיף 2(4) לו כי "חברה לדיוור ציבורי חייבת... (4) להתחיל בביצוע תיקון של ליקוי בדירה הציבורית במשמעותו בסעיף 8(ב) בדחיפות המתחייבת ולא יאוחר מ-60 ימים מיום שנודע לה על הצורך בתיקון ולהשלימו בזמן סביר". גם ביחס לדרישתו לרכישת דירתו מדובר בהפרת חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה), תשנ"ט-1998 או לחלופין בהפרה של מבצעי הרכישה המבוצעים לפי החלטות ממשלה ("קנה ביתך" של ח"כ רן כהן¹⁸² או "הבית שלי הוא הבית שלי" של ח"כ מאיר שטרית¹⁸³, שהיו בתוקף באותן שנים).

גם ברובד העובדתי, סיפק העותר בתוך בליל העובדות וההשמצות – את כל העובדות הדרושות לביסוס עילתו. כך, למשל, כאשר הוא מתאר את ההזנחה הפושה בדירתו אשר היא כהגדרתו ב"כחורבה בין 'ער' של קוצים... והדירה עצמה סדוקה ונסדקת ואולי מתפוררת כחורבה ואין בה מטבח כצורכי – ולא מקום לבשל מלבד מה שהתקנתי – חתיכת שיש בגודל כירת גז בלבד ובדוחק – הפוגעני חליפות במעבר צר...וזקוקה לשיפוץ כללי ויסודי, ולתמיכת עמודי בטון – לתקרה שלא תתמוטט... והתקנת קערות וברזים וביוב וכו'...¹⁸⁴. למעלה מכך, אף בדרישה למיצוי הליכים¹⁸⁵ עומד העותר כאשר הוא מתאר את כל פניותיו לרשויות החל מפקיד חברת עמידר בשכונתו בנתניה עבור במחלקות השונות במשרד השיכון וכלה ביועץ המשפטי לממשלה בירושלים¹⁸⁶.

במילים אחרות, לו רצו שופטי העליון יכלו גם יכלו להכניס את טיעוני העותר למשבצות משפטיות כלשונם ולכל הפחות יכלו לברר את טענותיו בדרך של העברת

181 כך, למשל, סעיף 11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כתבי אמנה 31, עמ' 205 קובע כי "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו, לרבות מזון, מלבושים ודיוור נאותים" (ההדגשה שלי – י' א'). האמנה אושרה בישראל ביום 3 באוקטובר 1991.

182 שתוקפו עד 31.12.2004.

183 שהסתיים ב-1.7.2000, משמע היה בתוקף בזמן הדין המשפטי.

184 בג"ץ דוויק הכהן (לעיל, הערה 175), עמ' 8 לעתירה.

185 ר' הר זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק (בורסי, 1991), 177.

186 בג"ץ דוויק הכהן (לעיל, הערה 175), עמ' 11 לעתירה.

העתירה לתגובת המדינה. ואם אכן ראוי הדבר לבירור על-ידי הרשויות – כפי שקבע בית-המשפט בסיפה של פסק-הדין באומרו כי "ראוי שהמשיבים יתנו דעתם לאמור בעתירה ויבדקו ככל שניתן את הטענות הכלולות בה ויתנו לעותר תשובה להן"¹⁸⁷ – אזי ראוי היה כי בית-המשפט יפעיל את סמכותו ביחס למשיבים ויחייבם לבצע את הבדיקות הנדרשות ולחזור אליו עם התשובות¹⁸⁸. אלא שנדמה כי דוויק הכהן אינו מעניין מספיק את בית-המשפט העליון, כדי שהאחרון יעשה את המאמץ הנדרש ויתמודד עם עתירה מסוג זה.

במידה רבה, המקרה של דוויק הכהן מאפיין היטב את יחסו של בית-המשפט העליון לזכויותיהם החברתיות של המוחלשים בחברה הישראלית. בג"ץ לא מכיר את "המשבצות המשפטיות" שרלוונטיות להגנה על זכויותיהם של האחרונים, לא מתעניין בהן וכשמגיע מקרה לפתח בית-המשפט ממהרים שופטיו לדחותו כמסירים תפוח אדמה לוחט מעל שולחנם. ואם עניינים הנוגעים לזכויותיהם של העניים לא מגיעים כמעט לדיון ראשוני, הם ממילא אינם זוכים לחסות תחת כנפי ההגנה החוקתית שמספק בג"ץ לפונים אליו.

לו היה פסק-הדין בעניינו של דוויק הכהן¹⁸⁹ היחיד בתחום, ניתן היה להיתלות בעילת היעדר הייצוג ולהסתפק בה, אלא שגם במקרים שבהם היו העותרים מיוצגים והוסרו מרבית המחסומים מדרכם של העניים לבית-המשפט בעליון סירב האחרון להגן עליהם. דוגמה לכך היא עתירתם של דיירי דיור ציבורי בירושלים נגד שר הבינוי והשיכון¹⁹⁰. באותה פרשה ביקשו העותרים את סיוע בית-המשפט במימוש זכותם לדיון לפי חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה), תשנ"ח-1998. כזכור, החוק שביקש לסייע לדיירי הדיור הציבורי לרכוש את דירותיהם נכנס לתוקפו בתאריך 29.10.1998 אלא שהוראות החוק לא יושמו בסמוך לקבלתו בטרוניות שונות ומשונות (היעדר תקציב, קשיים טכניים וכיוצא באלו). לאחר כמעט מחצית השנה ב-5.2.1999 התקבל חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי תקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), תשנ"ט-1999 שבסעיף 37 לו נקבע כי תחולתו של חוק הדיור הציבורי תידחה ל-1.1.2001. על בסיס זה טענו העותרים שהם זכאים לרכוש את דירותיהם באופן מידי מאחר שזכאותם התגבשה בין ה-29.10.1998 לבין מועד כניסת חוק ההסדרים לתוקף (1.1.1999). הם ביססו את עתירתם על זכותם לדיור הולם וכן טענו כי העובדה שהממשלה נמנעה מליישם את החוק מהווה פגיעה בזכויותיהם הקנייניות.

187 בג"ץ דוויק הכהן (לעיל, הערה 175).

188 כפי שהוא עושה בשגרה. ראה הר זהב (לעיל, הערה 185), עמ' 43-66.

189 ראו בג"ץ דוויק הכהן (לעיל, הערה 175).

190 בג"ץ 403/99 (לעיל, הערה 32).

לא בכדי בחרו באי-כוח העותרים להשתית את מרבית טיעוניהם על זכות הקניין. זכות זו שפותחה על-ידי בית-המשפט העליון עוד טרם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁹¹, קודשה על-ידי המהפכה החוקתית של הנשיא אהרן ברק יותר מכל זכות אחרת¹⁹² אף שאין חולק על כך שהיא כלולה בזכויות הכלכליות¹⁹³ ושהאספקט הפוליטי שלה ברור לעין כל¹⁹⁴. כך, היא זכתה לבירור מקיף ולהגדרת גבולות מניחה את הדעת, אף שהיקפה נתון במחלוקת ומושאייה¹⁹⁵ אינם ברורים¹⁹⁶.

למרות כל זאת, לא חרג גם הפעם בג"ץ ממנהגו. לאחר פחות משעה מתום דיון קצרצר באולם בית-המשפט חזרו השופטים ונתנו את פסק-דינם. בפחות מארבעים שורות – כאשר הם מרפרפים על טענות העותרים – דוחים השופטים את העתירה אגב שימוש בשבלונות שיפוטיות¹⁹⁷. כך, למשל, ביחס לטענה כי מדובר בפגיעה בזכות הקניין של אותם דיירים, קובע בית-המשפט כי דין טענה זו להידחות שכן "גם אם יש בהוראת סעיף 37 לחוק הסדרים פגיעה בזכות הקניין – מבלי שנכריע בכך – פגיעה זו עומדת, בנסיבות העניין, בתנאי פסקת ההגבלה"¹⁹⁸. סבורני שמשפט זה מלמד אולי יותר מכל על חוסר הרצינות שמייחס בג"ץ לעותרים ולטענותיהם. על רקע נהרות הדיו שנשפכו מקומות שגילה בית-המשפט העליון שנפגעה זכות יסוד כלשהי וניפנה לבחון את עמידתה בפסקת ההגבלה, ברורה סתמיותה של אמירת השופטים הסותמת את הגולל על העתירה הנדונה.

- 191 "ויסמן" זכות קניין' בפסיקה: התיאוריה בשירות הפרקטיקה" עיוני משפט טו (תש"ן) 53.
- 192 א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405.
- 193 שם, שם. עיין גם: א' איזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין (חלק שני, בורסי, 1995), 27-23.
- 194 גרוס, במאמרו (לעיל, הערה 192), יוצא נגד אספקט זה שהוא רואה בו "פרשנות רכושית שאינה כוללת את ההבנה החלוקתית של זכות הקניין", קרי קריאת זכות הקניין כזכות קפיטליסטית ולא חלוקתית מה שעלול להוביל, לדבריו, לסכנת "לוקנריזציה" של המשפט הישראלי.
- 195 ש' גינוסר "הזכויות הרכושיות – סוג חדש ונפקות" משפטים ט (תשל"ט) 5.
- 196 ראו פסק-דינו של השופט י' טירקל בע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין, פ"ד נא(2) 825.
- 197 ראו מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, 1993), 23-13; כן ראו את ניתוח הרטוריקה השיפוטית מסוג "The Can Not Argument" בספר R.M. Cover *Justice Accused – Antislavery and the Judicial Process* (Yale U. Press, 1975), 309. ראו גם (1984) 36 *Stan. L. Rev.* "Critical Legal Histories" R.W. Gordon 57.
- 198 בג"ץ 403/99 (לעיל, הערה 32), עמ' 3 לפסק-הדין.

בג"ץ לאור¹⁹⁹ מהווה דוגמה נוספת לחוסר נכונות הבג"ץ לקדם את הזכויות החברתיות של המוחלשים בחברה הישראלית. במקרה זה תקף העותר את מדיניות משרד הבריאות שלפיה על מאושפזים להשתתף בעלות אשפוזם עד לגמר כל הכספים העומדים לזכותם (למעט סכום הדרוש למימון הקמת מצבה) בטענה כי מדיניות זו, העלולה להביא להתרוששות בני אדם, פוגעת בין היתר בזכויות החברתיות לתנאי קיום נאותים, לרמת הבריאות הגבוהה ביותר הניתנת להשגה ולכבוד האדם. גם כאן סירב בית-המשפט לומר את דברו. הוא יעץ לעותר לחזור בו מעתירתו אגב כך שהוא מעיר כי אמנם ההסדר דורש עיון וחשיבה מחודשים²⁰⁰. כך גם אירע בבג"ץ אטרי²⁰¹ שבו נמנע בית-המשפט העליון מלהיכנס לעובי הקורה בכל הקשור לזכותו של העותר לקיום מינימלי בהסתמכו על כך ש"נמסר לנו מפי בא כוח המדינה כי לעניין הצהרת העותר לפיה לחולה זו 'שאלת חיים ומוות' אין כל ביסוס" וכך בדוגמאות נוספות²⁰².

ואין תימוכין טובים יותר לעמדה זו מאשר עדותו של השופט זמיר בפרשת קונטרם²⁰³:

"בית המשפט בעיקר הוא מפתח ומטפח את זכויות האדם. אולם, יד על הלב, האם הוא אינו עושה זאת על חשבון ערכים אחרים? עיקר המאמץ של בית המשפט, המקום הראשון בסולם העדיפויות, ניתן לזכויות האדם... אולם... תפיסה ראויה של הדמוקרטיה צריכה להעמיד בראש סולם העדיפויות, בצד זכויות האדם, גם את רווחת האדם ואת הצדק החברתי²⁰⁴. תפיסה זאת ראוי לה שתבוא לידי ביטוי ברור יותר גם בפרקטיקה וברטוריקה של בית המשפט"²⁰⁵.

- 199 בג"ץ 7031/98 לאור נ' שר הבריאות (לא פורסם).
- 200 א' גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר – עורך, 2000), עמ' 79, 88.
- 201 כך, למשל, בבג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל, תק ע(1) (1994) 1284.
- 202 ראו גם בג"ץ 945/99 ח"כ רן כהן נ' ממשלת ישראל וחברת עמיגור (לא פורסם, ניתן ביום 9.2.1999); רע"א 1784/98 עמידר – החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' מנדה, פ"ד נג(4) 315; בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433; בג"ץ 5129/92 קרמן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 678.
- 203 בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289.
- 204 בשולי הדברים ניתן לבקר את ההבחנה שמקים השופט זמיר בין "זכויות אדם" לבין "רווחת האדם" ו"צדק חברתי". כאמור לפי תפיסת כותב הדברים גם רווחת האדם וגם צדק חברתי נתפסים כחלק מזכויות האדם, לרוב, במסגרת הזכויות החברתיות, וראו לעיל, הערה 4.
- 205 בג"ץ 164/97 (לעיל, הערה 203), פסקאות 42, 43 לפסק-דינו של השופט זמיר.

1. במקום סיכום, אזהרה

פתחתי בכך שבמובן מסוים לא רק שבתיה המשפט לא משמשים תמיד גורם מגן על זכויות האזרח המוחלש, אלא שהם אף עלולים לשמש גורם מדכא, המצטרף לגורמים המחלישים את העניים ומעצימים את מצוקתם. התכוונתי בין השאר גם לכך שמבחינות מסוימות הפכה הרשות השופטת למנגנון לשחרור הקיטור שנצטבר בקרב האוכלוסיות המוחלשות. זאת בשל הפער בין הרטוריקה המזמינה שלפיה "אנו נגישים לכולם ומגינים על כולם" לבין הפרקטיקה הנוהגת בשטח, כאשר הצדק הופך לבלתי מושג יותר ויותר עבור העניים. פער זה הופך את הרשות השופטת למנגנון לתיעול מעט האנרגיות שעדיין קיימות אצל האזרחים המוחלשים לערוצים הרצויים לשיטה.

כל מי שאי פעם עסק בהתארגנות קהילתית (Community Organizing) בקרב קבוצות מוחלשות יודע כמה מעטים הם האנשים בקרב אותן קבוצות שמועצמים דיים כדי להיות מוכנים להילחם על זכויותיהם²⁰⁶ וכמה אנרגיה דרושה להם להשלים מהלך שלכל קוראי מאמר זה נראה פשוט עד מאוד²⁰⁷. ואם נחזור לדוגמה של דוויק הכהן²⁰⁸, אולי היה נכון יותר מבחינתו, במקום להשחית את שארית כוחותיו על עתירות למוסד שלא עוזר לו, לתעל אותן למקום אחר – למשל להפוך שולחן במשרדי מנכ"ל עמידר או להפעיל לחץ על חברי כנסת – כדי להשיג את מטרותו.

גם משום כך חשוב שקברניטי המערכת המשפטית יהפכו את המערכת לנגישה יותר למוחלשים שכן – וזאת יש לזכור – משה דוויק הכהן, פנינה דמארי, איגור קרב, אילדטוב בן, ניקולאיבה לנה, אלי זון, משה ביטון וחבריהם הם לא רק אזרחים מותשים שזכויותיהם נרמסו, הם גם אזרחים פגועים המצטרפים לקהל גדל והולך של אנשים המאמינים שמערכת המשפט, מגילת זכויות האדם ושלטון החוק בכלל – הם כלים שנועדו לשרת את האליטות ואתן בלבד ועל כן חייבים להילחם בהם²⁰⁹. קהל שפוטנציאל הסכנה בו לשלטון החוק צריך להדאיג את כולנו וד"ל.

206 ראו תיאור של הקשיים בעבודה בתחום: "The Soft Art of Organizing" L.B. McNeil, *Social Policy* (1995) pp. 108-110.

207 Felstiner, Abel & Sarat, לעיל הערה 27.

208 בג"ץ דוויק הכהן (לעיל, הערה 175).

209 מ' גורלי "המשפט חכם על חלשים. שלוש דוגמאות" הארץ (1.6.2003) ב4.