

מיכאיל
קרייני*

"לגעת בנורמה"! על הקשר בין פרוצדורה לגירעון דמוקרטי

לפרוצדורה ככלי המסדיר את ההתדיינות המשפטית יש ערך בהקשר של ההליך הדמוקרטי, וזאת נוסף על כלי הבחירות, המאפשר לחברי הקהילה להשתתף בבחירות למוסדות השלטון. בין היתר, הפרוצדורה מאפשרת לבעלי הדין "לגעת בנורמה" שאמורה לשלוט בהם ועל ידי כך לאפשר לצדדים להליך להיות שותפים בעיצובה של נורמה זו. ההכרה בערך זה של הפרוצדורה מחייבת על כן הגנה מיוחדת על בחירתם של בעלי דין בנורמה מסוימת ובעיצובה מקום שבו בעלי דין אלה נמנים עם קהילה הסובלת מחסמים מבניים, המקשים עליה או אף מונעים ממנה להיות שותפה בהליך הדמוקרטי הרגיל, קרי האפשרות לבחור בנציגים למוסדות השלטון ששולטים בהם ולהיבחר אליהם. בהתקיים חסמים אלה מתקיימת אותה נסיבה של גירעון דמוקרטי, וזו בתורה מחייבת להתבונן באופן שונה על מעמדה של הפרוצדורה כמנגנון שיכול לחפות, ולו במעט, על גירעון זה. המאמר, כמקרה מבחן אחד מני רבים לבחינת תפקידה של הפרוצדורה בהקשרו של גירעון דמוקרטי, מתמקד בזכותם של תובעים פלסטינים תושבי השטחים הכבושים של הגדה המערבית וחבל עזה "לגעת" בנורמה הישראלית ששולטת בהם.

מבוא

השאלות כיצד מתעצבות נורמות בחברה נתונה וכיצד נורמות אלו מכוונות התנהגות בפועל הן שאלות עקרוניות בתוך עולם המשפט. ההיבט שמעניין אותי כאן בהליך עיצובה של הנורמה נוגע לאמצעים העומדים לרשותם של חברי קהילה נתונה והמאפשרים להם להשפיע על עיצובן של אותן נורמות, או כפי שאני מכנה זאת, יכולתם "לגעת בנורמה". הכלי המרכזי שמרבית לדון בו בהקשר הזה הוא כמובן כלי הבחירות

* פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה ע"ש ברוס ו. ויין למשפט בין-לאומי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחבר מבקש להודות באופן מיוחד לגב' יעל חיימסון על עזרתה במחקר ובהכנת כתב היד לפרסום, וכן לגב' עדן גלזר עורכת משנה בכתב העת "משפט, חברה ותרבות" על הערותיה המועילות ועריכתה הקפדנית. המחקר שבמסגרתו נכתבה רשימה זו נתמך על ידי הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 1400/21).

למותר לציין כי האחריות לתוכן הדברים היא עליי בלבד.

לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת.¹ השאלה הנוגעת להפיכת הבחירות לכלי אפקטיבי, במובן זה שניציגי הבוחרים ברשות המחוקקת וכן ברשות המבצעת ימלאו אחר רצון בוחריהם או לעיתים דווקא יימנעו מלעשות כן, וזאת במסגרת הכללים החוקתיים הקיימים, גם היא שאלה עקרונית ומורכבת שעליה נשפך דיו לא מועט.

האמצעי הנוסף שמשפיע על עיצובן של נורמות בחברה נתונה הוא ההתדיינות המשפטית כפי שזו מתקיימת בפני בתי המשפט.² הנורמה הכתובה עלי ספר לעולם נתונה לפרשנותו של בית המשפט. לפני שבית המשפט פועל כדי לפרש את הנורמה, הוא מנסה לעיתים לברר את זהותה, וזאת משום ששתי נורמות, ואולי אף יותר, מתחרות ביניהן כדי להכריע בסכסוך, כל אחת בדרכה שלה. במלאכת הברירה והפרשנות ממלא בית המשפט את תפקידו כזרוע מזרועות השלטון. אם כן, בית המשפט אינו רק פועל כדי ליישב את הסכסוך שהובא לפניו, אלא גם בורר את זהותה של הנורמה שנכון להחיל על המערכת העובדתית כפי שהוא קבעה. במסגרת זאת, בית המשפט פועל כדי לפרש את משמעותה של הנורמה, לעצבה ביחס לנתוני הזמן והמקום ולעיתים גם בהתחשב בזהותם של המתדיינים,³ וזאת זה הוא אמור לעשות אגב ניצול יעיל של משאבי הצדדים ומשאבי המערכת ובהתחשב בכללי הגינות דיונית.⁴ ואולם, בית המשפט אינו זה שמניע את ההליך המשפטי ואינו אחראי על בחירת המחלוקת שהוא אמור להכריע בה. הצדדים למשפט הם שעושים זאת. לא בכדי הם נקראים גם "בעלי הדין". לפני שבית המשפט בורר את זהותה של הנורמה ומעצבה, עושים זאת בעלי הדין בעצמם; הם גם מציעים את פרשנותם שלהם, ובית המשפט אמור לנקוט עמדה ביחס לעמדת הצדדים.⁵ לדידם של בעלי הדין, ההתדיינות המשפטית מתבלטת ככלי דמוקרטי, זאת נוסף על היותה מתכון ליישוב סכסוכים. וזאת מדוע? משום שההתדיינות, כמו הליך הבחירות, פועלת כדי לאפשר לזה שנשלט על ידי מערך נורמטיבי נתון להיות שותף לעיצובו. אם הבחירות לרשות המחוקקת הן הליך דמוקרטי היורד לשורש הלגיטימיות של השלטון, אזי כך גם

- 1 ראו Margaret H. Lemos, *Democratic Enforcement? Accountability and Independence for the Litigation State*, 102 CORNELL L. REV. 929, 931 (2017).
- 2 ראו למשל Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 357, 364 (1978); Thomas W. Merrill, *Legitimate Interpretation – or Legitimate Adjudication?*, 105 CORNELL L. REV. 1395, 1398–99 (2020).
- 3 בולטים בהקשר הזה כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי של ישראל (ובעצם של כל מדינה אחרת), שמגדירים את היקף התחולה של דברי חקיקה מסוימים בהתחשב בזהות האזרחית של הצדדים, אם מדובר באזרחים מקומיים או זרים. ראו למשל סי' 64(II) לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922–1947 – המגדיר מהו הדין האישי של נוכרי, כלומר אדם בעל אזרחות זרה.
- 4 תק' 5 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018; ע"א 5400/18 מיר נ' מירון (נבו) 28.1.2019; יששכר רוזן-צבי *הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים* פרק א' 20§ (מהדורה שלישית – דיגיטלית, יולי 2025).
- 5 ראו Melvin Aron Eisenberg, *Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller*, 92 HARV. L. REV. 410, 411–13 (1978).

ההתדיינות המשפטית.⁶ על פי פריזמה זו, הפרוצדורה, בתור כלי המסדיר את ההתדיינות המשפטית בפני בתי המשפט,⁷ היא אפוא חלק ממנגנון השלטון העצמי (self-government) של הקהילה.⁸

אם לפרוצדורה יש חלק חשוב בבחירתה ועיצובה של הנורמה, נכון אפוא לשאול: כיצד ראוי להסדירה כדי לאפשר לבתי המשפט ולבעלי הדין להשפיע באופן אופטימלי על בחירתה ועיצובה של הנורמה? גם שאלה זו מורכבת למדי. חלק מהדיון בה טומן בחובו סוגיות הקשורות לזכות הגישה לערכאות, במיוחד מבחינתם של בעלי דין מעוטי יכולת,⁹ היותו של בעל הדין "שחקן חוזר" או "שחקן חד-פעמי"¹⁰ וכן גם בנוגע לשאלה אם ראוי לחייב אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין ברגע שהוא הופך לבעל דין.¹¹ ההיבט שמעניין אותי ברשימה זו בקשר שבין הפרוצדורה לבין היכולת לגעת בנורמה קשור לתופעת הגירעון הדמוקרטי. לעיתים קיים חסם מכני העומד בפני קהילה נתונה, שמונע ממנה או מקשה עליה להשפיע על עיצובה של הנורמה ששולטת בה באמצעות ההליך הפוליטי הרגיל, קרי באמצעות הליך הבחירות. או אז, וזו הטענה העיקרית שאבקש לטעון במאמר זה, נכון כי הפרוצדורה תפעל כדי לסייע, ואולי גם להקל במיוחד, על חברי אותה קהילה במאמציהם לגעת בנורמה באמצעות ההתדיינות המשפטית. תכלית זו נדרשת לא רק מטעמים של איזונים ובלמים בין הרשויות השונות,¹² אלא מתוקף התכליות של תורת הפרוצדורה עצמה. לשון אחר, אם הפרוצדורה צריכה לשאוף לעיצובם של כללי דיון יעילים מבחינת העלויות שלהם לצדדים ולמערכת, לכללי דיון המבקשים להביא להחלה מדויקת של דבר החקיקה ולכללי דיון המקיימים את עקרונות ההגינות, אזי כך היא גם אמורה לשאוף לאפשר לצדדים לגעת בנורמה, במיוחד כשמדובר בצד הנמנה עם קהילה הסובלת מחסמים מבניים שמגבילים אותה מלהשפיע על הנורמות ששולטות בהליך הבחירות.

לקשר בין פרוצדורה לגירעון דמוקרטי יכולות להיות תמורות משמעותיות מבחינת עיצובם של כללי פרוצדורה מסוימים. ברשימה זו אני מבקש להתמקד במקרה הישראלי, ובשל מגבלות המקום, להתמקד במה שאפשר לזהות כמקרה מובהק של גירעון דמוקרטי.

6 ראו ALEXANDRA LAHAV, IN PRAISE OF LITIGATION 84–85 (2017).

7 ברשימה זו אני משתמש במונחים של "התדיינות" ו"פרוצדורה" כמונחים נרדפים.

8 ראו Alexandra D. Lahav, *The Roles of Litigation in American Democracy*, 65 EMORY L.J. 1657, 1662 (2016) ("[...] litigation allows people (not only judges) to engage in deliberative democratic governance by developing, expressing, and debating reasons, proofs and outcomes").

9 ראו אסף טבקה "שירות משפטי אזרחי ציבורי עבור אנשים החיים בעוני: סוגיות רעיוניות, מבניות ומהותיות בישראל" ספר מרים נאור 745 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023); יששכר רוזן-צבי *ההליך האזרחי* 159–161 (2015).

10 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

11 ראו RABEEA ASSY, INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION (2015).

12 ההנחה שלי בעניין זה היא שהתכליות מתקיימות בצוותא, ואין הכרח גם להכריע ביניהן.

עניינו של גירעון זה הוא המשטר המשפטי שמקימת מדינת ישראל בשטחים הכבושים של הגדה המערבית וחבל עזה.¹³ זהו משטר אשר מצד אחד יוצר מערך נורמטיבי שמקורו בחקיקה ישראלית (של הכנסת, הממשלה ושל צה"ל) ופעולות שוטפות של כוחות הביטחון הישראליים שמשפיעים על מציאות החיים של הנתינים הפלסטינים תושבי שטחים אלה, אך מצד אחר אינו מאפשר לנתינים אלה, בשונה למשל מאזרחים ישראלים הגרים בהתנחלויות, להשפיע על מוסדות השלטון בישראל, כמו לדוגמה באמצעות הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת ישראל. הטענה המרכזית שאני מבקש להגן עליה היא שמבחינת תורת הפרוצדורה האזרחית נכון להגן על מעמדם של הנתינים הפלסטינים, אולי גם באופן מיוחד, שעה שהם מבקשים להגיש תביעה אזרחית בפני בתי המשפט בישראל, וזאת בשל מציאות הכיבוש הישראלי שהם חווים; רק באמצעות ההתדיינות המשפטית הם יכולים לנהל בפני בתי המשפט בישראל הליך המאפשר להם "לגעת" בנורמות הישראליות המשפיעות באופן ישיר וקבוע על מציאות החיים שלהם.

גם בלי קשר למצב המלחמה הקיים,¹⁴ ראיית המציאות המשפטית שקיימה ישראל בשטחים הכבושים (ובייחוד מצב זכויות האדם שם) כמציאות המציגה גירעון דמוקרטי היא מעין מחמאה לעומת מצב הדברים כפי שתועד במחקרים שהופקו בישראל¹⁵ ועל ידי חוקרים ישראלים.¹⁶ אין לחשוב כלל שאם תינתן זכות גישה מלאה לתובעים פלסטינים

13 אני מודע לעובדה שהכינוי של שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה "שטחים כבושים" אינו שגור בפסיקת בית המשפט העליון, ובכלל סיווג שטחים אלה כ"שטחים כבושים" אינו תואם את עמדתה הרשמית של מדינת ישראל. עם זאת, רשויות המדינה, במיוחד פרקליטות המדינה, היו מוכנות, לפחות בחלק מהמקרים, ולרוב במקרים שמשרתים את האינטרסים הטריטוריאליים הישראליים, לשפוט את חוקיות פעילותה של ישראל בשטחים אלה לפי דיני ה"תפיסה הלוחמתית" של המשפט הבין-לאומי, דינים שכן חלים על שטחים כבושים. ראו AEYAL GROSS, THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 150–51 (2017). הוויכוח הפנימי בישראל התעצם בעניין זה, לפחות בנוגע לרצועת עזה, לאחר פינוי ההתנחלויות הישראליות ממנה, במה שכונה "תוכנית ההתנתקות". ראוי להוסיף שעמדתה הרשמית של מדינת ישראל אינה מקובלת על הרוב המכריע של מדינות העולם וכן על מוסדות בין-לאומיים רבים. השוו בין אייל גרוס "שלט רחוק, שלט קרוב: מעמדה המשפטי של עזה בגישה פונקציונלית" **עיוני משפט** מג 375 (2020), לרועי שיינדורף וערן שמיר-בורר "היעדר התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית באשר לרצועת עזה" **עיוני משפט** מג 403 (2020). בעניין זה ראו גם MICHAEL KARAYANNI, CONFLICTS IN A CONFLICT: A CONFLICT OF LAWS CASE STUDY ON ISRAELI CONFLICTS IN THE PALESTINIAN TERRITORIES 16–22, 50–52 (2014) (להלן: "CONFLICTS IN A CONFLICT").

14 המלחמה שפרצה ב-7 באוקטובר 2023 ועדיין בעיצומה בעת כתיבת המאמר.

15 ראו במיוחד לימור יהודה ואח' **שלטון אחד, שתי מערכות חוק: משטר הדינים של ישראל בגדה המערבית** (טל דהן ואח' עורכים, האגודה לזכויות האזרח בישראל 2014).

16 ראו DAVID KRETZMER & YA'EL RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2d ed., Oxford Univ. Press 2021) (2002).

בפני בתי המשפט הישראליים, או יתאפשר להם, אם רצונם בכך, לבחור בתחולת הדין הישראלי על תביעתם האזרחית, יתבטל בכך הגירעון הדמוקרטי הקיים בעניינם. בטענתי אני מבקש אך להצביע על כך שעיצובם של כללי הפרוצדורה אינו יכול להיות אדיש, לא כל שכן "עוין", למעמדו של בעל דין אשר מושפע משלטונה של מדינה, כאשר לאותו בעל דין לא ניתנת הזכות להשפיע על הנורמות המשפיעות על חייו. זאת ועוד, דיון בתוכנה של הפרוצדורה בהקשרו של גירעון דמוקרטי מאפשרת להקיש משימוש זה גם להקשרים אחרים, כמו בורות, ¹⁷ סמכות שיפוט מקומית, ¹⁸ תובענות ייצוגיות ¹⁹ ושיפוט דתי בענייני מעמד אישי, ²⁰ כדי לדון בנגיעה בנורמה, שהפרוצדורה צריכה (ולעיתים אינה צריכה) לאפשר אותה.

מלבד דברי מבוא אלה, רשימה זו מכילה ארבעה פרקים עיקריים. בפרק הבא, **פרק א'**, אני מקיים דיון בפרוצדורה כמערך נורמטיבי רב-תכליתי, וזאת כדי להבליט את הטענה שמערך זה יכול, ואף אמור להכיל תכלית נוספת שבה הפרוצדורה צריכה לשרת את הערך הדמוקרטי, במיוחד במצב של גירעון דמוקרטי. **בפרק ב'** אני עומד על קנקנו של ערך דמוקרטי זה ובפרק ג' מדגים את חשיבותן של הפרוצדורה וההתדיינות המשפטית בכללותן במצב של גירעון דמוקרטי. **בפרק ד'** אתמקד במקרה ישראלי אחד שבו מתקיים גירעון דמוקרטי מובהק בהקשר של קהילה מסוימת, מעמדם של תובעים פלסטינים תושבי השטחים הכבושים של הגדה המערבית וחבל עזה, ואבקש להתבונן דרך הפריזמה

17 ראו Richard C. Reuben, *Democracy and Dispute Resolution: The Problem of Arbitration*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. 279 (2004).

18 חשובה במיוחד בהקשר זה רפורמה שנעשתה בארצות הברית בעניין סמכותם המקומית של בתי משפט פדרליים לדון בהליך האזרחי, כאשר ביסוד הרפורמה עמד גם הרצון לשתף את חברי הקהילה המקומית בהליך השיפוט וחלוקת נטל העבודה בין מחוזות השיפוט. ראו Cass R. Sunstein, *Participation, Public Law, and Venue Reform*, 49 U. CHI. L. REV. 976 (1982).

19 ראו במיוחד הדיון שאני מקיים בעניין תחולתו של ההסדר החקיקתי המסדיר את הליך התובענה הייצוגית במקרה שבו יש בין חברי קבוצה חברים זרים שתביעותיהם נשלטות על ידי דין זר. במקרה זה יש ספק רציני אם בכלל אפשר לקיים את הליך התובענה הייצוגית מבחינתם של חברי קבוצה אלה, מאחר שעל ידי כך נוצר מצב שבו דין זר נאכף על ידי מנגנון שלא נועד לשרת אותו. Michael Karayanni, *The Extraterritorial Reach of American Class Actions: A Conflict-of-Laws Approach*, 72 AM. J. COMPAR. L. 845 (2025) (להלן: Karayanni, *The Extraterritorial Reach of American Class Actions*).

20 מעניינת בהקשר הזה מציאות תחולתו של הדין הדתי האישי מבחינתם של חברי העדות הערביות-פלסטיניות בישראל, אשר מצד אחד מקבעת דין אישי פטריארכלי ומצד אחר, ובשל המציאות החוקתית הישראלית, היא כפופה למערך פוליטי וחוקתי המקשה את שינוי המצב הקיים, בין היתר בשל חסר בלגיטימציה להתערב בדינים אלה, הן מצד מוסדות המדינה הן מצד המפלגות הפוליטיות המייצגות המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל. ראו MICHAEL KARAYANNI, *A MULTICULTURAL ENTRAPMENT: RELIGION AND STATE AMONG THE PALESTINIAN-ARAB IN ISRAEL* (2021).

של הפרוצדורה ככלי מעצים במצב של גירעון דמוקרטי על מעמדם בפועל. לבסוף באים דברי סיכום.

א. הפרוצדורה כמערך רב-תכליתי

בטרם אעשה כדי להבליט את תפקידה של הפרוצדורה במסגרתה של הדמוקרטיה בכלל וכן במסגרת מציאות שבה יש גירעון דמוקרטי בפרט, ברצוני לקיים דיון מקדים בעניין תפקידה של הפרוצדורה כפי שזו השתקפה במסורת המשפטית השלטת. דיון זה יחשוף כי הפרוצדורה, כמו תחומי משפט רבים, היא דיסציפלינה רב-תכליתית השואפת להשיג כמה תכליות בעת ובעונה אחת, כאשר תכליות אלו יכולות גם להיות מנוגדות זו לזו. הכלל הפרוצדורלי הנוהג הוא אפוא, לעיתים קרובות, מעין פשרה – וְקטור נורמטיבי שנועד מהתנגשותם של כמה אינטרסים שמושכים לכיוונים שונים. ובכן, ההתחשבות בעיצובו של הכלל הפרוצדורלי שאמור לאפשר את הנגיעה בנורמה, במיוחד במציאות של גירעון דמוקרטי, אינה מיועדת להחליף את התכליות האחרות. מדובר בתכלית נוספת, שנכון להביא אותה בחשבון כשבאים לעצב את תוכנו של הכלל הפרוצדורלי.

לדברי ג'רמי בנת'ם (Jeremy Bentham), תפקידה העיקרי ואף הבלעדי של הפרוצדורה הוא הוצאתו של המשפט המהותי מן הכוח אל הפועל.²¹ בנת'ם, שכידוע הוא אביה מולידה של הגישה התועלתנית במשפט, בחן את תקינות הכלל המשפטי באמצעות התוצאה שהכלל הוביל אליה.²² ראיית המשפט המהותי כעיקר חייבה אפוא לראות בפרוצדורה מערכת משפטית משנית, שאינה אלא כלי שרת בידי המשפט המהותי. בהתאם לכך, סרבול משפטי הנוצר בשל כלל פרוצדורלי נתפס בהכרח כדבר שלילי ובבחינת עיוות דין.²³

21 "By procedure, is meant the course taken for the execution of the laws [...] As in fact every act by which a course of procedure is commenced has for its end or object, the bringing about the execution of some law of the substantive class, so, in point of utility, it may be said that the course of procedure ought to have in every instance, for its main and primary end at least, the accomplishment of the will manifested in the body of substantive laws. For this is not only a use of it, but the only use for it" JEREMY BENTHAM, PRINCIPLES OF JUDICIAL PROCEDURE: WITH THE OUTLINES OF A PROCEDURE CODE, *reprinted in 2 WORKS OF JEREMY BENTHAM* 5–6 (John Bowring ed., 1843).

22 ראו גם (2003) 57, 59, 65 RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY.

23 ראו שלו גינורס "מיטרד ליריב: נגישה, קינטור וטרדנות בהליכי משפט" משפטים ב 221, 221 (1970): "אין הפרוצדורה זוכה באהדה רבה. מי שאינו משפטן סולד ממנה, כי בגללה אינו מסוגל לנהל את משפטו בעצמו והוא נזקק לעורך-דין מקצועי. אך גם יחסו של המשפטן לפרוצדורה אינו חיובי, והוא רואה בה רק ענין טפל (adjective) הגורע מחשיבותו של העיקר, הוא המשפט המהותי (substantive). יתרה מזו: לא פעם מסתבר כי כללי הפרוצדורה הרבים והמרובים אינם תורמים לנצחוננו של המשפט המהותי, אלא לעיוות הדין".

נוכח התפיסה המחשיבה את הפרוצדורה ככלי שרת של המשפט המהותי התקבעה גם התפיסה שלפיה אין הפרוצדורה אמורה לשנות מרכיביה של הנורמה המהותית.²⁴ ביטוי משמעותי לכך נמצא בהסדר החקיקתי המקובל בכמה מדינות השייכות למשפחת המשפט המקובל, אשר לפיו אפשר להסדיר את כללי הפרוצדורה באמצעות חקיקת משנה במקום באמצעות חקיקה ראשית.²⁵ הדבר נובע מכך שהכלל הפרוצדורלי עוסק אך ורק ב"כיצד" ואינו אמור לעסוק ב"מה",²⁶ ולכן אין צורך להניע מהבחינה הזו את מנגנוני החקיקה הייצוגיים והמורכבים יותר של החקיקה הראשית.²⁷ בישראל, גם שר המשפטים (בתקופת המנדט היה זה זקן השופטים, כלומר נשיא בית המשפט העליון) הוא המוסמך לחוקק תקנות שעניינם "סדרי הדין והנהוג לפני בתי משפט",²⁸ ומכוח סמכות זו נחקקו כללי הפרוצדורה בתחום האזרחי במסגרתה של חקיקת משנה, שהיום מצויים בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018.²⁹

אף שאפשר להבין את התרעמותו של בנת'ם נוכח המציאות המשפטית ששררה באנגליה בתחילת המאה התשע עשרה (תקופה שהתאפיינה בסרבול רב של ההליך עקב קיומם של כללי דיון נוקשים), וכן להיווכח כיצד ההשקפה בדבר חשיבותה המשנית של

24 זה כמובן אינו תמיד נכון. קיימים בהחלט הסדרים דיוניים אשר יכולים להשפיע על תכנים נורמטיביים, ולעשות כך בממדים ניכרים. כך למשל נטען בהקשרו של הליך התובענה הייצוגית שמבחינות רבות הוא אינו רק כלי המאגד תביעות רבות במסגרת דיונית אחת. ראו בעניין זה MARTIN H. REDISH, WHOLESALE JUSTICE: CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF THE CLASS ACTION LAWSUIT 2–4 (2009).

25 בישראל ראו ס' 108 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984; ע"א 303/57 ריין נ' המר, פ"ד יא 1362 (1957); בארצות הברית הגוף שהוסמך על ידי הקונגרס לחוקק כללי פרוצדורה (כולל הכללים הנוגעים לראיות) בבתי המשפט הפדרליים הוא בית המשפט העליון של ארצות הברית. בחוק המסמך בעניין זה, ה-Rules Enabling Act, 1934, נקבע בסעיף 2072(b) גם במפורש לאמור: "Such rules shall not abridge, enlarge or modify any substantive right".

26 מרים בן-פורת "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח 5 (1988).

27 ראו Charles W. Joiner & Oscar J. Miller, *Rules of Practice and Procedure: A Study of Judicial Rule Making*, 55 MICH. L. REV. 623 (1957).

28 ס' 108 לחוק בתי המשפט.

29 אבקש להבהיר שאני אומר את הדברים כדי לתאר את תבנית החשיבה הקיימת, ולא כדי לתאר את תבנית החשיבה הנכונה. ואכן, ביטוי מסוים ועכשווי לחשיבה זו קיים עד היום במשפט האמריקני מבחינת השאלה העקרונית אם נכון להסדיר את הליך התובענה הייצוגית במסגרת חקיקת משנה, כפי שההליך מוסדר כעת על פי כלל 23 ל-Federal Rules of Civil Procedure, שכן אם תכליתו של ההליך היא לעשות אגרגציה של תביעות אישיות, הרי שהוא עוסק ב"כיצד" ולא ב"מה", ועל כן הסדרתו בחקיקת משנה מותרת. ראו במיוחד בעניין זה פסק דינו של השופט סקליה (Scalia) בעניין Shady Grove Orthopedic Assocs., P.A. v. Allstate Ins. Co., 559 U.S. 393, 408 (2010). לדעה דומה בישראל, לפחות בשאלת תכליתה של התובענה הייצוגית כמתכון לאגרגציה של תביעות אישיות, ראו פסק דינו של השופט גרוסקופף בעניין רע"א 6992/22 AGODA COMPANY Pte. Ltd. נ' צביה, פס' 34 (נבו 27.5.2024).

הפרוצדורה הכתה לה שורשים, אין להבין מכך שדבריו משקפים את המשפט המצוי לאשורו, ולא כל שכן את המשפט הרצוי של ימינו אנו. לפרוצדורה יש בהחלט תכליות נוספות מלבד הוצאתו של המשפט המהותי מן הכוח אל הפועל. אדרבה, תכליתיה הנוספות של הפרוצדורה אפשר שיחייבו גם ויתור על אכיפתה של הנורמה המהותית.³⁰ הנה למשל, זהו עניין של יום ביומו בבתי המשפט, שמוכרעים משפטים ונחרצים גורלות מבלי לברר עד תום את העובדות לאשורן ומבלי לוודא שהנורמה אשר חשב עליה המחקק כנורמה שאמורה להכריע את הכף לטובת מי מהצדדים היא אכן הנורמה שמוחלת. זהו הדין מקום שבו בעל דין אינו שועה להוראות בדבר הגשת כתב טענות בזמן, הפקדת ערובה ועוד.³¹ אם לא נהיה מוכנים להקריב את הדין המהותי במקרים מתאימים, ניוותר עם כללי פרוצדורה אזורית שהם "תוכנית כבקשתך"³² ונותר את המערכת עם משאבים פחותים כדי להכריע בסכסוכים אחרים. לפי זה יש בהחלט ערך משפטי בפני עצמו לכך שהסכסוך לא רק מוכרע, אלא גם מוכרע בתוך זמן סביר, שהרי *justice delayed is justice denied*.³³ נוסף על כך, אפשר למנות בהקשר זה את מוסד הפשרה, הליך הבוררות (לפחות כאשר אין הבורר מחויב לדין המהותי), ובעצם כל הליך חלופי להכרעה בסכסוך. מתכונים פרוצדורליים אלה רואים כתכלית עיקרית של ההתדיינות המשפטית את ההכרעה בסכסוכים (*conflict resolution model*) ולא בהכרח כמתכון להכוונת התנהגות באמצעות החלת הנורמה שקבע המחקק (*behavior modification model*). בנת'ם היה נדהם לגלות כי המודל של הפרוצדורה להכרעה בסכסוכים, ולא בהכרח זה של הכוונת התנהגות, הוא הדומיננטי היום.³⁴ כיום גם בתי המשפט הפכו ל"מנהלי סכסוכים",³⁵ וגם הם עצמם יכולים להכריע בסכסוך על דרך הפשרה ולא בהתאם למצוותה של הנורמה, וזאת אך משום שזהו רצונם של הצדדים.³⁶ ובכן, תכליתה של

30 תובנה זו הביאה לקיומו של דיון המבקש לקבוע מה חשוב יותר, המשפט המהותי או המשפט הדיוני. ראו *Jeremy Lever, Why Procedure is More Important than Substantive Law*, 48 INT'L & COMPAR. L.Q. 285 (1999).

31 ראו באופן מיוחד רע"א 83/01 וייס נ' מרדכי, פ"ד נה(3) 730 (2001). הליך זה התנהל בפני שלוש ערכאות, בית משפט השלום (שאליו הוגשה התביעה), בית המשפט המחוזי (ערעור, בגלגול שני) ובית המשפט העליון (ערעור, בגלגול שלישי), והוכרע בסופו לחובת הנתבע, שלא עמד בתנאי תשלום ההוצאות שנקבעו לביטול פסק הדין שניתן נגדו בהיעדר הגנה, כך שהפסק נותר חלוט מבלי לדעת כלל מה היה ביסוד התביעה.

32 ראו דבריו של השופט שטיין בעניין מיר, לעיל ה"ש 4, בפס' 1.

33 ראו *A. A. S. Zuckerman, Quality and Economy in Civil Procedure: The Case for Commuting Correct Judgements for Timely Judgments*, 14 OXFORD J. LEGAL STUD. 353 (1994).

34 ראו Merrill, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1402–1407.

35 ראו *Judith Resnik, Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374 (1982).

36 ראו ס' 79א לחוק בתי המשפט.

- הפרוצדורה אינה רק להחיל את הנורמה המהותית אלא גם לעשות זאת אגב חיסכון בעלויות ניהולה של ההתדיינות (Direct Cost – DC).³⁷
- מתברר שיש תכלית נוספת של הפרוצדורה: ההגינות בהתנהלות הדיונית.³⁸ כיבוד כללי ההגינות יכול ויחייב ויתור על כיבודה של הנורמה, וזאת גם אם הדבר יעלה למערכת ולצדדים בהקדשת משאבים נוספים. הכוונה היא בעיקר לכיבודם של כללי הצדק הטבעי, המחייבים הכרעה משפטית על ידי בית משפט נטול משוא פנים, זאת אגב מתן הזדמנות נאותה לצדדים להביא את דברם בפני בית המשפט, שאמור לפעול בשקיפות ולנמק את החלטותיו.³⁹ כך למשל, אם השופט שהכריע בסכסוך נגוע במשוא פנים, דין פסק דינו להתבטל גם אם הוא פסק דין נכון מבחינה משפטית. כך גם אם פסק השופט מבלי לתת לבעל דין הזדמנות להופיע ולטעון בפניו.⁴⁰ ברור לנו כי ביטול ההליך וניהול הליך אחר תחתיו הוא צעד מכביד שיגרום למערכת ולצדדים להוצאות נוספות. כיבוד ערכים דיוניים אלה הוא אינטרינזי מבחינת ההליך, כלומר כזה הנובע מעצם קיומם וללא קשר, לפחות לא קשר ישיר, לעלות בעניין אי-אכיפה מדויקת של הנורמה או להוצאות הכרוכות בניהולו של ההליך. אפשר אפוא לתאר את העלות כנובעת מפגיעה בערכי ההתדיינות ההוגנת (process values),⁴¹ באמצעות הערך הכללי של (Moral Cost (MC).⁴²
- בצד כל אלה, אפשר בהחלט למצוא מנגנונים פרוצדורליים שכל תכליתם היא הוצאתו של המשפט המהותי מן הכוח אל הפועל, אגב הקטנת הסכנות הכרוכות באי-אכיפה של הנורמה (Error Cost – EC).⁴³ ראו לדוגמה את הליך התובענה הייצוגית בנוגע לתביעות אישיות שערכן הוא שלילי (negative value) (דוגמה שעוד תשמש אותנו בהמשך הדברים): עלות ניהולה של התביעה האישית תעלה על ערכו המשווער של פסק דין המקבל את אותה תביעה במלואה. אם נבקש לסמוך במקרה זה על עקרונות הפרוצדורה האזרחית, שלפיהם על התביעה האזרחית להיות אינדיווידואלית ווולונטרית, הרי שתובענות אזרחיות לא תוגשנה כלל, דבר שיביא לתת-אכיפה של הנורמה שאותה הפר הנתבע.⁴⁴ התובענה הייצוגית במקרה כזה (בהנחה שיש קבוצה של בני אדם עם תביעות אישיות דומות שערכן ברמה האישית שלילי), המאפשרת את כינוס כל התביעות האישיות של אלה שנפגעו ממעשיו של הנתבע, הופכת את ניהולו של ההליך האזרחי לכדאי, ועל
- 37 ראו Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. LEGAL STUD. 399, 400–01, 441–43 (1973).
- 38 Michael Bayles, *Principles for Legal Procedure*, 5 LAW & PHIL. 33, 45 (1986).
- 39 רע"א 1982/05 **מקומן כל הצפון נ' פלוני** (נבו 23.1.2006); ראו Frederick Schauer, *Giving Reasons*, 47 STAN. L. REV. 633, 656–57 (1995).
- 40 ראו למשל איריס קנאור ואברהם טננבוים "אם יש ספק אין ספק: כללי פסילת שופטים בשל היכרות קודמת – הצעה לרפורמה" **משפטים על אתר** יב 163, 165 (2019).
- 41 ראו Robert S. Summers, *Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for "Process Values"*, 60 CORNELL L. REV. 1 (1974).
- 42 Bayles, לעיל ה"ש 38, בעמ' 45.
- 43 שם, בעמ' 41–43.
- 44 ראו מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים" **דין ודברים** א 449, 480–478 (2004) (להלן: קרייני "התביעה הייצוגית בישראל").

כן גובר הסיכוי שבעקבות קיומה, גם כמכשיר דיוני בכלל,⁴⁵ תתבצע אכיפה אופטימלית יותר של הנורמה המהותית שהופרה.⁴⁶ ההתחשבות עם הנתבע הספציפי גם תרטיע אחרים מלבצע הפרה דומה ולהתעשר שלא כדין. ודוק, ערכה של התובענה הייצוגית ביחס לתביעות אישיות בעלות ערך שלילי אינו בחיסכון במשאבים ומניעת קביעות סותרות, שהרי אם הליך אישי אין (כי הוא אינו כדאי), קביעות סותרות מניין!⁴⁷ נהפוך הוא, בשל קיומו של מתכון התובענה הייצוגית כמכשיר דיוני נולד הליך אזרחי שכלל לא היה בא לעולם.

בדיון שערכתי עד כאן ניסיתי לזקק את שלושת הערכים המקובלים של הפרוצדורה האזרחית – יישום המשפט המהותי וקיומו של הליך יעיל והוגן. אגב הדגמת פועלו של כל ערך, הצבעתי על הכלל הדיוני שרואה ערך אחד בתור הערך העיקרי. ואולם, במרבית המקרים הכלל הדיוני הרלוונטי אינו שואף להביא להגשמתו של אחד מערכים אלה, אלא של שלושתם ביחד. במאמץ זה נהיה מוכנים לוותר במידה זו או אחרת על הערך האחד, וזאת במטרה להשיג סינרגיה בין שלושת הערכים גם יחד. ובכן, הכלל הדיוני האופטימלי מהבחינה הזאת אמור לשאוף לערך הקטן ביותר של העלות הכרוכה בכל אחד מערכים אלה, כלומר:

$$EC + DC + MC = \text{סכום מינימום}$$

ראו למשל את מוסד הערעור. לערעור יש כמה תכליות הקשורות לכל אחד משלושת הערכים הללו. ההליך נועד לתקן טעויות שנפלו בפסק הדין, כלומר להקטין את ערך ה-EC. הוא מחייב לפיכך את הגשת הערעור בפני ערכאה גבוהה יותר, מתוך הנחה שערכאה זו מאוישת על ידי שופטים מנוסים ומיומנים יותר; לעיתים אף מתחייב כי ערכאת הערעור תשב בדיון בהרכב של שלושה שופטים, במטרה להבטיח תחולה מדויקת של הנורמה. מהבחינה הזו יש שאיפה להקטין את ה-EC. הערעור מעודד גם את ערך ההגיונות: קיומו מאפשר לבעלי הדין לקבל את ההכרעה המשפטית ולהסיר מליבם את הדאגה שמא ההכרעה שרירותית. ברמה הזו, הערעור מקטין את ה-MC. ואולם, עצם קיומו של הערעור מחייב הקדשת משאבים נוספים. על הצדדים וכן על המערכת להקדיש כעת משאבים נוספים כדי לדון ולהכריע בסכסוך שכבר הוכרע. אין ספק שערך ה-DC עולה באופן ניכר מבחינת הליך הערעור. הניסיון למזער בכל זאת את ערך ה-DC בעניינו

45 ראו במיוחד Benjamin Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, 81 HARV. L. REV. 356, 388–95 (1967).

46 אפשר לומר שהאכיפה הכללית של נורמות בחברה צריכה להתבצע על ידי רשויות המדינה. ואולם, נוכח כמות הרגולציה הקיימת והמשאבים המוגבלים של הרשויות המנהליות, מבקשים להישען גם על מכשיר אזרחי, כדוגמת התובענה הייצוגית, אשר הופך במקרה זה למכשיר שמפריט את מלאכת אכיפתן של הנורמות. ראו למשל David Marcus, *The History of the Modern Class Action, Part I: Strum Und Drang, 1953-1980*, 90 WASH. U. L. REV. 587, 593 (2013).

47 אבל השוו לבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פס' 3–4 לפסק הדין של השופטת ביניש (נבו 29.8.2011).

של הערעור בא לידי ביטוי בכך שאם מוקנית זכות ערעור על פסק דין, הרי שהזכות מוקנית רק פעם אחת, וגם זאת רק בנוגע להחלטה הסופית במשפט, כלומר על המוגדר "פסק דין" ולא על החלטת ביניים, שהיא "החלטה אחרת".⁴⁸ ניתוח דומה אפשר לערוך למשל גם בהקשרם של כללי הגילוי המוקדם בהליך האזרחי, שחותרים להכרעה יעילה והוגנת בסכסוך וכן גם לגילוי האמת,⁴⁹ וכך גם מבחינתם של שיקולי הסמכות, לרבות בעניין שיקולים משלימים כדוגמת דוקטרינת הפורום הבלתי נאות.⁵⁰

במסגרת התכליות הדיוניות הכלליות של הפרוצדורה האזרחית ברצוני לציין תכלית נוספת: התכלית הדמוקרטית של ההתדיינות המשפטית. תכלית זו עניינה האינטרס של מתן הזדמנות ליחיד הכפוף למערך נורמטיבי מסוים, זאת מתוקף השתייכותו לקהילה פוליטית מסוימת, להיות שותף בעיצובו של אותו מערך נורמטיבי. תכלית זו קרובה מבחינה רעיונית לערכי ההגינות הגלומים בערך ה-MC שצוינו דלעיל, אולם אין הלימה מושלמת בין ערכים אלה. התכלית הדמוקרטית של הפרוצדורה האזרחית, לפחות כך בהקשר של גירעון דמוקרטי, אינה מתמקדת בבעל הדין ככזה, אלא בקהילה שעומה נמנה אותו בעל דין. אם כל בעל דין זכאי לקבל מבית המשפט פסק דין מנומק לפי הערך הכללי של ה-MC, יש שנכון להתחשב בהקצאת מעמד פרוצדורלי זה או אחר עבור קהילה מיוחדת שעומה נמנה בעל הדין, במיוחד, אך לא רק,⁵¹ כאשר אותה קהילה מצויה במצב של גירעון דמוקרטי. תכלית זו של הפרוצדורה מושפעת אפוא, כפי שהיא אכן צריכה להיות מושפעת, מחסמים מבניים הקיימים בחברה ואשר מונעים מקהילות מסוימות או מקשים עליהן להיות שותפות במלאכת עיצובה של הנורמה באמצעות ההליך הדמוקרטי של בחירות לרשות המחוקקת. בהקשר זה אפשר למצוא החצנה ישירה מבחינת מידת הפגיעה בערך הדמוקרטי, וזאת גם אם ההתדיינות ערבה לשאר כללי ההגינות הרגילים שנודנו לעיל. לשון אחר, גם אם נערוב לכך כי ימצא לנו סכום המינימום של שלושת הערכים שזיהינו לעיל – $EC + DC + MC$, עדיין נמצא כי יש פגם בהליך, מאחר שהוא אינו מאפשר לחברי קהילה מסוימת הזדמנות נאותה לגעת בנורמה שמשפיעה עליהם. זהו הערך של ה-Dem.C (Democratic Cost), שעליו ברצוני להרחיב דברים בפרק הבא.

48 על מערך השיקולים השונים בקביעת האיוון הנכון בין ערך אכיפת הנורמה, מצד אחד, ועיתוי הנכון מבחינת הצדדים והמערכת בכללותה לקיים הליך של השגה על קביעתה במסגרת הערעור, מצד אחר, ראו מיכאל קרייני "תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי – גבולות כבישתה של אופציית הערעור על החלטות-ביניים" **משפטים** כט 139 (1998); מיכאל קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה: גבולותיה החדשים של אופציית הערעור על החלטת ביניים בהליך האזרחי" **מחקרי משפט** כח 153 (2012).

49 ראו מיכאל קרייני "הגילוי המוקדם בהליך האזרחי בישראל: מגמות" **משפטים** לח 559, 574–587 (2008).

50 ראו Michael Karayanni, *Forum Non Conveniens in the Modern Age* 135–45 (2004).

51 אני אומר "לא רק", משום שיש לעיתים מצבים שבהם העובדה שהתובע הוא תושב של מדינה, שמדינת הפורום מחשיבה כמדינת אויב, היא כשלעצמה תגביל את זכותו של התובע לגישה לבתי המשפט של מדינת הפורום. ראו דנ"א 5698/11 **מדינת ישראל נ' דיראני** (נבו) (15.1.2015).

ב. הפרוצדורה כהליך דמוקרטי המאפשר נגיעה בנורמה

הפרוצדורה האזרחית היא כלי רב-עוצמה. עצם הגשתו של כתב התביעה מתניע מנגנון משפטי כוחני, שלפני כל דבר אחר מחייב את הנתבע לנקוט עמדה ולהשיב לטענות התובע באמצעות הגשת כתב הגנה. הצורך להתגונן, בשונה מטענות ההגנה עצמן, אינו מושפע מחוזקת כתב התביעה. נתבע הבוחר להתעלם מכתב התביעה משום שלדעתו הטענות המועלות בו מופרכות ימצא את עצמו מחויב בפסק דין, וכל עוד יהיה פסק דין זה קיים, יהיה הנתבע נתון למרותם של הליכי ההוצאה לפועל, המאפשרים ירידה לנכסיו. אם כן, שלא כמו בפתיחתם של הליך פלילי או הליך מנהלי, אשר למדינה יש מונופול על ייזומם וכן יכולת עקרונית למנוע את פתיחתם מקום שבו הבסיס המשפטי והראייתי של ההליך רעוע, התובע בהליך האזרחי יכול להימנות הן עם שכבות מוחלשות בחברה, שיכולתן להשפיע על מוסדות השלטון זניחות אם בכלל קיימות, והן על האליטה הכלכלית הכול יכולה, אשר מבקשת לפעול מטעמים אנוכיים צרופים. התובע יכול, עוד לפני שטענותיו מתבררות לגופן, לחייב את הנתבע לשכור את שירותיו של עורך דין, להניע הליכי גילוי מוקדם ולקבל לידיו מידע מאת הנתבע וכן לקבל סעד זמני, כמו עיקול זמני על נכסי הנתבע. לא אחת גם יוצרת התביעה האזרחית לחץ על הנתבע "להתפשר" ולסלק את התביעה בהיותה מטרד, שהרי עצם קיומה מאפשר להניע את ההליך הכוחני והמעמיס האמור, וזאת מבלי לברר את טענות התובע לגופן. אם כן, ברמת הערכים הדיוניים שנדונו לעיל, התביעה האזרחית עשויה להביא לסכום גבוה במיוחד של צירוף ערכי ה- $EC + DC + MC$, שהרי מתקיים הליך שאינו אמור להתקיים, שיוצר מעמסה ובסופו של דבר גם מביא לאכיפת יתר של הנורמה.

כמו כן, גם אם התביעה מבוססת למדי, הן ברמה של עילת התביעה הן ברמת הראיות התומכות בה, הנתבע יכול להגיש כתב הגנה ולהכחיש בו את כל אשר נטען על ידי התובע. כתב ההגנה אינו אמור להיתמך בראיות כלשהן או בטענות משפטיות המציגות הגנה מוכרת. משמוגש כתב ההגנה, על התובע להוכיח את תביעתו ואגב כך גם להעמיד את עדיו וראיותיו לחקירה ולעיון מצד הנתבע. גם מציאות זו יכולה להביא לעיוותים ולסכום גבוה של צירוף ה- $EC + DC + MC$. אם נוסיף לכך את האפשרות שהתובע במקרה זה הוא שחקן חד-פעמי בעל אמצעים מוגבלים, ואילו הנתבע הוא שחקן חוזר בעל אמצעים רבים, אזי תיתכן גם במקרה זה פשרה שמשמעותה אכיפת חסר של הנורמה.

לא רק הצדדים מחזיקים בכוח רב כתוצאה של קיום הפרוצדורה. גם בתי המשפט הפכו לשחקן חשוב בהיבט של ההשפעה שיש להם על עיצובן של הנורמות בחברה. ההתפכחות הראשונה שהייתה לי בעניין הזה התרחשה עוד בימי כסטודנט, כאשר קראתי את המשפט הבא של רונלד דוורקין (Ronald Dworkin):

People often stand to gain or lose more by one judge's nod than they could by any general act of Congress or Parliament.⁵²

52 RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 1 (1986).

ואכן, בסופו של דבר הנורמה הופכת לנורמה מחייבת במובנים ובמשמעויות שבית המשפט נותן לה.⁵³

עבור המתבונן מהצד, דברים אלה אינם מציגים את הפרוצדורה האזרחית באור חיובי. אם כן, מה פשר הגישה המוכנה להשלים עם כל ההחצנות השליליות של הפרוצדורה האזרחית, שעניינן כוח בלתי מבוקר בייזום ההליך האזרחי והיחס המקל כלפי העלאת הגנות? לכאורה, חופש זה שמתאפשר לבעלי הדין אינו מעודד בהכרח אף לא אחד מהערכים שצוינו לעיל, כלומר הערך בדבר אכיפת הנורמה, ערך היעילות וערך ההוגנות, אלא את ההפך מכך. הדיון בשאלה זו חושף בפנינו תכליות נוספות של הפרוצדורה האזרחית, אשר ברגיל אין אנו מודעים להן. לשאלה ספציפית זו נהוג להשיב כי יש אינטרס ציבורי המבקש לפתוח את שערי בתי המשפט לרווחה, וזאת במגמה ברורה לאפשר את פתרון הסכסוך באמצעות ההתדיינות המשפטית, לעומת עשיית דין עצמי.⁵⁴ כדי שההליך המשפטי יקבל את הלגיטימיות שלו בעיני הצדדים המסוכסכים (וכן בעיני הציבור הרחב), חשוב כי כל אחד מהם יוכל להשתתף באופן פעיל בהליך ולהציג את טענותיו בחופשיות. סינון יתר של תביעות והגנות עלול אפוא להוביל את הצדדים למערכות חלופיות של פתרון סכסוכים, דבר שיפגע במעמדה של מערכת בתי המשפט כאחת מרשויות השלטון.

בפריזמה המשפטית הזאת, ההתדיינות המשפטית המאפשרת כוח כה רב לצדדים אינה נחשבת לממד חברתי חיובי. היא מתכון לפתרון סכסוכים, שהוא הרע במיעוטו.⁵⁵ רוצה לומר, ההתמודדות הכוחנית המתאפשרת באמצעות ההתדיינות המשפטית עדיפה מפתרון סכסוכים באמצעות עשיית דין עצמי, פשיעה, ובעבר הרחוק באמצעות הדו-קרב.⁵⁶ אם רק אפשר להימנע מהתדיינות המשפטית מבלי שכל צד יעשה דין לעצמו, יהיה פתרון זה עדיף מעצם ניהולה.

ממד נוסף בערך החברתי-משפטי של הפרוצדורה קשור להיותה מעין זירה אזרחית, המאפשרת לבעלי הדין להיות שותפים במלאכת עיצובה של הנורמה השולטת בהם.⁵⁷ בהקשר הזה מזדקרת הפרוצדורה כאמצעי דמוקרטי שנועד לאפשר לקהילה, הנשלטת על ידי מערך של נורמות הקבועות בדברי החקיקה השונים, להיות שותפה למתן משמעות ותוכן לנורמות אלו. כך, הפרוצדורה משלימה את ההליך הדמוקרטי הרגיל, המאפשר לחברי הקהילה להצביע לרשות המחוקקת ועל ידי כך להשפיע על מערכות השלטון

53 שם, בעמ' 2 (a) "In Britain and America, among other places, judicial decisions affect a great many other people as well, because the law often becomes what judges say it is".

54 ראו Lahav, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1658.

55 Bayles, לעיל ה"ש 38, בעמ' 57.

56 ראו JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL 5–9 (1949).

57 מהמאמרים הראשונים והחשובים שנכתבו בנושא, ראו Frances Kahn Zemans, *Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System*, 77 AM. POL. SCI. REV. 690 (1983); בהקשר הישראלי, במיוחד בנוגע להתדיינות בעל אופי ציבורי, ראו Gal Dor & Menachem Hofnung, *Litigation as Political Participation*, 11 ISR. STUD. 131 (2006).

ששולטות בהם. זאת ועוד, תכלית זו של הפרוצדורה אינה מציגה אותה כמתכון שהוא הרע במיעוטו, אלא דווקא כמתכון חשוב וחיוני שיש לשבחו נוכח תרומתו להעצמת היסוד הדמוקרטי.⁵⁸

ההתדיינות המשפטית היא כלי רב-עוצמה גם בהקשר של החובה לספק הסברים רציונליים בעד ונגד התוצאה שבעלי הדין חותרים אליה. ברמה הזו, ההתדיינות המשפטית שקופה יותר מאשר הליך הבחירות,⁵⁹ שמחייב הטלת פתק בקלפי עם שם המועמד או המועמדת או המפלגה שחפצים לבחור בהם בלבד.⁶⁰ הרציונליות הטבועה בהתדיינות קיימת בוודאי גם בפסקי הדין ושאר ההחלטות שבית המשפט מוציא תחת ידו במהלך ההתדיינות. בישראל, כמו במרבית שיטות המשפט הנמנות עם משפחת המשפט המקובל, לא מספיק לפסוק שפלונית, כבעלת דין, חייבת או פטורה. במקום זאת, יש לנמק קבל עם ועדה על סמך מה מצא בית המשפט לזכותה או לחיובה במסגרת הברור המשפטי, ולקראת מתן ההחלטה מתקיים גם הליך של איסוף עובדות ומידע, על סמך מערך של דיני ראיות, שאמורים לאפשר לבית המשפט להגיע להחלטה מושכלת.⁶¹ אני בהחלט מקווה שהבוחרים שבוחרים מועמד או מועמדת כלשהם יאספו מידע כזה, וכן גם שנבחרי הציבור יקבלו את החלטותיהם על סמך מידע מקיף ואמין מספיק, אך אין ערובה לכך שאלה יהיו פני הדברים תמיד.⁶² נוסף על כך, לא אחת החקיקה מושפעת משיקולים זרים ומחסמים פוליטיים. הליך ההתדיינות המשפטית שקוף יותר ומבקש במוצהר להתבסס על הליך מובנה של קביעת עובדות, למידת המִטְרָה והצדקת התוצאה. ממד חשוב נוסף המגלם קשר הדוק בין הפרוצדורה ובין הרשות השופטת נובע ממעמדו הפסיבי של בית המשפט בהתנעת ההליך המשפטי, ולאחר שזה החל גם בשליטה בהצגת הטענות, בין אם מצד התביעה ובין אם מצד ההגנה. בעוד הרשות המחוקקת נשענת על היוזמה של חבריה – שבישראל הם חברי הכנסת – כדי ליזום ולגבש את דבר החקיקה, והרשות המבצעת על שריה כדי להוציא מן הכוח אל הפועל את פונקציות השלטון, הרי שהרשות השופטת נשענת בראש ובראשונה על בעלי הדין כדי ליזום בפניה הליכים. אגב הליכים אלה, ולא הליכים יוזמים על ידי ציבור השופטים, יכולה הרשות השופטת למלא את תפקידה כרשות שלטונית עצמאית. מהטעם הזה נפסק כבר בישראל כי מעמדה של זכות הגישה לערכאות הוא לכל הפחות כמעמדה של זכות

58 LAHAV, לעיל ה"ש 6.

59 ראו Ori Aronson, *Civil Litigation as Civic Participation: A Comment on Assy's Injustice in Person*, 17 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 22, 28 (2018).

60 ראו Fuller, לעיל ה"ש 2, בעמ' 367. אין פירוש הדבר כמובן שהנימוקים הניתנים על ידי בעלי הדין הם בהכרח אובייקטיביים. להפך, אפשר שנימוקים אלה דווקא יעוותו את המצב המשפטי. ואולם, עצם ההשתתפות בהליך עשוי להקנות להליך לגיטימציה בעיני הצדדים עצמם, ויש בכל זאת ערך חשוב בהתמודדות בין בעלי הדין מבחינתו של בית המשפט. Lahav, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1681–1682.

61 ראו Micah Schwartzman, *Judicial Sincerity*, 94 VA. L. REV. 987 (2008).

62 כמובן, אין ערובה לכך שהנימוקים הניתנים הם תמיד הנימוקים האמיתיים.

יסוד, ולפי גישתו של השופט מישאל חשין זכות הגישה לערכאות נעלה על זכות חקיקתית רגילה.⁶³

אומנם נכון הדבר שלי, כחבר בקהילה הפוליטית, כלומר כאזרח, ניתנת הזכות לבחור את הנציגים שלי לבית המחוקקים, ולגיטימי כעת לראות בי, מתוקף האמנה החברתית, ככזה שעליו לכבד את דברי החקיקה השונים. עם זאת, יהא זה נאיבי לחשוב שמשפטן הנדרש לתת חוות דעת מוסמכת בנוגע למצב המשפטי לאשורו יכול אך לעיין בדברי החקיקה ולהסתפק בציון הוראת החוק שלדעתו קובעת את הנורמה המחייבת. עולם המשפט הוא עולם של שפה, ולמילים יש משמעות. לרעיונות הגלומים במונחים ובמילים יש רקע, יש כללים פנימיים, יש השלכות – מהו סטנדרט מחייב של זהירות שבלעדיו אין אפשרות להבין או להפעיל את עוולת הרשלנות? מהן גמירת דעת ומסוימות – מושגים שבלעדיהם אין חוזה? מהי פשרה ומהו תוכנה של דרישת הכתב מקום שבו הן מתחייבות בדבר חקיקה זה או אחר? וכך הלאה. בשיטות מסוימות בתוך עולם המשפט המקובל בפרט, כולל בישראל, יש תחומי משפט שלמים שנוצרו על ידי בתי המשפט. ראו למשל את תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי. אין דבר חקיקה שקובע מהו כלל ברירת הדין בחוזים או כלל ברירת הדין בנזיקין, והפסיקה בישראל היא שקבעה זאת.⁶⁴ מכאן התפקיד הראשון במעלה שיש להתדיינות המשפטית בהליך עיצובן של הנורמות המחייבות. מעצם קיומה של הפרוצדורה היא מאפשרת לצדדים "לגעת" בנורמה המשפטית ולהשפיע מכוח השתתפותם בהליך, ומכוח טיעוניהם ופרשנותם שלהם, על מתן משמעות לנורמה שאמורה לזכות או לחייב אותם.

אין להבין מדברים אלה שהפרוצדורה צריכה להחליף את הליך הבחירות או שהיא עדיפה תמיד מזכות הבחירה, למרות יתרונותיה שנמנו לעיל. גם הפרוצדורה סובלת מתחלואים שאינם מצויים בהכרח בזכות הבחירה. כך למשל, העיקרון הדמוקרטי הבסיסי הקיים בהקשר של זכות הבחירה הוא שקולו של כל אזרח שווה, יהיה מעמדו של זה אשר יהיה. לא כן כוחו הדיוני של המתדיין המגיע לפתחו של בית המשפט. כפי שמלמד אותנו מארק גאלנטר (Marc Galanter) במאמרו המכונן על "אלה שיש להם",⁶⁵ יש שוני רב במעמדו של המתדיין, כ"שחקן חד-פעמי" לעומת כ"שחקן חוזר", במיוחד כאשר לאמצעים העומדים לרשותו ואשר מאפשרים לו להתמודד עם ההחצנות השליליות הכרוכות בהתדיינות המשפטית. נוסף על כך, יש פערי כוח בין מתדיינים בכל הקשור ליכולתם להשיג מידע לצורך ההתדיינות המשפטית. אי-אפשר אפוא לומר כי כל מתדיין שווה לכל מתדיין אחר בכוחו הדיוני, דבר אשר בהכרח משפיע על יכולתם "לגעת" בנורמה, בעוד אפשר לומר שכל אזרח ואזרחית שווים ביניהם בכוחם להשפיע באמצעות הקול בקלפי.

63 ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997). לניתוח הגישות השונות כפי שבאו לידי ביטוי בפסק דין זה, ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה' 217 (2000).

64 ראו למשל בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264 (2007).

65 Galanter, לעיל ה"ש 10.

עם זאת אין להתכחש לקשר שבין ההתדיינות המשפטית ובין הדמוקרטיה, וחשוב מכך – גם להכיר את הפנים השונים שיכולים להיות לקשר זה. פן אחד קשור לתפקידו של בית המשפט, כרשות שלטונית, לפעול כדי לאכוף דברי חקיקה שונים שעה שהמחוקק עצמו מבקש להניח לבתי המשפט לעצב את האכיפה במסגרת ההתדיינות המשפטית המובאת לפתחם.⁶⁶ במשפט הציבורי, שאלה זו קשורה למשל לזכות העמידה ולעניין השפיטות של שאלות מסוימות; בהליך האזרחי, השאלה מתבטאת בסוגיות שקשורות לחסינות, שנכון או לא נכון לתת לגופים מסוימים, מפני הגשת תביעות אזרחיות, כמו ריבון זר⁶⁷ או דיפלומט.⁶⁸ פן אחר יכול להיות קשור לחשיבות שיש בהשתתפות נציגים מהציבור בהכרעה בסכסוכים, כמו למשל מושבעים באותן שיטות שנעזרות בחבר מושבעים במסגרת ההליך המשפטי.⁶⁹ בהקשר הישראלי, אפשר להזכיר את ההשתתפות של נציגי ציבור בהליכים המתנהלים בפני בתי הדין לעבודה.⁷⁰ פן חשוב נוסף נוגע לתרומה של ארגוני הזכויות לדמוקרטיה באמצעות ייזום הליכים בפני בתי המשפט כדי לקדם את עניינם של שכבות אוכלוסייה.⁷¹ והנה, בישראל גם ניתן מעמד מיוחד לארגון זכויות כנציג בייזום של הליך של תובענה ייצוגית כדי להגן על ציבור שהארגון אמון על קידום האינטרסים שלו.⁷² במסגרת רשימה זו ברצוני להתמקד בקשר בין ההתדיינות המשפטית ובין הדמוקרטיה, וזאת מבחינתו של המתדיין המשתיך לקהילה אשר בשל חסמים מבניים אינה מצליחה לקבל ביטוי לרצונותיה באמצעות הליך הבחירות הרגיל, בנוגע למערך נורמטיבי שמשפיע על מעמדה. במקרה זה מתקיים מצב של גירעון דמוקרטי מובהק, ועל כן נכון יהיה לחזק את זכות הגישה לערכאות של הקהילה שחבריה סובלים מאותו גירעון. הדבר נעשה במטרה לתת לאותה קהילה, על כל חבריה, הזדמנות נאותה להשפיע, ולו במידת מה, על המערך הנורמטיבי ששולט בהם.

- 66 ראו במיוחד Sean Farhang, *Legislating for Litigation: Delegation, Public Policy, and Democracy*, 106 CALIF. L. REV. 1529 (2018).
- 67 ראו חוק חסינות מדינות זרות, התשס"ט–2008.
- 68 ראו מיכאיל קרייני "ניתוח אונטולוגי למוסד החסינות הדיפלומטית: פרשת השגריר בסיוני" **משפטים** לג 63, 75–87 (2003).
- 69 ראו Jenny Carroll, *The Jury as Democracy*, 66 ALA. L. REV. 825 (2015).
- 70 ס' 2 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969.
- 71 היבט זה משך תשומת לב רבה בספרות המקצועית. למשל, התקיים דיון ער באופן שבו בית המשפט, באמצעות ההתדיינות המשפטית, הופך הוא עצמו לזירת מחאה, וכן לתרומה של ההתדיינות לשכבות חלשות גם מקום שבו היא נכשלת. ראו למשל Jules Lobel, *Courts as Forums for Protest*, 52 UCLA L. REV. 477 (2004); Douglas NeJaime, *The Legal Mobilization Dilemma*, 61 EMORY L.J. 663 (2012).
- 72 ראו למשל ס' 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, בעניין מעמדו של "ארגון" כנציג בהליך תובענה ייצוגית.

ג. על גירעון דמוקרטי, קהילה ויחיד

אף שקשה למצוא אחדות דעים בנוגע להימצאו בפועל של משטר דמוקרטי-ליברלי מושלם במדינה נתונה, אפשר לומר שהיום קיימת הסכמה רחבה באשר למצופה למצוא במשטר כזה. בולטת בעניין זה עבודתו של מדען המדינה האמריקני רוברט דאל (Robert Dahl)⁷³. דאל גורס כי משטר דמוקרטי ליברלי נשען על שני אדנים: עקרון ההשתתפות (participation) ועקרון המחלוקת (contestation). אפשר לפרק שני אדנים אלה ליסודות ממוקדים יותר, "רשימת מכולת" של שבעה מוסדות הכרחיים למשטר דמוקרטי ליברלי: (1) אנשי שלטון הנבחרים על ידי הציבור (elected officials); (2) בחירות חופשיות והוגנות; (3) קיומה של זכות בחירה מכילה (inclusive suffrage); (4) הזכות להציג מועמדות למשרה ציבורית; (5) חופש הביטוי; (6) קיומם של מקורות מידע חלופיים; (7) חופש ההתארגנות וההתאגדות. התכלית של אדנים אלה היא להבטיח שנבחר הציבור יהיו אחראים (accountable) בפני הציבור הנשלט על ידי מעשיהם וכי שלטונם יתבסס בסופו של דבר על הסכמת הקהילה הפוליטית הנשלטת. בצד עקרונות אלה, שלטון דמוקרטי-ליברלי נמדד גם בכיבודן של זכויות יסוד, כגון עקרון השוויון, ההגנה על מיעוטים, קיומו של משטר המכיר בקיומן של זכויות אדם וכן בשימורו של עקרון שלטון החוק. שעה שבאים לבחון את קיומו של גירעון דמוקרטי בחברה נתונה אפשר אפוא למקד את הבחינה בקיומם של עקרונות אלו.⁷⁴

ברמה העקרונית, והדברים יתבהרו להלן ביתר שאת, פגיעה בעקרונות אלה, ובמיוחד בעיקרון שאמור להבטיח השתתפות הוגנת בהליך הדמוקרטי ובמוסדות שאמורים לקבל החלטות שלטוניות, יוצרת תופעה כללית שאפשר לכנותה "גירעון דמוקרטי". בתי המשפט וכן המשפט בכללותו אינם נשארים אדישים, אלא מגיבים, אם בהעצמתה של הפרוצדורה שאמורה להבטיח התדיינות משפטית נגישה לבעלי הדין, ואף לארגונים בכלל, ואם באמצעות מתן זכויות קבוצתיות לקבוצות מוחלשות, והכול במטרה להפחית מהגירעון הדמוקרטי שהתהווה.

בתוך עולם המשפט, ובמידה רבה גם בתוך עולם מדע המדינה, התקיים דיון ער בנושא הגירעון הדמוקרטי בהקשרו של האיחוד האירופי.⁷⁵ אם ראשיתו של רעיון האיחוד האירופי היה בהסדרים הסכמיים בכמה אמנות שביקשו להסדיר את קשרי המסחר והמכסים בין המדינות המקוריות, הרי המשכו הוא בהקמת גופי שלטון בעלי סמכויות כלפי כלל הנתינים של מדינות אלו, מדינות שמספרן הלך וגדל עם הזמן, וכך גם

73 סיכום מועיל לעבודתו של דאל אפשר למצוא בספרו POLYARCHY: PARTICIPATION AND OPPOSITION שיצא לאור בשנת 1971. לחיבור חשוב נוסף של דאל על התאוריה הדמוקרטית ראו ROBERT A. DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (expanded ed. 2006).

74 ראו PIPPA NORRIS, DEMOCRATIC DEFICIT: CRITICAL CITIZENS REVISITED 27 (2011).

75 ראו J.H.H. Weiler et al., *European Democracy and its Critique*, in THE CRISIS OF REPRESENTATION IN EUROPE (Jack Hayward ed., 2012). ישנם מצבים נוספים שיוצרים גירעון דמוקרטי – כמו מצבי חירום. ראו למשל OREN GROSS & FIONNUALA NÍ AOLÁIN, LAW IN TIME OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE (2006).

היקפה של הרגולציה האירופית.⁷⁶ ואולם, לנתיניהן של מדינות האיחוד האירופי לא היה ערוץ פוליטי ישיר, כמו בחירות, כדי לקבוע את זהותם של בעלי השררה במוסדות השלטון של האיחוד. היעדר מנגנון פוליטי כזה יצר אפוא חסר בלגיטימציה של מוסדות האיחוד לשלוט, שהרי לא זו בלבד שאין השתתפות (participation) ישירה מבחינת ההליך המביא לבחירתם של בעלי השררה, אלא הם גם נעדרים אחריותיות (accountability) כלפי הקהילה שעליה הם מפעילים את סמכותם.⁷⁷ בשל הגירעון הדמוקרטי שנוצר נדרש אפוא מנגנון מאזן של הסמכויות של גופי השלטון. כך למשל, במסגרת משפט האיחוד האירופי הוקם גוף ייצוגי כלל-אירופי, פרלמנט אם תרצו, בשטרסבורג שבצרפת. מנגנון נוסף שנתפס כבעל תפקיד חשוב במאמץ להתגבר על הגירעון הדמוקרטי במסגרת המשטר החוקתי של האיחוד האירופי הוא מנגנון ההתדיינות המשפטית.⁷⁸ תפקיד ההתדיינות המשפטית כמנגנון המאפשר חיפוי (לא מושלם כמובן, אבל בכל זאת חיפוי מסוים) על הגירעון הדמוקרטי גלום בכותרת הבאה לרשימה שהתפרסמה על נושא זה: “Democracy by Lawsuit, or Can Litigation Alleviate the European Union’s ‘Democratic Deficit’?”⁷⁹ באמצעות הליך ההתדיינות מתאפשרת כעת, לפי התזה שלי, ה“נגיעה” של אזרחי מדינות האיחוד האירופי באותם הסדרים משפטיים שהרגולציה האירופית מעמידה לרשותם כצרכנים, ומאפשרת להם לפרש את הנורמה, להרחיב את התחולה שלה ולהבהיר את משמעותה, ועל ידי כך גם להיות שותפים לעיצובה, לפחות במידת מה.⁸⁰

קשר מאזן בין מציאות של גירעון דמוקרטי לבין תורת הזכויות, כולל בעניינה של ההתדיינות המשפטית, הוכר ביתר שאת על ידי הרב-תרבותיות הליברלית. נוכח העובדה שקבוצות מיעוט אינן מצליחות לדאוג לצורכיהן התרבותיים – דבר שגורע מיכולתם של חברי הקבוצה לחיות את תרבותם,⁸¹ ויש הטוענים שגם גורע מיכולתם לקיים את

76 R. DANIEL KELEMEN, EUROLEGALISM: THE TRANSFORMATION OF LAW AND REGULATION IN THE EUROPEAN UNION (2011) ראו

77 Andrew Moravcsik, *In Defence of the ‘Democratic Deficit’: Reassessing Legitimacy in the European Union*, 40 J. COMMON MKT. STUD. 603 (2002) ראו

78 RACHEL A. CICHOWSKI, THE EUROPEAN COURT AND CIVIL SOCIETY: LITIGATION, MOBILIZATION AND GOVERNANCE 73–118 (2007) ראו אציין שהרגולציה האירופית המשפיעה על חיי אזרחיהן של מדינות האיחוד ותושביהן היא רחבת היקף ועוסקת בהיבטים שונים מתחומי דיני העבודה, ההגירה, הצרכנות ועוד. ראו למשל JONAS TALLBERG, EUROPEAN GOVERNANCE AND SUPRANATIONAL INSTITUTIONS (2003)

79 Tommaso Pavone, *Democracy by Lawsuit: Or, Can Litigation Alleviate the European Union’s ‘Democratic Deficit?’*, 2 CONST. STUD. 59 (2016)

80 Rachel A. Cichowski & Alec Stone Sweet, *Participation, Representative Democracy, and the Courts, in DEMOCRACY TRANSFORMED?* 192 (Bruce E. Cain et al. eds., 2003) ראו למשל

81 ALAN PATTEN, EQUAL RECOGNITION: THE MORAL FOUNDATIONS OF WILL KYMLICKA, POLITICS IN THE VERNACULAR: ; MINORITY RIGHTS 28 (2014) ראו למשל NATIONALISM, MULTICULTURALISM, AND CITIZENSHIP 69–91 (2001)

האוטונומיה האישית שלהם כיחידים⁸² – אזי נדרש להכיר בהסדרים מיוחדים (accommodations), שתכליתם לתת לחברי קבוצת המיעוט זכויות והגנות מיוחדות. כל זה נובע מן ההנחה שקבוצת המיעוט, בניגוד לקבוצת הרוב, אינה מסוגלת לדאוג לאינטרסים התרבותיים שלה באמצעות ההליך הדמוקרטי הרגיל, כמו שקבוצת הרוב מסוגלת לעשות.⁸³ הזכויות הקבוצתיות יכולות לנוע בין זכויות לשלטון עצמי (מתן אוטונומיה לקבוצת מיעוט על טריטוריה מסוימת, כמו למשל שמורות האינדיאנים בצפון אמריקה), החרגה מאחריות פלילית בשל פעילות המבוססת על פרקטיקות דתיות (מילת בנים בקרב יהודים ומוסלמים בכמה ממדינות אירופה), ההכרה בשפתה של קבוצת המיעוט כשפה רשמית (ההכרה בצרפתית בקנדה) ועוד.⁸⁴ לעיתים ההסדרה שאמורה לשרת את קבוצת המיעוט משום שזו אינה מצליחה להביא לייצוג הולם לערכיה עניינה מתן ייצוג ממשי לחברי קבוצת המיעוט, אפילו בצורה של העדפה מתקנת, במוסדות השלטון, כולל בבתי המשפט.⁸⁵ ייצוג זה לא רק מסמל הכללה (inclusion) של קבוצת המיעוט, אלא גם אמור ליצור ערוץ שבאמצעותו ערכיה של הקבוצה יקבלו ביטוי בדינאים ובהחלטות של גופים כאלה, או אז תהיה ההכלה אמיתית ומשמעותית. ברמה הזו, נכון שיהיה ייצוג של מגזרים שונים בבתי המשפט, ובבית המשפט העליון בפרט, כמו קיומו של ה"כיסא הדתי" מקום שבו היה תת-ייצוג של שופטים דתיים, והמשך קיומו של ה"כיסא הערבי".⁸⁶

גולת הכותרת של הקשר בין ההתדיינות המשפטית, וליתר דיוק תפקידו של בית המשפט בדמוקרטיה, ובין תופעת הגירעון הדמוקרטי היא מוסד הביקורת השיפוטית. במסגרת רשימה זו ברצוני להתמקד במוסד הביקורת השיפוטית נוסח המשפט החוקתי האמריקני, וזאת משום שאחת ההצדקות המקובלות לקיומה של הביקורת השיפוטית מצד בתי המשפט האמריקניים בנוגע לחקיקה ראשית (גם במישור הפדרלי וגם במישור המדינתי) היא שמטרתה לרפא מצב של גירעון דמוקרטי הנובע מחסמים שקובעים הרוב בנוגע ליכולתן של קבוצות מוחלשות, בעיקר מיעוטים, להיות שותפות בהליך הדמוקרטי הרגיל. ובכן, כפי שכבר רמזתי בדברי המבוא, מעורבותו של בית המשפט, ובמסגרת זו גם מעורבותם של בעלי הדין, בעיצובן של הנורמות המשפטיות היא מעשה של יום-יום בבתי המשפט. ואולם, הדילמה העקרונית בעניינה של הביקורת השיפוטית על דברי חקיקה נוגעת בראש ובראשונה לעצם העובדה שבית המשפט – גוף שלא נבחר בידי

- 82 ראו למשל WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF
Joseph Raz, *Multiculturalism: A Liberal* ; MINORITY RIGHTS 75–106 (1996)
Perspective, 3 POST-FILOSOFIE 29 (2006) (It.)
- 83 ראו במיוחד בהקשר הישראלי Avishai Margalit & Moshe Halbertal, *Liberalism and*
the Right to Culture, 71 Soc. RSCH. 529 (2004)
- 84 לרשימה כללית של זכויות, ראו Jacob T. Levy, *Classifying Cultural Rights, in*
ETHNICITY AND GROUP RIGHTS 22 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997)
- 85 באופן כללי ראו IRIS MARION YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 91
(2011).
- 86 מיכאל דן בירנהק ודוד גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופלורליזם שיפוט" **עיוני משפט** כב 499 (1999).

הציבור ואינו מייצג בהכרח את דעת הרוב בקרב הבוחרים – מבטל דבר חקיקה שנקבע בידי מייצג של קהל הבוחרים.⁸⁷

נגיעה זו בנורמה במסגרת ההתדיינות המשפטית אינה מעוררת ברגיל את הבעיה החוקתית שעניינה החלפת רצונו של המחוקק ברצונו של בית המשפט, שאלכסנדר ביקל (Alexander Bickel) כינה אותה דילמת counter-majoritarian,⁸⁸ זאת מהסיבה העקרונית הבאה: כאשר המערכת הקשורה להליך הדמוקרטי יוצרת היא עצמה חסמים אשר מקשים על קבוצות שהייצוג שלהן ממילא נחות, כמו קבוצות מיעוט מסוימות, לקבל הזדמנות הוגנת להשתתף בהליך הבחירות – אם כבוחרים ואם כנבחרים – אזי אין לסמוך על הרשות המחוקקת (לא כל שכן במצב כמו בישראל, כאשר באורח טבעי הרשות המבצעת שולטת גם ברשות המחוקקת). המלומד ג'ון הארט אילי (John Hart Ely), גורס כי במקרה זה קיימת הצדקה מיוחדת לקיים הליך ביקורת שיפוטית כלפי אותם מנגנונים שיצרו חסמים אלה מלכתחילה;⁸⁹ לדבריו, ראוי שבית המשפט, המאויש על ידי שופטים בלתי תלויים, הוא שיקיים את הביקורת השיפוטית, ולא המחוקק, שלפחות על הרוב שבו אי-אפשר לסמוך,⁹⁰ שכן רוב זה הוא האחראי על יצירת החסם המקשה על המיעוט להיות שותף, ולכן לא ראוי שהמילה האחרונה תהיה של המחוקק.⁹¹

הנה כי כן, להתדיינות המשפטית, ובכלל זה לכללי הפרוצדורה שמסדירים אותה, כולל הנגיעה בנורמה שהפרוצדורה אמורה לאפשר לצדדים, נודעת חשיבות מיוחדת במאמץ להתגבר על מקרה של גירעון דמוקרטי. אלה הם לפחות פני הדברים כאשר גירעון זה, מקשה על חבריהן של קבוצות הנתונות לשליטת מוסדותיו של משטר נתון, ולפעמים אף מונע מהם, לקבל הזדמנות הולמת להיות שותפים במוסדות השלטון, כבוחרים או כנבחרים, ועל ידי כך גם לבטא את האינטרסים שלהם. חשוב עוד יותר להדגיש כי כאשר הפרוצדורה פועלת כדי לטפל בגירעון דמוקרטי, לפחות בנוגע לאוכלוסיות הסובלות מחסמים מבניים להשפיע בפועל על מערכות השלטון, היא מעלה ללא כל ספק את ערך ה-DC, שהרי כעת יש עלות וניצול של משאבים שהיה אפשר לוותר עליהם, והיא אינה משרתת את אכיפת הנורמה הקיימת, כלומר את הפחתת ה-EC; ייתכן שההפך הוא הנכון, כלומר הפרוצדורה תפעל כדי לבטל את הדין הקיים, והיא אינה בהכרח נוגעת לכללי

87 ראו ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT (1962) 16–18 (2d ed., Yale Univ. Press 1986).

88 שם.

89 JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 78, 133–36 (1980).

90 שם, בעמ' 102–103.

91 תורתו של Ely נשענה במידה רבה על הערת שוליים מספר 4 של בית המשפט העליון האמריקני בעניין *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938). יש לומר כי על תורתו נמתחה ביקורת, אבל זאת לא בשל המהות שבה אלא בשל הנחות המוצא שלה. במיוחד אמורים הדברים בנוגע להנחתו של Ely שלפיה בית המשפט דווקא ולא המחוקק הוא שיפעל לשם ההגנה על קבוצות חלשות, הנחה אשר השתנתה במציאות האמריקנית, לפחות בחלק מהתקופות. ראו בעניין זה, Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *The Ghost of John Hart Ely*, 75 VAND. L. REV. 769 (2022).

הדין ההוגן מבחינתו של כל מתדיין, אלא אך מבחינתו של המתדיין הנמנה עם קהילה מסוימת. הנה כי כן, אפשר בהחלט לזקק את תפקידה של הפרוצדורה ככזו שאמורה להפחית את ערך ה-Democratic Cost ולהפוך את הנוסחה המייצגת יותר של תכליות תורת הפרוצדורה לכזו:

$$\text{סכום מינימום} = \text{EC} + \text{DC} + \text{MC} + \text{Dem.C}$$

לבסוף, דרושה הבהרה בנוגע לקשר בין היחיד לקבוצה אשר סובלת מאותו חסם מבני. ההליך האזרחי המסורתי הוא הליך שנפתח על ידי צד שאפשר לזהותו כאישיות משפטית. כאשר יחיד או חברה, או גוף מאוגד אחר, מנהל את ההליך המשפטי, ההנחה המקובלת היא שבעל הדין בא בשם עצמו, וכי בעל דין זה מבקש לאכוף את הזכות שיש לו, ולא את זו הנתונה לאחרים.⁹² האוטונומיה של היחיד היא כה טבועה מבחינת ההליך האזרחי המסורתי עד שנגזר ממנה גם העיקרון שלפיו ההליך האזרחי הוא לעולם הליך וולונטרי.⁹³ אדם שמחזיק בעילת תביעה גם יכול לוותר על ייזום ההליך בכלל אם רצונו בכך. ואולם, קיימים הקשרים דיוניים אחדים שבהם אנו מוכנים לוותר על נוקשותן של תכונות מסורתיות אלו של ההליך האזרחי ולהתיר להליך להתנהל באופן שהוא לאו דווקא אינדיבידואלי או וולונטרי, כמו למשל כאשר אפוטרופוס מנהל הליך בשם חסוי או נאמן בהליך חדלות פירעון מבקש לעשות זאת בשם החייב. הוא הדין בהקשר של תובענה ייצוגית, לפחות זו שהיא נוסח Opt-Out, כלומר מניחה כי חברי קבוצה יהיו מחויבים בתוצאותיה אלא אם כן הודיעו על פרישתם ממנה.⁹⁴ אומנם לעיתים ההליך הוא של האדם היחיד, אך ההנחה היא שמעמדו של היחיד בהליך, ואף עצם עילת תביעתו של אותו יחיד, מבוססים על זהותו של היחיד כחבר קהילה מסוימת. לדוגמה, בהתקיים הסדר משפטי המאפשר העדפה מתקנת של קהילת מיעוט מסוימת, אפשר לתאר מצב דברים שבו יחיד הנמנה עם קהילה זו, ואך כזה, יכול כעת לתבוע קבלה למקום העבודה או לאוניברסיטה, וזאת בשל זהותו הקבוצתית. חבר קבוצת מיעוט ששפתה הוכרה כשפה רשמית יכול גם הוא לתבוע את זכותו לתקשר באותה שפה, וכן כי שפתו תקבל ביטוי בשילוט שבפרהסיה. במקרים אלה יש טשטוש, או אולי מיזוג, בין הקהילה ובין היחיד, שמקשה לדעת איזו אישיות היא מושא הזכות – היחיד או הקהילה. דברים אלה באים לידי ביטוי גם בעולם הפרוצדורה האזרחית. נחזור לדוגמה של תובענה ייצוגית, שבה יש ערך שלילי לתביעות האישיות של חברי הקבוצה. אפשר בהחלט לסבור כי תובענה ייצוגית כזו לא נועדה רק להגן על חבר הקבוצה שהפסיד סכום זעום, אלא להגן על קבוצה שעמיה נמנה אותו יחיד, ועל קבוצות אחרות, מפני פגיעה דומה. במקרים כאלה, הקבוצה

92 J. A. JOLOWICZ, ON CIVIL PROCEDURE 21 (2000).

93 Burkhard Hess, *A Coherent Approach to European Collective Redress*, in ראו EXTRATERRITORIALITY AND COLLECTIVE REDRESS 107, 111 (Duncan Fairgrieve & Eva Lein eds., 2012) ("Generally, civil litigation is based on two corresponding principles: party autonomy and party disposition").

94 ראו קרייני "התביעה הייצוגית בישראל", לעיל ה"ש 44, בעמ' 476–478.

ככזו, ולא היחיד, היא בעצם בעלת הדין.⁹⁵ גם בהליך ברירת הדין, מקום שבו מבקשים להחליט בהחלט הדין על פי תורת ניתוח האינטרסים, המתחשבת במדיניות שרוצים להשיג, יש שמתמקדים לא בבעל הדין הספציפי, אלא בקבוצה שהוא נמנה עימה, וליתר דיוק בשאלה אם הדין שמבקשים להחיל נועד להגן על הקבוצה שעומה נמנה אותו בעל הדין.⁹⁶ קשר זה בין היחיד ובין הקבוצה בתוך עולם המשפט הוא קשר שמבליט זרמים עמוקים יותר בתורת המשפט בין קהילותנות לליברליזם, ואולי גם מעין חיבור ביניהם; במילים אחרות, גם אם מבקשים להגן על הקבוצה, הדבר נעשה בשם הגנה על היחיד, ונכון להגן על היחיד בעל הזהות הקהילתית גם במטרה להגן על הקבוצה. זהו דיון רחב היקף, ואין אפשרות למצות אותו כאן. ואולם, חיבור זה, כפי שהוא מודגם בדוגמאות דלעיל, מספיק כדי לבסס את המעמד של יחיד הנמנה עם קהילה הסובלת מגירעון דמוקרטי, ולא כל שכן גירעון דמוקרטי מבני, ככזה שמצדיק הכרה בהגנה מיוחדת של כללי הפרוצדורה על מעמדו, וכן גם על מעמדה של הקהילה שהוא נמנה עימה.

נוכח הקשר הקיים בין פרוצדורה ובין דמוקרטיה מתבקשת אפוא המסקנה שעל הפרוצדורה להתאים את כלליה ועקרונותיה כדי שאלה יפחיתו, במידת האפשר, מהגירעון הדמוקרטי. בהקשר המצומצם שלנו, הנוגע לבעלי הדין ולמעורבותם בהליך, עליה לפעול כדי לאפשר להם לגעת בנומרה. אלה הם פני הדברים לפחות כאשר אפשר לזהות את קיומו של גירעון דמוקרטי מבחינתה של קהילה נתונה, וזאת משום שבעלי הדין הנמנים עם קהילה זו נתקלים בחסמים מבניים המקשים עליהם, או מונעים מהם, להשפיע על המערך הנורמטיבי השולט בהם באמצעות יכולתם לבחור ולהיבחר למוסדות השלטון. מהבחינה הזו, המאמצים בעיצוב כלליה ועקרונותיה של הפרוצדורה אינם שונים מאלה שעניינם ברצון להפחית את עלויות הדיון, להפחית את עלויות הטעויות שבהחלט הדין, וכן להפחית את הפגיעה בעקרונות ההגיוניות הדיוניות. בפרק הבא אבקש להדגים את האופן שבו אפשר לשכלל את כללי הפרוצדורה במגמה להפחית מהגירעון הדמוקרטי, וזאת באמצעות דיון בכמה סוגיות שעלו כבר בפסיקה בנוגע לזכות הגישה לערכאות, וכללי ברירת הדין בהקשרן של תביעות אזרחיות המוגשות בישראל על ידי תובעים פלסטינים הגרים בשטחי הגדה המערבית וחבל עזה.

ד. כיבוש וגירעון דמוקרטי

כיבוש שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה במלחמת ששת הימים של 1967 הביא לשינוי דרמטי במעמדם של שטחים אלה, וזאת לא רק בהיבט הבין-לאומי, אלא גם בהקשר של

95 ראו David L. Shapiro, *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 NOTRE DAME L. REV. 913 (1998).

96 ראו בהקשר זה ביקורתה הנוקבת של Lea Brilmayer, *Rights, Fairness, and Choice of Law*, 98 YALE L.J. 1277, 1291 (1989). היא מבקרת את תורת ניתוח האינטרסים כמו גם גישות תועלתניות אחרות בברירת הדין הבונות על זיהוי מדיניות במילים האלו: "The Problem with consequentialist approaches to choice of law is that the individual is treated as a means to an end".

המערך המשפטי ששולט בהם.⁹⁷ מצד אחד הפך המפקד הצבאי של צה"ל להיות הריבון בפועל על שטחים אלה מכוח דיני המלחמה שבמשפט הבין-לאומי. כפי שקבע השופט יואל זוסמן בעניין **שורפה נ' וקסלר**:⁹⁸ "ואילו בשטחים המוחזקים בידי צבא-ההגנה לישראל, כוחות הריבון הזר מושעים, ושלטון ישראל מפעיל אותם בפועל, בתוקף זכות הכיבוש, על פי כללי המשפט הבינלאומי [...]".

מצד אחר, מערך שלם של חקיקה ישראלית שמקורו בחקיקה ראשית של הכנסת הוחל גם הוא בשטחים, בחלקו באופן פרסונלי בנוגע לאוכלוסייה הישראלית שעברה לגור בהתנחלויות,⁹⁹ ובחלקו האחר בנוגע לפעולות שונות שמבצעות רשויות ישראליות.¹⁰⁰ כמו כן, הלכות בית המשפט העליון וכן מקבץ של חקיקת משנה קבעו סמכות שיפוט בין-לאומית לבתי המשפט בישראל וכן סמכות שיפוט מקומית לבית המשפט הרלוונטי בירושלים, שהוא בעל הסמכות העניינית לדון בכל סכסוך אזרחי אישי (in personam): אפשר למסור את המסמכים הפותחים את הליך התביעה האזרחית, כלומר כתב התביעה וההזמנה לדין, לידי נתבע הנמצא פיזית בתוך שטחי הגדה ורצועת עזה, ללא קשר למקום האירוע שעליו נשענת התביעה, ועל ידי כך ליצור סמכות אישית מצד בתי המשפט בישראל לדון באותה תביעה.¹⁰¹

עם זאת, שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה נותרו מאז 1967 ועד היום בבחינת שטח שאינו חלק ממדינת ישראל (מלבד מזרח ירושלים ושטחים נוספים מהגדה שעליהם הוחלו החוק והמשפט של מדינת ישראל). מצב דברים זה לא השתנה בהרבה בעקבות הסכמי אוסלו וכינונה של המועצה הפלסטינית, הידועה היום בתור הרשות הפלסטינית. אומנם סמכויות אזרחיות רבות הועברו מידי המפקד הצבאי לרשות הפלסטינית, זאת ביחס לשטחים מוגדרים בתוך שטחי הגדה (שטחי A ו-B) וברצועת עזה,¹⁰² אולם מעמד של שטחי C של הגדה, המהווים כשני שלישים משטחי הגדה, נותר כפי שהיה ערב הסכמי אוסלו. כך, לישראל יש שליטה ביטחונית כוללת משמעותית על כלל

97 ראו אמנון רובינשטיין "מעמד המשתנה של 'השטחים': מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" **עיוני משפט** יא 439 (1986) (להלן: רובינשטיין "מעמד המשתנה של השטחים").

98 ע"א 211/73 **שורפה נ' וקסלר**, פ"ד כח(1) 512, 517–518 (1974).

99 ראו רובינשטיין "מעמד המשתנה של השטחים", לעיל ה"ש 97.

100 ראו אמנון רובינשטיין "ישראל והשטחים: סמכויות שיפוט" **עיוני משפט** יד 415 (1989) (להלן: רובינשטיין "ישראל והשטחים").

101 בנוגע להמצאה לשטחי C, ראו בר"ע 55/71 **אלכיר נ' ואן דר הורסט וטרדם**, פ"ד כה(2) 13 (1971); ע"א 318/81 **כהן נ' מנצורה**, פ"ד לו(1) 222 (1981); בנוגע להמצאה לשטחי A ו-B, ראו לדוגמה ת"א (שלום י-ם) 12269/04 **לוי נ' איברהים** (נבו 29.5.2013); ת"א (מחוזי י-ם) 15101-07-10 **עזבון ג'ראר נ' "אלתקפל" חברה פלסטינית לביטוח בע"מ** (נבו 3.3.2011). ובאופן כללי ראו Karayanni, Conflicts in a Conflict, לעיל ה"ש 13, בעמ' 57–111.

102 ראו יואל זינגר "הסכם-הביניים הישראלי-פלשתינאי בדבר הסדרי ממשל עצמי בגדה המערבית וברצועת-עזה – כמה היבטים משפטיים" **משפטים** כז 605, 607, 620–623 (1997).

השטחים מבחינת הגבולות החיצוניים שלהם, ובשל כך גם על הכלכלה, המסחר והתנועה משטחים אלה ואליהם. זוהי כמובן רק התמצית שבתמצית של תיאור הדברים בפועל. הנתון הבסיסי הנוסף שראוי להדגיש מבחינתם של התושבים הפלסטינים של הגדה המערבית ורצועת עזה הוא שלהם לא ניתנה הזכות לבחור או להיבחר למוסדות השלטון בישראל, בעוד זכות זו נתונה בהחלט לישראלים שעברו לגור בהתנחלויות שבנתה ישראל בשטחי הגדה, אשר כונו על ידי פרופ' אמנון רובינשטיין המנוח "מובלעות ישראליות".¹⁰³ רשויות צה"ל אינן חייבות בדין וחשבון כלפי האוכלוסייה הפלסטינית, ואם הן חייבות דין וחשבון כזה, הרי הן חייבות אותו בראש ובראשונה לממשלת ישראל. הנה כי כן, יש קהילה שלמה של תושבים שישראל, דרך האורגנים שלה, שולטת בחלק נרחב של חייהם, וזאת באמצעות הנורמות המשפטיות הישראליות, ובה בעת אין לאותה אוכלוסייה ערוץ פוליטי ישראלי המאפשר לה השפעה ישירה על עיצובן של אותן נורמות. האמצעי היחיד שיש בידי הנתינים הפלסטינים "לגעת" בנורמה ישראלית ששולטת בהם הוא הליך ההתדיינות המשפטית. על ידי כך, ורק על ידי כך, הם יכולים לעצב את הנורמות הישראליות שמשפיעות באופן ישיר על חייהם, לטעון להחלתן של הגנות בסיסיות, להגביל את תחולתן של נורמות דורסניות הפוגעות בחופש התנועה שלהם, בזכותם לקניין וכלה בניסיונם לטעון נגד מעצרים מנהליים. בהקשר של הממד המאזן שיש לפרוצדורה, כפי שהסברתי לעיל, יש להגן על נתינים פלסטינים המושפעים מהנורמות הישראליות בשל מציאות הכיבוש ביתר שאת לעומת ההגנה שהפרוצדורה מעניקה בדרך כלל לאזרחי מדינת ישראל. מאחר שאין לנתינים הפלסטינים זכות להשתתף בבחירות לכנסת ישראל, ועל ידי כך להשפיע על החקיקה בכנסת, הם נעדרים כוח פוליטי להשפיע על הרכבה ומדיניותה של ממשלת ישראל וכן על צה"ל, הכפוף לממשלה. על כן, יש גירעון דמוקרטי מבני ומובהק מבחינתם של הנתינים הפלסטינים, שאינו קיים מבחינת אזרחים ישראלים. ברצוני להדגים במיוחד את המשמעות שיכולה להיות לתובנה שאני מציע כאן בדבר תפקידה המיוחד של הפרוצדורה בהפחתת הגירעון דמוקרטי. מקרה המבחן הוא דיון בזכותם של תובעים פלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה להגיש לערכאות בישראל תובענה אזרחית בגין נזקי גוף ונזקי רכוש שנגרמו להם כתוצאה של פעילות צה"ל באזורים אלה. ברמה העקרונית, מדינת ישראל נהנית מחסינות מפני תביעות אזרחיות שהן תוצאה של "פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל" כהגדרתה בחוק.¹⁰⁴ ומה באשר לנזקים הנגרמים שלא כתוצאה של פעילות מלחמתית, כלומר של מעשה שאינו חוסה תחת ההגדרה של פעולה מלחמתית כפי שהיא מופיעה בחוק זה? בעיקרון, תובעים פלסטינים עשויים להגיש תובענה אזרחית נגד המדינה בפני בית משפט ישראלי, כך שאם בסופו של יום תימצא המדינה אחראית, יהיה אפשר לחייבה בפיצויים לטובת התובעים הפלסטינים. ואולם, גם בהקשרן של תביעות אזרחיות אחרונות אלו קיימים חסמים רבים אשר בתורם מגבילים תובעים פלסטינים מלתבוע את המדינה. בהקשר הזה אציין כי למעשה אין לתובעים הפלסטינים אפשרות להגיש את תביעתם בפני

103 ראו רובינשטיין "ישראל והשטחים", לעיל ה"ש 100.

104 ראו ס' 5(א) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים).

בית משפט פלסטיני. לפי הסכמי אוסלו, וליתר דיוק הסכם הביניים משנת 1995, נקבע במפורש, וזאת בבירור בעקבות דרישתה של ישראל, כי "סמכות השיפוט של בתי המשפט והרשויות השיפוטיות הפלסטינים אינה חלה על תביעה נגד מדינת ישראל, לרבות רשויות סטטוטוריות שלה, גופיה ושלוחיה".¹⁰⁵ הוראה זו אינה צריכה להפתיע, שכן הסכמי אוסלו אינם מניחים יחסים שוויוניים בין הצדדים. תכליתם, היא להעביר באופן הדרגתי סמכויות מ ישראל, וליתר דיוק מהמפקד הצבאי הישראלי, למועצה הפלסטינית.¹⁰⁶ כל סמכות שלא הועברה למועצה הפלסטינית, כמו למשל כלל הסמכויות בשטחים שהוגדרו שטחי C אשר נותרו תחת שליטה ישראלית, וכן בשטחי A ו-B שנמסרו לאחריות המועצה הפלסטינית ברמות שונות, נותרה אפוא בידי המפקד הצבאי הישראלי. עוד פועל יוצא של אותה תפיסה בסיסית של הסכמי אוסלו, כאמור, הוא שההסדרים שנקבעו בהם מצד ישראל הניחו את קיומו של יחס היררכי: עליונות ישראלית לעומת נחיתות פלסטינית. עקב כך, בעוד ההסכמים התייחסו לסמכותם של בתי המשפט הפלסטיניים כלפי מדינת ישראל, וכן כלפי ישראלים בכלל (לרבות ישראלים הגרים בהתנחלויות הישראליות),¹⁰⁷ לא הייתה בהסכמים התייחסות להיקף סמכותם של בתי המשפט בישראל כלפי רשויות המועצה הפלסטינית או נתבעים פלסטינים. ברמה העקרונית, היקף הסמכות האישית של בתי המשפט הישראליים כלפי נתבעים פלסטינים נותר כפי שהיה;¹⁰⁸ לרשות הפלסטינית, שעה שהיא נתבעת בבתי המשפט הישראליים, לא מגיעה חסינות ריבון זר כמו זו שמגיעה למדינה זרה, וגם אם מגיעה לה חסינות בתיק ספציפי, נדרשת הסכמתה של מדינת ישראל למתן החסינות באותו תיק.¹⁰⁹

אם כן, מה אמור לעשות תובע פלסטיני המבקש לתבוע את מדינת ישראל בגין פעילות צה"ל שגרמה לו נזק, כאשר אותה פעילות גם אינה חוסה תחת ההגדרה של "פעולה מלחמתית" על פי חוק הנזיקים האזרחיים? שמא יפנה בכל זאת לבית המשפט הפלסטיני, כאשר בשל קריסת תהליך השלום יראה בית משפט זה את עצמו משוחרר מכבלי הסמכות שנקבעו בהסכמי אוסלו? אבל גם אם יבחר בית המשפט הפלסטיני לעשות זאת, כיצד אפשר לאכוף את פסק הדין הפלסטיני נגד המדינה? סביר להניח שבית משפט בישראל יימנע מלאכוף פסק דין כזה, לאור ההוראה המפורשת הקיימת בהסכם הביניים, השוללת את קיומה של סמכות השיפוט של בית המשפט הפלסטיני על מדינת ישראל.¹¹⁰ אפשרות תאורטית נוספת היא שהתובע הפלסטיני יפנה לערכאות זרות ויגיש בפניהן תביעה נגד מדינת ישראל. ואולם, במקרה כזה סביר להניח שייתקל במחסום דיוני נוסף: החסינות

105 ס' III(3) לנספח IV להסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 33, 1, 278 (נחתמה ב-1995) (להלן: ס' III(3) להסכם הביניים).

106 ראו זינגר, לעיל ה"ש 102.

107 שם, בעמ' 617-618.

108 ראו Karayanni, Conflicts in a Conflict, לעיל ה"ש 13, בפרק 2.

109 ס' 20 לחוק חסינות מדינות זרות.

110 ס' III(3) להסכם הביניים.

המגיעה למדינת ישראל בגין פעילות בעלת אופי שלטוני, שיכולה להיות גם כזו שאינה בבחינת פעולה מלחמתית,¹¹¹ וזאת מכוח עקרונות המשפט הבין-לאומי. לאור כל אלה, הפנייה לבית המשפט הישראלי היא בעצם הפנייה הריאלית היחידה שיש לתובעים פלסטינים המבקשים להגיש תביעה אזרחית נגד המדינה בגין נזקים שנגרמו להם כתוצאה של פעילות צה"ל בשטחים הפלסטיניים. מאחר שלקהילת הנתינים הפלסטינים בשטחים אין כל ערוץ פוליטי שבאמצעותו הם יכולים להשפיע על שלטונות ישראל – החל מהכנסת, דרך הממשלה וכלה בצה"ל – מצופה מהערך הדמוקרטי הטמון בפרוצדורה להעניק לתובעים פלסטינים זכות גישה, אפילו מוגברת, לערכאות הישראליות, שהרי חלק ניכר מהחסמים העומדים בדרכם הם חסמים שמדינת ישראל עצמה יצרה או דרשה.

כפי שיתואר להלן, בית המשפט העליון כבר העניק הכרה מסוימת לזכות הגישה לערכאות הישראליות של תובעים פלסטינים המבקשים להגיש תביעה נגד המדינה. ואולם, ניתוח פסק הדין המרכזי העוסק בכך מלמד שהבסיס הרעיוני של אותה זכות רעוע, וגם אז מאפשר הכרה בזכות גישה מוגבלת. לגישתי, ההכרה בזכות הגישה לערכאות של תובעים פלסטינים מכוח תורת הפרוצדורה האזרחית, כלומר במטרה לתת להם הזדמנות לגעת בנורמה ששולטת בהם, המתחייבת ביתר שאת ובאופן מוגבר בשל הגירעון הדמוקרטי שתובעים אלה נתונים בו, הייתה יסוד מוצק ומשכנע יותר.

פסק הדין המרכזי של בית המשפט העליון שאתייחס אליו הוא פסק הדין בעניין **עדאלה נ' שר הביטחון**,¹¹² אשר הבליט באופן מיוחד את שאלת מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות של תובעים פלסטינים. ברקע פסק הדין עמדה מציאות דיונית של תביעות אזרחיות שהגישו תובעים פלסטינים תושבי הגדה המערבית וחבל עזה בגין נזקי גוף ונזקי רכוש שנגרמו להם כתוצאה של פעילות צה"ל באזורים אלה. היקפן של תביעות אלו גדל במיוחד בעקבות האינתיפאדה הראשונה, שפרצה בשלהי 1987, וביתר שאת בעקבות האינתיפאדה השנייה, שפרצה בסוף ספטמבר 2000. חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952,¹¹³ קבע את הנורמות המחייבות שעה שהמדינה נתבעת בהליך אזרחי כדי לפצות תובע שניזוק מפעילות צה"ל. מצד אחד נקבע שדין המדינה, לעניין האחריות בנזיקין, "כדין כל גוף מואגד",¹¹⁴ ולכן המדינה יכולה בהחלט להיות אחראית בנזיקין בגין פעילות צה"ל שכתוצאה שלה נגרם נזק.¹¹⁵ מצד אחר, נקבע כי למדינה מגיעה חסינות מפני תביעות בנזיקין, וזאת אם הנזק נגרם כתוצאה של "פעולה

111 ראו למשל Saudi Arabia v. Nelson, 507 U.S. 349 (1993).

112 בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: **עניין עדאלה**).

113 ס"ח 339.

114 שם, בס' 2.

115 נורמה זו, בהקשר ההיסטורי הרחב, מסמלת בישראל את הסטייה מהעיקרון העתיק שהעניק לריבון חסינות מוחלטת מפני תביעות אזרחיות (Rex non potest peccare: The King can do no wrong). Sir William Holdsworth, A History of English Law 464–65 (3d ed. 1923).

מלחמתית", כלשון החוק.¹¹⁶ בשל היקפן של התביעות האזרחיות שהגישו תובעים פלסטינים בעקבות אירועי האינתיפאדה, שנודעו בשם "תביעות אינתיפאדה", פעלה מדינת ישראל כדי לצמצם את אחריותה בנזיקין. בתיקון מס' 4 לחוק הנזיקים האזרחיים (2002), התווספה הגדרה ל"פעולה מלחמתית" ונכללה בה גם פעילות שנחשבה בעבר כ"פעולת שיטור" ואשר בגינה לא קיבלה המדינה חסינות.¹¹⁷ כמו כן, נקבעה שורה של תנאי סף נוקשים יותר מאלה הקיימים בתביעות נזיקין רגילות, למקרים שבהם הפעולות הנדונות אינן נחשבות לפעולה מלחמתית גם לאחר הרחבת ההגדרה של פעילות זו.¹¹⁸ המדינה ביקשה לקבל הגנות נוספות. בתיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים (2012), הורחבה עוד יותר הגדרתה של "פעולה מלחמתית".¹¹⁹ עוד קודם לכן, במסגרת תיקון מס' 7 לחוק (2005), נקבע מנגנון חקיקתי המאפשר החלת חסינות זו אף באופן רטרואקטיבי. שר הביטחון הוסמך לחזור אחורה בזמן ולהכריז למן ספטמבר 2000 על שטח מסוים כעל "אזור עימות"; משעשה כן אמורה המדינה ליהנות, ולמפרע, מהחסינות המורחבת כפי שנקבעה בתיקון זה, מפני תביעות נזיקין המבוססות על מעשים המיוחסים לכוחות הביטחון הישראליים שהתרחשו באזורים אלה.¹²⁰ השאלה המשפטית העקרונית שנדרש אליה בית המשפט העליון הייתה אם תיקון אחרון זה, כלומר תיקון מס' 7, נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היות שהוא שולל מהתובעים הפלסטינים, שהיו העותרים, זכות המוגנת על פי חוק יסוד זה, ואשר התיקון האמור פוגע בה באופן לא מידתי. הנשיא אהרן ברק, שכתב את פסק הדין המרכזי, קיבל את העתירות באופן חלקי. הוא קבע שסעיף 5 לתקון מס' 7, אשר אפשר החלה רטרואקטיבית של הגדרת אזור עימות, הוא בלתי חוקתי.¹²¹ להלן תיאורו של אחד המעשים ששימשו בסיס לתביעה שביקשו חלק מהעותרים להגיש נגד המדינה. מדובר בתביעה שהוגשה בשם עיזבון המנוחה שאדן עבד אלקאדר אבו ג'חלה, ושאריה:

לטענתם, בתאריך 11.10.2002 בשעות הערב, ישבה המנוחה יחד עם בעלה ובנה במרפסת ביתם אשר ברפידיא בשכם. שני ג'יפים של צה"ל עצרו בכביש העובר בסמוך לבית. מתוך הרכב נורו יריות אחדות לעבר

116 ס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים.

117 ס' 1 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב–2002, ס"ח 514 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים תיקון מס' 4); ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 7–9 (2002). ראו גם אסף יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית' משפטים לג 107 (2003).

118 ראו ס' 5א(2)–(4) לחוק הנזיקים האזרחיים תיקון מס' 4.

119 ס' 1 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב–2012, ס"ח 522.

120 ס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005, ס"ח 953.

121 יודגש כי בית המשפט לא קבע כי ס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים הוא חוקתי, אלא שאין הוא נדרש לשאלת חוקיותו היות שסעיף זה, לפי תנאיו שלו, חל אך על מעשי נזיקין המבוצעים בישראל, ואילו במקרה דנן העתירות עניינן תביעות נזיקין הנשענות על מעשים שבוצעו מחוץ לישראל. עניין עדאלה, לעיל ה"ש 112, בעמ' 38.

חלונות הבית. כתוצאה מהירי נהרגה המנוחה במקום, ואילו בעלה ובנה נפצעו. הפרקליט הצבאי הראשי הורה (בחודש דצמבר 2004) על פתיחת חקירת מצ"ח לבירור נסיבות מותה של המנוחה. עוד בטרם הסתיימה החקירה הגישו העותרים תביעת נזיקין נגד המדינה לבית משפט השלום בנצרת. לאחר חקירתו של תיקון מס' 7, ובטרם התבררה התביעה, הגישה המדינה בקשה לדחיית התביעה על הסף. בבקשה ציינה המדינה כי שר הביטחון הכריז על אזור שכם כעל אזור עימות בכל התקופה שמחודש יוני 2002 ועד לסוף מארס 2003. לפיכך התבקש בית המשפט לדחות את התביעה על הסף.¹²²

כדי שיהיה אפשר בכלל לדון בתוקפו של תיקון מס' 7 הנ"ל, לאור הביקורת השיפוטית שאפשר להפעיל מכוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, צריך היה לקבוע שחוק יסוד זה חל, ברמה הטריטוריאלית, על התביעות האזרחיות שאותם פלסטינים ביקשו להגיש. אם כך הדבר, היה צריך לקבוע כי חוק היסוד מגן על זכותם להגיש תביעה בנזיקין, זכות שכעת נשללה או הצטמצמה בעקבות תיקון מס' 7. בנוגע לתחולה הטריטוריאלית של חוק היסוד נשען הנשיא ברק על משנתו שלו, כפי שעמד עליה בכתביו על תורת הפרשנות ולפיה, ככלל, חקיקה ישראלית חלה על יחסים משפטיים בישראל ואינה חלה על יחסים משפטיים מחוץ לישראל.¹²³ לכאורה, חוק היסוד הנ"ל אינו חל על המעשה כפי שתואר, שהרי הוא התרחש מחוץ לשטחה הריבוני של מדינת ישראל. ואולם, לדידו של הנשיא ברק, הזכויות של העותרים הפלסטינים שתיקון מס' 7 פוגע בהן מוקנות להם בישראל, שכן על פי עקרונות המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי זכויות אלו נשלטות על ידי דיני הנזיקין הישראליים.¹²⁴ זאת ועוד, הנשיא ברק הדגיש כי בתשובתה לעתירות הסכימה המדינה לתחולת הדין הישראלי על תביעות האינתיפאדה.¹²⁵ ממצא זה מייתר, אליבא דנשיא ברק, את הצורך לדון בשאלת התחולה הטריטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהרי החוק יחול בסופו של דבר רק בתוך ישראל ולא באופן אקס טרה-טריטוריאלי,¹²⁶ שכן מדובר בשלילת זכות המגיעה לפי הדין הישראלי והנטענת בפני בית משפט ישראלי. אם כן, כיצד תיקון מס' 7 פוגע בזכות המוגנת בחוק היסוד הנ"ל או שולל אותה? בעניין הזה הנשיא ברק מונה את הזכויות הבאות: זכות הקניין, המוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד זה, וזאת משום שזכות התביעה בנזיקין, היא עצמה בבחינת זכות רכושית לדידו של הזכאי להגיש תביעה; הזכויות לחיים, לחירות, לכבוד ופרטיות, המוגנות בסעיפים 2, 4 ו-7(א) לחוק היסוד, שהרי תכליתם של דיני הנזיקין שמכוחם מבקשים העותרים לתבוע וכעת אינם יכולים, לפחות ביחס למצב קודם לכן, היא להגן על זכויות אלו.¹²⁷

122 שם, בעמ' 21.

123 שם, בעמ' 30 מפנים לאהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות חקיקה 578 (1993).

124 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 112, בעמ' 31–32.

125 שם, בעמ' 32.

126 שם.

127 שם, בעמ' 34.

שבעה שופטים נוספים, שישבו בהרכב המורחב שדן בעתירות, הצטרפו לנשיא ברק. השופט אשר גרוניס, אשר הצטרף לתוצאה שאליה הגיע הנשיא ברק, המבטלת את תוקפו של סעיף 5ג לתיקון מס' 7, ביקש להסתייג במיוחד מהקביעה העקרונית שלפיה אם דיני הנזיקין חלים בישראל, יחולו באופן אוטומטי גם ההגנות החוקתיות המוענקות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²⁸ להשקפתו של השופט גרוניס, אם דיני הנזיקין חלים בישראל, אין בכך כדי ליצור פיקציה שלפיה ההתרחשות אירעה בישראל. לדידו, שאלת תחולתו של הדין הישראלי בכל הנוגע לכללי ברירת הדין שונה ונבדלת משאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד. ואולם, בסופו של דבר לא נדרש השופט גרוניס לשאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן המדינה הודיעה לבית המשפט שהיא מוותרת על העלאת שאלה זו.¹²⁹

לגישתי, זכות הגישה לערכאות של תובעים פלסטינים, שעה שהם מבקשים להגיש תביעה נגד מדינת ישראל בגין נזקים שנגרמו להם על ידי כוחות הביטחון הישראליים בשטחי הגדה המערבית, כפי שהיה במקרה שתואר בעניין **עדאלה**, נגזרת בראש ובראשונה מהיותם חלק מקהילה הנתונה להשפעתו של השלטון הישראלי, ובמיוחד להסדרים חוקיים ישראליים החלים עליהם במישרין.¹³⁰ בשל כך, תורת הפרוצדורה האזרחית מחייבת שתהיה להם גישה לבתי המשפט בישראל, במטרה "לגעת" בנורמה. כך תהיה להם הזדמנות, לפחות באמצעות הליך ההתדיינות האזרחית, לעצב נורמה זו. אם זכות גישה לבתי המשפט בישראל ניתנת לאזרח ישראלי מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קל וחומר שזכות דומה, ואולי אף מוגברת, צריכה להינתן לתובע הפלסטיני. לאחרון, מלבד ערוץ ההתדיינות המשפטית, אין דרך לגעת בנורמה, בעוד בפני הראשון פתוח גם הערוץ הפוליטי. נראה לי כי זהו בסיס משכנע יותר להכרה בזכות הגישה לערכאות הישראליות של תובעים פלסטינים. גישתו של הנשיא ברק מחייבת עריכת ברירת דין בנוגע לדין החל על התביעה לגופה, ואם דין זה הוא ישראלי, יש להחיל על המחזיק בזכות התביעה את ההגנה החוקתית על זכות הגישה לערכאות. לי, עם כל הכבוד, נראית גישתו של השופט גרוניס, שאינה מוצאת בהכרח קשר בין הדין החל על התביעה ובין ההגנה החוקתית על זכות הגישה לערכאות. ואכן, על תביעתו של אזרח ותושב ישראל המוגשת בפני בית משפט בישראל יכול באופן עקרוני לחול דין זה, ועם זאת תיתכן המסקנה שגם בגין תביעה זו הוא ייהנה מזכות גישה מוגנת לערכאות. יחד עם זאת ובשונה מהשופט גרוניס, שנתלה בנימוק דיוני-טכני כדי להצדיק את ההגנה החוקתית לזכות הגישה לערכאות, אני סבור כי ההצדקה לכך נובעת מתורת הפרוצדורה עצמה, ובלשונו של התובע הפלסטיני: כנתין פלסטיני של השטחים הכבושים והנשלטים על ידי ישראל אני כפוף למערך חקיקתי שמקיימת ישראל, נפגעת ונגרם לי נזק כתוצאה של פעילות

128 שם, בעמ' 52–53.

129 שם, בעמ' 53.

130 לדיון בשאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשטחי הגדה, וזאת מנקודת המבט של המשפט הבין-לאומי בעיקר, ראו Yaël Ronen, *Applicability of Basic Law: Human Dignity and Freedom in the West Bank*, 46 ISR. L. REV. 135 (2013).

כוחות הביטחון הישראליים שפועלים מכוח אותו מערך חקיקתי, והקהילה שאני נמנה עימה אינה זכאית להצביע לכנסת ישראל או להציג מועמדים מטעמה לבחירות בישראל, ולטענתי יש עילת תביעה כנגד כוחות הביטחון הישראליים, וכנגד מדינת ישראל בכלל. ההתדיינות המשפטית היא הדרך היחידה העומדת לרשותי כדי לגעת בנורמה שלטענתי מאפשרת לי לקבל פיצויים בעד הנזקים שנגרמו לי, וכן לנסות ולהגביל את החסינות המוענקת למדינה בגין פעולות כוחות הביטחון שלה, יש אפוא צורך להגן על הגישה שלי לערכאות הישראליות, לפחות, וממש לפחות, כפי שמגינים עליה עבור תובע ישראלי. ואידך זיל גמור.

לפי גישה זו, הנוהג הקיים בישראל לחייב תובעים פלסטינים להפקיד ערובה להוצאות הנתבע, כולל מקרים שבהם הנתבעת היא מדינת ישראל,¹³¹ נוהג שללא כל ספק פוגע בזכות הגישה שלהם לערכאות, אינו תקין בעליל.¹³² ראיית התובעים הפלסטינים כאילו היו תובעים זרים, הנאלצים מעת לעת להגיש תביעה בישראל, ועל כן הדאגה לאכוף עליהם את חובת תשלום ההוצאות אם יפסידו במשפט, הן מהלך לא נכון וגם לא צודק. איזו אופציה אחרת קיימת בפני התובעים הפלסטינים שעה שהם מבקשים להגיש תביעה נגד מדינת ישראל? התעלמות מכך שקיימת מציאות של כיבוש ישראלי בשטחים הפלסטינים, על כל המשתמע מכך, אינה חלק מהפתרון¹³³ אלא חלק מהבעיה.¹³⁴ אני גם סבור כי מציאות הגירעון הדמוקרטי הקיימת עבור תובעים פלסטינים היא יסוד שיש להביאו בחשבון מקום שבו תובעים פלסטינים מגישים תביעה אזרחית בגין מעשה עוולה שבוצע בשטח C, לדוגמה, במפעל הפועל בתחומי התנחלות ישראלית והנמצא בבעלות ישראלית, כאשר הדין החל שם הוא הדין הירדני כפי שנקבע בעת כיבוש השטח ב-1967. בפסק דין עקרוני נוסף שניתן בבית המשפט העליון, **ינון ייצור מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן**,¹³⁵ נדון מקרה כזה, שבו התובעת הפלסטינית נפצעה קשה בעת שעבדה במפעל של חברה ישראלית שממוקם באלפי מנשה שבשטחי הגדה המערבית. התובעת טענה להחלת הדין הישראלי, והמפעל הישראלי טען להחלת הדין הירדני. יודגש שברמה הפורמלית הליך ברירת הדין, כמו כללי הפרוצדורה, הוא כלי משפטי מסדר שני, שנועד להביא להכרעה בסכסוך באמצעות נורמה הקבועה בשיטת משפט נתונה ולא כדי לקבוע את הנורמה עצמה. בסופו של יום בחר בית המשפט להחיל את הדין הישראלי. אומנם נקבע באותו פסק דין שמאותה עת כלל ברירת הדין המחייב בנזיקין הוא הדין של מקום ביצוע העוולה (שהיה מוביל כאן לדין הירדני), אולם לכלל זה יש חריג כאשר השטח שבו

131 תק' 157 לתקנות סדר הדין האזרחי.

132 ראו למשל רע"א 2146/04 **מדינת ישראל נ' עיזבון איברהים**, פ"ד נח(5) 865 (2004).

133 KRETZMER & RONEN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 25.

134 Legal Consequences Arising from Policies and Practices of Israel in Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, Advisory Opinion, 2024 I.C.J. 1 (19 July). וראו במיוחד את ההתעלמות ממצאות הכיבוש הישראלי וכן מהאופציות הפתוחות בפני תובעים פלסטינים מלבד הגשת התביעה בישראל בבג"ץ 7016/16 **עדאלה – המרכז**

המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שרת המשפטים (נבו) 17.9.2018.

135 ע"א 1432/03 **ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן**, פ"ד נט(1) 345 (2004).

התרחשה העוולה הוא למעשה מובלעת ישראלית, והדין הישראלי הוא הדין בעל מרב הזיקות.¹³⁶ לפי הגישה שאני מציע כאן, הבחירה בדין הישראלי בתור דין העניין מוצדקת, מאחר שאין זה צורך להכפיף את התובעת הפלסטינית לדין שהתקיים בשטח משנת 1967, ואשר מאז ועד יום הדיון לא היה נתון למרותו של הליך דמוקרטי שהבטיח לאוכלוסייה שאמורה להיות נשלטת על ידיו ערוץ פוליטי כדי להשפיע על תוכנו. לאמיתו של דבר, מי ששולט בקביעת תוכנו של הדין הירדני ב"מובלעת הישראלית" שבה נמצא המפעל, שהיא בשטח C, היא ישראל עצמה, באמצעות המפקד הצבאי של צה"ל. לקהילה שעומה נמנים בעלי המפעל הנתבע יש אפוא גישה להליך הפוליטי המשפיע גם על המערך הנורמטיבי שיוצר הדין הישראלי, וכן גם זה שנוצר במובלעת הישראלית, ואילו לתובעת הפלסטינית אין כל גישה כזו. כך, לדידה של הנתבעת הישראלית אין גירעון דמוקרטי, ואילו לדידה של התובעת הפלסטינית יש כזה, ודרך ריפוי היא בחירתה של התובעת להגיש תובענה בדרישה להחיל את הדין הישראלי. כך התובעת יכולה, ולו במידת מה, לשלוט, באמצעות הליך ברירת הדין, בדין ששולט בה.¹³⁷ דרך אחרת להבין את ההיגיון שבטענה זו היא לשאול, באיזו סיטואציה ניתקל בגירעון דמוקרטי מועצם יותר – כאשר מכפיפים את הנתבעת הישראלית לדין הישראלי, או כאשר מכפיפים את התובעת הפלסטינית לדין הירדני, שהשתמר בגדה על ידי מפקד האזור של צה"ל שהוא זרוע ארוכה של מדינת ישראל? על פי הניתוח שלי, במקרה הראשון אין גירעון דמוקרטי מבחינת הנתבעת, ואולי יש כזה מבחינת התובעת – אבל זהו הדין שהיא רוצה להחיל; במקרה השני שוב אין גירעון דמוקרטי מבחינת הנתבעת, שכן היא נמנית עם קהילה שיכולה להשפיע על דין זה, ומבחינת התובעת הפלסטינית יש כזה – אך הפעם זהו דין שהיא אינה מעוניינת להחיל. אם כן, כדי להפחית מעוצמתו של הגירעון הדמוקרטי, מן הראוי לתת אך לתובעת הפלסטינית לבחור.

סיכום

השילוב בין עקרונות מהמשפט החוקתי לעקרונות מתורת הפרוצדורה הוא שילוב חשוב, שנראה כי יביא לתובנות רבות נוספות בהתפתחותו של המשפט הישראלי. ממד אחד שביקשתי לדון בו ברשימה זו, עניינו האינטרס של מתן הזדמנות למי שכפוף לנורמה מסוימת לגעת באותה נורמה. ההכרה בקיומו של אינטרס זה יכולה להביא לשינויים משמעותיים בעיצובם של כללי הפרוצדורה עצמה. אומנם רשימה זו מתמקדת בהקשר אחד, זכותם של תובעים פלסטינים לגעת בנורמה ששולטת בהם, אולם אני כבר יכול לומר כי להכרה זו יכולים להיות ביטויים רבים אחרים. כך למשל, במחקר אחר שערכתי ציינתי את חשיבות הגירעון הדמוקרטי במקרה של המיעוט הפלסטיני בתוך ישראל, ואת האופן שבו הדבר מעמיד אותנו במצב שונה בהקשר של ערך הביקורת השיפוטית מבחינת

136 שם, בעמ' 374.

137 להרחבה בעניין זה ראו Michael M Karayanni, *Choice of Law under Occupation: How Israeli Law Came to Serve Palestinian Plaintiffs*, 5 J. PRIV. INT'L L. 1 (2009).

המשפט החוקתי בישראל.¹³⁸ ייתכן שנכון להכיר בביקורת שיפוטית מוגברת ביחס לקבוצות מיעוט אשר סובלות מייצוג פוליטי מוגבל ברשות המבצעת (הנשענת על קואליציה פוליטית בכנסת), כמו המיעוט הפלסטיני בישראל. מנגד, אפשר לחשוב כי כאשר אין אינטרס נורמטיבי בקיומה של פרוצדורה מסוימת, וזאת משום שבית משפט ישראלי נדרש לדון בהליך שנשלט על ידי דין זר, כאשר גם בעלי הדין זרים (ואינם מתגוררים בשטחים שבשליטת ישראל), אזי על בית המשפט להטות את הכף נגד קיום הדיון בישראל, וזאת גם אם בית המשפט מוסמך לדון בסכסוך על פי כללי הסמכות הפורמליים.¹³⁹ התקווה היא שכך חשוב זה ישמש את קהילת המחקר בישראל, ומי ייתן שגם את הקהילה המשפטית בכללותה, כדי להפנים שכללי הפרוצדורה אינם אך "מיטת סדום" בפני יישומו של המערך הנורמטיבי, אלא עולם ומלואו של כלים, שאמורים לאפשר לכל מי שכפוף לאותו מערך נורמטיבי הזדמנות לגעת בו.

138 ראו Michael Karayanni, *A "Third Camp" in Israel's Constitutional Upheaval: The Voice of the Silent Palestinian-Arab Minority*, 22 INT'L J. CONST. L. 938 (2024).

139 ראו Karayanni, *The Extraterritorial Reach of American Class Actions*, לעיל ה"ש 19.