

## זכויות חברתיות מהספירה הדיונית

יורם רבין\*

- א. מבוא: זכויות דיוניות כזכויות חברתיות
- ב. זכות הגישה לערכאות
1. זכות הגישה לערכאות - זכות דיונית בעלת מימד חברתי
  2. מעמדה של זכות הגישה לערכאות בישראל - מזכות רגילה לזכות חוקתית
  3. זכות הגישה לערכאות בהקשרים חברתיים קונקרטיים
- ג. הזכות לייצוג וסיוע משפטי
1. הזכות לייצוג וסיוע משפטי - זכות דיונית בעלת מימד חברתי
  2. הזכות לייצוג וסיוע משפטי במישור המשפט הפלילי
  3. הזכות לייצוג וסיוע משפטי במישור המשפט האזרחי
  4. תקצוב מטעם המדינה של ארגונים וולונטריים העוסקים במתן סיוע משפטי
- ד. סיכום: זכויות חברתיות והעמקת הנגישות של חסרי אמצעים לשירותים משפטיים

### א. מבוא: זכויות דיוניות כזכויות חברתיות

ברשימה זו אנסה לטעון שזכויות דיוניות מסוימות, שסווגו עד כה כשייכות למשפחת הזכויות האזרחיות-הפוליטיות, ראויות לסיווג מחודש גם כזכויות חברתיות. לאחר־מכן אנסה להצביע על התפתחותן של זכויות אלה כזכויות חברתיות במשפט הישראלי בשנים האחרונות.

טענה כי יש לסווג זכויות דיוניות מסוימות כזכויות חברתיות מחייבת מתן תשובה לשאלה הראשונית: זכויות חברתיות מהן? בקיצור, וללא ניסיון למצות שאלה זו, ניתן

---

\* ד"ר למשפטים, מרצה וחבר הסגל הקבוע בבית־הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

להצביע על מאפיינים אחדים של זכויות חברתיות שיש בהם כדי לסייע לענות על שאלה זו<sup>1</sup>.

**אפיון היסטורי:** הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות החלו להתפתח בסוף המאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים, על רקע צמיחתן של התנועות הסוציאליסטיות, תנועות העבודה באירופה ומהפכת 1917 ברוסיה הצארית. מהבחינה העיונית, הזכויות החברתיות, הכלכליות והתרבותיות נשענות על פועלם של הוגי-דעות ליברליים וסוציאליסטיים, ששאפו לתקן את פגעי של הקפיטליזם ולדאוג לקורבנותיו על-ידי הבטחת מעמדו הכלכלי של האדם ורווחתו. מבחינה היסטורית זכו זכויות אלה בעדנה ראשונית דווקא במשטרים הקומוניסטיים. בשנת 1948 נוסחה באו"ם ההכרזה האוניוורסלית בדבר זכויות האדם והאזרח<sup>2</sup>, ובה נקבעו, אלה לצד אלה, הן זכויות אזרחיות-פוליטיות והן זכויות כלכליות-חברתיות. אולם בעת ניסוח האמנות המרכזיות באו"ם שנגעו בזכויות האדם אומצה חלוקה פורמלית בין שתי הקבוצות של הזכויות: מחד גיסא, קבוצת הזכויות האזרחיות-הפוליטיות, שעוגנה באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966; מאידך גיסא, קבוצת הזכויות הכלכליות, שעוגנה באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966<sup>3</sup>. החלוקה ההיסטורית של הזכויות לשתי אמנות בינלאומיות עיצבה תודעה משפטית מקובלת שלפיה הזכויות החברתיות הן אלה שעוגנו באופן מפורש באמנה לזכויות חברתיות (כגון הזכות לתנאי קיום הולמים, הזכות לבריאות, הזכות לחינוך והזכות לביטחון סוציאלי)<sup>4</sup>. מאפיין של הטלת "חובות עשה": אחד המאפיינים העיקריים של זכויות חברתיות הינו הטלת "חובות עשה" על המדינה לספק את השירות נשוא הזכות. כלומר, בניגוד לזכויות

- 
- 1 ראוי להדגיש שהמדובר במאפיינים בלבד, והתוצאה אינה מתיימרת לספק הגדרה תורת-משפטית של המושג "זכות חברתית".
  - 2 Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 71 (1948).
  - 3 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, מס' 1041, ע' 269 (להלן: האמנה בדבר זכויות אזרחיות); אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, מס' 1037, ע' 205 (להלן: האמנה לזכויות חברתיות או זכויות חברתיות).
  - 4 על הזכויות החברתיות במשפט הבינלאומי ראו י' שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש יכולים בתי-המשפט הישראליים לעשות בהן?" המתפרסם בקובץ זה. מעניין כי חלוקה זו נכונה גם לגבי ישראל, שהפרידה בין הזכויות האזרחיות-הפוליטיות שנקבעו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: תופש העיסוק לבין הזכויות החברתיות שבהצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, על גרסתיה השונות.

הקלסיות האזרחיות-הפוליטיות, שהן אוסף של חירויות נגטיביות (סבילות), הזכויות החברתיות הן בעלות אופי פוזיטיבי (פעילות), קרי: זכויות המטילות במקרים המתאימים "חובות עשה" על רשויות המדינה.

על הבחנה זו נמתחה אומנם ביקורת מוצדקת על-ידי מלומדים שונים בטענה שגם זכויות קלסיות נחשבות למטילות על המדינה "חובות עשה" מסוימות וכי אין הבדל עקרוני בין שתי הקבוצות<sup>5</sup>, אולם במקרה של זכויות מסוימות – אלה הנחשבות זכויות חברתיות בהתאם להגדרה זו – ניתן עדיין לומר שגרעין הקשה נוגע באופן מובהק יותר בהטלת "חובות עשה" על המדינה. זכויות אלה עוסקות במשאבים שהינם יקרים יותר למימוש בדרך-כלל (כגון שירותי בריאות) מזכויות העוסקות בעניינים אזרחיים-פוליטיים, שאותן ניתן לאפיין, בדרך-כלל, כמטילות על המדינה חובות בעלות אופי נגטיבי של "אל תפגע" (כגון חופש הביטוי).

אפיון מנקודת-מבט סוציו-אקונומית של שכבות אוכלוסייה חלשות: אפיון נוסף אינו מתרכז בתוכנה של הזכות, אלא בהיבטים החלוקתיים (אקוויטביליים) של המשאב נשוא הזכות, ובמיוחד בנגישות של שכבות מעוטות-יכולת לאותם משאבים. בהתאם לאפיון זה, "החברתיות" של הזכות נובעת מקשיי הנגישות של שכבות חברתיות-כלכליות חלשות למשאבים נשוא הזכות, שכן מטרתן של זכויות אלה היא קידום צדק חלוקתי בקשר לאותם משאבים<sup>6</sup>. בהתאם לכך, ההכרה בזכות תואמת את המטרה של פעולה לטובת חלוקה שוויונית יותר של הנכסים בחברה<sup>7</sup>.

יש לציין שקיימת חפיפה בין האפיונים השונים. פעמים מדובר על חפיפה מלאה; כך, למשל, הזכויות הקבועות במפורש באמנה בדבר זכויות חברתיות, כגון הזכות לבריאות, הזכות לדיוור הולם או הזכות לחינוך (האפיון ההיסטורי), הן זכויות שגם מטילות באופן מובהק "חובות עשה" כבודות על המדינה (המאפייין של הטלת "חובות עשה"). נוסף על כך, בשל העלות הגבוהה של שירותי החינוך, שירותי הבריאות וכדומה, ברור שלשכבות אוכלוסייה

- 
- 5 ראו למשל: J. Waldron "Can Communal Goods Be Human Rights?" *Liberal Rights – Collected Papers, 1981–1991* (Cambridge, 1993) 339, 343; M. MacMillan "Social Versus Political Rights" 19 *Canadian Journal of Political Science* (1986) 283, 303.
- 6 ראו א' גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 79. במאמר זה ד"ר גרוס מכנה זכויות אלה "זכויות חברתיות חלוקתיות" (שם, בע' 83).
- 7 ראו י' דותן "בית-המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" המתפרסם בקובץ זה.

מעוטות-יכולת יש קשיי נגישות למשאבים אלה (אפיון מנקודת-מבט חברתית-כלכלית). עם זאת, חפיפה מלאה בין האפיונים השונים אינה מחויבת המציאות. האם ניתן למיין זכויות דיוניות מסוימות כשייכות לקבוצת הזכויות החברתיות? האפיון ההיסטורי אינו תומך בכך; בהתאם לסיווג ההיסטורי, הזכויות מהספֶרה הדיונית שייכות לקבוצת הזכויות האזרחיות-הפוליטיות. האמנה בדבר זכויות חברתיות משנת 1966, להבדיל מאחותה, האמנה בדבר זכויות אזרחיות, אינה כוללת זכויות מהספֶרה הדיונית<sup>8</sup>. כך גם בישראל. הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות כוללת רק זכויות מהותיות, כגון הזכות לחינוך, הזכות לבריאות, הזכות לדיוור ולרווחה חברתית<sup>9</sup>. מנגד, בהתאם למגמה במשפט הישראלי, הזכויות הדיוניות, כגון זכות הגישה לערכאות, מוקמו בהצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט. עם זאת, בהתאם לאפיון השני, זכויות דיוניות אחדות, כגון זכות הגישה לערכאות והזכות לייצוג על חשבונה של המדינה, הן בעלות מימד חברתי מובהק, שכן הן מטילות "חובות עשה" על המדינה (ועל כך נרחיב בהמשך<sup>10</sup>). נוסף על כך, זכויות אלה הן "חברתיות" גם בהתאם לאפיון השלישי: שימוש במערכת המשפט עולה כסף רב, ואם נגדיר את "המשפט" או את "מערכת המשפט" (justice system) כמשאב חברתי, הרי ש"החברתיות" של זכויות אלה נובעת מקשיי הנגישות של שכבות מעוטות-יכולת אל מערכת בתי-המשפט, קשיים הנובעים ממכשולים כלכליים שונים.

רשימה זו תתרכז בשתי זכויות דיוניות, שבהתאם להגדרות האחרונות הן בעלות פן חברתי מובהק: הראשונה, זכות הגישה לערכאות. זכות זו מהווה למעשה זכות מסגרת מהספֶרה הדיונית, והיא כוללת בחובה, במידה רבה, זכויות דיוניות נוספות בעלות אופי כלכלי-חברתי<sup>11</sup>. השנייה: הזכות לייצוג ולסיוע משפטי. זכות זו, השייכת גם היא למשפחה

8 ראו סעיף 14 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות, לעיל הערה 3, המפרט זכויות דיוניות שונות. רמו לזכויות מהספֶרה הדיונית ניתן למצוא גם בסעיפים 8 ו-10 להכרזה האוניוורסלית בדבר זכויות האדם והאזרח של האו"ם משנת 1948.

9 ראו הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, תשנ"ד-1994, ה"ח 2253; הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, תשנ"ד-1994, ה"ח 2256; הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, תשס"ב-2002, ה"ח 3068.

10 נדון בכך להלן בפרק ג למאמר.

11 הזכות להליך ראוי מהווה בארצות-הברית את זכות-המסגרת הדיונית, שכן היא קבועה במפורש בתיקון הארבעה-עשר לחוקה. בתי-המשפט בארצות-הברית הכירו בזכות הגישה לערכאות כנגזרת של פסקת ההליך הראוי. על זכות הגישה לערכאות בארצות-הברית ראו י' רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (תשנ"ח) 63 ואילך.

הזכויות הדיוניות, עונה גם היא על המאפיינים של זכות חברתית, וכפי שניווכח להלן, היא מצדיקה דיון עצמאי. הבחירה בשתי זכויות אלה כציר לרשימה זו נובעת מהעובדה שביחס לשתייהן היו בשנים האחרונות התפתחויות אחדות, הן במישור החקיקה והן במישור הפסיקה, המצדיקות בירור מעמיק לגבי מעמדן והיקפן.

## ב. זכות הגישה לערכאות

### 1. זכות הגישה לערכאות – זכות דיונית בעלת מימד חברתי

זכות הגישה לערכאות הינה זכותו של האדם לפנות אל הערכאות השיפוטיות ולקבל סעד ללא סירוב, ללא עיכוב בלתי־סביר וללא משוא־פנים. זכות זו היא זכות־המסגרת הדיונית החשובה ביותר, ובמובנה הרחב (דהיינו, ככוללת את זכות הגישה האפקטיבית לבית־המשפט), חוסת תחת כנפיה זכויות דיוניות נוספות, כגון הזכות לסיוע משפטי והזכות לייצוג על־חשבונה של המדינה.

אין חולק על היותה של זכות הגישה לערכאות זכות אזרחית־פוליטית חשובה ביותר. מלומדים עמדו על כך כי זכות הגישה לערכאות הינה זכות בעלת חשיבות פוליטית מן המדרגה הראשונה, שכן היא התנאי להגנה על מגילת הזכויות של הפרט, לרבות כלי להגנה על הזכויות האזרחיות־הפוליטיות, שהן התנאי לשימורו של הסדר הדמוקרטי בחברה<sup>12</sup>. אולם בהתאם לאפיונים שצוינו לעיל, זכות הגישה לערכאות יכולה להיות מסווגת גם כזכות חברתית. כאמור, ניתן לאפיין זכות כחברתית אם היא כוללת מאפיין חזק של הטלת "חובות עשה" על המדינה. בהתאם לכך, זכות הגישה לערכאות היא זכות חברתית, שכן היא

12 ראו במאמרו של פרופסור מייקלמן: F.I. Michelman "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right – Part II" (1974) *Duke Law Journal* 527. על ההיבט הפוליטי של הזכות ראו רבין, שם, בע' 47–51. יש לציין כי הכתיבה האמריקאית מדגישה את העובדה שזכות הגישה לערכאות היא תנאי להגנה על הזכויות, האזרחיות־הפוליטיות, אך למעשה היא מהווה תנאי להגנה גם על כל הזכויות, לרבות זכויות האדם הכלכליות־החברתיות מהדור השני. לגבי זכות הגישה החוקתית לערכאות ביפן, בקנדה, בגרמניה ובדרום־אפריקה ראו: F. Venter *Constitutional Comparison – Japan, Germany, Canada and South Africa as Constitutional States* (Cape-town, 2000) 156–163.

זכות פוזיטיבית (פעילה), המטילה במקרים המתאימים "חובות עשה" על רשויות המדינה. כמו הזכות לחינוך, המטילה על המדינה את החובה לספק שירותי חינוך לאזרחיה ואת הנטל להקצאת משאבים, תקציבים, בניית בתי-ספר וכדומה, כך גם זכות הגישה לערכאות מטילה על המדינה "חובות עשה", כגון החובה לממן ייצוג משפטי לאזרח חסר אמצעים, אשר ללא עזרתה של המדינה במימון הייצוג, נחסמת דרכו אל הערכאות המשפטיות. (בדוגמות קונקרטיות נוספות נעסוק בהמשך<sup>13</sup>). נוסף על כך הצענו ש"החברתיות" של הזכות נובעת מקשיי הנגישות של שכבות חברתיות-כלכליות חלשות למשאבים נשוא הזכות. גם בהתאם לטענה זו ניתן להתייחס אל זכות הגישה לערכאות כאל זכות חברתית. מערכת המשפט (או מערכת הצדק) היא משאב חברתי יקר, שהנגישות אליו קשה לבני שכבות מועטות-יכולת. עובדה זו מצדיקה הכרה בזכות הגישה לערכאות כזכות חברתית חלוקתית.

טענה זו ראויה לפירוט: הנגישות למערכת הצדק – מהשלבים הראשוניים של מודעות לקיומן של זכויות<sup>14</sup> ועד היכולת לתבוע אותן בבית-המשפט – מהווה תנאי הכרחי ליכולתו

13 גדון בכך להלן בפרק ג למאמר.

14 בדרך אל הערכאות קיימים מחסומים של ידע ותודעה. החוק אינו עוד עממי, אלא מורכב, סבוך וזר, ומחייב התמצאות רבה. עובדה זו מרחיקה מהערכאות המשפטיות שכבות אוכלוסייה שונות, ובמיוחד כאלה שאינן בעלות תודעה מתאימה או שאינן מחזיקות במידע הראשוני המתאים לגבי הזכויות הבסיסיות. ראו מחקר בסיסי בתחום, הקושר את היכולת להגיש תובענה בערכאות, בשלב הראשון, למידת התודעה והמודעות של הנפגע, אצל: W. Felstiner, R. Abel & A. Sarat "The Emergence of Dispute: Naming, Blaming, Claiming" 15 *Law and Society Review* (1980) 631–687.

התייחסות נרחבת למאמר זה, גם בהקשר לניתוח פסיקה בארץ, ניתן למצוא במאמרם של ר' שמיר ומ' שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין עבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" שנתון משפט העבודה ו (תשנ"ו) 287, בע' 294 ואילך. המחקר מציע מודל בן שלושה שלבים קריטיים, שהתחקות אחריהם מעידה כי רוב הפגיעות שחווים פרטים וקבוצות בחברה אינן מגיעות כלל לכדי התגבשות כמחלוקות משפטיות. השלב הראשון במודל זה הינו שלב ה"קריאה בשם" (naming), שבו עצם היכולת להעניק "שם" מוגדר לחוויית פגיעה כלשהי מאפשרת לנפגע לחשוב עליה כעל פגיעה הראויה לתיקון. זה השלב שבו המודעות של נפגעים לקיומו של "שם" כזה הינה קריטית להמשך התהליך. ללא מודעות כזו, אירוע פוגע מעובד על-ידי הנפגע כאירוע בלתי-נמנע, שהינו "חלק מהחיים". על-פי המחקר, דבר קיומו של "שם" ראוי הינו פונקציה של מאבק חברתי ומשא-ומתן תרבותי. המודעות לקיומו, אם קיים "שם" ראוי, הינה מודעות דיפרנציאלית הקשורה למגוון משתנים

של הפרט ליהנות מהגנתו של המשפט<sup>15</sup>. אולם, כידוע, הן בפועל והן על-פי חוק, היכולת ליהנות מהגנת המשפט ומהזכויות המוקנות בו תלויה לעיתים קרובות בקבלת ייעוץ, סיוע או ייצוג משפטי. שוק השירותים המשפטיים מתנהל בדרך-כלל על-פי כללי השוק הפרטי, וכתוצאה מכך, רבים מן הנוקקים לעזרה משפטית אינם יכולים להשיגה<sup>16</sup>. אין זה ראוי שיוטלו בפועל מגבלות כלכליות על הגישה לערכאות, מגבלות שיש בהן משום שלילת הזכות במיוחד מבני שכבה חברתית-כלכלית מסוימת. המודל הקלסי של "מגילת הזכויות" הליברליות משמעותו, מבחינה כלכלית, מתן יתרון בנגישות אל מערכת המשפט לבעלי-היכולת, בעוד מיעוטי-היכולת אינם זוכים ביכולת גישה אפקטיבית לערכאות. "מגילת הזכויות" הקלסית המקנה גישה פורמלית לצדק, המשמשת אך כמגן מפני רשויות המדינה ואינה מספקת הגנה לחלשים, מנציחה למעשה חוסר צדק וחוסר שוויון חברתי. לכן, בהקשר זה, אין די בהגנה על זכויות קלסיות. נוסף על כך, מכוח עקרונות משפטיים-מוסריים, מוצדק להכיר גם בזכות הגישה לערכאות כבזכות חברתית בעלת אופי פוזיטיבי (חלוקתי) המעניקה לחסר היכולת כוח אפקטיבי לפנות לערכאות לצורך הגנה על זכויותיו<sup>17</sup>.

---

חברתיים-כלכליים וחברתיים-תרבותיים. כך, למשל, ככל שמדובר בהפליה, עברה שנוטה מטבעה להיות מוסתרת ומוסברת תוך הכחשתה, קיים קושי מיוחד להבטיח את התפרשותה החברתית הרחבה של מודעות נשים לאפשרות להמשיג דפוסי פעולה אובייקטיביים כביכול כדפוסי פעולה מפלים שניתן להתגונן נגדם באמצעים משפטיים. השלבים הבאים במודל הם: שלב ה"האשמה" (blaming), שבו הנפגע מוכן ומסוגל להתייבב כנגד הגורם שנחווה כיוצר הפגיעה, תוך שהוא נדרש למשאבים נפשיים בלתי-מבוטלים. השלב הסופי הוא שלב ה"תביעה" (claiming), שבו, לנוכח התנגדות הצד הפוגע להסדיר את תביעות הצד הנפגע, הנפגע נזקק למערכת המשפטית על כל צדדיה, כגון עורכי-דין ויועצים משפטיים, וזאת כדי לעבד את חוויית הפגיעה לשפה המשפטית המוכרת.

15 הכוונה אינה להגנת המשפט רק באמצעות בתי-המשפט אלא במובן הרחב, הכולל גם פנייה לטריבונלים שונים וכן לגופים שלטוניים או אף פרטיים.

16 נ' זיו "חינוך משפטי ואחריות חברתית: על הזיקה בין הפקולטה למשפטים והקהילה שהיא מצויה בה" עיוני משפט כה (תשס"ב) 385, 390-391; י' אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג (תשס"ד) 497.

17 D. Van Wyk, J. Dugard, B. De Villiers & D. Davis *Rights and Constitutionalism – The New South African Legal Order* (Kenwyn, D. Van Wyk and others eds., 1996) 417-418: "The idea of access to justice holds that it is not enough to provide formal access to the courts in the way that the traditional liberal notion of a bill of

ניתן אומנם להשקיף על זכות הגישה לערכאות כעל כלי בלבד או כעל חלק מהסעד לצורך ההגנה על זכויותיו של הפרט (זכויות קלטיות וחברתיות כאחד), אולם עובדה זו דווקא היא היא ההופכת את זכות הגישה לערכאות לתנאי להגנה אמיתית על זכויות באשר הן. לזכות יש היבטים חברתיים דומיננטיים: כזכות תומכת – היא תומכת הן בזכויות אזרחיות פוליטיות (מדור ראשון) והן בזכויות כלכליות חברתיות (מדור שני); כזכות עצמאית – היא בעלת מאפיינים דומיננטיים של זכות חברתית, שכן, הטלת מגבלות שונות, בין השאר כלכליות, על יכולת הגישה אל בתי המשפט מרחיקה את הצדק משכבות חברתיות נטולות אמצעים. העקרונות של "שלטון החוק" ו"צדק לכל" מחייבים את המדינה להעניק מידה של שוויון ביכולת הגישה של כל אזרח ואזרח אל בתי המשפט<sup>18</sup>.

---

rights would, at best, seek to do. Unless the economic, organizational, and educational barriers to access to the courts are also addressed formal access to justice is a hollow if not cynical, gesture. The theory of a bill rights as a sword gives rise to a strong claim for the constitutionalization of rights that will ensure substantive, and not merely formal, access to justice. The will in some areas mean dealing with second – and third – generation rights, although not all proposed mechanisms for ensuring substantive access to justice involve such rights"

M. Cappelletti, B. Garth & N. Trocker "Access to Justice – Comparative General Report" 40 *Rabblers Zeitschrift* (1976) 669, 672: "The right of effective access to justice has emerged with the new social rights. Indeed, it is of paramount importance among these new rights since, clearly, the enjoyment of traditional as well as new social rights presupposes mechanisms for their effective protection. Such protection, moreover, is best assured by a workable remedy. Within the framework of the judicial system effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement – the most basic human right – of a system which purports to guarantee legal rights." See also: M. Cappelletti & B. Garth "Access to Justice – the Worldwide Movement to Make Rights Effective, A General Report" *Access to Justice* (Vol. I – A World Survey, 1978) 5; M. Cappelletti "Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and Trends in Western and Eastern Europe" 69 *Mich. L. Rev.* (1971) 847



## 2. מעמדה של זכות הגישה לערכאות בישראל – מזכות רגילה לזכות חוקתית

זכות הגישה לערכאות אינה מנויה ברשימת הזכויות שעוגנו במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף כי עיגון חוקתי מפורש של זכות הגישה לערכאות עמד כבר פעמים מספר בעבר על סדר יומה של הכנסת<sup>19</sup>.

בישראל שלאחר "המהפכה החוקתית" עסק בית המשפט העליון בזכות הגישה לערכאות פעמים מספר, אך נמנע מלקבוע במפורש כי המדובר בזכות חוקתית על-חוקית<sup>20</sup>.

מפנה במעמדה של זכות הגישה לערכאות הסתמן בשנת 1997, עם הינתנו בבית המשפט העליון של פסק הדין בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ<sup>21</sup>. השאלה המרכזית שהתעוררה במקרה זה היתה אם יש לפרש את פקודת הפטנטים והמדגמים, 1926, כמקנה אפשרות לבקש מבית המשפט המחוזי מחיקת מדגם שכבר נרשם. בית המשפט המחוזי פסק שהדרך היחידה לתקוף רישומו של מדגם בבית המשפט היא דרך התקיפה העקיפה של הרישום, דהיינו תקיפה במסגרת הגנתו של הרואה עצמו נפגע מהמדגם נגד תביעה נזיקית שיגיש נגדו בעל הרישום על הפרת המדגם. לאור פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שחסם תקיפה ישירה של החלטת רשם הפטנטים בבית המשפט המחוזי, נדרש בית המשפט העליון לדיון המעמיק ביותר שנערך עד כה בערכאה זו בהקשר מעמדה של זכות הגישה לערכאות: האם זכות הגישה לערכאות הינה זכות חוקתית שניתן להפעיל מכוחה ביקורת שיפוטית על חוקים?

19 חלקו הראשון של פרק זה נידון בהרחבה במאמר קודם, לכן אחזור בתמצית על עיקרי הדברים בלבד. ראו י' רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה (תש"ס) 217. על זכות הגישה לערכאות לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שם, בע' 218–220.

20 ראו ע"א 3833/93 לוינ' נ' לוינ, פ"ד מח(2) 862. בהקשר של מקרה זה השופט זמיר מתייחס אל זכות הגישה לערכאות כאל "זכות יסוד" אך לא כאל זכות חוקתית בחוק היסוד (שם, בע' 874): "גישה חופשת ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדיין אינה כתובה עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות. מכאן נובעת המדיניות הראויה כלפי הוראה חונית המתיימרת לחסום את הדרך אל בית המשפט או להניח מכשולים של ממש על דרך זאת." כן ראו ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 558–560; רע"א 9572/01 דרון נ' וייסברג, פ"ד נו(6) 918, בפסקה 3 להחלטת השופט דורנר.

21 ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (להלן: עניין ארפל אלומיניום).

פסק־הדין בעניין ארפל אלומיניום עסק בזכות הגישה לערכאות כעיקרון פרשני בלבד, והדיון בזכות היה יכול להסתיים ביישומה של הזכות בנסיבות העניין<sup>22</sup>. עם זאת בחרו השופטים גולדברג וחשין להתייחס למעמדה החוקתי של הזכות, ושניהם סברו שיש להכיר בה כזכות עליונה על זכויות רגילות<sup>23</sup>. השופט גולדברג עורר את האפשרות שזכות הגישה לערכאות היא זכות חוקתית הנגזרת מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>24</sup>. באופן שונה במעט הביע השופט חשין את דעתו כי זכות הגישה לערכאות נעלה על יתר זכויות־היסוד, ויש לגזורה ישירות מאופיו הדמוקרטי של המשטר ומערכי־היסוד של החברה<sup>25</sup>.

חשוב לציין לענייננו כי פסק־הדין בעניין ארפל אלומיניום עוסק בזכות הגישה לערכאות בהקשר סכסוך על הזכויות בקניין רוחני בין שתי חברות מסחריות (מחלוקת באשר לזכויות על מדגם). זהו פסק־דין הנוגע בזכות הקניין במובנה הקלסי, ופסקי־דינם של השופטים חשין וגולדברג אכן מדגישים את האופי האזרחי־הפוליטי של זכות הגישה לערכאות, ולא דווקא את המימד החברתי של זכות זו<sup>26</sup>.

- 22 בנסיבות העניין קבע השופט חשין בדעת הרוב כי יש לקבל את הערעור. לדעתו, למעט הוראת סמכות מפורשת הקבועה בפקודת הפטנטים והמדגמים, הסמכות לדון בתקפותו של מדגם שנרשם (לרבות בטענות כי המדגם אינו חדש או אינו מקורי) נתונה כולה לבית־המשפט המחוזי גם בתקיפה ישירה (שם, בע' 608). על יישומה של זכות הגישה לערכאות בנסיבות המקרה ראו רבין, לעיל הערה 11, בע' 226–227.
- 23 דעות אלה הובעו אגב אורחא, שכן פקודת הפטנטים והמדגמים, שפרשנותה עמדה במחלוקת בנסיבות העניין, הינה "דין ישן" החוסה תחת פסקת שימור הדינים שבסעיף 10 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 24 עניין ארפל אלומיניום, לעיל הערה 21, בע' 593.
- 25 שם, בע' 628–629.
- 26 אומר השופט חשין: "המסקנה הנדרשת מפסק דינו של בית משפט קמא שורטת עמוקות בזכות הגישה לבית המשפט ובעיקרי המשטר הדמוקרטי." שם, בע' 628. מוסיף השופט גולדברג: "מדיניות ראויה היא זו שאינה נועלת דלת בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית. הנגישות לרשויות השיפוטיות נובעת מן התפישה שבמשטר דמוקרטי הפונקציה המוסדית הראשונית המוטלת על הרשות השופטת, ואשר בגינה נוצר וקיים מוסד בית המשפט, היא הפונקציה של הכרעה בסכסוך... זאת בין שהסכסוך הוא בין פרטים לבין עצמם, ובין שהסכסוך הוא בין פרט לבין רשויות השלטון. במקרה האחרון נשענת ההכרה בזכות הגישה על ההכרה כי ביקורת שיפוטית על 'מעשי השלטונות היא חלק בלתי נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, וההותר תחתיה עלול לקעקע את אחד מעמודי התווך של בניין המדינה'." שם, בע' 590–591.

קליטתה של זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית חדשה (אף כי בלתי־מנויה) היתה מהירה באופן יחסי. הקביעה בדבר מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות בפסק־הדין בעניין ארפל אלומיניום צוטטה מספר רב של פעמים בבית־המשפט העליון, בבתי־המשפט המחוזיים, בבתי־הדין לעבודה ובבתי־המשפט לענייני משפחה<sup>27</sup>. עיון בפסקי־הדין המתבססים על עניין ארפל אלומיניום מגלה עובדה מעניינת: זכות הגישה החוקתית לערכאות "נולדה" בעניין ארפל אלומיניום כזכות חוקתית בעלת היבט אזרחי־פוליטי דומיננטי, אך כעבור זמן קצר החלו בתי־המשפט, באופן טבעי וללא חשש, לעשות שימוש בזכות הגישה החוקתית לערכאות כזכות חברתית מובהקת. בחלק הבא של הרשימה אנסה להתרכז בפסיקה המדגישה את ההיבטים החברתיים של זכות הגישה לערכאות הן כזכות המגינה על קבוצת חלשות (כגון חסרי האמצעים) והן כזכות המטילה באופן מפורש "חובות עשה" על המדינה ורשויותיה<sup>28</sup>.

### 3. זכות הגישה לערכאות בהקשרים חברתיים קונקרטיים

זכות הגישה לערכאות יכולה להיות רלוונטית בהקשר של רשימה לא־סגורה של עניינים חברתיים הנוגעים בבעיית הנגישות לצדק של מתדיינים חסרי אמצעים מקבוצות שונות<sup>29</sup>. להלן אנסה לפרט סוגיות אחדות שבהן זכות הגישה לערכאות מתקשרת לסוגיות חברתיות מובהקות שנידונו לאחרונה בפסיקה.

---

27 מבדיקה שנערכה במאגרי המידע הממוחשבים השונים עולה כי בעת כתיבת מאמר זה ניתן לאתר יותר מעשרים וחמישה פסקי־דין שציטטו את פסקי־הדין בעניין ארפל אלומיניום בהקשר של זכות הגישה החוקתית לערכאות.

28 בהמשך נדון גם בזכות לייצוג וסיוע משפטי הנגזרת למעשה מזכות הגישה לערכאות.

29 הזכות קשורה גם לרשימה של עניינים שאינם קשורים בהכרח לסוגיות חברתיות, כגון אי־חוקתיותה של תניה בחוזה (או צוואה) הפוגעת בזכות הגישה לערכאות (על כך ראו רבין, לעיל הערה 11, בע' 206–226); ההשלכה של זכות הגישה לערכאות על בקשה לביטול פסק־דין שניתן במעמד צד אחד (רע"א 1643/00 פנינת טל השקעות ובנייה בע"מ נ' פקיד שומה – ירושלים, פ"ד נה(4) 198); ההשלכה של הזכות על כתבי סילוק וויתור (תב"ע ת"א) נב/3–1696 בירנבוים – בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם), וראו לאחרונה את פסקי־הדין שניתן בבית־משפט השלום בירושלים ת"א (י"ם) 4050/01 עיריית ירושלים נ' האשם מחמד (לא פורסם), שבו בוטלו תקנות סדר־הדין האזרחי העוסקות בדיון מהיר בהיותן נוגדות, בין השאר, את זכות הגישה לערכאות.

### אגרות בית-משפט ומנגנוני הפטור לחסרי אמצעים

באופן עקרוני, אגרת משפט ממלאת תפקיד כפול: האחד, האגרה משמשת כלי מימוני לטובת תחזוקתה של מערכת בתי-המשפט (מימון של אחזקה, שכר שופטים וכדומה). האחר, האגרות משמשות אמצעי למניעת הצפתו של בית-המשפט בתביעות-סרק טורדניות. היעדרה של אגרת משפט מגדילה את מספר התביעות המוגשות, מכבידה בכך על המערכת ומחייבת את הגדלת המימון. לכן, הטלת אגרות משפט מקדמת את האינטרס של מימון המערכת, הן על-ידי מימון המערכת הקיימת והן על-ידי מניעת "התנפחותה" של המערכת הקיימת לממדים שיחייבו מימון נוסף (הגדלת תקציבים). מנגד, הטלתה של אגרת משפט פוגעת בנגישות של הפרט למערכת בתי-המשפט, ועל-כן פוגעת בזכות הגישה לערכאות.

ההסדר העיקרי בישראל המטיל את חובת תשלום האגרה על האזרח קבוע בתקנות בית המשפט (אגרות), תשמ"ח-1987 (להלן: תקנות האגרות)<sup>30</sup>. התקנות כוללות גם מנגנוני פטור שונים: תקנה 13 קובעת "מנגנון פטור" לחסרי אמצעים. פטור זה אינו עניין של חובה, אלא הוא נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט. תקנה 13 קובעת שאם "...הוגשה בקשה לפטור מתשלום אגרה וראה בית משפט שאין ביכולתו של המבקש לשלם האגרה, ותעודה של לשכת הסיוע המשפטי תשמש ראיה לכאורה על כך, ונראה לבית המשפט שההליך מגלה עילה, רשאי בית המשפט..." לפטור מתשלום האגרה או מחלקה. נוסף על כך, תקנה 19 קובעת שורה של בעלי-דין שונים הפטורים מאגרה (בעיקר רשויות מדינה שונות), ותקנה 20 קובעת שורה של עניינים הפטורים מאגרה.

במקרים רבים בעבר פורשו ההוראות הפוטורות בעל-דין מן החובה לשלם אגרה בעד פתיחת הליך על דרך הצמצום, אולם בפסיקה שניתנה בשנים האחרונות ניתן להצביע על שינוי מגמה. בית-המשפט החל לבדוק את סוגיית האגרות במשקפיים חוקתיים ולאור זכות הגישה לערכאות. בפסק-דין מנחה של בית-המשפט העליון, שניתן במהלך שנת 2001<sup>31</sup>, קבע המשנה לנשיא ש' לויז את הדברים הבאים:

30 התקנות הותקנו מכוח סעיף 83(א)(3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. תקנות אלה חלות על בתי-משפט השלום, המחוזי והעליון, וכן בבג"צ ובבית-הדין לשכירות. הסדרים נוספים דומים המטילים אגרה (והקובעים לצד זה מנגנון של פטור מאגרה) קבועים בתקנות בית המשפט לענייני משפחה (אגרות), תשנ"ו-1995 (תקנות 6-9), וכן בתקנות ההוצאה לפועל (אגרות, שכר והוצאות), תשכ"ח-1968 (תקנה 5). לעניין בתי-הדין הרבניים קבועה חובת תשלום האגרה באופן כללי בתקנות הדיינים (אגרות), תשי"ז-1957, ואילו "מנגנון הפטור" מאגרה קבוע בתקנות 14-20.

31 בש"א 457/01 קרליץ נ' פקיד הבחירות לעיריית באר-שבע 1998, פ"ד נה(3) 869, 872.

"החובה לשלם אגרה מעמידה מחסום ומגבלה על זכות הגישה של בעל־הדין לבית המשפט, ואני סבור כי מאז חקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאור ההגנה הקבועה בסעיף 3 שבו על הקניין, יש מקום לשינוי בדרך הפרשנות של הוראות הפטור הכלולות בתקנות האגרות. לדידי, יש ככלל, מקום לפרש את דיני האגרות בדרך ליברלית, באופן שבמקרה של ספק לגבי עצם חיוב ההליך בתשלום אגרה, יועדף הפירוש המקל עם המתדיין."

בשל נימוק זה התקבלה בקשתו של העותר, ובית־המשפט הורה להשיב לידי המערער את האגרה ששילם<sup>32</sup>.

מקרה בולט שנעשה בו שימוש בזכות הגישה לערכאות בקשר לאגרות משפט הוא פסק־הדין בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב<sup>33</sup>. המבקשת, רוטה יוליה, נישאה למשיב באוקריינה "בנישואים אזרחיים", ולאחר שהמשיב עזב את הארץ, היא חפצה להתגרש ממנו. בהיות בני־הזוג חסרי דת, אין בית־משפט בעל סמכות מקורית לדון בעניין הגירושים. על־מנת ליזום הליכים של גירושים, על בני־הזוג או על אחד מהם להגיש "בקשה לקביעת שיפוט" לנשיא בית־המשפט העליון במתכונת שנקבעה בתקנות סדרי הדין בעניין התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשמ"ה-1984. על־סמך בקשה זו, נשיא בית־המשפט העליון או שופט אחר של בית־משפט זה מורה מי יהיה בית־המשפט המוסמך לעניין התרת הנישואים של המבקש או המבקשת, אלא אם הוא סבור כי אין זה מן הראוי להושיט סעד. יש לציין כי החלטה זו מהווה רק מבוא בלבד להליך התרת הנישואים, שכן לאחר קביעת הפורום, יידרשו בן־הזוג או בת־הזוג לפנות לבית־המשפט המוסמך ולבקשו להתיר את הנישואים, על כל הכרוך בכך, לרבות תשלום אגרה נוספת. המבקשת פעלה בדרך האמורה, והגישה בקשה לפי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין. עם הגשת הבקשה נדרשה המבקשת לשלם אגרה בסך 875 ש"ח בעד הטיפול בבקשתה. המבקשת הגישה בקשה לפטור מתשלום האגרה. היא ציינה כי פרט למשכורתה מעבודתה בקונדיטוריה אין לה כספים או נכסים, וכי גם בקשה זו הצריכה מאמצים מצידה<sup>34</sup>.

32 יש לשים־לב כי אי־הטלת אגרה על מתדיין חסר אמצעים או הוראה להשיב אגרה שהוטלה (מכוח זכות הגישה לערכאות) דומות להטלת "חובות עשה" על המדינה כאופייני לזכויות חברתיות. הסיבה היא שאין הבדל בין הטלת "חובות עשה" כלכליות על המדינה לבין ויתור המדינה על אגרה שהוטלה על מתדיין. התוצאה הסופית בשני המקרים זהה מבחינת גובה העלות הכלכלית למדינה.

33 בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707 (להלן: עניין רוטה).

34 יש לציין כי פרט לאגרה, תקנות סדרי הדין בעניין התרת נישואין (מקרים מיוחדים),

בקשת הפטור מאגרה התבררה לפני רשם בית-המשפט העליון בעז אוקון, שקבע כי הטלת אגרה בנסיבות אלה מהווה פגיעה מיותרת ובלתי-נחוצה בזכויות-יסוד של בני החברה ובנותיה: זכות-היסוד לגישה לבית-המשפט וזכות-היסוד לשוויון<sup>35</sup>. לאחר שדן בזכות הגישה לערכאות באופן כללי וכן במעמדה החוקתי בהסתמך על מקורות שונים, לרבות פסק-הדין בעניין ארפל אלומיניום, קבע הרשם אוקון את הדברים הבאים:

"ברור כי עצם זכות הגישה אינה מבטיחה שירות חינם. אגרות מוטלות על הפונים לבית המשפט. הן מבטיחות, בין היתר, מניעת שימוש סרק בשירותיו. הן נועדו להבטיח הקצאה נאותה של שירותים והשתתפות בעלותם. על-כן עצם הטלת האגרה אינה פגומה (אם כי המנגנון יכול לעורר קושי). אך הטלת אגרה על השירות המשפטי היא עניין אחד, והטלת אגרה על עצם הבקשה להסמיך בית משפט לשפוט היא עניין אחר. הטלת אגרה כזו מהווה מחסום ראשוני. האגרה אינה מופנית אל השירות המשפטי שבעל-הדין נזקק לו, אלא מוטלת על עצם הפנייה לקבוע בית משפט מוסמך. מבקשי התרת הנישואין ניצבים בפני מצב משונה שבו אין בית משפט בעל סמכות טבעית ומקורית בעניינם. כבר בכך נפגעת זכותם. אם נוספת לכך דרישת תשלום לשם עצם קביעת בית-המשפט, הופכת הפגיעה לפגיעה של ממש."<sup>36</sup>

מהו אם-כן הסעד לפגיעה בזכות הגישה לערכאות ובזכות לשוויון בנסיבות העניין? הרשם אוקון קובע כי אין לחייב את המבקשת בתשלום אגרה, וזאת מכוח כמה טענות חילופיות: האפשרות הראשונה היא מתן פטור בהסתמך על מנגנון הפטור הקבוע בסעיף 13 לתקנות האגרות. הרשם אוקון פוסל אפשרות זו. לדעתו, מנגנון הפטור אינו מרפא את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות, שכן –

---

תשמ"ה-1984, מטילות על המבקש נטל בלתי-מבוטל, הכרוך, על פני הדברים, בעלויות כספיות ממשיות ולעיתים אף בצורך ביעוץ משפטי. המבקש או המבקשת חייבים לצרף לבקשה תצהיר אימות, מסמכים המעידים על דתו של כל אחד מבני-הזוג, תמצית מאושרת מן הרישום לפי חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, ותרגום לעברית של כל מסמך הכתוב בשפה אחרת.

35 הפגיעה בשוויון נגרמת בשל כך שהטלת האגרה מופנית רק לציבור מסוים הנדרש לשלם אגרה פעמיים: פעם ראשונה בעת הגשת הבקשה לפי חוק התרת נישואין; ופעם נוספת, לאחר שייקבע בית-המשפט בעל הסמכות, הם ישובו וישלמו אגרה באותו בית-משפט כמו כל יתר הפונים אליו (ראו עניין רוטה, לעיל הערה 33, בע' 716).

36 עניין רוטה, שם, בע' 714-715.

"עצם הצורך לסמוך על מנגנון של פטור כרוך במשאבים מצד המבקש... הפניה לקבל פטור אינה פנייה של מה בכך. היא מחייבת צירופם של נתונים, של טפסים ושל תצהיר. אך זה אינו העיקר: הצורך לדרוש פטור מחמת עוני עולה כדי בידודם של מבקשי הפטור. הוא מחייב אותם 'להתפשט' מבחינה כלכלית. כדי למצוא בית משפט מוסמך, עליהם לשלם, ואם אין ידם משגת, עליהם לפנות בבקשות נוספות. קיום זכויות יסוד מוגנות משנה את פני העולם המשפטי. אל לקיום זה להיתפס 'בשטח' כתופעה שטחית שיכלה לשנות את מערך הזכויות, אך שינתה בפועל מעט. העמידה על הזכות מחייבת תגובה, ובמקרה המתאים הושטת סעד. אין להסתפק במשטר של פטורים היוצר איים בודדים של איוון ואינו חג על המעגל סביב הזכות."<sup>37</sup>

האפשרות השנייה היא אימוץ פרשנות שלפיה אין להחיל את תקנות האגרות על ההליך המיוחד של בקשה לקביעת שיפוט בעניין של התרת נישואין; האפשרות השלישית, אף אם תקנות האגרות חלות על ההליך המיוחד של בקשה לקביעת שיפוט בעניין התרת נישואים, נראה שחל הפטור הכללי הקבוע בסעיף 20(25) לתקנות האגרות; ולבסוף, גם אם הפרשנויות השונות של תקנות האגרות אינן תופסות, דין התקנה המחייבת תשלום אגרה להתבטל ככל שהיא מתייחסת ל"בקשה לקביעת שיפוט בעניין התרת נישואין". אומנם, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חולש על הוראות התקנות, אך גם קודם לחוק היסוד שלט הכלל שלפיו התקנת תקנות גורפניות וכוללות, הצדות היקף רחב של מקרים באופן הפוגע בזכויות יסוד, יכולה להוביל לבטלות התקנות בעילה של חוסר סבירות. לכן, קובע הרשם אוקון, אין לאפשר פגיעה בלתי-נחוצה בזכות הגישה לערכאות ש"נעלה היא על זכות יסוד", זכות המהווה "צינור חיים של בית המשפט" אם לשאול את לשונו של כבוד השופט חשין<sup>38</sup>, באמצעות תקנה גורפת. התוצאה שנקבעה היתה כאמור שאין לחייב את המבקשת בתשלום אגרה. הרחבנו בעניין זה שכן, לדעתנו, פסק-הדין בעניין רוטה מהווה נקודת-מפנה: הותוותה בו לראשונה הדרך לפסילת מנגנון של הטלת אגרות משפט מהטעם של פגיעה לא-חוקתית בזכויות יסוד בכלל (כגון הזכות לשוויון) ובזכות הגישה לערכאות בפרט. לסיכום, לשאלה אם ראוי להטיל תשלום אגרה על בעל-דין יש שני מישורים: המישור הראשון נוגע בעצם העיקרון של הטלת אגרה על בעל-דין. זה מישור פוליטי-כלכלי, והתשובה לגביו תלויה בשאלה אחרת: האם מן הראוי שהשירות המשפטי כולו ימומן

37 שם, בע' 716-717.

38 עניין ארפל אלומיניום, לעיל הערה 21, בע' 629.

על-ידי המדינה כמו שירותים אחרים, כגון חינוך חובה<sup>39</sup>? ניתן לטעון כי על המדינה לספק לאזרח שירותים משפטיים ללא חיוב באגרה, וכי הטלת אגרות משפט פוגעת, בראש ובראשונה, בשכבות של חסרי האמצעים. לכן, במדינות אחדות, כגון ארצות-הברית, נמתחה ביקורת על עצם חיובו של בעל-דין בתשלום אגרות משפט כמחסום בלתי-ראוי לפני זכות הגישה למערכת השיפוטית. במדינות אחרות, כגון ישראל, תשלום האגרה הוא עניין מקובל, בין לפי שווי התביעה ובין בסכומים קצובים. הטעם החוקתי לכך הוא שהטלת אגרה סבירה על בעל-דין שיש בידו לשאת באגרה הנדרשת מהווה איזון ראוי בין זכות הגישה לערכאות לבין האינטרס של מימון המערכת. עם זאת, כפי שראינו בעניין רוטה, גם בישראל יכול מנגנון של הטלת אגרה להיפסל כבלתי-חוקתי בנסיבות מסוימות אם הוא פוגע באופן לא-מידתי בזכות הגישה לערכאות (או בזכות לשוויון).

*המישור השני*, שהוא בעל אופי חברתי, נוגע בהטלת אגרות משפט על חסרי אמצעים. הטלת אגרות משפט על בעל-דין היוזם הליך שאין ידו משגת לשלם את האגרה עלולה לפגוע שלא כדין בזכות הגישה לערכאות. באופן כללי, בשל מעמדה החוקתי של הזכות, יש לבחון את הפגיעה בה (בקשר לשתי השאלות שלעיל) על-פי אמות-המידה שנקבעו בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקת ההגבלה). יהיה על בית-המשפט לבדוק במיוחד את שתי השאלות הבאות. האחת: האם האגרה הוטלה לתכלית ראויה (כגון: אינטרס מימון המערכת)? האחרת: האם הפגיעה בזכות הגישה לערכאות אינה עולה על הנדרש? מובן, שכגובה האגרה, כן גם מידת הפגיעה בזכות. את סבירותה של הפגיעה יש להשאיר לשיקולו של בית-המשפט, שיקבע במקרה הקונקרטי אם גובהה של האגרה עולה על הנדרש ביחס ליכולת התשלום של המתדיין, ומהווה על-כן פגיעה בלתי-חוקתית בזכות הגישה לערכאות.

הטלתה של אגרת משפט או הגדלת אגרה יכולה להתרחש גם באופן עקיף מקום שהדין מעביר את הדיון מערכאה "זולה" (ערכאה שהפנייה אליה כרוכה בתשלום אגרה נמוכה) לערכאה "יקרה" (ערכאה שהפנייה אליה כרוכה בתשלום אגרה גבוהה). ביום ה-1 בינואר 2002 נכנס לתוקף צו חדש המעביר אל בתי-המשפט המחוזיים, בשבתם כבתי-משפט מנהליים, את הסמכות לדון בענייני הדיור הציבורי (רכישה, שיפוץ בתים וסיוע בשכר דירה) ובענייני ניהול אוכלוסים על-פי חוק הכניסה לישראל (אשרות כניסה לישראל, רשיונות ישיבה ורשיונות עבודה)<sup>40</sup>. עד לכניסתו של הצו לתוקף נידונו עניינים אלה בבג"צ. המשמעות המרכזית של השינוי הזה מבחינת בעלי-הדין היא קודם-כל כספית: עד לאחרונה עמדה האגרה להגשת עתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק על 398 ש"ח, ואילו האגרה על

39 ש' לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט) 34.

40 צו בתי משפט לעניינים מנהליים (שינוי התוספות לחוק), תשס"ב-2001.



פתיחת הליך בכתבי־המשפט המנהליים עמדה על 2,417 ש"ח. אם מביאים בחשבון כי הנוקדים לעתירות בנושאים אלה משתייכים בעיקר לאוכלוסיות החלשות ביותר: דיירי הדיור הציבורי, מצד אחד, ועובדים זרים או תושבי השטחים המבקשים איחוד משפחות, מצד אחר, קל להבין את המשמעות החברתית של התיקון הנ"ל. חלק גדול מהעתירות בתחומים אלה עלול לא להגיע עוד לכתבי־המשפט, פשוט מפני שבעלי־הדין לא יוכלו להרשות לעצמם לשלם אגרה גבוהה פי חמישה מזו הנגבית בבג"צ. אכן, נגד הצו החדש הוגשה לבג"צ עתירה ציבורית ובה נטען ששיעור האגרה במקרים האמורים פוגע בזכות הגישה לערכאות של אוכלוסיות נזקקות (כמו גם לוקה בחוסר סבירות קיצוני ונגוע בגישה מפלה, תוך חריגה מסמכות השר המתקין)<sup>41</sup>. העותרים ביקשו שבג"צ יורה לשר המשפטים להקטין את האגרה ולהשוותה לאגרה הנהוגה בבג"צ. בעקבות העתירה ולחץ ציבורי החליטה ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת להשוות את התעריפים של שתי האגרות – האגרה לבג"צ והאגרה לעתירה מנהלית – ושתייהן יעמדו מעתה על סכום של 1,500 ש"ח<sup>42</sup>.

טענה דומה לפגיעה בזכות הגישה לערכאות נטענה ביחס לאגרת בית־משפט הנגבית על הגשת עתירות מנהליות לבית־המשפט המחוזי מכוח חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998<sup>43</sup>. נטען כי סירובן של הרשויות לגלות מידע נשען מטבע הדברים על הכרת המחסום הכספי העומד לפני מבקשי המידע. בדיון בהצעת־החוק בכנסת הובטח כי סכומי האגרות שייגבו בעת הגשת בקשה למידע יהיו מועריים. סכומי האגרות בפנייה לרשות הועמדו על עשרות שקלים (כ־80 ש"ח כיום, ובמקרים מיוחדים עד כ־200 ש"ח) כדי למנוע בקשות חסרות בסיס. אלא שהקושי האמיתי במימוש הזכות לקבלת מידע נעוץ בגובה האגרה הנגבית על הגשת עתירה מנהלית לבית־המשפט המחוזי. כאמור, הסכום הנגבה על הגשת עתירה לבג"צ נמוך יותר. נראה כי במקרים רבים נמנע המידע מהפרט רק בשל קיומו של מחסום כספי המונע מסורבי מידע מלעתור נגד הרשויות. פגיעה בזכות הגישה לערכאות או בזכויות חוקתיות אחרות (כגון הזכות לייצוג וסיוע משפטי או הזכות לשוויון) יכולה להיעשות על־ידי הטלת אגרות על פרטים הנזקקים לייצוג וסיוע משפטי בהליך פלילי<sup>44</sup> או אזרחי<sup>45</sup>. בשאלות המתעוררות בקשר לאגרות אלה נעסוק בהמשך כאשר נדון בזכות לייצוג ולסיוע משפטי.

- 
- 41 בג"צ 135/02 התנועה להגינות שלטונית נ' שר המשפטים (טרם פורסם), העתירה נמחקה.
- 42 תקנות בית המשפט (אגרות) (תיקון), התשס"ב-2002, ק"ת 6193.
- 43 ראו ז' סגל "חופש המידע – לעשירים בלבד" הארץ 25.12.2001. ראו גם ה' סומר "חוק חופש המידע: הדין והמציאות" המשפט ח (תשס"ג) 435.
- 44 ראו תקנות הסניגוריה הציבורית (חובת תשלום של זכאים לייצוג), תש"ס-2000.
- 45 ראו תקנות הסיוע המשפטי (תיקון), תשס"א-2001, ק"ת 848, שהוסיפו לתקנות הסיוע

### הטלת ערובה להוצאות על חסרי אמצעים

ההסדר העיקרי בישראל בקשר לערובה להוצאות קבוע בתקנה 519 לתקנות סדר־הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר־הדין האזרחי), והוא מאפשר לבית־המשפט או לרשם, אם נראה להם הדבר, לצוות על התובע ליתן ערובה לתשלום כל הוצאותיו של הנתבע<sup>46</sup>. עוד קובעת התקנה שאם לא ניתנה הערובה במועד שנקבע, תידחה התובענה. אין חולק, כי הסמכות המוענקת לבית־המשפט מכוח התקנה יש בה כדי לפגוע בזכות הגישה של המתדיין אל הערכאות. תשלום כסף (ערובה להוצאות) כתנאי להגשת תובענה מהווה מכשול בדרך להגשת התובענה, ובמקרים קיצוניים יכול לחסום כליל את היכולת להגישה. מנגד, לצד זכות הגישה לערכאות של התובע עומדת זכות הקניין של הנתבע (זכותו של הנתבע לפיצוי על הוצאותיו מקום שנדחתה התביעה). למעשה, באופן כללי, תקנה 519 מחייבת את בית־המשפט לאזן בנסיבות העניין את זכות הגישה לערכאות (של התובע) כנגד זכות הקניין (של הנתבע).

המנגנון של ערובה להוצאות יכול לעורר בעיות שונות, שלא זו המסגרת המתאימה לבירורן<sup>47</sup>. הסוגיה העיקרית, המעוררת שאלה חברתית נוקבת, נוגעת בהטלת ערובה להוצאות על תובע חסר אמצעים. כבר לפני שנים רבות, עוד בתקופת המשפט המנדטורי, בטרם הוכרה זכות הגישה לערכאות כזכות־יסוד, נפסקה הלכה כי אין בית־המשפט משתמש

המשפטי, תשל"ג-1973, בין השאר, את תקנה 1א, המטילה אגרת השתתפות על מי שהלשכה החליטה בחיוב לבקשת הסיוע שהגיש.

46 מנגנון אחר, דומה במהותו, הוא זה הקבוע בתקנות 427-433 לתקנות סדר־הדין האזרחי. בהתאם לו מוטלת ערובה להוצאות בשלב הערעור. הפגיעה בזכות הגישה לערכאות בשלב הערעור היא פחותה, שכן למערער היה כבר יומו בבית־המשפט. עם זאת, גם מנגנון זה טומן בחובו פגיעה אפשרית בזכות הגישה לבית־המשפט של המתדיין חסר אמצעים. על פגיעה בזכות הגישה לערכאות מכוח ערבות המוטלת בשלב הערעור ראו ע"א 4385/01 אלון נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נה(5) 361, שם פטר בית־המשפט מערערת חסרת אמצעים מהפקדת עירבון. אומר הרשם אוקון: "הטלת עירבון במקום שבו ניתן פטור מתשלום אגרה יכולה להוביל בפועל למצב שבו זכות הגישה תהיה בבחינת קישוט מאחז עיניים או מיתוס מוזהב, שיד המתדיין דל היכולת אינה משגת אותו." (שם, בע' 363). ובהמשך: "התוצאה היא שדין בקשת הפטור להתקבל בהיות המערערת נטולת יכולת כלכלית." (שם, בע' 369).

47 על ערובה להוצאות באופן כללי ראו י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, תשנ"ה) 899-903; א' גורן סדר הדין האזרחי (מהדורה שישיית, תשס"א) 500-501, 538-540; רבין, לעיל הערה 11, בע' 100-101, 197-205.

בשיקול-דעתו לחייב תובע במתן ערובה מטעם זה בלבד שהתובע עני ולא יוכל לשלם את הוצאות הנתבע אם תידחה התביעה, שכן בדרך זו הוא עלול לנעול את שערי בית-המשפט לפני דלי אמצעים<sup>48</sup>. הלכה זו השתרשה במשפט הישראלי, ובתחילת שנות התשעים (עדיין לפני כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) הושתתה ההלכה על הטעם שלפיו הטלת ערובה להוצאות על חסרי אמצעים תפגע בזכותם לפנות אל בית-המשפט<sup>49</sup>. אולם הלכה זו לא נתנה מענה מושלם לבעיה של הטלת ערובה להוצאות על חסרי אמצעים. מדוע? בית-המשפט קבע אומנם כי עוניו של התובע לא יהווה טעם יחיד להטיל עליו ערובה להוצאות, אולם למעשה היה ניתן להטיל על תובע מחוסר אמצעים ערובה כאמור אם התגורר בחוץ-לארץ, מחוץ לתחום השיפוט, והנתבע, אם יזכה בהוצאות, יתקשה משום כך לגבות את המגיע לו (ואין בידי התובע להצביע על נכסים הנמצאים בארץ שמהם יוכל הנתבע להיפרע)<sup>50</sup>. כדי לצייר את התמונה בשלמותה יש לציין בהקשר זה גם את תקנה 29 לתקנות לביצוע אמנת האג בדבר הפרוצדורה האזרחית, תשי"ד-1954, שלפיה יש לפטור את אזרחי המדינות שהצטרפו לאמנה או שמתגוררים באחת המדינות האלה ממתן ערובה להוצאות משפט (תביעה) שהגישו במדינה שהיא צד לאמנה<sup>51</sup>. כנגד הפטור האמור נקבעו סידורים המאפשרים

48 ראו את פסק-הדין הארץ-ישראלי הוותיק המ' (ת"א) 113/47 קרית יוסף, אגודה הדדית לשיכון בע"מ נ' כהן, המשפט ב (תש"ז-תש"ח) 88. הלכה זו נפסקה בעקבות פסק-הדין האנגלי: *Co. Well v. Taylor* (1885) 53 L.T. 483.

49 ראו רע"א 544/89 אויקל תעשיות (1985) בע"מ נ' נילי מפעלי מתכת בע"מ, פ"ד מד(1) 647 (להלן: עניין אויקל תעשיות), שם נקבע, מפי כבוד השופט ש' לוין: "הכלל הוא, שאין בית המשפט מחייב תובע במתן ערובה להוצאות מחמת עוניו בלבד: טעם לדבר הוא, שזכותו של האזרח לפנות לבית המשפט היא זכות קונסטיטוציונית מן המעלה הראשונה, ושערי בתי המשפט פתוחים לפני האזרח בריבו עם משנהו, גם במקרים בהם לא תשיג ידו לשלם את ההוצאות, אם תובענתו תידחה." (שם, בע' 650). פסק-הדין הוא משנת 1990 ולפני כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השימוש של השופט ש' לוין בביטוי "זכות קונסטיטוציונית" הוא רעיוני, ובא להעיד על יסודיותה בשיטת המשפט, אך לא להעיד על כוחה המשפטי ומעמדה העליון מבחינה נורמטיבית - קרי: זכות חוקתית - כמובן ביטוי זה לאחר שנת 1992, שבה נכנס לתוקף חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

50 עניין אויקל תעשיות, שם, שם.

51 על-פי התוספת לתקנות הנזכרות לעיל (ק"ת 425), המדינות שהינן צד לאמנה הן: איטליה, ארצות השפלה, בלגיה, דנמרק, הונגריה, יוגוסלביה, ישראל, לוקסמבורג, נורווגיה, פולין, פורטוגל, פינלנד, צ'כוסלובקיה, רומניה, שוודיה, שווייץ. לאחר מכן הצטרפו: אוסטריה

ביצוע פסק־דין המחייב תובע כזה בתשלום הוצאות המשפט בכל מדינה שהיא צד לאמנה. התוצאה היא שתקנה 29 מורה שגם מקום מושבו של תובע המתגורר בחוץ־לארץ לא יישמש עוד גורם לחייבו במתן ערובה, ובלבד שהוא אזרח של מדינה שהינה צד לאמנה שתבצע את פסק ההוצאות הישראלי על־יסוד ההדדיות המוסכמת באמנה. היכן טמונה עדיין בעיה? הכלל הפסוקי מכוח תקנה 519, המחייב תובע המתגורר מחוץ לתחום השיפוט בהפקדת ערובה להוצאות חל עדיין כאשר מדובר במדינה או שטח שאינם צד לאמנות הנ"ל. בישראל יש עדיין שתי קבוצות חברתיות חלשות (חסרות אמצעים באופן יחסי) העונות לתנאי זה והנמצאות בסיכון שתוטל עליהן ערובה להוצאות: הראשונה, פועלים מהשטחים (יהודה, שומרון וחבל עזה)<sup>52</sup>; השנייה, פועלים זרים ממדינות שאינן צד לאמנה. עלינו לברר מה דינו של שתי קבוצות אלה.

*תושבי יהודה שומרון וחבל עזה*; בשנים האחרונות חייב בית־משפט, ברוב המקרים, תובעים תושבי האוטונומיה בהפקדת ערובה להוצאות, שכן בניגוד לזמנים עברו, הוצאו שטחים אלה מגדר השטח שבו מופעלת מערכת ההוצאה לפועל הישראלית, והתעורר חשש לקושי מהותי בגביית ההוצאות עקב חוסר אפשרות לאכיפת פסקי־דין ישראליים באזורי המגורים שבשטחים<sup>53</sup>. בבתי־המשפט הכלליים נקבעה ההלכה שיש להתייחס אל תושבים של

(ק"ת 435), הרפובליקה הפדרלית של גרמניה (ק"ת 1384), איסלנד (ק"ת 1491). על כך יש להוסיף כי בשנת 1954 נחתמה בעיר האג אמנה נוספת בדבר סדרי הדין האזרחי. ישראל הצטרפה גם לאמנה זו. בעקבות כך הותקנו בישראל תקנות לביצוע אמנת האג 1954 (סדר הדין האזרחי), תשכ"ט-1968, ק"ת 2320, ובתקנה 28 נקבעה הוראה דומה לזו שבתקנה 29 לתקנות משנת 1954, לאור מנגנון המאפשר ביצועו של פסק הוצאות ישראלי ביתר מדינות האמנה. לאמנה זו הצטרפו המדינות הבאות: אוסטרליה, איטליה, בלגיה, ברית־המועצות, דנמרק, הולנד, הונגריה, הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, יוגוסלביה, יפן, ישראל, לוקסמבורג, מצרים, נורווגיה, סוריה, ספרד, עיר הוותיקן, פולין, פורטוגל, פינלנד, צ'כוסלובקיה, צרפת, שוודיה, שווייץ, תורכיה. שתי האמנות קיימות זו בצד זו, וכך גם שתי סדרות התקנות.

52 לדיון כללי בזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות של בני מיעוטים, וביניהם ערבים, ראו מ' דלאל "חברה, כלכלה ומשפט: הרהורים ביקורתיים", המתפרסם בקובץ זה.

53 הרשות הפלשתינית אינה צד לאמנות האג הנ"ל. הסמכות של לשכות ההוצאה לפועל בישראל הינה טריטוריאלית, וכיום אין להן סמכויות בשטחי עזה ויריחו. בחודש מאי 1994 נחתם הסכם בדבר רצועת־עזה ואיזור יריחו בין מדינת־ישראל לבין ארגון השחרור הפלשתיני (אש"ף), הנציג של העם הפלשתיני, כ"א 32, מס' 1062, ע' 2, ובנובמבר 1994

"שטחי האוטונומיה" כאל תושבי-חוץ ולחייבם במתן ערובה להוצאות הנתבע<sup>54</sup>. בשנת 1996 נקלטה ההלכה בבית-הדין הארצי לעבודה, אשר קבע, תוך הסתמכות על חוות-דעת של היועץ המשפטי לממשלה, לאשר הטלת "דמי ערובה" על עובדים פלשתיניים כדי להבטיח את תשלום הוצאות המשפט במקרה שהעובד יפסיד את תביעתו<sup>55</sup>. מצב זה יצר מציאות משפטית שבה נדחו תביעות רבות של מקומיים תושבי השטחים מפאת אי-יכולתם הכלכלית להפקיד את הערובה הנדרשת. מדובר בדרך-כלל בשתי קטיגוריות של תובעים: הראשונה, נפגעי אינתיפדה דלי-אמצעים המעוניינים לתבוע את המדינה בגין נכות שנגרמה להם, לטענתם, על-ידי כוחות הביטחון<sup>56</sup>; השנייה, פועלים קשיי-יום שעבדו שנים רבות אצל מעסיקים וקבלנים ישראלים והמעוניינים לתבוע את מעבידם (בדרך-כלל לתשלום פיצויי פיטורין) בבתי-הדין לעבודה בישראל.

פורסם יישום ההסכם בדבר רצועת-עזה ואיזור יריחו (סמכויות שיפוט והוראות אחרות), תיקוני חקיקה, תשנ"ה-1994. עד להסכם ולחוק, אכיפת פסקי-דין ישראלים באיזור הנ"ל נעשתה על-ידי מערכת המשפט וההוצאה לפועל הישראלית. אפשרות זו בוטלה בעקבות החוק (סעיף 2(2)), שהוציא את "שטחי עזה ויריחו" שבאחריות הרשות הפלשתינית מגדר השטח שבו הופעלה מערכת ההוצאה לפועל הישראלית. מכוח הנספח המשפטי להסכם, יונהגו בעתיד מנגנונים לעזרה הדדית באכיפת פסקי-דין, ברם טרם יושמו הוראות ההסכם בעניין זה, ולכן אין כיום אפשרות לאכיפה של פסקי-דין באיזור.

54 ראו בין השאר את פסקי-הדין הבאים: ת"א (י"ם) 90/95 (מ' 22527/95) מ"י נ' חליל מוחמד גאבר שומאן (לא פורסם); ת"א (י"ם) 1331/96 עזבון המנוח אחמד מחמוד אחלילי נ' מ"י (לא פורסם); ת"א (י"ם) 439/94 (המ' 832/96) מ"י נ' רשדי בשיר (לא פורסם).

55 ראו דב"ע נה/3-218 אל הדיה - שרפן דוד בע"מ, פד"ע כט 391. במקרה זה הגיש המערער תביעה לבית-הדין האזורי, ובה תבע סכומי כסף שונים. המשיבה כפרה בחבותה, ובמקביל ביקשה לחייב את המערער להפקיד ערובה להבטחת הוצאותיה אם תידחה תביעתו. הנשיא גולדברג (פה אחד) קבע כי האמנות הבינלאומיות הרלוונטיות אינן חלות בענייננו. הרשות הפלשתינית אינה צד לאמנות, ומן הראוי להתייחס אל תובעים תושבי עזה ויריחו כאל תושבי-חוץ ולחייבם במתן ערובה להוצאות הנתבע. על גישה זו של בית-הדין לעבודה ראו דו"ח בצלם פועלי ציון - הפרת זכויות האדם של עובדי השטחים בישראל ובהתנחלויות (ירושלים, ספטמבר 1999) בע' 60 ואילך.

56 פרט למגבלות הנובעות מהפקדת ערובה להוצאות, התקבל לאחרונה חוק המטיל הגבלות על האפשרות להגיש תביעות נזיקין נגד המדינה בשל פעילותם של כוחות הביטחון באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה נגד מעשי טרור, איבה והתקוממות, ראו חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), תשס"ב-2002.

אולם בעקבות עלייתה של זכות הגישה לערכאות וההכרה בה כזכות חוקתית, החלה הרוח המנשבת מבתי־המשפט לשנות את כיוונה. כיום ניתן לזהות גישה חדשה – מנוגדת – המעדיפה את זכות הגישה לערכאות על הזכות של הנתבע להוצאות.<sup>57</sup> מגמה זו נכונה גם ביחס לבית־הדין לעבודה לגבי תביעות של מקומיים מהשטחים נגד מעבידים ישראלים, והיא מסמנת חזרה להלכה ישנה של בית־הדין הארצי לעבודה.<sup>58</sup> בהלכה זו, אף שנקבעה בטרם נחקק חוק־היסוד, העדיף בית־הדין להשאיר את דלתותיו פתוחות לטובתו של התובע. בית־הדין קבע כך<sup>59</sup>:

”כששוקל בית דין זה את התוצאה של חיוב מתן ‘ערובה’ מזה, ואת הקושי בגביית חוב ב‘שטחים’ מזה, מסיק הוא, כי העול הגדול יותר ייגרם לתובע, לעובד שעבד בישראל, התובע מימוש זכויותיו ומציבים בפניו תנאי מתן ערובה לכיסוי הוצאות. לא ייתכן שעובד מ‘השטחים’ יהיה במצב קשה יותר במימוש זכויותיו מכל עובד אחר, כתוצאה מהפעלת שיקול דעת בכלל ושיקול דעת למתן ערבות לכיסוי הוצאות משפט בפרט.”

כאמור, זו הרוח המנשבת לאחרונה מבית־הדין הארצי לעבודה.<sup>60</sup> פועלים זרים: בעיה דומה לזו של הטלת ערובה על ערבים מהשטחים מתעוררת ביחס לפועלים זרים (שהם אזרחים של מדינות שאינן צד לאמנות האג הרלוונטיות). גם כאן, רוב ההתדיינות נוגעות בנושאי עבודה והן מתבררות בבית־הדין לעבודה, וגם כאן נוטה לאחרונה הכף לטובת זכות הגישה לערכאות.

בפסק־דין מנחה שניתן לאחרונה התייחס בית־הדין הארצי לעבודה בהרחבה לסוגיה זו.<sup>61</sup> במקרה זה היו המערערים עובדים זרים אזרחי קניה<sup>62</sup> שהועסקו על־ידי חברה קבלנית (המשיבה). המערערים הגישו לבית־הדין לעבודה תובענה כספית נגד המשיבה. בתגובה על

57 ראו בש"א (י"ם) 2230/99 בר נ' סביח (טרם פורסם), תקדין מחוזי 99(2) 2381 (ניתן בחודש יוני 1999); וכן ת"א (ב"ש) 2059/95 (המ' 7605/95) מ"י נ' שוק עטוה חמידאן כוארע (לא פורסם), תקדין מחוזי 96(4) 28.

58 לג' 3/31 סכח – פרץ בן גיא חברה להנדסה ובנין בע"מ, פד"ע ד 309, 310-311.

59 שם, שם.

60 ראו ע"ע 1064/00 קיניאנג'וי – אוליציקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פד"ע לה 625, 639-640.

61 שם.

62 מדינה זו אינה צד לאמנות האג הרלוונטיות, ראו לעיל הערה 51.

התביעה הגישה המשיבה בקשה לחיוב המערערים בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות משפט. בית־הדין קבע כי המדיניות השיפוטית הראויה בכל הנוגע בהטלת ערובה להבטחת כיסוי הוצאות משפט בנסיבות העניין הינה פרי מלאכת איזון בין זכות הקניין של הנתבע (הזכות להבטיח את כיסוי הוצאותיו) לבין זכות הגישה לערכאות וזכות הקניין של התובע. בית־הדין קבע כי הזכויות כולן הן בעלות מעמד חוקתי, אולם יש לתת עדיפות לזכותו של התובע שלא תוטל עליו ערובה להוצאות. בית־הדין מגדיר את זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית, יסודית ונעלה, וזאת בהתבסס על עניין ארפל אלומיניום. מנגד עומדת זכות הקניין, שהינה חלשה בנסיבות העניין. אומר בית־הדין<sup>63</sup>:

”זכותה של המשיבה להבטיח את כיסוי הוצאות המשפט הנה זכות עתידית, במובן זה שהיא מותנית בהתקיימם של מספר תנאים וביניהם, דחיית תובענת המערערים והשתת הוצאות משפט עליהם. לפיכך, ההגנה על זכות זאת הינה מטבעה מוגבלת...”

לסיכום אומר בית־הדין את הדברים הבאים<sup>64</sup>:

”בכואנו לאזן בין זכויות העובדים הזרים ולבין זכויות מעסיקיהם הגענו לכלל מסקנה, כי המדיניות הנוהגת לגבי עובדים הבאים מן הרשות הפלשתינאית יפה ונכונה גם לגבי העובדים הזרים. לשון אחר, עובד זר יחויב בהפקדת ערובה באותם מקרים בהם הושתו על העובד הזר בעבר הוצאות משפט או חיובים אחרים אותם לא פרע, או שעל פניו הוכיח המעסיק כי ייגרם לו נזק של ממש כתוצאה מהגשת התובענה, או שתובענתו מופרכת על פניה. בהתווית המדיניות הראויה, כאמור, הבאנו בכלל חשבון את זכותו של המעביד לגבות את הוצאות המשפט שייפסקו לטובתו ואת הקושי לגבות הוצאות משפט מעובד זר לאחר עזיבתו את הארץ. עם זאת, הגענו לכלל מסקנה, כי הזכות לגבות הוצאות משפט נסוגה מפני זכותו של העובד לזכויות, דוגמת, שכר מינימום ומפני החשיבות המוסרית, חברתית וכלכלית שנודעת להגנה על עובדים זרים והימנעות מהעמדת מכשולים בדרכם למימוש זכויותיהם בבתי הדין... כללם של דברים, האיזון בין זכויות הצדדים במקרה דנן נוטה אפוא, לטובת עמדתם של המערערים.”<sup>65</sup>

63 לעיל הערה 60, בע' 635.

64 שם, בע' 639-640.

65 מזווית אחרת ניתן לומר כי על זכות התביעה של העובד (או כל תובע אחר שיש לו עילה

מימון מתורגמן

הליך משפטי המתנהל שלא בשפתו של המתדיין פוגע ביכולתו להתדיין ובנגישותו אל מערכת בתי-המשפט. יש חוקות שקיימת בהן זכות חוקתית מפורשת למתורגמן<sup>66</sup>. לא כך בישראל. חוקי-היסוד הקיימים אינם כוללים זכות חוקתית מפורשת למתורגמן. עם זאת, ניתן בישראל לגזור את הזכות הכללית למתורגמן מתוך זכות הגישה החוקתית לערכאות. הזכות למתורגמן בהליך הפלילי אינה מעוררת בעיה מיוחדת. סעיף 140 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1984, קובע: "הוברר לבית המשפט שהנאשם אינו יודע עברית, ימנה לו מתרגם או יתרגם לו בעצמו."<sup>67</sup> הוראה זו קובעת למעשה את הזכות של הנאשם למתורגמן לכל שפה, לרבות שפת חירשים אילמים (שפת-סימנים)<sup>68</sup>. בעיה קשה יותר מתעוררת בהקשר של זכות למתורגמן בהליך אזרחי. בהקשר זה יש לחלק את הדיון לשניים: האחד, הזכות למתורגמן לשפה לא-רשמית; האחר, הזכות למתורגמן לשפה הערבית, שהיא בגדר שפה רשמית שנייה בישראל. הזכות למתורגמן בהליך אזרחי לשפה לא-רשמית התעוררה בהחלטה שנידונה בבית-

---

כספית) ניתן להשקיף כעל זכות קניינית - אינטרס בעל שווי כלכלי. במקרה כזה ניתן לטעון, שאין הצדקה ש"זכות הקניין" של העובד תהא נחותה מזו של המעביד (או כל נתבע אחר). ניתוח כלכלי של זכויות הצדדים באופן כזה הורג ממסגרת הרשימה.

66 ראו, למשל, בסעיף 14 לצ'רטר הקנדי, הקובע כך: "A party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter". וראו גם בסעיף 17 (סיפא) לחוקה של פינלנד: "...The rights of persons using sign language and of persons in need of interpretation or translation aid owing to disability shall be guaranteed by an Act"

67 ראו גם סעיף 14(3) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות, לעיל הערה 3, שישראל צד לה. סעיף זה קובע שכל אדם שהואשם בעברה פלילית וכאי, תוך שוויון גמור, להיעזר במתורגמן חינם אם אין הוא מבין או דובר את השפה המשמשת בבית-המשפט.

68 ראו בש"פ 9828/02 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 496. וראו גם סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002, הקובע: "חקירת חשוד תתנהל בשפתו או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה, לרבות שפת סימנים." לדעתנו, סעיף זה מעגן בעקיפין את הזכות למתורגמן בשפתו של החשוד. וכן ראו סעיף 10(1) לחוק זה, הקובע: "תועדה חקירת החשוד בכתב בלבד, יהיה התייעוד בשפה שבה התנהלה החקירה, אלא אם כן לא ניתן לתעדה בו זמנית או בסמוך לה באותה השפה." לחובה לרשום הודעות בשפתו של הנחקר לפני החוק ראו ע"פ 1746/00 ברילב נ' מ"י, פ"ד נה(5) 145.



הדין האזורי בבאר־שבע, שדן במשמעות החלטתה של הנהלת בתי־המשפט לא לממן מתורגמנים במשפטים אורחיים<sup>69</sup>. במקרה זה תבע עובד זר את מעסיקו בבית־הדין, ובמסגרת זו הגיש בקשה לשמיעה מוקדמת של עדותו ובקשה להזמנת מתורגמן. רשם בית־הדין שדן בבקשה קבע כי לפי הנחיותיה של הנהלת בתי־המשפט על העובד "לדאוג למתורגמן בעצמו". העובד ערער לבית־הדין נגד הנהלת בתי־המשפט והחלטת הרשם. הנהלת בתי־המשפט טענה כי "התרגום בהליכים אורחיים לא תוקצב על ידי משרד האוצר, ופריצת מסגרת התקציב תביא לגריעה מסעיף תקציבי אחר". נדגיש כי החוק מחייב את המדינה לשאת בהוצאות תרגום רק בהליכים פלייליים. הנהלת בתי־המשפט הבהירה כי מדובר בעלות גבוהה, אשר בהליך אורחי מוצדק להטילה על צדדים הנושאים בכל העלויות הקשורות להוכחת עמדתם. בית־הדין לעבודה, מכוח זכות הגישה לערכאות ובהתבסס על דבריו של השופט חשין בעניין ארפל אלומיניום, חייב את הנהלת בתי־המשפט לשאת בעלויות תרגומו של המשפט בעניינו של העובד הזר. בית־הדין קבע כי על־מנת שיתקיים השוויון בזכות הגישה לערכאות משפטיות, יש לשלם מחיר. כדי שעובד זר הנמצא במעצר לפני גירוש או עובד זר שידו אינה משגת לשלם הוצאות תרגום או כל עובד הזקוק למתורגמן יוכלו להגיש תביעה ולשטוח את טענותיהם לפני בית־הדין לעבודה, על המדינה לממן את הוצאות התרגום שלהם. אין זה המקרה של ההליך האורחי הרגיל, שבו צדדים מביאים באופן וולונטרי את סכסוכיהם האורחיים לפני בית־משפט. עסקינן בזכויות מכוח חוקי מגן וחוקי הביטחון הסוציאלי. בית־הדין ציין את הגישה הקיימת בפסיקת בג"צ כי זכויות־אדם עולות כסף, "ולרוב הדרישה לתשלום המחיר באה כלפי השלטון"<sup>70</sup>. לאור הדברים הללו קבע בית־הדין כי מתורגמן יזומן על־חשבון המדינה לדיון בתביעתו של העובד, ולבסוף הוסיף משאלת־לב לגבי תיקון עקרוני של המצב:

"לטעמנו, כך צריך לנהוג בכל הקשור לעובדים זרים המגישים תביעות מכוח חוקי מגן קוגנטיים. אנו משאירים זאת להנהלת בתי המשפט לשקול, אם יש מקום להוציא הנחיות מתקנות, שיקבעו כיצד יש לפעול במקרים אלו, על מנת שעיקרון השוויון לא ייפגע גם בתקופת ביניים, עד אשר יקבעו קריטריונים מוסדרים, שייקחו בחשבון כל

69 ע"ב (ב"ש) 1314/02 בוזו - מ"י - הנהלת בתי המשפט (טרם פורסם), תקדין עבודה 2002(1) 204 (להלן: עניין קנט בוזו). וראו גם ע"ב 1256/02 סאפרו - מ"י - הנהלת בתי המשפט (טרם פורסם) (החלטה מיום 21.5.2002); וכן ע"ב 1530/02 מ"י - הנהלת בתי המשפט - אזה (טרם פורסם) (החלטה מיום 27.5.2002), המאמץ כלשונם את הנימוקים וההחלטה שניתנו בעניין קנט בוזו האמור.

70 שם, בסעיף 17 לפסק־הדין.

מקרה אפשרי או ייקבעו מבחנים הולמים, וזאת כמובן עם כיסוי תקציבי הולם, כפי שצויין בתגובת הנהלת בתי המשפט.<sup>71</sup>

ניסיון של המדינה לבקש רשות לערער על אחת ההחלטות של בית־הדין להטיל את הוצאות המתורגמן על המדינה (או על המעביד) נדחתה על־ידי בית־הדין הארצי לעבודה<sup>72</sup>. זמן קצר לאחר סדרת פסקי־הדין בבתי־הדין לעבודה התעוררה השאלה של הזכות למימון מתורגמן לשפות לא־רשמיות בהליכים שאינם פליליים בבג"צ, וזאת לאור העתירה של המרכז לסיוע משפטי ולסניגור קהילתי ליוצאי אתיופיה<sup>73</sup>. עתירה זו נמחקה בהסכמה לאחר שבית־ המשפט רשם לפניו את הודעת מנהל בתי־המשפט, לפיה: "הנהלת בתי המשפט תישא בעלויות התרגום לשפות לא־רשמיות בהליכים שאינם פליליים, במקרים מיוחדים וחריגים שעליהם יחליטו השופטים."<sup>74</sup>

לכאורה, לגבי הזכות למתורגמן מהשפה הערבית לשפה העברית בהליכים שאינם פליליים לא היתה אמורה להתעורר בעיה, וזאת לאור סימן 82 לדבר־המלך במועצתו, 1922, הקובע את מעמדה של הערבית כשפה רשמית בישראל ואת זכותו של כל אדם להשתמש בשפה רשמית במשרדי הממשלה ובבתי־המשפט<sup>75</sup>. אולם בהתאם לבדיקה שערכה תנועת עדאלה

71 שם, בסעיף 21 לפסק־הדין.

72 ראו בר"ע 1281/02 מ"י - אזה (טרם פורסם). בהחלטה הקצרה הנשיא אדלר קובע כך: "זכותם היסודית של עובדים זרים לגשת לערכאות שיפוטיות לא ייתכן שתוגבל בעטיים של מכשולים פרוצדורליים כאלו ואחרים. מגמתו של בית הדין לעבודה הנה לעודד עובדים זרים לפנות לבית הדין ולמצות את זכויותיהם מכח חקיקת המגן. פעמים רבות עובדים אלה נתקלים בקשיי שפה ובקשיים לשאת במימון הוצאות ההליך. הימנעות מהזמנת מתורגמן בהליכים בהם מעורב עובד זר, שאינו דובר עברית, פירושה פעמים רבות למעשה, נעילת שערי בית הדין בפניו... נחה דעתי, כי במקרה דנן, שקל בית הדין האזורי ביסודיות את מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, לרבות, זכות הגישה לערכאות ושיקולי תקציב, זאת, תוך התייחסות לאופיים המיוחד של בית הדין לעבודה. לא מצאתי טעות בהחלטתו של בית הדין האזורי שתצדיק שמיעת ערעור עליה. סוף דבר - הבקשה נדחתה."

73 בג"צ 1534/02 המרכז לסיוע משפטי ולסניגור קהילתי ליוצאי אתיופיה נ' מנהל בתי המשפט בישראל (טרם פורסם).

74 שם, שם.

75 על סימן 82 לדבר־המלך במועצתו, 1922, ועל מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית בישראל ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה

(המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל), אין כל מדיניות מסודרת, והנושא משתנה מבית-משפט לבית-משפט, ולפעמים משופט לשופט. מסתבר שבפועל אין כל הסדר ידוע וקבוע בבתי-המשפט בעניין התרגום המקצועי מהשפה הערבית לעברית ללא תשלום, ומעולם לא הודיע בית-המשפט על קיומו של הסדר או נוהל מסודר. בעקבות זה עתרה תנועת עדאלה לבג"צ<sup>76</sup>, אך עתירתה נמחקה בהסכמה בשל הנחיה חדשה שהוציאה פרקליטות המדינה, לפיה, "נוכח המצוקה התקציבית, יש להקפיד כי התרגומים יוזמנו רק מקום שהצורך בכך ברור ואין דרך אחרת לנהל את המשפט". נראה, כי לאור מעמדה הרשמי של השפה הערבית, גם הנחיה זו אינה עולה בקנה אחד עם החובה החוקית לקבוע נוהל ברור שיבטיח נגישות ומיידיות לתרגום מהשפה הערבית לשפה העברית כאשר הוצאות התרגום יהיו על-חשבון אוצר המדינה.

צווי גירוש נגד חסרי אזרחות ותושבות בעת ניהול הליך משפטי תלוי ועומד מצבם ומעמדם המשפטי הקשה של העובדים הזרים בישראל מעוררים בעיות משפטיות שונות. העובדים הזרים נחשפים, בין השאר, לפגיעה חוזרת ונשנית בזכות הגישה לערכאות. בהיותה תנאי למימושן של זכויות אחרות, הפגיעה בזכות הגישה מאיימת ליצור פגיעת-שרשרת בזכויות נוספות, כגון זכויות מתחום העבודה המוקנות בחוקי המגן. במהלך שנת 2001 הגישה קבוצה של עובדים זרים מסין תביעה לבית-הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו נגד החברה הקבלנית א' דורי בע"מ לתשלום שכר עבודה שהולך במשך תקופות שונות. מכיוון שלאחר הגשת התביעות פקעו אשרות שהייה של העובדים הנ"ל, הוצאו נגדם צווי גירוש. בשל עובדה זו הגיש עורך-דינם של התובעים בקשה לבית-הדין לבטל או לחלופין לעכב את צווי הגירוש שהוציאה המדינה, וזאת מהטעם שהוצאתם לפועל של צווי הגירוש (בעוד התביעה תלויה ועומדת בבית-הדין לעבודה) תפגע קשות בזכות הגישה של התובעים לערכאות. בית-הדין האזורי שדן בבקשה החליט לדחותה והורה לגבות מהעובדים עדות מוקדמת בטרם גירוש. כנגד החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית-הדין הארצי לעבודה<sup>77</sup>. בבקשה נטען כי ללא צו-מניעה המונע את גירושם, עובדים זרים נאלצים להסתפק בייצוג עניינם על-ידי עורך-דין שאינו יכול להוות תחליף לנוכחות פיזית של בעל-הדין בחלקים מרכזיים של ההליך ואין הוא מהווה מימוש מלא של זכות הגישה לערכאות. בשל

חמישית, תשנ"ז, כרך ב), בע' 97 ואילך, וכן בג"צ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393.

76 בג"צ 792/02 עדאלה נ' מנהל בתי-המשפט (לא פורסם).

77 בר"ע Xue Bin 1541/01 - א' דורי-בניה בע"מ (טרם פורסם) (החלטה מיום 23.1.2002).

האופי העקרוני של הבעיה המתעוררת, נתן בית־הדין הארצי לעבודה "רשות ערעור על חלקה של החלטת בית הדין קמא שעניינה סמכות בית הדין להורות למדינה להימנע מלנקוט בהליכי גירוש כנגד המבקשים כל עוד מתבררות תובענותיהם בבית הדין קמא"<sup>78</sup>. אולם בערעור נמנע בית־הדין הארצי לעבודה מלהכריע בשאלה העקרונית, וזאת לאור הצהרת באת־כוח המדינה כי במקרה זה יימנע שר הפנים מלגרש את המערערים עד לסיום הדיון תביעתם<sup>79</sup>. יישומה של זכות הגישה החוקתית לערכאות בהקשר להגנה על עובדים זרים נידונה גם בפסק־דין נוסף שנתן בית־הדין הארצי לעבודה<sup>80</sup>, המתקשר בעקיפין לענייננו. במקרה זה סילק בית־הדין האזורי על הסף את תביעתם של המישה עובדים זרים מרומניה מהטעם שהם לא התייצבו לחקירה נגדית. נציגי העובדים פנו אל בית־הדין הארצי לעבודה בערעור על ההחלטה. השופטת אלישבע ברק, בקבלה את הערעור, קבעה כי מדובר בעובדים זרים שאינם נמצאים עוד בארץ. הצורך לא לעמוד על כללי הקבילות נכון פי כמה כאשר מדובר בבית־הדין לעבודה בדרך־כלל ובעובדים זרים שנאלצו לעזוב את הארץ לא כל שכן. השופט שמואל צור הצטרף אל השופטת ברק וקבע כי מבין אוכלוסיית העובדים הנוקטת לבתי־הדין לעבודה, העובדים הזרים הם החלשים ביותר. הם זרים, אינם שולטים בשפה, נמצאים בארץ בחסדי המעסיק ורשויות השלטון ואורחות החיים כאן אינן נהירות להם. במציאות זו מן הראוי שבית־הדין יעשה כל מאמץ לדון בתביעות העובדים הזרים לגופן, ולא ידחה אותן על הסף מטעמים של פרוצדורה או כללי ראיות נוקשים. הוא מוסיף וקובע:

78 שם, בסעיף 2א להחלטה.

79 ע"ע Xue Bin 001028/02 – א' דוריי־בניה בע"מ (טרם פורסם) (החלטה מיום 17.3.2002).

80 ע"ע 001127/00 אורסקי' – דניה סיבוס בע"מ (טרם פורסם) (ניתן ביום 8.4.2002). לאחר הגשת המאמר לדפוס נתן בית־הדין הארצי לעבודה פסק־דין בעאח 6/03 מדינת ישראל – בוקה ולרין (טרם פורסם) (ניתן ביום 27.1.2004). בית־הדין הארצי לעבודה פסק כי בית־דין לעבודה נעדר סמכות עניינית להוציא צו המכוון אל הרשויות המוסמכות במדינה והמורה להן לעכב עובד זר שהוצא לו צו גירוש לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, זאת גם אם הסעד האמור מתבקש במסגרת דיון שמקיים בית־הדין בתביעתו של העובד הזר כלפי מעסיקו. עם זאת נקבע כי במקרים היוצאים מן הכלל, שבהם השתכנע בית־הדין האזורי כי ביצוע מידי של צו ההרחקה עלול לסכל גביית עדות מוקדמת מן העובד הזר טרם גירושו מישראל, וככל שיתבקש לכך, ישקול בית־הדין הוצאת צו ארעי שלא יעלה על ארבעים ושמונה שעות שבמהלכן תישמע עדותו המוקדמת של העובד הזר. בפרק־זמן זה תינתן לאותו עובד אפשרות לפנות לממונה על ביקורת הגבולות, במסגרת הוראתו של סעיף 13(ד) לחוק הכניסה לישראל, בבקשה לדחיית ביצוע הרחקתו לשם "טיפול בענייניו ובזכויותיו שלא ניתן לטפל בהן בהעדרו".

”בענייננו התממשה זכותם של התובעים לפנות לבית המשפט אך דרכם אל ההיכל פנימה נחסמה בשל סילוק תביעם על הסף. הזכות לבירור התביעה גופא הוא פועל יוצא של זכות העל לגישה לערכאות ולפיכך ראוי שבית הדין ישאף לצמצם את גדר המקרים בהם תידחה תביעה על הסף.”

בקשה להארכת מועד של מבקש המיוצג על-ידי הלשכה לסיוע משפטי זכות הגישה החוקתית לערכאות, כאשר היא נוגעת במתדיין חסר אמצעים, יכולה להשפיע גם על סוגיה משפטית כגון בקשה להארכת מועד. במקרה שהתברר לפני רשם בית- המשפט העליון, בועז אוקון, נידון עניינו של עותר חסר אמצעים, שיוצג על-ידי הלשכה לסיוע משפטי, אשר הגיש בקשה להארכת מועד להגשת עתירה לדין נוסף. בקבלו את הבקשה, אמר הרשם אוקון כך<sup>81</sup>:

”המבקש קיבל ייעוץ משפטי מלשכה של המדינה. הוא חסר אמצעים. אף לשכה זו אינה ברוכת משאבים (וזה היה מצבה תמיד). מתברר כי חולף זמן ניכר בין הפנייה אל הלשכה לסיוע משפטי לבין הוצאת המינוי של עורך-דין על-ידיה... אמנם, היעדר ייצוג אינו נחשב לטעם מיוחד להאחרת מועד... אך זאת רק כאשר המבקש אינו מעוניין בייצוג, או אינו זכאי לתמיכה של הלשכה. סתימת הגולל על המבקש במצב דברים זה, כאשר המחדל אינו מחדל שלו, והוא נזקק לתמיכה של הסיוע המשפטי, עלולה ליצור הכבדה מיותרת על המבקש גם במימוש זכות הגישה לבית המשפט, הכבדה שמקורה בדלות אמצעיו.”

## ג. הזכות לייצוג וסיוע משפטי

### 1. הזכות לייצוג וסיוע משפטי – זכות דיונית בעלת מימד חברתי

הזכות לייצוג היא זכות דיונית הכוללת בחובה מימד אזרחי ברור מאליו. זכותו של הפרט בישראל להיות מיוצג לפני כל רשויות המדינה<sup>82</sup>, הן בהליכים פליליים והן בהליכים אזרחיים,

81 בש"א 6708/00 אהרון נ' אהרון, פ"ד נד(4) 702, 706.

82 הזכות של הפרט להיות מיוצג על-ידי עורך-דין קבועה בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין,

נקבעה כבר לפני שנים רבות כזכות-יסוד שיש לראות בה את אחד מכללי הצדק הטבעי<sup>83</sup>. הזכות של הפרט לייצוג על-ידי עורך-דין הינה זכות דיונית מוכרת, הנובעת מן ההכרה שהייצוג למול רשויות המדינה הינה מלאכה סבוכה לעיתים, ואין הפרט יכול לעשותה כראוי. עורך-דין שהוכשר לכך, שיודע דת ודין ושמלאכתו בכך מוכשר יותר להגן על האינטרסים של שולחו מאשר הוא עצמו. לכן ישנם הליכים משפטיים סבוכים שבהם לא יוכל אדם להביא את עניינו לפני הערכאות באופן הולם ללא ייצוג ראוי על-ידי עורך-דין<sup>84</sup>.

אולם לצד המימד האזרחי הברור מאליו, הזכות לייצוג, בדומה לזכות הגישה לערכאות, כוללת מימד חברתי מובהק. במדינת-הסעד המודרנית חדרה ההכרה כי בזכות הייצוג לבדה אין די. החירות לשכור את שירותיו של עורך-דין אינה מסייעת לאדם שאין ידו משגת לשלם את העלויות הכלכליות הכבדות בעד שירותים משפטיים:

”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 עבור ייצוגו של האזרח בבית המשפט או עבור שירותו לאזרח מחוץ לביהמ”ש בדרך של ייעוץ והדרכה משפטית.”<sup>85</sup>

יש כיום מחקרים אמפיריים המורים בבירור כי היעדר ייצוג מאפיין תביעות של חסרי אמצעים, וכי לעובדה זו יש השלכה שלילית על סיכויי התביעה<sup>86</sup>. לדעתי, בהתאם לאמור

---

תשכ”א-1961, הקובע: ”אדם שייפה כוחו של עורך-דין זכאי להיות מיוצג על ידיו בפני כל רשויות המדינה, רשויות מקומיות וגופים ואנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין.”

83 ראו בג”צ 515/74 פלוני נ’ מפקד המשטרה הצבאית החוקרת, פ”ד כט(2) 169, 171; ע”א 44/57 ”אגד” (א.ש.ד) בע”מ נ’ ספיר, פ”ד יב 739, 751; בש”פ 5136/98 מנבר נ’ מי (לא פורסם); בג”צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ’ השר לביטחון פנים (טרם פורסם).

84 ראו לעניין זה את פסק-הדין המפורסם של בית-הדין האירופי לזכויות-אדם: *Ariey v. Ireland*, 2 E.H.R.R. 305 (1979); לדיון בפסק-דין זה ראו י’ רבין ”הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי” המשפט ו (תשס”א) 225.

85 א’ סלנט ”העני והעשיר בעיני החוק” הפרקליט יז (תשכ”א) 313.

86 כך, למשל, במחקר שנערך בבית-המשפט העליון בישראל התברר כי שיעורי ההצלחה של עותרים שאינם מיוצגים בבג”צ נמוכים באופן משמעותי בהשוואה לשיעורי ההצלחה של

לעיל, ניתן להגדיר את הזכות לייצוג גם כזכות חברתית, וזאת בשל טעמים מספר: ראשית, זכויות כלכליות-חברתיות נבדלות מזכויות אזרחיות-פוליטיות בכך שהן מטילות "חובות עשה" על המדינה באופן מובהק יותר. זכויות חברתיות כוללות גרעין פעיל (פוזיטיבי), והן מגינות על האזרח באשר הן מטילות על המדינה את החובה לספק דבר-מה (כגון חינוך או בריאות). בהתאם לאפיון זה, הזכות לייצוג וסיוע משפטי היא זכות חברתית מובהקת, שכן משמעותה היא הטלת חובה על המדינה לספק לפרט סיוע משפטי ולמנות לו עורך-דין על-חשבונה. שנית, בהתאם לאפיון מנקודת-המבט הסוציו-אקונומית, המימד החברתי-החלוקתי של הזכות לייצוג וסיוע משפטי נובע גם, ובעיקר, מקשיי הנגישות של קבוצות מעוטות-יכולת לייצוג משפטי הולם הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי. שלישית, הזכות לייצוג ולסיוע משפטי היא זכות דיונית המהווה תנאי ליכולתו של אדם לתבוע או להתגונן כיאות בבית-המשפט, וככזו היא תומכת גם בזכויות חברתיות מהותיות אחרות. בשל קיומם בישראל של הסדרים נפרדים לענף הפלילי ולענף האזרחי בנושא זה, נפריד גם אנו את הדיון בין הזכות לייצוג וסיוע משפטי במישור הפלילי לבין הזכות לייצוג וסיוע משפטי במישור האזרחי.

## 2. הזכות לייצוג וסיוע משפטי במישור המשפט הפלילי

את הדיון בזכות לייצוג וסיוע משפטי במישור הפלילי ראוי לחלק לשני חלקים: הראשון, הזכות במישור החקיקה הרגילה, שעוסק בעיקר בחוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995 (להלן: חוק הסניגוריה הציבורית); השני, הזכות במישור החוקתי מכוח פסיקות של בתי-משפט שונים<sup>87</sup>.

### הזכות במישור החקיקה הרגילה

במישור החקיקה הרגילה הפרט זכאי לייצוג על-חשבונה של המדינה בהתאם לקבוע בחוק

---

הכלליים. ראו: Y. Dotan "Note: Do the 'haves' Still Come Out Ahead? Resource Inequalities in Ideological Courts: the Case of the Israeli High Court of Justice"

33(3) *Law and Society Review* (1999) 1059, 1071-1072

87 בסקירה זו נתייחס למצב בישראל בלבד. לגבי הזכות לייצוג בפלילים במשפט המשווה ראו ק' מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקאי ופיתוח המשפט הישראלי" משפטים יג (1988) 110; א' מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד (תשנ"ח) 243, 250-253.

הסניגוריה הציבורית<sup>88</sup>. חוק הסניגוריה הציבורית קובע את מסגרת הסיוע בהליכים פליליים ואת הזכות למינוי סניגור על-חשבונה של המדינה. מכוח חוק זה מונה סניגור ציבורי ארצי, הוקמו לשכות סניגוריה ציבוריות מחוזיות, מונו סניגורים ציבוריים מחוזיים והופעלה מערכת כלל-ארצית. הזכות לייצוג משפטי לפי החוק רחבה ביותר וקבועה בסעיף 18(א) לחוק. כך, למשל, סעיפים 18(א)(4) ו-7 לחוק קובעים את הזכות לייצוג נאשמים ועצורים מחוסרי אמצעים לפי אמות-מידה שקבע שר המשפטים בהתייעצות עם גורמים נוספים<sup>89</sup>. סעיף 18(ב) לחוק מוסיף וקובע כעין סעיף-סל שלפיו שמורה לבית-המשפט הזכות למנות סניגור לנאשם "אם הוא סבור שאינו יכול לנהל את המשפט כשהנאשם אינו מיוצג". הייצוג על-ידי הסניגוריה הציבורית ניתן באמצעות עורך-דין שהינו עובד הסניגוריה הציבורית או על-ידי עורך-דין פרטי שאינו עובד לשכת הסניגוריה הציבורית ואשר מונה לצורך זה<sup>90</sup>. שכרו של עורך-דין שאינו עובד לשכת הסניגוריה הציבורית ישולם על-ידי המדינה על-פי תעריף שייקבע בתקנות<sup>91</sup>. יש לציין כי ההסדר החדש שקדם עור וגידים מכוח חוק הסניגוריה הציבורית הוכיח עצמו תוך פרק-זמן קצר כגורם רב-ערך בניהול הליכים פליליים ובשמירה על זכויות הנאשמים, ובהקשר זה שינה באופן דרמטי את פני ההליך הפלילי בישראל. גוף נוסף בארץ המתפקד כסניגוריה ציבורית לכל דבר ועניין הינו הסניגוריה הצבאית. הגוף הינו יחידה צבאית המורכבת מגרעין של אנשי צבא-קבע ומחיילים בשירות-חובה, וכן מעורכי-דין פרטיים העושים בה את שירות המילואים שלהם. בראש המערכת עומד סניגור

88 הזכות למינוי עורך-דין על-חשבונו המדינה היה קבוע בעבר בסעיפים 13-19 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965. על ההסדר הישן, שהיה חלקי ובלתי-מספק, נמתחה ביקורת נוקבת. ראו ש' כהן "הזכות לסעד משפטי" עיוני משפט ד (תשל"ה) 145, 164-165. ההסדר החדש, חוק הסניגוריה הציבורית, נחקק לאחר בדיקה ציבורית שבחנה את הנושא של הייצוג המשפטי של נאשמים בישראל ולאחר שנמצא כי ההסדרים עובר לחוק היו חלקיים בלבד והפעלתם טעונה שיפור. ראו דין-וחשבון הוועדה לבדיקת נושא הסיוע המשפטי בעניינים פליליים (ירושלים, תשמ"ו-1985), וכן א' הרנון סיוע משפטי בהליכים פליליים - הלכה ומעשה על רקע השוואתי (תשמ"ג).

89 ראו צו הסניגוריה הציבורית (ייצוג נאשמים מחוסרי אמצעים), תשנ"ו-1996; תקנות הסניגוריה הציבורית (ייצוג עצורים מחוסרי אמצעים), תשנ"ח-1998.

90 סעיף 12 לחוק. הסניגור הציבורי המחוזי יערוך רשימה של עורכי-דין הכשירים לשמש סניגורים ציבוריים. הסניגור הציבורי המחוזי ימנה סניגורים ציבוריים מתוך הרשימה, אולם הוא רשאי למנות עורך-דין שאינו כלול ברשימה אם עורך-הדין הסכים לכך.

91 ראו תקנות הסניגוריה הציבורית (שכר טרחה לסניגורים ציבוריים), תשנ"ו-1996.



צבאי ראשי<sup>92</sup>. עורכי־דין אלה אינם מקבלים שכר־טרחה במובנו הרגיל של מושג זה, ואין הם מקבלים את לקוחותיהם במשרדיהם הפרטיים, אלא במסגרת הצבא ובמדי צבא. לרשות הסניגוריה הצבאית עומד תקציב הוצאות המממן את הוצאותיהם של הנאשמים להזמנת עדים־מומחים וכדומה. כל חייל (בשירות חובה, קבע או מילואים) זכאי ליהנות מן התקציב, וזאת מתוך הנחה כי מי שנחשד בעברה בעת שירותו בצבא זכאי לשירות משפטי על־חשבון הצבא (ללא קשר למצבו הכלכלי)<sup>93</sup>.

### הזכות במישור החוקתי

השאלה המרכזית המתעוררת במישור החוקתי היא: האם הזכות לייצוג וסיוע משפטי על־חשבונה של המדינה במישור הפלילי היא זכות חוקתית על־פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו? לשאלה זו השלכות מעשיות<sup>94</sup>, אך קשה לאתר ביחס אליה הסכמה בין המלומדים השונים. הנשיא ברק הביע את דעתו בכתיבתו האקדמית כי מהזכות החוקתית לכבוד ניתן להסיק את זכותו של הפרט לעורך־דין<sup>95</sup>, אך אין הוא מפרט אם הכוונה לזכות להיוועץ

92 הסניגוריה הצבאית הראשית, כמו גם התביעה הצבאית הראשית, כפופה למפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, ובמובן זה לא מתקיימת הפרדת הרשויות הרצויה. המצב הרצוי בעניין זה הוא הפרדתה של הסניגוריה הציבורית, הן הצבאית והן האזרחית, מגורמי התביעה והפרקליטות.

93 על הסניגוריה הצבאית באופן כללי ראו חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955; קובץ נוהלי עבודה - מפקדת פרקליט צבאי ראשי, ענף סניגוריה (1967); ההוראות הפנימיות של מפקדת פרקליט צבאי ראשי (1977), הפרק על הסניגוריה; הרנון, לעיל הערה 88, בע' 183 ואילך.

94 קיומה של זכות חוקתית לייצוג במישור הפלילי יכולה להיות מעשית במצב שבו הסניגוריה הציבורית נקלעת לקשיים תקציביים או כאשר המחוקק (או מחוקק־המשנה) מבקש לקצץ בתקציבה בשל שינוי סדרי העדיפויות. כך, למשל, הסניגוריה הציבורית הצעירה של ישראל נקלעה למשבר תקציבי חריף בשנת התקציב 2001. בתקציב שאושר לסניגוריה בשנה זו לא היה כדי לממן את הוצאות ייצוגם של כל הנאשמים והעצורים הזכאים לכך על־פי החוק. על כך ראו ק' מן "דיני נפשות" הפרקליטים - מגזין לשכת עורכי הדין, מחוז תל־אביב 6 (פברואר 2002) 28.

95 ראו א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 422: "מ'כבודו' של האדם ו'חירותו' ניתן להסיק זכויות שונות הקשורות להליך החקירה, המשפט והענישה. אין לאפשר דרכי חקירה שבה הופך האדם לאמצעי לסיפוק מידע. אין לאפשר חקירה השוללת מהאדם את זהותו כאדם, ואין לאפשר ענישה הפוגעת באנושיותו של הפרט. על כן עשויים היבטים מסוימים של 'מאסר אזרחי' לפגוע בכבוד האדם וחירותו. כבוד האדם וחירותו עשויים גם להשפיע על דיני המעצר בטרם משפט, על דיני החיפוש, ועל ייצוג הנאשם על־ידי סניגור."

בעורך־דין (זכות בעלת אופי אזרחי) או לזכותו של הפרט להיות מיוצג על־ידי עורך־דין על־חשבונה של המדינה (זכות חברתית בעלת אופי פוזיטיבי). לדעתנו, מן הבחינה העקרונית, עם חקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו עלתה הזכות לייצוג ולסיוע משפטי על־חשבונה של המדינה במישור הפלילי למעלת זכות חוקתית על־חוקית<sup>96</sup>, בדומה למצב בארצות־הברית<sup>97</sup> ובמדינות נוספות בעולם<sup>98</sup>. על־כן, חוק הסניגוריה הציבורית, שנחקק לאחר כניסתו לתוקף של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אמור לשקף את זכות הייצוג החוקתית, לרבות אמות־מידה חוקתיות נוספות (כגון עקרון השוויון החוקתי<sup>99</sup>). נוסף על כך, הדעה כי הזכות לייצוג במישור הפלילי היא זכות חוקתית נתמכת על־ידי כלל הפרשנות מהמשפט הבינלאומי שלפיו יש לפרש את חוק־היסוד (חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו

---

(ההדגשה שלי - י' ר.). ובהמשך (שם, בע' 432): "הניתן לגזור זכויות נוספות של אדם במסגרת ההליך הפלילי מכבוד האדם וחירותו? ...לדעתי התשובה היא בחיוב. 'כבודו של האדם' (בסעיפים 2 ו־4 לחוק־היסוד) ו'חירותו של אדם' (בסעיף 5 לחוק־היסוד) מהוות בסיס ראוי שעליו ניתן להשתית זכויות אדם שונות המקובלות בהליך הפלילי, ושאינן מוצאות ביטוי בהוראות המיוחדות העוסקות בחיפוש, במעצר ובמאסר. כך, למשל, מכבודו של אדם ניתן להסיק את זכותו לעורך־דין ואת זכותו למשפט הוגן ולמניעת עינוי דין." (ההדגשה שלי - י' ר.).

96 בכך אנו מסכימים לפחות לדעתו המינימליסטית של השופט מגן במאמרו, לעיל הערה 87, בע' 261. מהו הבסיס הנכון בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו שראוי לגזור ממנו את זכות הייצוג החוקתית? מבלי שיש צורך להכריע בדבר, ניתן להעלות שלוש אפשרויות: הראשונה, הזכות לייצוג ולסיוע משפטי כלולה בזכות החוקתית לכבוד; השנייה, הזכות לייצוג ולסיוע משפטי כלולה בזכות החוקתית לחירות (זו דעתו של השופט מ' אלון בבג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מז(2) 843, 847); השלישית, הזכות לייצוג משפטי ולסיוע משפטי כלולה בזכות החוקתית לשוויון (וזאת בהסתמך על ההלכות שלפיהן הזכות לשוויון יכולה להטיל על המדינה "חובות עשה". ראו, למשל, בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 121). יש מלומדים המאמצים את המסקנה כי המדובר בזכות חוקתית מבלי לעמוד על מקורה המדויק בחוק־היסוד, ראו י' קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 275, 281.

97 ראו מן, לעיל הערה 87.

98 על זכות הייצוג בפלילים באירלנד ראו רבין, לעיל הערה 11, בע' 101.

99 שמעמדו החוקתי עדיין שנוי במחלוקת. ראו ה' סומר "הזכויות הבלתי־מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (1997) 257.

בענייננו) לאור התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל, הכוללות, בסעיף 14(3)ד לאמנה בדבר זכויות אזרחיות, את החובה לספק סיוע משפטי בהליכים פליליים<sup>100</sup>.

השאלה הנשאלת היא: מהו היקפה של זכות הייצוג החוקתית ביחס לזכות הייצוג שבחקיקה הרגילה? יכולה בהחלט להישמע הטענה כי חרף סמכותו של בית-המשפט להעניק סיוע משפטי ולמנות עורך-דין גם מעבר לחובות הסיוע הקבועות בחוק החרות, ההסדר הקבוע בחוקי הסיוע הוא מספק ואינו נופל מהסטנדרט החוקתי. כך סבור, למשל, פרופסור ע' גרוס. לדעתו, היקפה של הזכות אינו צריך להשתנות מעבר להיקף שנקבע לה בחוק הסניגוריה הציבורית<sup>101</sup>. מנגד, פרופסור י' שחר סבור כי ייתכן שמכות זכות הייצוג החוקתית יהיה ניתן להרחיב את חובתה של המדינה לספק עורך-דין לנאשם חסר אמצעים גם מעבר לזכות הקבועה בחוק החרות<sup>102</sup>.

מהי עמדתו של בית-המשפט הישראלי בשאלה זו? שלא כמו במקומות שונים בעולם וכן בארצות-הברית<sup>103</sup>, בישראל עדיין לא נתן בית-המשפט העליון פסק-דין עקרוני הקובע זכות חוקתית לייצוג בהליך פלילי על-חשבונה של המדינה<sup>104</sup>. עם זאת ייתכן שהעמיד הקרוב טומן

---

100 סעיף 14(3)ד קובע: כל אדם שהואשם בעברה פלילית זכאי, תוך שוויון גמור, לערבויות מינימום אלה: "כי יהא נדון בנוכחותו ומתגונן בעצמו, או בעזרת סניגור שהוא עצמו בחר בו; אם אין לו סניגור - יודיעוהו על זכותו לכך, ובכל מקרה שעניין הצדק יתבע זאת, יועמד לרשותו סניגור ממונה, ללא הוצאות, אם אין בידו אמצעים מספיקים לשלם לו."

101 ראו ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155, 167-168. יש לציין כי העמדה במאמר זה הובעה לאחר כניסתו לתוקף של חוק הסניגוריה הציבורית.

102 ראו י' שחר "סדר הדין הפלילי" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 375, 399-400. יש לציין כי העמדה במאמר זה הובעה לפני כניסתו לתוקף של חוק הסניגוריה הציבורית.

103 ראו: *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). בפסק-דין זה נקבע שמכות התיקון הארבעה-עשר, קיימת זכות לסניגור במימון המדינה, לפחות בעברות מסוג פשע, הן בבתי-המשפט המדינתיים והן בבתי-המשפט הפדרליים. בעקבות הלכה זו נקבע בפסק-דין מאוחר יותר שקיימת זכות לסניגור במימון המדינה בכל מקרה שבו הנאשם צפוי לעונש של מאסר בפועל. ראו: *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).

104 עם זאת, אמרות-אגב לגבי חוקתיותה של הזכות לייצוג בפלילים ניתן למצוא בפסיקתו של בית-המשפט המחוזי. ראו למשל, ע"פ (י"ם) 1362/99 רפאלי נ' מ"י, פ"מ תשנ"ט (2) 711. בית-המשפט המחוזי קבע כי זכות האדם לייצוג בהליכים פליליים מהווה חלק מזכויות-היסוד, על אחת כמה וכמה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם אם לא קיימת

בחובו התפתחויות מעניינות. לראיה, הסוגיה שבענייננו התעוררה בעקיפין בהקשר לשני הליכים שנידונו לאחרונה לפני הערכאות.

ההליך הראשון הוא עתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח בישראל נגד שר המשפטים והסניגוריה הציבורית<sup>105</sup>. במקרה זה העותרת מבקשת מבית המשפט לבטל את סעיף 3 לצו הסניגוריה הציבורית (ייצוג נאשמים מחוסרי אמצעים), תשנ"ו-1996, הקובע שנאשם מחוסר אמצעים בעברה שדינה פחות מחמש שנות מאסר לא יהיה זכאי לייצוג מטעם הסניגוריה הציבורית. טענתה העקרונית של העותרת היא שהסניגוריה הציבורית עברה כבר בהצלחה את השלב של חבלי-הלידה, וכיום, לאחר השלמת הקמתן של לשכות הסניגוריה הציבורית בכל רחבי הארץ, אין עוד מקום להגביל את זכותם של נאשמים מעוטי-יכולת לייצוג<sup>106</sup>. כאמור, לא ניתן עדיין פסק-דין בעתירה זו.

ההליך השני, שהסתיים עם חתימתה של רשימתנו, נוגע בחוקתיותן של תקנות הסניגוריה הציבורית (חובת תשלום של זכאים לייצוג), תש"ס-2000. תקנות אלה קובעות שכל נאשם שהסניגור המחוזי החליט לגביו כי הוא זכאי לייצוג בהיותו חסר אמצעים, וכן נאשם שבית המשפט החליט למנות לו סניגור לפי סעיף 18(ב) לחוק הסניגוריה הציבורית, יהיה חייב בתשלום אגרה שתנוע בין סכום מינימום של 100 ש"ח לסכום של 350 ש"ח. תקנה 1(ב) לתקנות קובעת כי הסניגור המחוזי ימנה לנאשם סניגור לייצוג לאחר שהומצאה לו קבלה על התשלום. דהיינו, נאשם לא יזכה בייצוג מטעם הסניגוריה הציבורית כל עוד לא שילם את האגרה הקבועה לגביו בתקנות. הסוגיה בדבר חוקתיותן של תקנות אלה הועלתה ביוזמת בית המשפט בפסק-דין מפתיע של השופט שמואל ברוך בבית המשפט השלום ברמלה<sup>107</sup>, לאחר שהתברר לשופט כי התקנות נכנסו לתוקף בדיוק ביום הדיון שנערך לפניו. השופט ברוך סקר

---

בחוק הרגיל חובת ייצוג של הנאשם; וכן ראו ה"פ (י"ם) 339/98 טוביה נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ט (2) 913. לעמדה נוגדת ראו עניין קעטבי, להלן הערה 111, בסעיף ט לפסק-דינה של השופטת ברלינר וסעיף 4 ואילך לפסק-דינו של השופט המר.

105 בג"צ 3823/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים (עתירה תלויה ועומדת).  
 106 הפגיעה בזכויות של נאשם לא-מיוצג חמורה גם כאשר הוא צפוי לעונש מאסר בפועל קצר יחסית (מתחת לחמש שנים). במצב הנוכחי נוצר אבסורד שלפיו עדיף לנאשם, במקרים מסוימים, להיות מואשם בעברה חמורה שהעונש בגינה הוא חמש שנות מאסר בפועל מאשר בעברה קלה, שכן סיכוייו להיענש בעונש מאסר חמור נמוכים יותר כאשר הוא מיוצג מאשר בהיעדר ייצוג.

107 ראו ת"פ (רמ') 2698/00 מ"י נ' קעטבי (לא פורסם).

את הפסיקה והספרות בארץ ובחוץ-לארץ, והגיע למסקנה כי הזכות לייצוג על-חשבונה של המדינה הינה בעלת מעמד חוקתי על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאחר שלב זה בחן השופט את השאלה אם הטלת אגרה על נאשמים מחוסרי אמצעים (באופן שלא ניתן לפטור ממנה) עומדת בתנאי המידתיות שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקת ההגבלה)<sup>108</sup>, והגיע למסקנה שמן הדין לבטל את התקנות:

"זכות היסוד החוקתית המוגדרת באמצעות הוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק הסניגוריה הציבורית הנה בעלת מעמד בכורה (בלשונה של השופט דורנר). לאותם אלה המופנים לקבלת ייצוג משפטי מטעם הסניגוריה הציבורית, אין במרבית המקרים, את היכולת לשלם סכומי כסף ולו פעוטים, כשבחלק מן המקרים הם חסרים את ההבנה בדבר מורכבות מצבם המשפטי באופן שיצדיק העדפת תשלום סכום כסף לסניגוריה על פני תשלומו לצרכי קיום בסיסיים אחרים, וכאמור, אף לרכישת סמים. התניית הייצוג בידי הסניגוריה הציבורית בתשלום סכומי כסף, הנה פגיעה בזכות חוקתית, אשר על פני הדברים אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... אני קובע אפוא, כי התקנות בטלות. מכאן, שאין לגבות מנאשמים הבאים בפתח שערי בית המשפט אגרות בהתאם לתקנות."<sup>109</sup>

לדעתנו, המקרה אכן מעורר שאלה חוקתית, אך הקביעה כי הטלת אגרות סמליות על נאשמים שהופנו לקבל ייצוג מהסניגוריה הציבורית פוגעת בזכות הייצוג החוקתית באופן העולה על הנדרש בהתאם לפסקת ההגבלה (תנאי המידתיות) אינה יכולה לעמוד. אכן, המדינה הגישה עתירה לבג"צ<sup>110</sup> נגד החלטתו של השופט ברוך וכן ערעור לבית-המשפט

---

108 לגבי המידתיות השופט קובע כך: "דומני, כי בחינת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנוק לפרט בהפעלת האמצעי... מלמדת, כי אין כל פרופורציה בין התועלת הכלכלית לקופת המדינה המדולדלת (תועלת כלכלית בלתי-מוכחת וספק רב אם קיימת כלל), שייתכן ותצמח לציבור מגביית סכומי כסף מנאשמים, אל מול הפגיעה האפשרית בחירותם."

109 השופט ברוך מפנה בפסק-הדין למאמר מפרי-עטו שבו הביע דעה דומה. ראו ש' ברוך "החוקתיות של חיוב נאשמים בתשלום אגרה לסניגוריה הציבורית כתנאי לייצוגם" הסניגור 32 (1999) 3.

110 ראו בג"צ 2245/01 מ"י נ' כב' השופט שמואל ברוך (לא פורסם). בית-המשפט, בהרכב של שלושה, החליט לדחות את העתירה על-הסף מהטעם שמדובר בהחלטה שיפוטית (החלטת-ביניים בהליך פלילי), שעתירה לבג"צ אינה הדרך המתווית בחוק לתקיפתה.

המחוזי בתל-אביב-יפו, שבו נהפכה ההחלטה<sup>111</sup>. בית-המשפט המחוזי קבע שגם אם הטלת חובת התשלום פוגעת בזכות הייצוג, פגיעה זו הינה מידתית והיא עומדת באמות-המידה שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית-המשפט המחוזי קבע, ובצדק, כי התקנות מידתיות, וזאת בשל טעמים מספר: הסכום הנמוך עד מאוד (כמעט זעום) של האגרה, שאינו עומד בשום יחס ל"שווי" האמיתי של השירות; חלותן המוגבלת מאוד של התקנות, המחילות את חובת התשלום של האגרה רק על סוג מסוים של נאשמים, שהם רק מקצת זכאי הייצוג; מערכת הפטורים המאפשרת אף לזכאים הללו לקבל פטור; וכן המעקב של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת על ביצוע התקנות הנסיוניות. נוסף על כך עמד בית-המשפט על העובדה, שנעלמה מעיניו של בית-המשפט השלום, כי תפקידן של התקנות לממן את פעילותה של הסניגוריה הציבורית, ולכן הן לא רק פוגעות בזכות הייצוג של נאשם ספציפי, אלא נועדו לקדם את עניינה של אותה זכות עצמה במובן הרחב.

### 3. הזכות לייצוג וסיוע משפטי במישור המשפט האזרחי<sup>112</sup>

הזכות לייצוג וסיוע משפטי במישור המשפט האזרחי מצדיקה גם היא דיון בשני שלבים: הראשון נוגע בזכות במישור החקיקה הרגילה, והוא עוסק בחוק הסיוע המשפטי, תשל"ב-1972 (להלן: חוק הסיוע המשפטי); השני, הזכות במישור החוקתי, עוסק בניצנים הראשונים בפסיקה הישראלית לזכות חוקתית לייצוג וסיוע משפטי במישור המשפט האזרחי.

#### הזכות במישור החקיקה הרגילה

במישור האזרחי הפרט זכאי לסיוע משפטי מטעם המדינה מכוח חוק הסיוע המשפטי, שנחקק שנים רבות לאחר שנחקקה חקיקה מקבילה בארצות מתקדמות אחרות, כגון ארצות-הברית ואנגליה<sup>113</sup>. חוק זה נועד להעניק "שירות משפטי, לרבות ההוצאות הכרוכות בו... למי שידו אינה משגת לשאת בהן"<sup>114</sup>. ההסדר הישראלי נולד לאחר ביקורת חריפה שנמתחה על מערך הסעד המשפטי שהמדינה מקיימת ובעקבות דו"ח ועדה שמינה שר המשפטים, שבדקה

111 ראו ע"פ (ת"א) 70570/01 מ"י נ' קעטבי (טרם פורסם) (להלן: עניין קעטבי).

112 האמור בפרק זה הינו עיקרי הדברים של מאמר קודם מפרי-עטי, רבין, לעיל הערה 84.

113 לדיון בזכות לייצוג ולסיוע משפטי בהליך אזרחי במשפט המשווה ראו רבין, שם, בע' 228-234; 236-237.

114 סעיף 2 לחוק הסיוע המשפטי. על חוק זה באופן כללי ראו ג' גינת "הצעת חוק הסעד המשפטי, תשל"א-1970" עיוני משפט א (תשל"א) 368.

את האמצעים והדרכים לשיפורם של שירותי הסעד המשפטי והיקפם<sup>115</sup>. בעקבות המלצת הוועדה חוקק חוק מסגרת כללי ביותר, חוק הסיוע המשפטי, המסמיך את שר המשפטים להקים לשכות סעד משפטי ולקבוע בתקנות את דרך הפעלתן, את היקף הסעד המשפטי שיתנו ואת התנאים לנתינתו<sup>116</sup>. מכוח סמכותו זו התקין שר המשפטים את תקנות הסיוע המשפטי, תשל"ג-1973 (להלן: תקנות הסיוע המשפטי), הקובעות את התנאים המדויקים לקבלת הסיוע המשפטי. גם על הסדר זה נמתחה ביקורת נוקבת על שאינו קובע את אמות-המידה המדויקות בחקיקה הראשית, אלא בחקיקת-משנה<sup>117</sup>. עיקרו של ההסדר הינו כדלקמן: המבקש סיוע משפטי יגיש ללשכת הסיוע המשפטי בקשה בכתב<sup>118</sup> לסיוע בעניין מבין העניינים המסוימים שלגביהם נקבע כי יינתן סיוע משפטי<sup>119</sup>. השירות שיינתן במסגרת הסיוע הינו ייעוץ משפטי ועריכת מסמכים משפטיים, ייצוג לפני בתי-משפט, בתי-דין ולשכות הוצאה לפועל, וכן תשלום ההוצאות הכרוכות במתן השירות שלדעת ראש הלשכה היה הכרח להוציאן<sup>120</sup>. ראש לשכת הסיוע המשפטי יכריע בגורל הבקשה לסיוע בהתאם לחקירה ודרישה ומבחנים הקבועים בתקנות הסיוע המשפטי (תקנה 2), וכפוף להגשת תעודה מטעם לשכת הסעד של רשות מקומית שתשמש ראיה לכאורה שידו של המבקש אינה משגת לשאת בהוצאות השירות<sup>121</sup>. ראש הלשכה רשאי לדחות את הבקשה לשירות משפטי<sup>122</sup>, והחלטה זו ניתנת לערעור לפני בית-המשפט המחוזי (בדן יחיד) שבתחום סמכותו נמצאת הלשכה<sup>123</sup>. עם קבלת הבקשה יינתן השירות על-ידי עורכי-דין של לשכת הסיוע המשפטי (אלה הם עובדי מדינה) או על-ידי עורך-דין שאינו עובד הלשכה (עורך-דין פרטי שהסכים להיכנס לרשימת עורכי-הדין נתני השירות)<sup>124</sup>, שכרו של עורך-הדין ישולם על-ידי אוצר המדינה בהתאם לתעריפים שנקבעו

- 
- 115 ראו דברי ההסבר להצעת-החוק לסיוע משפטי, ה"ח 907.
- 116 סעיף 7 לחוק הסיוע המשפטי.
- 117 ראו כהן, לעיל הערה 88, בע' 166-167.
- 118 בהתאם לתקנה 1 לתקנות הסיוע המשפטי, הבקשה תהא ערוכה בטופס שיימסר הינם בכל לשכות הסיוע המשפטי.
- 119 תקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי מפרטת את רשימת העניינים שלגביהם יינתן סיוע.
- 120 תקנה 6 לתקנות הסיוע המשפטי.
- 121 סעיף 3 לחוק הסיוע המשפטי.
- 122 סעיף 4 לחוק הסיוע המשפטי.
- 123 סעיף 5 לחוק הסיוע המשפטי.
- 124 תקנה 4 לתקנות הסיוע המשפטי, וראו בג"צ 383/81 דוד נ' מ"י, הלשכה לסיוע משפטי, פ"ד לו(1) 167.

בתקנות הסיוע המשפטי<sup>125</sup>. הזכות לקבוע מי יהא נותן השירות נתונה באופן בלעדי לראש לשכת הסיוע<sup>126</sup>. יש לציין כי החוק אינו פותח פתח לפעילותם של ארגונים וולונטריים (לסיוע משפטי) מכל סוג שהוא במסגרת החוק ואינו מסדיר פעילות מעין זו.

בחדש יוני 2001 נכנס לתוקפו תיקון לתקנות הסיוע המשפטי, המטיל אגרת השתתפות על פרט הפונה לסיוע משפטי שראש הלשכה החליט בחיוב לבקשתו<sup>127</sup>. כיום, מכוח תקנה 1א לתקנות הסיוע המשפטי, מוטלת אגרה של 50 ש"ח על מבקש שהכנסתו אינה עולה על מחצית הסכום המקנה זכאות לסיוע משפטי ואגרה של 100 ש"ח על מבקש שהכנסתו עולה על מחצית הסכום המקנה זכאות לסיוע משפטי. להערכתם של נציגי משרד המשפטים והאוצר, ההכנסה הצפויה מגביית האגרה הינה כחמישה מיליון ש"ח בשנה. בהקשר לכך נטען כי התניית הפנייה לסיוע משפטי באגרה תגרום שציבור גדול הנוקק לשירותים אלה לא יפנה לקבלת סיוע אם יחויב באגרה, ובכך תיפגע זכותו הבסיסית לייצוג<sup>128</sup>.

#### הזכות במישור החוקתי

מנקודת-מבטו של האזרח חסר היכולת, יש חשיבות רבה לשאלה בדבר הזכות לסיוע משפטי כסטנדרט חוקתי מינימלי העומד לאזרח מכוח עקרונות חוקתיים המעוגנים בחוקת המדינה, וזאת משני טעמים: ראשית, אמות-המידה לקבלת סיוע משפטי קבועות כיום בתקנות שהתקין שר המשפטים, הרשאי, אם רצונו בכך, לשנותן ולהקשיח את אמות-המידה להענקת סיוע; שנית, קביעה של בית-המשפט העליון, בנסיבות מתאימות, בדבר קיומה של זכות ייצוג חוקתית יכולה להעניק זכות רחבה יותר מהסיוע המשפטי המוענק מכוח חוק הסיוע המשפטי. קביעה שקיימת אפשרות לקביעת סטנדרט חוקתי מינימלי מעבר להוראת החוק החרות יכולה להיות בעלת ערך מעשי של ממש ביחס לאדם הנתון בהליך שבמסגרתו לא קיימת זכות לייצוג משפטי הולם במימון המדינה לפי חוק הסיוע המשפטי<sup>129</sup>.

125 תקנה 1 לתקנות הסיוע המשפטי.

126 גם על עיקרון זה נמתחה ביקורת על-ידי מלומדים. ראו כהן, לעיל הערה 88, בע' 167-168.

127 תקנות הסיוע המשפטי (תיקון), תשס"א-2001, ק"ת 848. התיקון הוסיף לתקנות הסיוע המשפטי את סעיפים 1א, 3א, 3ב, והחליף את תקנה 11א.

128 ראו ע' פישביין "בזכות ביילין, הסיוע המשפטי כבר לא חינם" הארץ, 25.2.2000; וכן ד' ארבל "סיוע ללא אגרות" עורך הדין - ביטאון לשכת עורכי הדין בישראל 12 (2000) 61.

129 דוגמה טובה לכך היא הליך מנהלי של דיון לפני הוועדה הפסיכיאטרית הדנה באשפוז כפוי. ראו בג"צ 2463/01 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד המשפטים (העתירה תלויה



במשפט האירופי הוכרה הזכות לייצוג בהליך אזרחי כבר לפני שנים רבות<sup>130</sup>. אולם בישראל, הטקסט החוקתי היחיד הרלוונטי לענייננו הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאינו כולל כל הוראה מפורשת המקנה למתדיין, הן בהליך פלילי והן בהליך אזרחי, את הזכות לייצוג או לסיוע משפטי. האם ניתן לבסס זכות חוקתית לייצוג ולסיוע משפטי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? תשובה אוהדת לשאלה זו ניתן למצוא ברע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן<sup>131</sup>. העובדות הרלוונטיות במקרה זה היו אלה: חיי הנישואים של בני-הזוג בן שושן עלו על שרטון, ומר בן שושן (להלן: הבעל) פנה לבית-משפט השלום באילת (בשבתו כבית-משפט לענייני משפחה) בבקשה לפירוק השיתוף בדירתם המשותפת. בית-המשפט לענייני משפחה נעתר לבקשתו של הבעל והורה לפרק את השיתוף בדירה, ומינה את בא-כוח הבעל לכונס נכסים לצורך ביצוע הפירוק. גברת בן שושן (להלן: האשה) ערערה על פסק-הדין לפני בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, שמחק את ערעורה. מכאן, כשהיא טוענת לעצמה, פנתה האשה אל בית-המשפט העליון בבקשה להרשות לה לערער על פסק-הדין. השופט טירקל, שדן בבקשה (כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור), מצא לנכון לבטל את פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי ושל בית-המשפט לענייני משפחה, והורה להחזיר את הדיון לבית-המשפט לענייני משפחה על-מנת שיחזור וידון בפירוק השיתוף בדירת המגורים של בעלי-הדין לאחר שהמבקשת תהיה מיוצגת על-ידי עורך-דין, וזאת מטעם אחד ויחיד: בהליכים שקדמו לדיון בבית-המשפט העליון לא היתה האשה מיוצגת על-ידי עורך-דין, וזאת בניגוד לבעלה, שזכה בייצוג על-ידי עורכת-דין שמונתה לו מכוח חוק הסיוע המשפטי. עובדה זו פגעה קשה בקו הגנתה וביכולתה של האשה להתגונן, ועל כך אמר השופט טירקל את הדברים הבאים<sup>132</sup>:

ועומדת). במקרה זה הגישו האגודה לזכויות האזרח בישראל וארגון "בזכות" (המרכז לזכויות-אדם של אנשים עם מוגבלויות) עתירה נגד משרד המשפטים בבקשה שבית-המשפט יוציא צו שיחייב את משרד המשפטים לדאוג לייצוג משפטי ולמימון של ייצוג כזה לכל מי שננטים נגדם הליכים לאשפוז כפוי לפי החוק ואין הם מיוצגים על-ידי עורך-דין. וראו גם רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי - תל-אביב, פ"ד נב(1) 697.

130 ראו: *Airey v. Ireland* 2 E.H.R.R. 305 (1979). על פסק-דין זה ראו רבין, לעיל הערה 84, בע' 229-231.

131 רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375 (להלן: עניין בן שושן).

132 שם, בע' 377. השופט מדגיש בהחלטתו כי בהליכים אזרחיים מסוימים, במיוחד בהקשר של דיני משפחה, האינטרסים המעורבים אינם נופלים בחשיבותם מאלה המעורבים בהליכים פליליים.

”בבית המשפט לענייני משפחה וכן בבית המשפט המחוזי חזרה המבקשת וביקשה לדחות את הדיונים לצורך מינוי עורך דין. בסופו של דבר, אחרי פרשות של דחיות שלא הועילו לא נדחו הדיונים עוד, והמבקשת נאלצה לטעון לעצמה. עוד מגלה העיון בפסקי הדין, בפרוטוקולים ובפניות שונות של המבקשת, המצויות בתיקי הערכאות הקודמות, כי לא הובאו לפניו במהלך הדיונים כל הטענות שהיו בפי המבקשת וכן טענות נוספות שעורך דין הבקיא במחלוקת כגון דא, היה מן הסתם משכיל לטעון. יתר על כן, הדברים שטענה בעצמה היו, כלשון בית המשפט המחוזי, ‘גיבוב של דברים מבלבלים’.”

למעשה, אם כי לא במפורש, השופט טירקל מבסס את פסק־דינו, בין השאר, על הקביעה כי ישנן נסיבות שבהן ייתכן שקמה לאדם בהליך אזרחי זכות חוקתית לייצוג על־חשבון המדינה מעבר להוראת החוק החרות שבחוק הסיוע המשפטי<sup>133</sup>. חשיבותו של פסק־דין זה נעוצה בכך שהוא מכיר בזכות החוקתית לייצוג ולסיוע משפטי בהליך אזרחי, או לפחות אינו שולל הכרה כזו. עם זאת אין הוא קובע מהו הבסיס בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו שממנו יש לגזור את הזכות (כל עוד לא נקבעה במפורש בחוק־יסוד מתאים). בקשר לכך, ומבלי צורך להרחיב בעניין במסגרת מאמר זה, ניתן לגזור את הזכות החוקתית לייצוג ולסיוע משפטי מזכות הגישה לערכאות; מהזכות להליך ראוי; מזכות המסגרת לכבוד האדם או מהזכות החוקתית לשוויון<sup>134</sup>. ניתן לסכם ולומר שכל עוד לא תיקבע הזכות לייצוג באופן מפורש בחוק־יסוד, אין מניעה מללכת באחת הדרכים הללו, אם כי פסיעה בדרך אחת אינה מוציאה מכלל אפשרות את הדרכים האחרות. כך, למשל, אם ירצה בית־המשפט להכיר בזכות הייצוג של חסר אמצעים שאינו יכול לשאת בעלויות ייצוגו, וזאת ללא כל קשר ליכולתו של הצד שכנגד, יהיה ניתן להכיר בזכותו של הראשון לייצוג מכוח זכות הגישה לערכאות, הזכות לכבוד וכדומה. עם זאת, דרך זו אינה שוללת את האפשרות להכיר בזכותו של פרט לייצוג

133 שם, בע' 378: "חברי הנכבד, המשנה לנשיא ש' לוי, העיר בעניין זכות הייצוג לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי 'שאלה שיהיה צורך לבחון אותה בעתיד, לאור הוראות חוק־היסוד... אם אין זה מן הראוי, לאור הוראת חוק היסוד, לקבוע את סמכותו של בית המשפט למנות עורך־דין בהליכים אזרחיים גם מעבר להוראות החוק החרות'." ראו גם דבריו של השופט טירקל בבש"פ 9016/01 מ"י נ' ליאונרד (לא פורסם), בסעיף 3 לפסק־הדין.

134 לגבי כל אחת מהאפשרויות הנ"ל הרחבתי במאמרי הקודם: רבין, לעיל הערה 84, בע' 243-245.

על-חשבונה של המדינה מכוח עקרון השוויון בשל חוסר איזון בולט באמצעים הכלכליים בין שני הצדדים למשפט. רמז לכלל הדרכים הללו ניתן למצוא בפסק-דינו של השופט טירקל בעניין בן שושן. מובן שהכרה עקרונית בזכות החוקתית לייצוג וסיוע משפטי מעוררת שאלות קשות לגבי היקפה של הזכות, אך גם בכך לא ניתן לעסוק במסגרת צרה זו<sup>135</sup>.

#### 4. תקצוב מטעם המדינה של ארגונים וולונטריים העוסקים במתן סיוע משפטי

פרט למסגרות החוקיות – חוק הסניגוריה הציבורית וחוק הסיוע המשפטי – קיימים בישראל כמה גופים וולונטריים (שאינם פועלים מכוח חוק) המעניקים סיוע משפטי של ייעוץ וייצוג. חלק מהגופים מעניקים את הסיוע כעזרה סוציאלית לחסרי אמצעים<sup>136</sup>. אחרים עוסקים במתן סיוע משפטי לסוגים שונים של פונים או בנושאים מסוימים שגופים אלה חותרים לקדם<sup>137</sup>. כל הגופים הללו, המייצגים, בין השאר, את הפונים השונים לפני הערכאות (ושאר רשויות המדינה), נאלצים להעסיק עורכי-דין לצורך הייצוג המשפטי, עובדה המסככת

---

135 לדיון בהיקפה של הזכות החוקתית לייצוג וסיוע משפטי בהליך האזרחי ראו במאמרי, שם, בע' 245–247. עם הגשתו של המאמר לדפוס התפרסם פסק-הדין ע"ש (י"ם) 1076/02 יהודה נ' ראש לשכת הסיוע המשפטי, מחוז ירושלים והדרום (טרם פורסם). בפסק-דין זה קיבלה השופטת שידלובסקי-אור את ערעורה של אשה בעלת מוגבלות פיזית חמורה על החלטתו של ראש לשכת הסיוע המשפטי לדחות את בקשתה לקבל סיוע משפטי. הדחייה נומקה בחוסר זכאות כלכלית. השופטת ביססה את פסק-דינה הן על זכות הגישה לערכאות, הן על הזכות לייצוג ולסיוע משפטי והן על פסק הדין בעניין בן שושן.

136 כגון האגודה לזכויות האדם והאזרח; הל"ב – התנועה למלחמה בעוני; פרויקט הפרו-בונו של לשכת עורכי-הדין (ראו "שכר מצווה – פרו-בונו – הגיע הזמן" עורך הדין 29 (2002) 9; "הועד המרכזי אישר: תוכנית ה'פרו-בונו' תחל באופן מידי" עורך הדין 29 (2002) 11); והתוכניות למשפט קליני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב (המרכז לסיוע משפטי בפלילים והמרכז לסיוע משפטי בזכויות האדם). על הקליניקה לזכויות-אדם בפקולטה למשפטים ראו זיו, לעיל הערה 16; נ' רימלט "החינוך המשפטי – בין תיאוריה לפרקטיקה" עיוני משפט כד (תש"ס) 81.

137 כגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל; "בזכות" – סיוע משפטי לאנשים מוגבלים (נכות פיזית ומנטלית); אדם טבע ודין – סיוע משפטי בנושאי איכות הסביבה.

ומייקרת מטבע הדברים את השירות שהם מעניקים<sup>138</sup>. עקב כך, הגופים הוולונטריים פועלים בדרך של "בחירת תיקים" חמורים או תיקים בעלי אופי ציבורי או תקשורתי, ואינם מתחייבים לקבל על עצמם את הטיפול בכל תיק ותיק על-פי אמות-מידה קשוחות. לכן, גם הגופים הוולונטריים אינם נותנים מענה מספק או סופי לבעיית חוסר הייצוג של חסרי אמצעים. מציאות לא-מעודדת זו היוותה את הרקע לדרישה מהמדינה לתקצב ארגונים וולונטריים העוסקים בסיוע משפטי, שכן הם מסייעים למדינה (משרד המשפטים) בביצוע מלאכתה שלה<sup>139</sup>. הטענה היא שהמדינה יכולה לכבד את הזכות של הפרט לייצוג ולסיוע משפטי באופן ישיר (תקצוב מכוח חוק הסניגוריה הציבורית וחוק הסיוע המשפטי), או באופן עקיף על-ידי תמיכה בארגונים וולונטריים העוסקים בסיוע משפטי.

#### ד. סיכום: זכויות חברתיות והעמקת הנגישות של חסרי אמצעים לשירותים משפטיים

ברשימה זו עמדתי על פיתוחן של זכויות חברתיות מהספרה הדיונית במשפט הישראלי, ובמיוחד עסקתי בשתי הזכויות הדיוניות העיקריות בהקשר זה: זכות הגישה לערכאות והזכות לייצוג וסיוע משפטי. בשתי הזכויות הללו קיימים שני מאפיינים בולטים המשייכים אותן, מעבר להיותן זכויות אזרחיות רגילות, גם למשפחת הזכויות החברתיות: הראשון, הן באות להגן על קבוצות חלשות ובמיוחד על חסרי אמצעים; השני, במקרים רבים, כאשר הן נוגעות בהגנה על חסרי אמצעים, הן מטילות "חובות עשה" כלכליות על המדינה. אין ספק שבעוד שנים מספר תכלול רשימת הזכויות החברתיות זכויות דיוניות לצד הזכויות המהותיות. בינתיים, כידוע, בית-המשפט העליון מסרב להכיר בזכויות חברתיות ברמה החוקתית בדרך

138 אילוץ זה נובע מהדרישה החוקית הקבועה בחוק לשכת עורכי-הדין שפעולות של ייצוג לפני בתי-משפט (או כל גוף אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין-שיפוטית) ייעשו על-ידי עורך-דין בלבד.

139 ראו דבריו של יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום-עיון בנושא שוויון לנגישות לשירותים משפטיים, שנערך במסגרת דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת, ביום 15 בינואר 2002 - פרוטוקול מס' 421. מופיע באתר הכנסת: [URL:http://www.keneset.gov (last visited on 2/12/02)]

של פרשנות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>140</sup>. רוב שופטי בית־המשפט העליון סבורים (חרף הגישה האוהדת לקבוצת זכויות זו) כי הכרה בזכויות חברתיות ברמה החוקתית בדרך של פרשנות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה ראויה, וכי יש להשאיר תפקיד זה למחוקק. השאלה העולה ומזדקרת בהקשר זה נוגעת בהכרה בזכויות חברתיות ברמה החוקתית: כיצד ניתן להסביר את סירובם של בתי־המשפט להכיר (ברמה החוקתית) בזכויות חברתיות מהותיות (כגון הזכות לחינוך או הזכות לבריאות) למול הדיון החוקתי הער (אם כי הראשוני עדיין) בזכויות חברתיות דיוניות (כגון זכות הגישה לערכאות או הזכות לייצוג ולסיוע משפטי)? נראה כי יש לכך ארבעה הסברים אפשריים שונים. הראשון: ייתכן שהעובדה שזכויות חברתיות מהספרה הדיונית לא קוטלגו כזכויות חברתיות דווקא סייעה להתפתחותן. הזכויות הדיוניות נחשבו בדרך־כלל לזכויות אזרחיות רגילות, וההכרה בהן היתה על תקן של זכויות אזרחיות. דוגמה טובה לכך יכול לשמש פסק־הדין בעניין ארפל אלומיניום, שם הוכרה זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית תוך שימת דגש על אופייה האזרחי־הפוליטי של הזכות, ולא על מרכיביה החברתיים<sup>141</sup>. לאחר הכרה חוקתית בזכויות אלה כזכויות אזרחיות נפרצה הדרך להכרה גם בממדים חברתיים של זכויות אלה. השני: הזכויות החברתיות מהספרה הדיונית מטילות אומנם "חובות עשה" על המדינה וניתנות לסיווג כזכויות חברתיות, אך הן זולות יחסית ועלותן פחותה בהרבה מזכויות חברתיות מהותיות. כך, למשל, ההוצאה על סיוע משפטי (הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי), מכובדת ככל שתהיה, אינה מתקרבת אפילו להוצאה העצומה של מדינה כישראל על שירותי החינוך או שירותי הבריאות, כל אחד בנפרד. השלישי: שלא כמו הזכויות החברתיות המהותיות, הזכויות

140 חוץ מהחריג הידוע של הזכות לתנאי קיום נאותים, ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360.

141 לדוגמה נוספת לדיון בפן האזרחי־הפוליטי של זכויות, להבדיל מהפן החברתי, ראו בג"צ 4330/93 גאנם נ' ועד מחוז תל־אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221. במקרה זה נידונה חוקיותו של כלל 27 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986. כלל זה קבע כי עורך־דין לא יקבל לטיפולו עניין שהיה בטיפולו של עורך־דין אחר אלא אם כן אותו עורך־דין הסכים לכך. בפוסלו את כלל 27, קובע הנשיא ברק כי הערך המרכזי בו פוגע כלל 27 האמור הוא חופש העיסוק של עורך־הדין שאת שירותו הלקוח מבקש (שם, בע' 232, סעיף ז לפסק־הדין). השיח בפסק־דין מתאפיין ברטוריקה ליברטיאנית. גם כאשר הנשיא ברק עוסק בפגיעה בלקוח על־ידי כלל 27, הוא מבטא את הפגיעה במונחים של חירות: החופש לבחור עורך־דין, ולא הזכות להיות מיוצג (שם, בע' 233, סעיפים ה-ו לפסק־הדין).

החברתיות מהספֵּרה הדיונית אינן מטרה כשלעצמן, אלא אמצעי להגנת יתר הזכויות בשיטת המשפט. למעשה, זכות הגישה לערכאות והזכות לייצוג ולסיוע משפטי מהוות תנאי להגנה באמצעות מערכת המשפט על יתר הזכויות, הן זכויות חברתיות והן זכויות מהותיות אזרחיות-פוליטיות, כאשר החוקתיות של האחרונות אינה שנויה במחלוקת. מכאן נובעת חשיבותן הרבה והצורך לפתחן כזכויות-אדם חברתיות ברמה החוקתית, כדי להגן על הנגישות של חסרי אמצעים וקבוצות חלשות באוכלוסייה למערכת המשפט, שבה טמון המפתח להגנה המשפטית על מכלול זכויות-היסוד של האדם באשר הוא. ואחרון: ייתכן שיש מקום להסבר מתוך גישה ביקורתית-ריאליסטית. בית-המשפט נוטה להכיר בזכויות כבעלות מעמד חוקתי כאשר מדובר בזכויות פרט - כגון זכות הגישה לערכאות או הזכות לייצוג - שמתייחסות בעקיפין אל בית-המשפט, למעמדו, להיקף יכולתו לבצע את תפקידו ולבור מעמד ועוצמה. החלשת הנגישות לערכאות - ולו באופן עקרוני - משמעה פחות היוקת למערכת המשפטית, דבר שבית-המשפט לא יהיה מעוניין, מן הסתם, לעודד<sup>142</sup>.

---

142 יש להבין את הנימוק האחרון הנ"ל באופן "רך". כוונתנו היא שבית-המשפט העליון, כמו כל גוף "קרוב אצל עצמו". אין אנו מכוונים בהקשר זה לטענה בעלת האופי הרדיקלי, מעוררת הספקות, שבית-המשפט העליון בישראל שואף ופועל להרחבת כוחו וסמכויותו מטעמים אידיאולוגיים, עד כדי ביצוע "הפיכה שלטונית בישראל". לחיבור התומך בגרסה הרדיקלית ראו י' כהן מי מפחד ממדינה יהודית? - היבט חוקתי ואידיאולוגי (תשס"א). לתמצית הדברים ראו שם, בע' 24-34.