

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7721/96

בפני: כבוד הנשיא א' ברק

כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרים: 1. איגוד שמאי ביטוח בישראל
2. המועצה הישראלית לצרכנות

נגד

המשיבים: 1. המפקח על הביטוח
2. איגוד חברות הביטוח בישראל
3. הפניקס הישראלי - חברה לביטוח בע"מ
4. כלל - חברה לביטוח בע"מ
5. מגדל - חברה לביטוח בע"מ
6. סהר - חברה ישראלית לביטוח בע"מ
7. הכשרת היישוב - חברה לביטוח בע"מ
8. לשכת סוכני ביטוח בישראל

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: ז' באלול התש"ס (7.9.00)

בשם העותרים: עו"ד אמנון יצחקניא, עו"ד אילן אמיר-אנצויג

בשם המשיב 1: עו"ד מייק בלס

בשם המשיב 2: עו"ד יוסף הלוי

בשם המשיב 3: עו"ד פנחס רובין

בשם המשיב 4: עו"ד שמואל אהרונוסון

בשם המשיב 5: עו"ד מיכל שקד

בשם המשיב 6: עו"ד גלית פליישר

בשם המשיב 7: עו"ד עופר בן חיים

בשם המשיב 8: עו"ד ג'ון גבע

פסק-דין**השופט י' זמיר:****הבעיה**

1. איגוד שמאי ביטוח בישראל והמועצה הישראלית לצרכנות (העותרים) מבקשים לשנות הסדר שהונהג על ידי חברות ביטוח, לפני עשר שנים לערך, בתחום השמאות של רכב שניזוק בתאונה. לפי ההסדר, שמאות כזאת, שהיא תנאי מוקדם לתשלום תגמול למבוטח על ידי חברת הביטוח, נעשית במקרים רבים על ידי שמאי בית, כלומר, שמאים שהינם עובדים של חברת הביטוח.

העותרים טוענים כי הסדר זה פסול. ההסדר, לטענתם, מוביל לתוצאות שליליות. ראשית, הוא פוגע בשמאי חוץ, כלומר, שמאים המנהלים עסק עצמאי. שנית, ובעיקר, הוא פוגע במבוטחים, שכן שמאי בית, בהיותם עובדים של חברת הביטוח, עלולים להטות את השומה כלפי מטה, לטובתה של חברת הביטוח. נוסף לכך, לטענתם, ההסדר גם לוקה בפגמים משפטיים. לפיכך הם מבקשים שבית המשפט יצווה על המפקחת על הביטוח (המשיבה 1) לפעול לשינוי ההסדר. כיצד? הם מבקשים שהמפקחת תאסור על חברות הביטוח (המשיבות 3 עד 7) להסתייע בשמאי בית לצורך שומת נזק שנגרם לרכב או להתערב בבחירת השמאי על ידי המבוטח או סוכן הביטוח שלו.

2. העתירה מעוררת בעיה מורכבת מבחינה משפטית. היא כורכת סמכויות (של המפקחת על הביטוח) מתחום המשפט הציבורי וזכויות (של חברות ביטוח, מבוטחים ושמאי ביטוח) מתחום המשפט הפרטי. פתרון הבעיה מחייב איזון בין ערכים ואינטרסים, ציבוריים ופרטיים, המתנגשים זה בזה. הבעיה גם חשובה מבחינה מעשית. היא נוגעת למספר ניכר של שמאי ביטוח, הן שמאי בית שעבודתם מאויימת והן שמאי חוץ שפרנסתם בסכנה, למספר גדול של מבוטחים הנזקקים לעתים קרובות לשירותי שמאות, ולסכום עצום של כסף המשתלם על-ידי חברות הביטוח כתגמולים בגין נזקי רכב. ענף ביטוח רכב (רכוש) הוא ענף הביטוח הגדול ביותר בישראל. ראו דו"ח שנתי של מבקר המדינה, מספר 40 לשנת 1990, עמ' 33. לפי הערכת העותרים, מדי שנה מתבצעות למעלה מרבע מליון שומות. איגוד חברות הביטוח מעריך כי סכום הפיצויים שחברות הביטוח משלמות בגין נזק לרכב מגיע לשלושה מיליארד ש"ח בשנה.

הבעיה מורכבת וחשובה גם אם היא מוגבלת לתחום של ביטוח רכב. אולם, בפועל, הבעיה חורגת מתחום זה. היא מעוררת את הבעיה הכללית של פיקוח מטעם המדינה על חברות עסקיות, בעיקר חברות גדולות שיש להן עוצמה כלכלית וחברתית רבה, המספקות לציבור שירותים ומצרכים, לא פעם שירותים ומצרכים חיוניים, כמו ביטוח, בנקאות, חשמל, דלק, תחבורה ותקשורת. בעיית הפיקוח על חברות כאלה טרם נדונה באופן ישיר ומקיף על ידי בית

משפט זה. הבעיה, שהיא חלק מבעיית הצרכנות, חשובה מאוד מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית. היא קיבלה מימד מיוחד במדינה המודרנית, ובכלל זה מדינת ישראל. במדינה המודרנית, ואולי נכון יותר לומר בעולם המודרני, שוררים תנאים נוחים להתפתחותן של חברות גדולות המספקות שירותים ומצרכים חיוניים. החברות רוצות רווחיות, והרווחיות נובעת מן הצרכן. האינטרס של החברה והאינטרס של הצרכן מתמודדים זה כנגד זה. בהתמודדות זו קיים פער כוחות בין החברה לבין הצרכן. אם ההתמודדות נערכת בזירה של חופש החוזים, ורק החברה והצרכן נמצאים בזירה, אין לצרכן סיכוי סביר בהתמודדות. חופש החוזים, במצב כזה, הוא לעתים קרובות חופש של החברה להכתיב תנאים לצרכן. התוצאה הצפויה היא, לא רק פגיעה בצרכן כפרט, אלא בסופו של חשבון גם פגיעה בציבור כולו: הציבור נאלץ לצרוך שירותים ומצרכים ברמה נמוכה יותר ובמחירים גבוהים יותר מן הראוי והאפשרי.

זהו לקח שנלמד מן המדינה המתירנית (*laissez faire*) של המאה התשע-עשרה. המדינה המתירנית הותירה את הזירה הכלכלית להתמודדות בין הספק לבין הצרכן, וכן גם להתמודדות בין המעביד לבין העובד, על בסיס של חופש חוזים רחב מאד, כמעט ללא מעורבות של המדינה. התיאוריה היתה שכוחות השוק, ובעיקר כוחות של היצע וביקוש, יספיקו כדי להסדיר כראוי את היחס בין כלל הספקים לבין כלל הצרכנים, ללא צורך במעורבות של המדינה. אך התוצאה היתה ניצול, עוני ופיגור עמוק ורחב. המסקנה המעשית היתה, כי המדינה המתירנית, והעיקרון של חופש חוזים כמעט בלתי מוגבל, נכשלו. במקום המדינה המתירנית התפתחה, בעיקר באירופה, מדינת הרווחה (*welfare state*). מדינת הרווחה שמה לעצמה מטרה לקדם את הרווחה של כל האוכלוסייה, ובמיוחד לקדם את הרווחה של שכבות חלשות באוכלוסייה. מטרה זאת כללה אספקה של שירותים ומצרכים חיוניים בתנאים סבירים לכל האוכלוסייה. מכאן נבע הצורך בפיקוח מטעם המדינה על אספקת שירותים ומצרכים. לצורך זה נחלצה המדינה, במהלך המאה העשרים, לחוקק כללים ולהקים מוסדות לפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים לציבור.

3. מדינת ישראל נוסדה ופעלה כמדינת רווחה. היא חוקקה מערכת מפותחת של כללים והקימה מערכת מסועפת של מוסדות לפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים. כדי לתת תמונה כללית, בלי למצות, די לציין את חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, שהקים (בסעיף 19) את מוסד הממונה על הגנת הצרכן; חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996, שהקים (בסעיפים 2-5) מוסדות שונים לצורך פיקוח על המחירים; חוק החוזים האחידים התשמ"ג-1982, שנועד להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים של ספקים; חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, שמטרתו לפקח על הגבלים עסקיים באמצעות רשות שהוקמה (בסעיף 41א) לשם כך.

נוסף לכך הוקמו על ידי חוקים שונים מוסדות לפיקוח בענפים מיוחדים של המשק, בהם קיים צורך מיוחד בפיקוח ממלכתי. כאלה הם, לדוגמה, המפקח על הבנקים לפי סעיף 5 לפקודת הבנקאות, 1941, ולפי חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; מפקח עבודה ראשי לפי סעיף 2 לחוק ארגון הפיקוח על העבודה, התשי"ד-1954;

הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל, לפי סעיף 30 לחוק משק החשמל, התשנ"ז1996-. בדומה לכך הוקם גם המוסד של המפקח על הביטוח, תחילה בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשי"א1951-, ולאחר מכן בסעיף 2 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א1981- (להלן - חוק הפיקוח).

מוסדות פיקוח אלה ואחרים נועדו, על פי מהותם, להגביל את חופש החוזים. כידוע, חופש החוזים, כמו כל זכות, עשוי להתנגש בזכויות אחרות ובאינטרס הציבור. לכן ניתן וראוי להגביל אותו בדרך שתאזן כראוי בין הזכויות והאינטרסים המעורבים. איזון זה הוא תפקיד עיקרי, וגם בעיה עיקרית, של מוסדות הפיקוח למיניהם, ובכלל זה המפקח על הביטוח.

4. הבעיה בהקשר זה היא, עד כמה ניתן וראוי שהמפקח, יהיה זה המפקח על הביטוח או מפקח אחר, יתערב ביחסים החוזיים שבין הספק לבין הצרכן. הפתרון לבעיה אמור לבטא, בין היתר, את התפיסה המקובלת בחברה לגבי מידת המעורבות הראויה של המדינה, באמצעות מוסדות רשמיים, ביחסים שבין גופים ופרטים בחברה. תפיסה זאת עשויה להשתנות מעת לעת. לאחרונה, כך נראה, חל שינוי בתפיסה הרווחת בישראל ובמדינות נוספות, שבמשך שנים רבות נהגו כמדינת רווחה, המצדדת במעורבות נרחבת גם בתחום הכלכלי. כיום המדינה נוטה לצמצום המעורבות שלה, במגמה לעודד כלכלה חופשית, המתבססת על יזמות ותחרות. נטייה זאת באה לידי ביטוי, בין היתר, במדיניות ההפרטה, המכוונת להעברת מפעלים ושירותים מידי המדינה לידיים פרטיות. היא עשויה לבוא לידי ביטוי גם בהרפיית הפיקוח מצד המדינה על אספקת שירותים ומצרכים על ידי גופים פרטיים. הנה כך נאמר בשנתון הממשלה לשנים תשנ"ז-תשנ"ח, עמ' 139, על ענף ביטוח הרכב, במסגרת אגף שוק ההון, ביטוח וחסכון במשרד האוצר:

"[ענף ביטוח הרכב] נמצא במהלך בחינה של רמת התחרותיות בו לקביעת רמת הפיקוח המתאימה, כדי לאפשר פעילות בענף ביטוח זה - אגב צמצום מידת הפיקוח הישיר והסתמכות גוברת על בקרת השוק".

נטייה זאת מבקשת להתבסס, במישור המשפטי, גם על חוק-יסוד: חופש העיסוק משנת 1992. חוק-יסוד זה מעלה את חופש העיסוק, ובעקיפין גם את חופש החוזים בתחום העיסוק, לדרגה של זכות חוקתית. לפי סעיף 10 לחוק-היסוד, חובה היא לפרש גם חוקים קודמים ברוח ההוראות של חוק-יסוד זה. סעיף זה חל גם על חוק הפיקוח משנת 1981. חובה היא, אם כן, לפרש ברוח זאת את הסמכויות של המפקח על הביטוח. לפי פירוש כזה, פיקוח הדוק מצד המפקח עלול לפגוע בחופש העיסוק של חברות הביטוח. אפשר לראות בכך טעם לתבוע את הרפיית הפיקוח.

על רקע זה יש כיום משמעות מיוחדת לשאלה עד כמה ניתן וראוי שהמפקח על הביטוח יתערב ביחסים החוזיים שבין מבוטח לבין חברת הביטוח, לרבות בתחום של שמאות רכב שנגרם לו נזק בתאונה.

העובדות

5. ואלה, בקיצור, העובדות שהניעו את העותרים לבקש מן המפקח על הביטוח כי יתערב בהסדר שנקבע על ידי חברות הביטוח בתחום שמאות הרכב.

בעבר היה זה הסדר רגיל שמבוטח בוחר לעצמו, בדרך כלל באמצעות סוכן הביטוח שלו, שמאי כרצונו להערכת נזק שנגרם לרכבו, וחברות הביטוח נהגו לשלם את תגמולי הביטוח על פי הערכת השמאי שנבחר על-ידי המבוטח. אולם לאחר זמן הועלתה טענה נגד הסדר זה. לפי הטענה, כפי שהוצגה בפני בית המשפט, במקרים רבים חברו יחד אינטרסים של המבוטח, סוכן הביטוח, השמאי וגם בעל המוסך, כדי להציג בפני חברת הביטוח שומה מוגזמת של הנזק, ובדרך זאת להונות את חברת הביטוח. ההונאה, לפי הטענה, הגיעה בסך הכל לסכום גבוה מאד.

בשל טעם זה, או בשל טעם אחר, חברות הביטוח החלו, משנות התשעים הראשונות, להעסיק שמאי בית לצורך שומת הנזק שנגרם לרכב. שמאי בית הוא שמאי על פי הכשרתו, המועסק על ידי חברת הביטוח, או על ידי חברה-בת של חברת הביטוח, כעובד שכיר. הוא בודק מטעם חברת הביטוח את הנזק שנגרם לרכב וקובע את שומת הנזק. שומה זאת משמשת את חברת הביטוח לצורך תשלום התגמול על הנזק למבוטח.

כאשר ההסדר של העסקת שמאי בית על ידי חברות הביטוח החל להתפשט ולהתבסס, והחברות החלו לדרוש מסוכני הביטוח שיפנו אל שמאי בית ולא אל שמאי חוץ, נזעק איגוד שמאי הביטוח לפעול נגד הסדר זה. הוא פנה, בשנת 1993, אל המפקח על הביטוח וביקש ממנו שיפעל נגד העסקת שמאי בית, כדי למנוע פגיעה במבוטחים. משלא נענה, הגיש האיגוד עתירה לבית משפט זה נגד המפקח על הביטוח (בג"ץ 451/94). המפקח השיב לבית המשפט כי הוא מודע לבעיה שהועלתה בעתירה, וכי הוא פועל לפתור אותה "מתוך ראיית טובתו של המבוטח ומתוך ראיית עלות הביטוח ויעילותו". אי לכך, בהמלצת בית המשפט, חזר בו האיגוד מן העתירה, בהנחה שהמפקח ימצא פתרון ראוי לבעיה.

במאמר מוסגר אומר כי לאחר זמן פרש המפקח על הביטוח מתפקידו; במקומו נתמנתה מפקחת על הביטוח; והיא המשיכה לטפל בעניין נשוא העתירה מאותו יום ועד היום. לפיכך אדבר מכאן ולהבא על המפקחת על הביטוח, גם לגבי עמדות והחלטות של המפקח שקדם לה.

6. חודשים אחדים לאחר שהעתירה הקודמת נמחקה, שלחה המפקחת על הביטוח (ביום 11.9.94) אל חברות הביטוח מכתב שנועד לקדם את פתרון הבעיה. במכתב זה הציגה המפקחת שתי דרישות. דרישה ראשונה היתה, שחברת הביטוח תמסור לכל מבוטח, לפי בקשתו, את השומה שהוכנה על ידי שמאי הבית. הדרישה השנייה היתה, שחברת הביטוח תציין, בכל פוליסה של ביטוח רכב, את זכותו של המבוטח לקבל, על חשבוננו, שומה נגדית של שמאי חוץ, להציג אותה בפני חברת הביטוח, ולדרוש שמחלוקת בין השמאים תוכרע על ידי ועדת ערר במשרד התחבורה.

אך איגוד שמאי הביטוח סבר כי מכתב זה אינו פותר את הבעיה כלל ועיקר. להיפך, לדעת האיגוד הבעיה רק החמירה במשך הזמן. ראשית, המספר של שמאי הבית גדל מאד בזמן קצר. כבר בשנת 1996, טוען האיגוד, חברות הביטוח העסיקו כעובדים 126 שמאים מתוך 256 שמאי הרכב החברים באיגוד, ועוד שמאים שאינם חברים באיגוד. אם מספר השמאים ימשיך ויגדל בקצב זה, הוא טוען, השמאים העצמאיים ייעלמו כליל. במצב כזה לא תיוותר למבוטח ברירה אלא לסמוך לחלוטין על שמאי הבית של חברות הביטוח. שנית, חברות הביטוח החלו להשתמש בשיטות שונות, כל חברה ושיטתה, כדי לשכנע את המבוטחים להסכים, מראש או בדיעבד, לקביעת השומה על ידי שמאי הבית. כך, לדוגמה, חברת הביטוח מציעה למבוטח, לצורך זה, הנחה בפרמיה שהוא משלם עבור הפוליסה, או הפחתה משמעותית בדמי ההשתתפות העצמית במקרה של נזק לרכב, או תשלום עבור גרירת הרכב שנפגע לבדיקה על ידי שמאי הבית, או תיקון מהיר של הרכב שניזוק, וטובות הנאה אחרות. כתוצאה, העסקת שמאי בית, במקום שמאים עצמאיים, מתרחבת והולכת.

כיוון שהמפקחת על הביטוח לא נענתה לפניות נוספות של איגוד שמאי הביטוח, ולא הציעה פתרון שיניח את דעת האיגוד, שב האיגוד והגיש לבית המשפט עתירה זאת.

עתירה זאת דומה, בעיקרי הדברים, לעתירה הקודמת שהאיגוד הגיש כשנתיים וחצי קודם לכן. בעתירה מבקש האיגוד שבית המשפט יצווה כי המפקחת על הביטוח תאסור על חברות הביטוח להעסיק שמאי בית ולהתערב בבחירת השמאי על ידי המבוטח.

7. לאחר שנה לערך ביקשה המועצה הישראלית לצרכנות להצטרף כעותרת נוספת בעתירה זאת. בית המשפט נענה לבקשה.

הטענות

8. העניין הישיר של איגוד שמאי הביטוח בעתירה זאת ברור מאליו: העסקת שמאי בית על ידי חברות הביטוח פוגעת בהכנסה, ואף מסכנת את עצם העיסוק של השמאים העצמאיים. העניין הישיר של המועצה הישראלית לצרכנות אף הוא ברור: המועצה חוששת כי שומות שיערכו על ידי שמאי בית יהיו מוטות כלפי מטה לרעת המבוטחים. לכן האיגוד והמועצה הגישו עתירה זאת. אך מה העילה המשפטית לעתירה? העותרים מעלים טענות משפטיות אחדות נגד ההסדר הקיים בתחום שמאות הרכב. ואלה הטענות העיקריות בתמצית:

(א) תכלית החוק. ההסדר הקיים בתחום שמאות הרכב נוגד, לדעת העותרים, את התכלית של חוק הפיקוח. חוק זה נועד, בראש ובראשונה, להגן על המבוטחים. אך ההסדר הקיים, המאלץ את המבוטחים לסמוך על שמאי הבית, משרת את חברת הביטוח ולא את המבוטח, בניגוד לתכלית החוק. לכן יש לפעול כדי לשנות את ההסדר הקיים.

(ב) חובת המפקחת על הביטוח. תפקידה של המפקחת על הביטוח על פי חוק הפיקוח מטיל עליה חובה לפקח על חברת הביטוח כדי למנוע פגיעה במבוטחים בניגוד לתכלית החוק. במקרה הנדון המפקחת על הביטוח נמנעת מלקיים את חובתה כנדרש. זהו מחדל שלא כדין.

(ג) הסדר כובל. העותרים מעלים חשש כי בתחום שמאות הרכב קיים בין חברות הביטוח הסדר כובל בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988. הם מבססים את החשש על הטענה שההסדר בתחום זה הונהג על ידי חברות ביטוח שונות באופן דומה ובסמיכות זמנים "קרובה עד להפתיע".

(ד) ניגוד עניינים. על שמאי ביטוח מוטלת חובה על פי דין לנהוג בנאמנות וביושר הן כלפי חברת הביטוח והן כלפי המבוטח. לצורך זה, טוענים העותרים, השמאי צריך להיות עצמאי כלפי שני הצדדים: המבוטח מצד אחד וחברת הביטוח מצד שני. אולם, אם השמאי מועסק כעובד של חברת הביטוח, הוא נעשה תלוי באופן אישי באחד הצדדים. זהו מצב של ניגוד עניינים: ניגוד בין המעמד של השמאי כעובד של חברת הביטוח, ובכלל זה חובת הנאמנות שלו כלפי מעבידו, לבין חובת הנאמנות של השמאי כלפי המבוטח. מצב זה מחייב למנוע העסקת שמאי כעובד של חברת הביטוח.

9. לשכת סוכני הביטוח בישראל, אף שהיא נמנית (כמשיבה 8) עם המשיבים, לגוף העניין היא תומכת בעותרים. כדבריה, "סוכני הביטוח לא היו שותפים לקביעת מדיניות שמאי הבית. מדיניות זו הוכתבה להם על ידי חברות הביטוח, אשר לא נועצו בסוכני הביטוח טרם גובשה עמדתן בעניינים נשוא עתירה זו. הסוכן מוצא עצמו

בסיטואציה שבין הפטיש לסדן, כאשר הוא חותר להעניק למבוטח את השירות הטוב ביותר במסגרת המדיניות המגבילה שנכפתה על ידי חברות הביטוח. מבחינה זו, הסוכן, כלקוח, הוא קורבן המדיניות". לגוף ההסדר הקיים, הלשכה מציינת את התנגדותה "לכל מסגרת השוללת מן המבוטח את זכות הבחירה החופשית והרצונית שלו, ובכלל זה גם החובה המוטלת עליו להידרש לשירותיהם של שמאי בית בלבד".

10. חברות הביטוח (המשיבות 3 עד 7) מיוצגות בעתירה זאת כל אחת על ידי עורך-דין משלה, ואף שכולן מתנגדות לעתירה, כל אחת מעלה את טענותיה בנפרד. אך, בעיקרי הדברים, הטענות דומות. איגוד חברות הביטוח בישראל (המשיב 2) מעלה אף הוא טענות דומות נגד העתירה. לפיכך אפשר לכלול את הטענות של כל חברות הביטוח ושל איגוד חברות הביטוח (להלן - חברות הביטוח) בחבילה אחת. הטענות העיקריות הן אלה:

(א) תכלית החוק. אם חברת הביטוח תחוייב לממן בכל מקרה גם את העלות של שמאי חוץ, התוצאה תהיה שבמקרים רבים תקויים שמאות כפולה, ההוצאות יגדלו, ובסופו של חשבון ציבור המבוטחים יחוייב לשלם יותר עבור פרמיית הביטוח. אין בכך צורך, שהרי בדרך כלל ניתן לסמוך על שמאי הבית, ולא רק בשל המחוייבות המקצועית שלו, אלא גם משום ששומה נמוכה מדי לא תתקבל על ידי המוסך המתקן את הרכב. גם אין לכך הצדקה, שהרי באותם מקרים בהם המבוטח אינו נוטה לקבל את חוות הדעת של שמאי הבית, הוא רשאי, גם במצב הקיים, להציג נגדה חוות דעת של שמאי חוץ, שתוכן מטעמו ועל חשבונו של המבוטח, ובמקרה של מחלוקת בין השמאים, להביא את המחלוקת להכרעה על ידי ועדת ערר שהתמנתה על ידי משרד התחבורה לפי צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שמאי רכב), התש"ם 1980-. לפיכך המצב הקיים אינו נוגד את התכלית של חוק הפיקוח. להיפך, הוא גורם להתייעלות וחסכון, ובכך הוא משרת, לא רק את חברת הביטוח, אלא גם את המבוטח.

(ב) סמכות המפקחת על הביטוח. חוק הפיקוח אמנם מקנה למפקחת סמכות לתת הוראה לחברת ביטוח לתקן ליקוי שנתגלה בעקבות תלונה, אך הוא אינו מקנה למפקחת סמכות לשנות הסדר כללי שנקבע על ידי חברות הביטוח בתחום שמאות הרכב.

(ג) חופש החוזים. לחברת הביטוח נתונה זכות לברר את חבותה כלפי מבוטח, ואין יסוד למנוע בעדה להסתייע, לצורך זה, בשמאי לפי בחירתה. זכות זאת מעוגנת גם בסעיף 23 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א 1981-, גם בחוק-יסוד: חופש העיסוק וגם בעיקרון הכללי של חופש החוזים. היענות לעתירה, לא זו בלבד שתמנע בעד חברת הביטוח להתקשר בחוזה עם שמאי בית, אלא בפועל גם תחייב את החברה לפטר את שמאי הבית המועסקים על ידה.

(ד) ניגוד עניינים. אין יסוד לטענה כי שמאי בית נתון במצב של ניגוד עניינים, שכן אין לו תפקיד "סטטוטורי", אלא הוא מומחה הנותן לחברת הביטוח חוות דעת מקצועית תמורת תשלום, בדומה למומחה רפואי או אחר, ולכן לא מתעוררת כלל שאלה של ניגוד עניינים.

11. המפקחת על הביטוח, מקדימה הערות אחדות בנוגע למצב העובדתי בתחום שמאות הרכב. ראשית, לפי דיווחים של חברות הביטוח (לפני יותר משלוש שנים) יש חברות ביטוח בהן כל השומות או כמעט כל השומות נעשות על ידי שמאי חוץ, יש חברות בהן כמחצית השומות נעשות על ידי שמאי חוץ, וכל החברות מעסיקות גם שמאי חוץ. שנית, מוסיפה המפקחת ואומרת, אין בנמצא נתונים המלמדים כי השומות של שמאי בית נמוכות יותר מן השומות של שמאי חוץ.

במאמר מוסגר יש לומר כי הערות אלה, אף שהן מבהירות את המצב העובדתי, אין בהן כדי לקדם את פתרון הבעיה המשפטית. זאת ועוד. מבחינת המצב העובדתי אפשר אכן לשער, על יסוד הערות אלה ועל יסוד המספר של שמאי בית ביחס למספר של שמאי חוץ, כי בערך מחצית משומות הרכב נעשות על ידי שמאי בית וכי בדרך כלל השומות של שמאי הבית עומדות במבחן מקצועי. אך, בין כך ובין אחרת, השאלה הקובעת היא, גם מבחינת המצב העובדתי, מה כיוון ההתפתחות ומה עשוי להיות המצב בעתיד, לאחר שעתיירה זאת תרד מסדר היום.

המפקחת סבורה, כפי שנאמר בהודעה שהוגשה לבית המשפט ביום 25.12.97, שלכאורה קיים חשש שהעסקת שמאי בית תוסיף ותפחית את המספר של שמאי חוץ, ואם כך יקרה, עלול הדבר לפגוע באינטרס של המבוטחים, שבעתיד אולי לא יהיה בידם להסתמך על שומה נגדית לשומה של שמאי בית. כמו כן, המפקחת מסכימה "שקיים חשש, לפחות למראית עין, ששמאי בית ייתן חוות דעת מוטות לטובת המבטח, שהינו מעבידו". עם זאת, מבחינת המבוטחים יש שתי פנים למצב הקיים. כנגד החשש שחוות דעת של שמאי בית תהיינה נוטות לטובת חברות הביטוח, עומד השיקול שהוזלת השירות, כתוצאה מהעסקת שמאי בית, פועלת לטובת המבוטחים.

לדעת המפקחת יש מקום לאזן בין האינטרסים המעורבים בבעיה זאת. לכן החליטה המפקחת, כדבריה, "לנקוט בצעדים להגבלת היזקקותן של חברות הביטוח לשומות של שמאי בית בלבד". לצורך זה התכוונה המפקחת להוציא "בתקופה הקרובה" חוזר לחברות הביטוח. בין היתר, היא שקלה, במסגרת חוזר זה, להגדיר כשמאי בית, לא רק שמאי שהוא עובד של חברת הביטוח, אלא גם שמאי שלמעלה מ-15% מכלל עסקיו מתנהלים עם חברת הביטוח; לחייב את חברת הביטוח להכין רשימה שתכיל מספר סביר של שמאי חוץ, ממנה יוכל המבוטח לבחור שמאי בעת הצורך, על חשבון חברת הביטוח; למנוע מתן הנחות למבוטח עקב בחירה בשמאי מסויים; ועוד. עם זאת, הוסיפה

המפקחת ואמרה, לפני שתחליט בדבר פרטי החוזר, היא מבקשת לשמוע את ההתייחסות של חברות הביטוח לפרטים אלה.

הדין

12. ההתדיינות בעתירה זאת נמשכת כבר שנים אחדות. בית המשפט היה סבור מלכתחילה כי עדיף שהבעיה המתעוררת בעתירה תיפתר, לא על ידי פסק דין שיקבע הסדר חדש, אלא על ידי המפקחת על הביטוח שתקבע הסדר תוך הידברות, ובסופו של דבר בהסכמה של הצדדים המעורבים בבעיה. לכן בית המשפט המריץ את הצדדים לפעול במשותף לגיבוש הסדר מוסכם. כאמור, המפקחת על הביטוח הציעה, ביוזמתה, הסדר מסויים. ראו לעיל פסקה 11. אך לכל הצדדים היו הסתייגויות מפרטים שונים בהסדר. המפקחת ביררה את הסתייגויות הצדדים, ולאחר מכן הציעה הסדר מתוקן, שונה בפרטים מהותיים מן ההסדר שהציעה תחילה. ביום 1.6.98 הציגה המפקחת בפני בית המשפט טיוטת חוזר שהיה אמור להישלח אל חברות הביטוח. בטיטה זאת נאמר, בין היתר, כי חברת ביטוח תחוייב להכין ולהציג בפני המבוטח רשימת שמאים, שלפחות מחציתם יהיו שמאי חוץ; המבוטח יוכל לבחור כל שמאי מרשימה זאת; וחברת הביטוח תישא במלוא עלות השומה של כל שמאי שהמבוטח יבחר מן הרשימה. אולם, גם הפעם, הצעת המפקחת לא היתה מקובלת על הצדדים.

בית המשפט קיים דיון נוסף והחליט כי המפקחת תבחן את תגובת העותרים ותמשיך לקיים מגעים עם הצדדים. המפקחת קיימה מגעים וביורורים כפי שנתבקשה, ובעקבות הביורורים הגישה לבית המשפט, ביום 31.12.98, הודעה נוספת שהציגה הצעה מתוקנת להסדר. בהודעה נאמר כי ההצעה גובשה על ידי המפקחת בחוזר שמטרתו "להגן על אינטרס המבוטחים ולהבטיח כי סילוק התביעות על-ידי המבוטח יעשה בצורה הוגנת וגלויה". לדבריה, נראה כי המנגנון הקיים כיום בצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שמאי ביטוח), התש"ם1980-, כשהוא לעצמו, אינו מספיק. לכן היתה המפקחת סבורה "שיש לשכלל את כללי הגילוי הנאות בנושא שמאות הרכב ואת מנגנוני הביקורת והערעור על השומות שנערכות לצורך בירור התביעה". היא הצביעה על הסדרים הקיימים לצורך זה במדינות אחרות, והציעה לאמצם "תוך הרחבתם והתאמתם לענף ביטוחי הרכב בארץ". ביתר פירוט, היא הציעה, תוך קבלת חלק מהערות העותרים, להרחיב את ההגדרה של שמאי בית; לשפר את ההסדר בדבר מסירת מידע למבוטח בנוגע לדרכי השומה הפתוחות בפניו; לקבוע רשימה של שמאי חוץ, במספר סביר, לצורך ערעור על השומה של חברת הביטוח, ולוח זמנים מחייב לעריכת השומה; ועוד. באופן כללי, המפקחת ביקשה לקבוע שכל מבוטח יוכל לבחור באחד משני מסלולים לשומת הרכב. במסלול הראשון, המבוטח יוכל לבחור, לצורך ערעור על השומה של חברת הביטוח, שמאי חוץ מתוך רשימה שתוכן על ידי חברת הביטוח; עלות השומה תתחלק בשווה בין חברת הביטוח לבין המבוטח; השומה של שמאי החוץ, שייבחר על-ידי המבוטח, תחייב את שני הצדדים. במסלול השני,

המבוטח יהיה רשאי לבחור לעצמו כל שמאי שירצה, מחוץ לרשימה של חברת הביטוח, בתנאי שישלם את מלוא עלות השומה; אם שומה זאת לא תהיה מקובלת על חברת הביטוח, יוכל המבוטח להפנות את המחלוקת להכרעה על-ידי ועדת הערר במשרד התחבורה; אם ועדה זאת תחליט לקבל את השומה של השמאי שנבחר על-ידי המבוטח, חברת הביטוח תחזיר למבוטח את מלוא עלות השומה. הסדר זה, לדעת המפקחת, יפתור את הבעיה כראוי.

אך גם הסדר זה לא היה מקובל על הצדדים. העותרים הביעו בפני בית המשפט את אכזבתם מכך שהמפקחת חזרה בה מן ההסדר שהציעה קודם לכן, ובמיוחד על כך שהיא חזרה בה מן ההצעה שהמבוטח יוכל לבחור מלכתחילה בשמאי חוץ על חשבון חברת הביטוח, והציעה הסדר שונה לגמרי.

אך בית המשפט לא אמר נואש. לבקשת בית המשפט קיימה המפקחת מגעים נוספים עם הצדדים, לאור הערות שבית המשפט השמיע במהלך הדיון, ואף ערכה בירור נוסף לגבי המצב במדינות אחרות, וביום 4.6.00 הגישה לבית המשפט הודעה משלימה. בהודעה זאת דוחה המפקחת הצעות מסויימות שהועלו בפניה על ידי הצדדים משום שיש בהן, לדעתה, פגיעה בחופש העיסוק באופן המחייב חקיקה ראשית. לפיכך היא חוזרת ומציעה לקבוע הסדר מפורט, תחילה בחוזר לחברות הביטוח, ולאחר מכן, אם יידרש, גם בתקנות. היא מציגה את ההסדר המוצע כלשונו וככתבו. הסדר זה חוזר, בשינויים קלים, על ההסדר שהמפקחת הציעה קודם לכן.

בדיון שנערך בבית המשפט, ביום 7.9.00, נתברר כי עדיין הצדדים חלוקים ביניהם. אמנם רוב חברות הביטוח הודיעו שהן מוכנות להשלים עם עיקרי ההסדר שהמפקחת הציעה לאחרונה, אך היו להן הסתייגויות מפרטים שונים בהסדר זה. ואילו העותרים הודיעו כי הם מוכנים לוותר על מקצת הטענות והבקשות שהעלו קודם לכן ולהשלים, על דרך הפשרה, עם ההסדר שהמפקחת הציעה תחילה. ראו לעיל פסקה 11. לפי הסדר זה חברת הביטוח לא תתערב בבחירת השמאי על ידי המבוטח, אף לא בדרך של טובות הנאה למבוטח, ואם המבוטח יבחר שמאי חוץ, חברת הביטוח תשלם את מלוא העלות של שמאי זה.

כיוון שהמחלוקת בין הצדדים נותרה בעינה, נותר גם המצב כפי שהיה, ללא הסדר מקיף מטעם המפקחת. וכך, לאחר התדיינות ממושכת, חוזרת הבעיה אל שולחנו של בית המשפט.

המפתח לפתרון הבעיה נעוץ בסמכות של המפקחת על הביטוח. אם אין לה סמכות להתערב בהסדר הקיים בתחום שמאות הרכב, כפי שנטען נגדה, די בכך כדי לחרוץ את גורל העתירה. האמנם אין לה סמכות כזאת?

13. חוק הפיקוח מקנה למפקחת סמכויות רחבות בסעיפים אחדים. האם סעיפים אלה מקנים למפקחת גם סמכות להתערב ביחסים החוזיים שבין חברת ביטוח לבין מבוטח, בכלל זה בתחום השמאות של רכב שנגרם לו נזק בתאונה, וכן גם סמכות להסדיר יחסים אלה באופן כללי?

העותרים משיבים בחיוב. הם מצביעים על סעיפים אחדים בחוק הפיקוח. חוק זה אוסר על כל אדם לעסוק בביטוח, אלא אם יש בידו רשיון מאת המפקחת, ובהתאם לתנאי הרשיון. לפי סעיף 17 לחוק, המפקחת חייבת להביא בחשבון, שעה שהיא דנה בבקשה לקבלת רשיון, שיקולים מסויימים ובהם גם "טעמים שבטובת הציבור". היא רשאית, לפי סעיף 18, לקבוע ברשיון תנאים והגבלות, ולשנות אותם, כשהיא מתחשבת, בין היתר, בטעמים אלה. היא אף רשאית, לפי סעיף 22, לבטל רשיון, בין היתר, כאשר "טעמים שבטובת ציבור המבוטחים מצדיקים ביטולו של הרשיון".

חברות הביטוח טוענות מנגד כי סעיפים אלה אינם מקנים למפקחת סמכות לקבוע, כבקשת העותרים, הסדר כללי שיחייב את חברות הביטוח כלפי המבוטחים בתחום שמאות הרכב.

אין צורך להכריע במחלוקת זאת שבין העותרים לבין חברות הביטוח, שכן התשובה לשאלה, אם המפקחת מוסמכת לקבוע הסדר כללי בתחום היחסים שבין חברות הביטוח לבין המבוטחים, נעוצה בסעיפים אחרים של החוק, הלא הם סעיפים 60 עד 62.

14. סעיף 60(א) לחוק הפיקוח קובע לאמור:

"המפקח יברר תלונות הציבור שראה בהן ממש בדבר פעולה של מבטח או של סוכן ביטוח בענייני ביטוח".

סעיף 61 קובע את דרכי הברור של תלונה שהוגשה למפקחת, וסעיף 62 קובע את תוצאות הברור. וכך

קובע סעיף 62(א):

"מצא המפקח שהתלונה היתה מוצדקת, יודיע על כך למתלונן ולמי שהתלונה עליו; המפקח רשאי לפרש בתשובתו את תמצית ממצאיו ורשאי הוא להורות למי שהתלונה עליו לתקן ליקוי שהעלה הברור, בין למקרה שעליו התלונה ובין בדרך כלל, בדרך ובמועד שהורה".

חברות הביטוח מבקשות לתת לסעיפים אלה פירוש צר. הן טוענות כי סעיפים אלה מקנים למפקחת סמכות לברר תלונה "מסויימת" ולהורות על תיקון ליקוי שנתגלה בעקבות התלונה, אך אינם מקנים לה סמכות "להנהיג נורמות משפטיות חדשות ביחסים שבין מבטח לבין מבטוח". לשון אחרת, לטענתן סמכות המפקחת לפי סעיפים אלה מוגבלת למקרה מסויים, נשוא התלונה, ולא מעבר לכך.

15. פירוש צר כזה אינו מתיישב עם לשון החוק ואף לא עם תכלית החוק. לא זו בלבד שהלשון של סעיף 60(א) אינה מגבילה את המפקחת לבירור התלונה אך ורק במסגרת המקרה המסויים, נשוא התלונה, אלא שסעיף 62 אף קובע במפורש כי המפקחת רשאית להורות על תיקון הליקוי שנתגלה "בין למקרה שעליו התלונה ובין בדרך כלל".

זאת ועוד. הלשון של סעיף 60(א) אף אינה מגבילה את המפקחת לבירור תלונה שהוגשה על ידי מבטוח, להבדיל מאדם או גוף אחר. שהרי הסעיף מסמיך את המפקחת לברר "תלונות הציבור". מכאן שהמפקחת מוסמכת לברר גם תלונה שהוגשה על ידי ארגון בשם הציבור, אם הציבור כולו ואם חלק מן הציבור. במקרה הנדון, אם כן, די בתלונה שהוגשה למפקחת על ידי העותרת כדי להקנות למפקחת סמכות לברר את התלונה.

במאמר מוסגר אוסיף שאם המפקחת רשאית להורות על תיקון ליקוי בעקבות תלונה, ההגיון מחייב לומר כי היא רשאית להורות על תיקון ליקוי גם ביוזמתה, כאשר הליקוי נתגלה לה בדרך אחרת. זוהי, כך נראה, סמכות משתמעת או סמכות נלווית של המפקחת. השוו בג"ץ 3008/92 הולצמן נ' מפקח עבודה ראשי, משרד העבודה והרווחה, פ"ד לט(3) 48, 52; בג"ץ 7824/98 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נד(3) 577. אולם במקרה 642. אך ראו גם בג"ץ 7824/98 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נד(3) 577. אולם במקרה הנדון אין צורך להכריע בשאלה זאת.

פירוש רחב של סמכות המפקחת מתבקש גם מתכלית החוק. התכלית של חוק הפיקוח היא, בראש ובראשונה, להגן על המבוטחים. ראו להלן פסקה 25. לאור תכלית זאת, לא יהיה זה ראוי לתת לסמכות המפקחת פירוש צר, דהיינו, להגביל את סמכות המפקחת לבירור תלונה שהוגשה על ידי מבטוח, להבדיל מתלונה שהוגשה על ידי אדם או גוף אחר, או למנוע בעד המפקחת להורות על תיקון ליקוי באופן כללי, ולחייב אותה לטפל באותו ליקוי באופן פרטני, פעם אחר פעם, כל פעם על יסוד תלונה חדשה, במאות ואלפי תלונות של מבוטחים. פירוש צר כזה ימנע הגנה נאותה מציבור המבוטחים בניגוד לתכלית החוק. לכן, גם מטעם זה הפירוש הצר אינו פירוש ראוי. ראו דברי הכנסת, כרך 91, התשמ"א, עמ' 2269. השוו בג"ץ 44/85 יובל גד בע"מ ואח' נ' מפקח עבודה ראשי, משרד העבודה והרווחה, פ"ד לט(3) 48, 52-53.

מכאן, שאם המפקחת מגיעה למסקנה, אגב בירור תלונה, כי עצם ההסדר הקיים בתחום שמאות הרכב הינו בגדר ליקוי, אם משום שאינו חוקי ואם משום שאינו ראוי מטעם אחר, יש בידה סמכות להורות לכל חברות הביטוח לתקן את הליקוי, כלשונו של סעיף 62(א) לחוק הפיקוח, "בדרך כלל, בדרך ובמועד שהורה".

ראוי לציין, אגב אורחא, כי חברת ביטוח שרואה עצמה מקופחת בהוראה של המפקחת לפי סעיף 62(א) לחוק הפיקוח, רשאית, לפי סעיף 102(א) לחוק זה, לערער לבית המשפט המחוזי על ההוראה.

אי לכך, יש לדחות את הטענה של חברות הביטוח כי למפקחת אין סמכות להתערב ביחסים החוזיים שבין חברות הביטוח לבין המבוטחים באמצעות הסדר כללי.

16. לענין הסמכות להתערב ביחסים החוזיים שבין חברות הביטוח לבין המבוטחים, ראוי להזכיר, לשם שלמות התמונה, גם את הסמכות שחוק הפיקוח מקנה לשר האוצר בסעיף 38. לפי סעיף זה, שר האוצר "רשאי לקבוע בתקנות, לכל ענפי הביטוח או לענפי ביטוח מסויימים, הוראות בדבר תנאים שבחזרה ביטוח וניסוחם", ותנאים כאלה גוברים על כל הסדר סותר בפוליסת ביטוח. נראה, איפוא, כי גם שר האוצר מוסמך להתערב, באמצעות תקנות, ביחסים חוזיים שבין חברת ביטוח לבין מבוטחים, ובכלל זה נראה כי הוא רשאי לשנות את ההסדר הקיים בתחום שמאות הרכב. אולם עד כה שר האוצר לא ראה לנכון להתערב בתחום זה, ולפיכך אין צורך להכריע בשאלת סמכותו לעשות כן.

הסדר על-ידי המפקחת

17. כיוון שחוק הפיקוח מקנה למפקחת על הביטוח סמכות להתערב בתחום שמאות הרכב, וכיוון שהמפקחת מנעה עד כה מלקבוע הסדר בתחום זה, האם ראוי שבית המשפט יצווה עליה להפעיל את סמכותה כבקשת העותרים?

במקרה בו הימנעות של רשות מינהלית מהפעלת סמכותה מגיעה כדי מחדל שלא כדין, כפי שהעותרים טוענים כלפי המפקחת במקרה הנדון, בית המשפט יכול לצוות על הרשות להפעיל את סמכותה באחת משלוש דרכים עיקריות: הראשונה - דרך של התערבות צרה בסמכות הרשות; השנייה - דרך של התערבות רחבה; השלישית - דרך ביניים. בדרך הראשונה בית המשפט מצווה על הרשות להפעיל את סמכותה כפי שייראה לה נכון בנסיבות המקרה, בלי שבית המשפט מכתוב לרשות כיצד תפעיל את הסמכות ומה תחליט לגוף העניין. בדרך זאת ההתערבות של בית המשפט צרה, כיוון שהוא רק מצווה על הרשות לנוע, אך הוא אינו מתווה לה את המסלול, אלא משאיר את בחירת

המסלול לשיקול הדעת של הרשות. בדרך השניה בית המשפט מרחיק לכת ומצווה על הרשות, לא רק להפעיל את הסמכות, אלא גם כיצד להפעיל אותה ומה להחליט לגוף העניין. בדרך זאת ההתערבות של בית המשפט רחבה, כיוון שהוא גם מכתוב לרשות, באופן מלא או חלקי, את המסלול בו תפעיל את הסמכות. בדרך השלישית, היא דרך הביניים, בית המשפט מצווה על הרשות להפעיל את סמכותה, ואף כי הוא נמנע מלהכתיב לרשות כיצד תפעיל את הסמכות ומה תחליט לגוף העניין, הוא מנחה את הרשות בהפעלת סמכותה. אפשר לומר כי בדרך זאת בית המשפט אינו מכתוב לרשות את המסלול, אך הוא מצביע בפניה על הכיוון. לצורך זה, בית המשפט יכול להבהיר לרשות מהי תכלית החוק שצריכה להדריך את הרשות בהפעלת הסמכות, לציין כי הרשות חייבת להתחשב בשיקול ענייני מסויים או להתעלם משיקול זר מסויים, וכיוצא בכך.

במקרה הנדון, העותרים מבקשים שבית המשפט ילך בדרך השניה, היא הדרך של התערבות רחבה. הכיצד? הם אינם מסתפקים בצו שיורה למפקחת להפעיל את סמכותה ולקבוע הסדר לפי שיקול דעתה, אלא הם מבקשים שבית המשפט יכתיב למפקחת את ההחלטה שתקבל, כלומר, שבית המשפט יצווה על המפקחת שתאסור על חברות הביטוח להעסיק שמאי בית. האם ראוי שבית המשפט ילך בדרך זאת?

18. הבחירה בין הדרכים להתערבות בית המשפט בסמכות המינהלית תלויה בנסיבות המקרה: מהות הסמכות, היקף שיקול הדעת של הרשות, חומרת הפגם שנפל בהחלטה המינהלית, ועוד. במקרה הנדון הדרך של התערבות רחבה אינה ראויה. מדוע? חוק הפיקוח הקנה למפקחת את הסמכות להורות על תיקון ליקוי בתחום הביטוח, ועל פי החוק עליה להפעיל את הסמכות לפי שיקול הדעת שלה. בנסיבות המקרה קיימות דרכים שונות לתיקון הליקוי, ולא דווקא הדרך של איסור על העסקת שמאי בית. הבחירה בין דרכים אלה היא עניין לשיקול דעת. ראוי שהבחירה תיעשה, בהתאם לחוק, על פי שיקול הדעת של המפקחת, על יסוד המומחיות, הנסיון והמדיניות שלה. אין זה ראוי שבית המשפט ישם את שיקול הדעת שלו במקום שיקול הדעת של המפקחת.

19. כך הדבר במיוחד לאור אופי הבעיה העומדת להכרעה במקרה הנדון.

אפשר לחלק את הבעיות, הבאות להכרעה במסגרת הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי, לשני סוגים עיקריים. בסוג הראשון נכללות בעיות אותן ניתן למקד להתמודדות בין שני גורמים מרכזיים: שתי נורמות או שני אינטרסים או שתי דרכים: בבעיה מסוג זה בית המשפט מתבקש להעדיף נורמה אחת על פני השניה, או לפסוק אם זכות מסויימת קיימת או אינה קיימת, או להחליט אם הפרשנות של נורמה היא זאת או אחרת, וכיוצא בכך. לדוגמא: האם פלוני חייב לשלם מס? האם יש לו זכות לקבל רישיון? האם מותר לו להתבטא בדרך מסויימת? האם החלטה מסויימת פסולה בשל חריגה מן הסמכות או בשל פגם משפטי אחר? בדרך כלל, בעיה מסוג זה צריכה תשובה של כן

או לא, מותר או אסור, זה או זה, כך או כך. לכן אפשר לכנותה בעיה דו-קודקודית, משל יש לה שני ראשים שצריך לבחור ביניהם. זוהי בעיה טיפוסית לביקורת שיפוטית. ניתן להכריע בה באמצעות כלל משפטי, כגון, נוסחת איזון הקובעת את היחס בין שתי הנורמות או שני האינטרסים המתמודדים. ההכרעה בבעיה כזאת היא, על פי רוב, תפקיד הולם לבית משפט.

בסוג השני נכללות בעיות המורכבות ממספר ניכר של גורמים: נורמות, אינטרסים ודרכים. כל אחד מאלה ראוי להתחשבות בדרך לפתרון המתגבש, וצריך לקבל ביטוי בפתרון שיינתן. בעיה כזאת היא רב-קודקודית. כזאת היא, לדוגמה, הכנה של תכנית מתאר לעיר. תכנית כזאת צריכה לתת ביטוי מאוזן לאינטרסים רבים: פני השטח, אופי המקום, צרכי תעסוקה, קווי תחבורה, מוסדות ציבור, שימור מבנים, ועוד. בדומה לכך גם קביעת תוואי לסלילת דרך או קו שירות לאוטובוס, נקיבת מחיר מירבי למצרך או שירות, או כתיבת תקנות לביצוע חוק. בעיה מסוג זה לא ניתן לפתור בתשובה של כן או לא, מותר או אסור, זה או זה. לכן גם קשה מאוד, ואולי אף אי-אפשר, לפתור אותה באמצעות כלל משפטי או נוסחת איזון. כדי לפתור אותה צריך להכין תכנית שתהיה מורכבת מן האינטרסים המעורבים בבעיה, כל אחד לפי מהותו ומשקלו, מעשה פסיפס. זהו תפקיד מובהק לרשות מינהלית, שיש לה התמחות וכלים הנדרשים לפתרון הבעיה, והיא יכולה לפעול באופן גמיש, תוך התייעצות ותיאום בין הגורמים המעורבים בעניין. זה אינו תפקיד הולם לבית משפט.

אין פירושו של דבר שבית המשפט ימשוך ידו מכל טיפול בבעיה רב-קודקודית. הוא מוסמך לטפל בבעיות כאלה, כגון בתכנית מתאר או בתוואי לדרך, ובפועל הוא מטפל בהן מעשה שגרה. אך הוא מגביל עצמו בדרך הטיפול. מצד אחד, הוא אינו מוכן לשים עצמו במקום הרשות המינהלית ולמלא את התפקיד שהוטל עליה, כגון, להכין תכנית מתאר או לקבוע תוואי לדרך, או להורות לה מה תהיה התכנית או מה יהיה התוואי. מצד שני, הוא מוכן, במקרה של מחדל שלא כדיון, לצוות על הרשות המינהלית להפעיל את סמכותה, כגון להכין תכנית מתאר לפי שיקול דעתה. כמו כן, לאחר שהרשות המינהלית הפעילה את סמכותה, הוא מוכן לבקר את חוקיות הפעולה, כגון, את חוקיות התכנית כולה או חלקה.

אכן, ראוי לציין לשם הדיוק, החלוקה של הבעיות לשני סוגים אלה אינה חדה. בכל סוג יש גוונים שונים. בין הסוגים אין גבול ברור. עם זאת, באופן כללי, יש מקום להבחין, להלכה ולמעשה, בין שני סוגים אלה.

20. במקרה הנדון הבעיה היא, על פי מהותה, בעיה רב-קודקודית. הבעיה מערבת נורמות שונות ומורכבת מאינטרסים שונים, שצריך להתחשב בהם ולשקלל אותם זה כנגד זה, ויש דרכים שונות לפתור אותה. הדרך לפתרון עשויה לחייב בירורים, משא-ומתן ופשרות. המפקחת, כמו כל רשות מינהלית, יכולה ורגילה ללכת בדרך כזאת. אך

דרך כזאת אינה מקובלת ואינה ראויה לבית משפט. מכל מקום, פתרון הבעיה דורש תוכנית מורכבת. בית המשפט אינו אמור ואינו מסוגל לערוך תכנית כזאת. זהו תפקידה, וזאת גם סמכותה, של המפקחת על הביטוח.

המסקנה היא, אם כן, כי אין זה ראוי שבית המשפט ילך במקרה הנדון בדרך של התערבות רחבה, כבקשת העותרים, ויקבע את תוכן ההסדר בתחום שמאות הרכב, כלומר, יצווה על המפקחת לאסור על חברות הביטוח להעסיק שמאי בית. אולם, אם כך, האם יהיה זה ראוי שבית המשפט ילך במקרה הנדון בדרך של התערבות צרה, ויצווה על המפקחת לקבוע הסדר בתחום זה לפי שיקול דעתה?

21. המפקחת כבר הביעה דעתה, במהלך ההתדיינות, כי במצב הקיים בתחום שמאות הרכב טמונה בעיה, וכי ראוי שהיא תקבע הסדר לצורך פתרון הבעיה. היא אף הציעה תכניות אחדות לצורך זה. אולם, כיוון שהתכניות לא היו מקובלות על הצדדים, נותר המצב ללא הסדר על ידי המפקחת. ראו לעיל פסקאות 11-12.

אכן, המצב הקיים אינו ראוי. בית המשפט סבור, כמו המפקחת, כי במצב הקיים בנוגע להעסקת שמאי בית טמון ליקוי, מבחינת ההגנה על המבוטחים, וכי הליקוי דורש תיקון בידי המפקחת. עדיף שהמפקחת תקבע הסדר, לתיקון הליקוי, מתוך הסכמה של הגורמים המעורבים. אולם, אם אי-אפשר לקבוע הסדר מתוך הסכמה כזאת, שומה על המפקחת לקבוע את ההסדר הראוי, בתוקף סמכותה, לפי שיקול דעתה.

לפיכך החלטנו לצוות על המפקחת שתפעיל את הסמכות המוקנית לה בחוק הפיקוח כדי לקבוע הסדר ראוי בתחום שמאות הרכב. על המפקחת להפעיל את הסמכות במהירות הראויה. אי לכך אנו קוצבים למפקחת, לצורך קביעת ההסדר, תקופה של ששה חודשים מהיום.

22. לכאורה, אין צורך ממשי בצו כזה, שהרי המפקחת הודיעה לבית המשפט על כוונתה לקבוע הסדר בתחום שמאות הרכב באמצעות חוזר שיופץ לחברות הביטוח. היא אף הציגה בפני בית המשפט את פרטי ההסדר המוצע. יתירה מזאת, בהודעה שהוגשה לבית המשפט מטעם המפקחת, ביום 31.12.98, נאמר כך:

"לאחר סיום ההליכים בעתירה דנן, ובאם תידחה העתירה, בכונת משרד האוצר לפעול לעיגון הוראות החוזר האמור במסגרת תקנות הפיקוח על עסקי הביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), התשמ"ו 1986, וזאת בהתאם לסמכות הנתונה לשר האוצר לפי סעיף 38 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א 1981."

על סמכותו של שר האוצר לפי סעיף 38 לחוק הפיקוח, ראו לעיל פסקה 16.

מה הצורך, אם כן, בצו של בית המשפט?

23. הצו של בית המשפט נדרש, לא רק כדי להבטיח שהמפקחת תקבע הסדר במהירות הראויה, אלא גם כדי להבטיח שהמפקחת תשקול מחדש את ההסדר שכבר הוצע על ידה, כפי שיובהר להלן.

כבר נאמר כי במקרה בו הימנעות של רשות מינהלית מהפעלת סמכותה מגיעה כדי מחדל שלא כדין, בית המשפט יכול ללכת באחת משלוש דרכים: הראשונה - דרך של התערבות צרה; השנייה - דרך של התערבות רחבה; השלישית - דרך ביניים. ראו לעיל פסקה 17. במקרה הנדון, בית המשפט, שנתבקש ללכת בדרך השנייה, היא הדרך של התערבות רחבה, החליט כי דרך זאת אינה מתאימה לנסיבות המקרה. ראו לעיל פסקאות 18-20. בית המשפט סבור כי גם הדרך הראשונה, היא הדרך של התערבות צרה, אינה מתאימה לנסיבות המקרה. בדרך זאת בית המשפט מסתפק בצו המחייב את הרשות להפעיל את סמכותה כפי שתראה לנכון. בנסיבות המקרה צו כזה עשוי להוביל את המפקחת לבצע את ההסדר שכבר הוצע על ידה. אולם, לדעתו של בית המשפט, ספק אם ההסדר שכבר הוצע על ידי המפקחת הוא ההסדר הראוי בנסיבות המקרה. לפיכך החליט בית המשפט ללכת בדרך השלישית, היא דרך הביניים: להורות למפקחת לקבוע הסדר, לאחר שתשקול מחדש את שאלת ההסדר הראוי, לאור דברים שנאמרו וייאמרו על ידי בית המשפט בפסק דין זה.

24. אולם מדוע התעורר ספק בדעתו של בית המשפט לגבי ההסדר שהוצע על ידי המפקחת? הספק התעורר, קודם כל, בעקבות השינויים המהותיים שנקבעו על ידי המפקחת, במהלך ההתדיינות, בהסדר שהוצע על ידה תחילה. אכן, יש מקום לשבח את המפקחת על עצם הנכונות לשנות את פרטי ההסדר. הרי לשם כך ביקש בית המשפט מן המפקחת להמשיך בבירורים ולהעלות הצעות חדשות. עם זאת, לגוף השינויים, לא תמיד ברור מה הטעם שגרם לשינוי זה או אחר, ואם השינוי עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, ולכן מתעורר ספק לגבי ההסדר המוצע באופן כללי. ספק זה כשלעצמו מצדיק בחינה מחדש של ההסדר.

זאת ועוד. מן ההודעות שהוגשו לבית המשפט מטעם המפקחת, מתברר כי היא הושפעה במידה רבה מן החומר שקיבלה לגבי המצב במדינות אחרות. אכן יש תועלת בחומר משווה. עם זאת, ברור שיש לנהוג זהירות בחומר זה. התנאים שונים ממדינה למדינה. לא כל מה שמקובל במדינה אחת יעלה יפה גם במדינה אחרת. כך גם בתחום שמאות הרכב. לכן צריך לבדוק את החומר על המצב במדינות אחרות תוך התחשבות בתנאים המיוחדים השוררים בישראל. דומה שגם מבחינה זאת ראוי שהמפקחת תשקול מחדש את ההסדר שהוצע על ידה.

נוסף לכך, וחשוב מכך, על המפקחת היה להנחות עצמה, בקביעת ההסדר, לפי התכלית של חוק הפיקוח. תכלית החוק קובעת גם את תכלית ההסדר. האם המפקחת הנחתה עצמה לפי תכלית זאת? התשובה אינה נקיה מספק. מתוך החומר שבפני בית המשפט אין זה ברור, ראשית, מהי תכלית החוק, ושנית, אם המפקחת הנחתה עצמה לפי תכלית זאת. אי לכך, יש טעם שבית המשפט יברר ויציג את תכלית החוק, כדי שהמפקחת תוכל לשקול מחדש את ההסדר לאור תכלית זאת.

תכלית ההסדר

25. התכלית העיקרית של חוק הפיקוח, כמו התכלית של חוק חוזה הביטוח, התשמ"א 1981-, היא הגנה על המבוטחים מפני חברות הביטוח. וכך אמרה השופטת נתניהו בע"א 391/89 א' וייסנר ואח' נ' אריה חברה לביטוח בע"מ ואח', פ"ד מז(1) 837, 855:

"חוק חוזה הביטוח ואותן הוראות של חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א 1981-, העוסקות במישור המשפט הפרטי שביחסי מבטח-מבוטח, המבטאים את מדיניותו של המחוקק, הם חוקי צרכנות מובהקים שנקודת המוצא שלהם היא של אי-שוויון בין הצדדים ומגמתם הברורה היא לשמור על המבוטח מפני כוחו של המבוטח ולאזן את חוסר השוויון ביניהם".

ראו גם א' ידן, חוק חוזה הביטוח, התשמ"א 1981- (תשמ"ד) (בסדרת פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי), עמ' 18; ד' מ' ששון, דיני ביטוח (תשמ"ט), עמ' 64-65; ע' הרמן, דיני ביטוח (1995, מהדורה שניה), עמ' 108.

26. האם לא חל פירות בתכלית של חוק הפיקוח נוכח הנסיגה, בשנים האחרונות, מן התפיסה של מדינת הרווחה אל עבר התפיסה של מדינת התחרות? אפשר לטעון כי התפיסה של פיקוח ממלכתי הדוק על חברות פרטיות המספקות שירותים ומצרכים, שאפיינה את מדינת הרווחה, אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה העכשווית של המשק המודרני. המשק המודרני מתקדם באמצעות הפרטה, יזמות ותחרות בדרך לשוק חופשי. בדרך לשוק חופשי, כך אפשר לטעון, ראוי גם לרופף את הפיקוח על הביטוח ולסמוך על כוחות השוק, ובמיוחד על התחרות, שיבטיחו הגנה מספקת למבוטחים. ראו לעיל פסקה 4.

טענה זאת, לדעתי, מוטעית בשל שני טעמים. ראשית, אין לה תימוכין בחוק. אכן, המחוקק רשאי לבטל או לצמצם את הפיקוח מטעם המדינה על הביטוח, אם משום שהוא מאמץ לעצמו תפיסה חדשה של היחסים הראויים בין חברות הביטוח לבין המבוטחים, ואם משום סיבה אחרת. אך הוא לא עשה זאת כלל ועיקר. גם תיקוני החקיקה

שנעשו בחוק הפיקוח בשנים האחרונות אינם תומכים בטענה שהמחוקק התכוון לכרסם בסמכות הפיקוח או להחליש את ההגנה על המבוטחים. לכן יש להניח כי מבחינת החוק לא חל לאחרונה שינוי במהות הפיקוח, בתכלית הפיקוח ובסמכות הפיקוח כפי שנקבעה בחוק הפיקוח.

אמנם אין להתעלם, בהקשר זה, מחוק-יסוד: חופש העיסוק, שנחקק בשנת 1992. חוק-יסוד זה אמור להשפיע על הפרשנות של חוק הפיקוח בכיוון של הגנה על חופש העיסוק, יהיה זה חופש העיסוק של חברת ביטוח או חופש העיסוק של גוף או אדם אחר, כגון, שמאי רכב. ראו סעיף 10 לחוק-היסוד. אולם האם יש בכך כדי לתמוך בטענה שראוי לרופף את הפיקוח על הביטוח? חוק-היסוד מגן על חופש העיסוק. לכן שאלה מקדמית היא, אם הפיקוח על הביטוח פוגע בחופש העיסוק, שהרי לא כל פגיעה באינטרס עסקי היא גם פגיעה בחופש העיסוק. אולם במקרה הנדון אין צורך להכריע בשאלה זאת. אפשר להניח כי התשובה חיובית. אם כך, השאלה היא, אם פגיעה כזאת עונה על המבחן שנקבע בסעיף 4 (כלומר, בפיסקת ההגבלה) של חוק-יסוד: חופש העיסוק. התשובה היא, כי הפיקוח על הביטוח מתבסס על הסמכה מפורשת בחוק הפיקוח וכי הוא נועד לתכלית ראויה. לפיכך השאלה שנתרה היא, אם הפיקוח פוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש. ברור כי המפקחת חייבת להימנע מפגיעה בלתי-מידתית. זהו גבול לסמכות המפקחת. אין הוא גבול חדש. גבול זה היה קיים, מכוח ההלכה, גם לפני חוק-היסוד. אולם העובדה שקיים גבול לסמכות הפיקוח, אינה אומרת כי יש לרופף את הפיקוח בתוך גבול הסמכות.

בסיכום, חוק-יסוד חופש העיסוק אינו תומך בטענה שיש לרופף את הפיקוח על הביטוח, כל זמן שלא הוכח כי הפיקוח פוגע בחופש העיסוק, ואם הוא פוגע, כל זמן שלא הוכח כי הוא פוגע בחופש זה במידה העולה על הנדרש. הוכחה כזאת לא הובאה.

שנית, הטענה שראוי לרופף את הפיקוח על הביטוח, כתוצאה טבעית ורצויה של הנטייה לעודד שוק חופשי, אינה נכונה מבחינה עניינית. להיפך. יש מקום לטענה שדווקא השינוי שהתרחש לאחרונה באופי המדינה, ברוח השוק החופשי, מגדיל את חשיבות הפיקוח. חופש אינו הפקרות. לכן, התפרקות המדינה מן התפקיד של ספק שירותים ומצרכים צריכה להיות מלווה בפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים על ידי המשק הפרטי. השוק החופשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית. אסור לשכוח את הלקח המר של המדינה המתירנית, שאפשרה לכוח כלכלי לגרום, תחת הסיסמה של חופש, הרבה עושיק ועוול. דווקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים. במסגרת היחסים בין חברות הביטוח לבין המבוטחים, החלשים הם המבוטחים. ההגנה על המבוטחים מחייבת פיקוח על חברות הביטוח, כיום לא פחות מאשר לפני חמישים שנה. שום שינוי לא התרחש לאחרונה ביחסים שבין חברות הביטוח לבין המבוטחים שיש בו כדי להצדיק פיקוח רופף יותר. ההגנה על

המבוטחים היא עדיין התפקיד העיקרי של המפקחת על הביטוח, וזו גם התכלית העיקרית של הסדרים מטעם המפקחת.

וכאן גם בית המשפט נכנס לתמונה: תפקידו של בית המשפט הוא לפקח על המפקחת, שתמלא את התפקיד שהוטל עליה בחוק בהתאם לתכלית החוק.

27. ההגנה על המבוטחים באמצעות המפקחת על הביטוח באה לידי ביטוי בשני היבטים עיקריים: ראשית, פיקוח על תכניות ביטוח, ובכלל זה הביצוע של תכניות כאלה; שנית, פיקוח על היציבות של חברות הביטוח. היטיבה להסביר זאת מבקרת המדינה. וכך אמרה בדו"ח השנתי של מבקר המדינה, מספר 40 לשנת 1990, עמ' 27-28:

"אף כי הפיקוח על הביטוח נקבע גם משום שהענף מהווה מרכיב חשוב בשוק ההון, תפקידו העיקרי להגן על המבוטח, שהוא הצרכן של המבוטחים. להגנה זו שני היבטים: ההגנה העקיפה, דרך הפיקוח על היציבות הפיננסית של המבוטחים; ההגנה הישירה, באמצעות הפיקוח על תכניות הביטוח, ובכלל זה הפיקוח על דמי הביטוח... הפיקוח המופעל על פי חוק הפיקוח על הביטוח אינו פיקוח רגיל (במובן של 'קונטרול') האוסר או מגביל פעולות מסוימות, אלא הוא פיקוח מסדיר (רגולטיבי), שמטרתו גם למנוע מראש אירועים שליליים מסוימים".

28. כמה סכנות אורבות לתכלית הפיקוח, כלומר, להגנה על המבוטחים. סכנה אחת נובעת מעצם המבנה המוסדי של הפיקוח. הפיקוח על הביטוח הופקד בידי משרד האוצר. המפקחת על הביטוח היא גם הממונה על שוק ההון והחיסכון. הפיקוח על הביטוח הוא חלק מאגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון. מבנה זה נובע, כנראה, מן הצורך לפקח על ההון של חברות הביטוח, בין היתר כדי להבטיח את היציבות הפיננסית של חברות הביטוח. אולם, יש לזכור, הפיקוח על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח אינו אלא אמצעי להשגת התכלית העיקרית של חוק הפיקוח, כלומר, ההגנה על המבוטחים. ראו ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' י' לוי, פ"ד מח(3) 45, 81. אכן, המפקחת חייבת לשמור על איזון ראוי בין שיקולים של שוק ההון לבין שיקולים של הגנה על המבוטחים. אך השיקול העיקרי, אפשר לומר השיקול האולטימטיבי, הוא הגנה על המבוטחים. חשוב להדגיש זאת משום שעצם המבנה של הפיקוח, כחלק מאגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון, מעורר חשש כי במתח שבין ההגנה העקיפה על המבוטחים, באמצעות השמירה על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח, לבין ההגנה הישירה על המבוטחים, באמצעות הפיקוח על תכניות הביטוח, יופר האיזון הראוי ותיחלש ההגנה הנדרשת על המבוטחים, בגלל שיקולים של שוק ההון, עד כדי פגיעה בתכלית העיקרית של חוק הפיקוח.

בהקשר זה יש מקום לצטט מתוך הדו"ח השנתי של מבקר המדינה, מספר 40 לשנת 1990, בו נאמר

(בעמ' 36) כך:

"המפקח על הביטוח מדגיש בפעולתו את הבטחת היציבות הכספית, ולו גם בדרך של הגבלות על התחרות, הגבלות העלולות להביא לקביעת דמי ביטוח גבוהים מדי... העדיפות הנמוכה יחסית, הניתנת להגנה על המבוטחים בדרך של התערבות בתנאי הביטוח, באה לידי ביטוי גם בכך, שהמפקח כמעט שאינו פועל להפצת מידע בין המבוטחים על זכויותיהם ועל ההגנות המוענקות להם בחוק".

עוד אפשר לצטט בהקשר זה דברים שאמר ד' מ' ששון, בספר על דיני ביטוח (תשמ"ט), וכך אמר (בעמ'

:65)

"זה מספר שנים שהמפקח על הביטוח הוא גם המונה על שוק ההון, וייתכן שערבוב תחומים זה תורם להזנחה מסויימת בשטח הביטוח. מן הראוי היה להפריד את התפקידים ולהעמיד לרשות הפיקוח על הביטוח את התקציב, ובעקבותיו גם את כוח האדם הנחוץ, כדי לשמור כראוי על האינטרסים של ציבור המבוטחים".

29. סכנה נוספת לתכלית של הגנה על המבוטחים נובעת מן המבנה החברתי של הפיקוח. הפיקוח מחייב קשר שוטף בין המפקחת על הביטוח מצד אחד לבין יתר הגורמים בתחום הביטוח, ובעיקר חברות הביטוח והמבוטחים, מצד שני. אולם ציבור המבוטחים, ובכלל זה המבוטחים בביטוח רכב, אינו מאורגן. הוא אינו מקיים קשר, כציבור, עם המפקחת. הצרכים שלו וההשפעה שלו כציבור עשויים לבוא לידי ביטוי בדרך עקיפה, כגון, באמצעות תלונות אישיות של מבוטחים נגד חברות ביטוח. אך הדעת נותנת שאין זו דרך יעילה. לעומת זאת, חברות הביטוח, לפחות החברות הגדולות השולטות על חלק גדול מנפח הביטוח, הן גופים חזקים מבחינה כלכלית, מאורגנים היטב, לחוד וביחד, ומנוהלים על ידי מקצוענים. הן מקיימות קשר שוטף עם המפקחת על הביטוח. יש להן גם עניין משותף: השמירה על היציבות הפיננסית של החברות. במצב זה מתעורר חשש כי יופר האיזון הראוי שבין השמירה על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח לבין הפיקוח על תכניות הביטוח, והתכלית של הגנה על המבוטחים תיפגע.

אכן, תופעה ידועה היא במדינות רבות שמוסדות פיקוח ממלכתיים בתחומים שונים מפתחים יחסי קירבה

עם הגופים המפוקחים עד כדי פגיעה בתכלית הפיקוח. ראו, לדוגמה, P.P. Craig, Administrative Law, 3rd ed. (1994), p. 237.

כמהחשה של תופעה זאת בתחום של ביטוח רכב אפשר להביא את פסק הדין של בית משפט זה ברע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאו, פ"ד מח(4) 70. במשפט זה נדונה שאלה אם מבוטח של רכב זכאי לקבל מחברת הביטוח, במקרה של תאונה, גם שיפוי בגין ירידת ערך הרכב. חברת הביטוח סירבה לשלם שיפוי זה. בית המשפט המחוזי פסק לטובת המבוטח על יסוד הפוליסה התקינה כפי שנקבעה בתקנות הפיקוח על

עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), התשמ"ו 1986-. בעקבות פסק דין זה הזדרז שר האוצר לתקן את תנאי הפוליסה התקנית כפי שנקבעו בתקנות. התיקון (בסעיף 18(ב)) נועד לשלול מן המבוטח את הזכות לפיצוי בגין ירידת ערך הרכב. אף-על-פי כן פסק בית המשפט העליון, בערעור על ידי חברת הביטוח, לטובת המבוטח. הוא הוסיף ביקורת על הפוליסה התקנית, על תיקון הפוליסה התקנית, ובאופן כללי על המעמד של חברות הביטוח, בהשוואה למעמד של המבוטחים, כלפי רשויות הממשלה וכלפי מערכת המשפט. הנשיא שמגר אמר, בין היתר, כי "ספק אם עניינם [של המבוטחים] הוצג לפני האוצר עובר לעריכת התיקון בסעיף 18(ב) לפוליסה התקנית" (עמ' 87), וכי "חברות הביטוח נהנות מזכויות יתר מסויימות במשפטנו... עניין זה מעורר כמובן שאלות של קיום השוויון בחוק ולפני החוק" (שם). הוא הוסיף ואמר (בעמ' 77) כך:

"הפוליסה התקנית אמנם אינה מנוסחת במישרין על-ידי חברת הביטוח, אולם, כמנהגה של הרשות, חזקה שקיימה התייעצות, כמקובל, עם חברות הביטוח ועשתה שימוש בדוגמאות הנוהגות אצל החברות; מאידך גיסא, אין כל התייעצות עם המבוטחים. משמע, גם שלב הניסוח של הפוליסה התקנית נושא את הסממן המאפיין של השפעת האינטרס של המבטח והיעדר השיתוף של המבוטח".

ועוד אמר הנשיא שמגר (בעמ' 75) כך:

"משמעות הדברים היא כי מתקין התקנות, קרי הממשלה, קיבלה בתחום נוסף עמדה אשר מיטיבה עם חברות הביטוח ומרעה עם האזרח המבוטח".

פרופ' סיני דויטש מסתמך על פסק דין זה בספרו על דיני הגנת הצרכן, כרך א (תשס"א 2001-) (שעתיד

לראות אור בקרוב), וכך הוא אומר (בעמ' 583-584):

"תחום הביטוח יכול לשמש דוגמה לכך שגם פיקוח הדוק על ענפי מסחר עלול להיות מופנה נגד האינטרסים הלגיטימיים של הצרכן. מסיבה זו יש יתרון לתחרות חופשית על פני פיקוח, כיוון שהיא יכולה להביא לייעול השוק, להורדת מחירים ולשיפור השירות. הקירבה המתמדת של המפקחים על הביטוח לענף עלולה להוביל ליתר הזדהות עם חברות הביטוח מאשר עם המבוטחים עליהם הם אמורים להגן... מוסד הפיקוח עלול לעבור מפיקוח על הענף להגנה עליו, ובנסיבות אלו אין לקבל טענות לפיהן תקנות הפיקוח פוגעות במידה בלתי סבירה בחופש החוזים ובחופש העיסוק".

30. עם כל הכבוד, איני סבור שנכון לומר כי לתחרות חופשית יש יתרון על פני פיקוח ממלכתי. תחרות חופשית

אינה תרופת פלא נגד ניצול כוח עודף של חברת ביטוח כלפי מבוטח. הפיקוח הממלכתי נדרש גם בשוק תחרותי, כדי

לקדם את תכלית החוק, לפחות במקרים בלתי-נמנעים של כשל שוק. לכן יש צורך גם בתחרות חופשית וגם בפיקוח

יעיל. אכן, אסור שהפיקוח ימנע תחרות חופשית, אך צריך שהוא יתווה גבולות של הגינות, גם במצב של תחרות חופשית.

31. לסיכום, המפקחת על הביטוח אמורה להיות מודעת וערה במילוי תפקידה לתכלית העיקרית של חוק הפיקוח, כלומר, הגנה על המבוטחים. עכשיו היא חייבת, מכוח פסק דין זה, לגבש הסדר בתחום שמאות הרכב, בהתאם לתכלית זאת. בגיבוש ההסדר עליה להזהיר עצמה מפני הסכנות הטמונות במבנה המוסדי ובמבנה החברתי של הפיקוח, ולאזן כראוי את האינטרסים והשיקולים הכרוכים בקביעת הסדר כזה.

אין בדברים אלה כדי להביע דעה על ההסדר בתחום שמאות הרכב שהמפקחת על הביטוח הציעה מלכתחילה, או על התיקונים שהיא הציעה, במהלך ההתדיינות, בפרטי ההסדר. אולם שומה על המפקחת, מכוח פסק דין זה, לשקול מחדש את ההסדר שהוצע, תוך התחשבות בתכלית החוק, לאור דברי בית המשפט.

לצורך גיבוש ההסדר על ידי המפקחת על הביטוח ראוי לסלק מכשולים אחדים שהונחו על דרכה על ידי בעלי הדין. להלן אציג ואשיב, לצורך זה, על שלוש שאלות: ראשית, האם חברת ביטוח רשאית להעסיק שמאי בית; שנית, האם שמאי בית כפופים לכלל בדבר ניגוד עניינים; שלישית, מה דין הטענה שחברות ביטוח עברו על האיסור של הסדר כובל.

הזכות להעסיק שמאי בית

32. העותרים טוענים כי חברת ביטוח אינה זכאית להסתייע בשמאי בית לצורך שומת נזק של רכב שניזוק בתאונה. לפיכך הם מבקשים שהמפקחת על הביטוח תחייב את חברות הביטוח להסתמך לצורך זה על שומות של שמאי חוץ.

המפקחת על הביטוח לא קיבלה טענה זאת. הדין עם המפקחת. סעיף 23(א) לחוק חוזה הביטוח קובע לאמור:

"משנמסרו למבטח הודעה על קרות מקרה הביטוח ותביעה בכתב לתשלום תגמולי הביטוח, על המבטח לעשות מיד את הדרוש לבירור חבותו".

בירור החבות יכול להיעשות על ידי חברת הביטוח באמצעות עובדים של החברה. מן הראוי שהוא ייעשה על ידי מומחים לדבר. לכן אין הגיון, ואף אין דין, המונע בעד חברת ביטוח להעסיק שמאי רכב כעובדים של החברה כדי שישמשו אותה לבירור חבותה. כך מתחייב גם מן העיקרון של חופש החוזים.

טענה זאת של העותרים מצטמצמת, אם כן, לטענה שהעסקתם של שמאי בית על ידי חברת ביטוח, לצורך שומת נזק שנגרם לרכב, פסולה בשל ניגוד עניינים.

ניגוד עניינים

33. העותרים טוענים כי שמאי בית מצוי במצב של ניגוד עניינים. לפי הטענה, מצד אחד, שמאי בית, כמו כל שמאי רכב, חייב נאמנות כלפי המבוטח, ובהתאם לכך הוא חייב לקבוע את השומה באופן מקצועי ועצמאי; מצד שני, שמאי בית, בהיותו עובד של חברת הביטוח, חייב נאמנות גם לחברת הביטוח, ומכל מקום הוא תלוי בחברה, ולפיכך אין הוא עצמאי כלפיה; מכאן ששמאי בית מצוי במצב של ניגוד עניינים כאשר הוא קובע שומת נזק שנגרם לרכב של מבוטח ומחייב את חברת הביטוח לשלם תגמול למבוטח על-פי שומה זאת; ודי בכך כדי למנוע עריכת שומות על ידי שמאי בית. המסקנה היא, לטענת העותרים, כי שמאי בית יכול להיות מועסק על ידי חברת ביטוח רק לצורך בירור וביקורת שומה שנערכה על ידי שמאי חוץ.

חברות הביטוח דוחות את טענת העותרים. הן טוענות שהכלל האוסר ניגוד עניינים חל רק על תפקיד "סטטוטורי", כלומר, על מי שממלא תפקיד ציבורי על פי דין, ואינו חל על שמאי רכב המועסק כעובד על ידי חברת ביטוח. לשון אחר, הטענה היא שהכלל האוסר ניגוד עניינים חל בתחום המשפט הציבורי ואינו חל בתחום המשפט הפרטי. עם מי הדין?

34. באופן עקרוני, העובדה שכלל מסויים חל בתחום המשפט הציבורי, ואפילו אם הכלל נולד בתחום המשפט הציבורי, אינה שוללת את תחולת הכלל גם בתחום המשפט הפרטי. יש כללים שעל פי מהותם הם הולמים הן את המשפט הציבורי והן את המשפט הפרטי. כלל כזה עשוי להתפתח באופן מקביל בשני התחומים, אולי בשם שונה ובצורה שונה, אך אפשר גם שכלל כזה יתפתח בתחום המשפט הציבורי וממנו יעבור וייקלט בתחום המשפט הפרטי. מעבר כזה מתחום לתחום יכול להתבצע בדרכים שונות. כך, בין היתר, ניתן לקלוט בתחום המשפט הפרטי כלל מתחום המשפט הציבורי באמצעות אחד העקרונות, המושגים או המוסדות של המשפט הפרטי, כגון, העיקרון של תום לב או העיקרון של תקנת הציבור. ראו א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי - פרשנות חוקתית (1994), עמ' 107.

647 ואילך. בהתאם לכך ניתן לטעון, כי אם חברת ביטוח מתנה תשלום תגמול למבוטח בשומה של שמאי המצוי במצב של ניגוד עניינים, היא מפרה את החובה החוזית שלה לנהוג בתום לב כלפי המבוטח.

אכן, הכלל האוסר ניגוד עניינים נקלט בתחום המשפט הפרטי, והוא חל בתחום זה בהקשרים שונים. הוא נקלט מכוח החוק. ראו, לדוגמה, סעיף 13 לחוק הנאמנות, התשל"ט 1979-; סעיף 8 לחוק השליחות, התשכ"ה 1965-; סעיף 48 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"ב 1962-. הוא נקלט גם מכוח הפסיקה. הנה כך אמר השופט ברק בבג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, פ"ד מד(1) 413, 409:

"עקרון יסוד הוא כי מי שפועל למען אינטרס של אחר, חייב להימנע מניגוד בין אותו אינטרס לבין אינטרס שלו עצמו או אינטרס אחר כלשהו. זהו העיקרון בדבר האיסור על ניגוד עניינים. תחולתו של עיקרון זה כעניין מוסרי שבין האדם לבין עצמו. לימים הוא הפך - מכוח הקונסנזוס החברתי העומד ביסודו - כעניין של משפט החל ביחסים שבין אדם לבין זולתו... בישראל הכירו בתי המשפט בשורה ארוכה של פסקי-דין, כי העיקרון בדבר איסור על ניגוד עניינים אינו אך עניין מוסרי שבין אדם לבין עצמו, אלא הוא הינו עיקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט. הוא חל בתחומי המשפט הפרטי והמשפט הציבורי גם יחד".

בדומה לכך, בבג"ץ 2874/93 קופטי כמאל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(2) 673, 679, אמר

השופט מצא:

"כלל זה, שהוא מן החשובים בעקרונות הצדק הטבעי, מיועד, בעיקרו, להבטיח כי במילוי תפקידו יפעל עובד הציבור (או מי שנושא בחובת נאמנות בתחום המשפט הפרטי) על יסודם של שיקולים ענייניים, ביושר, בסבירות ובהגינות; שכן באפשרות שייקלע למצב של ניגוד עניינים טמון חשש שלא יעלה בידו למלא את חובתו כהלכה ויחטא - במודע או אף שלא במודע - במשוא פנים".

בבג"ץ 2074/95 אגודת טכנאי השיניים בישראל נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד נג(3) 451,

462-463, הערתי לגבי תחולת הכלל בדבר ניגוד עניינים בתחום המשפט הפרטי כדלקמן:

"יש הבדל, גם בעניין זה, בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. במשפט הציבורי יש לכלל בדבר ניגוד עניינים תחולה גורפת, ואילו במשפט הפרטי יש מקום לבדוק בכל מקרה אם כלל זה חל, ובאיזו צורה הוא חל, בנסיבות המקרה. אולם, ברור כי כלל זה חל בתחום המשפט הפרטי בכל מקרה שבו החוק קובע זאת".

בהתאם לכך נקבע באותו פסק דין כי הכלל בדבר ניגוד עניינים חל, מכוח חוק ותקנות, לגבי טכנאי שיניים

המבקש לנהל מרפאת שיניים.

ראו גם, לעניין השאלה אם עובד של חברה, שהוסמך כבודק ציוד לפי פקודת הבטיחות בעבודה, ירשה לבצע בדיקת ציוד של אותה חברה, בג"ץ 44/85 יובל גד בע"מ נ' מפקח עבודה ראשי, משרד העבודה והרווחה, פ"ד לט(3) 48, 52; בג"ץ 3008/92 הולצמן נ' מפקח עבודה ראשי במשרד העבודה והרווחה, פ"ד מז(1) 642, 648-649.

35. כך גם לגבי שמאי רכב. המעמד והחובות של שמאי רכב נקבעו בצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שמאי רכב), התש"ם1980- (ק"ת תש"ם עמ' 2182) (להלן - צו שמאי רכב). סעיף 12 לצו זה קובע לאמור:

"במילוי תפקידיו יפעל השמאי כלפי לקוחו וכלפי המבטח במהימנות, בנאמנות וביושר...".

מכוח צו זה הוציאה הרשות המוסמכת (מנהל האגף לרכב ולשירותי תחזוקה במשרד התחבורה) כללי התנהגות לשמאי רכב. בכללים אלה (בנוסח מיום 7.10.97) נקבע (בסעיף 1) כי תהיה זו התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע אם שמאי רכב לא יקפיד "על מיומנות מקצועית ועל הגינות ללא משוא פנים". מתוך החובה לפעול בנאמנות והאיסור לנהוג במשוא פנים, כפי שנקבעו בהוראות אלה, עולה כי שמאי הרכב כפופים לכלל בדבר ניגוד עניינים.

36. חברות הביטוח טוענות כי חזקה על שמאי הבית שהם ממלאים כראוי את חובת הנאמנות ועורכים שומות באופן מקצועי וללא משוא פנים, וכי אין שום ראיה לסתור חזקה זאת, אף לא טענה כי השומות של שמאי בית נמוכות יותר מן השומות של שמאי חוץ. אולם טענה זאת אינה גוברת על הכלל בדבר ניגוד עניינים, שכן כלל זה אינו דורש הוכחה שניגוד עניינים השפיע בפועל על מילוי התפקיד. כפי שאמרתי במשפט אגודת טכנאי השיניים (לעיל פסקה 34), בעמ' 462:

"אין צורך להוכיח, או להמתין עד שיוכח, כי אמנם מצב של ניגוד עניינים הוביל לניצול המצב לרעה. הכלל בדבר ניגוד עניינים נועד למנוע מראש אפשרות של ניצול כזה. כפי שההלכה הבהירה, ניגוד עניינים הוא מצב אובייקטיבי היוצר אפשרות ממשית (או, לפי גרסה אחרת, חשש סביר) של ניגוד עניינים, ואין צורך להוכיח שבפועל היה ניצול לרעה כתוצאה מניגוד עניינים".

ראו גם רע"א 5258/90, 5262 קצין התגמולים נ' אינגבר, פ"ד מ(3) 593.

37. לפיכך השאלה היא, אם המצב בו מצויים שמאי הבית הוא מצב של ניגוד עניינים. התשובה מורכבת. שמאי בית אינו מצוי במצב של ניגוד עניינים כאשר כל תפקידו הוא לברר עבור חברת הביטוח את החבות של החברה כלפי המבוטח. כך, לדוגמה, כאשר המבוטח תובע תגמול מחברת הביטוח על יסוד שומה שהוא ביקש וקיבל משמאי חוץ. במצב כזה, אפשר לומר על שמאי הבית, כאשר הוא בודק את השומה של שמאי החוץ, כי הוא פועל רק כעובד של חברת הביטוח וחיבב נאמנות רק לחברה. אולם המצב שונה אם שמאי הבית הוא השמאי היחיד הקובע את שומת הנזק, ושומה זאת אמורה לחייב גם את המבוטח. במצב כזה השמאי חיבב נאמנות גם לחברת הביטוח וגם למבוטח. זהו מצב של ניגוד עניינים, ולכן הוא מצב פסול.

באופן פורמלי, שמאי הבית אינו קובע את שומת הנזק כשומה יחידה המחייבת את המבוטח. המבוטח ראשי תמיד לבקש ולקבל שומה אחרת משמאי חוץ. הוא יכול להציג שומה זאת בפני חברת הביטוח, ואפשר שחברת הביטוח תהיה מוכנה לקבל שומה זאת או להגיע להסכמה בדבר השומה, על דרך פשרה, עם המבוטח. בהעדר הסכמה כזאת, המבוטח ראשי להביא את המחלוקת בין השמאים להכרעה בפני ועדת ערר שהוקמה על ידי משרד התחבורה לפי צו שמאי הרכב. אולם, ככל הנראה, באופן מעשי המצב שונה. השומה הנערכת על ידי שמאי הבית היא בדרך כלל השומה היחידה. יש מקרים בהם המבוטח התחייב מראש כלפי חברת הביטוח, בגלל הטבות שונות שהחברה הציעה, לקבל את השומה של שמאי הבית. ראו לעיל פסקה 6. במקרים אחרים המבוטח אינו מודע כלל לזכותו להגיש שומה עצמאית או לזכותו להגיש ערר לוועדת ערר. וכמובן, יש מקרים נוספים בהם המבוטח, גם אם הוא מודע לזכותו, אינו מוכן ליטול על עצמו את הטרחה הכרוכה במאבק עם חברת הביטוח נגד השומה של שמאי הבית. כך או כך, המציאות היא כי במקרים רבים, אם לא בדרך כלל, השומה של שמאי הבית היא השומה הקובעת. העררים המוגשים לוועדת הערר מעטים כל כך עד שהם בטלים בששים. על מצב כזה אפשר לומר כי הוא מצב של ניגוד עניינים דה-פקטו.

38. די בכך כדי להצדיק ולהצריך הסדר של המצב הקיים על ידי המפקחת על הביטוח. אכן, המפקחת הודיעה לבית המשפט (ביום 25.12.97) "שקיים חשש, לפחות למראית עין, ששמאי בית ייתן חוות דעת מוטות לטובת המבוטח, שהינו מעבידו". חשש זה היה טעם ראשי להחלטת המפקחת להתערב במצב הקיים ולהציע הסדר אשר, כדבריה באותה הודעה, יסיר את "החשש העיקרי לפגיעה בציבור המבוטחים ובאפשרותם לקבל את מלוא הפיצויים להם הם זכאים בקרות מקרה ביטוח". אפשר, אם כן, לומר כי המפקחת סבורה שבמצב הקיים יש משום "ליקוי", ומכאן שהיא מוסמכת, לפי סעיף 62 לחוק הפיקוח, להורות לחברות הביטוח לתקן את הליקוי. ראו לעיל פסקה 15.

39. מה ההסדר הנדרש כדי לתקן את הליקוי? הנפקות של ניגוד עניינים תלויה בנסיבות המקרה, ובהתאם לנסיבות היא עשויה להשתנות ממקרה למקרה. אכן, בכל מקרה כזה יש צורך למנוע, או לפחות לצמצם, את ניגוד

העניינים. אך יש לעשות זאת באופן מידתי. במשפט אגודת טכנאי השיניים (לעיל פסקה 34) אמרתי לעניין זה (בעמ' 464) כך:

"אמנם יש לפעול כדי למנוע את ניגוד העניינים, אך יש לפעול לצורך זה באופן מידתי. המידתיות, המחייבת כל רשות מינהלית בכל עניין, מחייבת גם את מנכ"ל המשרד לפעול כדי למנוע ניגוד עניינים באופן שהפגיעה בטכנאי השיניים או במרפאות התאגיד לא תהיה במידה העולה על הנדרש. אכן, פתרון קיצוני עשוי להיות יעיל יותר, אך פתרון מידתי, אם הוא יעיל מספיק, יהיה צודק יותר. המידתיות היא איזון ראוי בין היעילות לבין הצדק".

בהתאם לכך, גם כאשר ממלא תפקיד מסויים, לרבות תפקיד ציבורי על פי דין, מצוי במצב של ניגוד עניינים, ייתכן שניתן וראוי להשאיר אותו בתפקידו, ולהסתפק בצעדים שימנעו את ניגוד העניינים או יצמצמו אותו לרמה נסבלת. ראו, לדוגמה, ע"א 2444/98 טרבלסי נ' ראש המועצה המקומית נתיבות, פ"ד נב(3) 849, 860-859.

לסיכום, המסקנה היא, שהמצב הקיים בנוגע לשמאי הבית, שיש בו משום ניגוד עניינים דה-פקטו, מצדיק ומצריך קביעת הסדר על-ידי המפקחת על הביטוח. ההסדר יוכל לקבוע סייגים להעסקת שמאי בית, לאור התכלית של חוק הפיקוח, ובלבד שיהיה מידתי.

הסדר כובל

40. העותרים העלו גם, אף כי בחצי-פה, טענה כי יש חשש שחברות הביטוח עשו ביניהן הסדר כובל, בנוגע להעסקת שמאי בית, בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988-. הם העלו טענה זאת בחצי-פה, כנראה משום שאין בידיהם הוכחה לטענה. מכל מקום, גם אילו הטענה היתה מלווה בהוכחה, אין להעלות אותה בפני בית המשפט, אלא בפני הממונה על ההגבלים העסקיים.

סיכום

41. התכלית העיקרית של חוק הפיקוח על עסקי ביטוח היא הגנה על המבוטחים. תכלית זאת עלולה להיפגע במצב הקיים, בו שומות רכב, המשמשות בסיס לתשלום תגמולי ביטוח, נערכות על ידי שמאי בית המועסקים כעובדים של חברות הביטוח. זהו ליקוי. למפקחת על הביטוח נתונה סמכות, מכוח חוק הפיקוח, לתקן את הליקוי. היא צריכה להפעיל סמכות זאת כדי לקבוע הסדר שיאזן כראוי, בהתאם לתכלית החוק, בין הצורך להגן על המבוטחים לבין הזכות של חברות הביטוח להעסיק שמאי בית.

אי לכך, אנו עושים צו מוחלט, המחייב את המפקחת על הביטוח לקבוע הסדר כאמור, בהתחשב בדברי בית המשפט בפסק דין זה, תוך תקופה של ששה חודשים מהיום.

בעלי הדין יישאו כל אחד בהוצאות המשפט שלו.

שופט

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

הנשיא

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

שופטת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט י' זמיר.

ניתן היום, כ"ב בניסן תשס"א (15 באפריל 2001).

שופטת

שופט

הנשיא

העתק מתאים למקור 123.96077210
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו
בקובץ פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.

שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444

על השופט זמיר

מאת
אהרן ברק

יצחק זמיר - הפרופסור והשופט - הניח את היסוד למשפט המינהלי בישראל. קדם לו מורו, פרופ' ה' קלינגהופר, אשר "נטל את המשפט המקומי, שהיה במהותו משפט אנגלי, ועליו הרכיב את השיטתיות של המשפט האירופי"¹. זמיר יצר את הסינתזה בין ההיבטים האנגלו-אמריקאיים לבין ההיבטים הקונטיננטליים. על בסיס סינתזה זו בנה את היסודות של המשפט המינהלי הישראלי העצמאי, הן בהיבטיו הכלליים (כגון תורת שיקול הדעת המינהלי, הסבירות והמידתיות, הביקורת השיפוטית על חוקיות המינהל) והן בהיבטיו המיוחדים (כגון, דיני מכרזים, דיני תכנון ובניה, דיני שלטון מקומי). בזכותו של יצחק זמיר, המשפט המינהלי הישראלי הוא מהמתקדמים בעולם המערבי. הישגים אלה באו בשל שתי תכונות המאפיינות את יצחק זמיר: שכל ישר וכשרון מחקר. בעיני, יצחק זמיר הוא הפרסוניפיקציה של האדם הסביר: התחשבות בשיקולים השונים והמנוגדים; איזון ביניהם בשום שכל; התרחקות מקיצוניות; הבחנה ברורה בין האישי לציבורי; בין הדיוני למהותי; בין הצורה לתוכן. כל אלה מאפשרים לו לגבש מסגרת נורמטיבית מבוססת וסבירה. כושר המחקר שלו - הן בגדרי המשפט הישראלי והן בגדרי המשפט המשווה - מאפשר לו לתת ביסוס מדעי איתן לסוגיה בה הוא עוסק. אכן, לפנינו מזיגה נדירה בין הלכה למעשה, בין ספרא לסייפא, בין כושר ההכללה לבין כשרון היישום.

כתיבתו המדעית של פרופ' זמיר מבטאת היטב את המזיגה הנפלאה שבין סבירותה של הגישה ויסודות הוכחתה. ספרו על הפסק ההצהרתי, שהופיע באנגליה, הפך לטקסט קלאסי בתחום חשוב זה. שני ספריו בעברית - השפיטה בעניינים מינהליים (1981) והסמכות המינהלית (1996) - הפכו לקלאסיקה עם פרסומם. השפעתם רבה הן על ההוראות, הן על השפיטה והן על החקיקה. החוק החדש, המקים מחלקה מינהלית בבית המשפט המחוזי, הוא פרי מחשבתו העיונית של פרופ' זמיר ופרי פעילותו המעשית של השופט זמיר. במאמריו הרבים כיסה את עיקרי

¹ זמיר, "לדמותו של פרופ' יצחק ה' קלינגהופר", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 13 (יצחק זמיר (עורך), 1993).

התחומים של המשפט המינהלי. כחוט השני עוברת בהם השאיפה להשלטת שלטון החוק בשלטון - או, במינוחו של פרופ' זמיר, המינהל הציבורי - השאיפה לטוהר השירות הציבורי, והצורך להבטיח אתיקה בפוליטיקה ולמנוע מינויים פוליטיים. זמיר מתמודד עם בעיות היסוד של הדמוקרטיה המודרנית, ובהן שאלות כמו היחס בין זכויות האדם וביטחון המדינה, היחס בין משפט ופוליטיקה (לרבות הסכמים פוליטיים). בכל אלה ביטא, בסגנון בהיר וקולח, תפיסות ערכיות, שביססו באופן מאוזן וענייני, את תפיסות היסוד על פיהן ראוי לה למדינתנו להתנהג.

השופט זמיר כיהן בבית המשפט העליון שבע שנים. זו אינה תקופה ארוכה. בגדריה הוא ביסס את מעמדו כמומחה למשפט ציבורי. בפסקי הדין הרבים שכתב - ובאמצעות פרשנות תכליתית של החקיקה - המשיך לפתח את המשפט הציבורי בישראל, תוך שקידם את מעמדם של חוקי-היסוד כנרמות חוקתיות על-חוקיות, ואת מעמדו של חוק יסודות התקציב כנרמה חוקית מיוחדת במינה. הוא הניח את היסוד לעקרון המידתיות, ופיתח את עקרון השוויון. הוא קידם את דיני המשמעת של עובדי המדינה, בהיותו השופט שבפניו, כדין יחיד, נידונו ערעורים בתחום זה. אכן, כמעט ואין תחום של המשפט המינהלי אותו לא קידם השופט זמיר. ואף כאן באו לידי ביטוי הסבירות שבגישתו והעמקות שבמחקרו. לא פעם מצא עצמו נקרע בין המשפט לצדק. כותב השופט זמיר²:

"אוי לי מיוצרי, אוי לי מיצרי. יוצרי זה הדין. שבית המשפט לא נוצר, ואינו קיים, אלא מכוח הדין, ואין עליו מרות זולת מרותו של הדין. יצרי זה הצדק. שבית המשפט מבקש, בכל נפשו ובכל מאודו, לעשות צדק. אוי לשופט אם עשה דין ללא צדק, ואוי לו אם עשה צדק ללא דין. אשרי השופט שעשה דין עם צדק. אכן, בדרך כלל הדין מוביל את השופט אל הצדק, ואם הדין והצדק אינם הולכים יד ביד, עשוי השופט להטות את הדין לצד הצדק, ככל שניתן, עד שייפגשו.

אולם קורה לשופט שהדין והצדק מתרוצצים בקרבו, זה לכאן וזה לשם, והוא אינו יכול להביא אותם זה אל זה. במקרה כזה, ככל שהדבר קשה עליו, אסור לו לתת ליצרו שיגבר על יוצרו. כך הדבר משום שבועת השופט, עד שהיא מצווה עליו לעשות משפט צדק, מחייבת אותו לשמור אמונים לחוקי המדינה. ראו חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 6. למעלה מכך: בלא משפט, בחשבון ארוך ואמיתי, אין צדק.

לכן, חלילה לשופט לעבור בקפיצה מהעובדות אל הצדק, כאילו אין דין חוצץ ביניהם. כבודו של הצדק במקומו מונח. אך הוא חייב להיות מונח על תשתית של דין".

ועל היחס בין המשפט לאתיקה הציבורית, כותב השופט זמיר³:

"מערכת המשפט שואפת, באמצעות התחיקה והפסיקה גם יחד, להעלות את רף הערכיות בחברה, ובכלל זה לשפר את אורחות המינהל הציבורי. זהו תפקידה. טוב שהיא עושה זאת. היא עושה זאת היטב: היא הצליחה לקדם ערכים ולהשריש נורמות של חברה מתוקנת.

² דנ"א 2401/95 נחמני ב' נחמני, פ"ד (4) 661, 772.

³ בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא (3) 46, 62.

אולם המשפט אינו יכול, ואינו צריך, לבוא במקום האתיקה, אלא במידה חלקית, באופן נקודתי, בתהליך מבוקר וזהיר".

ועל היחס בין כללי המשפט לכללי האתיקה הוסיף השופט זמיר⁴:

"כללי אתיקה, מעצם מהותם, אינם כללי משפט. לכן אין הם עניין לבית משפט. כך לגבי אתיקה חברתית, כך לגבי אתיקה ציבורית, וכך גם לגבי אתיקה מקצועית, לרבות אתיקה עיתונאית... אולם טעות היא לחשוב שהמשפט אינו מתעניין במה שמתרחש מעבר לגדר. הגדר אינה אטומה. המשפט עוקב בעיניים פקוחות אחר האתיקה... אם אינטרס ציבורי חשוב נתון בסכנה ממשית, עשוי המשפט לעבור את הגדר המפרידה בינו לבין האתיקה, ולהפוך כלל אתי לכלל משפטי, כדי להקנות לו את הכוח הנדרש להשליט סדר ראוי. זהו תהליך מוכר. המשפט מתרחב בהתמדה על חשבון האתיקה".

את הפילוסופיה החברתית שלו ביטא השופט זמיר באחת הפרשות הידועות, בהן כתב⁵:

"היחסים בין הרשות לבין האזרח הם, הלכה למעשה, יחסים דו-סטריים. לכן, לדעתי, כנגד חובת ההגנות של הרשות, נדרשת חובת הגינות של האזרח. לדרישה זאת יש שורשים עמוקים: היא צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה. לפי אמנה זאת, כמשמעותה במדינה דמוקרטית, הרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה. בדמוקרטיה, אמר השופט זילברג, '...השלטון גופו-עצמו ובשרו של האזרח הוא...' (בג"ץ 9, 3/58, ברמן ואח' נ' שר הפנים [23], בעמ' 1511). השלטון (לטעמי ראוי לומר: המינהל הציבורי) מחוייב לשרת את הציבור - להבטיח שלום וסדר; לספק שירותים חיוניים; להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח; לעשות צדק חברתי. אך המינהל הציבורי, שאין לו משל עצמו ולא כלום, אינו יכול לתת דבר לציבור אלא אם הוא מקבל מן הציבור. היחסים הראויים שבין המינהל לבין הציבור, ובעצם היחסים ההכרחיים, הם יחסים הדדיים של תן וקח. כך הם, כפועל יוצא, גם היחסים שבין הרשות המינהלית לבין האזרח. האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום. כנגד זכותו כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות. זוהי תמצית האמנה החברתית שבין האזרחים לבין עצמם ובין האזרחים לבין המינהל הציבורי. זהו גם שורש הקיום של המדינה".

זמיר - נאה דורש ונאה מקיים. להשקפותיו באשר לשלטון החוק, מעמד היועץ המשפטי וחוקיות המינהל,

נתן ביטוי כיועץ משפטי לממשלה. בין השאר בפרשת אוטובוס 300. לגישתו באשר לחינוך המשפטי נתן ביטוי

בהקמת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, בה שימש כדיקן הראשון, וביסודו של כתב העת משפט וממשל.

⁴ דנ"א 7325/95 ידועות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 51.

את רעיונותיו באשר לשיפוט המינהלי הגשים, הלכה למעשה, בפעילותו כיושב ראש המועצה לבתי דין מינהליים (1988-1994), ובמסגרת פעילותו האינטנסיבית לקידום החוק והתקנות בעניין המחלקה המינהלית בבית המשפט המחוזי. השקפותיו באשר לאתיקה בכלל, לאתיקה העיתונאית בפרט, מצאו את הגשמתם בפעילותו (בשנים 1982-1988) כנשיא מועצת העיתונות בישראל. וכל זה אינו אלא קצה המזלג.

עם פרישתו של השופט זמיר נפרד בית המשפט העליון מאחד מחשובי שופטיו. יקשה עלינו למלא את החסר שנוצר עם פרישתו. לי אישית יחסר יצחק מאוד. דרך ארוכה הלכנו יחד מאז צעירותנו בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, בה התחלנו שנינו את הקריירה האקדמית שלנו. אך השפיטה אינה חזות הכל. יצחק זמיר הוא צעיר ברוחו, ובעל כוח רב בעשיה. בשמי שלי, בשם אחיו ואחיותיו בבית המשפט העליון, בשם כל שופטי ישראל - ואם יורשה לי גם בשמה של מדינת ישראל - אני אומר לאחד מבכירי בניה של המדינה הזו: תודה.

דברים לטקס הפרידה מהשופט יצחק זמיר (15.4.2001)

האם יום של שמחה הוא לנו היום?

לכאורה, התשובה היא בחיוב. חברנו יצחק הגיע לגיל 70 והוא במלוא כוחו. כמו שאמר מנחם בעת פרישתו, עם פרישתו לגימלאות הוא יוכל בהשקט ובבטחה לומר את ברכת הגומל. והכל פתוח בפניו: ירצה - יעסוק במתן חוות דעתת וייעוץ; ירצה - יעסוק בכתיבה אקדמית; ירצה - יעסוק בהסברה על שלטון החוק ועל דרכו של בית המשפט; ירצה - ינוח ויקרא ספר טוב.

אך זוהי תשובה לכאורית בלבד. האם יום של שמחה לנו היום - התשובה היא לכאורה בשלילה. לבית המשפט זהו יום של עצב, על שחברנו הטוב עוזב אותנו. לי עצמי זה יום עצוב - על שחבר קרוב, שיחד הלכנו דרך ארוכה מאוד, מאז היותנו אסיסטנטים באוניברסיטה - עוזב את בית המשפט, וליצחק עצמו - כך מניח אני - זהו יום עצוב. שכן הוא שמח בעבודתו כאן וראה ברכה בעמלו, ואין אתה עוזב את הבטוח והטוב ועובר לעבר חוסר הוודאות, כאשר שמחה בליבך.

⁵ בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 320.

אך האם באמת יום של עצב הוא לנו היום? האמת היא כי האופי הנכון של היום הזה, הוא באיזון - כן, תורת האיזונים - שבין שמחה לעצב. זהו, איפוא, יום מורכב. יום שיש בו שמחה - על השחרור, ועצב - על היעדר הגבלים. וכשם שיום זה הוא מורכב, כן יהיו הימים הבאים, שגם בהם יהיה איזון בין שמחה ועצב. השאלה היא תמיד - כפי שתורת האיזונים מלמדת אותנו - היכן תוצב נקודת האיזון. האם על תקופת הפרישה תשלוט עצבות שחוט של געגועים לימים ההם מתוח עליהם, עם ימי שמחה פזורים או שעל תקופת הפרישה תשתלט ההתחדשות והאתגר תוך געגועים לבית זה?

התשובה לשאלה זו - היכן תוצב נקודת האיזון - היא בידינו. אנו, כאן בבית המשפט נתגעגע ליצחק; לתבונתו, לסבירותו, לחברותו. נפצה עצמנו בכך שנשמור על קשר. אך בסופו של יום - שופט בא ושופט הולך, והחוסה על מכונו עומד. אין לו ברירה אחרת.

אשר לי עצמי, לא ירחק היום ואצטרף לידידי הטוב. בעייתי אינה בעיה. השאלה היא איפוא, היכן יציב יצחק את נקודת האיזון שלו? בהכירי אותו ואת הרציונליות שבו, הנני משוכנע כי נקודת האיזון תהיה ראויה. בוודאי שיהיה בה שיקול של עצב וגעגועים וחסר השפיטה. אך יהיו בה גם עשייה חדשה - מדעית ומעשית; הרחבת אופקים; העמקת הקשרים. בהסתכלות מקרו - בטוח אני שיצחק יחצוב לעצמו נישא משלו בציבור הישראלי, כקול של תבונה, כקול של אומץ; נישא יחידה במדע המשפט הישראלי - כקול המשקף ידע על הנעשה בפועל בבית המשפט העליון.

הנה כי כן, בסופו של יום, נדמה לי כי התשובה לשאלה - האם יום של שמחה הוא לנו היום? הינה כי קיימת תשתית עובדתית המספיקה לקביעה כי באיזון הכולל בין הנתונים המתנגשים, העתיד הקרוב - והרי רק בו אנו עוסקים עתה - טומן בחובו, כנדרש במשפט המינהלי, הסתברות סבירה, שהשמחה תגבר על העצב, ויום המחר יהא בעל עוצמה רבה יותר מיום האתמול.

בטרם אסיים, מילת תודה לרינה. כולנו מכירים אותה ואוהבים אותה, ומעריכים את הישגיה שלה, בפיתוח בארץ בכלל וירושלים בפרט. גם היא יוצאת השנה לגימלאות. כשם שיחד הלכו בדרכי החיים עד היום, כך ימשיכו בשביליו מחר. יחד - יד ביד - עם שלושת ילדיהם (יורם, יונתן, רחל) ועם נכדיהם - לעת הזו ארבעה, אך זהו נתון הנתון לשינויים - יעזבו בניין זה היום, כשהם יודעים כי אהבה, רעות והערכה של כל באי הבית הזה, מלווים את דרכם.

תודה.

השופט יצחק זמיר

השופט יצחק זמיר, קודם כל, יום הולדת שמח.

לפני מספר שבועות קיימנו בלשכת עורכי הדין טקס שגרתי שבו מוענק אות הלשכה לחברים אשר קיבלו את רשיון עורך הדין שלהם לפני יובל שנים. עובדה אחת בלטה מאד: הרוב המוחלט של ברי היובל (ביניהם גם מי שבילו חלק גדול משנותיהם המקצועיות כשופטים) נראו נפלא, כמו כל עתידם לפנייהם. מלאי חיוניות, שמחת חיים ופנים טובות. היתכן שהמקצוע הזה, המשפט, מיטיב עם בעליו? והרי לכל אורך חיינו המקצועיים אנו מתייגעים תחת נטל כבד עומסים והחלטות קשות, בין בייעוץ ובין בשיפוט. והנה, למרות זאת, אני שמח לדווח לכל הנוכחים כאן, שגם אחרי יובל שנים במקצוע, פני הדור טובים מאד.

גם השופט יצחק זמיר פורש מכס השיפוט, ואיננו נראה כמי שזקוק לנחמה. הוא רואה, כמו כולנו, את פניהם הטובים של השופטים שפרשו מבית משפט נכבד זה, מי מקרוב ומי יותר מרחוק, ועל פני כולם מתנוססת ההצהרה: יש חיים אחרי השיפוט!

יש אמרה מוזרה בתרבות היהודית, שאין אומרים שבחו של אדם בפניו. בעצם מדוע לא? רק על קברו? הלכה זו יותר מדי מורים כן, אך היא איננה יכולה לעמוד בעניינו של השופט יצחק זמיר. יש גבול.

הביוגרפיה המקצועית של השופט יצחק זמיר נשמעת כמו סיפור אגדה. מעין מודל של קריירה משפטית אולטימטיבית: מורה בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, מנהל המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי באוניברסיטה העברית, דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, היועץ המשפטי לממשלה, דיקן מייסד של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, נשיא מועצת העיתונות, יו"ר העמותה למשפט ציבורי, חתן פרס צלטנר למחקר משפטי, פרס האגודה הישראלית לזכויות האזרח, פרס יו"ר הכנסת לקידום שלטון החוק וערכי הדמוקרטיה. חתן פרס ישראל למשפט. סופר ומחבר פורה. שופט בית המשפט העליון.

ועל כל אלה סבר נעים חביב ואדיב, אוזן קשובה באמת, והרבה חיוך אמיתי ומאחוריהם, תמיד, רצינות תהומית, ענייניות ומקצוענות.

קשה להפריז בתרומתו של יצחק זמיר למשפט הישראלי, הן כחוקר והן כשופט.

כחוקר וכמורה, פיתח פרופ' יצחק זמיר את התורה של שיפוט מסודר והיררכי בעניינים מנהליים. הוא סבר שיש להעביר את רוב העניינים המנהליים לערכאה דיונית, לבית משפט מנהלי, ולמסלול שיפוטי רגיל של דיון ובקרה שיפוטית בערעור. תהליך זה החל להתממש כבר לפני מספר שנים, ולאחרונה הגיע לפרקו עם חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס2000.

כשופט בבית המשפט העליון תרם יצחק זמיר תרומה סגולית בסוגיות רבות. אמנה רק אחדות:

השופט זמיר הוא מפורצי הדרך בסוגיית הבטלות היחסית או החוקיות היחסית במשפט המנהלי. יש אומרים שזוהי הוכחה ניצחת שיש חצי הריון. אבל יותר נכון לראות בהלכה זו מימד של גמישות מתחייבת לשיפוט בעניינים מנהליים. כמו ברוב התחומים האחרים, גם העולם של המעשה המנהלי איננו מורכב רק מצבעי שחור ולבן אלא מהרבה גוונים של אפור. ויש בהחלט מקום להתאים את הביקורת השיפוטית למורכבות הרב-גונית של המעשה המנהלי. בבג"צ 2911/94 **באקי נ. קלעגי** אמר השופט זמיר: "לפי התיאוריה של הבטלות היחסית, יש מקום להתאים את נפקות ההפרה (לרבות הסעד הניתן על ידי בית המשפט) לנסיבות המקרה. והעניין נתון לשיקול הדעת של בית המשפט בכל מקרה. בין היתר עשוי בית המשפט לשקול את חומרת ההפרה; אם מדובר בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה של החלטה; האם החלטה מותקפת על ידי אדם שנפגע במישרין מן החלטה או על ידי אדם אחר; מתי מותקפת החלטה; מה הנזק שנגרם לאדם... ומה הסיכוי לתקן את המעוות...".

השופט זמיר תרם להתלבטות הנצחית על קו התפר שבין המשפט, הפלילי, המנהלי או האזרחי, לבין כללי האתיקה. אין זה מפתיע שלסוגיה זו יש חשיבות מיוחדת בחיים הציבוריים בישראל. ישראל היא דמוקרטיה מערבית, אך היא נעדרת, מטבע הדברים, מסורת שלטונית של ריסון עצמי ושל התנהלות ראויה. בבג"צ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** אמר השופט זמיר כי אמנם שר בהיותו מנהיג "אמור לסמל באישיותו ובהתנהגותו לא רק את השמירה על הדין אלא גם את הטוב והישר שמעבר לדין... אך על בית המשפט לתת דעתו בין השאר גם למציאות החיים, הגורמת לכך שלעיתים הציבור מבקש להיות מיוצג על ידי אדם שאינו מופת להליכות נאות... אכן המשפט הוא הקובע את האתיקה, אולם המשפט אינו יכול ואינו צריך לבוא במקום האתיקה, אלא במידה חלקית באופן נקודתי בתהליך מבוקר וזהיר".

השופט זמיר תרם תרומה חשובה במיוחד לדיון בעבירה המורכבת של הטרדה מינית, עבירה שהיא גם חמורה וגם בעייתית. בפסק הדין עש"מ 6713/96 **מדינת ישראל נ' זוהר בן אשר** הפגין השופט זמיר את יכולתו הסגולית במלאכת מחשבת של טכנאות משפטית משולבת בערכי משפט בסיסיים. הוא ניתח את יסודות הנורמה, בהתייחס במיוחד למעמדו של הפוגע, כעובד מדינה וכמורה, וקבע מסגרת הלכתית ברורה המתווה את הדרך ליישום הדין בעניין מורכב ובעייתי זה.

השופט זמיר השתתף גם ביישומה של המהפכה החוקתית המתחייבת מחוקי היסוד שנחקקו בשנים האחרונות, ולשיטתו, אפילו בהיעדרם. בבג"צ 6055/95 **שגיא צמח נ' שר הביטחון** התייחס השופט זמיר לסוגיית בטלותם של חוקים או סעיפי חוק בלתי חוקתיים. בפסק דין זה קבע בית משפט נכבד זה שתקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי (שעמדה אז על 96 שעות) איננה מידתית. אמר שם השופט זמיר "אכן זכויות אדם ואינטרסים ציבוריים אינם כתפוחי אדמה שניתן לשקול אותם על כפות המאזניים אלא כנגד אלה ולראות בעין מה מכריע את הכף. עם זאת, כיוון שאי-אפשר לשקול צריך להעריך. צריך לעשות מאמץ, בכל מקרה ומקרה, להעריך נכונה את המשקל היחסי של זכויות אדם מזה ושל אינטרסים ציבוריים מזה. האיזון הראוי ביניהם הוא שקובע את המידתיות. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש... גם כאשר ההערכה נותרת שנויה במחלוקת, דרושה הכרעה. ההכרעה

צריכה להתקבל על ידי בית המשפט. זה התפקיד וזו הסמכות של בית המשפט. זו גם המיומנות של בית המשפט."

ובצד נחרצות בהפעלת הסמכות, באה גם זהירות מופלגת: בבג"צ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל** אמר השופט זמיר: "בית המשפט יגלה איפוק שיפוטי ולא יחליף את שיקול דעת המחוקק בשיקול דעתו של המחוקק. עם זאת איפוק שיפוטי אינו שקול כנגד קיפאון שיפוטי. ריסון שיפוטי אסור לו שיביא לשיתוק שיפוטי. כאשר המחוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקי יסוד, והפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה. כשם שאיננו חופשיים לבטל חוק אך משום שלא היינו מחוקקים אותו אילו היינו חברי הגוף המחוקק, כן איננו בני חורין להמנע מביטול חוק אך משום שהמחוקק ראה לנכון לחוקק אותו. עלינו השופטים מוטל התפקיד החוקתי של שמירת אמות המידה לחוקתיות החוק הקובעות בחוקי היסוד ומניעת חריגה מגבולותיהם".

דברים נכוחים שיש לחזור ולהגות בהם, ולהזכיר אותם. יש מעט מאד מדינות בעולם המערבי, שבהן אין לבית המשפט סמכות לבטל חוקים בלתי חוקתיים, או חוקים העומדים בניגוד לנורמות יסוד מקובלות. יש להצטער על ההתקפות הבאות מפעם לפעם מחוגים שונים על בית המשפט העושה את מלאכתו נאמנה בעניין זה. בית המשפט היה חוטא לתפקידו ולשליחותו אלמלא היה מפעיל את סמכותו בעניינים מסוג זה ובעיקר בהגנה על זכויות יסוד.

אגב, אחת ההתקפות המוזרות ביותר שנשמעו לאחרונה על בית המשפט הזה מתייחסת לעובדה שכולכם ורבותי השופטים הנכם, על פי הטענה, בוגרי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית. נדמה לי שבשנים שבהן אתם גבירתי ורבותי למדתם משפט, לא היתה פקולטה אחרת ללימודי משפט בישראל. נדמה לי שאפילו המתלונן הנכבד עצמו חטא באותו חטא מחמת אותו אילוץ עובדתי פשוט.

אמר השופט זמיר על השיפוט בכלל: "אוי לי מיוצרי, אוי לי מיצרי. יוצרי זה הדין... יצרי זה הצדק... אוי לשופט אם עשה דין ללא צדק ואוי לו אם עשה צדק ללא דין. אכן, בדרך כלל מוביל השופט אל הצדק ואם הדין והצדק אינם הולכים יש ביד, עשוי השופט להטות את הדין לצד הצדק, ככל שניתן עד שיפגשו. אולם קורה... והוא אינו יכול להביא אותם זה אל זה. במקרה כזה, ככל שהדבר קשה עליו, אסור לתת ליצרו שיגבר על יוצרו... בלא משפט, בחשבון ארוך ואמיתי אין צדק" (דנ"א 2401/95 **רותי נחמני נ' דניאל נחמני**).

אך טרם עסקנו באירוע שהוא, לעניות דעתי, החשוב ביותר בקריירה המקצועית של יצחק זמיר והוא טרם שבא לבית משפט זה. בקיץ 1986 ניצב היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר כשומר החותם על משמר שלטון החוק בישראל. בפרשת קו 300 התגלו כמה חריגות חמורות ביותר בפעולותיהם של שירותי הבטחון. מדינת חוק נבחנת ביכולתה לאכוף את החוק דווקא במקרים קשים. הימים - ימי ממשלת אחדות לאומית. כדאי לזכור זאת וללמוד את הלקח ההיסטורי שרוב גדול, או כח רב, נוטה לבלבל. הממשלה, בניגוד לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר, החליטה "לסיים את מחול השדים". היועץ המשפטי זמיר סבר שאין מנוס מחקירה פלילית בפרשה זו והורה על חקירה כזו.

נשיא המדינה העניק למעורבים בפרשה חנינה. היועץ המשפטי לממשלה הוחלף. בית משפט נכבד זה דחה את כל העתירות שהוגשו בעניין זה.

ללא כל ספק היתה זו אחת הפרשות הקשות, המורכבות והדרמטיות ביותר שידע המשפט הישראלי מעודו. וככל שכולנו יודעים, להוותנו, לא חסרות כאלה. רבים, ביניהם משפטנים, היסטוריונים, חכמי מדע המדינה, עסקו ועוד יעסקו בפרשה סבוכה ומורכבת זו. כמאמר הקלישאה - ההיסטוריה תשפוט מי צדק, היועץ המשפטי לממשלה שהודח או הממשלה והנשיא שקיבלו גושפנקא של בית המשפט. אך תהא המסקנה אשר תהא, אין ספק שבפרשה זו הפגין יצחק זמיר עמדה מופתית של משרת ציבור נאמן, אמיץ ונחרץ, העומד בעין הסערה וממלא את שליחותו ללא מורא, ואפילו במחיר אישי כבד. זוהי דוגמא אישית המקרינה אל השירות הציבורי בישראל מאז ומדריכה בעיקר את השירות המשפטי העושה מלאכתו באמונה, באומץ ועל פי מצפונו המקצועי. בעשותו כן, נתן יצחק זמיר דוגמא לכולנו, משפטנים מן העבר הזה, מן העבר הזה או מן העבר ההוא. הוא הזכיר לכולנו שאנו שליחי מצווה לנורמות בסיסיות המחייבות אותנו גם בתנאים קשים במיוחד. יצחק נעקד, אך לבסוף נגאל, בא לכאן, והוסיף את תרומתו הסגולית למשפט הישראלי גם כשופט.

תנו רבנו - עלובים ואינם עולבין, שומעין חרפתן ואינן משיבין, עושין מאהבה ושמחים בייסורים, עליהן הכתוב אומר ואוהביו כצאת השמש בגבורתו.

כ"ב ניסן תשס"א
15.4.2001

דברים בטקס הפרישה מבית המשפט העליון

מאת יצחק זמיר

לפני חמישים שנה, כאשר הייתי קרוב להשתחרר מן השרות הצבאי, התלבטתי בשאלה מה אעשה כשאהיה גדול. לאמא שלי לא היה ספק. היא אמרה, מאז הייתי ילד, וחזרה ואמרה: אתה צריך להיות עורך דין. זאת היתה, כמובן, סיבה טובה שלא ארצה ללמוד משפטים. זאת ועוד. היה נראה לי כי לימוד משפטים כמקצוע אינו מתיישב עם תפיסת העולם עליה חונכתי בתנועת הנוער. החינוך שקיבלתי אותם ימים, קודם הקמת

המדינה, לא דגל בהגשמה עצמית, כפי שמקובל היום, אלא במחוייבות חברתית. תורת החינוך אמרה, על רגל אחת, שהפרט משרת את הכלל. בהתאם לכך, המטרה העיקרית היתה, ראשית, הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, ושנית, הקמת חברה יצרנית וצודקת. זאת היתה תמצית המהפכה הציונית. הביטוי המושלם שלה, כפי שנראה באותם ימים רחוקים, היה הקמת קיבוץ חדש באזור שומם של הארץ.

האם תפיסת עולם זאת מתיישבת עם לימוד משפטים? עורך דין נתפס אז בעיני כמין מתווך מיותר בין בעל-דין לבין בית המשפט, אחד מעסקי אוויר שהיו טיפוסיים ליהודי הגלות, להבדיל ממקצוע יצרני בחקלאות, בתעשייה או בבניה, כפי שהולם יהודי חדש שגדל בארץ-ישראל. לכן גם התחלתי ללמוד תחום אחר. אולם שיחק מזלי וחבר שלי, שבעצמו החליט ללמוד פיזיקה, הסביר לי עד כמה אני טועה בתפיסת המשפט. הוא שכנע אותי שכדי לבנות חברה טובה, יצרנית וצודקת, המשפטן נדרש וחשוב לא פחות מן המדען והמהנדס. או אז מצאתי את עצמי לומד בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, שזה מקרוב נוסדה.



שנים לאחר מכן, כאשר סיימתי ללמוד משפטים ונתמנתי מורה זוטר בפקולטה למשפטים, הגיעה אלי פניה ממכון הדסה לייעוץ בבחירת מקצוע. המכון קיבל על עצמו להכין סדרה של חוברות שיציגו בפני אדם צעיר, המחפש את דרכו, מבחר של מקצועות, כל מקצוע והמאפיינים שלו, וביקש ממני להכין את החוברת על המשפטן. ואני, שעוד זכרתי את ההתלבטות הקשה שלי, שנבעה מטעות גדולה בתפיסת המשפט, נענית לבקשת המכון. אני מבקש לקרוא קטע מתוך אותה חוברת שכתבתי אז:

”הבטחון החברתי אינו אלא תכלית אחת [של המשפט]. המשפט שואף, נוסף לזאת, להיות צודק ויעיל. הוא צריך, כפי שאמר אחד מחכמי המשפט, להביא את מירב התועלת למירב האנשים. לכן עליו לבטא בדרך כלל את ההשקפות הרווחות בחברה בדבר הצודק

והרצוי, ומשום כך הוא מאמץ הרבה מצווי המוסר והופך אותם לכללי משפט... המשפט הוא בבואה של החברה. הוא משקף את המסורת והנסיון, את ההשקפות והשאיפות, את השינויים המתמידים בתנאי החיים. יחד עם זאת, הוא משמש מכשיר פעיל לקידום ולעיצוב דמותה של החברה".

המסר שביקשתי להעביר אז היה, שהעיסוק במשפטים אינו רק בגדר מלאכה המפרנסת את בעליה, אלא מעבר לכך, יש בו גם שליחות חברתית. הוא נותן למשפטן אפשרות, ובמקביל הוא מטיל עליו אחריות, לקדם את החברה, לעשות אותה טובה יותר וצודקת יותר לכל אדם. ניתן לדמות את המשפט לתכנית מיתאר של החברה; ואם כך, ניתן לדמות את המשפטן לאדריכל של החברה. מסר זה, מבחינתי, נכון ודרוש היום כמו אז.



זוהי, כמובן, תמונה אידיאלית של המשפט. במציאות, המשפט מורכב ממספר עצום ורב של כללים קטנים שמסדירים הרבה עניינים אפורים, וקשה לראות דרכם את היושר והצדק. אלא מאי? מי שאינו רואה את התכלית המרחפת מעל כל הכללים כמו נשמה יתירה, נשמה טובה, אינו מבין את המשפט ואינו משפטן טוב.

אכן, ברור שלא כל משפטן חש את נשמת המשפט, והמשפטן הרגיל גם לא מחפש אותה. בשביל רוב המשפטנים העיסוק במשפט הוא מקצוע, ורק מקצוע, בלי מסר וללא שליחות. זה טבעי ותקין. אלא מאי? צריך שהמנהיגות המקצועית של הקהילה המשפטית, המעטים המנחים את הרבים, שהם יתייחסו אל המשפטנות לא רק כמקצוע אלא גם כשליחות, שהם יראו את הטעם והתכלית של הכללים, שהם יבינו כי המשפט אינו רק מערכת של כללים אלא קודם כל עולם של ערכים, שהם יחוו עוצמת מחוייבים יום-יום להפעיל את המשפט כדי לקדם את החברה. זה המבחן: אם קיימת לקהילה משפטית מנהיגות מקצועית כזאת, דינו.

כיצד, אם כן, עומדת הקהילה המשפטית בישראל במבחן זה? התשובה היא, כי ישראל זכתה, מאז ומתמיד, למנהיגות מצויינת בתחום המשפט, במיוחד במערכת של בתי המשפט ובמערכת של משרד המשפטים.



כדי להבין כדאי לחזור רגע אל הימים של ראשית המדינה. אלה היו ימים קשים מאוד למדינה: ימים של סכנה נמשכת לעצם הקיום הלאומי, בצד קליטת עליה המונית, בהעדר משאבים כספיים, והקמת משק וחברה כמעט יש מאין. אלה היו ימים קשים מאוד גם למערכת המשפטית: מערכת שהיתה מורכבת בעיקר מחוקים קולוניאליים אשר העניקו סמכויות עצומות לשלטון, סמכויות שהשלטון רצה בהן ונזקק להן, ולא התיימרו כלל לכבד את זכויות האדם. אלה החוקים שהופקדו בידי השופטים, רובם חסרי נסיון בשפיטה, ללא תמיכה של חוקה וללא מסורת דמוקרטית. לפי כל ספר לימוד, וכך אף לפי השכל הפשוט, אלה היו תנאים מובהקים לשלטון אוטוקרטי, שכרגיל הוא משעבד את זכויות האדם בשם האינטרס הלאומי. והנה, אף-על-פי כן, בית המשפט העליון של אותם ימים הצליח להשליט בישראל את שלטון החוק: להניח את היסודות של זכויות האדם, בראש ובראשונה החירות האישית וחופש הביטוי, ולהכפיף את הממשלה, לא רק ללשון החוק, אלא גם לעקרונות שבתוך החוק: הגינות, שוויון וסבירות. כל זה נעשה על ידי השופטים תוך שנים ספורות באומץ ובנחרצות, ועם זאת בתבונה מדינית ורגישות אנושית.

ההישג נראה לנו היום מובן מאליו, כאילו תמיד היה בידינו. ואין זה כך. כדי להעריך את מה שיש בידינו, צריך להסתכל סביב, לא רק למדינות קרובות אלא גם למדינות רחוקות. וכי כמה מדינות, במיוחד מקרב המדינות הרבות שקמו לאחר מלחמת

העולם השניה, יש בהן מערכת של בתי משפט כפי שיש בישראל: מערכת שהיא כל כך עצמאית, גם כלפי כוח השלטון וגם כלפי כוח ההון; שהיא פועלת בנקיון כפיים מוחלט, ללא שיקולים זרים; שהיא מודרכת על ידי ערכים של כבוד האדם והגינות הממשל; שהיא מצליחה להחדיר ערכים אלה לממשל ולחברה.

בית המשפט העליון של ימים ראשונים התווה את הדרך, במנהיגות משפטית למופת, ובתי המשפט בשנים שלאחר מכן המשיכו באותה דרך. אין ספק, המערכת של בתי המשפט מגלמת את אחד ההישגים הגדולים של מדינת ישראל.



בצד בתי המשפט צמחה מנהיגות משפטית מצויינת גם במשרד המשפטים. שם התפתח המוסד של היועץ המשפטי לממשלה, שהוא מוסד ייחודי הזוכה להערכה רבה במדינות אחרות, ולידו המוסד של פרקליט המדינה, שאף הוא מיוחד במינו. הם שונים ממוסדות מקבילים במדינות אחרות, בין היתר, משום שהם, על אף היותם חלק מן הממשלה, שומרים על עצמאות מוחלטת כלפי הממשלה. הם פועלים מבפנים, עם צוות מצויין של פרקליטים ויועצים משפטיים, כדי לרסן את כוח השררה ולהנחות אותו ברוח שלטון החוק. הם מנהלים מאבק יומיומי על ערכים של כבוד האדם, שוויון והגינות. עיקר עבודתם אינה נעשית בפומבי, להבדיל מבתי המשפט, אלא בדיונים פנימיים. צריך להכיר אותם מקרוב כדי לדעת את גודל התרומה שלהם לקיום ממשל תקין והוגן בישראל.

אכן, אם מנהיגות משפטית היא מבחן לקהילה המשפטית, יש לומר כי מדינת ישראל הצטיינה במבחן. בזכות פעולה משותפת, של המנהיגות בבית המשפט מצד אחד והמנהיגות במשרד המשפטים מצד שני, נעשתה ישראל, על אף כל הקשיים והמשברים שפקדו אותה, אחת המדינות הנאורות בעולם.



ומדוע אני אומר כל זאת? לא הייתי בא לשבח את המערכת של בתי המשפט ואת המערכת שבמשרד המשפטים אילולא ראיתי צורך להתריע בפני סכנה המאיימת על שתי המערכות. ההישגים הגדולים של מערכות אלה אינם נכסי צאן ברזל. היסודות עליהם הן בנויות עדיין רופפים. אם לא נדע לתמוך בהן, הן עלולות להתמוטט. קשה לבנות וקל להרוס. והיום, יותר מאי-פעם, קמו על שתי המערכות גורמים שמאיימים להרוס אותן.

יש, כמובן, מקום לביקורת על המערכת של אכיפת המשפט, גם על בית המשפט, גם על היועץ המשפטי לממשלה, גם על פרקליטת המדינה. המערכות אינן מושלמות. הביקורת היא סם חיים למערכות אלה, כמו לכל מוסד אחר, ואכן תמיד הן היו חשופות לביקורת. אולם יש להבדיל בין ביקורת לבין התקפה. ביקורת מבקשת לתקן ולשפר; התקפה נועדה לפגוע ולהרוס. לאחרונה, בצד הביקורת, אנו עדים להתקפה, התקפה פרועה, על המערכות של אכיפת המשפט. ההתקפה נראית לעתים כהתקפה אישית נגד פלוני או פלמוני, ולא כהתקפה נגד המערכת, וצופה תמים עשוי לחשוב שדי יהיה להחליף איש אחד באיש אחר, טוב ממנו, וכל הבעיה תיפתר. אולם טעות היא לחשוב כך. ההתקפה, בעיקרה, אינה אישית. אמנם שרות הבטחון רואה צורך להעמיד שומרי ראש לנשיא בית המשפט העליון. אולם הסכנה אינה אורבת רק לו באופן אישי. צריך לקרוא היטב את הכתובת על הקיר. זו אינה כתובת אישית של שופט מסויים, אף לא כתובת של בית המשפט כמוסד, אלא כתובת נעלמה של ערכים, הלא הם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אלה הם ערכים של עצמאות מקצועית שאינה מתבטלת מפני אינטרסים של אישים או קבוצות; של כיבוד החירות, השוויון והסובלנות, גם כלפי אדם או מיעוט שאינו אהוד; של יושר, הגינות ואחריות מצד אישי ציבור. ערכים אלה הם המטרה האמיתית של ההתקפה. הדרישה לשנות את שיטת

הבחירה של השופטים, הכוונה להפקיע סמכויות מבית המשפט העליון ולהפקיד אותן בידי בית משפט לחוקה שייבחר כפי שייבחר, האפשרות למנות יועץ המשפטי לממשלה שיהיה יותר קרוב ויותר גמיש, כל אלה אינן אלא דרכים שנועדו להוביל אל אותה מטרה: להיפטר מעונשם של אותם ערכים שהם עיקר בשלטון החוק. בית המשפט, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה הם קו הגנה ראשון לערכים אלה. לכן הם ניצבים זה בצד זה, לאורך אותה חזית, מול פני ההתקפה.



ההתקפה על המערכת של אכיפת המשפט מתבססת בעיקרה על טענות שאין בהן טעם. עצם החקירה נגד איש ציבור שנחשד בפלילים עשויה, לפי הטענה, להיות רדיפה מתוך מניעים פסולים. הזיכוי של איש ציבור על ידי בית המשפט מובא כהוכחה חותכת לשיקול דעת מופרך של פרקליטות המדינה. ואפילו הרשעה בפלילים אינה מפריכה את הטענה, שכן גם מי שנמצא אשם עדיין מוחזק זכאי, שנפל קורבן לעיוות דין. אפשר להפריך טענות אלה אחת לאחת. מי שמיטיב להכיר את היועץ המשפטי לממשלה, את פרקליטת המדינה, ואת הפרקליטים והיועצים הפועלים מטעמם, יודע שהם עובדי ציבור מקצועיים, ברמה גבוהה, מסורים לערכים של שלטון החוק ונאמנים לתפקיד שהמדינה הטילה עליהם.

אולם הכוח שבהתקפה על המערכת של אכיפת המשפט אינו טמון בטענות, אף אינו תלוי בטענות, אלא הוא נובע מן הכוח עצמו, כוח פוליטי וכוח חברתי. גורמים רבי-כוח חברו יחד באיום על שלטון החוק. אי-אפשר להתגונן מפני איום זה רק עם שומרי ראש. גם תהיה זו טעות לסמוך בעניין זה רק על השופטים, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה. הם, בוודאי, ימשיכו ככל שיוכלו לעשות את מלאכתם נאמנה. אך המציאות המשפטית היא, שאין חוקה שתגן על העצמאות שלהם. הסמכויות שלהם אינן מוגנות מפני שינוי על ידי חוק. ואין להם קול בכנסת. בפועל אין להם אלא הקול של

הציבור. היכן הקול? לאחרונה נשמעת טענה שבית המשפט מאבד את התמיכה של הציבור. לדעתי, זאת תעמולה, ואין לה יסוד. ככל שניתן לבדוק ולהעריך, בית המשפט נהנה מאמון רחב ועמוק בציבור, אף יותר מאשר בתי משפט במדינות אחרות. הציבור יודע כי המאבק של בית המשפט הוא בפועל המאבק של הציבור, מטעם הציבור, למען הציבור. לכן, מול פני ההתקפה על המערכת של אכיפת המשפט, צריך הציבור, בראש ובראשונה ציבור עורכי הדין והאקדמיה המשפטית, להתייצב אף הוא בחזית.



ההתקפה על המערכת של אכיפת המשפט היא בפועל התקפה על מערכת המשפט עצמה, שכן אין קיום למערכת המשפט ללא אכיפת משפט. וההתקפה על מערכת המשפט היא בפועל התקפה על יסודות החברה, שכן אין קיום לחברה ללא משפט. כך בכל חברה וחברה בכל אתר ואתר. וכך במיוחד בישראל כיום. החברה בישראל פלורליסטית מאד: היא מורכבת מקבוצות שונות מאד ונבדלות מאד זו מזו. בעצם, יותר מאשר היא מורכבת, הרי היא מפולגת. היא מפולגת בין יהודים לבין ערבים; בין דתיים, ובמיוחד חרדים, לבין חילוניים; בין עדות מערב לבין עדות מזרח; בין תושבים ותיקים לבין עולים חדשים; בין משפחות מבוססות לבין מובטלים ועניים. מהו, בכל זאת, המכנה המשותף שיכול לעשות את כל אלה חברה אחת, שכולם יוכלו לחיות בה בהרמוניה, אלה לצד אלה, לאורך שנים? יש מכנה משותף אחד, ואולי רק אחד, שכולם יכולים לקבל על עצמם, בהבנה וברצון, ולהקים עליו חברה משותפת, והוא המשפט. באין משפט ייפרע עם. לכן המשפט הוא בנפשנו. מי שחותר תחת המשפט, מערער את יסודות החברה.



עם זאת, יש להוסיף, כדי שהמשפט יהיה מכנה משותף, ויצליח להחזיק יחד את המרכיבים של החברה, הוא חייב להתאים עצמו לפלורליזם החברתי. הפלורליזם מציג

שתי דרישות בסיסיות: האחת - שוויון בפני החוק; השנייה - סובלנות במסגרת החוק. הסובלנות, כמו השוויון, היא אחד הערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. היא נדרשת, לא כלפי מי שדומה לנו ומקובל בחברה, אלא כלפי מי ששונה מאתנו ומעורר הסתייגות; היא מחייבת לכבד את השונות שלו; היא מצווה לתת לו, כיחיד או קבוצה, הזדמנות נאותה, ומעבר לכך גם לסייע לו, לבטא את עצמו. סובלנות כזאת עשויה למנוע, או לפחות להחליש, מתח, עוינות והתנגשות. אמנם הסובלנות תלויה בעיקר בחינוך. אך המשפט אינו פטור ממנה. יתירה מזאת. בתנאים השוררים בישראל נראה כי המשפט הוא דרך ראשית לקדם את הסובלנות. וכך אמרתי לענין זה בפסק דין שניתן זה מקרוב (בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, טרם פורסם, בפיסקה 29):

"יש שהשוני מוסיף ולא גורע. בחברה דמוקרטית זכות היא לקבוצות שונות בציבור, לרבות קבוצות מיעוט דחיות, לבטא את עצמן בתחום התרבות, הדת והמסורת, כל קבוצה בדרכה. איש באמונתו יחיה. לא זו בלבד. יתרון הוא גם לחברה, שיש בה מגוון של תפיסות, אורחות חיים ומוסדות. המגוון מעשיר. הוא מבטא מציאות חיים, הוא תורם לשיפור החיים, הוא נותן משמעות מעשית לחופש. החופש הוא בחירה. ללא אפשרות של בחירה בין דרכים שונות, החופש של אדם לבחור את דרכו הוא רק מליצה. זה עיקרו של הפלורליזם, שהוא מרכיב חיוני ומרכזי של חברה דמוקרטית, לא רק במישור הפוליטי, אלא גם במישור התרבותי, לרבות במישור הדתי: מגוון של דרכים ואפשרות לבחור ביניהן".

אין ספק. כמו ערכים אחרים שבית המשפט מבקש לבטא ולקדם, גם הערך של סובלנות עשוי לעורר תרעומת, בעיקר כאשר הוא משרת קבוצה שנויה במחלוקת. אף-

על-פי כן, חזקה על בית המשפט שלא יירתע, וימשיך בדרך בה הוא הולך מאז ומתמיד,
במאבק על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
