המשפט העברי בין משפט לצדק – עיון בפסיקתו של השופט י׳ טירקל

מאת

נעם סולברג וחגי שלזינגר*

מאמר זה מבקש לנתח את אופן השימוש שעשה השופט יעקב טירקל במקורות המשפט העברי במסגרת פסיקתו, באמצעות ניתוח ספרותי־טקסטואלי של שמונה פסקי דין שבהם התבסס בהכרעתו גם על מקורות המשפט העברי. לאור המחלוקת האידאולוגית המפורסמת שבין השופטים מנחם אלון ואהרן ברק על מקומו של המשפט העברי בדין הישראלי, אנו טוענים שהשופט טירקל לא היה ״אידאולוג״ של המשפט העברי: הוא לא ביקש בפסקי הדין שלו לבסס את הדין הישראלי על אדני הדין העברי. לעומת זאת, השופט טירקל ראה במקורות הללו אוצר תרבותי־ערכי, שעשוי לשמש כמצפן לשופט בצמתים שונים של עבודתו השיפוטית. השופט טירקל פונה אפוא לא אל הדוקטרינה של הדין העברי עצמו, אלא למערכת הערכים שהוא מזהה מבעד לדוקטרינה.

להבנת גישה זו והדגמתה, אנו עורכים עיון טקסטואלי וספרותי בפסקי דין של השופט טירקל, העוסקים במגוון תחומים, ובהם שימוש מעמיק או ייחודי במקורות המשפט העברי. אחדים מפסקי הדין הללו עוסקים במצבים שבהם השופט מוצא את עצמו מתלבט בין שורת הדין לבין תחושת הצדק הפנימית שלו. הדילמה בדבר היחס שבין הדין החל ובין הצדק במקרה הקונקרטי עתיקת יומין; כאשר השופט טירקל נתקל בהתלבטות מעין זו, ניתן לראות כי פנה אל מקורות המשפט העברי כדי למצוא מתוכם פתרון ערכי לסיטואציה. תופעה זו ניכרת במיוחד על רקע חוות דעת נוספות בחלק מפסקי הדין הללו, שבהם שופטים אחרים במותב עושים שימוש במקורות הדוקטרינריים של המשפט העברי, ומגיעים לתוצאות אחרות. פסקי דין נוספים עוסקים במצבים שבהם נדרשת הכרעה ערכית, ובעיקר כאשר נדרש מתן פרשנות לדבר חקיקה או למושג שסתום.

---

* **נעם סולברג**, שופט בית המשפט העליון.
חגי שלזינגר, תלמיד לתואר שלישי במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. בעת כתיבת המאמר שימש עוזר משפטי לשופט נעם סולברג, בית המשפט העליון.
מאמר זה, בשינויים קלים, פורסם ב**ספר יעקב טירקל** (תש״פ), עמ׳ 183, תחת הכותרת: ״המשפט העברי: בין נומוס לנרטיב, בין משפט לצדק, בין דין לרחמים – על המשפט העברי בפסיקתו של השופט י׳ טירקל״.

א. מבוא. ב. על עשיית משפט וחיפוש צדק. ג. היחס בין דין לצדק בתפיסתו של השופט יעקב טירקל. ד. המשפט העברי בפסיקתו של השופט יעקב טירקל: עיון טקסטואלי; 1. רע״א 6339/97 רוקר נ׳ סלומון; 2. ע״א 8034/95 מאור – חברה לדלק בע״מ נ׳ ג׳ון; 3. ע״א 350/96 וייסר נ׳ שביט; 4. ע״א 2000/97 לינדורן נ׳ קרנית; 5. בג״ץ 5319/97 קוגן נ׳ הפרקליט הצבאי הראשי; 6. בג״ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ׳ ראש־הממשלה; 7. רע״א 6810/97 בן שושן נ׳ בן שושן; 8. רע״א 7700/95 נגולה נ׳ חזן. ה. **סיכום.**

א. מבוא

קולמוסים רבים נשתברו בדיון על שאלת מקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי; רק חלקם נדרשו לשאלה באיזה אופן יהיה זה הולם לעשות שימוש במשפט העברי. שאלה זו מצויה ברקע של מאמר זה, שבו נבקש לנתח את פסיקתו של השופט יעקב טירקל במה שנוגע למשפט העברי בעשייתו השיפוטית. נבקש להראות כי גישתו של השופט טירקל למקורות המשפט העברי היא ייחודית ומבוססת על ראיית מקורות אלו ככלי עזר פוטנציאלי להיחלץ מן המתח, העולה מפעם לפעם במלאכת עשיית הדין, בין שורת הדין לבין התוצאה הצודקת, זאת בניגוד לשימוש ״אידאולוגי״ במשפט העברי, במסגרת המאבק על אופייה היהודי של המדינה אל מול אופייה הדמוקרטי. לאחר שנפנה את הזרקור לכמה אמירות מפורשות של השופט טירקל בהקשר הזה, עיקרו של המאמר יוקדש לניתוח טקסטואלי של שמונה פסקי דין שבהם עושה השופט טירקל שימוש במשפט העברי, אשר דרכם תודגם טענה זו.

את המאמר נפתח בסקירה היסטורית־רעיונית קצרה על תולדות הוויכוח בדבר מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה, שתשמש מבוא לדברים. לאחר מכן נקדיש כמה מילים לדילמה שבין פסיקה על פי הדין לבין עשיית צדק במקרה הקונקרטי, ונראה כיצד התייחס השופט טירקל לדילמה זו. נראה כי התייחסותו העקרונית לכך נסמכה גם על האופן שבו הוא מבין את תורת המשפט של המשפט העברי בהקשר זה. בעקבות הדיון הזה נפנה לשמונה פסקי דין שבהם עשה השופט טירקל שימוש במשפט העברי. נראה, כי השופט טירקל מיעט לעשות שימוש במשפט העברי הדוקטרינרי, רק על מנת לבסס את הדוקטרינה המשפטית שאותה הוא מפתח, וכי מובאותיו מהמשפט העברי נועדו להתמודד, במגוון אופנים, עם הדילמה שבין שורת הדין לצדק הקונקרטי.

נפתח אפוא בהקדמה על הוויכוח האידאולוגי בדבר מקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי. משחר לידתו של המונח ״משפט עברי״ נכרכה בו אידאולוגיה מסוימת. ביטוי זה – כתחליף למונח המסורתי: ההלכה – נטבע בשנות העשרים של המאה הקודמת על ידי פעילים ציונים, ששקדו לפעול למען כינונו של משפט לאומי על בסיס ההלכה היהודית, באשר היא שיקפה לדעתם את המשפט שפיתח העם היהודי. אין זה המקום להכביר מילים על הגלגולים ההיסטוריים של התנועה למען המשפט העברי,

ואף לא על הגוונים ותתי־הגוונים של הגישות האידאולוגיות למען קידומו.[1] ואולם, ברי כי יוצריו של המונח ״משפט עברי״ ייחסו חשיבות עקרונית – מסיבות תרבותיות, לאומיות או דתיות – לביסוס המשפט של המדינה היהודית העתידה לקום על אדני ההלכה היהודית, במובן כזה או אחר. משמעות הדבר היא שהדיון הראשוני סביב השימוש במשפט העברי הוא אידאולוגי: המצדדים בשימוש במשפט העברי ראו בכך ערך אידאולוגי, והמתנגדים לכך היו מצוידים אף הם בטענות אידאולוגיות מצידם.

כידוע, הניסיון לבסס את המשפט הישראלי באופן ישיר על המשפט העברי לא צלח, אך המטען האידאולוגי שליווה את ״המשפט העברי״ המשיך ללוותו גם לאחר קום המדינה. ויכוחים באשר לחשיבות ההישענות על המשפט העברי התלקחו הן במסגרת הליכי חקיקה והן במסגרת ההלכה הפסוקה. ויכוחים אלו הגיעו לשיאם לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט, התש״ם–1980; או אז נחלקו נשיא בית המשפט העליון א׳ ברק והמשנה לנשיא מ׳ אלון בשאלה אם החוק מטיל חובה על בית המשפט להיזקק למשפט העברי אם לאו, ובאילו מצבים.[2]

הרקע האידאולוגי העומד מאחורי השימוש במשפט העברי משפיע גם על אופי השימוש בו במסגרת המשפט הישראלי. אידאולוגיה הגורסת כי המשפט העברי הוא יציר רוחו של העם היהודי ועל כן יש לכונן על בסיסו, ככל הניתן, את המשפט הנוהג במדינה היהודית, תתמקד מטבעה במשפט הנוהג – בגופי הדינים שבמשפט העברי, בדוקטרינות המשפטיות – ותנסה לבחון אם ניתן לבסס עליו דין מודרני. הדבר רלוונטי יותר למאמצי חקיקה ברוח המשפט העברי, אך נכון גם במסגרת העשייה השיפוטית. שופטים המחזיקים באידאולוגיה המצדדת במשפט העברי יתורו בשיטת משפט זו אחר פתרונות

---

1 לסקירת הוויכוח האידאולוגי במבט־על ראו מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (תשע״ח) בעמ׳ 77–123. באשר לוויכוחים הפנימיים בין הגישות השונות בתוך תנועת המשפט העברי ראו עמיחי רדזינר, ״המשפט העברי׳ בין ׳לאומי׳ ל׳דתי׳: הדילמה של התנועה הדתית־לאומית״, **מחקרי משפט** כו (תש״ע) 91. להרחבה ראו עוד רונן שמיר, ״לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי״, **רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** (מנחם מאוטנר ואח׳ עורכים, תשנ״ח) 589; אסף לחובסקי, ״משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ־ישראל המנדטורית״, **רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** (מנחם מאוטנר ואח׳ עורכים, תשנ״ח) 633.

2 הוויכוח נגע לא רק לחוק יסודות המשפט, אלא גם לפרשנות הביטוי ״מדינה יהודית ודמוקרטית״ שעוגן בחוקי היסוד כעבור עשור. למחלוקת שנדונה במסגרת הפסיקה ראו ד״נ 13/80 **הנדלס נ׳ בנק קופת עם בע״מ**, פ״ד לה(2) 785 (1981); ד״נ 40/80 **קניג נ׳ כהן**, פ״ד לו(3) 701, בעמ׳ 725, 733 (1982); בג״ץ 1635/90 **ז׳רז׳בסקי נ׳ ראש ממשלת ישראל**, פ״ד מה(1) 749, בעמ׳ 780, 860 (1991). המחלוקת בין ברק לאלון נדונה גם בזירה האקדמית. ראו למשל אהרן ברק, ״חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל״, **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ״ז) 265; מנחם אלון, **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** כרך שלישי (מהדורה שלישית, תשמ״ח); מנחם אלון, ״עוד לעניין חוק יסודות המשפט״, **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ״ז) 227; מנחם אלון, ״דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו״, **עיוני משפט** (תשנ״ג) 659.

משפטיים מעשיים לסוגיות התקדימיות המונחות לפניהם, וינסו להשתית עליהם את הכרעתם.[3]

המטען האידאולוגי בוויכוח על מקומו של המשפט העברי הוביל גם לכך שהוויכוח נסב על מושג הערך או החובה - אם יש ערך בביסוס המשפט המודרני על אדני המשפט העברי, ואם קיימת חובה, לאור חוק יסודות המשפט, לעשות כן. ואולם, משנתפזרו עננֵי האבק לאחר שוך הקרבות על פרשנותו של חוק יסודות המשפט, מתברר כי ניתן להתייחס לשימוש במשפט העברי לאו דווקא במונחים של חובה אלא כהזדמנות, כאפשרות או כזכות. המשפט העברי הוא, מצד אחד, שיטת משפט עתיקת יומין שניתן למצוא בה התייחסות לדילמות משפטיות בנות זמננו, ושאינה מבוססת בהכרח על אותן הנחות יסוד של המשפט האנגלו־אמריקאי, ומצד אחר הוא נכס תרבותי של העם היהודי, אשר משמש מרכיב מרכזי בהבניית זהותו. בהיותו שילוב של כל אלה, הוא מזמין את המשפטן להתבונן בו באופן משוחרר מן העול המכביד־קמעא של האידאולוגיה, במבט אשר עשוי להאיר את עיניו.[4] נפתחה אפוא האפשרות להשתמש במשפט העברי כמשפט משווה: לבטח לא ייגרע חלקו של המשפט העברי מכל שיטת משפט אחרת, שמכוח העיון המשווה בה ניתן להפרות את החשיבה; חלקו עשוי וראוי להיות אף גדול יותר, במובהק, בהיותו מתוצריו של העם היהודי, שנכתב על ידי בני העם, בשפתו־שלו, לשימושו, לעיון, ללימוד, להלכה ולמעשה, בכל דור ודור, במשך אלפי שנים, בארץ ישראל ובגלות, כמעט בכל אתר ואתר. כדברים הללו אמרתי (נ״ס) במקום אחר:[5]

> הצינור הפורמלי להיזקקותנו אל המשפט העברי, סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש״ם–1980, קובע לאמר: ״ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל״. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היתווה בסעיף 2 את מטרתו, לעגן ״את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית״. דומה כי אין צורך להתפלמס על מידת **מחויבותו** של

---

3 עם זאת, תפיסה הרואה ערך תרבותי בשילוב המשפט העברי יכולה להסתפק במופעים רטוריים של המשפט העברי, ובלבד שהם מעגנים את הזיקה התרבותית של המשפט הישראלי אליו. בהקשר זה מעניין השיח סביב ביטויים וניבי לשון משפטיים שהמחוקק בחר להשתמש בהם במסגרת החקיקה המודרנית, כגון ״עשיית עושר ולא במשפט״. ראו למשל בנימין פורת, ״תום לב: עיון מושגי והשוואתי״, **משפטים** מה 603 (תשע״ו) בעמ׳ 605–606.

4 נדמה כי ראשון שעמד על פרשנות אפשרית זו לחוק יסודות המשפט היה חנינה בן מנחם. ראו חנינה בן מנחם, ״חוק יסודות המשפט, תש״ם–1980 — חובת ציות או חובת היוועצות?״, **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ״ז) 257. וראו למשל חנוך דגן, ״דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם״, **משפט והיסטוריה** (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, תשנ״ט) 165; אריה אדרעי, ״מדוע לנו משפט עברי״, **עיוני משפט** כה (תשס״א) 467.

5 ע״א 8954/11 **פלוני נ׳ פלונית**, פסקה 135 (פורסם בנבו, 2014).

> המשפט העברי בשיטת המשפט הישראלי. **זכות** היא לנו שמסורת המשפט הישראלי איננה מתחילה בשנת תש״ח, עם קום המדינה, אלא יסודה במסורת בת אלפי שנים. מדיניות משפטית ישראלית ראויה, היא זו אשר עושה אוזנה כאפרכסת ומאזינה לרחשי הלב של המשפט העברי, ומעניקה מקום של כבוד לשמירה על פרטיותו של האדם. כדברי הנשיא א׳ ברק: ״הפנייה לערכי היסוד של המשפט העברי אינה פנייה אל משפט משווה. זו פנייה אל משפט ישראל. זו פניית חובה״.[6]

המעבר מפריזמת החובה לפריזמת הזכות משפיע ממילא גם על טיב השימוש במשפט העברי: בעוד השימוש האידאולוגי במשפט העברי התמקד כאמור בפנייה לדוקטרינות המשפטיות עצמן, הרי ששימוש מן הסוג האחרון עשוי לפנות לאו דווקא אל הדין המעשי, אלא אל ערכי היסוד ושיקולי המדיניות המשפטית המונחים בבסיסו, ולבחון אותם לאור התפיסות של המשפט המודרני.[7] חשיבה כזו על המשפט העברי מאפשרת להימנע מן העיסוק בשאלה אם ההסדרים המעשיים שבמשפט העברי מתאימים לקליטה בעולם המודרני – שאלה המרתיעה לא מעטים מן השימוש במשפט העברי – ועדיין יש בכוחה ליהנות מפירות העיון כחלק מתהליך היצירה של ההסדר המשפטי המעשי המודרני.[8]

---

6 ציטוט מתוך אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (תשנ״ד) 290. במקום אחר, לאחר סקירת המחלוקת בין השופט מנחם אלון ז״ל ובין השופט אהרן ברק יבל״א בנוגע לחוק יסודות המשפט, והמחלוקת בתוככי המגרש הפנים־דתי בין השופט אלון ז״ל ובין השופט אנגלרד יבל״א אמרתי (נ״ס), כי ״אין בידינו חובה לפרש את חוקינו על פי המשפט העברי, אלא את האפשרות, ובעיקר את הזכות לעשות כן. אנו חיים במדינה שאינה משתיתה את חוקיה על המשפט העברי, אך טעות היא לחשוב, שמדינת ישראל מתנכרת לערכים הגלומים בו. הזכות, לא החובה, היא זו שצריכה לעמוד לנגד עינינו. הויכוח בין ברק ואלון ומקבילו הפנים־דתי בין אלון לאנגלרד, התמקד בפירוש מושג החובה. הראשון התמקד בפירושה של החובה המשפטית, והשני התמקד בפירוש החובה הדתית. אני מציע לזנוח, לפחות לעת־עתה, את העיסוק במושג החובה; ולאמץ במקומו את מושג הזכות. החובה – מרחיקה; הזכות – מקרבת״ (״המשפט העברי – לאן?״ דברים בטקס הענקת אות יקיר המשפט העברי לשנת תשע״ה, **שו״ת ועו״ד** (תשע״ה) 7).

7 ראו דגן, לעיל הערה 4, המשווה בין תפיסת הקניין במשפט העברי לתפיסת הקניין במשפט המערבי לאור דיני עשיית עושר ולא במשפט; כמו כן ראו בנימין פורת, ״תום הלב בפרשנות החוזה – עיון תלמודי בהשוואה למשפט הישראלי״, **משפטים** לט (תש״ע) 419. בהקשר השיפוטי, ניתן להפנות לכמה דוגמאות שבהן עושה בית המשפט שימוש במשפט העברי, לא באמצעות אימוץ הדין הקבוע בו, אלא באמצעות התבוננות בערכי היסוד שעליהם הוא מושתת, אגב שימת לב לפער שבין המשפט העברי למשפט הישראלי. ראו ע״פ 6392/13 **מדינת ישראל נ׳ קריאף**, פסקאות 5–8 לחוות דעתו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 2015) (ראיות נסיבתיות); ע״פ 4784/13 **סומך נ׳ מדינת ישראל**, פסקאות 192–194 לחוות דעתי (פורסם בנבו, 2016) (הגנה עצמית).

8 נקודה זו כוחה יפה גם לעיסוק במשפט משווה ״קלסי״; השוו דפנה ברק־ארז, ״משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים״, **דין ודברים** ד (תשס״ח)

בהקשר זה כדאי להעיר הערה נוספת. העיון במשפט העברי כמשפט משווה ומעורר השראה, אף אם באופן ייחודי בשל הזיקה התרבותית שלו לעם היהודי, כמוהו בהיבט זה ככל עיון משווה: עיון בדוקטרינה שהתפתחה במסגרת שיטה מקבילה וביסודותיה האנליטיים, על מנת לבחון את יתרונותיה וחסרונותיה – כמו גם את היתרונות והחסרונות של השיטה המקומית. נקודת מבט זו היא חיצונית למשפט העברי: המתבונן עושה כן כשהוא נטוע בשיטת המשפט הישראלית, וממנה הוא משקיף החוצה, אל עבר המשפט העברי. אפשר ששופט יכיר את המשפט העברי היטב ואף יחוש בן בית אצלו, ואף על פי כן כאשר הוא יושב על מדין כשופט בבית המשפט, נקודת המוצא שלו היא המשפט הישראלי, והוא מעיין ומשקיף החוצה אל עבר המשפט העברי.

ב. על עשיית משפט וחיפוש צדק

עד כה התייחסנו למשפט העברי כאל שיטת משפט שניתן לעשות בה שימוש משווה, כדרך שמעיינים בשיטת משפט מודרנית, ואף הצבענו על כך שהעיון בשיטה זו דווקא מלווה ביתרון של היזקקות ליצירה התרבותית הייחודית של העם היהודי. גם אם אין לייחס ערך או חובה להיזקקות זו בגדרי המשפט הישראלי, ניתן בהחלט לראות בכך הזדמנות או זכות. ואכן, דומה כי ניתן לראות התייחסות כזו אל המשפט העברי בפסיקתם של שופטים רבים: מבלי להרבות במילים על החובה או על החשיבות האידאולוגית של השימוש במשפט העברי, מעיינים הם בו ודולים מים מבארותיו.

ואולם, הדין אינו נחתך באמצעות השוואת דוקטרינות וניתוח אנליטי בלבד. מלאכת עשיית הדין כרוכה באופן אינהרנטי במתח שבין ההיצמדות לדין ולכללים המשפטיים לבין השאיפה לעשות משפט צדק, להגיע לתוצאה ההולמת והצודקת ביותר בנסיבות העניין. המתח בין הכלל המשפטי לבין הצדק בנסיבות קונקרטיות הוא עתיק יומין,[9] והוא בא לידי ביטוי באופנים מגוונים אצל שופטים שונים ובהתאם לנסיבות המאפיינות כל עניין ועניין. לעיתים הדבר בא לידי ביטוי כאשר עולה שאלה תקדימית הדורשת

81; ובהקשר של המשפט העברי, אביעד הכהן, ״האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי״, **ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה** (דפנה ברק־ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, תשס״ט) 113, בעמ׳ 118.

9 ראו למשל אהרן ברק, ״על משפט, שיפוט וצדק״, **משפטים** כז (תשנ״ו) 5; נעם סולברג, ״שמרו משפט ועשו צדקה״, **דין ודברים** ח (תשע״ד) 13. במסגרת מסורת המשפט העברי יש גישות שונות באשר לסמכותו של השופט לסטות מן הדין בשל שיקולים קונקרטיים של צדק או מדיניות משפטית; ראו למשל חנינה בן מנחם, ״יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין״, **שנתון המשפט העברי** ח (התשמ״א) 113. במאמר זה איננו מתיימרים לבחון מהו הפתרון הראוי למתח הזה, אלא מצביעים על תפקידו של המשפט העברי במסגרת הדיון של השופט טירקל בדילמות מעין אלו.

הכרעה ערכית מורכבת; ולעיתים מדובר במתדיין קשה־יום, העומד מול פניה הנוקשות של מידת הדין. אומנם הכרעה על פי עקרונות, ערכים ותחושת צדק אינה נעשית בחלל ריק, אלא מתבצעת בכל מקרה לגופו, בתוך המסגרת הנורמטיבית הקיימת. השופט אינו נאבק אפוא רק בינו לבין עצמו באשר להכרעה הצודקת; הוא עושה כן במסגרת האפשרויות שהדין מתווה לו במקרה הנדון. כאשר שופט נדרש להכרעות מסוג זה, הערכים שעליהם גדל ולאורם הוא חי, במודע ושלא במודע, משמשים לו מצפן. בהקשר זה יכול המשפט העברי, כשיטת משפט שאינה מתמצית בדוקטרינה המשפטית אלא משקפת גם ערכי יסוד ומוסר, לשמש כמצפן להכרעה מעין זו. כאשר המשפט העברי ספוג בנימי גופו ובנשמתו של השופט, הרי שערכיו עשויים להנחות אותו אלי כיוון של פתרון. בהקשר זה אין מדובר בערכים שעליהם מכוננת הדוקטרינה באופן ישיר אלא באמירה ערכית־מוסרית כללית יותר, המניעה את השופט לחתור לפתרון משפטי כזה או אחר.

אמירות ערכיות מעין אלו אינן נובעות בהכרח מן הליבה המשפטית של ההלכה; הן עשויות לבוא לידי ביטוי דווקא בחלקים אגדתיים של הקורפוס ההלכתי. השפעתן על השופט אינה נובעת מעיון בדין, אלא מכך שהמשפט הינו חלק ממכלול תרבותי שלם, נומוס המשמש חלק מן הנרטיב התרבותי כולו.[10] במובן זה ייתכן שהאמירה הערכית או התרבותית לא תתיישב בהכרח עם שורת הדין, אולי אף תחתור תחתיו, וכן להפך.[11] בפרקים הבאים ננסה להראות שזוהי התודעה המלווה את השופט טירקל בבואו לגשת אל מקורות המשפט העברי לצורך מציאת פתרון לדילמה משפטית.

ג. היחס בין דין לצדק בתפיסתו של השופט יעקב טירקל

השופט טירקל היה ער למתח שבין שורת הדין לבין השאיפה לעשיית צדק. נדמה שהסוגיה טרדה את מנוחתו כשופט. הדבר עולה מבין השיטין בפסקי דין רבים,[12]

---

10 ראו רוברט קאבר, **נומוס ונראטיב** (2012) בעמ׳ 7–20.

11 קאבר, שם, מביא דוגמה יפה למצב כזה מן המקרא: בספר דברים (כא 15–17) מופיע הציווי שלפיו הבן הבכור זכאי לרשת חלק כפול מחלקם של שאר האחים, בהדגשה שכך הדין גם כאשר הבכור הוא בן השנואה והצעיר הוא בן האהובה. דין זה, ללא התייחסות נרטיבית נוספת, אינו מעורר עניין; ואולם, כאשר הדין מוצב ביחס לנרטיב העולה ממכלול סיפורי התנ״ך העוסקים ביחסים המורכבים שבין אחים, כאשר באופן עקבי הבכור אינו ממשיך השושלת אלא דווקא הצעיר, אזי נטענים הדין והנרטיב כאחד במשמעותם המלאה (ראו בהרחבה שם, בעמ׳ 15–20). עוד ראו ליאון שלף, ״ה׳פורמליזם׳ של המשפט העברי וערכיה של מורשת ישראל״, **עיוני משפט** כה (תשנ״ב) 489.

12 ראו למשל דנ״א 2401/95 **נחמני נ׳ נחמני**, פ״ד נ(4) 661 (1996), בעמ׳ 729; בג״ץ 1284/99 **פלונית נ׳ ראש המטה הכללי**, פ״ד נג(2) 62 (1999), בעמ׳ 77 (להלן: עניין **פלונית**); ע״א 1639/97 **אגיאפוליס בע״מ נ׳ הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה**, פ״ד נג(1) 337 (1999), בעמ׳ 349. דוגמאות נוספות יידונו להלן.

והשופט טירקל התייחס לכך מפורשות בכמה הזדמנויות. בריאיון שהעניק לרגל פרישתו מכס השיפוט סיפר כך:

> אחת האמירות המקובלות בציבור שאינן מקובלות עליי היא שאם אתה בא לבית־המשפט אל תחפש שם צדק. זו אמירה שאני לא סובל, כך גם לא מקובלת עליי האמירה שמופיעה לא פעם בפסקי־דין, שלפיה ״הייתי רוצה להחליט באופן אחר, אבל החוק כופה עליי״. אבהיר את דבריי: להשקפתי, בגבולות המשפט צריך חוש הצדק שלי להנחות אותי. ברור שאני לא יכול לעשות כאוות נפשי ואני מונחה על־ידי הכללים, אבל גם על ידי חוש הצדק. לאורך שנותיי בשיפוט, עבדתי קשה מאוד כי עשיתי בעצם דרך כפולה [...].[13]

באופן מודע היה אפוא השופט טירקל מהלך בפסיקתו בין שורת הדין לבין חוש הצדק. לא במנותק מכך, השופט טירקל ראה כערך עליון את הצבת האנושיות בבסיס עשיית המשפט. בכמה הזדמנויות הזהיר מפני ״טכנאי משפט״ שאינם מודעים לאדם שמאחורי השאלה המשפטית.[14] בדברי הפרידה שלו מבית המשפט העליון העיד על עצמו טירקל כי תמיד שפט באהבה: ״אהבתי את המתדיינים שניצבו לפניי, אף על פי שלא אהבתי תמיד את מעשיהם״;[15] הוא חזר על אמירתו שלפיה הצדק שעושה בית המשפט צריך להיות צדק אנושי, הנובע ממעמקי הלב, וכי במסגרת עשיית המשפט יש לתת מקום גם לרגשות חמלה אנושיים.[16]

במאמר זה נבקש לטעון כי באותם מצבים שבהם נאלץ שופט להכריע על פי צו מצפונו ותחושת הצדק שלו, או במצבים שבהם הוא חש כי שורת הדין ותחושת הצדק אינן דרות בכפיפה אחת, היה זה – בין היתר – המשפט העברי אשר סייע לשופט טירקל להגיע להכרעה או לבסס. כוונתנו כאן לא בהכרח לגופי המשפט העברי, אלא לערכי

---

13 ״תשעה מן העליון – הרהורים שלאחר השפיטה: השופט בדימוס יעקב טירקל״, **עלי משפט** ז (תשס״ט) 103, בעמ׳ 104 (להלן: טירקל ״הרהורים״). באופן דומה ציין השופט טירקל בטקס הפרידה שלו מבית המשפט העליון: ״אני מקווה שלא אחשב כמי שאין בו מידת הענווה אם אומר שכל ימיי כשופט [...] עמלתי מאוד לעשות משפט שהוא גם צדק ותמיד שיוויתי לנגד עיניי את דברי הנביא ׳הגיד לך אדם מה טוב ומה ה׳ דורש ממך, כי אם עשות משפט ואהבת חסד והצנע לכת עם א־לוהיך״ (יעקב אבי ברוך טירקל, ״יפה דנת, יפה זיכית, יפה חייבת: דברים בטקס הפרידה מבית המשפט העליון״, **מחקרי משפט** כג (תשס״ו) 5, בעמ׳ 6 (להלן: טירקל ״יפה דנת״)). כפי שיתברר להלן, ניתן להניח כי לא במקרה הסמיך השופט טירקל את שאיפתו זו לעשות משפט שהוא גם צדק לדברי הנביאים.

14 למשל יעקב אבי ברוך טירקל, ״לקראת ׳דהומניזציה׳ של המשפט?״, **הפרקליט** לו (תשמ״ד) 71; יעקב אבי ברוך טירקל, ״הרהורים על הומניזם ועל דמותו של המשפטן״, **הפרקליט** מא (תשנ״ד) 459.

15 טירקל ״יפה דנת״, לעיל הערה 13, בעמוד 6.

16 שם, בעמ׳ 8, תוך ציטוט דבריו בעניין **נחמני**, לעיל הערה 12. כן ראו יעקב אבי ברוך טירקל, ״על ׳הנשמה היתרה׳ של הדין״, **מחקרי משפט** טז (תשס״א) 191.

הצדק שהשופט טירקל דלה ממנו. השימוש במשפט העברי בהקשר זה אינו מקרי; לבד מן העובדה ששיטת משפט זו טבועה בדמו של השופט טירקל וערכיה מופנמים בקרבו, הרי שהוא סבור שתורת המשפט העברי מכירה באופן מיוחד ביחסים המורכבים שבין הדין והצדק, האנושיות והמוסר. כך אמר:

> במשפט העברי, המשפט והמוסר, הדין והרחמים, האמת והחסד בלולים זה בזה כאש לבנה חרותה באש שחורה. מידת הרחמים שותפה למידת הדין למן בריאת העולם [...] ובין ״עשרה דברים שבהם נברא העולם״ כרוכים יחד צדק ומשפט, חסד ורחמים. מול משה, הפוסק לפי ״יקוב הדין את ההר״, המדרש מעמיד – ובאהבה – את דמותו של אהרן, ״אוהב שלום ורודף שלום ומשים שלום בין אדם לחברו״.
>
> לפי פסיקתם של חכמים, עומדות במשפט העברי – בצדו של הדין, על גבולו ואף בתוך גבולו – חובות כגון ״ועשית הישר והטוב״, ״כופין על מידת סדום״, ״לפנים משורת הדין״, ״אין רוח חכמים נוחה הימנו״, ״מידת חסידות״.[17]

במילים אחרות, לדידו של השופט טירקל, הנומוס של המשפט העברי מונח במסגרת של נרטיב רחב יותר, שבו משמשים לא רק ערכי המשפט אלא גם ערכי הצדק, המוסר והרחמים. ערכים אלו מצויים בצידו של הדין, אך גם ״בתוך גבולו״, כך שהנומוס משפיע על הנרטיב והנרטיב משפיע על הנומוס.

אין משמעות הדברים שהשופט טירקל לא עשה שימוש במשפט העברי במובנו המסורתי, הדוקטרינרי, אגב השוואת הדין הישראלי לדין במשפט העברי. ברם, השופט טירקל ידוע בכך – ואף העיד על עצמו[18] – שהוא אינו נוהג לכתוב פסקי דין ארוכים וכי הוא משקיע מאמץ בעת כתיבת פסק דין כדי שיהיה בהיר ותמציתי ככל הניתן. גישה זו באה לידי ביטוי גם בהתייחסויות כגון אלו אל המשפט העברי. לרוב אין מדובר בהצגה סדורה ומפורטת של הדוקטרינה לפי המשפט העברי, אלא בעיקרי דברים בלבד. המטרה של מובאות אלו אצל השופט טירקל היא בבחינת ״להגדיל תורה ולהאדיר״,[19] ולא

---

17 שם, בעמ׳ 191. במקומות אחרים עמד השופט טירקל על כך שבמשפט העברי אין מצוי רק הרובד של שורת הדין, אלא קיימים בו גם רבדים אחרים – שאיפה לפשרה (עניין **אגיאפוליס**, לעיל הערה 12), שאיפה למוסר (עניין **פלונית**, לעיל הערה 12) ושאיפה לשלום (דנג״ץ 4128/00 **מנכ״ל משרד ראש־הממשלה נ׳ הופמן**, פ״ד נז(3) 289, 327 (2003)).

18 טירקל ״הרהורים״, לעיל הערה 13, בעמ׳ 105.

19 ביטוי שהשתמש בו בכמה פסקי דין; ראו ע״א 3616/92 **דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע״מ נ׳ חשב היחידה הבין־קיבוצית לשרותי ניהול אגודה שיתופית חקלאית בע״מ**, פ״ד נא(5) 337 (1997), בעמ׳ 353; ע״א 5610/93 **זלסקי נ׳ הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה,**

בהכרח לצורך ביסוס מסקנת פסק הדין, אף שלעיתים המשפט העברי מובא אצלו גם על מנת לשמש סמוכות להכרעתו.[20]

עם זאת, דומה בעינינו כי אף שהשופט טירקל הרבה להסתייע במשפט העברי בפסקי הדין שכתב, אין לראות בו ״אידאולוג״ של המשפט העברי במובן שאליו התייחסנו לעיל: בפסקי הדין שכתב לא עסק השופט טירקל בשאלה העקרונית על דבר מקומו הראוי של המשפט העברי במשפט הנוהג כיום במדינת ישראל,[21] ולא הציג משנה סדורה בנוגע לפרשנות חוק יסודות המשפט.[22] הווי אומר, לא האידאולוגיה על דבר החובה להיזקק למשפט העברי היא שהניעה בהכרח את השופט טירקל לעשות בו שימוש. לעומת חסר זה, עיון בפסקי הדין שכתב, ושכמה מהם ננתח להלן, מעלה תובנה מרתקת: חשיבותו של המשפט העברי עבור השופט טירקל לא הייתה מצומצמת לד׳ אמותיה של שורת הדין; מקורות המשפט העברי סייעו בידו לא פעם לברר לעצמו איזה מבין הפתרונות המשפטיים יעשה צדק ומשפט באופן מיטבי. רוחו של המשפט העברי, רוח אשר חקוקה בתודעתו וטבועה בנפשו, שימשה עבורו מצפן חיוני לקביעת הפתרון המשפטי. נפנה להלן להדגים ולהמחיש תובנה זו באמצעות עיון בכמה פסקי דין שכתב השופט טירקל.

ראשון לציון, פ״ד נא(1) 68 (1997), בעמ׳ 108; רע״א 6339/97 **רוקר נ׳ סלומון**, פ״ד נה(1) 199, בעמ׳ 246 (1999).

20 יש דוגמאות לרוב. ראו למשל דנ״א 2568/97 **כנען נ׳ ממשלת ארצות־הברית**, פ״ד נז(2) 632 (2003), בעמ׳ 709 (תקנת השוק); ע״א 7805/02 **הלפרט נ׳ אסותא מרכזים רפואיים בע״מ**, פ״ד נח(6) 847 (2004), בעמ׳ 862 (התיישנות); עניין **זלסקי**, לעיל הערה 19 (סופיות הדיון); בג״ץ 4841/04 **מחג׳אנה נ׳ בית־המשפט המחוזי בחיפה**, פ״ד נח(6) 347 (2004), בעמ׳ 357 (פומביות הדיון); ע״א 6912/98 **רבאח נ׳ האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, פ״ד נח(2) 870 (2004), בעמ׳ 878 (שיהוי); ע״א 460/00 **ממן מסופי מטען וניטול בע״מ נ׳ מנהל המכס ומע״מ**, פ״ד נז(2) 461 (2003), בעמ׳ 473 (פרשנות דיני המס); ע״פ 10946/03 **עיסא נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד ס(2) 33 (2005), בעמ׳ 43 (דיני הסגרה); עניין **דקל שרותי מחשב להנדסה**, לעיל הערה 19 (זכויות יוצרים); רע״א 3202/03 **מדינת ישראל נ׳ יוסף**, פ״ד נח(3) 541 (2004), בעמ׳ 554 (עדות שופט); דנ״פ 9384/01 **אל נסאסרה נ׳ לשכת עורכי־הדין בישראל, הוועד המרכזי**, פ״ד נט(4) 637 (2004) (תקנת השבים); בג״ץ 4225/01 **כהן נ׳ שר הבטחון**, פ״ד נח(4) 155 (2004) (הוצאת גופה מקבר לצורך זיהוי). לסקירה נוספת ראו יובל סיני, **יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל** (תשס״ט) בעמ׳ 25—26.

21 למיטב ידיעתנו, התייחסות לחשיבות השימוש במשפט העברי מצויה בפסק דין אחד בלבד שיידון להלן; עניין **וייסר**, להלן ה״ש 44.

22 חוק זה אוזכר על ידי השופט טירקל פעמיים בלבד, ובשניהם — לא בהקשר של המשפט העברי, לכל הפחות לא במפורש: ע״א 403/80 **סאסי נ׳ קיקאון**, פ״ד לו(1) 762 (1981); ע״א 8789/96 **פולק נ׳ סיסמיקה חיפושי נפט בע״מ (בפירוק)**, פ״ד נג(5) 689 (1999).

ד. המשפט העברי בפסיקתו של השופט יעקב טירקל: עיון טקסטואלי

חלק זה של המאמר יוקדש לעיון טקסטואלי בפסקי דין של השופט טירקל, שבהם עשה שימוש במשפט העברי ושמצאנו אותם מעניינים לענייננו.[23] כרקע לכך נבקש לציין שתי נקודות. ראשית, את פסקי הדין ננתח לא רק באופן אנליטי, אלא גם באופן ספרותי. כאמור, איננו מתמקדים בדוקטרינה אלא בערכים, ובעניינים כגון דא יש משקל רב גם לאופן שבו מוצגים הדברים ולא רק לתוכנם. נבקש להתחקות אחר האופן שבו בוחר השופט טירקל להתייחס אל המשפט העברי, כיצד הוא מוצג, אילו מקורות בוחר השופט טירקל לצטט ואל אילו הוא מפנה. שנית, בחלק מפסקי הדין ישב בהרכב השופטים שופט נוסף אשר הביא גם הוא ממקורות המשפט העברי לביסוס חוות דעתו. לעיתים ניתן ללמוד על יחסו של השופט טירקל למשפט העברי מתוך היחס בין חוות דעתו־שלו לבין חוות הדעת האחרת של עמיתו; גם לכך נקדיש עיון.

1. רע״א 6339/97 רוקר נ׳ סלומון[24]

בפסק הדין המפורסם בעניין **רוקר** הועמדה לדיון חובת השימוש בזכות קניינית בתום לב. בעלי אחת הדירות בבית משותף בנו מבנה על הרכוש המשותף, ובעלי דירות אחרים נקטו הליכים על מנת להורות לבונים להרוס את אשר בנו. הערכאות הנמוכות קבעו כי אכן יש להרוס את הבנייה, שנבנתה ללא רשות מאת הדיירים האחרים. בית המשפט העליון דן בעניין ב״גלגול שלישי״ בהרכב מורחב; השופט אנגלרד, בדעת יחיד, סבר שיש לבטל את פסקי הדין הללו ולהימנע מהריסת המבנה. אין חולק כי המבנה הוקם על הרכוש המשותף שלא כדין, אלא שבנסיבות העניין, שאין צורך לפרטן במסגרת זו, סבר השופט אנגלרד כי התנגדותם של הדיירים האחרים לקיומו של המבנה אינה ראויה ויש בה משום שימוש לרעה בזכותם הקניינית. לאחר דיון מפורט בגדרי שיקול דעתו של בית המשפט להימנע ממתן סעד לטובת מי שעומד על זכותו הקניינית אגב שימוש בה לרעה, קבע השופט אנגלרד כי לאותה מסקנה ניתן היה להגיע גם באמצעות המשפט העברי. השופט אנגלרד דן בעיקרון המשפטי ״כופין על מידת סדום״, ומקשר אותו עם עיקרון

---

23 להלן ננתח שמונה פסקי דין של השופט טירקל; מובן שאין זו רשימה הממצה את עיסוקו של השופט טירקל במשפט העברי, גם לא מן הפרספקטיבה שבה עוסק מאמר זה. להערות נוספות של השופט טירקל מן המשפט העברי שעשויות להיות רלוונטיות לדיון שלנו, ראו פסקי הדין המופיעים לעיל בה״ש 12 ובה״ש 17; ע״פ 3417/99 **הר־שפי נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נה(2) 735 (2001); בג״ץ 6288/03 **סעאדה נ׳ אלוף פיקוד העורף**, פ״ד נח(2) 289, בעמ׳ 294 (2003); ע״פ 1767/94 **יוסף נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נג(1) 505 (1999); ע״א 1880/95 **דרהם נ׳ דרהם**, פ״ד נ(4) 865, בעמ׳ 873 (1997).

24 עניין **רוקר**, לעיל הערה 19.

נוסף – ״זה נהנה וזה לא חסר״.[25] השופט אנגלרד אינו יורד לפרטי הפרטים של דיני ״זה נהנה וזה לא חסר״ ומסתפק בהבאת דוגמה אחת שבה עיקרון זה נוגע גם לכפייה על הזולת לאפשר שימוש אקטיבי בקניינו.[26] פסק הדין של השופט אנגלרד מעניין ביותר מנקודת המבט של המשפט העברי, אך אין זה המקום להרחיב בכך; ציינו רק את הדרוש לענייננו.

כל חברי המותב המורחב חלקו על מסקנתו של השופט אנגלרד. מבלי להיכנס לפרטים: הגם שהסכימו לכך שלבית המשפט נתונה סמכות שלא להעניק סעד המבוסס על שימוש לרעה בזכות קניינית, הרי שלאור המאפיינים הייחודיים של זכות הקניין קבעו השופטים כי יש לעשות שימוש בסמכות זו במצבים נדירים ביותר – ואלו לא התקיימו בנדון.[27] ראשון המגיבים לדברי פסק הדין של השופט אנגלרד היה השופט טירקל. טירקל עמד על הייחודיות שבזכות הקניין ועל המשמעויות הנגזרות מכך בנוגע להיקף הדרישה לנהוג בזכות זו בתום לב. לדידו, כאשר בעל הקניין מבקש למנוע מן הזולת לפגוע בקניינו שלא כדין, הרי שככלל לא ניתן לקבוע כי דרישה זו כמוה כשימוש לרעה בזכותו הקניינית:

> בבסיס הדיון עומדת אפוא ההנחה כי לזכויות הקניין מעמד מיוחד. למעמד זה משנה תוקף כאשר מדובר בזכויות במקרקעין, כמו בפרשה שלפנינו. זאת ועוד. כפי שראינו, בענייננו לא בשימוש בזכות הקניין על דרך של **מימוש זכויות הנובעות ממנה** עסקינן [...] אלא בשימוש בזכות הקניין על דרך **של התגוננות מפני פגיעה בה שלא כדין** עסקינן. על כפות המאזניים אין מונחת זכות קניין כאשר מולה מונחת זכות אחרת; על כפות המאזניים מונחת **זכות קניין, שבעליה מבקשים להגן עליה**, כאשר מולה מונח **אינטרס של מסיג גבול לזכות בנכס שאינו שלו על חשבון הבעלים**. התחרות היא בין זכות הקניין של פלוני, שאותה רכש **כדין**, לבין טענתו של אלמוני, שהוא זכאי להחזיק בנכס שאותו השיג – תרתי משמע – **שלא כדין**.

---

25 עניינם של עקרונות אלו הוא ביכולת כפייתו של אדם שלא לעשות שימוש דווקני וחסר תום־לב בזכות משפטית. לסקירה ראו בנימין פורת, ״תום לב: עיון מושגי והשוואתי״, לעיל הערה 3, בעמ׳ 632 ובהפניות שם.

26 הדוגמה היא העמדת סולם קטן בצד כותלו של אדם בתוך חצר חברו, ראו משנה תורה, הלכות שכנים, ח, ד, וביתר המקורות המוזכרים על ידי השופט אנגלרד בעניין **רוקר**, לעיל הערה 19, בעמ׳ 224–225.

27 היקפם של מצבים אלו אינו מוסכם על כל חברי ההרכב; לדיון בפסק הדין בהקשר זה ראו עופר גרוסקופף, ״על שיקול־דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת״, **משפט ועסקים** י (תשס״ט) 317, בעמ׳ 330.

> אכן, ראינו שיכולת המימוש של זכויות קניין אינה בלתי מוגבלת, ועל־אף מעמדן המיוחד אין לבעלים של זכות קניין אוטונומיה מוחלטת בבואו לממשה. אולם כאשר מדובר בהגבלת ההגנה של הבעלים מפני פגיעה שלא כדין בזכות הקניין שלו, יש לקבוע בשפה ברורה כי שיקול־הדעת של בית־המשפט הוא מוגבל ומצומצם ביותר. לכך אוסיף, כי במקרים של הסגת גבול יש לייחס, בדרך־כלל, לפגיעה בבעל הזכות משקל רב יותר מלפגיעה במסיג הגבול.[28]

אם כן, בהכרעה שבין האינטרס של בעל הקניין לבין האינטרס שמנגד יש להביא בחשבון, אליבא דטירקל, את מידת החוקיות ואת רמת המוסריות של פעולותיו ומחדליו של בעל האינטרס הנגדי. בעוד השופט אנגלרד מדגיש את החשיבות שבעמידה על זכויות, כולל זכויות קניין, שלא בדווקנות ובתום לב, מדגיש השופט טירקל את עוצמתה של הזכות הקניינית ואת אי־המוסריות הכרוכה בפגיעה בה.[29] אכן, בין השופטים נטושה מחלוקת בדבר מעמדה ומהותה של זכות הקניין, ואין ספק שהסתמכותו של השופט אנגלרד על הכלל העברי ״זה נהנה וזה לא חסר״ אינה מקרית בהקשר זה: כלל זה אכן מבוסס על תפיסה ״רכה״ וקהילתנית יותר של זכות הקניין מאשר התפיסה הליברלית־מערבית, הרואה בזכות הקניין זכות אינדיווידואלית חזקה.[30] השופט אנגלרד מתייחס במפורש לתפיסת הקניין הייחודית של המשפט העברי;[31] עמדתו אינה מבוססת אפוא רק על שורת הדין של המשפט העברי, אלא גם על התפיסה הערכית שבבסיסה. ברם, מולו ניצב השופט טירקל, אשר נדרש גם הוא למשפט העברי, אם כי במובן אחר; היזקקותו למקורות המשפט העברי מאירת עיניים ומלמדת על תפיסתו בנוגע ליחס שבין החוק לבין המוסר במשפט העברי.

---

28 עניין **רוקר**, לעיל הערה 19, בעמ׳ 241.

29 להרחבה ראו גרוסקופף, לעיל הערה 27.

30 ככלל, מלומדים הצביעו על כך שהסדרים שונים בדיני הקניין בהלכה מבוססים על תפיסה שלפיה זכות הקניין אינה מוחלטת, אלא כפופה להתחשבות בצורכי הקהילה, וכן דורשת סובלנות ביחס לשימוש בקניין פרטי על ידי אחרים, אם הדבר אינו גורם לנזק. על כך ראו דגן, לעיל הערה 4; Benjamin Porat, "Ownership and Exclusivity: Two Visions, Two Traditions", 64 *Am. J. Comp. L.* (2016) 147; וראו חוות דעתי ברע״א 1554/16 **י.ש. אבן ישראל בע״מ נ׳ שולמן**, פסקאות 40–41 (פורסם בנבו, 2016).

31 ראו דבריו בעניין **רוקר**, לעיל הערה 19, בעמ׳ 226: ״מן הראוי כי המשפט היהודי ישמש מקור השראה בפרשנותה של הוראת סעיף 14 לחוק המקרקעין, ולאו דווקא משום שלשונה של זו סתומה ומגומגמת. נראה לי כי המגמה המוסרית המובהקת, המצויה במסורת המשפטית היהודית לגבי מושג הבעלות, ואשר מטרתה להגביל את שלטונו של אדם על נכסיו, תמצא ביטוי במשפט של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יצוין כי מעבר לממד המוסרי־האינדיווידואלי של העיקרון ׳כופין על מידת סדום׳, מצוי בו גם, ואולי הוא עיקר, ממד חברתי חשוב. כי הלוא בשל חסרונו של ממד חברתי זה נחתם גזר־דינם של אנשי סדום, שעל מידתם הרעה נקרא העיקרון״.

כפי שנפרט בהמשך הדברים, השופט טירקל חולק על המסקנות שהסיק השופט אנגלרד מן הכלל ״כופין על מידת סדום״ לעניין הנדון בפסק הדין; ואולם, טענה זו נטענת בשולי דבריו. בפתיח לפסק הדין מביא השופט טירקל מוטו מן המקרא, ציטוט פסוק מספר ירמיהו: ״הוֹי בֹּנֶה בֵיתוֹ בְּלֹא־צֶדֶק וַעֲלִיּוֹתָיו בְּלֹא מִשְׁפָּט״.[32] מהי המשמעות של ציטוט זה, ומהי תרומתו לפסק הדין? לדעתנו, פתיחה זו לפסק הדין היא קריאת הכיוון המוסרית שעליה מתבסס השופט טירקל: לא ייתכן שאדם יבנה את ביתו אגב רמיסת קניינו של הזולת, ולאחר מכן יטען שהתנגדותו של הזולת כמוה כשימוש לרעה בזכותו. זעקת ה״הוי!״ המהדהדת מן הפסוק היא התשתית המוסרית והערכית לקביעתו הדוקטרינרית של השופט טירקל בפסק הדין.

פסק הדין של השופט טירקל לא רק מתחיל בציטוט מן המשפט העברי, אלא גם מסתיים בו. בסיפא לפסק הדין מתייחס השופט טירקל לדברי השופט אנגלרד על הכלל ״כופין על מידת סדום״. הדברים נפתחים בכמעט התנצלות על עצם ההיזקקות לנושא: ״על עמדתו של המשפט העברי אעמוד בקיצור נמרץ, רק כדי להעמיד הלכה – או מה שלעניות דעתי היא ההלכה – על מכונה, בבחינת ׳להגדיל תורה ולהאדיר׳״.[33] כאשר מעיינים בדברי השופט טירקל באשר לסוגיה לגופה, עולה כי דבריו בהקשר זה קשורים בקשר הדוק לדברים שבהם פתח את פסק הדין. ראשית קובע השופט טירקל כי גם העיקרון של ״כופין על מידת סדום״ אינו יכול להתגבר על האיסור לפגוע בקניין הזולת, הוא איסור הסגת גבול.[34] כאן שוב ניכר כי נקודת המוצא של השופט טירקל היא הפגם במעשהו של הפולש לקרקע הזולת. השופט טירקל ממשיך בדרכו זו בהתייחסו להיקפו של הכלל ״כופין על מידת סדום״ גופו. הוא חולק על הנחתו של השופט אנגלרד, שלפיה הכלל ״כופין על מידת סדום״ תקף גם במצב של פגיעה בזכויות בעלות במקרקעין, וסבור כי אין הדבר כן. לדידו, ״אי אפשר לכפות אדם לוותר על זכויות קנייניות שלו ולאפשר לאחרים ליהנות מנכסיו, אפילו אין הדבר גורע ממנו תועלת כלכלית כלשהי. אולם גם לשיטתם של הסוברים שיש מקרים שבהם אפשר לכפות, הרי בכל הנוגע לזכויות קנייניות ממש – אין כופין על מידת סדום״.[35] את דבריו בעניין המשפט העברי מסכם השופט טירקל בהפניה מפורשת לפתיח של דבריו: ״מכאן, שאין הכלל של ׳כופין על מידת סדום׳ עומד למערערים, אשר כאמור בראש פסק־דין זה, בנו מה שבנו בלא צדק

32 ירמיהו, כב 13.

33 עניין **רוקר**, לעיל הערה 19, בעמ׳ 246.

34 ״הכלל של ׳כופין על מידת סדום׳ [...] – שפירושו: כופים אדם שלא ינהג כאנשי סדום – הוא כלל חשוב שטבעו חז״ל בדיני היושר שבמשפט העברי. אולם, אין בכלל זה כוח כדי לעקור מצוות לא תעשה שבתורה. הלא מקרא מפורש הוא: ׳לֹא תַסִּיג גְּבוּל רֵעֲךָ אֲשֶׁר גָּבְלוּ רִאשֹׁנִים בְּנַחֲלָתְךָ אֲשֶׁר תִּנְחַל בָּאָרֶץ׳״ (שם, עמ׳ 247).

35 שם.

ובלא משפט״.[36] אכן, סופו נעוץ בתחילתו: מי שבונה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא משפט, לא יוכל להיבנות מתפיסת הקניין הרכה המגולמת בכלל ״זה נהנה וזה לא חסר״.

לסיכום: פסק הדין של השופט טירקל, תחילתו וסיומו במשפט העברי. עיון מדוקדק בדבריו מלמדנו כי אין להמעיט בחשיבות האופן שבו מוצגים הדברים. כפתיחה, כמוטו, מוצבת הזעקה המוסרית ״הוי בונה ביתו בלא צדק!״; על זעקה מוסרית זו, שמקורה במשפט העברי, מושתת פסק הדין. נדמה שלגישת השופט טירקל די היה בתשתית המוסרית הנובעת מן המשפט העברי, אך הוא היה אנוס על פי דיבורו של השופט אנגלרד להידרש גם לדוקטרינה ההלכתית. לא בכדי ״מתנצל״ השופט טירקל על כך שהוא נאלץ לעסוק גם בכך, שכן לדידו אין זה העיקר.

לגופו של עניין, הכלל ההלכתי ״זה נהנה״ אכן משקף תפיסת קניין קהילתנית השואפת ליצירת סולידריות חברתית, אך השופט טירקל סבור, על בסיס קריאת הכיוון המוסרית הנ״ל, כי יש להציב גבול לכלל זה כאשר מדובר בהסגת גבול מכוונת. עניינו כאן איננו בשאלה מי משני השופטים צדק מבחינת תיאור עמדת המשפט העברי;[37] החשוב לענייננו הוא הדגש שהשופט טירקל שם בתחושת הצדק, הבאה לידי ביטוי אצלו גם באמצעות המשפט העברי, מול הדגש של השופט אנגלרד בדוקטרינה של המשפט העברי. כאמור, גם הדוקטרינה מבוססת על תפיסה ערכית מסוימת בדבר היקפה של זכות הקניין; במובן מסוים יש כאן אפוא התנגשות בין שתי תפיסות ערכיות, ששתיהן נטועות במשפט העברי. ואולם, בעוד זו שמחזיק בה השופט אנגלרד מעוגנת לדידו בדוקטרינה ההלכתית, הרי שזו של השופט טירקל מעוגנת במוסר הנביאים, והסמכתה אל שורת הדין עצמה נעשית רק בשולי פסק הדין.

2. ע״א 8034/95 מאור – חברה לדלק בע״מ נ׳ ג׳ון[38]

פסק דין מעניין זה הובא על ידי השופט טירקל עצמו כדוגמה למקרה שבו חוש הצדק והכללים המשפטיים לא התיישבו זה עם זה, והיה עליו למצוא את הדרך המשפטית הראויה כדי להגיע לתוצאה הצודקת בעיניו.[39] גם בפסק דין זה ניתן לראות את הפער שבין שימוש בדוקטרינה של המשפט העברי לבין השימוש בערכי יסוד המצויים בו. כך היה סיפור המעשה: אדם, שיציאתו מן הארץ עוכבה מחמת חובותיו, הגיע להסכמה עם נושיו שיתאפשר לו לצאת לחו״ל ולחזור עד תאריך מסוים, תוך שהוא מעמיד ערבים וערבויות למקרה שלא יחזור במועד. אותו אדם לא חזר במועד שנקבע בכתב הערבות, אך תכנן לחזור זמן מה לאחר מכן ואף קנה כרטיס טיסה. דא עקא, שביני לביני נהרג

---

36 שם.

37 ראו סיני, לעיל הערה 20, בעמ׳ 490–498, הדן בסוגיה בהרחבה ומסקנתו שמן הבחינה הדוקטרינרית הצדק עם השופט טירקל בעניין זה.

38 ע״א 8034/95 **מאור – חברה לדלק בע״מ נ׳ ג׳ון**, פ״ד נב(4) 97 (1998) (להלן: עניין **מאור**).

39 טירקל ״הרהורים״, לעיל הערה 13, בעמ׳ 104.

אותו אדם בתאונה, עוד בהיותו בחו״ל. הנושים ביקשו לממש את הערבויות. בית המשפט המחוזי דחה את תביעתם, והללו ערערו לבית המשפט העליון. שופטי הרוב סברו, לאחר העיון בכתב הערבות ובחוק הערבות, התשכ״ז–1967, שהערבויות תקפות וכי יש לממשן. אחד משופטי ההרכב, השופט אנגלרד, הגיע למסקנה זו גם לפי דיני הערבות שבהלכה היהודית, לאחר שערך ניתוח מקיף של דיני הערבויות בהלכה.

בדעת מיעוט החזיק השופט טירקל, אשר העיד על עצמו כאמור מאוחר יותר כי סבר שבנסיבות העניין התוצאה אינה צודקת. הפתרון המשפטי של השופט טירקל התבסס, בין היתר, על הקביעה הנורמטיבית שלפיה הנושים מבקשים לנצל את מסמכי הערבות למטרה שלא נועדו לה – לגבות את החוב מן הערבים במקום מן החייב – ובכך הם מנצלים את זכותם לרעה. מדובר, להשקפתו, בשימוש לרעה בזכות, בניגוד להוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל״ג–1973. נוסף על כך, השופט טירקל השתכנע כי מבחינה עובדתית הסכימו הצדדים על דחיית מועד חזרתו של המנוח לארץ, כך שהוא נפטר לבית עולמו לפני שכתב הערבות נכנס לתוקף. זאת ועוד, גם אלמלא כן, הרי שאילו נותר המנוח בחיים, כי אז היה על בית המשפט להאריך את תוקף כתבי הערבות עד למועד חזרתו ארצה, מכוח סמכותו הטבועה. בהקשר זה כותב השופט טירקל כי מבחינת תחושת הצדק לא ניתן לאכוף את כתבי הערבות. חוש הצדק תובע לתקן את המעוות, וזאת ניתן לעשות על ידי הארכה של המועד שנקבע בכתב הערבות:

> המערערת באה לאכוף את מסמכי הערבות אחרי המועד שבו עמד המנוח לחזור וכחודשיים אחרי מותו. לא אכיפה מחמת **אי־חזרתו** של המנוח עד היום שנקבע בכתב־הערבות כאן, אלא אכיפה מחמת **מותו**, שעשה את חזרתו לבלתי אפשרית. תוצאה כזאת איננה מתקבלת על הדעת מבחינה משפטית ואיננה מתקבלת על הלב מבחינה מוסרית.[40]

פסק הדין של השופט טירקל אינו נשען במפורש על אדני המשפט העברי, אולם ניחוחו ניכר היטב ברטוריקה שבה מוצגים דבריו. לחיזוק גישתו, שלפיה שיקולי צדק מחייבים שלא להיעתר לערעור, מצטט השופט טירקל מדברי השופט ברנזון בפסק הדין **בן־שחר**,[41] דברים הנוגעים לתפיסת היחס שבין דין לצדק במשפט העברי:

> אצלנו, אולי יותר מאשר אצל כל עם אחר, משפט וצדק הם שמות נרדפים, והמושג משפט צדק מושרש עמוק עמוק בתודעת העם. והנה דוגמאות אחדות מני רבות הלקוחות מהמקרא: ״הוי בונה ביתו בלא־צדק ועליותיו בלא משפט״ (ירמיה, כ״ב, י״ג), ״האל יעות משפט ואם שדי יעות צדק״ (איוב, ח׳, ג׳); ״שופטים ושוטרים תתן לך וכו׳ ושפטו את העם משפט

---

40 עניין **מאור**, לעיל הערה 38, בעמ׳ 114–115.

41 ד״נ 22/73 **בן שחר נ׳ מחלב**, פ״ד כח(2) 89 (1974) (להלן: עניין **בן שחר**).

> צדק״ (דברים, ט״ז, י״ח). הסמכות הטבעית שמדובר בה במשפט זה אינה אלא אותה סמכות מינימלית בעניני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית־המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק. סמכות זו היא הביטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהשופט ניחן בו והנותן לו פורקן בעשיה היומיומית שלו.[42]

מטרתו הרטורית של ציטוט זה היא לבסס את השימוש במוסד הסמכות הטבועה מחמת שיקולי צדק, על מנת להגיע לתוצאה הקונקרטית. ציטוט אחר הביא השופט טירקל ביחס לשימוש בעקרון תום הלב; גם ציטוט זה רומז לדין העברי, במקרה זה לדין ״ועשית הישר והטוב״.[43]

הנה כי כן, גם במקרה זה שני שופטים – השופט אנגלרד והשופט טירקל – עושים שימוש בפסק דינם במשפט העברי, אך מגיעים לתוצאות מנוגדות. הדבר נובע מכך שהשופט אנגלרד פונה אל הדין הרלוונטי עצמו, דיני הערבות, ומכוחם מסיק את אשר מסיק, ואילו השופט טירקל כלל אינו נזקק לדין עצמו; מן המשפט העברי הוא שואב את עקרון־העל שלפיו משפט אמור לשקף תוצאה צודקת, ולפיכך לא ייתכן שהדין לא ישקף את הצדק הקונקרטי בנסיבות העניין.

3. ע״א 350/96 **וייסר נ׳ שביט**[44]

עניין **וייסר**, אשר דומה כי הוא פסק הדין היחיד שבו התייחס השופט טירקל במפורש לחשיבות ההיזקקות למשפט העברי, ישמש עבורנו דוגמה מרתקת ליחס שבין דוקטרינה לבין נרטיב בהקשרו הרחב. בפסק דין זה נחלקו השופט טירקל והמשנה לנשיא ש׳ לוין בפרשנות הראויה להוראת סעיף 5(ג) לחוק המתנה, התשכ״ח–1968, הקובעת כי כל מי שהתחייב לתת מתנה לחברו רשאי לחזור בו ״אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן־משפחתו״. סעיף זה מתייחס למי שהתחייב בכתב להעביר מתנה לחברו. לפי החוק, המתחייב רשאי לחזור בו מהתחייבות זו, אלא אם כן שינה המקבל את מצבו בהסתמך על ההתחייבות. סעיף 5(ג) הוא חריג לחריג: הוא מאפשר למתחייב לחזור בו, על אף ההסתמכות, בשל ״התנהגות מחפירה״ של המקבל. ביטוי זה עמד במוקד המחלוקת בעניין **וייסר**. השופט לוין סבר כי יש לפרש

---

42 שם, בעמ׳ 96.

43 ״כלל גדול בידינו, שאין מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד. גופה של מערכת המשפט זקוק הוא לנשמה, ויש שאף לנשמה יתרה; נשמה זו תימצא למערכת המשפט בדמותן ובצלמן של נורמות ערכיות שונות, שיסודן בעקרון העל של עשיית הישר והטוב, ועקרון תום הלב הוא אחד החשובים והמיוחדים שבנורמות ערכיות אלה״. הציטוט הוא מתוך דברי השופט אלון בע״א 391/80 **לסרסון נ׳ שכון עובדים בע״מ**, פ״ד לח(2) 237 (1984), בעמ׳ 264.

44 ע״א 350/96 **וייסר נ׳ שביט**, פ״ד נב(5) 797 (1999) (להלן: עניין **וייסר**).

את הוראת החוק בפרשנות מצמצמת. בעניין זה הסתמך השופט לוין על משפט משווה, לאחר עיון במשפט הצרפתי והגרמני; בעשותו כן, פתח השופט לוין בציטוט מדברי פרופ׳ ראבילו על מקורות חוק המתנה:

> חוק המתנה הוא חוק ישראלי עצמאי, במובן זה שהוראותיו אינן מועתקות משיטת־משפט אחרת. עם זאת, מתוך עיון בהצעת החוק, בדיוני ועדת החוקה חוק ומשפט ובסעיפי החוק עצמו, אנו לומדים כי לנגד עיניהם של מנסחי החוק – בשלביו השונים – עמדו הוראותיהן של שיטות־משפט שונות. שיטות אלה היו בעיקר שיטות־המשפט הגרמני, השווייצרי, האיטלקי והצרפתי; ואילו השפעת המשפט האנגלי והאמריקני היתה משנית בלבד. השפעת המשפט העברי הצטמצמה למינוח בלבד, בעוד שפתרונות מהותיים המוצעים במשפט העברי לא אומצו.[45]

לאחר העיון במשפט השוואתי (כאמור, צרפתי וגרמני) קבע השופט לוין כי יש כמה טעמים לפרשנות מצמצמת של המונח ״התנהגות מחפירה״: ראשית, מהבחינה הלשונית משמעות הביטוי היא התנהגות קיצונית בחומרתה; שנית, זכות החזרה המוענקת למתחייב עקב התנהגות זו היא בלתי מוגבלת, ולכן יש להעניקה במשורה; שלישית, לעיתים חולף זמן רב עד אשר המתחייב מעביר את המתנה בפועל, ואין לעשות את המקבל לבן ערובה בידי המתחייב למלא אחר מצוותו, פן יידרדרו היחסים ביניהם. כפי שמציין השופט לוין עצמו, גישתו מבוססת על כך שהכלל צריך להיות שהתחייבויות יש לקיים, ובתוך כך גם התחייבות להעניק מתנה. הסייג שבסעיף 5(ג) אומנם מבוסס על האופי הייחודי של המתנה – הענקה ללא תמורה, אך יש להפעילו בצמצום.

השופט טירקל לא קיבל עמדה זו. לדעתו, ״די בהתנהגות בלתי ראויה כלשהי כדי להקים את עילת החזרה״.[46] בפתח הדברים הוסיף השופט טירקל, שלא כהרגלו, מילים על דבר החשיבות שבהיזקקות למשפט העברי, זאת כתגובה לציטוט דבריו של פרופ׳ ראבילו בדבר חוסר החשיבות של המשפט העברי בפרשנות חוק המתנה.[47] ואולם, השופט טירקל איננו פונה מייד לעיין בדין העברי, אלא פותח בהצגת המחלוקת הערכית בינו לבין השופט לוין, המנוסחת כך:

---

45 מרדכי א׳ ראבילו, **חוק המתנה, תשכ״ח–1968** 22 (מסדרת **פירוש לחוקי החוזים**, גד טדסקי עורך, מהדורה שנייה, תשנ״ו).

46 עניין **וייסר**, לעיל הערה 44, בעמוד 813.

47 ״גם העיון בשיטות משפט זרות לצורך פרשנותו של חוק המתנה איננו מקובל עליי. מדובר בחוק ישראלי עצמאי ומקורי שיש לגדלו ולטפחו על קרקע ערכיה המיוחדים של חברתנו, ולא על קרקע זרה. בתהליך הפרשני גישתו העקרונית של המשפט העברי בנושא החזרה ממתנה – אפילו לא הייתה נר לרגלי המחוקק – היא מקור השראה חשוב״. שם, בעמ׳ 812.

> אדגיש כאן כי מחלוקת זאת שביני לבין חברי המשנה לנשיא, יותר משהיא מחלוקת פרשנית, ששורשה בכללים משפטיים או במשמעויות לשוניות, היא מחלוקת ערכית. האם עוצמת התחייבותו של נותן מתנה לתת אותה, לרבות עוצמת התחייבותו לא לחזור בו מן הנתינה, כמוה – מבחינה משפטית ומוסרית – כעוצמת התחייבותו של מתקשר בחוזה, או שהיא חלשה ממנה? מה משקל ציפייתו של מי שאמור לקבל את המתנה, לרבות משקל ההסתמכות שלו על ההתחייבות לתתה, לעומת משקל זכותו של הנותן לחזור בו? או, בלשון בני־אדם, מה המותר והאסור ביחסים שבין מקבל המתנה לבין נותן המתנה?[48]

לדעתו של השופט טירקל, את המתנה אין לראות כחוזה רגיל, אלא ״כהתחייבות חד־צדדית מצדו של הנותן, שהיא בגדר מעשה צדקה וחסד שעושה הנותן עם המקבל, שביסודה אינה הרבה יותר מהבטחה בעלת תוקף מוסרי״.[49] התבוננות כזו על המתנה מצדיקה, לדידו, פרשנות רחבה של המונח ״התנהגות מחפירה״, וזאת, בתמצית, על רקע שלושה נימוקים אלו: ראשית, חולשתה של עוצמת ההתחייבות להעניק את המתנה וחולשת ההסתמכות של המקבל; שנית, ההנחה בחוק המתנה שלפיה כל עוד לא הוקנתה המתנה יכול המתחייב לחזור בו, ובלבד שהמקבל לא שינה את מצבו עקב ההתחייבות; ושלישית, עקרון תום הלב החל על הנותן ועל המקבל בנסיבות של הענקת מתנה. כלשונו של השופט טירקל: ״לאור מאפייניה הנזכרים של המתנה נגזרת מחובת תום־הלב המוטלת על המקבל חובתו לנהוג כלפי הנותן בהכרת תודה, בכבוד ובדרך ארץ. דומה שכך היה מקובל בעמנו מדורי דורות, וסבורני שכך יש לנהוג גם היום״.[50] נשוב מייד למשפט זה, שלדידנו הוא משפט מפתח בהבנת פסק הדין.

מייד לאחר שהוא פורס את הנימוקים הללו פונה השופט טירקל להתבונן במשפט העברי. הוא קובע כי לפי המשפט העברי יכול המתחייב לחזור בו בקלות יחסית מהתחייבותו להעניק מתנה: ״דומה שמקורות שונים של המשפט העברי מראים נטייה להקל על מי שמבקש לחזור בו מהתחייבותו לתת מתנה, בדרך של עמידה קפדנית על קיום תנאים פורמאליים שבלעדיהם אין תוקף לנתינת המתנה. לשון אחרת: כל עוד לא בוצע קניין גמור של דבר המתנה גופו, על פי כל כללי הקניין, יכול נותן המתנה לחזור בו, אפילו ללא מתן הסבר כלשהו״.[51] למעשה מתבסס השופט טירקל על הכלל התלמודי שלפיו ״קניין דברים״ – מעשה קניין הנותן תוקף להתחייבות עתידית ולא מעשה קניין ריאלי – אינו קניין. לפי כלל זה, לא ניתן לאכוף ברמה המשפטית התחייבות לבצע

---

48 שם.
49 שם.
50 שם, בעמ׳ 813.
51 שם, בעמ׳ 815.

הקנאה עתידית, ורק העברת המתנה באופן מעשי נחשבת לאקט בעל תוקף משפטי.[52] ברם, מבחינה דוקטרינרית ניתן לבקר את ההסתמכות של השופט טירקל על המשפט העברי: הכלל ״קניין דברים אינו קניין״ מתייחס לכאורה לכל התחייבות אובליגטורית; זהו כלל בדיני החיובים ולא בדיני המתנה. אכן, התוצאה שלו היא שניתן ביתר קלות לסגת מהתחייבות לתת מתנה, אך מכלל זה ניתן לגזור באותה מידה שאפשר לסגת בקלות יחסית מהתחייבות אחרת במסגרת חוזית.[53] אם כן, המשפט העברי באופן כללי אינו מעניק תוקף משפטי חזק להתחייבויות אובליגטוריות, והישענות על עקרון זה במסגרת המשפט הישראלי עשויה להחליש באופן כללי את המעמד של דיני החוזים, ולאו דווקא את ההתחייבות לתת מתנה.

הסתמכותו של השופט טירקל על הדין העברי כשלעצמו אינה נקייה אפוא מספקות. דומה שההטפה החריגה שלו להעדפת השימוש במשפט העברי על פני ״רעייה בשדות זרים״ לא כוונה אל הפנייה לדין העברי, אלא לנרטיב מסוים שאותו תפס כמשקף את הנרטיב היהודי. כזכור, טירקל עצמו עמד על כך שהמחלוקת בינו לבין השופט לוין היא מחלוקת ערכית: בעוד לוין העדיף לראות את נותן המתנה ואת המקבל כצדדים רגילים לחוזה ולבכר את עקרון החובה לקיים התחייבויות, הרי שטירקל ראה את נותן המתנה כמתחייב התחייבות מוסרית, המטילה על המקבל חובה מוסרית להכיר מצידו תודה לנותן. לדידו, המקבל חייב לנהוג כלפי הנותן ״בהכרת תודה, בכבוד ובדרך ארץ״. את התפיסה הזו, של חובה מוסרית מצידו של מקבל מתנה כלפי הנותן, שממנה נגזרת זכותו של הנותן להתחרט בכל מצב של ״התנהגות מחפירה״, ראה טירקל כתפיסת המוסר של העם היהודי. כפי שציטטנו לעיל, טירקל כותב, ולא בכדי, כי ״דומה שכך היה מקובל

---

52 פירושו המדויק של הכלל בדבר ״קניין דברים״ מצוי בדיון הלכתי ומחקרי כאחד. ראו: ברכיהו ליפשיץ, ״מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה״, **משפטים** כה (תשנ״ה) 161; ברכיהו ליפשיץ, **אסמכתא: חיוב וקניין במשפט העברי** (התשמ״ח); איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות: תוקפה, אופיה וסוגיה** (ספריית המשפט העברי, התשס״א), בעמ׳ 118; יצחק ברנד, ״עסקה בדבר שאין בו ממש – מפילוסופיה למשפט״, **שנתון המשפט העברי** כא (תש״ס) 71; רון ש׳ קליינמן, **דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי** (2013); יצחק ברנד, **״יש מאין״: עסקאות בנכסים מופשטים במשפט התלמודי** (תשע״ז). מכל מקום, עיקרו של הכלל הוא שלא ניתן להתחייב באופן בלתי הדיר לבצע הקנאה עתידית של נכסים, למעט במצבים חריגים שנדונו במחקרים אלה.

53 אם לדייק, השאלה שהיה על השופט טירקל לברר היא אם המשפט העברי מתייחס באופן שונה למי שחוזר בו מהתחייבות לביצוע עסקה ולמי שחוזר בו מהתחייבות להעניק מתנה. נדמה שהמונח ההלכתי הרלוונטי הוא ״קניין אתן״, כלומר התחייבות לתת לאדם בעתיד ממון או נכס מסוים. תוקפו של ״קניין אתן״ שנוי במחלוקת בין הפוסקים. ראו ורהפטיג, שם, בעמ׳ 122. מכל מקום, הדיון בדוקטרינה זו נעשה כחלק מן הדיון הכללי בדוקטרינת קניין דברים, ובמסגרת הדיון ב״קניין אתן״ דנים הפוסקים הן במתנה הן במכר (וראו קליינמן, שם, בעמ׳ 191 ה״ש 238). לעת הזו לא מצאנו התייחסות מפורשת לחזרה מן הטעם של התנהגות מחפירה, והדברים עוד צריכים עיון. אך השוו סיני, לעיל הערה 20, בעמ׳ 561–563.

בעמנו מדורי דורות, וסבורני שכך יש לנהוג גם היום". לעמדתנו, זוהי הפנייה האמיתית של השופט טירקל למכלול התרבותי המכונה "משפט עברי".[54] בשל אינטואיציה מוסרית זו, שכאן אפילו לא נתמכה במקורות כלשהם לבד מן התחושה שכך מקובל בעמנו מדורי דורות, לא יכול היה השופט טירקל להשלים עם מצב שבו מקבל מתנה נוהג בכפיות טובה כלפי הנותן, והנותן עדיין אנוס לקיים את הבטחתו. יותר משחרתה לו, לשופט טירקל, הפנייה לשיטות משפט זרות, חרתה לו התפיסה המוסרית שבבסיס הדין הזר, שאותה ראה כתפיסה מנוכרת למה ש"מקובל בעמנו מדורי דורות".[55]

4. ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית[56]

השימוש שעושה השופט טירקל במשפט העברי בעניין **לינדורן** מפתיע ביותר וזוקק עיון מנקודת המבט שבה אנו עוסקים: כאן אין מדובר רק בהבחנה או בפער שבין הדוקטרינה לנרטיב, אלא בנרטיב חתרני החותר תחת הדוקטרינה.

הנושא שנדון בעניין **לינדורן** הוא מעמדם של ידועים בציבור לעניין קבלת פיצויי נזיקין מכוח סעיף 78 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הקובע כך: "גרמה עוולה למותו של אדם, והיה אותו אדם, אילולא מת, זכאי אותה שעה לפיצויים לפי פקודה זו בעד חבלת גוף שגרמה לו העוולה – יהיו בן זוגו, הורו וילדו זכאים לפיצויים מן האדם האחראי לעוולה". השאלה שנדונה הייתה אפוא אם לעניין סעיף זה נחשב ידוע בציבור לבן זוג. הערעור נדון לפני מותב של חמישה שופטים, ואת חוות הדעת העיקרית כתב הנשיא ברק. ברק, בהסכמת המותב כולו, ענה לשאלה זו בחיוב וקבע כי ידוע בציבור זכאי לקבלת פיצוי לפי הסעיף. במסגרת מלאכת הפרשנות הדגיש ברק כי אין בפסק הדין כדי להתערב ב"הכרעות החברתיות העקרוניות והבסיסיות של החברה הישראלית",[57] כלומר ברגישות הדתית הנלווית להכרה במוסד הידועים בציבור. הדבר נובע מכך שההכרעה מבוססת על פרשנות הסעיף הספציפי על רקע תכליתו הנזיקית – פיצוי התלויים במנוח. התלות במנוח אינה תלויה במעמד הדתי של יחסי בני הזוג, ולכן אין היגיון בהבחנה בין בני זוג נשואים כדת לבין ידועים בציבור.

---

54 דומה שהדבר בא לידי ביטוי גם בדבריו של השופט טירקל לעניין חשיבות ההיזקקות למשפט העברי, שם זיהה את המשפט העברי כ"ערכיה המיוחדים של חברתנו". ראו המצוטט לעיל בה"ש 47.

55 הערה נוספת, שהיא בגדר השערה ספרותית בלבד: דומה שלא למותר לציין כי במסגרת הסכסוך שהסתכסכו המתחייבים והמקבלים צוין כי מקבלת ההתחייבות הטיחה באחד המתחייבים, "חבל שהיטלר לא שרף אותך"; איננו יודעים, אך מעניין לשער אם היה בכך כדי להעלות את חמתו של השופט טירקל על כך שדינה של המקבלת ייגזר לאחר העיון במשפט הגרמני דווקא.

56 ע"א 2000/97 **לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים**, פ"ד נה(1) 12 (1999) (להלן: עניין **לינדורן**).

57 שם, בעמ' 38.

במותב השופטים בערעור זה ישב גם השופט מנחם אילן. אף שהשופט אילן הצטרף לתוצאה, דעתו לא הייתה נוחה מן ההיבט הדתי שבהכרה בידועים בציבור. הוא העלה את החשש שאף שבאופן פורמלי אין פסק הדין עוסק בדיני המעמד האישי, הוא עלול להשפיע על השיח המשפטי בעניין זה: ״אי אפשר לומר שאין לדברים שבפסק־דין זה כל השלכה על סטטוס הידועה בציבור, מפני שכל פסיקה, כמו כל דבר חקיקה, שמכירה בזכותה של הידועה בציבור, ומשווה את זכותה לזכות של בן־זוג נשוי כדת וכדין, יש בה משום חיזוק מעמדה״.[58] בהמשך להערה זו מזכיר השופט אילן (ומבקר) הצעת פתרון מסוימת לסוגיה, שהועלתה בספרות האקדמית ואשר עולה בקנה אחד עם המשפט העברי: לראות בידועים בציבור ספק־נשואים, שלצורך התרת הקשר ביניהם יש להיזקק לגט לחומרה. השופט אילן ציין כי יחס זה לידועים בציבור אינו פותר את מצבם של בני זוג שאחד מהם, או שניהם, אינם יהודים.

אחרון הדוברים במותב השופטים היה השופט טירקל. אף הוא התייחס למשפט העברי, אך דווקא כנימוק בעד אימוץ עמדתו של הנשיא ברק. השופט טירקל הצטרף להערותיו של השופט אילן וציין כי הוטרד מהשאלה אם ראוי לאמץ עמדה זו במסגרת חקיקה שיפוטית, או שמא ראוי היה שהמחוקק יעשה זאת; ואולם, בד בבד עם כך, הוסיף השופט טירקל לאחר מכן פסקה הפותחת במילים ״הערה על המשפט העברי״. לכשנדקדק נמצא כי מדובר בשלוש הערות שונות, המצביעות על כך שלפי המשפט העברי ראוי להכיר בידועה בציבור כזכאית לקבלת הפיצוי הנזיקי.

בראש ובראשונה קובע השופט טירקל כי ״פרשנותו החדשה של הדיבור ׳בן־זוג׳ משקפת לא רק את ערך השוויון ואת הזכות לשוויון, שהוא אחד מערכי היסוד של שיטת המשפט שלנו (פס׳ 13–16 לפסק־דינו של הנשיא). לעניות דעתי משקפת היא גם את אופייה היהודי של המדינה״.[59] הווי אומר, שוויון הוא ערך יהודי ולא רק ערך דמוקרטי. טענה זו של השופט טירקל נטענה כמילתא דפשיטא, והוא לא ראה לנכון לתומכה באסמכתאות.

לאחר מכן מתייחס השופט טירקל לבעייתיות שציין השופט אילן באשר למציאת פתרון ״לפי המשפט העברי״, משום שאין פתרון זה מתייחס למי שאינו יהודי. על כך כותב טירקל: ״דומני שיש מוצא מן הקושי גם בגדרי המשפט העברי. אכן, **הפתרון** שמציע פרופ׳ שאוה אינו חל על זוגות ׳מעורבים׳, אולם נראה לי שיש מקום להחיל את **תוצאתו** גם עליהם. זאת מכוח הכלל עתיק היומין שטבעו חז״ל: ׳מפרנסים עניי נכרים עם עניי ישראל, ומבקרין חולי נכרים עם חולי ישראל, וקוברין מתי נכרים עם מתי ישראל, מפני דרכי שלום׳ (גיטין, סא, א)״.[60] טענה זו אומנם מתייחסת לדין העברי, אך בצורה מקורית ביותר: לא מתוך עיון בדיני המשפחה עצמם, או בדיני המעמד האישי של גויים,

58 שם, בעמ׳ 43.
59 שם, בעמ׳ 47.
60 שם, בעמ׳ 48.

אלא מתוך עקרון יסוד – השוואת הנוכרי ליהודי מפני דרכי שלום. במילים אחרות, לדידו של השופט טירקל המשפט העברי אינו יכול להסתפק בדיני המעמד האישי בלבד, שכן אז הוא לא ייתן פתרון לנוכרי; ואולם, אין לוותר משום כך על הפתרון של המשפט העברי, שכן עקרונות היסוד של המשפט העברי יביאו ממילא לידי כך שיימצא פתרון גם עבור הנוכרי.

הערה שלישית ואחרונה בפסקה זו של השופט טירקל מתייחסת ל״גישה אנושית בפרשנות הכתובים אצל חז״ל״, והיא מבוססת על מדרש אגדה העוסק ביחס של הקב״ה לממזרים. וכך סיכם השופט טירקל את הערתו:

> חז״ל חשו את העוול שנעשה לממזרים – שלא חטאו אך נאסרו מלבוא בקהל ה׳ בשל חטא אבותיהם – ונראה שקיוו לתיקונו. במדרש נועז של חז״ל על הפסוק ״וְשַׁבְתִּי אֲנִי וָאֶרְאֶה אֶת־כָּל־הָעֲשׁוּקִים אֲשֶׁר נַעֲשִׂים תַּחַת הַשָּׁמֶשׁ וְהִנֵּה דִּמְעַת הָעֲשׁוּקִים וְאֵין לָהֶם מְנַחֵם וּמִיַּד עֹשְׁקֵיהֶם כֹּחַ וְאֵין לָהֶם מְנַחֵם״ (קהלת, ד, א), נאמר כי ״עשוקים״ אלה הם הממזרים, שאבותיהם חטאו והם נאסרו מלבוא בקהל, ו״עושקיהם״: ״[...] זה סנהדרין גדולה שלישראל, שהיא באה עליהן בכוח התורה ומרחקתן, על שם ׳לֹא־יָבֹא מַמְזֵר בִּקְהַל ה׳ [...]׳ [דברים, כג, ג] אמ׳ הקב״ה עלי לנחמן [...]״ (ויקרא רבה, לב, ח; ובעוד מקומות). מידת הדין מרכינה את ראשה לפני מידות החסד והרחמים. גם לעניין פרשנותו של סעיף 78 לפקודת הנזיקין יפה לה למידת הדין שתרכין ראשה לפני מידות החסד והרחמים.[61]

העשוקים המקוריים של חז״ל, הממזרים, הוחלפו כאן בעשוקים המודרניים, הידועים בציבור, שאינם מוכרים בדין הדתי (ואולי גם, במצבים מסוימים, אנוסים שלא להינשא משום שהדין הדתי אינו מכיר בנישואיהם). טירקל אינו מציע לבטל את הדין הדתי ולהכיר בידועים בציבור – הן בראשית דבריו הצטרף כבר לחשש מפני חקיקה שיפוטית בעניין ציבורי רגיש, ואף ניסה לבסס את הפתרון שהוצע בהתאם לדין הדתי. ואולם, בה בעת הוא אינו שוכח כי אימוץ הדין הדתי (ואולי גם כל דין שהוא?) מוליד לעיתים באופן אינהרנטי ״עשוקים״ מסוימים. השופט טירקל, ברפלקסיה נדירה של שופט, ער כאן לעוצמתה, ולעיתים לדורסנותה, של מערכת המשפט.[62] תובנה זו מתבססת על ההכרה הערכית של המשפט העברי בכך שמערכת משפטית עלולה להוליד ״עשוקים״ שאין להם מנחם אלא הקדוש ברוך הוא עצמו, והיא מובילה את השופט טירקל לכך שעל אף החששות והלבטים שבהם פתח הוא מצטרף לעמדתו של הנשיא ברק – אם לא משום

---

61 שם.

62 ראוי כמובן להשוות את הדברים לקאבר, לעיל הערה 10, בעמ׳ 37–56, אך אין זה המקום להאריך בכך.

השיקולים הפרשניים הקונקרטיים, הרי שמכוח ההכרה הערכית כי לעיתים ״יפה לה למידת הדין שתרכין ראשה לפני מידות החסד והרחמים״.

דוגמה זו מעניינת ביותר, משום שבתיוג הציבורי הרגיל, בעלי השקפת עולם דתית יחששו מפני הכרה בידועים בציבור, מוסד שאינו עולה בקנה אחד עם דרישות ההלכה. נימה זו עולה מקולו של השופט אילן, וגם מקולו של השופט טירקל בפתח דבריו. ואולם, בסופו של דבר מגיע השופט טירקל, דווקא באמצעות היזקקות למשפט העברי, למסקנה הפוכה. תחושת הצדק שלו מובילה אותו לאו דווקא לדיני המעמד האישי במשפט העברי, אלא לעיקרון משפטי כללי (״מפני דרכי שלום״) ולעיקרון תורת־משפטי ערכי (״דמעת העשוקים״). לא במסגרת הדין, אלא בפריזמה של עקרונות ערכיים אלו מתבונן השופט טירקל על הסיטואציה, וכך הוא מגיע למסקנה שבמבט ראשון עשויה דווקא להפתיע.[63]

5. בג״ץ 5319/97 קוגן נ׳ הפרקליט הצבאי הראשי[64]

עניין **קוגן** עסק בדילמה מעניינת. כך העובדות, והדילמה, כפי שהוצגו על ידי השופט אור בפתח חוות דעתו:

> במתקן כליאה צבאי אירעה התמרדות של חלק מן הכלואים. הכלואים השתלטו על חלק מן המתקן והתבצרו בו. הם תפסו כמה מאנשי הסגל והחזיקו בהם. ההתמרדות הייתה כרוכה בביצוע מעשים שונים, העולים לכאורה כדי עבירות על חוק העונשין, תשל״ז–1977, ועל חוק השיפוט הצבאי, תשט״ו–1955. בעקבות ההשתלטות נוהל משא ומתן בין הכלואים לבין שלטונות הצבא, ובסיומו נכרת הסכם בין הכלואים המורדים לבין הרשויות. בהסכם נקבע כי ההתמרדות תסתיים; כי הכלואים יחזרו לשיגרה וכי הכלואים המורדים לא יועמדו לדין על העבירות לכאורה שהיו כרוכות בהתמרדות. חרף הסכם זה, נעצרו הכלואים המורדים סמוך לאחר סיום ההתמרדות, והוגשו נגדם כתבי־אישום המייחסים להם אחריות לביצוע עבירות שונות במהלך ההתמרדות. האם החלטה זו של רשויות התביעה הייתה כדין?[65]

הדילמה היא אפוא אם חובת הרשות לקיים את התחייבותה גוברת, או שמא האינטרס הציבורי בהשלטת שלטון החוק ובהעמדת העבריינים לדין הוא שגובר. בחוות הדעת העיקרית קבע השופט אור כי אין מקום להתערב בהחלטת הרשות. נפסק כי אף אם ייקבע שההסכם שנחתם בין העותרים לרשויות הצבא הוא הסכם תקף, הרי שרשויות הצבא היו

---

63 ראו לעיל הערה 11 והטקסט הצמוד לה.

64 בג״ץ 5319/97 **קוגן נ׳ הפרקליט הצבאי הראשי**, פ״ד נא(5) 67 (1997) (להלן: עניין **קוגן**).

65 שם, בעמ׳ 71–72.

רשאיות להשתחרר מהתחייבותן. השופט אור סקר בפסק הדין את האינטרסים השונים שעל הרשות לשקול במצב דברים כזה: שמירה על אמינותו של השלטון, הגינותו של השלטון והסתמכותם של העותרים על הבטחת השלטון – מזה, והאינטרס במיצוי ההליך הפלילי ביחס לעותרים, חומרת העבירות שנעברו והחשש לחיי אדם בעת האירוע שבגינו נחתם ההסכם, מזה. לאחר מכן קבע השופט אור כי החלטת הרשות, שלפיה האינטרס הטמון בהשתחררות מן ההסכם גובר על האינטרס הציבורי והפרטי שבקיומו, היא החלטה הנופלת בתוך מתחם הסבירות.

השופט טירקל מצטרף לפסק הדין של השופט אור, ״אך לא בלב קל״.[66] הערתו בעניין זה היא הערה ערכית ולא משפטית: המציאות שלפיה הרשות מבטיחה דבר מה ואינה מקיימת אותו נדמית בעיניו כמציאות לא מוסרית. עיקרון מוסרי זה נשאב ממקורות המשפט העברי:

> הדרישות שעיצבו חז״ל לשאת ולתת באמונה ולעמוד בדיבור (עיין מכילתא, בשלח, טו; שבת, לא, א, ובעוד מקומות; וכן בבא מציעא, מד, א; מח, ב ובעוד מקומות) כוונו כלפי היחיד ודומה שהעמידו אותן בתחום המוסרי והאתי יותר משעשו אותן לחיובים משפטיים. בעיניי תקפות דרישות אלה גם היום, ולדעתי חלות הן לא רק על היחסים שבין אדם לחברו אלא גם על רשויות השלטון ועל בעלי תפקידים ברשויות אלה במשאם ובמתנם עם הציבור ועם בני הציבור. את הבסיס לכך ניתן למצוא בשיקולים מוסריים ואתיים, אך גם בשיקולים תועלתניים, ולא אחווה כאן דעה על הבסיס המשפטי, שהוא עניין לדיון משפטי נפרד, שאינו צריך לענייננו.[67]

אף שהחובה במשפט העברי ״לשאת ולתת באמונה ולעמוד בדיבור״ נושאת עימה מטען משפטי מסוים,[68] השופט טירקל מעדיף להתייחס להיבט המוסרי והאתי של דרישות אלו. מטען מוסרי זה מבסס אצל השופט טירקל את התחושה הנזכרת לעיל, שלפיה נהגה הרשות במקרה זה באופן בלתי מוסרי כלפי העותרים (תוך שהוא מבקר גם את היחס של רשויות הצבא לעותרים, בהיותם אסירים, לפני אירוע המרידה).

לאמיתו של דבר, כאמור, טירקל אינו חולק על מסקנתו של השופט אור; ברם, בגילוי לב הוא מציין כי כמעט עשה כן, בכותבו: ״לא אכחד כי בשל המשקל הרב שיש לייחס, לדעתי, לשיקולים כאלה, דווקא בתחום היחסים מן הסוג האחרון, נטיתי מלכתחילה להחלטה שונה, המשקללת את היתרונות ואת החסרונות במאזני צדק אחרים״.[69] ״במאזני צדק אחרים״ - קרי בהכרעה ערכית אחרת באשר ליחס בין החובה לעמוד

---

66 שם, בעמ׳ 96.

67 שם.

68 ראו המקורות שאליהם הפנה השופט טירקל המצוטטים לעיל, וכן ליפשיץ, לעיל הערה 52.

69 עניין **קוגן**, לעיל הערה 64, בעמ׳ 96.

בדיבור לבין יתר השיקולים שנשקלו בפסק הדין. לבסוף, כאמור, החליט טירקל להצטרף לעמדת הרוב, אך זאת אך ורק משיקולי אי־התערבות בהחלטת הרשות; הוא מדגיש כי אין בכך אמירה ערכית פוזיטיבית המצדיקה את התנהלותה של הרשות. כפי שסוכמו הדברים בלשונו הציורית: ״המשפט הרומי הכיר בהחלטה בנוסח של 'Non liquet', שהייתה הכרזה של השופט שאין הוא יכול להכריע לחובה או לזכות [...] לדעתי, זאת גם משמעות ההחלטה לדחות את העתירה. טוב לה שתעמוד כך, מעט עמומה ומעט לא נחרצת, כאשר חתימתה אינה רק בסימן קריאה, אלא גם בסימן שאלה״.[70]

6. בג״ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ׳ ראש־הממשלה[71]

אמירה נוספת של השופט טירקל על היחס שבין הכרעת הרשות המחוקקת והמבצעת להכרעת הרשות השופטת מצויה בעתירה שהוגשה נגד מינויו של צחי הנגבי לשר לביטחון פנים, בעקבות עברו. עתירה זו נדחתה ברוב דעות; השופט טירקל הצטרף לעמדת הרוב, שלפיה יש לדחות את העתירה. ברם, באופן מעניין למדי, השופט טירקל אינו מתמקד בשאלה המשפטית גופה – כשירות כהונתו של נבחר ציבור שחטא – אלא ביחסי הגומלין שבין בחירת הציבור בנבחריו לבין התערבותו של בית המשפט בכך.[72] גישתו היא כי אם ציבור הבוחרים הוא אשר בחר בצחי הנגבי לכהן בתפקידים ציבוריים, ומן הסתם שקל את מעשי העבר של המועמד ואף על פי כן החליט להצביע בעדו, כי אז, תוהה השופט טירקל בקול, ״האם יפה כוחנו מכוחו של הציבור?!״.[73] גישה זו על היחסים שבין בחירת הציבור לבין ביקורת שיפוטית מבוססת אצל השופט טירקל על מדרש אגדה המובא בתלמוד, וכך הוא מנמק את עמדתו:

> לטעם השני, המצוי בלבה של המחלוקת יותר מקודמו, יפה מדרש אגדה שלפיו אין ממנים נושא משרה חשוב (״פרנס״), אלא אם כן נמלכים בציבור. מדרש זה מושתת על הפסוקים ״וַיְדַבֵּר ה׳ אֶל־מֹשֶׁה לֵּאמֹר: רְאֵה קָרָאתִי בְשֵׁם בְּצַלְאֵל בֶּן־אוּרִי בֶן־חוּר לְמַטֵּה יְהוּדָה״ (שמות, לא, ב) וכן ״וַיֹּאמֶר מֹשֶׁה אֶל־בְּנֵי יִשְׂרָאֵל רְאוּ קָרָא ה׳ בְּשֵׁם בְּצַלְאֵל בֶּן־אוּרִי וגו׳״ (שמות, לה, ל): ״אמר רבי יצחק: אין מעמידין פרנס על הצבור אלא אם כן נמלכים בצבור, שנאמר ׳ראו קרא ה׳ בשם בצלאל׳. אמר לו הקדוש ברוך הוא למשה: משה, הגון עליך בצלאל? אמר לו: רבונו של עולם, אם

---

70 שם.

71 בג״ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ׳ ראש־הממשלה**, פ״ד נז(6) 817 (2003) (להלן: עניין **הנגבי**).

72 יצוין כי גם חוות הדעת המרכזית של עמדת הרוב, מפי השופט ריבלין, עסקה בסוגיה של היקף הביקורת השיפוטית בעניינים כגון דא, ובין היתר עסקה במשמעות היותו של המועמד נבחר על ידי הציבור; ואולם, הדגש העיקרי בה היה המנעד הרחב של שיקול דעתו של **ראש הממשלה** בקביעת הרכב הממשלה, והביקורת השיפוטית על החלטותיו.

73 עניין **הנגבי**, לעיל הערה 71, בעמ׳ 948.

לפניך הגון – לפני לא כל שכן? אמר לו: אף על פי כן, לך אמור להם. הלך ואמר להם לישראל: הגון עליכם בצלאל? אמרו לו: אם לפני הקדוש ברוך הוא ולפניך הוא הגון – לפנינו לא כל שכן?״ (ברכות, נה, א).

(על החובה להימלך בצבור עיינו גם: שו״ע, חו״מ, ג, ד; ערוך השלחן, חו״מ, ג, ח; שו״ת הריב״ש, רעא; הראי״ה קוק, באר אליהו, פירוש לביאור הגר״א ובעוד מקומות [...]).

כביכול, אי אפשר לו למינוי בלי ״שיקול־הדעת״ של הציבור, אפילו הביעו הקב״ה ומשה רבנו את דעתם (לעניין פסילת נושאי משרה שיצא עליהם רינון, לפי המשפט העברי, השוו: שמות, יח, כא; סנהדרין, ז, ב; רמב״ם, הלכות כלי המקדש, ד, כא; שו״ת הרמב״ם, קיא; שו״ע, או״ח, נג, כה; שו״ת זקן אברהם, מהדורא תניינא, יו״ד, ל).

המשיב 3 נבחר בבחירות המקדימות של תנועתו למקום הראשון, הוצב במקום השלישי ברשימה שהציגה תנועתו בבחירות לכנסת, מונה על־ידי ראש־הממשלה לכהונת השר לביטחון פנים, והמינוי אושר על־ידי הכנסת. הייתה אפוא ״הימלכות״ בציבור, והציבור אמר את דברו. האם יפה כוחנו מכוחו של הציבור?! סבורני כי רק בנסיבות נדירות ויוצאות־דופן רשאים אנו, במצב דברים שכזה, לדחות את דברו של הציבור – מפיה של הכנסת – מפני דעתנו. תבונת הרשות המינהלית הממנה והאתיקה שלה – למעט חוקיות המינוי – עומדות לביקורת הציבור, ואין הן עומדות לביקורתנו. בכך איני בא לגרוע מכוחו של בית־המשפט לומר את דברו בעניינים של מוסר ואתיקה [...] ולפעמים יפה לו שיעשה כן, אולם הרחבת ההלכה כך שהתנהגות של המשיב 3, כמו שנדונה שם, ״תחייב את ראש־הממשלה להעביר שר או סגן שר מכהונתו, אף שהיא נובעת מכוונה טובה, אינה ראויה; הנזק הטמון בה עולה על התועלת שתצמח ממנה״ [...] אכן, יש טעם רב בהשקפה שלפיה יש לדקדק במוסריותם ובמידותיהם של נבחרי ציבור כחוט השערה, אולם זאת שאיפה למטרה שלעולם – בעולם שבו אנו חיים – תישאר בגדר מטרה.[74]

השופט טירקל אינו מעמיד לפנינו מקור הלכתי, אלא רעיון אגדי, נועז, שלפיו ״כביכול, אי אפשר לו למינוי בלי ׳שיקול־הדעת׳ של הציבור, אפילו הביעו הקב״ה ומשה רבינו את דעתם״. תפיסה ערכית זו, הרואה את האמת האבסולוטית (הקב״ה) ככפופה לרצון

74 שם, בעמ׳ 947–948.

הציבור בכל הנוגע למנהיגיו, מניעה את השופט טירקל להרכין גם את ראשה של הרשות השופטת בפניו. מדרש זה אומנם הופך בהמשך דרכו של המשפט העברי גם לעיקרון הלכתי, אולם זה אינו העיקר אצל השופט טירקל.[75] העיקר הוא שאיבת הרעיון הערכי ממקורות המשפט העברי, במובנם הרחב.[76]

דומה שמקרה זה מבליט את ההבדל שבין דוקטרינה לבין ערכים באופן ההיזקקות למשפט העברי, משום שבהיבט הדוקטרינרי יש למשפט העברי תרומה נכבדה לגוף העניין – סוגיית מעמדו של נבחר ציבור שחטא. מקורות המשפט העברי עוסקים בעניין זה לא מעט, והם גם הובאו בפסיקת בית המשפט העליון בסוגיה זו.[77] לפיכך ניתן היה לצפות משופט הנדרש בפסיקתו לעמדת המשפט העברי כי ייזקק למקורות אלו. ברם, השופט טירקל מסתפק גם בהקשר זה ברשימת הפניות בלבד. הדבר נובע מכך שעניינו אינו בהכרח להקיש מן הדוקטרינות שבמשפט העברי אל המשפט הישראלי; הוא אינו מעוניין לבחון מה צריך להיות דינו של הנגבי לאור פסק ההלכה של הרמב״ם על אודות כהן גדול שחטא. עניינו במשפט העברי הוא לחלץ הימנו הכרעה בנוגע להתלבטות הערכית הנוגעת לעניין; במקרה שלנו, ההתלבטות של השופט טירקל התמקדה דווקא בשאלת היחס בין בחירת הציבור לבין הביקורת השיפוטית, ולא בהיבטים אחרים של השאלה.

7. רע״א 6810/97 בן שושן נ׳ בן שושן[78]

בקשת רשות ערעור קצרה, שנדונה על ידי השופט טירקל כדן יחיד, מלמדת על פן נוסף בהיזקקותו לערכי צדק מן המשפט העברי וכן על רגישותו הרבה לכל בעל דין באשר הוא.[79] מדובר בסכסוך בין בני זוג באשר לפירוק השיתוף בדירתם המשותפת. בית

---

75 השופט טירקל מודע לכך, ומפנה בהערת סוגריים לכמה מקורות הלכתיים שעסקו בעיקרון זה; ואולם, לדידו הרעיון הערכי הוא העיקר, ויישומו למעשה במסגרת המשפט העברי די לו שיזכה להערת סוגריים ולהפניות.

76 מעניין לציין שאותו רעיון עצמו, במקרה אחר, הניע את השופט טירקל לקבל עתירה נגד מינוי – כאשר היה ברור שהציבור לא שותף כדבעי בהליך הבחירה. ראו בג״ץ 6499/99 **המפד״ל – המפלגה הדתית הלאומית נ׳ הרב בן־עזרא**, פ״ד נג(5) 606 (1999).

77 ראו על״ע 1/68 **פלוני נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד כב(1) 673 (1968); בג״ץ 6163/92 **אייזנברג נ׳ שר הבינוי והשיכון**, מז(2) 229 (1993) בעמ׳ 264; חוות דעתי (נ׳ ס׳) בבג״ץ 43/16 **תנועת אומ״ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ׳ ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 2016); בג״ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ׳ ראש ממשלת ישראל**, פסקאות 15–16 לחוות דעתו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 2016).
מובן כי מקורות המשפט העברי שעסקו במעמדו של פרנס שחטא היו מוכרים לשופט טירקל, וגם בעניין זה הוא הוסיף הערת סוגריים קצרה ובה הפניות בסיסיות העוסקות בכך. מבחינה ספרותית, הערות הסוגריים שבחוות דעתו מעצימות דווקא את הפער בין מקומה של הדוקטרינה למקומם של הערכים ביחסו של השופט טירקל למשפט העברי.

78 רע״א 6810/97 **בן שושן נ׳ בן שושן**, פ״ד נא(5) 375 (1997) (להלן: עניין **בן שושן**).

79 ראו לעיל הערה 15 ובטקסט הצמוד לה.

המשפט לענייני משפחה נעתר לתביעת הבעל והורה על פירוק שיתוף, האישה הגישה ערעור לבית המשפט המחוזי וזה מחק את ערעורה. בקשת רשות הערעור שלה הונחה לפני השופט טירקל, והוא נעתר לבקשה.

השופט טירקל פתח ואמר כי בפסקי הדין של הערכאות הנמוכות נפלו פגמים דיוניים הנוגעים להבחנה בין ״פסק דין״ לבין ״החלטה אחרת״, אך אין הצדקה לבטל את פסקי הדין מחמת פגמים אלו. עוד מוסיף השופט טירקל: ״אוסיף ואומר כי לא מצאתי בפסקי־הדין של הערכאות הקודמות, על פניהם, פגם המצדיק את ביטולם״.[80]

למרות זאת מורה השופט טירקל על ביטול פסקי הדין – לא בשל גופם של דברים, אלא בשל היעדר שוויון בין הצדדים. כך אמר:

> כפי שמראה העיון בפסקי־הדין של הערכאות הקודמות לא הייתה המבקשת מיוצגת על־ידי עורך־דין. לעומתה היה המשיב, בעלה, מיוצג על־ידי עורכת־דין שמונתה לפי חוק הסיוע המשפטי, תשל״ב–1972. 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 לפניהן במהלך הדיונים כל הטענות שהיו בפי המבקשת וכן טענות נוספות שעורך־דין הבקיא במחלוקות כגון דא היה מן הסתם משכיל לטעון. יתר־על־כן, הדברים שטענה בעצמה היו, כלשון בית־המשפט המחוזי, ״גיבוב של דברים מבולבלים״. בית־המשפט המחוזי נתן את דעתו על כך באומרו כי ״אין ספק כי מוטב ועדיף היה אילו היתה המערערת מיוצגת על מנת שיוגש כתב ערעור כדין וטענותיה יהיו לעניין ובאופן מסודר״, אולם סבר כי מאחר שניתנה למבקשת ״אפשרות חוזרת ונשנית להיות מיוצגת על ידי עו״ד והדבר לא נעשה״ יש למחוק את הערעור.[81]

התיאור של בעל דין שאינו מיוצג, ומשכך דבריו הם ״גיבוב של דברים מבולבלים״, תיאור מוכר הוא לכל מי שעסק במלאכת השפיטה; היחס למתדיינים אלו אינו פשוט, והשופט מנסה ככל יכולתו לאזן כראוי בין עמדתו הניטרלית והגישה האדוורסרית לבין הצורך, לעיתים, לקיים ״פתח פיך לאילם״.[82] בעניין שלפנינו מתייחס השופט טירקל

---

80 עניין **בן שושן**, לעיל הערה 78, בעמ׳ 377.

81 שם.

82 ראו למשל רע״א 2097/16 **מדינת ישראל – משטרת ישראל נ׳ רופל**, פסקה 15 (פורסם בנבו, 2017); לעיון בהרחבה בהקשרו של המושג ״פתח פיך לאילם״ ובגישת המשפט העברי באופן כללי לסוגיה זו, ראו יובל סיני, **השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי** (תש״ע).

לפערי הכוחות שבין הבעל, המיוצג על ידי עורך דין, לבין האישה, שאינה מיוצגת, על רקע ההקשר המסוים של דיני המשפחה:

על סכסוכים כאלה אמרתי במקום אחר:

> ״טבעו של סכסוך בין בני־זוג, שרוב רובו בסתר ואפס קצהו בגלוי. הדברים, שמביאים בני הזוג המתדיינים, ואף עדיהם, בפני בית המשפט או בית הדין, אינם תמיד אמת צרופה, ויש לחשוש שבדרך כלל אינם אלא ׳אמת׳ סובייקטיבית מאד, פריה של שנאה יוקדת ושל חשבונות שונים ומשונים [...].
>
> התמונה הנוצרת לעיני בית המשפט עלולה להיות מרוסקת ומעוותת ובלתי נאמנה למציאות לחלוטין, ועליו לנהוג בזהירות יתירה בבואו לקבוע את ממצאיו ובבואו לשקול אותם בטרם יסיק את מסקנותיו. על אחת כמה וכמה שחייב הוא בכל אלה בטרם יבוא להעניק סעד כה מרחיק לכת כמניעתו של בן־זוג מלהיכנס לדירת בני הזוג [...]״. (ע״א 410/80 י׳ ברזני נ׳ ש׳ ברזני, בעמ׳ 322, 323).
>
> דברים אלה כוחם יפה, ואולי ביתר שאת, כאשר מדובר בפירוק השיתוף בדירת בני־הזוג. כאן חייב בית־המשפט בזהירות כפולה ומכופלת, בבואו לקבוע את מימצאיו ובבואו לשקול אותם בטרם יסיק את מסקנותיו. חובת זהירות זאת אינה יכולה להתקיים במצב של חוסר שוויון קיצוני כזה בין המתדיינים, כאשר אחד מהם טוען לעצמו בלשון עילגים ואילו השני, בלשון פרקליטים מלומדת. הציווי של ״שָׁמַע בֵּין־אֲחֵיכֶם וּשְׁפַטְתֶּם צֶדֶק״ (דברים א, טו) אינו יכול להתקיים במצב כזה.[83]

עמדת השופט טירקל היא אפוא כי על השופט, בדונו בסכסוכים שבין בני זוג, להיות מודע להשפעתן של האמוציות החריפות על בירור האמת במסגרת המשפט. כאשר סכסוך כזה מתנהל במצב של ״חוסר שוויון קיצוני״ בין הצדדים, שבו אחד הצדדים מיוצג על ידי עורך דין והאחר אינו מיוצג, לא ניתן לקבוע ממצאים ולהסיק מהם מסקנות כדבעי, באופן המצדיק, לדעת השופט טירקל, את ביטול פסקי הדין שניתנו.

את היסוד המשפטי־מוסרי של קביעה זו מבסס השופט טירקל על הציווי המקראי ״שָׁמַע בֵּין־אֲחֵיכֶם וּשְׁפַטְתֶּם צֶדֶק״.[84] ציווי זה, אחד הציוויים המקראיים העיקריים הנוגעים להליך השיפוטי, התפרש על ידי חז״ל בהקשר של החובה לשמור על שוויון בין המתדיינים. הדברים לא נאמרו כדרישה ערכית בעלמא, ויש להם גם השלכות מעשיות

---

83 עניין בן **שושן**, לעיל הערה 78, בעמ׳ 377–378.

84 דברים, א 15.

רבות במשפט העברי. למשל, קיימת חובה לדאוג לכך שלבושם של שני המתדיינים לא יסגיר את הבדל המעמדות ביניהם, אם קיים.[85] השופט טירקל בוחר, שוב, כמעט במפגיע לא להתייחס להיבט המעשי־דוקטרינרי של פסוק זה, אלא להישען על עוצמתו המוסרית. בכך מובלט שוב היחס שבין הדוקטרינה ובין הערכים שבבסיסה: ניתן היה להכביר מילים על החובה ליצירת שוויון בין בעלי הדין במשפט העברי, כפי שזו באה לידי ביטוי ברמב״ם ובשולחן ערוך, ולהסיק ממנה את החובה לדאוג לשוויון גם בייצוג המשפטי; ברם, השופט טירקל מעדיף כדרכו להישען על הקריאה המוסרית של הציווי המקראי, ולא על הדין המעשי של המשפט העברי. לעמדתנו, טעם הדבר אינו טמון רק בקיצור האופייני לשופט טירקל, אלא בכך שאכן הקריאה המוסרית של המשפט העברי היא שהוליכה אותו אל מסקנתו, ולאו דווקא ההיבטים המעשיים הנגזרים ממנה.

במקום אחר, עניין **מאלרז**,[86] התייחס השופט טירקל לחובת השוויון בין בעלי הדין גם בהקשר הדוקטרינרי. באותו עניין מדובר היה בערעור מס, שבמסגרתו עלתה גם שאלת זכות הטיעון של המערערת לפני רשויות המס בהשגה שהגישה. המערערת טענה כי בזכות הטיעון שלה נפל פגם משום שהטיעון נערך בכתב בלבד, בעוד מי שהחליט בהשגה שמע את עורך השומה (בעל הדין שכנגד) בעל פה. הנשיא ברק, בפסק הדין העיקרי, דחה טענה זו, אף שהעיר כי מוטב היה לשמוע גם את המערערת בעל פה:

> אמנם, המחליט בהשגה שמע בעל־פה את עורך השומה ואת החוקרים שטיפלו בה, אך אין בכך כדי להוביל בהכרח למסקנה שיש לשמוע בעל־פה גם את המערערת משביקשה זאת, שכן הליך ההשגה איננו הליך אדברסרי, מעין־שיפוטי, שיש בו שני צדדים שווים שמעלים את טענותיהם וצד שלישי שמכריע ביניהם. אלא הליך ההשגה הוא הליך מינהלי שבו הרשות המינהלית בוחנת בשנית את החלטתה [...] אכן, יש להעניק זכות טיעון סבירה והוגנת. על־פי רוב, מתמלאת חובה זו במתן זכות טיעון בכתב כפי שמורה סעיף 82 לחוק, אך ייתכנו מקרים חריגים שבהם יש צורך במתן זכות טיעון בעל־פה כדי להגשים את תכלית ההשגה וכדי להגשים את חובות הרשות המינהלית, ובכללן חובת ההגינות [...] הבחינה היא בחינה נסיבתית ממקרה למקרה. בנסיבות המקרה שבפנינו איננו מוצאים מקום להתערב בהחלטת המשיב להסתפק בשימוע בכתב למערערת בהשגתה. על־כן לא הפר המשיב חובה

---

85 ראו למשל בבלי, סנהדרין ז, ב: ״שמע בין אחיכם ושפטתם – אמר רבי חנינא: אזהרה לבית דין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חבירו, ואזהרה לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חבירו״. כן ראו משנה תורה, הלכות סנהדרין, כא, א–ד; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יז.

86 ע״א 4069/03 **מ.א.ל.ר.ז. שיווק מתכות בע״מ נ׳ מנהל מכס ומע״מ**, פ״ד נט(5) 836 (2005) (להלן: עניין **מאלרז**).

> מחובותיו כרשות מינהלית. מעבר לחובה מובן כי רצוי שיתקיים שימוע ככל האפשר כפי שאף המשיב עצמו מנחה בהנחיותיו הפנימיות.[87]

השופט טירקל, שהצטרף לתוצאה, היה נחרץ יותר באשר לחובת הרשות לערוך שימוע בעל פה במצבים כגון דא. הוא אומנם ציין כי אין בכך כדי להביא לבטלות ההחלטה בנסיבות המסוימות של העניין, אולם סבר כי הדבר פוגם בשוויון בין הצדדים:

> בעיניי נפגם השוויון בין בעלי־דין כאשר אחד מהם שוטח את טענותיו בפני המחליט בעל־פה, ואילו יריבו שוטח את טענותיו בכתב. משל למה הדבר דומה? לשני בעלי־דין שהגישו סיכומי טענות בכתב, אולם רק אחד מהם הוזמן להשלמת טיעון בעל־פה. לא ייעשה כן, ואפילו דברים אמורים בהשגה בפני רשות מינהלית ולא בהליך המתקיים בבית־משפט. אין צריך לומר כי אינו דומה מי שניתנה לו הזדמנות להסביר בעל־פה ובמו פיו דברים שכתב ולהגיב על שאלותיו ועל ספקותיו של המחליט, למי שטיעוניו ״מדברים״ מתוך הכתובים בלבד.[88]

כסמך לקביעה זו שב השופט טירקל לציווי המקראי שהוזכר לעיל, והפעם התייחס גם למשמעויותיו המעשיות, גם אם בקצרה ועל דרך ההפניה בלבד:

> על כך נאמר במקורותינו: ״שָׁמֹעַ בֵּין־אֲחֵיכֶם וּשְׁפַטְתֶּם צֶדֶק״ (דברים, א, טז), ופירש רש״י: ״כשיהיו שניהם יחד שמעו דבריהם, ולא תשמעו דברי זה בלא זה״ (סנהדרין, ז, ב. וראו גם תשובות הגאונים – שערי צדק, חלק ד, שער ב, סימן לח; שו״ת משפטי עוזיאל, ד, חו״מ, ט).[89]

ואומנם, יש הבדל בין שני פסקי הדין. עניין **מאלרז** עוסק בהיקפה ובטיבה של זכות הטיעון במסגרת הליך מינהלי, זכות מוכרת ומבוססת כחלק מכללי הצדק הטבעי בענף משפט זה. ההיזקקות לחובת השוויון בין בעלי דין במשפט העברי נעשית כחלק מבירורה ופיתוחה של זכות זו, ותו לא. לעומת זאת, בפסק הדין בעניין **בן שושן** מבקש השופט טירקל, על סמך עיקרון מוסרי השאוב מהמשפט העברי, לבטל פסקי דין של הערכאות הנמוכות מבלי שיש לכך, לכאורה, עילה בדין.[90] מדובר אפוא בפסק דין שכולו מצוי על המתח שבין שורת הדין לבין תחושת הצדק; במצב זה, כפי שצוין לעיל, לא הדוקטרינה

---

87 שם, בעמ׳ 848–849.

88 שם, בעמ׳ 854.

89 שם.

90 על ההיבט התקדימי של פסק הדין ראו יורם רבין, ״הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך האזרחי: בעקבות רע״א 6810/97 בן שושן נ׳ בן שושן״ **המשפט** ו (תשס״א) 225. יש לציין כי בהמשך פסק הדין מתייחס השופט טירקל לזכות לייצוג גם כזכות חוקתית. לעמדתנו יש להבחין בין שאלה זו לבין שאלת השוויון בין בעלי הדין – אשר עליה מבוסס, לדעתנו, פסק הדין.

עיקר, אלא העוצמה המוסרית העומדת בבסיסה, והנמקתו של השופט טירקל מוצגת אפוא בהתאם.

8. רע״א 7700/95 נגולה נ׳ חזן[91]

בעניין **נגולה** נדונו הקריטריונים שצריכים להנחות את ראש ההוצאה לפועל (או, בהליכי פשיטת רגל, את בית המשפט) באשר לסידור חלוף לדיור של חייב שביתו נמכר. השופטת שטרסברג־כהן, אשר כתבה את פסק הדין, מונה רשימה מנחה, גמישה, של שיקולים לעניין זה:

> יש לבדוק את האפשרות להגיע לסילוק החוב בדרך פחות דראסטית ממכירת בית המגורים של החייב, את יכולת המשפחה להשיג קורת גג לאחר שדירתה תימכר; את מקורות הכנסתה ואת הרכוש והאמצעים העומדים לרשותה; את יכולתה להיעזר במקורות מימון חיצוניים לרכישת דירה אחרת; את גודל המשפחה ואת צרכיה ההווים והעתידיים; את הנסיבות האישיות המיוחדות של החייבים; את היחס בין גודל החוב שאמור להיגבות מדמי מכירת הדירה לעומת גובה הפיצויים או עלות הסידור החלוף שהחייב צריך לדאוג לו; את היחס בין סכום החוב שייגבה מתמורת הדירה לבין סכום העודף עד מלוא מחירה שיישאר בידי החייב לרכישת סידור חלוף. יש לתת את הדעת לכך שהסידור החלוף אינו חייב להינתן בדירה ב״עין״ ואין הוא חייב להיות תואם את הדיור המוחלף על־ידיו, לא בגודלו, לא ברמתו ולא בטיב הזכות הנרכשת. האיזון בין שיקולים אלה ואחרים, כולם או חלקם, לבין זכותו של הנושה לגבות את חובו יקדמנו לקראת התוצאה הראויה בכל מקרה ומקרה.[92]

השופטים טירקל וטל הצטרפו לתוצאה, אך יש ביניהם התדיינות מעניינת הנוגעת, בין היתר, למשפט העברי ולתפיסתו הערכית בסוגיה של גביית חובות. השופט טירקל מוסיף כי לדעתו, סידור חלוף צריך שיהיה ״חלופה הולמת לבית המגורים המוצא למכירה גם מבחינת משך התקופה שהחייב יוכל להתגורר בדירה החלופית״.[93] במילים אחרות, אם החייב מתגורר בדירה שבבעלותו, יהיה זכאי לסידור חלוף שיבטיח לו מקום מגורים לכל ימי חייו. נוסף על כך מציע השופט טירקל (בעקבות הצעתו של פרופ׳ רייכמן, המצוטטת בפסק הדין) להגביל את היכולת לשלם את חובותיו של החייב באמצעות מימוש ביתו לתקרה כספית מסוימת, בהתחשב בגודל משפחתו של החייב ובמחירן הממוצע של דירות בישראל, זאת בדומה להגנה שהעניק המחוקק למיטלטלין חיוניים מסוימים שאין

---

91 רע״א 7700/95 **נגולה נ׳ חזן**, פ״ד נ(1) 338 (1996) (להלן: עניין **נגולה**).

92 שם, בעמ׳ 343.

93 שם, בעמ׳ 344.

לעקל אותם בהליכי הוצאה לפועל. את דבריו הוא מסכם בהערה המתייחסת למשפט העברי:

> כאן ראוי לציין שכל אלה יסודותיהם בעקרונות סוציאליים עתיקי יומין של המשפט העברי: ״לא־יחבל (לא יעקל – י׳ ט׳) ״רחים ורכב כי־נפש הוא חבל״ (דברים, כד, ו); ״ואם איש עני הוא לא תשכב בעבטו״ (במשכונו – י׳ ט׳) ״השב תשיב לו את־העבוט כבא השמש ושכב בשלמתו [...]״ (שם, יב, יג). רעיונות שהתפתחו והלכו במשך הדורות.[94]

גם בעניין זה ניכרת בחירתו של השופט טירקל לפנות אל פסוקי המקרא ולא אל הדין המפותח של המשפט העברי – ללכת אל ה״רעיונות״ ולא אל מה ש״התפתח והלך במשך הדורות״, לא אל הדין, כי אם אל היסודות המוסריים והעקרונות הסוציאליים אשר הוליכו אותו להעיר את שתי הערותיו הנ״ל.[95]

מעניינת ביותר תגובתו של השופט טל לדברים אלו. השופט טל מתייחס להערתו הראשונה של השופט טירקל בדבר משך זמן הסידור החלוף. לדעתו, אין לקבוע ככלל נוקשה שיש לספק לחייב דיור חלופי לאותו משך זמן שבו יכול היה לגור בביתו הנוכחי. המצבים שבהם כלל זה אינו ראוי, לדעתו, הם כאלו שבהם הבית עצמו נבנה מכספי הלוואה שהחייב חב לאחרים:

> קראתי את הערות השופט טירקל, הסבור שסידור חלוף צריך להבטיח לחייב תקופת מגורים מקבילה לזו שנשללה ממנו בהוצאה לפועל, כגון, מי שהייתה הדירה הנמכרת בבעלותו, יהא זכאי לדיור חלוף שיבטיח לו מגורים כל ימיו. אכן, במקרים מתאימים זו התוצאה הראויה. אך לא תמיד. לא ראי חייב שרכש את קורת הגג שלראשו ביושר, מיגיע כפיו וממונו שלו, ואחר כך נפל בחובות, כראי חייב שכל כולו דר בבית שבנה לעצמו ממון אחרים, שעליו אני קורא ״הוי בונה ביתו בלא צדק

---

94 שם.

95 בדומה, ראו גם את הערתו של השופט טירקל ברע״א 1132/94 **פי. אף. איי. אסטבלישמנט נ׳ רוזנר**, פ״ד מט(5) 215 (1996), בעמ׳ 218: ״מתוך סעיפים אלה משתמעת בבירור הכוונה שאדם שדירת המגורים שלו נמכרה מחמת דחקו לא יושלך לרחוב ולא יישאר ללא קורת גג מעל לראשו. כאן משתקף גם העיקרון עתיק היומין של המשפט העברי, המכיר בזכותו של הנושה לגבות את החוב בדרכי כפייה אך נזהר שלא ׳למחוץ׳ את החייב (כמו, לדוגמה, בפסוק ׳אם־חבל תחבל שלמת רעך עד־בא השמש תשיבנו לו; כי הוא כסותה לבדה, הוא שמלתו לערו במה ישכב [...]׳ (שמות, כב, כה–כו)). בידי הנושה ניתן אמנם הכוח למכור את דירת החייב ולפנותו ממנה, גם בלי להעמיד לרשותו סידור חלוף; אולם זהו היוצא מן הכלל, חריג שמותר להשתמש בו רק ביד קמוצה, בזהירות ובדקדקנות״.

ועליותיו בלא משפט״. ואפילו לחייב הראשון, שמא די בקורת גג שאינה קניין גמור, שכן נושיו ויורשיו – נושיו קודמים.[96]

אל מול העקרונות הסוציאליים של המשפט העברי, שלאורם ביקש השופט טירקל להרחיב את היקף הסידור החלוף הניתן לחייב – מבחינת משך הזמן ומבחינת הגבלת המימוש בתקרה כספית – מעמיד השופט טל את העיקרון המחייב דאגה לנושיו של החייב. כידוע, בדיני ההוצאה לפועל ופשיטת הרגל משמשים שני עקרונות אלו יחדיו, ולא אחת מוטל על בית המשפט לאזן ביניהם. עמדה על כך גם השופטת שטרסברג־כהן עצמה בפסק הדין העיקרי. המעניין בדיאלוג שבין השופטים טירקל וטל הוא שכל אחד מהם מעניק חשיבות להיבט אחר, וכל אחד מהם מסמיך את תחושתו הערכית על המשפט העברי – לא על הדוקטרינה, אלא על ערכי היסוד שלה: השופט טירקל מונע מכוח הערכים הסוציאליים של דיני גביית החובות במשפט העברי, ואילו השופט טל מזכיר את הכתוב ״הוי בונה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא משפט״, המתייחס לאי-המוסריות שבצבירת קניין פרטי על חשבונם של אחרים. מעניין לציין, והקורא חד העין בוודאי שם לב לכך, כי השופט טירקל עצמו הלך לאורו של פסוק זה במקרה אחר, עניין **רוקר**, כאשר אל מול אי-המוסריות הזו עמדו ערכים אחרים הבאים לידי ביטוי במשפט העברי ומעוגנים בכלל ההלכתי ״זה נהנה וזה לא חסר״.[97]

ה. סיכום

עיינו בשמונת פסקי דין שכתב השופט טירקל ובהם התייחס, בדרכו שלו, אל המשפט העברי. באחדים מפסקי הדין הללו ניכר היה שהשופט טירקל אינו חש בנוח עם התוצאה לפי שורת הדין, והוא מבקש למצוא אפיק משפטי חלופי אשר יוביל לתוצאה אחרת. אי-הנוחות המוסרית הזו, כך משתקף מקריאת פסקי הדין, מקורה, בין היתר, בתחושת הצדק של השופט טירקל, הבאה לידי ביטוי באמצעות המשפט העברי. הפתרון המשפטי יכול להיות מבוסס כולו על מושגי שסתום מן המשפט הישראלי, דוגמת השימוש בתום לב או בסמכות טבועה בפסק הדין בעניין **מאור**, ויכול להיות מבוסס באופן מובהק יותר על המשפט העברי, כמו על הדרישה להשוואת בעלי הדין בעניין **בן שושן**. ויש שאין היא מביאה, בסופו של דבר, לשינוי התוצאה כלל – כך בעניין **קוגן**, שבו דחה השופט טירקל את העתירה ״בסימן שאלה״,[98] בהותירו מרחב שיקול דעת לרשות המבצעת. ואולם, בכל

96 עניין **נגולה**, לעיל הערה 91, בעמ׳ 344.

97 ראו לעיל פרק ד.1. שם היה זה השופט אנגלרד שהיה מונע מכוח ערכי היסוד של הדוקטרינה (דין ״זה נהנה״ המבוסס על תפיסה רכה של זכות הקניין), ואילו השופט טירקל היה מוטרד מכך שאדם בנה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא משפט.

98 ראו לעיל הטקסט הצמוד לה״ש 70.

מקרה היה המשפט העברי שותף לעיצוב תחושת אי־הנחת של השופט טירקל מן התוצאה.

בפסקי דין אחרים אין מדובר בסטייה משורת הדין המתבקשת אלא ביציקת פרשנות לדבר חקיקה (כך באשר לחוק המקרקעין בעניין **רוקר**, חוק המתנה בעניין **וייסר**, פקודת הנזיקין בעניין **לינדורן** וחוק ההוצאה לפועל בעניין **נגולה**), או למושגי שסתום (כמו מושג תום הלב בעניין **רוקר**, ולמתחם הסבירות בעניין **קוגן** ובעניין **הנגבי**). במסגרת המלאכה הפרשנית משמש המשפט העברי כמקור השראה אצל השופט טירקל, לא בהיבט הדוקטרינרי שלו, אלא מנקודת המבט הערכית שלו. בהקשר זה עמדנו על ההבחנה שבין ההיזקקות לתשתית הערכית של הדוקטרינה עצמה (כמו שעשה השופט אנגלרד בעניין **רוקר**, או השופט טירקל בעניין **נגולה**), לבין היזקקות לאמירה ערכית של המשפט העברי בהקשר נרחב יותר, שמקורו אינו דווקא בדין הרלוונטי לעניין. כך יש לראות את ההתבססות של השופט טירקל על מוסר הנביאים הזועק ״הוי בונה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא משפט!״ שבעניין **רוקר**, את היזקקותו להשוואת מעמד הנוכרי לישראל בעניין **לינדורן**, את השימוש במדרש התלמודי בעניין מינויו של בצלאל לפרנס על הציבור בעניין **הנגבי**[99] ואת השימוש בפסוק ״שמע בין אחיכם״ בעניין **בן שושן**.

לבסוף, מעניין ביותר לבחון את יחסו של השופט טירקל למשפט העברי כחלק מנרטיב נרחב יותר: בעניין **וייסר** ראינו כיצד המשפט העברי אינו רק שיטת משפט אלא גם מסמן של מערכת שלמה של דרכי התנהגות של העם היהודי לדורותיו, לאו דווקא בעלות תוקף משפטי; בעניין **לינדורן** למדנו שהמשפט העברי מודע גם לחולשותיה של מערכת המשפט ולדורסנות של מערכת כזו. מודעות זו, שהיא חלק מהנרטיב הכללי שבתוכו שיטת המשפט פועלת, חותרת במובן מסוים תחת הדוקטרינה המשפטית עצמה.

בנאום הפרישה שלו מבית המשפט העליון ביקש השופט טירקל להעיר בשולי דבריו ״הערות מספר שהן בגדר משאלות״. הערתו הראשונה עסקה במשפט העברי:

> הדיון במקומו של המשפט העברי במשפט המדינה, ראשיתו לפני הקמתה והוא נמשך עד היום הזה. דומני שהיום אין חולקים עוד על חשיבותו כיצירה תרבותית לאומית מן המעלה הראשונה. אף על־פי כן, מספר השופטים הנזקקים לו בפסיקתם הוא קטן, וממילא מספר המובאות מאוצרותיו קטן מאוד. עלינו לעשות לתיקונו של מצב זה.[100]

הדברים משקפים היטב את תפיסתו של השופט טירקל; דומנו שלא תהיה זו השערה בעלמא אם נפרש את הדברים כך: רבים וטובים נחלקו במחלוקות אידאולוגיות בדבר חובת השימוש במשפט העברי, מחלוקות שהחלו עוד לפני קום המדינה. אני, כשלעצמי,

---

99 מדרש זה – העוסק במפורש במינוי פרנס על הציבור – אינו מנותק מן הדיון הדוקטרינרי הרלוונטי לעניין, אך מבחינה דוקטרינרית הוא מצוי בשולי הדיון ולא במרכזו.

100 טירקל ״יפה דנת״, לעיל הערה 13, בעמ׳ 8.

אין לי צורך להיזקק למחלוקת אידאולוגית זו; לדידי, המשפט העברי הוא ״יצירה תרבותית לאומית מן המעלה הראשונה״ – לאו דווקא ולא רק שיטת משפט, אלא קורפוס רב־גוונים המכיל גם היבטים נורמטיביים מובהקים, גם קריאות כיוון מוסריות; נרטיב ״יהודי״ שלם. השימוש בו אינו מצומצם להלכות המשפטיות המופיעות בו אלא מקיף את ״אוצרותיו״ על מכלול משמעויותיהם.

הנקודה השנייה שאליה התייחס השופט טירקל בשולי דבריו באותו נאום פרישה הייתה החשיבות שהוא רואה בכך ש״הצדק שעושה ומקרין בית המשפט צריך להיות צדק אנושי שאינו רק תוצאה של ניתוח הגיוני אלא גם נובע ממעמקי הלב. עלינו לזכור כי אין המשפט נעשה בתוך חדר־ניתוח משפטי סטרילי, גם לא בתוך מעבדה משפטית, אלא בתוך כור היתוך של ערכים, גם לאומיים, ואף של רגשות חמלה אנושיים״.[101] דומה שסמיכות הפרשיות שבין שתי הערות אלו אינו עניין למדרש חכמים בלבד, אלא מכוון גם לפשוטם של דברים.

101 שם.