

**דין ודברים**



אוניברסיטת חיפה • הפקולטה למשפטים

# דין ודברים

כתב עת משפטי בין תחומי

מאמרים לכבודו של השופט יעקב טירקל

כרך יד • חוברת 2  
אייר תשפ"א • אפריל 2021

עורך ראשי  
פרופ' דורון מנשה

עורכת אורחת  
ד"ר קארין כרמית יפת

סגנית עורך בתשע"ט  
ענבר כהן

סגני עורך אדמיניסטרטיביים בתש"פ  
ימית הלפרין, ארז עודד, טל תמשס

סגני עורך אדמיניסטרטיביים בתשפ"א  
נטע טאוכר

חברות וחברי המערכת  
גל אברהם, שחר אדרי, יובל אוליאל, איבון היימס, ימית הלפרין, נוי וידה, גיא מסס, הדיל  
נאסיף, ארז עודד, הדר עסיס, רן צ'פלין, יעל רז, טל תמשס

עריכה לשונית  
דפנה בר-און



כתבי יד יש להגיש בהתאם להנחיות המפורטות באתר מערכת "דין ודברים" בכתובת  
[http://weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/din\\_udvarim/Pages/upload.aspx](http://weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/din_udvarim/Pages/upload.aspx)  
המערכת אינה מתחייבת להחזיר כתבי יד לשולחיהם.

ניתן לרכוש חוברות ולהירשם כמנויים במשרד המערכת:  
כתובת: "דין ודברים", הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה,  
הר הכרמל, חיפה 31905  
דואר אלקטרוני: [haifalawreview@law.haifa.ac.il](mailto:haifalawreview@law.haifa.ac.il)  
כתובת אתר אינטרנט: <http://law.haifa.ac.il> (תחת לשוניית מחקר וכתבי עת)  
טלפון: 04-8249537  
פקס: 04-8249247

רכישת מנויים וחוברות חדשות בנבו הוצאה לאור בע"מ  
ת"ד 43 צפרירים 9983000  
טל' 02-9992099; פקס' 02-9992088  
[nevo@nevo.co.il](mailto:nevo@nevo.co.il)

© הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה  
חיפה תשפ"א  
ISSN 0792-8521

הפקה: טלי פלד  
דפוס: נבו הוצאה לאור  
נדפס בישראל

## תוכן העניינים

301		<b>דבר העורכים</b>
309		<b>על המחברים</b>
		<b>מאמרים</b>
		דניאל פרידמן
311	שיפוט למופת – עיון במבחר פסקי דין של השופט יעקב טירקל	
337	הזכות החוקתית לגוף	אהרן ברק
379	שיקולים אתיים במינויים בכירים	אסא כשר
		נעם סולברג וחגי שלזינגר
413	המשפט העברי: בין נומוס לנרטיב, בין משפט לצדק, בין דין לרחמים – על המשפט העברי בפסיקתו של השופט י' טירקל	
451	'במשפט תעשה לך מלחמה' – ועדת השופט יעקב טירקל לבדיקת אירוע המשט ולוחמת המשפט'	אביחי מגדלבלית וגיל לימון



קוראות וקוראים יקרים,

אנו שמחים להעמיד לעיונכם את חוברת יד (2) של **דין ודברים**. החוברת שלפניכם אינה רגילה. בפעם הראשונה בהיסטוריית המערכת, מתפרסמת חוברת אשר מתמקדת בפועלו ובמפעל חייו של שופט אחד – השופט יעקב טירקל שהשיא תרומה חשובה לפיתוח המשפט הישראלי והתאפיין בדעות מיעוט נוקבות ואמיצות. חוברת זאת מוקדשת לזכרה של מרים טירקל ז"ל, היחידה והמיוחדת, שנלקחה לגנוי מרומים בחודש אדר התשע"ח, פברואר 2018. חוברת זו יוצאת לאור בסמוך ליום השנה השלישי לפטירתה. יהי זכרה ברוך.

\*

בחוברת שלפניכם, שהוצאה להוקרת מפעל חייו של כב' השופט טירקל, חמישה מאמרים. מאמרים אלו כבר התפרסמו בגרסה אחרת בספר טירקל,<sup>1</sup> אלא שכאן ביצענו שיפוט פנימי נוסף למאמרים, התאמות בעקבות הערות, ועריכה מחדש. במאמר הפותח, "שיפוט למופת – עיון במבחר פסקי דין של השופט יעקב טירקל", התמקד **דניאל פרידמן** בשורה של פסקי דין מרשימים ומפורטים, שיצאו תחת ידיו של השופט. פרידמן אף הגדיל וביכר להתייחס לשורה משמעותית ביותר של פסקי דין בהם היה השופט טירקל דווקא בדעת מיעוט. רשימה זו של פסקי דין נחלקה לשלושה נושאים עיקריים. הראשון שבהם מתמקד בפסיקתו של השופט טירקל בדין הפלילי, ובפרט, בעניין שבו הועמד לדין עובד בבנק ישראל, שנהג בדרך פסולה בניגוד למדיניות הבנק ובשל כך הואשם בעבירה המעורפלת של הפרת אמונים. הנאשם זוכה בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי, אך דעת הרוב בבית המשפט העליון פסקה שיש להרשיעו. השופט טירקל, בדעת מיעוט, קבע שגם אם יש דופי בהתנהגות הנאשם, אין מקום להרשיעו בפלילים. הוא ביטא בכך עמדה המגינה על זכויות אדם ועומדת נגד הרחבת המשפט הפלילי באמצעות הגדרה מעורפלת של עבירה פלילית, הגדרה המנוגדת לעקרון החוקיות ומאפשרת ענישה רטרואקטיבית. הנושא השני התמקד בפסיקתו של השופט טירקל בפן האזרחי, ובפרט, בפסיקת המיעוט הידועה של השופט בעניין **כנען נ' ממשלת ארצות הברית**. בפסיקה זו, האיר פרידמן כיצד השופט טירקל יישם באופן דקדקני ונכון את תקנת השוק, כך שהגם שדעתו היא בבחינת דעת מיעוט, היא למעשה שיקפה באופן נאמן ומדויק יותר את טיבה ומהותה של תקנה זו. בסיום רשימתו, התמקד פרידמן בפסיקות השופט טירקל בפן הציבורי, ובפרט, בפסיקת בית המשפט העליון בעניינו של עזמי בשארה, שהוא ומפלגתו בל"ד ביקשו להתמודד בבחירות לכנסת.

1 ראו ספר **יעקב טירקל: פרקי משפט, הגות ועיון לכבודו של השופט יעקב אבי ברוך טירקל** (אהרן ברק, קארין כרמית יפת, אליקים רובינשטיין עורכים, 2020).

קביעת הרוב של בית המשפט בעניין זה, מפי הנשיא ברק, קבעה כי לא הוכח ברמה הנדרשת כי רשימת בל"ד תומכת במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור כנגד מדינת ישראל, וזאת בהתאם לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. השופט טירקל, בדעת המיעוט, הצביע על תמיכתו של בשארה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל וגם על הצורך לשמור על מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בהמשך, ובסיום הרשימה, אף הפנה פרידמן לפסיקתו החשובה של השופט טירקל בפסק דין "קלפי המיקוח", שבו חייבו שופטי הרוב את המדינה להחזיר ללבנון אנשי ארגון טרור שריצו את תקופת מאסרם, בשעה שגורלו של השבוי הישראלי רון ארד לא נודע. שופט המיעוט, ובהם השופט טירקל, פירשו את החוק בעניין סמכויות שעת חירום כמאפשר למדינה להמשיך ולהחזיק בשבויים החברים בארגון הטרור. השופט טירקל ציין: "בעיני מונחים על כפות המאזניים, אלה מול אלה, כבודם וחירותם של העצורים מקרב לוחמי האויב מול כבודם וחירותם של שבוינו ונעדרינו [...] שקילתם של אלה – שהיא ביסוד התהליך הפרשני – אינה נעשית בתוך מעבדה משפטית, אלא בתוך כור היתוך של ערכים, גם לאומיים, ואף של רגשות חמלה אנושיים. בבואי לשקול בין אלה איני יכול שלא לקבוע – אמנם, בצער ובכאב – כי הכבוד והחירות של לוחמינו יקרים לי מאלה של לוחמי האויב". בסיכום רשימתו זו, שב וציין פרידמן כי עיון בפסיקתו השקולה והנבונה של השופט טירקל אך ממחישה כי השופט העניק את היחס הראוי לחקיקת הכנסת, פירש אותה פירוש סביר והגיוני ולשמר את האיזון הנכון בין ההכרה בזכויות האדם לבין הצורך להגן על הכלל בפני הסכנות המאיימות עליו.

במאמר "הזכות החוקתית לגוף" שנכתב על ידי אהרן ברק, בוחן המחבר את הזכות החוקתית לגוף באמצעות שלוש שאלות משנה. הראשונה, מהו היקפה של הזכות החוקתית לגוף; השנייה, מתי הזכות לגוף נפגעת; והשלישית, האם יש צידוק לפגיעה. אגב בחינת שאלות אלו, מתמקד המחבר בשאלות המשנה הנובעות מכל שאלה ושאלה. כך, במסגרת השאלה הראשונה מתקיים דיון בערכים ובעקרונות שהזכות החוקתית לגוף נועדה להגן עליהם. דיון זה מתקיים תוך בחינת שאלות מהותיות ובסיסיות: האם זכותו החוקתית של אדם על גופו כוללת גם את נפשו? האם היא משתרעת על בחירותיו באשר לשימוש שהוא עושה בגופו? האם הזכות החוקתית לגוף כוללת גם את הזכות להחליט על מות הגוף? האם איסור על פגיעה בגוף כולל בחובו איסור על אישה לבצע הפלה, איסור על אדם לקיים יחסי מין כרצונו, איסור על אדם לפגוע בגופו, איסור למכור חלקים ממנו, או איסור על שינוי מינו? האם ההגנה על גופו של אדם כוללת גם הגנה מפני פגיעות על ידי צדדים שלישיים? מהו היקפה של הזכות ל"הגנה" על הגוף? במסגרת השאלה השנייה, נבחנת הוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובפרט, מהי הנפקות בבסיס הוראת חוק-היסוד, אשר קובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה"? מתי נפגעת הזכות לגוף? האם כל פגיעה, קטנה כגדולה, בגופו של אדם מהווה "פגיעה" לעניין פסקת ההגבלה, או שמא נדרשת פגיעה משמעותית ומקיפה? מהם המבחנים הרלוונטיים לעניין



זה? השאלה השלישית הולכת צעד אחד קדימה, ואף מגדילה ובוחנת את הצידוק לפגיעה בזכות לגוף על פי מבחניה של פסקת ההגבלה. מתי יש צידוק לפגוע בהחלטה של אישה לבצע הפלה? היש צידוק לפגוע באדם על ידי מניעת שימוש בדרכי הפריה חוץ-גופית? היש צידוק לפגוע באדם על ידי הגבלות על שימוש בגופו לצורכי מין? היש צידוק להגביל את יכולתו של אדם לשנות את גופו או למכור חלקים ממנו? בסיפא של מאמרו, עורך המחבר את מבחני המידתיות בקשר עם הזכות החוקתית לגוף, כפי שהיא כיום, תוך שהוא מפנה, כמקור (אי) השראה – לחקיקה ולפסיקה האמריקאית, מקור שאין לשאוב ממנו השראה, וממחיש את האיזונים הראויים שיש לבצע בנסיבות כל עניין ועניין.

**אסא כשר** טוען במאמרו "שיקולים אתיים במינויים בכירים" כי במדינה מתוקנת, אדם הממלא תפקיד בכיר אמור לתרום כמיטב יכולתו, שהוכחה זה מכבר, להשגת הייעוד של תפקידו. עליו לעשות זאת אך ורק בדרכים ראויות ואף להיות דוגמה ומופת להתנהלות טובה בכל הליכותיו. הנחות מוצא אלו מביאות לכך שעל כל מדינה מתוקנת להנהיג הסדרים האמורים להבטיח במידה רבה ככל האפשר שהמכהנים בתפקידים בכירים יתאימו לתפקידיהם ביכולת, בדרך הפעילות ובהליכות. למאמרו של כשר שני חלקים. החלק הראשון הוא תאורטי ועניינו ההיבטים האתיים של הליך למינוי אדם לתפקיד בכיר. וביתר פירוט, החלק הראשון עוסק, בראש ובראשונה, באתיקה של הליכי מינוי לתפקיד בכיר, על יסוד האתיקה של הארגון שבו נערך ההליך, התפקיד שמדובר בו והמעמד הבכיר שלו. בחלק זה עומד כשר על מושג "הבדיקה האתית הבסיסית" האמורה להיערך בהליך המינוי של אדם לתפקיד כלשהו. בהמשך החלק הראשון, עוסק כשר במצבים שבהם הבדיקה האתית הבסיסית העלתה ממצאים שליליים בדבר התנהלות המועמד בעברו, במיוחד בתפקידים קודמים שכיח בהם. אגב דיון זה, עסק ערך כשר דיון מיוחד בממצאים שליליים מן הסוג של "מצבים שבתוך", מצבים שלא מדובר בהם על התנהלות שלילית סדרתית וגם לא על מעידה חד-פעמית. בסיומו של החלק הראשון, מקדיש כשר חלק ניכר ליישום העיקרון האתי של "מורה ועוזב ירוחם" בנסיבות העניין. חלקו השני של המאמר מיישם את התיאוריה מן ההלכה אל המעשה, וזאת על-בסיס מקרה בוחן – הוא מינוי האלוף יואב גלנט לתפקיד הרמטכ"ל. ראשית כל, נבחנה עמדת ועדת טירקל בפרשה זו, ובהמשך, נבחנת גם עמדתם של מבקר המדינה ושל היועץ המשפטי לממשלה. המאמר תומך במסקנה החיובית של ועדת טירקל ומותח ביקורת על חוות הדעת השליליות האמורות, כפי שעלו ממבקר המדינה וכן מהיועץ המשפטי לממשלה.

מאמרו של **נעם סולברג וחגי שלזינגר** "המשפט העברי: בין נומוס לנרטיב, בין משפט לצדק, בין דין לרחמים" – על המשפט העברי בפסיקתו של השופט י' טירקל" 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. המחברים טוענים שהשופט טירקל לא היה "אידיאלוג" של המשפט העברי, שכן הוא לא ביקש בפסקי הדין שלו לבסס את הדין

הישראלי על אנני 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. בהמשך לאמור, ועל מנת להמחיש ולהדגים את טענתם זו, ערכו המחברים 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 במוטב עושים שימוש במקורות הדוקטרינרים של המשפט העברי, ומגיעים לתוצאות אחרות. סיכומו של מאמר זה מתמקד בדברי השופט טירקל בנאום פרישתו, ומהווה פרשנות של דבריו. לפי המחברים, השופט לא ראה כל משמעות למחלוקות האידיאולוגיות בדבר השימוש במשפט העברי. לגישת השופט, המשפט העברי הוא "יצירה תרבותית מן המעלה הראשונה" – לאו דווקא אך כשיטת משפט, אלא קורפוס רב גוונים המכיל גם היבטים נורמטיביים מובהקים. השימוש בו אינו מצומצם, אפוא, להלכות המשפטיות המופיעות בו בלבד, אלא מקיף את "אוצרותיו" על מכלול משמעויותיהם.

את החוברת חותם מאמרם של **אביחי מנדלבלית וגיל לימון** "במשפט תעשה לך מלחמה" – ועדת השופט יעקב טירקל לבדיקת אירוע המשט ו"לוחמת המשפט", אשר מפרט אודות דוח הוועדה הציבורית לבדיקת אירוע המשט, בראשותו של כבוד השופט (בדימוס) יעקב טירקל, והאופן שבו שימש את מדינת ישראל ככלי ב"לוחמת משפט הגנתית" וככלי ב"לוחמת משפט התקפית". חלקו הראשון של המאמר עוסק בעיקר בבחינתם של אירוע המשט, הסגר הימי על רצועת עזה שהוטל על ידי מדינת ישראל וחוקיות הפעולות הן של מדינת ישראל והן של מארגני המשט והמשתתפים בו בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי. מטרת חלק זה, כחלק מלוחמת משפט הגנתית של מדינת ישראל, הינה להשיב לטענות שעלו נגד ישראל בזירה הבין-לאומית, לרבות בוועדת הדסון-פיליפס, אשר הוקמה על ידי מועצת זכויות האדם של האו"ם. חלקו השני של המאמר עוסק בלוחמת משפט התקפית ומדגים כיצד דוח ועדת טירקל מעניק למדינת ישראל כלים, אשר יסייעו להתגבר על טענות נגדה בגין הפרות של דיני העימות המזוין וישפרו את אופן ניהולן של חקירות בדבר טענות להפרות כאמור, כך שיעלו בקנה אחד עם הנורמות הבין-לאומיות.

\*

תודתנו נתונה לעורכי ספר טירקל – אהרן ברק, קארין כרמית יפת ואליקים רובינשטיין – על היוזמה להוצאת ספר החוגג את תרומתו של השופט טירקל למשפט הישראלי ומשיא תרומה מקורית בפני עצמה לפיתוח נוסף של תחומי המשפט הרבים שעליהם השאיר השופט טירקל חותם. אנו מבקשים להודות מקרב לב לסגנית העורך בשנים התשע"ט-התש"פ, גב' ענבר כהן, אשר נשאה בנטל אדמיניסטרטיבי כבד במסירות, ביעילות ובנועם, ושימשה חוליית קישור חיונית בין כלל הגורמים המעורבים בהפקת חוברת זו. אנו מודים לחברי וחברות מערכת דין ודברים, אשר ליוו כל מאמר בקפדנות שקידה, וכישרון מרגע הגשתו הראשונה לכתב העת ועד להעברת גרסתו הסופית למוציא לאור, ותרמו תרומה מהותית להשבחת המאמרים ולהכנתם לפרסום. תודתנו נתונה להוצאת נבו, ובמיוחד, לגב' טלי פלד ולעורכת הלשונית הגב' דפנה בר-און. לבסוף, תודות מעומק לב מסורות כמובן לכותבים שבחרו לפרסם בדין ודברים.

קריאה מהנה

פרופ' דורון מנשה

ד"ר קארין כרמית יפת

דין ודברים יד תשפ"א

קארין כרמית יפת ודורון מנשה

## יעקב אבי ברוך טירקל

השופט יעקב אבי-ברוך טירקל נולד בתל-אביב בשנת התרצ"ה-1035, למשפחה ציונית דתית. הוא גדל בירושלים, והשלים שם את חוק לימודיו עד לקבלת תואר "מוסמך במשפטים" מן האוניברסיטה העברית.

לאחר שירותו הצבאי וסיום חוק לימודיו, התמחה ועסק בעריכת דין בתל-אביב במשך שש שנים. בשנת התשכ"ז-1967, מונה לכהונת שופט שלום בבאר-שבע, והוא בן 32 שנים. שש שנים לאחר מכן מונה לכהונת שופט בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע. לאחר ששימש במינוי בפועל בבית המשפט העליון, בשנים 1980-1981 ובשנים 1983-1984 שב ושימש כנשיא בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, קרוב ל-15 שנים. בתפקיד זה היה מעורב בבניית היכל המשפט בבאר-שבע. בשנת התשנ"ה-1995, מונה לשופט בבית המשפט העליון. בתפקיד זה שימש קרוב לעשור, עד לפרישתו בשנת התשס"ה-2005.

לאחר פרישתו המשיך ומילא תפקידים ציבוריים שונים, בעבר שימש כיושב ראש הוועדה הציבורית לתיקון חוק הירושה; כיושב ראש הוועדה המייעצת למינוי בכירים בשירות המדינה; כיושב ראש הוועדה המייעצת לשמות רחובות בירושלים; כיושב ראש הוועדה לבחירת יקירי ירושלים וכיושב ראש מועצת הנאמנים של קרן גרוס. כיום הוא משמש כחבר חבר הנאמנים, הוועד הפועל ויושב ראש ועדת החוקה באוניברסיטת בן גוריון; יושב ראש הוועדה לתכנון שטרי כסף, מעות ומטבעות של בנק ישראל; יושב ראש הוועדה לצינון חסידי אומות העולם של יד ושם. השופט טירקל שימש כמרצה באוניברסיטת בן גוריון בנגב, באוניברסיטת תל-אביב ובמכללה האקדמית בנתניה, וכן במכון להשתלמות שופטים. הוא משרת שנים רבות במילואים בבית הדין הצבאי לערעורים בדרגת אלוף משנה, וזאת לאחר שבעברו שימש כקצין לוחם בחיל התותחנים. בשנת 2010 שימש כיושב ראש ועדת הבדיקה לאירועי המשט בעזה, שנקראה על שמו "ועדת טירקל". הוועדה הוציאה תחת ידיה שני דו"חות. האחד עוסק בשאלות הנוגעות לאירועי המשט, ולסגר על עזה. השני עוסק בבחינת מנגנוני הבדיקה והחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה הקיימים בישראל ודרכי פעולתם. נמצא כי אלה מתיישבים, בדרך כלל, עם חובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבינלאומי. חשיבות שני הדו"חות עצומה מבחינת ההגנה שהוא נותן ללוחמי צה"ל החשופים לטענות בדבר הפרת דיני הלוחמה של המשפט הבינלאומי.

השופט טירקל התכבד בכיבודים שונים ורבים – הוא חתן פרס יקיר המשפט העברי, פרס לשכת עורכי הדין, דוקטור לשם כבוד מאוניברסיטת בן גוריון בנגב, ומאוניברסיטת בר אילן. בשנת התשס"ה-2005, התכבד עם רעייתו מרים בתואר "יקירי העיר באר שבע".<sup>2</sup>