

שיפוט למופת – עיון במבחר פסקי דין של השופט יעקב טירקל

מאת

דניאל פרידמן*

יעקב טירקל כיהן כשופט קרוב ל-40 שנה. בכל התקופה הזאת לא היה השופט טירקל מאלה המספקים כותרות בתקשורת. עבודתו נעשתה בצנעה בתבונה רבה, וגם באנושיות רבה.

לאחר פרישתו מכס המשפט מונה לשורה של תפקידים ציבוריים שאותם מילא בהצלחה מרשימה, וגולת הכותרת הייתה כהונתו בראשות הוועדה לבדיקת אירועי המשפט לעזה. השופט טירקל הנהיג את הוועדה בתבונה רבה, ומסקנותיה, שלפיהן מדינת ישראל פעלה בהתאם לדין הבין-לאומי, סייעו לישראל במישור הבין-לאומי ואפשרו לה לעבור את המשבר בשלום. רשימה זו מתמקדת באחדים מפסקי דינו של השופט טירקל בתחומי משפט שונים, שבהם היה השופט טירקל בדעת מיעוט.

משפט פלילי – בתחום זה נבחנה דעת המיעוט של השופט טירקל, 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 ובמחוזי, אך דעת הרוב בעליון 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. פסיקה נוספת של השופט טירקל בתחום זה ממחישה אף היא את רגישותו לזכויות אדם ולבסיס המוסרי של המשפט.

משפט אזרחי – בעניין כנען נ' ממשלת ארצות הברית נדון מקרה שבו רכשה אישה בתום לב בשוק הפשפשים במחיר צנוע שני ציורים, שכעבור זמן התברר שהם פרי מכחולו של הצייר ראובן רובין וערכם למעלה מ-100 אלף דולר. בית המשפט העליון פסק ברוב דעות כי ניתן לבטל את המכר, כי הקונה לא רכשה בהן בעלות וכי יש להחזיר את התמונות לבעלים המקורי (למעשה לממשלת ארצות הברית, שביטחה אותן). השופט טירקל, בפסק דין שקול ומאוזן, הסביר מדוע יש להכיר בבעלותה של הקונה, מכוח תקנת השוק. בדיון הנוסף הצטרפו שופטים נוספים לדעתו של טירקל, אך הם נותרו במיעוט. שופטי הרוב אישרו

* פרופסור (אמריטוס) הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; שר המשפטים לשעבר.

את ההחלטה בכפוף לתשלום סך של 10,000 ש"ח לקונה. במאמר מוסבר מדוע דעת המיעוט של השופט טירקל וחבריו עדיפה.

משפט ציבורי – בפסק דין ירדור, שנפסק בשנת 1965, אישר בית המשפט העליון את פסילתה של "רשימת הסוציאליסטים", שביקשה להתמודד בבחירות לכנסת, בנימוק שיוזמיה שוללים את קיומה של מדינת ישראל. כ-20 שנה לאחר מכן פרצה המהפכה המשפטית, והלכת ירדור בוטלה. בעקבות זאת אישר בית המשפט לרשימה גזענית בראשות מאיר כהנא וכן לרשימה שהיו בה אישים שתמכו בעמדה הלאומית הפלשתינית להתמודד בבחירות לכנסת. הכנסת תיקנה את חוק יסוד: הכנסת, וסעיף 7א לחוק קובע בין השאר כי "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם [...] אחד מאלה: 1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; 2. הסתה לגזענות; 3. תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל". ואולם, כשהתעורר עניינו של עזמי בשארה, שהוא ומפלגתו בל"ד ביקשו להתמודד בבחירות לכנסת, מצאו שופטי הרוב דרך שלא ליישם את הוראות החוק. הנשיא ברק ציין ש"מקובל עלינו כי המעשים המיוחסים לחבר הכנסת בשארה לעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ולעניין תמיכה במאבק מזוין נגדה מונחים במרכז מטרותיו ופעולותיו [...] ועם זאת קבע שיש צורך ברמת ראיות כה גבוהה כדי לפסול מועמד, עד שהפסילה הפכה למשימה כמעט בלתי אפשרית. לעומתו ציין המשנה לנשיא לוי, אחד משופטי המיעוט, ש"נראה כי פסילתם של ח"כ בשארה ובל"ד [...] מתחייבת גם בשל תמיכתם במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל [...] לדידי הראיות בעניין זה הן חד משמעיות". השופט טירקל, שהיה אף בין שופטי המיעוט, הצביע על תמיכתו של בשארה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל וגם על הצורך לשמור על מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

הקפדה על איוון נאות בין שמירה על זכויות אדם לבין הגנה על האינטרסים החיוניים של המדינה מצאה ביטוי גם בדעת המיעוט שלו 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. שופטי המיעוט, ובהם השופט טירקל, פירשו את החוק בעניין סמכויות שעת חירום כמאפשר למדינה להמשיך ולהחזיק בשבויים החברים בארגון הטרור, והשופט טירקל ציין: "בעיניי מונחים על כפות המאזניים, אלה מול אלה, כבודם וחירותם של העצורים מקרב לוחמי האויב מול כבודם וחירותם של שבויינו 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 ניתן לומר על פסיקתו השקולה והנבונה של השופט טירקל שידעה להעניק את היחס הראוי לחקיקת הכנסת, לפרש אותה פירוש סביר והגיוני ולשמר את האיזון הנכון בין ההכרה בזכויות האדם לבין הצורך להגן על הכלל בפני הסכנות המאיימות עליו.

א. מבוא. ב. משפט פלילי. ג. משפט אזרחי. ד. משפט ציבורי. ה. הערות סיכום.

א. מבוא

יעקב טירקל כיהן כשופט קרוב ל-40 שנה: כשופט שלום, כשופט בית המשפט המחוזי בבאר שבע ולימים כנשיאו של אותו בית משפט. החל משנת 1995 ועד לפרישתו בשנת 2005 כיהן כשופט בית המשפט העליון. בכל התקופה הזאת לא היה השופט טירקל מאלה המספקים כותרות או רעשים בתקשורת. עבודתו נעשתה בצנעה, בתבונה רבה, בשיקול דעת, באחריות וביסודיות, וגם באנושיות רבה. הוא היה מאותם שופטים דגולים שהערכה שלה זכו מקורה בתרומה משמעותית מצד אחד, ובצניעות וענווה מהצד האחר.

השקט והצניעות שבהם בוצעה עבודתו לא מנעו הכרה בחשיבות תרומתו. לאחר פרישתו מכס המשפט מונה לשורה של תפקידים ציבוריים המחייבים תבונה, שיקול דעת ורגישות, ואותם מילא בהצלחה מרשימה. אפשר שגולת הכותרת של פעילותו הייתה כהונתו בראשות הוועדה לבדיקת אירועי המשט לעזה, שכונתה גם "ועדת טירקל". מדובר היה במסע של כמה ספינות, שיצאו מטורקיה לרצועת עזה במגמה לקעקע את הסגר שהטילה ישראל על הרצועה. כוחות חיל הים השתלטו על הספינות, אך במהלך ההשתלטות על הגדולה שבהן נתקלו בהתנגדות אלימה ביותר. כמה חיילים נפצעו, ובמהלך התקרית נהרגו תשעה מנוסעי הספינה. האירוע גרר את ישראל לשורה של התמודדויות במישור הבין-לאומי והציב בפניה שאלות קשות הנוגעות להמשך הסגר על רצועת עזה ולהתמודדות עם הטרור.

הוועדה בראשות השופט טירקל הייתה חיונית לשמירת מעמדה של ישראל וליכולתה להתמודד עם הטענות הקשות שהועלו נגדה במישור הבין-לאומי. לוועדה צורפו שני משקיפים זרים. השופט טירקל הנהיג את הוועדה בתבונה רבה, ברגישות ובהגינות, כפי שיכלו גם המשקיפים הזרים בוועדה להיווכח. המסקנות המוצדקות של הוועדה, שלפיהן הפעילו הפעילים שהיו על הספינה אלימות קשה נגד חיילי צה"ל וכי מדינת ישראל פעלה בהתאם לדין הבין-לאומי, סייעו לישראל במישור הבין-לאומי ואפשרו לה לעבור את המשבר בשלום, חרף האווירה העוינת כלפיה בפורומים בין-לאומיים שונים.

ברשימה זו אתייחס לאחדים מפסקי דינו של השופט טירקל בתחומי משפט שונים. בחרתי להתמקד דווקא בפסקי דין שבהם היה השופט טירקל במיעוט, הן משום שיש בהם כדי להבליט את ייחודו והן משום שלפחות לדעתי ברובם המכריע הצדק היה עימו.

ב. משפט פלילי

בשנת 1981, בימים שבהם כיהן השופט טירקל בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, ניתן לו מינוי זמני של שופט בפועל בבית המשפט העליון. בתום תקופת המינוי הזמני (תקופה המוגבלת לשנה אחת) העדיף לחזור לבית המשפט המחוזי בבאר שבע בתפקיד נשיא בית המשפט. לבית המשפט העליון הגיע טירקל, במינוי של קבע, שנים לאחר מכן, בשנת 1995. פרשת המינויים הזמניים בבית המשפט העליון היא פרשה כאובה, אך בהקשר הנוכחי אין צורך להרחיב עליה את הדיבור ודי לציין שהגיעה לסיומה.¹ לענייננו חשוב להצביע על כך שבאותם ימים שבהם כיהן טירקל במינוי זמני, בשנת 1981, הגיע לעליון ערעורה של המדינה נגד זיכוי של יצחק גרוסמן מעבירה של מרמה והפרת אמונים.²

גרוסמן היה עובד בכיר בבנק ישראל ובמסגרת תפקידו היה אחראי על הנפקת איגרות חוב של המדינה. הבנק הנפיק סדרה של איגרות צמודות למדד שהיו מיועדות לקרנות השתלמות, לתוכניות חיסכון ולקופות גמל. הבנק לא היה מעוניין שהציבור הרחב ירכוש איגרות אלה, אולם לא היה כל איסור על הציבור לרוכשן. האיגרות היו כנראה בגדר רכישה מוצלחת, ולפיכך יש להניח שיודעי דבר בקרב הציבור אכן רכשו אותן. בין הרוכשים היו גם הנאשם, גרוסמן, ובני משפחתו. ברור שהמעשה של הנאשם היה מנוגד למדיניות הבנק, שחתר לכך שהאיגרות ייקנו רק על ידי הגופים שלהם הן היו מיועדות, ונגד הנאשם אף ננקטו אמצעים מנהליים והוא פוטר מעבודתו. ואולם, השאלה הייתה אם המעשה מהווה עבירה. בבית המשפט השלום והמחוזי השיבו על כך בשלילה והנאשם זוכה, אך ניתנה רשות ערעור לעליון.

הדיון בבית המשפט העליון התקיים בפני הרכב של שלושה שופטים: אהרן ברק, משה בייסקי ויעקב טירקל. כעת התהפכו היוצרות. השופט ברק קבע כי עובד ציבור "המשתמש במידע פנימי שבא לו במסגרת תפקידו למטרותיו הפרטיות, מפר אמונים". לכך צירף השופט ברק את השיקול שלפיו "על עובד ציבור להגשים את המדיניות עליה הופקד [...] ואם הוא פועל בניגוד לאותה מדיניות, הוא מפר את האמון שניתן בו".³ השופט בייסקי הצטרף לעמדה זו, שנהפכה לדעת רוב.

השופט טירקל, שנותר במיעוט, סבר שאף אם יש דופי בהתנהגות הנאשם, אין מדובר במעשה המצדיק סנקציה פלילית. בלשונו של השופט טירקל: "חלקי עם אלה הדוגלים בהשקפה כי יש לשאוף לכך, שכללים, ששורשם בתחום המוסר והאתיקה, יהיו בהדרגה לחלק מהמשפט הפרטי והציבורי [...] אף על פי כן נראה כי מעשהו של המשיב אינו

1 מאז כהונתי כשר משפטים בוטל הנוהג של מינוי זמני בבית המשפט העליון. בנושא זה ראו: דניאל פרידמן קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל 749–752, 756, 798 (2019) (להלן: פרידמן קץ התמימות).

2 סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז–1977.

3 ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן, פ"ד לו(1) 405, בעמ' 417 (1981) (להלן: עניין גרוסמן).

מצוי באותו תחום שיש לאסור אותו על ידי סנקציה פלילית [...] ייתכן שניתן לומר, שהמעשה שעשה אף יצא מתחומו של 'הפגם האסתטי' ואולי בגדרה של עבירה אתית הוא עומד, אך לא יותר מזה".⁴ באותם ימים היה השופט טירקל במינוי זמני בבית המשפט העליון. לשופט כזה דרוש אומץ לא מועט כדי להביע עמדה מנוגדת לזו של שופטי הרוב, כולם במינוי קבע. השופט טירקל עשה זאת, ובעיני פסק דינו נכון, צודק וערכי יותר מפסק דינם של שופטי הרוב.

שאלה שלא נזכרה בפסק הדין נוגעת לכך שבית המשפט העליון אישר ערעור לערכאה שלישית לאחר זיכוי בשתי ערכאות קודמות. קיימת סברה שלפיה כלל אין מקום לערעור על זיכוי של נאשם, שכן הדבר מעמיד אותו ב"סיכון כפול".⁵ אכן, במדינות שבהן מתברר המשפט בפני מושבעים, כמעט אין לתביעה אפשרות לערער על זיכוי. ואולם, בשיטתנו קיימת אפשרות כזו, אף שיש בה פגיעה לא קלה בנאשם שזוכה ואולי האמין שבכך בא הקץ לתלאותיו. אלא שהפעם דובר בערעור לערכאה שלישית, לאחר שני זיכויים. בעיניי, לפחות, זו התאכזרות שאין לה מקום במערכת המשפט. כאמור, שאלה זו לא נדונה. ניתנה רשות ערעור, והדיון התקיים כאילו היה זה ערעור ככל הערעורים.

הנקודה האחרת הזועקת מפסק דין זה היא כיצד ייתכן הדבר שלא פחות מחמישה שופטים (שופט שלום אחד, שלושה שופטים בערעור במחוזי והשופט טירקל בבית המשפט העליון) פסקו שהמעשה אינו מהווה עבירה, אך גורל הנאשם נחרץ מכוח פסיקתם של שניים בלבד, שני שופטי הרוב בעליון. התשובה הטכנית לתמיהה זו היא שזהו המבנה של מערכת המשפט. בעניין המגיע לבית המשפט העליון קובעת פסיקתו של בית משפט זה, ואילו פסיקתן של הערכאות הקודמות "נמחקת" (למעט בחלקה שאושר בעליון). הדבר אינו גורע מהתמיהה המהותית: כיצד ייתכן הדבר שאדם מורשע בשל מעשה שחמישה שופטים, שהם הרוב המכריע של השופטים שדנו בעניין, סברו שאין הוא מהווה עבירה? כידוע, הרעיון שהחוק – לפחות ככל שהדבר נוגע לחוק הפלילי – יהיה ידוע לציבור, או שלפחות יהיה ניתן לבררו, הוא יסוד מוסד של צדק בסיסי. דומה שזהו עוול משווע להרשיע אדם בשל מעשה שהכול, או הרוב המכריע (כולל רוב השופטים), משוכנעים שאינו מהווה עבירה. ניתן גם להניח בוודאות שהנאשם

4 שם, בעמ' 412–413.

5 העיקרון השולל העמדת אדם בסיכון כפול (double jeopardy) הוא עקרון יסודי בתחום זכויות האדם. עיקרו הוא שאין להעמיד אדם פעם נוספת לדין פלילי (כלומר אין להעמידו ב"סיכון כפול") בשל מעשה שעליו נדון בעבר. בארצות הברית נקבע עיקרון זה בתיקון החמישי לחוקה. אצלנו הוא מצא את מקומו בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982, הנושא את הכותרת: "אין דנים פעמיים בשל מעשה אחד". בסעיף עצמו נאמר: "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה; 'הרשעה', לענין סעיף זה – לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה".

עצמו, גם אם הבין או היה צריך להבין שהמעשה שהוא עושה איננו ראוי, לא העלה בדעתו שהוא מבצע מעשה פלילי.

בכך אנו מגיעים להיבט קשה נוסף הכרוך באי־ידיעת החוק הפלילי וחוסר האפשרות לברר אותו מראש, גם אם רוצים לעשות כן. ההרשעה שניתנה בדעת הרוב בבית המשפט העליון מהווה "ענישה רטרואקטיבית", כלומר ענישה בשל מעשה שעד למתן פסק הדין לא נחשב לעבירה ולא היווה עבירה. קשה לחשוב על פגיעה קשה יותר בזכויות אדם. אהרן ברק כתב באחד מספריו כי "על פי בנתהם (Bentham), חוק המשנה למפרע את האופי המשפטי של התנהגות שהתרחשה בעבר כמוהו כ'דין הכלבים' (dog law). המאלף כלב מחכה תחילה שהכלב יבצע את הפעולה, ולאחר מכן הוא מצליף בו. ואכן, הגישה המקובלת הינה כי חקיקה למפרע פוגעת [...] בעקרון שלטון החוק, בוודאות ובטחון הציבור במשפט. היא פוגעת בעקרונות יסוד של צדק ושל הגינות, ובאמון הציבור במוסדות השלטון".⁶ "מותר האדם" משתקף בכך שאנו מצפים מהחוק להבהיר לאדם מבעוד מועד מהם האיסורים הקבועים בו, ולא להצליף בו לאחר מעשה בשל התנהגות שלא נאסרה מראש.

דברים חריפים אלה של אהרן ברק כוחם יפה כמובן לא רק להוראה חקיקתית אלא גם לפסיקה של בתי משפט, היוצרת באופן רטרואקטיבי עבירה וגורמת להענשת אדם בשל מעשה שלא נחשב לעבירה פלילית בימים שבהם בוצע. זהו עקרון החוקיות, המודגש בראש ובראשונה במשפט הפלילי, ומוכר בלבושו העברי בביטוי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה".

מעקרון החוקיות נגזר גם, בלשונו הציורית של השופט זילברג, כי "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה", וגם כי "אין השופט רשאי לחרוג כמלוא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירות 'משלר' על סמך שיקולי היגיון".⁷ לפיכך אין מקום לחקיקה שיפוטית ה"ממציאה" עבירות חדשות, שאינן מצויות בספר החוקים.

חקיקה שיפוטית היא רטרואקטיבית מטבעה, כמובן, ומקומה לא יכירה בדיני עונשין. כפי שאמר חיים כהן:

כלל גדול הוא בדיני העונשין: "אין עונשין מן הדין" (סנהדרין נ"ד, ע"א ועוד) – לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד. החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית; ומה שלא עשה החוק

6 אהרן ברק פרשנות במשפט (כרך שני: פרשנות החקיקה, תשנ"ג) בעמ' 620–621.
7 ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 785, בעמ' 819 (1954) (להלן: עניין אש"ד).

בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנלוגיה יכולים לעשות.
דברים מן המושכלות הראשונים הם, ואין צורך להאריך.⁸

השאלה מתעוררת גם בקשר לחקיקה עונשית שבמרכזה ביטויים רחבים ומעורפלים, דוגמת חקיקה המענישה בשל התנהגות הפוגעת ב"רוח העם" או ב"אינטרס הציבורי". הוראה מסוג זה הייתה מצויה אצלנו בסעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, האומר כי "כל העושה מעשה העלול לגרום או להביא לידי היזק ציבורי ייאשם בעוון". הסעיף הזה חוקק בזמן המנדט הבריטי, ונהפך לאחר מכן לסעיף 198 לחוק העונשין (כאשר המונח "היזק ציבורי" הומר ל"תקלה ציבורית").

המושג המעורפל "היזק ציבורי" ("public mischief") שימש בסיס לעבירה פלילית שאין לדעת כלל מהם תחומיה ועל אילו מעשים היא משתרעת. האם שביתה הפוגעת בציבור או בחלק ממנו היא "היזק ציבורי"? האם מי שמארגן טקס נישואין פרטי גורם "תקלה ציבורית" בכך שהוא עוקף את שיטת הנישואין שהונהגה על ידי המדינה? השאלה התעוררה אצלנו כאשר הקואופרטיב אש"ד השבית למשך כחמש שעות את התחבורה הציבורית, הועמד לדין לפי סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, הורשע בבית המשפט המחוזי בתל אביב ונודון לקנס בסך 200 ל"י. בית המשפט העליון שפך קיתונות של רותחין על הוראת החוק, ובלשונו של השופט ש"ז חשין:

דומה כאילו הופקד בית המשפט על ידי המחוקק לקבוע ולהחליט בכל מקרה ומקרה אם מעשים מסוימים מהווים – או שאינם מהווים – עבירה בתחומיו הבלתי מוגבלים של הסעיף [...]. נמצא, לכאורה, בני אדם נעשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם, בחינת "עונשים ואין מזהירים". נוהג זה – כך אפשר לטעון ולקבול – עשוי לקעקע את עצם היסודות אשר עליהם מושתתים העקרונות של שלטון החוק וחופש פעולותיו של הפרט במדינה, והוא היפוכו הגמור של הכלל המקודש במשפט הפלילי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".⁹

השופט זילברג הוסיף כי עבירה זו של "תקלה ציבורית" היא "עבירה שאין לה שיעור, לא למעלה, לא למטה ולא לצדדין [...] ואין כמוה נוגדת את העקרונות השוררים בדרכי החקיקה והפרשנות של החוק". בסופו של דבר – בליט ברירה במושגים של בית המשפט הקלסי, שהטיל על עצמו סייגים אל מול המחוקק – אישרו השופטים ברוב דעות של חשין וגויטיין את ההרשעה, וכדי להביע מורת רוח מהעניין הפחיתו את הקנס ל-100 ל"י.

8 ע"פ 205/73 סטיבן איבן רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372 (1973); מרדכי קרמניצר "התפתחות דיני העונשין" בית המשפט – חמישים שנות שפיטה בישראל (דוד חשין – עורך, תשנ"ט) בעמ' 46.

9 עניין אש"ד (לעיל, הערה 7) בעמ' 791.

הביקורת הקשה על המונח "תקלה ציבורית" גרמה לכך שכמעט לא נעשה בו יותר שימוש, אך היו יוצאים מהכלל, ביניהם המקרה של עו"ד גנור, שנדון לקנס של 50 ל"י בשל כך שהשיא, בטקס נישואין פרטי, כהן או ספק־כהן וגרושה אשר הרבנות סירבה להשיאם.¹⁰ בהערת אגב אציין שכיום נישואין בטקס פרטי כזה שכיחים למדי ודומה שאיש אינו מעלה על הדעת שהדבר מהווה עבירה. מכל מקום, העבירה של "תקלה ציבורית" בוטלה בינתיים, כפי שיפורט בהמשך הדברים.

קושי מקביל נעוץ בהגדרה המעורפלת של העבירה בדבר "הפרת אמונים". המושג גמיש ומעורפל, והוא מותר לפרשן מרחב עצום של אפשרויות, תוך שהוא מטשטש לחלוטין את ההבחנה בין התנהגות לא ראויה ואף פסולה לבין מעשה פלילי המצדיק חקירה משטרתית, הרשעה פלילית ועונש מאסר. כך, למשל, האם עובד ברשות ציבורית המאחר לעבודה ומוסר תירוץ שאין בו אמת מפר אמונים? האם עובד המספר לידידיו על אירועים מביכים שהתרחשו במקום עבודתו ושהמונה עליו איננו חפץ בגילויים (למשל, שהמונה איבד את עשתונותו ובזעמו ניפץ חלון זכוכית) מפר אמונים? האם הפעלת "פרוטקציה" במקום העבודה היא הפרת אמונים? ואם כן – כל פרוטקציה, לרבות, למשל, הקדמת תור לטיפולים רפואיים של ידידו של אחד העובדים?

כל זה לא מנע פיתוח והרחבה של העבירה בדבר הפרת אמונים, תהליך שהגיע לשיאו במשפטו של שמעון שבס, מי שהיה מנכ"ל משרד ראש הממשלה בימים שבהם כיהן יצחק רבין בראשות הממשלה. שבס זוכה בבית המשפט העליון, אך הורשע בהפרת אמונים בפסק דין שניתן בשנת 2004 בדיון נוסף שהתקיים בעניינו.¹¹ לא ארחיב את הדיבור בפרשה זו.¹² אציין רק שבפסק דין זה, שנדון בפני הרכב של תשעה שופטים, נמנה גם השופט טירקל עם שופטי הרוב. הוא הזכיר את דעת המיעוט שלו בעניין גרוסמן, אך הפעם השלים עם עמדת הרוב נוכח סברתו כי "למרבה הצער, הזמנים אינם

10 ע"פ 208/53 דוד גנור נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 833 (1954). במקרה אחר נעשה שימוש דרמטי בסעיף הזה. היה זה ב-1975, זמן לא רב לאחר מינויו של אהרן ברק לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, בעקבות תקרית בנמל אשדוד. הקמתו של הנמל באשדוד, במטרה שיחליף את נמל תל אביב, החלה ב-1961, והוא נכנס לפעולה ב-1965. מנהיג פועלי הנמל, יהושע פרץ, ידע לדרוש ולהשיג לא מעט עבור העובדים זוכה למעמד נכבד. באחד הימים הגיע פרץ אל שער הכניסה לנמל, ושומר חדש, שלא הכירו, דרש ממנו אישור כניסה. פרץ, שכבודו נפגע, הכריז מייד על שביתה. היועץ המשפטי החדש ברק הורה למשטרה לחקור את היו"ר המשבית והגיש נגדו תוך זמן קצר כתב אישום בגין גרימת תקלה לציבור לפי סעיף 105 לחוק העונשין. למרות המחאות הרמות של פועלי הנמל ברק לא נסוג, ופרץ נדון לחודשיים מאסר בפועל. לסקירת הפרשה ראו: יוסי דר, אהרן ברק ומנעמי שלטון החוק 13–25 (2002); פרידמן קץ התמימות (לעיל, הערה 1), בעמ' 399–400.

11 דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שמעון שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004) (להלן: עניין שבס).

12 לדיון ראו: פרידמן קץ התמימות (לעיל, הערה 1), בעמ' 681–684. ביחס לעבירה של הפרת אמונים ראו: גם בעמ' 642–645 ו-772–773. הדברים בחלקם לקוחים ממה שנאמר שם.

כשהיו, החברה הישראלית איננה כשהיתה, ועלינו לדקדק היטב ולהיזהר במידותיהם ובאורחותיהם של עובדי הציבור, אף יותר מבעבר".¹³

בעקבות פסק דין זה הלך וגבר השימוש שנעשה בעבירה המעורפלת של הפרת אמונים,¹⁴ וזאת מבלי שבתי המשפט רואים לנכון לבקר את הערפול הרב שבה ואת הפגיעה הקשה בעקרון החוקיות ובזכויות אדם, הכרוכה בהאשמה בעבירה כזו. בעניין זה בולט ההבדל שבין יחסו של בית המשפט העליון בתקופתו הקלסית לעבירה של "היזק ציבורי" (או "תקלה ציבורית") – ביקורת שבסופו של דבר הביאה לביטול הסעיף – לבין יחסו לעבירה של "הפרת אמונים", שאותה בית המשפט גידל ופיאר.

ראוי להשוות את הפסיקה שהתפתחה אצלנו לזו שהתפתחה בדין האמריקני. החוקה האמריקנית קובעת בתיקון השישי ובתיקון ה-14 את זכות הנאשם למשפט הוגן – כולל איסור על ענישה רטרואקטיבית והזכות שהמשפט הפלילי יסתיים במהירות. בתי המשפט מכירים בכך שיש דופי בפרשנות משפטית שמרחיבה עבירה פלילית ומחילה אותה על נסיבות אשר בעבר היא לא חלה עליהן, כשם שיש דופי בניסוח רחב ומעורפל של חקיקה עונשית.¹⁵ משום כך גם ברור שפירוש מרחיב של הוראה פלילית עלול להיות מנוגד לדרישת ההליך התקין (due process) ואף לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות, משום שיש בו חדירה של הרשות השופטת לתחום החקיקה. האיסור על ענישה למפרע, הכולל במשתמע גם איסור על חקיקה פלילית מעורפלת, מצוי גם בסעיף 11 להכרזה האוניברסלית על זכויות אדם, שאומצה על ידי האו"ם בשנת 1948, ובסעיף 7 לאמנה האירופאית על זכויות אדם.

בהקשר זה ראוי להפנות לפסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין *Skilling*.¹⁶ ג'פרי סקילינג היה מנהל התפעול בחברה האמריקנית הענקית "אנרון" שקרסה. בעקבות הקריסה הועמדו כמה מנהלים בחברה לדין, ואחד מהם היה סקילינג, שהואשם בכמה אשמות, ביניהן אלה הידועות כ"שלילת הזכות הלא מוחשית לשירות הוגן (honest service)". מדובר בעבירה שהיא פרי חקיקה של הקונגרס, אשר התבססה על פסיקה אמריקנית קודמת ועיקרה הגדרת המסגרת של עבירות מרמה שונות באופן הכולל גם תחבולה או תכסיס הגורמים לשלילת הזכות ל"שירות הוגן".

13 עניין **שבס** (לעיל, הערה 11) בעמ' 460.

14 השלכותיו של השימוש התדיר בעבירה זו נסקרו בהרחבה בספרי: פרידמן **קץ התמימות** (לעיל, הערה 1) בעמ' 401, 518–519, 628, 642–645, 655, 681–684, 772–773, 787–788.

15 John La Fond & Richard Singer, *Criminal Law: Examples and Explanations* 7–9 (4th ed. 2007) המפרטים את הפגמים שבחקיקה פלילית מעורפלת ואף בפרשנות מרחיבה של הוראה פלילית. ראו גם פרידמן **קץ התמימות** (לעיל, הערה 1), בעמ' 682–683; ופסק הדין האמריקני בעניין *Skilling*, להלן הערה 16, הנזכר שם. בעניין הזכות להליך הוגן ראו: אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** בעמ' 852–879 (2014).

16 *Skilling v. United States*, 561 U.S. 358 (2010).

בעבר שימשה עבירה זו, בין השאר, להטלת אחריות על עובדים שהפרו את חובת האמון שחבו למעביד ופעלו לקידום אינטרס עצמי, לרבות במצבים שבהם נמצאו בניגוד אינטרסים ולא טרחו לגלות אותו. למרות הניסוחים השונים ניתן למצוא דמיון רב בין ההגדרה האמריקנית המרחיבה של עבירת המרמה, המתבטאת בשלילת הזכות ל"שירות הוגן", לבין העבירה הישראלית של "מרמה והפרת אמונים" (אך האמריקנית שונה בכך שאינה מוגבלת לעובדי ציבור וחלה גם על עובדים בעסקים פרטיים). בעניינו של סקילינג נטען כי החקיקה בעניין העבירה הזו בטלה מחמת שיקולים חוקתיים, לנוכח העיקרון שלפיו על חוק עונשי להיות מנוסח בלשון שתאפשר לאדם רגיל להבין מה נאסר עליו, ובדרך שתמנע אכיפה שרירותית ומפלה.

הטענה התקבלה במידה רבה. בפסק הדין המרכזי, מפי השופטת רות בדר-גינזבורג, נאמר כי אין לשלול כליל את תוקפה של העבירה, וכי בית המשפט נזהר מביטול חוקים של הקונגרס אם הוא יכול לפתור את הבעיה באמצעות פרשנות. יש אפוא להגביל את העבירה למצבים הנכללים בלב הנושא, דהיינו שוחד ו-kickbacks (קבלת תשלום או עמלה בדרך של החזר מעסקה, שהוא למעשה צורה של שוחד). בכך נשללה האפשרות של ענישה בשל פעולה אגב ניגוד עניינים גרידא. יתר על כן, אחדים מהשופטים סברו כי יש לבטל את העבירה לחלוטין. חלק מהרשעותיו של סקילינג בוטלו, ותיקו הוחזר לבית המשפט לערעורים. בית המשפט הוסיף כי אם הקונגרס מעוניין להרחיב את תחומי האחריות הפלילית, יהא עליו לעשות זאת בלשון ברורה, אגב קביעת כללים מוגדרים שיסירו חשש מפני פגיעה בעקרונות ההליך ההוגן (due process).¹⁷

הקו הליברלי של בית המשפט העליון האמריקני נשמר ואף התחזק, כפי שניתן להיווכח מפסק הדין בעניינו של רוברט מקדונל (Robert Francis McDonnell), מי שהיה מושל מדינת וירג'יניה. מקדונל הואשם בעבירות שחיתות בקשר למתנות שונות, בעלות ערך ניכר, שניתנו לו. הוא נדון לשנתיים מאסר, אולם בית המשפט העליון ביטל את הרשעתו והחזיר את הדיון לערכאה הנמוכה,¹⁸ תוך שהוא מסתמך בין היתר על פסק דינו בפרשת Skilling, שנזכרה לעיל.

נראה כי בעוד בית המשפט העליון האמריקני הקפיד לשמור על עקרונות יסוד של המשפט הפלילי ועל זכויות האדם הכרוכות בכך, לא ניתן לומר זאת על בית המשפט העליון בישראל. פסיקתו בסוגיה של "מרמה והפרת אמונים" מעלה את החששות שנזכרו בפסיקה האמריקנית, בין השאר מפני אפשרות של אכיפה שרירותית ומפלה, כשם שהיא מעלה את השאלה כיצד היא מתיישבת עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועם עקרונות יסוד של המשפט הפלילי.

17 בשנת 2013 עלה בידי עורכי דינו של סקילינג, שניהלו משא ומתן עם התביעה, להגיע להסדר שבמסגרתו הופחת עונשו של סקילינג והועמד על 14 שנות מאסר.

18 McDonnell v. U.S., 579 U.S. (2016).

אהרן ברק ציין במאמרו כי "חוק פלילי 'סתום' (vague) לא היה עומד בדרישותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁹ הוא התייחס באופן ספציפי לסעיף 198 לחוק העונשין, הקובע סנקציה פלילית בשל "מעשה העלול להביא תקלה ציבורית". נשאלת השאלה מדוע אין כוחם של הדברים האלה יפה גם בנוגע ל"הפרת אמונים". השופט מישאל חשין ביקש, בפסק דין שבס, ²⁰ להבחין בין העבירה של גרימת תקלה ציבורית לזו של הפרת אמונים, אך מההיבט של ערפול והיעדר גבולות קשה, וכמעט בלתי אפשרי, להבחין בין השתיים. יצוין עוד שבפסק דין שבס לא נזכר כלל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כשם שבחוק עצמו לא נזכרות זכויות היסוד שראוי להעניק לאדם בתחום המשפט הפלילי, וביניהן איסור על ענישה רטרואקטיבית ואיסור על חקיקה עונשית המנוסחת בלשון רחבה ומעורפלת ומאפשרת ענישה כזו, אף שניתן כמובן לכלול איסורים אלה במונח "כבוד האדם", שהיקפו חובק עולם.

לסיכום הדיון בנושא, אציין כי ההוראה שבסעיף 198 בעניין "תקלה ציבורית" בוטלה על ידי הכנסת ב-2008.²¹ חבל שהוראה ערטילאית לא פחות, הקובעת עבירה פלילית מעורפלת המתכנה "הפרת אמונים", נותרה בעינה ונעשה בה שימוש נרחב. גם חבל שדעת המיעוט המשכנעת של השופט טירקל בפסק דין גרוסמן לא זכתה למשקל הראוי, ולא היה בכוחה לרסן את ההתפתחות בכל הנוגע להרחבת גבולותיה של העבירה המעורפלת שאין לה גבול ושיעור – עבירה המאפשרת ענישה רטרואקטיבית.²²

אזכיר שני פסקי דין נוספים של השופט טירקל בתחום המשפט הפלילי. אחד מהם, ע"פ 5302/03 מדינת ישראל נ' יצחק,²³ עסק בתאונת דרכים מחרידה שבה נהרגו ארבעה מנוסעיה של מכונית. הנאשם, שהיה ברכב, ניצל, והמדינה האשימה אותו בהריגה. הוא התגונן בטענה שלא הוא נהג ברכב בזמן התאונה, טענה שהעלה כבר כאשר הובא לבית החולים ועוד לפני שידע על התוצאות הנוראות של האירוע. טענתו התקבלה, והוא זוכה בבית המשפט המחוזי. אומנם היו ראיות לכך שהנאשם נהג ברכב, אולם השאלה הייתה אם ראיות אלה מוכיחות עובדה זו מעל לכל ספק סביר. בית המשפט המחוזי השיב על כך בשלילה וזיכה את הנאשם. בערעור לבית המשפט העליון פסקו שופטי הרוב שהמסקנה שלפיה קיים ספק בשאלה מי היה הנהג איננה הגיונית, ביטלו את הזיכוי והרשיעו את הנאשם. השופט טירקל, בדעת מיעוט, סבר שיש לאשר את פסק דינו של המחוזי ולזכות את הנאשם. הוא הכיר בכך שהתרחיש שלפיו הנאשם נהג ברכב הגיוני

19 אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט יג** (תשנ"ו) 5, בעמ' 18; חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

20 עניין שבס (לעיל, הערה 11).

21 הביטול נעשה בתקופת כהונתי כשר משפטים בעקבות הצעת חוק פרטית של ח"כ יואל חסון.

22 עניין גרוסמן (לעיל, הערה 3) בעמ' 407–413.

23 ע"פ 5302/03 מדינת ישראל נ' יצחק, פ"ד נט(1) 71 (2004).

יותר מתרחיש שלפיו נוסע אחר נהג בו, ובכל זאת – עובדה היא שהיו כמה ממצאים שלא תאמו תרחיש הגיוני זה, לרבות העובדה שדבריו הראשונים של הנאשם, ברגע שהתעורר מעלפוננו, היו שלא הוא נהג ברכב. נוסף על כך, בית המשפט המחוזי האמין לגרסתו. טירקל הכיר בכך "כי מציאות החיים יש שהיא מולידה מצבים מוזרים, בלתי צפויים ובלתי הגיוניים", ולפיכך קבע שקיים ספק סביר ויש לזכות את הנאשם. כאמור, שופטי הרוב פסקו אחרת, ובכל זאת מעניין להצביע על כך שבהסכמת התביעה הומר האישום מהריגה לעבירה הקלה יותר של גרימת מוות ברשלנות – תוצאה העולה בקנה אחד עם התאוריה שלפיה במקרה של ספק סביר התוצאה אינה בהכרח זיכוי של הנאשם, כפי שמחייבות התאוריה המשפטית והגישה הליברלית, אלא הקלה במידת העונש.²⁴

לבסוף אזכיר בקצרה פסק דין שאומנם עסק בנושא אזורחי, אך במרכזו עמדה הוראה עונשית שהביאה לחריצת הדין. מדובר בעניין **טבעול**,²⁵ שבו היה מדובר בשותפות שעסקה בייצור מוצרי מזון וביניהם תחליפי בשר מן הצומח, תחום שבו הייתה טבעול בעלת ידע. השותפות התפרקה ובין הצדדים נערך הסכם שכלל הוראת אי-תחרות, אשר במסגרתה התחייבו הצדדים האחרים לא להתחרות במשך חמש שנים בטבעול בתחום של ייצור מוצרי מזון דמויי בשר, ואילו טבעול התחייבה לא להתחרות, במשך תקופה דומה, בתחום המזון שהיה בגדר מומחיותה של החברה האחרת (שף היס) שהייתה צד להסכם. חברת שף היס השתתפה במכרז של משרד הביטחון לאספקת "שניצלים מחלבוך צמחי", אגב הפרת הוראה זו, וזכתה במכרז, ועל כך תבעה אותה חברת טבעול לדין וצירפה את משרד הביטחון כנתבע נוסף. בבית המשפט המחוזי (השופט גבריאל קלינג) נדחתה התביעה, ופסק הדין אושר בעליון ברוב דעות (השופטים אליעזר גולדברג ודליה דורנר). הבסיס לדחיית התביעה היה נעוץ בכך ששופטי הרוב קבעו כי התניה בהסכם בדבר אי-תחרות מהווה הסדר כובל כמשמעו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים,²⁶ ולפיכך היא אסורה ואף מהווה עבירה פלילית. עמדתו של השופט טירקל הייתה שונה. הוא בחר לפרש את ההוראה הרלוונטית בחוק ההגבלים העסקיים פירוש מצמצם, באופן שלא יחול על החוזה שנעשה בין הצדדים במקרה זה. טירקל הצביע על שלושה טעמים המצדיקים את הפירוש המצמצם. הראשון, עקרון החוקיות, שלפיו הגדרתה של עבירה פלילית חייבת להיות ברורה וחד-משמעית; השני, העדפת ערכים של הגינות ותום לב על פני הערך של תחרות חופשית; השלישי, צמצום הפגיעה בוודאות המשפטית על ידי

24 השור: Doron Teichman, *Convicting With Reasonable Doubt: An Evidentiary Theory of Punishment* (טרם פורסם, זמין בכתובת: https://law.tau.ac.il/sites/law.tau.ac.il/files/media_server/law_heb/Events/ConvictingWithReasonableDoubt-LawReview-Final.d).(ocx

25 ע"א 6222/97 **טבעול** (1993) בע"מ נ' **משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור**, פ"ד נב(3) בעמ' 145 (1998) (להלן: **עניין טבעול**).

26 סעיף 2 לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988.

הפחתת המקרים של ביטול חוזים מחמת אי-חוקיות הנובעת מהקביעה שמדובר בהסדר כובל.

נוכח עמדתו של השופט טירקל התקיים בעניין זה דיון נוסף, בפני הרכב של שבעה שופטים. טירקל נותר בודד בעמדתו, כשכל יתר שופטי ההרכב תומכים באישור פסק הדין שניתן על ידי ההרכב המקורי.²⁷ כאמור, לא אדון בפירוט בפסק דין זה. אני בוחר להדגיש את עמדתו הערכית של טירקל בכל הנוגע להיבט הפלילי של חוק התחרות הכלכלית. טירקל הדגיש את עקרון החוקיות ואת החשיבות שלא להעניק לחקיקה פלילית פרשנות מרחיבה "הלוכדת ברשתה הסדרים רבים". שמירה על עיקרון זה היא אבן פינה בכל הנוגע לזכויות אדם. למרבה הצער, המגמה בימינו שונה וגוברת הנטייה להתעלם מעקרון יסוד זה ולהרחיב את האחריות הפלילית ולהחילה גם על עבירות מעורפלות המנוסחות בלשון רחבה, וכבר עמדתי על כך לעיל. לכן דווקא בימים אלה ראוי שדבריו של השופט טירקל בהקשר זה, בעניין **טבעול**, ישמשו ציון דרך ויזכו למשקל הראוי.

היבט ערכי נוסף המשתקף בעמדתו של השופט טירקל הוא הדגשת ההיבט המוסרי הנובע מההתחייבויות שנטלו על עצמם הצדדים. היבט זה נוגע ליחסי הצדדים בינם לבין עצמם, כלומר לקשר ה"פרטי" ביניהם, המחייב אותם מוסרית זה כלפי זה. כנגד הקשר בין הצדדים וחובתם המוסרית האחד כלפי האחר מוצבים השיקולים "הציבוריים" – בהקשר זה חופש התחרות. שופטי הרוב קבעו שעקרונות האוטונומיה והמוסר הפרטי, המחייבים את המתקשר לקיים את החוזה שכרת מרצונו החופשי, נדחקים בפני השיקולים הציבוריים. לעומתם העדיף השופט טירקל – בהקשר המיוחד שבו התעוררה הסוגיה, שבו האינטרס הציבורי לא נראה בדרגה גבוהה – את השיקול המוסרי ואת חובת המתקשר לקיים את ההתחייבות שנתן לרעהו.

ג. משפט אזרחי

עניין **כנען נ' ממשלת ארצות-הברית**²⁸ עסק בשני ציורי שמן של הצייר ראובן רובין, שאבדו וכנראה נגנבו בדרכם לישראל מתערוכה בארצות הברית, התגלגלו לשוק הפשפשים ביפו ונרכשו על ידי זהבה כנען תמורת 250 ש"ח, שעה שערכם האמיתי היה

27 דנ"א 4465/98 **טבעול** (1993) בע"מ נ' **שף-הים** (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001) (להלן: דנ"א **טבעול**). ואולם, זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין בעליון בעניין **טבעול**, ועוד לפני שניתנה ההחלטה בדיון הנוסף, פסק בית המשפט העליון ברע"א 2059/98 **וולטה יצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S. מדיטריינין בע"מ**, פ"ד נב(4) 721 (1998) ברוח גישתו של השופט טירקל בעניין **טבעול**. פסק דין זה ניתן בהרכב של שלושה שופטים. יודגש כי השופט טירקל היה אחד משופטי ההרכב.

28 דנ"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארצות-הברית**, פ"ד נו(2) 632 (2003) (להלן: עניין **כנען נ' מדינת ישראל**).

למעלה מ-100 אלף דולר. זמן מה לאחר הקנייה הסירה הקונה את הציורים ממסגרתם וגילתה שהם מסומנים במדבקות של המוזאון היהודי בניו יורק וחתומים בשם ראובן. היא פנתה למשטרה ולמוזאון והתברר שאלה תמונות מקוריות של הצייר ראובן. ממשלת ארצות הברית ביטחה את הציורים, ולאחר שנעלמו שילמה לבעלים המקוריים של התמונות את מחירם, וכך זכתה (מכוח סברוגציה²⁹) בבעלות בהם. אלא שכעת היו הציורים בידי כנען, שנהגה ביושר מושלם, והשאלה הייתה אם היא זכתה בבעלות בתמונות שאותן רכשה בתום לב בשוק הפשפשים. בעניין זה מורה סעיף 34 לחוק המכר,³⁰ שכותרתו "תקנת השוק", כי:

נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב.

לכאורה זו הוראה חדה וברורה. היא עוסקת בסוגיה המוכרת מדורי דורות, סוגיית ההכרעה בדבר בעלות בזכות בין שני צדדים תמי לב. השאלה מתעוררת במגוון רחב של הקשרים, למשל, כאשר בעל דירה מוכר אותה פעמיים, כלומר לשני קונים שאינם יודעים איש על רעהו. בהקשר שבפנינו מדובר בתחרות בין הבעלים המקורי של נכס לבין מי שרכש אותו בתום לב מצד שלישי. בתחרות זו מושתתת ההכרעה על "דין הקניין", שמשמעותו היא שהזכות איננה מתחלקת בין הצדדים (כפי שהדבר למשל בסוגיית "שניים אוחדים בטלית" – שהיא סוגיה בעלת אופי שונה לחלוטין), אלא הזכות במלואה מוקנה לאחד מהם.³¹

לכאורה נראה כי לפי לשון החוק זכות הקניין היא לקונה, שאין חולק על כך שפעלה בתום לב, נתנה תמורה ואף קנתה את הנכס לא סתם בתנאי "תקנת השוק" כאמור בסעיף 34 לחוק המכר, אלא בשוק ממש. בכל זאת, לא זו הייתה התוצאה שהושגה ברוב דעות בהתדיינות זו.

29 סברוגציה (בעברית: תחלוף) הוא המחאת זכויות (כלומר העברת זכויות) לצד אחד (צד א'), זכויות שיש לצד אחר (צד ב') כלפי צד שלישי (צד ג'). הסברוגציה נפוצה בדיני ביטוח, אף שהיא קיימת גם בהקשרים אחרים. דוגמה טיפוסית לסברוגציה היא זו שבה ניזוק רכוש של המבוטח על ידי צד שלישי (צד ג'). חברת הביטוח משלמת למבוטח את דמי הנוק, ובכך מועברת אליה זכות התביעה של המבוטח כלפי הצד השלישי שגרם את הנזק.

30 סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968.

31 דניאל פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ד (תשל"ה-תשל"ו) 245 (להלן: פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקוריים"); דניאל פרידמן "דין הקניין ודין האשם (בעקבות ברנט נ' ברנט)" **ספר זוסמן** 241 (אהרן ברק עורך, 1984).

בבית המשפט המחוזי נפסק כי חוזה הקנייה בשוק הפשפשים לא השתכלל מחמת טעות בזהות הממכר. הערעור לבית המשפט העליון הוכרע ברוב דעות. בדיון הראשון בבית המשפט העליון³² קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי אין מקום לבטל את הסכם המכירה של התמונה (מדובר במכר בשוק הפשפשים) מחמת הטעות של הצדדים, שלא ידעו על כך שאלה הם ציורים מקוריים פרי מכחולו של הצייר ראובן. למרות זאת פסקה שיש להשיב את התמונה לבעליה, מכיוון שכדי ליהנות מההוראה בדבר תקנת השוק על המוכר לעסוק במכירת נכסים "מסוגו של הממכר", ואילו המוכרת בשוק עסקה לכל היותר במכירת תמונות ישנות בעלות ערך דל, להבדיל מתמונות מקוריות של ציירים נודעים. כמו כן נדרש הקונה, על מנת לזכות בהגנת סעיף 34, לשלם תמורה ממשית, ותשלום בסך 250 ש"ח עבור תמונות שערכן מעל 100 אלף דולר איננו בגדר תמורה ממשית.

השופט צבי טל הצטרף לעמדה זו והוסיף את המעשה בשמעון בן שטח, "שקנה חמור מישמעאלי אחד ומצא אבן יקרה תלויה בצוואר הבהמה. אמרו לו תלמידיו 'ברכת ה' היא תעשירי' [...] אמר להם, חמור לקחתי. אבן יקרה – לא לקחתי, והלך והחזירה לישמעאלי". הוא הוסיף אגדה על אודות הממלכה האגדית קציא, שאלכסנדר מוקדון הגיע אליה וחפץ לשמוע כיצד מתדיינים בה. הופיע אדם בפני המלך וסיפר שקנה חורבה מחברו, גרפה ומצא בה מטמון. ביקש להחזירו למוכר באומרו: "חורבה קניתי, מטמון לא קניתי", ואילו המוכר סירב לקבל בטענה ש"חורבה על כל אשר בה מכרתי לך". מלך קציא פסק שבנו של האחד יישא את בתו של האחר, וכך יהיה הממון לשניהם (כלומר לשתי המשפחות).³³

דוגמאות אלה עוסקות כמובן בתחרות בין זכויות (למי שייכת האבן היקרה – למוכר החמור או לקונה? למי שייך המטמון – למוכר החורבה או לקונה?). ואולם, מייחדת אותן העובדה שהצדדים אינם נאבקים מתוך רצון לזכות לעצמם באבן היקרה או במטמון (כפי שהדבר מקובל בהתדיינות משפטית רגילה) אלא ברצון לוותר עליהם ולהעניקם לצד האחר. לדברים אלה אתייחס גם בהמשך המאמר, ובינתיים אתמקד בדעת המיעוט הקצרה – ובעיניי גם הנכונה מאוד – של השופט טירקל, שלדעתי פירושו לתקנת השוק הוא הפירוש הנכון. היושר וההגינות של הקונה, כך אמר, "הם נשמת אפה של תקנת השוק שנכתבה עלי ספר בסעיף 34 לחוק המכר". אשר לסוג הנכס ולתמורה, על הדברים להיבחן לפי מה שהבינו הצדדים וראו לנגד עיניהם. התמורה הייתה התמורה הממשית והראויה לממכר כפי שראו הצדדים לנגד עיניהם וכפי שסברו בעת שעשו את העסקה.

32 ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, פ"ד נא(1) 114 (1997).

33 אגדה זו שמצויה בויקרא רבה, כז; ירושלמי, בבא מציעא ב, ה, מובאת אצל ח"נ ביאליק וי"ח רבניצקי ספר האגדה (מפרש ועורך – אביגדור שנאן, תשע"ה) 193, בעמ' 814, 924. לדיון מעניין באגדה זו ראו: נילי כהן, "מצויינות במשפט", הפרקליט מו (תשס"ב–תשס"ג) 233.

בפרשה זו התקיים בבית המשפט העליון דיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים, אך התוצאה לא השתנתה. הפעם הצטרפו לעמדת השופט טירקל גם השופטים שלמה לוי ויצחק אנגלרד. ואולם, שופטי הרוב (אהרן ברק, תיאודור אור, מישאל חשין וטובה שטרסברג-כהן) שבו וקבעו כי התמורה שניתנה על ידי הקונה אינה תמורה ממשית, כנדרש על מנת להחיל את דין "תקנת השוק". השופטים תיאודור אור ואהרן ברק אף אימצו את הרעיון שהחווה ניתן לביטול על ידי בית המשפט מחמת טעות משותפת, וזאת מכוח הוראת סעיף 14(ב) לחוק החוזים.³⁴ במקרה הנוכחי לא הייתה התובעת, ממשלת ארצות הברית, צד לחווה. עם זאת היא הייתה זכאית לעקוב אחר התמונה ולהוציאה מידי המוכרת, ובמסגרת זו גם רכשה, מכוח סברוגציה, את זכויות המוכרת כלפי הקונה, לרבות הזכות לבקש מבית המשפט את ביטול החווה. זו בקשה שבית המשפט נעתר לה. ואולם, במסגרת שיקול הדעת הנתון לו ביחס לביטול חווה הכפיף בית המשפט את זכות התובעת לביטול בהשבת המחיר ששילמה הקונה עבור התמונות, בסך 250 ש"ח, ובצירוף סכום נוסף של 10,000 ש"ח.³⁵

קשה לקבל את דעת הרוב בעניין **כנען**.³⁶ נילי כהן הצביעה על כך שה"פרשנות (ה) יצירתית" של שופטי הרוב "מעוררת בעיות הן מבחינת דיני הטעות והן מבחינת דיני תקנת השוק".³⁷ מבחינת דיני הטעות, "נכונותו של בית המשפט לבטל חווה בשל טעות משותפת איננה גבוהה במיוחד".³⁸ לדבריה, "הבעיה מחריפה מנקודת המבט של דיני תקנת השוק, שכן ניתן לטעון כי תקנת השוק לא העניקה כאן הגנה במקרה מובהק שבו היא היתה אמורה לעשות זאת".³⁹

כאמור, ההתמודדות על זכות בין שני צדדים תמי לב, בשורה של הקשרים שונים, מוכרת זה דורות רבים, כפי שניכר למשל מהאגדה על אלכסנדר מוקדון ומלך קזיא, שבאה לעולם לפני למעלה מ-1,000 שנה.⁴⁰ למגוון הסוגיות מסוג זה קיימים פתרונות אפשריים שונים, העשויים כמובן להשתנות בהתאם להקשר שבו מתעוררת הבעיה.⁴¹

34 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.

35 עניין **כנען** (לעיל, הערה 28).

36 לביקורת מוצדקת על דעת הרוב בפסק דין **כנען נ' ממשלת ארצות-הברית**, ראו: נילי כהן, "שניים אוחזים: קניין, אחריות ותחרות", **משפט ועסקים** יח (תשע"ד-תשע"ה) 177, בעמ' 196-204; נילי כהן, "חוזים בין הבית ובין השוק – סיפורן של רותי נחמני וזהבה כנען במקרי מבחן", **ספר שטרסברג-כהן** (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד עפארי – עורכים, תשע"ז) 419. מאמרים אלה בוחנים את הסוגיה גם מההיבט התרבותי והחברתי.

37 כהן "שניים אוחזים: קניין, אחריות ותחרות" (לעיל, הערה 36) בעמ' 199.

38 שם, שם. ראו: ע"א 7920/13 **כרמל נ' טלמון** (פורסם בנבו, 29.2.2016). וכן פסק הדין האנגלי: [2002] The Great Peace Shipping Ltd. v. Tsavlis Salvage (International) Ltd EWCA Civ 1407.

39 כהן "שניים אוחזים: קניין, אחריות ותחרות" (לעיל, הערה 36).

40 לעיל הערה 33 והטקסט שלידה.

41 ראו: פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקוריים" (לעיל, הערה 31).

באופן עקרוני, ייתכנו כמה אפשרויות בסיסיות. הראשונה, הבעלים המקורי (או המחזיק המקורי) גובר; השנייה, הרוכש החדש (או המחזיק החדש) גובר; השלישית, שיתוף בין השניים; הרביעית, אחד מהשניים גובר (האפשרות הראשונה או השנייה), אך הצד שגובר נדרש לשלם סכום כלשהו (בין החזר הוצאות גרידא, בין פיצוי או סכום דמוי פרס) לצד האחר.

האפשרות הראשונה משתקפת, למשל, בכלל הבסיסי הנוהג במשפטנו, שלפיו בעל נכס (מקרקעין או מיטלטלין) זכאי לדרוש את הנכס מכל מי שמחזיק בו שלא כדין.⁴² האפשרות השנייה משתקפת אצלנו בהוראת סעיף 34 לחוק המכר בעניין תקנת השוק,⁴³ שנדונה בפסק דין כנען הנ"ל. האפשרות השלישית משתקפת בהחלטתו של מלך קציא באגדה שבמקורותינו. הוא אומנם בחר בדרך הנישואין בין המשפחות, להגדלת השמחה; צריך לקוות שבני הזוג חפצו זה בזו, דבר שאין לו רמז באגדה, אשר מקורה בימים שנישואין כאלה יכלו להיכפות על בני הזוג. בכל מקרה, ברור שנישואין אינם חיוניים לפתרון זה.

אין קושי לתאר מצבים מהסוג שהוזכר לעיל, שבהם התוצאה תעורר תחושה לא נוחה. הטעם לכך נעוץ במצב הקשה שנוצר כאשר שני צדדים מתמודדים על זכות וברור כי בכל מקרה לא יוכלו השניים לזכות במלוא חפצם. מכיוון ששניהם תמי לב, הברירה אינה בין צדיק לרשע אלא בין שניים שכל אחד מהם צודק מנקודת ראותו, ואולי גם מנקודת ראות "אובייקטיבית". במצבים כאלה אפשר שתהא לאחד הצדדים תחושה מוסרית שעליו לוותר. זוהי גם הדוגמה של קציא, שמייחדת אותה העובדה ששני הצדדים חפצו לוותר על זכותם, אולי אפילו באופן "לא טבעי" – לפחות בעיני מי שגדל בחברה תחרותית.

ויתור על זכות משפטית מטעמים מוסריים אולי אינו נפוץ, אבל הייתי רוצה לפחות להאמין שהוא קיים. מי שהלווה לחברו 1,000 ש"ח זכאי לכך שההלוואה תיפרע. ומה יהא הדין אם המלווה עשיר ואילו הלווה דל ואביון? הכלל המשפטי עומד בכל זאת בעינו, וכבר נקבע במקורותינו: "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג 3).⁴⁴ יכול כמובן העשיר לחוש כי מבחינה מוסרית עליו לוותר על החוב כולו או חלקו, ובוודאי יזכה לשבח אם יעשה זאת, אך אין זה מעניינו של השופט לכפות עליו לוותר בשם המוסר. כך גם בענייננו – ההסדר שבחר המחוקק להגנת הקניין הוא רחב. בעל הקניין זכאי להוציא את המיטלטלין (בענייננו – התמונות) מכל מי שנטל אותו ממנו שלא ברשותו ושלא כדין ואף מכל מי שרכש את הנכס, אפילו עשה זאת בתום לב ושילם עליו במיטב כספו. דין

42 סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, ס"ח 575; סעיף 8 לחוק המיטלטלין, תשל"א–1971, ס"ח 636. ראו גם: סעיף 9 לחוק המקרקעין וסעיף 12 לחוק המיטלטלין, דיון בסוגיות שמעוררים סעיפים אלה חורג מהמסגרת הנוכחית.

43 ראו גם: סיפא של סעיף 9 לחוק המקרקעין.

44 ראו: ויקרא, יט 15: "לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול, בצדק תשפוט עמיתך".

כללי זה משקף את האפשרות הראשונה שנזכרה לעיל (ידו של הבעלים המקורי על העליונה). לדין זה נקבע חריג בדמות "תקנת השוק", שנקבעה בסעיף 34 לחוק המכר. החריג משקף את האפשרות השנייה (ידו של הרוכש בגדר תקנת השוק על העליונה). הרוב בבית המשפט העליון לא השלים עם חריג זה, מצא דרך לעוקפו והחליט במקום זה – באמצעות פרשנות משפטית – לבחור באפשרות הרביעית שנזכרה לעיל (הצד שזכה נדרש לשלם סכום כלשהו לצד האחר), ואשר אין לה זכר בחקיקה. תקנת השוק ויקנה במקרה זה מתוכן. הבעלים המקורי זכה בנכס, אך הקונה של התמונות זכתה בהחזר המחיר ששילמה עבורן בצירוף פיצוי בסך 10,000 ש"ח – סכום התלוי כל כולו בשיקול דעתו של בית המשפט,⁴⁵ שהיה יכול באותה מידה של היגיון לקבוע 20,000 ש"ח, 10,000 דולר או כל סכום אחר שנראה לו.

אפשר להבין את חוסר שביעות הרצון של בית המשפט מהמצב שבו רכשה קונה ב-250 ש"ח נכס ששוויו למעלה מ-100 אלף דולר (אף שתחושה זו מרוככת במידת מה נוכח העובדה שהתמונות היו מבוטחות על ידי ממשלת ארצות הברית), אבל אין זה מתפקידו של בית המשפט "לתקן" חוק סביר וברור ולהמירו בצדק הפרטי שלו. הכלל החד והברור שבסעיף 34 לחוק המכר הומר אפוא בשיקול דעתו של בית המשפט, היוצר מצב של אי-בהירות בכל מקרה של קניית "מציאה" בשוק, בגלריה או בבית מסחר. ההסדר החדש מסכל לא רק את כוונת המחוקק אלא גם את מה שהובן כתקנת השוק וכסיכוי, שאולי אינו גבוה יותר מאשר לזכות בפיס, לרכוש מציאה. לפי דעת הרוב, אם אכן נרכשה מציאה בשוק הפשפשים או בכל שוק אחר, עלולה זו להישלל מהקונה, שיידרש להחזירה למי שהיו בעליו; הבעלות נשמרת, אף שהנכס עצמו "נעלם" לבעלים שנים רבות קודם לכן.

בהתפתחות זו תיזכר לטובה דעת המיעוט של השופט טירקל – דעה שקולה, אחראית ומאוזנת, התואמת את הוראת החוק ושומרת על הביטחון המשפטי. דעת מיעוט זו

⁴⁵ הסכום שנפסק צנוע עד מאוד, ואם כבר החליט בית המשפט לפסוק תשלום למי שגילתה את מקוריות התמונות, היה מקום ליתר נדיבות. לשם השוואה אזכיר פרשה מפורסמת במשפט הצרפתי שעסקה בצירוף, שזכה לשם "הבריח" (Le Verrou), פרי מכחולו של הצייר ז'אן אונורה פרגונאר (Jean Honoré Fragonard). היא לא נחשבה מקורית ונמכרה לסוחר אומנות שגילה את מקוריותה וכי שווייה הוא למעלה מחמישה מיליון פרנק. נקבע שהמכר נפגם מחמת טעות וכי המוכר זכאי לשווייה של התמונה, אך בית המשפט העניק לסוחר שגילה את מקוריותה 1.5 מיליון פרנקים (כלומר קרוב ל-30% משווייה של התמונה): Cass. 1e civ., May 25, 1992, Bull. Civ. I, No. 165. ניתן למצוא את פסק הדין בקישור הבא: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007.028727>.

פרשה זו נדונה בקצרה במאמרי Daniel Friedmann, "Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery", 79 *Tex. L. Rev.* 1879, 1909 (2001). היא תידון ביתר פירוט אצל דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** כרך ב' מהדורה שנייה (2020).

אומצה בדיון הנוסף על ידי השופטים שלמה לוין ויצחק אנגלרד, שכאמור נותרו יחד עימו במיעוט.

ד. משפט ציבורי

המשפט הציבורי צמח והתעצם בעשרות השנים האחרונות והוא תופס כיום מקום מרכזי בחיים הציבוריים, בפוליטיקה ובניהול המדינה. בתהליך זה, שאליו התייחסתי במקום אחר,⁴⁶ בוטלו רבות מההלכות שנהגו בעבר ונחשבו לאבני יסוד במשפט הישראלי. הפסיקה החדשה אימצה לא פעם עמדות רדיקליות בנוגע לסמכויות בית המשפט, לפרשנות חקיקה ואף לזכויות אדם, לעיתים מבלי שיוחס משקל נאות להשלכות הגישה החדשה על החברה בכללותה, על הפרדת הרשויות ועל האיזון בין הקבוצות השונות שהפסיקה נוגעת להן. היו כמובן שופטים שסברו שהתוצאות מרחיקות לכת וחתרו ליתר איזון. הם מצאו את עצמם לא פעם במיעוט. אחד מהבולטים שבהם היה השופט טירקל. אזכיר שניים מפסקי דינו, שבהם מצא את עצמו, כמובן, בין שופטי המיעוט. אחד מהם היה עניין בשארה, שבו התקיים הדיון בפני הרכב של 11 שופטים.⁴⁷

הרקע לכל הפרשה נעוץ בפסק הדין בעניין ירדור.⁴⁸ ועדת הבחירות לכנסת השישית החליטה באותה שנה שלא לאשר את "רשימת הסוציאליסטים". הוועדה נימקה את קביעתה בכך שיוזמיה שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה. היא התבססה על כך שרוב חברי הרשימה השתייכו לקבוצת "אל-ארד", אשר מטרתה נדונו שנה קודם לכן בעתירה בעניין ג'ריס נגד הממונה על מחוז חיפה, ושם קבעו השופטים ברנזון, ויתקון ולנדוי כי "אין לדרוש משום ממשל שבשם השמירה על חרות ההתאגדות הוא ייתן את הגושפנקא שלו להקמת ג'יס חמישי בתוך גבולות מדינתו".⁴⁹ בית המשפט העליון אישר ברוב דעות של אגרנט וזוסמן, נגד דעתו החולקת של חיים כהן, את החלטתה של ועדת הבחירות, וזוסמן הסביר: "כדרך שאין אדם חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה איננה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקהו מן המפה".⁵⁰

46 פרידמן קץ התמימות (לעיל, הערה 1).

47 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נו(4) 1 (2003) (להלן: עניין בשארה). באותו פסק דין נדונו כמה החלטות של ועדת הבחירות המרכזית, שנגעו גם למועמדים נוספים וכן לגופים אחדים שביקשו להתמודד בבחירות אלה. במסגרת הנוכחית אדון בענייניו של עזמי בשארה בלבד.

48 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965) (להלן: עניין ירדור).

49 בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (1964) (להלן: עניין ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה).

50 ראו: פרידמן קץ התמימות (לעיל, הערה 1) בעמ' 405–406.

הלכה זו, שנקבעה בשנת 1965, החזיקה מעמד קרוב ל-20 שנה. הנושא שב ועלה בבית המשפט העליון בשנת 1984, במסגרת ערעור על החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול את רשימת "כך" ואת "הרשימה המתקדמת לשלום". הנימוקים לפסילת "כך" היו שעקרונותיה הם גזעניים ואנטי-דמוקרטיים ושהיא תומכת במעשי טרור ומנסה ללבות שנאה בין חלקים שונים באוכלוסייה. הרשימה השנייה הייתה רשימה ערבית-יהודית שתמכה בעמדה הלאומית הפלשתינית בנוגע לזכות ההגדרה העצמית של הפלשתינים, והיא נפסלה כיוון שהרוב בוועדת הבחירות סבר כי "ברשימה זו אכן קיימים יסודות ומגמות חתרניים, ואנשים מרכזיים ברשימה פועלים בדרך של הזדהות עם אויבי המדינה", והרשימה "דוגלת בעקרונות המסכנים את שלמותה וקיומה של מדינת ישראל ושמירה על ייחודה כמדינה יהודית". בין מועמדיה היה מוחמד מיעארי, שהיה פעיל בעבר בתנועת "אל-ארד" והופיע ברשימת המועמדים לכנסת מטעם "הרשימה הסוציאליסטית", רשימה שנפסלה ב-1965 על ידי בית המשפט העליון הקלסי בפסק דין בעניין ירדור. ואכן, החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית התבססה על ההלכה שנקבעה בפסק דין זה.

ואולם, הפעם, כלומר בשנת 1984, התקיים הדיון בפני בית משפט חדש. אגרנט וזוסמן סיימו כבר את תקופת כהונתם בבית המשפט העליון, שהונהג כעת בידי נשיא חדש, מאיר שמגר. שמגר השתייך לדור אחר, והמגמה השתנתה לחלוטין. הרכב של חמישה שופטים (שמגר, בן-פורת, אלון, ברק ובייסקי) הדגיש כי הזכות לבחור והזכות להיבחר הן זכויות יסוד, פסל את הפסילה, ביטל למעשה את הלכת ירדור ואישר לשתי הרשימות להשתתף בבחירות.⁵¹

בשלב זה לא הייתה לכנסת אפשרות להגיב על פסק הדין, שניתן זמן קצר לפני הבחירות, אבל הכנסת שנבחרה ב-1984 עשתה זאת על ידי כך שהוסיפה לחוק יסוד: הכנסת הוראה האומרת כי לא תשתתף בבחירות לכנסת רשימה שיש במטרותיה או במעשיה משום שלילת קיומה של ישראל כמדינתו של העם היהודי, שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה או הסתה לגזענות. על סמך ההוראה הזו נפסלה "כך" מלשוב ולהתמודד בבחירות לכנסת ה-12 (ולאחר מכן גם בבחירות לכנסת ה-13), בנימוק שיש בפרסומיה ובהצעותיה הסתה לגזענות ושלילת אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל.⁵²

51 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225 (החלטה מיום 27.6.1984). הנימוקים ניתנו במאי 1985). לדיון ראו גם: פרידמן קץ התמימות (לעיל, הערה 1) בעמ' 467-469.

52 ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מב (4) 177 (1988); ע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-13, פ"ד מו (3) 541 (1992); חוק יסוד הכנסת, ס"ח תשי"ח 69.

הניסיון למנוע את השתתפותה של "הרשימה המתקדמת לשלום", לעומת זאת, נדחה ברוב של שלושה (שמגר, בייסקי ושלמה לוי) כנגד שניים (אלון ודב לוי).⁵³ הכנסת לא התייאשה, תיקנה פעם נוספת – במאי 2002 – את סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת וקבעה: "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם [...] במפורש או במשתמע, אחד מאלה: 1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; 2. הסתה לגזענות; 3. תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל", אך הכנסת גם סייגה: "החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון".

בכך אנו חוזרים לפסק הדין בעניין **בשארה**,⁵⁴ שבו נפתח דיונו בסוגיה זו. השאלה התעוררה בנוגע לתנועת בל"ד, שהקים ד"ר עזמי בשארה. התנועה ומנהיגה ביקשו להתמודד בבחירות לכנסת ב-2003, ועדת הבחירות המרכזית החליטה לפסול אותם והנושא הגיע לבית המשפט העליון, לדיון לפני 11 שופטים. הפעם כלל הרוב שבעה (ברק, מצא, דורנר, ביניש, אנגלרד, ריבלין ופרוקצ'יה) כנגד ארבעה (שלמה לוי, שטרסברג-כהן, טירקל ולוי), אך לאור התיקון הנוסף בסעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת ולנוכח החומר שהוצג לבית המשפט לא קל להבין את דעת הרוב, אשר אישר את זכותם של בשארה ומפלגתו להתמודד. "ייאמר מיד", כותב שם הנשיא ברק, "מקובל עלינו כי המעשים המיוחסים לחבר הכנסת בשארה לעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ולעניין תמיכה במאבק מזוין נגדה מונחים במרכז מטרותיו ופעולותיו, והם מהווים אצלו יעד שליטי. זאת ועוד: מעשים אלה אינם רעיון תיאורטי, אלא פוטנציאל פוליטי שחבר הכנסת בשארה הוציא אותו מהכוח אל הפועל, בפעילות חוזרת ונשנית, ומתוך עוצמה רבה". ואולם, אל מול הדברים החריפים האלה מצרף ברק הסתייגות: "גדר הספקות הניצב בפנינו הנו, אם הראיות עליהן מתבססת התשובה החיובית לשתי השאלות שהעלינו הן 'משכנעות, ברורות וחד-משמעיות' [...] רק רמה גבוהה זו של ראיות יש בכוחה לפתור את הפרדוקס הדמוקרטי ולשלול את אחת מהזכויות המרכזיות של הדמוקרטיה – הזכות לבחור ולהיבחר".⁵⁵

קשה לראות כיצד דברים אלה מתיישבים עם מה שכתב ברק עצמו קודם לכן, ונדמה שהמשמעות של הפסקה האחרונה היא שבית המשפט יציב רף ראיות כה גבוה, שלא יאפשר בפועל פסילת מועמד גם במקרים חמורים ביותר. שפע של ראיות שהצדיקו את פסילתו של בשארה הובא לבית המשפט, אבל עם טכניקת הפרשנות הכול יכולה הצליחו שופטי הרוב לשלול את המובן מאליו.

53 ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221 (1989).

54 עניין **בשארה** (לעיל, הערה 47). לדיון ראו: פרידמן קץ **התמימות** (לעיל, הערה 1) בעמ' 470-474.

55 שם, בעמ' 42.

דבריו של המשנה לנשיא לוי, שנותר במיעוט, מדברים בעד עצמם:

[...] נראה כי פסילתם של ח"כ בשארה ובל"ד [...] מתחייבת גם בשל תמיכתם במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל [...] לדידי הראיות בעניין זה הן חד-משמעיות. יש להזכיר בעניין זה, בין השאר גם את נאומו של חבר-הכנסת בשארה ביוני 2001 בעיר קרדחה שבסוריה, באירוע שבו נכחו מנהיגים ואישים ערביים, ובהם מזכ"ל החיזבאללה וסגן נשיא איראן, שבו קרא חבר-הכנסת בשארה לקדם את דרך המאבק המזוין ("ההתנגדות") לישראל. האם אין בהופעה פומבית זו במדינת אויב, כשהיא לעצמה, בלי להתחשב בנאומיו הפומביים האחרים של חבר-הכנסת בשארה, כדי לשמש תמיכה במדינת אויב או בארגון טרור? דומה הדבר בעיניי למקרה שבו היה לורד הריהו מבקש, על יסוד חוק מקביל לחוק-יסוד: הכנסת, להצביע [הכוונה כנראה: להיבחר] בבחירות לפרלמנט הבריטי.⁵⁶

השופט טירקל, לאחר שציטט ממגילת העצמאות, אמר בין השאר את הדברים הבאים:

יהדותה של המדינה היא המהות, היא הייחוד, והיא סימן ההיכר המובהק שלה בין העמים והמדינות. נטלת ממנה את סממני יהדותה, נטלת ממנה את נשמתה; עשית אותה למדינה בלי עם, בלי עבר וכלי פנים. אכן, המדינה היהודית היא מדינה דמוקרטית [...] אך אין באלה כדי למעט מסמני יהדותה. אינני רואה צורך לחקור ולדרוש מהם סממנים אלה; בעיניי המושג "מדינה יהודית" מדבר בעדו. עם זאת, מקצת הסממנים – "המאפיינים הגרעיניים" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית" (כלשון הנשיא א' ברק בסעיף 12 לפסק דינו) – הם, בעיניי, רוב יהודי במדינת ישראל; זכות שבות לכל יהודי; ההכרה בקשר ההיסטורי של היהודים לארץ-ישראל; העברית היא לשונה הרשמית העיקרית של המדינה; הסמלים, הדגלים, החגים והטקסים שלה הם ברוח המורשת היהודית; מורשתה הדתית והתרבותית יונקת ממורשת ישראל, ובעיקר מן התנ"ך ומן היצירה הרוחנית שצמחה מתוכו. כל אחד ואחד מאלה מפורש הוא בהכרזה, או שהוא משתמע ממנה [...].

ההגנה על מדינת ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית" אינה קלה ואינה פשוטה. יש להיזהר מאוד ששמירת יהדותה של המדינה לא תמעט

56 שם, בעמ' 82.

מאופיה הדמוקרטית; ושמירת אופייה הדמוקרטית של המדינה לא תמַעט מיהדותה.⁵⁷

השופט טירקל אזכר את סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הכנסת וציטט בהסכמה את דברי השופט לזין, שלפיהם "הדיבור מדינת ישראל כ'מדינת כל אזרחיה' הוא בפי חבר-הכנסת בשארה, בהקשר שבו הוא משתמש בדיבור זה, שם קוד לביטול הציונות, ביטול היות מדינת ישראל ביתו הלאומי של העם היהודי וביטול המדינה כמדינה יהודית והחלפתה במדינה אחרת שתבוא תחתיה, אם לא למעלה מזה". והוסיף:

חבר-הכנסת בשארה חטא גם בתמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל [...] אוסיף לעניין זה כי לדעתי, משנתקיימו ברשימה או באדם יותר מאחת מעילות הפסילה שלפי סעיף 7(א) לחוק, מחזקת כל אחת מן העילות את רעותה ומוסיפה לה משקל. גם טעמים אלה מכריעים את הכף לחובתו.⁵⁸

ואולם, השופט טירקל וחבריו נותרו כאמור במיעוט. הייתה זו שעתם היפה. שופטי הרוב, לעומת זאת, העדיפו את הערכים שלהם על פני הערכים הסבירים שמצאו ביטוי בחקיקה של הכנסת, חקיקה שנועדה להגן על המדינה בפני הסכנות הניצבות בפניה. כך גם סיכלו שופטי הרוב באמצעות פרשנות את כוונת המחוקק והניחו ליסודות לאומניים קיצוניים להיבחר לכנסת.

ההמשך ידוע. בשארה, מנהיג מפלגת בל"ד, שהשתתף באסיפות של החיזבאללה ודיבר בזכות ה"התנגדות", נמלט כעבור שנים לחו"ל לאחר שנאשם בעבירות ביטחון חמורות. נוכח העובדות כפי שפורטו בפסק הדין (גם פסק דינו של הרוב) קשה לומר שהייתה בכך הפתעה גדולה.

לבסוף, אזכיר את דעת המיעוט של השופט טירקל במה שידוע כפרשת "קלפי המיקוח". הפרשה קשורה לנווט רון ארד, שבאוקטובר 1986 נאלץ לנטוש את מטוסו מעל לבנון עקב תקלה. הטייס שהיה עימו נטש גם הוא את המטוס, וחולץ בידי צוות שהגיע למקום במסוק. ואולם, רון ארד נתפס בידי אנשי אמל, הארגון הצבאי השיעי שממנו התפצל לאחר מלחמת לבנון הראשונה חיזבאללה. ארד הוחזק בידי של מוסטפה דיראני, אחד ממפקדי אמל, והלה העבירו לידיו של מפקד בכיר בחיזבאללה, עבד אל-כרים עובייד. עובייד מסר כנראה את ארד לידי האיראנים, ועקבותיו אבדו.

במסגרת המאמצים להציל את ארד, או לפחות לקבל פרטים על אודותיו, חטפו לוחמי יחידה מובחרת של צה"ל לבנונים אחדים, ביניהם דיראני ועובייד. הם הועמדו לדין בשל השתייכותם לארגונים עוינים ובגין מעורבותם בפעולות נגד צה"ל ונגד צד"ל ונדונו למאסר. לאחר שאסירים אחדים, ביניהם גם דיראני ועובייד, השלימו את ריצוי

57 שם, בעמ' 101–102.

58 שם, בעמ' 104.

עונשם, המשיכה ישראל להחזיקם במעצר מנהלי על יסוד צווים של שר הביטחון. הצווים הוארכו מפעם לפעם באישור בית המשפט המחוזי, עד שהוגש ערעור לבית המשפט העליון.

הדיון התקיים לפני שלושה שופטים, בראשות השופט ברק. הם דחו ברוב דעות את הערעור וקבעו כי ישראל יכולה להמשיך להחזיק את החטופים במעצר.⁵⁹ שופטת המיעוט הייתה דליה דורנר. הוחלט על דיון נוסף, שבמסגרתו שינה הנשיא ברק את עמדתו, כתב פסק דין המבטל את פסק דינו הקודם, שלל את השימוש בעצירים כ"קלפי מיקוח" וקבע שאין לשר הביטחון סמכות להורות על מעצר מנהלי של מי שלא נשקפת ממנו סכנה.⁶⁰

כך הגיע הרוב בבית המשפט העליון לתוצאה הבלתי מתקבלת על הדעת שלפיה צה"ל, לאחר שתפס בשבי לוחמי טרור, חייב לשחררם, חרף העובדה שארגוני המחבלים מחזיקים חיילי צה"ל בשבי לתקופה בלתי מוגבלת, ובלי שהם מוכנים אפילו לספק מידע כלשהו עליהם. שלושה שופטים – חשין, קדמי וטירקל – נותרו במיעוט.

במרכז הדיון עמדה שאלת פרשנותו של סעיף 2 לחוק סמכויות שעת חירום,⁶¹ שהסמיך את שר הביטחון להורות על החזקת אדם במעצר לתקופה של עד שישה חודשים (תקופה הניתנת לחידוש), אם היה לו "יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים" זאת. השאלה שהתעוררה הייתה אם "טעמי ביטחון המדינה" כוללים רק סכנה מהאדם עצמו (לפי הפירוש המצמצם), או שמא הם עשויים לכלול גם אינטרס ביטחוני רחב יותר הקשור, למשל, בארגון שאליו משתייך אותו אדם. בעניין זה ציין השופט טירקל:

בעיני מונחים על כפות המאזניים, אלה מול אלה, כבודם וחירותם של העצורים מקרב לוחמי האויב מול כבודם וחירותם של שבוינו ונעדרינו; אלה הנתונים בצרה ובשבייה היום ואלה שיהיו נתונים, חלילה, בצרה ובשבייה בעתיד. 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. שיקול זה מטה בעיני את הכף לעבר הפרשנות המרחיבה של המונח "טעמי בטחון המדינה".⁶²

59 עמ"ס 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (1997).
 60 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: דנ"פ פלונים). לדיון ראו גם: פרידמן קץ התמימות (לעיל, הערה 1) בעמ' 571–573.
 61 חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט–1979, ס"ח 930.
 62 דנ"פ פלונים (לעיל, הערה 60).

השופט חשין ציין: "השאלה תתייזב אפוא לפנינו, תתייזב ולא תרפה מאיתנו: כי תחויב המדינה לשחרר את העותרים ממעצר, הכך נוכל להילחם באויבינו? שהם יחזיקו באנשינו ואנו לא נותר להחזיק באנשיהם?"⁶³ השאלה נותרה ללא תשובה. גם הטענה שישראל משתמשת באנשי החיזבאללה כ"קלפי מיקוח" או כ"בני ערובה", מעשה אסור לפי המשפט הבין-לאומי, נשללה על ידי חשין: "העותרים גייסו עצמם בפועל אל שורות האויב, ותיאורם – לעת שאנו מחזיקים בהם – כ'בני ערובה' וכ'קלפי מיקוח' – מושגים המדיפים ריח בואָש – יש בו כדי לאנוס את הלשון ואת האמת."⁶⁴ לכך ניתן להוסיף שגם בתום מלחמה, אם צד אחד מסרב לחילופי שבויים רשאי גם הצד האחר להמשיך ולהחזיק את השבויים שבידיו עד שיושג הסכם, ולא יעלה על הדעת שהחזקת שבויים כזו היא בגדר החזקת "בני ערובה". קל וחומר מחבלי חיזבאללה, שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה.

ה. הערות סיכום

פסקי הדין הספורים שנסקרו לעיל הם כמובן טיפה בים הפסיקה הענפה שהשאיר אחריו השופט יעקב טירקל. בכל זאת, יש בהם כדי ללמד לא מעט על מחברם, שביצע את מלאכת השיפוט למופת, בחבונה, בשיקול דעת ובתחושת אחריות, כשהוא מייחס את הכבוד והמשקל הראוי לחקיקת הכנסת. דעת המיעוט של השופט טירקל בעניין גרוסמן, שבו נפתחה לעיל הסקירה של פסיקתו,⁶⁵ היא אכן יסוד בשמירה על זכויות האדם, בהגנה עליו מפני הוראות פליליות גמישות ומעורפלות הפוגעות בעקרון החוקיות, ויש בה משום המשך לפסיקה המפוארת של בית המשפט העליון בעניין אש"ד,⁶⁶ פסיקה שלמרבה הצער לא זכתה מאז למעמד הראוי. פסיקתו בעניין טבעול⁶⁷ מצביעה על המשקל הרב שהעניק לעקרונות המוסר האישי וחופש החוזה נוכח טיעונים בדבר אינטרס ציבורי, שנראה באותו הקשר מוגבל בהיקפו, ופסיקתו בסוגיית הקנייה בשוק פתוח מלמדת על דבקותו בעקרון תום הלב וביישום נכון והגייוני של חקיקה סבירה של הכנסת, בנסיבות ששופטי הרוב העדיפו, לדעתי שלא בצדק, פתרון אחר. דעות המיעוט שלו בנושאים הקשים שבתחום המשפט הציבורי, שפורטו לעיל,⁶⁸ מצביעים על שיקול דעת ושמירת איזון נאות בין ההכרה בזכויות האדם לבין הצורך להגן על הכלל בפני הסכנות המאיימות עליו. לבסוף אומר שניכרים בה, בפסיקתו של השופט טירקל, ערכיו של מחברם ואהבת עמו ומולדתו, שאותם ידע ליישם במסגרת החוק.

63 שם, בעמ' 748.

64 שם, בעמ' 749.

65 עניין גרוסמן (לעיל, הערה 3).

66 עניין אש"ד (לעיל, הערה 7).

67 ע"א טבעול (לעיל, הערה 25); דנ"א טבעול (לעיל, הערה 27).

68 לעיל, הערות 54–62 והטקסט שלידן.