

## ריאיון משפטי

### ריאיון עם המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מישאל חשין

מראיינים: טל כהנא\* ואילנה פרנקל\*\*

בפסק הדין בעניין בנק המזרחי הבעת את עמדת המיעוט בנוגע לשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקי יסוד, וכן לשריין חוקים ברוב של יותר מ-61 חברי כנסת.<sup>1</sup> מאז פסק דין זה אימץ בית המשפט העליון את דעת הרוב בעניין בנק המזרחי, ופוסק לפי הרוח החוקתית שנוצרה. ניכר כי רוח זו הדרת גם לפסיקתך, וברבים מפסקי דינך מובא ניתוח חוקתי המנוגד, לכאורה, לעמדתך החולקת בפסק הדין.<sup>2</sup> מהי תפיסתך בנוגע לסוגיות אלו, והאם השתנתה בשלב זה או אחר?

\* תלמיד לתואר ראשון בתוכנית לתואר משולב במשפטים ובכלכלה באוניברסיטת חיפה.

\*\* תלמידה לתואר ראשון בתוכנית לתואר משולב במשפטים ובכלכלה באוניברסיטת חיפה.  
אנו מודים לחברים ולחברות סגל הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה על עזרתם. תודה מיוחדת אנו חבים לעורך הראשי של כתב העת, ד"ר רונן פרי, ולסגניתו, עו"ד מנאל תותריי-גיזבראן, על הליווי והתמיכה לאורך כל שלבי הכנת הריאיון.

כל אתרי האינטרנט להלן נצפו באחרונה באוגוסט 2007, אלא אם כן צוין אחרת.

1. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי). שאלות אלו נידונו באוביטר של פסק הדין. השופט חשין כופר בסמכותה המכוננת של הכנסת, ובמעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד. לדירו, חוקה לישראל צריכה להתקבל במשאל עם, "בקולות וברקים וענן כבוד וקול שופר גדול" (שם, בעמ' 474), ולא באמצעות פסיקותיו של בית המשפט העליון. כן, שריון חוק באמצעות הצבעותיהם של יותר מ-61 חברי כנסת נתפס בעיניו כמעשה אגטי-דמוקרטי הכופה את דעת המיעוט על הרוב וככזה – בטל.

2. בפסקי הדין הספורים שבהם הצהיר בית המשפט העליון על בטלותם של חוקים בשל אי חוקיותם הצטרף השופט חשין לשאר חברי המותב, והכיר לא רק בקיומם של חוקי יסוד, אלא גם במעמדם העליון. ראו: בג"ץ 1715/97 לשבת מנהלי החשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241; בג"ץ 1030/99 אורון

ראשית, כל שנאמר בעניין בנק המזרחי היה אמרת אגב של מאות עמודים. לו היה הדבר תלוי בי – אמרת אגב זו לא הייתה באה לעולם. ואולם, לאור דבריהם של שאר השופטים, ובהם הנשיא שמגר והנשיא ברק, אמרתי שלא אשקוט מכיוון שלא הסכמתי לדבריהם. לא היה עולה על דעתי לומר דברים שאמרתי מכיוון שהדבר לא התעורר בפרשה שנידונה באותו מקרה. הנוהג הרווח להאריך באוביטר-דיקטה הוא פסול מעיקרו. מעת לעת שופט נמשך לכך, אך במקרה זה הבעתי את דעתי מאחר שהתנגדתי לפסקי דינם של שאר השופטים, ובייחוד לדעתו של הנשיא ברק. ההחלטה בעניין בנק המזרחי ניתנה פה אחד, ובמסגרתה כתבתי את דעת היחיד שלי (ולא הייתה זו דעת מיעוט כפי שיש הסוברים). שנית, אני אמרתי את דעתי בעניין בנק המזרחי ולא שיניתי אותה כהוא זה, ולו בפסיקה, נהפוך הוא – דעתי אף נתחזקה עלי. ההתכתשות האמיתית ביני לבין הדעה האחרת לא באה לכלל הכרעה אופרטיבית אף פעם, ואני מאמין שלו הייתה באה לידי ביטוי – דעתי הייתה זוכה בכורה.

יש שתי שאלות נפרדות לחלוטין בעניין בנק המזרחי: שאלה אחת היא, אם יש לכנסת שני כובעים – או שני "כתרים"<sup>3</sup> כפי שהתבטאתי בפסק הדין עצמו – כתר רשות מחוקקת וכתר רשות מכוננת. שאלה שנייה היא, אם יכולה הכנסת לקשור את עצמה לעתיד לבוא. אלו שתי שאלות נפרדות. אשר לסמכותה של הכנסת כרשות המכוננת, גם מבחינה מעשית וגם מבחינה הלכתית הדבר הוא בלתי נתפס. אני כופר בכך בכל תוקף. לא היו דברים מעולם והדבר אינו נכון. כאשר בתקופת שמואל הנביא הלכו בניו בדרך הרע, בא העם לשמואל ואמר לו: "שימה לנו מלך לשופטנו ככל-הגויים".<sup>4</sup> עם ישראל רצה מלך ככל העמים.<sup>5</sup> שם היה זה מלך, ופה מדובר בחוקה. פשוט רצינו חוקה. בית המשפט רצה חוקה, ומצא אותה במקום שאין היא קיימת.

עם זה, ברור כי חוקי היסוד בן מהווים חוקה שתיכנה בשלבים.

אין ספק, שהרי זוהי החלטת הררי.<sup>6</sup> אך יש לדעת כי מדובר בתכנים של חוקה בלבד, אשר לימים יהוו יסוד לחוקה שיום אחד תתקבל. אין בכך כדי להכיר בקיומה של חוקה ממש. במגילת העצמאות מדובר ב"חוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת".<sup>7</sup> על פי המגילה יש שלבים ברורים לכינונה של חוקה: בשלב הראשון מועצת העם מכריזה על בחירות, אחר כך העם בוחר רשות מכוננת וזו קובעת חוקה. תפקידה של רשות מכוננת

נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640. בפסק הדין בעניין חוק טל נותר השופט חשין אף בדעת מיעוט, בסברו כי החוק בטל מעיקרו, ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (טרם פורסם) ניתן ביום 11.5.2006 (להלן: עניין חוק טל).

3. עניין בנק המזרחי (לעיל, הערה 1) בעמ' 441.

4. שמואל א, ח, 4-5.

5. שם, בפסוק כ נאמר: "והיינו גם-אנחנו, ככל-הגויים; ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו".

6. החלטת הכנסת מיום 13.6.1950, ד"כ תש"י 1743.

7. מגילת העצמאות, החלק האופרטיבי.

זו מתמחה עם כינונה של החוקה,<sup>8</sup> בדומה לפרפרי משי אשר להם ייעוד בלעדי בחייהם – להזדווג, להטיל ביצים ומיד אחר כך למות. אלא מאי? הרשות המכוננת שנבחרה, לא מילאה את תפקידה, ולמעשה הוליכה את העם שולל. חבריי למותב טענו כי הרשות המכוננת העבירה את סמכותה המכוננת לכנסת שלאחריה, ואילו אני טוען כי לא הייתה יכולה לעשות כן. מאין קנתה סמכות להעביר את סמכותה? העם לא העניק לה סמכות זו. סמכותה הייתה לכוונן חוקה, דא ותו לא. אני מסביר בפסק דיני כי הדבר בלתי נתפס, וממשיל זאת למלכת הדבורים אשר אינה יכולה להוריש את כוחה ומלכותה לדבורים אחרות.<sup>9</sup> בעיני הדבר הוא ברור – הרשות המכוננת לא ממש רצתה חוקה (בן גוריון נמנע מכך בגלל שומרי המצוות), ולכן התקבלה החלטת הררי. חבריי למותב, ובהם הנשיא ברק, קבעו כי העם רצה חוקה, ולכך לא יכולתי להסכים. כיצד ניתן לקבוע רטרואקטיבית מה רצה העם, ומה לא? כיצד ניתן לומר רטרואקטיבית בשנת 1995, כי (למשל) חוק יסוד: מקרקעי ישראל הוא חלק מחוקה? לומר כי חוק יסוד: מבקר המדינה הוא חלק מחוקה? מעולם לא קיבלתי תשובות על שאלות אלו. אם יש דבר שמרגיז אותי ממש בפסיקת בית המשפט העליון זה פסק הדין בעניין בנק המזרחי. על כן לא שיניתי כהוא זה את דעתי בשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת, ולא התאמתי את פסקי דיני לדעה זו.

משאמרתי דברים אלו, אפנה עתה לשאלה השנייה – היא שאלת כבילת הכנסת את עצמה. זוהי למעשה שאלה לוגית הנובעת מתוך הדבר – האם קנתה הכנסת סמכות לקשור את עצמה? היום, על פי חוק יסוד: הכנסת,<sup>10</sup> קיימת פרוצדורה הקובעת את דרכי קבלתו וביטולו של חוק. גבול היכולת של הכנסת לקבוע פרוצדורה זו הוא בהגיעה ל-61 קולות. למעלה מכך מדובר כבר בעושה הרוב או בעושה המיעוט. טלו לדוגמה מקרה שבו תקבע הכנסת כי לא ניתן לשנות חוק אלא ברוב של שמונים קולות. אלו הסבורים כי הכנסת היא גם רשות מכוננת (תאוריית שני הכתרים) יאמרו כי הדבר ייתכן בתנאי שמדובר בחוק יסוד. לדעתי אין הדבר אפשרי, וכמוהו כמשחק בלגו. התוצאה של הדבר קשה – את החוקה בארצות הברית תיקנו 18-19 פעמים בסך הכול בפרוצדורה כבדה, ואילו אצלנו בכל ממשלה חדשה מתקנים חוקי יסוד. זו אינה חוקה!

עם כל זה, אין ספק בעיני כי אנו זקוקים לחוקה. בין שתכונן במשאל עם ובין בדרך אחרת שתבחר הכנסת – חייבים חוקה, ובלבד שהדבר ייעשה באופן רציני כראוי לחוקה. חשוב שהדבר לא יהיה שגרתי ויומיומי אלא בעל נופך רציני ומיוחד. אכן, איני מאושר מכך שהכנסת תעשה זאת לבדה, ולדעתי בהחלט יש לשתף את העם בדרך זו או אחרת, אך אין לכוונן חוקה באמצעות בית המשפט העליון.

8. "החל מרגע סיום המנדט ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם 'ישראל'. שם.

9. עניין בנק המזרחי (לעיל, הערה 1) בעמ' 445.

10. חוק יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 244.

אם זו הדרך לקבלת חוקה לדידך, ולנוכח המציאות שבה אנו חיים, קשה להאמין שחוקה כלשהי אכן תתקבל. האם אנו יכולים להשלים עם כך לדעתך?  
האם אתה רוצה לכפות חוקה על עם? הנחת היסוד חייבת להיות שהעם רוצה חוקה. תהא זו חוקה, אף חלקית, ובלבד שהעם חפץ בה. אבל אם עם אינו רוצה – אין כופים עליו חוקה, זה לא מתקבל על הדעת. כפי שאמרתי, ניתן להסתפק לעת הזו גם בחוקה חלקית כל עוד הדבר נעשה ברצינות הראויה לכך, שאם לא כן יתוקנו חוקי יסוד כדבר שבשגרה, כפי שאנו עדים לכך ממש בימים אלו.<sup>11</sup>

לנוכח המהפכה החוקתית, והתפיסה כי "הכול שפיט", ניתן בידי בניין הכוח לבטל חוקים של הכנסת. אמנם כוח זה, למענת בית המשפט העליון, טבוע בחקיקתה של הכנסת עצמה, אולם פעמים רבות הדבר מעורר מתח תריף בין שתי רשויות אלו וסערות ציבוריות. לפיכך, האין לדעתך היגיון בהצעה הקוראת לבית המשפט העליון להחזיר לרשות המחוקקת דבר חקיקה הנדמה לו כפסול/בטל, ולהימנע מלבטל בעצמו חוק שבוזה? האין הצעה כזו עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות?<sup>12</sup>

וזהי שאלה מורכבת המכילה התייחסות לדין הרצוי ולדין המצוי. אדבר אפוא בדין המצוי. סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה.<sup>13</sup> "כל רשות" לרבות הכנסת עצמה. טלו לדוגמה מקרה שבו חוק אינו מכבד זכויות אזרח. מבחינתי, הדגש אינו בכותרתו של החוק אלא במהותו. פירוש נכון, לדעתי, של סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יתמקד בכוונתה של הכנסת בעת חקיקת החוק. אין לבטל מכללא את חוק היסוד אלא אם כן אנו יודעים כי הכנסת הייתה ערה לפגיעה בכבוד האדם, ובמודע בחרה להמשיך ולחוקק חוק זה. השאלה העיקרית שעליה יש לתת את הדעת היא, אם הכנסת ערה לפגיעה בכבוד האדם בעת חקיקת החוק.

במקרה שבו הכנסת אינה מתחשבת בהכבוד האדם, בית המשפט מוסמך לבטל את החוק או אולי עליו להחזיר אותו לחוקק לתיקון?

לעניין זה יש להבחין בין מסורות משפטיות שונות. אצלנו קיימת מסורת של דוקטרינת האולטרה-זירס. הכנסת קושרת עצמה לחוקיה, ודרך סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כמו מורה היא לבית המשפט להחזיר אליה חוק שאינו עולה בקנה אחד עם חוק

11. ראו, למשל, הצעתו של שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן: הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 45 – מינוי ותקופת כהונה של נשיא וסגן נשיא) תשס"ז-2007, ה"ח 612.
12. וראו לעניין זה את הסערה הציבורית שהתחוללה אך באחרונה משבטל חוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7) תשס"ה-2005. ראו: אטילה שומפלבי, "ח"כ בני אלון: בג"ץ הפך לבעייה קיומית" YNET, 12.12.2006, ניתן לצפייה באתר: [http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3339070,00.html]. ראו גם התבטאותה של יו"ר הכנסת, דליה איציק בעיתון הארץ: גרעון אלון, "יש לשלול מהעליון את הסמכות לפסול חוקים", הארץ, 20.11.2006, ב2.
13. סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391.

היסוד. לכן, בית המשפט אינו מבטל חוקים אלא לכל היותר מכריז על בטלות כדבר דקלרטיבי בלבד – הרי כך הנחתה אותו הכנסת עצמה! יתרה מזו, חברי הכנסת מצפים כי בית המשפט יפעל בצורה זו, ויפעיל סמכותו על פי הכוח שניתן לו. ככל שהדבר אינו נראה למחוקק – שישנה את החוק בהתאם. לכן אינני רואה בהכרזה על ביטול חוק דבר מיוחד, הגם שהלכה למעשה מדובר במעשה קונסטיטוטיובי.

בפסק הדין בעניין עדאלה<sup>14</sup> הסברת כי הוראת השעה (תיקון חוק האזרחות והכניסה לישראל) עומדת במבחני פסקת ההגבלה, ובין היתר מנחת שיקולי ביטחון וחרתנה בשיקולים המצדיקים ענישה קולקטיבית. לעומת זאת, בדעת מיעוט בפסק הדין בעניין גנימות<sup>15</sup> קיבלת ערעור על החלטה להרוס בית מחבל, באומרו כי "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת"<sup>16</sup>. מתי, אם כן, מותרת ענישה קולקטיבית לדידך, ומתי לא?

בעניין עדאלה דובר בביטול חוק של הכנסת, אם החוק מנוגד לחוק יסוד. במקרה זה היה מדובר באדם שגר בכפר ערבי וביקש להתחתן עם מי שגרה בג'נין או בשכם, כלומר להביא את הצד השני לארץ. השאלה המקדמית, שעליה לא קיבלתי תשובה ראויה משאר חברי המותב, שהתנגדו לדעתי, היא – האם יש זכות חוקתית לאדם להביא מחוץ לארץ בן או בת זוג? לעניות דעתי, אין זכות חוקתית כזו בשום מקום בעולם, וגם לא בארץ. לא הגיוני שאזרחים יחליטו מי יבוא לארץ ומי לא. במדינות אחרות קיימים חוקי הגירה, אך אצלנו אין, ועד שיהיו – וגם לאחר שיהיו – רשאית המדינה להחליט מי יכנס בשעריה ומי לא. גם השופט גרוניס התקשה למצוא אסמכתא מתאימה לטענה כי מדובר בזכות חוקתית, והעיר על כך בפסק דינו.<sup>17</sup> זוהי, אם כן, השאלה הראשונה שצריך לשאול.

בהמשך לדברים שאמרתי קודם לכן, ובהקשר של עניין עדאלה, אני רוצה להזכיר כי חוק של הכנסת איננו רישיון דיג בנמל יפו, וכשמבטלים חוק צריך להתייחס אליו ברצינות ולא כבדרך אגב.

במה דברים אמורים? שירותי הביטחון הניחו לפנינו ראיות וטענו כי בין האנשים הבאים מחששחים יש מי שמשתפים פעולה עם מתאבדים מתפוצצים. כאשר יש עליהם לחץ אימנטי מכיוון החמאס, קשה עד בלתי אפשרי לערוך בדיקה אינדיבידואלית לכל אחד ואחד, ועל רקע כל הדברים גם יחד התרת כניסתם של אותם בני זוג או בנות זוג לארץ תיצור מצב מסוכן. לנזכה כל זאת קבעה הכנסת הוראת שעה בענייני ביטחון – האם אני יכול ורשאי לבטל נורמה שקבעה הכנסת?

ברור כי יהיו אנשים שייפגעו, אך כך הדבר במלחמה. כאשר כנסת רוצה להגן על אזרחיה, וקיים סיכון ממשי, בית המשפט צריך להיות זהיר מאוד בהתערבותו, במיוחד במקום שבו לא ברור לי מה הזכות החוקתית שעליה נסמכים שופטי המיעוט. זוהי

14. בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (שרם פורסם) ניתן ביום 14.05.2006 (להלן: עניין עדאלה).

15. בג"ץ 2006/97 גנימות נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651 (להלן: עניין גנימות).

16. שם, בעמ' 654.

17. עניין עדאלה (לעיל, הערה 14) בעמ' 231.

המשמעות המעשית של עריכת איוונים ובלמים בין הרשויות. כשלעצמי סברתי כי במקרה זה יש מקום להריגים הומניטריים.<sup>18</sup>

כעת, לעניין הענישה הקולקטיבית, עלי להבהיר במה מדובר. בהריסת בתים אתה יודע שבני המשפחה של המתאבד אינם יודעים שום דבר, ולכן זוהי ענישה כלפיהם. אין בהריסת בית המחבל עצמה כדי להגן עלינו. לעומת זאת, בכך שהמחוקק אינו מתיר כניסת בני זוג ובנות זוג לארץ, אין הוא מעניש אותם אלא מגן עלינו. לכן, האנלוגיה הזו אינה גראית לי רלוונטית.

אני רוצה להדגיש, כי בחינת החוק צריכה להיעשות על רקע תקופה מסוימת – תקופה של אוטובוסים מתפוצצים – ולכן עוד ייתכן כי לאור התפתחויות מדיניות המצב ישתנה ויהיה נכון לבדוק שוב את מידתיות החוק.

השופטת (בדימוס) דורנר אמרה בריאיון עיתונאי, בסמוך לאחר מתן פסק הדין בעניין התיקון לחוק האזרחות, את הדברים האלה:<sup>19</sup> "לדעתי, כשאני מפלה את מיליון ערביי ישראל אפליה קבוצתית ברורה, מנכרת אותם, אני פוגעת באופן ממשותף יותר בעתיד הביטחוני שלנו מאשר אותה פגיעה תיאורטית במסגרת איחוד משפחות. אני דוחה לחלוטין את האמירה של חשין 'אני לא מוכן לקחת סיכון' כדי לשמור על זכויות אדם, כי כאן לא מדובר אפילו בזכויות האדם של הפלשתינאים שגרים בשטחים, אלא בזכויות האזרח של אזרחי ישראל הערבים. זה עוד יותר חמור מאשר בעתירות נגד הקורות השב"כ ותוואי הגדר, כי אני מוטרדת מאוד מהפגיעה בשוויון של אזרחי ישראל הערבים. יש עכשיו מאות אנשים שיוגרושו בגלל שבית המשפט לא ביטל את התיקון לחוק האזרחות, והם חיים כאן, ויש להם ילדים, והם ערבים אזרחי ישראל שנישאו לפלשתינאים. איפה ההבטחות שהבטחנו במגילת העצמאות לשוויון? איפה ההבטחות להושיט יד לערבים שנשארו כאן?"

גם השופט לוי מציין – בפסק דינו – את הפגיעה ברקמת היחסים הרגישה עם המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל. ההחלטה המותרת את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) על כנו נתפסת על ידי רבים כפורמת את הקשרים הדקוקים שעוד קושרים בין רוב למיעוט. ביצד הינד רואה את השלכות פסק דינה על מערכת יחסים זו?

הערות אלו של השופטת דורנר והשופט לוי הן בלתי רלוונטיות. היחס למיעוט הערבי הוא עסקן של הממשלה ושל הכנסת, ולא של בית המשפט או של שופט. שופט יכול לחשוב מה שהוא רוצה בלבד, אך שומה עליו להבחין בין דעותיו אלו לבין עיסוקו בזכויות ובחובות בבית המשפט. סוגיית המיעוט הערבי בישראל היא שאלה מקרו-חברתית מורכבת ביותר. מצד המדינה לא ניתנו מספיק משאבים למיעוט הערבי, ובקרב האוכלוסייה הערבית (לפחות חלקה) קיימת תופעה, שאותה אני מסיגל להבין, של נאמנות כפולה. צריך לבחון סוגיה זו על הרקע המתאים הזה.

18. עניין עידאלה (לעיל, הערה 14) בעמ' 66.

19. ראוי אורית שוחט, "השופטת דורנר: דברי השופט חשין אומללים", וואלה, 25.5.2006, ניתן לצפייה באתר: [http://news.walla.co.il/?w=/912654].

לכן, תגובותיהם של השופטת דורנר והשופט לוי אינן במקומן לדעתי, ודווקא לעצם העניין המשפטי לא ברור לי מהי הצעתם האלטרנטיבית. מבחינה משפטית, הוצגה בעיה והובאו מספרים המדברים בעד עצמם. אין תשובת קסם לאוטובוסים מתפוצצים כשם שאין תשובה לאותו זוג צעיר הרוצה לעבור לחיות בתחומי ישראל.

בדנמרק, למשל, יש חוק חדש שנבע מתוך האיסלאמיזציה והפונדמנטליזם המשתלטים באירופה, ולפיו יש להישבע אמונים למדינה וללמוד את ההיסטוריה שלה כדי לזכות באזרחות. אצלנו, אליבא דדורנר ודלוי יש לאפשר אזרחות זמנית, ולאחר מכן אזרחות קבועה, בשם האהבה המשגשגת בין זוג הצעירים. איני מקבל זאת, ומוזה בכך בעיה יותר רחבה ומסובכת. אני הייתי מציע, למשל, להתחיל לטפל ולעסוק בדברים אלמנטריים יותר כגון תקציבי ממשלה או גביית מסים בתחומי הגדה. שוב, זוהי כבר דעה התורגת מהתחום המשפטי ואשר אינה מאפשרת לי לשקול את קבלת החוק או ביטולו.

אני מסכים כי המצב הקיים הוא קשה עד מאוד, ואין לנו אלא להמתין לשלום שכבר יהיה, יעזור האלוהים.

בעקבות פסק הדין בעניין עדאלה<sup>20</sup> הוגשה הצעת תיקון נוספת לחוק. האם הצעת החוק עונה לדעתך על השאלה המרכזית שעלתה בפסק הדין, והיא שאלת מידתיות החוק?<sup>21</sup>

שאלת המידתיות הובילה אותי בפסק דין זה אל המקרים ההומניטריים שהטרידו אותי מאוד. אין כלל בלי יוצא-מן הכלל, ומדיניות בלא חריגים היא כמכונה הפועלת בלא שמן סיכה וסופה שתישרף. גם בהקשר של פסק דין זה חייבת להיות דרך שתרכך את נוקשות החוק, שכן הכללים הקבועים בו נקבעו אפרורית ומתאימים עצמם למקרים ה"מוצעים". כשמתרחקים ממקרים אלו, ומגיעים לנקודות הקיצון – אוי יש לאפשר חריגה מהמדיניות, ואלו הם בדיוק המקרים ההומניטריים שעליהם דיברתי בפסק דיני.

הבעיה המתעוררת בשל הצעת החוק החדשה נעוצה דווקא בבית המשפט עצמו, ובשאלה אם לאחר שכבר הכריע בעניינו, שומה עליו לשוב ולדון בחוק בכל פעם שיאריכו את תוקפו. זוהי הרי הוראת שעה, התולה את עצמה בנסיבות המקום והזמן, ועל פניו מתבקשת בדיקה מחודשת בכל פרק זמן מסוים.

20. עניין עדאלה (לעיל, הערה 14).

21. לפי הצעת החוק החדשה, יוארך תוקף הוראת השעה עד 2008. החוק יחול על כל "מדינת סיכון" (לאו דווקא בשטחים), תיקבע ועדה לחריגים "הומניטריים", וכל זה תלוי בשאלה אם מתקיימת במקום מושב המבקש פעילות המסכנת את ביטחון המדינה. ראו התייחסות להצעת החוק, ותגובת 40 מרצים מבתי הספר למשפטים בארץ: שחר אילן וגדעון אלון, "הממשלה מציעה: להאריך בשנתיים את חוק האזרחות", הארץ Online, 29.11.2006; אילן סבן, "או מדינה או משפחה: תגובה לתוכיר הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל", בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטת חיפה, 8.12.2006. ניתנים לצפייה באתרים: [http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/794213.html]; [http://haifalawfaculty.blogspot.com/2006\_12\_01\_archive.html]

כשהמקרה נידון לפני, הרקע של התקופה היה אוטובוסים מתפוצצים, אך בהחלט ייתכן שבהינתן רקע אחר התוצאה תזיה שונה. בעיקרון, ניצבות זכויות אזרח ומולן חיי אדם, ולנוכח הראיות שהוצגו לפני העדפתי את חיי האדם בהתנגשות זו. לכך יש להוסיף את העובדה שלא מדובר ברישיון דייג בנמל יפו, כפי שצינתי קודם לכן, ולאור חלוקת האחריות וביזור הסמכויות בין הרשויות ידוי לא הייתה קלה על ההדק להתערב בהקיקה זו. עם זה, איני מתעלם מכך שמדובר בחוק מיוחד הטעון בדיקה מעת לעת, וזאת בכפוף למצב הביטחוני ולראיות המוגשות לשופטי בית המשפט. חשוב לזכור כי כאשר רשויות הביטחון טוענות לסיכון – על הכנסת להתייחס לכך ברצינות ובכובד ראש. אחרי הכול, זהו תפקידה של הכנסת ובית המשפט מודגש פחות במקרה זה.

אבל בית המשפט הוא הגוף היכול לבקש את פעולותיה אלו של הכנסת. אין ספק בדבר, אבל צריך לזכור בכל זאת את חלוקת העבודה ולא לתת לתקשורת להעביר את המסר כאילו בית המשפט אחראי לכול. בית משפט יכול להטיל וטו, אבל יש גבול עד כמה בית המשפט יכול להתערב בנושא שהמחוקק נותן עליו את הדעת.

בלומר לא הכול שפיט?

נכון, לא הכול שפיט. אני לא הסכמתי לכך מעולם. משפט איננו דת. דת משתלטת על חיי אדם מעת שפקח את עיניו בבוקר ויש לה תשובה על כל דבר. למשפט אין תשובה על כל דבר. משפט הוא המינימום הדרוש לחיי חברה תקינים, ואילו תפיסה ש"הכול שפיט" (המזוהה עם הנשיא ברק) הופכת אותו למקסימום הדרוש לחיי חברה תקינים, וזה לא מקובל עלי. משפט נועד לחיכוכים ולא לשליטה בחיים כמו דת.

במשך שנים, בשורה של פסקי דין, הובלת בדעת יחיד קו ליברלי שגרס כי יש לאטום רק את חלק הבית שבו התגורר מחבל מתאבד, ולא להעניש את כל בני משפחתו, שכן: "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת".<sup>22</sup> לעומת זאת, ובמפתיע, הבעת עמדה שונה בפסק הדין בעניין סביח,<sup>23</sup> שם טענת כי אין להתערב יתר על המידה בשיקול הרעת של הצבא בעניינים כגון דא, והתנגדת לדעתה של השופמת דורנר, אשר תאמה במידה רבה את הקו הליברלי שהצגת בפסיקותיך הקודמות. מדוע?

אלו היו עובדות אותו מקרה, ואינני חוזר בי. פירוש העובדות כאותו מקרה חייב דבר זה או אחר. יש לזכור כי גם קו ליברלי צריך להפעיל בשכל ישר. בעניין של ענישה קולקטיבית אני זוכר היטב, עוד בראשית דרכי כשופט לא מצאתי הצדקה

22. עניין ג'נימת (לעיל, הערה 5). ראו גם: בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד (מח) 5338; בג"ץ 4772/91 חיראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד (מ) 150; בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל בריצועת עזה, פ"ד (מ) 693.

23. בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד (נ) 353.

לכן, ולא נמצאה לי תשובה על כך מחבריי לבית המשפט העליון. הייתי הראשון אפוא שהוביל בדעת מיעוט את הגישה האוסרת ענישה קולקטיבית בהקשר זה.

ובעניין אחר, בחברה המערבית בכלל, ובחברה הישראלית במרט, ניכרת התייחסות ליברלית לנטייתו המונית של האדם, הנתפסת כעניינו הפרטי. שינויים אלה בתפיסה החברתית באו לידי ביטוי במשפט בעולם המערבי,<sup>24</sup> ובני זוג הומוסקסואלים נהנים משוויון יחסי. המשפט בישראל בעניינם של הומוסקסואלים משקף את השינויים החברתיים שחלו במרוצת השנים.<sup>25</sup> האם לא ראוי בעת שבית המשפט העליון יקרא לשוויון זכויות של זוגות חד מיניים ולהשוואת מעמדם למעמד זוגות הטרוסקסואלים?

העניין אינו פשוט כלל ועיקר. בית המשפט חי ומנווט דרכו במים סועים. עם זה, יש לו מגבלות משלו, הוא נזקק לאמון הציבור וכפוף לחלוקת הכוחות והסמכויות בין שלושת הרשויות. בהקשר הנשאל, הכנסת למעשה משותקת בגלל ההרכב הקואליציוני, הכולל על פי רוב שומרי מצוות ואנשים מסורתיים. לכן, דווקא בעניינים כגון אלה, על בית המשפט להיזהר ולא לעלות על מוקשים. לדעתי, בית המשפט גמע מרחקים ארוכים מאוד בהקשר של דת ומדינה, כאשר הבסיס לכך נעוץ בהמצאתו ה"כמעט גאונית" של הנשיא זוסמן בעניין שלזינגר.<sup>26</sup>

המקרים המתעוררים בהקשר הדתי-הלכתי יוצרים בעיה אמיתית שכן ידה של המשלה כבולה, ובהיעדר יכולת מצדה לפתור את הבעיות הצצות, על בית המשפט לתת פתרון. הדבר בא לידי ביטוי באחרונה בעניין בן-ארי,<sup>27</sup> כשהשופט רובינשטיין נותר בעמדת מיעוט כשסבר כי הלכת שלזינגר התרחבה יתר על המידה, עד כדי כך שהלכה למעשה כבר לא מדובר בעניין רישומי גרידא אלא באורח חיים. היום הדברים הרבה יותר חמורים, שכן

24. האמנה האירופית להגנת זכויות האדם מעניקה בסעיף 8 הגנה ליחסים הומוסקסואליים כחלק מן ההגנה הניתנת לזכות הפרטיות. בארצות אירופה אין עוד איסור פלילי לקיים יחסים הומוסקסואליים. התחיקה בתחום המשפט הציבורי ויחסי העבודה - בצרפת, בדנמרק, בשוודיה ובנורווגיה - אוסרת הפליה מחמת נטייה מינית. חוקים בשוודיה, בהולנד ובנורווגיה משווים זכויות וחובות של זוגות הומוסקסואלים לזכויות וחובות של זוגות הטרוסקסואלים ובכללם יתרונות מס והסדרי חלוקת רכוש בעת פרידה. החוק בשוודיה גם מכיר בזכות הירושה של בן הזוג ההומוסקסואלי. בקנדה, בסעיף 15(1) למגילת הזכויות והחירויות, ניתנה הגנה לזכותו של כל אדם לשוויון. בפסיקה פורש סעיף זה כאוסר הפליה מחמת נטייה מינית. בארצות הברית, בשנות השמונים, 139 אזורי שיפוט (מדינות ורשויות מקומיות) חוקקו חוקים האוסרים הפליה מחמת נטייה מינית בתחומי העבודה, השיכון והחינוך.

25. בג"ץ 721/94 נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מה(5) 749.

26. בג"ץ 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (להלן: עניין שלזינגר).

27. בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין (טרם פורסם) ניתן ביום 21.11.2006. אלו דבריו של השופט רובינשטיין: "...אין המדובר אך ברישום סטטיסטי כאפיונו מקדם של המרשם, הגדרה כשלעצמה אבד עליה כלח מומן, אלא בסמל חברתי-ציבורי [...] המדובר כאמור בנושא שנוי במחלוקת בתבל ומלואה ושנוי במחלוקת בישראל. האדם מן היישוב

יש מאות אלפים שאינם יכולים להינשא בשל דתם, עגונות שאינן יכולות להינשא, ועוד סוגים רבים אחרים של מקרים קשים. מהד גיסא, אלו דברים קשים שהמדינה אינה יכולה לשאת עוד, אך מאידך גיסא הפתרון שהומצא לכך בעניין שלזינגר התרחב עוד ועוד עד שהשופט רובינשטיין אמר את הדברים שאמר.<sup>28</sup> הדבר מדמה עצמו לביצה המעלה יתושי אנופלס וגורמת לצרות. חייבים לפתור את הבעיה, ובית המשפט הוא המעוז האחרון לכך בהיעדר יכולת פעולה מכיוונה של הממשלה. אך יש גבול למה שבית המשפט יכול לתרום לכך, שכן הוא אינו נושא דגל, ואינו יכול לשאת בתפקיד שאותו אמורה הממשלה למלא. בית המשפט אינו יכול ליצור, וגם כאשר עניין ספציפי מובא לפניו – תרומתו בתחום זה היא שולית. לאורך השנים הצטייר בית המשפט, בעיקר בתחום זה, כחוק, אך אין הדבר נכון, ומי שצייר את בית המשפט כחוק ודומיננטי הם דווקא הפוליטיקאים מטעמים בלתי רלוונטיים. אסביר: ב־2000 שנות הגלות התנוון גן השליטה (המשילות, בלשון ימינו) בצופן הגנטי של העם היהודי. אנחנו פיתחנו את האינדיבידואל אך לא את גן השלטון. מאחר שנוצר ואקום, ניווט בית המשפט דרכו במטרה למלא במקצת חלל ריק זה, אך הואיל ובית המשפט אינו נבחר, אין בכוחו ליצור מהדש ולהעלים ואקום זה. אם נחזור לסוגיית הווגות החד מיניים, זהו אחד מהתורים הקיימים בוואקום שתיארתי. בית המשפט ניסה למלא במקצת, ונעזר לשם כך בהיבטים פורמליים כמו רישום במרשם האוכלוסין. הדרך להשלמת השוויון והשוואת המעמד, כפי שתיארתי בשאלה, ארוכה, וכתפי בית המשפט רכות מלשאת את מלוא כובדה של הסוגיה.

**יש שיטענו, כי מבין השיטין של פסקי דינך עולה רצון לשינוי מעמדו של בית הדין הרבני.<sup>29</sup> מהו, לדעתך, המעמד הרצוי של בית הדין הרבני במערכת המשפט הישראלית בכלל, וזוהי בתי המשפט האזרחיים בפרט?**

אינו מבחין בין הרישום לבין ההכרה בסטטוס" (שם, בפסקאות א-ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

28. "סבורני, כי כבר נמתחו גבולותיה [של הלכת שלזינגר – ט"כ וא"פ] יתר על המידה, ואין מקום להרחיבם עוד". שם, בפסקה ג לפסק דינו.

29. בג"ץ 5507/95 אמור נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד נ(3) 321, לעומת בג"ץ 181/68 פלורסהיים נ' בית הדין הרבני האזורי פ"ד כב(2) 723. בפסק הדין בעניין פלורסהיים קבע הרוב כי הינוך ואחזקת ילדים אינם דבקים זה בזה, קרי הינוך אינו נכרך מאליו ויש צורך בכריכה מפורשת בכתב התביעה כדי שההינוך יידון בבית דין רבני. השופט חשין בעניין אמיר קבע כי יש לצמצם את הלכת פלורסהיים אך ורק לבית הדין הרבני, וכך קבע: "מוסמך הוא בית המשפט המחוזי לדון בנושא חינוכם של ילדים, וסמכותו עומדת לו מכוח החוק במישורין. במובן זה שונה הוא בית המשפט המחוזי מבית הדין הרבני, שלעניינו של זה האחרון רק אמירה מפורשת ומפורטת בכתב התביעה של גירושין תקנה לו סמכות". שם, בעמ' 334.

בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578. השופט חשין יוצר אבהות אזרחית כדי לצמצם את סמכויות בית הדין השרעי מתוך שיקולי טובת הילד "...בפירושן הראוי של הוראות החוק, אין כל מעמד לא לימדיניות של המשפט האישי, ולא להסדרים שליליים

בית הדין הרבני הוא רכיב אחד בלבד בפאזל מורכב הרבה יותר הנקרא "דת ומדינה", והעוסק במקומה של הדת במדינה. לטעמי, חייבת להיות הפרדה בין דת למדינה באופן חד משמעי. יש להעניק לדת את כבודה הראוי, אך לא יותר מכך. בית הדין הרבני הוכיח עצמו לא פעם כקונסרבטיבי, אורתודוקסי, והייתי מוסיף אף בכיוון הריאקציה. אחד מפסקי הדין שעליהם אני מצר הוא בעניינה של מרים רפאלי.<sup>30</sup> שם דובר בבעל שלא נתן לאשתו גט במשך שש שנים מתוך רשעות ממש. סברתי כי בדומה לעבר, גם האישה זכאית לצאת לחופשי לאחר שש שנים.<sup>31</sup> מאחר שלא התעוררה עילה מתאימה על פי הדין הדתי, הדבר לא התאפשר. לדעתי, הדבר פשוט אינו מתקבל על הדעת ואינו נתפס. המאכזר נפש אחת כאילו איבד עולם מלא, ואומללותה של אותה אישה שקולה כנגד כל המצוות שאנו מצווים בהן. כיום, סבורני שהיה ראוי לצוות צו מוחלט ולהכניס את הבעל לבית האסורים במטרה לאלצו להעניק לאשתו גט. לכן, איני יודע אם לבטל את בית הדין הרבני כליל או להצר את סמכויותיו, אך מכל מקום יש לעשות זאת על הרקע הכולל של הפרדת דת ומדינה. ניתן לחשוב על הסדר מושכל, אך לא ניתן להשלים עם הסדר של אי עשייה כמתכונתו כיום. זהו הסדר של מהדל הגורם לאומללות נוראה של בני אדם, בשר ודם, והדבר אינו מתקבל על הדעת. אחת ההצלות שלנו בהקשר זה היא בית המשפט לענייני משפחה.

**אבל זה לפי ראות עיניך. בתי הדין הרבניים אינם רואים זאת כך.**

ודאי שהם אינם רואים זאת כך. לצערי, לא רק שאינם רואים עצמם בסכנה אלא שהדבר אף לא כל כך מעניין אותם. בתי הדין הרבניים אינם נותנים את הדעת במידה מספקת על אותם סיפורים מוזעזעים, על אותן עגונות אומללות ועל הסבל שהם ממיטים על משפחות רבות (חריג בולט בין הדיינים הוא הרב שלמה דיכובסקי). בארץ אוכלוסייה גדולה מאוד של עולים מרוסיה, שאין מילים לתאר את הקשיים הניצבים לפניהם בכל הקשור לתהליכי גיור. נאמר בתלמוד: "קשים גרים לישראל כספחת",<sup>32</sup> ואכן איני מקנא במסכת הקשיים הגערמים על גבם של עולים אלו, המחויבים על פי הדת בדברים שאנו, ילידי הארץ, איננו מחויבים בהם.

במשפט האישי, ולא לכל עיקר אחר מן המשפט האישי המייסד שלילת זכות מזוונות מקטין כלפי אביו-מוליד". שם, בעמ' 610. בש"פ 2022/98 רירר נ' הרב אוהיון, פ"ד נב(2) 86: "בנוסף, עיון בפרוטוקול אינו מגלה מה אמרה המבקשת לבית-הדין, ומה טעם סבר בית-הדין כי דיברה דברי חוצפה. מן ההכרח הוא שבית-הדין יפרש ויפרט בפרוטוקול הדין במה החציפה המבקשת פניה כלפיו". שם, בעמ' 94. בג"ץ 1842/92 בלויגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מו(3) 423, בעמ' 437: "פסק דינם האחרון של המשיבים 1 ו-2 ניתן בלא בחינה ובלא בדיקה ובלא דקדוק" [הטלת ספק במניעי הדיינים].

30. בג"ץ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי, פ"ד נא(1) 198.

31. ראו דברי השופט חשין בסיום פסק דינו: "כי תקנה עבד עברי שש שנים יעבד ובשבעת יצא לחפשי חנם" (שמות, כא, ב [ב]). ולאיש שלפנינו נאמר: "...ובשנה השביעית תשלחנו חפשי מעמך" (דברים, טו, יב [ג]) שם.

32. בבלי, יבמות מז, ע"ב.

מדוע אנו נתונים בידיהם של בתי הדין הרבניים? אנו בני אדם, וכאשר צובטים אותנו כואב לנו. הסיבה שכך הם פני הדברים כיום נעוצה בהסכמים קואליציוניים כאלו ואחרים. בעיית הדת במדינה היא מהבעיות הלא מתוקנות שבמדינה, ואין לי אלא להצר על כך מאוד.

מה עמדתך בנוגע להצעה שהיהדות (מבחינת דין המדינה) לא תיקבע רק לפי האם אלא גם לפי האב?<sup>33</sup>

יש להבחין בין שתי שאלות נפרדות בהקשר זה: השאלה האחת – מיהו יהודי, והשאלה השנייה – מיהו שיקבל זכויות של שנות. לעניין היהדות – לא ניתן להכיר ביהדות לפי האב, שכן זוהי שאלה שכולה הלכתית ובה היהדות מחליטה. לעניין הזכויות – כאן מודגשת השאלה מי "ייחשב ליהודי" ויקבל משום כך זכויות והטבות. לכן, נראה לי בלתי מתקבל על הדעת שהכנסת תקבע כי יהודי הוא גם מי שאביו יהודי ואמו אינה יהודיה, אך ראוי ומכובד כי תקבע כי מי שאביו יהודי ייחשב ליהודי לצורך זכויותיו. בהיבט הדתי אין הכנסת צריכה להתערב, אך בכל הקשור להיבטים האזרחיים זוהי חובתה לעשות כן. בכך שמדינת ישראל אימצה עמדה אורתודוקסית קשה היא עשתה עוול לעם היהודי, וניתן לראות זאת כיום בסיפוריהם של ילדי המהגרים הגרים כאן כל חייהם אך אין מכירים בזכויותיהם מספיק. טלו לדוגמה את סיפורה של רות המואביה. אצטט:<sup>34</sup>

ותאמר רות אל תפגעי בי לעזובך לשוב מאחריך כי אל אשר תלכי אלך  
ובאשר תליני אלין עמך עמי ואלהיך אלהי באשר תמותי אמות ושם אקבר  
כה יעשה יהוה לי וכה יוסיף נבי המות יפריד ביני ובינך.

רות, כידוע, הייתה מהמואבים ועליהם נאמר בספר דברים: "לא יבוא עמוני ומואבי בקהל ה'; גם דור עשירי לא יבוא להם בקהל ה' עד-עולם".<sup>35</sup> והנה התגיירה, הכיזד? הסבירו ופירשו כי נאמר "מואבי לא יבוא עד לעולם" ולא "מואביה", כלומר לא כתוב במפורש "מואביה" ולכן יכלה להתגייר. זה היה בזמנו, אך כיום כל כך מקשים עד כי הדבר בלתי אפשרי, ובמצב זה בית המשפט חייב לעזור ולהתערב. כיום ממצאים פטנטים כדי לאפשר לאנשים להינשא, למשל נישואי פרגוואי, קפריסין וכדומה, אך נמנעים מהכרעה ברורה בעניין. אם דיברתי קודם לכן על שיתוק פעולתה של הממשלה והיווצרות ואקום, הרי זוהי

33. ייחשב ליהודי "מי שלפחות אחד מהוריו יהודי או שנתגייר בהליך דתי או שהצטרף לעם היהודי בהליך לא דתי וקשר גורלו עם העם היהודי, והוא אינו בן דת אחרת" – ראו הצעתו של ח"כ יוסי ביילין, ודברי ההסבר המופיעים שם: הצעת חוק מרשם האוכלוסין (תיקון – שינוי הגדרת מיהו יהודי) תשס"ו-2006, ניתן לצפייה באתר: [http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/1265.rtf]

34. רות, א 16.

35. דברים, כג 4.

דוגמה נוספת למצב שבו בית המשפט חייב לתרום, ולו באופן שולי, ולומר את דברו. אכן, בית המשפט מצא את דרכו להתערב באמצעות פסק הדין בעניין שלזינגר,<sup>36</sup> כאשר עסק בשאלת הרישום בלבד, אך בזה לא די. לכן אני מאמץ בכל לבי את ההצעה בהקשר של הענקת זכויות במישור האזרחי.

בעניין "חוק טל" המסדיר את אי גיוסם לשירות צבאי של תלמידי הישיבות שתורתם אומנותם נותרת ברעת יחיד מול שמונה שופטים שהותירו את החוק על כנו, ובכך התנגחת חזיתית עם החוגים החרדיים.<sup>37</sup> ניכר מפסק הדין שמדובר בנושא קרוב ללבך. האם הישיבות הנושא בעיניך עולה מתוך אי הסימטרייה בין החובות לזכויות בקהילה זו? או שמא מדובר בייאוש מפאת חוסר ההבנה של הציבור החרדי את הישיבות וההגנה על המולדת?<sup>38</sup>

נכון, עניין "חוק טל" באמת מקרקר לי בתוך הבטן. בית המשפט ניסה למצוא פשרה בעניין זה, נתן ארכה ועוד ארכה, ובינתיים שום דבר לא השתנה. לדעתי, הדבר אינו מתקבל על הדעת. קיימת אמנה חברתית שמשמעותה בפשטות היא "תן וקח": אני נותן למדינה ומקבל ממנה. טלו, למשל, את סיפורם של אנשי כת האיימיש – אותם "אנשים פשוטים", כפי שמקובל לכנותם, הקרובים לאדמה וחיים בצניעות יתרה. סלע המחלוקת העיקרי בעניינם היה החינוך שיקבלו ילדי האיימיש, כאשר אנשי הכת סירבו לשלוח את ילדיהם למערכת החינוך המדינתית. המוטיבציה שהגיעה את בית המשפט באותה סיטואציה הייתה לתת לקהילה קטנה זו לחיות כפי שביקשה ורצתה. מדיניות של "תן לחיות" בלא חדירה יתרה לחייהם והתערבות בתפיסתם. אלא מאי? כת האיימיש היא כת קטנה החיה בתוך עצמה, ואילו בענייננו החרדים אוחזים בעמדות מפתח בכנסת ובממשלה, ולמעשה מחליטים גם בענייני ביטחון ושלוש, וכל זאת בלי שסף רגלם תדרוך בצבא. כלומר אותם "איימישים" שאינם הולכים לצבא מצויים הלכה למעשה במערכת השלטון ומנהלים את חיינו. איני מבין כיצד זה ייתכן? גם הרמב"ם, שכידוע לא ניהל מדינה (כבר ציינתי כי גן השליטה התנוון אצל העם היהודי לאורך השנים), אמר בשעתו כי למלחמת מצווה "הכל יוצאין, אפילו

36. עניין שלזינגר (לעיל, הערה 26).

37. פסק הדין בעניין חוק טל (לעיל, הערה 2). לגישתו של השופט חשין בעניין זה, ראו: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, בעמ' 450; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, בעמ' 494.

38. ראו דבריו של השופט חשין בפסק הדין בעניין חוק טל (לעיל, הערה 2). "קיומה של מדינת ישראל כמישכנו של העם היהודי והיותה בית ועיר מיקלט ליהודים הגרדפים אך בשל יהדותם, מהווה [...] ערך עליון שיש להגן עליו בכל מאוּחָנו. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן שדווקא בשל היותה מדינה יהודית נתונה ישראל לאיזמים – איזמי-קיום ממש – בידי המבקשים להאבידה. ואם בכך אין די, יודעים אנו כולנו על הטרור המכה בנו בלי רחם, בזקנים בנשים ובטף ללא הבחנה. כנגד כל אלה, כנגד כל אותם איזמים, רק מנגנוני הביטחון יגנו עלינו, ובראשם צבא הגנה לישראל. רק אלה בכוחם למנוע את מימושם של האיזמים". שם, בעמ' 86.

קתן מקדרו וכלה מקפתה".<sup>39</sup> הדבר פשוט אינו מתקבל על הדעת. איני מקבל את הטענות הנשמעות כי לא ניתן להייב בני ישיבות להתגייס לצבא. מדוע? חוק נועד לכפייה על היחיד, על פורצי הגדר. אם לא ניתן לכפות על אותם חוגים חרדיים שירות צבאי, ניתן לחלופין לשלול מהם הטבות שאותן הם מקבלים, ולמעשה "לסגור את הברז" שממנו הם יונקים. לא ייתכן שדבר לא ייעשה. יש חובה והיא אינה נאכפת. יש ערכים שהמדינה הזו מושתתת עליהם – ערכי יסוד – שאין בילתם, והנתמכים על ידי האינסטיטוט הטבעי של האדם. זהו אותו קו מחשבה שהוליד אותי לתוצאה שאליה הגעתי באותו מקרה מוזעזע ובלתי נתפס בפסק הדין בעניין פלוני שעניינו נסב על חוק האימוץ.<sup>40</sup> לענייננו, אותם חוגים חרדיים מקבלים מהמדינה אך אינם נותנים לה, אינם משרתים בצבא, ויום אחד נפקח את עינינו וניווכח כי בלא צבא פשוט לא תהיה יותר מדינה. באו חבריי לבית המשפט העליון וקבעו כי אי גיוסם של החרדים לצבא נוגד את כבוד האדם, ואני איני יודע מה עניין שמיטה אצל הר סיני. כיצד קשור לענייננו כבוד האדם? כבודי נפגע כאשר פוגעים בי, אך כיצד נפגע כבוד האדם אם אדם אחר אינו הולך לצבא? זוהי הרחבה יתרה של מושג כבוד האדם, וכפי שהתבטאתי בהקשר של מושג תום הלב, מושג כבוד האדם מאבד כך ממשמעותו הגרעינית. כבוד האדם זו האוטונומיה של הרצון החופשי וחופש הביטוי, ואיני מבין כיצד אי שירותו של אחר בצבא פוגע באוטונומיה זו. עניין חוק מל מעלה שאלות של חברה מתוקנת ושל יסודות שבתשתית, ומכיל הרבה יותר מכבוד האדם.

ובכל זאת אלו דברים השייכים למרקם העדין שציינת קודם לכן, סוגיה שבה בית המשפט צריך לנווט בהחירות. לכן אולי השתמשו בכותרת "כבוד האדם".

השימוש שנעשה במושג "כבוד האדם" העלה את השאלה, בשביל מה יש לשון. תאמרו כי קיימת פגיעה של הפליה, כי הדבר אינו מוצדק, אך כיצד ניתן לקשור זאת לכבוד האדם? השימוש במקרה זה רוקן את המונח מתוכנו הבסיסי ושיבש את משמעותו.

האם לשיטתך חופש הביטוי חוסה בצל של ההגנה הניתנת לזכויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?<sup>41</sup>

גם אם חופש הביטוי חוסה בצל של חוקי היסוד, ניתן לומר כי במקרה פלוני החוק אינו מגן עליו ואינו מתיר אותו. יש לזכור כי לא כל מה שחוסה בצל חופש הביטוי צריך להתיר.

39. רמב"ם: ספר שופטים, הלכות מלכים, ז, ד. להקבלה זו ראו דברי השופט חשין בפסק הדין בעניין חוק טל (לעיל, הערה 2) בעמ' 91-92.

40. ראו התייחסות בהמשך לע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד ג(3) 133 (להלן: עניין פלוני).

41. בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, בעמ' 1864, 865: "הזכות לחופש הביטוי לא הוכרה מפורשות לא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא בכל חוק יסוד אחר, וקיימת מחלוקת פוסקים בשאלה אם המונח "כבוד האדם" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כולל בחובו את הזכות לחופש ביטוי. אלא שניתן להגות לצורך הדיון הנוכחי – ובלי לפסוק בדבר – כי חופש הביטוי אכן חוסה בצל של ההגנה הניתנת לזכויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

פורנוגרפיה, למשל, חוסה בצל חופש הביטוי אך אני לא אתיר אותה. באופן דומה לא אתיר אלימות קשה. ההקבלה הנעשית לעתים בין חופש הביטוי בישראל ל-freedom of expression בארצות הברית אינה במקומה, שכן התרבויות הן שונות וההקשרים שונים. בארצות הברית חופש הביטוי מקודש, ולכן שם גם יתירו אלימות קשה, שאותה אני לא אתיר כאן בישראל, וראינו כיצד הדבר הוליך לשימוש חוקי בנשק בארצות הברית ולניסיונות רצה של נשיאים שונים. זוהי מסורת שאינה תואמת את המסורת שלנו, ולכן אני נמנע מההקבלה בין השתיים. מאחר שכל מקרה מעלה מחדש את השאלה, אם יש להעדיף את חופש הביטוי ולהתירו או שמא לא, אני אמרתי כי מונח זה הוא רב משמעו. חופש הביטוי נפרש על פני מגוון רחב של תחומים, והביטוי המסחרי, למשל, הוא הנמוך ביותר לרידי. איני חושב שיש להעניק הגנה יתרה לביטוי מסוג זה ולהיסתף אחר סיסמאות. לא פעם הייתי במיעוט בעניינים אלו, אך זאת מכיוון שאיני רואה במונח "חופש הביטוי" מילת קסם או סיסמה שיש להיאחז בה. גישה מתירנית כלפי חופש הביטוי, לפיה די שמדובר בחופש ביטוי כדי להגן עליו, מטשטשת את חוש הביקורת ולכן איני שותף לה.

בעניין סנש רמות כי חופש הביטוי אינו חל על אמירת לא-אמת<sup>42</sup> ואילו דעת הרוב סברה אחרת.<sup>43</sup> אך למרות ניסוחה השונה של השאלה המשפטית ונקודות המוצא השונות, שני פסקי הדין הגיעו לכלל מסקנה דומה – אין לכפות אמת בדוקר-דרמות אלא במקרים קיצוניים וחמורים. מהו, אם כן, השוני בין עמדתך לעמדת השופט ברק בעניין זה? באותה פרשה לא היו חילוקי דעות על כך שהדברים שהוצגו במחזה, לפחות חלקם, הם שקר וכזב. לכן האיוון שהתבקש באותו מקרה היה בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי, כנטען, לומר דבר שקר. הנשיא ברק סבר כי חופש הביטוי גובר, ואני סברתי כי כאשר ידוע לכול שמדובר בשקר, דווקא הזכות לשם טוב גוברת. צריך לזכור כי הדבר שודר בערוץ ממלכתי, וכל עם ישראל צפה בתכנים שמלכתחילה היו ידועים כשקריים וכפוגעים בשם הטוב של חנה סנש. מדוע עלי לאפשר זאת?!

42. ראו דברי השופט חשין: "מכל מקום, גם אם אמרנו כי חופש הביטוי – באשר הוא – כולל אמירת לא-אמת (ולא נאמר לא כך ולא אחרת), אתקשה להבין מהיטעם יקיף החוק אמירת לא-אמת בהגנה הניתנת לחופש הביטוי. לא אדע מהו האינטרס שראוי להגן עליו. כשם שזכותי להניף זרועותיי לצדדים באה אל קצה משאגיע אל חוטמו של זולתי, כן חופש הדיבור ייעצר במקום שייתקל בשמו הטוב של הזולת. כך או אחרת, בדיווח שקרי לא נמצא לי אינטרס בעל-עוצמה כלשהי, עוצמה שעמה יוכל חופש הביטוי לצאת למלחמה בזכותו של הזולת לשם טוב". שם, בעמ' 869-870.

43. ראו דברי השופט ברק: "האם חופש הביטוי וחופש היצירה משתרעים על ביטוי שאינו משקף את האמת? התשובה על שאלה זו היא בחיוב. דבר שאינו אמת הוא חלק מחופש הביטוי ומחופש היצירה. דבר שאינו אמת המהווה לשון הרע נכלל בגדריו של חופש הביטוי; דבר תועבה המבוסס על אי-אמת נכלל בגדריו של חופש הביטוי; יצירה אמנותית שיסודה באי-אמת נכללת בגדריהם של חופש הביטוי וחופש היצירה". שם, בעמ' 830.

עם זאת, באותו סרט הדגישו בפתיעה כל פרק כי "אין כל קשר בין המציאות לדמיון" על כל המשתמע מכך.

אין לכך משמעות מכיוון שהדמויות נלקחו מהמציאות עצמה, והתיימרו להציג את המציאות. לא הסכמתי לקבל טענה כי מדובר ב"דרמה" ולא ב"דוקו", מכיוון שהשם אינו המהות ואינו הופך דבר מ"אמת" ל"לא-אמת". הרי ברור כי לו הייתה בחיים, לא הייתה חנה סנש רוצה שיפרסמו זאת ושאנשים יראו זאת. לגישתי חופש הביטוי אינו מחייב את התרתו מראש, במחשבה שתחילה המהות ישודר ואחר כך יהיה מי שיתבע בגין לשון הרע. במקרה המתאים ראוי למנוע זאת מלכתחילה, מכיוון שאצלי כבוד האדם (במובנו המצומצם) חשוב לא פחות מחופש הביטוי. אני מסכים כי חופש הביטוי חשוב ונועד לאפשר לאדם להביע את דעתו. זהו חלק מהאוטונומיה של הפרט, אך לא בכל מחיר. כפי שאמרתי, ההקבלה כפי שנעשתה גם בפרשה זו על ידי הנשיא ברק בין חופש הביטוי בישראל ל-freedom of speech<sup>44</sup> בארצות הברית אינה במקום. מאחר שאני מתייחס לעניין כשופט ולא כאיש אקדמיה, איני רואה בכל גניחה או קרקור בטן עניינים החוסים בצל חופש הביטוי,<sup>45</sup> וזו היא גישתי.

לעניין תקנות ההגנה, האין צורך לערבן את תקנות ההגנה לעניין הצנזורה ולהתאימן לרוח הנוכחית?

הצנזורה כיום הלכה למעשה אינה פועלת. יש הסכם עם ועדת העורכים ומעמידים לדין פנימי את פורצי הגדר, ולכן הדבר הוא משני.

מהם, לדעתך, גבולותיו של חופש הביטוי בשעת חירום? כיצד מלחמת הקיום התמידית של מדינת ישראל משפיעה על חופש הביטוי?

לדעתי אין מדינות בעולם שהיו יכולות להיות ליברליות יותר מאיתנו בנסיבות שבהן אנו חיים. אנחנו מצויים כל הזמן במלחמות, ובין לבין נרצחים אנשים. אנו רואים במקומות שונים, כמו בארצות הברית ובאירופה, כיצד מנסים להתמודד עם איומי הטרור השונים, ובהשוואה אליהם אנו בהחלט ליברליים בכל הקשור לחופש הביטוי. אין לחפש בעיות במקום שאינן קיימות, שאם לא כן מורידים מערכו האמיתי של חופש הביטוי. אינני חושב שיש פה בעיה אמיתית.

44. ראו: התיקון הראשון לתוקת ארצות הברית: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances"

45. כך התבטא השופט חשין בעניין קידום: "דומה שהכל יסכימו כי לא כל הרעדת מיתרי הקול, וכי לא כל קרקורים הנוקעים מחדרי בטן, וכאים לחסות תחת כנפי חופש הדיבור". ראו: בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1982) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ר מח(2) 1, בפסקה 20 לפסק דינו.

היכן אפוא, לדעתך, כן מתעוררת בעיה אמיתית ככל שמדובר בזכויות אדם בשעת חירום? הבעיה האמיתית היא בכל הקשור לעינויים ולמה שנהוג לכנות "פצצות מתקתקות".<sup>46</sup> הייתה לי מחלוקת חזיתית עם עורך דין שנהג לייצג ערבים. שאלתי אותו שאלה: "איש ביטחון מחזיק באדם המודה שהטמין במגדל שלום פצצה העומדת להתפוצץ בתוך חצי שעה. אינך יודע היכן היא, ועליך לחלץ משם את כל האנשים, אלא שבחצי שעה לא יהא די. מה עליך לעשות? האם לשאול את המחבל ולקחת אותו למשטרה לשם כך, או שמא מותר לך 'לשבור לו את העצמות' עד שתחלץ ממנו מידע זה?" ענה לי עורך הדין: "אסור ליי, והשכתי לו 'אדוני, תודה לך. זו התשובה הכי לא מוסרית ששמעתי מעודי". הרי כל אחד היה 'שובר למחבל את העצמות' כדי להציל את האנשים הללו, ולא ניתן לחשוב אחרת. היום שוטר שיכה את המחבל למטרה זו עובר עבירה, אבל לא יעמידו אותו לדין ויתנו היתר בדיעבד. הבעיה בהקשר זה היא עמוקה, והפתרון שניתן לה באמצעות שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה הוא למעשה פתרון משפטי למערכת מורכבת וקשה. איני חושב שיש לבעיה זו תשובות נחרצות וחד משמעיות, מכיוון שהחיים מורכבים ומסובכים הרבה יותר ממה שאנו, השופטים, נתקלים בהם באולמות המשפט. דומה הדבר לעניין הכאת ילדים<sup>47</sup> שבו התבטאה הנשיאה כיום דורית ביניש. השאלה שעלתה היא אם מותר להכות ילד באורח סביר, כאשר מידת הסבירות שונה מהורה להורה ומילד לילד. קבעה הנשיאה ביניש שאסור להכות כלל, אך בדיעבד תיבחן מידת סבירותה של ההכאה. זהו אותו רעיון של היתרים מראש ובדיעבד, אשר נועד לחסום הורים סדיסטיים המרביצים לילדיהם. טכניקה זו מיושמת גם בהקשר של עינויים, ולדעתי היא נכונה.

למרות הבעייתיות שהצבעת עליה באיוזונים הקשים שיש לעשות במצבי קיצון, אין ספק שעצם עשייתם לאורך השנים היא שסללה את הדרך להגנה על זכויות האדם (בין שמדובר בחופש הביטוי, בזכות לחיים או בכל זכות אחרת) ולביסוס מעמדן. מדוע אפוא אתה מתנגד כל כך ל"פורמולות האיוזון" הללו?

המשפט נועד לווסת דרכי התנהגות, הוא לא נועד לווסת את עצמו. החיים מורכבים, וקשה לווסתם באמצעות פורמולות חדות ונקיות. טלו לדוגמה את שאלת היחס בין הרשויות בפסק הדין בעניין אימפריית החושים.<sup>48</sup> הייתה שם ועדה המורכבת מאנשי ציבור – עורכי דין ואנשי אמנות – והם החליטו לפסול שני קטעים קצרצרים בסרט. האם במצב זה בית המשפט חכם יותר מכל האנשים האלה? היכן הפרדת הרשויות? ביזור הסמכויות? החיים אינם "עובדים" בצורה כזו ולכן אני לא הסכמתי לפסק הדין של הרוב בעניין זה.

בפסק דינך בעניין רקנט ניתן למעשה הכשר למעביד להפלות עובדים על בסיס גיל.<sup>49</sup> האמתלה שניתנה היא כי ההפליה האמיתית היא על פי התפקיד ולא על פי הגיל, וכי הלכה

46. בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817.

47. ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145.

48. בג"ץ 4804/94 חברת סטוישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת, פ"ד נ(6) 661.

49. דג"ץ 4191/97 רקנט נגד בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330.

למעשה המעביד שוקל את עניין גיל העובד בקביעת תנאי עבודתו.<sup>50</sup> האם פסק דין זה אינו יוצר למעשה מזרון הלכלק מסוכן המזוהר בידי המעביד חופש פעולה ותמרון מרביים, ופוחת פתח ליצירת תנאים נוספים קשים ליישום עבור העובד?<sup>51</sup>

יש להבין את הרקע. קיימת תחרות בין חברות תעופה, וכל אחת מהן רוצה למשוך קהל ולשם כך מעסיקה דיילים ודיילות צעירים הנותנים שירות טוב. כאשר דייל מזדקן ומתעייף, איכות השירות נפגעת, ובעקבות זאת הקהל נמשך פחות ופונה לחברה אחרת. לפיכך המעביד מחליט לקבוע תנאים מסוימים לתפקיד הדיילות. כעת יש לשאול אם הדבר הוא פסול או לא. כאן מתעוררת סוגיית השליטה של המעביד בעסק שלו, וכיצד על בית המשפט להתערב בעניינים אלו. האם על בית המשפט להתערב בדרך של החדרת נורמות ותנאי עבודה, או שעליו לבחון בכל מקרה ומקרה אם אכן מתקיימת הפליה (כלומר לבדוק אם דייל מסוים אכן הופלה לרעה)? בענייננו קבע המעביד גיל פנסיה, וכעת השאלה היא בידי מי הכוח להכריע בכך, אם זהו חופש הפעולה של המעביד או שבית המשפט צריך להתערב. לי הייתה בעיה בעניין זה. לדידי, בית המשפט לא תמיד צריך לומר את המילה האחרונה, וחבריי לפסק דין זה חשבו אחרת. אני סברתי כי המעביד אינו יכול לפטר ממקום העבודה, אבל בהחלט ניתן להעביר מתפקיד אחד לאחר באותו מקום עבודה. מעניין לציין, אגב, את תוצאת פסק הדין הזה. לאחר פסק הדין הפסיקו את ההסכמים הקיבוציים ועברו לחוזים אישיים, דבר שכמובן הרע מאוד עם העובדים שעליהם ניסו חבריי השופטים להגן בעניין רקנט. לכן אני סבור כי יש לראות את הדברים בפרספקטיבה הנכונה, ובהקשר של עניין רקנט האינטואיציה שלי הייתה כפי שהייתה. אני מדגיש כי בית המשפט אינו חייב לומר תמיד את המילה האחרונה, ופסק דין זה הוא דוגמה מצוינת לכך. אני רואה את הבעייתיות הרבה כאשר מעביד קובע כי החל בגיל מסוים העובד יעשה תפקיד אחר, ההולם את גילו וכישוריו באותה העת. הרי מי שנושא באחריות, בסופו של דבר, הוא המעביד בעל העסק ולא בית המשפט. לכן, אסור לדעתו שבית המשפט יפלוש לתחומים שאינם שלו, וזאת בתנאי שהמעביד אינו גוקט צעדים קיצוניים או בלתי סבירים שאינם מתקבלים על הדעת או הנוגדים את תקנת הציבור.

באחרונה נשמעות הצעות לשינוי שיטת הממשל בארץ, במטרה לחזק את השלטון ולייצבו. האם אכן שיטת הממשל היא שניצבות בבסיס בעיית יציבות השלטון, או אולי הסיבה האמיתית והמהותית יותר היא אופי נבחרו הציבור, לדעתך? מהי דעתך באופן כללי על

50. שם, בעמ' 377 (פסק דינו של השופט השני).

51. כך למשל, חברת התעופה ההודית "אייר אינדיה" החליטה לפטר עובדיה בשל משקל עודף (במקרה של עובדות מסוימות, מדובר אף בתוספת של חצי קילו בלבד). ההנמקה של החברה, אשר תעלה כנראה בקנה אחד עם פסק הדין בעניין רקנט, היא כי "לא מדובר בתדמית, אלא בשיקולי בריאות וכושר [...] צוות המטוס צריך להיות בכושר פיזי גבוה כדי לבצע את עבודתו". ראו: רויטרס, "דיילת, עלית חצי קילו? לא תעלי למטוס", ידיעות אחרונות, 24 שעות, 16.11.2006.

הצעות אלו, ולאור השאלות החוקתיות כבודות המשקל שהן מעלות, כוצד ראוי שיתקבלו?  
האם, למשל, ראוי לדעתך להעלות עניין זה במשאל עם?

אני חושב כי יש לבדוק באופן יסודי את שורשי המחלה שאתה מתאר בשאלה. אחד משורשי המחלה, לדעתי, הוא היכולת של גופים קטנים מאוד (בשיטה היהסית) להכניס שניים-שלושה חברי כנסת המהווים לשון מאזניים. זהו דבר מסוכן שאינו מתקבל על הדעת, ומצריך מחשבה מחודשת על אודות עניין אחוז החסימה – נושא חוקתי מהמעלה הראשונה. אנו יודעים כי לפי שיטת הממשל הרובנית, הגהוגה בארצות הברית ובאנגליה, למשל, מפלגה יכולה להיות במיעוט ועדיין לשלוט. בארצות אלו הלכה למעשה נמחצות המפלגות הקטנות, כגון המפלגה הליברלית באנגליה. זוהי למעשה צורה אחרת של אחוז חסימה, כאשר מודגש כל אזור בחירה, וניתן לשחק עם הרף ולהעלותו באופן מרוכך או מעודן יותר. אצלנו, עם ישראל תמיד חי בשוליהם של עמים זרים ולא פיתח את גן השליטה והממשל. בלי להרגיש פיתח עם ישראל את האינדיבידואל – היחיד – בין במוסיקה, במדע ובהמצאות או בכל תחום אחר, וכמו שאורי זוהר שר לנו: "הראש היהודי ממציא לנו פטנטים".<sup>52</sup> כאשר באנו להקים מדינה, היו שניים-שלושה מנהיגים, כגון בן-גוריון, ספיר ואשכול – ולאחריהם בגין – ומאז אנו בבעיית מנהיגות. בעיה, הייתי אומר, אימננטית, כמעט גנטית. משל למה הדבר דומה? לאדם שנשברה ידו, הניחו גבס על היד, ומאחר שלא השתמש בשריר היד – התנוון השריר ונודקק אותו אדם לפיזיותרפיה. אצלנו יכולת המנהיגות התנוונה ופתאום אנו מצפים למנהיג דגול שימשול במדינה. זוהי ההיפותזה שלי, אך ככל היפותזה היא ניתנת כמובן להפרכה. אין לצערי פתרון קסם לדבר, וראינו כי גם הניסיון לבחירה ישירה בראש ממשלה לא עלה יפה. לדעתי, אסור ליצור מצב שבו אם יש רוב היום, אזי קיימת ערבות כלשהי לכך שהמשילות תימשך לעד. כלומר אסור, למשל, שנחקה את שיטת הנשיאות בארצות הברית. תמיד צריך להיות עם היד על הדופק. לכן, כשאני שומע על שינויים כאלו ואחרים בשיטת הממשל זה קצת מפחיד אותי.

באתרונה אנו עדים לפרשיות ציבוריות מרובות, המעלות שאלות של צדק ושוויון בפני החוק. האם, לדעתך, יש מקום להחיל על נבחריו ציבור הנאשמים בפרשיות שחיתות כאלו ואחרות נורמות מוסריות לצד הנורמות המשפטיות הקבועות בחוק? האם ניתן לדבר על מעבר מאחריות משפטית לאחריות ציבורית-מוסרית ככל שמדובר בנבחריו ציבור?<sup>53</sup>  
ודאי שאפשר לדבר. בהקשר זה ראוי לציין כי התקשורת שופטת אנשים וזו שערוורית.

52. תיים חפר, שיר הפטנטים (לחן: מל קלר, ביצוע: אורי זוהר).

53. וראו לעניין זה: הצעת חוק המפלגות (תיקון – בית דין משמעתי לנבחרים), תשס"ו-2006: ניתן לצפייה באתר: [http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/1380.tif] שם מוצע להטיל על נבחר ציבור שסרח סנקציה אלקטורלית, שתביא לידי אחריות מוגברת מצד נבחר הציבור. וכך נאמר בדברי ההסבר להצעה: "הליכה הביתה היא הסנקציה בחלופה זו [...] כאשר נגלית התנהגות פוליטית משחיתה, עליה לא ניתן להעמיד לדין פלילי בשל המגבלות של ההליך הפלילי, נפתח מסלול חלופי במישור הציבורי". (ההדגשה במקור – ט"ב ר- א"פ).

בהקשר של הנשיא (לשעבר) קצב אמנם אמרת שהתקשורת שופטת אותו אבל הוספת שלז היו שואלים לדעתך האישית, בגלל הנורמה הציבורית היית חוזר הביתה. בריאיון עם מיכאל טוכפלד, דיברת על כך שהנשיא קצב היה צריך לפרוש מרצון מתפקידו, לשוב לביתו ולקרוביו ולחפוף מעצמו את הפרשה העצובה הזו,<sup>54</sup> וזאת לצד אמירתך המפורשת כי נעשה לקצב עוול בידי התקשורת.<sup>55</sup> כיצד אפשר ליישב בין שתי האמירות הללו? נכון, אני גם אמרתי בעניין השבעת נשיאת בית המשפט העליון, דורית ביניש, כי לו הייתי במקומו של משה קצב, הייתי חולה באותו היום. אני מתנגד נחרצות לזכות השתיקה ככל שמדובר בנבחרי ציבור. אם מגישים לי ראיות, אני רוצה לדעת מה יש לנבחר הציבור לומר בנוגע לכך. איש ציבור הטוען לזכות השתיקה כושל בתפקידו ולא ראוי לשבת במקומו בהיבט הציבורי. איך יכול איש ציבור לשתוק ובה בעת למלא את תפקידו, שהלא נאמר "ממני תראו וכן תעשו"? בתורת משל, נביח שיש שר בממשלה הנאשם בהטרדות מיניות או בגניבה והוא מעדיף לשמור על זכות השתיקה – כיצד יכול אדם כזה להמשיך ולכהן כשר? הדבר נראה לי חולני. לאותו נבחר ציבור נשמרת זכות השתיקה במשפט הפלילי אך בהיבט הציבורי הוא חייב לדבר ולומר את דברו. זוהי ההבחנה בין היותו אדם פרטי לבין היותו איש ציבור, וזה המחיר שעליו לשלם כחלק מתפקידו הציבורי. אני התחלתי עם גייתי זו העקרונית כאשר הייתי בדעת מיעוט בעניינו של השר הנגבי.<sup>56</sup> לימים הצטרפו מקצת מחבריי השופטים לדעתי, אך עד אז הייתי במיעוט והתנגדתי נחרצות לצורת התנהלות שכזו. לא הצלחתי להבין כיצד ניתן למנות לכהונת שר לביטחון פנים אדם שנחשד בפרשיות פליליות קשות. הדבר נראה לי איום ונורא או וגם היום. אמנם אינני כהן המוסר הגדול, ואיני מתיימר להטיף מוסר, אבל קיים מקום שבו אתה מתאכזב לחלוטין מההתנהלות במדינה, ולא יכולתי שלא לומר זאת בפסק דיני.

**האם הפרסום התקשורתי לא מיותר במידת מה את חזקת חפותם של נבחרי הציבור המואשמים בשערוריות אלו ואחרות ופוגע בהליך השיפוטי בעניינם?<sup>57</sup> הייתכן שחברי כנסת פוחדים כל כך מהתקשורת עד כדי השתקתם?**

54. ריאיון עם השופט חשין בתוכנית "המשחק המרכזי – עם מיכאל טוכפלד" בערוץ הכנסת (ערוץ 99). ראו גם: ענבל אביב, "חשין לקצב: מוטב שתחזור לקריית מלאכי", NFC, 18.9.2007, ניתן לצפייה באתר: [http://www.nfc.co.il/Archive/001-D-114220-00.html?tag=18-36-52].
55. ראו אמירתו של השופט חשין בריאיון לאתר YNET, אבירם זינו, "חשין: התקשורת כבר הרשיעה את הנשיא", YNET, 16.10.2006, ניתן לצפייה באתר: [http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3315665,00.htm].
56. בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46; בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817 (להלן: עניין הנגבי).
57. ולעניין זה, אין הכרה שיהיה מדובר בנבחרי ציבור דווקא, ומה שאירע במשפטו של עורך הדין קלגסבלד יוכיח. דובר שם על עורך דין שגרם למותם של אם ובנה בעקבות תאונת דרכים קטלנית. התקשורת עסקה רבות במה שאירע, בזהות עורך הדין ובפרטי האירוע.

זוהי טענה של העמדת פנים. אם נבחר ציבור חושב שמה שהוא עושה ראוי - חובה עליו לעשותו, שאם לא כן אל יעשה זאת מלכתחילה. אין הדבר קשור לתקשורת, שכן אם המעשה ראוי, התקשורת לא תרדוף אותו ואם המעשה אינו ראוי, היא תרדוף, כפי שראוי שתעשה. לומר כי התקשורת משתקת נבחרי ציבור, וכי הם חוששים מהתערבות בג"ץ, זה לא מתקבל על הדעת. מי שהולך לעבוד במטבח, אינו יכול להתלונן על הריחות הרעים הנודפים ממנו.

**אם כן, לדיך נבחרי ציבור אינם יכולים לטעון זאת כנגד התקשורת המדווחת על כל צעד ושעל בעניינם בבית המשפט?**

יש להבדיל באופן ברור וחד בין הליך בבית משפט לבין עשייה בתחום הציבורי. בעוד התחום הציבורי פתוח לעיני כול ונתון לביקורת מתמדת, בבית המשפט חייבים לשמור על טוהר ההליך השיפוטי ולא לזהמו. אלו, כאמור, שני דברים שונים לחלוטין. כפי שאמרתי, טענות נבחרי ציבור כנגד תקשורת המשתקת את כוחם הן דברי הבל.

**בהמשך לנושא המשפט והתקשורת - ביצד תתייחס לטענה, שהציבור המוזן על ידי התקשורת, מתמקד אך ורק בשורה התחתונה של פסקי הדין של בית המשפט העליון ואינו מתייחס ברצינות הראויה להנמקה? האם על בית המשפט לשקול זאת בעת כתיבת פסקי דין?**

תפקידו של בית המשפט הוא בראש ובראשונה לשפוט, לעשות צדק בין צדדים ולראות את ההשלכות של פסיקתו לעתיד לבוא, במיוחד כאשר הוא קובע נורמות הלכה למעשה. אף גוף שלטוני אינו יכול להתקיים בלי אמון הציבור במובן הרחב של המילה, ואני סבור כי אם בית המשפט ממלא תפקידו כהלכה, ממילא הוא יזכה באמון הציבור, ולהפך. לכן, אמון הציבור לדעתי הוא תוצאה ולא סיבה שעבורה אני אעבוד כשופט. אם אני רוצה את אמון הציבור, לא בהכרח אפסוק לפי רוח הציבור.

**מה בכל זאת משמעות אמון הציבור במערכת המשפטית?**

הקושי בא בעיקר מכיוונה של מקצת מן התקשורת המטפפת רעל מעת לעת, ומדברת מעת לעת בגסות ובזלזול בבית המשפט. אין ספק שהדבר מחלחל. ייתכן שבנוסף לזה יש להביא במניין את העיכובים בבתי המשפט, שלהם אחראים דווקא הממשלה ושר המשפטים, שאינם דואגים לתקציבים למינויים של שופטים נוספים.

המצב חמור יותר ככל שמתרבות תופעות ההסתה בעיתונות. יוצא אפוא מדבריי כי אמון הציבור בבית המשפט מהווה תנאי תשתית לקיומו של בית משפט, ובלא אמון הציבור "איש את רעהו חיים בלעו".<sup>58</sup> אלה דברים ברורים מאליהם, ולכן לא מקובלת עלי האמירה כי בית המשפט צריך לשאוף בפסיקותיו לקבל את אמון הציבור. בכלל, כאשר הכול מדברים על אמון הציבור, אני תמה מיהו אותו ציבור. האם פלוני שכתב בעיתון אלמוני הוא "הציבור"?

58. מסכת אבות ג, ב.

כל שאני יודע הוא שאני צריך לעשות את מלאכתי, ובראש ובראשונה עלי להיות נאמן לעצמי, כשופט.

שאלה נוספת בהקשר של התקשורת – מהי עמדתך בנוגע לרעיון פתיחת דלתות בית המשפט למצלמות הדיגיטליות וכיצד תתייחס לדו"ח שעסק בעניין זה בראשות נשיאת בית המשפט העליון, השופטת דורית ביניש?<sup>59</sup>

דבר זה אינו מביא טובה. אני חושב שאחרי שצילמו את משפטו של א. גיי. סימפסון, הגיעו לכלל מסקנה כי הדבר הוא רע מאוד. בית משפט צריך להתנהל בחממה של בית משפט. עקרון פומביות הדיון אכן מצדיק את נוכחות הציבור והכתבים בבית המשפט, אך אין ספק שכאשר הופכים את בית המשפט לאתר צילומים, האנשים הנמצאים באולם משנים את התנהגותם. לפתע אנשים מתעסקים בהופעתם, בהתנהגותם והדבר ברור כשמש. לא מזיק שאדם יחשוב פעמיים לפני שיאמר דבר מה, אך מצלמות עלולות להביא לידי מצב שאנשים יאמרו דברים שונים מדעתם האמיתית שיתקבלו, לסברתם, בעין יפה בבית המשפט. כשמדובר בערכאות ראשונות השפעת המצלמות ניכרת במיוחד. בבית משפט שלרעור (כמו בית המשפט העליון) הדברים יכולים להיות קצת שונים.

מה ההבדל בין מצלמות לבין הציבור, שבשם פומביות הדיון יכול ממילא לבוא לצפות ולבחון את התנהגות "השחקנים" השונים באולם המשפט? האם לא מדובר בסך הכול בהבדל טכני? שופט מתרגל לקהל הנמצא באולם. נכון, ניתן לומר אותו דבר על צילום, אך צילום יוצר אפקט מיוחד ושונה. כעניין מקדמי אני שואל: למה צריך לעשות זאת? האם זה חיוני לעקרונות הבית שיוכלו להסתכל במשפט בעודן מבשלות במטבח? בית המשפט אינו סרט, ולכן איני מבין את התועלת הרבה שתצמח מפתיחתו לצילום דיגיטלי. הרי לכשייכנסו מצלמות, עורכי דין יאריכו בטיעוניהם, והעניין ייפך להצגה אחת גדולה. אני רוצה דיון ענייני ולא הצגה. אין לי ספק, אם נחזור לרגע לאותן עקרונות בית, שהדבר יאבד ממידת העניין שיש בכך ומהר מאוד ימאס בו הציבור. מי בכל זאת יסתכל בדיונים? אנשי התקשורת, העיתונאים, וכל שיעניין אותם הן כותרות חמות שיעסקו בשופט שעצם לרגע את עיניו או בפרקליט שנע וזע בלא הרף בכיסאו. על כן אני מתנגד לצילומים, ומעדיף דיון ענייני ופשוט. חברי כנסת הרוצים להיבחר, רוצים שיצלמו אותם לשם קידום. בבית המשפט אין לזה מקום.

אך מה באשר למשקל הנגר של זכות הציבור לדעת ועקרון השקיפות? ומה באשר לטענה כי דווקא חשיפת בית המשפט לעיני כול ונבחר את אמון הציבור במערכת? באשר לאמון הציבור, כפי שכבר אמרתי, את זה יש להשאיר לשופטים ואין צורך במצלמות לשם כך. זכות הציבור לדעת יכולה לבוא לידי ביטוי גם בעיתון ואינה מחייבת מצלמות.

59. דו"ח הועדה לבחינת פתיחת בתי המשפט בישראל לתקשורת אלקטרונית (תשס"ח).

עיתונאים יכולים להגיע לבית המשפט ולדווח על מה שקורה בו. פומביות אינה חייבת להיות בטלוויזיה, וצריך לזכור כי הייתה פומביות גם לפני עידן הטלוויזיה ולפני שהמציאו את השידור החי.

**פסק הדין בעניין א.ש.ר. 60 – האם לדעתך, ההחלטה שהתקבלה אכן בה רעה ואומללה?**  
 פסק הדין שלי מדבר בעדו. גם כאן, השאלה היא בנוגע ליתוס בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, ושוב עולה העניין של "מי יאמר את המילה האחרונה, הכנסת או בית המשפט?". קניין רוחני נבדל מקניין פיזי בכך שלא ניתן לשים עליו יד. קניין רוחני יכול להיות פטנט מוגן או פטנט שאינו מוגן. בסופו של דבר צריך לזכור כי מדובר בתחרות ובאינטרסים, כשאחד מהאינטרסים הוא הרכוש הציבורי – נחלת הכלל. אם יש לו לאדם פטנט, אך אין הוא מגן עליו, כלומר אינו רושם אותו, הפטנט נהפך לנחלת הכלל. אם נעניק לאותו אדם הגנה כלפי כל העולם, הגנה שאותה בחר המחוקק שלא להעניק, ניצור כך זכות קניינית על יד זכות הקניין המקורית. אני מדמה זאת בפסק דיני לעיר מוקפת חומה ושומרים, ורואה בכך הסדר שלילי. מה ביקשו חבריי למותב לעשות? ליצור קניין רוחני לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, ובכך להעניק זכות שהמחוקק במפורש לא רצה להעניק. אני חושב שבית המשפט אינו מסוגל לעשות דבר כזה. לא מדובר רק בהפחתת מעמדו של המחוקק אלא בעשייה ממש, שאינה מתפקידו של בית המשפט. לא חשוב שאדם השקיע במדגם או בפטנט. חשוב שכשמעניקים לאדם זכות לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, ונותנים לו מונופול שהמחוקק לא נתן לו.

#### **עוקפים בעצב את דיני הקניין הרוחני.**

נכון, עוקפים את ההסדרים השליליים של הקניין הרוחני. הרעיון של הענקת זכות לפי דיני עשיית עושר פורץ את הגבולות שנקבעו על ידי המחוקק, בין שמדובר בהגנה למשך 20 שנה בפטנט, 70 שנה בזכות יוצרים מיום מות המחבר או שבע שנים כשמדובר במדגם. אין הדבר מתקבל על הרעת, ולטעמי נדרש אלמנט נוסף במקרים קיצוניים, משהו מיסוד נזיקי או של רמייה, כדי שיהיה ניתן להעניק זכות זו במקרה של עשיית עושר ולא במשפט. אבל ככלל, אי אפשר לקחת את דיני עשיית העושר ולא במשפט ולהיעזר בהם.

#### **הדבר מזכיר את מושג תום הלב המרחף באוויר ובהלל המשפטי כולו.**

נכון, כשם שמושג האקוויטי מרחף גם הוא. לכן אני חושב כי פסק הדין של הרוב הוא מוטעה, והופך את בית המשפט ליוצר יש מאין. אכן, הפסק נראה לא צודק כלפי אדם שהשקיע עבודה מסובכת, אך זוהי משמעותה האמיתית של תחרות. איני יכול לומר כי אני אוהד את מי שהעתיק, אבל הוא יוריד כעת מחירים ולא ייווצר מונופול המזיק לתחרות בשוק. לא ייתכן שבית המשפט בעצמו ייצור מונופול במקום שהוא אינו קיים, ויאפשר שליטה מלאה בשוק. עברנו את התקופה הפורמטיבית של ה-common law במאה ה-16 עד המאה ה-18. אז באמת היה בית המשפט יוצר. היום אנו במצב יותר סטבילי, ולא מתפקידו

60. רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אכזריות, פ"ד נב(4) 289.

של בית המשפט ליצור או לשנות. זה תפקיד המחוקק בלבד. זהו שיווי המשקל הנכון בין הרצון לעודד אנשים ליצור לבין זכות הציבור לתחרות ולמחירים זולים. מכל מקום, ככל שאני יודע, בתי המשפט המחוזיים פועלים לפי גישתי.

פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. עוסק, רובו ככולו, בפרשנות ביטויים כגון "הוראות מיוחדות לעניין הנדון", "אין זכות" סתם לעומת "אין זכות" אחרת (בדרך המשלה לתקנת ציבור פנימית לעומת היצונית במשפט הבין לאומי הפרטי), תנאי "סתם" לעומת תנאי פנימי בעל אינטרס פנימי לצדו. ניכר כי מלאכת הפרשנות, המשתרעת על פני עמודים רבים, קשה היא, ונשאלת השאלה, האין זה תפקידו של המחוקק להבהיר את כוונתו? האם כאשר קיימים ספקות בה רבים ומחלוקות מהותיות – לא ראוי להתיר את ההכרעה בידי המחוקק ולהימנע מליטול את תפקיד "מחוקק המשנה"? החשש, מלבד נטילת הסמכות על ידי בית המשפט, הוא כי פרשנות יתרה תבקע את גלעינו הבסיסי של החוק עד כי תהפכה כליל, כפי שציטטת במקום אחר, בדרךך על מגבלות הפרשנות במשפט,<sup>61</sup> את שירו של תומאס סטרנס אליוט:

...מלים נדרבות,

נדרבות, יש ונשברות, מוכבר הנטל,

מעצמת המתח, מועדות, מהליקות, אוכדות,

נמקות מאי-דייק ולא יפירן מקומן,

לא ידעו מנוח...

הדברים אכן אינם חדים וחלקים. בית המשפט אינו מעבדה ואינו אוניברסיטה. הוא עוסק בחיים עצמם. אנו חיים בעולם שבו הקשרים בין בני אדם נסמכים על דיבור וכתובה. אנשים מביעים עצמם בעזרת לשון, כתיבה ודיבור. לכל מילה יש תחום גרעיני, זהו אותו תחום קשה, ויש לה גם תחום היצוני אשר מעבר לו מאבדת המילה משמעותה. זוהי הסיבה שאני מתנגד לפירוש המונח "כבוד האדם" ככולל הכול. בדרך זו מורדים בתפקיד הראשוני של פירוש המילה. הקושי בפירוש משמעותה של המילה בא לידי ביטוי מובהק בעניין פלוני<sup>62</sup> שאזכרנו קודם לכן, שם התעורר קושי של ממש.

פסק הדין בעניין פלוני נועז מאוד מבחינה זו.<sup>63</sup> בפסק דין זה אתה מרבר על נורמה הדין-משפטית, מוסרית, שיש לקבוע באשר המשפט אינו מספק תשובה, ואשר יש בכוחה לסייג הוראת חוק מפורשת של הכנסת. הכלל המנחה אותך אינו מתורת המשפט אלא מתורת המוסר, והוא כי אין המעודל יוצא נשכר מעוולתו. האין זו דוגמה לקביעה ערכית גרידא, המתעלמת מהחוק ומתעלה מעליו?<sup>64</sup>

61. השופט חשין מצטט את השיר בפסק הדין בעניין דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd., פ"ד נח(6) 6, בעמ' 26.

62. עניין פלוני (לעיל, הערה 40).

63. שם.

64. בפסק דין זה חלוקות היו דעות השופטים בעניין פרשנותו של סעיף 13(7) לחוק אימוץ ילדים. השופטת דורנר פסקה כי מלשונו של סעיף 13(7) לחוק, הקובע כעילה המקימה זכות אימוץ,

סעיף 13(7) לחוק אימוץ ילדים<sup>65</sup> קובע כי בית המשפט מוסמך להכריז על ילד כבר אימוץ גם בלא הסכמת ההורה, אם נוכח לדעת כי: "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו". הסעיף עוסק בשאלת המסוגלות ההורית. חבריי (חוץ ממני ומן המשנה לנשיא שלמה לוין) קבעו כי בשל חוסר מסוגלות הורית של האב, יש לאפשר אימוץ, ותמכו יתדותיהם בהתנהגותו, כלומר החליטו שבשל מעשיו, האב נעדר מסוגלות הורית שעליה נסב הסעיף. לא הסכמתי לדברים אלה. אותו אדם היה מוכן לעשות הכול למען ילדו, ולדעתי לא היה נכון לומר כי הוא נעדר מסוגלות הורית. אם דיברנו קודם לכן על גבול פרשנותה של מילה – הרי בפרשנות כזו לסעיף הג"ל יש משום בקיעת קרום המעטפת של המילה, לכל תכניה ומשמעויותיה. לדידי אכן הייתה בעיה קשה ואמיתית להעניק לאב את ילדו, אך גימוק המסוגלות ההורית אינו יכול לפתור זאת. אותי הובילה האמת בפרשה זו, והצורך לומר את האמת האחת. המשפט טובל באגם מים טהורים של המוסר. יש דברים שהמחשבה אינה יכולה לשאת, ואף אחד לא יכריח שופט לפסוק דבר שאינו מוסרי. מבחינה זו מוטב כי שופט יאמץ את האינסטינקט

חוסר יכולת לדאוג לילד כראוי, ניתן להבין כי מדובר ב"טובת הילד", והואיל וחוות דעתו של הפסיכיאטר קבעה כי טובתו של הילד תיפגע אם יישאר אצל האב – הסיקה כי המקרה דגן נופל לגדרו של הסעיף, ודחתה את הערעור. המשנה לנשיא לוין פסק כי לא ניתן להחיל במקרה דגן את סעיפי חוק האימוץ, מכיוון שרשימת העילות המנויות שם היא סגורה ו"טובת הילד" אינה גמנית עימן. הואיל ואלה הם פני הדברים, לא ניתן לקרוא לתוך הסעיף מה שאין בו, ומשום שהאב אינו נופל להגדרתה הקבועה בחוק של "אי מסוגלות הורית", אין להחיל עליו את החוק. גם סעיף 13(8) לחוק אינו חל מכיוון שסירוב האב לתת את הילד לאימוץ אינו נוגד את תקנת ציבור ואינו מונע ממגיעים בלתי מוסריים כשלעצמו. השופט לוין הגיע לאותה תוצאה בנכות פרשנות תכליתית של החוק או לחלופין מילוי חסר בחוק באמצעות השלמתו. השופט זמיר הצטרף לדעת השופט דורנר, וסבר כי אין להרוג מכללי פרשנות מקובלים ומתחומי של החוק, ונשען בהחלטתו על סעיפי חוק האימוץ. לדעתו, סעיף 13(7) (סעיף העילות למתן אימוץ) הוא בפועל סעיף סל, והוא הצטרף לדעת השופט דורנר כי טובת הילד נגזרת במפורש מלשון הסעיף. השופט בך הצטרף לדעת השופטים דורנר וזמיר. השופט חשין, לעומתם, סבר כדעתו של השופט לוין כי לא ניתן להחיל את סעיפי חוק האימוץ כלשונם. בנוסף, לדידו אין מקום לפרשנות הסעיפים מאחר שלשונם ברורה וחד משמעית היא, וכן אין לראות במקרה דגן מקרה של חסר, לא גלוי וגם לא סמוי, הטעון השלמה. תורת המוסר והמצפון של השופטים, וליתר דיוק של בני האנוש והחברה כולה, מוליכה אותם לאותה תוצאה, כאשר עקרון "הרצחת וגם ירשת" הוא נר לרגליו. השופט חשין מודה כי פשוט יש לומר את האמת – זה לא נראה טוב וצודק לאפשר למעוול לצאת נשכר מעוולתו. השופט חשין מודע לבעייתיות ולתקדימיות שתיק זה עלול לגרום (hard cases make bad law) ואולם לדעתו אין מוצא, אלא ללכת לדרך המוסר האנושי – ממלכת המוסר המשלימה את המשפט בהיעדרו. לעניין זה, ראו מאמרו של רונן פרי, "גבולות היצירה השיפוטית: בעקבות רע"פ 2524/01 סרדיוק ב' התצ"ר, פ"ד נח(4) 279", משפט וממשל ט (תשס"ו) 541.

של האדם ולא ילך נגדו, ומבחינתי האינסטינקט הוא התשתית שעליה נשען המשפט מעל לכול. לדידי, אסור לו למשפט להגיע לכלל מסקנה כי אדם יצא נשכר מעוולתו, ובמקרה זה של האימוץ, אי מציאת פתרון לבעיה משמעה כישלון. משל למה הדבר דומה? מראים לאדם תמונה ושואלים לדעתו עליה. האדם מסתכל, מעקם את האף, ומשיב כי "אינה רעה", אך טוען כי הפרופורציות אינן מדויקות, ויש מקום לשיפור. בדיעבד מתברר כי זוהי תמונתו של רמברנט אשר כבר עמדה במבחנים השונים. אותו אדם שנשאל – נכשל. לענייננו, לו הייתי נסמך על עילת המסוגלות ההורית, לא היה בידי פתרון לבעיה, ועל כן הייתי נכשל. פסק דין מיוחד זה מצטרף למשפחה מצומצמת של פסקי דין קיצוניים, כדוגמת פרשת ירדור,<sup>66</sup> שבהם אני גאה במיוחד, ובמיוחד בהנמקות שלצדם. במקרים כגון אלו אני פועל כשופט ולא כפילוסוף, ואת ההצדקה לכך ניתן למצוא בהסתכלות בדיעבד, לאחר מעשה. אכן "שברתי את הראש" בעניין פלוני, אך לא הייתה לי ברירה אלא לקבוע את שקבעתי, בהצטרפותי לשאר חברי המותב.

בפסק הדין בעניין ארגון מגדלי הירקות<sup>67</sup> הכריע בית המשפט העליון על יסוד הלכת אפרופים,<sup>68</sup> השולטת בפירוש חוזה בישראל כבר יותר מעשור. בפסק דינך שטחת את משנתך (בדעת מיעוט) כנגד רוחה הרעה של הלכת אפרופים. בסופו של דבר, הלכת אפרופים קיבלה משנה תוקף ויצאה מהחוקת, ועדיין נשמעות עליה ביקורות רבות בקרב מלומדים.<sup>69</sup> בפסק דינך הדגשת כי בהלכת אפרופים, בשלעצמה, אין פגם, אלא שבמשך השנים היא הוקצנה ויישומה הרחיב את סמכויות בית המשפט בפירוש חוזה יותר ממה שהלכת אפרופים התכוונה לו.<sup>70</sup> מלומר על אף הפסיקה הנכונה, הרפוריקה שננקטה בעניין אפרופים

65. חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 1028.

66. ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועזית הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 365.

67. דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם) ניתן ביום 11.5.2006 (להלן: עניין מגדלי הירקות).

68. ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום, פ"ד מט(2) 265.

69. בהתייחס להלכת אפרופים כפי שנקבעה, בין היתר, על ידי נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אהרן ברק, ולתפקיד בית המשפט בפירוש חוזה, כותבת פרופ' גבריאלה שלו בספרה דיני חוזה את הדברים הבאים: "ברק מעניק תפקיד חשוב, לדעתי, חשוב מדי, לשופט ולפרשן בגיבוש כוונת הצדדים לחוזה ולאומד דעתם, ונותן משקל רב, לטעמי רב מדי, לעקרון תום-הלב בתהליכי הפירוש וההשלמה. באמצעות תורת הפרשנות שלו, מרחיב ברק את סמכות בית המשפט להתערב בחוזה ואף לעצב מחדש את תניותיהם, לעתים בניגוד לרצונם של הצדדים". ראו: גבריאלה שלו, דיני חוזה (חלק כללי, תשס"ה) בעמ' 411.

70. עניין מגדלי הירקות (לעיל, הערה 67). ראו דברי השין בפסקה 52: "אכן, פסק-הדין בערעור ניגע, לדעתי, בשגגה, ונכון להופכו על-פיו, ואולם לא בכך עיקר. עיקר הוא שנדע ונזכור כי בהלכת אפרופים כשהיא לעצמה לא נפל פגם, הגם שניתן היה למתן את הרפוריקה שקבעה את ההלכה. הקושי הוא ברוח שההלכה משיכת אל כל עבר, רוח פרצים שהחלה סוחפת עימה כללים והלכות שנוצקו והיו עימנו שנים רבות, ותחתיהם לא הותירה לנו אלא הנחיות כלליות

הייתה הריפה מדי, ובמציאות רוח אפרופים' החלה סוחפת עימה כללים והלכות שנהגו שנים רבות, והותירה אחריה רק הנחיות כלליות לפירוש חוזה הפוגעות בוודאות המשפטית. אם כך, מטרתך בפסק הדין בעניין ארגון מגדלי הירקות הייתה "לעצור אותה רוח פרצים בדרכה הסוחפת, ולאלף אותה"?

לא הסכמתי ואיני מסכים לפסק הרוב בפרשת ארגון מגדלי הירקות. גם פה עולה העניין, שעליו דיברתי קודם לכן, באשר למי שיאמר את המילה האחרונה. בהקשר החוזי איני מסכים שבית המשפט ייצור מחדש חוזה שונה ממה שהצדדים לו הסכימו ביניהם. חוזה מדבר בעד עצמו, ואין בית המשפט צריך להיות צד לו. לחוזה יש צדדים, והם האחראים לתוכנו ולאופן ניסוחו. אותי מעניין העיקרון, ולכן אני מזהה בהלכת אפרופים רוח לא טובה אשר לאט לאט הורסת עקרונות יסוד בסיסיים. הדבר אינו נכון, ולא זו בלבד אלא שהוא יוצר בלבול בבתי משפט ובקרב עורכי דין. הבכיה של עורכי הדין יותר גדולה מהמעשה, והטענה כי הדבר פוגע בערך הוודאות היא נכונה אך בה בעת מוגזמת. הבעיה האמיתית שאני מזהה, כאמור, היא שאלת מעמדו של בית המשפט ומציאת הגבולות המתאימים למידת התערבותו.

את דרכך התחלת כמומחה לדיני נזיקין וכתבת דוקטורט עטור שבחים. נראה כי ברבות השנים הזנחת את אהבת נעורייך והסתת את עיקר תשומת לבך לתחומים אחרים. מדוע? החיים נשאו את רגליי למקום שנשאו. אני רציתי ללמד באוניברסיטה, לעסוק במשפט הפרטי כשלפתע מצאתי עצמי במחלקת הבג"צים בפרקליטות.

בית המשפט העליון מוצא עצמו מוצף בתיקים המגיעים לפתחו, נושא בעומס בלתי אפשרי וכורע תחת העול.<sup>71</sup> הפגיעה אינה רק בבית המשפט ובשופטים, אלא גם, ואף בעיקר, במתדיינים אשר עיכוב במתן פסק דינם פוגע בזכויותיהם. ביצר, לדעתך, ניתן להתמודד עם מצב בלתי נסבל זה? האם בכוחו של בית המשפט העליון להפחית עומס זה באמצעות סינון ומיון מתמירים יותר של התיקים המגיעים אליו, בין בדיון בבקשות רשות ערעור ובין באמצעות הקשחת מבחני הסף להתערבות בג"ץ?

דעתי בעניין זה היא חד משמעית – הרחבת זכות העמידה בבית המשפט היא מוצדקת. לולא התנועה לאיכות השלטון, לא היו מגיעים לפתחו של בית המשפט עניינים חשובים ביותר כגון העניינים העוסקים בחובות נבחרים הציבור כלפי הציבור. אני סבור כי הצרת זכות העמידה הייתה מהווה מסתור למעשים שלא ייעשו, ולכן חתירה אליה אינה ראויה. צריך להבין כיצד התפתח המשפט הציבורי בארץ: המשפט הציבורי התפתח הרבה יותר מאוחר

בלבד לדרכי פירושו של חוזה. אלא שאותה רוח אין היא צונאמי המאבדת ומשמידה כל אשר עומד בדרכה. הרוח היא אמנם רוח לא־מצויה, ואולם שליטים אנו בה. בכוחנו לכלוא אותה רוח ולהשיב אותה כרוח מצויה בתעלות־רוח שהמשפט מעמיד לשירותנו. ואמנם, מטרתנו בחוות־דעתנו היא לעצור אותה רוח פרצים בדרכה הסוחפת, ולאלף אותה כך שנפיק ממנה את הטוב שבהילכת אפרופים. מי יתן וחפצנו יעלה בידינו".

71. ראוי יובל יועז, "ביגיש: אסתפק ב־2,000-3,000 תיקים בשנה בעליון", הארץ, 1.12.2006.

מהמשפט הפרטי. המשפט הפרטי כבר עמד על רגליו כשהמשפט הציבורי היה בראשיתו. כשבאו לטפל אפוא בבעיה מתחום המשפט הציבורי, פעלו לפי דגמים של המשפט הפרטי. כך, למשל, בנויקין יכול לתבוע רק מי שניזוק, ובהזוים רק מי שנפגע מהפרת חוזה. באנלוגיה למשפט הציבורי, כפי שנעשתה בתחילת הדרך, נקבע כי רק מי שנפגע יכול לתבוע, ולשם כך המציאו פורמולות מיוחדות. אולם המשפט הציבורי אינו כמשפט הפרטי, שכן מלבד הפגיעה האישית צצות בו שאלות הקשורות לדרכי ממשל תקינות. המשפט הציבורי מעלה את עניין האיזונים והבלמים בין שלוש הרשויות, בדומה לסחרחרת הפועלת תמיד באיזון המתאים. בית המשפט, במשפט הציבורי, הוא מרכיב בעשייה הציבורית בתחום המנהלי והחוקתי. לכן, ההשוואה למשפט הפרטי טובה רק כתחילת דרך, אך לא כסופה. המשפט הפרטי הוא מעין בוסטר הנותן למשפט הציבורי דחיפה קלה, אך מרגע מסוים התחום הציבורי חי ופועל בעצמו על פי נורמות שיצר. אם נחזור לדוגמת פרשת הנגבי,<sup>72</sup> הרי ניתן היה לומר כי עקב התנהגותו הלא תקינה אין נפגע אחד מובהק. עם זה, ברור כי ההסתכלות צריכה להיות במערך הכולל של הרשויות ועל רקע מעמדה של מדינה מודרנית מתוקנת. במקרה כזה בית המשפט אינו יכול לעבור לסדר היום ולומר שבהיעדר צד נפגע מובהק, אין לדון בעניין. בסופו של דבר, השאלה היא אם ועד כמה המעשה ראוי או לא. לנוכח כל האמור לעיל, דומה כי טיעונים כגון עומס המוטל על בית משפט ועיכוב בפסקי דין הם יותר תירוצים מסיבות, ונועדו לשרת את אנשי השלטון ממניעים שאינם לעניין. עם זה, יש להציב גבולות מתאימים, שכן לא כל דבר ולא בכל עניין יש לדון. אני טוען כי את מלאכת הסינון בית המשפט צריך לעשות ולא מישהו אחר, במיוחד במדינה שלנו, שבה צריך להיות עם היד על הדופק כל הזמן. אילולא הרחבת זכות העמידה, מי יודע מה היה קורה? אולי צחי הנגבי היה שר משפטים או השר לביטחון פנים.

**האם בית משפט חוקתי יכול להיות פתרון לבעיה זו, ולשמש ערבות שיפוט שתדון בנושאים ערביים ונורמטיביים מפורד ראשון? מה לגבי ההצעה להרחיב את סמכויות בית המשפט השלום?**

המצאה של בית משפט חוקתי לא נועדה אלא להכות בכית המשפט העליון. באשר להרחבת סמכויות בית משפט השלום – כשלעצמי הדבר אינו נראה לי. בבית משפט השלום יושבים שופטים צעירים, ויש גבול למה שניתן להציב לפניהם, בין שמדובר בתחום הפלילי ובין בתחום האזרחי. לדעתי, הפתרון צריך להיות בהקמת בית משפט לערעורים בין המחוזי לעליון, ושופטים מחוזיים ותיקים יוכלו לקחת בו חלק. להלופין – או בנוסף – הייתי מציע שבית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, ישב בהרכב של שני שופטים ולא של שלושה. כך בית המשפט העליון וכך בית המשפט המחוזי. שלושה שופטים דרושים לשם הרוב, אך בפועל במרבית התיקים ההכרעה היא פה אחד. מדוע, אם כך, דרושים שלושה שופטים? ישבו שני שופטים ואם תתגלע מחלוקת יתווסף שופט שלישי שיכריע במחלוקת. אפשרות נוספת לייעול המערכת היא בית משפט לערעורים בעניינים פליליים. במצב דברים זה, ידון בית המשפט העליון בשאלות של משפט, בעניינים חריגים

72. ראו התייחסות לעיל בהערה 56.

המצדיקים זאת, ויימנע מבזבוז זמן שיפוטי. הצעתי אפוא מתמקדת בערעורים כמסגרת בין בתי המשפט המחוזיים לבית המשפט העליון. כיום עבודת בית המשפט העליון אינה מתקבלת על הדעת, שכן מהנץ החמה עד צאת הכוכבים הוא מוצף בתיקים בלא הרף.

**מהו הרכב בית המשפט העליון הראוי לדעתך מבחינת הייצוג החברתי, הכלכלי, המגדרי? האם לדעתך הרכבו הנוכחי של בית המשפט העליון פלורליסטי מספיק, ומשקף את כל שכבות האוכלוסייה?**

בבית המשפט העליון צריכים לשבת השופטים הטובים ביותר. בית משפט עליון אינו צריך להיות ייצוגי אלא מקצועי. גם ההסתכלות בהשקפת עולמם של שופטים כקריטריון לבחינת התאמתם לבית המשפט העליון היא שגויה בתכלית ופסולה מעיקרה. איננו רוצים להידמות לארצות הברית, שם מתעללים במועמדים לכהונה בבית המשפט העליון ותוקרים על אודותיהם בלי הרף. שופטים משתנים לעתים, דעותיהם מתגבשות לאורך זמן, ולכן אין מקום לחקר השקפותיהם. הדוגמה הטובה לכך היא השופט וורן שמונה על ידי נשיא רפובליקני בשל תפיסתו, ולימים נודע כאחד השופטים הליברליים ביותר. כשאני הייתי מועמד לכהונה בבית המשפט העליון, אמר לי פעיל מהמפלגה ששלטה באותה עת, כי נשאל על ידי אחד מחבריו: "חשין זה, האם הוא משלנו?" זה, כמובן, מצב פסול.

**האם יש מקום למנות אנשי אקדמיה, בלא כל ניסיון שיפוטי, לבית המשפט העליון?**  
אני חושב שלא. אמנם קיימים אנשי אקדמיה יוצאי דופן, כמו פרופ' טדסקי שהיה מורה שלי למשפט פרטי או פרופ' פרידמן שאין ספק כי ראוי היה לכהן בבית המשפט העליון. אך אלה יוצאים מן הכלל שאינם מעידים על הכלל. איני פוסל על הסף אנשי אקדמיה מלכהן בבית המשפט העליון, אך בוודאי אינם המאגר העיקרי לשם כך. המאגר העיקרי לשופטי בית המשפט העליון הם בעיניי שופטי בתי המשפט המחוזיים. יש לדעת כי כהונת שופט היא כהונת ייעוד, מקצוע ואף אורח חיים, וכשאדם בוחר בדרך זו, הוא קושר את גורלו לשיפוט. זוהי הסיבה שאני מתנגד למינוי עורך דין, שלא ראה בית משפט מימיו, לשופט, לא כל שכן שופט בית משפט עליון. יש לערוך בחינה משולבת, באופן שלא יתמנה עורך דין שלא ראה בית משפט מימיו – אף אם עורך דין ראוי הוא – או עורך דין שתדשות לבקרים פוקד את בית המשפט אך הוא פשוט אינו ראוי לכהן כשופט.

**כשופט בית המשפט העליון שהגיע מהפקטור הפרטי – האם חשית בהבדלים בינך לבין שופטים שלא הגיעו מן הפרקטיקה? מהו הערך המוסף של עמידה בבית משפט מרם נשיאה בתפקיד שיפוטי?**

עיקר עבודתי בפרקליטות הייתה בבית המשפט כטוען. בהחלט הצטבר אצלי ידע שאותו אספתי מהניסיון שרכשתי במשך השנים, ואיתו הגעתי לבית המשפט העליון. למעשה הזדמן לי להיות שלישי מתקופתי משפטן בפרקליטות, שלישי נוסף עורך דין פרטי ושלישי אחרון שופט בית המשפט העליון. ניתן לומר כי ראיתי את המקצוע מכל צדדיו, ואוסף כי גם נהניתי מכל מקום שבו הייתי במסגרת זו. יש הטוענים כי דווקא עורכי דין לא נהנו מכל מקום שהייתי בו, וכין היתר מייחסים לי מזג שיפוטי סוער...

איזה מזג שיפוטי נדרש משופט?<sup>73</sup>

מבחינת פורמולות – שופט צריך להיות סבלני, לשמוע, להקשיב, לקלוט, לדעת לשנות את דעתו ולהשתכנע. כל אלה יחד נקראים מזג שיפוטי. חשוב מאוד ששופט ידע לשמוע, לבוא עם דעה מסוימת ולשנותה בהתאם לדברים שהוא שומע. אני יכול לומר בגאווה כי מבחינה זו אני בעל מזג שיפוטי. מזג שיפוטי אין משמעו שאין לגעור בעורך דין שלא הכין שיעורי בית, ואשר הגיע למשפט בלי שלמד את החומר. כשם שהייתי דורש מתלמידי באוניברסיטה לקרוא את חומר הקריאה, והייתי טורח לציין את דעתי על מי שלא עשה כן, כך טרחתי להגיד לעורך דין שהיה "מחלטר" במשפט את דעתי עליו. אני הרי מגיע מהשטח ומכיר את כל הטכניקות הקיימות. בעניין זה כנראה יש חילוקי דעות ביני לבין עורכי הדין באשר להגדרת מזג שיפוטי. נהגו לומר כי הייתי שופט מרשיע, אך אני מקבל זאת שכן אם צריך להרשיע – מרשיעים, ואם צריך לזכות – מזכים. מה שחשוב זו ההקשבה – ובעניין זה כאמור אני גאה ביכולת ההקשבה שלי לטוענים השונים. אני זוכר עד היום מקרה מסוים: הופיע לפני עורך דין שביקש לצטט פסקה מפרוטוקול. ביקשתי מעורך הדין הפניה לעמוד שממנו ציטט. כשפתחתי את העמוד שאליו הפנה וראיתי כי קיים המשך לציטוט, ההופך את הדברים על פיהם, ביקשתי מעורך הדין כי ימשיך בקריאה. ענה לי עורך הדין: "כבודו, אני עובר לטענה הבאה". במקרה זה לא מדובר בשאלה של מזג שיפוטי אלא פשוט בתרמית. אותו עורך דין רימה, ולפיכך הגבתי בועם רב. בעבודתי כשופט ייחסתי חשיבות רבה לזמנו של בית המשפט. על כן הקפדתי לקרוא היטב פסקי דין שערערו עליהם, כתבי טענות וכתבי ערעורים, וכאשר היו חוזרים בעלי הדין על דברים אלו, הייתי קוטע באחת את דיבורם ושואל אם קיימים באמתחתם טיעונים נוספים. אחרת לא הייתי נותן להם להמשיך ולטעון. זהו אינו היעדר מזג שיפוטי, זוהי יעילות ושמירה על זמנו היקר של בית המשפט.

**האם לדעתך יש להמשיך ולנהוג בשיטת הבכירות במינוי נשיא לבית המשפט העליון, או שהגיעה העת להיפרד משיטה זו, ולעבור לבחינה מקצועית-מהותית אחרת? (זהו כמובן שאלה בללית, שאינה נוגעת למינוי ספציפי)**

שיטת הוותק ראוייה מאוד בעיניי, ודומה שהצעת שר המשפטים לשנותה אינה ראוייה, ולגופה אינה רלוונטית לחלוטין. לכל מדינה גיסיון משלה, ואצלנו נוקטים את שיטת הסניוריטי מתחילת קום המדינה. כך נוהגים וכך מקובל. כשיושבים במושב, מתמנה ליושב ראש הוועיק מבין השופטים, וכאשר הוותק זהה, נבחר הקשיש שבשופטים. היושב בראש אינו נבחר כי הוא החכם מכולם או היעיל מכולם, אלא כי כך נהוג במקומותינו. כעת מעוניין שר המשפטים לשנות זאת, ולהושיב שופט אחר שאינו בהכרח הוותיק מכולם.

73. פרשה שעוררה זעם בעבר הייתה זההתנגדות למינוי השופט פרומקין לבית המשפט העליון. כך נכתב על ההצדקה לאי מינויו: "בעל ותק גדול. מרננים אחריו שמבחינת היושר והשפעות אחרות. לא רצוי להעבירו לשרות המדינה היהודית". מתוך: נתן ברון, "הכבוד האבוד של השופט העליון: פרשת אי מינויו של השופט גד פומקין (פרומקין) לבית המשפט העליון בישראל", קתדרה: לתולדות ארץ ישראל ויישובה (2001) 12, 170.

הדבר אינו ברור ומעלה תהיות. שינוי זה קשה גם ברמה הקולגיאלית, משום שיש בו פגיעה גם שופט הוא אדם, וכדי להצדיק פגיעה באדם יש למצוא לכך סיבה טובה, ואני לא מצאתי ולא השתכנעתי בעצם קיומה. ועוד יש לומר כי שינוי השיטה יביא לידי מעורבות יתר של הפוליטיקאים.

נשיא בית המשפט העליון, הלכה למעשה ולהבדיל מנשיאי בתי משפט מחוזיים, אינו מנהל במלוא מובן המילה, ואיני מבין כיצד תצמח תועלת מהצעתו החדשה של השר פרידמן. ייתכן שהרציונל של ההצעה רלוונטי ככל שמדובר בשר, בחבר כנסת או באיש ציבור אחר, אך בכל אופן אינו נכון כשמדובר בנשיא בית המשפט העליון. הנה שוב אנו מגיעים לעניין ידו של מי תהיה על העליונה, ומי יאמר את המילה האחרונה. בסופו של דבר יש לזכור כי מדובר בשינוי חוק יסוד, ואולי גם חוק בתי המשפט. אני חושב חד משמעית כי נשיא צריך להיבחר – בדרך העיקרון – על פי שיטת הסניוריטי שנהגה עד כה.

מהו, לדעתך, עתידו של מקצוע עריכת הדין לנוכח עידן המידע הדיגיטלי? בעידן זה, שבו מידע נגיש לכול, ובהיעדר מגבלות פיזיות, האם תחזית עתידית של בית משפט וירטואלי, ושל עולם משפט הנע על גבי כבלים ורשתות היא משוללת כל יסוד?<sup>74</sup>

אין לי ספק ששינויים דרסטיים אלו יתחוללו. באופן כללי ניתן לומר כי קיים פיגור של העולם האישי מבחינה פסיכולוגית אחרי העולם הטכנולוגי של ההמצאות. המשפט, בהקשר זה, תמיד בא אחרי הטכנולוגיה. קשה לי, עם זה, לראות כיצד יתפקד בית משפט וירטואלי. אני מתקשה לראות שופט שישב, יקרא ויעבוד כל הזמן באמצעות המחשב. על אף קיומן של מהפכות בתחום זה, דבר אחד אינו עתיד להשתנות ולא יהיה ניתן לעולם לוותר עליו – זהו המגע האישי בין בני אדם. שופט לא יפעל באופן דיגיטלי בלי שראה את בני האדם שבהם מדובר. לא הגיוני להכריע בסכסוכים אנושיים בלי לראות את הנפשות הפועלות עצמן. גם בהקשר הטכנולוגי ניתן לזהות שני קטבים שצריך למצוא את האיוון ביניהם: הקוטב הדיגיטלי, שאליו אנו נמשכים יותר ויותר במטרה לייעל את העבודה, והקוטב האישי, שלעולם לא יימצא לו תחליף. אסור שהדיגיטליות תעבור את מחסום היעילות, ואסור שנשאף לחפש צדק בעולם הדיגיטלי – מכיוון שהוא לא ימצא שם. כפי שהתבטאתי בעבר, משפט אינו מכונה למיצוי מיץ גזר מגזר, אלא מדובר ברקמה חיה ונושמת בעלת מיצים משלה.<sup>75</sup> לכן, כל עוד גישאר בני אדם ולא ניהפך ליצורים

74. ראו דבריו של פרופ' איתן קאטש: "The future of law is not to be found in impressive buildings or leather – bound books but in small pieces of silicon, in streams of light, and in millions of miles of wires and cable". ראו: M. Ethan Katsh, *Law in a Digital World* (1995).

75. כך התבטא השופט חשין: "בית משפט אין הוא כמכונה שנועדה למיצוי מיץ גזר מגזר, מכונה שבצידה האחד יידחק הגזר ובצידה האחר יוול מיץ גזר. בית משפט חיה כרקמה חיה ונושמת, רקמה רוויה במיצים – ביניהם מיצים של צדק ושל יושר, של תוס-לב ושל שכל ישר – ובהזינו אותה בנתונים הבאים מן החוץ, מעכלת ומעבדת הרקמה, על-ידי המיצים שבה, אותם נתונים הבאים אליה מן החוץ, ולאחר אותו עיכול ועיבוד מייצרת היא את המוצר

דיגיטליים – לא יהיה ניתן לוותר על בית המשפט הממשי, הפיזי, הידוע והמוכר. לא נוכל אחרת כשם שנאמר בעניינו של משה:<sup>76</sup>

וירא חותן משה, את כל־אשר־הוא עושה לעם; ויאמר, מה־הדבר הזה אשר אתה עושה לעם מדוע אתה יושב לבדך, וכל העם ניצב עליך מן־בוקר עד־ערב. ויאמר משה, לחותנו: כִּי־יבוא אלי העם, לדרוש אלוהים. כי יהיה להם דבר, בא אלי, ושפטתי, בין איש ובין רעהו; והודעתי את חוקי האלוהים, ואת תורותיו. ויאמר חותן משה, אליו: לא־טוב, הדבר, אשר אתה, עושה. נבול תיבול גם אתה, גם העם הזה אשר עימך: כִּי־כבד ממך הדבר, לא־תוכל עשוהו לבדך. עתה שמע בקולי, איעצך, ויהי אלוהים, עימך; היה אתה לעם, מול האלוהים, והבאת אתה את־הדברים, אל־האלוהים. והזהרתה אתהם, את־החוקים ואת־התורות; והודעת להם, את־הדרך ילכו בה, ואת־המעשה, אשר יעשון. ואתה תחזה מכל־העם אנשי־חיל יראי אלוהים, אנשי אמת שונאי בצע; ושמת עליהם, שרי אלפים שרי מאות, שרי חמישים, ושרי עשרות. ושפטו את־העם, בכל־עת, והיה כל־הדבר הגדול יביאו אליך, וכל־הדבר הקטון ישפוט־הם; והקל, מעליך, ונשאו, איתך. אם את־הדבר הזה, תעשה, וציווך אלוהים, ויכולת עמוד; וגם כל־העם הזה, על־מקומו יבוא בשלום. וישמע משה, לקול חותנו; ויעש, כל אשר אמר.

בתקופתו של משה רבנו לא הייתה הפרדת רשויות: משה היה השופט, המחוקק והמנהיג עד אשר אמר לו יתרו חותנו, שלא ניתן לעבוד בצורה זו, ויעץ לו לבוד סמכויות בגדרה של הרשות השופטת. כך אצל משה וכך אצלנו – יש דברים שלא ניתן בלעדיהם, ואחד מהם הוא המשפט החי.

**בית משפט עתידני המנהל את המשפט על גבי כבלים ורשתות, זו אפוא תחזית רחוקה בעיניך?**

האנשים נשארים אנשים, תהא הטכנולוגיה אשר תהא. יש להיוולד למציאות חדשה כדי להתרגל אליה, וגם אם הדבר אפשרי, הוא אינו תחליף למגע האישי. הרי בסופו של דבר פסקי דין ניתנים לבני אדם, בשר ודם, ולכן לא ניתן לוותר לגמרי על ההיבט האנושי והממשי. האוטומטיות הדיגיטלית, שעליה אתה שואל, אכן נוגסת אט־אט בחיינו, אך גם לה גבול מסוים, שאותו לא ראוי שתעבור. כל שאני יכול לומר הוא, כי לו היו אומרים לי לעבוד באופן דיגיטלי, הייתי מסרב לכך בכל תוקף. אבל אני מודה, אחרי שישים־שבעים שנה אין משנים אורחות חיים כך לפתע.

שהיא מייצרת". ראו: ע"א 1842/97 עיריית רמת גן נ' מנחמי מגדלי דוד, פ"ד נד(5) 15, בעמ'

.43

.76. שמות, יח 14-24.

אולי אם בני אדם יהיו שונים, כשהידיים יצמחו מהבטן והראש מהטבור – אולי אז התחויות העתידניות יתממשו.

מהו תפקידו של פסק דין? האם עליו לדון גם בשאלות שאינן מחוייב בהן?

אם להשיב במילה אחת – אז לא, בית משפט אינו צריך לדון במה שלא נשאל עליו.

עם זה, הדבר אינו פשוט כלל ועיקר וטעון הסבר. מבחינה היסטורית תפקידו של פסק הדין הוא לעשות צדק between man and man. בין שמדובר בתובע מול נתבע או במאשים מול נאשם – צריך שיעשה צדק בין השניים. הדבר יכול להיות בתחום האזרחי, הפלילי או בבג"ץ. בעשרות השנים האחרונות החל להתבלט יותר ויותר מקומו ומעמדו של בית המשפט בתוך המערכת השלטונית הכללית, כלומר כחלק משלוש הרשויות. מעמדו התבלט שכן גם כשמדובר בהכרעה במקרה ספציפי, בית המשפט יכול לקבוע נורמת התנהגות מסוימת. בהיסטוריה של המשפט האנגלי הכוונה הייתה לתקדים מחייב, אך בהקשר של המשפט הפרטי בלבד. כאשר חל שינוי בתפיסת היחסים בין בית המשפט לשאר הרשויות, קיבל מושג התקדים המחייב משמעות חדשה, והביא עימו להעצמת מעמדה של המערכת המשפטית. גיקח לדוגמה את פרשת דרעי:<sup>77</sup> לצד ההכרעה במקרה הספציפי, קבע בית המשפט כי ניתן לחייב ראש ממשלה שלא למנות לשר אדם שמוגש נגדו כתב אישום. כלומר בית המשפט יצר הלכה חדשה לצד הדין באותו מקרה. קמה ביקורת על בית המשפט בעקבות כך, אך זו נהייתה המציאות אצלנו כמו בעולם כולו. בית המשפט נוטל יותר ויותר חלק בהיבט הממשלי של המדינה. הדבר זכור לי מפרשת הנגבי,<sup>78</sup> כשמינו אותו לשר בזמן שהוא נחקר במשטרה. כבר אז דיברתי על מושג ה-it isn't done, וכבר אז הכה בי הדבר. אני זוכר שהייתי בלימודים בלונדון בשנות השישים, ושם פגשתי בסטודנטית מצטיינת שסיימה לימודיה באנגליה. אצל האנגלים, כידוע, המלכה צריכה לחתום על כל חוק חדש, כשם שנשיא המדינה ויושב ראש הכנסת עושים כן אצלנו. שאלתי אותה סטודנטית חביבה: "נניח שהמלכה תסרב לחתום..." והיא קטעה אותי מיד והשיבה "מה זאת אומרת לא תרצה לחתום?", היא צריכה לחתום. יש דברים שהם בבחינת 'it isn't done' ולכן השאלה אינה שאלה". שאלתי אותה "מה זאת אומרת, it isn't done, הרי אי אפשר לחייבה". חשבתי לעצמי, איזו תשובה טיפשית השיבה לי אותה הסטודנטית. אנחנו הישראלים, כך סברתי, חכמים אנו יותר מכולם ויודעים הכול. החלטתי שלא להתווכח עם הסטודנטית והנחתי לדבר. רק כעבור שלושים או ארבעים שנה הבנתי עד מה צדקה הסטודנטית. אכן, יש דברים שהינם בגדר it isn't done, וכפי שאמר זאת לבן ליעקב: "נ'אמר לָכֵן, לֹא יִעָשֶׂה כֵּן בְּמִקוֹמֵנוּ לְתֵת הַצְעִירָה, לְפָנֵי הַבְּכִירָה".<sup>79</sup> וזו תרבותו של עם.

כאשר אין נורמה ברורה, הקובעת שאין למנות אדם לכהונת שר כאשר הוא עצמו נחקר או עומד להיחקר – אז בית המשפט צריך לומר את דברו, לקבוע נורמת התנהגות ראויה

77. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404.

78. עניין הנגבי (לעיל, הערה 56).

79. בראשית, כ"ט 26.

ולעתים לחרוג מהשאלה המשפטית הצרה העולה מהמקרה שהובא לפניו. במציאות שבה אנו נתקלים באטימות לב, ובאי הבנה בסיסית של הדברים מצד הממשלה או הכנסת – בית המשפט חייב להתערב ולומר את דברו. קיימת תרבות של שליטה ומשילות, וכאשר אחת משלוש הרשויות מתעלמת מתרבות זו – חובה על שאר הרשויות להתערב ולא לעמוד מנגד. אכן זה אינו עיסוקן העיקרי של בית המשפט, ולפי שר המשפטים הנוכחי, דניאל פרידמן, אינו עיסוקן של בית המשפט כלל, ואל לא להתערב, אך הדבר דרוש והכרחי בעיניי. השאלה בעניינים אלה היא הרכבה מעבר למשפט. זו כבר שאלה של תרבות, או של היעדר תרבות. החיים דינמיים יותר מהמשפט, ולא הכול הוא משפט. בניגוד לדת, הממלאת את החיים ושולטת בהם לגמרי, למשפט אין תשובה על כל דבר והוא בגדר מינימום הדרוש להי חברה בלבד. אולם אין המשפט יכול להתעלם מהנורמות התרבותיות שסביבו, ובמקרים כגון אלו שציינתי, התרבות הכללית נשאבת אל המשפט והמשפט יונק חיות מן התרבות. תיארתי בקצרה את ההשתלשלות ההיסטורית של מעמדו של בית המשפט במערכת הממשל הכללית של שלוש הרשויות, וכעת אני חוזר לשאלה של תפקיד פסק הדין במסגרת זו. מכיוון שהמשפט התרחב במרוצת השנים, והלכה למעשה הוא קובע נורמות (להבדיל מנורמות שתמיד קבע בתחום הצר של תחומי המשפט הקלאסי, כגון בדיני חוזים, נזיקין, קניין רוחני ואף פרשנות חוקים במובן הצר) בתחומי חיים רבים ושונים – עליו להיזהר מאוד בכל הקשור לכתיבת פסקי דין. לאמרות אגב המופיעות בפסק דין אין כוח מחייב ושופט אינו נוטל על עצמו אחריות ממשית בעניינן. כך למשל, מחשבות כלליות על תפקיד הממשלה, מידת אחריותה, והיחסים בינה לבין הכנסת אינן מחייבות כל עוד אינן מתרגם אותן לצו מעשי. דוגמה לכך ניתן למצוא בפרשת **אבנרי**.<sup>80</sup> שם נקבעה הלכה בדבר היקפו הרחב של חופש הביטוי בשעה שבעצם היה ברור לחלוטין לעצם העניין, שבית המשפט אינו יכול לתת צו מניעה שימנע את פרסומו של ספר שאין בית המשפט יודע מה הוא מכיל. זוהי, אם כן, הסיבה ששופטים צריכים להיזהר מאוד בעת כתיבת אוביטררי דיקטה.

לעתים נשמעת הטענה כי יש שופטים הכותבים פסקי דין "לקראת" פסיקה עתידית, כלומר יודעים הם שיום אחד הנושא יעלה ולכן כותבים בפסק דין ספציפי רקע שישמש בבוא העת. דבר זה אינו ראוי בעיניי, ומהווה דוגמה שלילית לדברים שאמרתי עד כה בדבר הזהירות שיש לנקוט בנוגע לאמרות אגב אלו ואחרות. שופט צריך לפסוק במקום שבו הוא מטיל אחריות. גם מצב שבו שופט אינו נותן צו, אך מביא את הנימוקים לכך, הוא מתקבל על הדעת, ונעשה בו אף שימוש רב. כך, למשל, שופט מחליט שלא לתת צו נגד פלוני, אבל זאת לאחר שהסביר קודם לכן את הכלל בדבר התנאים לצו. משעשה זאת, והראה כי אחד מתנאי הכלל אינו מתקיים, ולכן אין הוא נותן צו, יצא השופט ידי חובתו והתנמקה מצדיקה את רוחב היריעה שנפרשה בפסק הדין.

80. ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840.

זוהי למעשה שיטת הכתיבה "מן הכלל אל הפרט".

כשלעצמי, אני סבור כי דרכו של בית המשפט צריכה להיות אינדוקטיבית, כלומר מן הפרט אל הכלל. אם נחזור לפרשת אבנרי,<sup>81</sup> הרי לטעמי בית המשפט לא היה צריך לכתוב דברים מעבר לעניין אלא לדון עקרונית במקרה שהובא לפניו, ואת דוקטרינת חופש הביטוי להותיר לימים שיבואו או לאנשי האקדמיה. איני יכול לומר כי לא תטאתי בעצמי בכל הקשור לאוביטר-דיקטה. אכן תטאתי בדבר, אם כי אין לבלבל בהקשר הזה בין אמרות אגב לבין אורכו של פסק דין, שני דברים שלא בהכרח כרוכים זה בזה. למיטב הבנתי, לא הארכתי לשווא בפסקי דיני, אם כי לא הייתי יכול שלא להגיב על דברי חבריי כשלא הסכמתי איתם.

כל שאמרתי עד כה התייחס לשופט בבית המשפט העליון, לא כל שכן בעניינין של הערכאות האחרות. איני יכול לשכוח מקרה שהובא לפניי כשהייתי חבר בוועדה לבחירת שופטים. שופט בית משפט השלום שרצה להתמנות לבית המשפט המחוזי שלח לי פסק דין של שבעים עמודים, גדוש אסמכתאות ופולפולי משפט. אלוהים שכשמים, חשבתי לעצמי, כמה מתדיינים היו צריכים לחכות בתור עד ששופט זה יסיים את מלאכתו זו? שופט בית משפט השלום צריך להיות מעשי וענייני, הוא אינו קובע הלכות, ולכן אין אף מקום לשאלת אמרות אגב. מדי פעם תיתכן הערה כזו או אחרת, אך ככלל אמרות אגב אסורות. אין משמעות הדבר שיש לקצר יתר על המידה בכתיבת פסקי דין, שכן לשם כך בדיוק נועדו ההגמקות. יש להבחין בין פסק דין, כגון עניין בנק המזרחי, המשתרע על פני יותר משלוש מאות והמישים עמודים, לבין פסקי דין קצרצרים בני חצי עמוד. מובן שפסקי דין קצרים מדי, אשר אינם כוללים הנמקה מסודרת, פוגעים אף הם במעמד בית המשפט, שכן הדבר מחליש את אמון הציבור במערכת. לכן, יש למצוא את האיזון הראוי בין שני מצבי הקיצון שתיארת. מכל מקום, אוביטר-דיקטום אסור ורצוי להימנע ממנו ככל האפשר. אני מודה, לא הייתי בין המקצרים בעניין זה, וכמו שופטים אחרים נהגתי לחשוף את עצמי לא פעם. יש לקוות שהדבר ישתנה יום אחד.

סיפורים מבוססים על סלקציות, עיוותים, הדחקות והבלטות מבוזזות ושאינן מבוזזות. כל אלה יחדיו הם "אמצעי הדגשה ומחיקה" שבהם נעשה שימוש לצורך בחירות נרטיביות ספרותיות והעברת מסרים, תוך יצירת תחושת הזדהות וקרבה רגשית. עם סיפורים אלו ניתן למנות את פסקי הדין – אלו הסיפורים המשפטיים פרי יצירתם של השופטים-סופרים. האם כשמדובר בהכרעות שיפוטיות ניתן להשתמש באמצעים אלו, כאשר נדרש שיקוף מקסימלי של המציאות בלא מניפולציות ואמצעי רטוריקה כאלו ואחרים?<sup>82</sup>

פסק דין מכיל ארבעה חלקים: תיאור העובדות, טיעוני הצדדים, שאלות משפט והיישום. שופט, כמו עורך דין (ולמענתכם, כמו סופר), מבקש לשכנע בתוצאה שאליה הגיע ובהחלטה שאותה קיבל. לשם כך שופט יכול להשתמש באמצעי שכנוע כרצונו, בין

81. ש.ס.

82. להרחבה ראו: שולמית אלמוג, "על נפת, על חייטים ועל הריסת בתים", דפים למחקר

בספרות (2000) 12, 219.

באמצעות שימוש בפילוסופיה, במקורות משפט או בכל אמצעי אחר. כשלעצמי השתמשתי יותר בתנ"ך ופחות בספרות לביסוס ההלכתי, ולכן איני בטוח שאני יודע למה הכוונה במונח כלים ספרותיים. מכל מקום, צורת התבטאות היא תמיד, בסופו של דבר, אישית לכל אחד ואחד, והיא מושפעת מההיסטוריה האישית של כל אדם ואדם. לכן איני מוצא כל פסול בשימוש זה של השפה, ובלבד ששופט אינו מתרחק מהגרעין המרכזי של העניין ואינו מפליג למרחקים. יש לזכור כי פסק דין הוא בראש ובראשונה מסמך פונקציונלי שנועד לעשות צדק, ולכן ככל שנקבעת הלכה לעתיד לבוא – עליה להיות ברורה כדי שהכול ידעו כיצד להחיל אותה ולהשתמש בה בימים שיבואו. גם בהקשר זה, כפי שכבר אמרתי, בית המשפט אינו מכונה אוטומטית לייצור פסקי דין והלכות. מאחר שתוכנו של פסק דין נועד לשכנע ולקבוע נורמות, יש להתאים את הניסוח שלו לפונקציות שאותן הוא ממלא. שופט הוא אדם, ולכן ניתן למצוא וריאציות שונות של ניסוח אצל כל שופט ושופט, והדבר הוא ברור מאליו. שופט באופן טבעי נמשך אחר אסוציאציות אישיות שליוו אותו במשך חייו, ובמקרה שלי זה היה התנ"ך שליווה אותי כל חיי ובא לידי ביטוי גם בפסיקותיי. לטעמי, שפת התנ"ך מקשרת את פסק הדין לחברה הישראלית ומסמלת המשכיות טבעית. פסק דין, כאמור, הוא חלק מתרבות כללית. בהקשר של העם היהודי, התנ"ך גם הוא חלק מהתרבות הכללית, זו שהחלה כבר לפני כשלושת אלפים שנה, ולכן השילוב בין השניים טבעי בעיניי.

לעתים, אני מודה, שפה רזה היא פונקציונלית יותר, וכזו אולי משכנעת יותר. עם זה, ברור כי כל אחד כותב לפי אופיו, ואין הדבר פסול בעיניי.

הנשיא לשעבר ברק סבר שיש להשמיע דעת מיעוט כאשר שופט סבור כי הדין עימו, ורק עימו. או אז, חובה על אותו שופט לומר את דברו. אלא שבאשר ייתכנו כמה פתרונות משפטיים, ואחד מהם מוצע על ידי אותו שופט, ייתכן שהשמעת דעת מיעוט תזיק יותר מאשר תועיל, במובן זה שתכרסם בכוחו של פסק הדין ותערער את יציבותו של הכלל המשפטי.<sup>83</sup> האם הינך שותף לדעה כי לעתים יש לנהוג "איפוק" במקרים אלו, או שלדעתך צו מצפוני של השופט הוא שצריך לשמטו תמיד נר להגליו?

השאלה אינה שאלה של מצפון, ולכן העמדת הדברים כמנוגדים זה לזה אינה מוצדקת לטעמי. אני יכול להעיד כי במקרים רבים כשחברי למותב כתבו פסק דין, הצטרפתי וכתבתי "אני מסכים", אף שלא הסכמתי לכל דבר ודבר. הסכמתי לתוצאה ולכן הצטרפתי בהחלטתי לחברי. לכן, כאשר ההסכמה היא "פה אחד", הכוונה היא להסכמה עקרונית, שכן אין צורך שכל שופט יציין את הסתייגותו ויפרט את הליקויים שאינם נראים לו. עם זה, איני שותף לדעה כי מיעוט אינו צריך לומר את דברו אך ורק כדי שלא לכרסם בדעת הרוב. הטעם לכך הוא שמחר עשוי המיעוט להיחפך לרוב, ואכן היו מקרים שבהם לשמחתי דעת המיעוט נהפכה ברבות השנים לדעת הרוב. שופט, ככלל, צריך לכתוב את מה שהוא מרגיש וחושב לאחר בירור ויציונלי בינו לבין עצמו באשר למה שהוא נכון. דעתו של הנשיא ברק אינה נראית לי, אך לא אאריך.

83. אהרן ברק, *השופט בהברה דמוקרטית* (תשס"ג) בעמ' 299-300.

האם אפשרי לדעתך, ולאור ניסיוןך השיפוטי, מצב שבו שופט יפסוק בניגוד מוחלט להשקפותיו? כלומר האם הצורך באובייקטיביות ככל שמדובר בהפעלת שיקול דעת שיפוטי הוא עניין של רטוריקה בלבד, או ייתכן באופן ממושי? האם במקרים שהובאו לפניך, פעלת תמיד לפי צו מצפונך, או שהכפפת עצמך לשיקולים אובייקטיביים גם כאשר נגדו בבידור את השקפתך?  
באופן אישי לא נתקלתי במצב שתוארתם.

היו מקרים שידעת מלכתחילה כיצד יסתיים תיק שנידון לפניך?  
בעניינים אלה הדברים הרבה יותר מורכבים מכפי שעשוי להיראות במבט ראשון. שופט אינו מתחיל לקרוא את כל הספרים ופסקי הדין, ורק לאחר מכן מגבש את דעתו. כתיבת פסק דין אינה פועלת בצורה זו. שופט שסיים דיון, יודע פחות או יותר מה כיוון מחשבתו, והדבר תלוי בשני גורמים: האחד, אם השופט חכם או שאינו חכם, והשני – הניסיון. קיימת אינטואיציה מושכלת הנרכשת עם הניסיון המצטבר. אני יכול לומר כי בהרבה מקרים ידעתי מראש מה תהיה התוצאה. כך, למשל, קרה בכל הקשור להלכת קולומבו,<sup>84</sup> שם דובר בעסקת קונסיגנציה. אני זוכר שקראתי את פסק הדין בעניין קולומבו וחשבתי כי ההלכה שם מוטעית. הרגשתי אינטואיטיבית שההלכה מוטעית, ולכן כשפרשת קידוחי הצפון הגיע לפתחי להכרעה, ולאחר שיקול נוסף, העליתי את הנימוקים וכתבתי פסק דין.<sup>85</sup> מילת המפתח בכתיבת פסק דין היא אינטואיציה מושכלת.

האם חשוב שהציבור הרחב ייחשף לצדדים האישיים בחיי שופטים<sup>86</sup> או אולי יש לשמור על ריחוק מסוים? האם יש מקום לצייר שופטים כבני אדם או לשמר את מעמדם כנשגבים ומורמים מעם?

שופט, לגישתי, צריך להיות מרוחק במידת מה מהציבור. שופטים הם אנשים חורגי גורלות, ולכן מתבקש בעיני הריחוק. זוהי הסיבה לכך שלשופטים יש חברים רק מבית הספר התיכון, מן הצבא ואולי מהאוניברסיטה. לצערי, אין אפשרות לשלוט בדבר ואנו עדים לרכילאים הנכנסים בכוח לחייהם הפרטיים של שופטים ומספקים כותרות לציבור. איני אוהב תופעה זו, אך אין הדבר בשליטתי. היום החברה פתוחה הרבה יותר, במיוחד לעומת הריחוק שאפף שופטים לפני שנים רבות.

אם הייתה ניתנת לך האפשרות לשוב ולהתחיל את דרכך בבית המשפט העליון, מה היית עושה אחרת? היש חרשות?

84. ע"א 455/89 קולומבו מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490.

85. רע"א 1690/00 מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבנל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני), פ"ד 385 (4) 385.

86. כפי שבא הדבר לידי ביטוי, למשל, בספרה של נעמי לויצקי, העליונים: בתוככי בית המשפט העליון (תשס"ז).

אשתי נוהגת לומר כי היא רוצה לחיות כל גיל בדרכו, ולא לחזור לאחור לשום גיל. לי יש הרגשה שלא מיציתי את עצמי ולא אמרתי את כל מה שרציתי לומר. עברו שנים אחדות מאז החילתי לשפוט ועד שנפתחתי, והיו דברים שלא נאמרו באותן שנים, וחבל. כשהייתי צעיר בבית המשפט לא אמרתי את כל אשר בלבי, ואני סבור כי בדיעבד הייתי עושה דברים אחרת. מהד גיסא, אני מצטער שמיצעתי בשנותיי הראשונות בבית המשפט לכתוב בדרכי, אך מאידך גיסא אני בטוח שגם לו הייתי נשאל על כך בעוד עשר שנים מהיום, תשובתי הייתה דומה ולא הייתי מרגיש מיצוי מלא. תחושת ההתמצה תמיד מלווה אותי, ואין זאת אלא דרכו הטבעית של אדם בעל רגשות מעורבים. מבחינת פסקי הדין עצמם, יש מקרים (מעטים) שעליהם אני מתחרט במובן זה שהיום הייתי כותב ומחליט אחרת. אני נושא באחריות לכל פסק דין שכתבתי, אך יש כאלה שאני מתחרט על כך שלא כתבתי בהם כל מה שרציתי באמת לכתוב.

#### כוונתך לפסק הדין בעניין קעדאן?<sup>87</sup>

יש לי פסק דין כתוב וגנוז בעניין קעדאן, ועל כך אני מצטער. היה מקרה אחר שהייתי שותף בו לזיכוי אדם מחמת רצח, ובדיעבד אני סבור כי היה מקום להרשעתו. אמנם לא אני כתבתי את פסק הדין, אלא רק הצטרפתי לדעת חבריי, אך אני זוכר כי התלבטתי רבות, ואילו הדבר היה תלוי בי היום, סופה של ההתלבטות היה בהרשעה ולא בזיכוי. במקרה אחר, לעומת זאת, נשארתי במיעוט כשהחלטתי להרשיע אדם ברצח, ואיני מתחרט על כך לרגע. אני מניח שאם אתאמץ אמצא עוד מקרים שעליהם אני מתחרט, אך נראה שמנגנוני ההגנה העצמית בנויים בתוכנו באופן שישכחו מאיתנו דברים אלו. לו הייתי צריך להתחרט עוד ועוד – אולי הייתי מת מרוב צער, ולכן אני מניח שהדברים נשכחים לאט לאט. באחד מפסקי הדין התחבטתי בשאלת החרטה, שכן ידעתי שאני עלול להתחרט על ההחלטה כשם שאתחרט על החלטה מנוגדת לה. הדבר היה לי כל כך קשה עד שאמרתי "אוי לי מיוצרי אוי לי מיצרי", ותהיתי למה בחרתי במקצוע השפיטה.<sup>88</sup> אספר לכם סיפור: כשהיה קטן, בן חמש-שש, שאל אותי בני: "אבא, תאמר לי, מה זה מלאך המוות?" עניתי, "לאלוהים יש מלאכים, ומלאך המוות ממית בני אדם". שאל אותי בני שוב: "למה הוא ממית אותם?" והשבתי "מכיוון שאלוהים אומר לו שהאיש הזה צריך למות, או המלאך נוטל מאותו אדם את נשמתו". אמר לי בני "זאת אומרת שהוא עושה מה שאומרים לו, וזה התפקיד המוטל עליו. אם כן, מדוע שונאים אותו כל כך, אבא?" זה לימד אותי כמה דברים על החיים, ועל התפקיד שלי, שממנו אי אפשר לברוח. ההכרעה היא חלק מהתפקיד, ואי אפשר לברוח ממנה. לפעמים היא חלק מסיכוני המקצוע.

87. בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.

88. ראו דברי השופט חשין: "שופט יכול שישאל עצמו מהיטעם בחר בייעוד השפיטה ולא במקצוע אחר לענות בו. אוי לי מיוצרי אוי לי מיצרי. כל פיתרון שאבחר בו, יבואו ימים ואתחרט על בחירתו". ראו: בג"ץ 3799/02 עראלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז בצה"ל (טרם פורסם) ניתן ביום 6.10.2005.

### תוכניות להמשך?

אין לי כרגע תוכניות להמשך. בשלב זה אני מוזמן מעת לעת להרצות, לכתוב דברים. כאשר אברהם לקח את יצחק לשחיטה, שאל אותו יצחק: "ויאמר אל־אברהם אביו, ויאמר אבי, ויאמר, הנני בני; ויאמר, הנה האש והעצים, ואיה השה, לעולה. ויאמר אברהם אלוהים יראה־לו השה לעולה בני..."<sup>89</sup> זו סצנה כל כך נוגעת ללב. אלוהים יראה לו את השה לעולה. זאת אומרת, משהו סתמי כזה. או אני אומר – לימים, אלוהים יראה לי את העיסוק לעולה, את העיסוק לעתיד. כמו אצל אברהם ויצחק. נראה. אני לא ממהר לשום מקום.

