

שער ראשון

מכס השיפוט

”לב שומע” – על מעשה השפיטה

מאת

אליקים רובינשטיין*

על השפיטה

השיפוט הוא עיסוק ייחודי. קשה לדבר עליו רק במונחי מקצוע; אי־אפשר שלא לדבר עליו במונחי שליחות. בהתמנותם על ידי נשיא המדינה מצהירים השופט או השופטת על התחייבותם “לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים”¹ (להלן אשתמש לשם הנוחות במונח “שופט”, אך כוונתי כמובן גם לשופטת, ובעידן זה כדאי להזכיר כי השפיטה, כמו השירות המשפטי הציבורי בכלל, היא בין תחומי העיסוק שבהם חלקם של נשים גדול; למעלה ממחצית מכלל השופטים בישראל הן נשים, כולל ארבע בבית המשפט העליון).

השפיטה – ואוכל לדבר עליה רק בראשי פרקים ועל קצה המזלג – כוללת את כל מגוון בעיות האנוש; היא מטילה אחריות רבה מאין כמוה; ניתנו בידך עט או מקלדת ואתה מחליט בגורלו של הזולת, לרבות שלילת חירותו לשנים רבות; אתה מכריע בממונו של הזולת, שלפי חכמינו הוא “שמעמידו על רגליו”²; אתה מכריע בזכויותיו אל מול השלטון ובדרכי ההתנהלות של השלטון כלפי האזרח, התושב והשוהה בישראל או בשטחים שבשליטתה. בית המשפט העליון גם מתייחד מבתי משפט אחרים בכך שעליו לקבוע הלכה פרשנית לשאר בתי המשפט. אך גם עליו לזכור, כפי שציין השופט (לימים הנשיא) שמעון אגרנט בהצאה לזכר הנשיא משה זמורה מלפני קרוב לארבעים שנה, כי “התפקיד הראשוני הוא לעשות דין צדק בין הצדדים”, ולעניין זה – כדבריו – “law and judging are not a science but an art”. רוצה לומר, בראש וראשונה על השופט להידרש לבעלי הדין שלפניו. עוד ציין השופט אגרנט שם, כי “כאשר בית המשפט צריך להגיע בעניין שאיננו נתון כל כך לפתרון קל, לתוצאה הצודקת, מלווה אותו הרגשת מתיחות מסוימת, “agony of decision”; ועל כך אוכל גם אנוכי, כפי שיוכל כל שופט, להעיד. השופט ד”ר שלמה לויין (לשעבר משנה לנשיא בית המשפט העליון), כתב בספרו: “מלאכת השיפוט היא מלאכת יצירה”³, והוסיף מפי השופט מישאל חשין כי

* המשנה (בדימוס) לנשיאת בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה לשעבר, פרופסור חבר למדע המדינה ומדיניות ציבורית, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודה רבה לחברי מערכת כתב העת **המשפט** ובמיוחד לשיראל כהן.

1 ס’ 6 לחוק־יסוד: השפיטה.

2 בבלי, סנהדרין ק”י, א.

3 שלמה לויין **להיות שופט** 74 (2009).

השופט משול לסופר ולמשורר, לצייר ולפסל, למלחין ולמחזאי, "שכמותם הוא מפרש את המציאות ובכוח היצירה והדמיון יוצר מציאות חדשה, שאבני היסוד שלה הן החיים עצמם".⁴ והוא מסכם את ספרו: "אין כמעט תפקיד נהדר כמו השפיטה. להיות שופט הוא לקיים תהליכים של חשיבה ונסיון לשלב בין עשיית הצדק לבין החוק. להיות שופט הוא לשלב בעבודה היומיומית, שאינה קלה, מרכיבים של אמנות ושאר רוח, אינטואיציה והשראה שבעזרתם יכול השופט לקשור את הכלל המשפטי לנסיבותיו של ענין קונקרטי. להיות שופט פירושו להיות סקרן, לפגוש בכל יום סוגיה חדשה ולנסות למצוא לה פתרון ראוי. להיות שופט הוא מצד אחד לשמור על החברה מפני עברייניה ולהשליט סדר בין אזרחים, ומן הצד האחר להיות ער למצוקותיו של בעל דין שנפגע, ובמקרה המתאים להפעיל מידה של נדיבות וחמלה, שיכולה לסייע בידו להתגבר על צערו. להיות שופט הוא לעסוק בבני אדם ובכל הקשור אליהם".⁵ הנשיא אהרן ברק בספרו **שופט בחברה דמוקרטית**, מציין:⁶

הנני רואה עצמי כשופט הרגיש לתפקידו בחברה דמוקרטית. הנני לוקח המטלות המוטלות עליי – גישור על הפער בין משפט לחיים והגנה על החוקה והדמוקרטיה – ברצינות רבה. חרף הביקורת הנשמעת לא פעם – ולעתים קרובות היא עוברת לפסים אישיים היוצרים סכנת חיים מאלימות של קיצונים – הנני ממשיך בדרכי זו שנים רבות. הנני סבור כי בכך אני משרת נכונה את שיטת המשפט שלי. אכן, כשופטים בערכאה השיפוטית העליונה עלינו להמשיך בדרכנו על פי מצפוננו. לנו השופטים יש כוכב צפון המדריך אותנו בדרכנו. אלה הם ערכי היסוד ועקרונות היסוד של החוקה שלנו. אחריות כבדה הוטלה על כתפנו. גם בשעותינו הקשות עלינו להישאר נאמנים לעצמנו.⁷

[...] זאת גישתי לתפקידי כשופט. גישה זו מלווה אותי יום יום לאולם בית המשפט. על-פי גישה זו אני כותב את פסקי הדין. זו גישה שבמרכזה עומדים ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית; זו גישה שבמרכזה עומד האדם אשר נברא בצלם אלוהים. זו גישה הרואה בתפקיד השיפוטי שירות ולא שררה. "כמדמין אתם ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם".⁸

[...] רואה אני במשרתי שליחות. שיפוט אינו תפקיד. זהו אורח חיים.⁹

4 שם, בעמ' 78; מישאל חשין "מאיר שמגר – נשיא של שופטים – שופט ואדם" **משפטים** כו 203 (התשנ"ו).

5 לויץ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 191.

6 אהרון ברק **שופט בחברה הדמוקרטית** (2004).

7 שם, בעמ' 415.

8 בבלי, הוריות י, א; ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15.

9 שם.

ואכן, כשמדברים אנו בשליחות, כזו היא במובנה העמוק; לא שליחות שתמלא אותך יוהרה, כשליח משמי מרום, אלא במובן האנושי-חברתי, שיש בה יראה ואימה. כשנתמניתי לראשונה לבית המשפט המחוזי ב-1995 אמרה לי השופטת המנוחה שרה סירוטה, ביומך הראשון על כס המשפט תחשוב כאילו ירדה עליך שכינה, ואל יגבה ליבך. השיעור התמידי, והוא אינו קל כשקוראים לך בכל יום "כבודו", הוא הענווה; זכור כי אינך אלא בשר ודם בעל חולשות משלך, גם אם באולם בית המשפט אתה "בעל בית"; הענווה צריך שתבוא לידי ביטוי בשניים – ביחס של שופט למתדיינים לפניו וביחסו להכרעה השיפוטית, וזו האחרונה היא אותה חרב שבין ירכותיו של הדיין בשבתו לדין שעליה דיברו חכמינו ואליה אבוא. אטעים כאן, כי לצד הנושאים ה"גדולים" חשוב לראות את האדם שמאחורי תיקים אחרים ואת כאבו, והוא יכול להיות מתלונן או גם נאשם, עותר או בעל דין אחר. הנשיא משה לנדוי אמר למתמחתו – לימים הנשיאה – מרים נאור, לשופט יש תיקים הרבה, לבעל הדין יש תיק אחד בלבד, לעיתים כל עולמו, ובו תלויים מאוייו כולם.

השפיטה במקורות המשפט העברי

המקרא מגדיר את התכונות הנדרשות משופטים: "ואתה תחזה מכל העם אנשי-חיל יראי אלוהים אנשי אמת שנאי בצע... ושפטו את כל העם בכל עת"¹⁰. הפרשן מימי הביניים ר' אברהם בן עזרא מסביר בפירושו הקצר שם: "אנשי חיל – שיש להם כח לסבול... יראי אלהים – שלא יצא עליהם שם רע, אנשי אמת – שאינם כוזבים, שנאי בצע – ממון". רש"י מסביר: "אנשי חיל – ישרים, שאינם צריכים להחניף ולהכיר פנים, אנשי אמת – אלו בעלי הבטחה, שהם כדאי לסמוך על דבריהם שעל ידי כן יהיו דבריהם נשמעים; שנאי בצע – ששונאים את ממונן בדין, מההיא דאמרינן (ממה שאומרים אנו) 'כל דיינא דמפקין ממונא מניה בדינא לאו דיינא הוא (כל דין שמוציאים ממנו ממון בדין – כלומר, שאינו משלם מעצמו כסף המגיע ממנו – אינו דייין)'"¹¹. ועוד אמרה התורה לדיינים לשופטים מפי משה: "שמע בין אחיכם ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו; לא תכירו פנים במשפט, כקטן כגדל תשמעון, לא תגורו מפני איש, כי המשפט לאלהים הוא"¹². ספת הדברים אומרת כי הקב"ה הוא שנתן את המשפט, ועל כן אין לסור ממנו. אך גם ניתן לפרשה כי כביכול הקב"ה ניצב באולם המשפט: "אלהים ניצב בעדת אל..."¹³. מעניין לציין כי השופטים בספר שמות כוללים "שרי אלפים, שרי מאות, שרי חמישים ושרי עשרות", קרי – מנהיגים, וכך גם השופטים בספר שופטים, שהם שילוב של מנהיג מדיני ושופט. אך אנו נידרש לשופטים בטהרת עיסוקם השיפוטי, פשוטו כמשמעו.

חכמינו הרבו לעסוק במלאכת השפיטה ואמרו: "כל דין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת, מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף להקדוש ברוך הוא במעשה בראשית, ומשרה שכינה

10 שמות יח 21–22.

11 משנה, בבא בתרא נח, ב.

12 דברים א 16–17.

13 תהלים פב 1; ראו פירוש אהרן מירסקי דעת מקרא – ספר דברים (התשס"א).

בישראל".¹⁴ דין אמת לאמיתו הוא מעלה גדולה, כדברי השופט מנחם אלון,¹⁵ מובא גם בקובץ **נשמה יתרה במשפט** שליקט ממשנתו ד"ר (כיום פרופסור) אביעד הכהן.¹⁶ ועוד אמרו חכמים: "אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן, לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו".¹⁷ הרמב"ם מנסח את הדברים כך: "לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו על צווארו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו, וידע את מי הוא דן ולפני מי הוא דן ומי עתיד להיפרע ממנו אם נטה מקו האמת... כל דיין שאינו דן דין אמת לאמיתו גורם לשכינה שתסתלק מישראל...".¹⁸ ואגב, יש מחכמי המוסר שרואים כל אדם כדיין על עצמו, "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שערך",¹⁹ פירושו – שערי גופו של אדם, עיניו, אוזניו, פיו. מקל וחומר חלים הדברים על השופט, הנתון גם במשפט העברי וגם בימינו לכללי אתיקה מחמירים.²⁰

אמרו חכמים גם: "אל תדון את חברך עד שתגיע למקומו";²¹ אומנם יש מחלוקת אם משנה זו מכוונת לשופטים, אבל ניתן בוודאי לקרוא עליה: "קשוט עצמך תחילה ואחר כך קשוט אחרים",²² וכפי שמביא ד"ר הכהן מפירושו של ר' אפרים מלונטשיץ בעל "כלי יקר" לפסוק "שופטים ושוטרים תתן לך", "קשוט עצמך תחילה", ורק אחר כך "ושפטו את העם" – "לקשט זולתו".²³ על השופט לזכור כי פסק הדין ניתן בתנאים אחרים לגמרי מאשר אלה ששררו בעת ביצוע העבירות. נזדמן לי לומר בעניין **יחזקאל** "אדם נורמטיבי שנשלח על-ידי המדינה למלא חובתו ונקלע לסיטואציה קשה, שבה שגה שגיאה קשה, בעלת תוצאות קשות, אך לא קל ולא פשוט לדונו בתנאי מעבדה" (ההדגשה הוספה).²⁴ הדבר חל תדיר גם על גזירת הדין, מן הקשות במטלות השיפוטיות, דיני נפשות לנאשמים, וגם לקורבנות עבירה וזולתם.²⁵ והוסיפו חכמים ואמרו "הווי מתונים בדין"²⁶ וכן "ואזהרה לדיין שיסבול את הציבור, עד כמה, אמר רבי חנן ואיתימא (אם תאמר) רבי שבתאי, כאשר ישא האומן את היונק".²⁷

- 14 בבלי, שבת י, א.
 15 מנחם אלון "רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית" **ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** 6, 36 (מנחם מאוטנר, אבי שגיר ורון שמיר עורכים, 1998).
 16 אביעד הכהן **נשמה יתרה במשפט** 25–26 (2013).
 17 בבלי, סנהדרין ז, א.
 18 משנה, סנהדרין יג, ח-ט.
 19 דברים יז 11.
 20 אליקים רובינשטיין וערן שילה "אתיקה שיפוטית במשפט העברי" **עטיפה של משפט – צבי א' טל האדם והשופט** 103 (אייל נון עורך, 2017).
 21 מדברי התנא הלל משנה, אבות ב, ד; וראו רשימתו של אביעד הכהן "אל תדין את חברך עד שתגיע למקומו" – על שיקול דעת שיפוטי ומגבלות השפיטה" **פרשת השבוע** 351 (פרשת פנחס, התשס"ט).
 22 בבלי, בבא מציעא קז, ב.
 23 דברים טז 18.
 24 ע"פ 6392/07 **מדינת ישראל נ' יחזקאל**, פס' לא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 30.4.2008).
 25 ע"פ 2163/05 **אלייב נ' מדינת ישראל**, פס' ו(1) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.12.2005).
 26 משנה, אבות א, א.
 27 בבלי, סנהדרין ח, א.

חכמים גם ידעו לומר, "שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה?" תחושה ששופטים רבים חשים בה.²⁸ אמר השופט מישאל חשין: "יש רגעים בחיים ששופט היושב למשפט ואמור לחרוץ גורלו של אדם ישיח-בינו-לבין-עצמו ולוואי ולא נגזר עלי להכריע בדין".²⁹ וכפי שמציין השופט אלון: "תשובת חכמים היא 'אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות'.³⁰ ועוד, מי לידינו יתקע שמה שעניני בשר רואות הוא האמת? שמא מאחורי העובדות הגלויות מסתתרות עובדות שנסתרו מעימנו, ולא כל שכן במקום שעסקינן בנככי הלב והמוח! על כן ביקש שלמה המלך: "ונתת לעבדך לב שמע לשפט את עמך להבין בין טוב לרע, כי מי יוכל לשפט את עמך הכבד הזה".³¹ לב שומע מתפרש על פי רוב בהבחנה בין טוב לרע, אך לדידי אפשר לפרשו גם כתכונה המיוחסת (אף כי בוודאי לא במובן ביולוגי) ללב, קרי, החמלה. לא בכדי אומר הנביא ישעיהו בבקרו את חטאי מנהיגותה של ירושלים: "ציון במשפט תפדה, ושביה בצדקה"³² והצדקה היא שיקוף המגמה המוסרית של עשיית משפט צדק. הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, הראשון לציון בשלהי המנדט ובראשית ימי המדינה, בספרו כותב: "היסוד העיקרי שכל תורת המשפט בנויה עליו הוא מדת הצדק – צדק צדק תרדוף; והצדק עצמו אינו מזדקן ולא מחליף את צורתו ומשנה את פניו, אבל הוא פולש לו דרך בחיים בכל הצורות ובכל המעמדים".³³

אזכיר כאן כי ראיתי כחלק משליחותי השיפוטית לתת מקום למשפט העברי, שאין חולק כי הוא אחד ממקורות הפרשנות השיפוטית בישראל ולא זכה למקומו הראוי. עם זאת ניתן לאחרונה ביטוי פורמלי בתיקון סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התשע"ח–2018. על שופט הנדרש למשפט העברי לחלוף על פני שלוש משוכות: הרצון, הידע והזמן בעומס העצום,³⁴ ולא קל הדבר. אך נזכור כי המשפט העברי הוא נכס צאן ברזל לאומי-תרבותי, לא "עניין של דתיים" בלבד. העושר האדיר של מה שקרוי "ארון הספרים היהודי", הכולל משפט במקום של כבוד, שמור לבעליו לטובתו. בהרחבה יחסית נדרשתי לכך בפסק הדין שניתן ביום פרישתי מבית המשפט העליון האגודה למען זכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים.³⁵

- 28 בבלי, סנהדרין ו, ב.
 29 ע"פ 7741/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 2.5.2005).
 30 ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 304, 225 (1983); בבלי, סנהדרין ו, ב, לעיל ה"ש 28; הכהן נשמה יתרה במשפט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 119; עוד על תכונות השופט ראו יהושע גרוס "תכונות השופט" המשפט ג 103 (התשנ"ו).
 31 מלכים א ג, 9.
 32 ישעיהו א 27.
 33 בן-ציון מאיר חי עוזיאל השופט והמשפט 12 (התשס"ו).
 34 ראו רשימתי הקצרה "המשפט העברי – משפט הקורא לנו" בקובץ לשילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי (נחום רקובר עורך, 1998). רשימה זו פורסמה גם בספרי אליקים רובינשטיין נתיבי ממשל ומשפט: סוגיות במשפט הציבורי בישראל 168 (2003).
 35 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים, פס' פט-ק לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.6.2017).

על האחריות

אמרנו שבתפקיד השופט יש אחריות כבדה ועצומה, אותה חרב שבין ירוכתיו של השופט. דומני שאחריות זו קשורה גם בפן מוסרי, היחס לצלם אדם, לכבוד האדם, העיקרון החוקתי שבבסיס בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תורת המוסר היהודית נשענת על כבוד האדם. רבי ירוחם ליוואוויץ, המשגיח המוסרי בישיבת מיר בפולין בין שתי מלחמות העולם, כתב: "כל לימודנו הוא הלכות כיבוד אדם, ובזה נכללו דיני גניבה וגזילה שהם גם כן נכללים באי כיבוד האדם... כיבוד צלם אדם".³⁶ אך כבוד הבריות הנוגע למלאכת השופט הוא גם היחס לבעלי הדין ולעדים שלפניו, מה שקרוי מזג שיפוטי ומאור פנים ככל הניתן. וגם זאת, השופט פליקס פרנקפורטר מבית המשפט העליון של ארה"ב יעץ לנער ששאלו מה עליו ללמוד כדי להיות שופט, והפנהו לספרות ולהיסטוריה, להשכלה הכללית. גם בעיניי, בכל הכבוד, יש חשיבות רבה לאופק רחב אצל שופט, שנדרש – כך לגבי מרבית השופטים – לעסוק בפנים רבות של המשפט הפלילי, האזרחי והמנהלי ובפרשנות, וכבר נאמר מפי הנשיא ברק: "רוב רובה של העבודה השיפוטית – מעבר לקביעת העובדות – הוא בפרשנותו של טקסט משפטי".³⁷ השופט אגרנט בהקדמה לספר **פסקים נבחרים של השופט גד פרומקין**, ציין מפי השופט בנג'מין קרדוזו מבית המשפט העליון של ארה"ב, כי השופט "לעתים קרובות כאשר הוא נתון במיצר, קיימים תקדימים ואנלוגיות שבידו לכפותם לשרת את הצדק, אם אך יש לו העין הבוחנת הדרושה להשתמש בהם".³⁸ לשם עין בוחנת זו נחוץ לטעמי גם אופק רחב.

על השכל הישר ועל הדין

ועל כל אלה נחוץ השכל הישר. חלק גדול מאוד מן המשפט הוא השכל הישר. הוא על פי רוב, בכפוף למגבלות אנוש של מרווח טעות, יועץ טוב לפתרון בעיות משפטיות (כמו גם אחרות). יש בו כדי לסייע בהשגת האיזונים הנחוצים בהכרעה; לא אחת, הן בכתיבה השיפוטית במאות רבות של פסקי דין והן בשיח באולם בית המשפט, שגור היה על פי ובעטי הצירוף "השכל הישר". ער אני לכך שלא כולנו חושבים על אותם דברים באותה רוח, אך דומני שישנו מכנה משותף, ובו יש להסתייע.

ועוד יזכור השופט כי עליו להכריע לפי הדין, שאם לא הושגה פשרה (בתיקים אזרחיים רבים, אך גם באחרים), ייקוב הדין, ובמקרה כזה נדרש אותו אומץ של "לא תגורו מפני איש", שכן רק לעיתים רחוקות באין פשרה יהיו כל בעלי הדין מרוצים (יש גם כאלה). אבל השופטים אינם שם כדי לרצות את בעלי הדין אלא לפסוק לפי הדין, וכפי שהיה הנשיא ברק אומר, השופט

36 ירוחם הלוי ליוואוויץ **דעת חכמה ומוסר א**, ס"ג (התוצ"ה); ראו גם בג"ץ 7195/08 **אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד סג(2) 325, פס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2009).

37 בג"ץ 2257/04 **סיעת חד"ש – תע"ל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17**, פ"ד נח(6) 686, 701 (2004).

38 **פסקים נבחרים של גד פרומקין: שופט בבית המשפט העליון לארץ-ישראל 1920–1948** 57 (שלום קסאן עורך, 1962).

לא רק דן, אלא גם נידון; "כשאנו יושבים לדין אנו עומדים לדין".³⁹ האחריות היא מיוחדת בבית המשפט העליון, שכן כמעט שאין אפשרות להשיג על פסיקתו (פרט למקרים נדירים של דיון נוסף), וכדברי ארה"ב נשיא ארה"ב הארי טרומן "the buck stops here". יש חשיבות למאמץ שלא לענות את הדין, וכבר נדרשו לכך חכמינו ואמרו: "חרב באה לעולם על עינוי הדין ועל עיוות הדין".⁴⁰

חיל ורעדה בהכרעה

כבר הזכרתי כי בקיץ תשנ"ה (1995) נתמנית לראשונה לכהונת שופט בבית המשפט המחוזי בירושלים. באתי מעולם של משפט ציבורי לסוגיו, כיועץ משפטי של משרדי החוץ והביטחון וכמזכיר הממשלה, וכן מדיפלומטיה ועשיית שלום. הייתי אומנם תקופה מסוימת, בשירות המילואים, שופט בבית המשפט הצבאי בבית אל, אך עוד שנים רבות לפני כן הייתה השפיטה מעין משאת נפש בעיניי, כך בוודאי מאז כתבתי – למען האמת, יאמר מי שיאמר בהשגחה פרטית, בעקבות עיון אקראי בתיקי תש"ח בארכיון הציוני – את ספרי **שופטי ארץ**,⁴¹ הספר הראשון – דומני – שנכתב על תולדות בית המשפט העליון. אלא שהחיים וההשגחה הפרטית גלגלו למחוזות אחרים. נכנסתי לבית המשפט המחוזי כמעט כמעין סינדרלה. עצה טובה נתן לי השופט צבי טל, אז בבית המשפט העליון, להתיידד עם השופט שלום ברנר בבית המשפט המחוזי, שהיה לי למורה ומדריך במיוחד בראשית כהונתי. ונתקיים בי לגביו מעין "עשה לך רב". לא למותר לספר כי לימודי משפטים לא היו מעיקרא משאת נפש בעיניי. קשה להאמין, אך בהיותי בשנה שנייה בלימודי מדעי הרוח, תוהה כיצד לנצל את הזמן נוכח מיעוט השעות שנותרו לי לשנה השלישית, עברו – כנראה באותה השגחה פרטית – שניים שהכרתי אחד מהם ושהיו לימים לחבריי הקרובים ופגשו בי קורא ספר על מדשאת האוניברסיטה העברית בגבעת רם. שאלתי, לאן אתם הולכים, אמרו, להירשם למשפטים. אמרתי, גם אני, אף שהדבר לא היה במוחי כל עיקר באותו בוקר. וילכו שלושתם יחדיו, והשאר היסטוריה. אשוב לשפיטה.

באתי בחיל ורעדה ליום השיפוט הראשון בבית המשפט המחוזי. מצאתי כמאתיים תיקים שהיה עליי לטפל בהם, בחלקם – כפי שיקרה למרבית השופטים החדשים – בתחומים שלא עסקתי בהם לפני כן כלל. מעולם של "מקרו" בתפקידים בממשלה עברתי לעולם של "מיקרו", למצוקות היחיד ולרווחת הכלל.

הקושי הגדול שבפני שופט הוא כמובן **ההכרעה עצמה**. הדבר נכון בכל תיק, אך ישנם סוגים אחדים שהם מיוחדים לעניין זה, ואזכיר כאן בתחום דיני המשפחה – תיקי אימוץ והחזרת ילדים חטופים; בתחום הפלילי – הכרעה בתיקי עבירות מין ועבירות המתה, תיקי קטינים, וגזירת הדין; ובתחום האזרחי – תיקי רשלנות רפואית. אלה דוגמאות שאבקש לעמוד עליהן בקצרה במגבלות הזמן והמקום, ולכל אחת מאפיינים משלה.

39 בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(9) 817, 845 (1999).

40 משנה, אבות ה, ה.

41 אליקים רובינשטיין **שופטי ארץ** (1980).

דיני משפחה

אפתח דווקא בדיני המשפחה, שהרגישים והקשים ביותר שבהם הם תיקי האימוץ (ולצידם תיקי חטיפת ילדים על פי אמנת האג). סבורני כי אלה התיקים הקשים ביותר לשופט להכרעה, שהרי בהם לא אחת נתלשים בלית ברירה ילד או ילדה מהוריהם הביולוגיים, כיוון שהללו אינם מסוגלים לגדלם, אם מטעמי מחלת נפש או פיגור, ואם מטעמי נרקומניות ופשע באופן זה או אחר. לא אחת נאבקים ההורים הביולוגיים, ולעיתים הסבתא והסבא, על נפש הילד או הילדה, ויודע אתה כי המאבק הוא כן, אלא שמסתבר על פי מומחים כי מסוגלות אֵין, והלב בוכה – כי המצב אינו כדרך הטבע, שהיא שהורים יגדלו את ילדיהם, מה שקרוי "קול הדם". אך ברי כי השיקול המכריע שאין בלתו הוא טובת הקטין. אכן, לעיתים מחליט בית המשפט שלא לדבוק בהמלצות המומחים וללכת עם "קול הדם", וגם לפי "קול הלב", תוך נטילת סיכון ומתן סיכוי. הכרעה זו קשה כשאוּל, ופעמים שהחלטה מעין זאת מצליחה, ולמרבה הצער פעמים גם שלא. אין לדבר זה מרשמים. כובד האחריות כרוך כמובן באי־הפיכותן של ההחלטות, על כל המשתמע. בדומה לכך, אם כי בעוצמה פחותה מזו, הם תיקי חטיפת ילדים – שמשמעם, חרף היותנו בעולם גלובלי שהנגישות בו גדולה הרבה יותר מבעבר – הפרדת קטין אחד מהוריו לתקופות ארוכות, ובוודאי, ואומר זאת כמי שחווה אבהות וסבאות, היא קורעת לב. תיקים אלה קשים בעיניי אף מתיקי רצח, שבהם את המנוח אין להשיב. כאן עסקינן בבשר החי, וזו הסיבה שגם אם בדרך כלל ניתנת במשורה רשות ערעור בגלגול שלישי לבית המשפט העליון, אחרי שתיק עבר בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי, בתיקי אימוץ ואמנת האג לעניין חטיפת ילדים הדבר נעשה ברוחב יד גדול בהרבה.

המשפט הפלילי

המשפט הפלילי הוא הכרח בכל חברה. הוא משתרע כיום על כל תחומי החיים, מן העבירות ה"קלסיות" של רצח, שוד, אונס, גנבה וכדומה, עד למשפטים כלכליים וענייני קניין רוחני, שחלקם בתחומים חדשים לחלוטין, כמו האינטרנט ונגזרותיו, וכל הכרוך בעולם התקשורת המודרני, שמהתחלות צנועות של עיתונות כתובה הגיע לשפעת ערוצים אלקטרוניים וכתובים. אבל דבריי באשר לקושי המיוחד מכוונים יותר להכרעה בתיקים כמו עבירות מין, שלא אחת הדברים עומדים בגרסה מול גרסה, ואזי יש לחפש את האמת בהתרשמותו של בית המשפט הדיוני מעדות המתלונן או המתלוננת מול הנאשם או הנאשמת ומחזיקים כאלה ואחרים, ובדרך כלל, כמובן, על פי השכל הישר, בכגון דאלא יטה בית המשפט שלערעור להתערב בהכרעה קמא. ואחרי כל אלה, ההכרעה קשה, והיא קשה גם במקרים של עבירות המתה, בין רצח להריגה, ובמקרי תאונות דרכים, בין הריגה לגרימת מוות ברשלנות, שהמשמעות המעשית להבחנה במקרים אלה היא גובה העונש, אך יש כמובן גם משמעות רגשית ועוד. השופט היושב לדין פלילי זוכר תדיר, ומן הדין שיזכור תדיר, בהכרעת הדין ובגזירת הדין את הרגישות העצומה כלפי קורבנות העבירה מזה וכלפי החשודים והנאשמים מזה, לרבות עוצמתה של שלילת חירות הנגזרת משליחתו של אדם למאסר.

הספק הסביר

על כל אלה מרחף מושג הספק הסביר – החוק מחייב כי הרשעה תבוא לאחר שבית המשפט שוכנע באשמה מעבר לספק סביר. על כך נשפך דיו רב. במקרים אלה יש גם רלבנטיות לאינטואיציה האנושית, כפי שאמר השופט יעקב טירקל, שמעבר לניתוח המשפטי, "מתחיל לפעול עוד מנגנון, של בחינת ההחלטה שלי בעיניו ובשכלו של אדם נכון והגון, אדם מן הרחוב, אדם מן היישוב. דהיינו, אני לא מסתפק בכך שיש משבצת משפטית. אני רוצה להיות משוכנע שפסק הדין שלי הוא גם צודק..."⁴² וכמובן הנטל על התביעה להוכיח. אבל לא כל טענת ספק בעלמא מגבשת ספק סביר. ראו דבריי בהקדמה לספרו של ד"ר יניב ואקי:

בדיקת הספק היא מאמץ רצוי וראוי. יש בה משום ענוה, ההכרה כי אי אדם, ושופט בכלל כמובן, חסין מטעות. חכמינו שיבחו את הנימוס הלשוני שמאחוריו ביטוי של ספק; על דברי הפסוק "כנגע נראה לי בבית" (ויקרא מד, לה), שעניינו נגעים הבאים על בתים, אומרת המשנה (נגעים יב, ה) "אפילו תלמיד חכם ויודע שהוא נגע ודאי, לא יגזור ויאמר נגע נראה לי בבית אלא כנגע נראה לי בבית". הפרשן בעל תוספות יום טוב (ר' יום טוב הלר, אשכנז ופוליס, המאה הי"ז) מביא בשם הרא"ם (ר' אליהו מזרחי, תורכיה, המאות הט"ו – הט"ז) שכתב בשם רבותיו "דכיו דבדיבורו לא יוכל לשפוט, הלכך לא יאמר בלשו ברור, על דרך אמרם 'ולמד לשונך לומר איני יודע'..."⁴³; עוד לעניין ספיקות בהלכה ראו א' קשת קובץ יסודות וחקירות, בשער "כללי הספיקות" (מהדורה 2, התשס"ה).⁴³

מקרים אנושיים

אביא לפניכם סיפור של תיק לא שיגרתי. אדם הורשע ברצח רעייתו ונדון למאסר עולם. נתרו בן ובת קטינים. הם היו תחילה במשמורת הורי הרעיה המנוחה, ולימים, בעיקר בגלל רצונם, עברו להורי האב הכלוא. עלתה שאלת הביקורים אצל הסבים מצד האם. הרכב שלושה שופטים בבית המשפט העליון דן בכך במספר דיונים באופן לא שיגרתי, תוך מספר שיחות של הרכב השופטים עם הקטינים בלא נוכחות אחרים, עד שהושג מה שנראה כראשיתה של פריצת דרך. תיקים כאלה לא ימצאו דרכם ככלל לתקשורת ולכותרות. אך כל אחד מהם נוגע עמוקות ללב.

גזירת הדין

כבר ציינתי כי קשה במיוחד היא גזירת הדין בפלילים, וגם על כך נכתב רבות. המחוקק קבע עונש מרבי, ובמקרים מסוימים גם עונש מזערי, לעבירות. על פי רוב לא נמצא כי בתי המשפט יגזרו את העונש המרבי. לימים באה חקיקה, לפי דו"ח ועדה מכבר בראשות השופט אליעזר

42 משה הרשקוביץ "חכמת הלב הצדק והאנושיות במשפט" פרשת השבוע 200, 3–4 (פרשת פקודי, התשס"ט); ראו, בין השאר, ספרו של יניב ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הפלילי 15–18 (2013).

43 שם, בעמ' 16–17.

גולדברג, להבניית שיקול הדעת השיפוטי. אבל אם לתפוס את השור בקרניו, האתגר הוא האיוון בין שיקולי הענישה המקובלים, הרתעת היחיד והרבים, הגמול והשיקום. ועל הרוב לפניך תובע המושך לכיוון הגמול וההרתעה, ולמולו סנגור הקורא לשיקום. חרף ניסיון לא מועט, עדיין כמעט כל תיק מאלה מדיד שינה מעיניי. כיום מובנה בדין גם מעמד מסוים לקורבנות עבירה אל מול התביעה, והם באים לאולם שבו נדון מי שלפי הנטען או הנפסק פגע בהם ותובעים את עלבונם, אם נרצה לעיתים – נקמתם. כיצד לשקלל גורם זה, את דמעות הנאנסת, את בכייה של משפחת הקורבן, וכיצד לשקלל מצבים ציבוריים – "מכות מדינה" של תאונות דרכים, של גנבות רכב, של מרדפים בעלי אופי פלילי ועוד. השופט מנחם אלון – לימים המשנה לנשיאת בית משפט העליון – כתב:⁴⁴

וצריך מיתון והסכמה והמלכה (הימלכות – א"ר) ומתוך כך יסור הרבים לשם שמים, כי כל שהמעשה גדול וחזקת היד (חוזק היד – א"ר) רבה, צריך יותר השגחה והסרת הכעס; וצריך שיהא הדיין חושש את עצמו שמה אש קנאתו לשם יתברך תבער בו ותהיה גורמת להעלם הדרך הטוב והנכון מעליו. על כן, כי תבוא הנקמה לפניו בעודה בכפו לא יבלענה, שמה יאכלנה פגה, אלא יבשלנה וימתיקנה בסוד הזקנים וישרים בלבותם.

גזירת הדין קשה, כך אמרנו. נדגים ממקרי תאונות דרכים. מרבית המורשעים בגרימת מוות בתאונות דרכים, ומכל מקום חלק ניכר מביניהם הם אנשים הקרויים נורמטיביים, שאולי הסיחו את הדעת כהרף עין ולמרבחה הצער קיפחו חיי אדם. שאין להם בעברם מעורבות פלילית ולעיתים אף לא עבירות תנועה ממשיות. והנה המדיניות השיפוטית היא לא אחת מאסר בפועל לתקופה. איזו ממטרות הענישה תושג? האם יש בכך הרתעה לאחרים? מה משיגה הכליאה? אך ישנה גם משפחת הקורבן, וישנו הציבור הרחב. ואולי התרומה שיכול בית המשפט לתרום בנושא כאוב זה היא אותו איוון הכולל מאסר לתקופה מסוימת. אין עסקינן בתיקי הריגה, שהיחס אליהם שונה כמובן, ולעיתים יגיעו לתקופות מאסר ממושכות.

הקושי מתחזק כשהמדובר בענישת קטינים. גישת המחוקק היא כי לגביהם יש חובה להידרש לדרכי הטיפול. שם החוק העוסק בהליכים פליליים נגדם, שגם תוקן לפני שנים לא רבות תיקון מסיבי במגמה טיפולית, הוא חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול).⁴⁵ בית המשפט לנוער במיוחד. אך גם בתי המשפט המחוזיים בשבתם בתיקי נוער וגם בית המשפט העליון, ערים מאוד לנושא זה. השיקום הוא דרך המלך השיפוטית לנוער, כרצון המחוקק. השיקום הוא דרך המלך השיפוטית לנוער, כרצון המחוקק וכפי שהדבר בא לידי ביטוי בפסק דינו של השופט דנציגר בעניין פלוני.⁴⁶ אך שוב, לא אחת ניצב אתה בפני דילמות של חומרת המעשה, אף אם מבצעו קטינים, מול רעיון השיקום, וגם מי שליבו לשיקום אינו יכול לא אחת שלא להחמיר, וקטינות

44 ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 428 (1979); הכהן נשמה יתרה במשפט. לעיל ה"ש 16, בעמ' 97–98, מדברי הרשב"א (רבי שלמה בן אדרת), ספרד, המאות הי"ג והי"ד.

45 חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א–1971.

46 ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סג(1) 752, 758–775 (2009).

אינה מקנה חסינות. בעיה אחרת, קשה, היא העדר מספר מספיק של מעונות נעולים לעברייני נוער, כך שאתה אנוס לשלוח עבריינים קטינים לבית הסוהר – התחבטות, דחיות ותחנונים, דבר שאינו ראוי במדינה הרואה עצמה מתוקנת.

בתי הסוהר

ולבסוף – בתי הסוהר. מאז שירותי בבית המשפט המחוזי וכיועץ המשפטי לממשלה, וכך בכל שנותיי בבית המשפט העליון. עשיתי לי מנהג לבקר בבתי הסוהר כדי לעמוד על התנאים וכדי לזכור בשולחי אנשים למאסר מה משמעותו. כיועץ משפטי גם הייתי מעורב במקרה אחד, בתחנת מעצר, בשיפור **רדיקלי** בתנאים, לאחר שמצאתי מצב שיאה היה לכלא עות'מאני, לא לישראל. לאורך כהונתי כשופט המשכתי בביקורים, לפחות פעמיים בשנה, כדי שכל מתמחה בלשכתי יראה בית סוהר מבפנים. הביקורים נועדו לעניין תנאי הכליאה. הם נערכו בפתע, בהודעה של עד שעה מראש (החוק מאפשר לשופט בית המשפט העליון וגם ליועץ המשפטי לממשלה לבקר בכל בית סוהר בכל עת). קוימו שיחות עם האסירים בתאיהם ובחצרות הטיוולים, תוך בחירה אקראית של תאים, וכמובן עם המפקדים ואנשי סגל, והייתי רושם הערות שהועברו לאחר מכן לנציבות שירות בתי הסוהר. לא בכדי עסק פסק הדין שניתן ביום פרישתי (13.6.2017) בהרחבת מרחב מחיה של אסירים בתאיהם.⁴⁷ וניתנו עם חבריי השופטים ח' מלצר וא' שהם הוראות לשינוי מהותי.

רשלנות רפואית

במשפט האזרחי אזכיר שלושה סוגים מרבים: את תיקי הרשלנות הרפואית והקושי בהם, ואגב כך את המאמץ לפשרה ולגישור בכלל, ואת הקניין הרוחני. תיקי רשלנות רפואית מתייחדים מתיקי פיצויים בתאונות דרכים, שבהם קבע המחוקק אחריות מוחלטת בלא קשר לאשם (למעט חריגים מעטים). בתיקי רשלנות רפואית יש צורך להוכיח את הרשלנות, ואם הוכחה, גם הפיצוי גדול יותר. שכן בתאונות דרכים "קוזה" האחריות המוחלטת בהקטנה מסוימת של הפיצוי, הן בכאב וסבל, הן בהשתכרות (למרב שילוש השכר הממוצע במשק). בתיקי רשלנות רפואית התוצאה בדין בשלב האחריות תהא 100% מול 0, וכמובן, מתוך שבתי המשפט מכירים בכך שמדובר באדם סובל, נוטים הם לחפש דרכי גישור, שמשמען כמובן שהתובע לא יתפור כיסים גדולים אך הנתבע לא יקפוץ ידו. אין מתמטיקה בכגון דא, ועל כן המאבק המשפטי גדול. ככל שתיק הרשלנות הרפואית עובר להוכחות, אלה סובכות במידה רבה סביב עדות מומחים על פי בחירת הצדדים. ובעוד שבתאונות דרכים המומחים הם מינוי בתי המשפט, ואין זולתם, בתיקי רשלנות רפואית הקושי של מציאת מומחים לתובעים ידוע, וגם הפער בין חוות דעת תובעים או נתבעים, במיוחד בעניין הנזק, שלעיתים אי-אפשר שלא לתמוה עליו אם מומחה אחד מציג את התובע כשבר כלי והאחר כמעט כרץ מרתון, עד שלעיתים מתחייב מינוי מומחה בית המשפט, ובסופו של דבר, ההכרעה קשה מאד מבחינות שונות. סבורני, שלשופט הבא לדון בתביעת

47 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 35.

רשלנות רפואית דומה, כך כתבתי בעבר: "כי הנחת היסוד היא כי הרופא עושה מלאכתו אמונה, וכל כוונתו לטפל בחולה כראוי... אך קושי לא קטן ניצב בפני השופט בהתמודדות עם חוות דעת רפואיות משני הצדדים... מה מעמדו של המומחה? האם הוא בעל מקצוע נכבד, או פעמים, שכיר משפטי חלילה?"⁴⁸ וכמובן ער אני – כאמור – להבחנה המסוימת בין שאלות האחריות לשאלות הנזק.

הפשרה והגישור

ועל הפשרה: המשפט האזרחי כולו מחפש פשרות – הפשרה היא יסוד מוסד, גם בדברי חכמינו. בשולחן ערוך נאמר: "מצוה לומר לבעלי דינים בתחילה, הדין אתם רוצים או הפשרה."⁴⁹ נודמן לי לומר בעניין סגל:

המשפט העברי דוגל בפשרה. בשו"ע, חו"מ, יב, ב [א] נאמר: "מצוה לומר לבעלי דינים בתחילה הדין אתם רוצים או הפשרה אם רצו בפשרה עושים ביניהם פשרה. וכשם שמוזהר שלא להטות הדין כך מוזהר שלא יטה בפשרה לאחד יותר מחבירו... במה דברים אמורים קודם גמר דין אף על פי ששמע דבריהם וידע להיכן הדין נוטה מצוה לבצוע [לדון בפשרה – א' ר'], אבל אחר שגמר הדין ואמר איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם...". ואומר המדרש על דברי הפסוק "וְשִׁפְטֵתִי בֵּין אִישׁ וּבֵין רֵעֵהוּ" (שמות, יח, טז [ב]): "ושפטתי – זה דין שאין בו פשרה, בין איש ובין רעהו – זה דין שיש עמו פשרה, שהם נעשים רעים זה לזה" (מדרש לקח טוב, שמות, יח, טז [ג]) [...]. וכן, כנגד הדעה האומרת ייקוב הדין את ההר אומר ר' יהושע בן קרחה (סנהדרין, ו, ב [ד]), ודבריו נתקבלו להלכה (רמב"ם, סנהדרין, כב, ד [ה]; שו"ע, חו"מ, כאמור [א]): "...מצוה לבצוע [לעשות פשרה – א' ר'] שנאמר אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם [זכריה, ח, טז [ו] – א' ר']... איזהו משפט שיש בו שלום הוי אומר זה ביצוע...". ככלל, הפשרה אכן עניינה ביצוע ומיצוע, קרי משהו שהוא הפכו של "יקוב הדין", שהוא "אמצע", אף שאינו "גאומטרי" או "אריתמטי" כאמור.⁵⁰

כך גם בתי המשפט משתדלים מאוד להביא את הצדדים לכלל פשרה, גם כדי לחסוך זמן וגם מטעמים ערכיים, שעליהם עמדו חכמינו בהמליצם על פשרה. כיום נשתרש במידה רבה מושג הגישור, הבא לסיים סכסוכים בדרכי שלום, וראוי להרחיבו. בעניי שלי, הפשרה טובה עד מאוד, גם אם היא כרוכה בכאב לב, מהמשך התדיינות שאינך יודע את סופה.

48 רובינשטיין נתיבי ממשל ומשפט, לעיל ה"ש 34, בעמ' 313.

49 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב סעיף ב.

50 רע"א 4044/04 יצחק ועמוס בוקרה קבלנים בע"מ נ' סגל, פ"ד נח(6) 894, 899–900 (2004).

על המשפט המנהלי והחוקתי

ומילים אחדות על המשפט המנהלי והחוקתי: הנושאים הנדונים באלה הם נושאי זכויות אדם וזכויות ציבור, מהם נוגעים ליחיד או לקבוצה קטנה ומהם הנוגעים לכולנו. ישראל מתייחדת בכך ששערי העמידה בבג"צ פתוחים ושהנושאים העולים בו מוגשים ישירות לבית המשפט העליון כסמכות ראשונית.

מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. כך היא מגדירה עצמה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. לבית המשפט נועד תפקיד ביציקת התכנים הללו, הן באשר לשוויון, וכפי שנודמן לי לכתוב בעבר, חובתנו להיאבק למען שימור המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית ולהיאבק נגד כל המבקשים להסיר ממנה את תווית המדינה היהודית, אך בנשימה אחת חובתנו להיאבק למען שוויון לערבים, דווקא כעם היהודי שסבל לאורך תולדותיו מאפליה.⁵¹

בחלק מן התיקים משמש בית המשפט כשמרטף כדי לגרום לרשות למלא את חובתה. לאחר מלחמת לבנון השנייה עתר פלוני לבג"ץ על כך שלא מונחה ועדת ערר לתשלום פיצויים על נזקי רכוש. לאותו אדם היה הדבר חשוב, כמובן. הרשויות, מסיבות לא ענייניות, השתהו והשתהו. נדרשו קרוב ל-10 החלטות בג"ץ בשופט יחיד על מנת להסדיר את העניין, אף מבלי להביא את התיק לדיון באולם;⁵² ולבסוף, במקרים של הסדרת ענייניהם של תושבי שדרות בעת ההפגזות או של מפונים מגוש קטיף, היו בבית המשפט מספר דיונים באולם – דומני כ-4 – כדי להשיג תוצאה, שאולי ניתן היה להשיגה גם בלא בית המשפט.⁵³ אכן, מסופקני אם יש לכך אח ורע בעולם.

בתיקי בג"ץ בתחום החוקתי, קרי, כשקוראים תיגר על חוקתיות חוק מסוים, ההתלבטות רבה, ועל כן גם ההתערבות השיפוטית היא במשורה, שהרי המחוקק הדמוקרטי – הכנסת – אמר את דברו. על כן, אין ממהרים בהתערבות חוקתית. ואולם, לא אחת אין מנוס מכך, מקום שאין החוק הנתקף עומד בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק.

בסופו של דבר, בבג"צים ממלא בית המשפט תפקיד של מעין-רגולטור למנהל הציבורי, אם תרצו, מנחה בפסיקותיו על סמך ניסיונו המצטבר, ולדעתי, אין בכך כל רע. נודמן לי גם לומר כי איני מתפעל מן הוויכוח על האקטיביזם השיפוטי, ומעדיף אני לדון בכל מקרה לגופו, בלא תוויות.

51 רובינשטיין "המשפט העברי – משפט הקורא לנו", לעיל ה"ש 34, בעמ' 48.

52 בג"ץ 5587/07 עוזיאל נ' מס רכוש וקרן פיצויים (פורסם בנבו, 2.3.2008).

53 בג"ץ 4445/07 היכלי היסמין שדרות בע"מ נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 16.7.2007).

הומור במשפט

בטרם אחתום את דבריי אוסיף דברים קצרים על הומור במשפט, שנזדמן לי לאומרם לכבוד סגן הנשיא השופט יהושע גרוס על פרישתו לגמלאות:⁵⁴

מערכת בתי המשפט – פניה ה"גנריות" אין בהן חיוך. היא עוסקת במידה רבה בפתולוגיה האנושית. בתחום הפלילי היא עוסקת בצדדיה האפלים של החברה; בתחום האזרחי היא עוסקת בסכסוכים; בתחום המינהלי היא עוסקת בהתמודדות ציבור עם מערכות הממשל. בעלי הדין עומדים ניצים זה לזה, פעמים רבות – צהובים זה לזה. בית המשפט מכבד את הצדדים ואת רגשותיהם; אין הוא יכול להקריץ, חלילה, מה שיתפרש כקלות ראש, ולו גם במראית העין. לעתים, על כן, פני בית המשפט זועפות, כפני ההלכה אל מול האגדה. היש מקום לחיוך באולם בית המשפט? התשובה היא בחיוב; ההומור קיים. הוא חיוני להפגת מתח, ואף כאן אין בינו לבין הקלת ראש ולא כלום. לא בכדי עשירה הספרות בספרים לא מעטים בעולם וגם בארץ ובהם פניני הומור מבית המשפט, וזאת – נוסף לספרות משעשעת רבה העוסקת במקצוע עריכת הדין בכלל; בלשכתי תלויה קריקטורה של האמן הצרפתי בן המאה ה"ט, דומיֶה, ובה מתואר עורך דין פלוני הקורא בהנאה את מאמר ההערכה על אודותיו – שנכתב על-ידיו. לסיפורי בית המשפט נזקק עוד בימי המנדט השופט ש"ז חשין, לימים ממלא מקום נשיא בית המשפט העליון, בספרו המרתק שחוק ודמע בבית הדין (נדפס לראשונה בהתש"ו בעקבות שידורי רדיו), שזכרני כי כנער קראתיו בשקיקה, לא במעט בגלל ההומור. באחד המקומות מזכיר השופט חשין, כי רבים תבעו את עלבונם על שכונו בשם "יקה" (עולה מגרמניה – א"ר), אך "עד היום, ועל אף כל דברי המומחיות אשר שמעתי, לא הצלחתי לקבוע בדיוק מה עלבון יש בכינוי יקה... ונאשם אחד כזה התרתח פעם בבית המשפט וטען בהתרגשות כי הוא יכול להוכיח שנולד בפולניה.

ועוד:

אכן חלק ניכר מהווי בית המשפט, בכתב ובעל-פה, שזור הומור. מדוע? כי עסקינן בבני אנוש, וכדי להביט נכוחה אל ההווייה האנושית המורכבת יש צורך בהרפיה, וכאן מקום החיוך. כך גם – כאמור – באומות העולם; העולם המשפטי מסקרן, כולל מצבים לאין ספור, ומהם מבדחים המזמינים חיוך.

54 ראו אליקים רובינשטיין "מקצת על הומור, לכבוד סגן הנשיא השופט יהושע גרוס על פרישתו לגמלאות" **משפט וספר** – לקט מאמרים ועיונים לרגל פרישתו של סגן הנשיא יהושע גרוס מכס השיפוט (2007).

וכן:

הנה מאולם בית המשפט העליון מן העת האחרונה. באחד הימים ישבנו לדין בסכסוך שבין בית כנסת אשכנזי לבית כנסת ספרדי בירושלים, הניצים ביניהם. בבית המשפט המחוזי דן בתיק השופט ד"ר עוני חבש, מוסלמי. בבית המשפט העליון, בערעור, היה הרכב השופטים: אשר גרוניס, סלים ג'ובראן נוצרי – ואנכי. פתח השופט ג'ובראן ואמר, אני המתאים ביותר להציע פשרה בין בתי הכנסת. אמרתי אנכי "כמנהג ג'ובראן יהודאין", פרפרזה על הביטוי "כהלכת גוברין יהודאין" (כהלכת אנשים יהודים). במקרה אחר נקרה תיק מעצר, שבו העצור היה עובד זר תורכי, אשר הואשם באונס עובדת זרה פיליפינית, שלפני כן הייתה חברתו. שאל השופט: כיצד תקשרו ביניהם? ונענה: בעברית. אמר: על כך באמת חלם אליעזר בן־יהודה מחיה הלשון. במקרה אחר עורכן ההרכב שלנו בדבר הדבורים הנכחדות בארה"ב בשל אמצעי הדברה, והפטיר מי מאתנו: To bee or not to bee. מובן, כי אלה אינם השגרה, ומותב שופטים אינו מותב לצים, חלילה, "אך פעמים טוב הדבר גם כדי לקדם פשרה; וכפי שאמר אחד מאתנו באחת ההודמנויות שבהן נתבקשה פשרה: When there is a will there is a way, והוסיף במשחק לשון (שלא הוא המציא) When there is a will there are relatives.

על בית המשפט העליון

ולסיום אשוב לדרך המלך ואקרא דברים שכתבתי בקשר לבית המשפט והקשורים לאירועים ביטחוניים:⁵⁵

משהו המשיק לענייני דיומא. אני קורא חלק מן הדברים הנכתבים על בית המשפט ובכל הכבוד הראוי הם נראים לי, בנושאים מסוימים, תלושים מן המציאות. בית המשפט, כמו כל גוף, אינו חסין מביקורת, וברוכה הבאה ביקורת עניינית. אני צופה בבית המשפט – מלבד שנות הסטודנטים האליות הנשכחות לפני למעלה מ-40 שנה – מאז שנות השבעים האמצעיות, כשהתחלתי לכתוב את ספרי **שופטי ארץ** (תשמ"א-1980), שהיה אולי הספר הראשון על בית המשפט העליון. אחר כך, במרבית אחד עשר תפקידיי בשירות הציבורי, צפיתי בו אינטנסיבית, ויש לי הכבוד עתה לשרת בו. לא אדבר על המשפט האזרחי והפלילי, שאינם שנויים במחלוקת. לגבי המשפט הציבורי, יכול אני לומר בפה מלא את שאומר, והדברים נאמרים לא רק באופן ה"לא אובייקטיבי" הנוכחי בהיותי חלק מבית המשפט, אלא נאמרו בעל פה ובכתב שנים רבות קודם לכן, כמשרת ציבור שישב קרוב לחמש עשרה שנים מצטברות ליד שולחן הממשלה,

55 אליקים רובינשטיין "ישראל – הביטחון והמשפט: מבט אישי" ספר מצא 99, 112–113 (2015).

ושאפשר לומר שראה כמעט הכל. הייתי אומר בשנים עברו בבדיחות הדעת, כי דיוני הממשלה נעים בין בד"צ לבג"צ. מאמין אני, כי אם נשים בכף מאזניים אחת את הביקורת שניתן למתוח, והיא כמובן לגיטימית בחברה פתוחה, ובכף האחרת את התועלת למדינה ולשירות הציבורי מתרומתו של בית המשפט, אין ספק כי הכף השניה, כף התועלת, תכריע בגדול, הכרעה ניצחת. חשבו נא על מינויים, תקציבים, קרקעות, נושאי שויון, נושאים ערכיים שונים שהם שוים לכל נפש – ואינם שנויים במחלוקת, ואילולא בית המשפט היו נופלים לתוך ביצות פוליטיות עכורות, והדברים נאמרים מבלי לפגוע חלילה; שאלו נא את עובדי הציבור הבכירים. אילולא היה הבג"צ, היה צריך להמציאו; זאת, ולא דוקא בשביל פלסטינאים או מתנחלים, אלא בשביל בעלי מוגבלויות ואוכלוסיות חלשות למיניהן. וגם בתחום הבטחוני, שאנו מדברים בו, אין לי צל צלול של ספק שבית המשפט לאורך שנות המדינה הביא תועלת רבתי לאותו מערך של איזונים והגינות שאנו כאזרחים מעוניינים בו. אני ממתין עדיין למשפטן האקדמי שיעמיד אלה מול אלה את הטענות הנשמעות כביקורת ואת העובדות. המציאות מורכבת, ומסר המורכבות חייב להיות תדיר לנגד עינינו; איננו עוסקים בשחור ולבן. אך נער הייתי וגם זקנתי בשירות הציבור, ובעיניי ראיתי את כל אלה ועוד רבים מן הדברים שעליהם לא דיברתי היום. ועוד, בית המשפט לא נטל לו סמכות חוקתית, לדידי אי אפשר לקרוא את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת חוק יסוד: חופש העיסוק, אלא כמקנים סמכות כזאת – אבל באותה מידה אומר, שבית המשפט זהיר בהפעלתה, ואינו מהגג יום ולילה כיצד לפגוע בכנסת, כפי שיש החוששים.⁵⁶

סוף דבר

ועל בית המשפט בכלל אומר, מפי השופט טירקל: "לפי תפיסתי, הצדק שעושה ומקריין בית המשפט צריך להיות אנושי, שאינו רק תוצאה של ניתוח הגיוני אלא נובע ממעמקי הלב".⁵⁷ והחתירה למשפט צדק, בעיניי, כוללת גם שלוש מילים המתמצות בראשי התיבות אמ"ת: אמונה, מצפון, תקווה.

56 שם.

57 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 741 (1996).