

השופט בדימוס אליעזר גולדברג

תמצית תולדות חיים

נולד בירושלים בשנת 1931. לאחר סיום לימודיו בשנת 1955 עבד כעורך-דין פרטי, עד שנתמנה לשופט תעבורה בשנת 1964.

לאחר כהונה כשופט בית-משפט השלום וכשופט בית-המשפט המחוזי – שם אף התמנה לשמש סגן נשיא בית-המשפט – מונה לבית-המשפט העליון במינוי קבע בשנת 1984.

השופט גולדברג כיהן בתפקידים ציבוריים רבים, בהם יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת ה-12 וחבר בוועדת שמגר לבדיקת אירועי מערת המכפלה. כמו כן היה חבר בוועדות שונות בתחום המשפטי, בהן יושב-ראש הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת דין.

השופט גולדברג מונה למבקר המדינה ולנציב תלונות הציבור בשנת 1998 וכיהן בתפקידו משך שבע שנים. מונה ביום 1.10.08 לשמש כנציב תלונות הציבור על שופטים.

שפיטות

בנושא השפיטות אני חושב שיש פער גדול בין הרטוריקה לבין המחלוקת בפועל. אם ניקח את נושא זכויות האדם או זכויות פוליטיות, לא תהיה מחלוקת בין שופטי בית-המשפט העליון לגבי השפיטות. שאלת השפיטות יכולה להתעורר במלוא תוקפה בעילה של אי-סבירות קיצונית. המחלוקת תהיה בשאלה אם ראוי שבית-המשפט יעסוק בטענה של אי-סבירות קיצונית או שמא בית-המשפט תמיד יחליט שלא לעסוק בה. אם כך, אנחנו נכנסים לתחום של חוסר שפיטות מוסדית.

בכל מעשה השפיטות אתה מוצא רטוריקה. אתה מפעיל עקרונות, מסביר את העקרונות ומסביר את השיטה. אחר כך צריך גם להגיע לשורה התחתונה. אני מסכים שלעתים יש רטוריקה מעבר לנדרש.

לא הייתי אומר שהאקטיביזם השיפוטי גרם לאיבוד אמון הציבור במערכת המשפט. זה לא מדויק. כל אלה שתוקפים את בית-המשפט העליון מגיעים אליו בסופו של יום. אם היה חוסר אמון בבית-המשפט, הם לא היו באים אליו. יש ביקורת על בית-המשפט העליון ואני

מדבר על ביקורת אמיתית, לא על הביקורת שמשלתלחת בבית-המשפט. זאת לא ביקורת, אלו הן השמצות וטענות שווא.

כשמדברים על אמון הציבור, אין זה ראוי לקטלג בהקשר לכך ציבורים שונים. ביקורת על בית-המשפט העליון זה דבר לגיטימי, כל עוד מדובר בביקורת הגונה שאיננה חורגת מהמותר. בית-המשפט לא בהכרח מתאים את עצמו לביקורת, אבל הוא שומע אותה ושוקל אותה. בית-המשפט לא מתעלם ממנה. גם לבית-המשפט חשוב שאמון הציבור לא ייפגע. כל מה שיש לו, לבית-המשפט הוא אמון הציבור. בה בעת, אי אפשר לרצות תמיד את כולם. פעם אחת צד אחד של המפה איננו מרוצה ופעם אחרת צד אחר של המפה איננו מרוצה. בית-המשפט צריך ללכת עם צד המצפון שלו ועם שיקולי עשיית הצדק במקרה הקונקרטי שבא בפניו.

אסור לערבב בין הרטוריקה לבין התוצאה. זו לא הרטוריקה שגורמת לירידה באמון הציבור. אני בטוח שגם אם פסק-דין מסוים היה מסתכם בעמוד אחד עם תוצאה בלתי רצויה למגזר, לאוכלוסיה או לחברה מסוימת, הביקורת, או מה שקרוי חוסר האמון, היה מגיע לאותה דרגה. לאנשים שתומכים אידיאולוגית בעותרים לא אכפת אם בית-המשפט העליון יכתוב עשרות או מאות עמודים. מה שהם רוצים זה שבסוף פסק-הדין יוחלט שהממשלה טעתה. עמוד אחד היה מספיק לאלה שרוצים את ההחלטה הזאת ועמוד אחד היה מספיק כדי להקים את הצעקה ואולי הטרוניה נגד בית-המשפט, ללא הרטוריקה, רק לאור התוצאה. לכן לדעתי תושמע ביקורת כלפי בית-המשפט גם אם הרטוריקה לא תהיה בהיקף שבית-המשפט או חלק משופטי בית-המשפט נוקט היום. לציבור יותר חשובה התוצאה.

ניקח דוגמה ניטרלית נגד השפיטות כמו יציאה למלחמה. האם בית-המשפט העליון ייכנס לשאלה אם לצאת למלחמה אם לאו? דוגמה נוספת עניינה היחסים הדיפלומטיים עם גרמניה. האם בית-המשפט העליון ייכנס לשאלה אם ישראל תחתום על אמנה עם גרמניה, אם לאו? נניח שבדוגמה של המלחמה העותר טוען כי ההחלטה לצאת למלחמה נתונה לפי חוק לממשלה, דהיינו הממשלה צריכה להחליט אם לצאת למלחמה אם לאו, ולמרות זאת ההחלטה בעניין ניתנה על-ידי שר הביטחון בלבד. האם העניין שפיט? התשובה היא כן, לא צריך להתלבט. בית-המשפט העליון יתערב ויאמר כי לפי החוק אין לשר הביטחון סמכות להחליט. אותו רעיון תקף גם במקרה של היחסים הדיפלומטיים.

לגבי אי-חוקיות אין ולא יכולה להיות מחלוקת שהנושאים שפיטים. לא יכולה להיות מחלוקת שאם נפגעה זכותו של אדם לא מתעוררת שאלה של שפיטות, ולו בכדי שבית-המשפט יעמוד על המשמר ויבטיח שזכויות אדם וזכויות פוליטיות לא תיפגענה. בפסיקה אנחנו מוצאים דוגמאות לפגיעות בזכויות פוליטיות שלגביהן בית-המשפט מחליט שהעניין שפיט. לדעתי, כאמור, במחלוקת הזאת אנו מסתובבים סביב השאלה מתי על בית-המשפט להיכנס לשאלה של אי-סבירות קיצונית, שעה שאחרים טוענים שאין להיכנס לנושא של אי-סבירות, שהוא בעיקרו פוליטי. אדם יכול לטעון לגבי החלטה מסוימת של הממשלה שהתקבלה לפי החוק, שהיא איננה סבירה באופן קיצוני בהתחשב בכל העובדות

הרלוונטיות ובכל החלופות הרלוונטיות. בנושא של אי-סבירות בדוגמה של היציאה למלחמה, ייתכן שהממשלה לא הביאה בחשבון שהחיזבאללה יתקוף או שהממשלה לא הביאה בחשבון שלא תהיה תמיכה בינלאומית וכדומה. אני חושב שגם מי שדוגל בשפיטות יתר לא ייכנס לדון לגופה של עתירה שכזו, אבל זאת לאחר שהוא יפתח את הדלת, יברר את טענות העותר, אם כי לגוף העתירה יחליט שלא להתערב. שופטים אחרים לא יפתחו בכלל את הדלת. באופן אישי, אני סבור שצריך להתרחק מנושאים שהם במהותם פוליטיים ושהדבר צריך להיות לנגד עיניו של כל שופט.

נגישות של מעוטי יכולת לבית-המשפט

בית-המשפט לא מונע ממי שאיננו עורך-דין ושמופיע בעצמו בדיון פתוח פה. מתייחסים בכבוד לכל אדם שמגיע לבית-המשפט וטוען. מה שבהחלט רצוי הוא להתחשב במעוטי יכולת, באמצעות מתן סעד משפטי חינוכי, אך יש כמובן לבצע סינון באמצעות הגוף שנותן את השירות והוא לא חייב להיות חותמת גומי למי שרוצה להגיש עתירה ואין בידו כסף. אם זאת עתירה של ממש ויש סיכוי סביר שבית-המשפט ייכנס לעובי הקורה, מן הראוי הוא שיינתן סיוע לצורך קיום ההליך. לגבי השתתפות הוצאות, בית-המשפט העליון אינו יושב באולימפוס אלא יושב בתוך עמו ויודע מתי לפסוק הוצאות ומתי לא.

בית-המשפט כמייצג את הציבור

על עניין הייצוגיות אני חושב שאבד הקלח. נדמה לי שעברנו את השלב הזה של הכיסאות בבית-המשפט העליון. היו תקופות שלא היה יותר משופט דתי אחד ויותר מאישה אחת ויותר מספרדי אחד. אנחנו מעבר לזה. אם חשוב למישהו לדעת את עמדתו של שופט מיועד בנוגע ליחסי דת ומדינה וליחסי ימין ושמאל יבדוק את עמדותיו, אך מדוע צריך לשמוע את דעתו של שופט לפני שהוא מתמנה? האם כדי לנבא מה תהיינה תוצאות ההתדיינות בפניו? האם זה טוב שתוטבע על שופט תווית שהוא בעד נישואין אזרחיים או נגדם? לדעתי, בצורה כזאת רק נעמיק את הפער ולא נמתן אותו. בארצות-הברית, בשיטה של חבר מושבעים שבה אין שופטים מקצועיים אלא הדיוטות, ההגנה מנסה להגיע למצב שבו יהיו כמה שיותר מושבעים שדומים בדעותיהם לנאשם. אצלנו השיטה היא שונה ולדעתי טוב הדבר שלא ידוע מהי השקפת העולם של השופט. אני חושב שכשמתייך נכנס לבית-המשפט הוא לא יכול לומר באופן ברור ששופט מסוים יהיה נגדו כיוון שידוע שדעתו הברורה היא נגד הדעה שהמתייך יבטא בעתירה. יכול להיות שיש ניואנסים בעת הדיון שיכולים לרמוז על התוצאה הצפויה, אך לא מעבר לכך.

התמחות שופטים

בנוגע להתמחויות של שופטים, אני סבור שיש מקום להתמחות בתחומים מסוימים, אבל לא בכלם. כך למשל אין סיבה ששופט שדן בנוזיקין לא יוכל לשבת גם בפלילים. עם זאת יש תחומים שדורשים יותר ניסיון וידע, למשל בנושא של אימוץ או בתחום המיסים ובהם הייתי אומר שיש חשיבות להתמחות של שופט.

למעשה ההתמחות הזאת מצויה כבר היום: בבתי-המשפט המנהליים יש התמחות במשפט מנהלי; בכל הנוגע לנוער מתמחה בית-משפט לנוער; אך אינני חושב שכלל צריך לקבע שופט לתחום מסוים, דוגמת התחום הפלילי או דיני החוזים. יש תחומים שבהם שופט יכול להיות נייד. פסקי-דין העוסקים בסדר דין אזרחי ובפרוצדורה נכתבו שלא על-ידי השופט שלמה לוין, אף שהוא כתב ספר בנושא זה ועסק בתחום. מובן שאם שופט כבר מכיר את החומר הנוגע לתחום מסוים, יהיה לו קל יותר לכתוב פסק-דין בתחום הזה, אך זה לא אומר שהוא לא יכול לעסוק בתחומים אחרים.

כתיבת פסקי-דין ו"אני מסכים"

לשופט אין פסק-דין מוכן כשהוא מגיע לדיון. הוא נכנס לבית-המשפט מתוך כוונה אמיתית וכנה לשמוע את הצדדים. גם אם יש כבר פסיקה בנושא הנדון, ייתכן שהצדדים ירצו לאבחן בין המקרה הנדון לבין המקרה שנפסק. בית-המשפט מתכנס לאחר קריאת התיק ומתוך ידיעה שיש פסיקה שלכאורה עומדת בסתירה לטענות שנטענות, אבל הטענות נשמעות בכל מקרה ומדי פעם בית-המשפט אף משתכנע שיש מקום לשנות את ההלכה. בדרך כלל כתיבת פסקי-דין לא נעשית במקביל על-ידי שלושת שופטי ההרכב. שופט אחד כותב ומעביר לאחרים. אם חבריו מסכימים, מה טוב; אם לא – הם כותבים את דעתם. לפני כתיבת פסק-הדין הם דנים על העניין. אחד השופטים מתעמק בסוגיה, מביא אותה בפני האחרים וחושבים עליה. לא בהכרח שבהתייעצות שלאחר הדיון ידוע שיהיו חילוקי דעות. לפעמים אלו יתעוררו בשלב מאוחר יותר.

ה"אני מסכים" בא לאחר משא ומתן בין השופטים. זה לא משא ומתן פסול. יש שופטים שלהם זה לא מפריע אם פסקה מסוימת או משפט מסוים שכתבו יושמטו, כל עוד התזה שלהם עומדת במלואה. לי זה הפריע כי לא הייתי שלם עם זה.

על בדידותו של שופט

שופט לעולם לא משתף אדם מחוץ למערכת בשיקוליו לפסק-דין. אף פעם לא. לכן יותר קל לשבת בהרכב מאשר לשבת כדן יחיד. בהרכב אתה יכול לדבר, לשטוח את הטענות שלך ולשמוע דברים מהחברים שיושבים אתך, אבל כדן יחיד אתה מתלבט עם עצמך ולפעמים אתה פשוט לא ישן בלילה בגלל ההתלבטות.

השופט אף פעם לא דן עם משפחתו בתיקים שבהם הוא מתלבט. זה לא ראוי ולא רצוי. על הבעיה עצמה השופט לא יכול לדבר, אז כיצד יפרוק את אשר על לבו בלי לציין מהי הבעיה? זה לא קורה.

לשופט יש גם, לפחות בבית-המשפט העליון, עוזר משפטי או מתמחה ויחד אתו יושבים ודנים על הנושאים האלה. אני לא חייב לקבל את עמדתו של העוזר המשפטי, אבל הוא יכול להביע את דעתו.

נכון, השיפוט לא קל. לאו דווקא בבית-המשפט העליון, אלא ככלל זה תפקיד קשה, על אחת כמה וכמה בבית-המשפט העליון. בערכאה נמוכה אסור לשופט לחשוב שהוא יחליט ולכל היותר החלטתו תתהפך בערעור אם לא יחשבו כמוהו. זה שיקול בעייתי, כי אם שופט קובע עובדות בבית-משפט דלמטה, הוא חרץ את גורל המשפט. בשאלות משפטיות בית-המשפט עושה כמיטב הבנתו ויכול גם לטעות, אך לגבי עובדות הגישה שניתן יהיה לתקן בערעור, יכולה להיות מסוכנת מאוד.

קבלת ערעור

אינני חושב שקבלת ערעור משמעה פגיעה בכבודו של השופט של בית-המשפט דלמטה. בית-המשפט העליון הוא הסמכות העליונה ויכול לחשוב שהשופט בערכאה הנמוכה טעה. אגב, גם בבית-המשפט העליון קיימות מחלוקות באותו פסק-דין, כאשר יש דעת רוב ודעת מיעוט. גם שם אף אחד לא נפגע מכך שהרוב חולק על דעתו, כשם שהרוב לא נפגע מכך שיש מי שחולק עליו. זו דוגמה לכך שאנחנו לא מדברים על תוצאות מדויקות כמו של מעבדה אלא על שיקול-דעת, על מחשבה ועל גישה.

חרטה בדיעבד

לבטים היו לפני ההחלטה. לאחר ההחלטה אין טעם לחרטה. אני לא בודק אותה שוב. ההתלבטות, שיקול-הדעת וחוסר השינה – כל זה צריך לבוא לידי ביטוי לפני ההחלטה.

השפעת התקשורת על שופטים

השופטים חשופים לכלי התקשורת. במקביל לדיון הפורמלי בבית-המשפט, מתנהל דיון בכלי התקשורת, אך אני לא מעלה על דעתי ששופט ייתן החלטה על סמך מה שהוא קרא בעיתון בנוגע למה שעד מסוים אמר במשטרה. יש בפני השופט חומר, זה החומר הרלוונטי וזה החומר שאתו הוא צריך להגיע למסקנה.

שעות הפנאי של השופט

הזמן הוא מצרך יקר מאוד לשופט. שופט מקדיש את כל זמנו לעבודה, אשר נמשכת מהבוקר עד הלילה בלי הפסקה. בה בעת, אני חושב שמינימום של פעילות פנאי, אדם יכול

להשיג גם כשהוא שופט. במשך כל תקופת כהונתי כשופט לא ישבתי בבית קפה בשעות אחר הצהריים. עם זאת מדי פעם ראיתי הצגות, הלכתי לקונצרטים, לעתים הספקתי לקרוא ובמהלך הפגרה הספקתי לטייל. שופט איננו מנותק לגמרי מכל הוויות העולם. גם בעניין הזה של שעות הפנאי יש דרך התנהגות שהציבור מצפה ששופט ינהג על-פיה וצריך לשמור על גבול הטעם הטוב. סיטואציה פשוטה יחסית, כגון הליכה לאירועים פומביים, אין בה כל פסול, אבל לעתים היא עשויה להעמיד את השופט במצבים לא נעימים. ייתכן מפגש עם אדם שנשפט על-ידיו או שאחר יפנה אליו שאלה בהזדמנות זו. על כן לא עצם ההשתתפות באירוע היא שפוגעת בתדמיתו של השופט, אלא העובדה שהוא עלול להימצא במצבים לא נעימים ובדרך כלל מצבים אלו אכן מתקיימים.

שחיתות ציבורית

תופעות של שחיתות נחשפות. שחיתות מסכנת את הווייתנו, אבל לא הייתי אומר שהמדינה היא מושחתת.

כשנחשפות תופעות של שחיתות יש לעשות את ההבחנה בין הבדיקה, הברור והחקירה המשטרית לבין התוצאה. היום מתנהלות חקירות של אנשי ציבור, אבל אי אפשר לחרוץ את דינם לפני שהעניין הובא לסיום ההליך המשפטי. יש עניין אחר והוא האפשרות להמשיך ולשאת בתפקיד כשאדם נמצא בחקירה משטרית. כאן שואלים בעצם אם אדם יכול להמשיך לתפקד, לא בגלל שהוכחה אשמתו אלא משום עצם היותו חשוד. גם בעניין של פנחסי¹ וגם בעניין של דרעי², בית-המשפט עסק בשאלה אם אדם חשוד שמתנהלת נגדו חקירה משטרית יכול להמשיך בתפקידו. אם מדברים על שחיתות, זה כבר השלב האחרון של התהליך שבו העובדות הוכחו. ההיקף הגדול של החקירות גורם לאווירה שהכול מושחת אבל אני חושב שזה לא נכון. זו גדולתה של המדינה שהיא מנסה לנקות עצמה מדברים כאלה, אבל רק מבחן התוצאה הוא הקובע כאן.

בעניין זה צריך להבין את תפקידו של מבקר המדינה. ממצאיו של מבקר המדינה פונים לעתיד. המטרה העיקרית בתפקידו היא לתקן ליקויים שנמצאו. מבקר המדינה איננו עוסק בפלילים. כשיש חשד למעשה פלילי כל מה שעליו לעשות הוא להעביר את המקרה ליועץ המשפטי לממשלה אשר יחליט אם וכיצד הוא מוצא לנכון לטפל בעניין. אמנם לפי חוק מבקר המדינה³ מבקר המדינה עוסק גם בטוהר המידות, אבל טוהר המידות איננו תמיד עניין פלילי. יש היעדר טוהר מידות שאיננו פלילי או משמעותי אלא ניגוד עניינים. יש ניגוד עניינים שמגיע לכלל עבירה פלילית ויש ניגוד עניינים שלא מתגבש לכדי עבירה, אבל הוא

1 בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547.

2 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 422.

3 סעיף 10(א)(2) לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958.

עדיין ניגוד עניינים. אני חושב שלפעמים ההבחנה הזו בין מגרשו של היועץ המשפטי לממשלה לבין מגרשו של מבקר המדינה מיטשטשת. בעיני הציבור מה שחשוב הוא הפן הפלילי – להעניש, לתלות אם אפשר – אבל התפקיד של מבקר המדינה איננו להעניש. תפקידו להתריע על ליקוי שנמצא כדי שהדברים יתוקנו. בהרבה מתוך הדוחות שאני ערכתי יש מסר לרשות המבצעת. לעתים התרעתי על מעשים מסוימים מתוך מחשבה שאני צריך לבטא את צעקתם של אנשים או של מגזרים. כך פעלתי למשל בנוגע להזנחת הרשויות בדרום. הרגשתי צורך לומר את דבריי, אם כי היו שם החלטות ממשלה שלא קוימו, אך בעיקר רציתי לזעוק את זעקתם של תושבי הדרום כדי שהנושא הזה יעלה על סדר היום הציבורי. יש נושאים שאם מבקר המדינה לא מעלה אותם על סדר היום הציבורי הם נותרים רדומים.

אני חושב שלדוח הזה על ערי הפיתוח בדרום⁴ הייתה תהודה גדולה מאוד ולא לתקופת זמן קצרה, אלא לאורך כמה שנים. אגב, ההיכרות הזאת עם הנגב והדרום הביאה לכך שבחברתי ללמד במכללת ספיר, בחינת "נאה דורש נאה מקיים". אין בדרום בית ספר למשפטים. הקורס הוא על ביקורת מוסדות המדינה: בג"ץ כמבקר את מוסדות המדינה, הכנסת כמבקרת את מוסדות המדינה, מבקר המדינה כמבקר את מוסדות המדינה, המבקרים הפנימיים כמבקרים את מוסדות המדינה, כך שערכתי קורס על ביקורת מוסדות המדינה שאינו מצטמצם לביקורת של מבקר המדינה. למעשה הדוח שדיברתי עליו גרם לי להכיר את האזור הזה בצורה שלא הייתי מגיע אליה.

צדק חלוקתי על ידי בג"ץ

כל הנושאים המכונים צדק חלוקתי צריכים למצוא את המסגרת המשפטית המתאימה. אי אפשר לבוא לבית המשפט ולבקש את התערבותו רק בגלל עמדה או תפיסה חברתית כזו או אחרת. צריך להלביש את התובענה בלבוש משפטי ויש לכך כלים. בית המשפט נכנס לשאלות של חינוך לא כמי שצריך לקבוע את תכנית הלימודים, אלא דרך שוויון, הפליה ואי-סבירות. גם מושג כגון כבוד האדם, יש כאלה שמרחיבים אותו או מצמצמים אותו, למשל הסוגיה של תנאי מינימום למחיה היא רלוונטית אם היא בעלת כסות משפטית. זוהי דוגמה לשאלה חברתית שבאה לידי ביטוי בכלים משפטיים. בית המשפט לא צריך להביע את דעתו במקרים שבהם מוצגת בפניו רק שאלה חברתית, אלא כשמוצגת שאלה משפטית שבמסגרתה נפתרת גם שאלה חברתית.

4 מצבם הכלכלי-חברתי של ערי הפיתוח בדרום, דוח שנתי של מבקר המדינה מס' 50 לשנת 1999 ולחשבונות שנת הכספים 1998, עמ' 5-95.

פרשת ויכסלבאום⁵

היום יש "נוסח אחיד" למצבות צבאיות, אך גם היום הייתי מקבל את אותה החלטה בפרשה זו. דובר שם על החלטתו של שר הביטחון, על-פי המלצת המועצה הציבורית להנצחת החייל, שלא לאפשר כיתוב אישי בידי משפחתו של חייל מנוח על מצבת קברו. הרעיון המרכזי של ההחלטה הזו היה שוויון בכבוד שחולקת המדינה לנופלים. ומה פסול בעמדה הזאת? לדעתי, שר הביטחון יכול היה לקבל החלטה אחרת, כעמדת דעת המיעוט באותה מועצה ציבורית, אך אינני יכול לומר שהיה בהחלטה של שר הביטחון משום אי-סבירות קיצונית.

בשלב הראשון בג"ץ דחה את העתירה ובדיון הנוסף העתירה התקבלה. הייתי בשני ההרכבים. אני לא יכול לומר שהעמדה של שר הביטחון אינה סבירה באופן קיצוני, שכן מה שעומד מאחורי ההחלטה הזו זה שוויון הכבוד לנופלים.

כניסת המשפט למערכת היחסים שבינו לבניה

על כך נתתי את התשובה בפרשות כמו פרשת בארי⁶ ובמקרים אחרים. בפרשת בארי⁷ כתבתי:

"כמשפטנים נוטים אנו לתפוס יחסים בין בני-אדם במושגים שמעולם המשפט, שבו אנו אמונים, ותוך קיטלוג משפטי של יחסים אלה אנו מבקשים לקבוע את נורמת ההתנהגות הראויה להם. אולם ישנם יחסי אנוש שמיונם בקטיגוריות משפטיות אינו יאה להם, כיוון שהנורמות השולטות בהם מצויות במסגרות ערכיות אחרות (כגון אלה שבמוסר ובנימוסים). סיווג משפטי של אלה משבש את ההבחנה בין נורמה משפטית ולבר-משפטית, וגורם ערפול בין הסנקציות החברתיות והמשפטיות.

דברים אלה יפים שבעתיים כשמדובר בתחום כה עדין, רגיש ואינטימי, של דרך גבר בעלמה. היקש מתחום דיני החוזים לתחום האמור, כפי שעושה חברי הנכבד, השופט חשין, ממסגר יחסים אינטימיים שבינו לבניה במשבצת משפטית שאינה יאה לו.

הכלל כי 'לא' פירושו 'לא', ו'כן' פירושו 'כן', יפה לדיני חוזים, בהם הוודאות המשפטית מחייבת כי בהצעה ובקיבול 'ישלטו' שני צבעים בלבד,

5 דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195.

6 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302.

7 שם, בעמ' 381-382.

שחור ולבן. לא כן ביחסי אישות ובהקדמות להם, בהם תופס מקום גם אזור דמדומים בין הסכמה לאי-הסכמה, שגוניו כצבעי הקשת, כששפת הפה ושפת הגוף משמשים בו בערבוביה, עם כל הדקויות שביניהם. ובל נשכח כי ענייננו לא באנס אשר כופה בבירור את רצונו על אישה. שם הבעיה אינה מתעוררת כלל, והנסיבות מדברות בעד עצמן, גם אם תאמר האישה 'כן' שהוא כפוי מעיקרו. עיקר הבעיה באותם מקרים שבתחום האפור. האם במקרה כזה ראוי לדבר על 'נטלים'?"

דהיינו יש אזור דמדומים שקל מאוד לעצום בו עיניים. זה מה שנקרא העיוורון המכוון: לא לשאול שאלות אף שיש אפשרות שהאישה לא מסכימה ועל זה עמדתי כאן, אי אפשר לעצום עיניים ולא להתעניין. התחום הוא תחום עדין ש"כן" ו"לא" אינם כמו בדיני חוזים.

השפעה כמבקר מול השפעה כשופט עליון

בהשוואה שבין שני התפקידים – מבקר המדינה ושופט בית-המשפט העליון – הרי שאם אנחנו מדברים על אכיפת החלטה, אז בוודאי שכשופט הייתה לי השפעה רבה יותר מאשר כמבקר המדינה. כל החלטה של בית-משפט היא אכיפה. לא כן דוחות מבקר המדינה. הדוחות באופן פורמלי הם בגדר המלצות. אם כי הטעם הטוב והתקינות הציבורית והמנהלית דורשים לתקן ולא להתעלם מהמלצות המבקר, אבל אין חובה שבחוק. מבחינה זו של אכיפת החלטה, כמובן שכשופט לא הייתי צריך בכלל לומר דבר נוסף על פסק-הדין. בה בעת, בדוחות של מבקר המדינה אפשר להקיף נושאים שכשופט לא מזדמן להתייחס להם. כשופט אתה לא בוחר מה שמביאים בפניך וכמבקר אתה יכול גם לבחור את הנושאים. במובן הזה ההשפעה היא בכך שכתוצאה מהדוחות נושאים הובאו לדיון הציבור ולדיון הממשלה והכנסת, אבל האלמנט של האכיפה איננו קיים.

פרשת טרנר⁸

בפרשת טרנר הבחינו באופן ברור בין הביקורת של מוסד מבקר המדינה כגוף שלטוני, כלומר אם הוא מקיים את כללי המינהל התקין, לבין הביקורת על ממצאיו של המבקר ועל מסקנותיו. הביקורת של בית-המשפט היא כשם שמבקרים כל גוף שלטוני אחר לגבי יישום כללי הצדק הטבעי. פרשת טרנר עסקה בהצגת מסמכים שעניינם קבלת תגובה ממי שעלול להיפגע. לא הוצגו לטרנר, שהיה בעבר מפכ"ל המשטרה, כל המסמכים שהיו בידי משרד מבקר המדינה.

8 בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771 (להלן – פרשת טרנר).

עבירת ההמרדה בעידן האינטרנט

בפרשת כהנא⁹ דובר בכרוז אינפנטילי וככזה לא הצדיק את האישום או את ההרשעה בהמרדה. עבירת ההמרדה באה להגן על מבנה המשטר ולכן היא קיימת כשבאים לקעקע את המשטר הדמוקרטי. אנחנו מדברים על תוכן הפרסום והתוכן של הכרוז לא היה כזה שיש בו פוטנציאל ממשי לקעקע את יסודות המשטר הדמוקרטי. המדינה מספיק חזקה לעמוד מול כרוזים כאלה. החידוש בפרשת כהנא היה במתן המשמעות לעבירת ההמרדה, בהגדרת הערך המוגן בעבירה הזו.

פרשת דמיאניוק¹⁰

בפרשת דמיאניוק כל ההרכב פסק לזכותו מחמת הספק. בפסק־הדין עמדנו על משמעות הספק במשפט הפלילי, שהרי לא מדובר על מאזן הסתברות כמו במשפט האזרחי, אלא על הוכחת מעשה פלילי מעל לכל ספק סביר. היו לנו ראיות שדמיאניוק היה וואכמאן (השתייך לכוחות העוזר האוקראיניים). הייתה על כך תעודת רישום, אבל לגבי זה שהוא היה איוון האיום מטרבלניקה התעורר ספק סביר.

דמיאניוק לא הועמד לדין על היותו וואכמאן. הוא הוסגר על כך שהוא איוון האיום מטרבלניקה. על מנת לפתוח הכול מהתחלה צריך היה לתת לו אפשרות סבירה להתגונן. אמרנו כי –

"מתן אפשרות סבירה להתגונן פירושו כיום, הלכה למעשה פתיחה חדשה של הדיון, קרי התמשכות נוספת של ההליכים מעבר למידה הראויה. שינוי חזית כזה בכל הנוגע למהות האישום כשבע שנים ומעלה אחרי תחילת ההליכים, אינו נראה לנו סביר, בהתחשב באופי החמור של האישום הראשוני ששימש יסוד להסגרה, וזאת אף אם מביאים בחשבון את מהותו, אופיו ונסיבותיו הקשים של האישום חלופי, כמתואר לעיל. ביארנו כבר כי על־פי אמות המידה המשפטיות שלנו יש משקל רב לשאלת הזכות להתגונן. עלינו להוסיף וליישם את עקרונותינו המשפטיים גם כאשר אנו דנים בעובדות קשות ומקוממות, אף אז – לא פחות ולא יותר. מבחינה זו אין גם נפקא מינה שהמשפט התארך במידה מכרעת בשל בקשות דחייה לרוב של הסנגוריה, כפי שפורטו באופן מלא בתחילתו של פסק־הדין. השנים שחלפו הן העובדה הקובעת בעניין דנא ולא סיבת הדבר. על כן החלטנו שלא

9 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535 (להלן – פרשת כהנא).

10 ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 672, 221.

להמשיך בהליכים לגבי אישומים חלופיים... נותרת אפוא מסקנתנו הסופית לגבי האישום בדבר השירות בטרבלניקה, כפי שהובאה לעיל, היינו הזיכוי מחמת הספק מן האישום, כפי שהובא בכתב האישום מעיקרו".

פרשת בראון חברון¹¹

בפרשת בראון חברון אני הייתי בדעת מיעוט בשני דברים: האחד, גילוי דוח סיכום החקירה של המשטרה. השני, גילוי עמדת המיעוט בפרקליטות, שסברה שיש מקום להגיש כתב אישום נגד ראש הממשלה ונגד שר המשפטים. הייתי בדעה שיש מקום לגלות את שני הדברים האלה, כי אלו לא תזכורות פנימיות אלא חומרים שכולם הסתמכו עליהם. נוסף על כך סברתי ששר המשפטים צריך להסביר מדוע הוא לא הביא את עמדתו של נשיא בית-המשפט העליון לגבי המינוי, כדי שבפני ראש הממשלה והשרים יהיו כל הנתונים להחליט לגבי המועמד ובידי ראש הממשלה יהיו כל הנתונים להחליט אם להעביר את שר המשפטים מכהונתו.

פסק-דין בנק המזרחי¹²

פסק-הדין בעניין בנק המזרחי היה פסק-הדין הראשון שדן בסוגיית מעמדו של בית-המשפט בהקשר לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. המטרה הייתה להניח את התשתית לחוק-היסוד ולהשלכותיו, וכן הזדמנות כדי לבטא את דעת בית-המשפט לגבי חוק-היסוד, למשל בנוגע לשאלה אם כל בית-משפט מוסמך לבטל חוק או שרק בית-המשפט העליון מוסמך לכך, בנוגע למשמעות של פסקת ההגבלה וכו'. כלומר זאת הייתה הזדמנות ראשונה להניח את היסודות המשפטיים הפרשניים לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

11 בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46.

12 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.