

שפיטות ותום לב באור של צדק ומת'נות

במחלוקת החריפה על תפקידו של המשפט ועל מידת מעורבותו בלטו
בעשורים האחרונים שתי גישות מרכזיות שנשאו בגאון השופט אהרן ברק מצד אחד
והשופט מנחם אלון מן הצד השני • הוויכוח ביניהם התמקד באופן טבעי
במשפט הציבורי, אך יש לו הדים גם במשפט הפרטי

נילי כהן

אוניברסיטת תל אביב

סמכות בידיה, או שהכל שפיט ו"המילה האחרונה" נתונה בכל מקרה
לבית המשפט.

בעניין זה הסתמנו שתי עמדות שיפוטיות שאותן נשאו בגאון
השופט אהרן ברק מצד אחד והשופט מנחם אלון מן הצד השני.
השופט ברק נתפס כשופט אקטיביסט, שאינו מהסס מלהתערב בפ-
עולות של הרשות המחוקקת והמבצעת, שהרחיב את "זכות העמי-
דה" וצמצם את קטגוריית הנושאים הבלתי שפיטים; ואילו השופט
אלון נתפס כשופט זהיר, שחרד מטשטוש הגבולות ומהשלכותיה של
ההתערבות השיפוטית על מערכת היחסים הכוללת בין הרשויות
השונות. בעיקר חרד היה מהשפעה שלילית שתהיה למעורבות היתר
של בית המשפט על מעמדה של הרשות השופטת. הוויכוח הציבו-

ב 30 השנים האחרונות ניטש ויכוח ציבורי עז במשפט היש-
ראלי המתייחס לשאלה מהו תפקידו של המשפט בזירה הפר-
ליטית והציבורית, ומה היחס בין הרשות השופטת לשאר
הרשויות: אם רצוי שבית המשפט יהיה מעורב בכל סכסוך, ואם יש
תחומים שבהם בית המשפט צריך להימנע מהתערבות; אם ראוי
שבית המשפט יהיה מעורב בשאלות פוליטיות, בנושאי מדיניות וב-
תוקפה של חקיקה ראשית; אם עליו להתערב בהחלטות מינהליות
משיקולי חוסר סבירות או שעליו לכבד את שיקול הדעת של הרשות
(אפילו אין הוא נראה לו), כל עוד אין הוא לוקה באי חוקיות או
בהפליה פסולה; אם ישנם נושאים "בלתי שפיטים" שבהם "המילה
האחרונה" בנוגע להפעלת הסמכות מסורה לרשות הרלוונטית שה-



השופט ברק נתפס כשופט אקטיביסט, שאינו מהסס להתערב בפעולות של הרשות המחוקקת והמבצעת, שהרחיב את "זכות העמידה" וצמצם את קטגוריית הנושאים הבלתי שפיטים. במורשתו השיפוטית של השופט ברק טמונה מהפכנות



השופט אלון נתפס כשופט זהיר שחרד מטשטוש הגבולות ומהשלכותיה של ההתערבות השיפוטית על מערכת היחסים הכוללת בין הרשויות השונות. בעיקר חרד היה מהשפעה שלילית שתהיה למעורבות היתר של בית המשפט על מעמדה של הרשות השופטת

רי בעניין זה התמקד באופן טבעי במשפט הציבורי, בממשק שבין הרשות השופטת (ובראש ובראשונה, בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ) מצד אחד ובין הרשות המחוקקת והמבצעת מהצד השני. אך לזיכרון זה הדים אף במשפט הפרטי. גם בתחום זה מתעוררת השאלה מה המידה הרצויה להתערבותו של בית המשפט: עד כמה יש לשמור אמונים לכוונת הצדדים, לחופש הפעולה במשא ומתן, ללשון החוזה, ללשון הצוואה, ובאופן כללי ללשון החוק המסדיר את המשפט הפרטי, אם שמירת אמונים כזו גוררת תוצאה הנראית לשופט בעייתית. השופט מנחם אלון, אחד השופטים הגדולים שקמו למשפט הישראלי, שאישיותו שפעה נדיבות, אהבת אדם וחמלה, ביטא בעניין זה עמדה ברורה ששיקפה מתינות וזהירות.

ברשימה זו אציג כמה מקרים שבהם השתלבו – בעיקר על דרך ההנגדה – פסיקותיהם של השופטים אלון וברק במשפט הפרטי; אתייחס לנקודת השיא של המחלוקת הנוגעת לדינם של הסכמים פוליטיים, שמהווה צומת מעניין בין המשפט הציבורי לפרטי; ואחתום במקרה, המסמן על ציר הזמן את נקודת ההתחלה, שבו היו השופטים אלון וברק שותפים לאותה עמדה.

בין כללים לסטנדרטים

אחת מנקודות המחלוקת המרכזיות החוצה שיטות, תרבויות וזמנים נוגעת למתח הטעון שבין כללים וסטנדרטים. במשפט הישראלי מתורגמת בעיקרה השאלה בהקשרנו ליחס בין עיקרון תום הלב ובין הוראות החוק והחובה. במסגרת זו מתעוררות השאלות האלה: האם ניתן לשנות חוק באמצעות עיקרון תום הלב? עד כמה מגביל עיקרון תום הלב במשא ומתן את החופש החוזי? האם אפשר לשנות את הוראות החוזה מכוח עיקרון תום הלב? ומהו התוכן של עיקרון תום הלב? היש לצמצמו לערכים מסחריים הוגנים ולמערכת היחסים שבין הצדדים או אפשר להטעין אותו גם בערכים חברתיים רצויים? דבקות בכללים – בין מכוח חוק, בין מכוח חוזה – מסמנת ודאות, כמו גם חירות פעולה בכפוף למחויבות שמסמן הכלל, אך טמונה בה גם סכנה של תחולת יתר או חסר של הכללים, הגוררת עימה לעיתים תוצאות בלתי צודקות. ואילו מתן עדיפות לסטנדרט דוגמת

עולמם התרבותי של שני השופטים נטוע חלקו במחוזות אחרים. משנתם השיפוטית שונה, ואת עמדתם הביע כל אחד מהם ללא חת. שני גדולי המשפט היו בני פלוגתא בסוגיות מרכזיות במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי



צילום: זיו קורן, לע"מ

שופט נדיבות, אהבת אדם וחמלה. השופט אלון בלשכתו

מורשתו השיפוטית של השופט אלון משקפת זהירות ומתינות: זהירות מפני הסגת גבולו של המחוקק ומפני התערבות בחופש החוזים, ומתינות נוכח הטלת חובה המגבילה בדיעבד את חירות הפעולה



נאמן למקור

ציטוטים נבחרים מהפסיקה

מנחם אלון

אינם מצויים בשבילי החיקוקים

“... קביעה מראש על חזקה, כי חיוב, שיסודו בהוראת חיקוק, מהווה, מן הסתם, כל עוד לא הוכח ההפך, חלק מהחיובים, שהצדדים לחוזה התכוונו לקבל עליהם, לא זו בלבד שאינה עולה בקנה אחד עם כלל היסוד של פרשנות החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים, אלא הריהי, לדעתי, בבחינת גזירה, שאין רובו של הציבור יכול לעמוד בה. שהרי לא רק ההדיוט אלא גם יודעי דת ודין אינם מצויים בשבילי החיקוקים השונים...”
(ע”א 391/80 לסרסון נ’ שיכון עובדים)

שופטים בשר ודם

“קשה ומלאת חתחתים היא מלאכתו של השופט בבקשו להגיע לחקר האמת... גדול הוא צערו ועמלו של חוקר האמת בפרשת הדברים שלפנינו. אין אנו מתיימרים לראות ללבם של כל אלה שהופיעו והעידו בה, אך מצויים אנו להגיע לחקר האמת המ־שפטית, כפי שבאה היא לכלל ביטוי בסדרי דין ודיני ראיות, בדבר חוק ובהלכה פסוקה, מתוך ראיית העין, שמיעת האוזן והבנת הלב. והעין, והאוזן והלב – עינים, אוזנים ולבם של שופטי בשר ודם המה. ומכוחם של אלה ועל־פיהם של אלה עלה בידינו לדחות את גירסת התביעה ולקבוע, כי אמת בפי הסניגוריה”
(ע”פ 190/82 מרקוס נ’ מדינת ישראל)

תאב אני לדעת

“... ואם תאמר שיומו של המשפט העברי יגיע במקרה של לקונא, הרי לפי פירושו של חברי הנכבד... למושג הלקונא ומה לא כלול במושג זה, תאב אני לדעת, אימתי וכיצד ייתכן שתימצא לקונא, שאין לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך של היקש. האומנם ייתכן לפרש חוק באופן שדברי המחוקק הם נטולי משמעות משפטית, אפילו פחות מכדי ‘גרוגרת דר’ צדוק? כמה ויכוחים התווכחו וכמה ניסוחים ניסחו – חברי הכנסת בפרט וציבור המשפטנים בכלל – עובר לחקיקתו של חוק יסודי זה, וכל זה לא נעשה אלא כדי לענות על בעיית לקונא שלא באה לעולם, וספק גדול אם אי פעם יכול שתבוא לעולם, וספק עוד יותר גדול אם וכאשר תבוא לעולם לא יוחלט ברוב דעות, שאין זו לקונא כל עיקר? אתמהה”
(ד”נ 40/80 קניג נ’ כהן)

עיקרון תום הלב מסמנת חתירה לצדק, הכרוכה לעיתים בהגבלת חירות הפעולה (שכן העיקרון עשוי ליצור מגבלות נוספות על אלה שקובע הכלל), או בשחרור מחובה קיימת (שכן העיקרון עשוי לפטור לעיתים מהחובות שהכלל מטיל), אך כל אלה עלולים להוביל לשיקול דעת פרוץ, לערפל נורמטיבי, להחלה לא שוויונית ולהצפת בתי המשפט בתביעות.

תום לב בקיום חוזה

הקשיים הנלווים להפעלת עיקרון כללי מניעים פרשנות מצומצמת של העיקרון. אכן, עמדה זו באה לביטוי על ידי השופט אלון בכל הנוגע לעיקרון תום הלב בקיום חוזה בעניין **לסרסון נ’ שיכון עובדים** (ע”א 391/80, פ”ד לח(2) 237, 261-267 (1984)):

“עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך עשיית הישר והטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמאליות, שבהן הוא נוסח, אך אין בו, בעקרון תום הלב, כדי ליצור חיוב חדש שזכרו לא בא בחוזה, ושלא עלה על דעת הצדדים לקבלו עליהם...”

“מידת תום הלב אינה באה במקום מידת הדין וכחלופה לה. אין מערכת משפטית יכולה לעמוד בחוסר יציבות משפטית, שבאה לכלל ביטוי על ידי הטלת חיובים שלא באו לעולם בכוונת הצדדים... ואם אי אתה אומר כן, נמצא אדם יודע... תחילתו של חוזה שבא עליו, אך אין הוא יודע... מה יהא בסופו של חוזה זה...”

באותו מקרה נקבע פה אחד כי חברת בנייה שהתקינה תא גנר-טור בבניין גבוה חייבת לספק גם את הגנרטור עצמו (למרות שהדבר לא נאמר בחוזה מפורשות). אולם השופט אלון קבע שהחיוב הנדון אינו נספח לחוזה מכוח חוק או מכוח עיקרון תום הלב (כפי שקבעו השופטים בן-פורת וביסקי שישבו עימו בדין), אלא הוא נובע מתוך כוונת הצדדים, כתנאי מכללא בחוזה שביניהם. כאמור, כל השופטים הגיעו לתוצאה זהה, אך השופט אלון בחר להדגיש את ההלימה בין התוצאה לכוונת הצדדים.

זהירות היתר שנקט השופט אלון בהתוויית תחום הפעולה של עיקרון תום הלב הייתה מענה לעמדה שהביע השופט ברק שנים אחדות קודם לכן, בעניין **שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ’ בית הדין הארצי לעבודה** (בג”ץ 59/80, פ”ד לה (1) 828 (1981)). לדידו עיקרון תום הלב עשוי לקבוע חיובים שאינם בחוזה, ואף להעניק זכויות שאינן בחוזה. זאת ועוד: בעוד השופט אלון מעניק קדימות לתורת התניה מכללא ככלי לפרשנות חוזה, קבע השופט ברק (אמנם שנים רבות לאחר שנאמרו דבריו אלה של השופט אלון, ולמעשה לאחר פרישת השופט אלון מכס השיפוט) כי לתורת התניה מכללא אין כיום מקום במשפט הישראלי, שכן היא הומרה בעיקרון תום הלב (ע”א 4628/93 מדינת ישראל נ’ אפרופים שיכון ויזום (1991))

נ

בעוד תורת התניה מכללא שהפעיל השופט אלון מבטאת - ולו מבחינה מילולית - את כוונת הצדדים, הרי שעיקרון תום הלב כפי שנתפס על ידי השופט ברק אמור לבטא ערכים אובייקטיביים חיצוניים לצדדים (בהקשר החוזי הנתון), והוא מעמיד במרכז הבמה את השופט הפרשן

בעניין ז'רז'בסקי התייחס השופט ברק להסכם הפוליטי כאל הסכם שפיט לכל דבר, שבמקרה חריג אף אפשר לאכוף אותו, בעוד השופט אלון סבר ששפיטותו של הסכם פוליטי מוגבלת. הוא הביע הסתייגות נמרצת ממעורבות משפטית בנוגע לקיומו של ההסכם

נ

בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995)). דברים אלה אינם רק שינוי רטורי של כלי הקיבול, אלא יש בהם עדות לשינוי מהותי של התפיסה הפרשנית, שכן בעוד תורת התניה מכללא שהפעיל השופט אלון מבטאת - ולו מבחינה מילולית - את כוונת הצדדים, הרי שעיקרון תום הלב כפי שנתפס על ידי השופט ברק אמור לבטא ערכים אובייקטיביים חיצוניים לצדדים (בהקשר החוזי הנתון), והוא מעמיד במרכז הבמה את השופט הפרשן.

תום לב במשא ומתן

התפיסות השונות בהקשר להיקף עיקרון תום הלב באו לביטוי מוחץ לא רק בהקשר לפרשנות חוזה אלא גם להיקף תחולתו במהלך משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. בעניין **בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ** (ד"נ 22/82, פ"ד מג(1) 441 (1989)) התעוררה השאלה אם עורך מכרז פרטי (שעל פי תניות המכרז לא התחייב לכרות חוזה עם איש מהמציעים) חייב לנהוג בשוויון כלפי המציעים בנסיבות אלה: לאחר שהחליט עורך המכרז שאין הוא מעוניין לכרות חוזה על פי תנאי המכרז, הוא בכל זאת זימן את אחד המציעים למשא ומתן נוסף, ובעקבותיו שינה המציע את הצעתו המקורית וכרת עימו חוזה. מציע אחר קבל על המהלך וטען שעל עורך המכרז הוטלה חובה לזמן גם אותו למשא ומתן נוסף, שיאפשר לו לתקן את הצעתו המקורית ולהמשיך להתמודד במכרז. העניין הגיע לדיון נוסף, ובו נחלקו השופטים. רוב השופטים, ביניהם השופט אלון, פסקו שאין להגביל את החופש החוזי יותר ממה שקבע המכרז מפורשות; ואילו שופטי המיעוט, ביניהם השופט ברק, קבעו כי המכרז מעצם ברייתו מטיל חובה להתייחס לכלל המציעים בשוויון, ומשהחליט עורך המכרז לזמן למשא ומתן נוסף מציע אחד, הוטלה עליו חובה לעשות זאת כלפי כלל המציעים.

שוב אנו רואים את הדי המחלוקת: חופש מול התערבות; חירות מול חובה; ודאות הכללים מול עמימות העיקרון. ובהקשרנו: חירות הפעולה שמזמנים הכללים כמות שהם, במקרה דנן כללי המכרז שנקבעו על ידי עורך המכרז, מתייצבת כנגד חובת השוויון הלא מפורשת שכביכול משתמעת מעיקרון תום הלב.

חובת השוויון בהליכי מכרז היא חובה מקובלת בהקשר למכרזים ציבוריים, אך במקרה דנן דובר במכרז פרטי. שופטי המיעוט ביקשו להרחיב את מטריית הנורמות הציבוריות ולהחילה על חוזה מסחרי במישור המשפט הפרטי, כך שכל מתקשר פרטי יהיה כפוף לחובה לנהוג בשוויון בהליכי מכרז גם אם אין הוא מקבל על עצמו חובה זו. השופט אלון התנגד לכך בתקיפות, בחזרו על האזהרה שהשמיע בעניין לסרסון מפני הרחבת יתר של עיקרון תום הלב ומהסגת גבולו של המחוקק:

"מה היסוד לכפייה זו על הפרט במשא ומתנו? ... מי שם אותנו לצפות עבור הצדדים למכרז דבר שהם עצמם לא מצפים לו? מה לו



נאמן למקור

ציטוטים נבחרים מהפסיקה

מנחם אלון

אין הכנסת דרה עם המבקש להכחידה

"ההליכה לבחירות לבית המחוקקים כדי לחסל את בית המחוקקים היא תרתי דסתרי, שהרי אין הכנסת דרה בכפיפה אחת עם מי שמבקש להכחידה; זוהי סתירה מינייה וביה, שאין מקום ליישבה, ואין הדבר תלוי כל עיקר – כדעת חברי הנכבד השופט ברק בקיומה של 'אפשרות סבירה', שמזימתם של בעלי רשימה כזו תעלה בידם (לעצם עניין 'האפשרות הסבירה' עוד אחזור להלן); ומכוח 'הדין הטבעי' ו'זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה' (ראה זוסמן, שם) אין מנוס מלמנוע מרשימה זו לבצע את זממה. חוסר ברירה זה אין יסודו באחד מכללי הפרשנות הרגילים אלא יסודו בצו העליון בעולמה של יהדות: 'וחי בהם – ולא שימות בהם' (ויקרא, יח, ה, יומא, פה, ב)."

(ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-11)

הנשמה של חברה קדישא

"למערכת משפטית יש גוף בדמות הדין שבמשפט ויש נשמה, ולעתים אף נשמה יתרה, במהות ערכי המשפט. לחברת החשמל – אולי גם נשמה יש. אך לחברה קדישא – ודאי שגם נשמה יש... בבית-קברות זה של חברה קדישא 'קהילת ירושלים' טמונים אלפי אלפי שוכני עפר מבני ירושלים ומאלה שנקבצו אליה, שנמנו עם הציבור הציוני לכל גווניו וזרמיו, אשר ביקשו, הם או קרוביהם, להיקבר בבית החיים בירושלים מתוך ידיעה כי הכיתוב שעל גבי המצבות בבית-קברות זה שבירושלים הוא על טוהרת העברית, שפה שהייתה עבורם ערך עליון, יקר ללבם ולרגשם. אם נבוא עתה, כיום הזה, ונבטל תנאי זה של כיתוב עברי בלעדי שעל גבי המצבה, האם אין בכך משום פגיעה חמורה באינטרסים של הזולת, בכבוד המתים, שכבר הלכו לעולמם ונטמנו בעפרו של בית-קברות זה, ובכבוד החיים, המה קרוביהם ובני משפחתם של אלה, בבואם מכאן ואילך לעלות על קבר יקיריהם בבית הקברות, שעל גבי מצבותיו יילך ויגבר הכיתוב באותיות של כל אומות העולם?... דרישת הסובלנות מטעם הרוב כלפי המיעוט מן הראוי שתאוזן במידה מסוימת של סבלנות מטעם המיעוט כלפי הרוב, איזון שיימצא לפי משקלו הסגולי של כל אחד משני הערכים המתנגדים."

(ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום)

לעקרון השוויון ולערך תום הלב?... חוסר השוויון וההפליה פסולים הם במרכז של רשות ציבורית משום... שחובתה לשרת את הציבור באופן שווה... הכנסת חובת שוויון למסגרת תום הלב... יש בה משום מילוי תוכן למושג תום הלב שהמחוקק מעולם לא העלה על דעתו... (עמ' 468-472).

שפיטות והסכמים פוליטיים

המחלוקת הרעיונית בין שתי העמדות הגיעה לשיאה בעניין **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה** (בג"ץ 1635/90, פ"ד מה(1) 749 (1991)), שבו נדונה השאלה מהו הדין החל על הסכם פוליטי. במהלך השנים שקדמו להכרעה זו הפסיקה התקשתה להגדיר את מעמדו המשפטי. בעניין **ז'רז'בסקי** פנה לבית המשפט צד שלישי, זר להסכם, וביקש להכריז על בטלות חלקית שלו, ובית המשפט נענה לבקשה פה אחד. תוך כדי כך דן בית המשפט בכל היבטיו של ההסכם הפוליטי, וכך נחשפה בגלגול חדש ובמלוא חריפותה המילולית המחלוקת הרעיונית שבין אלון וברק, שעיקרה גבולות המשפט והשיפוט: מה היקף חירות הפעולה של נושאי המשפט, ומה טיב היחס בין הרשות השופטת לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת. בעוד השופט ברק התייחס להסכם הפוליטי כאל הסכם שפיט לכל דבר, שבמקרה חריג אף ניתן לאכוף אותו, סבר השופט אלון ששפיטותו של הסכם פוליטי מוגבלת. הוא הביע הסתייגות נמרצת מתחולתו של חוק התרופות על הסכם זה וממערבות משפטית בנוגע לקיומו של ההסכם. מעורבות כזו עשויה להכניס את בתי המשפט לשדה הפוליטי שממנו הוא מצווה להתרחק. אמנם על הסכם כזה מוטלות חובות מן המשפט הציבורי, כגון החובה לגלותו, אך חובת הגילוי מיועדת לספק מידע לציבור ולתת לו כלים לבחון את ההסכם. אכן, הביקורת העיקרית על הסכם כזה, מוסיף השופט אלון, צריכה לבוא מטעם הציבור ולא מטעם המשפט. השופט אלון מטיל ספק ביכולתו של השופט להינתק מרוחות השעה החולפות. על עצמו הוא מעיד כי אינו "חצוב כסלע" ובמקצת חשוף הוא גם לרגשות ולרוחות השעה הפוליטיים (עמ' 817), ולכן:

"...חשוב וחינוי לשמור ולהקפיד כי בעניין הסכם פוליטי שערי בית המשפט זה יהיו אמנם פתוחים, אך בשיקול דעתנו נהא זהירים ומתונים. נדון בתוקפו של ההסכם הפוליטי, בחוקיותו ובשמירתו על יסודות בסיסיים וברורים של תקנת הציבור – כגון אי מסירת שלטון תמורת הנאה כספית, אך לא נדון בסבירותו, בהגיונותו ובתום לבו, שהן שאלות פוליטיות מובהקות, ובדרך כלל, שומר נפשו השיפוטית ירחק מהן" (עמ' 818).

מתיונות, מהפכנות וחמלה

מורשתו השיפוטית של השופט אלון משקפת זהירות ומתיונות: זהירות מפני הסגת גבולו של המחוקק ומפני התערבות בחופש החר-

התשכ"ה-1965, אשר תוקן לאחר מכן בחוק הירושה (תיקון מס' 11), ס"ח 1930, 313).

השופטים אלון וברק, שניהם בדעת מיעוט, קבעו – מטעמים שונים כל אחד – שהמסמך הוא צוואה. השופט אלון סבר שזוהי צוואת שכיב מרע, ואילו השופט ברק הגמיש את הדרישות הפורמליות של החוק וסבר שמדובר בצוואה רגילה, תקפה, למרות הפגמים שבה. כאמור, דעת הרוב פסקה שאין מדובר בצוואה תקפה, בהעדיפה לשמור על הכללים הקבועים בחוק.

התוצאה של עמדת הרוב מעוררת תחושת אי נוחות: נוכח הקביעה כי הפתקה אינה צוואה יירש הבעל את האישה לפי סדר הירושה החוקי, בניגוד לרצונה המפורש של האישה שקבלה על התנהגותו כלפיה. עמדה פורמלית זו העניקה קדימות לחוק, לדרישת הצורה הקבועה בו ולעיקרון הוודאות. שופטי המיעוט אלון וברק, כל אחד בדרכו, העניקו קדימות לאוטונומיה של המצווה ולתחושת הצדק. שניהם חתרו להגיע לתוצאה צודקת מתוך רגשות חמלה עזים וכבוד האדם. כאמור, המחלוקת ביניהם נחשפה לאחר מכן. אכן בצד המתניות והזהירות שאפיינו את פועלו השיפוטי של השופט אלון, משקפות רבות מפסיקותיו חסד, רחמים, כבוד ותעוזה.

זים, ומתניות נוכח הטלת חובה המגבילה בדיעבד את חירות הפעור-לה. במורשתו השיפוטית של השופט ברק טמונה מהפכנות. עולמם התרבותי של שני השופטים נטוע חלקו במחזות אחרים. משנתם השיפוטית שונה, ואת עמדתם הביע כל אחד מהם ללא חת. שני גדולי המשפט היו בני פלוגתא בסוגיות מרכזיות במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי. עם זאת, אבקש לסיים את הרשימה בפרשה שבה הביעו שני השופטים עמדה דומה. היה זה בעניין הטראגי של **קניג נ' כהן** (ד"נ 40/80, פ"ד לו(3) 701 (1982)), שנדון לפני כ-30 שנה, ובו היו שניהם שותפים בניסיון משפטי נועז, שלא צלח, לסייע לאישה אומללה לממש את רצונה האחרון טרם מותה, תוך מתיחת לשון החוק. באותו מקרה התאבדה אישה עם ילדתה, והשאירה פתקאות שלא נשאו חתימה או תאריך. באחת מהפתקאות הורתה האישה שבעלה, שהתעמר בה במהלך נישואיהם, לא יירש אותה. בית המשפט נחלק בעמדתו בשאלה אם ניתן להתייחס לפתקה זו כאל צוואה. דעת הרוב קבעה כי אף אם מדובר בפתקה אותנטית שמשקפת את כוונתה האמיתית של הכותבת, אין להתייחס אליה כאל צוואה, שכן הפתקה לא נשאה תאריך ולא חתימה, שהם תנאים מכוננים לקיום צוואה על פי החוק (כפי שקבע אז סעיף 25 לחוק הירושה,

המתת חסד? אסורה בתכלית האיסור

"נקודת המוצא לסוגיה גדולה, קשה וסבוכה זו של הלכה ורפואה היא ערך העל של קדושת חיי האדם. ערך-על זה יסודו, כאמור, בעקרון העל של בריאת האדם בצלם אלוקים, על כל המתחייב ומשתמע מכן. אשר-על-כן, לא קיים, ולא יכול להיות קיים, קנה מידה של ערך האדם; דינו של גגום בגופו כדינו של שלם בגופו, ודינו של לקוי בנפשו כדינו של בריא בנפשו, ואין מודדים מידתה ושיעורה של בריאות הגוף והנפש. וכן לא קיים, ולא יכול להיות קיים, קנה מידה של אורך חיי האדם, חיי שעה דינם כחיים ארוכים, וגם הנר המטפטף הריהו בוער ומאיר. אשר-על-כן, החשת מוות אקטיבית, קיצור חיי אדם באופן פעיל, גם אם בשם המתת חסד תיקרא, אסורה היא בתכלית האיסור, גם אם היא נעשית לפי בקשתו של החולה. החובה הגדולה היא, במצב דברים זה, לשכך את הסבל והייסורים של החולה בכל דרך אפשרית שהיא.

"שונה הוא מצב הדברים משמדובר באותנזיה פאסיבית, באי-הארכת החיים, כפי שמכונה הוא בעולמה של הלכה – 'הסרת המונע'. אותנזיה פאסיבית מותרת, ולדעת חלק מן הפוסקים אף מחויבת, מתוך התחשבות בערך העל של מניעת סבל וייסורין, גופניים ונפשיים, ברצונו של החולה, בחומרה שבכפיית טיפול רפואי בניגוד לרצונו של החולה, בסוגי הטיפול השונים – שיגרתיים או לא שיגרתיים, טבעיים או מלאכותיים – ועוד...

"יעל אינה סובלת ואינה מתייסרת. כבודה נשמר מעל ומעבר. יעל בוכה, ככל ילד, כאשר זקוקה היא להאכלה או לטיפול שיגרתי רגיל. נרה עדיין בוער ומאיר לכל מי שמצוי בקרבתה. בתנאים אלה, ובמציאות זו, קדושת חייה של יעל, גם במצבם הסופני, היא הערך הבלעדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדת בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית.

"אין אנו באים, חס ושלום, בטרוניה או בהטפת מוסר לאם. לב אם מי יודע. רחשי לבה הם צפונותיה. אבל אין מקום להיענותו של בית-משפט לבקשה כגון זו שלפנינו, בקשה של 'מי לחיים ומי למוות', שלא על-פי ידיעתם הברורה והמפורשת של שני ההורים, פרט למקרה ראוי, לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, שיש בו כדי להצדיק היענות זו."

(ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה נ' מדינת ישראל)



נאמן למקור

ציטוטים נבחרים מהפסיקה

מנחם אלון