

דברים בטקס הפרידה מהמשנה לנשיא, השופט אליהו מצא*

מאת

אהרן ברק

אחי אליהו, מורי ורבותי,
כמחצית שנות חייו שימש אליהו מצא שופט בישראל. תחילה במסגרת הצבא, ולאחר מכן כשופט בית משפט השלום וכשופט בית המשפט המחוזי. כארבע-עשרה שנה כיהן השופט מצא – תחילה בפועל ולאחר זמן במינוי קבע – כשופט בבית המשפט העליון. בשנה האחרונה מונה כמשנה לנשיא בית המשפט העליון.

בעיני, השופט מצא הוא דמות מופת של שופט בישראל. הוא המודל שלאורו עלינו לחנך את שופטינו. הוא הדמות שצריכה לעמוד בזכרון הציבור, הרואה בעיני רוחו את דמותו של השופט הישראלי. אילו הייתי צד למשפט – בין כתובע, עותר או מערער, בין כנתבע או משיב – הייתי מתפלל בליבי, כי שופט כשופט מצא יהא השופט שלי. הוא "השופט הטבעי". יושרה, הגינות, שימת לב לכל פרט, תוך הבחנה בין עיקר וטפל, הם מתכונותיו הבולטות. ידע משפטי רב היקף, קומפוננס בסיסי, ומעל לכל – עמוד שידרה שיפוטי שאין חזק ממנו, ישר ממנו, ואיתן ממנו. האמת כפי שהוא רואה אותה, היא כוכב הצפון שלו. דבר לא יביא אותו לסטות מאמת פנימית זו. לאחרונה ניתן פסק הדין בדיון הנוסף בעניין העבירה של הפרת האמונים.¹ לא היתה מחלוקת של ממש בינינו באשר למסגרת הנורמטיבית. כולנו אימצנו את השקפתו של השופט מצא בעניין יסודות העבירה. המחלוקת היתה באשר ליישומה של ההלכה. כאן נחלקו הדעות. השופט מצא מצא עצמו בדעת מיעוט. בודד היה בגישתו. אך הוא האמין באמת שבה, והתמיד בה. הצטערתי על שלא הצטרף אלי, אך הייתי גאה באומץ גישתו ובנחישות עמדתו. כך יאה לשופט בישראל.

שמעתי אומרים כי השופט מצא הוא פורמליסט. אם פורמליזם משמעו שמירה

* דברים שנשא נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק בטקס שנערך ביום 4.1.2005 לרגל פרישתו של המשנה לנשיא, השופט אליהו מצא מבית המשפט העליון
1 דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס (לא פורסם, 30.11.2004).

קפדנית על זכויות הנאשם – כי אז אכן השופט מצא הוא פורמליסט; אם פורמליזם משמעו התנגדות לפרשנות הנותנת לטקסט מובן שהוא אינו יכול לשאתו בלשונו, כי אז אכן השופט מצא הוא פורמליסט. אך אם זו ההגדרה של הפורמליזם – כולנו פורמליסטים; וכולנו ניצבים מאחוריך, אחינו אליהו. אך אם פורמליזם משמעו התפיסה כי המשפט הוא מערכת סגורה, הניזונה מתוך הגיונה הפנימי בלבד, בלא לשאוב מערכים שהם חיצוניים למשפט, כי אז השופט מצא אינו פורמליסט כלל ועיקר. כחוט השני עוברת בתפיסתו המשפטית של השופט מצא ההכרה, כי המשפט רווי ערכים המזינים את המשפט; כי ההכרעה השיפוטית במקרים הקשים מבוססת על איזון עדין בין ערכים מתנגשים, כגון חופש הביטוי ושלום הציבור; כי השופט חייב לבטא את ערכי החברה ולהגן עליהם.

שמעתי אומרים כי השופט מצא הוא מבעלי הריסון השיפוטי העצמי; כי הוא אינו נמנה על השופטים האקטיביסטים. אם ריסון עצמי פירושו הימנעות מלפסוק בניגוד לחוק, הרי בוודאי שהשופט מצא הוא בעל ריסון עצמי; אם אקטיביזם פירושו אי הכרה בכבלים המונעים מהשופט מלהגשים את מלוא השקפותיו הסובייקטיביות, הרי השופט מצא אינו אקטיביסט כלל ועיקר. אך על פי הגדרות אלה, כולנו בעלי ריסון שיפוטי עצמי וכולנו אקטיביסטים. כולנו מאחוריך אחינו. אך אם ריסון עצמי משמעו שקילה והירה של היתרון שבשינוי הדין לעומת הנזק שנגרם מעצם השינוי, כי אז השופט מצא הוא אכן בעל ריסון עצמי, ואנו כולנו עימו, בהכרה בחשיבותו של ריסון עצמי זה. ואם אקטיביזם משמעו קידום ההלכה ופיתוח המשפט כדי להגשים את ערכי היסוד, כי אז השופט מצא הוא אכן אקטיביסט, ואנו כולנו עימו.

שאלתי את עצמי: מהו שמביא אנשים לטעות בעניין הפורמליזם והריסון העצמי המאפיינים את גישתו השיפוטית של חברי? דומה שהתשובה טמונה ברטוריקה של חברי. זו רטוריקה שלרוב היא שקטה ומופנמת; היא חוצבת לאיטה בסלע; נדרשת בחינה מעמיקה לא רק של ההלכה אלא גם של המעשה המגשים אותה; נדרשת התעמקות בתכניה. כאשר נעשית בחינה מעמיקה זו ניצב בפנינו שופט גדול, אשר קידם את המשפט הישראלי בסוגיות רבות ומגוונות. הנה כמה דוגמאות מתוך הים הגדול.

שוויון לנשים: השופט מצא הוא מנושאי דגל השוויון המגדרי בישראל. בפרשת שדולת הנשים בישראל,² נבחנה פרשנותו של חוק אשר קבע כי בחברות ממשלתיות יש ליתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים. כותב השופט מצא:

2 בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501.

הלקח המתבקש הוא זה: הואיל והפלייתן של נשים בחברה המודרנית הינה, בעיקרה, תופעה המושרשת בתפיסות סמויות, חוסנה המוסרי של חברה שוחרת שוויון יכול להיבחן בהיקף האמצעים והמאמצים החיוביים שנכונה היא לנקוט ולהשקיע בשבירת הסטאטוס־קוו וביצירת מציאות חדשה ושוויונית. להעדפה המתקנת נודעת, בהקשר הזה, חשיבות רבה, ואפשר אף מכרעת; שכן בקידומה המעשי – המתוכנן והמוכוון – של הקבוצה המופלית לרעה, לעבר העמדות שנשללו ממנה בעבר, יש לא רק משום תיקון עיוותיו המעשיים של חוסר השוויון אלא גם משום יצירתה של מציאות חדשה שסופה להעביר מן העולם גם את שורשיה הנסתרים של ההפליה ואת תוצאותיה הנלוות. בדרך זו עשויה פעולה של העדפה מתקנת, המכוונת בעיקרה לתיקון מעוות נקודתי, לשרת תכלית כללית של הגשמת עקרונות השוויון.³

ובפרשת מילר,⁴ שעסקה בקבלתה של חיילת לקורס טייס – פרשה שבה היה השופט מצא אב בית הדין, ומי שכתב את פסק הדין הראשון. כותב חברי:

פגיעה בשוויון, מחמת הפליה על רקע מיני, היא דוגמה מובהקת למקרה המצדיק והמחייב התערבות. כזה הוא המקרה שלפנינו. צה"ל אינו יכול להישמע בטענה שנשים פסולות לתפקיד כלשהו מחמת היותן נשים. הטענה שהכשרתן של נשים לתפקידי טייסות אינה כדאית, חרף היותן בעלות כישורים מתאימים לכך, היא טענה צורמת. בהכרזות על שוויון בין המינים לא סגי, שכן מבחנו האמיתי של שוויון הוא בהגשמתו, הלכה למעשה, כנורמה חברתית תוצאתית... חיוב נורמטיבי זה חל גם על צה"ל. מן המפורסמות הוא עד כמה גדולה השפעת אורחותיו של הצבא על כל אורחות חיינו. ובהשרשת ההכרה בחשיבותן של זכויות יסוד אין צה"ל יכול להישאר מחוץ לתמונה. גם עליו מוטל לתרום את חלקו.⁵

זכויות האסיר: פסק דינו של חברי בפרשת גולן,⁶ שהכיר בזכותו של אסיר לפרסם

3 שם, בעמ' 526.

4 בג"צ 4541/91 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94.

5 שם, בעמ' 116.

6 ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136.

טור אישי או סדרת כתבות במקומון על חיי בית הסוהר בו הוא כלוא, הוא מהחשובים בפסקי הדין בעניין חופש הביטוי בכלל וזכויות האסיר לחופש ביטוי בפרט. כותב חברי:

הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו... הנחת היסוד היא, שסל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר. עם זאת ברור, כי המאסר גם משעה את יכולתו של האסיר לממש חלק מחירויותיו האחרות...

כבוד האדם של האסיר הוא כבודו של כל אדם. המאסר פוגע בחירותו של האסיר, אך אסור שיפגע בכבוד האדם שלו. זכות יסוד היא לאסיר שכבודו לא ייפגע, ועל כל רשויות השלטון מוטלת חובה לכבד זכות זו וכן להגן עליה מפני פגיעה... יתר-על-כן: פגיעה בכבוד האדם של אסיר פוגעת לא רק באסיר, אלא גם בדמותה של החברה. יחס אנושי לאסירים מהווה חלק מנורמה מוסרית-אנושית שמדינה דמוקרטית מצווה לקיימה. ומדינה הפוגעת בכבוד אסירה, מפרה את חובתה, המוטלת עליה כלפי כלל אזרחיה ותושביה, לכבד את זכויות היסוד של האדם...⁷

שאלה חשובה היא מה דיגן של זכויות אדם חוקתיות שנקבעו בחוק-יסוד ושאינן בצידן פסקת הגבלה ספציפית? האם הן מוחלטות? כותב חברי:

התעוררה השאלה אם בביקורת חקיקה שנטען לגביה שהיא סותרת את עקרון השוויון כמשמעו בחוק-יסוד: הכנסת, רשאי בית-המשפט להחיל, בדרך שיפוטית, את מבחניה המוכרים של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... כשלעצמי, אינני רואה מניעה לעשות כן. מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית-המשפט להפעילו גם

7 שם, בעמ' 156.

בהיעדרה של פסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק
העומד לביקורתו.⁸

כך, בפשטות, בלא אסמכתאות לרוב, קבע חברי עקרון יסוד בעל משמעות
חוקתית מהמדרגה הראשונה.

הוא הרחיק לכת בפרשת עמותת "הפורום לזו קיום בנגב".⁹ בפרשה זו היתה
בקשה דחופה לצו ביניים. העותרות ביקשו שהמדינה תדאג להקמת גשר מעל
לנחל חברון על מנת לאפשר לילדי הפזורה הבדואית להגיע למקום לימודיהם.
המדינה הכירה בצורך הדחוף בהקמת הגשר. היא טענה כי הדבר אינו מתאפשר
במסגרת תכניות המיתאר. השופט מצא הוציא צו ביניים. וכך כתב:

יש בסמכותנו להורות על מתן צו-ביניים הדחוף המבוקש אף
בהנחה שדיני התכנון והבנייה אינם מאפשרים זאת.

ובהפנותו לסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע את סמכותו של בית המשפט
הגבוה לצדק, הוא כותב:

מעמדה הנורמטיבי של הוראה זו הוא מעמד חוקתי על-חוקי...
עניינה איננו רק בדיני הסמכות הדיונית – כפי שניתן אולי
להבין מחלק מפסקי-הדין שעסקו בה – אלא גם בדיני הסעד
המהותי... אמנם, ככלל, יירתע בית-המשפט הגבוה לצדק
מלהעניק, מכוחו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, סעד אשר
אינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר, אף אם מעמדו
הנורמטיבי נמוך יותר. ואולם בנסיבות חריגות ויוצאות-דופן,
כאשר המקרה 'זועק לשמים', ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו
'סעד למען הצדק', לא מן הנמנע כי בית-המשפט יזקק לסמכות
'בלתי קונבנציונלית' זו.

במקרה שלפנינו מדובר במצב 'קפקאי' ממש, אשר אמנם זועק
לשמים. ילדים רכים בשנים נדרשים לסכן את חייהם על-מנת
להגיע לבית הספר הממלכתי, שהוקם בקירבת בתיהם על-ידי
מדינת ישראל, או לחלופין להימנע מלהגיע לבית הספר בימי
הגשמים. המדינה אינה מתכחשת לחובתה להקים במקום גשרון
לחציית הנחל אשר ימנע את הסכנה, ואולם לטענתה, ידיה
כבולות על ידי הדין, אשר יאפשר לה לעשות כן רק בעוד

8 ע"ב 92/03 מופז נ' י"ד ועדת הבחירות המרכזית של הכנסת, פ"ד גז(3) 793, 811.

9 בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לזו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד גז(2) 102.

חודשים מספר. אין זה מתקבל על הדעת כי דיני התכנון והבנייה התכוונו למנוע הצלת חיים בדרך של הקמת מבנה זמני לשעת חירום, ואולם אף אם נניח כי זו אכן הייתה כוונתם, אין בכוחם לגבור על הוראתו החוקתית העל-חוקית של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה... אשר-על-כן, ובגסיבותיו החריגות של המקרה, החלטנו להורות למדינה בצו-ביניים להקים בזמן הקצר ביותר האפשרי גשרון במתכונת יבילה מעל נחל חברון, אשר יאפשר לילדי פזורת אום בטין חצייה בטוחה של הנחל בדרך לבית הספר.

זהו פסק דין עוצר נשימה; הוא רחוק מכל פורמליזם; הוא רחוק מריסון עצמי. הוא אולי פסק הדין האקטיביסטי ביותר שנכתב בשנים האחרונות. הוא נכתב ביום בו נשמעה העתירה. רק שופט גדול כחברי השופט מצא, מצא את עוז הרוח להוציא מתחת ידיו פסיקה זו. האם מקרה קשה יצר דין קשה? או שמא דין קשה פתר מקרה קשה?

אפנה עתה לשתי פרשיות פליליות. הפרשה הראשונה עסקה בהסתה לגזענות. כתב חברי:

נקודת המוצא היא, שבמסגרת חופש הביטוי נתונה לכל אדם זכות רחבה להביע ולפרסם את דעותיו. אך לשום אדם אין זכות לכטא דעה שמטרתה להסית לגזענות. ואין דבר באיסור הפלילי על פירסום הסתה לגזענות הסותר את חופש הביטוי... הנני סבור, כי הביטוי הגזעני אינו נמנה עם צורות הביטוי הפוגעניות, המרגיזות או המקוממות, שעל חברה חופשית להשלים עם קיומן, חרף סלידתה מפניהן. הביטוי הגזעני הוא חריג. הוא מצוי מחוץ לגדריה של תפיסת העולם הדמוקרטית, ושערי חופש הביטוי נעולים בפניו.¹⁰

ובמסגרת השיקולים לקביעת העונש, כותב חברי:

המערער נמצא אשם בכמה עבירות. החמורה מכולן, ללא ספק, היא עבירת הפירסום של הסתה לגזענות. בכצעו עבירה פגע המערער בערכים יסודיים: שוויון האדם באשר הוא וזכותו להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו. התופעה של הסתה גזענית פוגעת בדמותה של המדינה, כמדינה יהודית ודמוקרטית. מדינת

10 ע"פ 2831/95 אלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד (5) 221, 266.

ישראל, כמדינה מתוקנת המושתתת על ערכי מוסר יהודיים וכלליים, אינה יכולה ואינה רשאית, למען שלומה ולמען עתידה, להתייחס בסלחנות לתופעות עכורות של הסתה גזענית. משמע, שבשיקולי הענישה של מסיתים לגזענות יש לייחס משקל מרכזי לצורכי ההרתעה, הן של הנאשם היחיד והן של עבריינים בכוח.¹¹

הפרשה השניה עסקה בעבירת ההמרדה. כתב חברי:

הזמנים השתנו והרוחות הרעות המנשבות בתוכנו הן יותר מרוחות שעה חולפות שבית-המשפט, כדרכו, נוטה להתעלם מהן... הדמוקרטיה שלנו עודנה איתנה וחסונה. אך הכתובת על הקיר כבר ניבטת אלינו... שעה קשה היא לדמוקרטיה, כאשר היא נאלצת להפעיל אמצעים עונשיים שמטרתם לשמור על הדמוקרטיה. אך לעתים עליה לעשות כן. הדמוקרטיה אמורה להיות מנת חלקם גם של מי שאינם מאמינים בה. היא מחייבת סובלנות גם כלפי חסרי הסובלנות... אך הדמוקרטיה חייבת להתגונן ולהגן על ערכיה, ואין היא רשאית להתיר לחלק מבני החברה לנסות ולפגוע בזכויות ובחירויות היסוד של אחרים. בדמוקרטיה הישראלית קיימים יסודות המבקשים לזהמה בגזענות. כלפי אלה מותר וראוי לדמוקרטיה לנהוג (כביטוי של השופט זוסמן) כ'דמוקרטיה מתגוננת'... הכלים הדרושים לכך הלוא הם מצויים בידינו. אל לנו להפריז בשימוש בהם, אך גם אל לנו לשומטם מידינו או לרוקנם מתוכנם.¹²

הבאתי אך טיפה מהים. בארבע-עשרה שנות כהונתו בבית המשפט העליון הפרה השופט מצא את הפסיקה בכל התחומים. ראינו בו תמיד כמומחה שלנו במשפט הפלילי. אך בבית המשפט העליון אי אפשר להצטמצם אך לתחום מומחיות אחד. קיימים קשרים הדוקים בין ענפי המשפט. המפרש חוק אחד מפרש את החוקים כולם. הפועל בתחום אחד של המשפט המקובל שלנו, מעביר רטט בכל המשפט המקובל שלנו. אכן, עניין לנו בשלמות אחת, בחשיבה משפטית ושיפוטית כוללת, אשר האיזונים הפנימיים שבה משתנים מעניין לעניין. בכל אלה תרם השופט מצא תרומה מכרעת. הוא מעולם לא היה בעל ריסון עצמי מלא או פורמליסט מלא. הוא היה לעתים אקטיביסט ולעתים בעל ריסון עצמי - כיאה

11 שם, בעמ' 293.

12 ע"פ 6696/96 בנימין כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 577.

וכנאה לשופט גדול. לא קלישאות - אלא תפיסת עולם כוללת; לא תוויות - אלא פילוסופיה שיפוטית המאזנת בין שיקולים נוגדים, ומכריעה על פי משקלם היחסי בנקודת החיכוך.

אחי הטוב: שלום לך ולרעייתך הטובה עמליה. תלווה אותך ברכת אהים ואחיות נאמנה. כולנו אהבנו אותך, הערכנו אותך והושפענו ממך. הפרישה מבית משפט זה אינה קלה לשופט הפורש. אך יודע אני כי לך - בעושר הפנימי הרב שבך - הפרישה תעבור ללא זעזועים מיותרים. בשמה של מערכת המשפט כולה - ודומה שיש לי אף הרשאה לומר זאת, בשמה של המדינה כולה - מבקש אני לומר לך: תודה ושלום. ובשמי שלי אוסיף - ולהתראות בקרוב.