על תפקידי כשופט

אהרן ברק*

א. הקדמה. ב. שמירת החוקה והדמוקרטיה. ג. דמוקרטיה אמיתית מהי? ד. תפקיד השופט בשמירה על הדמוקרטיה: 1. עליונות החקיקה (legislative supremacy); 2. הפרדת רשויות; 3. שלטון החוק; 4. עקרונות־היסוד; 5. זכויות האדם. ה. הדרכים להגשמת התפקיד השיפוטי. ו. סוף דבר.

א. הקדמה

מזה שנים אני שואל את עצמי: מהו תפקידו של שופט בישראל? מהו תפקידו של שופט בחברה דמוקרטית? מהו תפקידי־שלי כשופט בערכאה השיפוטית העליונה? בוודאי תפקידו של שופט הוא לקבוע ממצאים עובדתיים על בסיס התשתית הראייתית המוצגת בפניו. בוודאי תפקידו להפעיל את הדין על מערכת העובדות שלפניו. אך האם בכך מתמצה תפקידו?

שאלות אלה אינן מטרידות אך אותי. הן מטרידות שופטים רבים בישראל ומחוצה לה. אכן, שופטים רבים – בעיקר בבתי־משפט עליונים של הדמוקרטיות המערביות –

* מאמר זה מבוסס על הרצאה שניתנה ביום 23.10.2002 בערב זיכרון לחיים צרוק ז"ל וכן מתבסס בחלקו על קטעים מתוך המאמר: Aharon Barak, "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harv. L.R.* (2002) 16 (להלן: Barak, "A Judge on Judging"). על היבטים אחרים של נושא זה עמדתי ברשימות הבאות: אהרן ברק, "על השקפת־עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475; אהרן ברק, "תפקידו של בית־המשפט העליון בחברה דמוקרטית", הפרקליט מא (תשנ"ג) 5; אהרן ברק, "תפקידו של בית־המשפט העליון בחברה דמוקרטית", ספר תמיר (יוסף תמיר ואורה הירש – עורכים, בורסי, תש"ס) 61; אהרן ברק, "בית־המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל", ספר יצחק כהן (מנחם אלון, משה בן־יואב, אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, משה לנדוי – עורכים, פפירוס, תשנ"ט) 287; וכן: Aharon Barak, "The Role of the Supreme Court in a Democracy", 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 1.

nevo.co.il

שואלים את עצמם אותן שאלות עצמן.[1] תשובה ראויה לשאלות אלה חשובה היא לשופט ולעורך־הדין. היא חשובה לכולנו, שכן היא משמשת אמת־מידה להערכת הגשמתו של התפקיד השיפוטי. במיומד השובה תשובה זו בשל התופעה הנפוצה בדמוקרטיות המודרניות, שיותר ויותר בעיות פוליטיות עוטות לבוש משפטי וניצבות בפני בתי־המשפט. דה־טוקוויל (De Tocqueville) עמק בכך כבר לפני כמאה ושבעים שנה כתופעה המאפיינת את אמריקה.[2] מסתבר, כי תופעה דומה מאפיינת כיום גם את הדמוקרטיות המודרניות,[3] ובוודאי – את ישראל.[4] כיצד עלינו – שופטיה של הדמוקרטיה המודרנית – לטפל בבעיות הפוליטיות הניצבות בפנינו בלבוש משפטי?

כמובן, שאלות אלה אינן מתעוררות ב"מקרים הקלים".[5] במקרים אלה יש פתרון אחד ויחיד לבעיה המשפטית, וכל שופט חייב לבחור בפתרון זה. אך כיצד עלינו להכריע ב"מקרים הקשים"? אלה הם מיעוט המקרים. בהם יש לבעיה משפטית יותר מפתרון חוקי אחד. לשופט יש שיקול־דעת בבחירת הפתרון.[6] כל הכרעה היא לגיטימית, אך לא כל הכרעה היא ראויה. מהי ההכרעה הראויה? מתי אני מבצע, במצב דברים זה, את תפקידי כראוי? מהו תפקידי?

אפשר כמובן להשיב בקצרה בטיעון הפילוסופי, כי "מקרים קשים" אינם קיימים. טיעון זה לא יצלח. אף פרופ' דבורקין – בעל הגישה, שלפיה לכל בעיה משפטית פתרון נכון אחד בלבד[7] – אינו אומר אלא זאת, שישנן הכרעות שיפוטיות טובות יותר וטובות פחות.[8] על־כל־פנים, תהיה התשובה הפילוסופית אשר תהיה – המציאות היא כי רוב־רובם של

---

1. ראו: Beverley M. McLachlin, "The Role of the Courts in the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjudicator", 39 *U.N.B.L.J.* (1990) 43 (להלן: McLachlin, "The Role of the Courts"); Beverley M. McLachlin, "The Charter: A New Role for the Judiciary?", 29 *Alb. L. Rev.* (1991) 540; Michael Kirby, "Judging: Reflections on the Moment of Decision", 18 *Austl. B. Rev.* (1999) 4.
2. Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (J. P. Nafer & M. Lerner - eds., Harper and Raw, 1966), 248.
3. אשר לקנדה ראו: McLachlin, "The Role of the Courts" (לעיל, הערה 1), בעמ' 49.
4. ראו, למשל, את הסקירה לגבי הדין הישראלי בסוגיית ההסכמים הפוליטיים והקואליציוניים אצל אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, כרך א, שוקן, תשנ"ו), 606.
5. אשר למקרים קלים ראו אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז), 60.
6. ראו: Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion* (Kluwer Academic Publishers, 2001).
7. ראו: Ronald Dworkin, "Judicial Discretion", 60 *J. Phil.* (1963) 624; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977).
8. Ronald Dworkin, "Pragmatism, Right Answers, and True Banality", *Pragmatism in Law and Society* (M. Brint and W. Weaver - eds., Westview Press, 1991) 359, p. 367.

nevo.co.il

השופטים, בישראל ומחוצה לה, ובוודאי רוב־רובם של השופטים בבתי־משפט עליונים, סבורים כמוני כי יש להם חופש בחירה מסוים. התפיסה שלפיה השופט אך מצהיר על המשפט ולא יוצר אותו שוב אינה מקובלת, שכן גישה זו פיקטיבית וילדותית.[9] גישתו של מונטסקיה, שלפיה השופט הוא אך "הפה של המחוקק",[10] אינה מקובלת כלל ועיקר. רוב־רובם של השופטים, עורכי־הדין וחכמי המשפט יודעים – מי מתוך נסיונו ומי מתוך עיונו – כי בצד הצהרת משפט על־ידי השופטים קיימת לעתים גם יצירת משפט; והשאלה היא, מהו תפקידנו כשופטים ביצירת משפט זו?

על שאלה זו ישנן בוודאי תשובות שונות לאנשים שונים. אין אחדות מחשבתית בעניין זה. שוני זה בינינו נובע מחינוכנו, ממבנה אישיותנו, מתגובותינו כלפי העולם הסובב אותנו ומהשקפותינו על העולם שבו אנו חיים. מציאות זו היא טבעית ולא נרצה לשנותה. כל שאני מבקש הוא להציג את תשובתי־שלי לשאלות אלה. תשובה זו היא הפילוסופיה השיפוטית שלי, המבוססת על שנים רבות של עשייה שיפוטית ומחשבה עיונית. למותר לציין, כי איני מוען שגישתי זו משקפת "אמת" שאין בלתה. אני רחוק מגישה נאיבית זו,[11] כל שטוען אני, כי גישתי היא לא רק לגיטימית, אלא אף ראויה.

ב. שמירת החוקה והדמוקרטיה

על־פי הפילוסופיה השיפוטית שלי, שניים הם תפקידיו העיקריים של כל שופט בישראל ובכל חברה דמוקרטית: התפקיד האחד עניינו גישור על הפער שבין המשפט למציאות החברתית המשתנה. התפקיד האחר עניינו שמירה על החוקה[12] ועל ערכיה.[13] אתמקד בדברי בפניכם היום על התפקיד השני. במסגרת זו אתייחס רק לערכיה הדמוקרטיים של החוקה (חוקי־היסוד) שלנו, תוך שלא אדון בערביה של ישראל כמדינה יהודית, וביחס לערכיה כמדינה דמוקרטית.[14]

9. ראו ברק (לעיל, הערה 5), בעמ' 166; אהרן ברק, "חקיקה שיפוטית", **משפטים** יג (תשמ"ג) 25; Lord Reid, "The Judge as Law Maker", 12 *J.P.T.L.* (1972) 22; Bora Laskin, "The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada", 53 *Can. Bar. Rev.* (1975) 469; Anthony Lester, "English Judges as Law Makers" *Public Law* (1993) 269.

10. Charles D. Montesquieu, *The Spirit of Laws* (Nugent - trans., 1752), Ch.6, 222.

11. על המצב השונה באנגליה, ראו: Leonard H. Hoffman, "Human Rights and the House of Lords", 62 *Mod. L. Rev.* (1999) 159.

12. ראו: *Hunter* v. *Southam* [1984] 2 S.C.R. 145, p. 155 ("The judiciary is the guardian of the constitution") (per Dickson C.J.).

13. ראו: *The Role of Courts in Society* (Shimon Shetreet - ed., Kluwer Academic Publishers, 1988).

14. ראו אהרן ברק, "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", אהרן ברק, **מבחר כתבים** (חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, כרך א, נבו, תש"ס) 445; אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי: **פרשנות חוקתית**, נבו, תשנ"ד), 328.

nevo.co.il

הנני רואה ואת כחלק מתפקידו של כל שופט ושופט להגן על החוקה ועל הדמוקרטיה. כמובן, אני סבור כי כל רשות שלטונית – הכנסת, הממשלה, השלטון המקומי – וכל פרט חייב להגן על החוקה והדמוקרטיה. במסגרת זו גם השופט צריך לתרום את חלקו־שלו. הנייטרליות השיפוטית והאובייקטיביות השיפוטית אינן מחסום כנגד תפיסה זו. נייטרליות משמעותה התייחסות שווה לצדדים ומתן הזדמנות שווה למיעונים. נייטרליות אין משמעותה מתן משקל שווה לערכים הדמוקרטיים ולערכים האנטי־דמוקרטיים. האובייקטיביות השיפוטית משמעותה, הכרעה בסכסוך על בסיס ערכי השיטה ולא על בסיס הערכים האישיים של השופט. אובייקטיביות אין משמעותה מתן חשיבות זהה לדמוקרטיה ולקמים עליה.[15]

תפיסתי הבסיסית היא, כי אם מבקשים לקיים דמוקרטיה יש להיאבק עליה. אין להתייחס אל המשך קיומה כאל דבר מובן מאליו. כך בוודאי בדמוקרטיות החדשות.[16] אך כך גם בדמוקרטיות הוותיקות והמבוססות. הגישה "אצלנו זה לא יכול לקרות" שוב אין לקבלה. הכול יכול לקרות. אם בגרמניה של קנט, בטהובן וגיתה זה קרה, זה יכול לקרות בכל מקום. אם לא נגן על הדמוקרטיה, הדמוקרטיה לא תגן עלינו. אינני יודע אם שופטיה העליונים של גרמניה יכלו בשנות השלושים למנוע את עלייתו של היטלר לשלטון, אך אני יודע כי אחד הלקחים של השואה ושל מלחמת־העולם השנייה הוא בצורך לחוקק חוקות דמוקרטיות ולהבטיח את הגשמתן בידי שופטים שהגנת הדמוקרטיה היא תפקידם העיקרי. מכאן ההתפשטות לאחר מלחמת־העולם השנייה של רעיון הפיקוח השיפוטי על חוקתיות החוק (ה־judicial review of legislative action).[17] מכאן המרכזיות של זכויות האדם מאז מלחמת־העולם השנייה. מכאן ההכרה בדמוקרטיה המתגוננת (ה־defensive democracy)[18] ואף בדמוקרטיה המיליטנטית (militant democracy).[19]

15. ראו, למשל, בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, בעמ' 16.

16. ראו: Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (Oxford University Press, 2000); Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (University of Chicago Press, 2000).

17. ראו אהרן ברק, "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", משפט וממשל ג (תשנ"ה) 403 וכן פסק־דיני בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי), בעמ' 415. ראו: Chester Neal Tate and Trobjorn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power* (New York University Press, 1995); Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Prospective* (Oxford Clarendon Press, 1989); Marina Angel, "Constitutional Judicial Review of Legislation: A Comparative Symposium", 56 *Temple L.Q.* (1983) 288.

18. ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365. פסק־הדין עסק בשאלה אם בית־המשפט רשאי לפסוק, כי מפלגה השוללת את עצם קיומה של המדינה אינה רשאית להשתתף בתהליך הבחירות. שאלה זו התעוררה, שכן החקיקה הרלבנטית לא כללה בעניין זה כל הוראה מפורשת. בית־המשפט החליט ברוב

nevo.co.il

ומכאן תפיסתי, כי תפקידו המרכזי של שופט בחברה דמוקרטית הוא לשמור ולהגן על התוקה ועל הדמוקרטיה. עסקתי בכך באחד מפסקי־הדין בצייני:

> המאבק למשפט אינו פוסק. הצורך לעמוד על משמר שלטון החוק קיים תמיד. עצים שגידלנו שנים ודורות עשויים להיגדע בהינף גרזן אחד. לעולם אין להרפות מהגנה על שלטון החוק. כולנו – כל הרשויות כולן, כל המפלגות והסיעות כולן, כל הגופים כולם – צריכים לשמור על הדמוקרטיה הצעירה שלנו. במיוחד מוטל תפקיד שמירה זה על הרשות השופטת בכלל, ועל בית המשפט העליון בפרט. שוב הוטל עלינו, שופטי הדור הזה, לעמוד על משמר ערכי היסוד שלנו ולהגן עליהם מפני הקמים עליהם.[20]

גישה זו – כך נראה לי – משותפת לרבים מהשופטים.[21] הגנה שיפוטית על הדמוקרטיה, בכלל, ועל זכויות האדם, בפרט, מאפיינת את ההתפתחות ברוב הדמוקרטיות המודרניות.

דעות, כי מפלגה שכזו אינה רשאית להשתתף בבחירות. בנמקו את דעתו זו כתב השופט זוסמן:

> הכללים היסודיים, העל חוקתיים האמורים, אינם בעצם, לגבי עניינו, אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה. בין אם נקרא לכללים בשם 'דין טבעי' (natural law) ללמדך שמטבע בריתה של מדינת דין הם... ובין אם נקרא להם בשם אחר, שותף אני לדעה, שהנסיון שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היינו עדים לה... בשלעצמי, לגבי ישראל, מוכן אני להסתפק ב'דמוקרטיה מתגוננת', וכלים להגנה על קיום המדינה מצויים בידינו, גם אם לא מצאנום מפורטים בחוק הבחירות (שם, בעמ' 390).

בתלוף כמה שנים – ולאחר פסיקה נוספת שהגבילה סמכות זו רק למפלגה השוללת את קיום המדינה, אך לא את אופיה הדמוקרטי (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב־ראש ועדת הבחירות לכנסת האחת־עשרה, פ"ד לט(2) 225 (להלן: ע"ב ניימן)) – תוקן חוק־יסוד: הכנסת, ס"ח תש"ח 69, ונקבעה בעניין זה הוראה מפורשת. ראו סעיף 7א לחוק־יסוד: הכנסת.

19. על־פי התפיסה החוקתית הגרמנית, ה-militant democracy (ה-streitbare Demokratie) היא מיסודות המבנה החוקתי. ראו: Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Duke University Press, 1997), 37; David .P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, 213.

20. בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב־ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, בעמ' 808.

21. ראו: Beverley M. McLachlin, "The Role of the Supreme Court in the New Democracy" (2001) (unpublished); Michael Kirby, "Australian Law – After September 11, 2001", 21 *Austl. B. Rev.* (2001) 21; Anthony Mason, "A Bill of Rights for Australia? - But Do We Need It?", 5 *Austl. B. Rev.* (1995) 79.

nevo.co.il

זוהי תופעה כללית, פרי האירועים שהתרחשו במהלך מלחמת־העולם השנייה והשואה. הספרות המקצועית מנתחת לרוב תופעה זו במונחים של הגברת הכוח השיפוטי בהשוואה לכוחות האחרים בחברה.[22] ניתוח זה מחליף מטרה בתוצאה. מטרת ההתפתחות המודרנית אינה בהגברת כוחו של בית־המשפט בחברה דמוקרטית, אלא בהגנה על הדמוקרטיה ועל זכויות האדם. הגברת הכוח השיפוטי היא תוצאת־לוואי של התפתחות זו, שהרי הכוח השיפוטי הוא אחד מהכוחות המקיימים את האיזון הדמוקרטי.

ג. דמוקרטיה אמיתית מהי?

מקובל על הכול, כי דמוקרטיה משמעותה שלטון העם הפועל באמצעות נציגיו בגוף המחוקק. חיוניות לדמוקרטיה הן אפוא בחירות חופשיות מעת לעת, של נציגים הנבחרים על־פי תוכנית מדינית המוצגת על־ידם והנושאים באחריות (accountable) בפני העם, אשר יכול להחליפם באחרים מעת לעת.[23] זוהי דמוקרטיה "פורמלית". מכאן גם הקשר בין הדמוקרטיה ובין עליונות החקיקה (legislative supremacy).[24] לדעתי, דמוקרטיה – או לפחות, דמוקרטיה "אמיתית" – אינה מתמצית רק בהיבטים אלה. תנאי נוסף לקיומה של דמוקרטיה (אמיתית) הוא תנאי מהותי שיש בו כדי לבסס דמוקרטיה מהותית.[25] תנאי זה עניינו עליונותם של ערכים ועקרונות המונחים ביסוד הדמוקרטיה. אין דמוקרטיה (אמיתית) בלא הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות השפיטה והכרה בערכים ובעקרונות כגון מוסר וצדק. מעל לכול, תנאי לדמוקרטיה הוא שמירה על זכויות אדם, באופן שכל פרט נהנה מזכויות שגם הרוב אינו יכול ליטול אותן ממנו רק משום שבידו כוח הרוב.[26] אכן, דמוקרטיה אמיתית אינה רק שלטון הרוב ועליונות החקיקה. דמוקרטיה היא מושג רב־ממדי. היא מחייבת הכרה הן בכוחו של הרוב הן במגבלות על כוחו של הרוב. היא מבוססת הן על עליונות החקיקה והן על עליונותם של ערכים, עקרונות וזכויות אדם.

22. Tate and Vallinder (לעיל, הערה 17).
23. ראו: Robert A. Dahl, *On Democracy* (Yale University Press, 1998).
24. ראו: Daniel A. Ferber, "Statutory Interpretation and Legislative Supremacy", 78 *Geo. L.J.* (1989-1990) 281, p. 284; Richard J. Pierce, "The Role of the Judiciary in Implementing an Agency Theory of Government", 64 *N.Y.U.L. Rev.* (1989-1990) 1239; William N. Eskridge, "Spinning Legislative Supremacy", 78 *Geo. L.J.* (1989-1990) 319; Michael C. Dorf, "Foreward: The Limits of Socratic Deliberation", 112 *Harv. L. Rev.* (1998) 4, p. 19.
25. ראו אהרן ברק, "שלטון החוק ועליונות החוקה", משפט וממשל ה (תש"ם) 375, בעמ' 391; וכן: Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* (Chatto & Windus, 1990), 33, p. 35.
26. ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, בעמ' 54 וכן McLachlin (לעיל, הערה 21), בעמ' 6. כמו כן ראו: Lord Woolf, "Droit Public – English Style", *Public Law* (1995) 57, pp. 68-69.

nevo.co.il

כאשר ישנה סתירה פנימית בין האופי הפורמלי ובין האופי המהותי של הדמוקרטיה נדרש איזון פנימי עדין, השומר על הגרעין של כל אחד מהיבטיה של הדמוקרטיה. באיזון זה מוטלות מגבלות הן על עליונות החקיקה הן על עליונות וכויות האדם.

כדי לקיים דמוקרטיה אמיתית וכדי להבטיח איזון פנימי עדין בין רכיביה נדרשת חוקה פורמלית[27] שתיהנה מעליונות נורמטיבית, שאי־אפשר לשנותה בדרך הרגילה לשינוי חוק ואשר תתבסס על ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. בלעדיה אין הגבלה משפטית על עליונות החקיקה. בלעדיה עליונותן של זכויות האדם נתונה אך לריסון העצמי של הרוב. באמצעותה מוטלת הגבלה משפטית על המחוקק, וזכויות האדם נשמרות לא רק באמצעות ריסונו העצמי של הרוב, אלא גם באמצעות ריסונו המשפטי של הרוב.[28]

על־פי גישה זו, כל אחת מרשויות השלטון חייבת לשמור על החוקה ועל הדמוקרטיה. חובה זו מוטלת על הרשות המחוקקת. בפעולת החקיקה ובביצוע שאר סמכויותיה עליה לשמור על הדמוקרטיה. חובה זו מוטלת על הרשות המבצעת (הנשיא בדמוקרטיה נשיאותית והממשלה בדמוקרטיה פרלמנטרית). בכל פעולותיה על הרשות המבצעת להגשים את הדמוקרטיה. חובת זו מוטלת גם על הרשות השופטת. כל אחד מהשופטים במדינה, ובראשם שופטי בית־המשפט העליון, חייבים להגשים את הדמוקרטיה. אכן, שלוש הרשויות במדינה – כך מלמד אותנו עקרון הפרדת הרשויות – שוות־מעמד הן. האחת אינה עליונה על חברתה. לשלושתן תפקיד משותף: שמירת על הדמוקרטיה. כל אחת מגשימה את תפקידה זה באופן שונה.

ד. תפקיד השופט בשמירה על הדמוקרטיה

סמכותנו כשופטים היא להכריע בסכסוכים המובאים בפנינו. סכסוכים אלה עשויים להיות בין פרט לפרט. סכסוכים אלה עשויים להיות בין הפרט לכלל. כאשר אנו מכריעים בסכסוכים אלה – ובמסגרת חופש הבחירה שיש לנו – עלינו לבחור באותו פתרון שיש בו כדי להגן על החוקה ועל הדמוקרטיה. אך מהי אותה דמוקרטיה אשר השופט צריך לשמור עליה? כפי שראינו דמוקרטיה זו[29] היא מושג מורכב. היא כוללת היבטים מספר, שהשופט צריך לשמור על כולם. בין ההיבטים השונים שבהם אדון ישנה חפיפה ניכרת. אעסוק בקצרה בהיבטים אלה.

27. אין זה כמובן הנימוק היחיד. למכלול הנימוקים, ראו: Cass R. Sunstein, "Constitutionalism and Secession", 58 *U. Chi. L. Rev.* (1991) 633; Walter F. Murphy, "Constitutions, Constitutionalism, and Democracy", *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Melanie Beth Oliviero and Steven C. Wheatley - eds., Oxford University Press, 1993) 3.

28. ראו ברק (לעיל, הערה 25).

29. לעיל, הערות 24-27 והטקסט שלידן.

1. עליונות החקיקה (legislative supremacy)

דמוקרטיה משמעותה שלטון העם. בימינו אין זה שלטון ישיר של העם, אלא שלטונו באמצעות נציגים הנבחרים על־ידיו. יש להבטיח שיטת בחירות הוגנת ושוויונית, הקובעת מראש את כללי המשחק[30] והמאפשרת לכל אחד להשתתף בהן.[31] חלק מזכויות האדם – כגון חופש הביטוי הפוליטי – נגזרות בין השאר מהצורך להבטיח את פעולתן התקינה של המערכות השונות, שבאמצעותן העם בוחר את נציגיו. כה השובות הן, עד שבית־המשפט העליון של אוסטרליה היה מוכן להעניק לזכויות אדם אלה מעמד חוקתי הגם שאין הן מוזכרות במפורש בחוקה האוסטרלית. בית־המשפט ראה בהן זכויות חוקתיות משתמעות (implied).[32] גישה זו ראויה היא ומשקפת את תפקידו של השופט להגשים את הדמוקרטיה.

משלטון העם מתבקשת עליונות החקיקה (legislative supremacy). מושגיות זו – עם כל חוסר הדיוק שבה, שהרי העליונות ניתנת לחוקה ולא לחקיקה – צריך השופט לקחת ברצינות. היא עשויה להגביל את סמכות החקיקה של הרשות המבצעת רק לאותם מצבים שבהם ההסדרים הראשוניים נקבעים בחקיקה של הרשות המחוקקת.[33] היא צריכה להשפיע על גיבושה של שיטת פרשנות ראויה, המכירה ברצונו (כוונתו) של המחוקק כגורם רלבנטי בפרשנות החקיקה. אכן, העם יוצר את החוקים באמצעות נציגיו בגוף המחוקק, והחוקים נועדו להגשים מדיניות שהמחוקק מבקש להגשימה. מדיניות זו יש לקחת ברצינות ולשוות לה ביטוי בפירושה של החקיקה.[34]

2. הפרדת רשויות

דמוקרטיה מהותית מבוססת על הפרדת רשויות,[35] באשר אותה רשות עצמה יוצרת את החוקים, מבצעת אותם ומכריעה בסכסוכים במסגרתם, נוצרת שרירות שלטונית, נפגעת החירות והדמוקרטיה ה"אמיתית" אינה מתקיימת. רנתי בכך באחת הפרשות, בציינו:

---

30. ראו: *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

31. ראו: John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980).

32. ראו: *Nationwide News Pty Ltd v. Wills* 177 CLR 1 (1992); *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth* 177 CLR 106 (1992); *Theophanous v. Herald and Weekly Times Limited* 182 CLR 104 (1994); *Stephens v. West Australian Newspapers Limited* 182 CLR 211 (1994); *Cunliffe v. Commonwelath* 182 CLR 272 (1994); *McGinty v. Western Australia* 186 CLR 140 (1996); *Lange v. Australian Broadcasting Corporation* 189 CLR 520 (1997); *Kruger v. Commonwealth* 190 CLR 1 (1997); *Levy v. The State of Victoria* 189 CLR 579 (1997).

33. ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (להלן: בג"ץ רובינשטיין).

34. ראו אהרן ברק, פרשנות תכליתית במשפט (נבו, תשס"ג), 397.

35. על הפרדת הרשויות ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 4), בעמ' 331; Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (Foundation Press, 2000), 118.

nevo.co.il

> הפרדת הרשויות אינה ערך בפני עצמה. היא לא נועדה להבטיח יעילות. מטרתה של הפרדת הרשויות היא הגברת החירות ומניעת ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד באופן העשוי לפגוע בחירות הפרט.[36]

עקרון הפרדת הרשויות אין משמעותו, כי כל רשות רשאית לתרוג מסמכותה בלא שהרשויות האחרות יתערבו בכך. עקרון הפרדת הרשויות אין משמעותו, כי בגדרי סמכותה רשאית כל רשות לפעול שלא כדין. עסק בכך הנשיא שמגר, בציינו:

> ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר.[37]

ובפרשה אחרת הוספתי:

> משטר דמוקרטי נאור הוא משטר של הפרדת רשויות. הפרדה זו אין משמעותה, שכל רשות היא לעצמה, בלא כל התחשבות ברשות האחרת. תפיסה כזו תפגע עמוקות ביסודות הדמוקרטיה עצמה, שכן משמעותה דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה. נהפוך הוא: הפרדת רשויות משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא תומות בין הרשויות אלא גשרים מאזנים ומפקחים.[38]

הפרדת רשויות משמעותה, שכל רשות עצמאית בתחומה היא כל עוד היא פועלת כדין. הקביעה אם הפעולה היא כדין היא קביעה, שבסופו של יום נעשית על־ידי הרשות השופטת. על־פי עמדתי, תפקידה של הרשות השופטת הוא להכריע בסכסוכים ואגב כך עליה לתת את הפירוש המחייב לחוקה ולחוקים. ובלשונו של Marshal C.J.:

> It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.[39]

---

36. בג"ץ רובינשטיין (לעיל, הערה 33), בעמ' 512. *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, p. 293 (1926) (Brandeis, J. dissenting); *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, p. 727 (1988) (Scalia dissenting).
37. הנשיא שמגר בבג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד להם(4) 118, בעמ' 141.
38. פסק־דיני בבג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, בעמ' 158.
39. ראו: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, p. 175 (1803). כן ראו: *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, pp. 703, 705 (1974) (Burger C.J.).

nevo.co.il

בכך באה לידי ביטוי שותפות התפקיד שבין יוצרי החוקה והתוק למפרשה.[40] הראשון הוא השותף הבכיר והאחרון הוא השותף הזוטר. מכיוון שסמכותן של כל רשויות השלטון מעוגנת בחוקה ובחוקים, הרי הקביעה המחייבת באשר להיקף סמכותן וחוקיות פעולתן של הרשויות השלטוניות נקבע באופן מחייב על־ידי בית־המשפט. וכפי שציינתי באחת הפרשיות:

> בחינת חוקיותה של כל פעולה – בין אם היא בעלת אופי ציבורי ובין אם היא אינה בעלת אופי ציבורי – הינה תפקידה של הרשות השופטת, ויש בה משום הגשמת ייעודה במערך הפרדת הרשויות.[41]

על־כן, כאשר בית־המשפט קובע כי חוק של הגוף המחוקק חורג מהחוקה, או כאשר החלטות (שאינן חוק) של המחוקק חורגות מהחוקים או מהתקנות החלות על העניין, אין בית־המשפט חורג מתפקידו בהפרדת הרשויות. נהפוך הוא: בית־המשפט מגשים את תפקידו המרכזי בשמירה על החוקה, החוקים והתקנות מפני פגיעה בהם. בכך הוא מחזיר את האיזון החוקתי המונח ביסודו של עקרון הפרדת הרשויות – איזון שהופר בשעה שנעשתה פעולה שלא כדין. בכך בא לידי ביטוי המובן המודרני של הפרדת רשויות, שעניינו checks and balances בין רשויות השלטון. מתפיסה זו של הפרדת רשויות מתבקשות מסקנות מעשיות באשר לפיקוח השיפוטי על החלטתן של כל רשויות השלטון: החלטות הנשיא נתונות לפיקוח שיפוטי; החלטות ראש־הממשלה והממשלה בכל התחומים נתונות לפיקוח שיפוטי; החלטות היועץ המשפטי לממשלה וכל אנשי התביעה נתונות לפיקוח שיפוטי. הטיעון בדבר חוסר־שפיטות מקבל פירוש צר, והמעמד בדין מקבל פירוש רחב. הפירוש של בית־המשפט לחוקה ולחוקים – ולא הפירוש של המחוקק או הרשות המבצעת – הוא הקובע את תוכנה של החוקה והחוקים. כל אלה אינם ביטוי לאימפריאליזם שיפוטי, אלא ביטוי לתפיסה ראויה של הפרדת רשויות. תפיסה זו בנויה גם על דיאלוג בין הרשויות, המתבטא בסמכות הרשות המחוקקת ליצור הקיקה – גם כזו הנוגדת את הפסיקה – ובסמכותה של הרשות השופטת לפרשה ואף לקבוע את אי־חוקתיותה.[42]

---

40. על שותפות זו ראו שמעון אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", עיוני משפט י (תשמ"ד-תשמ"ה) 233.

41. פסק־דיני בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, בעמ' 462.

42. על הדיאלוג שבין הרשות השופטת ובין הרשויות האחרות ראו: Kent Roach, "Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures", 80 *Can. B. Rev.* (2001) 481, pp. 517-530.

nevo.co.il

3. שלטון החוק

דמוקרטיה "אמיתית" מבוססת על שלטון החוק (the rule of law), אף עיקרון זה – כמו הפרדת הרשויות – לא בא להבטית את יעילות המינהל. הוא גם לא נועד אך כדי להביא לחוקיות המינהל. מטרתו היא להגן על חירותו של הפרט. המושג של שלטון החוק מעורפל, ורבה המחלוקת סביבו.[43] הכול מסכימים כי שלטון החוק משמעותו השלטת החוק, וזהו היבט פורמלי ועל־פיו, כפי שציינתי באחת הפרשיות:

> כל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על־פי החוק, ופעולה בניגוד לחוק צריכה להיתקל בסנקציה המאורגנת של התברה. שלטון החוק, במובן זה, משמעותו כפולה: חוקיות השלטון והשלטת החוק. זהו עקרון פורמאלי, שכן איננו מתעניינים בתוכנו של החוק אלא בצורך להשליטו, יהיה תכנו אשר יהיה. שלטון החוק במובן זה אינו קשור לטיב המשטר אלא לעקרון של הסדר הציבורי.[44]

במובן זה אפשר לומר, כי The rule of law is a law of rules.[45] זהו מובן דל של שלטון החוק והוא מתקיים גם במשטר דיקטטורי. סיפר לי השופט בך, כי בתקופת מלחמת־העולם השנייה שהו יהודים אחדים במאסר בגרמניה בעקבות פסקי־דין שניתנו בעניינם לפני פרוץ המלחמה. הגסטפו לא נגע ביהודים אלה. שלטון החוק דרש, כי הם לא יושמדו במחנות־ההשמדה בטרם יסיימו את תקופת המאסר שנפסקה להם, ועל שלטון החוק הזה יש לשמור. אבל עם שחרורם המתינו להם אנשי הגסטפו בשער שנטלום למחנות ההשמדה. שלטון החוק הפורמלי נשמר. בצד מובן זה של שלטון החוק אפשר להעמיד מובן נוסף, שעניינו שלטון החוק בתפיסתו היוריספרודנטלית. לפי תפיסה זאת, שלטון החוק כולל דרישות־מינימום אשר בלעדיהן לא מתקיימת שיטת משפט ואשר מבדילות שיטת משפט מכנופיה הנשלטת על־ידי מנהיג שהכול עושים כרצונו.[46] פרופ' פולר מכנה זאת

---

43. ראו ברק (לעיל, הערה 25); רובינשטיין (לעיל, הערה 4), בעמ' 227; *The Rule of Law* (Ian Shapiro - ed., New York University Press, 1995); Allan C. Hutchinson and Patrick J. Monahan, *The Rule of Law: Ideal or Ideology* (Carswell, 1987); Paul Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law* (1997) 467.

44. פסק־דיני (דעת מיעוט) בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (להלן: בג"ץ ברזילי), בעמ' 621.

45. ראו: Antonin Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", 56 *U. Chi. L. Rev.* (1989) 1175.

46. ראו: Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (Oxford University Press, 1996), 101.

nevo.co.il

כמוסריות הפנימית של המשפט (internal morality of law),[47] בין הוגי־הדעות אין הסכמה באשר לדרישות־מינימום אלה. פולר דורש, לשם קיום שלטון החוק, כי החוק יהיה כללי, ידוע ומפורסם; על החוק להיות ברור ומובן; החוק צריך להיות יציב; חייב לחול איסור על חקיקה למפרע; על החוקים לא לסתור זה את זה; אי־לו לחוק לדרוש ביצוע מעשים שאין אפשרות פיסית לבצעם; צריכה להתקיים מערכת אכיפה ראויה של הזרועות השלטוניות האחראיות לכך.[48] הוגים אחרים הוסיפו כמה דרישות או גרעו כמה דרישות.[49] תפיסה יוריספרודנטלית זו חשובה, ואני מוכן לראות בה תנאי חיוני לשלטון החוק, עם זאת, אין היא מספיקה. אין בכוחה – כפי שאין בכוחו של שלטון החוק הפורמלי – למנוע את חובת הציות לחוק המושחת (ה־*lex corrupta*). מדוע נעלה על נס דבר חקיקה המעניק לשלטון – בדרך פומבית, ודאית, כללית פרוספקטיבית – סמכות לפגוע פגיעה אנושה בזכויות אדם? בצדק ציין ח' כהן, כי שלטון החוק

> אין פירושו רק כאילו השלטונות השולטים במדינה נוהגים על פי חוק ודין: גם ממשלות טוטליטריות נותגות על פי חוקי מדינותיהן, הלא הם החוקים שהן בעצמן תוקקו למטרותיהן וכפי מתכונתן־שלהן. משל לנאצים שעלו לשלטון על פי החוק ושפשעו את רוב פשעיהם בתוקף הסמכות חוקיות מפורשות שנטלו להם לשם כך: איש לא יאמר שבגרמניה הנאצית שרר "שלטון המשפט", ואיש לא יחלוק ששרר שם שלטון הפשע.[50]

אכן, אין זה ראוי לזהות את עקרון שלטון החוק עם עקרון חוקיות השלטון, בתוספת הדרישות היוריספרודנטליות. בצדק ציין דבורקין,[51] כי אין להסתפק אך ב־"rule-book conception" של שלטון החוק. יש להרחיב את שלטון החוק לעבר ההיבט המהותי (ה־right conception) של שלטון החוק. על היקפו של מושג זה בוודאי אין הסכמה. לדעתי, משמעותו הבטחתם של ערכי־יסוד באשר למוסר ולצדק וקיומן של זכויות אדם, תוך איזון ראוי בין אלה ובין צורכי החברה. על־פי גישתי, שלטון החוק אינו רק סדר ציבורי, אלא גם צדק חברתי המבוסס על סדר חברתי. החוק קיים כדי להבטיח חיי חברה תקינים, אך חיי החברה אינם מטרה בפני עצמה. הם נועדו לאפשר ליחיד לחיות בכבוד ולפתח את עצמו. ביסוד תפיסה מהותית זו של שלטון החוק עומד האדם ועומדות זכויות האדם, תוך איזון ראוי בינן ובין עצמן, ובינן ובין צורכי הכלל הראויים. שלטון החוק

47. Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1969).
48. שם, בעמ' 39.
49. ראו: John Rawls, *A Theory of Justice* (Belknap Press of Harvard University Press, 1971), 235; Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", 93 *Law Q. Rev.* (1977) 195.
50. חיים כהן, המשפט (מוסד ביאליק, תשנ"ב), 143.
51. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985), 9, p. 11.

nevo.co.il

המהותי "זהו שלטונו של החוק הראוי, שיש בו איזון בין צורכי הכלל והפרט".[52] זהו שלטונו של החוק שהוא איזון ראוי בין צרכיה של החברה לעצמאות מדינית, שוויון חברתי, התפתחות כלכלית וסדר פנימי, מזה, ובין צרכיו של היחיד, חירותו האישית וכבודו כאדם, מזה. על תפיסה עשירה זו של שלטון החוק צריך השופט להגן. על שלטון חוק זה מתפקידו של השופט לשמור. מתפיסה זו של שלטון החוק מתבקשות מסקנות אופרטיביות באשר לאמצעים העומדים לרשות השופט בהגשמת תפקידו[53] ובאשר ליחסו לרשויות האחרות.[54] אכן, פיקוח שיפוטי על הוקתיות החוק מגשים את עקרון שלטון החוקה; פיקוח שיפוטי על חוקיות פעולות השלטון מבטיח את שלטון החוק.

4. עקרונות־היסוד

הדגשתי, כי מתפקידו של השופט להגשים את הדמוקרטיה וכי זו מבוססת על ערכים ועל עקרונות־יסוד. על־פי גישתי, עקרונות (או ערכי) היסוד ממלאים את ה"יקום" הנורמטיבי של המשטר הדמוקרטי,[55] הם הצידוק לכללי המשפט. הם הטעם לשינוי בהם. הם הנשמה (ה־*voluntas*) האופפת את הגוף (ה־*verba*). כל נורמה הנוצרת במשטר דמוקרטי, נוצרת על רקע עקרונות אלה. היטיב להביע זאת השופט מ' חשין בציינו:

> כל אלה – עיקרים וערכים ועקרונות – מקומם הוא, לכאורה, לבר־החוק, ואולם משמשים הם מצע לחוק – לכל חוק – ולא יתואר חוק בלעדיהם. חוק ללא אותו מצע נדמה הוא לבית ללא יסודות; ומה זה האחרון לא יאריך ימים, כן הוא חוק שאין לו אלא את עצמו בלבד הוא כבית הבנוי על בלימה.[56]

נקודת־המוצא שלי היא, כי כל נורמה – חרותה או הלכתית – חיה ונושמת בתוך עולם נורמטיבי זה, הרווי ערכים ועקרונות. הם משמשים "מטרייה נורמטיבית" שבמסגרתה פועל המשפט המקובל ואשר בגדרה מתפרשים כל הטקסטים המשפטיים כולם.[57] ההנחה

52. פסק־דיני (בדעת מיעוט) בבג"ץ ברזילי (לעיל, הערה 44), בעמ' 622.
53. על מספרם המוגבל של אמצעים אלה ראו בקצרה פרק ה.
54. על העיקרון החשוב של הפרדת הרשויות והדיאלוג שבין הרשויות ראו לעיל, פרק ד(2).
55. ראו אהרן ברק, "עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט", ספר ויסמן (שלום לרנר ודפנה לוינסון־זמיר – עורכים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשס"ב) 1; אהרן ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הויקה אל עקרונות היסוד", ספר זוסמן (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ, גבריאלה שלו – עורכים, תשט"ד) 71; Robert M. Cover, "Foreward: Nomos and Narrative", 97 *Harv. L. Rev.* (1983) 4; Dawn Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide* (Butterworths, 1999).
56. דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, בעמ' 72 (דעת מיעוט).
57. ראו ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, בעמ' 75; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל־אביב יפו, פ"ד מב(2) 309 (להלן: בג"ץ פורז), בעמ' 329.

היא, כי כל גורמה משפטית מבקשת להגשים ערכים אלה. אכן, שופט החי בחברה נתונה בזמן נתון אינו יכול להתנתק מערכי־היסוד שלה. הוא יתן להם ביטוי במודע או שלא במודע. בעיני עדיף תמיד לומר אמת ולעשות אמת. עדיף להודות בפה מלא בקיומם ובחשיבותם של ערכי־היסוד המדריכים את השופט. השקיפות – הטובה בכל פעילות ציבורית – יפה גם כאן.

לכל שיטת משפט עקרונות־יסוד משלה. עם זאת, לרוב שיטות המשפט הדמוקרטיות עקרונות־יסוד משותפים ובהם צדק, מוסר, וכויות אדם, בטחון המדינה והגנת הציבור, סבירות, תום־לב והגינות.[58] במדינת ישראל יש להוסיף על כל אלה – וכמקור על לחלק מהם – את ערכי־היסוד של מורשת ישראל.

רבים הם הערכים והעקרונות. אבקש לדון באחד מהערכים החשובים ביותר במשטר דמוקרטי. זהו הערך של סובלנות: סובלנות משמעותה כיבוד התחושות האישיות של כל פרט ופרט; סובלנות משמעותה התחשבות בדעותיו וברגשותיו של כל אדם באשר הוא אדם; סובלנות משמעותה ניסיון להבין את זולת, גם אם זולת זה נוהג בדרך החורגת מהמקובל; סובלנות משמעותה מגוון של דעות, רעיונות והשקפות; הסובלנות משמעותה הכרה בפלורליזם; סובלנות ביחסי דתיים-חילוניים משמעותה הכרה בקיומן של שתי זכויות חשובות – חופש הדת וחופש מדת, המצריכות איזון ופשרה. אכן, סובלנות משמעותה נכונות לפשרה – פשרה בין הפרט לכלל; פשרה בין פרט לפרט. זו פשרה שאין בה ויתור על עקרונות, אך יש בה ויתור על השימוש בכל האמצעים להשגת המטרות. "סובלנות" – אמר הנשיא שמגר – "אינה סיסמא לצבירת זכויות, אלא אמת־מידה להענקת וכויות לזולת".[59]

5. זכויות האדם

אנו חיים בעידן זכויות האדם.[60] אנו עוברים את "מהפכת זכויות האדם".[61] אכן, מרכיב מרכזי של הדמוקרטיה המודרנית – זו שנבנתה על חורבותיה של מלחמת־העולם השנייה והשואה וזו שהוכרה באמריקה אף קודם־לכן – הן זכויות האדם (החוקתיות, הסטטוטוריות וההלכתיות). בלעדיהן הדמוקרטיה אינה אמיתית. טול מדמוקרטיה את זכויות האדם, והדמוקרטיה איבדה את נשמתה. היא נשארת מסגרת פורמלית גרידא. אני רואה זאת

58. ראו ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, בעמ' 218 (השופט ברק).

59. בג"ץ 257/89 הופמן נ' הכמונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, בעמ' 354.

60. ראו: Lorraine E. Weinrib, "The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, The Rule of Law and Fundamental Rights Under Canada's Constitution", 80 *Can. Bar. Rev.* (2001) 699, p. 701. כן ראו: Norberto Bobbio, *The Age of Rights* (Polity Press, 1996); Louis Henkin, *The Age of Rights* (Columbia University Press, 1990).

61. ראו: Charles R. Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and the Supreme Court in Comparative Perspective* (University of Chicago Press, 1998),

nevo.co.il

מתפקידו של השופט להגן על זכויות האדם ולקיימן. בצדק ציינה השופטת McLachlin, כי "The courts are the ultimate guardians of the rights of society in our system of government"[62] זכויות אלה הן זכויותיו של אדם כפרט, וזכויותיו כמשתייך לקבוצת מיעוט.[63] על השופט להגן על זכויות אלה. במקום שקיים ניגוד בין זכות הפרט לזכות הקבוצה, עליו לפתור ניגוד זה. כמובן, זכויות האדם הן תמיד מוגבלות ויחסיות. זכותו של פרט אחד מוגבלת על־ידי זכותו של פרט אחר. זכות הפרט מוגבלת על־ידי צורכי הכלל. כל שיטת משפט ו"נוסחת ההגבלה" (limitation formula) שלה לצורך איזון בין זכות היחיד ודרישות התברה.[64] כולנו מכירים את פסקת ההגבלה שלנו, שלפיה:

> אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.[65]

פסקת ההגבלה חלה על כל הזכויות הקבועות בחוקה (ואצלנו – חוקי־היסוד). במדינות אתרות ובמסמכים בינלאומיים אפשר למצוא לעתים פסקאות הגבלה מיוחדות לזכויות השונות. בהיעדר נוסחאות הגבלה הקבועות בחוקה, או ככל שהן חסרות – כפי שהמצב הוא בארצות־הברית לגבי כמה זכויות אדם – קובעים בתי־המשפט "נוסחאות הגבלה" הלכתיות.[66] הגבלות אלה (בין אם הן חרותות בין אם הן הלכתיות) משקפות את הרעיון, כי זכויות האדם אינן זכויותיו של אדם על אי בודד. רוביגזון קרוזו (בלא ששת) אינו זקוק לזכויות אדם. זכויות האדם הן זכויותיו של אדם כחלק מחברה. זכויות הפרט מניחות קיומה של חברה, קיומו של שלטון וקיומן של מטרות לאומיות. הן מניחות, כי כוח השלטון הוא חיוני לקיומה של המדינה ולקיומן של זכויות האדם עצמן. ההגבלה על זכויות האדם משקפת פשרה לאומית בין צורכי המדינה לזכויות הפרט. היא פרי ההכרה, כי יש לקיים זכויות אדם ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. היא נועדה למנוע את הקרבת המדינה על מזבח זכויות האדם. עסקתי בכך באחת הפרשיות, בצייני:

---

62. ראו: McLachlin, "The Role of the Courts" (לעיל, הערה 1), בעמ' 57.
63. ראו: Beverley M. McLachlin, "Democracy and Rights: A Canadian Perspective" (2000) (unpublished).
64. על הגבלת זכויות ראו: Alexandre Charles Kiss, "Permissible Limitations on Rights", *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Louis Henkin - ed., Columbia University Press, 1981); Armand de Mestral, *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Y. Blais, 1986).
65. סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.
66. ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, בעמ' 70.

> חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכיליון לאומי (השווה דברי השופט ג'קסון (Jackson) בפרשת *Terminiello v. Chicago*). את חוקיו של עם יש לפרש על בסיס ההנחה, כי מבקש הוא להמשיך ולהתקיים. זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן קרדום לחיסולה.[67]

באותה מידה אין להקריב את זכויות האדם על מזבח המדינה. זכויות האדם הן טבעיות לו, והן התקיימו לפני המדינה. אכן, ההגנה על זכויות האדם מחייבת שמירה על מסגרת חברתית-מדינית, המבוססת מצדה על ההכרה בחיוניות השמירה על זכויות האדם. הנה כי כן, דמוקרטיה אמיתית מבוססת על איזון עדין בין צורכי המדינה לזכויות הפרט. הן צורכי המדינה הן זכויות האדם הן חלק ממבנה חוקתי אחד, הקובע את זכויות האדם והמאפשר פגיעה בהן. המיוחד למשטר הדמוקרטי הוא, שהיקפן של זכויות האדם והפגיעה בהן יונקים ממקור משותף.[68] היטיב להביע זאת השופט דיקסון מבית־המשפט העליון של קנדה, בציינו לעניין פסקת ההגבלה הקנדית:

> The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.[69]

זוהי הדיאלקטיקה החוקתית. זכויות האדם וההגבלות עליהן יונקות מאותו מקור ומשקפות אותם ערכים.[70] זכויות האדם אינן מוחלטות. הן ניתנות להגבלה, אך להגבלה על זכויות האדם יש גבולות. תפקידו של השופט בחברה דמוקרטית הוא לשמור על גבולות אלה. עליו להבטיח את בטחונה וקיומה של המדינה; עליו להבטיח את הגשמתן של זכויות האדם; עליו לקבוע את האיזון הראוי בין הביטחון לחירות; עליו לשמור על הגשמתו של איזון זה; עליו לעשות כן תמיד; עליו לשמור על איזון זה במיוחד בתקופה שבה אנו חיים עתה ושבה הטרור פוגע בנו. מלחמתה של ישראל כנגד הטרור חייב להיעשות במסגרת איזון זה. עדיין מהדהדים באוזנינו דבריו של הלורד אטקין ברעת המיעוט שלו בפרשת *Liversidge v. Anderson*:

67. ע"ב גיימן (לעיל, הערה 18), בעמ' 310.
68. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 17), בעמ' 415.
69. *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.
70. ראו: Lorraine E. Weinrib, "Canada's *Charter of Rights*: Paradigm Lost", 6 *Review of Constitutional Studies* (2002) 119.

nevo.co.il

> In England amidst the clash of arms the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace. It has always been one of the pillars of freedom, one of the principles of liberty for which... We are now fighting, that the judges... stand between the subject and any attempted encroachments on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law.[71]

זו גם גישתו של בית־המשפט העליון שלנו. דנתי בכך באחת הפרשיות, בציינו:

> ישראל מצויה בלחימה קשה כנגד טרור משתולל. היא פועלת על־פי זכותה להגנה עצמית (ראו סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות). לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על־פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה. האמירה כי "כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות" אינה נכונה... הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרגמטי, פרי המציאות הפוליטית והנורמטיבית. הטעם המונח ביסוד גישה זו הוא עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני שבין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. המלחמת כנגד הטרור היא גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו... אך מעבר לכך, מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כן תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם, בפרט ותגשמתם. בין שני אלה יש הרמונית והתאמה, ולא ניגוד וניכור.[72]

רבות הן זכויות האדם. המרכזית מכולן היא הזכות לכבוד (dignity),[73] זכות אדם זו מונחת

71. *Liversidge v. Anderson* [1941] 3 All E.R. 338, p. 361.

72. בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, בעמ' 34.

73. ראו אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשמ"ד) 271; Rubin Gotesky and Laszlo, *Human Dignity: This Century and the Next* (Gordon and Breach, Science Publishers, 1970); George Fletcher, "Human Dignity as a Constitutional Value", 22 *U. W. Ont. L. Rev.* (1984) 171; Jordan J. Paust, "Human Dignity as a Constitutional Right: A Jurisprudential Based Inquiry Into Criteria and Consent", 27 *How. L.J.* (1984) 145; Abraham I. Melden, "Dignity, Worth and Rights", *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (Michael J. Meyer and

nevo.co.il

ביסוד רובן של זכויות האדם. היא גורם המאחד את הזכויות לידי שלמות.[74] עם זאת, היא זכות בפני עצמה, שיש לה קיום משלה בצד הזכויות האחרות. היא מוברת בתור שכזאת בחוקות מספר.[75] הזכות לכבוד משקפת את "ההכרה כי האדם הוא ייצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על־פי רצונו ואת המסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי".[76] כבוד האדם הוא אפוא התופש של האדם לעצב את זהותו העצמית. זוהי האוטונומיה של הרצון הפרטי, זהו תופש הבחירה. כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים.

נגזרת מכבוד האדם – אך גם עומדת על רגליה־היא – היא הזכות לשוויון. היא החשובה מכל הזכויות כולן (פרט לכבוד).

> השוויון הוא ערך יסוד לכל חברה דמוקרטית... הפרט משתלב למרקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, ביודעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק ותגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא הקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזכותו העצמית של האדם.[77]

William A. Parent - eds., Cornell University Press, 1992) 129; Izhak Englard, "Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework", 21 *Cardozo L. Rev.* (2000) 1903.

74. ראו: William Brennan, "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification", 27 *S. Tex. L. Rev.* (1986) 433, p. 438 ("The Constitution is a sublime oration on the dignity of man, a bold commitment by a people to the ideal of liberation dignity protected through Law"); Walter F. Murphy, "An Ordering of Constitutional Values", 53 *S. Cal. L. Rev.* (1980) 703, p. 745 ("The basic value in the United States Constitution, broadly conceived, has become a concern for human dignity").

75. סעיף 1(1) לחוקה הגרמנית קובע (בתרגום אנגלי): "Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority". כן ראו את סעיף 1 של החוקה היוונית (1975). על מושג כבוד האדם בחוקה הגרמנית ראו: Currie (לעיל, הערה 19), בעמ' 314; Kommers (לעיל הערת 19), בעמ' 298.

76. פסק־דיני בבג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, בעמ' 827.

77. פסק־דיני בבג"ץ פורז (לעיל, הערה 57), בעמ' 332.

nevo.co.il

ה. הדרכים להגשמת התפקיד השיפוטי

פרסתי בפניכם היבטים מסוימים של הפילוסופיה השיפוטית שלי בכל הנוגע לתפקידו של השופט בהגנה על החוקה ועל הדמוקרטיה,[78] זוהי כמובן אך ראשית הדרך. עתה, כשיודעים אנו את המטרה, עלינו לבחור באמצעים. אמצעים אלה תייבים להיות לגיטימיים. עקרון שלטון החוק חל בראש־ובראשונה על השופטים עצמם. מספרם של האמצעים מוגבל. החופש הנתון למחוקק ליצור כלים חדשים אינו נחלתו של השופט. הקוביות שבאמצעותן אנו בונים את המבנים שלנו מוגבלות.[79] כותנו להגשים את תפקידנו מונח ביכולתנו לעצב מבנים חדשים באמצעות הקוביות הישנות. לעתים רחוקות – וכאן באה לידי ביטוי הגאוניות במשפט – אנו מצליחים ליצור "קוביות" חדשות. "המצאות" כאלה – אם להשתמש במינוחו של צלטנר המנוח[80] – מעטות. בדרך־כלל אנו חוזרים אל הכלים הישנים, תוך שאנו פותרים בעזרתם מצבים חדשים. החשוב בכלים אלה הוא הכלי הפרשני. מכאן ההשיבות הרבה שאני מייחס לפרשנות התכליתית.[81] באמצעותה אפשר להגשים את תפקיד השופט בחברה דמוקרטית, משום ששיטת פרשנות זו מאפשרת – במסגרת התכלית הסובייקטיבית – לתת ביטוי לעליונות החקיקה. היא מאפשרת – במסגרת התכלית האובייקטיבית – לתת ביטוי לערכי־היסוד ולזכויות האדם. לצד הפרשנות, וכחלק ממנה, מצוי כלי נוסף – תורת האיזונים.[82] על־פיה יש לבחון בכל מקרה את הערכים והעקרונות הרלבנטיים, לקבוע את השיבותם הלאומית היחסית ולהכריע בהתנגשות המתמדת ביניהם. מכשיר חשוב זה הוא ביטוי למורכבותו של האדם ולמורכבותם של יחסי־האנוש. המשפט אינו הכול או לא כלום. בעיני גם תורת המשפט אינה מבוססת על אמת אחת ויחידה. רבות הן התורות הללו: פוזיטיביזם, נטורליזם, ריאליזם, גישות ביקורתיות למשפט, משפט וסוציולוגיה, משפט וכלכלה, פמיניזם וכיוצא בהן תורות משפט רבות ומגוונות ניצבות בפנינו. מצאתי עניין רב בלימוד תורות אלה. כשלעצמי סבור אני, כי יש גרעין של אמת בכל אחת מהן. עם זאת, גישתי היא, כי הניסיון האנושי עשיר מדי מכדי שיהיה אפשר לכלוא אותו בתורת משפט אחת ויחידה. גישתי היא אקלקטית ועל־פיה יש להתחשב בתורות השונות תוך מתן משקל ראוי לכל אחת מהן ובחשיבה משפטית כוללת המבוססת על תורת האיזונים והמבקשת להגשים את המשפט

78. כפי שציינתי, אין זה תפקידו היחיד של השופט. במסגרת הגנה על החוקה יש להגן על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית. בצד ההגנה על החוקה וערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית עומדים תפקידים נוספים, שהמרכזי שבהם הוא גישור על הפער בין המשפט ובין מציאות החיים המשתנה. בכל אלה ובתפקידים נוספים של השופט לא דנתי בהרצאתי זו.

79. על־פי הדימוי של השופט משה לנדוי. ראו משה לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשית משפט", משפטים א (תשכ"ח) 292, בעמ' 293.

80. ראו זאב צלטנר, "המצאות במשפט", הפרקליט יט (תשכ"ג) 122.

81. ראו ברק (לעיל, הערה 34).

82. על תורת האיזונים ראו Barak, "A Judge on Judging" (לעיל, הפניה למאמר), בעמ' 93.

nevo.co.il

כמכשיר חברתי. בסופו של יום – כאשר מוצו כל הכלים וכאשר השופט נשאר עם עצמו – גישתי היא פרגמטית והיא מבקשת להגשים את החשוב שבערכיה של הדמוקרטיה: הצדק.[83]

ו. סוף דבר

אני רואה את עצמי כשופט הרגיש לתפקידו בחברה הדמוקרטית שלנו. אני לוקח את המטלות המוטלות עלי – ובמרכזם ההגנה על החוקה והדמוקרטיה – ברצינות רבה. חרף הביקורת הנשמעת לא פעם – והיא לעתים קרובות עוברת לפסים אישיים היוצרים סכנת חיים מאלימות של קיצונים – אני ממשיך בדרכי זו שנים רבות וסבור 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 הדמוקרטיה החוקתית. אחריות כבדה הוטלה על כתפינו. גם בשעותינו הקשות עלינו להישאר נאמנים לעצמנו. דנתי בכך באחד מפסקי־הדין שדן בשאלה, אם יש לנקוט אמצעי חקירה מיוחדים כלפי טרוריסט במצב של "פצצה מתקתקת", וכך כתבתי:

> ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה, אך אנו חלק מהחברה הישראלית; יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה שבה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק־דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו, אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על־פי הדין, זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על־פי מיטב מצפוננו והכרתנו באשר לדין.[84]

83. ראו אהרן ברק, "על משפט, שיפוט וצדק", משפטים כז (תשנ"ו) 5.

84. בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, בעמ' 845.

nevo.co.il