

תפקיד השופט בחברה דמוקרטית

אהרון ברק, נשיא בית המשפט העליון

דברים בטקס השבעת שופטים בבית הנשיא (26.12.2002)

א. הקדמה

מזה שנים אני שואל את עצמי: מהו תפקידו של שופט בישראל? מהו תפקידו של שופט בחברה דמוקרטית? מהו תפקידו של שופט בערכאה השיפוטית העליונה? בוודאי שתפקידו של שופט הוא לקבוע ממצאים עובדתיים על בסיס התשתית הראייתית המוצגת בפניו. בוודאי שתפקידו 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 - שואלים עצמם אותן שאלות עצמן. תשובה ראויה לשאלות אלה חשובה היא לשופט ולעורך הדין. היא חשובה לכולנו, שכן היא מהווה אמת מידה להערכת הגשמתו של התפקיד השיפוטי. במיוחד חשובה תשובה זו לאור התופעה הנפוצה בדמוקרטיות המודרניות, שיותר ויותר בעיות פוליטיות לובשות לבוש משפטי וניצבות בפני בתי המשפט. דה טוקוויל (De Tocqueville) עמד על כך כבר לפני כמאה שבעים שנה כתופעה המאפיינת את אמריקה. מסתבר, כי תופעה דומה מאפיינת כיום גם את הדמוקרטיות המודרניות. היא בוודאי מאפיינת את ישראל. כיצד עלינו - שופטיה של הדמוקרטיה המודרנית - לטפל בבעיות הפוליטיות הניצבות בפנינו בלוש משפטי?

ב. שמירת החוקה והדמוקרטיה

על פי הפילוסופיה השיפוטית שלי, אחד מתפקידיו העיקריים של כל שופט בישראל ובכל חברה דמוקרטית, הינו לשמור על החוקה ועל הדמוקרטיה. כמובן, הנני 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. הנוטרליות השיפוטית והאובייקטיביות השיפוטית אינן מהווים מחסום כנגד תפיסה זו. נוטרליות משמעותה התייחסות שווה לצדדים, ומתן הזדמנות שווה לטיעונים. נוטרליות אינן משמעותה מתן משקל שווה לערכים הדמוקרטיים ולערכים האנטי-דמוקרטיים. האובייקטיביות השיפוטית משמעותה, הכרעה בסכסוך על בסיס ערכי השיטה ולא על בסיס ערכים האישיים של השופט. אובייקטיביות אינן משמעותה מתן חשיבות זהה לדמוקרטיה ולקמים עליה.

תפישתי הבסיסית הינה, כי אם מבקשים לקיים דמוקרטיה יש להאבק עליה. אין להתייחס אל המשך קיומה כאל דבר מובן מאליו. כך בוודאי בדמוקרטיות החדשות. אך כך גם בדמוקרטיות הוותיקות והמבוססות. הגישה "אצלנו זה לא יכול לקרות" שוב אין לקבלה. הכל יכול לקרות. אם בגרמניה של קנט, בטהובן וגתה 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). מכאן המרכזיות של זכויות האדם מאז מלחמת העולם השנייה. מכאן ההכרה בדמוקרטיה המתגוננת (ה-defensive democracy) ואף בדמוקרטיה המיליטנטית (ה-militant democracy). ומכאן תפישתי, כי תפקידו המרכזי של שופט בחברה דמוקרטית הוא לשמור ולהגן על החוקה ועל הדמוקרטיה. גישה זו - כך נראה לי - משותפת היא לרבים מהשופטים. הגנה שיפוטית על הדמוקרטיה בכלל ועל זכויות האדם בפרט מאפיינת את ההתפתחות במרבית הדמוקרטיות המודרניות. זוהי תופעה כללית, פרי האירועים שהתרחשו במלחמת העולם השנייה והשואה. הספרות המקצועית מנתחת לרוב תופעה זו במונחים של הגברת הכוח השיפוטי בהשוואה לכוחות האחרים בחברה. ניתוח זה מחליף מטרה בתוצאה. מטרת ההתפתחות המודרנית אינה בהגברת כוחו של בית המשפט בחברה דמוקרטית. המטרה הינה הגנה על הדמוקרטיה ועל זכויות האדם. הגברת הכוח השיפוטי היא תוצאה לוואי של התפתחות זו, שהרי הכוח השיפוטי הוא אחד מהכוחות המקיימים את האיזון הדמוקרטי.

ג. תפקיד השופט בשמירה על הדמוקרטיה

מהי אותה דמוקרטיה אשר השופט צריך לשמור עליה? היא כוללת היבטים מספר, אשר על כולם צריך השופט לשמור. בין ההיבטים השונים עליהם אעמוד יש חפיפה ניכרת. אעמוד בקצרה על היבטים אלה.

(1) עליונות החקיקה (legislative supremacy)

דמוקרטיה משמעותה שלטון העם. בימינו אין זה שלטון ישיר של העם, אלא שלטון באמצעות נציגיו הנבחרים על-ידי. יש להבטיח שיטת בחירות הוגנת ושוויונית, הקובעת מראש את כללי המשחק, והמאפשרת לכל אחד להשתתף בהן. חלק מזכויות האדם - כגון חופש הביטוי הפוליטי - נגזרות, בין השאר, מהצורך להבטיח את פעולתן התקינה של המערכות השונות, באמצעותן בוחר העם את נציגיו.

(2) הפרדת רשויות

דמוקרטיה מהותית מבוססת על הפרדת רשויות. כאשר אותה רשות עצמה יוצרת את החוקים, מבצעת אותם ומכריעה בסכסוכים במסגרתם, נוצרת שרירות שלטונית, נפגעת החירות והדמוקרטיה "האמיתית" אינה מתקיימת. הפרדת רשויות משמעותה, שכל רשות עצמאית בתחומה היא, כל עוד היא פועלת כדין. הקביעה אם הפעלה היא כדין היא קביעה שבסופו של יום נעשית על ידי הרשות השופטת. על פי עמדת תפקידה של הרשות השופטת הוא להכריע בסכסוכים, ואגב כך עליה לתת את הפירוש המחייב לחוק ולחוקים. בכך באה לידי ביטוי שותפות התפקיד שבין יוצרי החוקה והחוק למפרשה. הראשון הוא השותף הבכיר. האחרון הוא השותף הזוטא. 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. 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 הענין, 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 ביסוד עקרון הפרדת הרשויות - איזון שהופר שעה שנעשתה פעולה שלא כדין. בכך בא לידי ביטוי המובן המודרני של הפרדת רשויות, שענינו checks and balances בין רשויות השלטון.

(3) שלטון החוק

דמוקרטיה "אמיתית" מבוססת על שלטון החוק (the rule of law). אף עקרון זה - כמו הפרדת הרשויות - לא בא להבטיח יעילות המינהל. הוא גם לא נועד אך כדי להביא לחוקיות המינהל. מטרתו היא להגן על חירותו של הפרט.

(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. 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. נקודת המוצא שלי הינה כי כל נורמה - חרותה או הלכתית - חיה ונושמת בתוך עולם נורמטיבי זה, הרווי בערכים ובעקרונות. הם מהווים "מטריה נורמטיבית" אשר במסגרתה פועל המשפט המקובל, ואשר בגדרה מתפרשים כל הטקסטים המשפטיים כולם. ההנחה הינה כי כל נורמה 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, למרבית שיטות המשפט הדמוקרטיות עקרונות יסוד משותפים, ובהם צדק, מוסר, זכויות אדם, ביטחון המדינה והגנת הציבור, סבירות, תום לב והגינות. במדינת ישראל יש להוסיף לצד כל אלה - וכמקור לחלק מהם - את ערכי היסוד של מורשת ישראל.

(5) זכויות האדם

הננו חיים בעידן זכויות האדם. הננו עוברים את "מהפיכת זכויות האדם". אכן, מרכיב מרכזי של הדמוקרטיה המודרנית - זו שנבנתה על חורבותיה של מלחמת העולם השנייה והשואה, וזו שהוכרה באמריקה אף לפני כן - הינן זכויות האדם (החוקתיות, הסטטוטוריות וההלכתיות). בלעדיהן הדמוקרטיה אינה אמיתית. טול מדמוקרטיה את זכויות האדם, והדמוקרטיה אבדה את נשמתה. היא נשארת מסגרת פורמלית גרידא. אני רואה זאת כתפקידו של השופט להגן על זכויות האדם ולקיימן. זכויות אלה הן זכויותיו של אדם כפרט, וזכויותיו כמשתייך לקבוצת מיעוט. 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 שני. זכות הפרט מוגבלת על ידי צרכי הכלל. הגבלות אלה (בין אם הן חרותות ובין אם הן הלכתיות) משקפות את הרעיון כי זכויות האדם אינן זכויותיו של אדם על אי

בודד. רובינזון 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 צרכי 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. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"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".

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, אשר מצדה מבוססת על ההכרה בחיוניות השמירה על זכויות האדם. הנה כי כן, דמוקרטיה אמיתית מבוססת על איזון עדין בין צרכי המדינה לזכויות הפרט. הן צרכי המדינה והן 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.

(6) מורכבותה של הדמוקרטיה

הנה כי כן, אין דמוקרטיה (אמיתית) בלא הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות השפיטה והכרה בערכים ובעקרונות כגון מוסר וצדק. מעל לכל, תנאי לדמוקרטיה הוא שמירה על זכויות אדם, באופן שכל פרט נהנה מזכויות שגם הרוב אינו יכול ליטול אותן ממנו רק משום שבידו כוח הרוב. אכן, דמוקרטיה אמיתית אינה רק שלטון הרוב ועליונות החקיקה. דמוקרטיה היא מושג רב-ממדי. היא מחייבת הכרה הן בכוחו של הרוב והן במגבלות על כוחו של הרוב. היא מבוססת הן על עליונות החקיקה והן על עליונותם של ערכים, עקרונות וזכויות אדם.

ד. סוף דבר

הנני רואה עצמי כשופט הרגיש לתפקידו בחברה הדמוקרטית שלנו. הנני לוקח את המטלות המוטלות עלי - ובמרכזן ההגנה על החוקה והדמוקרטיה - ברצינות רבה. חרף הביקורת הנשמעת לא פעם - והיא לעתים קרובות עוברת לפסים אישיים היוצרים סכנת חיים מאלימות של קיצונים - הנני ממשיך בדרכי זו שנים רבות. הנני סבור כי בכך אני משרת נכונה את שיטת המשפט שלי. אכן, כשופטים בערכאה השיפוטית העליונה עלינו להמשיך בדרכנו על פי מצפוננו. לנו השופטים יש כוכב צפון המדריך אותנו בדרכנו. אלה הם ערכי היסוד ועקרונות היסוד של הדמוקרטיה החוקתית. אחריות כבדה הוטלה על כתפיו. גם בשעותינו הקשות עלינו להישאר נאמנים לעצמנו. עמדתי על כך באחד מפסקי הדין, אשר דן בשאלה אם ניתן 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 חיים בחברה הישראלית: יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חיי המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה שבה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דינו 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" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845).