**הרצאות**

# על משפט, שיפוט וצדק*

מאת

**אהרן ברק****

תפקידנו כשופטים הוא להכריע בסכסוכים על־פי המשפט. שואפים אנו, עם זאת, כי ההכרעה שלנו תעשה צדק בין הצדדים. כמו כן שואפים אנו כי ייעשה לא רק צדק במשפט המתנהל בפנינו אלא גם צדק במשפט הישראלי כולו.

על רקע זה מתעוררת אצל כל שופט ושופט השאלה, מהו היחס בין משפט וצדק בעשיית צדק בבית־המשפט. לפני דקות מספר נשבעתם "לשפוט משפט צדק". ומהי חובתכם אם המשפט אינו צודק? אין זו אך שאלה תיאורטית שפילוסופים עוסקים בה. זוהי שאלה פרקטית, שכל שופט נתקל בה. כבעניינים אחרים, גם בעניין זה הפילוסופיה היא עניין מעשי מאוד לשופט. כיצד על השופט לשפוט כאשר קיים ניגוד, לכאורה, בין משפט וצדק. דנים אנו כמובן, במשפטה של מדינה דמוקרטית, אשר הצדק הוא בין ערכיה הבסיסיים. וכאן הקשר הראשון בין משפט וצדק: במשטר דמוקרטי, חייבת שיטת המשפט, בכללותה, להתבסס על עקרונות הצדק. משטר המבוסס כל כולו על חוסר צדק ואשר הצדק אינו בין עקרונותיו הבונים, מאבד את אופיו הדמוקרטי ודומה כי הוא מאבד את אופיו כמשפט, שהרי הצדק הוא מטרת המשפט[1] ואמת המידה להערכתו[2].

אך מה דינו של חוק שאינו צודק, כאשר דין זה פועל בגדריה של שיטת משפט דמוקרטית, אשר הצדק הוא בין ערכיה ועקרונותיה? יכול שהמחוקק הרגיל יחוקק

* דברים בטקס השבעת שופטים חדשים בבית הנשיא ב־29.8.1995.

** נשיא בית־המשפט העליון.

1 ח' כהן המשפט (1991) 151.

2 י' אנגלרד מבוא לתורת המשפט (התשנ"א) 41.



nevo.co.il

חוק שאינו צודק. מה דינו של חוק זה? חוק זה, עשוי לנגוד הוראה חוקתית, המעגנת את העיקרון הכללי של הצדק, ובכך להיות בלתי חוקתי ובטל. אכן, בשיטת משפט בה עקרונות הצדק מעוגנים בחוקה, עשוי חוק לא צודק להיות חוק לא חוקתי. וכאן הקשר השני בין צדק לבין חוק. כאשר הצדק הוא חוקתי, כלומר, מעוגן בחוקת המדינה, חוק הנוגד את הצדק עלול להיות לא חוקתי, ובטל. עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ספק רב אם חוק שאינו צודק בעליל, והפוגע בכבודו, בחירותו, בקניינו, בפרטיותו או בעיסוקו של אדם, הוא חוקתי. אכן, לכאורה חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית והוא בלתי צודק בעליל, הוא חוק אשר אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לכאורה, חוק שאינו צודק בעליל, נועד לתכלית שאינה ראויה. לכאורה חוק שכזה, פגיעתו בזכות האדם היא במידה העולה על הנדרש. אכן, הדרישה כי פגיעה בזכות אדם תוצדק על־פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מעמידה את הצדק כאחד מערכי היסוד המרכזיים של מדינת ישראל. עדיין מהדהדים באוזנינו דבריה של הכרזת העצמאות — זו ההכרזה שכל זכויות האדם יכובדו ברוח עקרונותיה — לפיהם:

> מדינת ישראל תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק, והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל.

אם חוק של המחוקק — בדוגמא הידועה — יקבע כי זכויות אדם מסוימות, הנתונות לכלל בני האדם, נשללות מבעלי השֵׂער האדום, הרי חוק זה הוא חוק לא צודק בעליל, בהיותו מפלה. חוק כזה הוא לכאורה לא חוקתי, שכן הוא נוגד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הוא לא נועד לתכלית ראויה, ופגיעתו בזכות האדם היא מעל המידה הדרושה. כמובן, לא כל חוסר צדק גורר חוסר חוקתיות. כמו בעניינים אחרים, אף כאן יש להבחין בין דרגות שונות של חוסר צדק. זאת ועוד: תמיד יהא מקום לאזן בין חוסר הצדק לבין ערכים ועקרונות אחרים, שמן הראוי להתחשב בהם, כגון ודאות המשפט ובטחון הציבור. אך בעיקרו של דבר, במשטר דמוקרטי קיים מכשיר משפטי רב עוצמה הנותן ביטוי חוקתי־פוזיטיבי למעמדו העליון של הצדק בגדרי המשטר והמשפט.

אך מה דינו של חוק שלפי הטענה אינו צודק, אך שאין לגביו טענה טובה בדבר אי חוקתיותו. מה דינו של חוק שהוא תקף, אך שלכאורה אינו צודק? האם יש לחוסר הצדק השפעה כלשהי על חוק זה? התשובה היא בחיוב. וכאן מתגלה הקשר השלישי שבין המשפט והצדק. זהו הקשר הפרשני. כל חוק מחייב פרשנות. חקיקה היא האצלה לפרשנות. כל חוק מתפרש על רקע עקרונות היסוד של השיטה. חוק הינו — בלשונו של השופט זוסמן — ״יצור החי בסביבתו״[3]. סביבתו של חוק

3 בג״צ 58/68 שליט נ׳ שר הפנים, פ״ד כג(2) 477, 513.



nevo.co.il

כוללת לא רק את ההקשר החקיקתי הקרוב, אלא אף מעגלים נרחבים יותר של עקרונות מקובלים, מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות, הבאים, בלשונו של הנשיא לנדוי, מתוך "מקורות התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השופטים"[4]. אכן, בכל שיטת משפט קיימים, בצד הכללים, גם עקרונות וערכים, המהווים את הרוח האופפת את החומר. הם הנשמה של הגוף. כל חוק מתפרש על רקע עקרונות אלה. על הפרשן המפרש חוק ספציפי לעשות כל מאמץ פרשני להגיע לתוצאה המגשימה את ערכי היסוד של השיטה. בין ערכי היסוד של המדינה תופס הצדק מקום מרכזי. הדבר מצא ביטויו בהכרזת העצמאות. הוא מתבקש מערכיה של ישראל כמדינה יהודית. הוא נגזר מערכיה כמדינה דמוקרטית. על כן, יש לפרש כל חוק וחוק על יסוד ההנחה כי הוא נועד להגשים את הצדק. על הפרשן להניח כי תכלית המונחת ביסודה של כל חקיקה היא להגשים את עקרונות הצדק. עמד על כך השופט ח׳ כהן בציינו כי בית־המשפט יעמיד "את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על־ידי מעשי חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חירות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות"[5].

כבעניינים רבים אחרים, לעתים קרובות יש לאזן בין ערכים מתנגשים. הצדק אינו הערך היחיד שיש להתחשב בו. לפעמים אין לשופט שיקול דעת בעריכתו של איזון זה. החוקה או החוק קובעים את המשקל שיש לתת לערכים השונים. אך לעתים מצוי בידי השופט שיקול דעת באשר למשקלם של הערכים החברתיים. במצב זה מן הראוי הוא לתת לצדק משקל יחסי נכבד.

אך מעבר לכך: לדעתי, יש לו לצדק עוצמה נורמטיבית נוספת אותה נוכל לכנות, כעוצמה "שיורית" והיא זו: בהנחה שבאיזון הראשוני בפות המאזניים מעוינות, והשיקולים השונים, ובהם שיקולי הצדק, מאזנים זה את זה, כי אז עומד השופט בפני דילמה אמיתית. שיקול הדעת הוא שלו. הערכים השונים, וביניהם הערך בדבר הצדק, מתנגשים זה בזה, ומאזנים זה את זה. כיצד יפעיל השופט את שיקול דעתו במצב דברים זה? הוא אינו רשאי להטיל מטבע, אף שבכך הוא מגשים את הערך בדבר נייטרליות שיפוטית והיעדר משוא פנים שיפוטי. כיצד יפתור את הבעיה הניצבת בפניו? עליו להפעיל את שיקול דעתו באופן שהוא יתן את הפתרון הנראה לו כטוב ביותר. אך מהו פתרון זה?

לשופטים שונים יכולה להיות גישה שונה בתחום זה. לדעתי, הפתרון הטוב ביותר הוא הפתרון הצודק. אכן, כאשר כל אמות המידה מוצו ולא נמצא פתרון, על השופט לשאוף לפתרון הצודק ביותר. עמד על כך השופט זוסמן בציינו, כי "התפקיד לתרגם את הלכת המחוקק למעשה צדק מופקד בידי השופט, ובכך ניתנה

4 מ׳ לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט", **משפטים** א (תשכ״ח-תשכ״ט) 292, 306.

5 בג״צ 301/63 שטרייט נ׳ הרב הראשי לישראל, פ״ד יח(1) 598, 612.



nevo.co.il

לו ההזדמנות הסופית לעשות צדק בין הצדדים״[6]. אכן, בסוף הפעילות השיפוטית הפרשנית, ולקראת סיום ההכרעה הפרשנית, העיקרון שראוי כי יכריע, הוא העיקרון של צדק. כשופטים, עלינו לשאוף לפתרונות צודקים. צדק לצדדים; צדק במשפט. עלינו לעמוד על מה שהנשיא שמגר כינה ״השאיפה המתמדת לסגירת כל פער בין הדין הפורמלי לבין צוויו של הצדק״[7]. אנו יכולים לעשות כן, אם נפעיל את שיקול דעתנו במקרים הקשים לטובת הפתרון הצודק. אמנם, לעתים לשון החוק על רקע מִכלול הערכים והמטרות הסובבים אותו, ובהם גם עיקרון הצדק, אינו מאפשר להגיע לפתרון צודק. ערכים אחרים עשויים לדחוק, בהליך הפרשני, את עיקרון הצדק. בעימות זה בין משפט וצדק — משפט עדיף. אולם, כאשר השופט מצוי בסוף דרכו הפרשנית וניתן בידו שיקול דעת שיפוטי, המשפט והצדק אינם מתנגשים זה בזה. המשפט אינו עומד בדרכו של הצדק. השופט מחפש את דרכו הראויה. במקרה זה, מן הראוי לו לבחור בפתרון הצודק ביותר. בשלב זה, השופט הפועל על פי המשפט הוא השופט הפועל להגשמת הצדק. בשלב הסופי של התהליך הפרשני, כאשר אמות המידה האחרות אינן מועילות עוד, ראוי לו לשופט כי יפנה אל תחושת הצדק שלו. זוהי ״נשמתו היתירה״ של הצדק, שאין הוא רק אחד מעקרונות השיטה המשמש לפרשנות החקיקה, אלא הוא גם הערך השיורי, שבידו להכריע במקרים הקשים. אם בעימות בין משפט לצדק — משפט עדיף, הרי בעימות בין משפט למשפט — הצדק עדיף. משפט וצדק נפגשים.

הנה כי כן, היחס בין משפט לבין צדק הוא מורכב. האימרה ״משפט שאינו צודק אינו משפט״ אינה מדויקת כלל ועיקר. אך גם האימרה כי ״משפט שאינו צודק הוא משפט״, אינה מדויקת כלל ועיקר. אכן, הקשר בין משפט וצדק הוא סבוך. עמדתי היום על שלושה קשרים בין משפט וצדק. הקשר האחד הוא הקשר בין שיטת משפט דמוקרטית ובין צדק. בלא מחויבות לצדק אין שיטת משפט יכולה לטעון לאופי דמוקרטי ודומה שהיא מאבדת את אופיָה כשיטת משפט; הקשר השני הוא הקשר בין משפט חוקתי — אשר הצדק נמנה עם ערכיו החוקתיים — לבין משפט. חוק לא צודק עשוי שיהא חוק לא חוקתי. הקשר השלישי עניינו פירוש החוק והפעלתו. כל חוק יש לפרש מתוך ההנחה כי הוא נועד להגשים את הצדק. ואם השיקולים הערכיים (ובהם הצדק) השונים מתאזנים, יש לתת עדיפות לצדק.

כמובן, בכך רק החל הדיון על היחס בין משפט וצדק — דיון שימיו כימיה של המחשבה האנושית. עתה, עם מינויכם לערכאות השונות, מי יתן ותעשו צדק: צדק בגדרי המשפט. אם בפסק דינכם תגיעו לתוצאה הנוגדת את תחושת הצדק שלכם, חזרו על עקבותיכם, שמא טעיתם במשפט, שכן שאיפת המשפט היא להיות צודק,

6 ע״א 398/65 רימון נ׳ הנאמן לנכסי שפסלס, פושט רגל, פ״ד כ(1) 401, 408.

7 מ׳ שמגר ״חנוכת הבניין החדש של בית־המשפט העליון״, הפרקליט מ (תשנ״א-תשנ״ב) 369.



nevo.co.il

ושאיפת השופט היא לעשות צדק. כפי שנשבעתם היום "לשפוט משפט צדק". עשו צדק במשפט. "צדק צדק תרדף"[8].

8 דברים טז, כ.



nevo.co.il

nevo.co.il