

הרצאה

דברים בטקס ההשבעה כנשיא בית-המשפט העליון

מאת

אהרן ברק*

אישי נשיא המדינה, מורי ורבותי

על הנשיא שמגר

היום פורש הנשיא שמגר מכס השיפוט. זהו אירוע מרכזי בתולדות השיפוט בישראל. אחד מגדולי שופטי המדינה עוזב את כס השיפוט. למעלה מחמישים שנה שרת מאיר שמגר כנאמנות את העם והמדינה. הוא מילא את התפקידים המשפטיים החשובים ביותר – פרקליט צבאי ראשי ויועץ משפטי לממשלה – ועיצב את דמותם. הוא כיהן עשרים שנה בבית-המשפט העליון. כשתיים עשרה שנה הנהיג – כנשיא בית-המשפט העליון – את מערכות השיפוט. בכל אלה נהג בתבונה, בצניעות, בהגינות, בסובלנות, בסבלנות, באומץ ובהחלטיות. עיקר תרומתו גלומה, כמובן, בעבודתו השיפוטית. אלפי פסקי-דין כתב הנשיא שמגר, בכל תחומי המשפט. הוא קידם ופיתח את המשפט הישראלי על כל ענפיו. כחוט השני עוברת בפסיקתו השאיפה להגשמתו של שלטון החוק. ידועים דבריו, לפיהם¹:

ביטוי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים – לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאווייהם הבלתי מוגבלים – אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכל ואשר מחייבות את הכל במידה שווה.

* נשיא בית-המשפט העליון.

1 ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת בחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 261.

על פי תפיסתו של שמגר, שלטון החוק חיוני למניעת אנרכיה. הוא מהווה מרכיב בבטחון הלאומי. שלטון החוק הוא איזון ראוי בין פרט לפרט; בין כבוד האדם של הנפגע לבין כבוד האדם של הפוגע; שלטון החוק הוא איזון ראוי בין פרט לכלל; בין זכויות האדם לצורכי המדינה. בגיבושו של איזון כולל זה תרם שמגר תרומה מרכזית. פסקי-דינו על חופש העיסוק, חופש הביטוי, הפרדת רשויות, מעמד בדין וסוגיות רבות אחרות בהם פרט מתנגש בפרט, ובהם פרט מתנגש בכלל, הם נקודות ציון מרכזיות במפת המשפט הישראלי. אכן, הנשיא שמגר הוא ממניחי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית שעניינה שלטון הרוב וזכות הפרט. ראויים דבריו הבאים לציון²:

לשיטת הממשל הדמוקרטית חולשות ונקודות תורפה לא מועטות ואחת מביניהן היא, ללא ספק, בכך שהחירויות אותן היא מעניקה, עלולות לשמש גורמים שכוונתם רעה, אך אותה שעזה גם מקובל עלינו כי טרם נמצאה שיטת ממשל טובה יותר, יהיה זה לפרט, לכלל או לאיזון הנאות בין צרכיהם וזכויותיהם של שניים אלה.

אנו, שופטי בית-המשפט העליון, ראינו בנשיא שמגר אח בכור, המחזק את הרוח השיפוטי. עם פרישתו מבית-המשפט, תחסר תמיכתו ונסיונו. שעות קשות עברו עלינו בהכרעות משותפות. שעות יפות עברו עלינו בהלכות משותפות. מי יתן ונוכל להמשיך ולפתח את משפטה של ישראל, על בסיס תפיסות היסוד ועקרונות היסוד אותם טבע הנשיא שמגר. מאחלים אנו לו בריאות טובה ושנים טובות של יצירה וסיפוק. מקווים אנו כי הוא ימשיך לראות בבית-המשפט העליון את ביתו, ובשופטיו את אחיו. אף שהאיש שמגר פרש, השופט שמגר נשאר עמנו. שמו יעלה באולמות בית-המשפט, וחורתו תעלה מהספרים.

על המשנה לנשיא, השופט שי לויין

היום מונה השופט שלמה לויין, כמשנה לנשיא בית-המשפט העליון. שלשים שנה משמש שלמה לויין שופט בישראל. הוא עבר את דרך המלך של כל שלבי השיפוט – שופט בית-משפט השלום, שופט בית-המשפט המחוזי, ושופט בית-המשפט העליון. הוא נטוע כל כולו באדמת השיפוט. שלמה לויין הוא מגדולי המומחים בישראל לדיני הדיון ולדיני אכיפת חיובים. הוא כתב ספרים ומאמרים בתחום זה ובתחומים רבים אחרים. שלמה לויין הוא אמן הקיצור והדיוק. הוא משפטן בחסד – שהרי הוא ידוע בטביעת עין חדה המבחינה בין עיקר לטפל. ופסיקתו, כולה

2 ד"צ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב (3) 337, 362.

עיקר ואין בה טפל. השופט שלמה לוין הוא מנהל מכון ההשתלמות לשופטים על שם השופט זוסמן – מורו וידידו הקרוב. הוא הקים את המכון ונושא אותו בכבוד על כתפיו. עתה נשתף פעולה יחדיו – שהרי חברים אחים אנחנו – כנשיאה בעול ניהולה של מערכת השיפוט בישראל. מברך אני אותו על מינויו.

על הנשיאים שקדמו לי

הנני השמיני כנשיאי בית-המשפט העליון. קדמו לי הנשיאים משה זמורה, יצחק אולשן, שמעון אגרנט, יואל זוסמן, משה לנדוי, יצחק כהן ומאיר שמגר. כל אחד מהם תרם תרומה חשובה לבניית מסורת המשפט והשיפוט של ישראל המתחדשת. אכן, ספר השיפוט הוא מפעלם המשותף של כל הנשיאים של בית-המשפט העליון. אין הם אלא ראשונים בין השווים. היצירה השיפוטית היא יצירתם של כל שופטי ישראל. זוהי שרשרת בלתי פוסקת של שופטים, המעבירים מדור לדור את המסורת והתרבות של השפיטה בישראל. מדי פעם אנו נתקלים בחוליות מיוחדות במינן התורמות תרומה סגולית לספר השיפוט והמשפט. מאיר שמגר הוא חוליה כזו. אך זאת יש לזכור. אנו מרחיקים ראות, שכן ניצבים אנו על המבנים הגבוהים אותם בנו קודמינו.

על פיתוח המשפט על ידי השופט

עמדי על התרומה המרכזית של הנשיא שמגר לפיתוח המשפט בישראל. המשפט הישראלי לפני שהנשיא שמגר מונה כשופט ולאחריו אינו אותו משפט. הנשיא שמגר פסק הלכות, ונתן פירושים לתוקים אשר קידמו את המשפט הישראלי, והצעידו אותו לעבר אופקים אשר לא נראו בעבר. אינני מניח כי ימצא בינינו טוען כי בכך חרג הנשיא שמגר מסמכותו. אינני מניח כי מישהו יטען ברצינות שהנשיא שמגר – וכל שופט בבית-המשפט העליון – אינו מוסמך לפתח את המשפט בישראל או להתאימו לצרכי החברה המשתנים. ובכל זאת – האין זה מתפקידו של השופט לפעול על פי המשפט הקיים ולא ליצור אותו? האין זו פגיעה בעקרונן הפרדת הרשויות ובדמוקרטיה שעה שהשופט – ולא המחוקק – מפתח את המשפט ומתאים אותו למציאות החברתית החדשה?

אכן, דמוקרטיה מבוססת על הפרדת רשויות. הפרדת רשויות משמעותה כפולה. ראשית, מוכרת הבחנה בין רשויות שלטוניות שונות, כאשר לכל רשות שלטונית מיוחסת פונקציה שהיא עיקרית ומרכזית לה; שנית, בין הרשויות השונות קיימים יחסים גומליניים, באופן שכל רשות בולמת ומאזנת את הרשויות האחרות, ובכך היא שומרת על חירות הפרט.

במסגרת זו, הפונקציה העיקרית של הרשות המחוקקת היא יצירתן של נורמות

כלליות. הפונקציה העיקרית של הרשות השופטת היא הכרעה בסכסוכים. אך תוך כדי הכרעה בסכסוך, וכתוצר-לוואי אינצידנטלי והכרחי, חייבת הרשות השופטת לקבוע את הדין שעל-פיו מוכרע הסכסוך. כל שיטות המשפט מכירות בלגיטימיות של קביעת הדין בדרך של פרשנות הוראות החוקה, החוק או התקנה המכריעות בסכסוך. על פי התרבות המשפטית והמסורת המשפטית שלנו, מוכר גם כוחו של השופט לקבוע הלכה פסוקה – "משפט מקובל ישראלי". בנוסף לכך מוסמך שופט בישראל להשלים חסר בחוק בדרך של היקש, ובהעדרו – על-פי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

קביעת הדין, על פיו מוכרע הסכסוך, אינה כרוכה ברוב המקרים, ביצירתיות שיפוטית. הדין לפני ההכרעה בסכסוך והדין אחרי ההכרעה הוא אותו דין. בקביעת הדין השופט אך מצהיר על הדין הקיים. במיעוטם של המקרים כרוכה קביעת הדין ביצירתיות שיפוטית. אלה הם המקרים הקשים, בהם הדין לפני ההכרעה בסכסוך ואחריו אינו אותו הדין. השופט אינו אך מצהיר על הדין הקיים, אלא יוצר דין חדש. השופט בוחר בין מספר אפשרויות, אשר כולן לגיטימיות. הוא מפעיל שיקול-דעת שיפוטי. פעילות זו היא בלתי נמנעת. אין כל אפשרות לבנות שיטת משפט שבה אין כלל שיקול-דעת שיפוטי. כל עוד נורמה משפטית מעוגנת בטקסט לשוני, מתחייב תהליך פרשני. וכל תהליך פרשני מחייב הכרה בשיקול-דעת שיפוטי. פרשנות שיפוטית ללא שיקול-דעת שיפוטי הינה אגדה. אכן, תבונתו של האדם אינה יכולה ליצור עיקרון משפטי כללי, שיתן תשובה חדי-משמעית (וללא שיקול-דעת) כאשר לאי-סוף המצבים העובדתיים (חלקם בלתי-ניתנים לצפיה מראש) אשר העיקרון עשוי להשתרע עליהם. באקט הבחירה בין האפשרויות הלגיטימיות יש משום יצירה שיפוטית, ולו מוגבלת. באקט הבחירה נוצר דין חדש שלא היה קיים קודם. בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי, היוצר דין חדש, מתגלית תרומתו האישית של השופט והשפעתו על פיתוח המשפט.

על השופט כשותף זוט

בפיתוח המשפט בדרך הפרשנות, השופט הוא שותף זוט. עיקר המשימה של פיתוח המשפט מוטל על המחוקק. הוא השותף הבכיר. הוא מניח את היסוד למפעל החקיקה בישראל בקבעו את הטקסט של החוקה, החוק והתקנה. הוא עושה כן על בסיס המדיניות הלאומית הנראית לו ראויה. טקסט זה משמש בסיס לפרשנות. השותף הזוט בשותפות זו הוא השופט. הוא נותן בפרשנותו מובן לטקסט על בסיס אותה מדיניות לאומית. המחוקק מניח את המסד. השופט בונה את הטפחות. בפרשנות החוקה, החוק או התקנה, השופט מגלה נאמנות לתכלית המונחת ביסודם. התהליך הפרשני מבוסס על נאמנות לטקסט ועל הגשמת תכליתו. הפיתוח

השיפוטי קיים רק באותם מקרים בהם הלשון והתכלית משאירים יותר מפיתרון אפשרי אחד, כלומר מרחב פעולה שיפוטי או שיקול-דעת שיפוטי. הפעולה השיפוטית היא בעיקרה "בין הסדקים" של הטקסט. כאשר הפיתוח השיפוטי, פרי הפרשנות השיפוטית, אינו נראה ליוצר הטקסט, הסמכות בידו לשנותו בדרך של שינוי הטקסט. הטקסט החדש – בין אם זה הוראת חוקה או חוק או תקנה הופך מיד בסיס לפרשנות, וחוזר חלילה. אכן, בין המפרש לבין יוצר הטקסט קיים "דו-שיח" בלתי פוסק. כמובן, על יצירת הטקסט החדש מוטלות לעתים מגבלות. כחלק מתפקידו בהפרדת הרשויות, על השופט לדאוג, שביצירת הטקסט החדש לא יחרוג יוצרו מסמכותו.

על שיקול-הדעת השיפוטי והפעלתו האובייקטיבית

בדו-שיח זה מפעיל השופט – כאשר הוא מפתח ומקדם את המשפט – שיקול-דעת שיפוטי. שיקול-דעת זה לעולם אינו מוחלט. שיקול-דעת שיפוטי הוא שיקול-דעת שלטוני, וככל שיקול-דעת שלטוני, הוא מוגבל. משטר דמוקרטי אינו סובל שיקול-דעת מוחלט של שום רשות שלטונית. הוא אינו מכיר במוחלטות שיקול-דעתו של השופט.

בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי חייב השופט לפעול באובייקטיביות. השופט ממלא משרה ציבורית. עליו לשקול את הערכים החברתיים היסודיים. עליו להישען על דרישות נורמטיביות שהן חיצוניות לו, הנקבעות על-פי תפישות היסוד של החברה בה הוא חי. עליו לאתר את הערכים המשותפים לבני החברה, גם אם אינם ערכיו שלו. עליו להימנע מהטלת ערכיו הסובייקטיביים על החברה. שופט "חילוני" אסור לו להטיל את השקפתו החילונית על כלל הציבור; שופט "דתי" אסור לו להטיל את השקפתו הדתית על כלל הציבור. על השופט לתת ביטוי לערכים המשקפים את ה"אני מאמין" של האומה כולה. בישראל, עליו לתת ביטוי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. עליו להגשים את התפישה – המעוגנת בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם – לפיה "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין". עליו לכבד את זכויות האדם "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". עליו לראות בבית-המשפט מבצר המגן על זכויותיו של הפרט – של כל פרט – כנגד הכלל וכנגד השלטון.

השופט הוא פרי תקופתו. הוא חי בזמן נתון ובחברה נתונה. מטרתה של האובייקטיביות אינה לנתקו מסביבתו. נהפוך הוא: מטרתה לאפשר לו לגבש כראוי את עקרונות היסוד של תקופתו. מטרתה של האובייקטיביות אינה לשחרר את השופט מעברו, מחינוכו, מניסיונו, מאמונתו ומערכיו. נהפוך הוא: מטרתה

להמריצו לעשות שימוש בכל אלה כדי לשקף בצורה הזכה ביותר את ערכי היסוד של האומה. אדם המתמנה שופט אינו צריך ואינו יכול לשנות את עורו. אך עליו לפתח רגישות לכובד משרתו ולכבלים שהיא מטילה. "כמדמין אתם, ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם". על השופט לגלות אותה כיקורת עצמית והיעדר ארוגנטיות, המאפשרת לו שלא לזהות את עצמו עם כל הטוב והיפה. עליו לגלות אותה צניעות אינטלקטואלית, המאפשרת לו לומר: "טעיתי". שופט אשר לא ינהג כך ואשר יטיל על החברה את כל הסובייקטיבי שבו, ייצור מתח בינו לבין סביבתו. ככל שהוא יתמיד בכך, יוצר מתח גובר והולך בין הרשות השופטת לרשויות האחרות. הוא יפגע באמון שהציבור רוכש לשופט. בלא אמון זה אין השופט יכול לפעול.

האובייקטיביות השיפוטית מחייבת את השופט להתחשב בהסכמה החברתית המשקפת את הבסיסי והמשותף לבני החברה הישראלית המודרנית. זו ההסכמה החברתית המשקפת את מלוא המורכבות של החברה הישראלית דהיום, ואת מלוא ההיקף הפלורליסטי שלה. זו ההסכמה החברתית המשקפת את הדתי והחילוני, היהודי והערבי, איש הימין ואיש השמאל. שופט הפועל באובייקטיביות אינו צריך לראות את עצמו כנושא דגל של הסכמה חברתית חדשה. ההסכמה החברתית על פיה פועל השופט, היא זו המעוגנת בערכי היסוד של השיטה ובתפיסות העומק של החברה. אין השופט צריך לפעול במסגרת הסכמה חברתית המשקפת רוחות שעה חולפות. כאשר חברה אינה נאמנה לעצמה, אין השופט חייב ליתן ביטוי לרוחות השעה. עליו לעמוד כנגד רוחות אלה, תוך מתן ביטוי לאותה הסכמה חברתית, המשקפת את העקרונות הבסיסיים, ואת ה"אני מאמין" של החברה. על כן מוטלת עליו החובה להגן על זכויות האדם של כל פרט, תהא מידת הסימפטיה או האפטיה החברתית אליו – פרי רוחות השעה – אשר תהא; על כן מוטלת עליו החובה להגן על הכלל, שכן זכויות אדם אסור להן להפוך מכשיר לכליון לאומי. אכן, השופט עוסק כל העת באיזון בלתי פוסק, בין פרט לפרט, בין פרט לכלל. השופט הוא חלק מעמו. הוא מצוי לעיתים במגדל שן, אך זהו מגדל שן בהריה של ירושלים, ולא באולימפוס היווני. על כן השופט בישראל צריך להיות מודע למתרחש בעם. עליו להכיר את בעיות המדינה. עליו לקרוא את ספרותה, ועליו להאזין לשיריה. עליו להכיר את מורשתה הדתית, החברתית והתרבותית. עליו להכיר את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. עליו להיות רגיש למיעוטים שבקרב המדינה; ולשכבות החלשות בקרב החברה. אכן, השופט הוא חלק מתקופתו. הוא בן־זמנו. הוא נע עם ההיסטוריה של עמו.

על שיקול-הדעת השיפוטי וסגירת פערים בין משפט לחיים

בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי ראוי לו לשופט לאזן בין הצורך כשינוי לבין שמירת הקיים. חיי המשפט הם מורכבים. המשפט חייב להיות יציב, אך אסור לו לדרוך במקום. יציבות בלא שינוי היא שקיעה. שינוי בלא יציבות הוא אנארכיה. שופט, המפעיל שיקול-דעת שיפוטי, צריך לסגור את הפערים בין המשפט לחיים, וכל זאת בלא לסכל ציפיות סבירות. על השופט להתאים את המשפט לחיים. אף כאן, השותף הבכיר הוא המחוקק. הדאגה העיקרית לסגירת פערים בין הדין לבין החברה מוטל על שכמו. אך שותף זוטל לכך הוא השופט. באותם מקרים מעטים בהם הוא יוצר דין חדש, עליו להבטיח יציבות תוך שינוי. תנועתה של ההלכה השיפוטית על פני ההיסטוריה המשפטית צריכה להיות זהירה. ראוי לה שתהא אבולוציונית ולא רבולוציונית. היא צריכה להיות מבוססת על התפתחות טבעית והמשכיות. היא צריכה לגלות עקביות. אכן, בין אמת ליציב – אמת עדיף; בין אמת לאמת – יציב עדיף. החיים נמצאים בשינוי מתמיד, ועמם המשפט. ההיסטוריה של המשפט היא ההיסטוריה של התאמת המשפט לצרכי החברה המשתנים. מערכת נורמטיבית שאינה מאפשרת צמיחה, סופה הסתיידות. אין להבטיח יציבות, ודאות, עקביות והמשכיות, בלא להבטיח שינוי. כמו הנשר בשמיים, השומר על יציבותו רק כאשר הוא בתנועה, כך גם המשפט. הוא יהא יציב רק כאשר ינוע.

סוף

בדחילו ורחימו מקבל אני על עצמי היום – כותיק השופטים בבית-המשפט העליון – את התפקיד של נשיא בית-המשפט העליון. נכנס אני למשרה אשר מידותיה עוצבו לאחרונה על ידי אחי הנשיא שמגר. והמידות גדולות. שוב חוזר נסיון העבר, שעה שהחלפתי את מאיר שמגר כיועץ משפטי לממשלה. מי יתן ויעמוד בי הכוח למלא את דרישות המשרה. מודע אני לכוחה ולמגבלותיה. הנשיא הוא ראשון בין שווים. והשופטים – כל אחד מהם מטובי המשפטנים במדינה, עצמאי בדעותיו ובהשקפותיו. מי יתן והאזירה הטובה ויחסי החברות הטובים אשר שררו עד כה בבית-המשפט העליון – ימשיכו גם להבא. מי יתן ונדע להתלכד בגיבוש ההלכה, שהרי איננו רק בית שופטים, אנו בית-משפט. אנו בית-המשפט העליון, בו מעוצבת ההלכה השיפוטית, ומתפתח המשפט ההלכתי.

כשופט איני נושא עמי מצע מדיני. אינני איש פוליטיקה. ימין ושמאל, יהודי וערבי, דתי וחילוני – כולם שווים בעיני בזכויות ובחובות. כולם בני אנוש, אשר בצלם הכבוד נבראו. על כבודו של כל אחד מהם כאדם אשמור. אינני שואף לכוח. איני מבקש למשול. מודע אני לכבלים הקושרים אותי כנשיא בית-המשפט העליון וכשופט. יודע אני, כי שעה שאני יושב למשפט, אני עומד למשפט. חזרתי

והדגשתי תמיד, כי שלטון החוק הוא שלטון המשפט ולא שלטון השופט. מודע אני לחשיבותן של הרשויות האחרות – המחוקקת והמבצעת – המבטאות את הדמוקרטיה הישראלית. שום כית־משפט ושום שופט אינו מבקש למלא את תפקידם או להחליף אותם. כל רשות לסמכותה שלה, כל רשות ותפקידה שלה. ובין הרשויות גשרים מחברים, ואיזון הדדי ובלימה הדדית, כאשר הרשות השופטת אחראית לכך שהרשויות האחרות לא יחרגו מסמכותן. תפקידי שלי כשופט הוא להכריע בסכסוכים, ואגב כך לפתח את המשפט בישראל. אעשה זאת בכל יכולתי באובייקטיביות, תוך איזון ראוי בין פרט לפרט, ובין הפרט לכלל, מתוך הגשמת ערכי היסוד של המשפט בישראל, ערכים המבוססים על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. רואה אני בתפקידי – כפי שבוודאי רואים זאת כל השופטים – שליחות. שיפוט אינו תפקיד. שיפוט הוא אורח חיים. את התפקיד אשתדל לבצע ככל שופט בישראל – מתוך עצמאות, אישית ומוסדית. ככל שופט בישראל, אפעל מכוחה של מרות אחת ויחידה, היא מרותו של הדין, שהרי "בענין שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". ומעל לכל – יום יום, שעה שעה – תעמוד לנגד עיני השבועה, עליה חזרתי היום בפעם השלישית:

"לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים."