

עליו משפט



כתבי-העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

אדר תשס"ט, מרץ 2009

כרך ז

תשעה מן העליון – הרהורים שלאחר השפיטה

נשיא בית-המשפט העליון בדימוס אהרן ברק

נשיא בית-המשפט העליון בדימוס אהרן ברק

תמצית תולדות חיים

נולד בשם אריק בריק בשנת 1936 בקובנה שבליטא לצבי, עורך-דין, וללאה, מורה. עבר את השואה בגטו קובנה. בשנת 1947 עלה לארץ ולמד בבית הספר התיכון שליד האוניברסיטה בירושלים. לאחר מכן למד משפטים באוניברסיטה העברית ובשנת 1958 הוענק לו תואר מוסמך. בשנים 1958-1960 שירת בצה"ל בלשכת היועץ הכספי לרמטכ"ל. עם שחרורו חזר לאוניברסיטה העברית ובשנת 1963 סיים בהצטיינות את עבודת הדוקטורט, שנושאה "אחריות שילוחית וטובת המעביד", בהדרכת פרופ' גד טדסקי. במקביל עבר התמחות והוסמך כעורך-דין.

אהרן ברק נשוי לאלישבע (אליקה) ברק-אוסוסקין, סגנית נשיא בדימוס בבית-הדין הארצי לעבודה. לזוג ברק ארבעה ילדים, כולם עורכי-דין.

בשנים 1966-1967 שהה בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד. בשנת 1968 נתמנה לפרופסור באוניברסיטה העברית ובשנת 1974 נתמנה לדיקן הפקולטה למשפטים שם. חתן פרס ישראל למדעי המשפט לשנת 1975 (בהיותו בן 38, מהצעירים במקבלי הפרס).

בשנים 1975-1978 כיהן כיועץ המשפטי לממשלה ובתפקידו זה קיבל כמה החלטות חשובות, בהן ההחלטה לפתוח בחקירה פלילית כנגד אשר ידלין, מנכ"ל קופת חולים הכללית ומועמד לתפקיד נגיד בנק ישראל¹. בפרשה זו טבע ברק את המונח "מבחן בוזגלו", באומרו: "דין ידלין – כדין בוזגלו". עוד החליט ברק במהלך כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין את לאה רבין בשל פרשת חשבון הדולרים. החלטה זו הביאה להתפטרותו של ראש הממשלה יצחק רבין².

בספטמבר 1978 היה חבר בצוות המשא ומתן לגיבושם של הסכמי קמפ דייוויד.

1 ע"פ 234/77 ידלין נ' מדינת ישראל, פ"ד לכ(1) 31.

2 הודעתו של ראש הממשלה דאז יצחק רבין ז"ל, ביום 20.12.1976 על התפטרותו מתפקיד ראש הממשלה.

כ-22 בספטמבר 1978 החל לכהן כצעיר שופטי בית-המשפט העליון. בנובמבר באותה השנה, בעודו מכהן בבית-המשפט העליון, הצטרף אל ראש הממשלה מנחם בגין כיועץ משפטי במשא ומתן על הסכם השלום בקמפ דייוויד.

בשנים 1982-1983 היה חבר בוועדת החקירה הממלכתית כעקבות טבח סברה ושחילה³. בשנת 1993, עם פרישת המשנה לנשיא מנחם אלון מונה ברק כמשנה לנשיא במקומו, ועם פרישתו לגמלאות של הנשיא מאיר שמגר ב-13 באוגוסט 1995 מונה ברק לנשיא בית-המשפט העליון.

במהלך כהונתו הרחיב ברק את קשת הנושאים שבהם עסק בית-המשפט העליון, בין השאר על-ידי מבחן זכות העמידה שבו הרבה בגיץ להשתמש והרחבת מתחם השפיטות, ובכך פתח דלת לשורה של עתירות ציבוריות במגוון נושאים. במקביל קידם שורה של סטנדרטים, הן במינהל הציבורי (בייחוד סטנדרט סבירות ההחלטה המנהלית), הן במגזר הפרטי (סטנדרט תום-הלב), תוך שהוא מעמעם את הגבולות בין השניים.

על-פי תפיסתו של ברק, עם חקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992 הפכה מדינת ישראל מדמוקרטיה פרלמנטרית לדמוקרטיה פרלמנטרית חוקתית.

ב-14 בספטמבר 2006, עם הגיעו לגיל פרישה, פרש ברק מכית-המשפט העליון.

במקביל לכהונתו בבית-המשפט העליון היה ברק יושב-ראש הוועדה שניסחה במשך כעשרים שנה את תזכיר חוק דיני ממונות (חוק הקודיפיקציה), שבא לאחד את עשרים וארבעה החוקים העיקריים במשפט האזרחי בישראל תחת חוק אחד, שיהיה הקודקס של המשפט האזרחי הישראלי.

לאחר פרישתו מבית-המשפט העליון, הצטרף ברק לסגל האקדמי של המרכז הבינתחומי הרצליה והוא מלמד בתוכנית לתואר שני במסלול למשפט מסחרי. בנוסף ממשיך ברק להעביר קורסים באוניברסיטת ייל האמריקנית.

3 ועדת כהן לחקירת אירועי הטבח בסברה ושחילה (מחנות פליטים בכירות) – מלחמת שלום הגליל, י"פ תשמ"ג 34.

ברק זוכה להערכה רבה בקרב הקהילה המשפטית בישראל וספריו בדבר הפרשנות המשפטית נחשבים למובילים בתחומם בעולם ומשמשים כתומר לימוד וכמקור משפטי במדינות רבות בעולם. תומכיו ומבקריו רואים בו עליו ואדם מבריק. פרופ' פוזנר, שביקר באופן חריף את דרכו של ברק, ציין כי לו היה פרס נובל למשפטים, היה ברק נמנה עם ראשוני מקביליו.

אהרן ברק הוא כותב פורה ביותר. ספריו ומאמריו הרבים הם מעמודי התווך של הספרות המשפטית העברית.

שפיטות

מעולם לא אמרתי כי הכול שפיט. הקרוב ביותר לזה שאמרתי הוא "הכול משפט" ואני מקווה שההבדל בין השניים מובן, משום שיש הרבה במשפט שאיננו שפיט. התזה ש"הכול משפט" משמעותה שכל היחסים האנושיים מוסדרים על-ידי המשפט, אין פינה ביחסים הבינ-אישיים שלא מוסדרת על-ידי המשפט, ולו על-ידי האמירה שלפרט יש את החירות לעשות כל דבר אלא אם הדבר נאסר בדין. אשר ל"הכול שפיט", ברור שלא הכול שפיט ואף אמרתי זאת במפורש באחד מפסקי-הדין⁴. יש עניינים שאינם שפיטים, לא במובן הנורמטיבי – כי אם הכול משפט אז אין אי-שפיטות נורמטיבית – אלא במובן המוסרי. כלומר, ישנם עניינים שלגביהם מגיעים למסקנה, מטעם זה או אחר, שבית-המשפט לא צריך לעסוק בהם אף שיש בהם משפט, ואלו מצבים שבהם מאוד יכול להיות שמישהו מפר את המשפט ופועל שלא כדין, ועם זאת לא יהיה שיפוט שיאמר שהמעשה אינו כדין ולא יהיה שיפוט שיקבע מהי הסנקציה. יש משפט שמופר ולמרות זאת אומרים ששום בית-משפט לא יעסוק בזה, לא תהיה החלטה שיפוטית שהמשפט הופר וגם לא תהיה כל סנקציה. כך ביחסים האישיים, במשפט הפרטי. לדוגמה ציונים של סטודנטים אינם שפיטים. משמעות הדבר היא שאף שיש נורמה שקובעת שציון צריך להינתן בהגינות, טענה שסטודנט הופלה איננה עניין שפיט, משום שלא רוצים שהמורים שנותנים ציונים יצטרכו לתת דין וחשבון. זה החוק ויש לזה מחיר. אני כשלעצמי סבור שהדוגמה הקטנה הזו לא מוצדקת: דבר אחד הוא לבוא ולומר שלמורה יש שיקול-דעת רחב במתן ציון ודבר אחר הוא לומר שמתן ציון איננו שפיט. אני בהחלט בעד מתן שיקול-דעת רחב מאוד למורה שנותן ציון לבוא ולומר: "אתה חושב שזה טוב ואני, מורה, חושב שזה לא טוב ודעתי היא הקובעת כי זוהי סמכותי ואני מומחה בנושא הזה", אך מכאן ועד לאמירה כי המורה לא צריך להסביר לאף אחד איך הוא קבע את הציון, זה מרחיק לכת וזוהי השפיטות.

4 בגיץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, 812.

דוגמה שנייה היא מתחום המשפט הציבורי. בדבר המלך לגבי מקומות קדושים⁵ נאמר שהסכסוכים בנוגע למקומות הקדושים לא שפטים. כתוב שם ששום בית-משפט לא יכריע בסכסוכים אלה ומי שמכריע בהם זו הממשלה. התוצאה היא שדחת מסוימות טוענות שהזכויות במקומות אלה הופרו, הן פונות לממשלה והממשלה אומרת שהדבר ייבדק וכזה זה נגמר, כי זה לא עניין של בית-המשפט.

דוגמה נוספת: באה הכנסת וקובעת תקנון שעל-פיו הכנסת צריכה לפעול ויושבי-ראש ועדות הכנסת פועלים שלא לפי התקנון. גם כשפונים אליהם חברי כנסת וטוענים שראשי הוועדות או חבריהן פעלו שלא על-פי התקנון, ראשי הוועדות עונים שהם פעלו כשורה. חבר הכנסת יפנה לבג"ץ על-פי הלכת שריד⁶ ובג"ץ יבדוק אם זה במרקם החיים הדמוקרטיים. במידה והתשובה שלילית, אפילו שלחבר הכנסת זה חשוב מאוד התוצאה היא שאין לו מה לעשות.

במקרים כאלה ובאחרים שאלתי היא אם בכל המקרים שאתה מנסה להגן על המורה במתן הציון, על הממשלה בעניין פגיעה בזכויות או על הכנסת בפעולות שאינן על-פי התקנון, האם לא נכון יותר לשנות את הכללים ולקבוע שבמסגרת בדיקת ציונים מה שאפשר לבדוק זה א, ב, ג וכשבא סטודנט ואומר שהם טעוניהם בדיקה תהיה בדיקה. נניח שהמורה קרא את העבודה ושהוא לא היה בניגוד עניינים. יש לקבוע כלל, שבכל הדברים האחרים יש למורה שיקול-דעת ואם הדבר נופל בתוכו העתירה תדחה. לא משום שזה לא שפיט, אלא משום שהמורה שבדק את העבודה הפעיל את שיקול-דעתו ולכן אין עילה. התזה שלי היא שמבחינת שלטון החוק עדיף ליצור מצב שבו העניין יהיה שפיט אבל העתירה תדחה מחוסר עילה, מאשר מצב שבו העניין לא יהיה שפיט. אם חברי הכנסת לא רוצים שבית-המשפט יפקח מבחינה שיפוטית על ענייני החסינות, שינסחו אותם מחדש ולא יתעסקו בסמכות השיפוט. זוהי העמדה הבסיסית שלי ולכן אני מסתכל על טענת חוסר שפיטות, הן במשפט הציבורי הן במשפט הפרטי, בחוסר נחת. המשמעות האמיתית שלה היא כל דאלים גבר, שכן אם נאמר שביחסים שבינו לבינה אין בית-משפט, בן-הזוג יוכל לתקוף ולאנוס וברגע שתוגש תביעה יגידו שזה לא שפיט. על כן גישתי היא כי לא הכול שפיט, אך יש להמעיט בחוסר השפיטות. זהו עניין לאיפוק שיפוט. אין מקום לחקיקה, שכן הנושא הוא בליבת השיפוט, הוא "אינו חקוק".

כך למשל אפשר לומר שהבטחות נישואין אינן שפיטות ולכן בכלל לא נכנסים לזה, אבל אפשר גם לבוא ולומר שהבטחות נישואין לא מחייבות, למה? כי גם אלו שלא רוצים שבית-המשפט יתעסק בזה בעצם לא רוצים שהמשפט יתעסק בכך. אם כך למה לנסח את זה במונחים שזה לא שפיט? אפשר לנסח את זה במונחים שהבטחת נישואין

לא מחייבת ואם תהיה תביעה על הפרת נישואין, בית-המשפט יאמר שזו הבטחת נישואין לא מחייבת וידחה את התביעה. יכול להיות שזה מעבר להבטחת נישואין, יכול להיות שזו תרמית. הקונספציה שלי היא שהמכשיר הנכון לטפל בסוגיות האלה הוא בתחום של חוקי-לא חוקי ולא בתחום של יש סמכות לבית-משפט-אין סמכות לבית-משפט. המקרה האידיאלי הוא שכל דבר צריך להיכלל בסמכות של בית-משפט כלשהו. לגבי כל טענה של נורמה שהופרה צריך לאפשר לבית-משפט לאומי או בינלאומי כלשהו לברוק את החוקיות של ההפרה, ואם שיטת המשפט איננה רוצה שהפרות האלה ייבדקו, הטיפול בזה לא צריך להיות על-ידי כך שאומרים "לא בית-המשפט". צריך לברוק אם יש צידוק שהבטחות נישואין יעניקו זכויות ולא אם לבית-משפט יש סמכות לדון בהפרתן. יש שיטות משפט שבהן הבטחת נישואין לא מחייבת. אישית אני חושב שזה לא כך. יש אינטרס הסתמכות חזק מאוד. נכון שלא כל הבטחה מחייבת – כשאני אומר למישהי "בואי נשתה כוס קפה" אין פה רצון ליטול יחסים משפטיים, ומכיוון שיחסים משפטיים הם חלק מהיסודות המרכיבים את ההבטחה אזי היא איננה. ואולם אם היסוד הזה מתקיים, אני לא רואה שום סיבה שלא לפצות בגין הפרת ההבטחה.

אני חושב שזה לא טוב לשלטון החוק להכיר במצב דברים שבו החוק הופר, או שבית-המשפט כלל לא בודק אם החוק הופר או לא. אם באמת לא רוצים לברוק את השאלה אם החוק הופר, הדרך הנכונה היא לנסח את החוק כך שייתן שיקול-דעת רחב. בפסקי-דין שניתנו, שופטים הביעו גישה שונה. למשל בעתירות שקשורות להר הבית, יש שופטים שטוענים כי הר הבית כל כך רגיש ולכן הוא לא שפיט. ואני אומר: לא, זה לא טוב, כי אם כל הקשור להר הבית לא שפיט, המשמעות היא שהמטרה עלולה להפלות יהודים – לאפשר ליהודי אחד לעלות להר הבית ולא לאפשר ליהודי אחר – אבל מכיוון שזה לא שפיט ליהודי המופלה לרעה לא תהיה כל דרך להתגונן. הדרך הנכונה היא להבין מה באמת רוצים. אם מה שבאמת רוצים זה שלמטרה יהיה שיקול-דעת רחב, יש לקבוע שלמטרה יש שיקול-דעת רחב בכל הנוגע להר הבית ואז הפעלת שיקול-דעת הציבורי, כי גם אם יש שיקול-דעת רחב במדינת חוק, זה לא שיקול-דעת מוחלט וגם אותו יש לברוק. למשל הפליה זה דבר שאפשר לברוק אם יש נתונים עובדתיים. מה רע בזה שבית-המשפט בודק אם יש תשתית עובדתית? כך עושים בכל המשפט המנהלי, האם כאן זה אחרת כי זה רגיש? אם כן – תן שיקול-דעת רחב יותר. דוגמה אחרת: היה מקרה שבו דנו בשאלה אם ממשלת מעבר, או יותר נכון אם ממשלה שמכנהת בהיעדר אמון של הכנסת למשל כי ראש הממשלה התפטר, יכולה לנהל משא ומתן מדיני⁷. חלק מהשופטים סברו שזה לא שפיט. אני שואל למה? נניח שמי שמנהל משא ומתן מטעם הממשלה מקבל שוחד, נניח שיש עובדות מוכחות שהוא נוטל שוחד, מדוע שזה לא יבוא בחשבון? הנקודה היא שלא רוצים לנהל את המשא ומתן ויש הוכחה שהוא קיבל

5 דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924.

6 בג"ץ 652/81 ח"כ שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד (2) 197 (להלן – פרשת שריד), 204.

7 בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד (2) 455.

שוחד. כתוצאה מכך הייתי אומר שלא רק אפשר לבטל את ההחלטות שהתקבלו, אלא הייתי קובע שהוא לא יכול לנהל משא ומתן והייתי עוצר אותו. שאלת היקף הסמכויות של ממשלת מעבר קיימת לא רק בארץ אלא בכל מקום, בכל העולם. השאלה התעוררה בצרפת ובניו-זילנד. יש מאמרים על זה, אבל אין על כך פסיקה. אף בית-משפט לא נתן על כך את דעתו. לרוב משום שהיה ברור לאותן ממשלות שעליהן להתחשב באופיין כ"ממשלות מעבר", אך בישראל אין מודעות כזו.

עמדתי היא שהכול משפט, עם זאת המשפט אינו הכול: יש מוסר, חברות, אתיקה ודברים רבים שאינם משפט. אכן בכל משפט, אך המשפט אינו הכול. ובמקום שיש משפט רצוי שיהיה שיפוט. נכון שהסדרים הנורמטיביים בשיטה זו או אחרת יוצרים מצב שבו אין חפיפה מלאה, כלומר יש עניינים לא שפיטים, אבל לפי עמדתי, כדי שמשוה יהיה לא שפיט, צריך שתהיה הוראה מפורשת בחוק, כמו שתי הדוגמאות על המקומות הקדושים והר הבית ועל חוק החוזים, או שבית-המשפט יתבקש כחלק מהשכל הישר שלו ליצור הלכה כזו, ואני מסכים שבית-המשפט מוסמך להפעיל בעניין זה את שיקול-דעתו, אבל זה לא פשוט. בג"ץ רשאי לתת פסק-דין בכל מקום שבו עובד ציבור פעל שלא כדין. השאלה מהיכן באה סמכותו של בית-המשפט לומר שעל חלק משיקולי-הדעת הוא לא מפעיל ביקורת שיפוטית. לעומת זאת בפסק-דין אחרים שופטים קודמים אמרו שזו סמכות שיקול-דעתית ולכן במסגרת זו יש לבית-המשפט גם שיקול-דעת שלא להפעיל שיקול-דעת. אני מקבל את הדעה הזו אף שזה לא פשוט. אני גם מקבל את הגישה שחלק מהשפיטות של בית-המשפט היא להגיד שמשוה לא שפיט. זו התזה שלי. ככל שאתה מרכיב אי-שפיטות כך אתה מרכיב פגיעה בשלטון החוק. יש הטוענים שרצוי להרחיב את המקרים שבהם תירחה עתירה בשל אי-שפיטות, כי התוצאה היא שהמון מקרים מגיעים לבית-המשפט. התשובה לטענה זו היא שיש פה טעות אופטיית, לא המון מקרים מגיעים לבית-משפט. מתוך 1,500-2,000 עתירות המגיעות לבית-המשפט, מספר העתירות שניתן לומר עליהן שהן בלתי שפיטות הוא זניח. מספרן אינו עולה על 10-20. כמה תיקים עוסקים במשא ומתן מדיני או בהר הבית? מספר התיקים האלה הוא זניח לחלוטין. רוב רובן של העתירות האחרות שפיטות לפי כל אמת מידה. בשורה של פסקי-דין החלטנו שכאשר הטענה נוגעת להפרת זכויות אדם, העניין הוא שפיט. את זה אמרו שופטים כמו לנדוי, שנחשב לשמרן, כשדובר בהתנחלות בית אל⁸. הוא אמר שנפגעו זכויות אדם ולכן אין טענה שזה לא שפיט. למה הוא אומר את זה? כדי להראות מהי המשמעות. אם נקבל את הטענה של אי-שפיטות כשמדובר בזכויות אדם, המשמעות היא שזכויות אדם ייפגעו. לרעתי, או שיש משפט שאומר מותר או אסור, או שאין משפט שאומר מותר, אבל אין משפט שעוסק בהמלצות. לעתים כותבים בעיתון כאילו בית-

המשפט מנהל את המדינה, זו ז'ורנליסטיקה. בית-המשפט אינו מנהל את המדינה וכך ראוי שיהיה.

דת ומדינה

ענייני הכשרות למשל אינם בגדר סמכותם של בתי-הדין הרבניים. הם לא מוסמכים לעסוק בכשרות אלא בנישואין וגירושין. עניינים של נישואין ושל גירושין הם ודאי שפיטים, כי זה מה שעוסק בו בית-הדין הרבני. הוא לא אומר שזה לא שפיט. מתעוררת השאלה מי מבקר אותו והתשובה היא בג"ץ. זה לא אומר שהנושא לא שפיט, הוא שפיט אבל בהקשר שלו יש בית-דין רבני שיש לו שיקול-דעת רחב מאוד ובג"ץ בודק את הגבולות של שיקול-הדעת ולא את תוכן שיקול-הדעת. המשפט אומר שבית-הדין הרבני הוא זה שמחליט בענייני נישואין וגירושין. מקובל עליו לחלוטין. יש עניין אחר, הוא נושא הכשרות. יש חוק שאומר שאסור לגוף שיש לו תעודת כשרות לטפל בדברים שאינם כשרים. בא מישהו ומבקש תעודת כשרות מהרבנות המקומית וזו לא ניתנת לו בטענה שהוא מחלל את השבת. הגוף שנותן את ההיתר, הרבנות המקומית, תישאל כבית-הדין הגבוה לצדק מדוע לא ניתן ההיתר, והתשובה היא שמשום שלפי דיני הכשרות, גוף שמוכר בשר חזיר לא יכול לקבל כשרות, ואכן זה הדין והעתירה תדחה. לעומת זאת נניח שלא ניתנת תעודת כשרות לאדם משום שכנו ובתו נישאו בנישואים אזרחיים. במקרה כזה החוק נתן לבית-הדין הרבני את הסמכות לתת או לא לתת היתר מנימוקים שקשורים לטיבו של ההכשר ולטיב האוכל ולא לטיבו של המאכיל ולכן העתירה תתקבל. כאשר אי-מתן תעודת הכשרות נובע מכך שהאדם לא שומר שבת זו שאלה בתחום האפור. פה מתעוררת השאלה אם אי-שמירת שבת משפיעה על הכשרות. השאלה היא עד כמה היקף שיקול-הדעת של הרבנות לתת או לא לתת כשרות הוא רחב. נניח שלפי המשפט העברי אפשר למנוע ממישהו כשרות משום שהוא לא שומר שבת, אז מתעוררת השאלה אם פירוש חוק איסור הונאה בכשרות, תשמ"ג-1983 יהיה פירוש רחב או שמא יהא פירוש צר במובן שהשיקולים של שמירת שבת כל כך רחוקים מהכשרות, שהם לא מגיעים לכדי הונאה בכשרות. נניח שלאדם יש חנות אחת שעליה הוא רוצה היתר ועל-ידיה, או אפילו רחוק ממנה, יש לו חנות אחרת המוכרת בשר לא כשר. באה הרבנות ואומרת שאם יש לו חנות אחרת המוכרת בשר לא כשר לא תינתן לו תעודת כשרות. יכול להיות שלפי המשפט העברי אפשר לעשות את הקפיצה הזו, אך השאלה היא אם הרבנות, שהוסמכה לבחור אם לתת או לא לתת תעודת כשרות, הוסמכה לשקול את כל השיקולים של המשפט העברי. בית-המשפט אמר שהוא מפרש את החוק ולא את המשפט העברי ועל כן כאשר ניתנת סמכות לתת תעודת הכשר, מסגרת השיקולים שמקנה החוק היא במובן הצר ולא כשרות במובן הרחב, אשר נוגעת לאמונה הדתית ולא להונאה בכשרות. את חוק איסור הונאה בכשרות, תשמ"ג-1983 יש לפרש על רקע מטרתו למנוע הונאה. לא כל איסור של המשפט העברי בעניין זה ניתן לסווגו כ"הונאה".

אקטיביזם

בכל דיון בשאלת האקטיביזם השיפוטי או הריסון השיפוטי צריך קודם כול להניח תשתית מוסכמת בין המתדיינים באשר להגדרת המושגים האלה. אחת הבעיות המחקריות האלה על אקטיביזם שיפוטי היא שלכל אחד הגדרה משלו: אצל אחדים אקטיביזם זה רע וריסון עצמי זה טוב ואצל אחרים זה הפוך. למשל אקטיביסט הוא מי שמוכן ליטול על עצמו את הסיכון לפרש בניגוד לחוק וריסון עצמי זה רק מי שפועל לפרש במסגרת החוק. אם זאת ההגדרה של אקטיביסט אז אני חושב שאני בצד הקיצוני של הריסון, כי אני אומר ששום שופט בשום מצב לא יכול לפעול בניגוד לחוק. לכן קודם כול הבה נגדירה מה זה אקטיביזם שיפוטי. בספרי השופט בחברה דמוקרטית⁹, כתבתי פרק שלם על אקטיביזם שיפוטי, שבו אני מגדיר את המושגים האלה ולאחר מכן אני שואל את עצמי לאן אני משתייך. אני משיב ואומר שהמושג אקטיביזם הוא מורכב מאוד ופועל על רמות שונות. למשל הגדרה אפשרית לאקטיביזם תהא שאקטיביזם הוא המוכנות לסטות בדיון ההלכתי מהמצב הנורמטיבי, כלומר הנכונות לסטות מהחוק הקיים, גם אם המשמעות היא נכונות לבדוק את היקף שיקול-הדעת של הגורמים שיצרו את הנורמות האלה. ריסון עצמי זה הפוך. אין אקטיביזם מוחלט ואין ריסון עצמי מוחלט. אני מגדיר את המושגים האלה כמושגים יחסיים, המבוססים על נטייה לכאן או לכאן. המושג של נטייה יוצר קושי, כי זה לא שחור או לבן. אם שופט היה דוגל רק בריסון עצמי, כל פסקי-הדין האקטיביסטים היו נשארים ורק שופטים אקטיביסטים היו מבטלים אותם. אפילו לשופטים הכי מרוסנים יש גבולות. כך למשל בכל מה שנוגע לרשויות השלטון, בדרך כלל היה בשופט טירקל ריסון עצמי, אבל לא מהסוג המוחלט, משום שהייתה לו החלטה שהוא ראה אותה כאקטיביסטית. אני חושב שבפסק-דין וייס¹⁰ השופט טירקל גילה אקטיביזם רב. אני חושב שיש הרבה שופטים שהם יותר אקטיביסטים ממני בעניינים מסוימים. אצלי יש עקביות, יש קו מסוים של אקטיביזם ועצם קיומו של הקו הזה מעיד על שמרנות. יש לי קו מסוים, לא קיצוני, וכל עורך-דין שמופיע בפניי יודע את זה.

אין "מהפכת ברק", לכל היותר יש מהפכה חוקתית

לא יודע מה זה מהפכת ברק. אני יודע מה זה מהפכה חוקתית. כשופט לא באחי לבית-המשפט עם תכנית מפורטת, באחי עם תכנית מתאר ארצית. זו התכנית לעשות צדק, התכנית לקדם את המשפט, התכנית לגשר על הפער בין המשפט לחיים, התכנית להגן על מערכת המשפט, התכנית להגן על הדמוקרטיה הישראלית ועל זכויות האדם.

9 א' ברק השופט בחברה דמוקרטית (2004).

10 לעיל, הערה 7.

יחסם של החרדים

יש בעולם החרדי דמוניזציה נגדי. חלק ממשפחתי היא חרדית מהחוגים הליטאיים. כאשר הגעתי לשמחות שלהם, הייתה עליי התנפלות של בחורי ישיבה לראות אם אני אנושי בכלל, ואז הייתי לוקח קבוצה של בחורי ישיבה והיינו יושבים בחברותה. נראיתי להם משונה לחלוטין, אבל ישבנו ודיברנו וניסינו להגיע לפחות לשפה משותפת. גם בקריה האקדמית אנו יש שני מסלולים: מסלול רגיל ומסלול לימודי משפטים המיועד למגזר החרדי, וכשמעמתי על כך החלטתי להרצות שם ואף הזמנתי אותם לבית-המשפט. הם לא מסכימים אחי בכלל, אבל יש לנו שפה משותפת. אמרתי להם שהם חייבים להיות גשר גם אם אין בינינו הסכמה.

המתח בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת

אחת הבעיות שיש בחינוך המשפטי ובחשיבה המשפטית היא שרוב החשיבה המשפטית, לפחות זו שמלמדים באוניברסיטאות, היא חשיבה משפטית שיפוטית: מתי בית-המשפט מתערב, מתי בית-המשפט לא מתערב, אקטיביזם שיפוטי וכו'. אלו השפעות אמריקניות. לפי דעתי זו גישה לא ראויה. הדיבור על "התערבות" אינו ראוי. השאלה היא אם החוק הופר ולא אם ראוי להתערב בהפרתו. אם החוק הופר יש "להתערב", אם החוק לא הופר אין להתערב. עילות הסבירות, המידתיות, השיקולים הזרים, איסור ניגוד העניינים וכיוצא בהן אינן עילות להתערבות. הן עילות להבטחת שיקול-דעת מנהלי או חקיקתי ראוי. אני מנסה לתאר לעצמי מצב שבו אין בכלל ביקורת שיפוטית, שכתוב בחוקה שאין ביקורת שיפוטית. גם במצב הזה עדיין מתעוררת השאלה מה הן הסמכויות של המחוקק. עדיין מתעוררת השאלה אם הוא יכול לפגוע בזכויות; ומשהוא פוגע בזכויות, עדיין מתעוררת השאלה אם הפגיעה מקיימת את פיסקת ההגבלה. החובה לפעול על-פי החוקה, החובה לפעול לפי החוקים והתקנות היא לא חובה המוטלת אך ורק על בית-המשפט. זו חובה שמוטלת על כל פרט ועל כל רשות מכותה של החוקה, על-פי שלטון החוק ועל-פי כל העקרונות. לכן אילו אני הייתי חבר כנסת, דבר ראשון הייתי רואה את תפקידי בדיוק כמו שאני רואה את תפקידי כשופט: לקיים את הוראות החוקה. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כתוב שכל רשויות השלטון חייבות לכבד את הזכויות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כשופט אני מפעיל ביקורת שיפוטית וכחבר פרלמנט אני יוצר את החקיקה. שנינו חייבים לשקול אותם שיקולים. חבר הכנסת (והכנסת) צריכים לבחון אם הם מקיימים את הדרישות של חוק היסוד והשופט המפעיל ביקורת שיפוטית חייב לבדוק אם הוא מקיים את הדרישות, אם הוא פוגע בזכות, ואם יש פגיעה בזכות, האם מתקיימות הדרישות של פיסקת ההגבלה.

אני לא רואה סיבה שחבר כנסת פחות מחויב לחוקה מאשר איש הרשות המבצעת או איש הרשות השופטת. כולנו אותו הדבר. בהנחה שכולנו מחויבים לחוקה היסוד, מתעוררת השאלה מה ההבדל בין שופט לבין המחוקק. ההבדל הוא כמובן בנקודת המבט: נקודת המבט של המחוקק היא כיוצר חוק. שופט לא יוצר חוק, אלא אם זה המשפט המקובל, ועל כן נקודת המבט שלי כשופט היא ביקורת על היצירה הזאת. בכך שאני מבקר אני לא יוצר חוק חדש, אני רק בודק שמה שעשה המחוקק הוא במסגרת החוקה. אני בודק אם החוק עומד בתנאי פיסקת ההגבלה או לא. לכן המחויבות לפיסקת ההגבלה של השופט ושל המחוקק היא שווה, וזהו. השוני מתחיל להיות בכך שהרשות השופטת היא מבקרת ולא עושה את הבדיקה מחדש. לא צריך לשקול את כל השיקולים שכבר נשקלו. השיקולים של הרשות השופטת הם שיקולי ביקורת. לכן ההבדל בין שופט לבין המחוקק הוא בנקודת המבט. נקודת המבט של המחוקק היא יצירת החוק ונקודת המבט של השופט היא ביקורת על היצירה הזו. ברגע שיש ביקורת על היצירה הזו, יש בעיה עם היקף הביקורת, עם האינטנסיביות של הביקורת. האמריקנים אומרים שכיוון שהשופטים לא נבחרים צריך לתת דפונס. אני חושב אחרת. העמדה שלי היא שמכיוון שאני מחויב לחוקה בדיוק כמו שהם מחויבים לחוקה, להם אין דפונס, הם צריכים לקיים את החוקה, ולי אין דפונס, לכן אני מתנגד למושג הזה וגם השימוש בו לא מדויק. כן מתערבים או לא מתערבים, כאילו שאלת ההתערבות שונה משאלת החוקיות או החוקתיות. זו אותה שאלה בדיוק. אם זה חוקי או חוקתי לא מתערבים ואם זה לא חוקי או לא חוקתי אז מתערבים. אסור שיהיה מצב לא חוקי שלא מתערבים בו. מאין יש לבית-המשפט, לאור המחויבות שלו לחוקה, סמכות לא להתערב? לעתים קרובות ניתן לקיים את דרישות החוקתיות בכמה דרכים. לעתים קרובות אם המטרה היא צורך חברתי חשוב, אז יכולים להיות כמה צרכים חשובים. אם השאלה היא מדינית, אז יכולים להיות כמה מצבים, כמה חכמים של חוקים שכל אחד מהם מקיים את המידתיות לפי הדרגת שלה. זהו מתחם המידתיות. כך למשל אם השלב הראשון במידתיות הוא קשר רציונלי, יכול להיות שיש כמה וריאציות, כשבכל אחת מתקיים קשר רציונלי. הוא הדין בדרישת הצורך, שעניינה קיומה של חלופה פוגעת פחות. הדרישה הערכית של האיוון מונחת ביסוד המידתיות כמובן הצר. בכל המצבים הללו נוצר מתחם של מידתיות כיוון שהתפקיד של המחוקק הוא לבחור בין האופציות במתחמים האלה מתוך ההשקפה שלו, אם אני מחוקק פסיטיסטי אני אהיה בעד מדינת שוק, אם אני סוציאליסט אהיה בעד הלאמה ולעתים קרובות שתי הווריאציות נופלות לתוך המתחמים. אני כמחוקק מגשים את המטרה החוקתית שלי, הפרוגרמה שלי אם אני דתי, ערבי או חילוני, אבל אני כשופט לא ימני או שמאלי. ברגע שהאופציה שנבחרה נופלת למתחם האופציות החוקתיות, אני כשופט צריך לומר: הפעילות היא חוקתית ולכן דין העתירה להידחות. לכן אני כמחוקק הייתי מפעיל את ההשקפות הפוליטיות שלי בבחירת האופציה בתוך המתחם, אך אני כשופט לא הייתי עוסק בהשקפות הפוליטיות שלי והייתי בודק את גבולות המתחם. אני נטורי קרתא – שומר החומה. זוהי הקונספציה הבסיסית שלי.

אין ספק שקיים מתח בין בית-המשפט למחוקק. יש מצבים שהמתח הזה לגיטימי ובריא – כאשר המתח הוא במסגרת הדיאלוג בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת. במסגרת דיאלוג זה המחוקק מחוקק והשופט מפרש. השופט עשוי לקבוע שהחוק לא חוקתי ואז המחוקק פועל במסגרת החוקה באופן שיאפשר לו להגשים את מטרותיו. אך יש והדיאלוג אינו מתקיים. אלה הם מקרים שהמתח הזה לא בריא ולא לגיטימי, וזאת כאשר יש שבירת כלים. במסגרת המתח הלגיטימי אני כמחוקק הייתי מתרגז על זה שמה שאני כשופט מחליט פתאום הוא מחוץ למתחם. הייתי חושב שהפירוש שנתתי כשופט לא בסדר, אבל הייתי מכבד אותו, משום שזו הפרדת הרשויות שאומרת שהמחוקק מחוקק מתוך הנחה שזה חוקתי. השופט בודק אם הנחה זו נכונה, אך לא מקבל את ההנחה הזו כדבר שאי אפשר לסטות ממנו, משום שאז לא הייתה ביקורת שיפוטית. ברגע שמכירים בכך, כי אז המחוקק רשאי לעשות כל מה שביכולתו כדי להגשים את רצונו בצורה חוקתית. אם הבעיה כאן היא לרוגמה שיש אמצעי פוגעני פחות, על המחוקק לברוק את האפשרות להשתמש באמצעי הזה באופן שזה יתאים לפיסקת ההגבלה; אם זה בלתי אפשרי ועדיין זה נראה לו קריטי, ניתן לחשוב על תיקון חוק היסוד ובלבד שזה מוצדק. בכל מקרה אין לבוא בחשבון עם בית-המשפט. כמחוקק לא הייתי אומר שזה חוק עוקף בג"ץ. אני לא מסכים עם מושג זה. אין פה עקיפה של בג"ץ – או שזה טוב לדמוקרטיה או שלא. כמו שאני לא עוקף מחוקק, המחוקק לא עוקף אותי. השאלה היא אם במונחים של דמוקרטיה זה מוצדק או לא.

כשבית-המשפט פוסל חוק לא חוקתי, הוא מגשים את רצון האסיפה המכוננת, שבמקרה שלנו זו הכנסת עצמה. כלומר, הוא אומר שהכנסת של היום מתנגשת עם הכנסת דאז. בהתאם לחוקה שלנו כשיש התנגשות כזו, הכנסת דאז גוברת. אם לא, אין חוקה. ניתן לטעון שלא רוצים חוקה ושחוקה פוגעת בדמוקרטיה כי הרצון של היום לא מתגבר. אני חושב שחשובה חוקה ושחוקה היא דמוקרטית. בהנחה שמקבלים את זה, כאשר בית-משפט אומר לכנסת שהחוק שחוקקה נוגד את החוקה, כאילו הוא אומר לכנסת שהרוב של היום מתנגש עם מה שהרוב של אז עשה. האם בכך אני אומר משהו על הכנסת? להיפך, יש בכוחה של הכנסת היום להתגבר על מה שהרוב של אז עשה. זה כמו שהממשלה מציגה הצעת חוק והכנסת לא מקבלת ומחוקקת חוק אחר, אז זהו חוק עוקף ממשלה? לא. אלה כללי המשחק. לכן כשבית-משפט מבטל חוק הוא לא נותן סטירה לכנסת, הוא לא יכול ולא רוצה. אלה כללי המשחק: אתם מחוקקים ואנחנו יכולים, בין השאר, לומר אם זה חוקתי ואחר כך אתם עוד יכולים, אף שבית-המשפט קבע שזה לא חוקתי, ליצור מערך נורמטיבי אחר שזה יהיה חוקתי.

פעם נחתי הרצאה לאנשי המדורים בשב"כ ואמרתי להם: "תארו לעצמכם שבאמצע החדר מונח פסל של ראש של בן אדם, אתם מסתכלים עליו ורואים עיניים, אף, פה, מסתכלים עליו מהצד ורואים את הפרופיל, אתם מסתכלים מרחוק ורואים משהו אחר וכשאתם עושים סיבוב שוב רואים משהו אחר, כל מקום רואים משהו אחר באותו פסל". זה ההבדל ביני לבין אותם אנשי השב"כ שהאוינו להרצאתי בעניין מדינת ישראל. מדינת

ישראל היא הפסל וכולנו אוהבים אותה ורוצים בטובתה, בהגנתה, בכיטחונה ובשלום הציבור שלה, ורוצים שלא יהיו הפרות בזכויות האדם. נקודת המבט שלי היא כזו ושלכם אחרת. זה יהיה אסון אם אני אקבל את נקודת המבט שלכם ואני לא מצפה מכם שתקבלו את נקודת המבט שלי. נקודת המבט שלי כשופט שונה מזו של חבר כנסת. כחבר כנסת נקודת המבט היא לבחור באופציה בתוך המתחם, כי לחבר כנסת אסור לבחור באופציה מחוץ למתחם. כשופט נקודת המבט שלי היא לבדוק את הגבולות של המתחם.

זכויות שליליות וזכויות חיוביות

כאשר יש טענה שהחוק של הכנסת מנוגד לחוקה יש לבדוק זאת, אלא אם זה לא שפוט. אם זה שפוט זה דורש בדיקה. עריכת הבדיקה אין בה משום עמדה שלילית כלפי החוק הנבדק. זו הפרדת הרשויות שאומרת שכל רשות עצמאית בתחום שלה, אבל אסור לה לחרוג מתחומה, כאשר בית-המשפט הוא הבודק את התחומים. אפשר ליצור מצב אחר ולומר שכל רשות היא עצמאית וקובעת את הגבולות שלה. אפשר לומר שהכנסת קובעת את הגבולות של הסמכויות שלה ואז צריך ליצור גוף רביעי שיכריע מה קורה כשיש התנגשות. אך הגישה שלנו היא אחרת, היא איננה כזו שהכנסת קובעת את הגבולות שלה ואת החוקיות של מה שהיא עושה, כי זה לא עולה בקנה אחד עם חוקה ועם הפרדת רשויות.

השאלה האחרת נוגעת למידה של הביקורת השיפוטית. בגרמניה למשל אין לבית-המשפט החוקתי שיקול-דעת בהפעלת הסמכות שלו, הוא חייב להפעיל את הסמכות שלו ולכן אין בעיה של אי-שפיטות. בפסק-הדין בפרשת שריד¹¹, אמרתי שנפעיל ביקורת שיפוטית על ההליכים הפנימיים של הכנסת, אם בהליכים האלה יש פגיעה במרקם החיים הדמוקרטיים. השופטים של בית-המשפט החוקתי של גרמניה שאלו אותי למה לא להפעיל ביקורת שיפוטית אם הפגיעה איננה במרקם החיים הדמוקרטיים, שהרי עדיין זה יכול להיות לא חוקתי. התשובה היא שהסמכות של הביקורת השיפוטית נובעת מסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר פורש בעבר ועד היום כסעיף שמעניק שיקול-דעת. כיוון שיש שיקול-דעת, אפשר להחליט שבמצבים מסוימים אתה מפעיל ביקורת שיפוטית ובמצבים אחרים לא. יש גם שיקול שלילי, לדוגמה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע שאין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד. פה המדינה מופיעה כמי שפוגעת בזכויות שלפי חוק-היסוד, ואומרים לה אל תפגעי. סעיף 4 לחוק-היסוד אומר שכל אחד זכאי להגנה על כבוד האדם שלו. פה לא המדינה פוגעת אלא מישהו אחר פוגע והמדינה צריכה להגן עליי מפני אותו מישהו אחר. כלומר סעיף 4 מטיל על המדינה תובה חיובית לעשות משהו. לכן במדינות חוקתיות מפותחות לא פעם בא בית-המשפט החוקתי ואומר

למחוקק שהוא לא מגן מספיק על ערך מסוים או על זכות מסוימת ושהוא חייב לחוקק חוק שיגן על כבוד האדם. היום לפי המערכת הקיימת, כבוד האדם כפי שאנו מבינים אותו לא מוגן מספיק במדינת ישראל, ולי אין ספק שחלק מהחובות של המדינה הן לא רק שליליות אלא גם חיוביות. הגישה שאומרת שחובות המדינה הן רק חובות שליליות היא אמריקנית, שמתייחסת למדינה כשלילה – הכול זה איסורים על המדינה. זה נובע מההיסטוריה שלהם, מהפחד מן המדינה. לכן המדינה צריכה להיות קטנה מבחינת הסמכויות שלה. זו לא הגישה שלנו, וודאי לא הגישה הישראלית שחלמנו עליה אלפיים שנה. לכן במסגרת החיוב הפוזיטיבי מוטלות גם על המדינה חובות פוזיטיביות. דוגמה לכך היא אותם פסק-דין שנחתי שאומרים כי מתוך כבוד האדם נגזרות זכויות חברתיות מינימליות, קרי הזכות לחינוך, לדיור, לבריאות, למים וכו'. הזכויות האלה הן בעצם חיוביות, כלומר מוטלת על המדינה חובה לספק אותן. ההומלס יכול לבוא למדינה ולטעון שהיא לא מספקת לו את המינימום הנדרש. זו דוגמה יפה לכך שכבר היום הזכויות החיוביות מוכרות בישראל, אך צריך לפתח את זה כי זה רחב יותר.

לשון החוק מול תכלית החוק

יש פסק-דין שבו כתוב שפרשנות זו רק הלשון? אין דבר כזה. גדול הפורמליסטים, אולי החשוב ביותר מבין השופטים, היה השופט יואל זוסמן שדיבר בזכות הפורמליזם. אך השופט זוסמן לא פירש חוק אך לפי לשונו. קראו את פסק-הדין שלו בעניין שליט¹². לא תמצאו ולו שופט אחד שאומר שחוק צריך לפרש רק לפי לשונו. עם זאת כל השופטים סבורים שבפירוש החוק יש ללשון מקום מרכזי. מלאכת הפירוש אינה מוגבלת רק למילים, אך המילים מגבילות את הפירוש. השופט ש"ז חשין אמר שהשופט והמחוקק עוברים את אותה הדרך אבל בכיוונים הפוכים. למחוקק יש רעיון, מחשבה, הוא מעלה את זה באמצעות לשון החוק ואילו השופט מתחיל בלשון החוק ומחפש את המטרה.

השוני בין תפקיד היועץ המשפטי לממשלה לבין תפקיד נשיא בית-המשפט העליון

היכולת של אדם אחד להטביע חותם היא מטבע הדברים מוגבלת, כך שמראש אנו מדברים על מושגים יחסיים מאוד. כשעזבתי את התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה פרסמתי מכתב ואמרתי ששכרי יהיה בכך שכתבתי הערת שוליים בהיסטוריה של מדינת ישראל. גם כשופט וגם כנשיא אני מסתפק בהערת שוליים, אבל קשה לי להעריך את השוני. אלו תפקידים שונים. כמעט כמו לשאול מי יותר משפיע, אבא או אמא. מאוד

קשה לקבוע. ליועץ המשפטי לממשלה יש תפקידים חשובים מאוד, התיקים הפליליים שבהם עסקתי כיועץ משפטי לממשלה נועדו, בין השאר, לבסס את התפיסה של שלטון החוק. שופט לא יכול לעשות את זה, כי שופט לא יזום, הוא פוסק רק כשפונים אליו. יועץ משפטי רשאי לפעול מיוזמתו, לכן זה שונה לגמרי.

הוצאות משפט

סוגיית הוצאות המשפט היא סוגיה מורכבת מאוד. הוצאות המשפט הנפסקות בישראל הן מהנמוכות בעולם ואולי הן נמוכות מדי. יש מקום להפריד בין הוצאות הנפסקות כנגד חברות לבין הוצאות הנפסקות לאנשים פרטיים. בנוגע להוצאות משפט עונשיות אינני בקיא, אך ככלל, לכל סוגיית הוצאות יש היבט חוקתי כיוון שיש בה פגיעה בקניין ועל כן יש לבדוק אם הן עומדות בפיסקת ההגבלה. זו אגב הסיבה שבארצות הברית אין הוצאות משפט.

פסקי-דין משמעותיים

פטיקה בדרך כלל לא מחזיקה הרבה זמן. פטיקה זה כתיבה על קרח: שמש חזקה וזה נמס. במשפט הפרטי, אני רואה חשיבות בפסקי-הדין שהגדירו מה זו חובת הזירות מושגית ומה היקפו של חוס-הלב. אני רואה חשיבות באותם פסקי-דין שהכניסו לתוך מושגי השסתום של המשפט הפרטי, כמו תקנת הציבור וסבירות, מושגיות היונקת את ערכיה מתוך המשפט הציבורי. יש כמה פסקי-דין בתחום דיני המשפחה, שאני רואה בהם חשיבות גדולה מאוד. בתחום המשפט הציבורי יש חשיבות לפסקי-דין כמו בנק המזרחי¹³, שביסס את המהפכה החוקתית שהכנסת ביצעה ולפסקי-הדין שפירשו את מושג המידתיות. יש פסקי-דין רבים כאלה, חשובים יותר וחשובים פחות. אחד החשובים שבהם הוא פסקי-דין בעניין איחוד משפחות¹⁴.

פסקי-דין שיש בי חרטה עליהם

בוודאי שקיימים כמה פסקי-דין שהיום הייתי כותב אחרת. מטבע הדברים, עם כל כך הרבה כתיבה שיפוטית נעשות טעויות. אנחנו טועים, מודים בטעויות ומתקנים אותן. ודאי שהיו לי טעויות, אדם שמתמנה לשופט לא נעשה חכם יותר וודאי שעשיתי טעויות מסוגים שונים, כגון טעויות בהערכת העובדות וגם טעויות נורמטיביות. יש להכין שהתמניתי לשופט בגיל 42, עברו כ־30 שנה, זה אותו שם, אבל זה לא אותו אדם. לא

13 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

14 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פורסם בנבו.

שנעשיתי חכם יותר, אלא נעשיתי מיומן יותר, יודע יותר, רואה את הדברים בצורה אחרת. כשאני קורא פסקי-דין שכחתי לפני הרבה שנים לפעמים אני לא מכיר את עצמי, זה אני? ככה אני באמת?

לא תמיד קל לישון בלילה

לעתים ההכרעות השיפוטיות קשות מאוד. בשיטת משפט שיש עונש מוות, אז אין חזור, אבל זה לא קל גם בשיטת משפט שאין בה עונש מוות אלא מאסר. לשלוח אדם לבית סוהר, זה קשה מאוד. לתת צו אימוץ שבו אתה מנתק את הקשר המשפטי בין ההורים הביולוגיים ויוצר קשר משפטי חדש עם ההורים הפסיכולוגיים זה קשה מאוד. אז ודאי שיש החלטות קשות ולהימנע מהאפקט שלהן על שלוות הנפש שלך זה בלתי אפשרי. מה שיש זה מה שאתה מפתח במשך השנים, את ההבנה העצמית שאתה פועל במסגרת נורמטיבית מסוימת, ואתה שואל לא מה אני כאדם חושב שהוא טוב או לא טוב אלא אתה שואל את עצמך אם פעלת במסגרת המערכת הנורמטיבית כפי שמתבקש. אז אם אני מגיע למסקנה שזה רצח, אין לי ברירה, זה מאסר עולם, וכשהטלתי מאסר עולם בסיטואציה כזו האם זה מפריע לי? כן, כואב לי? כן, אבל בשלב מסוים אני יודע שעשיתי את תפקידי. לתת חנינה זה תפקידו של מישור אחר. דוגמת הרצח היא פשוטה מבחינתי משום שזה מנדטורי, אבל בכל המסגרות האחרות, רוב התיקים שבאים אליך הם לא תיקים של התרשמות ראשונה, אתה חי במסגרת נורמטיבית, ברוב רובם של המקרים אין לך שיקול-דעת, אך יש מצבים שבהם יש לך שיקול-דעת ואז אתה שואל את עצמך אם שיקול-הדעת שהפעלת נמצא במסגרת הנורמטיבית שלך ובכך אתה מצמצם מאוד את הקשר האמוציונלי אל החלטה. עם זאת הקשר הזה לעולם לא נעלם ואנחנו לא רוצים שיעלם כי אחרת לאנשים לא תהיה בעיה אמוציונלית ונוכל להציב מחשבים במקום אנשים. המתדיינים הם בני אדם וגם השופט, ולכל אחד מהם מערכת אמוציונלית שפועלת בתחומים שונים, ולא היינו רוצים לוותר עליה.

השופט בחיי היום יום

יש השופט כאדם ויש האדם כשופט. לגבי השופט כאדם, ברור שהיותו שופט משפיע עליו כאדם. זה נכון לגבי כל השופטים. ראשית, בהתנהגות היום יומית: אני רגיש לשמירת החוק בתשלום מיסים, בכל דבר. זה ברור. שנית, כשאני מסתכל על חיי היום יום, אני מסתכל מטבע הדברים על רקע היותי משפטן ושופט, וודאי שזה משפיע. העובדה שאתה שופט משפיעה על התנהגותך כאדם. עם זאת אנחנו מבקשים מהשופט שיהיה אדם שהוא חורם לחברה. אני לא חושב שהיותו של אדם שופט צריכה ליצור חומות בינו לבין החברה. גם אם אני יושב במגדל שן, זה מגדל שן בהרי ירושלים ולא באולימפוס היווני. אין שום סיבה ששופט לא יתחבר לגופים התנדבותיים.

התעוררה שאלה אם שופט יכול להיות חבר במשמר האזרחי. יש בעיה, שכן כחבר המשמר אתה נתון לפקודת המשטרה. על שופט למלא את חובתו כאדם וכאזרח באופן שלא יפגע במעמדו כשופט. אבל אם אבא טוב הולך עם ילדו לגן, אז שופט כאדם צריך ללכת גם הוא עם הילד שלו לגן.

השפעת התפקיד על המשפחה

חלק גדול מההשפעה זה פגיעות, חלק אחר הוא השפעות שאינן פגיעות. הילדים שלי סבלו מכך שהייתי היועץ המשפטי לממשלה כי קיבלתי איומים והם פחדו מזה. כשהילדים שלי למדו משפטים, הם היו צריכים לבדוק את עצמם אלף פעמים שלא יגידו חליה כי ההצלחות שלהם זה בזכות אביהם. אני חושב שההתקדמות של אשתי בשיפוט הייתה הרבה יותר מהירה וללא אני, בניגוד גמור למה שכמה אנשים חושבים. אנשים נפגעו, אבל היו למשפחה גם יתרונות ומעלות כתפקיד: עצם השיתוף בעשייה שהמשפחה חלק ממנה במובן של הרקע ולא במובן הפורמלי.

לאן פניי?

אני חושב שסיימתי עם העשייה הציבורית. במשך 28 שנים כיהנתי בבית-המשפט ועוד שלוש שנים כיהנתי כיועץ משפטי לממשלה, סך הכול יותר מ-30 שנה בעין הציבור ובעין הסערה. מספיק. תפיסתי את עצמי היום היא לעבור לפרק אחר בחיים. הפרק האחר הוא מטבע הדברים הפרק הקצר ביותר כי אין לי עוד הרבה זמן. פרק זה הוא החזרה לאקדמיה, החזרה להוראה ובעיקר החזרה למחקר. אהיה חלק מהצוות של המרכז הבינתחומי. זה יהיה ביתי האקדמי. אעסוק בעיקר במחקרים שעניינם המשפט הציבורי, בכלל, וזכויות האדם, בפרט. אני מתכנן כתיבה על זכויות האדם וההגבלות עליהן, על כבוד האדם, על החירות, על זכויות חברתיות. ארצה עוד לכתוב על מאפייניה של מדינת ישראל כדמוקרטיה חוקתית.

התכניות הן רבות. מי ייתן ויעמוד בי הכוח להגשימן.