

דברים בתום ימי העיון*

מאת

אהרן ברק

בסיומם של ימי העיון אומר ששמחתי לשמוע הן את דברי ההערכה והן את מילות הביקורת. אני מצטער שכנסים דומים לא התקיימו בעבר, בעודי על כס השיפוט, כשעוד יכולתי לתקן את הדרוש תיקון. עכשיו אני שמשון בלי שערות והאימפקט של הדברים, כמובן, שונה לגמרי. אינני אומר זאת מן השפה ולחוץ אלא כדברים של אמת: למדתי הרבה. למדתי כאן הרבה סוגיות שבהן לא הבהרתי את עצמי מספיק טוב או שהבהרתי את עצמי יותר מדי טוב; בהן שהרטוריקה הייתה דלה מדי ובהן שהרטוריקה הייתה עבה מדי; בעיקר למדתי דברים שכנראה טעיתי בהם. את חלקן הגדול של טעויותיי אני מכיר; הן רשומות אצלי. במשך שנות כהונתי בבית המשפט ניסיתי לתקן אותן, ובחלקן הצלחתי, אבל למדתי כאן דברים חדשים ונוספים. לכן דומני כי לימי עיון מסוג זה, שבהם מתכנסים מלומדים בתחומי משפט מגוונים, ומעריכים – לטוב ולרע – את המפעל השיפוטי של השופטים במדינת ישראל, יכולה להיות תרומה חשובה למערכת השיפוט ויש מקום לשקול אירוע מסוג זה כל כמה שנים לטובת השופטים המכהנים.

עם זאת, גם כעת, כשאני עומד על ספה של דרך חדשה-ישנה, היה חשוב לי לשמוע הערות בתחומי המשפט השונים – הן בתחום החוקתי והן בתחומי המשפט הכללי, הן לעניין המידתיות ופיתוח המשפט הציבורי והן בענייני משפחה, נזיקין, קניין ואחרים. פרסתם לפני ונפרסה לפניכם תמונה של חיים שלמים במשפט. מטבע הדברים לא אוכל להתייחס להיבטים ספציפיים אלו ואחרים ולא אוכל להשיב לכל הדוברים ולכל ההרצאות שהוצגו במהלך הכנס, שבכל אחת מהן נשמעו הערות לגבי עבודתי. אבל פטור בלא כלום אי-אפשר. על כן אתמקד בכמה נקודות ביקורת עיקריות שיש בהן לשפוך אור על מגוון הנושאים שעלו במהלך ימי הכנס. כמו כן, בפתחם של הדברים ובסיומם אבקש לבחון את מוקדי ההשפעה על חשיבתי השיפוטית ועל עיצוב תפיסתי ביחס למשפט ולשיפוט במדינת ישראל.

* * *

הכתיבה השיפוטית שלי הושפעה בעיקר משלושה מרכזים של חשיבה: חשיבה

* עיבוד של תמליל דברים בעל-פה שנשא נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) פרופ' אהרן ברק ביום 1.11.2006 באוניברסיטה העברית בירושלים, בתום שלושת ימי העיון שנערכו לכבודו.

יוריספרודנטילית, חשיבה אנליטית וחשיבה חברתית או אינסטרומנטלית. ציון שהגישה שלי מאוד אקלקטית. אכן כך. לכל אחד מהמקורות, על מגוון הגישות שבו, הייתה השפעה על עבודתי בצורה כזו או אחרת.

תמיד חשבתי שחשוב מאוד לשופט להיות מודע להתפתחויות היוריספרודנטיליות ולהכיר את הספרות היוריספרודנטילית על כל גווניה. הקדשתי הרבה מאוד מזמני ללימוד עצמי ולהעמקה כדי להכיר את הכתיבה העכשווית של תורת המשפט, עד כמה ששופט שאיננו מומחה יכול לרדת לעומקם של דברים. את עיקר מאמצי הקדשתי לזרמים העיקריים ביוריספרודנציה העכשווית. למדתי אותם, ואף נפגשתי עם מלומדים שעמדו ושעומדים בראש הזרמים השונים. את רובם הכרתי אישית וניהלתי איתם ויכוחים, דיונים והתלבטויות. בעיקרו של דבר אני פילוסוף מתוסכל, מתוסכל על זה שלא למדתי פילוסופיה בצורה מסודרת. את לימודי בתחום התחלתי באמצע שנת 1973. פרופ' נתן רוטנשטרייך הכין לי תכנית לימודים מיוחדת, אבל אז נבחרתי לדיקן הפקולטה ב-1974 והתכנית לא התממשה. עם זאת, אהבתי לפילוסופיה לא פגה, גם בתחומי הפילוסופיה של המשפט וגם בענפי הפילוסופיה האחרים. בימי הכנס הללו הזכירו לי הדוברים את עמדותי, שהבעתי לא פעם בכתב ועל פה, בעניין חשיבותה של תורת המשפט במלאכת השיפוט, ובעיקר את אמרתי ש"אין לך דבר מעשי יותר מתאוריה טובה". אכן, החשיבה היוריספרודנטילית הנחתה אותי והייתה לי כלי עזר רב מעלה בעשייתי השיפוטית.

המקור השני שהשפיע על כתיבתי השיפוטית הוא הגישה האנליטית למשפט. גישה זו הייתה מרכזית בתפיסתי ובצורת כתיבתי. בהקשר זה עליי לציין את מורי פרופ' טדסקי, שתורם כאן את תרומתו הגדולה. למדתי לא רק ממה שטדסקי אמר אלא גם ממה שהוא לא אמר; מהשתיקות שלו, מהשקט שלו. הוא לא אמר לי לאן ללכת אבל אמר לי לאן לא ללכת. הגישה האנליטית – שבמרכזה עומדת החשיבות של מושגי היסוד, של החשיבה הנקיה והמסודרת, של הכלל ושל הפרט, של המהות ושל הדיון – היא חלק מהתרבות המשפטית של עם, של שיטת משפט. גישה זו היא חשובה מאוד בעיניי, אבל יש לה מגבלה אחת. היא חשובה כמכשיר, כמשרת ולא כאדון. כך נהגתי. אם מצאתי שיש מקום לסטות מההבחנות האנליטיות, מהמושגיות הטהורה – סטייתי ולא כבלתי את עצמי בסיווגים אנליטיים. כך, ביחס להגדרת "עובד" סטייתי מההמשגה המקובלת של עובד כסטטוס לצורך מעשי חקיקה מסוימים. הוא הדין בהבחנה בין קניין לחיוב ובין פרוצדורה למהות. ההבחנות הללו משקפות ניסיון משפטי שהוא כלי עזר חשוב במלאכת השיפוט, אולם אין מדובר בעקרונות משפטיים שחורצים את הדין. סיווגים אלה סללו את דרכי, אך לא הובילו אותי ליעד הסופי.

מרכז החשיבה השלישי והעיקרי בחשיבתי השיפוטית הוא המשפט כגישה אינסטרומנטלית; המשפט כשפחת האדם ולא כאדונו. ראיתי את המשפט כמכשיר. המשפט ממלא תפקיד בחיי החברה וצריך לתת לו להגשים את תפקידו. מכאן הגעתי אל הערכים ואל הערכים המתחרים, משום שכל שיטת משפט מבוססת על מערכת שונה של

ערכים. בתוך כל חברה מתחרים ביניהם ערכים שונים על הבכורה, שאינה נתונה בידי אף אחד מהם, אלא היא תוצאה של מערכת מורכבת של חיים יחד. הקושי באיזון בין הערכים השונים הוא אמיתי. הפתרון צריך להיות כזה שמצד אחד לא יהיה טכני ומצד שני גם לא יתבסס על אינטואיציה גרדא. הפתרון צריך להיות עקרוני. הוא צריך לשקף ערכים – את ערכי החברה. זוהי תורת האיזון שעליה עבדתי ועליה אני מתכוון להמשיך ולעבוד גם בעתיד.

התקיפו אותי על תורה זו מכל הכיוונים. היו שאמרו שבאיזונים יש יותר מדי שיקול דעת, היו שאמרו שהאיזונים אינם מספקים פתרונות או ששיטת האיזונים יותר מדי טכנית וכדומה. האמת היא שיש באיזונים מהכול. האיזון איננו תורה מדויקת. קלזן עמד על כך. האיזון איננו הפתרון, הוא האמצעי. הוא משקף את הבעיה. עם זאת, יש חשיבות גדולה מאוד לפיתוח של תורת האיזונים או של תורות דומות לה, כדי שהחשיבה תהיה יותר מובנית, לא תהפוך לאמוציונלית ולא תתבסס רק על אינטואיציה. אי־אפשר לחיות רק עם אינטואיציה. האינטואיציה צריכה לעבור תהליך של רציונליזציה. דרכי האיזון הללו גיבשו את התהליך הזה.

מכאן גישתי אל המידתיות. המידתיות היא אמת־מידה מתבקשת ואינהרנטית לתהליך של איזון ערכים. אי־אפשר לאזן ערכים בלי תהליך של מידתיות, משום שכאשר יש התנגשות בין ערכים, כל ערך – בעצם מהותו כערך וכעיקרון – שואף אל ההגשמה האופטימלית שלו. עצם הניסיון להגשמתו האופטימלית מביא להתנגשותו עם ערך אחר, שגם הוא שואף אל ההגשמה האופטימלית שלו. כדי לפתור את הקושי הזה יש למצוא דרך שבה אף ערך לא יוביל לשלילת גרעין הערך השני. זוהי משמעותה של הפגיעה המידתית – פגיעה שמאפשרת לכל הערכים לחיות יחד. לכן, לשיטתי, לא הייתי זקוק לפסקת הגבלה כדי לדבר על מידתיות. התחלתי לפתח את תורת המידתיות עוד לפני שפסקת הגבלה נוצרה בשני חוקי היסוד לזכויות האדם. עמדתי היא שאנו כשופטים צריכים להפעיל פסקת הגבלה גם במקום שאין סעיף מפורש שקובע את ההגבלה. אין חשיבות לקיומה של פסקת הגבלה הפורמלית, שכן פסקת הגבלה היא אינהרנטית לחשיבה חוקתית. אי־אפשר לחשוב חשיבה חוקתית בלי פסקת הגבלה. אם היא קיימת – מה טוב, ואם אין היא קיימת צריך ליצור אותה. אין מדובר בחקיקה חוקתית שיפוטית חסרת לגיטימיות. כל בית משפט חוקתי עושה זאת. התיקון הראשון לחוקה האמריקנית קובע: "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech...". האם מדובר באיסור מוחלט? ודאי שלא. בתי המשפט האמריקניים יצרו בשיטה שלהם פסקת הגבלה שיפוטית. כך גם הגרמנים. כאשר התעוררה השאלה אצלנו באו איתי חשבון: "טוב טוב, אז יש שני חוקי יסוד של זכויות אדם, בהם יש פסקת הגבלה, אבל מאיפה אתה לוקח את פסקת הגבלה לחוקי יסוד שאין בהם פסקת הגבלה?" תשובתי היא שאין צורך בפסקת הגבלה מפורשת. הייתי מסתדר אף בלי שתי פסקאות ההגבלה של חוק

יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל חוק יסוד: חופש העיסוק. זאת משום שלא יכולה להיות חשיבה חוקתית בלי פסקת הגבלה. פסקת ההגבלה אינהרנטית למושג החוקתיות עצמו. פסקאות ההגבלה הללו והאיזון עליו אני מדבר חוצים את ענפי המשפט. הם קיימים במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי. בעיניי, המשפט הפרטי הוא מקרה פרטי של המשפט החוקתי. דיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני הקניין אינם אלא מערכות המאזנות בין ערכים מתנגשים של פרטים, או של המדינה ושל הציבור כשהם פועלים במישור של המשפט הפרטי. מה מבדיל אפוא בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי? המשפט הפרטי קיים כבר מאות ואלפי שנים והאיזונים בו התפתחו והשתכללו במשך השנים, בעוד שהמשפט הציבורי הוא חדש במונחי שנות משפט. עם זאת, אם נעביר את המשפט על כל ענפיו דרך מכונת השיקוף נגלה כי הן המשפט הפרטי והן המשפט הציבורי עוסקים באיזונים. אין מדובר באותן נוסחאות ובאותם איזונים. האינטרסים, הערכים והעקרונות הבאים לידי התנגשות משתנים, אבל התפיסה הבסיסית היא אחת. התפיסה המשתקפת איננה גישה של הכול או לא כלום, אלא של ניסיון למצוא את האיזונים בשיטה. המשפט אינו בית מרקחת שבו לכל דבר יש פינה משלו. המשפט הוא שלם אחד, קוהרנטי ונורמטיבי, עולם שלם שבו ישנם כל האיזונים הללו. אם תרצו תקראו לענפי המשפט השונים משפט פרטי וציבורי. בעיניי ההבחנות הללו הן חשובות והן נקודת מוצא לחשיבה, אבל לעולם אינן נקודת סיום לחשיבה.

גישתי זו, בדבר תפקידו של המשפט בחברה, היא שהביאה אותי לתפיסה ש"פּל" משפט". שימו לב: מעולם לא אמרתי שהמשפט הוא הכול. בכול משפט, אבל המשפט אינו הכול. ישנם ערכים אחרים. ערכים של מוסר, צדק ויושר. אין מדובר גם בעליונותו של המשפט. ייתכן שישנן מערכות של נורמות בעלות חשיבות גדולה יותר. אבל המשפט בכול. אין מערכות יחסים שהמשפט נפקד מהן, משום שאם המשפט אינו שם אז הכוח שם, וכל דאלים גבר. כשאמרתי שהמשפט בכל רבים תקפו אותי. אמרו: "האם המשפט גם אומר אם מותר לאהוב או לא לאהוב?" תשובתי על כך מורכבת. המשפט אומר שיש לך הרצון הפרטי ואתה חופשי לעשות. תרצה לאהוב – תאהב, לא תרצה – אל תאהב. אבל מי שלא נותן לך לאהוב, מפר את זכותך. הוא נכנס לתוך תחום שעליו המשפט מעניק לך הגנה. ולכן התפיסה שלי היא ש"פּל" משפט".

כך גם מעולם לא טענתי שכתוצאה מכך שבכול משפט יש להסיק שהכול שפיט. מעולם לא אמרתי ש"הכול שפיט", לפחות לא במובן שייחסו לי. ואם אמרתי את זה אי פעם אני מבקש את סליחתכם. ודאי שלא התכוונתי לומר זאת משום שלימדתי בכל שנותיי את ההפך הגמור. וכי לא לימדתי דיני חוזים שאומרים שחוזים של הגרלה אינם שפיטים? כיצד ניתן לייחס לי תפיסה שהכול שפיט? זה לא שפיט! האם לא נמנעתי מלעסוק בדבר המלך במועצתו על הכותל המערבי? זה לא שפיט! ברור הוא שלא הכול

שפיט. עם זאת, גישתי הבסיסית היא שרצוי שתהיה חפיפה גדולה ככל הניתן בין משפט לבין שיפוט. אם ככול משפט, אז הדבר הרצוי הוא שבכל מקום שבו המשפט, שם יהיה גם שיפוט – בצורה זו או בצורה אחרת; והתחומים שבהם יש משפט ואין שיפוט יהיו מעטים מאוד. עמדתי היא שתחומי החסינות צריכים להיות מעטים ככל שניתן. אלו מצבים שיש משפט אבל אין שיפוט והם מצבים בעייתיים מאוד. המעניין הוא שהמצבים הללו כמעט לא קיימים במשפט הפרטי. במשפט הפרטי, ככלל, במקום שיש משפט יש שיפוט. אם יש חוזה, יש בתי משפט שיגידו אם החוזה הופר או לא. זה נכון גם לנושאים ערכיים שעולים במסגרת הסכסוך במשפט הפרטי כמו צדק, למשל ב"עשיית עושר ולא במשפט". מעולם לא עלה על דעתו של אדם לשאול "הרי אלו ערכים – ואיך בית משפט מתעסק עם זה? זהו תחומו הבלעדי של המחוקק". מדוע? משום שאלפיים שנה המשפט הפרטי מתעסק בערכים; משום שאין משפט בלי ערכים. משפט בלי ערכים הוא משחק שחמט. המשפט – במובן שאנחנו מדברים עליו – הוא ספוג ערכים. במשפט הציבורי ישנם תחומים שלמים שבהם אנו יודעים מהן הנורמות המחייבות את יושב ראש הכנסת, את ראש הממשלה ואת שרים, אבל יש עדיין הטוענים שאין צורך בשיפוט. גישה זו נשמעה בעבר גם לגבי המשפט הבינלאומי. בעבר נהוג היה לומר שהמשפט הפרטי הוא המלכה של המשפט, אחר כך בא המשפט הציבורי שעודנו מתפתח, ולאחריו המשפט הבינלאומי שהוא רק ינוקא. המשפט הפרטי ממשיך להתפתח וממשיכה להתקיים בו חפיפה מלאה בין משפט לשיפוט. במשפט הבינלאומי מתחזקת יותר ויותר החפיפה בין המשפט לשיפוט. במשפט הציבורי עדיין מתנהל ויכוח בנושא זה – הדיון בשאלה אם רצוי שיהיו מצבים של משפט ללא שיפוט. אמנם יש מצבים שזה רצוי, אבל צריך להכיר במחיר החברתי הכבד שיש לכך, מחיר של "כל דאליס גבר".

אחד הטיעונים שהושמעו נגד הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת בעקבות המהפכה החוקתית היא הטענה האנטי-רובנית: היינו, הטענה לפיה ביקורת שיפוטית מהווה כוח אנטי-רובני בתוך הדמוקרטיה. טיעון זה יפה אולי לאמריקנים אבל אין הוא נכון למבנה החוקתי בישראל, בוודאי לא בעצמה האמריקנית. באמריקה, כאשר בית המשפט העליון מפרש את התיקון הראשון לחוקה, לא נותר אלא לתקן את החוקה או להחליף את הרכב השופטים בבית המשפט העליון – הליכים שהם קשים עד בלתי אפשריים. אצלנו, בחלקת האלוהים הקטנה שלנו, האם נכון להעלות את הטיעון האנטי-רובני נגד ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת? והרי הכנסת יכולה, ברוב של שניים נגד אחד, לבטל את חוק יסוד: השפיטה, את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי יסוד אחרים. בשיטה כזו – היש מקום לטענה האנטי-רובנית?

גם הדיבורים על השפיטות החדשה (new justiciability) מתאימים למודל האמריקני. לא אשכח פגישה עם שופטי בית המשפט החוקתי הגרמני. אחד הנושאים שעלו בשיחותיי שם היה הפיקוח על הפרלמנט. באותה עת לא הכרתי את הפסיקה החוקתית שלהם די טוב ואמרתי לתומי בגאווה: אנחנו מפעילים ביקורת שיפוטית גם על הליכים

של הכנסת. יש לנו את פסק הדין בעניין שריד, שלפיו אם בתוך הפרלמנט מקבלים החלטות שעל פניהן נראות כפוגעות במרקם החיים הדמוקרטי, בית המשפט יפעיל ביקורת שיפוטית.¹ הייתי מאוד גאה, וראיתי את חבריי השופטים הגרמנים יושבים ולא מבינים על מה ההתלהבות הגדולה שלי. שאלתי אותם: "מה רע בהלכה הזו? אתם חושבים שהיא לא טובה? תגידו לי". הם אמרו שהם לא מבינים מדוע בית המשפט מגביל את עצמו רק למקרים שבהם יש פגיעה במרקם החיים הדמוקרטיים. מדוע? מי שמך לא לעסוק בדברים אחרים? "אצלנו", כך טענו, "בבית המשפט החוקתי הגרמני, מפעילים ביקורת שיפוטית מלאה על פעילות פרלמנטרית". שאלתי: "ומה עם הנייר ג'אסטיסאביליטי (השפיטות החדשה) ומה עם פסק הדין בעניין בייקר נ' קאר?² הם השיבו שאין להם הלכה של "לא שפיט" ושבית המשפט החוקתי עוסק בכל שאלה חוקתית. התביישתי קצת והמשכנו לדון בנושאים אחרים. אמנם, ישנם הבדלים בין המסגרת שבה הם פועלים לבין המסגרת שלנו, ואין מקום לעבור מקיצוניות אחת לקיצוניות אחרת; עם זאת, עמדתי העקרונית היא שצריכים לחשוב על המודל הפשוט – המודל המכוון אל המשפט. במקום שבו יש משפט שם ימצא בית המשפט.

בעניין זה אחת הטעויות שלי ושל חבריי בבית המשפט היא השימוש במונח "התערבות" כדי להגדיר את תחום הפעולה של בית המשפט בתחום המשפט הציבורי. כך השתרש הביטוי "אנחנו מתערבים" או "איננו מתערבים". בשיטות משפט אחרות מקובל מאוד המונח *deference*, שאינו מעורר הסתייגות וקשה לתרגם אותו במדויק לעברית. אצלנו המונח מעורר קושי מסוים. אם הרשות הציבורית פעלה כדין לא מתעוררת בעיה, ואם לא – בית המשפט יאמר את דברו. המנוח "התערבות" מעורר אפוא קושי. מי שמכם – כך טענו כלפי בית המשפט – לא להתערב או כן להתערב? והרי השאלה המרכזית היא האם הנורמה הופרה. אם בית המשפט אומר שאכן הופרה הנורמה, הכוח עובר למגרשו של המחוקק. ירצה המחוקק – ישנה את הנורמה. ואכן, במשך כל שנות כהונתי בבית המשפט ביקשתי והתחננתי בפני המחוקק: שנו את הנורמות שאתם לא אוהבים. אף הצעתי בפניהם שיקימו ועדה מיוחדת בכנסת שתעקוב אחרי פסקי דין של בית המשפט העליון, ומה שאינו מקובל עליהם יקומו אחר כבוד וישנו. זוהי זכותה של הכנסת. זוהי חובתו של המחוקק. בית המשפט לא פעם אף המליץ למחוקק לשנות את החוק. גם לפניתינו אלו הם לא שעו. בעניין זה קמו נגדי מבקריי וטענו טענה שנשמעה גם בכנסת הזו – שכל מטרתי בעניין זה הייתה להגביר את שיקול הדעת השיפוטי. רבותי, אין הדבר נכון. לא אשכח: כשהייתי חבר בפקולטה הזו הקימו ועדה להכנת נוסח חדש לחוק השומרים. הייתי חבר בוועדה והערתתי את הערותיי. בתגובה לכל הערה שהערתתי על הטקסט אמר לי יושב ראש הוועדה: "את זה נשאיר לשיקול דעתו של בית המשפט". עמדתי נגד הותרה של תחומי שיקול דעת רחבים לבית המשפט לא

1 בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982).

2 .Baker v. Carr 396 U.S. 186 (1962)

התקבלה, ועזבתי את הוועדה. גישה זו לא הייתה מקובלת עליי אז והיא אינה מקובלת עליי כיום. אם עושים קודיפיקציה יש לקבוע נורמות ולהגדיר אותן, ולא להשאיר הכול לבית המשפט. עמדתי הייתה ועודנה שיש לקבוע נורמות ברורות ושאינן להשאיר הכול לשיקול דעתו של בית המשפט. מעולם לא עלה על דעתי שיש להשאיר את כל הבעיות לבית המשפט. חלילה וחס. יש להגדיר את הנורמה.

כך תקפו אותי בהקשר זה גם ביחס לתורת הבטלות היחסית. תורת הבטלות היחסית אינה מיועדת לתת כוח לבית המשפט. מהו המקור לתפיסה שהתוצאה היחידה של הפרת נורמה היא בטלות המעשה? היכן זה כתוב? אנחנו המצאנו את זה! לכן אני בהחלט מקבל את הגישה של התוצאות היחסיות. עמדתי בעניין לא נבעה מהרצון להעניק יותר שיקול דעת לבית המשפט, חלילה; שיקול הדעת של בית המשפט הוא תלוי הקשר. לדידי, בדיני קניין הייתי מצמצם את שיקול הדעת וכך גם במשפט הפלילי. בתחומים אחרים של המשפט יש לבחון כל מקרה לגופו, ולתפיסתי המצב הרצוי אינו הרחבת שיקול דעתו של בית המשפט ללא גבולות. הרחבת שיקול הדעת מעולם לא הייתה ערך בעיניי; לעתים זו הייתה התוצאה. אמנם, התפיסה שלי על המהפכה החוקתית העניקה שיקול דעת רחב יותר לשופטים, אבל לא זאת הייתה המטרה. המטרה הייתה לתת תוקף למבנה החוקתי של מדינת ישראל וכתוצאה מכך גם לערכים שהתפיסה החוקתית בישראל שאפה להגשים. מטרתי היחידה הייתה להגן על ערכי הדמוקרטיה של מדינת ישראל.

* * *

נעבור כעת לנושא בעל חשיבות מיוחדת שעלה בהקשרים שונים בימים האחרונים בפיהם של דוברים שונים – תורת הזכויות. הפילוסופיה שלי על זכויות אדם היא כזו: ראשית, בהגדרת זכויות האדם יש לזקק את הזכות ולהוציא מתוכה את האינטרס הציבורי. יש להעמיד את הזכות של האדם, על האדם. על פי המבנה החוקתי שלנו מקומו של האינטרס הציבורי הוא בפסקת ההגבלה, ושם הוא יופיע במלוא הדרו. האינטרס הוא חשוב אבל לא להגדרת הזכות עצמה. הדברים באו לידי ביטוי בדבריי על הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי, בפסק דיני בעניין חוק האזרחות ובמקומות נוספים לאורכה ולרוחבה של כתיבתי החוקתית. שנית, עמדתי היא – וזו עמדה שהבעתי אף לפני חקיקתם של חוקי היסוד – שבשלב הזה של חיינו הלאומיים צריך לפרוס את רשת הזכויות כמה שיותר רחוק. רק לאחר שהגדרנו את הזכות במובנה הרחב ניתן למשוך את הרשת, לצמצם את פריסתה ולסגת בהיקף ההגנה על הזכות. זכורני, שכאשר כתבתי את פסק הדין בעניין כהנא נ' רשות השידור³ פנה אליי פרופ' יצחק קלינגהופר הידוע, שהיה מומחה גדול בתחום החוקתי, וביקש לשוחח איתי. בשיחתנו אמר שפסק דיני, שהרחיב את גבולות חופש הביטוי, מוטעה לחלוטין. טענתו נגדי הייתה כיצד אני,

3 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987).

כשופט ישראלי, נותן הגנה על הדיבור הגזעני? לגישתו מוכרחים לצמצם את הזכות ואין מקום לכלול במסגרת חופש הביטוי ביטויים גזעניים. גישה זו מובנת לי; עם זאת אמרתי לו ולעצמי שהזמן יעשה את המלאכה. בשלב הראשון נפרוס את הרשת רחוק ככל האפשר, ניתן הגנה רחבה לזכויות השונות, ואם יתברר שלא דייקנו במקומות שונים – נודה על האמת ונסיג את גבולותיה של הזכות לאחור. קל יותר לבוא ולומר: "כבוד האדם כולל שוויון" מאשר לבוא ולומר "כבוד האדם אינו כולל את הזכות לשוויון" – ורק מאוחר יותר להכניס את השוויון לתוך גדריו של כבוד האדם. על כן יש להגדיר את הזכויות מתוכן הן. יש לפרוס את הרשת רחב, ואז למצוא את ההגנה על האינטרס הציבורי בפסקת ההגבלה. בכך ממלאת פסקת ההגבלה תפקיד קריטי בקביעת הגבולות של היקף ההגנה על הזכות.

המתח המתמיד בין היקף הזכות לבין היקף ההגנה – מתח שאני עדיין מתלבט בו – מודגם יפה בזכות לשוויון. ייחסו לי את התפיסה שהשוויון הוא השוויון האריסטוטלי בלבד. זאת איננה גישתי. נזהרתי בהגדרת הזכות היות שמדובר בזכות מורכבת מאוד, ולא הרגשתי שאני מכיר אותה די לעומק. יש עוד הרבה מה ללמוד ולהעמיק בזכות לשוויון, ולכן לא רציתי להתחייב ולומר מה נמצא בתוך הזכות ומה מחוצה לה. המתח שעליו אני מדבר מודגם בגישתי להפליה מתקנת. אני תומך בהפליה מתקנת; בעיניי תוצאותיה אינן מעוררות קשיים. עם זאת, בשל מורכבותה של הסוגיה, לא הכרעתי אם ההגנה על החוקתיות של ההפליה המתקנת נובעת מתוך כך שהאפליה המתקנת אינה פוגעת בשוויון, או שהיא פוגעת בשוויון אך עוברת את מבחני פסקת ההגבלה. זהו המתח בין היקף הזכות לבין היקף ההגנה על הזכות. התוצאה בשני המקרים היא פחות או יותר דומה, אבל יש הבדל עצום מבחינת הטכניקה. לפי גישתי ישנן הפליות מותרות. לפני עידן חוקי היסוד היו הבחנות והיו הפליות – הבחנות היו מותרות והפליות אסורות. עתה, בעידן השיח החוקתי, ישנה גם הפליה שהיא מותרת. הכיצד? הפליה צריכה לעבור את המסננת של פסקת ההגבלה – פסקת ההגבלה עוסקת בהפליות ולא בהבחנות. לאחר שמצאנו שקיימת הפליה יש צורך להעביר אותה תחת שבט ביקורתם של מבחני המידתיות בפסקת ההגבלה.

המתח שהזכרתי בין היקף הזכות להיקף ההגנה דורש מאיתנו להגדיר לעצמנו את מושג השוויון. אני מודה ומתוודה שבעיניי הזכות לשוויון היא הזכות המורכבת והמסובכת ביותר. אנשים שונים זה מזה ואין אדם שדומה לחברו. בבסיס התפיסה הליברלית שלנו עומדת ההכרה שכל אחד שונה. מהי מקומה של הזכות לשוויון לפי גישה זו? יש המוצאים בשוויון ההזדמנויות את הפתרון לדילמה זו. בין שאר הקשיים שמעוררת הזכות לשוויון עדיין לא הסברנו כראוי מהו ההבדל בין מושג השוויון של המשפט המנהלי, שעניינו האיסור לשקול שיקולים זרים, לבין השוויון של המשפט החוקתי. תחושתי היא שיש הבדל יסודי ביניהם. הזכות לשוויון בתחום החוקתי אין משמעותה השוויון האריסטוטלי שעליו אנו מדברים כבר הרבה שנים, אלא זהו שוויון

שיש לו קשר הדוק למושג כבוד האדם. עוד הרבה יש להעמיק בזכות לשוויון ואחת המטרות שלי בשנים הקרובות, ואני מקווה שהדבר יעלה בידי, היא להקדיש מזמני ללימוד הזכות לשוויון שבעיניי היא מורכבת ומסובכת מאוד.

בשנים האחרונות התגבר קולם של המבקרים אותי מצד תומכי הזכויות החברתיות. עמדתי בנושא זה היא ברורה. אני בעד זכויות חברתיות. אני בעד זכויות חברתיות ברמה החוקתית ובעד ביקורת שיפוטית על זכויות חברתיות ברמה החוקתית. דא עקא, שאינני חושב שניתן להגיע לכך באמצעות פירוש של המושג "כבוד האדם" בלבד. הוא דל מדי ואינו מספיק. אין בו העצמה הנדרשת כדי לשאת את כל הזכויות החברתיות, כשם שאין בו די להחזיק את כל הזכות לשוויון ואת כל חופש הביטוי במלואם. אכן, "כבוד האדם" כולל שוויון וכולל חופש ביטוי, אבל זכויות אלה לא יתגשמו במלוא עצמתן כשהן חלק מ"כבוד האדם". הן לא יגיעו כחלק מ"כבוד האדם" למלוא העצמה שהייתה להן אילו היו זכויות נפרדות. הוא הדין בהיבטים החברתיים. "כבוד האדם" כולל את זכותו החוקתית של האדם שלא ימות מרעב ושתהיה לו קורת גג. את הדברים הללו כתבתי כבר בעבר; אבל אני לא מרגיש שניתן לכלול חינוך תיכון חינוך ב"כבוד האדם", אף על פי שזו זכות חברתית חשובה מאין כמותה. לא נוכל להפוך את הזכויות להררים התלויים בשערה. אין דבר שכה פגע ופצע את לבי כמו האמירות שהושמעו כלפיי ש"הוא מתעניין בקניין ולא בזכויות חברתיות". וכי אני קבעתי אלו תיקים יבואו לפניי? בית המשפט אינו קובע את סדר יומו. הציבור הפונה אליו הוא שקובע את סדר היום. וכך אמרתי לא פעם – בית המשפט הוא כמו שעון מקולקל; הוא פועל רק כשנותנים לו מכה. אכן, בעיניי, במרכזו של המבנה החוקתי שלנו ניצבת פסקת ההגבלה. זו לא רק פסקה שמגבילה את הזכויות אלא גם פסקה שמגנה על הזכויות, ובתוכה נדרשת עדיין עבודה רבה מאוד. רק התחלנו לגעת במשמעויות החוקתיות של פסקת ההגבלה. עדיין לא מיצינו את קצה הקצותיה של המידתיות, ובעיקר לא מיצינו את היחס בינה לבין הסבירות. כך גם ביחס לשלב האחרון במבחני המידתיות – מבחן המידתיות במוכח הצר. כל שאר המבחנים בפסקת ההגבלה הם טכניים למדי. שני השלבים הראשונים מסבירים מהן הדרכים להשיג את המטרה. ההנחה היא שהמטרה היא לגיטימית וכעת נבחן מהי הדרך האלגנטית ביותר להשיג אותה תחת מגבלות המידתיות. השלב השלישי הוא שונה בעיקרו. כאן בא המבחן השלישי וקובע שישנן מטרות שלא נוכל לממשן; מטרות שהאמצעים אינם מקדשים אותן. המקום הגיאומטרי של ביטוי זה לא ימצא במבחן הראשון או השני אלא אך ורק במבחן השלישי.

אחת הבעיות הקשות, שעלתה בהרצאה על חופש הביטוי אך עוברת כחוט השני בכל הזכויות כולן, היא שאלת היחס בין פסקאות ההגבלה ההלכתיות שלנו, כמו "קול העם", לבין פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. כיצד יבואו לידי ביטוי מבחני קול העם בתחום החוקתי? נמחיש. הכנסת מחוקקת חוק לפיו הממשלה יכולה לסגור עיתון גם אם יש אפשרות רחוקה לפגיעה בביטחון המדינה. כיצד ננתח זאת במישור החוקתי? האם לפי

חופש הביטוי, שראינו שזוכה להגנה חוקתית? האם לפי חופש העיסוק, שוודאי זוכה להגנה חוקתית? ובעיקר – מהו היחס, כאמור, בין מבחני "קול העם" למבחני המידתיות שבחוקי היסוד? בפסק הדין בעניין חורב⁴ כתבתי שאין למקם את מבחן הוודאות הקרובה במבחני המידתיות אלא בדרישה שחוקי הכנסת יתאמו את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. גישתי אז הייתה שמקומה של נוסחת "קול העם" הוא בדרישת ההתאמה לאופייה הדמוקרטי של המדינה. מזה תקופה ארוכה עינתי באפשרות, ועתה הדברים הגיעו אצלי לכדי בשלות: המקום הראוי לנוסחת "קול העם" הוא השלב השלישי של פסקת ההגבלה. גישה זו היא חדשנית ולא נמצאה כדוגמתה בשיטות משפט אחרות. במשפט הגרמני, שבו המידתיות היא לחם חוקם ומבחן המידתיות השלישי הוא החשוב ביותר, האיזון הוא אד-הוק ולא איזון עקרוני. הכנסת הנוסחה של "קול העם" לתוך המבחן השלישי הופכת את האיזון לאיזון עקרוני, ובכך החידוש הגדול בגישתי.

* * *

בימי הכנס שמעתי הרבה דברים יפים – חלקם היו דברי הערכה וחלקם היו דברי ביקורת, אבל כולם היו יפים. לעתים נשמעו דברים מנוגדים: יותר מדי פורמליסט, יותר מדי אקטיביסט, יותר מדי שמרן וכדומה. לא אוכל לצערי להתייחס לכל הדברים שנאמרו. עם זאת, ברצוני להעיר שהגיע הזמן שהשיח בעניין האקטיביזם השיפוטי יהיה שיח אינטליגנטי. הסמאות שנשמעות לעתים קרובות מדי על כך שזה "אקטיביסט" ואחר "לא אקטיביסט" אינן מוסיפות לדיון. הסוגיה היא מורכבת. שופט יכול להיות אקטיביסט בהיבט אחד ולא-אקטיביסט בהיבט אחר. אי-אפשר להיות אקטיביסט בכול או שמרן בכול; לא הרי המשפט הפרטי כהרי המשפט הציבורי והדברים מורכבים מאוד מאוד.

* * *

באחד המושבים עלתה השאלה מדוע לא גיבשתי לעצמי בצורה מסודרת מי קהל היעד שלי. דובר גם על הרטוריקה וכדומה. רבותי: קהל היעד שלי הוא הישראלי של עוד עשרים שנה. זהו קהל היעד שלי. אין מדובר במתדיינים ראובן ושמעון שעמדו בפניי, ולא בעורך-הדין המייצג את הצדדים. לא המחוקק של היום, ולא השופטים של היום ולא הממשלה של היום. קהל היעד שלי הוא העתיד של החברה הישראלית. כך גם הזכרתי בדברי הפרידה שלי בבית המשפט העליון: אני רואה את עצמי כרץ למרחקים ארוכים, ומאפינת אותי הטרגדיה של הרצים למרחקים ארוכים – שכל הזמן משיגים אותם הרצים למרחקים קצרים. הם צעירים וחזקים, ואילו אני רץ ריצה מרתונית. כשאני אומר שאני רץ למרחקים ארוכים זה מושג טעון מאוד. אחד הדברים המאפיינים את החשיבה שלי בנושא הזה הוא אמונתי השלמה שאותם פסקי דין שנויים במחלוקת, עם כל הקושי

4 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52-43 (1997).

שהיה בהם לשעתם, הם שהניחו את התשתית הנורמטיבית האינטלקטואלית שעליה ניתן יהיה לבנות את הבניין הלאומי שלנו בעתיד, למרות כל הבעיות הקשות שאיתן אנו מתמודדים, למרות הסכסוך הישראלי-ערבי ולמרות הסכסוך הדתי-חילוני. גישתי בסוגיות אלו שיקפה את האיוון הראוי בין ערכים שונים ואת שאיפתי לפשרה. זהו קהל היעד שלי. כתוצאה מכך, הרטוריקה שלי התאימה לקהל היעד הזה. בהרצאת הפתיחה דובר על כך שרצוי להשתמש ברטוריקה דלה. בית המשפט העליון האמריקני יכול להרשות לעצמו להשתמש ברטוריקה דלה, ורצוי שכך יעשה. יש לו בסיס. יש לו החוקה שלו והמסורת שלו. המסורת החוקתית שלנו היא בשלבי התהוות. לנו חשוב מאוד שגם תהיה רטוריקה. כמוכן, לא בכל דבר. אין להפריז בכך. אבל צריך לדעת מתי הרטוריקה צריכה להיות דלה ומתי היא צריכה להיות עבה.

* * *

מדי פעם הביאו לפני בכנס פסקי דין שנתתי בשנותיי הראשונות בבית המשפט העליון, ועימתו אותם עם פסקי דין שנתתי לאחרונה, וטענו כלפי "מה קרה?" ו"הכי צד?". רבותי, זה לא אותו בן-אדם. זה אותו שם אך לא אותו בן-אדם. ראו את השערות הלבנות... זה לא אותו אדם. עברתי התפתחויות שונות, לטוב ולרע, במשך עשרים ושמונה שנים בבית המשפט העליון. אלו חיים שלמים, ושיניתי את דעתי לא פעם ולא פעמיים. לא תמיד אתה רוצה לומר זאת, ולא תמיד אפשר לומר זאת. אינני עושה הערכה של "איך הדברים התגלגלו". אבל זה לא אותו אדם, וזה נכון לגבי כל השופטים. אגרנט של "קול העם" אינו אותו אגרנט של הפסיקה שניתנה עשר שנים לאחר מכן. האיש השתנה, החיים השתנו, המציאות השתנתה. הוא למד. אצלי השינויים הללו היו שינויים דרסטיים. למשל, לשנה שהייתי באוניברסיטת הרוורד, בשנת 1966, הייתה השפעה גדולה מאוד על חשיבתי המשפטית. אני מודה בזה. כך גם להיכרותי עם כתיבתם של דוורקיין ושל הארט הייתה השפעה גדולה מאוד עלי, לטוב ולרע. כך דרכו של עולם. האדם משתנה, העולם סביבו משתנה, ולא ניתן להתעלם מזה. עם כל זאת, דבר אחד לא השתנה – אהבתי למשפט. זו הייתה אהבה ממבט ראשון. אצלי המשפט הוא חיים – גוף חי, תוסס ומלא. גוף שאתה חי איתו יום-יום שעה-שעה, ולעולם אינך מתרחץ באותו נהר. זהו המשפט שלי. בו לא חל שינוי. אבל בי חלו שינויים: צורת הכתיבה שלי השתנתה, החשיבה השתנתה, הכול משתנה. אני מקווה שבזמן שנותר לי עוד להמשיך ולחשוב, אמשיך להשתנות.

* * *

לסיום אני רוצה לחזור למקורות ההשפעה על חשיבתי השיפוטית, אבל מזווית אחרת – הזווית האישית. בשנים האחרונות, ולאחרונה לעתים קרובות יותר, נשאלתי אם הביוגרפיה האישית שלי הייתה בעלת השפעה על החשיבה המשפטית או השיפוטית

שלי. אני מוכרח לומר שזוהי שאלה שלא חשבתי עליה הרבה מאוד שנים, והיא גם לא עלתה אצלי מיזמתי שלי. לאחרונה, בעקבות השאלות שהפנו אליי בנושא, התחלתי להרהר בדבר. כעת אני משתף אתכם במחשבות ראשוניות שהתגבשו אצלי, ולכן אני רוצה לסייג את דברי. אינני בטוח אם זו אכן משמעות הדברים או שזו איזושהי רציונליזציה לאחר מעשה, איזושהו חיבור מלאכותי נכון או לא נכון של דברים שקרו והתרחשו.

חלקכם אולי יודעים את הביוגרפיה האישית שלי, יודעים על שנות הילדות שעברו עליי בצלה של השואה הנוראה שעברה על יהדות אירופה. זו הייתה ילדות קשה מאוד. בגיל חמש נכנסתי עם משפחתי לגטו בקובנה. לגטו נכנסנו כשלושים אלף יהודים, ויצאנו אולי אלף או אלפיים. נכנסנו חמשת אלפים ילדים ונשארונו אולי מאתיים. אני זוכר, כשרק נכנסנו לגטו אחרי כמה חודשים, הביאו את כולנו לכיכר שנקראה בשם המעניין "כיכר הדמוקרטיה". כך היא נקראת עד עצם היום הזה. התכנסנו בכיכר ועמד שם החייל הגרמני ואמר "ימין, שמאל, ימין, שמאל". נכנסנו יותר מעשרים אלף יהודים, ולמחרת נשארונו רק חצי. היהודים שנלקחו הצדה – חלקם נורו במקום, וחלקם נלקחו למקום אחר ונקברו שם. כך הגטו פחת בחצי. עוד רבים מתו בחנק, ברעב ובכירות ברחובות. שלטון החוק הפורמלי התקיים שם, כי הכול התנהל על פי פקודות עם שרשרת הסמכה. אחרי שנתיים הייתה אקציית הילדים. כל ילד עד גיל שתים עשרה, פשוט הרגו אותו. אני נשאיתי בחיים בדרך נס. היה אסור לצאת מהבית, ואם יצאתי היה עליי ללכת עם כובע גדול, רק כדי שיחשבו שאני בן שלוש עשרה. בשלב מאוחר יותר הצלחנו, איכשהו, לברוח מהגטו, וחינו אצל איכר חסיד אומות העולם. חיינו חיים קשים מאוד. חצי שנה הייתי האיש שבקיר. בבית ששהינו בו היה חדר קטן, שבנו לו קיר מקביל של מטר. שם אמא ואני ישבנו חצי שנה, יום ולילה. ככה חיינו. במשך השנה אמא שלי לימדה אותי כל מה שהייתי צריך ללמוד. דבר אחד היא רצתה ללמד אותי ואני לא הסכמתי, ואני מצטער על כך – לטינית. אמא שלי הייתה מורה ללטינית, והיא אמרה "בוא ואלמד אותך לטינית", ואני סירבתי. אבל חשבון גאוגרפיה היא לימדה אותי. לא למדתי עברית משום שהיא לא ידעה עברית.

אחרי שנגמרה המלחמה עדיין לא רווח לנו. היינו יהודים ציונים והרוסים רדפו אותנו. התחלנו את הבריחה לארץ ישראל. עברנו את כל אירופה: קובנה, וילנא, ורשה ההרוסה. כל אלה רק כמה ימים אחרי כן, כשהמלחמה עדיין התנהלה. בדרך מבוקרשט לבודפשט במאי 1945 שמענו שהסתיימה המלחמה. היינו על גבי רכבת פחם. משם נסענו לאוסטריה הרוסית כדי לעבור את הגבול ולהגיע לאוסטריה האנגלית. ואז לפתע פתאום נתקלנו בחיילי הבריגדה היהודית. חייל, עם סמל מגן דוד כחול על הזרוע. חיילי הבריגדה היהודית העבירו אותנו לאיטליה. היו לנו ויזות לנסוע לאמריקה, אבל מכיוון שהיינו ציונים חיכינו שם עוד שנתיים וחצי. קיבלנו ויזה לקפריסין, שם אמור היה אבי לעבוד עם העולים שהיו במחנות. הותר לנו לבקר מספר ימים בחיפה. לא חזרנו

לאוניה. אלו דברים שלעולם לא אוכל לשכוח. אלו הם המאורעות שעברו עליי בימי ילדותי.

וכאמור, בזמן האחרון אני מהרהר ביני לבין עצמי מה אני למד מזה? כיצד המאורעות האלו השפיעו ועיצבו את חשיבתי? ישנם שני לקחים שאני רוצה לשתף אתכם בהם, וכאמור, אלו מחשבות ראשוניות. הלקח הראשון הוא המרכזיות שיש למדינת ישראל ולצבא ההגנה לישראל לעם היהודי. המרכזיות של מדינת ישראל, של ביטחון המדינה ושל שלום הציבור בה. המרכזיות של הערכים הציבוריים של המדינה הזו. הרבה ממה שקרה לנו לא היה קורה אילו הייתה לנו אז מדינה. ואינני שוכח את זה אף פעם. אינני שוכח אף פעם את חייל הבריגדה שלקח אותי והעביר אותי את הגבול מאוסטריה לאיטליה. הדגל חשוב לי והסמל חשוב לי, ובעיני חוק השבות הוא המרכזי שבחוקים. תקפו אותי במשך השנים שבעיניי מה שחשוב הוא זכויות האדם ולא המדינה. הדברים האלה מבחינתי אינם נכונים. אני מכיר במרכזיותה של המדינה. אני זוכר את הוויכוחים שהייתי מנהל באוניברסיטת ייל ובמקומות אחרים באמריקה, ששם הגישה היא שיש למדינה תפקיד רזה. לגישתם, המדינה היא מקור כל רע. תפקידה של החוקה האמריקנית הוא להגביל את כוחה של המדינה. זו איננה גישתי. בעיניי המדינה הזו היא התגשמות חלום של דורות, היא התגשמות הדבר הטוב ביותר שיכול לקרות לנו ולי עלי אדמות. זהו הלקח הראשון שלי.

אולם, לצד המדינה עומד האדם. אין דבר חשוב יותר מהכבוד, מהחירות. מה שהגרמנים ניסו לעשות לי ולנו, בכל אירופה, זה להפוך אותנו לאבק אדם. זו הייתה מטרתם. היית הולך בגטו והמפקד הגרמני היה מסתכל עליך, ואומר בוא תעמוד, יורה, ואומר "כוח הירייה שלי הצליח, פגעתי". חיי אדם היו שווים אפס. ואתה עובר באירופה ואתה רואה את גיא ההריגה הזו, ואתה אומר לעצמך – זה מה שהם רצו לשלול מאיתנו היהודים, את צלם האדם. הם לא הצליחו לגבי אלו שנשארו בחיים. אבל הם גם לא הצליחו לגבי אלו שמתו. בתקופות הקשות ביותר בגטו קובנה אני זוכר את חיי התרבות, חיי האמנות והעזרה ההדדית שהייתה שם. כל זה בימים הקשים ביותר, כשכל מה שהיה לאכול היה תפוחי אדמה רקובים שהוברחו בדרך לא דרך לגטו. היו חיי חברה וחיי תרבות, והגרמנים לא הצליחו לקחת מאיתנו את צלם האנוש שבנו. מכאן התפיסה שלי, הדגש הגדול מאוד שיש בחשיבה שלי, על האדם. על צלם האדם, על כבוד האדם, על היחיד. מכאן שלא כל דבר שהציבור רוצה לעשות יכול להצדיק פגיעה ביחיד. ובמקרה שאני נקלע בתווך בין שני הערכים הללו – בין המדינה ובין כבוד האדם – אני חש חובה לאזן ביניהם.

חוקה אינה מרשם להתאבדות וזכויות אדם אינם מתכון לכליון לאומי. אסור לשכוח את כבוד האדם ואת כבודו של המיעוט הערבי שחי בתוכנו. ואני אינני יכול לשכוח את זה, רגע־רגע, שעה־שעה, שאנחנו היינו מיעוט. בכל אירופה התנהגו אלינו באופן לא ראוי. אנחנו מחויבים לנהוג אחרת. אנחנו מחויבים להיות טובים יותר. אני מאמין

במדינת ישראל. אני מאמין בחזונו של הנביא ישעיהו "כי מציון תצא תורה ודבר ה' מירושלים". אני מאמין שאנחנו יכולים להיות טובים יותר מאשר האחרים. בכל אופן אנו מחויבים להיות טובים יותר מאשר האחרים. תפיסתי את המדינה היהודית והדמוקרטית אף היא נגזרת מהדברים הללו. אני בעד הדמוקרטיה ואני גם בעד הערכים היהודיים שלנו, גם המורשתיים וגם הציוניים. אני ציוני בכל רמ"ח ושס"ה. ויש לי כבוד גדול ביותר לדת שלנו, כמו לדתות אחרות, כמובן. מי שקורא את פסקי הדין שכתבתי על שבת ועל בחורי ישיבה, רואה את האהבה הגדולה שיש בי אל המסורת שלנו. אבל זה לא הכול. אנחנו חייבים לאזן בין כל הערכים החשובים שהזכרתי. כל תורת האיזונים איננה אלא משקפת את חשיבותה של הפשרה בחיינו הלאומיים. לא פשרה במובן של היעדר ברירה, לא פשרה במובן של ויתור על מאבק. אלא פשרה כמטרה, כפתרון ראוי. פשרה כמשקפת איזון ראוי בין כל הערכים היקרים שיש לנו. זהו הלקח שאני למדתי ממה שעבר עלי. האם הביוגרפיה האישית שלי השפיעה עליי כפי שהרהרתי בקול? איני יודע ולעולם לא אדע. האמת היא שאין זה חשוב. מה זה חשוב? זה היה כך או שזה היה אחרת. העיקר הוא שזוהי אמונתי, ובה דבקתי בכל שנותיי על כס השיפוט.

וכך אני עוזב את בית המשפט, מפסיק את המרוץ למרחקים ארוכים ומתחיל את דרכי החדשה-ישנה. אמרתי את זה כמה פעמים, ואני חוזר ואומר: אין לי שום עניין בפעילות ציבורית כלשהי. מספיק. די. כל מה שאני רוצה זה שיניחו לי בשקט. כפי שאתם יודעים, לא כל כך מניחים לי בימים טרופים אלה, אבל גם זה יעבור. כל תקוותי היא שאכן אוכל לשבת וללמוד את הנושאים שלא סיימתי ולהעמיק בהם. אני מודה לכם מאוד שבאתם לשמוע אותי. זה מרומם את הנפש. לא חשבתי שיבוא קהל, משום שמי כמוני יודע איך חולפת תהילת עולם. תודה.