

## תפקידו של בית־משפט עליון בחברה דמוקרטית

מאת: אהרן ברק\*

### א. בית־המשפט העליון כבית־משפט לערעורים

בשילוש הרשויות, עוסקת הרשות השופטת בהכרעה בסכסוך. הערכאה הראשונה קובעת את העובדות, מאתרת את הדין הרלבנטי, וקובעת את התוצאה המתבקשת מהפעלת הדין על העובדות. ערכאת הערעור בוחנת אם הערכאה הראשונה לא טעתה. תפקידה הינו לתקן טעות שנפלה בערכאה הראשונה. התיקון הוא אינדיבידואלי. בכל אלה אין יצירת משפט כללית. השופט הוא פה למחוקק. תאור פשטני זה אינו משקף את מלוא הפעילות השיפוטית. בצד הפעלת משפט עוסק בית־המשפט ביצירת משפט כללית. תפקיד זה מוטל על בית־המשפט העליון, אשר פסקי־דיניו מהווים תקדים, ומחייבים את הכל. כיצד יוצר בית־המשפט העליון משפט והאם תפקיד זה תואם את תפיסות היסוד החוקתיות שלנו?

### ב. בית־המשפט העליון כיוצר משפט

במדינה דמוקרטית, עיקר יצירת המשפט נעשית על־ידי הרשות המחוקקת. עם זאת, אין לרשות המחוקקת בלעדיות ביצירת משפט. גם הרשויות השלטוניות האחרות – הרשות המבצעת (בגדר חקיקת המשנה) והרשות השופטת – עוסקות ביצירת משפט. בכל הנוגע לרשות השופטת, יצירת משפט זו נעשית בשלוש דרכים עיקריות: האחת, מתן מובן לנורמות משפטיות חקוקות שהרשויות האחרות יצרו. השנייה, פיתוח "משפט מקובל נוסח ישראל". השלישית, השלמת חסר בחקיקה.

כאשר המשפט מעוגן בנורמה חקוקה – חוקה, חוק־יסוד, חוק, תקנה – עיקר יצירת המשפט נעשתה על־ידי יוצר הנורמה (הכנסת, מתקין התקנות). עם זאת, גם השופט המפרש את הנורמה יוצר משפט. דבר זה יקרה כאשר הטקסט החקוק הוא רב־משמעי או עמום, וכללי הפרשנות של השיטה – אשר תפקידם להסיר רב־משמעויות ועמימות זו – אינם מכוונים את הפרשן לפתרון אחד ויחיד. כאשר הפעלת כללי הפרשנות המקובלים על גבי הטקסט החקוק מותירה יותר מאפשרות פרשנית אחת, נוצר הצורך השיפוטי לבחור בין מספר אפשרויות הגלומות בטקסט החקוק, מבלי שהשיטה קובעת כללים לבחירה. בבחירה זו – פרי שיקול הדעת השיפוטי – טמון יסוד של יצירת משפט. המשפט לפני הבחירה ואחריו אינו אותו משפט. לפני הבחירה ניתן היה לשלוף מהטקסט החקוק מספר משמעויות כדין. החוק דיבר במספר קולות. לאחר הבחירה קיימת משמעות אחת כדין. החוק מדבר בקול אחד. טרנספורמציה זו של המשפט היא היצירה השיפוטית. זו החקיקה השיפוטית. היא לגיטימית. בתפישתנו, חקיקה היא האצלה לפרשנות, לרבות פרשנות הכרוכה בהפעלת שיקול דעת שיפוטי.

במסורת המשפט האנגלו־אמריקני, לגיטימי הוא לשופט – בצד יצירת משפט פרשנית – ליצור "משפט מקובל". מרבית המשפט הפרטי באנגליה, בארצות־הברית,

\* על־פי דברים (מיום 1.6.93) בטקס הענקת תארים למוסמכים ולבוגרים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב.

בקנדה ובאוסטרליה, הוא משפט הלכתי. השופט יוצר משפט (מקובל). הוא עוסק בכך באנגליה קרוב לאלף שנה. מסורת זו מאפיינת גם את שיטת המשפט שלנו. לגיטימי הוא על-פי המסורת המשפטית שלנו, כי השופט הישראלי יוצר משפט מקובל. כך נוצרו חלקים נרחבים מהמשפט המינהלי, מדיני הראיות ומדיני התרופות. יצירת משפט מקובל זה, אינה מהווה בחירה בין משנועויות שונות של טקסט חקוק. טקסט חקוק אינו מצוי. השופט יוצר טקסט (הלכתי) חדש.

השופט הישראלי – כחברו השופט בשיטת המשפט הקונטיננטלית – מוסמך להשלים חסר בחקיקה. בכוחו לקבוע כי ההסדר החקיקתי אינו שלם באופן הנוגד את תכליתו. על בסיס קביעה זו מוסמך השופט להשלים את החסר על-ידי היקש מדין דומה. מקום שאינו קיים היקש מתאים, על השופט להשלים החסר על-פי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. בהשלמת החסר יש לרוב יצירתיות שיפוטית. השופט יוצר טקסט (הלכתי) חדש המשלים חסר בטקסט (חקוק). לפני השלמת החסר היתה השיטה חסרה. לאחר השלמת החסר התמלא החסר. נוצר משפט חדש.

יצירת משפט זו – בדרך הפרשנות, בדרך המשפט המקובל, ובדרך השלמת החסר – נעשית על-ידי כל שופט משופטי ישראל. עם זאת, יצירתם של כלל השופטים פועלת במישור האינדיבידואלי. היא תופסת בין הצדדים לסכסוך. היא חלק מהקורקטיבה האינדיבידואלית. לעומתם, יצירת משפט על-ידי בית-המשפט העליון – מכוח הלכת התקדים – פועלת במישור הכללי. היא תופסת כלפי כלל הציבור. היא מהווה קורקטיבה כללית. החקיקה השיפוטית והיצירה השיפוטית הנורמטיבית אינה אלא צידו האחר של חוסר הוודאות הטמון במשפט. אין כל אפשרות לבנות שיטת משפט שלא יהא בה חוסר ודאות. חוסר ודאות מקורו במגבלות הזאנוש, ובתכונות החברה. אכן, המשפט מבוסס על ההנחה שלא לכל הבעיות המשפטיות יש פתרון חוקי אחד, וכי יש בעיות משפטיות שיש להן יותר מפתרון חוקי אחד. ההכרעות בין האפשרויות החוקיות נעשות על-ידי השופט.

### ג. השיקולים ביצירת משפט

כיצד נעשית יצירתיות שיפוטית זו? מהן אמות המידה לגיבושה? בהעדר כללים, כיצד יוצרים שופטים משפט? האם יצירת משפט זו היא פרי הסובייקטיביות השיפוטית בלבד? על יסוד נסיוני האישי, על בסיס היכרותי את בית-המשפט העליון, ועל רקע תפקודם של מוסדות מקבילים בעולמנו כולו, נראה כי ניתן להצביע על מספר מגמות ואמות מידה אשר מכוונות שופט של בית-משפט עליון. אזכיר ארבע אמות מידה עיקריות: האחת, מתן ביטוי לערכי היסוד של השיטה; השנייה, שאיפה לסגירת הפערים בין משפט לחיים, תוך הגשמתן של ציפיות סבירות; השלישית, שמירה על אופיה הדמוקרטי של המדינה; הרביעית, הקפדה על שלטון החוק והפרדת הרשויות. אסביר בקצרה אמות מידה אלה:

#### (1) מתן ביטוי לערכי היסוד של השיטה

ביצירת המשפט השיפוטית, השופט נותן ביטוי לערכי היסוד של השיטה. הם המפתח לפרשנות החוק. הם הכוח המניע את המשפט המקובל. הם ביסוד הדין המשלים. אלה הם ערכים אתיים בדבר מוסר וצדק; ערכים חברתיים הקשורים בסדר ציבורי, בטוהר השיפוט ובטחון המדינה והציבור; דרכי התנהגות ראויות הקשורות בסבירות, סובלנות, יחסיות, תום-לב והגינות. ערכי יסוד אלה כוללים שאיפה להגשמת ציפיות

סבירות, הבטחת ודאות במשפט, ובטחון ביחסים הבינאישיים. במרכזם של ערכי היסוד הללו עומדות זכויות האדם – הפוליטיות, החברתיות והכלכליות. על ערכי היסוד לומד השופט ממסמכי היסוד, כגון הכרזת העצמאות וחוקי היסוד. הוא למד על כך מהחוקים והתקדימים. אך מעל לכל – הוא למד על כך מעצם מהותו של המשטר כמשטר דמוקרטי, ובהבנתו שלו את תפיסות היסוד של העם. "הלא זו אכסיומה ידועה" – כתב השופט אגרנט לפני ארבעים שנה – "שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו". השופט נותן ביטוי לתפיסות היסוד החברתיות של העם. הוא פה לנשמתה – או, בלשונו של השופט אלון – "לנשמתה היתירה" של האומה. אכן, הערכים המכוונים את השופט הם ערכי יסוד. אין אלה תוצאות של משאלי דעת קהל. אין זה פופוליזם העשוי לסחוף את ההמונים. אין אלה אופנות משתנות חליפות. אין אלה כותרות רעשניות של עיתונים. כל אלה הם חשובים. הם עשויים בטווח הארוך לחלחל לנשמתה של האומה, ולשנותה. אך כל עוד הדבר לא התרחש, לא הם אמות המידה המכוונות את השופט. אכן, כאשר חברה אינה נאמנה לעצמה, אין השופט חייב ליתן ביטוי לרותות שעה חולפות. עצמאותו השיפוטית מאפשרת לו לעמוד כנגד גלים אלה. עליו ליתן ביטוי למגמות היסוד ארוכות הטווח של החברה, ולא לצרכים החולפים קצרי הטווח.

### (2) שאיפה לסגירת פערים בין משפט לחיים

בהפעלת שיקול דעתו השיפוטי, חייב השופט לאזן בין הצורך בשינוי לבין שמירת הקיים. אכן, חיי המשפט הם מורכבים. המשפט חייב להיות יציב, אך אסור לו לדרוך במקום. יציבות בלא שינוי היא שקיעה. שינוי בלא יציבות היא אנארכיה. בית המשפט העליון צריך לסגור את הפערים בין המשפט לבין החיים, וכל זאת בלא לסכל ציפיות סבירות. על השופט להתאים את המשפט לחיים. עליו להבטיח יציבות תוך שינוי. תנועתה של ההלכה השיפוטית על פני ההיסטוריה המשפטית צריכה להיות זהירה. ראוי לה שתהא אבולוציונית ולא רבולוציונית, מעין "כתיבת שרשרת ספרותית" – על-פי דימויו היפה של פרופסור דבורקין. היא צריכה להיות מבוססת על התפתחות טבעית והמשכיות. היא צריכה לגלות עקביות. אכן, בין אמת ליציב – אמת עדיף; בין אמת לאמת – יציב עדיף. עם זאת, 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.

### (3) שמירה על אופיה הדמוקרטי של המדינה

ביצירה השיפוטית של המשפט, על בית המשפט העליון להגשים את הדמוקרטיה. זהו החשוב בערכיה של האומה. דמוקרטיה מבוססת על שלטון הרוב. עקרון זה מנחה את בית המשפט בפעולתו. על כן סרב בית המשפט להכריז על פסלותו של חוק שהתקבל על-ידי הרוב הדרוש, הנוגד ערכי יסוד. כיום הוא יעשה כן, וזאת רק משום שהכנסת – אשר כרשות מכווננת מיישמת את שלטון הרוב – העלתה את ערכי היסוד לרמה חוקתית. עם זאת, דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם זכויות אדם. משטר המבוסס על שלטון הרוב, אך השולל מהמיעוט את זכויות האדם שלו, אינו משטר דמוקרטי. משטר השולל מהפרט את זכויות האדם, אינו משטר דמוקרטי, גם אם השלילה נעשית על-ידי הליך פרלמנטרי המבוסס על החלטת רוב.

**(4) הקפדה על שלטון החוק והפרדת הרשויות**

מבין ערכי היסוד של השיטה, מעמד מיוחד יש ליתן לשלטון החוק ולהפרדת הרשויות. בית המשפט העליון מופקד על שלטון החוק במדינה. מכאן הרחבת דיני המעמד. נעילת דלתותיו של בית המשפט בפני אדם חסר אינטרס, המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין, פוגעת בהשלטת החוק. באין דיין – אין דין. יכולת הפנייה לבית המשפט היא אבן הפינה של שלטון החוק.

השלטת שלטון החוק משמעותה הקפדה על כך, כי כל אחת מרשויות השלטון תפעל במסגרת הסמכות שהחוק העניק לה, ועל פי השיקולים שהחוק קבעם. אין שום גורם במדינה שהינו מעל לחוק. על כן כפוף נשיא המדינה לחוק, ואם הוא מבצע פעולה בלתי חוקית, על בית המשפט לבטלה (בתקיפה עקיפה). הכנסת וחבריה כפופים לחוק. זהו שלטון החוק במחוקק. כאשר נטען שהכנסת מפירה את החוק, נוצר סכסוך הדורש הכרעה שיפוטית. שחרור הכנסת מביקורת שיפוטית משמעותו היתר לכנסת להפר את החוק. הוא הדין באורגנים של הכנסת, כגון המליאה, ועדות הכנסת או יושב-ראש הכנסת. כל אלה הם משרתי הציבור ונאמניו. הם אינם מעל לחוק. הם כפופים לחוק. כדי לקיים כפיפות זו, נדרשת ביקורת שיפוטית. בהעדר ביקורת שיפוטית קיימת סכנה להתפתחותה של התופעה, אשר השופט ויתקון כינה אותה "אבסולוטיזם פרלמנטרי". גם הרשות המבצעת כפופה לחוק. ביקורת שיפוטית על כל פעולות הממשלה חיונית למשטר דמוקרטי. ממשלה המשוחררת מביקורת שיפוטית, היא ממשלה המשוחררת מביקורת משפטית.

בצד שלטון החוק, על בית המשפט העליון לקדם את עקרון הפרדת הרשויות. על-פי הפישה המודרנית, הפרדת רשויות מבוססת על "בלמים ואיזונים". הפרדת רשויות, אין משמעותה שכל רשות לעצמה. הפרדת רשויות, משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות. מטרתה של הפרדת הרשויות אינה יעילות השלטון. מטרתה הינה החירות של הפרט. לשם כך נדרש פיקוח שיפוטי מקיף ויסודי של כל פעולות השלטון, שיעשו במסגרת הסמכות ועל-פי שיקולים כדין. כאשר בית המשפט העליון פוסל החלטת ממשלה, בהיותה בלתי סבירה, הוא אינו פועל מתוך הפרת עקרון הפרדת הרשויות. בית המשפט מגשים בכך את עקרון הפרדת הרשויות ואת עקרון שלטון החוק גם יחד.

**ד. הטכניקה: "איזון" ו"ציבור נאור"**

הנה כי כן, בית המשפט יוצר משפט. הוא עושה כן באמצעות אמות מידה המעוגנות בערכי היסוד, ובעיקר דמוקרטיה – שעניינה שלטון רוב וזכויות אדם – שלטון חוק והפרדת רשויות. כאשר ערכים אלה כולם מובילים לכיוון אחד, לרוב לא נדרשת יצירתיות שיפוטית. זו קיימת באותם מקרים בהם קיימות סתירות בין ערכי היסוד, בינם לבין עצמם. הבטחון והסדר הציבורי מובילים לכיוון אחד וזכויות האדם מובילות לכיוון אחר; זכויות האדם מתנגשות בינן לבין עצמן. חופש הביטוי מתנגש עם שמו הטוב של האדם. כיצד מוכרעת סתירה זו? הטכניקה אשר בית המשפט אימץ לעצמו, היא זו של האיזון. השופט מתחשב בערכים כולם. הוא נותן להם משקל. הוא מניח אותם על כפות המאזניים, ומאזן ביניהם. טכניקה זו פותחה בעיקר במשפט הציבורי. שלום הציבור אוזן עם חופש הביטוי, ובכך נוצרה "נוסחת האיזון", לפיה תינתן עדיפות לשלום הציבור, אם קיימת ודאות קרובה כי מתן חופש לביטוי יגרום נזק ממשי לשלום הציבור. טכניקה זו חלה בכל ענפי המשפט. היא חלה במשפט הפרטי. עקרון תום-הלב ועקרון הרשלנות מחייבים איזון בין ערכים מתחרים. כמובן, הדיבור על "משקל", "כפות מאזניים" ו"איזון" הוא דיבור מטאפורי.

הערכים והעקרונות אינם מתייצבים בפני השופט עם תווית בדבר משקלם. "משקל", משמעותו חשיבות חברתית יחסית. "כפות מאזניים", משמעותם השוואה בין ערכים חברתיים. "איזון", משמעותו קביעת אמות מידה עקרוניות המאפשרות לכל ערך להגשים את עצמו, תוך פגיעה מועטה ככל האפשר בערכים האחרים. "נוסחת האיזון" מבטאת את האופי היחסי של עקרונות היסוד, שאין בהם הכל או לא כלום, אלא "תן וקח".

כיצד נערכת פעולת האיזון? כיצד נקבע משקלם של הערכים? בהעדר כללים, הדבר נתון לשיקול דעת שיפוטי. אך מהי הפעלה ראויה של שיקול דעת זה? בית-המשפט העליון התמודד עם בעיות אלה. הוא קבע עם הקמתו כי הוא יודרך על-ידי מה שכונה על-ידי הנשיא זמורה ה"אני מאמין" של האומה, תוך שהוא יפעל – בלשונו של השופט לנדוי מלפני שלושים שנה – כ"פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב". אמת, גם הדיבור בדבר "אני מאמין" ו"ציבור נאור" הוא דיבור מטאפורי, אך זהו דיבור שיש בו הכוונה ומסר. הוא נועד להדגיש כי השופט פועל במסגרת הקונסנסוס החברתי העמוק, והוא משקף תפיסות יסוד חברתיות המעוגנות בתודעה הלאומית. השופט סופג את האתוס המשפטי ואת העקרונות העושים את חכרתו לדמוקרטית. הוא מבטא את המצפון הציבורי הכללי. הוא משקף את האמונות ארוכות הטווח של החברה.

#### ה. הביקורת והתשובה לה

שרטטתי תמונה על דרכי היצירה השיפוטית. השופט עוסק ב"חקיקה שיפוטית". הוא יוצר נורמות משפטיות כלליות. הוא עושה כן על-פי עקרונות היסוד של המשפט. פעילות זו אינה נעשית ללא ביקורת. ביקורת זו חשובה היא. יש להתמודד עמה. מהן הטענות, ומהי התשובה להן?

טענה אחת הינה, כי חקיקה הינה פונקציה של המחוקק, הנבחר על-ידי העם. אין זה ראוי כלל שהשופט יעסוק בחקיקה. התשובה על טענה זו הינה, כי כל עוד משפט הוא יצירה אנושית, אין מנוס מחקיקה שיפוטית. זו עשויה להיות רחבה יותר או צרה יותר, אך אין להמנע ממנה. אם החוק של הכנסת נעשה בידי בני-אדם, אם לשון אנוש אינה מתבטאת בנוסחאות מתמטיות, ואם כללי הפרשנות אינם כללים טכניים לחלוטין – כי אז חקיקה שיפוטית היא בלתי-נמנעת. אכן, המגמה בכל העולם היא להרחבת החקיקה השיפוטית ולא לצמצומה.

טענה שנייה היא, כי חקיקה שיפוטית – פרי שיקול הדעת השיפוטי – פוגעת בהפרדת הרשויות. התשובה לטענה זו הינה, כי ביקורת זו מבוססת על תפיסה רומנטית ובלתי מבוססת על הפרדת רשויות. תפיסה מודרנית של הפרדת רשויות, מתיישבת יפה עם חקיקה שיפוטית. השופט הוא שותף זוטר במפעל החקיקה. הוא שותף בכיר במפעל המשפט המקובל. כשם שהרשות המבצעת יוצרת משפט ואין בכך פגיעה שלא כדין בהפרדת הרשויות, כך גם הרשות השופטת יוצרת משפט, ואין בכך פגיעה בהפרדת רשויות. יצירת המשפט על-ידי השפיטה היא אינצידנטלית להכרעה בסכסוך; יצירת משפט זו – בכל הנוגע לפרשנות החוק – נובעת מהאצלת המחוקק עצמו. המחוקק, אשר ייצר את החוק, הסמיך את השופט לפרשו. אין כל אפשרות להפעיל את החוק בלא לפרשו. יצירת משפט מקובל היא חלק מהמסורת המשפטית שלנו. אם המחוקק אינו מרוצה מכך – הרשות בידו להרבות בחקיקה, ובכך לצמצם את תחום היצירה השיפוטית במסגרת המשפט המקובל הישראלי. אין כל בטחון, שבכך תצומצם החקיקה

השיפוטית. חקיקה הנזקקת למונחים כמו "כבוד האדם", "תום לב", "תקנת הציבור" ומונחי סתתום אחרים מגבירה את החקיקה השיפוטית.

טענה שלישית – ואף היא בגדר הפרדת הרשויות – הינה כי פיקוח שיפוטי של בית-המשפט העליון על הכנסת ועל הממשלה פוגעת בהפרדת הרשויות. אף טענה זו יש לדחותה. פיקוח שיפוטי על רשויות השלטון האחרות הוא לב ליבה של הפרדת הרשויות. כאשר בית-המשפט פוסק שיושב-ראש הכנסת הפר את תקנון הכנסת, בית-המשפט מגשים את עקרון הפרדת הרשויות, ואינו פועל נגדו: כאשר בית-המשפט פוסק שהכנסת הסירה שלא כדין חטינותו של חבר כנסת, מוגשם עקרון הפרדת הרשויות. עקרון זה מבוסס על "בלימה ואיזון" וזו מונחת ביסוד הביקורת השיפוטית.

אך האם לא מצויים תחומים שמן הראוי להשאירם מחוץ לביקורת השיפוטית, כגון ענייני בטחון או מדיניות חוץ? האין זה רצוי להניח לכנסת לפעול ללא ביקורת שיפוטית? מי שטוען טיעון זה, ראוי לו שיביט במציאות נכוחה, ויהיה ישר עם עצמו. הטענה איננה מדוע אין מאפשרים לרשויות השלטוניות לפעול כדין ללא מעורבות שיפוטית. הטענה הינה, מדוע אין מאפשרים לרשויות השלטוניות להפר את החוק ללא מעורבות שיפוטית. מה צידוק יש להיתר זה? היכן עקרון שלטון החוק? האם הפרדת רשויות אינה מתבטאת בביקורת הדדית ואיזון הדדיים? אם מבקשים לפעול פעולה, והיא אינה כדין, האם הדרך הראויה אינה בשינוי החוק, והפיכתה לחוקית? משיכת יד שיפוטית מענייני בטחון, אין משמעותה קידום הבטחון. משמעותה, מתן היתר לכסות בטחונית כשהשיקול האמיתי אינו בטחוני. משיכת יד שיפוטית מענייני בטחון, משמעותה מניעת איזון ראוי בין בטחון לזכויות אדם. שכן זאת יש לזכור: ביקורת שיפוטית, אין משמעותה התעלמות מבטחון. ביקורת שיפוטית, משמעותה הכרה בבטחון במסגרת הכרה בזכויות אדם. חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אדם אינן במה לכליון לאומי. אך בטחון אינו הכל. שלטון החוק – הוא בטחון; טוהר הנשק – הוא בטחון; חוקיות הפקודות – היא בטחון; שוויון בהקרבה – הוא בטחון; זכויות אדם – הן הבטחון.

אך האין תחומים "בלתי שפיטים"? האם בית-המשפט יאמר לצבא כיצד להלחם? תשובתי היא פשוטה: אין תחומים בלתי שפיטים. הכל שפיט. אם החוק קובע את חוקי המלחמה, כי אז בית-המשפט יפקח על זוקיות המלחמה. כך נהגה הקהילה הבינלאומית לאחר מלחמת העולם השנייה. כך נוהגים אנו מימים ימימה. וזכרו: בית-המשפט אינו מנהל מלחמה. הוא אינו פוקד על הצבא. בית-המשפט אך כוחן אם הדברים מתנהלים על-פי החוק.

אך האין זה מרחיק לכת להורות לצבא לחלק מסיכות גז בעת מלחמת המפרץ? התשובה פשוטה: כל עוד ההחלטה למי לא לחלק נעשתה על-פי אמות מידה שוויוניות, הוא במסגרת החוק, ובית-המשפט אינו מתערב. הוא נמנע מהתערבות, לא משום שהחלטה לא לחלק מסיכות גז אינה שפיטה, אלא משום שהיא שפיטה וחוקית. אך כשמחליטים להפלות בין אדם לאדם, כשמחליטים לחלק ליהודים בקרית ארבע ולא לערבים בחברון, אז בית-המשפט יתערב. הוא עושה כן, לא משום שהוא יודע כיצד לנהל מלחמה, אלא משום שהוא מבין מה זאת הפליה, והוא אמון על השוויון.

אך האין להניח לפחות את הכנסת, חופשית מביקורת שיפוטית? האין בה ייחוד כריבון בישראל, שאין לפקח עליו? אף כאן, תשובתי היא פשוטה: הכנסת אינה ריבון. הריבון הוא העם. חברי הכנסת הם נציגי העם. הנציג צריך לפעול במסגרת סמכותו. אסור לו להפר את האמון שהוא חב לשולחו – העם. על כן מתיישב הדבר עם הפרדת הרשויות, שחוק של הכנסת הסותר חוק-יסוד משוריון – יבוטל. חוק כזה נוגד את

הפרדת הרשויות, ודינו – להתבטל. דומה שדבר זה מוסכם הוא על רוב רובו של העם. אם כך לעניין חוק, מדוע יהא דין שונה לעניין החלטה שאינה חוק? מדוע יש להתיר ליושב ראש הכנסת, או יושב ראש ועדה בכנסת, להפר את תקנון הכנסת בלא פיקוח שיפוטי? האם הכנסת היא מעל לחוק? האם תוצאה זו נדרשת על-פי עקרון הפרדת הרשויות?

אומרים: פעולות הכנסת הן בלב העשייה הפוליטית. יש להניח עשייה זו לפוליטיקאים. ראוי להם לשופטים להתרחק מכך, שמא יואשמו השופטים עצמם בפוליטיקה. טיעון זה אינו מניח את הדעת. שופט המפקח על עשייה פוליטית עושה כן על-פי אמות מידה משפטיות, ולא פוליטיות. במה שונה פעילות פוליטית מכל פעילות אחרת, לעניין הפיקוח והביקורת השיפוטיים? האם אנו מוכנים לסבול פוליטיקה ללא חוק, ופוליטיקה תוך הפרת החוק? ואם פוליטיקה היא היתר למניעת ביקורת שיפוטית, מדוע להעצר בכנסת? וכי ראש הממשלה ושרים אינם עוסקים בפוליטיקה?

אכן, השלטת החוק בשלטון מתבקשת מעקרון הפרדת הרשויות, ואין היא נוגדת לו. זו גם המגמה במדינות אחרות בעולם. הנה לאחרונה שמענו, כי בית-משפט בפאקיסטן פסק כי החלטת הנשיא לפזר את הפרלמנט אינה חוקית. בית-משפט בגרמניה פסק, כי אין זה בניגוד לחוקה, אם חיל האוויר הגרמני יבצע פעולות סיור מעל סרביה. בית-משפט בקנדה פסק, כי הוא מוסמך לקבוע אם הצבת טילים על אדמת קנדה תואמת את החוק. בתי-משפט במדינות דמוקרטיות מפקחים על הפרלמנטים. בית-המשפט החוקתי הגרמני פסק בכל הנוגע לשיבוץ חברי פרלמנט בוועדות השונות, ובאשר לחוקיות תקנון הפרלמנט. בית-המשפט העליון בארצות-הברית פסק לאחרונה, כי בנסיבות קיצוניות יתערב בהליכי ה־ impeachment המתנהלים בפני הסנט. אמת, במספר עניינים הקדמנו את האחרונים. מה רע בכך?

טיעון רביעי נגד יצירת משפט שיפוטית מבסס עצמו על הדמוקרטיה. האם ראוי הוא ששופט – שאינו נבחר, ושאינו accountable לבוחר – יקבע את האיזונים הראויים בין ערכים? האין פעילות זו נוגדת את הדמוקרטיה? תשובתי היא פשוטה: אם דמוקרטיה משמעותה אך שלטון הרוב – כי אז יצירה שיפוטית אינה דמוקרטית. אך על-פי אמת מידה זו, גם חוקה אינה מסמך דמוקרטי, שכן היא מגבילה את הרוב של היום. זוהי תפישה חד-מימדית של דמוקרטיה. דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטון ערכי היסוד, ובמרכזם זכויות אדם. בראיה רבי-מימדית זו, היצירה השיפוטית אינה פוגעת בדמוקרטיה, כשם שחוקה אינה פוגעת בדמוקרטיה. בראיה מקיפה זו היצירה השיפוטית מקדמת את הדמוקרטיה ושומרת עליה. דווקא העובדה שהשופט – להבדיל מהפוליטיקאי – אינו עומד לבחירה מחודשת כל ארבע שנים, היא המעניקה לו את העצמאות, והיא המאפשרת לו לתת ביטוי לתפישות היסוד של החברה ולזכויות האדם של הפרט, גם אם אלה אינן מקובלות על הרוב של אותה שעה.

טיעון חמישי הנשמע לעתים כנגד יצירה שיפוטית – והוא מוגבל בעיקר לתחומי המשפט הציבורי – הוא כי מעורבות שיפוטית משבשת את דרכי השלטון. הוא מחלישה את כוח ההחלטה של הרשויות השלטוניות, והיא הופכת את בית-המשפט ל"מנהל המדינה". טיעון זה מופרך הוא. מספר המקרים הבא בפני בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, ואשר בו מתקיימת יצירתיות שיפוטית, הוא מועט. אלה עשרות אחדות בכל שנה. האם ניתן לטעון ברצינות כי באמצעות החלטות מעטות אלה בית-המשפט "מנהל את המדינה"? אכן, המדינה מתנהלת על-ידי רשויות השלטון השונות ולא על-ידי בית-המשפט. בית-המשפט שומר על חוקיות פעולתן. אין הוא מתערב ביעילותה או בתכונתה של פעולת שלטון, אלא אך בחוקיותה. כאשר ניתן

לבצע פעולה במספר דרכים חוקיות, אין בית-המשפט מחליף את שיקול הדעת השלטוני בשיקול דעתו שלו. אך כאשר השלטון פועל בניגוד לחוק – בית-המשפט שומר על החוק. בכך אין שיבוש של דרכי שלטון, אלא שמירה על כך שדרכי השלטון לא ישתבשו. בכך אין החלשה של רשויות השלטון, אלא שמירה על כוחן של רשויות השלטון, שהאחת לא תשיג את גבול רעותה, ושזכויות האדם לא ייפגעו.

טיעון נוסף, הנשמע לעתים, הוא זה: יצירת משפט על-ידי שופט היא פרי שיקול הדעת השיפוטי. בהעדר כללים, היא פרי הסובייקטיביות של כל שופט ושופט. תופעה זו אינה רצויה, ויש להמעיט בה ככל האפשר. התשובה על טיעון זה היא מורכבת. אכן, יצירתיות שיפוטית, משמעותה שיקול דעת שיפוטי, והנחתה היא העדרם של כללי משפט מכוונים. מבחינה זו, היא אכן פרי הסובייקטיביות השיפוטית. יחד עם זאת, מן הראוי לציין שני אלה: ראשית, שיקול דעת שיפוטי אין משמעותו שיקול דעת מוחלט. שיקול הדעת השיפוטי – ככל שיקול דעת שלטוני – הוא לעולם מוגבל. שופט אינו חופשי לעשות כרצונו; שנית, השופט מגשים את ערכי היסוד של השיטה, גם אם אלה אינם ערכיו שלו. לא את תפישת העולם הסובייקטיבית שלו מגשים השופט, אלא את ערכיה של שיטתו. הוא פועל באופן אובייקטיבי, במובן זה שהוא פועל על בסיס ערכים שהם חיצוניים לו. ערכים אלה מבוססים על ההסכמה החברתית המונחת ביסוד שיטת המשפט. עם זאת, אין לכחד שהיצירתיות השיפוטית היא בעלת מימד סובייקטיבי. אך כלום אפשר אחרת? כלום נרצה אחרת, גם אם זה היה אפשרי? עם זאת, קיומה של סובייקטיביות שיפוטית זו, כנתון בלתי נמנע, מחייב את השופט לזהירות מרובה. עליו לקיים את אמון הציבור. אין לו לשופט, לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו הוא אמון הציבור בו. בית-המשפט אינו יכול לתפקד כראוי מבלי שאמון הציבור נתון לו. אין זו הסכמה להחלטותיו, אלא אמון בטוהר החלטותיו, ואמונה כי השופט אינו צד למאבק הכוחות, וכי לא על כוחו שלו נאבק השופט, אלא על שלטון החוק הוא נאבק. אמון זה של הציבור אין משמעותו העדר ביקורת. נהפוך הוא: ביקורת חשובה לכל גוף בעל סמכות. היא חיונית לשפיטה אשר עשויה לטעות ולעתים אף טועה. אך הביקורת צריכה להיות עניינית; היא צריכה להיות מבוססת על הבנת מורכבות התפקיד, ולא על סברות כרס פסיכולוגיות, שבינן לבין תיפקודו הראלי של בית-המשפט העליון אין ולא כלום. שכן זאת יש לדעת: אמון הציבור הוא נכס שברירי. יש לטפחו ולשמרו.

#### 1. סוף דבר

הנה כי כן, בית-המשפט העליון הוא מוסד מורכב. הוא אינו רק בית-משפט לערעורים. הוא עוסק, אגב המקרה הספציפי, ביצירת משפט כללית. הוא עוסק בחקיקה שיפוטית. בכך הוא מקדם את שלטון החוק ואת הפרדת הרשויות. בכך הוא מגשים את הדמוקרטיה במובנה העמוק. עם זאת, היצירתיות השיפוטית מחייבת זהירות רבה. היא מחייבת ריסון שיפוטי עצמי ניכר. מי ששומר כי אחרים לא יחרגו מסמכותם, חייב להישמר כפל כפליים שלא לחרוג מסמכותו. היא מחייבת רגישות לערכי יסוד ולזכויות אדם, תוך יכולת הבתנה בין הסובייקטיבי לבין האובייקטיבי. היא מחייבת עמידה על עקרונות היסוד, מאבק כנגד רוחות שעה חולפות. כאשר שופט יוצר משפט, הוא עצמו עומד למשפט. היא מחייבת הכרת העם ובעיותיו. אף שאנו מצויים במגדל שן, הרי הוא נטוע בהריה של ירושלים ולא באולימפוס היווני. השופט חייב לנוע עם ההיסטוריה של העם. קשה הוא תפקידו. לא שררה יש בו, אלא עבדות.