

על רשויות וערכים בישראל

דברים בטקס חילופי הנשיאים בבית-המשפט העליון*

מאת: אהרן ברק

על הנשיא שמגר

במעמד זה - בו מיוצגות כל רשויות השלטון - מבקשת מדינת ישראל לומר שלום לאחד מגדולי שופטיה. בבית זה - מפעלו הגדול של הנשיא שמגר, המשקף את עוז רוחו ואהבת האדם שבו - מבקשים שופטי ישראל, על כל ערכאותיהם, להביע תודה לאחד מחשובי השופטים שקמו למדינת ישראל מאז הקמתה. בשעה זו, מבקשים אנו, שופטי בית-המשפט העליון, להיפרד בברכה חמה מאחינו הבכור, אשר לאחר כעשרים שנות שיפוט בבית-המשפט העליון - בהן העשיר את המחשבה המשפטית כפי שרק מעטים משופטיה של ישראל עשו - פשט את גלימת השופט. ובאירוע מיוחד זה מבקש אני להביע את הוקרתי האישית לתבירי הטוב מאיר, אשר מילא במשך שתיים-עשרה שנה את תפקיד נשיא בית-המשפט העליון, וזאת בתבונה, בכבוד, ומתוך הערכה של כולנו.

הנני השמיני לנשיאי בית-המשפט העליון. קדמו לי הנשיאים משה זמורה, יצחק אולשן, שמעון אגרנט, יואל זוסמן, משה לנדוי, יצחק כהן ו-מאיר שמגר. כל אחד מהם תרם מכוחו ומתבונתו לגיבוש המסורת אשר במסגרתה פועל בית-המשפט העליון. כל אחד מהם כתב פרק בספר המשפט והשיפוט של מדינת ישראל. הנשיא אינו אלא ראשון בין שווים. 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. הוא פיתח וקידם את המשפט הישראלי בכל אחד מענפיו. כחוט השני עוברת בפסיקתו השאיפה להגשמת שלטון החוק; לביסוס הפרדת הרשויות; להבטחת עצמאות השפיטה; להכרה בזכויות האדם. בכל אלה השכיל הנשיא שמגר למצוא את נקודת האיזון הראויה בין הפרט לכלל; בין היחיד לחברה; בין זכות האדם לטובת הציבור. הנשיא שמגר ידע להיות אקטיביסט שיפוטי מקום בו נדרשה הגנה על זכות הפרט ועל טוהר השלטון ואמון הציבור בו; הוא ידע להיות בעל ריסון עצמי מקום בו נדרשה הגנה על אינטרס הציבור ועל תפקודן הטבעי של רשויות השלטון. בכל אלה השאיר אחריו הנשיא שמגר תורה סדורה, אשר תשמש מורשת משפטית ושיפוטית למשפטה של מדינת ישראל ולשופטיה. האיש שמגר פרש. אך השופט שמגר נשאר עימנו. שמו יעלה באולמות בית-המשפט. תורתו תעלה מהספרים, והספרים הם עימנו תמיד.

על המשנה לנשיא, השופט ש' לוי

מבקש אני לברך את אחי הטוב, שלמה לוי, עם מינויו כמשנה לנשיא בית-המשפט העליון. השופט שלמה לוי עשה את דרך המלך של כל שלבי השיפוט

* הטקס התקיים ביום פתיחת שנת המשפט (ה-12.9.95) בבית-המשפט העליון. הדברים מובאים כלשונם.

בישראל – שופט בית־משפט השלום, שופט בית־המשפט המחוזי ושופט בית־המשפט העליון. הוא נטוע כל כולו באדמת השיפוט והמשפט. הוא משפטן בחסד, ושופט שאין שני לו; צדק ויעילות התמוזגו בו, תוך איזון נדיר. הוא חבר טוב. משוכנע אני כי הוא ימשיך לתרום את תרומתו הטובה למשפטה של מדינת ישראל ולשיפוטה.

דמוקרטיה חוקתית

מדינת ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. מדינת ישראל היא דמוקרטיה משום ששולט בה עקרון הרוב, ומשום שהיא מכירה בזכויות האדם. אכן, דמוקרטיה מבוססת על שני אדנים: שלטון הרוב וזכויות הפרט. אין דמוקרטיה בלי שלטון הרוב; אין דמוקרטיה בלי זכויות אדם. משטר המקיים שלטון רוב אך אינו מגן על זכויות האדם, או שולל אותן מהמיעוט, אינו משטר דמוקרטי.

מדינת ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. חוקתנו הם חוקי היסוד. הם קובעים את מבנה רשויות השלטון. הם מעגנים את זכויות האדם. אמת, מפעל החוקה טרם הסתיים. חלקים חשובים של החוקה טרם כוננו. אך לב ליבה של החוקה קיים ועומד.

רשויות השלטון

בראש המדינה עומד הנשיא. הוא משקף את האחדות הלאומית. הוא מסמל את הריבונות. המדינה עצמה פועלת באמצעות שלוש רשויות שלטוניות.

הראשונה בשילוש זה היא הכנסת. היא בית הנבחרים של המדינה. היא הרשות המחוקקת. היא מכוננת את הממשלה והיא המביאה להתפטרותה בהצבעת אי־אמון בה. הרשות השנייה היא הממשלה. היא הרשות המבצעת של המדינה. גם כאשר ראש הממשלה יכהן מכח בחירה ישירה, אין הוא הופך בכך לרשות המבצעת. המשטר שלנו אינו משטר נשיאותי, ועל־פי המבנה החוקתי שלנו הרשות המבצעת היא הממשלה, והיא נתונה לפיקוח הכנסת. הרשות השלישית היא הרשות השופטת. היא מכריעה בסכסוכים. תוך הכרעתה בסכסוך, וכתוצר לוואי של הכרעה זו, מפרשת הרשות השופטת את החוקה והחוקים, משלימה חסר המתגלה בהם, ויוצרת משפט מקובל נוסח ישראל.

רשויות השלטון הן שוות מעמד

הנורמה העליונה במדינת ישראל הם חוקי היסוד המהווים את החוקה שלנו. על־פיהם מוקמות שלוש הרשויות השלטוניות העיקריות. כל אחת מהן מוגבלת בסמכותה ובכוחותיה. אף אחת מהן אינה כל־יכולה. אכן, משטר דמוקרטי נבחן בכך שאין בו רשות שסמכויותיה הן בלתי מוגבלות ומוחלטות. מהותו של המשטר הדמוקרטי היא שסמכויותיה של כל אחת מהרשויות השלטוניות הן מוגבלות, כולן כפופות לחוקה ומוגבלות על־ידה. אין להם לכנסת, לממשלה ולבתי־המשפט, אלא הסמכויות שניתנו להם בחוקי היסוד ומכות חוקי היסוד. שלוש הרשויות השלטוניות הן שוות מעמד. שלושתן יונקות כוחן מחוקי היסוד, אשר מצידם יונקים כוחם מהעם. עם זאת, הכנסת היא בעלת מעמד מיוחד. מעמד זה ניתן לה לא משום שהיא הריבון. הריבונות היא של העם, ואין בבחירת הכנסת משום האצלת הריבונות אליה, כשם שבבחירה אישית של ראש הממשלה אין משום

האצלת הריבונות אליו. הריבונות היא של העם, ושל העם בלבד. עם זאת, הכנסת היא הראשונה בין השוות. המייחד אותה, בין השאר, הוא שבידה הכח לשנות את מבנה רשויות השלטון.

הפרדת הרשויות

התפיסה שכל אחת משלוש הרשויות מוגבלת בכוחותיה מונחת ביסוד העקרון של הפרדת הרשויות. זהו עקרון מרכזי במבנה של הדמוקרטיה החוקתית שלנו. על-פיו, הפונקציות השלטוניות מחולקות בין הרשויות השלטוניות, ואין הרשות האחת משיגה את גבול סמכותה השלטונית של הרשות האחרת. לעתים קרובות נטענת הטענה, כי אחת הרשויות השלטוניות חרגה מסמכותה או הפעילה את סמכותה שלא כדין. כאשר טענה זו היא חלק מסכסוך אשר הכרעתו נתונה לבית-המשפט, על בית-המשפט להכריע בסכסוך, ובכך גם לקבוע אם אכן היתה חריגה מהסמכות של הרשות השלטונית או שימוש לא חוקי בסמכות. בקביעה זו, אין הרשות השופטת חורגת מסמכותה היא בקרב שלוש הרשויות. סמכותה היא להכריע בסכסוך, וזאת היא עושה. אך מעבר לכך: קיומה של הפרדת רשויות מחייב מנגנון הכרעה בשאלה אם אמנם אחת הרשויות חרגה מסמכותה או הפעילה את סמכותה שלא כדין. מנגנון הכרעה זה צריך להימצא מחוץ לרשות שלפי הטענה חרגה מסמכותה או הפעילה אותה שלא כדין. במסגרת עקרון הפרדת הרשויות – וכתוצר לוואי של תפקיד הכרעה בסכסוך – מצוי מנגנון הכרעה זה בידי הרשות השופטת. עליה הוטל התפקיד לשמור על חוקיות השלטון. עליה הוטלה המשימה – כחלק מהכרעת הסכסוך המונח בפניה – לקבוע אם הרשויות השלטוניות חרגו מסמכותן, או הפעילו את סמכותן שלא כדין. אכן, עקרון הפרדת הרשויות, אין משמעותו כי כל רשות רשאית לחרוג מסמכותה בלא שהרשויות האחרות יתערבו בכך. עקרון הפרדת הרשויות, אין משמעותו כי בגדרי סמכותה, הרשות יכולה לפעול שלא כדין. הפרדת רשויות אינה דיקטטורה של הרשויות. הפרדת רשויות משמעותה, שכל רשות עצמאית בתחומה היא, כל עוד היא פועלת כדין. כאשר בית-המשפט קובע – בגדר סכסוך המובא בפניו – כי חוק שהכנסת חוקקה פוגע שלא כדין בהוראות חוק היסוד – אשר אף אותו קבעה הכנסת – אין בית-המשפט פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. נהפוך הוא: בית-המשפט מגשים את התפקיד הקלאסי של הכרעה בסכסוך; הוא נותן ביטוי לתפקידו המרכזי לפרש את החוקה ולשמור עליה מפני פגיעה בה; בפעולתו זו הוא מחזיר את האיזון החוקתי המונח ביסוד עקרון הפרדת הרשויות, איזון שהופר שעה שהחוק חוק הפוגע שלא כדין בחוקי היסוד.

וכאן מתבטא מעמדה המיוחד של הרשות השופטת. ציינתי, כי לכנסת מעמד מיוחד. כולם – לרבות הכנסת – כפופים לחוק, אך הכנסת היא זו שמחוקקת את החוק. כולם, לרבות הכנסת – כפופים לכללי המשחק, אך הכנסת היא זו היכולה לשנות את כללי המשחק. מעמדה המיוחד של הרשות השופטת מתבטא בכך שבידה הסמכות לקבוע אם השימוש שעשתה הכנסת בכח החקיקה הוא במסגרת חוקי היסוד. אמת, הכנסת רשאית לשנות את כללי המשחק. אך בית-המשפט הוא הקובע אם השינוי בכללי המשחק נעשה על-פי כללי המשחק. כך מקובל אצלנו. כך מקובל ברוב מדינות העולם, בהם נוהגת דמוקרטיה חוקתית. וכאן מתגלה בפנינו המהות העמוקה של עקרון הפרדת הרשויות. עקרון

הפרדת הרשויות נועד לבטא את ייחודה של כל רשות, ובעת ובעונה אחת הוא נועד למנוע מצב דברים שבו ייחוד זה יגרום לשיבוש העקרון עצמו. אמת, ייחודה של הכנסת הוא בכך שהיא יכולה לשנות את המסגרת הנורמטיבית הקיימת באמצעות הפעלת כח החקיקה. אך היא חייבת לעשות כן במסגרת החוקה. פרשנות החוקה אינה בסמכותה הייחודית של הכנסת. סמכות זו נתונה דווקא לבית המשפט. בית המשפט אינו מוסמך לכונן חוקה או לחוקק חוק, אך הוא מוסמך לפרשם ולקבוע כי השימוש בכח החקיקה עצמו נעשה שלא כדין. בכך בא לידי ביטוי המובן המודרני של הפרדת הרשויות, שעניינו האיזון והבקרה ההדדיים בין הרשויות השלטוניות. אכן, שלוש הרשויות שוות הן, לכל אחת מהן ייחוד משלה, ואף בכך שוות הן; ייחודה של האחת מתאזן בייחודה של השנייה. בכך מובטחת ההרמוניה הפנימית בשיטה. לאף רשות אין סמכות מוחלטת. הרשויות שוות וקשורות זו בזו. מתקיימים ביניהן איזון ובקרה. מטרתו העיקרית של האיזון והבקרה אינה יעילות השלטון. המטרה העיקרית היא חירות האדם.

על זכויות האדם

אכן, ביסוד הדמוקרטיה החוקתית עומדות זכויות האדם. זכויות אלה הוכרו במדינת ישראל מאז הקמתה, חלקן הוכרו בחקיקה. רובן הן פרי ההלכה הפסוקה. עם זאת, זכויות האדם התאפיינו עד לאחרונה בחולשה נורמטיבית. חוק של הכנסת רשאי היה לשנותן ולפגוע בהן. בכל אלה חל לאחרונה שינוי מהותי. נחקקו שני חוקי יסוד העוסקים בזכויות האדם. הצטרפנו לאומות הדמוקרטיות המעניקות לזכויות האדם מעמד חוקתי. חוק של הכנסת, הפוגע בזכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד, ושאינו מקיים את הדרישות של חוקי היסוד, הוא חוק לא חוקתי. על-פי המסורת החוקתית שלנו, מסמכותו של בית המשפט, כחלק מעקרון הפרדת הרשויות, להכריז על בטלותו של החוק. כך מקובל במרבית המדינות בהן גוהגת דמוקרטיה חוקתית. הפוליטיקה של זכויות האדם הפכה לפוליטיקה חוקתית.

כמובן, בכך לא הפכו זכויות האדם לזכויות מוחלטות. זכויות האדם הן תמיד מוגבלות ויחסיות. זכותו של פרט אחד מוגבלת על-ידי זכותו של פרט שני. זכות הפרט האחד היא לעתים חובת הפרט האחר. זכותו של הפרט מוגבלת על-ידי צרכי הכלל. ניתן לפגוע בזכות אדם אם החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם הוא נועד לתכלית ראויה, ואם הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש. אכן, זכויות האדם אינן זכויותיו של אדם על אי בודד. זכויות האדם הן זכויותיו של אדם כחלק מחברה. זכויות הפרט מניחות קיומה של חברה, קיומו של שלטון וקיומן של מטרות לאומיות. הן מניחות כי כח השלטון הוא חיוני לקיומה של המדינה ולקיומן של זכויות האדם עצמן. ההגבלה על זכויות האדם משקפת פשרה לאומית בין צרכי המדינה וזכות הפרט. היא פרי ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסורת המדינית גם יחד. היא נועדה למנוע את הקרבת המדינה על מזבח זכויות האדם, ולמנוע את הקרבת זכויות האדם על מזבח המדינה. אכן, ההגנה על זכויות האדם מחייבת שמירה על מסגרת חברתית-מדינית אשר מצידה מבוססת על ההכרה העמוקה בחיוניות השמירה על זכויות האדם. זו הדיאלקטיקה הקונסטיטוציונית. זכויות האדם וההגבלות המוטלות עליהן יונקות מאותו מקור, ומשקפות אותם ערכים. אכן, זכויות האדם אינן מוחלטות. הן ניתנות להגבלה. אך להגבלה של זכויות האדם יש גבולות.

נהה כי כן, זכויות האדם בישראל, עד כמה שהן מעוגנות בחוקי היסוד, עלו במעמדן הנורמטיבי. ניתן להן מעמד חוקתי. לשינוי זה השלכות מרחיקות לכת. אזכיר ארבע: ראשית, לשינוי זה השפעות רטוריות חשובות. עד כה נהגה אצלנו רטוריקה של סמכות, כת ושיקול דעת מינהלי. בעקבות השינוי החוקתי, יש להניח כי נעבור לרטוריקה של זכויות האדם. לא הכח השלטוני הוא שיקבע את זכות האדם, אלא זכות האדם באיוונה הראוי תקבע את הכח השלטוני. מרטוריקה של סעדים נעבור לרטוריקה של זכויות. לא הסעד הוא שמוליד את הזכות, אלא הזכות מולידה את הסעד. הרטוריקה החדשה תגביר את המודעות לזכויות. לזכויות הילד; לזכויות הנכה; לזכויות החולה; לזכויות העובד; לזכויות המיעוט; לזכויות האשה; לזכויות האדם באשר הוא אדם. היא תסייע בהפנמת השינוי החוקתי, ובהפיכתו לחלק משגרת החיים. היא תסייע בהגברת המודעות לזכויות האדם ולחובותיו; היא עשויה לגרום לשינוי בתרבות המשפטית והפוליטית שלנו.

השינוי השני מתבטא בקונסטרויציונליזציה של המשפט הישראלי. כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית יושפעו מההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט, ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות. כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית יצטרכו להתאים עצמם להסדרים החוקתיים. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות. השינוי השלישי מתבטא בהעמדת כבוד האדם וחירותו במרכז זכויות האדם. בכך העניקה מדינת ישראל משקל מיוחד לערך זה, אשר יקרין את השפעתו באיוון המתבקש בין פרט לכלל בחברה הישראלית. לבסוף, הורחבה הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. היא משתרעת עתה על כל החקיקה הפוגעת בזכויות האדם החוקתיות.

מעמד הרשות השופטת

מצב דברים זה מטיל אחריות כבדה על בתי המשפט בישראל. במסגרת שילוש הרשויות, על הרשות השופטת הוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק בשלטון. הרשות השופטת היא מבצרו של הפרט כנגד השלטון. עליה לשמור על זכותו של הפרט כנגד הפרט, ועל זכותו של הפרט כנגד הציבור; על זכותו של המיעוט החברתי כנגד הרוב החברתי; על זכות החלש כנגד זכות החזק. לשם כך עליה לבחון את חוקתיותה של החקיקה ואת חוקתיותן של פעולות הביצוע. בעשותה כן עליה להיות מודעת לערכי היסוד של העם. כאשר ערכים אלה מתנגשים, יש לאזן ביניהם. על הרשות השופטת לעשות כן באובייקטיביות שיפוטית. עליה לתת ביטוי למצפון הציבורי הכללי, לקונצנווס החברתי, לאתיקה המשפטית והחברתית, לעקרונות היסוד ולשכנוע הערכי של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראויה ובלתי ראויה. עליה לתת ביטוי להמשכיות ההיסטורית של התקומה הלאומית ולתפיסות היסוד המודרניות. עליה לבטא את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. עליה לשקף את המורשת היהודית והציונית שלנו. עליה לבטא את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, המגינה על כלל אזרחיה ותושביה, בלא הבחנה לפי דת, גזע או מין. עליה לשאוף לאחדות לאומית וחוקתית. עליה לקדם הרמוניה חברתית וחוקתית. עליה להתבסס על הלשון, התרבות, ההיסטוריה, והפילוסופיה גם יחד.

בביצוע תפקידה החוקתי, על הרשות השופטת להתרחק מכל שיקול פוליטי. אמת, להכרעותיה השלכות פוליטיות, אך הכרעותיה אינן נעשות מתוך שיקולים פוליטיים. שיקוליה הם משפטיים-חוקתיים. בית-המשפט אינו בוחן את תבונתן של הרשויות השלטוניות האחרות, אלא את חוקיות פעולתן. זכויות האדם החוקתיות מניחות קיומו של מרחב זיקיתי, בו נתון למחוקק כח תמרון חקיקתי להגשים את שאיפותיו הפוליטיות. חוקי היסוד אינם מניפסט פוליטי או פילוסופי. הם מאפשרים לכל זרם פוליטי בחברה הישראלית להגשים את יעדיו הפוליטיים. הרשות השופטת אינה קובעת את תוכן החקיקה. היא אינה קובעת את סדרי העדיפויות הלאומיות. הרשות השופטת שומרת על החוקה. היא שומרת על גבולות הסמכות השלטונית. בכך היא מגינה על זכויותה אדם.

מעמדה של הרשות השופטת בישראל אינו פרי המצאה שיפוטית ישראלית. הוא פרי הוראות חוקי היסוד עצמם, שכוננו על-ידי הכנסת. מעמדו של בית-המשפט בהסדר החוקתי – מעמד של רשות שווה בין שלוש הרשויות – אינו פרי אימפריאליזם שיפוטי. הוא פרי ההכרה בצורך לקיים זכויות אדם בגדריה של הפרדת רשויות. מעמד זה אינו מיוחד לישראל. הוא קיים בכל המדינות הדמוקרטיות, בהן מקובלת דמוקרטיה חוקתית. בכל אלה, ובישראל, אין השופט נאבק על כוחו. אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו הוא אמון הציבור בו. בית-המשפט אינו יכול לתפקד כראוי בלי שאמון הציבור נתון לו. אין זו הסכמה להחלטותיו, אלא אמון בטוהר שיקוליו. זהו אמון הציבור באמת הבסיסית והפשוטה, כי משקל הטיעון ולא זהות הטוען הוא המכריע את הכף. זהו האמון כי השופט אינו צד למאבק הכוחות, וכי לא על כוחות שלו נאבק השופט. זהו אמון הציבור כי השופט אינו מבקש לנהל את ענייני המדינה, וכל שמבקש הוא להבטיח כי ענייני המדינה ינוהלו במסגרת החוקה והחוק. זה אינו אמון הציבור בתבונתו היתירה ובחוכמתו המיוחדת של השופט, שהרי השופט הוא כאחד האדם. זה אמון במקצועיותו של השופט, ביכולתו להבחין בין "האני מאמין" שלו לבין "האני מאמין" של המדינה, בעצמאותו האישית והמוסדית, וביכולתו לשקף את תפישות היסוד של האומה. זהו אמון הציבור, כי דווקא משום שהשופט אינו נבחר על-ידי העם, ואינו מציג בפניו מצע פוליטי או חברתי, הוא מסוגל לתת ביטוי לתפיסות העומק של החברה, מבלי שהוא יושפע מרוחות השעה החולפות.

סוף דבר

היום נפרדים אנו מהנשיא שמגר. הפרידה מהולה בעצב. מאחלים אנו לו בריאות טובה, ושנים פוריות של הגשמה עצמית. היום פותחים אנו מירושלים את שנת המשפט. מי יתן ונעשה כולנו צדק. צדק במשפט. צדק מתוך יעילות והגינות. "ואשיבה שפטיך כבראשונה ויעציך כבתחילה, אחרי כן יקרא לך עיר הצדק, קריה נאמנה. ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה".