



שִׁנְיָוֶנֶת

האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים

כסלו תשס"ד (נובמבר 2003) חס' 25



תפקיד השופט בחברה דמוקרטית

קטעים מתוך הרצאתו של פרופ' אהרון ברק, נשיא בית המשפט העליון, בכינוס השנתי של הדירקטורים בישראל מטעם המרכז הישראלי לניהול בט"ו בתמוז תשס"ג (15 ביולי 2003)

גמישות. השאלה היא מידת הגמישות. על השופט להתחשב במערכת מורכבת של שיקולים. אעמוד על שלושה מהם:

(א) שיקולים של שיטה: פיתוח המשפט צריך לשמור על קוהרנטיות נורמטיבית בתוך השיטה. כל פסק דין צריך להשתלב במסגרת השיטה. כפי שציין פרופ' פולר (Fuller):

Those responsible for creating and administering a body of legal rules will always be confronted by a problem of system. The rules applied to the decision of individual controversies cannot simply be isolated exercises of judicial wisdom. They must be brought into, and maintained in, some systematic interrelationship; they must display some coherent internal structure.

שופט המפתח את המשפט אינו עושה מעשה חד-פעמי המנותק ממערכת נורמטיבית קיימת. השופט פועל במסגרת שיטה, ופסק דינו צריך להשתלב לתוכה. לשם כך יש להבטיח כי השינוי יהיה אורגני, וההתפתחות הדרגתית וטבעית. השינוי צריך להיות בדרך כלל מתוך אבולוציה ולא מתוך רבולוציה. עניין לנו ברצף ולא בדילוגים. יש להבטיח המשכיות. הפעילות השיפוטית – כדימויו היפה של פרופ' דבורקין – היא כתיבתו של ספר בידי כמה מחברים זה לאחר זה. השופטים ששוב אינם מכהנים כתבו את הפרקים הקודמים. עלינו לכתוב עתה את המשכה של היצירה. עלינו להתבסס על העבר מתוך רצף של המשכיות היסטורית. והפרקים שאנו כותבים הופכים עם כתיבתם לפרקים מהעבר. פרקים חדשים, פרי יצירתם של שופטים חדשים, ייכתבו בעתיד. כמו כן יש להבטיח עקיבות. במקרים דומים עלינו לפעול באופן דומה, אלא אם כן יש נימוק ראוי להבחנה בין המקרים. כל זאת לא מונע סטייה מהתקדימים הקיימים. אך כל זאת מבטיח שהסטייה תהיה ראויה; שתבטא היגיון ולא כוח; ושתיעשה משיקולים ראויים של מדיניות משפטית, באופן שהתועלת הצומחת מהשינוי תעלה על הנזק שבדין הקודם ובעצם השינוי בו. אכן, סטייה מתקדים של בית המשפט העליון היא עניין רציני ואחראי. אמת, אין קדושה בתקדים, אך גם הסטייה ממנו אינה תכלית לעצמה. הסטייה מתקדים אינה צריכה להיות הכלל אלא החריג. וכאשר הסטייה מתקדים מתרחשת, ראוי לציין זאת במפורש ולקבל אחריות אישית מפורשת לעריכת השינוי. עקרון השקיפות, מן הראוי לו שיחול גם על הרשות השופטת. "נטל ההוכחה" בעניין זה מן הראוי שיוטל על המבקש לסטות מתקדים. על כן, במקום שכפות המאזניים מעוינות, יש לדבוק בתקדים. ואם הייתי בפרשה

המשפט מסדיר יחסים בין בני אדם. הוא קובע דפוסים ואורחות חיים. הוא מבטא את ערכיה של החברה. תפקידו של השופט הוא להבין את ייעודו של המשפט בחברה ולאפשר לו להגשים ייעוד זה. משפטה של חברה הוא יצור חי. הוא מבוסס על מציאות עובדתית וחברתית נתונה. מציאות זו אינה קבועה. היא משתנה כל העת. יש והשינוי חד ומידי. קל לאתר אותו. יש והשינוי קל והדרגתי. נדרשים ריחוק ופרספקטיבה כדי לעמוד עליו. אך השינוי תמיד קיים. לעתים השינוי במשפט מקדים את המציאות ואף נועד לעצב אותה. ברוב המקרים השינוי במשפט בא בעקבות המציאות המשתנה. אכן, עם השינוי במציאות החברתית נדרש שינוי גם במשפט. כשם שהשינוי במציאות החברתית הוא חוק החיים (The law of life), השינוי במשפט בעקבות המציאות החברתית הוא חייו של החוק (The life of law). אפשר לומר כי ההיסטוריה של המשפט היא ההיסטוריה של התאמת המשפט לצורכי החיים המשתנים. אלף שנות משפט מקובל הם אלף שנים של שינויים במשפט כדי להתאימו לדרישות המציאות המשתנה. התפקיד העיקרי להגשמתו של שינוי זה במסגרת המשפט המקובל מוטל על כתפיו של השופט. הוא השותף הבכיר בעשיית משפט מקובל, הרשות המחוקקת פועלת בדרך כלל בגדרי המשפט המקובל ורק במקום שבו לא ראוי לו לשופט לפעול, או כדי לשנות דינים שהמחוקק אינו מרוצה מהם. המחוקק הוא השותף הזוטר.

צורך בשינוי במשפט אשר נועד לגשר על הפער בין המשפט למציאות החיים מעמיד את השופט בפני דילמה קשה, שכן השינוי פוגע לעתים בביטחון, בוודאות וביציבות. השופט חייב לאזן בין הצורך בשינוי לבין שמירת הקיים. היטיב להביע זאת פרופ' רוסקו פאונד (Roscoe Pound) לפני כשמונים שנה:

Hence all thinking about law has struggled to reconcile the conflicting demands of the need of stability and of the change. Law must be stable and yet it cannot stand still.

יציבות בלא שינוי היא שקיעה. שינוי בלא יציבות הוא אנרכיה. תפקידו של שופט לסייע בגישור הפער בין המציאות החברתית למשפט בלי ששיטת המשפט תשקע או תסבול מאנרכיה. על השופט להבטיח יציבות מתוך שינוי ושינוי מתוך יציבות. כמו הנשר בשמים השומר על יציבותו רק כאשר הוא בתנועה כך גם המשפט. הוא יהיה יציב רק כאשר ינוע. הגשמתה של משימה זו קשה. חיי המשפט מורכבים. אין הם היגיון בלבד. אין הם ניסיון בלבד. הם היגיון וניסיון גם יחד. תנועתה של ההלכה השיפוטית על פני ההיסטוריה צריכה להיות זהירה. השאלה אינה יציבות או שינוי. השאלה היא קצב השינוי. השאלה אינה נוקשות מול

מסוימת במיעוט, לא אחזור תמיד על דעת המיעוט שלי. בדרך כלל אקבל את דעת הרוב, גם אם התנגדתי לה. רק אם דעת הרוב פוגעת במה שנראה לי כ'ציפור נפש' של משפט וחברה, אדבוק - כקאטו הזקן - בעמדותי השונה, ואחזור עליה כל העת, בחינת 'ההלכה המקובלת פול תיפול'. שיקולים של שיטה הם שיקולים שעניינם מכלול השיטה.

(ב) שיקולים מוסדיים: בגישור בין המשפט לחיים יתחשב השופט תמיד במגבלותיה המוסדיות של השיטה. עליו להיות ער לכך שהשינוי שהוא עושה במשפט הוא תוצר אינצידנטלי של הכרעה בסכסוך. בכך מתבלט שוני בין יצירת משפט שיפוטית לבין יצירת משפט חקיקתי. אמת, חקיקה שיפוטית היא תפקיד מרכזי של בית משפט עליון. עם זה תפקיד זה הוא אינצידנטלי להכרעה בסכסוך. החקיקה השיפוטית צומחת ממעשה השיטה, ואין לה קיום בלי מעשה השיטה. מכאן, שבלא סכסוך אין הכרעה שיפוטית. התוצאה היא שיצירת המשפט על ידי השופט מופעלת, מטבע הדברים, הפעלה ספורדית ולא שיטתית. קיימת סלקציה מקרית של מה שמובא לפני בית המשפט. עשויות לחלוף שנים רבות שבהן בעיה המטרידה את הציבור אינה מובאת להכרעה שיפוטית. שליטתו של בית המשפט בעניינים המובאים לפניו היא מוגבלת. כתוצאה מכך שופט אינו יכול לתכנן אסטרטגיה של גישור על הפער בין המשפט לבין המציאות החברתית. השינוי שהוא מכניס במשפט הוא תמיד קומפקטי ומוגבל. כאשר נדרש שינוי מקיף ומידי בענף משפטי שלם, ראוי ששינוי זה ייעשה על ידי המחוקק. זאת ועוד: אין לגשר בין מציאות למשפט בלי לקבל מידע אמין על המציאות. לא תמיד עומד מידע זה לרשות השופט. כמו כן לא תמיד יש לו מידע על העובדות החברתיות המצדיקות שינוי ראוי בהלכה. דיני הראיות שלנו מסתכלים לרוב אחורה, ומשיבים (באופן חלקי) על השאלה 'מה קרה'. בדרך כלל הם אינם מסתכלים קדימה ואינם משיבים על השאלה 'מה רצוי שיקרה'. אך יתר על כן: האמצעים העומדים לרשות השופט מוגבלים הם. בפיתוח המשפט המקובל בשיטתו בית המשפט ראוי להטיל חובת זהירות חדשה בניזקין. אך הוא אינו מסוגל לקבוע משטר של רישוי או להטיל מס.

לבסוף, מהותם של שיקולי המדיניות המשפטית המונחים ביסוד הדין הקיים צריכים להשפיע על מידת הנכונות של השופט לשנות את הדין הקיים. כך למשל, שיקולים של מדיניות משפטית בעניין זכויות האדם הם שיקולים שיש בידי השופט הכלים הדרושים לשקלם. כמו כן אין לשופט קושי להתחשב בשיקולים של מדיניות משפטית שאפשר לשאוב אותם מהגיונם של דברים, מחוש הצדק, או מהדין (החקיקתי או ההלכתי) הקיים. לעומת זאת, שיקולים סבוכים של מדיניות ביטחונית, כלכלית או חברתית הדורשים מומחיות וידע, ואשר עשויים לחייב הנחות שמצדן מחייבות הנחות נוספות - מה שפרופ' פולר כינה 'מצבים פוליצנטריים' - רצוי לו לשופט להיזהר בהפעלתם.

(ג) שיקולים בדבר תפיסת התפקיד השיפוטי: פעולה שיפוטית המגשרת בין משפט למציאות חיים משתנה צריכה להתאים לתפיסות היסוד של החברה באשר לתפקידה של השיטה. לא הרי כוחו של שופט לגשר בין משפט לחיים בחברה המבוססת על התפיסה כי השופט הוא אך 'פה למחוקק', כהרי כוחו של שופט לגשר בין משפט לחיים בחברה שבה ניתנת לגיטימציה ליצירה שיפוטית מקיפת. עם זה, תפיסת החברה באשר לתפקיד השיפוטי אינה סטטית. חלים בה שינויים. הפעילות השיפוטית לא רק מושפעת ממנה אלא גם משפיעה עליה. דומה כי בשיטות המשפט המקובל, ובהן השיטה בישראל, הגישור בין המשפט למציאות החברתית נתפס כתפקיד שיפוטי מרכזי. דאיית השופט כשותף בכיר בתחום זה נגזרת ממהותו של המשפט המקובל. אך האם תפיסה זו חלה מעבר לתחומי של המשפט המקובל עצמו? האם בשיטות המשפט המקובל אפשר להשקיף על השופט כמי שצריך לגשר בין המשפט לחיים בתחומי החקיקה? ודאי שהתפקיד המרכזי של התאמת המשפט לחיים מוטל על המחוקק עצמו. אופיו הדמוקרטי (במובן של בחירה על ידי העם), הכלים העומדים לרשותו והאופן שבו הוא מקבל מידע על דעות ועל חלופות - כל אלה עושים את המחוקק לאחראי הראשי לגישור בין המשפט לחברה. אך האם אפשר להכיר בשופט כשותף זוטרי בגישור בין המשפט לחברה בפרשנות החקיקה? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. המחלוקת העיקרית היא בין מודל השותפות - ולו שותפות זוטרה - לבין מודל השליחות. על פי מודל השליחות, השופט הוא שלוח (agent) של המחוקק. הוא חייב לפעול על פי הוראותיו. כמוהו כקצין זוטרי החייב לבצע את הוראות מפקדו. גישה זו בטעות יסודה. על פי השקפתי, שופט אינו שלוח המקבל פקודות, והמחוקק אינו שולח הנותן פקודות לשלוחו. שניהם אורגנים של המדינה הממלאים תפקידים: האחד מחוקק והשני מפרש. אכן, חקיקה יוצרת משפט, ומשפט זה צריך לגשר בין המשפט לחיים. בגישור זה המחוקק הוא השותף הבכיר, שכן הוא יצר את החוק. אך החוק כשלעצמו אינו מופעל בלא לפרשו. תפקיד הפרשנות מוטל על השופט. בפרשנותו על השופט להגשים את תכלית החוק ולהביא לידי כך שהחוק ימלא את ייעודו בגישור שבין המשפט לחיים. אכן, השופט הוא שותף בהגשמת תפקידו של המחוקק לגשר בין המשפט לחיים, גם אם שותפות זו היא זוטרה. אופק ראייתה של הגישה הרואה בשופט שלוח בלבד הוא צר מדי. גישה זו מבודדת חוק פלוני ורואה בו את חזות הכול. אך החוק אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממפעל חקיקה רב שנים. והחקיקה היא חלק משיטת המשפט בצד המשפט המקובל. בין כל חלקי המשפט יש קשרים הדוקים. המפרש חוק אחד מפרש את כל החוקים. המפעיל חוק אחד מפעיל את כל שיטת המשפט. בין חלקיה של שיטת המשפט צריכה לשרור הרמוניה נורמטיבית. הפירוש של החוק היחיד צריך להשתלב בגדרי השיטה, כפי שהלכה חדשה של המשפט המקובל צריכה להשתלב בגדרי השיטה. על כל אלה מופקד השופט. עליו לפרש את החוק היחיד באופן שישתלב בגדרי השיטה

כולה. עליו להבטיח שהחוק יצליח לגשר בין המשפט לחיים. מבחינה זו יש דמיון בין תפקידו של השופט ביצירת משפט מקובל (כשותף בכיר) לבין תפקידו של השופט בפירוש החקיקה (כשותף זוטרי). בשני המצבים תפקידו לגשר בין המשפט לחיים. כמובן, החופש שניתן לו בשני המצבים אינו זהה, אך התפקיד בעיקרו דומה. זה תפקיד של שותפות מתוך ראייה כוללת של משפט וחברה ומתוך הגשמת התפקיד של גישור בין המשפט לחברה המוטל עליו. על כן יחולו השיקולים שעמדנו עליהם באשר לצורך להבטיח שינוי מתוך יציבות, באשר לצורך לשקול שיקולים של שיטה ובאשר לשיקולים המוסדיים - הן בגישור בין המשפט לבין החיים על ידי יצירת משפט מקובל הן בגישור בין המשפט לבין החיים בפרשנות החקיקה. לגישור זה השלכה ישירה על עיצובה של שיטת פרשנות ראויה. זו צריכה להיות שיטה המאפשרת גישור בין המשפט לחיים. מכאן שהשיטה צריכה להבטיח פרשנות דינמית, הנותנת לחוק את המובן התואם לחיי החברה בהווה וככל הנראה גם לעתיד. זו הפרשנות התכליתית שעל פיה אנו נוהגים בישראל. היא המפתח לדיאלוג נמשך בין המחוקק לבין בית המשפט. המחוקק - מחוקק; השופט - מפרש. המחוקק מגיב על הפירוש, והשופט מפרש את התגובה. דיאלוג זה נעשה מתוך אמון הדדי ומתוך הכרה בשותפות במפעל החקיקה בין המחוקק השותף הבכיר לבין השופט השותף הזוטרי.

לפי השקפתי, חלק מתפקידו של כל שופט ושופט הוא להגן על החוקה ועל הדמוקרטיה. אני סבור כי כל פרט וכל רשות שלטונית - הכנסת, הממשלה, השלטון המקומי - חייבים להגן על החוקה ועל הדמוקרטיה. במסגרת זו גם השופט צריך לתרום את חלקו שלו. הניטרליות השיפוטית והאובייקטיביות השיפוטית אינן מחסום נגד תפיסה זו. ניטרליות משמעותה התייחסות שווה לצדדים ומתן הזדמנות שווה לטיעונים. ניטרליות אין משמעותה מתן משקל שווה לערכים הדמוקרטיים ולערכים האנטי-דמוקרטיים. האובייקטיביות השיפוטית משמעותה הכרעה בסכסוך על בסיס ערכי השיטה ולא על בסיס הערכים האישיים של השופט. אובייקטיביות אין משמעותה מתן חשיבות זהה לדמוקרטיה ולקמים עליה.

תפיסתי הבסיסית היא שאם מבקשים לקיים דמוקרטיה יש להיאבק עליה. אין להתייחס אל המשך קיומה כאל דבר מובן מאליה. כך בוודאי בדמוקרטיה החדשות, אך כך גם בדמוקרטיה הוותיקות והמבוססות. הגישה 'אצלנו זה לא יכול לקרות' שוב אין לקבלה. הכול יכול לקרות. אם זה קרה בגרמניה של קנט, בטובן וגתה, זה יכול לקרות בכל מקום. אם לא נגן על הדמוקרטיה, הדמוקרטיה לא תגן עלינו. אינני יודע אם יכלו שופטיה העליונים של גרמניה בשנות השלושים למנוע את עלייתו של היטלר לשלטון. אך אני יודע כי אחד הלקחים של השואה ושל מלחמת העולם השנייה הוא הצורך לחוקק חוקות דמוקרטיות ולהבטיח את הגשמתן בידי שופטים שהגנת הדמוקרטיה היא תפקידם העיקרי. מכאן התפשטותו לאחר מלחמת העולם השנייה של רעיון הפיקוח השיפוטי

על חוקתיות החוק (Judicial review of legislative action). מכאן המרכזיות של זכויות האדם מאז מלחמת העולם השנייה. מכאן ההכרה בדמוקרטיה המוגנת (defensive democracy) ואף בדמוקרטיה המיליטנטית (militant democracy). ומכאן תפיסתי כי תפקידו המרכזי של שופט בחברה דמוקרטית הוא לשמור ולהגן על החוקה ועל הדמוקרטיה. עמדותי על כך באחד מפסקי הדין בצייני:

המאבק למשפט אינו פוסק. הצורך לעמוד על משמר שלטון החוק קיים תמיד. עצים שגידלנו שנים רבות עשויים להיגדע בהינף גרזן אחד. לעולם אין להרפות מהגנה על שלטון החוק. כולנו - כל הרשויות כולן, כל המפלגות והסיעות כולן, כל הגופים כולם - צריכים לשמור על הדמוקרטיה הצעירה שלנו. במיוחד מוטל תפקיד שמירה זה על הרשות השופטת בכלל ועל בית המשפט העליון בפרט. שוב הוטל עלינו, שופטי הדור הזה, לעמוד על משמר ערכי היסוד שלנו ולהגן עליהם מפני הקמים עליהם.

גישה זו - כך נראה לי - משותפת לרבים מהשופטים. הגנה שיפוטית על הדמוקרטיה בכלל ועל זכויות האדם בפרט מאפיינת את ההתפתחות במרבית הדמוקרטיות המודרניות. זו תופעה כללית, פרי האירועים שהתרחשו במלחמת העולם השנייה והשואה. בדרך כלל הספרות המקצועית מנתחת תופעה זו במונחים של הגברת הכוח השיפוטי בהשוואה לכוחות האחרים בחברה. ניתוח זה מחליף מטרה בתוצאה. מטרת ההתפתחות המודרנית אינה בהגברת כוחו של בית המשפט בחברה דמוקרטית. המטרה היא הגנה על הדמוקרטיה ועל זכויות האדם. הגברת הכוח השיפוטי היא תוצאה לוואי של התפתחות זו, שהרי הכוח השיפוטי הוא אחד הכוחות המקיימים את האיזון הדמוקרטי.

מקובל על הכול כי דמוקרטיה משמעותה שלטון העם הפועל באמצעות נציגיו בגוף המחוקק. חיוניות לדמוקרטיה הן אפוא בחירות חופשיות מעת לעת של נציגים הנבחרים על פי תכנית מדינית שהם מציגים. הם הנושאים באחריות (accountable) כלפי העם, והעם יכול להחליפם באחרים מעת לעת. זוהי דמוקרטיה 'פורמלית'. מכאן גם הקשר בין הדמוקרטיה לבין עליונות החקיקה (legislative supremacy). לדעתי, דמוקרטיה - או לפחות, דמוקרטיה 'אמתית' - אינה מתמצית רק בהיבטים אלו. תנאי נוסף לקיומה של דמוקרטיה (אמתית) הוא תנאי מהותי שיש בו כדי לבסס דמוקרטיה מהותית. תנאי זה עניינו עליונותם של ערכים ועקרונות המונחים ביסוד הדמוקרטיה. אין דמוקרטיה (אמתית) בלא הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות השיטה והכרה בערכים ובעקרונות כגון מוסר וצדק. מעל לכול, תנאי לדמוקרטיה הוא שמירה על זכויות האדם באופן שכל פרט נהנה מזכויות שגם הרוב אינו יכול ליטול אותן ממנו רק משום שבידו כוח הרוב. אכן, דמוקרטיה אמתית אינה רק שלטון הרוב ועליונות החקיקה. דמוקרטיה היא מושג רב-ממדי. היא מחייבת הכרה הן בכוחו של הרוב הן במגבלות על כוחו של הרוב. היא מבוססת הן על עליונות

מאפשרת - במסגרת התכלית הסובייקטיבית - לתת ביטוי לעליונות החקיקה. היא מאפשרת - במסגרת התכלית האובייקטיבית - לתת, ביטוי לערכי היסוד ולזכויות האדם. לצד הפרשנות וכחלק ממנה יש כלי נוסף. זו תורת האיזונים. על פיה יש לבחון בכל מקרה את הערכים והעקרונות הרלוונטיים, לקבוע את חשיבותם הלאומית היחסית ולהכריע בהתנגשות המתמדת ביניהם. מכשיר חשוב זה הוא ביטוי למורכבותו של האדם ולמורכבותו של יחסי אנוש. המשפט אינו הכול או לא כלום. בעיני גם תורת המשפט אינה מבוססת על אמת אחת ויחידה. רבות הן התורות הללו: פוזיטיביזם, נטורליזם, ראליזם, גישות ביקורתיות למשפט, משפט וסוציולוגיה, משפט וכלכלה, פמיניזם וכיוצא בהן, תורות משפט רבות ומגוונות ניצבות בפנינו. מצאתי עניין רב בלימוד תורות אלו. כשלעצמי אני סבור כי יש גרעין של אמת בכל אחת מהן. עם זה, גישתי היא שהניסיון האנושי עשיר מכדי שיהיה אפשר לכלוא אותו בתורת משפט אחת ויחידה. גישתי היא אקלקטית. על פיה יש להתחשב במגוון התורות מתוך מתן משקל ראוי לכל אחת מתן בחשיבה משפטית כוללת המבוססת על תורת האיזונים והמבקשת להגשים את המשפט כמכשיר חברתי. בסופו של יום - כאשר מוצו כל הכלים וכאשר השופט נשאר עם עצמו - גישתי פרגמטית, והיא מבקשת להגשים את החשוב בערכיה של הדמוקרטיה: הצדק.

אני רואה את עצמי שופט הרגיש לתפקידו. אני מקבל ברצינות רבה את המטלות המוטלות עלי - ובמרכזן הגישור על הפער בין המשפט לחיים וההגנה על החוקה והדמוקרטיה. חרף הביקורת הנשמעת לא פעם - ולעתים קרובות עוברת לפסים אישיים היוצרים סכנת חיים מאלימות של קיצונים - אני ממשיך בדרכי זו שנים רבות. אני סבור כי בכך אני משרת נכונה את שיטת המשפט שלי. אכן, כשופטים בערכאה השיפוטית העליונה עלינו להמשיך בדרכנו על פי מצפוננו. לנו השופטים יש כוכב צפון המדריך אותנו בדרכנו. אלה הם ערכי היסוד ועקרונות היסוד של הדמוקרטיה החוקתית. אחריות כבדה הוטלה על כתפיו. גם בשעותינו הקשות עלינו להישאר נאמנים לעצמנו. עמדותי על כך באחד מפסקי הדין אשר דן בשאלה אם אפשר לנקוט אמצעי חקירה מיוחדים כלפי טרוריסט במצב של פצצה מתקתקת, וכך כתבתי:

ההחלטה בעתירות אלו קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חיים בחברה הישראלית: יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו יושבים במגדל שן. חיים אנו את חיי המדינה. ערים אנו למציאות הטרור הקשה שבה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דינו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים, דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרשה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו באשר לדין."

החקיקה הן על עליונותם של ערכים, עקרונות וזכויות אדם. כאשר יש סתירה פנימית בין האופי הפורמלי של הדמוקרטיה לבין אופייה המהותי נדרש איזון פנימי עדין השומר על הגרעין של כל אחד מהיבטיה. באיזון זה מוטלות מגבלות הן על עליונות החקיקה הן על עליונות זכויות האדם.

כדי לקיים דמוקרטיה אמתית וכדי להבטיח איזון פנימי עדין בין רכיביה נדרשת חוקה פורמלית שתיהנה מעליונות נורמטיבית, שאי אפשר לשנותה בדרך הרגילה לשינוי חוק, ושתתבסס על ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. בלעדיה אין הגבלה משפטית על עליונות החקיקה. בלעדיה עליונותן של זכויות האדם נתונה אך לריסון העצמי של הרוב. באמצעות מוטלת הגבלה משפטית על המחוקק, וזכויות האדם נשמרות לא רק באמצעות ריסונו העצמי של הרוב אלא גם באמצעות ריסונו המשפטי של הרוב.

על פי גישה זו כל אחת מרשויות השלטון חייבת לשמור על החוקה ועל הדמוקרטיה. חובה זו מוטלת על הרשות המחוקקת. בפעולת החקיקה ובביצוע שאר סמכויותיה עליה לשמור על הדמוקרטיה. חובה זו מוטלת על הרשות המבצעת (הנשיא בדמוקרטיה נשיאותית והממשלה בדמוקרטיה פרלמנטרית). בכל פעולותיה על הרשות המבצעת להגשים את הדמוקרטיה. חובה זו מוטלת גם על הרשות השופטת. כל אחד מהשופטים במדינה, ובראשם שופטי בית המשפט העליון, חייבים להגשים את הדמוקרטיה. אכן, שלוש הרשויות במדינה - כך מלמד אותנו עקרון הפרדת הרשויות - שוות מעמד הן. האחת אינה עליונה על חברתה. לשלושתן תפקיד משותף: שמירה על הדמוקרטיה. כל אחת מגשימה את תפקידה זה בדרכה שלה.

*

פרסתי לפניכם היבטים מסוימים של הפילוסופיה השיפוטית שלי. זו כמובן רק ראשית הדרך. עתה, כשיודעים אנו את המטרה עלינו לבחור באמצעים. אמצעים אלו חייבים להיות לגיטימיים. עקרון שלטון החוק חל בראש ובראשונה על השופטים עצמם. מספר האמצעים מוגבל. החופש הנתון למחוקק ליצור כלים חדשים אינו נחלתו של השופט. הקוביות שבאמצעותן אנו בונים את המבנים שלנו מוגבלות הן. כוחנו להגשים את תפקידנו מונח ביכולתנו לעצב מבנים חדשים באמצעות הקוביות הישנות. לעתים רחוקות - וכאן באה לידי הביטוי הגאוניות במשפט - אנו מצליחים ליצור קוביות חדשות. 'המצאות' כאלה - אם להשתמש במונחיו של צלטנר המנוח - הן מעטות. בדרך כלל אנו חוזרים אל הכלים הישנים, בשעה שאנו פותרים בעזרתם מצבים חדשים. החשוב בכלים אלו הוא הכלי הפרשני. מכאן החשיבות הרבה שאני מייחס לפרשנות התכליתית. באמצעותה אפשר להגשים את התפקיד השיפוטי. כך לעניין גישור על הפער בין משפט לחיים. טקסט ישן מקבל מובן חדש כדי לתת פתרון לבעיות החדשות. כך לעניין ההגנה על החוקה והדמוקרטיה. זאת משום שיטת פרשנות זו