

על השופט**

אהרן ברק*

בהכרת תודה עמוקה וכנה, ברצוני להודות לאוניברסיטה של בולוניה על שהעניקה לי תואר דוקטור לשם כבוד. קבלת תואר דוקטור לשם כבוד מאוניברסיטה זו, בעלת ההיסטוריה הארוכה, מהווה כבוד מיוחד במינו. ברצוני להודות לכל אלה אשר היו מעורבים בתהליך, ולגופים האקדמיים שמצאו אותי ראוי להכרה יוצאת דופן זו. במידה מסוימת, אין זה אני בלבד אשר מקבל תואר כבוד זה, אלא כל מערכת המשפט הישראלית אשר על אף היותה נתונה בנסיבות כל כך מורכבות, מצליחה לשמור על שלטון החוק ולהגן על זכויות האדם.

כמהלך עשרים ושתיים השנים האחרונות, הקדשתי את מרב זמני לתפקידי כשופט ואת הערותי היום, ברצוני להקדיש לדרך שבה על שופט לנהוג בבצעו את תפקידו הקשה.

השופט איננו מדינאי. הוא אינו מייצג מגזר זה או אחר. אין הוא מציג את עצמו לבחירה מידי מספר שנים ולא מוטל עליו לפתח מצע לצורך כך. השופט ניטרלי, מי שמוטל עליו לשפוט בצורה אובייקטיבית בסכסוך המסוים שהובא לפניו. בהכרח, מחייב תפקיד זה המוטל על השופט, כתנאי מוקדם, עצמאות שיפוטית. עצמאות שיפוטית, יש לציין, כוללת שני מרכיבים מהותיים: אי־תלות אישית ועצמאות מוסדית.

אי־תלות אישית, כרוכה מצדה באי־הסתמכות על גורמים חיצוניים לשופט. לפיכך, החלטתו של השופט הנה הפרי הבלעדי של תפיסתו את העובדות הרלוונטיות ואת הדין כשהוא משותרר מכל השפעה חיצונית מגבילה. למעשה ההפעלה של כל השפעה זרה או לחץ אסורים במפורש.

ואולם, אי־תלותו האישית של השופט המסוים לא תוכל להתקיים בהיעדר עצמאות מוסדית של הרשות השופטת כענף ממשל. הסמכות המוקנית לרשות המבצעת בנוגע לרשות השופטת ברמה המינהלית מאיימת באופן בלתי נמנע על אי־תלותו האישית של השופט.

* פרופ' למשפטים, נשיא בית המשפט העליון.

** הרצאה זו הנה תרגום של הרצאה באנגלית שנשא נשיא בית המשפט העליון פרופ' אהרן ברק עם קבלת תואר דוקטור של כבוד מאוניברסיטת בולוניה (מאי 2000).

על אף שהעצמאות השיפוטית היא בבחינת תנאי שבלעדיו לא מתקיים התפקיד השיפוטי, היא מהווה תנאי הכרחי, אך לא מספיק. למעשה, השופט הבודד והרשות השיפוטית אינם יכולים לתפקד בצורה יעילה ללא אמון הציבור. אמון הציבור ברשות השופטת מהווה תנאי מוקדם שאי אפשר לוותר עליו לצורך תפקודו הנאות של השופט. השופט אינו נושא לא חרב ולא ארנק והוא תלוי לחלוטין באמון הציבור.

מובן, שאמון בהקשר זה אין משמעו הסכמה עם החלטותיה המהותיות של הרשות השופטת. הרי ברור, כי השופט יפסוק לעתים קרובות, כפי שהוא חייב לעשות, באופן שיפגע בדעת הרוב בנושא נתון. תחת זאת, אמון הציבור ברשות השופטת משמעו אמון בהגינותה, בחוסר משוא פניה ובניטרליות של הרשות השופטת. הוא מתייחס לאמון ביושרו המוסרי של השופט ולא לנטייתו להסכים עם הציבור הרחב בעניין מסוים. הוא גורר ומחייב את השכנוע המוצק של הציבור הרחב שהשופט לא יטה פנים בנסיבות כלשהן לצד כלשהו; המניע היחידי שלו הוא ההגנה על שלטון החוק ולא על כוחו או על יוקרתו.

השופט חייב אפוא להיות מאופיין בניטרליות מוחלטת כלפי הצדדים וכלפי הנושא המובא לפניו. ניטרליות אין פירושה כשום פנים ואופן אדישות למצוקותיהם של הצדדים או לערכים הבסיסיים שבבסיס המחלוקת. נהפוך הוא, אני משוכנע כי בדמוקרטיה השופט נדרש לתת ביטוי לערכי שיטתו המשפטית ולעקרונותיה. הערכים והעקרונות הנזכרים אינם אלו שאפשר לייחסם "להלכי הרוח של תקופה". הם מייצגים את הערכים, העקרונות וההסכמה החברתית המשקפים את האמונות המעוגנות בעומק החברה הדמוקרטית; תחת כניעה להיסטוריה של המאורעות האחרונים על השופט לשקף את ההיסטוריה של עמו. עצמאותו של השופט היא המעניקה לו את היכולת הייחודית לשקף את הערכים הדמוקרטיים של המערכת הדמוקרטית, אפילו כאשר אלו אינם עולים בקנה אחד עם "הרוחות המנשבות" של דעת הציבור. העובדה ששופטים אינם נבחרים על ידי הציבור הרחב היא זו המאפשרת להם לא להיסחף ולתת ביטוי רק לערכים שעמדו במבחן הזמן, לעקרונות ולזכויות שבבסיס המערכת המשפטית אפילו כאשר אלה אינם זוכים לברכת החברה בזמן נתון במהלך ההיסטוריה. לפיכך, השופט חייב לייצג באופן נחוש את הערכים הללו ולתת להם ביטוי בפרט כאשר החברה נסחפת ברוח פופוליסטית. בעשותו כן, מגלם השופט את המבצר המגן על הערכים והתפיסות הבסיסיים של הדמוקרטיה כפי שאלה מקודשים במבנה ובכתבים החוקתיים של המדינה.

השופט חייב להיות ניטרלי, אך אל לו להיות אדיש לדמוקרטיה, להפרדת הרשויות ולזכויות האדם. ואכן, אני רואה את תפקידו החוקתי העיקרי של השופט, בחיפוש וברצון הנלהב להגן ולשמור על אופייה הדמוקרטי של המדינה תוך כדי שמירה על הפרדת הרשויות. מעל לכל, אני מאמין שחובתו הקדושה והראשונה של השופט היא לערוב לזכויות האדם ולטפחן. דמוקרטיה אינה שלטון הרוב כפשוטו;

דמוקרטיה פירושה גם זכויות אדם. בהיעדר זכויות אדם לא תוכל הדמוקרטיה להתקיים.

באופן דומה, הפרדת הרשויות, בפני עצמה, מהווה ערך דמוקרטי מהותי אשר מטרתו לא להבטיח את היעילות אלא להגן על החופש. ואכן, בבסיס תפקידנו כשופטים עומדת חובתנו לקיים את זכויות האדם של הפרט ביחס לזולתו וביחס למדינה. כשופטים תפקידנו לערוך לזכויות האדם של כל האנשים תוך שימת דגש מיוחד על החלשים, המיעוטים ומשוללי הזכויות. למעשה, איתלותנו ממקמת אותנו באופן אידיאלי כאלה שיכולים לתת את הביטוי הטוב ביותר לערכיה הבסיסיים של שיטתנו ולהגנה על זכויות המיעוטים בפני עריצות הרוב. מתן הגנה כזו אינו פוגע בשום פנים בדמוקרטיה. להפך, הוא מביא את הדמוקרטיה במובנה העשירים ביותר למימוש הגבוה ביותר.

ניסיוני האישי במהלך מלחמת העולם השנייה ובזמן השואה — שבה שישה מיליונים מבני עמי לרבות מרבית משפחתי, נרצחו באכזריות, שאני עצמי ניצלתי בדרך נס מלהישלח למחנה ריכוז הודות לאומץ ליבו של איכר ליטאי — חקקה בלבי את הצורך החיוני להגן על כבוד האדם של כולם. מאז מלחמת העולם השנייה גדלה המודעות הציבורית לכיבוד זכויות האדם באופן משמעותי בכל רחבי העולם. נראה לכן, שהעידן שלאחר המלחמה מהווה רנסנס לזכויות האדם. בחיל החלוץ בחזית זו עומדים לא אחרים מאשר השופטים ובתי המשפט שהבינו, כי דמוקרטיה אמיתית תושג רק על ידי קביעת האיזון הנאות בין שלטון הרוב לבין זכויות המיעוט. תהליך איזון זה אינו דורש בשום פנים מן השופט להקריב את המדינה על מזבח זכויות הפרט. חוקה איננה מרשם לאיבוד עצמי לדעת; זכויות אדם אינן מובילות לחיסול לאומי. נהפוך הוא, ענייננו כיצירת איזון עדין בין האינטרסים של הקהילה לבין אלו של הפרט; בין צורכי הציבור ובין זכויות הפרט.

חובתו של השופט היא לפעול באובייקטיביות. לצורך כך עליו להסתמך על דרישות נורמטיביות חיצוניות לו, אשר נקבעו על פי הערכים הבסיסיים של החברה הדמוקרטית שבה הוא חי. הוא חייב לזהות ערכים אלו ולתת להם ביטוי אפילו כאשר הוא עצמו איננו שותף להם. עליו להימנע מהטלת ערכיו הסובייקטיביים האישיים על הציבור.

באופן בלתי נמנע השופט הנו תוצר של תקופתו — המעוצב על ידי החברה ועל ידי הזמנים שבהם הוא חי. ברור שמטרתה של האובייקטיביות השיפוטית אינה לגדוע את השופט מסביבתו. למען האמת ההפך הוא הנכון; המטרה היא לאפשר לשופטים לנסח ולבטא את הערכים הבסיסיים של תקופתם. מטרתה של האובייקטיביות השיפוטית אינה לשחרר את השופטים מעברם, מחינוכם, מניסיונם, מאמונותיהם ומערכיהם. תחת זאת היא מנסה לעודד אותם להשתמש בכל הכלים הללו במאמץ לשקף את הערכים הדמוקרטיים-הבסיסיים של האומה בצורה הברורה והמדויקת ביותר שאפשר.

לפיכך, הניטרליות אינה דורשת מן הממונים למשרות שיפוטיות לבטל במחי

יד את ניסיון חייהם. אלו נכסים חשובים אשר מחזקים את יכולתו של השופט לדון במקרים באופן אנושי ולעסוק במטלה העדינה של האיזון בין הערכים המתנגשים. במקום להטיל צל על עברו באופן מוחלט, על השופט להיות רגיש לכובד משקלה של משרתו ולאילוצים שהיא כופה עליו. שופט חייב להיות בעל ביקורת עצמית ונטול כל שמץ של יוהרה אשר עלולה להדיחו להאדרת עצמו. הוא חייב להוכיח צניעות אינטלקטואלית אשר תאפשר לו להודות בטעותיותיו. שופט בית המשפט העליון האמריקאי רוברט ג'קסון אמר פעם בהתייחסו לבית המשפט העליון של ארצות-הברית: "We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final" לדעתי, אין לקבל גישה זו. כוחן של החלטותינו מעוגן ביכולתנו להיות ביקורתיים כלפי עצמנו ולהודות בטעותיותנו במקרים הנאותים. למעשה, מלאכת השיפוט מחייבת מודעות מתמדת לאפשרות שאנו, למרות מיטב מאמצינו, עלולים לטעות. כל תאוריה של שפיטה חייבת לתת דין וחשבון על כך.

השופט הוא חלק מעמו. לעתים הוא נמצא במה שמכונה "מגדל שן" למרות שמנקודת ראותי "מגדל" זה ממוקם על גבעות ירושלים ולא על האולימפוס. יש חשיבות מהותית לכך שהשופט יהיה מודע באופן מלא לסביבתו ולמאורעות המעסיקים את עמו. מחובתו ללמוד את הבעיות המעסיקות את ארצו, לקרוא את ספרותה ולהקשיב למוסיקה שלה. הוא חייב להכיר את מסורתה הדתית, החברתית והתרבותית. אכן השופט הוא חלק מתקופתו, בן או בת תקופתו, התוצר של ההיסטוריה של עמו.

השופט חייב לאזן בין הצורך בשינוי לבין הצורך שימור הקיים. חיי המשפט אכן מורכבים. הם משלבים הן היגיון והן היסטוריה: "Law must be stable and yet it cannot stand still" אמר פרופ' רוסקו פאונד: "Stability without change is decline; change without stability is anarchy" השופט חייב לסגור את הפערים בין החיים ובין המשפט, הכל בתחום הציפיות הסבירות. ברור ששופט הבכיר של השופט הוא המחוקק. הוא האחראי הראשי לסגירת הפער בין המשפט ובין החברה. השופט הנו רק שותפו המשני – אך בכל זאת הוא שותף. ככזה, הוא מנסה להבטיח את היציבות באמצעות השינוי. החקיקה השיפוטית חייבת, כפי שההיסטוריה הדגימה, להיות זהירה ביותר בגישתה. לכן יש להעריך גישה התפתחותית ולא גישה מהפכנית. היא חייבת להתבסס על התפתחויות טבעיות ועל המשכיות.

בידי כל שופט, ובידי כל דור של שופטים, מופקדת המלאכה לכתוב פרק נוסף ב"ספר המשפט" של האומה. בעשותו כן, על השופט להפגין הן עקביות והן המשכיות. בין אמת ויציבות עליו לבחור באמת; בין אמת עלינו לבחור ביציבות. החוק מתפתח בקביעות בד בבד עם התפתחות החיים. ההיסטוריה

1 *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1950) 540.

2 R. Pound *Interpretation Of Legal History* (New-York, 1923) 1.

3 *Ibid.*, at p. 1-21. בהקשר זה ראו:

המשפטית היא חיפוש אחר השגת פיוס בין המשפט לבין צורכיה המשתנים של החברה. תכנית נורמטיבית אשר אינה מאפשרת צמיחה תהפוך בסופו של דבר לבלתי רלוונטית. אי־אפשר לערוב ליציבות, לוודאות, לעקביות ולהמשכיות מבלי להקצות מקום לשינוי. החוק הוא כמו הנשר בשמים: הוא יציב רק כשהוא נמצא בתנועה.

אני רואה את תפקידי כשופט, כפי שרואים זאת גם חברי, אני בטוח, כשליחות. שפיטה איננה משרה אלא דרך חיים. כל שופט חייב למלא את ייעודו מתוך יושרה אינטלקטואלית וענווה כשהוא מצויד בחוש חברתי ובהבנה היסטורית. הוא חייב לחתור למציאתם של פתרונות אשר ישקפו איזון בין צדק לבין שוויון לכול. לפיכך, מעל לכול, הוא חייב להיאבק כדי לתת את הביטוי המלא ביותר לערכים הבסיסיים שעליהם מבוסס החוק במהותו כמו גם על חברה המבוססת על צדק. השופט חייב לעשות משפט צדק. כדי שהצדק והחוק ייפגשו, כפי שהם חייבים, אל לשופט להגדיר את עצמו כ"אקטיביסט" או כ"מרסן". אין אלו אלא אפיונים ריקים הנטולים כל משמעות נורמטיבית. הם מייצגים כלי ריק שיש לו פוטנציאל מטעה. במקום להדביק תוויות חייב השופט למלא את תפקידו מתוך רצון להגן על שלטון החוק; עליו לשמר את שלטון החוק ולא את שלטון האדם; שלטון החוק אינו שלטון השופטים; שלטון החוק ולא רק שלטונם של החוקים. ברצוני לבטא פעם נוספת את תודתי הכנה על כך שנמצאתי ראוי לקבל את תואר הדוקטור לשם כבוד. הנני מודה לכל אלו שנאספו לטקס מרשים ביותר זה וברצוני להיפרד מכם באמירה התלמודית, בת אלפיים השנים, בנוגע לשופטים: "כמדומין אתם ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם"⁴. זוהי הנחת היסוד המלווה אותי אל אולם בית המשפט מידי יום ביומו; ביושבי בדין אני עומד לדין. ברגש זה ובהכרת תודה עמוקה אני מקבל כבוד זה היום. תודה לכם.