

## מסע ההתנתקות של בית המשפט העליון

### חיים שיין\*

"לא מתוך שמחה נאמרים הדברים, כי אם מתוך הרהורים נוגים על התופעה הטרגית של התנוונותם והסתאבותם של אידיאליים אנושיים גדולים בתהליך התגשמותם, תופעה שבה רצופה ההיסטוריה כולה."  
יעקב טלמון "יהודים בין ימין לשמאל" אחדות וייחוד (תשכ"ה) 274.

- א. הקדמה
- ב. עליית המנהיגות השיפוטית
- ג. חברה משפטית ומחירה
- ד. ערכים בסבך השפיטה
- ה. על איזון וערכים
- ו. סוף דבר

### א. הקדמה

בספרו שופט בחברה דמוקרטית<sup>1</sup> כותב נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק: "תפקידיו של השופט רבים... שניים מתפקידיו העיקריים [הם]: גישור על הפער שבין המשפט למציאות החיים והגנה על החוקה ועל ערכיה. תפקידים אלה מוטלים על כל שופט בישראל. הם מוטלים בראש ובראשונה על שופטי בית המשפט העליון, שבפסקי דינם מחייבים את כל שופטי המדינה"<sup>2</sup>. במקום אחר בספר כותב הנשיא ברק: "אל לו לשופט להטיל על החברה שהוא פועל בה את תפיסותיו הסובייקטיביות באשר לערכי היסוד. לא את ערכיו שלו משקף השופט, אלא את ערכי היסוד המתבקשים ממהותה

---

\* דוקטור, מרצה בכיר, מכללת שערי משפט ובית הספר למשפטים המכללה האקדמית נתניה. שלמי תודה על ההערות וההארות לד"ר שוקי שגב, סגן עורך כתב העת מאזני משפט, ולחברי המערכת איציק שמוחה, נילי מורג ומורן ניסים. תודה לד"ר חמי בן נון ולעו"ד נועה שיין.

1 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (ירושלים, 2004).

2 שם, בע' 21. הנשיא ברק לא ראה לייחד תפקיד לשופט בחברה יהודית ודמוקרטית. לדעתי הגדרת תפקידי השופט מיוסדת גם על תפיסות העומק של החברה שבה הוא פועל, לרבות תפיסות עומק לאומיות, ערכיות ודתיות.

של שיטת המשפט ומהאתוס המאפיין אותה... על ערכיה של מדינה יש ללמוד ממכלול ההיסטוריה הלאומית שלה... מקום מיוחד יש להעניק לערכי היסוד הנובעים מהמורשת היהודית שלנו".<sup>3</sup>

תפקידו של השופט והאופן שבו הוא מתמודד עם סוגיות ערכיות, כפי שהובהרו על ידי הנשיא ברק, אינם מבטאים רק את דעתו. בית המשפט העליון של מדינת ישראל עוצב בעשרים וחמש השנים האחרונות בצלמו ובדמותו של השופט ברק. שופט דומיננטי, מנהיג בעל חזון ומורה דרך, הדבק במטרתו ליישם את חזונו.<sup>4</sup> מכאן שהביקורת על נשיא בית המשפט העליון הנה בפועל ביקורת על מהלכי המוסד עצמו. הפלורליזם הרעיוני וחילוקי הדעות המהותיים, שאפיינו את בית המשפט העליון בעבר, התחלפו בחד-ממדיות, בהסכמה ובהליכה בתלם, בעיקר בכל הנוגע לסוגיות ערכיות, חוקתיות ופוליטיות. רוח האחוה והאחידות בבית המשפט קיבלה ביטוי עז בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל<sup>5</sup> שניתן באחרונה בסוגיית החוק ליישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה–2004 ולפני כן בבג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשיון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין<sup>6</sup> בנושא הגנת חופש הביטוי על שידורי פורנו בטלוויזיה. אילו הונחה קלפי בבניין בית המשפט, לבחינת השקפות השופטים בתחום הפוליטי והערכי, מסופקני אם התוצאות היו מפתיעות את אזרחי המדינה. יהיו שיגידו כי יש להבחין היטב בין כתביו האקדמיים של פרופסור ברק ובין החלטותיו השיפוטיות. מכאן יסיקו שאין לדבריו בספר שופט בחברה דמוקרטית נפקות אלא כהגיגים אקדמיים. טענה זו בטעות יסודה. בין כתבי פרופ' ברק לפסקי הדין של הנשיא ברק מתקיימת מערכת כלים שלובים. כתיבתו האקדמית מטרימה במקרים רבים את פסקי הדין, ומהווה "בלון ניסוי" לרעיונות ועקרונות שבסופו של דבר יקבלו תוקף מחייב בפסקי הדין. מכאן שיש להתייחס בכובד ראש להגדרת תפקידי השופט ודרך יישומם, אותן מניח הנשיא ברק לפתחי בית המשפט העליון.<sup>7</sup> במאמרי אבקש להטיל ספק בתקפות הטיעון שתפקיד השופט לגשר בין המשפט לבין שינויים ערכיים מהותיים המתהווים במציאות החברתית.<sup>8</sup> הספק נוגע הן להגדרת התפקיד והן לכישורי השופטים להבחין בשינויי עומק ובתהליכים חברתיים ארוכי טווח

3 שם, בע' 150.

4 השוו: אהרן ברק "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל" ספר יצחק כהן (מנחם אלון עורך, תל-אביב, תשמ"ט) 287, 301; חיים הרמן כהן מבחר כתבים (אהרן ברק ורות גביון עורכים, ירושלים, תשס"ב) 35.

5 טרם פורסם (להלן: עניין המועצה האזורית חוף עזה).

6 פ"ד נח(3) 65 (להלן: עניין ש.י.ן).

7 על הכובעים המגוונים של אהרן ברק ראו: גדעון ספיר "גבולות מיסוד הדת" משפט וממשל ח (תשס"ה) 155, 172; רועי עמית "העמדות של הקאנון" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 81, 86.

8 הריני רואה הבחנה ברורה בין שינויים במציאות החיים בהקשר מדעי, טכנולוגי, כלכלי, מוניטרי ובין שינויים ערכיים כגון הגדרת היהדות, ערכי המשפחה, יחסים הומוסקסואליים, זנות ועוד. הראשונים ברורים ומובהקים, השניים סמויים, מורכבים ובמקרים רבים שנויים במחלוקת חברתית.

בחברה רבת-תרבותית, שסועה ומקוטבת. גם לו היה צדק בהגדרה זו של תפקידי השופט, אטען כי המתודולוגיה, הדינמיקה, השיקולים והערכים שמיישם בית המשפט העליון בפסקי הדין שלו, בסוגיות יסוד הירודות לשורשי הקיום החברתי-מדיני בישראל, מוטעות ויוצרות ניכור הולך וגובר בין בית המשפט ובין חלקים רבים בחברה. אם ביקורת, כפי שתובא להלן, נכונה, הרי בית המשפט העליון מצוי בעיצומו של מסע התנתקות מערכי היסוד של מדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית, מסע שסופו אבדן אמון הציבור בבית המשפט העליון, אמון שהוא בסיס תוקפו וכוחו.<sup>9</sup>

## ב. עליית המנהיגות השיפוטית

עשרות שנים, מאז הקמת המדינה ועד אמצע שנות השמונים, היה בית המשפט העליון קשוב לדופק של החברה, ער לחוסנה ולמחלותיה מתוך אמונה כי השופטים, כמו גם משרתי הציבור האחרים, מחויבים להגשמת החזון הציוני. השופטים נהגו יראת כבוד כלפי הנהגתם המדינית של האבות המייסדים, והם לא חשו את עצמם כשווי ערך מהבחינה הממלכתית לדוד בן גוריון ושותפיו, שהובילו את מימוש חזון המדינה היהודית בארץ ישראל,<sup>10</sup> חזון שהושגת על ערכים, שלא תמיד תאמו את התפיסה המקדשת את זכויות הפרט. זה היה חזון שדחק, לא פעם, לשולי דרכים, את ההגנה על זכויות המיעוט (ערביי מדינת ישראל) ולעתים גם את זכויות הרוב (בנושאי דת ומדינה, מעמד האישה). אף שבית המשפט אמר את דברו יותר מפעם אחת בעניין מורכבות הקשר שבין הגשמת החזון הציוני ובין הצורך להגן על זכויות הפרט,<sup>11</sup> הרי כמו בשירה, בספרות, ובהגות גם בית המשפט העליון העדיף במקרים רבים את ה"אנחנו" על פני ה"אני"; את היעדים הקולקטיביים על פני האוטונומיה האישית;<sup>12</sup> את טובת הכלל על פני זכויות הפרט.<sup>13</sup>

9 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 450; רע"א 8101/04 חוסיין נ' אלון טבעון בע"מ, תק"על 2004(4) 3363, 3365; ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ, תק"על 2005(1) 163, 177 (להלן: עניין ירוס-חקק); ברק, לעיל הערה 1, בע' 49–54.  
10 אליקים רובינשטיין נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג) 376.  
11 בג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק, פ"ד א(1) 58; ע"א 280/71 גדעון נ' חברה קדישא, פ"ד כז(1) 10, 24, דברי השופט משה עציוני (להלן: עניין גדעון); בג"ץ 606/78 תופיק נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113; בג"ץ 141/81 ועד עקורי איקרית נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(1) 129.  
12 רובינשטיין, לעיל הערה 10, בע' 55 והדוגמאות שם.  
13 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששית, פ"ד יט(3) 365; עניין גדעון, לעיל הערה 11. דיון מעניין על המתח שבין "דת הבטחון" ל"דת הפרט" ראו אצל רובינשטיין "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הבטחון" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 21; מנחם הופנונג ישראל: בטחון המדינה מול שלטון החוק 1948–1991 (תשנ"א); אילן סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי הפלסטיני" משפט וממשל ח (תשס"ה) 23, בעיקר הפירוט בהערה 1.

באותה תקופה שופטי בית המשפט העליון לא ראו את עצמם כמגני האינטרסים של הפרט מפני השלטון הרואה לנגד עיניו את אינטרס הכלל. הם כמובן לא התיימרו לייצג את האינטרסים ארוכי הטווח של החברה לעומת האינטרסים העכשוויים שמייצגת הכנסת. השופטים תפסו את תפקידם כמי שאמונים לפתור סכסוכים בין אזרחים, בהסתמך על סעיפי החוק ופרשנותם המצומצמת בתוך השדה הסמנטי של השפה שבה השתמש המחוקק.<sup>14</sup>

המפנה בעבודת בית המשפט העליון, ובאופן שבו השופטים תופסים את אחריותם ותפקידם החל למעשה לאחר טראומת מלחמת יום הכיפורים. התהליך התגבש לכדי דפוס פעילות מובהק ועקיב במחצית שנות השמונים של המאה העשרים.<sup>15</sup> אין מדובר רק במעבר מפורמליזם לערכים, וממושגים לעקרונות. מעברים אלה הנם תוצאות המפנה שחל בתפיסת השופטים את תפקידם בגלל שינויים מהותיים ודרמטיים שהתחוללו באותן שנים בחברה הישראלית. כמדומני שלא אטעה אם אומר שתפקיד השופט נגזר מנוף החברה במולדתו.

אל החידלון בקרב המנהיגות שהחריף באמצע שנות השבעים הצטרפה ונתקבעה בתודעה החברתית, השחיתות השלטונית. השחיתות הממסדית המפא"יניקית התחלפה בשחיתות אישית מבית מדרשו של הליכוד. אבדן דרך בקרב המנהיגות, קריסת הממסד הביטחוני וירידת ערך המוסדות השלטוניים, בצירוף מידות מושחתות, יצרו מתכון למשפטיזציה של החברה הישראלית. בית המשפט העליון, בלי חרב וארנק, נהפך לתל-פיות שהכול פונים אליו, המוסד האחרון בחברה הישראלית ששמר על מעמדו המיוחד. בעת משבר שימש, וכינתיים ממשיך בית המשפט העליון לשמש עוגן וגלגל הצלה לחברה הפועלת במציאות "גיאולוגית" שבה משטחים טקטוניים נעים אלה מול אלה. זהו גלגל הצלה חיוני לחברה שבה אין אזרח שלא נמצא על קו שסע מול אזרח אחר, קו שסע על רקע חברתי, דתי כלכלי, לאומי אתני או מוסרי.

בית המשפט העליון פתח את שעריו לכל דיכפין.<sup>16</sup> על השערים התדפקו אזרחים קשי יום, שחשו כי הופקרו בזירת החיים ההולכת ונהיית מורכבת. נבחרו ציבור ומחוקקים, בהיעדר כללי משחק דמוקרטיים מקובלים, העבירו לבית המשפט את ההכרעה בסוגיות יסוד של החברה הישראלית. בית המשפט העליון זיהה את התסכול וחוסר האמון של

14 ראו, למשל, דברי השופט עציוני בע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 7, 15–16 כי "את התיקון למה שנראה כמצב הפוגע בזכויות האדם, יש לחפש במישור הפוליטי הפרלמנטרי ולא בבית המשפט." אמנם היו פסקי דין שגם בשנותיה הראשונות של המדינה נתנו ביטוי לעליונות זכויות הפרט כגון בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ע א(1) 121 ובג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, ואחרים. ראו יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג (תשס"ה) 303. אולם לדעתי אין בכך כדי לפגום בכלליות הטיעון.

15 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תל-אביב, תשנ"ג).

16 זאב סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה, תל-אביב, תשנ"ד).

הציבור בקברניטיו. חיש מהר עבר בית המשפט מתפקיד השחף המסייע לקברניטים לנווט את הספינה, לתפקיד ההגאי העומד ליד הגה הספינה ומוביל אותה בנחשולי הים. למרות הביקורת הקשה על רפיון המנהיגות הפוליטית, מנהיגות שלא הצליחה להעמיד אתגרי המשך לחזון הציוני שהוגשם בהכרזה על הקמת המדינה, יש להעניק לה גם נקודות זכות. חכמים היו מנהיגינו "בשוככם לישון בצל חלום שיבת ציון". הם העדיפו שלא להזדרז ולקבל הכרעות בנושאים ערכיים שנויים במחלוקת. אמונתם הייתה כי עם ששב למולדתו אחרי אלפי שנות גלות בלמעלה ממאה פזורות, נזקק לזמן ואפילו להרבה זמן כדי לאחות שוב את העצמות היבשות, הקמות מקבריהן ומתחילות לחדש את תנועתן. טראומת השחרור של האסיר מכלאו קשה לעתים מעול השעבוד. לבית המשפט העליון, לעומת זאת, אצה הדרך. בית המשפט זיהה את הוואקום המנהיגותי והערכי, ובחוסר סבלנות וריסון שיפוטיים, ובמסווה של חובה שיפוטית לתת פתרון לעותרים פרטיים, החל מכתוב ערכים, תפיסות עולם ואידיאולוגיה.

### ג. חברה משפטית ומחירה

תנאי הכרחי לקיום חברת בני אדם הנו לכידות חברתית. הלכידות מקבצת פרטים ומארגנת אותם לחיים משותפים בהתאמה לסדר חברתי. הסדר החברתי אינו רק תוצר הפעלת כוח כפייה מאורגן כלפי פרטים החורגים מנורמות התנהגות מקובלות. הסדר הנו פרי הסכמת הפרטים לציית לנורמות הכובלות ומגבילות את חירותם. ציות זה מעוגן בלכידות, שקשה להגדירה. מקור הלכידות טמון בין היתר בהיסטוריה, בערכים, בדת, במורשת התרבותית, בטריטוריה, בגיאוגרפיה ובשפה. תוכן משפטה של אומה, הגדרת זכויות האזרחים וחובותיהם, הנם במידה רבה תוצר מובהק של מרכיבי הלכידות החברתית. המחוקק ובתי המשפט, בהכירם בזכויות וחובות, אינם פועלים בחלל ריק, ואינם יוצרים יש מתוך האין. הם ממסדים זכויות וחובות מתוך מגוון זכויות וחובות שברקע ההויה החברתית,<sup>17</sup> רקע המבטא את דופק החברה בכל זמן נתון, ונוצר ממרכיבי הלכידות החברתית. איתור הדופק הוא בעייתי ומורכב בחברה רבת-תרבותית, מקוטבת ושסועה. פגימה בלכידות החברתית הנה פרימת האריג ששמירה על גווני חוטיו מאפשרת את הקיום החברתי.

בית המשפט העליון, מתוך ניסיון לעצב חזון, הכניס עצמו לסבך מחלוקות אידיאולוגיות, שהמחוקק במודע העדיף שלא להכריע בהן. "והשופטים נגררים למחלוקת זו, שביסודה אינה אלא מחלוקת אידיאולוגית. ובידוע, כי הכרעה משפטית, אין בכוחה לפתור את המחלוקת האידיאולוגית הקשה המתנהלת בתוככי

17 זכויות הרקע לקוחים ממשנת רונלד דבורקין. בין ספריו ראו: Ronald Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge Mass., 1977); Ronald Dworkin *A Matter of Principle* (Cambridge Mass., 1985); Ronald Dworkin *Law's Empire* (Cambridge Mass., 1986).

הציבור היהודי על מהות היהדות ועל יחסי דת ומדינה בישראל, המדינה היהודית הדמוקרטית".<sup>18</sup> כניסת בית המשפט העליון למרחב האידיאולוגי אינה פותרת בעיות, ולא זו בלבד אלא שהיא מסבכת בעיות הקיימות ממילא. "לטעמי, תרמה הפסיקה של בית-משפט זה תרומה נכבדה למצב העניינים הסבוך. המסלול העקלקל של פיצול המושג יהודי, ליהודי לצורך חוק אחד וליהודי לצורך חוק אחר... לא היה זה מתפקידו של בית-משפט זה לשוב ולפצל את מושג הגיור כך שהתרוקן מכל תוכן נורמטיבי ללא הנחיה ברורה מצד המחוקק... לכן, לדעתי, שגגה גדולה יצאה מידי בית-משפט זה בנוטלו על עצמו תפקיד השנוי במחלוקת אידיאולוגית".<sup>19</sup> חריצות בית המשפט העליון, והתוצאות המהירה להיכנס לסוגיות הערכיות המהותיות ביותר, איננה תמיד מועילה, בעיקר כשמדובר במחלוקות אידיאולוגיות וערכיות התוססות ומתסיסות את החברה היהודית כבר מאות אם לא אלפי שנים.

מחיר המעבר משלטון החוק לשלטון המשפט יקר מאוד. התברר חיש מהר כי המשפט בישראל אינו נגרר אחרי המציאות כבעבר, אלא יוצר אותה. המשפט אינו הולך בעקבות החיים אלא מושך אותם אחריו.<sup>20</sup> המציאות החברתית אינה משפיעה על יישום המשפט, כדברי מישל פוקו,<sup>21</sup> אלא המשפט מעצב את המציאות כשמדובר בסוגיות ערכיות עקרוניות. בלשון מטאפורית יאמר כי ההוויה אינה יוצרת את ההכרה אלא ההכרה יוצרת את ההוויה. מה שהתחיל בבחינת "עת לעשות לה' הפרו תורתך", הוראת שעה לנוכח מציאות קשה, נהפך ברבות השנים לקו אסטרטגי נחוש ואיתן, בניגוד לכללי יסוד של הדמוקרטיה והפרדת הרשויות. זה שני עשורים ויותר התיישבו שופטי בית המשפט העליון על גשר הפיקוד, והחלו לנווט את הספינה הישראלית בהגדרת זהותה, מהותה וערכיה.

ההכרעה הערכית הנפסקת בבית המשפט העליון פוגמת ביכולתה של החברה להגיע לכלל הסדרים חברתיים, מוסריים והסכמיים.<sup>22</sup> היכולת להגיע לכלל הסכמה חברתית בסוגיות היסוד הנה בבסיס הדמוקרטיה. הסכמה, גם אם היא מורכבת ובעייתית, עדיפה מכפיית ערכים ותפיסות עולם באמצעות פסקי דין, מבריקים ככל שיהיו. שאיפת שופטי בית המשפט העליון הנה להביא לידי הקמת "חברה אזרחית" המרבה צדק, ממסדת את החירות, מקדשת את זכויות הפרט ומאזנת בין ערכים שונים

18 דברי השופט יצחק אנגלרד בע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 633 (להלן: עניין שביט).

19 בג"ץ 2901/97, 5070/95 נעמת נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721, 759 (להלן: עניין נעמת).

20 בע"א 72/62 רופאיזון נ' שר הפנים, פ"ד טז(4) 2428, בע' 2455 אומר השופט צבי ברנזון "המשפט הולך בעקבות החיים ולא החיים בעקבות המשפט".

21 M. Foucault בספרו 186 (1975) *Michel Foucault Surveiller et Punir*. מובא בבג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 780-781.

22 אבינועם בן זאב ושולמית אלמוג משפט האדם (תל-אביב, 1996) 56; אריאל רוזן צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689, בע' 701.

כדי להביא לידי חיים מאושרים ויצירת מרחב תקשורת רצינונלי בין האזרחים. במבחן המציאות הובילה שאיפה זו לייסוד "חברת האני", חברה נהנתנית, אגואיסטית, פוסט ציונית המנוכרת לערכי הבסיס של קיום מדינה יהודית בארץ ישראל. זו חברה שמסופקני אם תשרוד את המבחנים שהיא עתידה להתייצב בפניהם.

#### ד. ערכים בסבך השפיטה

האימפריאליזם השיפוטי, שחדר לתחום הערכים, מחייב עיון בסוגיית הטיפול בערכים כשהם נכנסים בשערי בית המשפט העליון. עיון קפדני נדרש משום שהמשפט הולך ומתברר כמכשיר חברתי שנועד להגשים מטרות חברתיות שהגדרתן שלובה באבחון ערכים ואידיאולוגיות.<sup>23</sup> אומר הנשיא ברק: "עלינו להתרחק מתורת משפט של מושגים, לפיה המושג התיאורטי כופה עצמו על האינטרסים והערכים הדורשים הסדר נורמטיבי. עלינו לשאוף לתורת משפט של ערכים, לפיה המושג התיאורטי הוא פרי האיזון וההסדר של האינטרסים והערכים הדורשים הסדר נורמטיבי... ההלכה צומחת מתוך המעשה. התיאוריה צריכה לשרת את הפרקטיקה".<sup>24</sup>

בהיעדר חוקה, העקרונות והערכים שבתשתית השיטה המשפטית הם אלה שזוהו והוגדרו בפסיקת בית המשפט העליון. הכרת בית המשפט העליון בהם היא הנתנת להם את תוקפם הנורמטיבי. העקרונות הכלליים במשפט הישראלי הם העקרונות שביחד עם התכלית המיוחדת של החוק מהווים את המטרה שהמחוקק ביקש להשיג.<sup>25</sup> לכאורה מדובר בכלי עזר פרשני בבוא בית המשפט לפרש את החוק,<sup>26</sup> אולם בפועל מדובר במכשיר רב כוח המהווה מטרייה נורמטיבית הפרושה על פני שיטת המשפט כולה. רשימת העקרונות והערכים אינה סגורה וממצה<sup>27</sup> מאחר שהמשפט הנו יצור החי

23 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 819. אשר לביקורת על המושגים ראו דברי השופט מישאל חשין בע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289. הגישה המושגית מזוהה עם הפורמליזם המשפטי שאותו היטיב להבהיר השופט חשין בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 165-166 (להלן: עניין פלוני).

24 דנ"פ 4603/97 משולם נ' מ"י, פ"ד נא(3) 160, 182.

25 ע"פ 696/81 אזולאי נ' מ"י, פ"ד לז(2) 565, 574 (להלן: עניין אזולאי).

26 בג"ץ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית בא"י נ' שרת-העבודה, פ"ד ו 237, 245.

27 בג"ץ 9098/01 גנים נ' משרד הבינוי והשיכון, תק"על 2004(4) 1390, 1401; בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 541; בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 690; בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השניה, פ"ד נא(5) 193, 202; בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 364; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 58; השופט משה לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז(4) 2407, 2414; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 627-628; בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לעניני דתות, פ"ד מב(2) 221; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (להלן: עניין שדולת הנשים). בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל אביב, פ"ד יב 1041, 1050; השופט לנדוי

ופועם ומתפתח בתהליך בלתי פוסק. עם זאת בית המשפט מחויב להכיר בעובדה כי אינו רוכב על "סוס פרא" אלא מדובר ב"אחד מכלי המשפט עצמם. אין הוא גורם חיצוני זר. הוא יסוד פנימי וקרוב".<sup>28</sup>

הכרעת בית המשפט העליון אינה מבוססת אך ורק על פרשנות בסיסית של סעיפי חוק. המשפט אינו מקבץ נורמות אקראיות. לכל שיטת משפט יש ערכי יסוד ועקרונות הנותנים ביטוי לעומקי ההסכמה החברתית. ערכים אלה נצרפו ונבחנו במהלך קיום החברה, והישרדותם היא במידה רבה ערובה לאמיתותם ולקבילותם.<sup>29</sup> בית המשפט אינו אמור להיות מושפע מהלכי רוח זמניים ועכשוויים בחברה אלא מתפיסות הבסיס שלה.<sup>30</sup> בסיסים אלה הנם בבחינת יכין ובעז המאפשרים את הלכידות החברתית וממילא את הקיום המדיני. אשר על כן בית המשפט צריך לנקוט זהירות יתרה בטיפול בערכי התשתית החברתיים. השופט מישאל חשין כותב: "אנו השופטים, אין אנו אומרים לבדות מליבנו חובות מוסר, כמו יצרנו בהבל-פה חובות וביקשנו להעטות עליהן גלימת משפט. כל שעושים אנו הוא, שאנו נותנים ביטוי משפטי לתחושות בני החברה, תחושות חריפות הניבנות על יסודות מוסר המשותפים לכל בני-אנוש ועל עיקרי מוסר המאפיינים את החברה בה אנו חיים".<sup>31</sup>

הזהירות היתרה הנדרשת בטיפול בערכים מתחייבת גם מכיוון שביישום ערכים ועקרונות אין אמת מידה אובייקטיבית המנותקת מאישיות השופט, רקעו החברתי ותפיסת עולמו. בנימין אקצין, מחוקרי תורת המדינה והמשפט, כתב: "אשליה היא להניח כי פסיקה כדין אינה אלא בבואה של הדין, וכי אישיות השופט אינה משתקפת בה... מושג הצדק הסובסטאנטיבי קשור קשר בל-יינתק עם ההשקפות המקובלות בחברה, בשכבה מבין שכבות החברה, באסכולה שעמה נמנה אדם פלוני, ועם השקפותיו ודעותיו והלך רוחו, ולפעמים אפילו עם מצב רוחו, של היחיד; ואין השופט מהווה יוצא מן הכלל בעניין זה".<sup>32</sup>

בכג"ץ 351/72 קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו(2) 811, 814; בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיו אינג נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 30; ע"פ 697/88 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289, 307.

28 ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 557-558 (להלן: עניין בית יולס).

29 בע"א 391/80 לסרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 264 אומר השופט מנחם אלון: "כלל גדול בידינו שאין מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד. גופה של מערכת המשפט זקוקה הוא לנשמה, ויש שאף לנשמה יתירה. נשמה זו תמצא למערכת המשפט בדמותן ובצלמן של נורמות ערכיות שונות." דברים אלה הובאו על ידי הנשיא ברק ביום עיון במלאת שנה לפטירתו של השופט צבי ברניב ז"ל אהרן ברק "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית" מבחר כתבים (חיים הרמן כהן ויצחק זמיר עורכים, כרך א, ירושלים, תש"ס) 1013 (להלן: מבחר כתבים).

30 אהרן ברק "תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 13, 15-16; יששכר רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם?" משפט וממשל ח (תשס"ה) 49, 65.

31 עניין פלוני, לעיל הערה 23, בע' 167.

32 בנימין אקצין "תפיסת המשפט בפסיקתו של משה זמורה" סוגיות במשפט ובמדינאות (ירושלים,



בהכרעותיהם שופטי בית המשפט העליון מדגישים את מחויבותם לערכי החברה על פי מעמדם בסולם הערכים הלאומי, אולם את זיהוי אותם ערכים ואת קביעת המשקל היחסי שיש לתת להם עושים השופטים על פי שיקול דעתם ואמונתם. השופט ברק כותב: "לעתים ההדרכה של השיטה מסתיימת, והשופט ניצב אך עם עצמו. ניסיון חייו והפילוסופיה השיפוטית שלו הם המצפן היחיד שיכול להדריכו".<sup>33</sup> המטרייה השיפוטית, רמת ההגנה ושקלול האיזונים הערכיים שבית המשפט העליון מוכן לתת לערך כזה או אחר קשורים בקשר כל יינתק לתפיסת עולמו של השופט. אין לנתק את הכרעות השופט בנושאים הקיומיים ביותר של חיינו בארץ הזו מחזונו, מדעותיו ומאמונותיו. אלו מהווים נדבכים יסודיים ועקרוניים בפסיקת בית המשפט העליון.

גישת בית המשפט העליון בנוגע לסוגיות ערכיות נתעצבה בפסק דינו של השופט אלפרד ויתקון בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקבסון.<sup>34</sup> השופט ויתקון סבר שבתי המשפט אינם בעלי זהות ערכית עצמאית. תפקידם לתת ביטוי "למה שנראה לנו כמשקף את דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו... אך נראה לי כי הציבור שלנו רוצה לראות את עצמו כחלק ממשפחת העמים הנאורים ולהיות שותף לאותם ערכים המעצבים את דמות העולם התרבותי כולו. סבור אני שרק במקרים נדירים יכול להתגלות קרע בין תפישת עמנו לגבי הערכים הללו ובין התפישה המקובלת בארצות העולם".<sup>35</sup>

דברי השופט ויתקון, שבעת אמירתם היו בבחינת דעת יחיד, הטרימו את זמנם וכעבור שנות דור נהפכו לדגל וביטוי לתפיסת עולם שיפוטית של רבים משופטי בית המשפט העליון. המסר העולה מדברי השופט ויתקון הוא שמדינת ישראל הנה דמוקרטיה ליברלית, שאזרחיה אימצו את הערכים האוניברסליים המקובלים במדינות המערב. במאבק על ערכי מדינת ישראל, בית המשפט העליון אינו אמור להיות לצד אלה הטוענים כי ערכי המדינה הם שילוב בין ערכים דמוקרטיים ליהודיים, אלא לצד המעדיפים מתן עליונות מוחלטת לערכי הדמוקרטיה המערבית, ערכים שעוצבו במנותק מזרמי העומק של החברה היהודית והישראלית. זו כמובן מסקנה סוציולוגית מתבקשת מבית מדרשו של שופט שדעותיו בנושאי יהדות, דת ומדינה היו ידועות לכול.

פסק דינו של השופט ויתקון מצדד בקיומם של שני עקרונות בסיסיים: הראשון, שבית המשפט אמור לפעול באופן ניטרלי ולתת ביטוי ל"אני מאמין" החברתי ולא

תשכ"ו) 144, 144–147. ראו הדעות השונות המובעות על ידי השופטים בכג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך, פ"ד נא(5) 822; עניין שדולת הנשים, לעיל הערה 27.

33 אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" מבוחר כתבים, לעיל הערה 29, בע' 61.

34 פ"ד יז(2) 1009 (להלן: עניין ריזנפלד). פסק דין זה הנו אחד משורת פסקי דין שעסקו בסוגיית מוסריותם של חוזים לחיים משותפים. ראו גם ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3) 244; ע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט, פ"ד כ(4) 337.

35 עניין ריזנפלד, שם, בע' 1026.

לדעותיו האישיות;<sup>36</sup> השני, שהשופט צריך לפנות אל ערכים כלליים ואוניברסליים המקובלים על הציבור הנאור בעת מתן ההכרעה השיפוטית.<sup>37</sup> אומר הנשיא ברק באמצע למעשה את עמדת השופט ויתקון: "כאשר השופט שואל את עצמו איזה משקל יש ליתן לעיקרון מסוים בהשוואה לעיקרון אחר, התשובה צריכה להינתן על פי התפישות שלגביהן קיים קונצנזוס של הציבור הנאור... השקפתו של הציבור הנאור לעניין זה היא ההשקפה בדבר העקרונות והערכים הבסיסיים ולא ההערכה באשר לארצי ולחולף".<sup>38</sup> כאשר הנשיא ברק מבהיר את האופן שבו יש לעצב ולצקת תוכן לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוכר כבסיס המהפכה החוקתית, הוא קובע: "נעצב זאת באופן אובייקטיבי כלומר לא על פי השקפותינו הסובייקטיביות אלא – בלשונו של השופט משה לנדוי – כפרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור".<sup>39</sup>

לצורך הדיון אני מוכן להניח שהשופט ויתקון האמין שאין לבית המשפט ערכים משלו, וכי הוא מייצג את הציבור המתקדם והנאור. אולם ברבות השנים נראה כי שופטי בית המשפט העליון מקבעים בפסיקתם את אותם ערכים המקובלים עליהם. בנוגע ליהודיותה של המדינה הנשיא ברק קובע: "תוכנו של הדיבור 'מדינה יהודית' ייקבע על פי רמת ההפשטה שתינתן לו. לדעתי, יש ליתן לדיבור זה משמעות ברמת הפשטה גבוהה, אשר תאחד את כל בני החברה ותמצא את המשותף שבהם. על רמת ההפשטה להיות כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה... ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק על ידי המחוקק וכיוצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם".<sup>40</sup> מהי האסמכתא לקביעת מהות הערכים היהודיים בידי הנשיא ברק? האם השקפת עולמם של משה הס, אחד העם ומרטין בובר הנה השקפת העולם היהודית הנבחרת? האם הנשיא ברק בפסק דינו לא נתן ביטוי לתפישת עולמו הפרטית בנוגע למהותה של היהדות ובנוגע להתאמת ערכיה לערכים אוניברסליים, שבאמצעות הנצרות הופנמו בתרבות המערבית ונקלטו על ידיה?!

יהודיות המדינה, אליבא דרוב שופטי בית המשפט העליון, אינה נובעת ממקורות דת או אמונה אלא ממקבץ ערכים ממקורות יהודיים שאומצו על ידי אומות העולם וקיבלו משמעות אוניברסלית. לכך יש להוסיף סמלים מספר ששורשיהם במסורת

36 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עלית, פ"ד מז(5) 189, 206–207 (להלן: עניין ראם מהנדסים).

37 בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749 (להלן: עניין אפרת).

38 אהרן ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" מבחר כתבים, לעיל הערה 29, בע' 281.

39 אהרן ברק "בית המשפט העליון וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" המשפט ב (תשס"ד) 15, 17; אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: היקף והגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 253, 261.

40 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 30. ע"מ (תל-אביב-יפו) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק"מח 2001(2) 125, 160.

היהודית. הכותרת היא "יהודית" אך התוכן הנו כללי. עשיית הטוב והישר, כבוד האדם<sup>41</sup> והצדק<sup>42</sup> על פי ההלכה הם חובות בעלות תוכן מובהק ומובחן. הכרת ההלכה בצדק כערך הנה חסרת משמעות בלי התכנים המעשיים המתלווים אליו. אין מדובר בהמשגה קנטיאנית פורמליסטית, אלא בהיגדי ביצוע. לטעון כי הצדק הנו ערך יהודי אך לשאוב את תוכנו ממקורות זרים, מכובדים ככל שיהיו, נראה בעיני כעיוות הערכים היהודיים.

השופט חיים כהן הציג את ההתייחסות לערכים היהודיים בדרכו הנחרצת. יש לעשות סלקציה בנוגע לערכי היהדות: "עלינו לבחור מאוצר הערכים האלה את הערכים שנוכל לחיות עמם ולהתפאר בהם גם במדינה דמוקרטית".<sup>43</sup> המשמעות המעשית היא כי שופטי בית המשפט העליון אמורים לבחור מתוך המאגר היהודי העצום את אותם ערכים הנראים להם והתואמים את תפיסת עולמם. ידוע כי בענייני דת ומדינה עמדות השופטים מתפלגות לפי השקפות העולם האישיות שלהם.<sup>44</sup>

על פי תפיסת עולמם של רוב שופטי בית המשפט העליון, אין יהדות אחת או מורשת מבוררת ומקובלת, אלא סוג פלורליזם שבו היהדות מונחת בקרן זווית, וכל הרוצה ליטול יבוא וייטול את אשר ברצונו ליטול. "אם בעולמה של היהדות מצוי זרם פרטיקולרי וזרם אוניברסלי, הראוי הוא לפרשן לאמץ את הזרם האוניברסלי. שכן זה מתיישב יותר עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מאשר הזרם הפרטיקולרי".<sup>45</sup> מאחורי מסך ה"פרטיקולרי" וה"אוניברסלי" מסתתרת יהדות כדת מעניקה ולא כדת תובעת, נחבאת יהדות כתרבות פתוחה בלא משמעות נורמטיבית מחייבת ומוכמנת תפיסת עולם המשתנה עם כל רוח מצויה במקום עקרונית יציבים המכתיבים אורחות חיים. בית המשפט העליון נתן ליהדות הגדרה מחודשת מבית מדרשה של הרפורמה, הגדרה שלפיה ערכים יהודיים הנם אותם ערכים שבית המשפט העליון רוצה לראותם כיהודיים, ובעיקר אלה המשרתים נאמנה את ההגנה על זכויות האדם.<sup>46</sup>

הוכחה מובהקת להשפעת תפיסת עולמם של השופטים על פסיקתם אפשר למצוא

- 41 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 288–289; ב"ש 16/87 דננאשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 281; מנחם אלון "כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל" פרסומי חוג בית הנשיא (תשנ"ה) בע' 15–31.
- 42 חיים שיין הצדק במשפט העברי (תל-אביב, תשנ"ד).
- 43 חיים כהן "על התוקעים עצמם לדבר הלכה" מבחר כתבים, קציר עשור הגבורות (אהרן ברק ורות גביוון עורכים, ירושלים, תשנ"ב) 41.
- 44 גדעון ספיר "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו" עיוני משפט כה (תשס"א) 189.
- 45 אהרן ברק "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" מנחה ליצחק (אהרן ברק ומנשה שאוה עורכים, ירושלים, תשנ"ט) 31, 37.
- 46 הנשיא מאיר שמגר מסכים שישנה עמימות במושגים "יהודית" ו"דמוקרטית". זה היה רצונו של המחוקק. בית המשפט אמור לצקת תוכן במושגים, אך עליו לעשות זאת בסבלנות, נדבך על גבי נדבך. מאיר שמגר "רב שיח ציבורי: מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" ספר שמגר – כתבים (תל-אביב, תשס"ג) 61, 66.

בסוגיית הגיור ו"מיהו יהודי". השופט ברק מגלה את דעתו ואומר: "תפיסתם של היהודים כ'עדה דתית' בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל היא גישה מנדטורית-קולוניאלית. אין לה מקום במדינת ישראל. ישראל אינה מדינתה של 'עדה יהודית'. ישראל היא מדינתו של העם היהודי... ביהדות ישנם זרמים שונים הפועלים בישראל ומחוצה לה. כל זרם פועל על-פי השקפותיו שלו. לכל יהודי ויהודי בישראל – כמו גם לכל אדם ואדם שאינו יהודי – חופש דת, מצפון והתארגנות".<sup>47</sup> משמעות דברי השופט ברק הנה אימוץ הגישה הלאומית מבית מדרשם של אחד העם ומרדכי קפלן. אין תמה אפוא שהשופט ברק סובר כמו השופט כהן לפניו שיש להשאיר את התשובה על השאלה, אם אדם הצטרף אל היהדות, להכרעתו הסובייקטיבית של המתגייר. בפועל, בשלב זה נמנע השופט ברק מליישם את תפיסת עולמו,<sup>48</sup> ואולם כל מי שעוקב אחרי התפתחות הפסיקה בסוגיית "מיהו יהודי" יודע כי קרובה מאוד ההחלטה שתקבע כי הגיור הנו עניין שבין אדם לאלוהיו והמדינה אינה צריכה לנקוט בעניין זה כל עמדה. ההכרה במה שכונה "גיורי קפיצה" יוצרת אי-שוויון בלתי הגיוני בעליל בין גיור רפורמי ואחר שנעשה כולו בארץ ובין גיור שרק חלקו המזערי נעשה בחו"ל. מכאן שקרובה ההכרה בכל סוגי הגיור שנעשו בארץ וממילא נהפך הגיור לנתון להכרעתו הסובייקטיבית של המתגייר.

במהלך התגוננות מפני ביקורת אפשרית מעלה בית המשפט העליון את הטענה כי בפסיקותיו בסוגיות ערכיות עקרוניות אין ההכרעה וההעדפה הערכית אלא עניין טכני, קרי פרשנות סעיף חוק או התמודדות עם זכויות פרט שנפגעו. כך היה בסוגיית הגיור (לצורך מרשם סטטיסטי וסמכויות פקידי משרד הפנים).<sup>49</sup> בעניין אימוץ קטין על ידי זוג לסביות אומר השופט ברק: "איננו מתבקשים להכיר בסטטוס משפטי של המשפחה החד-מינית; איננו נדרשים לסטות מהסכמה חברתית. כל שנקראים אנו בערעור שלפנינו הוא לתת ביטוי להסכמה החברתית המשקפת את ערכי היסוד שלנו לפיה צו אימוץ יינתן רק אם הוא לטובת המאומץ. זהו ההיבט העקרוני היחיד המתעורר בערעור שלפנינו, וכל כולו מצוי במסגרת ההסכמה החברתית בישראל. אכן, אם המחוקק סבור כי עקרון 'טובת המאומץ' – או אינטרס המאומץ – לא צריך לחול לעניין משפחה חד-מינית, עליו לומר את דברו, ויהא עלינו לבחון אם אמירה זו היא חוקתית".<sup>50</sup>

בדברים אלה ישנה היתממות לא מבוטלת. הציבור הישראלי אינו בקי בקונסטרוקציות המשפטיות שבלבית פסקי הדין. השפעת פסקי הדין על הציבור

47 עניין נעמת, לעיל הערה 19, בע' 751.

48 השופט ברנזון בבג"ץ 487/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 119.

49 יש לשים לב לביקורתם של השופטים אילה פרוקצ'יה ואדמונד לוי על ביצוע גיורים והענקת אזרחות בלא פיקוח. על כך בבג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412, דברי השופטת פרוקצ'יה בע' 436 ואילך ודברי השופט לוי בע' 455 ואילך. ראו גם דברי המשנה לנשיא מנחם אלון בבג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723, 735.

50 עניין ירוס-חקק, לעיל הערה 9, בע' 194.

אינה באמצעות הפלפול המשפטי אלא באמצעות המסר הערכי שבתוצאת פסקי הדין. המסר העולה מפסקי הדין של בית המשפט בסוגיות בעלות אופי ערכי-מוסרי ודתי הנו שהיהדות הנה פלורליסטית וניתן להגדירה כרצות איש ואיש; שערכי החברה הישראלית נותנים לגיטימציה ליחסים הומוסקסואליים; וששלמות המשפחה אינה ערך שבית המשפט העליון מזהה אותו עם ערכי העומק של החברה. התוצאה מרוח פסקי הדין של בית המשפט העליון בסוגיות שהזכרנו הנה מתן ביטוי מחודש, ואפילו נועז, לתוכני העומק של החברה היהודית בארץ ישראל, תכנים שיסודם בעליונות מעמדן של זכויות הפרט מכוח התפיסה האוניברסלית המושתתת על התרבות המערבית.<sup>51</sup>

## ה. על איזון וערכים

בית המשפט אינו אמור רק להגדיר את הערכים אלא גם לבצע איזון ושקלול כאשר קיימת התנגשות בין ערכים שונים. בדרך כלל הסכסוכים שמגיעים לבתי המשפט ונוגעים לזכויות הפרט ומעמדו של היחיד מול השלטון, דורשים איזון על ידי בית המשפט. האיזון אינו ביצוע של פעולה טכנית. מדובר בפעולה נורמטיבית ש"נועדה לשקף את ערכם החברתי של ערכים ואינטרסים במכלול הערכים החברתיים".<sup>52</sup> הגדרת הערכים וביצוע האיזון הם מהלך מורכב הדורש מבית המשפט מיומנות מיוחדת בתחומים רבים. עליו להכיר את החברה שבה הוא חי, את מצפונה ותפיסתה באשר לראוי ושאינו ראוי;<sup>53</sup> לדעת לזהות את הקונסנזוס החברתי המתייחס לבסיס הערכים של החברה ולהכיר את האתוס המשפטי ואת עקרונות היסוד והאמונות שבתשתית הקיום הדמוקרטי של החברה;<sup>54</sup> להיות בקיא במקורות התודעה החברתית של העם;<sup>55</sup> לאתר, לגבש ולהפעיל את "אני מאמין" הלאומי והבסיסי של החברה והשיטה.

51 הטענה כי פסיקת בית המשפט העליון כפופה לביקורתו של המחוקק, גם היא מופרכת במידה רבה. זכות שהוכרה בבית המשפט העליון, המחוקק לא יוכל ליטול אותה, שכן הניסיון ליטול אותה ישוב וייבחן על ידי שופטי בית המשפט העליון. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עדיף על חקיקה שתנסה לעקוף את החלטת בית המשפט העליון שהתבססה על כבוד האדם.

52 בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 477 (להלן: עניין דיין); בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 464-465.

53 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 532 (להלן: עניין חברת קדישא). כותב השופט ברק: "השופט הוא חלק מעמו, עליו להכיר את בעיות המדינה, עליו לקרוא את ספרותה, ועליו להאזין לשירה, עליו להכיר את מורשתה הדתית החברתית והתרבותית, עליו להכיר את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. עליו להיות רגיש למיעוטים שבקרב המדינה ולשכבות החלשות בקרב החברה. אכן השופט הוא חלק מתקופתו, הוא בן זמנו. הוא נע עם ההיסטוריה של עמו." אהרן ברק "על שיקול הדעת של שופט בבית המשפט העליון" מבחר כתבים, לעיל הערה 29, בע' 943.

54 עניין אפרת, לעיל הערה 37, בע' 780; 81-131; Dworkin (1977), *supra* note 17, at pp.

55 משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ט) 292, 306.

"איזון" הוא מושג מטאפורי. כאשר השופט מאזן בין ערכים מתנגשים הוא פועל במישור הנורמטיבי. בבסיס ה"איזון" מונחת התפיסה, כי "לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהיעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כך אין לך עקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים".<sup>56</sup> אם בשנותיה הראשונות של המדינה אוזנו צורכי הפרט והכלל בעיקר מתוך התייחסות לשיקולי ביטחון ושלום הציבור, הרי בשנים האחרונות האיזון הוא בין ערכים ותפיסות עולם שבית המשפט העליון הפך עצמו לבעל מונופולין בהגדרתם ודירוגם.<sup>57</sup>

מאחר ששאלות ערכיות ומוסריות הנן בדרך כלל יחסיות, יש ספק רב אם ניתן להכריע בהן באופן אובייקטיבי ורציונלי. המשמעות היא כי בית המשפט הוא שמכריע על פי תפיסת עולמו שלו.<sup>58</sup> בית המשפט אומר: "מקובל עלי שתורת האיזונים אינה פשוטה לביצוע. אין לנו 'כלים מדעיים' לכך. הדיבור 'איזונים' ו'משקל' אינם אלא מטאפורות. מאחוריהן מסתתרת התפישה, כי הערכים, העקרונות והחירויות אינן בעלות חשיבות זהה... קביעת חשיבות חברתית יחסית של הערכים והעקרונות היא פעילות נורמטיבית סבוכה... אכן, איני שולל המסקנה כי בשלב מסוים נכנסים לגדר השיקולים היבטים סובייקטיביים".<sup>59</sup>

כדי לרכך את הכוח המוענק לבית המשפט בקביעת קווי המתאר והמתחם של הערכים, והאיזון שביניהם, נקבע כי האינטרסים והערכים שבהם עוסק בית המשפט, ושאותם הוא אמור לקבל, אינם חיצוניים למערכת המשפט, ואינם פרי השקפת עולמם של הצדדים לסכסוך או של בית המשפט. הם מהווים חלק מהמשפט עצמו, הגם שאינם מוגדרים בחוק.<sup>60</sup> כשם שהמנהג עובר תהליך של הכרה באמצעות בית המשפט, לאחר שבית המשפט שוכנע שכך הציבור נוהג, כך אינטרסים וערכים מקבלים את הכרתם משכנועו של בית המשפט כי קיימת הסכמה ציבורית<sup>61</sup> המצדיקה הגנה או העדפה של

56 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434; ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361 (להלן: עניין חברת החשמל). הוא הדין באיזון בין אינטרסים שונים במדינה דמוקרטית; עניין אזולאי, לעיל הערה 25, בע' 569-570; עניין דיין, לעיל הערה 52, בע' 474-475.

57 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513; בג"ץ 6163/93 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (להלן: עניין איזנברג); עניין ראם מהנדסים, לעיל הערה 36.

58 Benjamin N. Cardozo *The Nature of Judicial Process* (1925); Hans Kelsen *General Theory of law and state* (1961).

59 השופט ברק בעניין שביט, לעיל הערה 18, בע' 657; עניין איזנברג, לעיל הערה 57; אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 187; ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך שלישי) 215.

60 לביטוי רצון הצדדים לסכסוך וההתייחסות לרצון זה ראו עניין בית יולס, לעיל הערה 28, בע' 537.

61 הנשיא אגרנט בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 602.

ערכים אלה לעומת אחרים. "דעתי היא, כי על השופט להביא בחשבון שיקוליו את מידת ההסכמה או אי ההסכמה החברתית לערכים החברתיים ולנורמות המשפטיות הנגזרות מהם. על השופט לשאוף לאותו פתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית, או לפחות אינו סותר אותה".<sup>62</sup> אותם כללי יסוד, משהוכרו, "מנחים ומגבשים דפוסי המחשבה והפרשנות המשפטית ומשפיעים עליהם מכוחם ומגמתם".<sup>63</sup> למרות טיעונו של הנשיא ברק כי שיקול הדעת השיפוטי מודרך אך ידי עקרונות משפטיים המהווים חלק משיטת המשפט שבה הם פועלים, סובר יוסף רז כי טעות היא לחשוב ששופטי בית המשפט מודרכים אך על ידיהם.<sup>64</sup>

בית המשפט העליון, לצורך הגשמת יעדיו וחזונו, גייס לעזרתו את מושג 'תקנת הציבור' כמכשיר רב עצמה לשינוי ערכים. בית המשפט חוזר וטוען בפסקי הדין שלו כי השתנות הזמנים יצרה גם שינוי ערכים. בתביעה שעניינה הפרת הבטחת נישואין אומר הנשיא ברק: "מאז פסיקה זו חלפו ארבעים שנה. מושגי המוסר ותקנת הציבור השתנו... 'תקנת הציבור' משמעותה הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח... בעזרתה של 'תקנת הציבור' מבטיחה שיטת המשפט התנהגות ראויה ביחסים הבינאישיים. התנהגות ראויה זו משתנה עם שינוי הזמנים... 'תקנת הציבור' מושפעת מן האקלים החברתי. תוכנה משתנה מחברה לחברה; הוא משתנה בחברה נתונה מעת לעת... בקביעת היקפה של 'תקנת הציבור' נדרשת עריכתו של איזון פנימי בין ערכים ואינטרסים מתנגשים".<sup>65</sup> בית המשפט העליון עקף את העיסוק בסוגיית המוסר באמצעות השימוש במושג 'תקנת הציבור', מושג רציונלי לכאורה המאפשר שיקול דעת רחב מאוד לבית המשפט.

בית המשפט העליון קבע כי חל שינוי ניכר בתפיסות המוסר ותקנת הציבור בנוגע לתא המשפחתי. "גם הסלידה מפני קשר זוגי מחוץ לנישואין אינה משקפת את גישתה של החברה הישראלית של היום, ודיני הידועה בציבור – שבהתפתחותם תרמו המחוקק ובית המשפט גם יחד – יוכיחו".<sup>66</sup> השופטת אילה פרוקצ'יה קובעת: "דפוסי החיים, והתפיסות החברתיות השתנו עד לבלי הכר מאז נתעצבה הלכה זו בראשיתה... השינויים העמוקים שחלו במחצית השנייה של המאה העשרים בתפיסות המוסר, ותהליכי ההשתחררות מתבניות חשיבה וממושגי החיים ומאורחות החיים שהיו מקובלים בעבר נותנים את אותותיהם בתוכן הנמזג למושג 'תקנת הציבור', וכן 'העולם

62 בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876, 879-880; ברק (תשמ"ז), לעיל הערה 59, בע' 289.

63 עניין חברת החשמל, לעיל הערה 56, בע' 359.

64 יוסף רז "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" משפטים ב (תשכ"ט) 317, 328.

65 ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, תק-על 2004(3) 448, 453 (להלן: עניין פלונית). ע"א 6601/96 Aes System Inc נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 861; עניין חברת קדישא, לעיל הערה 53, בע' 534.

66 עניין פלונית, שם, בע' 454.

המערכי, ובתוכו ישראל, עבר בעשורים האחרונים תהפוכות מרחיקות לכת בתפיסות ערכיות בסיסיות המתאפיינות בפלורליזם מחשבתי ומוסרי תוך הכרה הולכת וגוברת בערך של חירות הפרט לעצב את אורח חייו ותכני חייו. תהפוכות אלה משפיעות באורח מהותי על אורחות החיים ועל תפיסות המשפט.<sup>67</sup>

השופט יעקב קדמי, בבחנו את "האקלים החברתי-משפטי", אומר: "בעולם המתקדם לעבר שנות האלפיים, תופעת החד-מיניות – הומוסקסואליות ולסביות – כשלעצמה, שוב אינה מבטאת 'סטייה' שיש להוקיעה, לגנותה ולהילחם בה; ועל אף אי ידיעת מקורה המדויק של התופעה – מגלים כלפיה הבנה וסובלנות... – משמעותו של 'חינוך' בהקשר זה הינה רחבה והולמת את התקופה; ובפועל הורחבה משמעותו של המושג בכך, שהוא כולל במסגרתו גם הקניית דעת, הרחבת אופקים והשכלה לשמה".<sup>68</sup>

השופטת דליה דורנר, בפסק דין שניתן פה אחד על ידי אחד עשר שופטים מבית המשפט העליון, קובעת בנוגע לתעשיית הפורנוגרפיה כי יש לבצע איזון חוקתי. "על האיזון החוקתי להיעשות על רקע המציאות החברתית הקיימת, המגלמת את השקפות החברה באשר למותר ולאסור בה. אין להתעלם מכך שפורנוגרפיה הינה חוקית וזמינה".<sup>69</sup> השופט חשין מוסיף: "אינני בטוח אם בסוף שנות הארבעים של המאה שעברה – לפני קום המדינה ובשנותיה הראשונות של המדינה – היה בית-משפט פוסק כפי שאנו פוסקים כהיום הזה. ואינני מכוון לרוחות החוקה הנושבות במחנה בימים אלה. מכוון אני לקול העם, פשוטו כמשמעו... שומה עלינו, השופטים, לצאת למסע אל הרחוב, אל הספרות, אל השירה, אל העיתונות, אל הרדיו והטלוויזיה, אל שיחות-היום... הזמנים עוברים חולפים, סדרי חברה מתהפכים, דרכיהן של בריות משתנות, אופנות הולכות ובאות, ולא כימים ההם ימינו אלה... אנו איננו כאבותינו, בנינו אינם כמותנו, ונכדינו אינם כבנינו. דור דור ודורשיו דור דור ומנהגותיו. וכפי שהורונו חז"ל: 'פוק חזי, מאי עמא דבר' (ברכות, מה, א [א]) – צא וראה כיצד נוהג העם. למותר לומר כי פענוח קולו ונוהגו של העם לא תמיד יטיל עלינו משימה קלה, והרי רוחות שונות מנשבות בינותינו".<sup>70</sup>

מניין יודעים שופטי בית המשפט כי בעיני רוב הציבור הישראלי חלו שינויים ערכיים מהפכניים? האם השופטים אינם מושפעים מחברת השופטים, הציבור המתקדם והנאור, ובשיקוליהם הערכיים הם מתנתקים מהציבור? ואם השופטים כן מכוונים להסכמת הציבור, האם על השופטים לתת ביטוי להסכמות חברתיות חולפות? "השופט אינו חייב לתת ביטוי לרוחות השעה. עליו לעמוד מנגדן. עליו לתת ביטוי לאותה

67 שם, בע' 465. אמנון רובינשטיין אכיפת מוסר בחברה מתירנית (ירושלים, תשל"ה) 140.

68 בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים נ' שר החינוך והתרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822, 825.

69 עניין ש.י.ג., לעיל הערה 6, בע' 85.

70 שם, בע' 91.



הסכמה חברתית המשקפת את עקרונות היסוד ואת האיני מאמין של החברה שבה הוא חי ופועל".<sup>71</sup> בכך טמונה כמובן סכנה שהשופטים עלולים בסופו של דבר להוביל את החברה אל עמדות ערכיות בעיתיות, המנמיכות את קומתה המוסרית.

לצד, אני נאלץ לקבוע כי דמות החברה הישראלית הניבטת במראה אינה מרנינה. שופטי בית המשפט העליון אינם יכולים לרחוץ בניקיון כפיהם בטענה שהם עוסקים אך ורק בפרשנות חוקים, ואם יש טענות נגד החוקים יש להפנותם כלפי המחוקקים. הציבור, בשלב זה של חיינו הלאומיים, מזהה באמצעות התת-מודע הקולקטיבי שלו את אחריות בית המשפט העליון למצבה של החברה הישראלית. הולך ומתפתח ניכור בין הציבור ובין בית המשפט העליון שלו. הציבור חש שלבית המשפט העליון סדר יום משלו, עולם ערכים סובייקטיבי, ורצון להוביל רפורמות ומהלכים שלא בהכרח משקפים את תפיסות העומק הכלל-חברתיות. בית המשפט אינו שואף עוד לאותו פתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית לערכים מקובלים, אלא מנסה ליצור הסכמה חברתית לערכיו שלו.<sup>72</sup> אלה מהלכים המשקפים, שלא לומר משרתים, את תפיסות השטח של האליטות בחברה הישראלית, האליטות הכלכליות, התרבותיות והחברתיות. האליטות משיגות את מטרתן באמצעות בית המשפט, מטרות שלא הצליחו להשיג בעשרות שנות פעילות במסגרות פוליטיות. הציבור אינו יודע כיצד מצביעים השופטים בקלפי אך ברור לו כיצד הצביעו בפסקי הדין שלהם בכל הנוגע לערכים שאותם הם מייצגים לחברה הישראלית.

פסקי הדין של בית המשפט העליון, בעיקר בשנים האחרונות, הולכים ומרחיקים אותו מלב החברה הישראלית, אל השוליים האליטיסטיים. אלה שוליים השולטים במוקדי הכוח החברתיים ויוצרים רושם מוטעה כאילו ערכיהם מייצגים את ערכי כלל החברה הישראלית. חוששני, שבתקופה הקרובה נשוב ונראה עוד ועוד פסקי דין "מהפכניים" מתוך חזון עיצוב החברה הישראלית החדשה במדינת כל אזרחיה, מדינה שכונתה פעם "מדינה יהודית" והוגדרה כמדינה "יהודית ודמוקרטית". אלכסנדר המילטון, מדינאי אמריקני, טען אגב הוויכוח על כינון החוקה האמריקנית כי הרשות השופטת הנה החלשה מבין שלוש הרשויות, אין לה לא כוח ולא רצון אלא שיפוט.<sup>73</sup> בית המשפט העליון של מדינת ישראל הוכיח ומוכיח מדי יום כי לבית המשפט יש כוח רב, רצון וחזון.

71 ברק, לעיל הערה 1, בע' 49.

72 ראו דברי השופט אליהו מצא בעניין ירוס-חקק, לעיל הערה 9.

73 אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט (יעל חזוני עורכת, אהרון אמיר תרגם, ירושלים, תשס"ב) 387.

## ו. סוף דבר

במשנת אלכסנדר המילטון ישנה הבחנה בין שתי שכבות של רצון העם.<sup>74</sup> שכבת התשתית המשקפת את ההסכמות החברתיות היסודיות, ושכבת פני השטח המבטאת את הצרכים העכשוויים המשתנים בלא הרף. במקרים רבים העימות בין הערכים מקורו במתח הקיים בין שתי השכבות. "דווקא שופט, שאינו מחפש כוח ואינו תאב שלטון, מסוגל לתת ביטוי לערכים שהם חיצוניים לו, והמשקפים את תפיסות היסוד של החברה".<sup>75</sup> אני עצמי סובר כי רדיפת כוח ושלטון אינה ניכרת דווקא בהקשר של שררה או תפקידי הנהגה והתמנות. הניסיון לקדם אידיאות וחזון שבית המשפט מאמין בו ורואה אותו ראוי לחברה הישראלית גם הוא ביטוי לרדיפת כוח ותאבת שלטון. כמו כן הריני מטיל ספק בטענה שבעשורים האחרונים שופטי בית המשפט העליון נותנים ביטוי לערכים שהם חיצוניים להם. השופטים מיישמים ערכים המקובלים עליהם בניסיון לכפותם על החברה באמצעות פסקי דין. בכך משתבשת ההבחנה בין שכבות השטח לשכבות העומק.

ההחלטה בעניין המועצה האזורית חוף עזה, שניתנה באחרונה בסוגיית פינוי היהודים מגוש קטיף ברוב של עשרה שופטים לעומת אחד, הבליטה את התגייסות בית המשפט לטובת אמונתו הפוליטית, גם במקום שבית המשפט עצמו מזהה בו פגיעה קשה בזכויות הפרט.<sup>76</sup> אם התחלנו את מסענו בהנפת דגל זכויות הפרט כדגלו של בית המשפט העליון, ייתכן שבסוף מסענו עברנו מההגנה על זכויות הפרט להגנה על ערכי השופטים ותפיסת עולמם. ייתכן מאוד שפסק דין זה האיר את דרכם של קציני המשטרה שאסרו על אלפים בכל רחבי הארץ את מימוש זכות המחאה, כשביקשו למחות על פינוי גוש קטיף. פסיקה זו מצטרפת לפסקי דין אחרים שהזכרנו, פסקי דין המנתקים את בית המשפט העליון מההוויה הישראלית ומגביהים אותו לעבר האולימפוס הממוקם בירושלים.

בספרו הקידמה ואכזבתייה כותב ריימון ארון: "מקור המודרניות בכללה היא השאיפה הפרומתיאית, שפירושה... להיות שליטיו ובעליו של הטבע באמצעות המדע והטכנולוגיה".<sup>77</sup> אני מזהה בבית המשפט העליון, בעשורים האחרונים, שאיפה פרומתיאית להוביל את החברה הישראלית למחוזות שלא שיערום אבותינו. זהו מסע התנתקות המעצים את ה"אני", מונע את הדיאלוג החברתי ומרוקן את ההווה למען עתיד מעורפל ובלתי יציב,<sup>78</sup> עתיד המסכן את התמדת קיום מדינת ישראל כמדינה יהודית וחוששני שאף כמדינה דמוקרטית.

74 על שתי הרמות ראו שם, בע' 391–392.

75 אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" מבחר כתבים, לעיל הערה 29, בע' 306.

76 לעיל הערה 5.

77 ריימון ארון הקידמה ואכזבתייה (תש"ל) 296.

78 דוד אוחנה חרון האינטלקטואלים (תל-אביב, 2005) 199.

פרופ' ברק כותב: "כשופטים, כוחנו מוגבל. אמת, לכל בעיה יש פתרון משפטי. אך הפתרון המשפטי אינו הפתרון הראוי לכל בעיה... הפתרון ליחסי דת ומדינה ואיחוי הקרע הלאומי מחייב פשרה לאומית... זו דורשת את כוחות הנפש של האומה כולה; זו מחייבת אהבה לזולת, ולא שנאה אליו; זו מצריכה התקרבות והבנה, ולא התרחקות והתנכרות".<sup>79</sup> סבורני שטוב היו עושים שופטי ישראל אילו היו מאמצים את דברי פרופ' ברק ומרחיקים את פסיקתם מנושאים המצריכים פשרה לאומית.<sup>80</sup> הסכמה רחבה וסבלנות מתחייבות מתהליכים היסטוריים הטעונים משמעות אידיאולוגית. עמידה על הזכות והגדרה עמומה של צדק המשתנה מפעם לפעם בבית המשפט העליון אינן יכולות להיות תחליף להכרעה דמוקרטית באשר לדמותה של המדינה וערכיה.

בית המשפט העליון משמש כקטליזטור ומאיץ-על, בניסיונו לעצב את דמות החברה הישראלית באמצעות אפיון ערכיה. הוא שואף לחברה שתעוצב לפי חזון בית המשפט העליון: ליברלית, דמוקרטית וחילונית, מדינת כל אזרחיה;<sup>81</sup> מדינה שיהדותה הנה קישוט דקלרטיבי גרידא<sup>82</sup> ועיטור חסר משמעות נורמטיבית בפרהסיה. על יישום תורת הערכים מבית מדרשו של בית המשפט העליון אומר אחד משופטיו: "היה אדם בצאתך ויהודי באוהלך; רשות הרבים מזה ורשות היחיד מזה... רחובה של עיר מכאן וביתו של אדם מכאן... רשות היחיד ליחיד – יחיד יחיד ורשותו שלו, ורשות הרבים – לרבים. כבודו יהודי פנימה".<sup>83</sup> התוצאה המתבקשת היא קהילה המחזירה אותנו אל ראשית ימי ההשכלה בגלות המנוונת, משיבה אותנו אל ימים, שהאטוס הציוני קיווה להעביר מהעולם משהוקמה מדינה יהודית בארץ ישראל.

79 אהרן ברק "על אחדות לאומית" עיוני משפט כג (תש"ס) 601, 603–604.  
 80 אין הכוונה לפשרה לאומית בין כוח המדינה לבין זכות הפרט, אלא בין פרטים נושאי הזכויות, בינם לבין עצמם. ברק (תשנ"ד), לעיל הערה 59, בע' 473, 475.  
 81 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' ח"כ אחמד טיבי, תק-על 2003(2) 1318, 1326.  
 82 לרבות הכרזה על השבת כיום המנוחה הלאומי, רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י נז"י (3) 1, 5–6.  
 83 דברי השופט חשין בעניין שביט, לעיל הערה 18, בע' 625; בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות מר יצחק רבין, פ"ד מז(5) 485, 507.

