

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית*

מאת פרופ' אהרן ברק



חשיבות הערכים

עם חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק הוכנס לתרבות המשפטית והחברתית של ישראל הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".¹ לדיבור זה חשיבות כפולה: ראשית הוא קובע את המטרות הכלליות המונחות ביסוד שני חוקי יסוד אלה. נקבע בחוקי היסוד כי מטרתם היא להגן על כבוד האדם וחירותו ועל חופש העיסוק "כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, משמשים אפוא אמת מידה פרשנית, שעל פיה נקבע היקף הפריסה של הוראות חוק היסוד. למשל, השמירה על הקניין או הפרטיות נועדה "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית",² אך מלבד זאת אך טבעי הוא כי ההנחה הפרשנית בדבר ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא תוגבל אך לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. אין להניח כי לצורכיהם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק יש להכיר בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואילו לצרכים אחרים, שמחוץ לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ערכיה של מדינת ישראל הם שונים. לא זו הדרך לפרשנות חוקתית ראויה. פרשנות חוקתית תכליתית

משקיפה על ההוראות החוקתיות כעל אחדות.³ אם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מעוגנים בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, הרי יש להם תחולה גם מעבר לד' אמותיהם של חוקי יסוד אלה, והרי הם משמשים לפירושן של כל הוראות החוקה שלנו ולפירושם של כל החוקים שלנו.⁴ החשיבות השנייה שיש לדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" חורג מעבר להשפעתו הפרשנית. ערכיה של מדינת ישראל הם לא רק אמת מידה לפירושן של זכויות האדם שלנו אלא גם אמת מידה חוקתית להגבלה חוקתית על זכויות האדם. פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (דומה לה מצויה בחוק יסוד: חופש העיסוק) קובעת:⁵

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

בגדריה של פסקה זו משמשים ערכיה של מדינת ישראל אמת מידה לחוקתיותו של חוק הפוגע בזכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד. חוק פוגע הוא חוקתי רק אם הוא מקיים דרישות אחדות. אחת מאותן דרישות היא כי החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אכן, חוק הפוגע בזכות אדם מוגנת לא יהיה חוקתי גם אם הוא לתכלית ראויה וגם אם הוא אינו מעבר למידה הדרושה, אם

בזכות אדם חוקתית תיפסל – גם אם היא לתכלית ראויה ולא מעבר למידה הדרושה – אם אין היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. נמצא כי דיבור זה – “ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית” – הוא בעל חשיבות משפטית מרובה. יש לו מעמד חוקתי. אין הוא אך נוסחת דיבור שאינה נושאת עמה מסר נורמטיבי. יש לה לנוסחה הזו מעמד נורמטיבי כבד וחשוב. הוא משפיע הן על קביעת היקפה של זכות האדם והן על קביעת ההגנה הניתנת לה במשפט הישראלי. מכאן חשיבותה המרובה של התשובה לשאלה מה הם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כיצד הם נקבעים, מה משקלם ומה היחס שבין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית.⁷

הפגיעה בזכות האדם אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁶ הנה כי כן, לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית חשיבות רבה. ערכים אלה הם אמות מידה לפרשנות תכליתית של הוראות חוקי היסוד. פרשנות תכליתית זו היא הקובעת את היקף הפריסה של חוקי היסוד. לאורה של פרשנות זו מתפרשים הדינים כולם. בנוסף, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הם תנאי חיוני לתוקפו של חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית. וזאת יש לזכור: המעמד הנורמטיבי שניתן לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינו כמעמד ערכים אחרים שהם חלק משיטת המשפט שלנו. המעמד הנורמטיבי של ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית הוא מעמד נורמטיבי חוקתי-על-חוקי. חקיקה רגילה הפוגעת



ההרצאה ניתנה במסגרת אירועי שבוע מדעי הרוח שקיימה האקדמיה ב־י"א באייר תשע"ב (29 באפריל-3 במאי 2012) בשלוש ערים בארץ: ראשון לציון, כרמיאל וירושלים. הרצאתו של פרופ' ברק פתחה במכללה האקדמית אורט בראודה בכרמיאל את אירועי שבוע מדעי הרוח, שכלל הרצאות מגוונות, ערבי תרבות ודיונים בסוגיות מרכזיות במדעי הרוח, בהשתתפות מיטב החוקרים, היוצרים, האמנים ואנשי התקשורת בארץ.

משתתפי אירוע הפתיחה החגיגי של "משב רוח" בכרמיאל. מימין לשמאל: פרופ' דן לאור, ד"ר סיגל נאור-פרלמן, פרופ' יוחנן פרידמן, פרופ' יורם צפירי, פרופ' רות ארנון, פרופ' אהרן ברק, פרופ' אריה מהרשק, מר סמי סגול, מר עדי אלדר ומר דוד ויצטום.

פתרון במסגרת החברה הישראלית

הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" הוא דיבור עמום. הטקסט אינו מקרין תשובה חד־משמעית. קביעת היקף פריסתו של דיבור זה תעסיק אותנו רבות בעתיד. אומר אני "אותנו", וכוונתי לחברה הישראלית כולה ולא רק למשפטנים שבה וליהודים שמחוץ לישראל. אכן, הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" שבחוקי היסוד משקף את ייחודה של מדינת ישראל ושל החברה הישראלית. איננו ככל העמים; איננו ככל המדינות; הננו דמוקרטיה, וערכינו הם כערכיה של כל מדינה דמוקרטית. אך אנו גם מדינה יהודית, ועל כן ערכינו הם ערכיה של מדינה יהודית. החברה הישראלית כולה תצטרך להתמודד עם דואליות זו. אנשי הגות ומחקר, רבנים ופרופסורים, תלמידי ישיבה ותלמידי אוניברסיטה – כל רובדי החברה הישראלית ויהודים ברחבי העולם – יצטרכו לשאול עצמם מה הם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ייחודנו כמדינה יהודית

ורכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית מייחדות אותה משאר המדינות הדמוקרטיות. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם, אך רק מדינת ישראל היא מדינה שאינה רק דמוקרטית אלא גם יהודית. ראויות לציון מילותיה של הכרזת העצמות:⁸ בארץ ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלכליים אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחי.

"מדינה יהודית" היא אפוא מדינתו של העם היהודי; "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית",⁹ מדינה

שלכל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ גלויות הוא אחד מערכיה הבסיסיים.¹⁰ "מדינה יהודית" היא מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושזורת בהיסטוריה של העם היהודי, ששפתה העיקרית עברית, ושעיקרי חגיה משקפים את תקומתה הלאומית. "מדינה יהודית" היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה. "מדינה יהודית" היא מדינה המנציחה את זכרם של היהודים שנטבחו בשואה ואשר נועדה להיות "פתרון בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל".¹¹ "מדינה יהודית" היא מדינה המטפחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי.¹² "מדינה יהודית" היא "הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל". "מדינה יהודית" היא מדינה שערכי החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. "מדינה יהודית" היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה, ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. "מדינה יהודית" היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב. "מדינה יהודית" היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית – הם מערכיה הבסיסיים.

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית

פריסה זו של הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" מובילה למסקנה כי לערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית, שני היבטים עיקריים: ההיבט האחד הוא ההיבט הציוני, וההיבט האחר הוא ההיבט ההלכתי או המורשתי. ביטוי מובהק להיבט הציוני ניתן בחוק השבות, ההופך את ישראל לביתו הלאומי של כל יהודי בעולם. ביטוי מובהק להיבט המורשתי ניתן בחוק יסודות המשפט, הקובע:¹³

יהודית. מדינה יהודית בהיבט הציוני היא מדינה ש"התקווה" הוא המנונה הלאומי והדגל הכחול-לבן הוא דגלה.

מדינה יהודית בהיבט המורשתי

רכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית כוללים בחובם את ערכיה המורשתיים. זהו "עולמה של ההלכה". על ערכים אלה לומדים אנו מתוך עולמה של ההלכה עצמה. עולמה הפנימי של היהדות הוא שצריך לתת לנו תשובה מה הם ערכיה. אלה הם מים שאין להם סוף. מצויים בעולם זה ערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ברמות הפשטה שונות, החל מדין ספציפי בסוגיה פלונית וכלה בערכים מופשטים של "ואהבת לרעך כמוך" "ועשית הישר והטוב"; מצויים בו ערכים פרטיקולריים ואוניברסליים; מצויים בו ערכים כפי שהתפתחו בהיסטוריה של עם ישראל לדורותיו; מצויים בו, בוודאי, ערכים המשלימים זה את זה וערכים הסותרים זה את זה. זהו עולם ומלואו.

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית

רכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מבוססים על שני אדנים: האחד, שלטון העם באמצעות נציגיו הנבחרים; האחר, שלטונם של ערכים ועקרונות ובהם הפרדת רשויות,¹⁵ שלטון החוק, עצמאות השפיטה ושמירה על זכויות האדם. אכן, דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. היא מחייבת הכרה בערכי יסוד, ובמרכזם זכויות האדם.¹⁶ אין דמוקרטיה אם הרוב שולל את זכויותיו של המיעוט. עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב־פנים. יש בו גישות שונות ומגוונות באשר לדרכים הראויות להגשמת הדמוקרטיה. אין תפיסה דמוקרטית אחת, שבלתה אין. יש דמוקרטיות שבהן יש ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק לאחר שפורסם (כגון אמריקה, קנדה, גרמניה, איטליה וישראל), ויש דמוקרטיות שבהן אין ◀

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

לדעתי, הציונות מזה והמורשת היהודית מזה הטביעו את חותמן על אופייה היהודי של מדינת ישראל. למותר לציין כי קיים קשר הדוק בין ההיבט הציוני להיבט המורשתי, ולעתים קרובות יש חפיפה ביניהם. רבים מביטוייה של מורשת ישראל הם גם ביטוייה הציוניים, וההבחנה בין השניים היא מלאכותית. עצם מושג הציונות, המרכזיות של ארץ ישראל וירושלים בירתה, השפה העברית והחגים – לכל אלה הן היבט מורשתי והן היבט ציוני בלא כל אפשרות להבחין ביניהם. זאת ועוד: קיים קשר גם בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה של המדינה כמדינה דמוקרטית. את כבוד האדם כערך חוקתי עליון טבעה היהדות, אשר קבעה כי כבוד האדם נגזר מכבוד הבורא מפני שהאדם נברא בצלמו. גם זכויות האדם האחרות מוצאות את ביטוין במורשת היהודית שלנו. עם זאת ראייה מדעית־אובייקטיבית צריכה לעמוד על ההבחנה שבין יסודות שונים אלה גם אם המגמה הפרשנית צריכה למצוא סינתזה ביניהם.

מדינה יהודית בהיבט הציוני

דינה יהודית היא מדינה המבטאת את החזון הציוני. זהו עולמה של הציונות; זהו החזון של שיבת הבנים לגבולם; זהו החזון של ישראל כבית הלאומי של כל יהודי ויהודי. מכאן זכותו של כל יהודי לעלות לישראל – זכות המובטחת בחוק השבות, התש"י–1950.¹⁴ מדינה יהודית בהיבט הציוני היא מדינה ששפתה העיקרית היא עברית, שתרבותה היא יהודית, ושעיקרי חגיה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי. מדינה יהודית בהיבט הציוני היא מדינה הגואלת את אדמות המדינה להתיישבות

לדרכי הגשמת החזון הציוני במדינת ישראל. בדומה לכך, היהדות אינה עשויה מעור אחד. יש בה זרמים שונים והשקפות שונות ונוגדות. גם מושג הדמוקרטיה אינו חד־ממדי. עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב־פנים. יש בו גישות שונות ומגוונות באשר לדרכים הראויות להגשמת הדמוקרטיה. אין תפיסה דמוקרטית אחת שבלתה אין. אכן, בכל אחד ממרכיביה הערכיים של מדינת ישראל מצויות מגמות מרובות ולעתים אף סותרות. לפנינו אפוא מרחב ניכר שבו



הפרשן חופשי לפעול. על הפרשן – השואף להשלמה ולהרמוניה – ליטול מכל אחד מהמקורות הציוניים, המורשתיים והדמוקרטיים את אותם ערכים, תפיסות ועקרונות המצויים בו ומתיישבים עם הערכים והעקרונות המצויים במקורות האחרים. עליו להימנע מנטילתם של ערכים היוצרים סתירה או ניגוד. למשל, אם בעולמה של היהדות מצוי זרם פרטיקולרי זרם אוניברסלי,

ראוי הוא לפרשן לאמץ את הזרם האוניברסלי, שכן זרם זה מתיישב עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית יותר מהזרם הפרטיקולרי.¹⁷ בדומה לכך, אם בתפיסתה של דמוקרטיה אפשר להשקיף בצורות שונות על היחסים הבין־אישיים, ראוי לבחור באותה גישה התואמת את תפיסתה של ההלכה היהודית.¹⁸

כישלון השלמה וההרמוניה - ומה הלאה

איפתו של הפרשן היא להשלמה ולהרמוניה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית

ביקורת כזו (הולנד, צרפת); יש דמוקרטיה המבוססת על הפרדה מלאה בין הדת מהמדינה (ארצות הברית, צרפת), ויש מדינות דמוקרטיות שבהן הפרדה מלאה אינה קיימת (אנגליה, ישראל). לא הרי ההגנה על חופש הביטוי באמריקה כהגנה על חופש הביטוי בקנדה; לא הרי ההגנה על חופש הבחירה של האישה ההרה להפיל את ולדה באמריקה כהרי חופש זה בקנדה; לא הרי שני אלה כהרי המצב בגרמניה.

היחס שבין ההיבט היהודי להיבט הדמוקרטי

הו היחס שבין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית בהיבטה הציוני לבין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית בהיבטה המורשתי, ומה היחס שבין שני אלה לבין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית? נראה לי כי תפיסה חוקתית ראויה מחייבת ניסיון להשגת השלמה והרמוניה בין ערכים אלה תוך חיפוש אחר אחדות חוקתית והרמוניה נורמטיבית, תוך ניסיון למצוא את המאחד והמשותף ותוך מניעתם של ניגודים וצמצום נקודות החיכוך. יש לשאוף למציאת מכנה משותף וסינתזה בין הערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. יש לחפש שילוב והתאמה בין הערכים השונים של מדינת ישראל מתוך ניסיון ליצור תפיסה כוללת. לשם כך יש לפנות מחד גיסא למקורותיה הפנימיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית (על היבטיה השונים), ומאידך גיסא למקורותיה הפנימיים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. המידע המתקבל ממקורות אלה צריך לעבור "עיבוד" ו"סינתזה" באופן שיגובשו ערכים התואמים את היבטיה השונים של מדינת ישראל, שכן זאת יש לדעת: בכל אחד מהיבטיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית – מבחינת הגשמת ערכי הציונות ומבחינת הכרה בערכי היהדות – וכמדינה דמוקרטית קיימות דעות שונות וגוונים שונים. הציונות אינה מונוליתית. יש בה השקפות שונות – ולעתים אף נוגדות – באשר

בעתיד. כל אלה מטילים משימה כבדה על השופט. הוא מורגל לעמוד בה. הוא עומד בה במצבים אחרים שבהם עליו להפעיל את שיקול דעתו. הוא יעמוד בה גם במצב מיוחד זה.

המיעוט הלא יהודי

ניתוח ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ובאזון ביניהם יש להתחשב בלא יהודים הרבים החיים עמנו. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית הקרוי מדינת ישראל ניתן לבני העם היהודי. זה הוא טעמה של הציונות וזה הוא טעמה של המורשת היהודית שלנו. אין בכך הפליה כלפי מי שאינם יהודים. אכן, כאשר הטעם המונח ביסוד הקמת המדינה הוא שהיא תשמש בית לאומי ליהודים באשר הם, הרי שמתן זכות עלייה ליהודים אין בו הפליה כלפי מי שאינו יהודי. יש בו הכרה בשונות שאינה מפלה. אך משמצוי האדם בתוך הבית הלאומי שלנו, הוא זכאי לשוויון, תהא דתו ותהא לאומיותו אשר תהא. אכן, מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה כלפי אזרחיה הלא יהודים. יהודים ולא יהודים הם אזרחים שווים בזכויותיהם במדינת ישראל. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית-מורשתית אינם מבוססים על הפליית האזרח הלא יהודי. בצדק צוין כי "עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בציווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה...' (ויקרא כ"ד, כ"ב) שנתפרש בפי חז"ל כ"משפט השווה לכולכם" (כתובות ל"ג, א', בבה קמא פ"ג, ג, ב') התקדש בתורת ישראל מאז היה לעם". השופט אלון עמד על כך כי "יסוד מוסד בעולמה של יהדות היה רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית א', כ"ז). בכך פותחת תורת ישראל וממנה מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא – שוויון ואהבתו". גם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית-ציונית אינם מבוססים על הפליית

לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. יש לצפות כי יהיו מקרים שבהם שאיפה זו לא תוכל להתממש: הניסיונות השונים למציאת מכנה משותף עלולים להיכשל: הערכים עשויים להיות כה קוטביים זה לזה עד כי סינתזה ביניהם היא בלתי אפשרית, או שהיא הופכת לבלתי רלוונטית לפתרונה של הבעיה הדורשת הכרעה. מה יעשה השופט במצב דברים זה? יש הסבורים כי מתוך הטקסט החוקתי עולה כי יש ליתן עדיפות לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (אם במובן המורשתית ואם במובן הציוני), ויש הסבורים כי מתוך הטקסט מתבקשת עדיפות לערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. שתי הגישות אינן נראות לי. הטקסט החוקתי אינו מבוסס על מוקדם ומאוחר ואינו כולל בחובו הכרעה בשאלה זו. עניין הוא לשיקול דעת שיפוטי.¹⁹ בהפעלת שיקול דעת זה אין השופט רשאי להטיל מטבע. עליו לפעול מתוך רציונליות; עליו לפעול



באובייקטיביות; עליו לבחור באותו פתרון אשר תואם את המבנה הכללי של שיטת המשפט יותר מכל פתרון אחר; עליו ליתן פתרון התואם את המטרות האחרות המונחות ביסוד חוקי היסוד, ועל פיהן:²⁰ זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין; והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

עליו ליתן אותו פתרון המתיישב עם ההיסטוריה החוקתית שלנו; עליו ליתן אותו פתרון המתיישב עם הקונצנזוס של החברה הישראלית; עליו ליתן אותו פתרון המתחבר עם העבר והיוצר בסיס להתפתחות

שונות מכל עם". מלומדי ניסיון מר ואומלל זה, שחדר עמוק עמוק להכרתנו ולתודעתנו הלאומית והאנושית, ניתן לצפות שלא נלך בדרכם הנלוזות של הגויים, ובהתחדש עצמאותנו במדינת ישראל עלינו להיזהר ולהישמר מכל צל של הפליה ומנהג של איפה ואיפה כלפי כל אדם לא יהודי שומר חוק הנמצא איתנו ורוצה לחיות עמנו בדרכו שלו, לפי דתו ואמונתו. שנאת זרים קללה כפולה בה; היא משחיתה את צלם אלוהים של השונא וממיטה רעה על השנוא על לא אוון בכפו. עלינו לגלות יחס אנושי וסובלני כלפי כל מי שנברא בצלם ולקיים את הכלל הגדול של שוויון בין כל בני־אדם בזכויות ובחובות.

השוויון הוא זכות מורכבת, ולא כל פעם שמטפלים באנשים שונים טיפול שונה, מטפלים בהם באופן מפלה, ולא כל פעם שמטפלים באנשים שונים טיפול זהה, מטפלים בהם באופן שווה. זאת ועוד, כמו כל זכות אחרת גם השוויון אינו מוחלט. מותר לפגוע בו, אם בדרך של הפליה מתקנת – שיש הסבורים שאינה הפליה כלל – ואם בדרך של הפליה ממש. אך זאת רק בחוק המקיים את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ולא מעבר למידה הדרושה.

שוויון "בלי הבדל דת, גזע ומין"

השוויון משתרע על כל תחומי החיים במדינה. על כן יש לקיים שוויון בין בני אדם המשתייכים לדתות, לאומים, עדות, גזעים, מפלגות, מינים, גילים, השקפות וגופים שונים. למותר לציין כי רשימה זו אינה שלמה ואינה מקיפה. הרשו לי להתרכז בהקשר אחד של שוויון – שוויון בין הדתות והלאומים.²⁵ על שוויון זה עמדה הכרזת העצמאות כאשר הצהירה כי מדינת ישראל תקיים שוויון בין אזרחיה "בלי הבדל דת, גזע ומין".

מכאן שכל אזרחי המדינה – בלי הבדל דת או גזע – זכאים לשוויון. אסור לה למדינה להפלות בין אזרחיה

האזרח הלא יהודי. הכרזת העצמאות קראה "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה".²¹ הציונות לא התבססה על הפלייתו של הלא יהודי אלא על שילובו בבית הלאומי היהודי. הציונות נולדה כתגובה להפליה ולגזענות. ודאי שערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית נוגדים כל הפליה ומחייבים שוויון. בהכרזת העצמאות צוין כי "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".²² אכן, המדינה הדמוקרטית חייבת לכבד את זכותו הבסיסית של כל פרט במדינה לשוויון, ולהגן עליה. השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי. הוא חיוני להסכמה החברתית המונחת ביסוד המבנה החברתי. הדגשתי זאת באחד מפסקי הדין שלי, בציני:²³

השוויון הוא ערך יסוד לכל חברה דמוקרטית... הפרט משתלב למרקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידועו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מתחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם

והיטיב להביע זאת השופט ברנזון לפני למעלה משלושים שנה:²⁴

כשגלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו, קרבנות היינו לאומות העולם שבתוכם ישבנו, ובכל הדורות טעמנו את הטעם המר של רדיפות, נגישות והפלות, רק בגלל היותנו יהודים "שדתיים

אובייקטיבי וניטרלי אחר האמת. לא כוחניות, אלא שיקול דעת; לא שררה, אלא צניעות; לא עצמה, אלא חמלה; לא שמן, אלא שם טוב; לא ניסיון לרצות את הכול, אלא עמידה איתנה על ערכים ועקרונות; לא כניעה או פשרה עם קבוצות לחץ, אלא עמידה על הגשמת הדין; לא הכרעה לפי משבי רוח חולפים, אלא הליכה עקיבה על יסוד תפיסות עומק וערכי יסוד של מורשת ישראל, של ציונות ושל דמוקרטיה. אמת, שפיטה היא צורת חיים שיש בה הסתגרות מה, שיש בה ניתוק מהמאבקים החברתיים והפוליטיים, שיש בה מגבלות על חופש ההתבטאות והתגובה, ושיש בה מידה רבה של בדידות והפנמה, אך זו אינה צורת חיים שיש בה ניתוק מהחברה. אין לבנות חומה בין השופט לבין החברה שבה הוא פועל. השופט הוא חלק מעמו, והוא נע עמו. הבעתי השקפות אלה באחת הפרשות שעסקה בשאלה אם אפשר להשתמש בעינינו כדי למנוע מצב של "פצצה מתקתקת", וכך כתבתי:²⁷

ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חיים בחברה הישראלית: יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חיי המדינה. מודעים 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 הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. ■

הכותב הוא נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), חבר האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

*המאמר התפרסם בגרסה דומה בכתב העת מחשבה רבת־חומית בחינוך ההומניסטי, 6 (2011), עמ' 10.

על בסיס דת או גזע. על כן זכויותיו וחובותיו של האיש הדתי צריכות להיות כזכויותיו וחובותיו של האיש החילוני אלא אם שוני בזכויות או בחובות מקדם את השוויון. מכאן הפסיקה העקיבה של בית המשפט עליון, כי על התמיכות הכספיות שהמדינה מחלקת להיות מוענקות על בסיס שוויוני.

סוף דבר

דועה אמרתו של שלום עליכם: קשה להיות יהודי – הן במובן המורשתי והן במובן הציוני; קשה גם לשמור על דמוקרטיה כאשר זו צריכה להתגונן מפני אויביה. באחת הפרשות שבה פסקנו כי אין להשתמש בעינינו בחקירות של טרוריסטים, כתבתי:²⁶ זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורות לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשיים.

ואם קשה להיות יהודי, הרי קשה שבעתיים להיות שופט במדינה היהודית והדמוקרטית. רבות הן הבעיות הקשות הניצבות לפנינו. היחס שבין ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית לערכיה כמדינה יהודית־ציונית ויהודית־מורשתית הוא אחד מאותם עניינים קשים. עם זאת בית המשפט הישראלי ידע להתמודד עם קשיים אלה. הוא יעשה כן בהגיונות, ביושר ובאובייקטיביות. הוא יעשה כן תוך שמירה על עצמאותו. שופטי ישראל רואים בשפיטה צורת חיים – לא תפקיד. זו צורת חיים שאין בה רדיפה אחר עושר חומרי; זו צורת חיים שאין בה חיפוש אחר פרסומת ויחסי ציבור. זו צורת חיים המבוססת על עושר רוחני; זו צורת חיים שיש בה חיפוש

- 1 ראו סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; סעיף 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.
- 2 ראו סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 2.
- 3 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 435 (2003).
- 4 ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258 (2000); בג"ץ 2597/99 תאיס רודריגז-טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נט (6) 721 (2005).
- 5 ראו סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 2; סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, לעיל ה"ש 2.
- 6 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221, 354 (1995); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס (1) 38, 53 (2005).
- 7 ראו אסא כשר, "מדינה יהודית ודמוקרטית – סקיצה פילוסופית", עיוני משפט י"ט(3) 729 (1995); אשר מעוז, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט י"ט(3) 547 (1995); אביגדור לבונטין, "'יהודית ודמוקרטית' – הרהורים אישיים", עיוני משפט י"ט(3) 521 (1995); רות גבזון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים (1999).
- 8 ראו ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ("מגילת העצמאות") ("ע"ר תש"ח 1), נגישי ב-<http://www.knesset.gov.il/docs/he/megila.htm>
- 9 ש.ם.
- 10 ראו חוק השבות, התשי"ג-1950, ס"ח 159; חוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 146. ראו גם בג"ץ 72/62 רופאיזון נ' שר-הפנים, פ"ד טז 2428 (1962).
- 11 ראו ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, לעיל ה"ש 9.
- 12 ראו סעיף 2 לחוק החינוך הממלכתי, תשי"ג-1953, ס"ח 137.
- 13 ראו חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 163.
- 14 ראו חוק השבות, לעיל ה"ש 11.
- 15 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 103 (2004).
- 16 ש.ם, עמ' 128.
- 17 ראו בג"ץ קעדאן, לעיל ה"ש 5.
- 18 ראו ע"א 506/88 יעל שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 87 (1993).
- 19 על שיקול דעת שיפוטי ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1989).
- 20 ראו סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 2; סעיף 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק, לעיל ה"ש 2.
- 21 ראו ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, לעיל ה"ש 9.
- 22 ש.ם.
- 23 ראו בג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309, 332 (1988); בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ (3) 485, 503 (1996).
- 24 ראו בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז (2) 764, 771 (1973).
- 25 ראו בג"ץ 6924/93 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה (5) 15, 27 (2001).
- 26 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817, 845 (1999).
- 27 פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, ש.ם, עמ' 845.