הרצאות

"עלי קללתך בני": בית־המשפט העליון ואתגר הזהויות הישראליות

ידידיה צ' שטרן*

ביובל השנים הראשון למדינת־ישראל זכה בית־המשפט העליון במידת אמון גבוהה ביותר בחברה הישראלית. כיום, למרבה הצער, רק כמחצית הציבור רוחש לו אמון "במידה רבה או במידה מסוימת". מה הסיבה לשחיקה המהותית שחלה במעמדו של המוסד החשוב?

החברה הישראלית חווה משבר זהות קולקטיבי, ובצר לה היא פונה למערכת המשפט בבקשה שתכריע בשאלות של זהות ותשמש גורם מייצב, ממרכז וממצע בכאוס הישראלי. פעם אחר פעם השופטים יורדים אל זירת המחלוקת ומתפתים להכריע ב"שאלות הגדולות" של חברה, תרבות, דת ולאום. בכך הם נוטלים חלק במלחמת־התרבות הישראלית.

ניתן לדמות את פעולתו של בית־המשפט לפעולתה של הדמות המקראית המיתולוגית רבקה אמנו. לרבקה שני בנים תאומים, שכל אחד מהם מייצג מהות זהותית אחרת. רבקה, מתוך כוונות טובות ושכנוע פנימי עמוק, מעדיפה את יעקב, ועושה כל אשר לאל ידה, ללא הידברות ואף בדרך של תרמית, על־מנת שהנבחרות תוענק לו ולדרך החיים שהוא מייצג. היא מבינה את הסיכון הכרוך בדרך הפעולה המניפולטיבית, ומסכימה ליטול אותו על עצמה: "עלי קללתך בני".

---

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן; סגן נשיא, המכון הישראלי לדמוקרטיה; Sir Louis Matheson Distinguished Visiting Professor, Monash University, Australia. רשימה זו הינה עיבוד והרחבה של הרצאה שנישאה באוניברסיטת תל־אביב במסגרת "הרצאות הרקטור לעצמאות ישראל" לשנת תשס"ח. תודה לחברים שקראו והעירו – מנחם בן־ששון, תמר הרמן, יפה זילברשץ, אריק כרמון, דן מרידור, גדעון ספיר ומשה שפריר. תודה מיוחדת לאבי שגיא, אשר השיחות בינינו והכתיבה המשותפת בנושאים קשורים תרמו לעיצוב חלק מהמחשבות שבמאמר זה, וכן למערכת כתב־העת משפט וממשל ולעורך הראשי אילן סבן, אשר החכימו אותי בהערותיהם.

> גם בית־המשפט הישראלי מכריע לעיתים בין הזהויות השונות המתרוצצות בבטננו הלאומית. הוא מונע לעיתים על־ידי ״פנטזיית הצלה״, מתוך ״ידיעה״ מה רצוי ומתאים לחברה הישראלית. כוונותיו רצויות, ואפשר אף שההיסטוריה תשפוט בחיוב את בחירותיו הנועזות למעננו, ממש כשם שהמסורת היהודית שופטת בחיוב את בחירתה של רבקה. אולם כמו רבקה, גם בית־המשפט נטל על עצמו את הסיכון שתדבק בו קללה – קללת הדחייה ואי־האמון של חלקי החברה שציפיותיהם נכזבות. זה גורלו של מי שמתערב במאבק בין זהויות במטרה להכריע אותו באמצעות שימוש בכוח ריבוני עוקף שיח ציבורי.

א. העובדות. ב. ההסבר. ג. המשל. ד. בית־המשפט כהבטחה. ה. הטרוניה כלפי בית־המשפט. ו. הטרוניה כלפי הדין. ז. התיקון הנדרש. ח. ובחזרה למשל.

א. העובדות

במרכז הזירה הציבורית של מדינת־ישראל בשנתה השישים מתחוללת דרמה. המוסד השלטוני המרשים ביותר במדינת־ישראל – בית־המשפט העליון – מובל אל כיכר העיר למשפט הציבור, ונידון ברותחין: לא עומדים לו המוניטין המקצועי, המקומי והבין־לאומי, שנרכש בעמל שנים; גם לא רוחב־הדעת ושיקול־הדעת של דורות של שופטים חכמי־לב; ואף לא ההגינות והעדר הפניות של מערכת אמיצה אשר מתמודדת ללא הרף עם כוחות אדירים. מי שנתפס עד לאחרונה כתל־תלפיות, שהכל פונים אליו לקבלת מענה וסעד, נהפך לנאשם בתחלואי החברה. דומה כי הוטלה קללה במערכת האליטיסטית, האיכותית והסמכותית ביותר בחברה הישראלית.

אין מדובר בצל הרים. הנה העובדות: עד לפני שנים ספורות ארבעה מבין כל חמישה ישראלים נתנו אמון בבית־המשפט העליון (להלן, לפרקים: בית־המשפט). זהו נתון מרשים לנוכח חשדנותם הכללית של הישראלים כלפי מוסדות השלטון ולנוכח רמת אי־ההסכמה הגבוהה בחברה הישראלית. הצבעת האמון אפשרה לנשיא אהרן ברק לקבוע בצדק ובגאווה: ״אין לנו, לשופטים, לא חרב ולא ארנק; כל שיש לנו הוא אמון הציבור בנו.״ והנה, מדד הדמוקרטיה שמפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה מראה כי בארבע השנים האחרונות חלה הידרדרות קיצונית ביחס אל בית־המשפט: בשנת 2004 כ־79% רחשו אמון לבית־המשפט העליון ״במידה רבה או במידה מסוימת״, אולם מאז צנח האמון ל־72% בשנת 2005, ל־68% בשנת 2006 ול־61% בשנת 2007. המהלך הדינמי של אובדן אמון נהפך למפולת בשנת 2008, כאשר 12% נוספים מהישראלים הצטרפו אל המחנה החשדני.

לראשונה בתולדות הדמוקרטיה הישראלית רק פחות ממחצית האוכלוסייה (49%) נותנת אמון בבית־המשפט העליון.[1]

במילים פשוטות ואכזריות: בממוצע, כל ישראלי שני בכל רחוב בישראל – לא רק בבני־ברק, בעופרה ובסכנין – אינו נותן אמון בבית־המשפט העליון. יתרות הזכות העצומות שצברה מערכת המשפט הישראלית בבנק האשראי הציבורי הולכות ומתדלדלות בקצב מבהיל. מגיני בית־המשפט הולכים ומתמעטים – בפוליטיקה, בתקשורת, בפקולטות למשפטים, בבתי־כנסת ואפילו בצמרת משרד המשפטים. אם בעבר הקביעה כי ״יש שופטים בירושלים״ הייתה חותמת את הוויכוח הציבורי, כיום היא רק מעוררת אותו.

ב. ההסבר

מדוע נקבצה חשרת העננים בשמי המשפט הישראלי? האם בית־המשפט הוא שהפך עורו ולפיכך נחשף לביקורת חדשה שלא הייתה רלוונטית בעבר או שמא החברה, שאותה הוא משרת, היא שהחליפה חברבורותיה?

אסכולה אחת מדגישה את השינויים שחלו בדרך העשייה השיפוטית. בין היתר נהוג לציין את המעבר התפקודי של בית־המשפט מפסיביות לאקטיביות שיפוטית, את החלפת השפה שבה הוא משתמש משפה פורמלית לשפה ערכית, את השינוי בתפיסת התפקיד שלו ממוסד להכרעה בסכסוכים למוסד שקובע סדר־יום חברתי־תרבותי, את השינוי שחל בתורת הפרשנות המיושמת בו, את הדגשת תפקידו כיוצר משפט ועוד. יש המגַנים את בית־המשפט על העדפותיו החדשות ומדגישים את העובדה שלכל השינויים יש תוצאה אחידה: הרחבה משמעותית של מוטת ההשפעה של בית־המשפט על החברה הישראלית. חלק מהמבקרים סבורים כי אם החליט בית־המשפט שידו צריכה להיות בכל, ראוי גם שיד כל תהיה בו. אחרים סוברים כי הבחירה של בית־המשפט למצב את עצמו כמרכז כוח ישראלי אינה תולדה של היבריס שיפוטי, אלא כורח מציאות. כך, למשל, ההסבר התרבותי מבהיר כי בעקבות התחזקותו של המרכיב הליברלי בחברה הישראלית, ובכלל זה התרחבותן של זכויות הפרט, נדרשת מעורבות גוברת של בית־המשפט כמגן על ערכים אלה. ההסבר החברתי־הפוליטי טוען כי בתי־המשפט ממלאים רֵיק שנוצר עקב חולשתה של המערכת הפוליטית בישראל וקשיי התפקוד של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. יש, כמובן, גם הסברים נוספים.

אסכולה שנייה כופרת בעצם קיומו של שינוי בדרך פעולתה של המערכת השיפוטית. לדידם, בית־המשפט היה מאז ומתמיד אקטיבי, ערכי וקובע סדרי עדיפויות לאומיים,

---

1 אשר אריאן, תמר הרמן, ניר אטמור, יעל הדר, יובל לבל והילה צבן **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2008 – בין המדינה לבין החברה האזרחית** 54 (2008).

והירידה באמון כלפי בית־המשפט נעוצה בתמורות שחלו בסביבת התפקוד שלו. כיום, בניגוד לעבר, הישראלים מתקשים להשלים עם קיומו של בית־משפט דומיננטי משום שנהפכנו מחברה הגמונית לחברה רב־תרבותית; משום שרמת הסולידריות החברתית פחתה לטובת העדפות מגזריות; משום שהדמוקרטיה ההסדרית, שואפת הקונסנזוס, פינתה את מקומה לדמוקרטיה משברית תאבת חידודים וחיכוכים; משום שתחת המודרניות, המקדשת את המקצועיות והאובייקטיביות, נהפכנו לפוסט־מודרניים, שוחטים סדרתיים של פרות קדושות. על־פי עמדה זו, בית־המשפט הוא שומר החותם של החברה הישראלית, והוא מותקף משום שהוא משתדל לעמוד בפרץ.

לדעתי, הצדק הוא גם עם הסוברים שסביבת התפקוד של בית־המשפט השתנתה וגם עם הסוברים שבית־המשפט שינה את אופן תפקודו. שתי האסכולות אינן סותרות זו את זו, אלא משלימות האחת את חברתה. כיצד?

החברה הישראלית נקלעה בעשורים האחרונים למשבר זהות קולקטיבי. עומקו של המשבר והיקפו עולים כדי שינוי מהותי בסביבת התפקוד של בית־המשפט. הציבור בישראל — באמצעות שוק הרעיונות, המוסדות הפוליטיים ומוקדי ההנהגה הישראלית לסוגיה — אינו מיטיב להתמודד עם המשבר. מכיוון שכך, הישראלים בוחרים לפנות למערכת המשפט בבקשה שתכריע בשאלות הגדולות של הזהות הישראלית. בית־המשפט, מצידו, אינו מתאפק תמיד מלהיענות לאתגר. פעם אחר פעם השופטים יורדים אל זירת המחלוקת ומפעילים כלים משפטיים במטרה להכריע את הוויכוח. לעיתים הם עושים זאת במתינות, בגרירת רגליים ואף באי־רצון, ולפעמים הם בוחרים להציג את הכרעתם בדרך סוחפת, בעלת אופי מטיף, כמי ששמים אלי הכרעה. בדברים הבאים אטען כי אחת הסיבות החשובות לירידה הסוחפת ברמת האמון של הציבור בבית־המשפט מקורה במשבר הזהות הישראלי ובמעורבותו של בית־המשפט במשבר זה.

שאלות שבמחלוקת זהותית מעוררות רגשות עזים. טיפול בהן חייב להיות ממצע, ממתן, דיאלוגי, מורכב ואף חווייתי. אולם תכונות אלה אינן מאפיינות את ההליך השיפוטי. אדרבה, ההליך השיפוטי, מעצם טבעו, מתנהל באווירה של תחרות, שמדגישה את ההבדלים ואת העדר ההסכמה בין הצדדים לסכסוך. השפה המשפטית נוטה להיות ניגודית, מכפישה, מתנגחת (גם אם מסוגננת באופן ״נקי״). בסופו של הדיון המשפטי מגיעה ההכרעה השיפוטית, אשר נושאת בדרך־כלל אופי חותך, גיליוטיני, ומותירה את הצדדים בתחושה של ניצחון או הפסד. קל לפיכך לחוש כי בית־המשפט אינו המקום הטבעי לעיסוק בשיח זהות.

אכן, מי שמעוניין לטפל במחלוקת הנוגעת בזהות בדרך של הכרעה חד־צדדית, שאינה פרי דיאלוג, חושף את עצמו לסכנה. מקורותינו מלמדים אותנו שיעור חשוב בעניין זה — שיעור שיש בו כדי להועיל בהבנת הסיבות לפגיעה במעמדו של בית־המשפט בחברה הישראלית.

ג. המשל

ספר בראשית פותח, כמתבקש, בעניין הקוסמי של בריאת העולם, אך חיש־קל (לאחר יא פרקים בלבד) הוא פונה להצגת קורותיה של משפחה אחת – משפחתו של אברם. עיקרו של הספר הוא תיאור יצירתה, התפתחותה וגיבושה של זהות קונקרטית, אשר תכונה בהמשך ״עם־ישראל״. במשפחתו של אברם מתקיימות שתי מהויות זהותיות, המתחרות ביניהן דרך קבע: כל אחת מהן רוצה מקום בהווה, ובעיקר שליטה בעתיד. זוהי היריבות המוכרת בין נשותיו של אברהם – הגר ושרה; בין ילדיו – ישמעאל ויצחק; ובין נכדיו – התאומים עשיו ויעקב. הסיפור המקראי מדגיש כי לשם הפנמה של זהות פרטיקולרית מובחנת עלינו להתבדל מזהויות חלופיות, גם (ובמיוחד) אם הן נמצאות בתוך הבית עצמו. המחלוקת הזהותית החוזרת בכל דור ודור אינה מקרית, אלא אימננטית לחוויה האנושית. סיפור חיינו וגיבוש זהותנו אינו אחיד, תמים ובהיר; נגזר עליו להיות פרום, מורכב, עמום. אפילו משפחת האבות המייסדים, המקיימת קשר בלתי־אמצעי עם בורא עולם, נדרשת להתמודד פעם אחר פעם עם הבחירה הכואבת בין זהויות חלופיות.

נתמקד במאבק בין יעקב לעשיו. האל מודיע לרבקה בעת הריונה: ״...**שני גיים בבטנך ושני לְאֻמים ממעיך יפרדו...**״.[2] דהיינו, האתגר של שניוּת זהותית בתוך המשפחה מטרים את הלידה, אינו מותנה בתנאים סביבתיים (אף אם הוא מושפע מהם), ולכן יש לראות בו עניין דטרמיניסטי. אותה רחם, באותה עת, נושאת בתוכה גם מהות ״עֵשָׂוִית״ וגם מהות ״יעקבית״. הזהות המוּלדת השונה של השניים מתממשת בבחרותם ומשתקפת בבחירותיהם: ״...**ויהי עשו איש יֹדֵע ציד, איש שדה, ויעקב איש תם, יֹשב אֹהלים**״.[3] הקורא תוהה: מי מהזהויות היא הראויה, שעימה יש להזדהות ואשר מתוכה יגובש ה״אני״, ומי היא הדחויה, ה״אחר״ שממנו יש לרחוק? הבחירה היא עניין לא־טריוויאלי, מתעתע. אנו מתבשרים על בחירות שונות – שיש להן כמובן השלכות רוחניות עמוקות – של שני ההורים: ״**ויאהב יצחק את עשו... ורבקה אֹהבת את יעקב**״.[4] דהיינו, הבית המשותף של רבקה ויצחק מתפצל כדי בחירות הופכיות בין שתי המהויות הזהותיות.

הסממן המרכזי במאבק המיתולוגי בין הזהויות נסב על בעלות בברכה מיסטית, שהיא האמצעי המאפשר שליטה בעתיד והמפתח להשגת יעד־העל – נבחרוּת. יצחק אבינו זקן, בא־בימים, ועיניו כהות מראות. הוא חש במוות המתקרב, ועליו לדאוג להמשכיות קיומה של הזהות המשפחתית המובחנת בדור הבא. משימת חייו האחרונה, שאין גורלית ממנה, היא להעניק את הברכה לנבחר, שיסומן על־ידי הברכה כממשיך השושלת – אביו של העם כולו. אין הוא יכול להעניק את הברכה לשני הבנים גם־יחד, מכיוון שתוכנה של הברכה

---

2 בראשית כה 23.
3 שם, פסוק 27.
4 שם, פסוק 28.

שהוא עתיד לשאת – ״**יעבדוך עמים וישתחו לך לְאֻמים, הוה גביר לאחיך וישתחוו לך בני אמך, אֹרריך ארור ומברכיך ברוך**״[5] – יביא לידי השלטת זהותו של האחד על החלופה שמציג אחיו.

יצחק מעדיף את עשיו, ושולח אותו להביא לו ציד, ״...**בעבור תברכך נפשי בטרם אמות**״.[6] רבקה שומעת, ומחליטה להתערב ולהפוך את הבחירה ההיסטורית על פניה. היא פונה ליעקב – ״**ועתה, בני, שמע בקֹלי לאשר אני מצוה אֹתך**״[7] – ושולחת אותו לבצע תרמית מורכבת שתכליתה התחזות מושלמת לעשיו. יעקב מודאג שמא יזהה יצחק אביו את המניפולציה הגסה, ״...**והבאתי עלי קללה, ולא ברכה**״.[8] האיש התם מהסס להשיג את הדבר היקר מכל, הפנימי כל־כך, באמצעות תעתוע של התחזות כלפי אב עיוור. אולם רבקה נחושה ובוטחת: ״**ותאמר לו אמו: עלי קללתך בני, אך שמע בקֹלי...**״.[9] היא מציעה לבנה האהוב עסקה שאי־אפשר לסרב לה: אם אבא יברך אותך – הברכה שלך; אם יקלל – הקללה תחול על ראשי.

רבקה נמנעת מלהיכנס לדיאלוג עם בני משפחתה בעניין הבחירה בין הזהויות. היא אינה מנסה להפעיל את כוח השכנוע שלה במטרה להניא את יצחק מבחירתו, ואינה מנסה להיעזר ביעקב לצורך זה. תחת זאת היא פועלת הן בעקיפין ובערמומיות (מול בעלה, שהיה חזק ממנה) והן בדרך ישירה של הפעלת מרות והטלת ציווי (על בנה, שהיה נתון להשפעתה). מעשיה מלמדים על נחישות ועל נכונות להקרבה. היא אינה מדקדקת בהגינות מעשיה משום שהיא ״יודעת״ שיעקב הוא הבן הראוי – האדם שמצד מהותו הברכה ״שייכת״ לו. ידיעה זו נסמכת לא רק על העדפותיה האישיות (אהבת יעקב), אלא גם על מקור חיצוני – האל אשר גילה לה בעת הריונה את העתיד: ״...**ולאֹם מלאֹם יאמץ ורב** [=עשיו] **יעבֹד צעיר** [=יעקב]״.[10] רבקה מבינה כי זהו מאבק בין שתי הצעות חיים שיכריעו את עתיד העם, ולכן מתירה לעצמה להעדיף את מבחן התוצאה גם אם תושג בדרך פסולה. ללא התרמית, המהות העֶשָׁוִית הקלוקלת עלולה להשתלט על העם, והעדפתו השגויה של יצחק תהפוך סדרי עולם. המטרה, במקרה זה, מקדשת את האמצעים.

אולם פעולה כוחנית שחותרת להכריע מאבק בין זהויות מתחרות עלולה להנביט תגובת־נגד כוחנית. לא סביר להניח שבעל הזהות הדחויה יבליג על כעסו, ימחל על עלבונו, ובעיקר – יסכים לוותר על העדפותיו הזהותיות רק משום שישתכנע כי מי שהכריע נגדו באופן כוחני עשה זאת מתוך אמונה מלאה בעדיפותה של הזהות האחרת. אכן, מעשיה של רבקה מלבים שטנה בין שני האחים, שעלולה להוביל לרצח בתוך המשפחה. המקרא מעיד:

---

5 בראשית כז 29.
6 שם, פסוק 4.
7 שם, פסוק 8.
8 שם, פסוק 12.
9 שם, פסוק 13.
10 בראשית כה 23.

״**וישטֵם עשו את יעקב על הברכה אשר ברכו אביו, ויאמר עשו בלבו, יקרבו ימי אבל אבי ואהרגה את יעקב אחי**״.[11] כתוצאה מכך יעקב, בנה האהוב, נאלץ לברוח לארץ זרה, חרן, לשנים רבות. רבקה מונחית על־ידי משימת־אמת – לתקן את הבחירה הזהותית המוטעית של יצחק, ולהפוך את העקוב (עשיו) למישור (יעקב) – אך בכך היא גוזרת על עצמה ניתוק מבנה לשארית חייה.

עד כאן המשל. נחזור אליו בסוף דברינו.

ד. בית־המשפט כהבטחה

בית־המשפט העליון מתפקד, לאורך שנים, כמבוגר האחראי של החברה הישראלית. בעבר, כאשר המרחב הציבורי הישראלי נשלט על־ידי קבוצה הגמונית מבחינה פוליטית, חברתית ותרבותית, תפקידו המרכזי של בית־המשפט היה לסייג את כוחה של ההגמוניה השלטת ולאזן את השפעתה. לפיכך הוא מיקד את מאמציו ביצירה, יש מאין, של זכויות אדם גרעיניות שיגנו על הפרט מפני דורסנותו של הרוב ומפני שימוש לרעה במנגנון הממלכתי והפוליטי. בית־המשפט זכה בתהילה מקומית ועולמית בגין התפקיד האמיץ שמילא בהפיכתה של מדינה חסרת תרבות דמוקרטית, אשר חשופה לאיומים קיומיים ונשלטת ביד רמה על־ידי כוח פוליטי רב־עוצמה, למדינה שבה הממלכה כפופה לחוק והשלטון מרכין את ראשו לפני בית־המשפט.

אולם בדור האחרון השתנה המצב מן הקצה אל הקצה: המרחב הציבורי הנוכחי מתאפיין ברבגוניות ובקיטוע פוליטיים, בשיסוע חברתי כרוני וברב־תרבותיות בעלת מכנה משותף רדוד. תחת הריכוז יש לנו ביזור, ואת הקבוצה ההגמונית החליף רִיק הנהגתי. אין אנו מונהגים על־ידי דמויות סמכותיות של ממש, ומערכות השלטון אינן מבטאות קול פוליטי־חברתי מסוים. הפרויקט ההיסטורי של בית־המשפט – הצבת וקטור נגדי לכוחה של ההגמוניה – איבד ממרכזיותו. תחתיו נדרש בית־המשפט לתפוס עמדת הנהגה שתמלא את הרִיק; הוא נדרש להתוות דרך במצב של העדר דרך.

הציבור הישראלי, שבע־האכזבות, שוב אינו נענה בנקל לקריאות אידיאולוגיות הבאות מהשדה הפוליטי. עמדות הטוענות ל״אמת״ כלשהי מתקבלות באי־אמון, ולעיתים נדמה שאפילו רדיפת האמת אינה מוערכת. על רקע זה התגברו הלחצים הפוליטיים, החריפו הדרישות החברתיות והתעצמו הציפיות של מגזרים שונים שבית־המשפט ייחלץ חושים וישמש גורם מייצב, ממרכז וממצע בכאוס הישראלי. זהו תהליך המשפטיזציה של החברה הישראלית, אשר מבקשת לעצמה, במודע ובתת־מודע, ״מקום״ שבו יתנהלו ענייניה החשובים בצורה ״אחראית״.

---

11 בראשית כז 41.

בית־המשפט מתאים, לכאורה, לתפקיד. הוא אינו מיוזע ומרופט, אלא מתנהל בקור־רוח, עטוי גלימה מקצועית. הוא אינו מתלהם ומרים את קולו, אלא מתנאה בשפה פנימית הדורה ומדודה. הוא אינו מחויב למגזר כלשהו שבחר בו, שהרי הוא מוּנה לתפקיד על־ידי הממלכה כולה. הוא אינו מתפקד כבעל עמדה אידיאולוגית־רעיונית קונקרטית; עניינו היחיד הוא להפעיל שיקול־דעת באופן אובייקטיבי. מצד האתוס שלו, בית־המשפט אינו ירא איש; הוא עצמאי ובלתי־תלוי בגורמים שלטוניים וציבוריים. הכרעותיו אינן משובשות על־ידי רוחות השעה או על־ידי אופנות מתחלפות, משום שהוא מתפקד בתוך מסורת מקצועית יציבה ובוטחת (מקומית וזרה), ורגיל לעגן את פסיקתו בתקדימים שקבעו דורות קודמים של שופטים. בית־המשפט אינו נוטה לעשות מלאכתו קלה, באמצעות היזקקות לתשובות עמומות, שהרי משימתו המוגדרת היא להכריע בשאלה, לחתוך את הדין, להקצות משאבים, לשמש ״תחנה אחרונה״. אפיונים אלה ואחרים מבהירים מדוע התפתו כה רבים בעשורים האחרונים לראות בבית־המשפט מצפן רב־תכליתי, אורקל ירושלמי, שביכולתו לתת תשובות כמעט לכל שאלה, סעד לכל דורש, פשר לכל התחבטות, יהא אשר יהא ההקשר העניינִי של הנושא.

ניתוח כללי זה של תפקיד בית־המשפט על רקע המציאות המשתנה מקבל משנה תוקף כאשר אנו ממקדים את המבט בשאלת הזהות הישראלית. בעבר ״ידענו״ מי אנחנו. הסיפור של עם נרדף שנהפך לתנועה לאומית, שנצרב בשואה ואשר קם לתחייה במולדתו באמצעות ריבונות פוליטית – היה מוסכם על הכל. הקבוצה ההגמונית הצליחה להוביל את החברה הישראלית בבטחה כל עוד התשובה שהציגה לשאלת הזהות הישראלית הייתה מקובלת על הרוב הישראלי. אולם משכבתה האש בכור־ההיתוך הישראלי, והחלו מתרוצצות בקרבנו זהויות שונות ומגוּונות אשר חולקות זו על זו בשאלות מרכזיות של משמעות הקיום הישראלי, התחלפה לה הדמוקרטיה הקונסנזואלית, ההסדרית, בדמוקרטיה משברית, שואפת הכרעות.

השיח הציבורי עסוק בדור האחרון בחידוד המחלוקות, ולא ביישובן: האם אנו מדינה דמוקרטית שאוכלוסייתה יהודית או מדינה יהודית שמשטרה דמוקרטי? האם בתעודת־הזהות המדינית שלנו כתוב ״חברה במשפחת העמים״ או ״עם לבדד ישכון״? האם אנו במזרח אך ליבנו בסוף מערב או שאנו במזרח יחד עם ליבנו? האם אנחנו ״מדינת־לאום״, ״מדינת כל קהילותיה״ או ״מדינת כל אזרחיה״? האם פנינו לגיבוש של חברה הגמונית חדשה (שאנו מתווכחים על התֶזה שלה), של חברה פלורליסטית (שעלינו להגדיר את גבולותיה) או של חברה אוניוורסליסטית (שעלינו לתהות על שאלת ייחודה)? האם אנו סוברים שלציוויליזציה היהודית יש הצעת חיים קולקטיבית ייחודית, הראויה ליישום במדינת־ישראל, או שיהדותנו היא רק פרט ביוגרפי קולקטיבי? האם עולם הערכים שלנו מחייב אותנו לערבות הדדית, לקהילתיות ולסולידריות או שאנו קבוצה של אטומים בדידים, המתקיימים זה לצד זה? האם רשות הרבים שלנו אמורה לשאת אופי פרטיקולרי (מהו?) או עליה להיות ניטרלית? שאלות של תרבות (כגון – האם אנו גלגול אבולוציוני של יהדות מסורתית בת אלפי שנים או שמא פרי מהפכה ציונית שמצאה בית ל״אדם חדש״?), שאלות של לאום (כגון – מהו מקומו, מעמדו וזכויותיו של מיעוט לאומי זר אך יליד במדינת הלאום

היהודי?) ושאלות של דת (כגון – מהו מעמדה של הדת במדינה והאם יש להתיר פלורליזם דתי במרחב הציבורי?) מנסרות בעוצמה גוברת בחללנו.

כבר יותר מארבעים שנה אנו אחוזים במחלוקת בדבר עתידם של השטחים שנכבשו במלחמת ששת־הימים – חור שחור שבולע אל תוכו את השיח הישראלי כולו. הדיון אינו מתמצה בשאלות ״רגילות״ של שלום וביטחון; הוא מעורר גם שאלות הנוגעות בטֶבְעוּתה של הגדרתנו העצמית כ״מדינה דמוקרטית״ (האם תיתכן דמוקרטיה ששולטת למעשה, במשך עשרות שנים, על מיליוני אנשים שאינם נהנים מזכויות אזרח?) וכ״מדינה יהודית״ (כיצד תישמר יהודיות המדינה אם השטחים, על אוכלוסייתם הפלשתינית, ייהפכו לחלק ממדינת־ישראל?). יש בינינו הרואים במפעל ההתנחלות של כרבע מיליון ישראלים בשטחי יהודה ושומרון גולת כותרת של המעשה הציוני, ויש הרואים בו אסון, שגורר את כולנו אל עבר פי תהום. השטחים עוררו גם כוחות תיאולוגיים חבויים המבקשים לפרש את המציאות ההיסטורית כחלק מתוכנית פעולה משיחית חוץ־היסטורית. הולך ומתממש החשש שהסכסוך הישראלי–ערבי יתורגם למלחמת־דת.

העדר ההסכמה בצירי המחלוקת מלמד על צמצום מדאיג של המכנה המשותף של הישראלים, ומעיד על מצוקת זהות עמוקה המאפיינת את החברה שלנו כיום.

הפוליטיקה הישראלית ממעטת לנהל דיון ממשי בשאלות־היסוד של אופייה של המדינה ושל החברה שלנו. הכל מתחבטים בשאלת עתידם של השטחים, אך עושים זאת, בדרך־כלל, כחלק מדיון בטחוני־פוליטי, שמאפייניו פרגמטיים, ולא עקרוניים. התֵזות הנשמעות בבית־המחוקקים בשאלות הזהות הגדולות מקורן בעיקר בקצוות (ההפוכים) של המחנה הפוליטי, בעוד המפלגות המרכזיות, שמאיישות את מירב מושבי הכנסת, מתעלמות מגיבוש של חזונות משמעותיים בשאלות אלה. אכן, לא ברור אם הסנטימנט האנטי־פוליטי המאפיין את הדמוקרטיה הישראלית של המאה העשרים ואחת הוא תוצאה של עובדה זו או שמא הוא קדם לה. גם סוגים אחרים של מנהיגות פוטנציאלית אינם מתממשים: האקדמיה הישראלית – שמאוכלסת על־ידי מאות רבות של פרופסורים במדעי הרוח, החברה, היהדות והמשפטים – אינה מהווה שאור מתסיס דַיו. שתיקתה המתמשכת, שמופרעת רק לעיתים רחוקות על־ידי מתי־מעט, ראויה לא רק למחקר, אלא גם לחשבון־נפש מעמיק. המונח ״מגדל־שן אקדמי״ מתאים מאין כמוהו להגדרת הניכור והריחוק של האינטלקטואלים הישראלים מהחברה שבה הם חיים.

מנהיגים דתיים, אשר קהלים לא־קטנים מאזינים להם בקשב רב, אינם יצירתיים דיים ומתרחקים מנטילת אחריות כלל־ישראלית. המנהיגים החרדיים תופסים את עצמם כאחראים לטובתו של מגזר – בבחינת ״אני את נפשי הצלתי״. הללו מנסים להקיף את עצמם בחומות של קדושה ולהתייחס אל העֵבר האחר של החומה כאל אזור נגוע־חטא. המנהיגים הדתיים־הלאומיים, בחלקם החשוב, נושאים את רוממות הממלכתיות בגרונם, אולם כעניין שבעובדה, הם ממדרים את עצמם לדעת מעמדת השפעה על הרוב הישראלי, בהעמידם את עולמם הרוחני־הציבורי על חודו של עניין אחד ויחיד – גבולות המדינה – תוך הזנחה שערורייתית של שאר היבטיו של הקיום היהודי והישראלי. קטן עד לכאב מניינם ומשקלם

של המנהיגים הדתיים־הלאומיים הרואים נכוחה את עומקן, היקפן וחשיבותן של שאלות הזהות אשר עומדות על השולחן הציבורי בהמתנה לטיפול אחראי.

בעתיד ישפוט שר ההיסטוריה בחומרה את מנהיגינו הפוליטיים, האינטלקטואליים, הרוחניים והדתיים. בקטרוגו יטען כי הללו חדלו ממעש לנוכח תמונה עגומה של פירוק חלקים של הסיפור הישראלי, ערעור ההבנה לגבי טיב חיינו המשותפים ועמעום תמונת הזהות הקולקטיבית. הוא יאשים אותם על שלא הפעילו את התהליכים ואת המוסדות שבאמצעותם היה אפשר לנהל דיון ציבורי שיעסוק באיתור הסכמות ובגיבוש תשובות.

על רקע זה יש לראות את מעורבותו של בית־המשפט בשאלות הגדולות של החברה הישראלית. חברה שחיה בעומס־יתר של מתחי זהות בלתי־פתורים תרה אחר מוצא למצוקתה, ופונה אל המוסד השלטוני המתמחה בהכרעות על־מנת שיפעיל את כוחו המקצועי למענה. שם – במוסד האיכותי, רחב־הדעת, בעל המוניטין הבין־לאומי – נוכל להשקיט את הקקופוניה המאיימת של שיח הזהות. שם יימצאו לנו החכמים שינטרלו את החומרים הנפיצים תוך שימוש במכשירים מדעיים ובאווירה של אובייקטיביות סטרילית.

אכן, בחצי יובל השנים האחרונות נטל בית־המשפט על עצמו את האחריות להיות ״איש״ במקום שאין בו איש. יושבי הגבעה שבירושלים פותו והתפתו לעסוק במנגנונים העדינים ביותר של הנפש הציבורית הישראלית. עובדה היא ששאלת הגדרת אופייה של מדינת־ישראל – מדינה יהודית ו/או דמוקרטית – מתבררת בעיקרה סביב פסיקותיו של בית־המשפט הישראלי. כך גם שאר שאלות־מפתח שמהן ובהן נרקמת הזהות: אופיו של המרחב הציבורי, גבולותיו של הקולקטיב היהודי והישראלי, משמעותה של מדינת־הלאום, אופייה הרצוי של החברה, טיב הקשרים בין חבריה, מקומה של הדת במדינה, ייחוד יהודי בעולם גלובלי, מעמדו של המיעוט הלאומי הערבי, ועוד ועוד. בתהליך מתמשך המרנו את שיח הזהות, שהיה צריך להיות פתוח ורחב, בשיח זכויות מקצועי המתנהל בין כותלי בית־המשפט.

לדעתי, נכונותו של בית־המשפט לדון בסוגיות אלה מונעת מרצון טוב. בבסיס העניין עומדת תודעתו העצמית כמוסד משרת ציבור שאמור לתת מענה למצוקותיה של החברה שבתוכה הוא פועל. דרך הפעולה של בית־המשפט – שכונתה לימים ״אימפריאליזם שיפוטי״, ואשר כוללת, בין היתר, את פתיחתם של שערי בית־המשפט לפני עותרים ציבוריים, קביעת המדיניות ש״הכל שפיט״ (אף אם זו לא יושמה למעשה), נטילת הסמכות לפסילת חוקים (״ביקורת שיפוטית״, שגם בה נעשה שימוש במשורה), יישומן של דרכי פרשנות ״פתוחות״ ופיתוחן של דוקטרינות מהותיות שמרחיבות את היקף סמכותם של השופטים (כגון מבחן הסבירות, הדגשת מעמדם של ערכי־היסוד של השיטה וההיזקקות לאיזון בין ערכים) – מקורה בתפיסה רחבה של התפקיד, אשר מוזנת, כאמור, מתחושה עמוקה של אחריות ציבורית. איני מייחס משקל ממשי לטענות הטופלות על בית־המשפט כוונות זדון מכל סוג שהוא. אם ארצה להחמיר עימו, אטען כי הוא היה נגוע, בדור האחרון, במה שהפסיכולוגים מכנים ״פנטזיה של הצלה״. השופטים היו מעוניינים להציל אותנו מעצמנו. אולם משירד בית־המשפט לזירה, הוא נדרש להכריע בשאלות חברתיות טעונות.

פעם אחר פעם מתייצבים לפניו צדדים שעיקר עניינם אינו בסכסוך פרטי, אף אם הוא מנוסח ככזה, אלא במלחמת־התרבות הישראלית.

ה. הטרוניה כלפי בית־המשפט

אך טבעי הוא שהכרעה שיפוטית בסוגיה פלילית, אזרחית או ציבורית, תקים על בית־המשפט טרוניה מהצד המפסיד. כאשר הסכסוך הוא אישי, הטרוניה אינה פורצת בדרך־כלל לתודעה הציבורית. אף אם מדובר בסכסוך שמשפיע על רבים או שנמצא במחלוקת ציבורית רחבה, הטרוניה בדרך־כלל כבושה, מכיוון שהציבור מבין את הצורך במוסד מכריע, ומכיר בכך שאין דרך לְרַצות את הכל. אולם כאשר העניינים הנידונים בבית־המשפט קשורים לשאלות הגדולות של זהות, התגובה הציבורית מחריפה ומקצינה. אי־הנחת הרבה מהפסיקות השיפוטיות בנושאים אלה נובעת ממגוון של סיבות מצטברות:

ראשית, **חשיבות הנושא** – המעורבות האישית של רבים בשאלות של זהות היא גדולה ועמוקה. פוליטיקה של זהויות היא עניין רגיש בכל מקום, ובוודאי במדינת־ישראל. חלק מבעלי־המחלוקת בישראל סוברים כי מימוש החלום של הזולת התרבותי יהפוך את מציאות החיים המשותפת, כאן ועכשיו, למסויטת ולבלתי־נסבלת. מבחינתם קיים הכרח דטרמיניסטי לסכל זאת ״בכל מחיר״. תחושות אלה מעצימות את כוח ההדף שכל הכרעה שיפוטית בתחום זה יוצרת. בין העולים־לרגל אל בית־המשפט שבירושלים ניתן למצוא נציגים של כל המנעד הרחב של הזהויות הישראליות. בקצוות הרחוקים ניצבים הקנאים. **מצד אחד** ניצבים קנאי האמת הליברלית, המבקשים מבית־המשפט לערוך למדינה טקס התבגרות חיוני, בדרכה אל מה שנתפס בעיניהם כ״נורמליות״. הללו מעוניינים לדלל את הרכיב הלאומי ואת הרכיב הדתי בחיים הציבוריים בישראל. בעיניהם, הפרטיקולרי היהודי עומד בסתירה לזכויות האדם, מרדד את השיח הרציונלי ומסיט את ישראל מדרך־המלך האוניוורסלית. הוא גם ממדר אל מחוץ לישראליות את המיעוט הערבי הילידי, ובכך הופך את החתירה לייחודיות יהודית ללא־לגיטימית בעיניים ליברליות. **מהצד האחר** מתייצבים קנאי המורשת היהודית בגרסתה הדתית־החרדית, אשר דוגלים במדינה יהודית נקייה מהשפעות דמוקרטיות ״זרות״. הללו רואים במימוש ערכים של התרבות המערבית בישראל משום אובדן זהות לאומית, בגידה בהיסטוריה היהודית וריקון התחייה הלאומית ממשמעות. יש בין הקנאים גם לאומנים שאינם בהכרח דתיים. הללו מדגישים את המחויבות הלאומית שנדרשת מכל הישראלים, תוך דרישה לביטול השותפות האזרחית עם מי שאינו מוכן לעמוד בה (״בלי נאמנות – אין אזרחות״). בתווך, בין הקצוות, ממוקמים מחנות זהותיים מגוונים. הללו חולקים שם משפחה משותף – בהתייצבם מאחורי הסיסמה ״מדינה יהודית ודמוקרטית״ – אך שמותיהם הפרטיים מגוונים ולעיתים סותרים.

שנית, **אופי ההליך השיפוטי** – כאמור לעיל, עקב קוצר־ידן של זירות הפעולה הציבוריות האחרות שבהן שיח הזהות אמור להיערך, רבים רואים במאבק המשפטי את דרך הפעולה המרכזית הפתוחה לפניהם. אולם אופיו של ההליך השיפוטי ותוצאות פעולתו,

מעצם טבעם, אינם משככים את המאבק בין הזהויות; אדרבה, הם מלבים אותו. בבית־המשפט הדברים נחתכים: נקבעים צווים שבהם מוענקות זכויות ומוטלות חובות. בעיניי, החיתוך הוא היפוכו של הרצוי בשיח הזהות.

שלישית, **אופיין של שאלות הזהות** – כאשר סכסוך משפטי נסב על משאבים פיזיים, ניתן לעיתים לחלקם בין הניצים בדרך שמאפשרת לכולם להשלים עם תוצאת ההליך השיפוטי. לא כן במאבק בין זהויות, אשר נסב, לעיתים קרובות, על מוצר ציבורי שקשה לחלקו בין הצדדים. כך, למשל, כאשר בית־המשפט נדרש לקבוע את אופייה של רשות הרבים הישראלית: מה יהיה מקומה של הלשון הערבית ברשות הרבים? איך תיראה רשות הרבים בשבת ובמועדי ישראל? היש להתיר לחבריה של קבוצה לאומית אחת למנוע מבן קבוצה לאומית אחרת את האפשרות להתגורר בחלק כלשהו מחלקיה של רשות הרבים? דוגמה נוספת של מוצר ציבורי שאינו בר־חלוקה בנקל היא פרשנות של חוק ששנוי במחלוקת מוטת־זהות, כגון הגדרת יהדותו של אדם לצורך חוק השבות (מיהו יהודי), קביעת גבולותיו של המונופול האורתודוקסי בעניין הדין האישי או פרשנות של חוק האזרחות באופן שדוחה או מקבל כישראלים קבוצות שנויות במחלוקת על רקע מאבק בין זהויות. הפרשנות שבית־המשפט מאמץ קובעת כלל התנהגות שמחייב את הכל. בהעדר אמצעי הריכוך של ״יחלוקו״, מועצמת התגובה הרגשית הקשה של מי שעמדתו נדחתה.

רביעית, **אופיו של בית־המשפט** – במסורת המשפטית הישראלית, זהותם האישית של השופטים אינה נתפסת כתכונה מרכזית בתהליך מינוים. ממילא, כעניין שבעובדה, תעודת־הזהות הקולקטיבית של בית־המשפט, שהיא מקבץ הזהויות האישיות של השופטים, אינה משקפת את מלוא העושר הזהותי הקיים בחברה הישראלית. השופטים משתדלים להתגבר על עובדה זו באמצעות הפעלה של שיקול־דעת אובייקטיבי, שנועד להיות חיצוני ובלתי־תלוי בעמדותיהם האישיות. אולם שאיפה כנה זו אין בה די: אדם אינו יכול לפשוט את עצמו מעל עצמו, ולכן דרך הפעלת שיקול־הדעת שלו, גם כאשר היא משתדלת להיות אובייקטיבית, צבועה תמיד בצבעיו האישיים. ככלל, קיומה של סובייקטיביות שיפוטית מסוימת היא עובדת חיים שהכל למדו לחיות עימה, ואין היא מעוררת אנטגוניזם חריג. אולם כאשר בית־המשפט נתפס, לאורך שנים, כזירת הכרעה מרכזית בשאלות הגדולות המצויות במוקד המתח הזהותי והתרבותי של החברה – התמונה משתנה. הציבור מתקשה לקבל בשוויון־נפש הכרעות שיפוטיות בנושאים אלה לא רק משום חשיבותן, אלא גם משום שהוא מבין כי הן מושפעות, במידה רבה מהרגיל, מצבעיה הייחודיים של הזהות האישית של השופט. כך, למשל, הניסיון מלמד שכאשר נידון בבית־המשפט עניין שמעורר רגישות דתית, קיימת הסתברות גדולה מהרגיל שהפעלת שיקול־הדעת המקצועי, האובייקטיבי, של שופט דתי תוליך אותו למסקנה שונה מזו של שופט חילוני. קל לְצפות את תוכנם של חילוקי־הדעות בחלק לא־מבוטל של מקרים אלה. אין תֵמה, אפוא, שבד בבד עם הרחבת העיסוק של בית־המשפט בשאלות הגדולות, התעוררה מחביונה השאלה העדינה של זהותם האישית של השופטים ונהפכה לסוגיה ציבורית שהכל דשים וממשמשים בה. בנקודת־הזמן הנוכחית קיימים מחנות זהותיים גדולים בחברה הישראלית החושדים כי בית־המשפט נוטה להכריע בדרך שנושאת חותמת זהותית השייכת למשפחה מסוימת, קונקרטית, במניפת

הזהויות הישראלית. במילים פשוטות, מגזרים ישראליים רבים מדי מעריכים כי זהותם האישית של השופטים גורמת לכך שבית־המשפט, כמוסד, ״לוקח צד״ במה שהם מכנים מלחמת־התרבות הישראלית.

הר שלם של ציפיות נכזבות מטיל צל כבד על תדמיתו של בית־המשפט: מן העבר האחד, לאומיים וימניים סבורים כי ייצוגם בבית־המשפט חסר, ולכן פסקי־הדין נוטים לכיוון של דילול התוכן הייחודי של מדינת הלאום היהודי; ומן העבר האחר, ערביי ישראל, פוסט־ציונים וכן אחדים מהאליטה האקדמית הליברלית טוענים כי דווקא לעמדותיהם אין הד בבית־המשפט, ולכן, לטעמם, פסיקותיו צבועות בגוון לאומי עז מדי, שאינו תואם את המקובל במדינות המערב הליברליות. הוא הדין בענייני דת ומדינה: הדתיים והחרדים מאמינים כי הרוב החילוני־הליברלי בבית־המשפט פועל כסוכן מרכזי לצמצום השפעתן של הדת והמסורת על מדינת היהודים, בניגוד להכרעות הפוליטיות של הרוב הקואליציוני בכנסת; ומולם קבוצות חילוניות אקטיביסטיות, כמו־גם נציגיהם של זרמים דתיים לא־אורתודוקסיים, מאוכזבים מהפסיביות של בית־המשפט בשחרור החיים הישראליים מכפייה דתית ומ״טפילות״ חרדית שחברי־הכנסת אינם יכולים להן. התוצאה המצרפית היא שרבים חשים כי בית־המשפט – אשר בעבר היה ביתם – אינו מקשיב להם ברצינות הראויה. בתגובה הם מצביעים אי־אמון בו.

ו. הטרוניה כלפי הדין

החשד כלפי בית־המשפט ניזון לא רק ממערכת היחסים בין החברה לבין בית־המשפט (כפי שעלה מהניתוח עד כה), אלא גם ממערכת יחסים נוספת – זו שבין החברה לבין הדין. ודוק: אם עיקר תפקידו של בית־המשפט הוא לפרש את הדין וליישמו, ברור שאם חברה נתונה מסתכלת בעין מצומצמת וביקורתית על הדין שחל בה, יקרין הדבר באופן שלילי גם על יחסה אל בית־המשפט עצמו. מי שאינו אוהב את הבשורה – גם אינו אוהב את השליח. ניתוח עקרוני זה מתממש, להערכתי, במציאות הישראלית.

בתרבות הדמוקרטית מקובל לחשוב על המדינה כעל המקור הבלעדי של הדין, של הנורמה המחייבת. ההחלטות של שלוש רשויות המדינה נתפסות על־ידינו כמגלמות את תפיסות הצדק המקובלות בחברה. הצליל הנורמטיבי־הביצועי המהדהד ברחבי המדינה – שביצירתו שותפים, כאמור, רשות מחוקקת (המלחינה את הפרטיטורה), רשות מבצעת (המנגנת אותה בשלל כלי־נגינה) ורשות שופטת (המתפקדת כמנצח, אשר מפרש את הלחן ושולט בדרך הביצוע) – מבטא העדפות מצרפיות של האזרחים, שיכונו כאן ״**הצדק של המדינה**״.

אולם הצדק של המדינה בישראל נתון תחת מתקפה רב־ממדית ככל שהוא מתייחס לשאלות הגדולות של זהות:

ראשית, העידן המודרני הדגיש את האינדיווידואליזם. ליחיד יש כוח וחירות; לסובייקט יש תודעה ורצון אוטונומי. מחשבה ליברלית־הומניסטית, השמה במרכז את הפרט, מחייבת

לכאורה מתן מקום לתפיסה של **צדק אישי**, אשר מבטאת זהות אישית ומגינה עליה. אנו רגילים לממש את עצמנו באמצעות הרכבת משקפיים פרטיים שדרכם אנו בוחנים את המציאות. קיים מתח ברור בין הצורך במימוש עצמי, שסביבו אנו אורגים את תפיסת הצדק האישי שלנו, לבין השאיפה הכללית לצדק, שהיא מטבעה ציבורית וכללית. אלה שתי מערכות שאין אפשרות לערוך השוואה ביניהן (incommensurable).

שנית, בעידן הפוסט־מודרני באה לידי ביטוי חשיבותה של הקהילה בעיצוב היחיד. ה״אני״ תלוי בהקשרים של תרבות והיסטוריה. היחיד נבלע כביכול בתוך המערכת התרבותית המעצבת אותו. בעולם שחיות בו קהילות שונות שאינן מאורגנות באורח פוליטי־מדיני – עולם רב־תרבותי המכיל קבוצות דתיות, לאומיות, מגדריות, גיליות ומיניות מגוונות – יש מקום נכבד ל**צדק קהילתי**. העולם הפוסט־מודרני שואף להכרה בגיוון כערך, ומעצים את חשיבות תפקידם של המרכיבים התרבותיים וההיסטוריים בפרשנותה של המציאות. הגדרת הצדק שוב אינה נוגעת באמת או במהות שיש לגביה הסכמה רחבה ואחדות־דעים. יש בנו חשד מובנה כלפי סיפור כללי כלשהו, ובתוך כך גם כלפי תוקפו של סיפור־על, כגון ״מהו צדק״. מה שבעבר התקבל כהכרחי וכמחויב־המציאות – נתפס כיום כחלופה אחת מני רבות. אין ״צדק״ כמו שהוא, אלא הצדק תלוי במשתנים רבים ובתנאים ספציפיים. כעולה מכך, אנו נוטים לחשוב כי אין לייחס עדיפות או עליונות טבועה לעמדה אחת באשר לתוכנו הראוי של הצדק על רעותה, אף אם מי מהן מתגלמת באמצעות חוק המדינה.

שלישית, ובניגוד חריף, הולך ומתעצם משקלם של כוחות גלובליים, שמנסים ליצור האחדה של כללי ההתנהגות האנושית. כוחות אלה מקדמים תפיסה חדשה של **צדק בין־לאומי**. תפיסה כזו מניחה כי קיים טבע אנושי כללי, מרקם אוניוורסלי, שמהותו קבועה. על־פיה, ההבדלים בין תקופות, חברות ותרבויות הם חסרי משמעות, תפאורה שולית שמסתירה את האמת האנושית שהיא אחת – טבע האדם. כל בני־האדם ראויים לכבוד באופן שווה. זוהי פוליטיקה שמטשטשת את הייחודיות בשם השוויוניות.

רביעית, בעולם שבו לדת יש עמדה חשובה ראוי לתת את הדעת להשלכותיו של סוג נוסף של צדק – **צדק דתי**. רבים באים אל שוק הרעיונות ואל השוק הפוליטי כשבפיהם אמירות ודרישות שמקורן תיאולוגי. מאמינים תובעים מאחרים – פרטים, קהילות, מדינות – לציית לתפיסת צדק ולמערכות משפטיות שמקור סמכותן הוא שמימי, על־אנושי. הכוחות המעוניינים בהפרדה של הדת מהמדינה אינם נוחלים הצלחות רבות בדור האחרון. גם הליברליזם החילוני אינו מצליח להרחיב את שורותיו, כפי שהיה אפשר לצפות אך לפני דור. משמעותם של תהליכים אלה היא שהחיכוך בין תפיסות הצדק של המדינה לבין תפיסות של צדק דתי מעמיק ומחריף.

האתגר הרב־ממדי המופנה כלפי הצדק של המדינה אינו סגולי לישראל; הוא ידוע גם במדינות אחרות. אולם עוצמתה של הטרוניה על הצדק של המדינה בישראל גבוהה במיוחד. ניתן להדגים זאת באמצעות אחת המחלוקות שעומדות במרכז השיח הישראלי זה שנות דור: סוגיית שטחי ארץ־ישראל שנכבשו במלחמת ששת־הימים. הצדק של המדינה בסוגיה זו – המבוטא בחקיקת הכנסת, בהחלטות הממשלה ובפסיקת בית־המשפט – מותקף מכל הכיוונים: מהכיוון האישי מאתגרים אותו סרבנים ממחנה השמאל, ביניהם פציפיסטים

ואנרכיסטים שמצפונם אינו מאפשר להם להיות חיילים ב״צבא הכיבוש״, וסרבנים ממחנה הימין, שאינם מוכנים לשרת ב״צבא הגירוש״ (של מתיישבים יהודים מעבר לקו הירוק); מהכיוון הקהילתי, קבוצות אידיאולוגיות של מתיישבים ביהודה ושומרון ובעלי־בריתם קוראים תיגר על עצם סמכותה של הממשלה לוותר על שטחים השייכים לעם־ישראל לדורותיו; מהכיוון הבין־לאומי הותקף הצדק של המדינה על־ידי בית־המשפט הבין־לאומי בהאג, אשר פסק, תוך הפעלת המשפט הבין־לאומי, נגד תוואי גדר־הביטחון, בניגוד להכרעתו של בית־המשפט הישראלי; ומהכיוון הדתי, פסקי רבנים היוצאים נגד ויתור על שטחים וחתימה על הסכמי שלום קוראים תיגר על מקור הסמכות הדמוקרטי, ומעדיפים עליו את מקור הסמכות ההלכתי.

במצב דברים זה, בית־המשפט נקלע על־כורחו לסבך המחלוקת. פרשנותו בנוגע לחוק נתפסת כנקיטת עמדה נגד התפיסות החלופיות של צדק בחברה הישראלית – אישי, קהילתי, בין־לאומי או דתי. ובאופן כללי, בחברה שנתונה במשבר זהות ואשר רמת ההסכמה בה אינה גבוהה, מידת הלגיטימיות של הצדק של המדינה פוחתת. ממילא, האמון הציבורי בבית־המשפט – שהוא הגורם המתווך בין תפיסת הצדק של המדינה לבין הציבור – נפגע.

בית־המשפט היה יכול לרכך את הטרוניה כלפיו אילו בחר, כמדיניות שיפוטית, למתן את מעורבותו בשאלות הגדולות של זהות. אולם משבחר במדיניות שיפוטית מתערבת, רבים רואים בו גורם שמונע קיום רב־תרבותי, אשר גווניו השונים, במצטבר, היו מאפשרים מציאות של פלורליזם זהותי. הטרוניה היא, אם כן, שבית־המשפט משליט – באמצעים ממלכתיים ותוך שימוש ברטוריקה מקצועית של הצדק של המדינה – מוניזם זהותי.

ז. התיקון הנדרש

ירידתו של בית־המשפט אל זירת המאבק הזהותי לא רק הטילה עליו את קללת אי־האמון, אלא גם תרומתה לחברה מסופקת. אכן, בתי־משפט אינם המקום המתאים לניהול שיח של זהות. אי־אפשר ליישב משבר זהות באמצעות הכרעות נורמטיביות. להליך השיפוטי יש אופי גיליוטיני. הוא מעודד את הצדדים להתנהל באופן ניגודי, אדוורסרי; הוא מפתה אותם לעיתים לערוך דמוניזציה לזולת; הוא מתנהל באווירה של תחרות, שמדגישה את ההבדלים ואת אי־ההסכמות; הוא מעודד הצגה בנלית של מחלוקות מורכבות; הוא מייצב קווי הגנה ותוחם מחנות מוגדרים; מהותו מעודדת שיח של מנצחים ומנוצחים; והוא מונע על־ידי רצון להכפיש את פניו של האחר. ממילא הוא מצמצם את מקומן של אפשרויות חינוכיות־תהליכיות. הכרעה שיפוטית היא מונולוגית, ולכן מסכלת את האפשרות לפתח דיאלוג, העומד בליבו של שיח הזהות.

כפי שכתבנו אבי שגיא ואנוכי במאמרים קודמים,[12] זהותם של בני־אדם — ״איש שדה״ או ״יֹשב אֹהלים״ — היא יסוד ראשוני בהווייתם. הזהות מעצבת את שיפוטם של בני־אדם, ולכן היא קדם־שיפוטית. הקשבה דרוכה לעובדה זו אמורה להבהיר כי אסור לקבוע כי תנאי לחברותם של אנשים בחברה אזרחית שיש בה ריבוי זהויות היא הסכמה שלהם להתפשט מזהותם־הם. האורגנים של החברה, ובכלל זה מערכת המשפט שלה, אינם רשאים לקבוע בעבור האזרחים את טיבה של הזהות הראויה. הכרעות שיפוטיות אינן מתאימות להערכת זהות; הן עלולות להוביל לפגיעה בדיאלוג התרבותי ולהתגדרות עצמית של בני זהויות אל תוך קהילתם. קַטלוגים ערכיים של זהויות, המתיימרים להבחין בין ״ציבור נאור״ לציבור אחר, אינם מתפקידו של המשפט. אדרבה, בית־משפט נאור אמור להבין כי בבואנו להיות חברים בקהילה אזרחית, אנו נושאים את זהותנו עימנו אל המרחב הציבורי. עליו להפנים כי תפקידו של המשפט אמור להתמקד בהסדרת המפגש בין זהויות במרחב הציבורי־הפוליטי, תוך שאיפה להימנע מהתערבות בשיח הזהות גופו. המשפט אמור ליישב את הקונפליקט תוך שימור זהויות שונות כפי שהן נתפסות בעיני נושאיהן. הדיון המשפטי אמור להתנהל מתוך רצון לאפשר את שגשוגן של זהויות מגוונות שמעשירות את המרחב הציבורי; אל לו להשתיק מי מהן.

כך, למשל, הגיוון הזהותי בציר הדתי–חילוני הוא עושר השמור לבעליו לטובתו. חילוניוּת יהודית אינה עגלה ריקה, אולם ללא זיקה לדת היא עלולה להסתיים בניכור ובהזרה עצמית, שכן הדת מספקת לחילוניוּת את יסוד־הקבע שכלפיו וביחס אליו היא בונה את עולמה. הדת מספקת לעולם החיים החילוני טקסטים, פולחן, חומרי זיכרון, ערכים וסמלים, גם אם החילוניוּת נותנת להם משמעות שונה. במונחיו של אחד העם, היין של החילוניוּת נזקק לחבית הדתית. מן העבר האחר, החילוניוּת מספקת עולם משמעות שהזהות הדתית מתקשה להתקיים בלעדיו במסגרת חיים מודרניים. אוטונומיה אישית, שוויון, שיטת משטר, שלטון חוק, חירות וחופש ביטוי הם רק דוגמות לאבני־הבניין של עולם זה. אולם המצב המורכב שבו הדתיוּת זקוקה לחילוניוּת שאותה היא שוללת, והחילוניוּת מחפשת משמעות בדתיוּת שאין היא חפצה בה, מסכן את הקיום היציב והלכיד של כל אחת משתי הזהויות. זהו מצב ממוקש, שכדי להיחלץ ממנו אנו פונים לבקש הכרעה באמצעות מערכות משפטיות. אולם אם בית־המשפט ייענה לבקשת מי מהצדדים וישתיק באמצעים משפטיים את מופעו הציבורי של הקול הזהותי האחר, הוא יגרום לרידוד איכותה של רשות הרבים הישראלית.

אני ער לעובדה שבחלק מהשאלות המקוטלגות כאן כשאלות זהות אכן נדרשת הכרעה שיפוטית, ולעיתים היא אף חיונית. אכן, המציאות אינה מתחשבת תמיד בהבחנות תיאורטיות, ושאלות חשובות של זהות נוטות להציג את עצמן לפנינו כשאלות קשות של הקצאת זכויות. אם בית־המשפט יקבל על עצמו הסתייגות גורפת מעיסוק בשאלות של

12 ראו, למשל, אבי שגיא וידידיה צ׳ שטרן ״יש שופטים בירושלים״ הארץ 30.12.2005.

זהות, הוא ימצא את עצמו מפקיר פרטים ומיעוטים לגורלם, ובכך יבגוד, גם לשיטתי, בתפקידו. דוגמה ברורה לכך היא מצבו של המיעוט הלאומי הערבי במדינת־ישראל.

ערביי ישראל הם מיעוט כרוני, שאינו חולק בדרך־כלל עם שאר האזרחים את רשתות המשמעות המרכזיות של הקיום הישראלי. הם חיים, ברובם, במקומות נבדלים, לומדים במערכות חינוך נפרדות, בשפה משלהם, אינם משרתים בצבא הישראלי, אינם מתחתנים עם שאר הישראלים, ואינם שותפים לאתוס הציוני ולמערכת הסמלים המכוננת את המדינה היהודית. יתר על כן, חרדות הקיום הישראליות סביב נושאי ביטחון אישי ולאומי מקימות גם הן חומה בין אזרחי ישראל הערבים לבין שאר האזרחים, באשר המיעוט הערבי נתפס לעיתים, למרבה הצער, כמי שמזדהה עם אויבי המדינה. בנסיבות אלה המפלגות הערביות פסולות לשותפות קואליציונית אפילו בממשלות שמאל, ומתקשות מאוד לקדם את ענייניהם של שולחיהן במישור הפוליטי. הציבור הערבי מודר באופן עקבי ומשמעותי מ״הקח ותן״ הדמוקרטי הרגיל. שמורה לו זכות המחאה, והוא עושה שימוש ניכר באמצעים חוץ־פרלמנטריים, אך אין בכך כדי להבטיח לו את קבלת חלקו היחסי בכלל המוצרים והסמלים הציבוריים במדינת־ישראל. בהקשר זה הקריאה הנוכחית לתיקון במעורבותו של בית־המשפט חייבת להיות זהירה הרבה יותר. אם זהותו של המיעוט הכרוני אינה מקבלת אפשרות ממשית להגן על עצמה בגין דורסנותו של הרוב, ואם מבחינה מעשית מופעה הציבורי מושתק בזירות השונות (הפוליטית, החינוכית, התקשורתית), אזי מתבקשת מעורבות של בית־המשפט על־מנת לשנות מצב זה.

כעולה מכך, ברור שנדרשת עבודה מקצועית על־מנת לשרטט את פרטיו של התיקון הנדרש, כך שיהיה ניתן להצדקה אנליטית ובו־בזמן רגיש לטיעונים שהועלו כאן. מהניתוח הקצר לעיל מתברר קו־מתאר גס אחד, בלתי־מספק בעליל: יש להבחין בין מצבים שבהם מעורבותו של המשפט עלולה להשתיק את המאבק הזהותי לבין מצבים שבהם מעורבות המשפט דווקא מאפשרת את קיומו. הוויכוח הפנים־יהודי בעניין יהודיותה של מדינת־ישראל (למשל, בנושאי דת ומדינה) יכול להתנהל בציבוריות שלנו באופן ערני, כך שקולם של כל הצדדים החלוקים יינשא ברמה בכנסת ומחוץ לה. אין מניעה מעשית לקיומו של דיאלוג תרבותי תוסס בעניינים אלה, ולכן המשפט צריך להשתדל להימנע מהסגת גבולו של הוויכוח על־ידי הכרעות שיפוטיות. לעומת זאת, הוויכוח בין יהודים וערבים על ההיבט הלאומי של המדינה היהודית מתנהל בשנים האחרונות באווירה ציבורית שאינה מבטאת נכונות לדיאלוג תרבותי. הפחד הקיומי של רבים מאזרחי ישראל היהודים משמש גורם משתיק שחוסם את הגישה של ערביי ישראל אל תיבת־התהודה האופיינית לשיח הדמוקרטי. קיים חשש ממשי שהתנזרות שיפוטית בעניין זה תוביל לדלדול השיח הפתוח על משמעותו וגבולותיו של ההיבט הלאומי של מדינת־ישראל.

בדברים כלליים אלה אין כדי תשובה מספקת לשאלה מתי נדרש איפוק שיפוטי (אף שעלולה להיות פגיעה בזכויות) ומתי נדרשת ירידה שיפוטית לזירה (אף שמדובר בשאלות שמבטאות מחלוקת זהותית). אכן, הסוגיות רבות וקשות: מהן האפשרויות העומדות לפני בית־המשפט במערכות יחסיו עם רשויות השלטון האחרות – במיוחד הכנסת – כאשר הללו מתנערות מחובתן ומגלגלות את תפוח־האדמה הזהותי הלוהט אל המגרש השיפוטי? גם

במקרים שבהם נגזר על בית־המשפט לאחוז בקרני הדילמה – מהי הדרך שראוי לו לבור לעצמו ביחס לצורה, להנמקה ולתוצאה של ההליך השיפוטי? האם, במחשבה שנייה, קיימים שבילים מקצועיים שבית־המשפט הלך בהם בשנים האחרונות אך אינם ראויים לו? האם חסימתם היא עניין לחקיקה או למדיניות שיפוטית אבולוציונית? האם קיימים הֶסדרים חוקתיים שיוכלו לשמש שסתום לפירוק לחצים זהותיים המופעלים על בית־המשפט? הדיון בשאלות אלה ואחרות הוא מלאכה שגדולה בהרבה ממידותיה של רשימה צנועה זו.

אולם מהעובדה שאין לפנינו מתכון מדויק לקביעת מידת המעורבות הרצויה של בית־המשפט בשאלות של זהות אין להסיק כי ראוי לו לבית־המשפט להמשיך במדיניות המתערבת הנוכחית. התמונה הכוללת ברורה: הדיון הציבורי בשאלות הזהות המפלגות אותנו זלג מעבר למידה מהמערכות האידיאולוגיות, דרך המערכות הפוליטיות, אל המערכות המשפטיות. כאשר בית־המשפט מיישם כלים מקצועיים אנליטיים בשדה־שיח זה, הוא מסתכן לא רק בהחטאת המטרה, אלא גם בהחלשת האמון בו. נדרש, אם כן, היפוך בכיוון הזליגה. את שיח הזהות יש לנהל בעיקר באמצעות עבודה חינוכית, חברתית, דתית ופוליטית. ככלל, קיצורי־הדרך המשפטיים, ההופכים את בית־המשפט לכליא־ברק של שיח הזהות, אינם ראויים. אם ימשיך בית־המשפט לשמש עיר־מקלט למבקשים הכרעה במלחמת־התרבות, הוא עלול ליהפך, בסופו של יום, לעיר נידחת.

ח. ובחזרה למשל

ממילא מתבהר כיצד המשל והנמשל אחוזים זה בזה: לאחר שישים שנות מדינה – וזה גם גילו של יצחק בעת הולדת בניו[13] – מתברר כי בבטננו הלאומית מתרוצצות זהויות מתחרות. במסורת היהודית ההבדל האיכותי בין יעקב לבין עשיו ברור מאליו. הקורא נסחף לקבל את הכחש והרמייה שבמעשיה של רבקה משום שבאמצעותם ניצח הטוב הגמור את הרע הגמור. באורח דומה, קבוצות־הקצה בחברה הישראלית מזהות בעצמן את ״יעקב״ ובמתנגדיהם את ״עשיו״. בהקשר הדתי–חילוני זכורים לשמצה נאומיהם של הרב ש״ך (על אוכלי השפנים ובועלי הנידות) ושל יוסף לפיד (על הטפילים החרדים המוצצים את דמנו), ובהקשר הלאומי – הכרזותיהם של הרב מאיר כהנא (מוות לערבים) ושל מנהיגים פלשתינים (בדם ואש נפדה את פלשתין). גם המתח בין ימין (התרת דמו של יצחק רבין ז״ל כבוגד) לבין שמאל (הגדרת המתיישבים ביהודה ושומרון כ״מתנחבלים״) מוביל אותנו, לעיתים, למחוזות קשים. אולם הרוב הישראלי אינו שותף להשקפות דיכוטומיות אלה. מבחינתו, הזהויות המתחרות אינן ניתנות לרדוקציה פשטנית של טוב גמור מול רע גמור. מי שמקשיב היטב לסיפור הישראלי המרכזי יודע להעיד כי אין לנו, בתודעתנו, ״עשיו״. אף שבניו

13 בראשית כה 26.

ובנותיו של כל אחד מהשבטים המרכיבים את החברה שלנו מחזיקים בקרנות מזבח של זהות קונקרטית ייחודית, בדרך־כלל אין הם גוזרים מכך טענות מוחלטות על העדר לגיטימיות של הזהות המתחרה. גם במקרים החריגים, שבהם העדפת הזהות האישית מפעילה אוטומטית העדר סובלנות כלפי התכנים שמהם מורכב עולמם של בעלי זהויות אחרות, אין הדבר עולה כדי פסילה של בעל הזהות האחרת. הרוב הגדול של הדתיים ושל החילונים אינם מייחסים לאחֵר רוע. גם קבוצות הרוב בציבור היהודי ובציבור הערבי אינם מקטלגים את האחר מתוך מצב־רוח מתמשך של שנאה. אף־על־פי־כן, אין להקל ראש ברצינות ובאינטנסיביות של המאבק המתנהל על הזהות הישראלית. סקרים מלמדים כי האפשרות של התפרצות מלחמת־תרבות הינה סכנה מוחשית.

במציאות זו בית־המשפט העליון מנסה למלא את תפקידה של רבקה אמנו. כמוה, גם הוא סבור שהוא ״יודע״ מהי הזהות הרצויה לחברה הישראלית. כמוה, מקור ידיעתו הוא גם פנימי (הכרעותיו הזהותיות תואמות את המצרף הזהותי האישי של השופטים) וגם חיצוני (זוהי הזהות המועדפת במדינות המשמשות לנו דגם לחיקוי – ״העולם הנאור״). כמו רבקה, גם כוונותיו הסובייקטיביות של בית־המשפט רצויות וטובות. אפשר גם שההיסטוריה תשפוט בחיוב את בחירותיו הנועזות למעננו, ממש כשם שהמסורת היהודית שפטה בדיעבד את מעשיה של רבקה. אולם, כמו רבקה, גם בית־המשפט נטל על עצמו את הסיכון שתדבק בו קללה. זה גורלו של מי שמתערב במאבק בין זהויות במטרה להכריע אותו, בין על־ידי מניפולציה של התחפשות ובין על־ידי שימוש בכוח ריבוני עוקף שיח ציבורי.

הכרעתה של האֵם רבקה למען בנה האחד ונגד בנה האחר עלתה לה באובדן יכולת התפקוד כאֵם בשארית חייה. יש לקוות כי לא זה יהיה גורלו של בית־המשפט, אולם בנקודת־הזמן הנוכחית הוא משלם מחיר לא־פשוט של אובדן חלק ניכר מהאשראי הציבורי והמקצועי שצבר בדי עמל במשך שישים שנה.