

שנה בצל השפיטה

בית המשפט העליון אינו ידוע כמוסד המתאפיין בעודף של ריסון עצמי. ביובל השנים מאז קום המדינה, רכשה לעצמה הערכאה העליונה מוניטין כמי שפועלת בנחישות על מנת להגן על עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הישראלית, כפי שאלו נראים בעיניה, גם בהעדר סמכות מפורשת המעוגנת בחוק. רוב השנים התמקד האקטיביזם השיפוטי בהגנה על אותן הזכויות והחירויות הנחוצות לחברה פתוחה ולממשלה אחראית במדינה שלא נתברכה במורשת דמוקרטית איתנה. ברם, בשנים האחרונות פלש בית המשפט העליון לשדות תיאורטיים בלתי מוכרים והחל תובע לעצמו סמכויות חדשות ונרחבות. תוך כדי כך, הביא על עצמו ביקורת ממספר הולך וגדל של חוקרים ופרשנים שהזהירו מפני מהפכה שיפוטית, שבעקבותיה תמלא המערכת השיפוטית הבלתי נבחרת תפקיד חסר תקדים בקביעת אופייה הערכי, החברתי והפוליטי של המדינה.

במהלך השנה האחרונה התאמתו חששות אלה. לאחר עשור שבו הכשיר את הקרקע התיאורטית לקפיצת מדרגה בסמכותו על רשויות השלטון, החל בית המשפט העליון להוציא פסיקות מהפכניות בקצב שלא נודע כמוהו בעבר. נושאים שנחשבו עד כה מחוץ לתחום השפיטה היו, בזה אחר זה, למושא לפסיקות תקדימיות, שבמקרים רבים הפכו על פיהם נהגים שהיו חלק בלתי נפרד מחיי הציבור בישראל מאז קום המדינה.

נפתח בדוגמה הבולטת ביותר: בית המשפט החל לקרוא תיגר על נהלים שהיו חלק ממדיניות הביטחון מזה שנים רבות. ישראל הייתה ועודנה מדינה קטנה הניצבת מול צבאות אויב, ארגוני טרור וגופים עוינים אחרים. כיוון שכך, הנחת יסוד בסיסית של ממשלות ישראל, שכובדה על ידי מחוקקים

ושופטים כאחד, הייתה שיש לאפשר לצבא חופש פעולה רחב כדי שיוכל לפתח שיטות תגובה התואמות את אופיים המשתנה של אויביו. אך עתה נראה כי בית המשפט העליון נטש את הגישה הזאת, והחל לערוך בדיקה גורפת של מדיניותן ודרכי פעולתן של זרועות הביטחון. בספטמבר 1999, בעניין הוועד הציבורי נגד עיויים בישראל ו' ממשלת ישראל, קבע בית המשפט, ברוב של שמונה שופטים מול אחד, שכמה משיטות החקירה שהשב"כ משתמש בהן אינן חוקיות. חקירות השב"כ, שכללו מניעת שינה, טלטולים ועוד אמצעים לחילוץ מידע ממחבלים, היו נושא לוויכוח סוער אשר הביא ב-1987 להקמת ועדת חקירה ממלכתית בראשות נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט משה לנדוי, שעליה הוטל לבדוק את הקווים המנחים לפעילות השב"כ. ועדת לנדוי קבעה שבמקרים של סכנת חיים ברורה ומיידית, ניתן יהיה להשתמש ב"לחץ פיזי מתון" להשגת מידע; עיקרון זה אושר על ידי ועדת שרים. ואילו עתה מצא בית המשפט לנכון לקבוע שאין כל הבדל בין חקירות השב"כ ובין חקירת פושעים רגילים בידי המשטרה, ולפיכך אסור לנקוט בהן אמצעים חמורים יותר מאלה המותרים למשטרה. על פי פסק הדין, שיטות החקירה שהיו נהוגות בשב"כ פוגעות ב"כבודם וחירותם" של הנחקרים, המוגנים מתוקף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992), ולפיכך אינן חוקיות.

דוגמה נוספת להתערבותו החדשה של בית המשפט בענייני ביטחון ניתנה באפריל השנה, כאשר רוב של שישה שופטים מול שלושה פסק, בעניין פלוים ו' שר הביטחון, שהחזקתם של שמונה אסירים לבנונים בידי צה"ל כקלפי מיקוח להשגת שחרורם של שבויי מלחמה ישראלים היא בלתי חוקית, וכי יש לשחררם לאלתר. הרקע כאן הוא חשוב: עשרות שנים של לחימה בכוחות גרילה ובארגוני טרור הביאו את המערכת המדינית והביטחונית לפתח מגוון שיטות – לרבות מבצעי קומנדו, פעולות תגמול וחילופי שבויים – להתמודדות עם התופעה של לקיחת חיילים כבני-ערובה. במקרה שלפנינו ביקש צה"ל לשפר את עמדת המיקוח שלו בניסיון לשחרר שבויים ישראלים, על ידי כך שסירב לשחרר שמונה אסירים לבנונים אשר הורשעו בגין חברות בארגון החיזבאללה ועמדו להשתחרר לאחר שריצו את עונשם. נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק, שכתב את פסק הדין, קבע כי למרות שאין בספר החוקים איסור מפורש המונע מן הצבא לנקוט בטקטיקה כזאת, היא פוגעת בכל זאת בכבודם וחירותם של המחבלים, ולפיכך אין להרשותה אלא אם כן

ניתן להוכיח שהאסירים עצמם מהווים איום מידי. עוד קבע כי החזקת אסירים אלה נוגדת את האמנה הבינלאומית נגד לקיחת בני־ערובה משנת 1979 – אמנה שממשלת ישראל חתמה עליה, אך הכנסת לא אשררה אותה ולא קבעה אותה בחוק – וכיוון שכך, יש לפרש מחדש את החוק הישראלי על מנת "להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן". בין אם עמדתו של בית המשפט מוצדקת ובין אם לאו, קשה שלא להסכים עם מי שטוען שבהעדר חקיקה מפורשת, מדובר כאן בסוגיות השייכות בבירור לתחום הפוליטי ולא לתחום השיפוטי. במאמר בעיתון מעריב תקף העיתונאי הבכיר אמנון דנקנר את גישתו של ברק כ"אימפריאליזם", והוסיף כי המערכת המשפטית "נעשית חשדנית ועוינת יותר ויותר למערכת שלטונית הנראית בעיניה כפחות ופחות לגיטימית... העובדה שלא יכולה להיות עליה מחלוקת היא שהוא [בית המשפט העליון] פגע בכושר ובחופש של השלטון להילחם במלחמה צבאית־מדינית נגד ארגונים לא סדירים".

מדיניות ההתערבות של בית המשפט העליון אינה מוגבלת רק לענייני ביטחון. גם המשפחה הפכה נושא לביקורת שיפוטית. ב־25 בינואר השנה, בעניינה של פלונית ו' מדינת ישראל, פסק הרכב של שלושה שופטים שכל ענישה גופנית בידי הורים היא בלתי חוקית. אפילו מכה קלה, כתבה השופטת דורית בייניש, "פוגעת היא בזכויותיו [של הילד] כאדם. היא פוגעת בגופו, ברגשותיו, בכבודו ובהתפתחותו התקינה", ולפיכך עונש כזה "אסור בחברתנו כיום". מעתה ואילך, כל הורה הסוטר לילדו על ישבנו או על ידו צריך שייחשב כעברין וכמי שניתן להשית עליו, לפחות בתיאוריה, מאסר של שנתיים בגין תקיפה (ראה את מאמרה של אוולין גורדון על פסיקה זו, עמ' 63). בחוגים מסוימים התקבלה החלטה זו בתמיהה; אחרים החלו לחגוג את ניצחון הנאורות על הברבריות של חובטי הישבנים. רק מעטים ציינו שתחום נוסף שנהנה עד כה מאוטונומיה משפטית – השאלה הרגישה של הדרך הנכונה לגדל ילדים – הפך ל"שפיט".

התערבות בית המשפט בענייני המשפחה לא פסחה אפילו על שאלות בסיסיות של אופן הגדרת היחידה המשפחתית. בחודש מאי האחרון פרסם בית המשפט העליון פסיקה תקדימית בתיק ברנר־קדיש ו' שר הפנים, בעניין בקשתן של זוג לסביות, רותי וניקול ברנר־קדיש, כי משרד הפנים ירשום את שתיהן כ"אם" של מתן, בן שאחת מהן ילדה והשנייה אימצה על פי חוקי מדינת קליפורניה. בהחלטה שהתקבלה ברוב של שניים מול אחד, אשר נכתבה

במשותף בידי השופטות דליה דורנר ודורית בייניש, הורה בית המשפט למשרד הפנים לרשום את שתי הנשים כאמהות לילד, וזאת למרות שהחוק הישראלי אינו מכיר בנישואים הומוסקסואליים, וגם קובע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". על פי פסק הדין, מאחר שמשרד הפנים התבקש רק להכיר באימוץ חוקי שנעשה בחוץ לארץ, ומכיוון שאין זה מסמכותו של המשרד לבדוק את העובדות במסמכים המוצגים לו (שני טיעונים שנופצו לרסיסים בדעת המיעוט של השופט עבד א־רחמן זועבי), לא הייתה למשרד זכות להתעלם מהמסמכים המשפטיים הקובעים כי שתי הנשים הן אמהותיו של הילד.

השלכותיו של פסק דין טכני־לכאורה זה מרחיקות לכת. מן ההיגיון שבו ניתן להסיק בנקל שמדינת ישראל חייבת להכיר בכל מבנה משפחתי שהוכר כחוק בכל מדינה אחרת, אם תרצה אותה משפחה להירשם אצל הרשויות בארץ. התוצאה היא, כמובן, צמצום ביכולתה של החברה הישראלית ככלל, ושל הכנסת בפרט, לקבוע מהי משפחה מוכרת על פי חוק – שכן כל ישראלי שיבקש הכרה רשמית במבנה משפחתי "אלטרנטיבי" יצטרך רק להשיג הכרה כזאת במדינה אחרת.

בנוסף לגיחות לתחומי הביטחון והמשפחה, החל בית המשפט לפרוץ דרך חדשה גם בענייני דת ומדינה – ובכלל זה גם בשאלה הרגישה אילו נהגים דתיים מותר או אסור לקיים במקומות הקדושים בארץ. ב־22 במאי השנה פסק בית המשפט, בעניין הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, כי חובה על הממשלה לאפשר לקבוצת מתפללות יהודיות, המכונה 'נשות הכותל', לקיים בכותל המערבי תפילות, לרבות קריאה בתורה ותקיעה בשופר, כשהן עטופות בטליתות ומניחות תפילין – בהתאם לאמונתן אך בניגוד למנהג המקובל באתר מזה מאות שנים, אשר זכה לגיבוי ממשלת ישראל מאז איחוד ירושלים ב־1967.

יש לציין כי קיימת בישראל מסורת שיפוטית חשובה של פסיקה עקבית לטובת השמירה על נהגים קיימים במקומות הקדושים לכל הדתות, ולו גם במחיר של ויתור מסוים על ביטוי דתי מלא של קבוצות כאלה ואחרות. הסיבה לכך פשוטה: מקומות קדושים הם, מטבעם, סיר גועש של רגישויות ורגשות עזים, שעליהם מוכנים אנשים להגן לעתים גם באמצעים קיצוניים. כל ניסיון של השלטונות לשנות נהגים בני מאות שנים בקודשי היהודים, הנוצרים או המוסלמים עלול להביא להחרפת המתחים ואפילו להתלקחות

בין אינטרסים דתיים מנוגדים, ובין אינטרסים אלה למדינה. מסיבה זו, רוב המקומות הקדושים אינם מנוהלים מכוח חוקים מפורשים, אלא בהתאם להסדרים בלתי פורמליים, המשקפים את רגישות העניין ומעודדים הימנעות משימוש בכוח – כולל כוח משפטי – לפתרון סכסוכים. אולם, במקרה שלפנינו קבע השופט אליהו מצא, בכתבו את פסק הדין שהתקבל פה אחד בהרכב של שלושה שופטים, שעקרון השוויון מחייב להתיר לקבוצת הנשים להתפלל בכותל לפי אמונתן, בלי להתחשב בהשלכות האפשריות.

ייתכן שתומכי 'נשות הכותל' צודקים בטענתם שאסור שלזרם זה או אחר ביהדות יהיה מונופול על הגישה למקום המקודש ביותר לדת ישראל. אולם, בתור תקדים משפטי, פסיקה זו היא אסון בפוטנציה, שכן היא מסמלת את הסרת ההגנה שממנה נהנו נהגים קיימים באתרים הקדושים מאז ימי העותומנים. אפילו אישי ציבור ליברלים ביותר, כמו חבר הכנסת עוזי ברעם (ישראל אחת), חשבו שמדובר בתקדים חסר אחריות. במאמר בידיעות אחרונות כתב ברעם שההחלטה "מחזקת את אי-האמון כלפי רשות המשפט" ושכתוצאה מכך "תושלם הדה-לגיטימציה של המערכת המשפטית בקרב הציבור הדתי". ביקורת דומה השמיע העיתונאי ירון לונדון: "בימים אחרים, ופה ושם אף בימינו, שינויי נוסח קטנים יותר מאלה שהנהיגו 'נשות הכותל' חוללו דתות חדשות ונהרות של דם..." כתב בידיעות אחרונות. "יש והשופטים מחישים צדק לקובל מבלי שיטריחו את מוחם בשלל התסריטים שהמציאות מסוגלת לכתוב. כאשר מתממשים התסריטים האלה, מסתבר שהצדק היה רק למראית העין".

אולם, מכל הפסיקות האחרונות של בית המשפט העליון, המפליאה ביותר ניתנה במרס השנה, בעניין קעדאן ו' מיוהל מקרקעי ישראל, הידועה כפסק דין קציר. פסק דין זה ראוי לבחינה מדוקדקת, לא רק בגלל נגיעתו העמוקה בזהותה ההיסטורית והלאומית של המדינה, אלא גם משום שהוא טומן בחובו המחשה רבת-ערך לשיטותיו של בית המשפט העליון.

במקרה דנן עתרה משפחה ערבית-ישראלית לבג"ץ בבקשה לאפשר לה לגור בקציר, יישוב יהודי באזור הגליל התחתון. גם כאן הרקע חשוב. האסטרטגיה לבנייתה ולקיומה של מדינה יהודית, אשר אומצה על ידי כל ממשלה בישראל מאז קום המדינה, התבססה על יצירת מרכזי אוכלוסין

יהודיים באזורי ספר ובנקודות חיוניות אחרות. עד לשנה הנוכחית התמקדה מדיניות זו במידה רבה בגליל, שבחלקים רבים ממנו האוכלוסייה הערבית היא רוב מכריע, ובכלל זה באזורים הסמוכים לדרום לבנון (כיום תחת השפעת החיזבאללה) ולשומרון (כיום תחת השפעת אש"ף). קציר היה אחד משמונה יישובים יהודיים שתוכננו בשנות השמונים במטרה ליצור אזור חיץ יהודי שיפריד בין ריכוזי האוכלוסייה הערבית הגדולים בגליל ובשומרון. לצורך זה הקצה מינהל מקרקעי ישראל שטחים לסוכנות היהודית, וזו הקימה את היישובים.

הנה בא בית המשפט, ובהחלטה של ארבעה שופטים מול אחד שנכתבה בידי הנשיא ברק, פסק שממשלת ישראל פעלה בניגוד לחוק כשהקימה את קציר כיישוב ספר יהודי. לאחר בדיקת הנסיבות שהביאו להקמת היישוב, קבע בית המשפט כי המדינה "לא הייתה רשאית על פי דין להקצות מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של הפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים". בהקמת יישוב עבור יהודים, כך נאמר בפסק הדין, הפרה המדינה את עקרון השוויון, שלפיו לא תיתכן כל הבחנה על פי לאום או דת, ולפיכך היו מעשיה בלתי חוקיים.

במבט ראשון לפחות, מצטיירת פסיקת קציר כסבירה למדי בעיני כל מי שהורגל לשיח הדמוקרטי המערבי. לא נעים להגן על הטענה שיש לסגור יישובים כאלה ואחרים בפני אזרחי המדינה שאינם יהודים. עובדה היא שהבחנות כאלה אינן נעשות בדמוקרטיות "נורמליות" כמו ארצות-הברית, המשמשת נקודת מוצא לחלק גדול כל כך מן החשיבה העכשווית על הדמוקרטיה. אך ישראל אינה אמריקה. לארצות-הברית אין שכנים עוינים המונעים על ידי אינטרס ארוך טווח לבוא בתביעות אירידנטיות, להסית לאלימות ולטפח תנועות בדלניות בתוך גבולותיה. לישראל יש כאלה – כפי שהעידו גלי ההתפרעויות האחרונים בגליל וברחבי הארץ.

פסק הדין מקפיד אמנם להסתייג מכל כוונה לערער על חוקיותה של ההתיישבות היהודית בתוך גבולות הקו הירוק. אולם, להסתייגות זו אין כל תוקף: פסיקת קציר אינה מציעה עקרונות או נוסחאות כלשהם המאפשרים להבחין בין קציר ובין יישובים יהודיים אחרים באזורים צפופי אוכלוסייה ערבית, שעל בסיסם ניתן יהיה לראות את האחרונים כחוקיים. אדרבה, משמעותה הפשוטה של ההחלטה היא שכל יישוב יהודי מעין זה יחויב מלכתחילה לקבל לתוכו אוכלוסייה לא-יהודית ללא הגבלה – ומכאן שלא

תהיה אפשרות להקים ריכוזי אוכלוסין יהודיים באזורים בעלי חשיבות אסטרטגית. "ההחלטה בפרשת קציר", כתב נחום ברנע בידיעות אחרונות, "היא אחת החשובות שקיבל בית המשפט העליון מעודו. השופטים לא מודים בכך במפורש, אבל החלטתם היא הנדבך המשפטי הראשון לחוקתה של מדינת ישראל אחרת, פוסט-ציונית...". משמעותו של פסק הדין לא נעלמה גם מעיניו של שר המשפטים יוסי ביילין; הוא קרא מיד לסגירת הסוכנות היהודית, שאותה כינה "כלי מפלה" נגד ערבים (הארץ, 14 במרס, 2000).

ההשלכות על הציונות, בעבר ובעתיד, כבדות משקל כשלעצמן. ואולם, פסק דין קציר יוצא דופן גם מבחינת הדוקטרינה המשפטית אשר עליה הוא מושתת, שהשלכותיה חורגות בהרבה מתחום המקרה הנידון.

בניסיונו לקבוע אם החוק הישראלי התכוון לתת מקום להבחנה בין יהודים לערבים בענייני התיישבות, מבחין ברק בין מה שהוא מכנה "התכליות המיוחדות" ו"התכליות הכלליות" של חוק נתון. "התכליות המיוחדות", לטענתו, הן המטרות הספציפיות שהחוק מנסה להשיג. "התכליות הכלליות", לעומת זאת, הן המטרות הנעלות יותר המשותפות לכל החוקים במדינה דמוקרטית; הללו שואפות לקדם את תכליות העל של החוק בכללותו, על פי "עקרונות היסוד של השיטה". רק לעתים נדירות ניתן להן ביטוי מפורש בחוק (ולפיכך, כך עלינו להסיק, מוטל על השופטים לתת להן ביטוי). במקרה שלפנינו פסק בית המשפט העליון שהחוק בעניין מינהל מקרקעי ישראל אינו ברור לגבי תכליתו המיוחדת; אין הוא קובע בשום מקום שמטרת המינהל היא לטפח התיישבות יהודית דווקא. בדיון מפורט בן שלושה עמודים, מנסה בית המשפט לשווא למצוא מקור כלשהו למטרה כזאת בחוקים הנוגעים לדבר – ניסיון הלוקה, כך נדמה, במידה לא-מבוטלת של חוסר תום לב, שכן כל מי שמכיר ולו במעט את תולדות הציונות יודע שהתכליות "קליטת עלייה", "פיזור האוכלוסין" ו"התיישבות חקלאית", שברק עצמו מצטט מתוך החוקים וההסכמים הכתובים הנוגעים למינהל מקרקעי ישראל, מתייחסות בדיוק להתיישבות היהודית, שהייתה אחת ממטרותיה העיקריות של מדיניות הפנים של מדינת ישראל בתקופה שבה אומצו החוקים וההסכמים האלה.

התכליות הכלליות של החוק, לעומת זאת, הן ברורות. "תכליתה (הכללית) של כל חקיקה", כותב ברק, "הנה להבטיח שוויון בין בני האדם בלא הפליה על בסיס של דת או לאום". החוקים אינם אמורים ליצור אפליה, ולפיכך יש לפרש את כולם לאור העובדה שהחוק במדינה דמוקרטית שואף לשוויון. ברק

אמנם מוכן להסכים שכאשר התכליות המפורשות של חוק נתון ברורות, אפשר שתהיה "ידן על העליונה" בעימות עם התכליות הכלליות (למרות שגם אז נדרש השופט "לקיים איזון" ביניהן). אולם כאשר המטרה המיוחדת אינה ברורה והמטרה הכללית ברורה, כותב ברק, חייב החוק לנטות לצדה של המטרה הכללית. על יסוד נימוק זה, מסיק ברק שמינהל מקרקעי ישראל לא היה רשאי להקצות קרקע לסוכנות למטרת התיישבות יהודית – לא בקציר, ולא, במשתמע, במקומות אחרים.

למותר לציין שדוקטרינה כזאת של "תכליות כלליות" החבויות בתוך החוק מעניקה לשופט סמכויות אדירות של פירוש מחדש, המאפשרות לו לעוט על כל עמימות בכוונתו של חוק נתון כדי לכפות שכתוב גורף של הערכים העומדים בבסיסו. אמנם, נכון הדבר שהחוקים בחברה דמוקרטית צריכים להתפרש על סמך הנחות מסוימות לגבי תפקודה הכולל של המערכת. אולם, רב המרחק בין זה ובין הקביעה שקיימות תכליות כלליות ברורות אך בלתי כתובות הצריכות להישקל כנגד המטרות המפורשות של חוק מסוים. כפי שנקל להבין מתוך פסק דין קציר, דוקטרינה זו מספקת הזדמנות מפתה לכל שופט, הניצב בפני מדיניות ממשלתית שאינה לרוחו מבחינה אידיאולוגית, למצוא אי־בהירות בתכליות המיוחדות של החוק האמור, לשרטט תכליות כלליות לפי תפישתו ולהכריז על האחרונות כמנצחות.

ואכן, חמישה שבועות בלבד לאחר מתן פסק דין קציר, נשען בית המשפט על אותה הדוקטרינה כאשר פסק שיש לשחרר את שמונת האסירים הלבנונים. בעניין זה השתית בית המשפט את עמדתו על העובדה שאין בחוק הישראלי היתר מפורש ללקיחת שבויים כדי שישמשו כקלפי מיקוח, וזאת למרות שהחוק מסמיך את שר הביטחון במפורש להורות על מעצרו של כל אדם אם "טעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר". מכאן הסיק בית המשפט שבכל הנוגע ל"תכלית המיוחדת" שלו, החוק אינו ברור באשר לחוקיותה של החזקת שבויים לאחר שריצו את עונשם כדי להשיב חיילים ישראלים שנשבו. לעומת זאת, "התכלית הכללית" של החוק היא בבירור להגן על כבודו וחירותו של כל אדם, שכן זהו צו החקיקה הדמוקרטית – וצו זה מופר ללא ספק כאשר אדם נכלא לתקופה ארוכה יותר מזו שנגזרה עליו. גם כאן התכלית המיוחדת אינה ברורה, ואילו התכלית הכללית ברורה: לכן זו האחרונה מנצחת, ויש לשחרר את האסירים. (בפסק הדין הזה שונו המונחים: תכליות מיוחדות הוצגו כ"תכליות סובייקטיביות",

ותכליות כלליות הפכו ל"תכליות אובייקטיביות", אך המשמעות נותרה במהותה
(זהה.)

הרעיון שלפיו החוק טומן בחובו מטרות שיריעתן רחבה מזו של החקיקה
הספציפית אינו חדש. החידוש הוא דווקא בגיוסה של תיאוריה משפטית רבת-
עוצמה כזאת לטובת מה שנראה כהגדרה חדשה לגמרי של תפקיד הרשות
השופטת, וביזמתו של בית המשפט עצמו.

לאן כל זה מוליך? תומכי בית המשפט העליון מתארים את המהפכה
כניצחון רב־היקף של שלטון החוק בתחומים שסבלו עד כה מהפקרות
משפטית. ויש בכך מן האמת. רבים הם תחומי החיים בישראל הלוקים ביישום
לא־שוויוני או לא־עקבי של החוק, ולבית המשפט העליון מגיעות תשבחות
על עמדתו בעניין זה. יחד עם זאת, אי־אפשר להתעלם מהעקביות
האידיאולוגית יוצאת הדופן המאפיינת את החלטותיו של בית המשפט בעת
האחרונה. למרות שהפסיקות נשענות על מגוון של נימוקים משפטיים
נייטרליים כביכול, מן התחום הטכני ועד לספירה הפילוסופית, הכרעת
השופטים נופלת פעם אחר פעם באותו כיוון: נגד המסורות התרבותיות
הפרטיקולריות והצרכים ההיסטוריים הייחודיים של המדינה היהודית, ולטובת
חזון אוניברסלי המושתת על תפישה של סובלנות ושוויון בלתי מוגבלים. וכך,
שני פסקי הדין הנוגעים למדיניות הביטחון ממעיטים בחשיבות נסיבות קיומה
של מדינה במצור, המתמודדת עם אויב מורכב, לטובת השקפה המבטיחה
"כבוד וחירות" לכל, לרבות האויב; פסקי הדין בעניין פלוניא וברנר־קדיש
פוטרים כל־א־רלוונטיות את הנורמות החברתיות המושרשות ביותר בנושא
התא המשפחתי, לטובת חירויות אישיות מופשטות המתפרשות באופן הרחב
ביותר; פסק הדין בעניין 'נשות הכותל' מכריע לטובת שוויון בזכות הביטוי
הדתי, על חשבון נהגים בני־דורות אשר שיקפו את המציאות בארץ עתירת
מקומות קדושים רגישים; ופסק דין קציר נותן גם הוא קדימות לשוויון אישי
בין אזרחים יהודים וערבים, על חשבון צרכיה הייחודיים של מדינה שמטרתה
הייתה להבטיח מקום אחד בעולם שיהיה בית לאומי ליהודים.

וכך, מה שיכול היה להיראות כעלייה משמעותית אך נייטרלית מבחינה
אידיאולוגית במידת התערבותו של בית המשפט העליון, על מנת להחיל את
שלטון החוק באותם תחומים של חיי הציבור שבהם שרר עד כה ריק חוקי,

מצטייר בפועל כניסיון ממוקד להוביל את המדינה בכיוון מסוים. ואכן, אין להתעלם מן העובדה ש"התכליות הכלליות" של החוק מתגלות תמיד כאוניברסליות באופיין, ולעולם אינן כוללות אפילו את אותם העקרונות שנהנו תמיד מקונצנזוס רחב במדינה, דוגמת התפישות המסורתיות של מוסד המשפחה, או הצורך בהגנה על ריבונות יהודית וביטחון באמצעות התיישבות יהודית.

הנשיא ברק עצמו מרמז על הכיוון הזה, באמרת אגב קצרה שהוא משחיל לקראת סוף פסק דין קציר. לאחר שסיים את החלק המעשי של החלטתו, הוא מוסיף את המילים הבאות:

אנו עושים כיום צעד ראשון בדרך קשה ורגישה. מן הראוי לצעוד בדרך זאת עקב בצד אגודל, שלא נמעד ולא ניכשל, אלא נתקדם בה בזהירות ממקרה למקרה, לפי הנסיבות של כל מקרה. עם זאת, גם אם הדרך תהיה ארוכה, חשוב שנדע תמיד, לא רק מאין באנו, אלא גם לאן אנו הולכים.

מהו טבעו של מסע זה, ולאן הוא מוליך? ברק אינו מגלה. אולם, לאור השיטות והמגמות המסתמנות בהחלטותיו החשובות ביותר של בית המשפט העליון בשנה האחרונה, לא קשה כל כך לנחש.

דוד חזוני, בשם העורכים
חשוון התשס"א / נובמבר 2000