

חשיבה מוסדית, דמוקרטית וסוציולוגית בהגותה של רות גביון

מאת

מנחם מאוטנר*

הגותה של רות גביון נסמכת על שלושה אדנים: חשיבה מוסדית, חשיבה דמוקרטית וחשיבה סוציולוגית. כל אחד מהאדנים תומך אהרדי בכל אחד משני האחרים.

חשיבתה המוסדית של גביון מבוססת על גישה שלפיה שני התפקידים העיקריים של בתי המשפט הם להכריע בסכסוכים ולהגן על הזכויות הליברליות של האזרחים, וכן על ספקנות באשר לכוחם של בתי המשפט לחולל שינויים חברתיים. על פי גביון, שינויים חברתיים יש לחולל בדרך של פעולה פוליטית (וגם בדרך של פעולה חינוכית בחברה האזרחית). כמו כן גביון מקנה משקל כבד לשיקול של שמירת הליגיטימציה של בתי המשפט. מכיוון שכך, גביון מתנגדת לאקטיביזם השיפוטי ומצטרפת לביקורת שיח הזכויות שעלתה במשפט האמריקאי למן ראשית שנות התשעים של המאה העשרים. חשיבתה המוסדית של גביון מבוססת אפוא על מתן מקום צנוע לבתי המשפט בכל הנוגע לקביעת הערכים שיחולו בחייהם של אזרחי המדינה. את התפקיד הראשי בקביעת הערכים היא מקנה למערכת הפוליטית.

חשיבתה הדמוקרטית של גביון הולכת יד ביד עם חשיבתה המוסדית, וביסודה תפיסה של הדמוקרטיה שלפיה המוסדות הפוליטיים של המדינה צריכים לבטא את רצונותיהם של האזרחים ולמלא תפקיד מכריע בקביעת הערכים שיחולו בחיי האזרחים. גביון מציעה תפיסה פורמלית, רזה, של הדמוקרטיה, המנתקת אותה מהתאוריה הפוליטית של הליברליזם. המאמר מבקר את גישתה זו של גביון ומציע תפיסה מהותית ועבה של הדמוקרטיה.

חשיבתה הסוציולוגית של גביון מניחה שהחברה הישראלית היא "חברה שסועה", הנחלקת בין יהודים חילוניים ליהודים דתיים, וכן בין יהודים לערבים. על פי הבנתה, ישראל ניצבת כל העת בפני הסכנה של אובדן הלכידות החברתית. בהמשך לחשיבתה המוסדית ולחשיבתה הדמוקרטית,

* פרופסור מן המניין (אמריטוס), מופקד הקתדרה למשפט אזרחי השוואתי ולתורת המשפט ע"ש דניאל רובינשטיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. ברצוני להודות לעורכי משפטים תאיר אטיאס והדס פירר-אש על הערות מעולות לכתב היד.

רות גביון הייתה אדם אנושי, טוב לב ואמפתי. פגשתי אותה לראשונה בסתיו של 1979, כשהגעתי כתלמיד מוסמך לבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל. הובהר לי ששנת המוסמך שלי היא שנת ניסיון: אם אצטיין בלימודי, אתקבל לתוכנית הדוקטורט, ואם לא, כי אז אשוב בגמר השנה לישראל. זו הייתה שנה לא קלה. נחקרתי פעמים אחדות בכיתות ("השיטה הסוקרטית"), ונדרשתי לכתוב עבודות ובחינות באנגלית, לראשונה בחיי. רותי, שכינהה באותו זמן כחברת סגל בבית הספר, הייתה מודעת למצבי, ומאותו רגע פרסה עליי את חסותה, עוודדה אותי ויעצה לי אילו קורסים ללמוד, על מה לכתוב וכולי. בחלוף השנים חזיתי לא אחת ברותי המתגייסת לסייע לבני אדם במצוקה – מצוקה בריאותית, מצוקה אקדמית ועוד – ומפעילה לטובתם את טוב ליבה ואת חוכמתה. אחד מחבריי בארצות הברית שניהל סמינר שבו קבוצה של חוקרים בוגרים ליוותה קבוצה של חוקרים בתחילת הדרך, סיפר לי שבחוקרים הבוגרים לא היה מי שהתמסר לצעירים והשקיע בהם מזמנו ומניסיונו יותר מרות גביון. לא הופתעתי. חבל מאוד על דאברין. יהי זכרה ברוך.

החשיבה הסוציולוגית של גביון מובילה אותה להבנה "פורמלית" "רזה" של המושג "דמוקרטיה", וכן להתנגדות לכך שהמשפט ימלא תפקיד בהגדרת אופייה התרבותי של המדינה.

מבוא. א. חשיבה מוסדית. 1. שני התפקידים של בתי המשפט. 2. הימנעות מעיסוק בשאלות פוליטיות. 3. בתי המשפט וקביעת ערכים. 4. בתי המשפט ותיקון עולם. 5. דגם התבונה המעשית שביסוד ההליך השיפוטי. 6. השפעת השערים החברתיים על תפקידי בתי המשפט. 7. גביון וביקורת שיח הזכויות. **ב. חשיבה דמוקרטית.** 1. תפיסה רזה של הדמוקרטיה. 2. הוצאת זכויות האדם אל מחוץ למושג הדמוקרטיה. 3. תפיסה מינימליסטית של זכויות האדם. 4. דמוקרטיה כאיזונים ובלמים. 5. הערכת תפיסת הדמוקרטיה של גביון. **ג. חשיבה סוציולוגית.** 1. ישראל כ"חברה שסועה". 2. התנגדות לשימוש במשפט לקביעת הזהות התרבותית של המדינה. 3. התנגדות לפעולה של "האליטות הישנות" במשפט לשימור מעמדן. **ד. סיכום.**

מבוא

הגותה של רות גביון נסמכת על שלושה אדנים: חשיבה מוסדית, חשיבה דמוקרטית וחשיבה סוציולוגית. כל אחד מהאדנים תומך אהדדי בכל אחד משני האחרים.

חשיבתה המוסדית של גביון מבוססת על גישה שלפיה שני התפקידים העיקריים של בתי המשפט הם להכריע בסכסוכים ולהגן על הזכויות הליברליות של האזרחים, וכן על ספקנות באשר לכוחם של בתי המשפט לחולל שינויים חברתיים. על פי גביון, שינויים חברתיים יש לחולל בדרך של פעולה פוליטית (וגם בדרך של פעולה חינוכית בחברה האזרחית). כמו כן גביון מקנה משקל כבד לשיקול של שמירת הלגיטימציה של בתי המשפט. מכיוון שכך, גביון מתנגדת לאקטיביזם השיפוטי ומצטרפת לביקורת שיח הזכויות שעלתה במשפט האמריקאי למן ראשית שנות התשעים של המאה העשרים. חשיבתה המוסדית של גביון מבוססת אפוא על מתן מקום צנוע לבתי המשפט בכל הנוגע לקביעת הערכים שיחולו בחייהם של אזרחי המדינה. את התפקיד הראשי בקביעת הערכים היא מקנה למערכת הפוליטית.

חשיבתה הדמוקרטית של גביון הולכת יד ביד עם חשיבתה המוסדית, וביסודה תפיסה של הדמוקרטיה שלפיה המוסדות הפוליטיים של המדינה צריכים לבטא את רצונותיהם של האזרחים ולמלא תפקיד מכריע בקביעת הערכים שיחולו בחיי האזרחים.

חשיבתה הסוציולוגית של גביון מניחה שהחברה הישראלית היא "חברה שסועה", הנחלקת בין יהודים חילוניים ליהודים דתיים, וכן בין יהודים לערבים. על פי הבנתה, ישראל ניצבת כל העת בפני הסכנה של אובדן הלכידות החברתית. בהמשך לחשיבתה המוסדית ולחשיבתה הדמוקרטית, החשיבה הסוציולוגית של גביון מובילה אותה להבנה "פורמלית" ו"רזה" של המושג "דמוקרטיה", וכן להתנגדות לכך שהמשפט ימלא תפקיד בהגדרת אופייה התרבותי של המדינה.

א. חשיבה מוסדית

חשיבתה המוסדית של גביון מתמקדת בעיקר בבתי המשפט, אך גם בחלוקת העבודה שצריכה להיות בין בתי המשפט לבין הכנסת.

1. שני התפקידים של בתי המשפט

על פי גישתה של גביון, לבתי המשפט שני תפקידים עיקריים: התפקיד האחד, שאליו מכוונים הכישורים המקצועיים של השופטים, הוא הכרעה בסכסוכים;¹ התפקיד האחר הוא הגנה על זכויות האזרחים מפני פגיעתן של הכנסת ושל הממשלה. "זה הוא התחום בו החשש לכשל מערכתי של המנגנונים הפוליטיים הוא הגדול ביותר", היא כותבת, היינו החשש הוא שבמקרים מסוימים ייכנעו הציבור ונבחריו "לפיתוי לפגוע בצורה בלתי מוצדקת בזכויות האדם", "בעיקר כאשר מדובר במיעוטים שאינם מיוצגים די הצורך במערכות הפוליטיות. זה הוא התחום בו אין לפרט הנפגע כתובת אחרת, ובית המשפט הוא הכתובת שהמערכת עצמה ייחדה לנושא זה".²

2. הימנעות מעיסוק בשאלות פוליטיות

על פי גביון, בית המשפט העליון אינו אמור להכריע בשאלות המתעוררות באופן שוטף בזירה הפוליטית. שלושה שיקולים מביאים אותה לעמדתה זו, והם מצויים בזיקה גם לחשיבתה הדמוקרטית והסוציולוגית.

השיקול הראשון הוא השיקול הדמוקרטי. שאלות פוליטיות צריכות להיות נתונות להכרעת הכנסת, המייצגת את עמדות הציבור. הכנסת גם מסוגלת לקיים דיון רב-עמדות ומשא ומתן שעשוי להסתיים בפשרה. "מחויבות לדמוקרטיה אכן דורשת כי החלטות מרכזיות תיעשינה בידי הנבחרים, האחראים בפני בוחריהם".³ "השפעה על ההליך הפוליטי היא עניין המחייב ירידה אל השטח ושכנועו של הציבור. בעניינים יסודיים הנוגעים לרווחת הציבור ולאיכות חייו, העיקרון הדמוקרטי אכן מפקיד [...] את ההכרעה בידי הציבור [...] הדמוקרטיה חייבת, לפיכך, למחות נגד נטייה להכריע על הטוב הציבורי במסגרות שאינן רגישות לרחשי ליבו של הציבור, ואשר אינן מאפשרות לו להשפיע על ההכרעה".⁴ ברוח זאת היא כותבת גם ששאלות ציבוריות צריכות להיות מוכרעות במסגרת ההליך הפוליטי, המבוסס על "הכרעות דינמיות של משא ומתן בין כוחות חברתיים, תרבותיים ומדיניים".⁵ בהמשך לכך, גביון מתנגדת לניסוחן של שאלות ציבוריות בשפת הזכויות של המשפט. "הרחבה של זכויות עלולה להוציא את הדיון על ההסדרים

¹ רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 69, 95–96 (התש"ס) (להלן: גביון אקטיביזם שיפוטי) (החלק שכותרתו "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי").

² שם, בעמ' 103, 119.

³ שם, בעמ' 72.

⁴ שם, בעמ' 115.

⁵ רות גביון עיגון חוקתי לחזון המדינה? 28 (2015) (להלן: גביון עיגון חוקתי).

המתאימים לחברה מידי החברה עצמה, להחליש את הערובות הדמוקרטיות שמגנות על זכויות הרוב, ולהפקיד את ההכרעה בידי מוסד שיפוטי בלתי נבחר".⁶

השיקול השני של גביון נגד התערבותם של בתי המשפט בעניינים פוליטיים הוא הצורך בשמירת אמינותה של מערכת המשפט. גביון טוענת שאם בית המשפט יתעקש להכריע בשאלות פוליטיות הוא יאבד את אמון הציבור ואת הלגיטימציה החיוניים לפעולתו המוצלחת. בית המשפט צריך להיות "הבורר המוסכם של כל חלקי החברה לאכיפת ערכיה המשותפים" ולא "שחקן פוליטי מהותי".⁷ "עוצמת בית המשפט בחברה תלויה בכך שהוא רוכש תמיכה ציבורית רחבה נגד מי שרוצה להצר את צעדיו באופן מוסדי", היא כותבת. הדרך להשגתה של תמיכה זו היא "זהירות גדולה מאוד בהפעלת כוחו [של בית המשפט], כך ש[פעולתו] לא תנכר ממנו קבוצות שלמות בציבור ולא תהפוך אותו לעוד משתתף מלא במחלוקת הכוחות הפוליטיים על דמות החברה והמדינה. רק איזון עדין כזה יבטיח לבית המשפט את אמון הציבור, שהוא באמת חיוני לפעולתו היעילה".⁸

השיקול השלישי של גביון נגד התערבותם של בתי המשפט בעניינים פוליטיים הוא שיקול האפקטיביות. "הדרך הפוליטית היא לא רק הדרך הנכונה, אלא גם הדרך היעילה להשגת הכרעות", היא כותבת. "הטעם לכך הוא כי מימוש של הכרעות שנויות במחלוקת דורש היערכות חברתית. סביר כי קבוצות באוכלוסייה תרגשנה יותר מחויבות למהלך חברתי-מדיני אם היו שותפות בו מלכתחילה, ואם הרגישו כי נעשה מאמץ של אמת ללכת לקראת מימוש האינטרסים שלהן. בדמוקרטיה, הסדר של פשרה [...] עשוי להיות יעיל יותר מהסדר של הכרעה הנתפסת בעיני צד אחד ככפייה".⁹

עמדותיה אלה של גביון הפכו אותה למי שמזוהה יותר מכל מלומד אחר במשפט הישראלי עם ביקורת האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון (מושג האקטיביזם לקוח ממדע המדינה האמריקאי, ועל פיו בית משפט הוא אקטיביסטי אם הוא מתערב בהחלטותיהן של רשויות השלטון האחרות).¹⁰ יתר על כן, גביון הייתה הראשונה שפיתחה הגות ביקורתית כוללת נגד האקטיביזם.¹¹

⁶ שם, בעמ' 24.

⁷ רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 33 (1997) (להלן: גביון "המהפכה החוקתית").

⁸ שם, בעמ' 24. ראו גם גביון **אקטיביזם שיפוטי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 102, 104–105.

⁹ שם, בעמ' 114.

¹⁰ מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 124–125 (2008) (להלן: מאוטנר **בפתח המאה העשרים ואחת**).

¹¹ גביון **אקטיביזם שיפוטי**, לעיל ה"ש 1. קדמה לגביון מיכל שקד, שבשלב מוקדם של פיתוח דוקטרינת הסבירות של בית המשפט העליון – אחד הרכיבים החשובים של האקטיביזם של בית המשפט – ביקרה את הדוקטרינה, ואולם ביקורת זו על האקטיביזם של בית המשפט הייתה נקודתית. ראו מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102 (התשמ"ב).

3. בתי המשפט וקביעת ערכים

גביון גם מתנגדת לתפיסה שעל פיה בתי המשפט צריכים למלא תפקיד חשוב "בגיבוש ערכים ציבוריים ובהנהרה של נורמות עקרוניות ושל אידיאלים משותפים".¹² "שיח שלפיו האחריות לדמות החברה והמדינה ולהגנה על ערכיה ומשטרה היא תפקידו של בית המשפט [...] אינו לטובת העניין", היא כותבת.¹³ בדומה לכך, כאשר בתי המשפט מגינים על זכויות הפרט, עליהם לעשות זאת "בעיקרו של דבר, על פי החוק כפי שהוא, ולא על פי החוק כפי שהוא צריך להיות לפי דעתם של השופטים".¹⁴ "בדמוקרטיה, האחריות לגבי יצירה מודעת של נורמות היא בידי המחוקק".¹⁵ עמדתה זו של גביון מנוגדת לעמדתם של כמה וכמה הוגים, כגון אלכס ביקל,¹⁶ שסברו שרצוי לחלק את כוח היצירה הנורמטיבית בין שתי רשויות מדינה שונות, היינו הרשות המחוקקת, שאנשיה נבחרים ועומדים לבחירה, והרשות השופטת, שאנשיה אינם נבחרים ואינם עומדים לבחירה.

4. בתי המשפט ותיקון עולם

גביון סוברת שאין זה מתפקידם של בתי המשפט לוודא "שהחלטות הרשות [המינהלית] תהיינה טובות ונאורות".¹⁷ בתי המשפט אינם אמורים לפעול "כחוד החנית החברתי" וכ"מתקני עולם".¹⁸ "ייעודם של שופטים הוא בכך שהם שופטים, בעוד שהסמכות המחוקקת העיקרית מופקדת בידי גוף אחר, הבנוי ופועל אחרת. מי שרוצה להיות מתקן עולם, ייכבד ויעבור אל המערכת המופקדת על כך", היא כותבת.¹⁹

גביון מתנגדת אפוא לתפיסה שלפיה בתי המשפט אמורים לחולל שינויים חברתיים. עמדתה נסמכת לא רק על השיקול הדמוקרטי ששינויים כאלה צריכים להיות מקודמים על ידי המחוקק, אלא גם על ההנחה ש"שינוי חברתי עמוק, או תהליכים הדורשים פעולה משותפת וארוכת טווח של הקצאת משאבים והיערכות, אינם יכולים להיעשות על ידי קביעות ערכיות של בית המשפט לבדן".²⁰ "שילוב של עבודה חברתית, פוליטית, חינוכית והתדיינותית הוא יעיל יותר מכל התרכזות באסטרטגיה אחת בלבד", היא כותבת, "ואני מצרה על העדפתם השיטתית של משפטנים לדרמה של הישג בהתדיינות, שלעתים קרובות אינו יכול להיות מלווה בשינוי חברתי בפועל ללא

¹² גביון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 145.

¹³ שם, בעמ' 147.

¹⁴ גביון **אקטיביזם שיפוטי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 75.

¹⁵ שם, בעמ' 94.

¹⁶ מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** 62–64 (2008) (להלן: מאוטנר **משפט ותרבות**).

¹⁷ גביון **אקטיביזם שיפוטי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 75.

¹⁸ גביון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 140.

¹⁹ שם, בעמ' 146.

²⁰ גביון **אקטיביזם שיפוטי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 112–113.

ההכנה והליווי הדרושים".²¹ גביון גם כותבת על טיעון "התקווה החלולה" המפורסם של ג'רלד רוזנברג (תרומתם של בתי המשפט ליצירת שינויים חברתיים אינה גדולה),²² שמדובר בתזה "מעניינת, מאתגרת, משכנעת ובמידה רבה נכונה הן לארצות הברית והן לישראל".²³ ועוד כותבת גביון: "רוזנברג טוען, בצורה משכנעת למדי, כי חלק ניכר מטיעוניהם של תומכי בית המשפט האקטיביסטי מבוססים על הנחות אמפיריות שפשוט אינן נבדקות, וכי כאשר הן נבדקות, הן מופרכות או מסומנות בסימן שאלה גדול".²⁴ אם כך, האם גביון כופרת בתפקיד החשוב שמילאו פסקי דין כמו **דנילוביץ**,²⁵ **אליס מילר**,²⁶ **Obergefell**²⁷ ו-**Brown**²⁸ ביצירתם של שינויים חברתיים? לא ממש. היא מזדרזת להוסיף כי "לבולטות המיוחדת של הישגים בהתדיינות, ולהדגשת התפקיד הייחודי של בתי משפט הנובע ממנה, יש מקום חשוב ומיוחד בתהליכי גיבוש נורמטיבי של חברה". לפיכך עבורה "שאלת תפקידו הראוי של בית המשפט בנושא זה נשארת שאלה מורכבת ופתוחה, שהתשובה עליה אינה בדרך של 'נוק אאוט' אחת ולתמיד, לכאן או לכאן".²⁹

5. דגם התבונה המעשית שביסוד ההליך השיפוטי

בתרבות המערבית מוכרים שני דגמים גדולים של קבלת החלטות.³⁰ הדגם האחד הוא דגם התבונה המעשית, המזוהה עם אריסטו. עיקרו של דגם זה הוא קבלת החלטה נורמטיבית על גבו של מקרה קונקרטי, כשעובדות המקרה הן המובילות אל התוצאה הנורמטיבית. על פי הדגם הזה, בית משפט אמור לאתר את העובדות הרלוונטיות של המקרה; לאתר את הדוקטרינה המשפטית הרלוונטית; לאתר ולבחון את השיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים; לאזן בין שיקולים נורמטיביים מתנגשים; לבחון את ההשלכות האפשריות של

²¹ רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג "מעשי משפט ב 15, 17 (2009) (להלן: גביון "התקווה החלולה").
²² GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (2d ed. 2008).

²³ גביון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 21, בעמ' 17.

²⁴ שם, בעמ' 16.

²⁵ בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

²⁶ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

²⁷ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

²⁸ Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

²⁹ גביון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 21, בעמ' 17.

³⁰ Martha C. Nussbaum, *The Discernment of Perception: An Aristotelian Conception of Private and Public Rationality*, in LOVE'S KNOWLEDGE: ESSAYS ON PHILOSOPHY AND LITERATURE 54 (1990). ראו גם Martha C. Nussbaum, *Non-Scientific Deliberation*, in THE FRAGILITY OF GOODNESS: LUCK AND ETHICS IN GREEK TRAGEDY AND PHILOSOPHY 290 (1986).

ההכרעה מעבר למקרה המייד. דגם קבלת ההחלטות הזו הוא המאפיין בהא הידיעה של "המשפט המקובל", שהמשפט הישראלי הוא חלק ממנו.

הדגם האחר הוא דגם התבונה התאורטית, המזוהה עם אפלטון. דגם זה מבוסס על דיון נורמטיבי מופשט, עקרוני, שאינו קשור לעובדותיו של מקרה אמיתי. דגם זה קיים בבתי משפט חוקתיים במדינות אירופה, הנדרשים לעיתים לדון בחוקתיותם של חוקים עוד בטרם הופעלו. הוא גם עומד ביסוד מפעל הקודיפיקציה המזוהה עם המשפט האירופי.³¹

בעשורים האחרונים גדל יותר ויותר בפסיקתו של בית המשפט העליון משקלו של דגם התבונה התאורטית. הדבר מתבטא במעבר מדוקטרינת המעמד המסורתית של בית המשפט, שבה נדרש העותר להציג לפני בית המשפט את סיפור הפגיעה האישית בו, לדוקטרינת העותר הציבורי, שבה ניתן לעותר להעלות סוגיה חוקתית או ציבורית עקרונית.³² הדבר מתבטא גם בפסיקה החוקתית שמאז 1992. בפסיקה זו מתבקש בית המשפט לבחון את חוקתיותה של חקיקת הכנסת לאורן של נורמות חוקתיות. בתוך כך לא אחת נמנע בית המשפט מדיון בעובדותיהם של מקרים פרטיקולריים או שהעובדות הן שוליות במסגרת תהליך קבלת ההחלטה (שיאה של מגמה זו הוא בדיון של בית המשפט העליון בעתירות לפסילת חוק האום).³³

גביון התעקשה לשמר את מעמדו של דגם התבונה המעשית בפסיקתו של בית המשפט. "הערוכה ליצירת נורמות טובות בדרך של תקדים הוא בכך שהן נצרפות בכור-ההיתוך של המקרה המיוחד", היא כותבת. "פסקי דין חשובים הם אלה שבהם נבחן ערך כללי כהחלתו למקרה ספציפי [...] אגב יישומה של הנורמה הכללית למקרה הספציפי היא מקבלת חיוניות ורלבנטיות שיכול להיות שנעדרו ממנה קודם-לכן". לפיכך הפסיקה בפרשת **בנק המזרחי**, לדבריה, "מעוררת תמיהות": "לא ברור מהי ההצדקה לחריגה הניכרת של השופטים ממה שהיה נדרש על פי המקרה שהיה בפניהם".³⁴

6. השפעת השסעים החברתיים על תפקידי בתי המשפט

חשיבתה הסוציולוגית של גביון, שתואר בהמשך, מקרינה גם על חשיבתה המוסדית. גביון תופסת את החברה הישראלית כ"חברה שסועה", שבה מתקיים שסע כפול: שסע פנים-יהודי

³¹ מנחם מאוטנר "קודקס של המשפט המקובל" משפטים 199 (2006).

³² ראו מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** 107–108 (2019) (להלן: מאוטנר "הליברליזם בישראל"); מנחם מאוטנר "לקראת מהפכת-נגד תורת-משפטית אנטי-ליברלית של השופט שטיין?" <https://bit.ly/3uiMzRz> (3.9.2019) **ICON-S-IL Blog**.

³³ ראו חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי; בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (נבו 8.7.2021). בתשובתה לעתירות כתבה פרקליטות המדינה כי "טענות אלו לפגיעה עתידית הן ספקולטיביות ונעדרות תשתית עובדתית, באשר הן מתייחסות לתרחישים שהעותרים משערים שיתרחשו". במהלך הדיון בעתירה (שם, דיון מיום 22.12.2020) העלו השופטים לפני באת כוח הכנסת את המקרה התאורטי של חוק יסוד שישלול את זכות הבחירה מנשים. כשהפרקליטה הסתייגה מהצורך להתייחס לדוגמה ההיפותטית וביקשה להגביל את הדיון למקרים קונקרטיים, אמיתיים, יצא עליה קצפם של השופטים, שהתקשו להשתחרר מדגם התבונה התאורטית.

³⁴ גביון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 145–146.

באשר למהות היהודיות, היינו אם היא "דתית-לאומית" או "לאומית-חילונית-תרבותית", ושסע לאומי בין יהודים לערבים.³⁵ בין הקבוצות האלה מתקיימות "מחלוקות ערכיות עמוקות" על משמעות "החיים הטובים" ועל "אופיו של המקום הציבורי".³⁶ ואולם, "לא ברור מדוע בג"ץ הוא הגוף המתאים לפסוק במחלוקות ערכיות ומוסריות המפלגות את החברה הישראלית", כותבת גביון. "להפך: הרכבו של בג"ץ, אופן המינוי אליו, וההכשרה הטיפוסית של חבריו מרמזים שבג"ץ אינו הגוף המתאים להכרעה בסוג זה של נושאים, הן מבחינת המוסר הפוליטי והן מבחינת התבונה הפוליטית". מבחינת המוסר הפוליטי, משום ש"בדמוקרטיה הציבור כולו, על כל שכבותיו ועל כל גישותיו ותפיסותיו הערכיות, אמור להחליט יחדיו על אופי החברה שבה יחיה". מבחינת התבונה הפוליטית, משום ש"הכרעות על האופי הציבורי של החיים בישראל שלא תהיינה מקובלות על חלקים ניכרים בציבור תבאנה בהכרח, ולא בלי הצדקה, לאבדן לגיטימיות של בג"ץ בחברה, או לפחות באותם חלקים בציבור שירגישו מוצאים אל מחוץ למחנה על ידי גישתו הכללית של בג"ץ לשאלות היסוד של הקיום בישראל"³⁷ (כאשר מדובר ב"הרכבו" של בית המשפט העליון ראוי לשים לב שגביון יצאה נגד ההומוגניות החברתית והתרבותית באיושו של בית המשפט).³⁸

ועוד כותבת גביון: "בחברה שסועה, אי אפשר למשול באופן יעיל וצודק בלי לקיים דיון ציבורי נוקב ואמיתי בבעיותיה הקיומיות. עיקרו של דיון זה צריך להתקיים בפורום הציבורי, ולהיחתך בו באופן המשקף את תפיסת הטוב של כל חלקי הציבור".³⁹ ובדומה לכך: "כאשר עוסקים בשאלות של זהות, משמעות ותפיסת עולם, עדיף שהחלטות תתקבלנה בשיח חברתי וציבורי ולא ברמה המשפטית. אם ההסדר מחייב הכרעה משפטית, עדיף שיעשה בידי המחוקק, בהליך של משא ומתן ופשרה, ולא יוכרע על ידי בתי המשפט במסגרת של שיח זכויות".⁴⁰ אלא המחלוקות הערכיות היסודיות שבין הקבוצות צריכות להיות מוכרעות בתהליכים המתקיימים בחברה האזרחית. לדברי גביון, קיימת "הסכנה של קבלת החלטות לא הולמת אם עניינים מסוימים, הדורשים פשרה וניהול משא ומתן בין גורמים חברתיים וציבוריים, יוכרעו בבג"ץ על פי עקרונות שאינם זוכים בהכרח להסכמה רחבה".⁴¹ "על רקע הנתונים החוקתיים של ישראל –

³⁵ רות גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים 11 (1999) (להלן: גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית).

³⁶ גביון אקטיביזם שיפוטי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 104–105.

³⁷ שם, בעמ' 104–105.

³⁸ בריאיון לעיתונאי ארי שביט ב-1999 אמרה גביון שהשליטה של שופטי בית המשפט העליון בהליך מינוי השופטים הופכת את מערכת המשפט "למין כת סגורה, אחידה למדי, אשר בעצם מנציחה את עצמה". בהמשך הדברים יצאה נגד "הומוגניות היתר" של המערכת. ראו ארי שביט "דבר ראש האופוזיציה – ראיון עם פרופ' רות גביון" מוסף הארץ (12.11.1999). <https://bit.ly/3Gno4VQ>. לדברים דומים, ראו מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" מחקרי משפט יט 423 (2003) (מאוטנר "מינוי שופטים"); מאוטנר בפתח

המאה העשרים ואחת, לעיל ה"ש 10, בעמ' 222.

³⁹ גביון אקטיביזם שיפוטי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 73.

⁴⁰ גביון עיגון חוקתי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 24.

⁴¹ גביון אקטיביזם שיפוטי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 70.

כאשר נושא החקיקה של זכויות האדם כה שנוי במחלוקת [...] הן השיקול הפרודנטי הן השיקול הענייני היו צריכים להביא לעמדה של פסיביות זהירה מצד בית המשפט.⁴² למקרא הדברים האלה ניתן להסיק שעמדתה של גביון היא שעצם העובדה שתפיסותיו הערכיות של בית-המשפט העליון שנויות במחלוקת בישראל צריכה להביא לידי צמצום ההיקף שבו בית-המשפט מחיל את תפיסותיו הייחודיות. מסקנה זו מתבקשת לכאורה במיוחד לנוכח דברים שאמרה בראיון עיתונאי ב-1999:

אני חושבת שנוכח הדבר שבית משפט יתן ביטוי משפטי לערכים המשותפים, כגון: זכויות האדם היסודיות, אבל אינני חושבת שנוכח שבית משפט יעשה שימוש בכוחו לתת עדיפות לערכים של קבוצה אחת בחברה על חשבון ערכיהן של קבוצות אחרות. אינני חושבת שזה נכון שבית המשפט יכריע לטובת מערכיות ונגד מסורתיות, או בעד מודרניות ואינדוידואליזם ונגד קהילתיות. זה מהלך מאוד בעייתי בעיני.⁴³

בכמה וכמה חיבורים חלקתי על עמדותיה אלה של גביון.⁴⁴ טענתי שלוש טענות עיקריות: ראשית, טענתי שפיתוחה של תרבות פוליטית דמוקרטית-ליברלית היא התרומה ההיסטורית הגדולה של בית המשפט העליון (ושאר משפטי המדינה), תרומה שאסור לוותר עליה ועל המשכייתה בשום אופן. בניסוח אחר, ההכרעה שבית המשפט יפעל לטובת ה"מערכיות" ובעד ה"מודרניות והאינדוידואליזם" נפלה ברגע המכונן של הקמת המדינה, כשסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט⁴⁵ קבע ש"המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו", וכשהמשפטים היהודים שעברו את תהליך האנגליפיקציה של המשפט בתקופת המנדט, ונעשו בעקבות זאת לנשאים מובהקים של הערכים הליברליים המשוקעים במשפט הזה, החלו מאיישים את כל העמדות במערכת המשפטית של המדינה הצעירה (לרבות העמדות של עריכת הדין והוראת המשפט) והחלו מפעילים את המשפט הליברלי שהמדינה ירשה מהשלטון הבריטי בארץ ישראל. במילים אחרות, ישראל היא לא רק מדינה "דמוקרטית" אלא גם מדינה "ליברלית", בעיקר במובן של ראיית האזרחים כבעלי זכויות שאמורות לאפשר להם אוטונומיה המוגנת מפני ההתערבות והתביעות של המדינה.⁴⁶

⁴² גביון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 146.

⁴³ שביט, לעיל ה"ש 38.

⁴⁴ ראו מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993); מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" **אלפיים** 16 45 (1998); מאוטנר "מינוי שופטים", לעיל ה"ש 38, בעמ' 446-451. כן ראו מאוטנר "הליברליזם בישראל", לעיל ה"ש 32, בפרק הראשון, השני והחמישי; מאוטנר **בפתח המאה העשרים ואחת**, לעיל ה"ש 10, בפרק השביעי.

⁴⁵ ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

⁴⁶ ראו שם, בעמ' 88-94; מאוטנר "הליברליזם בישראל", לעיל ה"ש 32, בעמ' 25-27. ראו גם אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" **עיוני משפט** יט 547, 567 (1995).

שנית, טענתי שהעובדה שיש החולקים על ערכיו הליברליים של בית המשפט אין משמעה שיש לתת בידי החולקים זכות וטו באשר להמשך השימור והפיתוח של הליברליזם על ידי בית המשפט, במיוחד לנוכח הטיעון השלישי שלי.

שלישית, טענתי שהיקף התמיכה בליברליזם הישראלי רחב בהרבה מזה שתיארה גביון. הקבוצה היחידה המתנגדת חזיתית לעולם הערכים הליברלי-מערבי של בית המשפט היא הקבוצה החרדית. לעומת זאת הקבוצה החילונית, מרבית הציונות הדתית, הקבוצה המסורתית ומרבית הקבוצה הערבית – כולם תומכים בליברליזם הזה ומקווים להמשך שימורו גם אם בטבע הדברים הם עשויים להציע פרשנויות אחרות לתכניו. בניסוח אחר, מרבית אזרחי המדינה תומכים בהמשך קיומו של המשטר הדמוקרטי-ליברלי של המדינה.

7. גביון וביקורת שיח הזכויות

בכתיבתה של גביון ניתן למצוא גם עמדה שהיא קרובה לזו שניתן למצוא בביקורת שיח הזכויות שהתפתחה במשפט האמריקאי בראשית שנות התשעים של המאה העשרים.

בארצות הברית דובר בעשורים האחרונים לא אחת על "מהפכת הזכויות" של המחצית השנייה של המאה העשרים. נטען ששיח הזכויות נעשה "לשון האם" ו"השפה הראשונה" בדיונים על נושאים ציבוריים.⁴⁷ "בחיים האינטלקטואליים והחברתיים שלנו, שיח הזכויות זכה במעמד שלא היה כמותו קודם לכן בהיסטוריה שלנו", כותב קרל שניידר.⁴⁸ בסיבות שנמנו להתפתחות זו היו פסיקותיו של בית המשפט העליון האמריקאי בשנות החמישים והשישים (ה-Warren Court); התנועה לזכויות האזרח של שנות החמישים והשישים; עליית הפרקטיקה של ניהול הליכים משפטיים לשם השגת שניויים חברתיים.⁴⁹

עלייתו של שיח הזכויות הולידה גל של כתיבה ביקורתית ("ביקורת הזכויות נפוצה מאוד", כתבה מרתה מינאו ב-1987⁵⁰). נקודת הציון של ראשית הביקורת הזו הייתה פרסום ספרה של מרי אן גלנדון *Rights Talk* בשנת 1991.⁵¹ גלנדון, והמלומדים שהצטרפו אליה, טענו ששיח הזכויות חותר תחת קיומם של דיאלוג, התדיינות, מתן הסברים ופשרה; שהשיח מונע חשיבה לטווח ארוך; שהשיח מתעל את תשומת הלב ואת האנרגייה האינטלקטואלית להתערבות במשברים אקראיים על פני נקיטת צעדים יזומים ומתוכננים; שהשיח נותן עדיפות לאינטרסים

MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE ⁴⁷
James Boyd White, *Looking at Our Language: Glendon on Rights*, 90 MICH. 47 (1991)
L. REV. 1267, 1272–1273 (1992)

Carl E. Schneider, *Rights Discourse and Neonatal Euthanasia*, 76 CALIF. L. REV. 151, 152–⁴⁸
153 (1988)

Michael Paris, *The Politics*; 153–152 בעמ' 47, Schneider; 4 בעמ' 49, Glendon, לעיל ה"ש
Martha Minow, *of Rights: Then and Now*, 31 LAW & SOC. INQUIRY 999, 1004 (2006)

Interpreting Rights: An Essay for Rober Cover, 96 YALE L.J. 1860, 1863–1871 (1987)
שם, בעמ' 1860.⁵⁰

Glendon, לעיל ה"ש 47.⁵¹

פרטיקולריים על פני הטוב המשותף; שהשיח גורם להזנחת האחריות לרווחתן של קבוצות וקהילות שבהן מתעצבת אישיות האדם (כפי שניסח זאת קרל שניידר, "חשיבה במסגרתן של זכויות מעודדת אותנו לשאול מה אנחנו רשאים לעשות כדי להפוך עצמנו לחופשיים יותר, לא מה עלינו לעשות כדי לחייב עצמנו. הוא מעודד אותנו לחשוב על מה שמונע מאתנו לעשות את מה שאנחנו חפצים לעשות, לא מה אנחנו מחויבים לעשות. התחייבויות יוצרות יחסים, קשרים ונאמנויות בין בני אדם וקהילות"⁵²); שהשיח אינו מאפשר מתן משקל ראוי לחשיבותם של היחסים הבין-אישיים בחייהם של בני האדם. באופן פרדוקסלי, מה שעלה מביקורת שיח הזכויות הוא שמהו שאנחנו חושבים שהוא אמור להבטיח קיום יחד בשלום וישוב של סכסוכים מעצים, תחת זאת, קונפליקטים, אנטגוניזם, עימותיות ויריבויות.⁵³

נוסף על זה, נטען שבמשפט האמריקאי הייתה הגזמה באשר לחשיבותה של התדיינות הזכויות כאמצעי ליצירתן של רפורמות חברתיות. עורכי דין של שינוי חברתי טענו שהתדיינות הזכויות מסוגלת להביא להכרה של בתי המשפט בזכויות חדשות; שהזכויות האלה ניתנות למימוש; שמיוש הזכויות מוליד שינוי חברתי. ואולם בחלוף השנים נטען יותר ויותר שכל אחת מהחוליות בקשר הסיבתי הזה היא בעייתית, והתוצאה היא אפוא שהכוח של התדיינות הזכויות להביא לשינוי חברתי – מצומצם.⁵⁴ ואילו יוסף רוז ביקר את השיח בטענו שמכיוון שהמוסר מכיל יותר מאשר שיח של זכויות וחובות, למשל פעולה מעבר למה שמתחייב, "תיאוריות מוסר המבוססות על זכויות הן תיאוריות מרוששות, שניתן להניח לגביהן שלא יהא ביכולתן לספק בסיסים נאותים למוסריות הומניסטית קבילה".⁵⁵ תפיסות כאלה אינן מסוגלות לספק סיבות לפעולה, וגם לא מושגים שיש בכוחם להנחות בני אדם באשר לשאלה מה הם החיים הטובים ומה הופך את החיים למוצלחים, לבעלי משמעות ולראויים, טען רוז.⁵⁶

⁵² Karl Schneider, לעיל ה"ש 48, בעמ' 162–163. קרל מרקס היה הראשון שפיתח את הביקורת הזאת, ראו Karl Marx, *On the Jewish Question*, in THE MARX-ENGELS READER (Robert C. Tucker ed., 1978) (1844).

⁵³ Glendon, לעיל ה"ש 47, בעמ' 14, 48, 109; Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Rights as* ; 109, 48, 14, בעמ' 1865; White, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1270, 1271; JENNIFER NEDELSKY, LAW'S RELATIONS (2011); 1271, 1270, בעמ' 66, 65, 66; Robert M. Cover, ; *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order*, 5 J. L. & REL. (1987). כן ראו Yael Braudo-Bahat, *Towards a Relational Conceptualization of the Right to Personal* Menachem Mautner, *Property ; Autonomy*, 25 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 111 (2017) and the Obligation to Support the Conditions of Human Flourishing, 45 LAW & SOC. INQ. 521, 521–524 (2020).

⁵⁴ STUART A. SCHEINGOLD, THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY AND POLITICAL CHANGE (1974). ראו גם Paris, לעיל ה"ש 49.

⁵⁵ Joseph Raz, *Right-Based Moralities*, in THEORIES OF RIGHTS 182, 183–186 (Jeremy Waldron ed., 1984).

⁵⁶ שם, בעמ' 198. עם זאת ביקורת שיח הזכויות הולידה ביקורת נגדית. זכויות הוצגו כבעלות חשיבות רבה להגנת אינטרסים אנושיים חיוניים, לביטולם של יחסים בין-אישיים דכאניים וליצירת אנושיות משותפת ו-dignity. ראו Patricia J. Williams, THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS (1991). כן ראו Minow, לעיל ה"ש

כאמור, בכתיבתה של גביון ניתן למצוא עמדה שהיא קרובה לזו שניתן למצוא בביקורת האמורה של שיח הזכויות, שהתפתחה במשפט האמריקאי. גביון מזכירה כי "בתי המשפט פועלים על המציאות ובתוכה. שיח הזכויות אינו עניין וירטואלי. לא תהיה הגנה יעילה על זכויות אם בני החברה כולה לא יחשבו כי אכן חובתם להגן עליהן, יקיימו את המוסדות הנדרשים ויקפידו על הפעלתם הטובה". כלומר, ברוח גישתה המתנגדת לכך שבתי המשפט יעסקו ב"תיקון עולם" (ראו לעיל) גביון דוגלת בגישה זהירה וספקנית באשר לכוחם של בתי המשפט לגרום לכך שבחיים החברתיים וביחסים שבין האזרח והמדינה יוטמעו זכויות חדשות. והיא מוסיפה: "ככל שהמרחק בין תפיסת הזכויות של בית המשפט ושל האליטות החברתיות המופקדות על אכיפת החוקים גדול יותר, גדל החשש כי פסיקותיו של בית המשפט לא תקויימנה, וכי תתממשנה הסכנות של תגובות-נגד ושל שחיקת הלגיטימיות של בית המשפט – ועמה הלגיטימיות של שיח זכויות האדם עצמו".⁵⁷

ב. חשיבה דמוקרטית

גביון דנה בפשר המושג "דמוקרטיה" במסגרת דיונה במושג "מדינה יהודית ודמוקרטית", אך גם בכותבה על התנאים לשגשוגה של ישראל.

1. תפיסה רזה של הדמוקרטיה

חשיבתה הדמוקרטית של גביון נסמכת על תפיסה "פורמלית" ו"רזה" של המושג "דמוקרטיה", שלפיה הדמוקרטיה היא בעיקרה מערכת של "כללי משחק" ולא "תכנים".⁵⁸ לפיכך גביון בחרה ב"איפיון הצר מאוד, שהכל מסכימים שדמוקרטיה חייבת לקיימו", היינו שהעיקרון היסודי של הדמוקרטיה הוא ש"השלטון בחברה מקבל הכשר באמצעות הסכמת הנשלטים".⁵⁹ ובניסוח אחר: "דמוקרטיה היא משטר המכבד את רצונם בפועל של האנשים הנשלטים על ידו [...] דמוקרטיה מעדיפה את רחשי לב הציבור על שיפוטם הערכי של מנהיגים, כהנים, אצילים או עשירים". עם זאת גביון מבינה שתפיסתה זו "רחוקה מלהיות עניין נעדר משמעות ערכית ופוליטית. השתתפות הנשלטים בהכרעות ציבוריות היא הביטוי המוסדי של העובדה, כי דמוקרטיה היא משטר הומניסטי המחויב לרגישויות ולהעדפות האקטואליות של הציבור".⁶⁰

Robin West, *Murdering the Spirit: Racism, Rights, and Commerce*, 90 MICH L. REV. ; 49 (1992) 1771, 1773–1780.

⁵⁷ גביון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 21, בעמ' 26.

⁵⁸ רות גביון תנאים לשגשוגה של מדינת ישראל – באין חוץ יפרע עם: מטרת על ישראל ונגזרותיה 69–70 (2006) (להלן: גביון מטרת על ישראל).

⁵⁹ גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 29.

⁶⁰ שם, בעמ' 30. אני סבור שניתן לראות בגישתה זו של גביון השתקפות של עמדת הפוזיטיביזם המשפטי של מי שהיה המורה שלה באוקספורד, הל"א הארט, ראו H.L.A HART, THE CONCEPT OF LAW 181 (1961). הארט מציע פוזיטיביזם שעל פיו "אין זו בשום אופן אמת הכרחית שהמשפט משעתק או ממלא אחר דרישות מסוימות של המוסר". כן ראו James Allan, *Thin Beats Fat Yet Again: Conceptions of Democracy*, 25 LAW.

עמדתה של גביון היא ש"ככל שנבקש להעשיר את תכני הדמוקרטיה כך המחלוקות על דמות החברה ייפכו למחלוקות על רמת הדמוקרטיה שלה". כמו כן "אם נעשיר את הדמוקרטיה, היא תהיה פרטיקולרית יותר, וכתוצאה מכך חלק מהאוכלוסייה עלול לתפוס אותה כמדירה וכמדכאת". בתנאים אלה "הדמוקרטיה לא תוכל לספק מנגנון מוסכם של קבלת החלטות שייתן לגיטימציה לשלטון".⁶¹

עם זאת גביון מכירה בכך שההליך הדמוקרטי מחייב התקיימותן של כמה זכויות פוליטיות, ובהן הזכות לבחור, הזכות להיבחר, חופש הביטוי וחופש ההתאגדות הפוליטית, והכול בתנאים של מחויבות לשוויון בהשתתפות הפוליטית של כל האזרחים.⁶² בלא הזכויות הפוליטיות והמחויבות לשוויון בהשתתפות הפוליטית "אין מדובר על דמוקרטיה גם במובן ה'רזה' ביותר של מושג זה".⁶³

2. הוצאת זכויות האדם אל מחוץ למושג הדמוקרטיה

בהמשך לדברים האלה גביון תופסת את זכויות האדם כמי שאינן נכללות במושג הדמוקרטיה וכמי שאינן נובעות מהמושג. זכויות האדם עומדות על רגליהן הן, מכוח הציווי האוניברסלי לנהוג בכבוד אנושי בכל אדם. זכויות האדם אינן מחייבות רק בדמוקרטיה, היא כותבת. הן "נגזרות מהעיקרון היסודי שכל אדם זכאי לכבוד כי נברא בצלם [...] הן מבטאות את החובה המוסרית המוטלת על כל חברה ועל כל אדם לנהוג באנשים בכבוד. קבוצת ההתייחסות של זכויות אלה אינה לאומית-אתנית או מדינית, אלא כלל אנושית".⁶⁴ ובניסוח אחר:

זכויות האדם היסודיות מבטיחות את התנאים שהם כה חיוניים לשמירת כבודו ורווחתו של אדם עד שאנו אוסרים על החברה לפגוע בהן גם אם יש בפגיעה כזאת תמיכה פופולרית רחבה, וגם אם היא משרתת אינטרסים חשובים של הפוגעים. המקור של זכויות האדם היסודיות הוא עניין של מוסר פוליטי, והוא על-מדינתית וקדם-מדינתית. חברות יכולות לאמץ לעצמן הסדרים שונים ומגוונים, אולם אסור להן לפגוע בזכויות של חבריהן לחיים, כבוד, שוויון, הליך הוגן, חירויות יסוד, ותנאי קיום הוגנים.⁶⁵

גביון מנתקת אפוא את הקשר שבין מושג הדמוקרטיה למושג זכויות האדם. "דווקא האוניברסליות הנטענת של אידיאל זכויות האדם מחייבת להכיר בכך שאין לייחד, מושגית, את

(2006) PHILL. 533, 533–534 & ("הארט רצה שתפיסת המשפט שלו תוכל להכיל את מה שהינו רע ומרושע מבחינה מוסרית לצד מה שהינו טוב מהבחינה המוסרית"). בדומה לזה, גביון מבקשת תפיסה של הדמוקרטיה שתוכל להכיל ערכים רבים ככל האפשר (לנוכח הפלורליזם הנורמטיבי הקיים בכל חברה, ובמיוחד בחברה הישראלית – ראו הדיון להלן), ראו גביון **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 29.

⁶¹ שם, בעמ' 31.

⁶² שם, בעמ' 32, 33. ראו גם גביון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 42, 43, 67.

⁶³ גביון **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 32.

⁶⁴ גביון **עידן חוקתי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 18. ראו גם גביון **מטרת על לישראל**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 86.

⁶⁵ גביון **אקטיביזם שיפוטי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 83.

המחויבות לאידיאל זה למשטרים דמוקרטיים.⁶⁶ כמו כן "אין צורך לסבך את התמונה על ידי הפיכתם של מתחים בין זכויות האדם לבין הדמוקרטיה למתחים פנימיים של הדמוקרטיה עצמה".⁶⁷ ומכאן ש"השאלה אם לכלול הגנה על זכויות [אדם] כחלק מן ההגדרה של דמוקרטיה, כך שההתנגשויות בין זכויות אלה יהיו פנימיות לדמוקרטיה, או לדרוש כי זכויות אלה יזכו להגנה במנותק מהדמוקרטיה, וכהגבלה עליה, היא בעיקרה שאלה תיאורטית".⁶⁸

בזיקה לחשיבתה הסוציולוגית גביון טוענת כי הניתוק שבין מושג הדמוקרטיה למושג זכויות האדם חשוב במיוחד ב"חברות שסועות". "הצגה של זכויות האדם כראויות להגנה גם במסגרות לא דמוקרטיות עשויה לחזק את מעמדן גם בקבוצות, שאינן מקבלות על עצמן עקרונות דמוקרטיים או תפיסות מסוימות של דמוקרטיה".⁶⁹

גביון מוציאה את מושג זכויות האדם אל מחוץ למושג הדמוקרטיה ומאמצת דמוקרטיה פורמלית של כללי משחק משום שהיא מבקשת לשמר את ההבחנה שבין עמדות מהותיות של קבוצות חברתיות לבין מנגנוני קבלת ההחלטות במדינה. בחברה שיש בה מחלוקות עמוקות המאיימות לשבש את יכולתה לפעול ולתת מענה אפקטיבי לאתגרים הניצבים בפניה, "מוצא טוב יהיה אם נגלה כי למרות המחלוקות העמוקות ישנה הסכמה מספקת של השדרה המרכזית על סדר היום הציבורי הנחוץ ועל כללי קבלת ההחלטות הראויים", היא כותבת.⁷⁰ "אימוץ הגדרה רזה של דמוקרטיה מחזקת את התובנה כי כללי המשחק הם מרכיב חיוני של היכולת של חברה, בייחוד חברה מקוטבת, לפעול בצורה מושכלת למרות חילוקי הדעות".⁷¹ ועוד כותבת גביון: "בדמוקרטיה יש לגיטימיות לדעות השונות ולאינטרסים השונים, כמו גם לרצון של הקבוצות לקדם את האינטרסים שלהן. ואולם, ישנו צורך בהסכמה על מנגנונים של קבלת החלטות שהציבור מחויב להם ואשר יש בהם לאפשר לו לפעול בצורה מתואמת. [...] מנגנוני קבלת החלטות מוסכמים ואפקטיביים הם אכן חיוניים לפעולתה של חברה מתוקנת".⁷²

מלבד מושג זכויות האדם, שאותו גביון מוציאה אל מחוץ למושג דמוקרטיה, היא מוציאה אל מחוץ למושג גם את הליברליזם ("ליברליזם הוא, לפי תפיסתי, עמדה הנוגעת לתכנים ראויים של מוסר פוליטי שאינו חלק מגדיר של הדמוקרטיה").⁷³ בהמשך לחשיבתה הסוציולוגית, שלפיה קיימים בין הקבוצות המרכיבות את החברה הישראלית חילוקי דעות ערכיים עמוקים, גביון מעדיפה אפוא להתמקד בתפיסה פרוצדוראלית, רזה, של הדמוקרטיה במקום לקדם את הליברליזם, שהוא דוקטרינה מהותית עשירה, השנויה במחלוקת בין הקבוצות המרכיבות את החברה. עם זאת במקום החירויות הליברליות, שכאמור בגלל הליברליות שלהן הן שנויות

⁶⁶ גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 33.

⁶⁷ גביון מטרת על לישראל, לעיל ה"ש 58, בעמ' 70.

⁶⁸ גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 33.

⁶⁹ שם, בעמ' 33.

⁷⁰ גביון מטרת על לישראל, לעיל ה"ש 58, בעמ' 27.

⁷¹ שם, בעמ' 70.

⁷² שם, בעמ' 25, 26.

⁷³ גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 35.

במחלוקת, גביון נותנת מקום מרכזי בדיונה למושג זכויות האדם, הנהנה ממעמד של אוניברסליות, אף כי היא ממקמת אותו מחוץ למושג הדמוקרטיה. בהמשך לשיבתה הסוציולוגית ובהמשך לבעייתיות שהיא רואה בפרטיקולריות של הליברליזם בישראל גביון מוציאה אל מחוץ למושג דמוקרטיה גם את קיומה של חוקה נוקשה, הכוללת מגילת זכויות והמאפשרת ביקורת שיפוטית על המחוקק.⁷⁴

3. תפיסה מינימליסטית של זכויות האדם

גביון לא רק מוציאה את מושג זכויות האדם אל מחוץ ל"סוגריים" של המושג דמוקרטיה; תפיסתה את זכויות האדם היא מינימליסטית. "מחויבות לזכויות האדם נדרשת מכל חברה ומכל משטר, ולכן עליה להיות בין הגורמים המאחדים את החברה, ולא גורם שמפריד ומבחין בין חלקיה", היא כותבת.⁷⁵ בהמשך לכך, זכויות האדם "אינן יכולות להכתיב הסדרים פוליטיים וחברתיים ספציפיים בנושאים השנויים במחלוקת גם בקרב אלה המחויבים לזכויות האדם".⁷⁶ מכאן נובע, לדברי גביון, ש"מסגרת זכויות האדם חייבת להיות מינימליסטית".⁷⁷ גביון מוסיפה:

אם כל מחלוקת על הסדרים ספציפיים נהפכת לעניין של פגיעה בזכויות יסוד, הרי ששיח זכויות האדם נהפך למכשיר במחלוקות פוליטיות ואידיאולוגיות בין חלקי עם שונים, באופן המונע קיומה של מחלוקת לגיטימית שאינה כרוכה בהפרה של זכויות אדם בסיסיות. במילים אחרות, הרחבה של שיח זכויות האדם מטשטשת את ההבחנה בין דברים שנראים לי ראויים, ואשר אני חפצה להיאבק עליהם באופן פוליטי, לבין הגנה על זכויותי הבסיסיות. אינפלציה של זכויות האדם עלולה לגרום לאיבוד הכוח של זכויות האדם כערך מאחד ומוסכם.⁷⁸

ניתן להבין את עמדתה של גביון בשתי דרכים.

הדרך האחת היא שהעובדה שאידיאל זכויות האדם או היקפו של אידיאל זה שנויים במחלוקת בין קבוצות חברתיות חשובות צריכה להיות טעם לקריאה מצומצמת של האידיאל בתנאים של החיים הציבוריים של ישראל. אם זו כוונתה של גביון, הרי שיש להתנגד לה. יש להיאבק על החלה נרחבת ככל שניתן של מושג זכויות האדם כדי להבטיח לבני אדם רמה מינימלית גבוהה ככל האפשר של האפשרות לקיים ולממש את האנושיות שלהם.

הדרך האחרת היא שבישראל נעשה שימוש ברעיון הזכויות בכלל וזכויות האדם בפרט, לצורך ניסוחן של מחלוקות ציבוריות במחלוצות משפטיות ולפיכך העברתן מהמערכת הפוליטית

⁷⁴ שם, בעמ' 32. בספר שדן בשאלה אם יש מקום לעגן באופן חוקתי את חזון המדינה, כתבה גביון כי חזונה של ישראל מורכב משלושה רכיבים עיקריים: ישראל היא מדינה דמוקרטית; ישראל היא מדינה יהודית; ישראל היא מדינה המכבדת את זכויות האדם. ניתן להניח שעל פי תפיסתה של גביון, אילו הייתה מכוונת בישראל חוקה, אלה היו שלושת הרכיבים המרכזיים בה, גם כן. ראו גביון **עיגון חוקתי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 17.

⁷⁵ גביון **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 34.

⁷⁶ שם.

⁷⁷ שם.

⁷⁸ שם.

להכרעתו של בית־המשפט העליון. אם זו הדרך להבין את דבריה של גביון, אני סבור שקשה שלא להסכים עם דבריה. הרחבת דוקטרינת זכות העמידה, דילול דוקטרינת השפיטות ופיתוחה של עילת הסבירות – כולם הפכו את בית המשפט העליון לגוף המכריע הכרעות פוליטיות בלבד של תכנים משפטיים.⁷⁹ אני סבור שזו הדרך הנכונה להבין את דבריה של גביון. תובנה זו מתחברת ישירות לחשיבה המוסדית של גביון.

4. דמוקרטיה כאיזונים ובלמים

בהמשך לחשיבתה המוסדית גביון גם תופסת את הדמוקרטיה כמושתת על מערכת של איזונים ובלמים, שעל פיה לכל אחת מהרשויות "אחריות ראשונית וישירה לקטע מסוים מן הפעילות השלטונית, שבתוכו הוא נהנה מאוטונומיה חלקית ומאחריות ייחודית" כשד בדד "יש לכל אחד מן המוקדים גם תפקידי בקרה, חלקיים, על מוקדי כוח אחרים"⁸⁰ (המסקנות בדבר מערכת המשפט ברורות: בתי המשפט צריכים להזהיר עצמם מפני הכרעה בשאלות המסורות לשתי רשויות השלטון האחרות, היינו לפעול ב"ריסון שיפוטי").

גביון סוברת שהדוקטרינה החוקתית שבית המשפט העליון פיתח מאז שנות התשעים מפירה את עקרון הפרדת הרשויות. בריאיון עיתונאי משנת 1999 היא אמרה:

בגרמניה, באיטליה ובדרום אפריקה יש בתי משפט חוקתיים בעלי סמכויות מרחיקות לכת. אבל אלו בתי משפט הכפופים לחוקה ברורה ואשר הוקמו במיוחד על מנת למלא את הפונקציה הזו ולכן חבריהם נבחרים על ידי הענפים הפוליטיים, וממונים לתקופת זמן מוגבלת. בארצות הברית יש בית משפט עליון שלקח לעצמו את הסמכות לפסול חוקים, אבל הוא עשה זאת בתהליך ממושך ועל סמך חוקה מגובשת וכאשר שופטיו ממונים בתהליך פוליטי. אצלנו, לעומת זאת, אין חוקה מגובשת, אין תהליך ממושך ואין שופטים המייצגים את כלל החברה או מכהנים לפרק זמן מוגבל. כך שנוצר מצב שבו בית משפט, אשר בעצם ממנה את עצמו, יוצר את החוקה על ידי פרשנות שהוא נותן לחוקי היסוד מבלי שיונהגו אצלנו כל מנגנוני הבקרה שקיימים בארצות אחרות. כך שמבחינה זו מצבנו די ייחודי. [...]

הצירוף של ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת, במדינה שעדיין אין בה חוקה מגובשת, על ידי בית המשפט ששופטיו אינם נבחרים אלא ממונים לכל ימי חייהם על ידי המערכת המשפטית עצמה, יוצר לדעתי מצב מאוד בעייתי. מבחינת הדמוקרטיה והליך קבלת ההחלטות הדמוקרטי יש פה בעיה לא קלה.⁸¹

ביקורת ברוח דומה הבעתי בספרי "הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו".⁸²

⁷⁹ לדיון נרחב, ראו מאוטר בפתח המאה העשרים ואחת, לעיל ה"ש 10, פרק 5; מאוטר "הליברליזם בישראל", לעיל ה"ש 32, בעמ' 98–110.

⁸⁰ גביון אקטיביזם שיפוטי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 94.

⁸¹ שביט, לעיל ה"ש 38.

⁸² הספר ראה אור ב-2019.

5. הערכת תפיסת הדמוקרטיה של גביון

תפיסת הדמוקרטיה של גביון כרוכה באופן הדוק בחשיבה הסוציולוגית שלה, שלפיה ישראל היא "חברה שסועה", המפולגת לקבוצות הנחלקות עמוקות בשאלת החיים הטובים ובשאלת התרבות הציבורית שצריכה להתקיים במדינה. בתנאים אלה גביון מבקשת להבטיח את התקיימותם של מנגנונים משותפים לקבלת החלטות פוליטיות בידי נציגיהן של קבוצות חברתיות ותרבותיות שונות, הנתונות במחלוקות עמוקות בשאלת הטוב האנושי ובשאלת הטוב הקולקטיבי. המהלך הזה של גביון ראוי להבנה, ואפילו לתמיכה, ואולם השאלה הנשאלת היא אם אין הוא כרוך במחירים כבדים מדי, ואם גביון מצליחה להתגבר על המחירים האלה באמצעות מושג זכויות האדם שהיא מציעה כהשלמה לתפיסה הרוזה שלה את הדמוקרטיה.

בחשיבה על הדמוקרטיה ניתן לאתר שתי גישות מקוטבות: גישה פרוצדוראלית וגישה מהותית.⁸³ הגישה הפרוצדוראלית תופסת את הדמוקרטיה כפרוצדורה ליצירת רוב פוליטי, לשם קבלת החלטות, ורואה בהליך הבחירות את הדבר המרכזי בדמוקרטיה. על פי גישה זו, לפחות לכאורה, יש להקנות לגיטימציה לכל החלטה שהפרוצדורה הדמוקרטית הולידה. הגישה המהותית מזהה במידה רבה את המושג "דמוקרטיה" עם המושג "ליברליזם", ולכן היא מדברת כמובן מאליו לא על "דמוקרטיה", אלא על "דמוקרטיה ליברלית".

מקורה של הגישה המהותית לדמוקרטיה בחשיבה הפוליטית של עמנואל קאנט. המדינה הראויה, על פי קאנט, היא המדינה הרפובליקנית,⁸⁴ זו שחוקתה מבוססת על עקרון החירות, היינו היא מבקשת להבטיח לכל אזרח את היכולת לקדם את תפיסת הטוב האישית שלו בלא התערבות הזולת (ובלבד שאין הדבר כרוך בפגיעה בבני אדם אחרים); על עקרון השוויון, היינו על הזכות השווה של כל אזרח לתבוע מהמדינה הגנה על החירות האישית שלו; על עקרון שלטון החוק. החירות והשוויון הם שני ערכים ליברליים מרכזיים, שהרוב הדמוקרטי אינו רשאי לפגוע בהם, על פי קאנט.⁸⁵

בהמשך לקאנט, ג'ון רולס מניח שאזרחי המדינה הליברלית הם בני אדם חופשיים ושווים, שלמרות חילוקי הדעות העמוקים הקיימים ביניהם בשאלת הטוב האנושי, הם בוחרים לשתף פעולה אלו עם אלו במערכת פוליטית הוגנת, המוסדרת באמצעות חוקה שאמורה להבטיח להם שוויון הן בחירויות הפוליטיות והן בחירויות האישיות שלהם – שני סוגים של חירויות שמקורם אחד, היינו ההתייחסות לבני האדם כחופשיים וכשווים, ושהרוב הדמוקרטי לא רק שאינו רשאי

Joshua Cohen, *For a Democratic Society*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO RAWLS 86, ⁸³ 91 (Samuel R. Freeman ed., 2002).

⁸⁴ עמנואל קאנט **השלום הנצחי** 90 (יהודה יונוביץ מתרגם התרפ"ו).

⁸⁵ Onora O'Neill, *Kant and the Social Contract Tradition*, in CONSTRUCTING AUTHORITIES 170 (2015); Patrick Riley, *On Kant as the Most Adequate of the Social Contract Theorists*, 1 POL. THEORY 450 (1973); Wolfgang Kersting, *Politics, Freedom, and Order: Kant's Political Philosophy*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO KANT 342 (1992).

לפגוע בהם, אלא עליו אף לפעול להתקיימותם. בהמשך לקאנט ולרולס, אנו מכליאים אפוא את המושגים "דמוקרטיה" ו"ליברליזם" ומדברים על "דמוקרטיה ליברלית". תפיסה מהותית זו של הדמוקרטיה משותפת למרבית ההוגים העכשוויים של הדמוקרטיה.⁸⁶ אני מבקש להציע תפיסה של הדמוקרטיה שהיא עבה גם מתפיסת הדמוקרטיה הליברלית של קאנט ורולס. הדמוקרטיה מבוססת לא רק על שוויון בזכות להשתתף בהליך הפוליטי ועל שוויון בחירויות הפוליטיות, אלא ביסודה ניצבת תפיסה בדבר שוויון הערך המוסרי ושוויון ה-dignity של בני האדם.⁸⁷ הדמוקרטיה גם מחייבת פעולה להטמעה בקרב האזרחים של כבוד (respect) לעולמו של האחר ולעמדותיו ולטיפוח מידות טובות כגון פתיחות, חוסר נחרצות, ספקנות, מתינות, סובלנות, פשרנות, הימנעות ממצבים של הכול או לא כלום וחתירה להגעה להסכמות. הדמוקרטיה מניחה תבונה של האזרחים, ומכאן שמתחייב ממנה שיש לדאוג להשכלת האזרחים כדי שיוכלו לפעול במידה המיטבית במערכת הפוליטית, ושיש לפעול לחינוכם הפוליטי של האזרחים. כמו כן מושג הדמוקרטיה צריך לכלול גם את פעולתם של העיתונות, התקשורת, האקדמיה, מכוני המחקר והאומנויות בהשכלת האזרחים באשר למשמעויות של הצעות העומדות על הפרק בהליך הפוליטי ובחשיפת כשלים ושחיתויות הקיימים במערכת הפוליטית. המושג צריך לכלול גם את התפקיד שאמורות למלא הבירוקרטיה המדינתיות בהזרקה של ידע שבמומחיות להחלטות המתקבלות בהליך הפוליטי ובשמירה שהפוליטיקה תפעל על פי שיקולים ענייניים ולא תנוצל לקידום של אינטרסים פרטיקולריים ואישיים.⁸⁸ בקרב הבירוקרטיה המדינתיות תפקיד מרכזי בשמירת הענייניות שבפעולת הפוליטיקה צריך להיות שמור במשטר הדמוקרטי ל"שומר הסף" המשפטיים.

אסא כשר כותב דברים ברוח העמדה המהותית באשר לדמוקרטיה, גישת הדמוקרטיה הליברלית. לדבריו, יש לחשוב על החיים במדינה הדמוקרטית "במונחים של הסכם לארגון השותפות הרשמית של כלל אזרחיה". על פי גישה זו, פעולות המדינה צריכות להימדד על פי ציפיות האזרחים כפי שהן מבוטאות ב"ההסכם ההוגן". כשר מתחבר אפוא למסורת ארוכת שנים של חשיבה על המדינה, הרואה בה תוצר של אמנה של האזרחים, והשופטת את הלגיטימיות של ההסדרים המשפטיים והמשפטיים של המדינה לאורן של הסכמות של אזרחים רציונליים שיש להם עניין בטוב האישי שלהם.⁸⁹ וכשר מוסיף:

⁸⁶ Amy Gutmann, *Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO RAWLS 168 (Samuel R. Freeman ed., 2002); Frank I. Michelman, *Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO RAWLS 394 (Samuel R. Freeman ed., 2002). כן ראו Cohen, לעיל ה"ש 83.

⁸⁷ Chaim Gans, *Right and Left: Ideological Disobedience*, 36 ISR. L. REV. 19, 31–32 (2002).

⁸⁸ לדיון נרחב ראו גם מנחם מאוטנר *אוטונומיה ושגשוג: לקראת ליברליזם סוציאלי-דמוקרטי* פרק רביעי (2021).

⁸⁹ ראו Jeremy Waldron, *Theoretical Foundations of Liberalism*, 37(147) PHIL. Q. 127 (1987). גרמי וולדרון מבריל בין תפיסות של אמנה חברתית שהן וולונטריסטיות, היינו מבוססות על רצונם בפועל של המתקשרים, לבין תפיסות שהן רציונליסטיות, היינו מניחות הסכמה היפותטית של המתקשרים באמנה. גישתו של כשר נראית שייכת לתפיסות הרציונליסטיות.

בניגוד לדעה הרווחת, העיקרון הפשטני של שלטון הרוב אינו העיקרון הראשי של הדמוקרטיה. עיקרון כזה, הנותן לרוב זכות לכפות על המיעוט את דעתו, הלכה למעשה, בכל שאלה ושאלה, לא יעמוד במבחני ההסכם ההוגן. וכי למה יפקיד אדם נבון והגון את כל היקר לו, לשבט ולחסד, בידי איזה נבל, קלגס או נביא שקר שהצליח, בעזרת כנופיית אנשי האגרוף שלו, לגבש לעצמו לא רק את תמיכת האספסוף, אלא גם את זו של רוב מזדמן, נבער ונפחד? הדמוקרטיה אינה הדיקטטורה של הרוב, והיא לעולם לא מתמצה בקיומו של הליך בחירות תקין, כאילו כל עיקרו של זה הוא לקבוע מי יהיו העריצים עד הבחירות הבאות. שלטון הרוב, במשטר הדמוקרטיה, מוגבל בעיקר על ידי מערכת חירויות בסיסיות של האזרחים. לא זו בלבד שאין זה מזכותו הדמוקרטית של הרוב לפגוע בהן, אלא שזוהי חובתו הדמוקרטית הבסיסית לקיים אותן ולהגן עליהן. כל אחת מן החירויות הבסיסיות הללו נותנת לכל אזרח זכות בסיסית מסוימת, שעה שהיא מטילה על זולתו את החובה המקבילה שלא לפגוע בזכות בסיסית זו. במשטר דמוקרטי מתוקן קיימים אמצעים יעילים, כגון בית משפט חוקתי, הנוטלים חלק בהגנה המאורגנת על כל הזכויות הבסיסיות הללו.⁹⁰

לכאורה, תפיסת הדמוקרטיה של גביון נמצאת בבירור בקוטב הפרוצדוראליסטי. ואולם ראוי לזכור שבגביון מחברת את תפיסת הדמוקרטיה שלה עם מושג זכויות האדם, שאמור להשלים את תפיסת הדמוקרטיה באמצעות תוספת מהותית עשירה של דוקטרינות באשר לזכויותיהם של בני האדם.

המהלך של גביון צריך לעמוד בראש ובראשונה במבחן העובדה שהפרוצדורות של הדמוקרטיה כמעט אף פעם אינן מצליחות ליצור בקרב אזרחי המדינה קונסנסוס באשר לרצונותיהם, אלא הפוליטיקה הדמוקרטית מולידה כמעט תמיד עמדות של רוב ועמדות של מיעוט. יתר על כן, במדינות לא מעטות, ובכללן ישראל, קיימים "מיעוטים קבועים", היינו קבוצות המוצאות עצמן בקביעות בעמדת מיעוט במסגרת ההליכים הדמוקרטיים. אם כך, כל תפיסה של הדמוקרטיה חייבת להכיל בתוכה ערכים המכוונים להגנתם של אלו הנמנים עם המיעוטים הפוליטיים. פירוש הדבר הוא שמושג הזכויות של הדמוקרטיה צריך להיות רחב מהזכויות הפוליטיות שבהן מכירה גביון (הזכות לבחור, הזכות להיבחר, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות הפוליטית ושוויון בהשתתפות הפוליטית). מושג הזכויות של הדמוקרטיה צריך לכלול גם כמה וכמה זכויות ליברליות שאסור לרוב השולט בהליך הפוליטי להביא לפגיעה בהן. בניסוח אחר, עצם העובדה שההליכים הדמוקרטיים מולידים רוב המסוגל לפגוע בזכויות המיעוט מחייב יצירה של הכלאה בין מושג הדמוקרטיה לבין הליברליזם, לשם הגנת החירויות הליברליות של אלו המשתייכים למיעוטים הפוליטיים (במיוחד אם הם מיעוטים קבועים). יתר על כן, לשם הבטחת קיומן של הזכויות הליברליות של המיעוטים נדרש שיתקיים בדמוקרטיה בית משפט חוקתי עצמאי וחזק.

⁹⁰ אסא כשר "יש גבולות" גבול הציות 66, 68 (ישי ודינה מנוחין עורכים 1985).

גביון תשיב שהיא מכירה בחשיבותן ובמרכזיותן של זכויות האדם הנחוצות להגנתם של מיעוטים פוליטיים, אבל על פי גישתה, מקומן של הזכויות האלה הוא מחוץ לגדריו של מושג הדמוקרטיה, וגם כאשר הן ממוקמות מחוץ למושג הדמוקרטיה, הן מצליחות "לעשות את העבודה" ולהגן על המיעוטים הפוליטיים כראוי. ואולם אני רוצה לטעון שמכיוון שכאשר הדמוקרטיה מבקשת לשקף את רצון העם היא יוצרת כמעט תמיד רוב ומיעוט, ההגנה הרחבה על המיעוט מפני הפעולה הפוליטית של הרוב חייבת להיחשב חלק ממושג הדמוקרטיה עצמו, ולא משהו שהוא חיצוני לו.

יתר על כן, בשל ההשפעה הרבה של הפוליטיקה על חייהם של אזרחי המדינה ובשל משקלן הכבד של האמוציות בהליכים הפוליטיים, מתעוררת השאלה אם משהו שהוא חיצוני לתפיסתנו את הדמוקרטיה – מושג זכויות האדם – יהיה מסוגל להגן כהלכה על זכויות המיעוטים הפוליטיים, או שמא נדרש שנחנך עצמנו לכך שההגבלות על כוח הפעולה של הרוב כלפי המיעוט הן חלק מההליך הפוליטי הדמוקרטי עצמו (בעיקר הליכים של חקיקה). ובכלל, כיצד יופעלו זכויות האדם להגנתם של מיעוטים הנפגעים על ידי הרוב הדמוקרטי? אם התשובה היא שההגנה תיעשה בדרך של הגשת עתירות לבית משפט חוקתי, כי אז העתקנו את העיסוק בזכויות הליברליות של האזרחים מהמערכת הפוליטית לבית המשפט החוקתי, ואולם לא התגברנו על בעיית ההתנגדות של קבוצות לא-ליברליות לרכיבים הליברליים שבתרבות הפוליטית של המדינה, שהרי כעת הקבוצות האלה יתנגדו לפסיקותיו הליברליות של בית המשפט החוקתי. אם כך, על פי גישתה של גביון, ייתכן שנצליח לשמר את המנגנונים הדמוקרטיים המשותפים לקבלת החלטות אבל נפגע בלגיטימציה של בית המשפט החוקתי, משהו שכזכור גביון חרדה מפניו מאוד.

אוסף עוד שגביון אינה מראה במפורט כיצד מושג זכויות האדם מסוגל לעשות את מה שמסוגלת לעשות הדמוקרטיה על פי התפיסה המהותית שלה. במילים אחרות, גביון אינה מביאה דוגמאות של מצבים שבהם המערכת הפוליטית הדמוקרטית תפגע בזכויותיהם של מיעוטים, ואולם בית המשפט החוקתי, שיפעיל את מושג זכויות האדם, יצליח להגן על זכויות המיעוטים. דיונה של גביון בשאלת היחס שבין הדמוקרטיה וזכויות האדם הוא כללי ועקרוני. אציין עוד כי קיימת קרבה בין תפיסת הדמוקרטיה של גביון לבין התפיסה הפופוליסטית של הדמוקרטיה.⁹¹

⁹¹ הבחנה מקובלת בספרות על הפופוליזם היא בין פופוליזם "שמאלי" ופופוליזם "ימני": הפופוליזם השמאלי פועל במסגרת המסורת המרקסיסטית ומתקומם כנגד ריכוז העושר בידי קבוצה מעטה, המרכזת בידיה גם את השלטון הפוליטי. הפופוליזם הימני תופס את העם כישות בעלת אתניות משותפת ויוצא נגד מה שהוא תופס כסיכול הרצון הפוליטי של העם על-ידי אליטות משכילות. ראו William A. Galston, *The Populist Challenge to Liberal Democracy*, 29(2) J. DEMOCRACY 5, 12, 13 (2018). כן ראו גילה שטופלר "חוקתיות סמי ליברלית ואיונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" **עיוני משפט** מד 171 (2021) (המציגה את הפופוליזם הישראלי כימני: מטרתו "לקדם אינטרסים לאומניים ודתיים של 'העם היהודי', שמהותם, כמו גם גבולותיו של 'העם' – השבט – נקבעים על ידי השלטון, האמון גם על סימון אויביו של השבט ונקיטת כל האמצעים הדרושים לשם הכנתם"); דני פילק **פופוליזם והגמוניה בישראל** 68, 84 (2006) (המבחין בין "פופוליזם מכיל" ל"פופוליזם מדיר"). הפופוליזם המכיל נותן קדימות לעם כ"עמך". הפופוליזם המדיר נותן קדימות ל"עם כיחידה אורגנית, אתנית או תרבותית, כהוראת המושג הגרמני "volk" (שם, בעמ' 69). "הפופוליזם המדיר מציע דרך לשמור על הזהות המשותפת, על

אין לי ספק שגביון הייתה מתנגדת לפופוליזם, ולפיכך לדעתי, היא הייתה צריכה להיות מוטרדת מכך שהיא מציעה תפיסה של הדמוקרטיה שברכיבים עיקריים שלה היא דומה לתפיסה הפופוליסטית של הדמוקרטיה. שהרי, בדומה לתפיסת הדמוקרטיה של גביון, אחד הרכיבים העיקריים של הפופוליזם הוא התפיסה הפרוצדוראלית של הדמוקרטיה, היינו מתן משקל מכריע לרצון הרוב. רכיב זה בא לביטוי בכמה וכמה מאפיינים של הפופוליזם.

ראשית, בצימוד "דמוקרטיה ליברלית" פופוליסטים מבקשים לחזק את רכיב ה"דמוקרטיה" ולהחליש את רכיב ה"ליברליזם". הם מחזקים את רכיב הדמוקרטיה בהדגשת הצורך במתן ביטוי לעמדות הרוב כפי שהן נקבעות בבחירות. הם מחלישים את רכיב הליברליזם בבקשם לפגוע במוסדות ובערכים המחשקים את רצון הרוב, כגון החוקה, שאמורה להגביל את פעולת הרוב; בית המשפט החוקתי המגן על הזכויות הליברליות; זכויות הפרט המגבילות את פעולת הרוב, ובכללן חופש הביטוי.⁹² פופוליסטים תופסים את הדמוקרטיה "כפרוצדורלית או רובנית גרידא", כותבים עמיחי כהן ויניב רוזנאי. עמדתם היא ש"הרוב הפוליטי מייצג את הריבון ולפיכך הוא כל-יכול".⁹³

שנית, פופוליסטים אינם תופסים את החיים החברתיים תפיסה פלורליסטית. יש רצון הרוב, והוא צריך להיחשב מייצג את העם כולו.

שלישית, הפופוליסטים מגייסים לטובתם את עקרון היסוד של הדמוקרטיה, שלפיו הפוליטיקה צריכה לשקף את "רצון העם",⁹⁴ אבל ההבנות שלהם את המושגים "עם" ו"רצון העם" מעוותות. "טיעון הליבה של הפופוליזם הוא שרק חלק מהעם הוא באמת העם", כותב יאן-וורנר מולר, "ושרק האותנטיות הפופוליסטית מזהה ומייצגת את העם האמיתי והנכון".⁹⁵ רביעית, הפופוליסטים גם כופרים בכך שהדמוקרטיה היא הליך שבו קבוצות מתדיינות ומגיעות לפשרות המממשות את האינטרסים ואת תפיסות העולם שלהן.⁹⁶ עבורם הדמוקרטיה היא הליך לקביעת רצון הרוב כדי לאפשר אחר כך מימוש של הרצון הזה בידי המנהיג. גישתה הפרוצדוראלית בעיקרה של גביון לדמוקרטיה מתלכדת אפוא עם התפיסה הפרוצדוראלית של הדמוקרטיה על ידי הפופוליסטים, והניתוק שגביון יוצרת בין הדמוקרטיה לבין זכויות האדם הוא כניתוק שיוצרים הפופוליסטים בין הדמוקרטיה לבין הליברליזם.

הסובייקט הקולקטיבי המאיים. דרך זו מתבססת על הדגשת הגבולות של ה'אנחנו': על ידי (1) הדרתן של קבוצות חלשות; (2) הנגדה בין העם [...] לבין האליטות; (3) מרכזיותו של המנהיג, המגלם את הזהות המאוחדת" (שם, בעמ' 78). לדיון בגורמי הפופוליזם, ראו מנחם מאוטנר "הכול מתחיל בכיתה א': מחשבות על שורשי הפופוליזם" **עינוי משפט** מד 213 (2021).

⁹² ראו Galston, לעיל ה"ש 91, בעמ' 11; שטופלר, לעיל ה"ש 91; עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה הישראלית" **עינוי משפט** מד 87 (2021).

⁹³ שם.

⁹⁴ JAN-WERNER MULLER, WHAT IS POPULISM? 6 (2016).

⁹⁵ שם, בעמ' 21, 22–23. ראו גם כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש 92.

⁹⁶ Muller, לעיל ה"ש 94, בעמ' 31.

ג. חשיבה סוציולוגית

1. ישראל כ"חברה שסועה"

חשיבתה הסוציולוגית של גביון יוצאת מנקודת המוצא שישראל היא "חברה שסועה", המפולגת לקבוצות הנחלקות עמוקות בשאלת החיים הטובים ובשאלת התרבות הציבורית שצריכה להתקיים במדינה. כפי שראינו בעניין חשיבתה המוסדית, עמדתה היא שמבחינת הרכבו, אופן המינוי אליו וההכשרה של חבריו, בית המשפט העליון אינו הגוף המתאים להכרעה בשאלות אלה, ועל השאלות להיות מוכרעות "בשיח החברתי והציבורי". במצבים שבהם ככל זאת נדרשת הכרעה משפטית מוטב שהיא תיעשה על ידי המחוקק, בהליך של משא ומתן ופשרה ולא על ידי בית משפט המפעיל את שיח הזכויות, סוברת גביון.

מכיוון שגביון תופסת את החברה הישראלית כחברה שסועה, היא מתנגדת לכך שהמשפט ימלא תפקיד בהגדרת הזהות התרבותית של המדינה, ונאמנה לגישתה בדבר חשיבות פעולתן של הפוליטיקה ושל החברה האזרחית היא סוברת ששאלות אלה צריכות להיקבע בזירות אלה. שי לביא כתב על גביון:

עמדתה העקרונית הייתה שאין דרך ליישב דרכי חיים מתנגשות באמצעות עקרונות. אפשר לקבוע כללי משחק, אבל כשאלו אינם מספיקים, יש צורך בהידברות ובפשרות ובמרחבי עמימות, שימנעו הדרה של קבוצות מהמרחב הציבורי. זה היה הטעם העיקרי להתנגדות הנחרצת שלה לחוק האום. היא הבינה שמטרתו לדחוק את האזרחים הלא-יהודים מחוץ למרחב הפוליטי ולערער על אפשרות קיום משותף של יהודים וערבים בישראל. היא הייתה ציונית והאמינה בלאומיות יהודית, אך בזירה הפוליטית ראתה גם בעמימות עיקרון.⁹⁷

ועוד כתב לביא:

לא עמדותיה הפוליטיות הן החשובות, אלא עמדותיה ביחס לפוליטי. בימים שבהם, בלשונו של ייטס, 'דברים מתפרקים, המרכז לא יכול להחזיק', ביקשה גביון להחזיק את הדברים מתוך המרכז, אך בלי להתכחש לגיוון העמוק של החברה בישראל.

עם זאת גביון לא הציעה מסגרת חשיבה שבגדרה יוכלו הקבוצות התרבותיות המרכיבות את החברה הישראלית לנהל את המרכז המדינתי (המשטר, המשפט והתרבות הפוליטית) בדרך של שיתוף פעולה. שאלת המסגרת של המרכז המדינתי בתנאים של רב-תרבותיות נדונה בהרחבה בהגות הליברלית של העשורים האחרונים בעקבות השתרשות ההבנה שכל המדינות בעולם הן רב-תרבותיות במובן הזה שאוכלוסיותיהן מורכבות מיותר מקבוצה לאומית אחת, או יותר מקבוצה דתית אחת, וממספר רב של קבוצות של מהגרים, ילידים ושבתים (יעקב לוי מדבר על

⁹⁷ שי לביא "רות גביון: כליא ברק פוליטי" מקור ראשון (31.8.2020) <https://bit.ly/3BkUMpZ>. על עמדתה של גביון בזכות העמימות, ראו גביון **מטרת על לישראל**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 36.

"המפנה הרב-תרבותי בהגות הליברלית"⁹⁸. כחלק מההגות הזו עלה זרם הליברליזם הפוליטי, המזוהה עם הגותם של צ'רלס לרמור⁹⁹ וג'ון רולס.¹⁰⁰ נקודת המוצא של הליברליזם הפוליטי הוא חוסר ההסכמה העמוק הקיים בין אזרחי המדינה באשר לחיים הטובים, והוא מבקש אפוא להציע דרכים לארגון המוסדות של המדינה ולעיצוב התרבות הפוליטית שלה בלא להישען על תפיסה כוללת של הקיום האנושי הראוי, בניגוד לליברליזם הכוללני, שמבוסס על הנחה בדבר פשר החיים הטובים, והמבקש להנביע מתפיסה זו תאוריה באשר למדינה הראויה ובאשר לאופן שבו צריכים לפעול מוסדות המדינה.¹⁰¹

דומה שגביון תמכה בליברליזם הפוליטי של רולס. היא כתבה שהיא "מסכימה עם הזרם הפילוסופי שבראשו עומד רולס, הסבור כי רק הליברליזם הפוליטי (בשונה מליברליזם כתורת מוסר), נגזר בהכרח מההומניזם"¹⁰². ואולם ספק בעיניי אם גביון הייתה מסוגלת לאמץ את הליברליזם הפוליטי של רולס, מטעם כפול: ראשית, הליברליזם הזה יכול לפעול רק בתנאים שבהם מרבית האזרחים מוכנים לקבל על עצמם "תבונה ציבורית" ליברלית, המגלמת את "העיקרים החוקתיים" ואת תפיסות "הצדק הבסיסי", שבגדרם תפעל המערכת הפוליטית של המדינה. ואולם, רכיב מרכזי בהגותה של גביון הוא שהשיסוע הקיים בחברה הישראלית אינו מאפשר יצירת הסכמה באשר לכינונה של חוקה ליברלית עבור המדינה, היינו שבישראל קבוצות מרכזיות בחברה אינן מוכנות לקבל על עצמן את הליברליזם כעקרון היסוד של המסגרת הפוליטית; שנית, הליברליזם הפוליטי של רולס יכול לפעול רק בתנאים שבהם העקרונות החוקתיים שביסוד פעולתה של המערכת הפוליטית נתמכים ב"קונסנסוס חופף" של "הדוקטרינות הכוללניות" הדתיות, המוסריות והפילוסופיות שבגדרן חיים מרבית האזרחים, היינו למעשה, שבקרב האזרחים עצמם מתקיים "קונסנסוס חופף" המסוגל לתמוך בעקרונות החוקתיים האמורים. ואולם, כאמור, גביון מניחה בנוגע לישראל שיסוע כזה שאינו מאפשר למרבית האזרחים להתלכד סביב חוקה ליברלית. כפי שכתב לביא, גביון האמינה ב"הידברות" וב"עמימות" יותר מאשר בהגעה להסכמות באשר לתכניה של מסגרת פוליטית משותפת. מהבחינה הזו, עמדתה קרובה דווקא לליברליזם הפוליטי של צ'רלס לרמור, שעל פיו המדינה הליברלית אמורה לפעול על פי שני עקרונות יסוד: ראשית, כבוד שווה לכל בני האדם, היינו התייחסות לא אינסטרומנטלית לבני האדם, והתייחסות אליהם כמי שניתן לנסות לשכנע אותם כדי להגיע עימם להסכמה; שנית, ניהול דיאלוג רציונלי בין בני האדם על האופן שבו מוסדות המדינה צריכים לפעול, היינו ניהול דיון במסגרת "הגרעין הקשה" של הערכים המוסכמים על כל הקבוצות החיות במדינה וכן ניסיון לשכנע בני אדם אגב שימוש בתכנים המקובלים עליהם

⁹⁸ Jacob T. Levy, *Liberal Jacobinism*, 114 ETHICS 318, 322 (2004).

⁹⁹ CHARLES E. LARMORE, PATTERNS OF MORAL COMPLEXITY (1987); Charles Larmore, ראו *Political Liberalism*, 18 POL. THEORY 339 (1990); Charles Larmore, *The Moral Basis of Political Liberalism*, 96 J. PHIL. 599 (1999).

¹⁰⁰ JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993).

¹⁰¹ לדיון נרחב, ראו מאוטר בפתח המאה העשרים ואחת, לעיל ה"ש 10, בפרק 10.

¹⁰² אמנת גביון-מדן: עיקרים ועקרונות 74 (יואב ארציאלי עורך התשס"ג) (להלן: אמנת גביון-מדן).

במסגרת התרבות שלהם עצמם.¹⁰³ בשל המעמד המרכזי שהיא מקנה למושג זכויות האדם בחשיבתה, ניתן להניח שגביון הייתה רואה במושג הזה "גרעין קשה" כאמור, שבגדרו ניתן לנסות להגיע להסכמות בין כל הקבוצות החיות במדינה.¹⁰⁴

2. התנגדות לשימוש במשפט לקביעת הזהות התרבותית של המדינה

במאמר שכתבה עם פניה עוז-זלצברגר כתבה גביון על הגדרת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית":

הכנסת המונחים "יהודית ודמוקרטית" [...] לחומר המשפטי, בוודאי ברמה שיש הנותנים לה משמעות או פרטיבית, נראית לנו טעות חמורה. האבות המייסדים שלנו, שניהלו את הוויכוחים האלה ברמת עומק וחדות גבוהה מזו שבה אנו מנהלים אותם כיום, השכילו להימנע מלהכניס את הנושאים האלה לחומר משפטי שעשוי להיות מחייב ולקבל פרשנויות משפטיות מוסמכות בבתי המשפט. הם פעלו בתבונה, והשאירו את הדיונים החשובים האלה לרמות של דיון ציבורי, חברתי ורעיוני ולדיונים חינוכיים וזהותיים [...] אין בסוגיות אלה יתרון או תרומה לדיון משפטי.¹⁰⁵

באוגוסט 2013 מינתה שרת המשפטים ציפי לבני את גביון לבחון את האפשרות "לנסח הסדר חוקתי העוסק באופייה של מדינת ישראל [...] הן היהודי והן הדמוקרטי". גביון הגיעה למסקנה ש"בעת הזו לא רצוי שישראל תעגן את מרכיבי החזון שלה במסמך חוקתי". הטעם העיקרי לכך היה עמדתה שיש לאפשר את פעולתם של "הסדרים חברתיים שאופיים יוכרע על ידי כוחות פוליטיים, תרבותיים, רוחניים ומשפטיים באורח ההולם את ההקשר של כל החלטה, והמשקף את הריבוי העצום והמתחדש של גישות ודעות ביחס לכל הסדר". בניסוח אחר, חזון המדינה צריך להתקבל "באמצעות נציגי הציבור, מנהיגיו, רשויות המדינה על פי סמכויותיהן וארגוני החברה האזרחית".¹⁰⁶

ועוד כתבה גביון:

חוק חזון לבדו לא יתרום לפתרונה של בעיה שהיא במהותה בעיה של חינוך והקניית ערכים בחברה שיש בה, וימשיכו להיות בה, מחלוקות עמוקות. חשוב יותר, חינוך מסוג זה נעשה בעיקר כחלק ממערכות תרבותיות וקהילתיות. הוא אינו יכול להישען רק על החוק או על כוחה של המדינה. [...] החתירה ללכידות אזרחית וללכידות יהודית, בעיקר על רקע של מחלוקות עמוקות גם בין מעגלי הלכידות

¹⁰³ לגישה זוהי, ראו AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT (1996).

¹⁰⁴ לגישה זוהי, ראו מאוטנר **בפתח המאה העשרים ואחת**, לעיל ה"ש 10, בפרק 11. כן ראו Menachem Mautner, *From 'Honor' to 'Dignity': How Should a Liberal State Treat Non-Liberal Cultural Groups?*, 9 THEORETICAL INQ. L. 609 (2008).

¹⁰⁵ רות גביון ופניה עוז-זלצברגר "ישראל כמדינה לאומית וליברלית" **משפט ועסקים** יד 328, 325-324 (2012).

¹⁰⁶ גביון **עיגון חוקתי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 8-9.

וגם בתוכם, היא מעשה חברתי, רעיוני ותרבותי. למשפט תפקיד חשוב בהכוונה ובאכיפה של גבולות של שיח, אבל המעשה הנדרש מישראל אינו משפטי, והכלי המשפטי לבדו אינו הולם אותו. [...] החזון מונחל במידה רבה באמצעות חינוך, תהליכי חיברות ושיח.¹⁰⁷

עמדתה זו של גביוון קרובה לעמדתם של כמה וכמה מחברים.¹⁰⁸ ניר קידר כתב שבשל ריבוי התרבויות בחברה היהודית בישראל ובשל החד-ממדיות של המשפט, כל גיוס של המשפט לקביעת האופי התרבותי של החברה כרוך בהכרח בפגיעה בקבוצות תרבותיות ובהפסדים תרבותיים. קידר מבקר אפוא את המהלך שנגקט בחוק יסודות המשפט ואת זה שנגקט בשני חוקי היסוד של 1992.¹⁰⁹ יהושע (שוקי) שגב כותב שאבות האומה בחרו בגישה שלא להכריע באמצעות המשפט בשאלות אידאולוגיות. "באמצעות הטקטיקה החוקתית שלא להחליט הושג שיתוף פעולה הוגן ויציב וניתנה, למעשה, לבית המשפט יד חופשית להגן על זכויות האדם."¹¹⁰ ידידיה שטרן כותב ש"אין יישוב מחלוקות תרבותיות יכול להיות מוכרע באמצעות דיון משפטי או הלכתי. [...] עולה הצורך לצמצם את מקומם של המשפט ושל ההלכה כמובילי הדיון והמחלוקת בשאלת אופייה של החברה הישראלית. [...] הסדרה חברתית לא תושג בבית משפט ובבית דין אלא במערכות פוליטיות וחברתיות."¹¹¹ שלמה אבינרי אמר על תהליך החקיקה של שני חוקי היסוד של 1992: "רפורמטורים ומתקנים ראוי שייזהרו בדבריהם. [...] ניסו להבטיח את כבוד האדם וחירותו מתוך נקודת-מבט ליברלית ודמוקרטית, ועיגנו במסמך חוקתי את היותה של המדינה יהודית ודמוקרטית. לעיתים מוטב להשאיר עמימות קיימת שאפשר לפרש אותה לצדדים שונים."¹¹² אף אני הבעתי עמדה דומה.¹¹³ טענתי שבתנאי חוסר ההסכמה העמוקה בעם היהודי בשאלת התרבות עדיפה גישה של מציאת פתרונות פרטיקולריים, בהקשרים שונים, על פני מצב שבו מאומצות הכרעות מכוננות החותרות תחת אמונות היסוד של חלק מהקבוצות ומנכרות אותן אפוא מההכרעות. טענתי שהגישה שהצעתי מהדהדת כמה גישות: היא ברוח מה שסטיבן הולמס מכנה "קשירת הלשון" (tongue-tying) כדרך פעולה במצבים של חוסר הסכמה;¹¹⁴ היא ברוח

¹⁰⁷ שם, בעמ' 32, 37. לעיסוקה של גביוון בשאלת הלכידות, ראו גביוון **מטרת על לישראל**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 4, 26, 27, 28.

¹⁰⁸ מאוטנר "הליברליזם בישראל", לעיל ה"ש 32, בפרק 2, ה"ש 128.

¹⁰⁹ ניר קידר **משפט כחול לבן – זהות ומשפט בישראל מאה שנים של פולמוס** (2017).

¹¹⁰ יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" **מאזני משפט** ה' 125, 199 (התשס"ו).

¹¹¹ ידידיה שטרן "עושר שמור לבעליו לרעתו: על מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית" **מחקרי משפט** יט 103, 106–107, 140, 141 (2002).

¹¹² שלמה אבינרי "דברים ברב שיח ציבורי" **מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית** 78, 79 (רון מרגולין עורך) (1997).

¹¹³ ראו מאוטנר **בפתח המאה העשרים ואחת**, לעיל ה"ש 10, בפרק 10; מנחם מאוטנר "חוק הלאום, ההסלמה במלחמת התרבות, והצורך בהכרזה על 'תיקו' תרבות דמוקרטית" 20 (2021).

¹¹⁴ Stephen Holmes, *Gag Rules or the Politics of Omission, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY* 19 (1988).

גישת הווטו במצבים של קונסוציונליזם, שעליה כתב ארנד לייפהארט, שאף היא דרך פעולה במצבים של חוסר הסכמה;¹¹⁵ היא ברוח הביזור של הכרעות נורמטיביות שנוקט הליברליזם למן ראשיתו ועד הליברליזם הפוליטי של ג'ון רולס.¹¹⁶ גם זאב ז'בוטינסקי סבר שחוקה אינה צריכה להגדיר את האופי הלאומי של המדינה; האופי הזה נקבע על ידי ההרכב הדמוגרפי של אזרחי המדינה ועל ידי אורחות החיים של האזרחים, הוא סבר. בעדות שנשא לפני הוועדה המלכותית בבית הלורדים ב-11 בפברואר 1937 אמר ז'בוטינסקי:

אינני סבור כי רצוי שחוקתה של איזו מדינה תכיל סעיפים מיוחדים המבטיחים במפורש את אופיה ה'לאומי'. סבורני, כי סימן טוב הוא לחוקה, אם נמעט למצוא בה סעיפים כאלה בה. הדרך הטבעית והטובה ביותר היא, שאפיה ה"לאומי" של מדינה יהא מובטח על ידי עצם העובדה שיש בה רוב מסויים. אם הרוב הוא אנגלי, הרי המדינה אנגלית, ואין צורך בשום ערובות מיוחדות. לפיכך, בהביעי את המלים "מדינה עברית", כוונתי לקהליה, או לארץ, הנהנית ממידה מספקת של שלטון עצמי בענייניה הפנימיים והחיצוניים, ושיש בה רוב יהודי.¹¹⁷

לעמדתה של גביון שלפיה המשפט אינו צריך למלא תפקיד בהגדרת האופי התרבותי של המדינה מצטרפת עמדתה התורת-משפטית באשר לכוחו המוגבל של המשפט, בין המשפט החרות ובין המשפט הפסיקתי, לחולל שינויים חברתיים. עמדה זו, הנסמכת על תפיסותיה הסוציולוגיות של גביון, מתחברת גם עם חשיבתה המוסדית. "החלטות שיפוטיות או אף חוקים של הכנסת אינם מצליחים לשנות את המציאות, כאשר מולם מתייצבים כוחות ואינטרסים פוליטיים, חברתיים, דתיים, תרבותיים או כלכליים חזקים", היא כותבת. "זהות יהודית (דתית או חילונית), כמו כל רכיב זהות אחר, הם בעיקרם עניין של חינוך ושל תרבות. את אלה אי-אפשר להשיג בדרך של חקיקה". והיא מוסיפה: "יש כוחות תרבותיים ששימוש בכוח, חזק ככל שיהא, או איסור על שימוש בו, לא יוכלו לדכא. [...] שום חברה בריאה לא תוכל לחיות אם כל, או אף רוב בני האדם בה, יבחרו בטוב רק מפני שהוא נאכף על-ידי המשפט. [...] החברה היהודית ידעה, מאז ומתמיד, לעשות במשפט שימוש יצירתי, מבלי לתת לו למצות את הקיום".¹¹⁸

¹¹⁵ ראו AREND LIJPHART, THE POLITICS OF ACCOMMODATION: PLURALISM AND DEMOCRACY IN THE NETHERLANDS (1968); Arend Lijphart, *Democracy, in THE NETHERLANDS DEMOCRACY IN PLURAL SOCIETIES: A COMPARATIVE EXPLOTATION* (1977).
¹¹⁶ Rawls, לעיל ה"ש 100.

¹¹⁷ זאב ז'בוטינסקי "מלאו הבטחתכם או הסתלקו מן המאנדאט!" **כתבים, נאומים** 221, 224 (התש"ח). ראו גם אריה נאור "המתווה החוקתי של זאב ז'בוטינסקי למדינה היהודית בארץ ישראל" **איש בסער – מסות ומחקרים על זאב ז'בוטינסקי** 51 (אבי בראלי ופנחס גינוסר עורכים 2004).

¹¹⁸ **אמנת גביון-מדן**, לעיל ה"ש 102, בעמ' 79.

3. התנגדות לפעולה של "האליטות הישנות" במשפט לשימור מעמדן

גביון גם ביקרה את השימוש שעושות "האליטות הישנות" בבית המשפט העליון כדי לשמר את מעמדן לנוכח הפיחות בכוחן בעשורים האחרונים במערכת הפוליטית. בריאיון לעיתונאי ארי שביט ב-1999 אמרה גביון:

יש כאן ניסיון של גורמי אליטה ותיקים לעבוד באמצעות החוקה ובאמצעות בית המשפט כדי לתת מסגרת מושגית-חוקתית הומוגנית לאוכלוסייה שהיא היום מאוד לא הומוגנית. [...] בשעה שהמערכת הפוליטית והציבורית עברה דמוקרטיזציה ונפתחה לכוחות החדשים של המזרחיים והמסורתיים ואפילו הערבים, המערכת המשפטית נשארה טהורה למדי מבחינת האליטות הישנות. על כן אין התאמה בין המערכת הזאת לבין המערכת הפוליטית. במובן מסוים המערכת הזאת משמשת כמפלט אחרון לאלמנטים של האליטות הישנות המרגישים שהמוסד היחיד שנותר עדיין בשליטתם ומייצג את ערכיהם הוא בית המשפט. ועל כן יש להם נטייה טבעית להעצים את כוחו של בית המשפט ובעצם להשתמש בו כדי לבלום או לרסן את תהליך הדמוקרטיזציה. [...] עלינו להיזהר מאוד מהנטייה הזאת. היא עלולה ליצור את התחושה שיש כאן קבוצה אחת שעושה שימוש בתהליך החוקתי כדי להגן על האינטרסים שלה ועל הערכים שלה מפני התהליכים הדמוקרטיים אשר לכאורה יצאו מכלל שליטה. אם זה הרושם שיווצר, הוא יסכן הן את מעמדו של בית המשפט והן את הסיכוי שערכים ליברליים יתקבלו כערכיה של החברה הזו כולה.¹¹⁹

דברים ברוח זאת כתבתי אף אני.¹²⁰

ד. סיכום

חנה ארנדט מדברת, בעקבות ביקורת כוח השיפוט של עמנואל קאנט, על "הרחבת הרוח": העמדת האני במקומו של האחר ושקילת עמדותיו של האני לאור עמדותיו האפשריות של האחר¹²¹ (עמדה זו אומצה על ידי סיילה בן-חביב).¹²² מהלך זה הוא ברוח מושג הדיאלוג של הנס-גיאורג גדמר: הדיאלוג אינו הליך שבו כל צד מבקש להוכיח את צדקת עמדתו ולהראות שביכולתו לגבור על טיעונו של האחר, אלא הדיאלוג מכוון להשיג תובנות בדרך של בחינת משקלה של הדעה של האחר, והכול מתוך פתיחות מרבית ונכונות לשינוי עמדות.¹²³

¹¹⁹ שביט, לעיל ה"ש 38.

¹²⁰ ראו מאוטר בפתח המאה העשרים ואחת, לעיל ה"ש 10, בפרק 7; מאוטר "הליברליזם בישראל", לעיל ה"ש 32, בפרק 1.

¹²¹ חנה ארנדט הרצאות על הפילוסופיה הפוליטית של קאנט 70 (גיא אלגת מתרגם 2010).

¹²² Seyla Benhabib, *Introduction, in SITUATING THE SELF* 3, 9 (1992).

¹²³ מאוטר משפט ותרבות, לעיל ה"ש 16, בפרק 3.

רבים שאלו עצמם מה היה פשר השינוי בעמדותיה של רות גביון בסוף שנות התשעים של המאה העשרים. תשובתי: גביון, שניחנה בחקרנות, בפתיחות וביושר אינטלקטואלי יוצאי דופן, עברה תהליך של הרחבת הרוח כמובן של קאנט וארנדט. כמשפטנית היא פעלה במשך שנים בגדרי הליברליזם הישראלי, שהמשפטנים, בראשות בית המשפט העליון, הם הסוכנים בהא הידיעה להטמעת ערכיו בתרבות הפוליטית של המדינה. אכן, ב-1972 היא הייתה ממייסדי האגודה לזכויות האזרח, מהלך שכיום קשה להבין עד כמה חלוצי הוא היה בזמנו. ואולם בשלב מסוים היא הפנימה את עובדת החלקיות של הליברליזם בישראל, היינו העובדה שבמדינה חיות קבוצות חשובות שאינן מקבלות על עצמן את הליברליזם, או לפחות מבקשות לתת לו תכנים אחרים מאלה המקובלים על הזרם המרכזי של המשפטנים, הפועלים בחסות בית המשפט העליון. גביון לא השתמשה בעולם המושגים של הרב-תרבותיות. היא דיברה במושגים של "חברה שסועה". ואולם עובדת הרב-תרבותיות של המדינה הכתיבה את האופן הרזה שבו תפסה את מושג הדמוקרטיה. להבנתה את עובדת הרב-תרבותיות של המדינה ולהבנתה הרזה את הדמוקרטיה הצטרפה עמדתה התורת-משפטית באשר לתפקידיו המוסדיים המוגבלים של בית המשפט העליון, היינו עמדתה נגד האקטיביזם השיפוטי. כפי שהראיתי במאמר זה, ההנחה בדבר הרב-תרבותיות של המדינה ועימה התפיסה הרזה של הדמוקרטיה וההתנגדות לאקטיביזם הן שהיו הרכיבים המכוננים של הגותה, והן שעיצבו את עמדותיה בכמה וכמה עניינים. ואולם חשוב לזכור שגביון שימרה את הליברליזם שלה אף כי היא עדכנה אותו והרחיבה אותו כדי לתת בו מקום לגיוון התרבותי הקיים במדינה.

עם זאת במאמר זה ביקרתי כמה רכיבים בהגותה של גביון. למשל, ביקרתי את התנגדותה לכך שבית המשפט העליון יעסוק בעניינים ערכיים; טענתי שההערכה שלה את היקף ההתנגדות לליברליזם הישראלי בחברה הישראלית הייתה מוגזמת, משום שמרבית הקבוצות התרבותיות החיות במדינה תומכות בהמשך קיומו של הליברליזם הזה, גם אם חלקן מבקשות לטעון אותו בתכנים שהם שונים מאלה שהם מרכזיים במסורת הפסיקה של בית המשפט העליון והמזוהים עם תומכיו של בית המשפט; ביקרתי את התנגדותה לתפיסה המהותית העבה של הדמוקרטיה, המכליאה את הדמוקרטיה והליברליזם, ואת העדפתה, תחת זאת, את התפיסה הפרוצדוראלית הרזה של הדמוקרטיה. אף אחת מהביקורות האלה אינה יכולה לגרוע כמובן מאסירות התודה הגדולה שכולנו חבים לרות גביון על ההיקף העצום ועל העומק של התרומה הייחודית, מעוררת המחשבה ומעוררת ההשראה שלה לחשיבה המשפטית והציבורית של ישראל.