

רות גביזון

מאת

דוד קרצמר*

מבוא. א. פרטיות ומגבלות ההסדרה המשפטית. ב. ביקורת שיפוטית והמהפכה החוקתית.
ג. מדינה יהודית ודמוקרטית. ד. אמנת גביזון-מדן. ה. קולה החסר של רות גביזון.

מבוא

פרופ' רות גביזון זכתה למעמד מיוחד הן באקדמיה הישראלית הן בציבוריות הישראלית. באקדמיה נחשבה לדמות מרכזית: חברת האקדמיה הישראלית למדעים, אורחת רצויה במוסדות אקדמיים מובילים בישראל ובעולם ומורה מוערכת. גביזון, שעמדה בראש הקתדרה לזכויות אדם על שם השופט חיים כהן באוניברסיטה העברית בירושלים, כתבה וערכה יותר מעשרים ספרים בעברית ובאנגלית, ופרסמה עשרות מאמרים, חלק ניכר מהם בכתבי עת יוקרתיים. לגביזון הייתה הכשרה פורמלית גם בפילוסופיה, והיא לימדה במשך שנים תורת המשפט וכתבה בנושא זה ובנושאי פילוסופיה של המשפט ופילוסופיה כללית.¹ הכשרתה ותובנותיה הפילוסופיות באו לידי ביטוי בכל מה שכתבה.

גביזון לא הסתפקה בעבודה אקדמית אלא הייתה מעורבת כל השנים גם בפעילות ציבורית ענפה. בשנות השבעים תרמה רבות לביסוסה של האגודה לזכויות האזרח בישראל ושימשה במשך שנים כיו"ר הנהלתה, ולימים גם כנשיאתה. בשנת 2005 היא הקימה את מציל"ה – מרכז למחשבה ציונית, יהודית, ליברלית והומניסטית ושימשה עד למותה כנשיאת המרכז. גביזון נהגה לפרסם טורי דעה בעיתונות ולהתראיין בנושאים השנויים במחלוקת ציבורית. ריאיון איתה שפורסם בעיתון הארץ בנובמבר 1999,² שבו מתחה ביקורת נוקבת על המערכת המשפטית בכלל ועל עמדות מסוימות של בית המשפט העליון בפרט, זכה להדים בציבור, הוביל לדיון בכנסת שבו חברי כנסת נעזרו בדבריה בהתקפותיהם על מערכת המשפט וגרר תגובות חריפות מצד כמה אנשי אקדמיה בכירים. לעמדותיה של גביזון בריאיון זה אחזור בהמשך.

* פרופסור אמריטוס, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ראו למשל Ruth Gavison, Avishai Margalit & Edna Ullman-Margalit, *Causal Over-Determination: Resolution of a Puzzle*, 37 PHIL. STUD. 381 (1980); Ruth Gavison, *Comment*, in ISSUES IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY: THE INFLUENCE OF H.L.A. HART 21 (Ruth Gavison ed., 1987).
2 כן ראו Ruth Gavison, *Comment: Legal Theory and the Role of Rules*, 14 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 727 (1991).

2 ריאיון של ארי שביט עם רות גביזון (12.11.1999) (להלן: ריאיון ארי שביט).

גביון הייתה חברה בוועדות ציבוריות שונות, שהעיקריות בהן היו ועדת כהן להגנת הפרטיות,³ ועדת שמגר למינוי היועץ המשפטי וסוגיות נלוות⁴ ועדת וינוגרד לחקר אירועי מלחמת לבנון השנייה.⁵ היא זכתה בפרסים שונים, ובראשם פרס א.מ.ת. למשפטים ומדעי החברה (2003) ופרס ישראל לחקר המשפט (2011).

רות גביון הייתה חברה קרובה שלי במשך יותר מחמישים שנה. היינו עמיתים בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, פעלנו יחד באגודה לזכויות האזרח בישראל ואף שימשנו יושבי ראש משותפים של הנהלתה. במשך השנים היו בינינו ויכוחים בנושאים שונים והתגלו פערים ניכרים בעמדותינו בשאלות חוקתיות ופוליטיות. ואולם אי-ההסכמות, גם כאשר היו חריפות למדי, לא השפיעו על הידידות האישית העמוקה בינינו. סימן שגם בחברה השסועה שבה אנחנו חיים ניתן לקיים ידידות עם מי שחולקים על דעותיהם.

פרסומיה ומחקריה של גביון מתחלקים לשתי קטגוריות: פרסומים אקדמיים מובהקים ופרסומים ציבוריים, שבהם גביון מנצלת את הידע הרחב שלה, את כוחותיה האינטלקטואליים האדירים ואת כושר הביטוי החריף שלה לדיון בשאלות ציבוריות בוערות. עם הפרסומים מן הקטגוריה השנייה נמנים "מסד לאמנה חברתית חדשה ליחסים בין חופשיים ושמירת מצוות בישראל" (אמנת גביון-מדן, 2003); "באין חזון יפרע עם: מטרת על לישראל והשלכותיה" (2006); ו"עיגון חוקתי של זהות המדינה: מסמך מסכם" (2015). הדעות שהביעה גביון בהתבטאויותיה הציבוריות, בטורים שפרסמה בעיתונות, בפרסומים בפייסבוק ובחלק מפרסומיה האקדמיים והציבוריים הפכו אותה לאישיות שנויה במחלוקת בעשרים השנים האחרונות, במיוחד בקרב פעילים בזירת זכויות אדם ובחוגים ליברליים שהיו לכאורה החוג החברתי והאידיאולוגי הטבעי שלה. רבים ראו בה מי ש"חצתה את הקווים" בין מה שמכונה בדרך כלל – בטעות – מחנה השמאל למחנה הימין. ראייה זו נסמכה לא רק על חלק מהתבטאויותיה של גביון אלא בעיקר על הנטייה של אנשי ימין מובהקים לצטט דברים שכתבה או אמרה כאסמכתה לדעותיהם, במיוחד בעניין גישתם העוינת לביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון.

אין להכחיש שחלק מהתבטאויותיה של גביון אכן סיפקו נשק לאויבי בית המשפט ההולכים ומתרבים בחברה הישראלית. עם זאת כמי שהכיר את גביון מקרוב וניהל איתה עשרות דיונים וויכוחים, אינני שותף לדעות הרווחות הללו. גביון נשארה עד יומה האחרון מחויבת לשלטון והחוק ולזכויות אדם. כך, למשל, בפרסום הגדול האחרון שלה, שבו שללה את ההצעה לעגן את חזון המדינה בחוק יסוד, עמדה גביון על שמירת זכויות אדם כאחד משלושת היסודות של המדינה.⁶

אני משוכנע כי מחויבותה העקרונית של גביון לזכויות אדם נשארה איתנה במשך הקריירה הארוכה שלה. מה הוביל אנשים לפקפק בכך? ראשית לכול, לעיתים גישתה של

3 הוועדה להגנה בפני פגיעה בציניעת הפרט **דין וחשבון** (משרד המשפטים 1976).
 4 הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו **דין וחשבון** (1998).
 5 הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 ועדת וינוגרד **דין וחשבון סופי** כרך א (2008).
 6 רות גביון **עיגון חוקתי לחזון המדינה?** 19 (שמואל רוזנר עורך 2016) (להלן: גביון **עיגון חוקתי**). שני היסודות האחרים הם "יהודיות" ו"דמוקרטיה".

גביון להגדרת זכויות היסוד הראויות להגנה משפטית ושיפוטית הייתה צרה. בחיבור חשוב שאעמוד עליו בהמשך היא התייחסה לחובה להבטיח "זכויות אדם יסודיות"⁷, כאשר היא מוכנה להוציא מהגדרה זו זכויות יסוד המעוגנות באמנות בין-לאומיות בדבר זכויות אדם שמדינת ישראל הצטרפה אליהן. נראה לי כי גישה זו של גביון הובילה אותה לפעמים לנקוט עמדות שבעיני רבים מחבריה ועמיתיה לא היו מתאימות למי שחרתה על דגלה את ההגנה על זכויות אדם אוניברסליות.⁸

בדומה לעמדתה בדבר ההגדרה הצרה של הזכויות הראויות להגנה משפטית ושיפוטית, הייתה לגביון תפיסה בדבר דמוקרטיה "רזה". היא הייתה בדעה שמשטר דמוקרטי חייב להבטיח את הזכויות הקשורות להליך הדמוקרטי – זכויות פוליטיות והזכויות הדרושות כדי להבטיח כי יהיה אפשר להחליף את השלטון בבחירות כלליות – אך סברה שזכויות אחרות, חשובות ככל שיהיו, אינן חלק הכרחי ממשטר דמוקרטי.⁹ גביון דחתה את התפיסה שמשטר דמוקרטי חייב להיות ניטרלי כלפי סמלים ותרבות של הרוב. היא האמינה כי מדינה דמוקרטית חייבת לתת ביטוי להעדפות הרוב בתנאי שאינן פוגעות ב"זכויות האנושיות הבסיסיות" של המיעוט.¹⁰

עם השנים עניינה של גביון במדינת ישראל כמדינת הלאום של היהודים גבר, והיא ייחסה משקל רב להיבט זה בהגדרה החוקתית של המדינה. שינוי זה בתחומי ההתעניינות האקדמית והציבורית של גביון בא לידי ביטוי במאמריה האקדמיים והציבוריים ובהקמת מרכז **מציל"ה** ויזום פרסומיו של המרכז.¹¹ צירוף תפיסתה הצרה של גביון בדבר הזכויות הראויות להגנה משפטית, עמדתה בדבר דמוקרטיה רזה, והרצון שלה להצדיק ולבסס את אופייה היהודי של המדינה הובילו לשינוי בהדגשיה ולאיימוץ עמדות שהעדיפו לפעמים אינטרסים ציוניים על פני ערכים אוניברסליים. היא נתנה ביטוי מובהק לכך במאמר שכתבה אחרי פסק הדין בעניין **קעדאן**, שבו בית המשפט החליט כי היה אסור לשלול מאזרח ערבי את הזכות לבנות בית ביישוב שנבנה על אדמת מדינה שנמסרה לסוכנות היהודית. גביון תמכה במסקנת בית המשפט במקרה הספציפי, אך היא התנגדה לאמרות בפסק הדין שמהן

7 Ruth Gavison, *The Jews' Right to Statehood: A Defense*, 15 AZURE 70, 92 (2003) (להלן: *Gavison, The Jews' Right*). לגרסה בעברית של מאמר זה ראו רות גביון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הראויה" **תכלת** 13 (2002) <https://bit.ly/3fx78RH> (להלן: "גביון" "הצדקה עקרונית" (התרגומים של המאמר באנגלית המופיעים במאמר זה לקוחים מתוך מאמר זה).

8 דוגמה מובהקת הייתה חוות דעת מקצועית שגביון הגישה לבית המשפט שדן בדרישה לקבל ילדים של מבקשי מקלט ומהגרי עבודה לבתי ספר רגילים. אומנם גביון הכירה בחובת המדינה לתת חינוך לילדים אלה, אך היא טענה כי אין לילדים זכות להשתלב במערכת החינוך הרגילה. היא התעלמה, בין השאר, מן החובה המוטלת על מדינה שהצטרפה לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות להבטיח חינוך ללא הפליה. טעמי ההפליה האסורים המנויים באמנה כוללים לא רק גזע, דת ומין אלא גם "מעמד אחר". ראו חוות דעת מומחה של רות גביון מטעם המשיבה בעת"מ 29883-07-11 **מאנג'אן נ' עירית אילת** (עותק בידי המחבר).

9 רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" **עיוני משפט** יט 631, 640–635 (1995) (להלן: "גביון: מדינה יהודית").

10 Gavison, *The Jews' Right*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 88 ("יש עיקרון יסוד בדמוקרטיה שלמיעוט אין זכות למנוע מן הרוב את קידום האינטרסים שלו כל עוד זכויותיו הבסיסיות של המיעוט מכובדות").

11 לפרסומים אלו ראו "הפרסומים שלנו" **מציל"ה** <https://bit.ly/3twuaAo>.

היה אפשר להסיק שהגיע הקץ לבניית יישובים להתיישבות יהודית. גביון גרסה שניתן להצדיק התיישבות הממלאת יעדים לאומיים של המדינה היהודית, כגון מניעת רצף טריטוריאלי בין יישובים ערביים משני צידי הקו הירוק.¹² מלבד עמדתה הצרה בעניין הזכויות הראויות להגנה משפטית, והשינוי בהדגשים שלה, נראה לי שאפשר למצוא גורם נוסף לביקורת על גביון בחוגים ליברליים. לדעתי גביון לא הייתה רגישה במידה מספקת לדרך שבה יובנו דבריה בקהלים שונים ולשימוש שיעשה בהם כדי לנגח את הערכים שהיו יקרים לה. עמדתי הייתה מאז ומתמיד שבכתיבה אקדמית אנשים חייבים לכתוב ולבסס את האמת שלהם בלי לחשוש מן ההשלכות הפוליטיות של מה שהם כותבים. שונה המצב בכתיבה ובהתבטאויות ציבוריות, שעצם מטרתן הוא להשפיע בזירה הציבורית או הפוליטית. בשל מטרה זו, יש להביא בחשבון את השפעתן האפשרית על שחקנים שונים בזירה הציבורית והפוליטית. הטענה כי "לכך לא התכוונתי" איננה נותנת מענה משכנע לכתיבה המנוצלת למטרות שהכותב אינו מזדהה אתן. בתאוריה גביון הייתה מודעת היטב להשפעה הפוטנציאלית של הדברים שכתבה. היא לא קיבלה את ההבחנה שהצעתי בין כתיבה אקדמית לכתיבה "ציבורית", והייתה סבורה כי גם בכתיבה אקדמית יש להתחשב בגורם זה. היא נתנה ביטוי לעמדתה במאמרה הנוקב על המהפכה החוקתית. ואלה דבריה:

בעידן התקשורת המתוחכם שאנו נמצאים בו יש חלחול מתוך העיתונות האקדמית לדיון הציבורי. מי שעוסק בכתיבה אקדמיה בנושאים אלה [נושאים חוקתיים שנויים במחלוקת] חפץ כי דבריו יישמעו וישפיעו. בעת כזאת מי שמתבטא בנושאים כאלה חייב להצדיק את פרסומם גם ברמת השפעתם.¹³

ואומנם בכתיבה האקדמית גביון עמדה בקו שקבעה לעצמה; היא ידעה לנמק לא רק את עמדותיה השנויות במחלוקת, אלא גם את ההצדקה לפרסומן על אף החשש שאחרים ינצלו אותם כדי לפגוע בערכים ובמוסדות היקרים גם לה, ובראשם בית המשפט העליון ויכולתו להגן על זכויות אדם. ואולם אינני משוכנע כי תמיד העריכה את כוח השפעתם הפוטנציאלית השלילית של דבריה כאשר התבטאה בריאיון לעיתון, בטור דעה בעיתון או בפוסט במדיה החברתית. בשל המספר הגדול של פרסומיה האקדמיים של גביון לא אתיימר כאן לתת תמונה כוללת של מפעלה האקדמי. אעמוד רק על נקודות ציון בולטות ועל מאפיינים כלליים של תפיסותיה.

12 רות גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" **משפט וממשל** ו 25, 40–42 (2001) (להלן: גביון "ציונות בישראל?").

13 רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 23 (1997) (להלן: גביון "המהפכה החוקתית").

א. פרטיות ומגבלות ההסדרה המשפטית

נושא הדוקטורט של גביון – שאותו כתבה באוקספורד בהנחיית הל"א הארט – היה פרטיות, ובמאמריה הראשונים היא המשיכה לדון בהיבטים שונים של נושא חשוב זה. נראה לי כי מאמרה החשוב ביותר בתחום הוא המאמר על פרטיות וגבולות המשפט, שפורסם בשנת 1980 ב-YALE LAW JOURNAL.¹⁴ במאמר זה דנה גביון בהגדרת מושג הפרטיות, בחשיבותו בחייו של הפרט ובחברה ובהסדרה משפטית של הנושא. בדיונה בסוגיה אחרונה זו נמצאים הניצנים הראשונים בהשקפתה של גביון בעניין גבולות או מגבלות החוק שעתידה ללוות אותה בנושאים המגוונים שעסקה בהם במשך השנים. אלה שהביעו תמיהה על גישתה השמרנית לכאורה של גביון בנושא השפיטות והביקורת השיפוטית על חקיקה בעקבות פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**¹⁵ או על התנגדותה החדה לחקיקת חוק-יסוד: הלאום, מוזמנים לחזור ולקרוא את מאמרה זה של גביון, שבו מוצגת גישתה בעניין גבולות המשפט והשפיטה.

בתחילת המאמר גביון מציינת כי יש אי-בהירות בעניין משמעותו של המושג "פרטיות", דבר המקשה מאוד על הסדרת הנושא במישור המשפטי. היא מתעמתת עם הוגים, ובראשם המלומד האמריקני פרוסר ("מר נזיקין האמריקני"), שפקפקו בקיומו של ערך משפטי של פרטיות וטענו כי כל המקרים שבהם בתי המשפט הגנו כביכול על פרטיות היו למעשה מקרים שניתן היה לסווג כמקרים שבהם בית המשפט הגן על ערכים משפטיים מסורתיים, כגון קניין. לפי תפיסתה של גביון, האינטרס הייחודי שלנו בפרטיות קשור לחשש מגישתם של אחרים אלינו: המידה שבה אחרים מכירים אותנו, המידה שבה יש להם גישה פיזית אלינו והמידה שבה אנחנו משמשים נושא לתשומת ליבם. על ערך זה לא ניתן להגן "בעקיפין". גביון לא ראתה בהתערבות המדינה בהחלטות פרטיות שלנו – דוגמת ההחלטה של אישה על הפלה – בעיה של פרטיות אלא של חירות. היא הייתה סבורה כי המסגרת לדון בהתערבויות מסוג אחרון זה היא המסגרת הידועה של התערבות המדינה בחירות הפרט, שאלה שמעסיקה את האנושות זה מאות בשנים, עוד לפני שבכלל החלו לדבר על הגנת הפרטיות.

לדעתה של גביון, ראיית הפרטיות כאינטרס המבטא את רצוננו להגביל גישה של אחרים אלינו מאפשרת לנו לדעת מתי מתרחשת פגיעה בפרטיותנו. דבריה של גביון נכתבו בסוף שנות השבעים, שנים רבות לפני עידן האינטרנט והמדיה החברתית, שחשף דווקא את הרצון של רבים לחשיפה לאחרים, הציג אתגר להגנה על אלה שאינם מעוניינים בחשיפה והוביל לדיון בשאלה אם הפרטיות מתה ונקברה סופית. דווקא בשל כך מעניין לחזור לחלק במאמרה של גביון שבו היא עומדת על התפקידים של הפרטיות. גביון סבורה כי לפרטיות תפקידים לא רק במישור האישי – כגון מניעת גישה פיזית לא רצויה, קידום חירות הפעולה של הפרט והגנה על כבוד האדם באמצעות מניעת חשיפתו לאחרים – אלא גם במישור החברתי. אליבא דגביון, "אנחנו רוצים חברה שבה כל הפרטים יכולים לגדול, לשמור על בריאותם הנפשית והאוטונומיה שלהם, ליצור ולקיים יחסים עם בני אדם אחרים, ולנהל

14 Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421 (1980)

15 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

חיים בעלי משמעות".¹⁶ היא סברה כי הגנה על פרטיות חשובה לקיום המשטר הדמוקרטי "מכיוון שהיא מטפחת ומעודדת האוטונומיה המוסרית של האזרח, שהינה דרישה מרכזית של דמוקרטיה".¹⁷ במידה שפרטיות חשובה לאוטונומיה של הפרט, היא חשובה גם לדמוקרטיה.

עם כל מחויבותה לפרטיות כערך עצמאי הראוי להגנה משפטית גביון הייתה מודעת היטב למגבלות החוק בהגנה על ערך זה, ובחלק השני של מאמרה היא עומדת על מגבלות אלו. ראשית, ברור שלפעמים האינטרס בהגנה על ערכים אחרים, כגון חופש הביטוי, גובר על האינטרס בהגנת פרטיות. אך נוסף על כך גביון עומדת על הקשיים הכרוכים בהפעלת כלים משפטיים כדי להגן על פרטיות. לדעתה הקושי הגדול ביותר נגזר מעצם טבעה של הפרטיות, כפי שגביון מבינה ערך זה. היא כותבת:

Invasions of privacy are hurtful because they expose us; they may cause us to lose our self-respect, and thus our capacity to have meaningful relations with others. The law, as one of the most public mechanisms society has developed, is completely out of place in most of the contexts in which privacy is deemed valuable.¹⁸

מהי אפוא משמעותה של הפרטיות כערך משפטי, אם קשה להפעיל את המשפט נגד פגיעה בה? חשוב לגביון להדגיש שלוש נקודות: ראשית, אסור לחשוב כי הפרטיות מתמצית בהגנת החוק על הערך עצמו או על ערכים אחרים שיש בהם אלמנט של פרטיות; שנית, הכרת החוק בפרטיות עשויה לחזק את המודעות לחשיבותה ולהרתיע פגיעות פזיזות בה; לבסוף לדעתה של גביון, להכרת החוק בפרטיות עשויה להיות השפעה חינוכית. גביון מסיימת את מאמרה במילים אלו:

A clear statement in the law that privacy is a central value could make us more aware of the valuable functions privacy can serve. Ultimately, the wish to have privacy must be in our hearts, not only in our laws. But this does not mean that a commitment to the value of privacy should not be in our laws as well.¹⁹

גביון דנה בפרטיות בכמה מאמרים נוספים. באחד מהם היא יוצאת להגנה על תפיסתם של וורן וברנדייס במאמרם המכונן על הזכות לפרטיות שפורסם בשנת 1890 נגד אלה שטענו כי תפיסתם מובילה להגבלות יתר על חופש הביטוי;²⁰ באחר, שנכתב לפני חקיקת החוק להגנת הפרטיות בישראל, היא מניחה שיש צורך להגן על פרטיות בחוק הישראלי ודנה

16 Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, בעמ' 455.

17 שם.

18 שם, בעמ' 459.

19 שם, בעמ' 471.

20 Ruth Gavison, *Too Early for a Requiem: Warren and Brandeis Were Right on Privacy vs. Free Speech*, 43 S. C. L. REV. 437 (1992).

בשאלה אם יש להשיג הגנה זו בהוראה כללית המכירה בזכות, או בפירוט המקרים שבהם ניתן לקבל תרופה בגין פגיעות ספציפיות בזכות.²¹

לא אעמוד על מאמרים אלה של גביון אלא על מאמר שבו היא מתמודדת עם סוגיה המשליכה ישירות על הגנת הפרטיות בחברה: ההבחנה בין הפרטי לבין הציבורי.²² נקודת המוצא במאמרה זה של גביון היא הניסיון של זרמים פמיניסטיים, שיש שיראו בהם זרמים רדיקליים, לערער על ההבחנה המקובלת במשפט בין התחום הפרטי לבין התחום הציבורי. גביון עומדת על ההבדל בין ביקורת פנימית של ההבחנה – דהיינו ביקורת המקבלת את חשיבות ההבחנה עצמה, אך מבקרת את השימוש בה בהקשרים שונים – לבין מה שהיא מכנה ביקורת חיצונית, דהיינו ביקורת השוללת את קבילותה של ההבחנה עצמה. רוב הפמיניסטיות שותפות לביקורת פנימית על ההבחנה, אך חלק מהן דוגלות בביקורת חיצונית על ההבחנה, המובילה אותן לשלול את קבילותה של ההבחנה.

גביון מראה כי הקושי בדיון בביקורת פנימית וחיצונית של ההבחנה בין הפרטי לבין הציבורי טמון בעובדה שבספרות מייחסים למושגים "פרטי" ו"ציבורי" מובנים שונים, שלכל אחד מהם השלכות משפטיות שונות. היא עומדת בהרחבה על המובנים השונים של המושגים הללו. גביון מראה כי בשל ההבדלים בין השימושים השונים במושגים אין אפשרות לגזור מסקנה גורפת בדבר חשיבות ההבחנה בין הפרטי ולציבורי ובדבר השפעתה על חירותה של האישה. היא מודה שבביקורת הפמיניסטית על ההבחנה יש תובנות חשובות שעליהן היא עומדת, אך טוענת כי "מאבק נגד ההבחנה המילולית בין הציבורי לבין הפרטי, במקום מאבק נגד טיעונים מוטעים שנשענים על מושגים אלה, או מבני הכוח שמנצלים אותם בדרכים שאין להצדיקן, הוא חסר תועלת, בדומה לניסיון לפתור בעיות של מבנה חברתי באמצעות טיפול אישי".

גביון מודעת לכך שגם פמיניסטיות המערערות על ההבחנה בין הפרטי לבין הציבורי מכירות בכך שלנשים אינטרס בפרטיות ובאינטימיות. היא סבורה כי טעות לחשוב שהיותם של יחסי המשפחה עניין שהוא ביסודו פרטי, משמעותו כי אסור למדינה להתערב במה שנעשה בתוך המשפחה. ברור לה כי אין להסתתר מאחורי אופיים הפרטי של יחסי משפחה כדי להצדיק אי-התערבות באלימות במשפחה. מנגד, היא שואלת אם המסקנה חייבת להיות שאין הקשרים שבהם מנקודת המבט הנשית מוטב שהמדינה לא תתערב בחיי המשפחה. ההבחנה בין הסדרים משפטיים להסדרים חברתיים ממלאת תפקיד חשוב גם במאמרה זה של גביון. היא מתמודדת עם הטענה כי שום מעשה אינו נעשה בחופשיות, ובגרסתה הפמיניסטית של טענה זו, כי כאשר נשים מחליטות לעשות פעולה (כגון להינשא, לקיים יחסי מין, או לא לעבוד מחוץ לבית) הן אינן מחליטות החלטה חופשית, אלא שהחלטותיהן נקבעות לפי נורמות ואילוצים חברתיים. גביון מודה שגם כאשר החוק איננו מתערב בחופש הבחירה שלנו החלטות רבות אינן ביטוי אמיתי של אוטונומיה אישית. ואולם, היא איננה מוכנה להסיק מכך שאין סיבה עקרונית שלא תהיה התערבות משפטית בהחלטות הפרט. גביון מדגישה כי התובנה שהחלטות שאינן נתונות להסדרה משפטית אינן תמיד

Ruth Gavison, *Should We Have a "General Right to Privacy" in Israel?*, 12 ISR. L. REV. 155 21 (1977).

.Ruth Gavison, *Feminism and the Private/Public Distinction*, 45 STAN. L. REV. 1 (1992) 22

"חופשיות" אין משמעותה כי כל הניסיונות להבחין בין זירות שבהן יש מקום להתערבות משפטית בהחלטת הפרט לבין זירות שבהן אין מקום כזה הם מוטעים ומטעים, ובעיקר כי אין להסיק שאין חשיבות להבחנה הנשענת על חופש מהסדרה **משפטית**. כליברלית אמיתית, תלמידה מובהקת של הל"א הארט, היה חשוב לגביון לעמוד על הצורך להצדיק את התערבות **המשפט** כדי לאסור התנהגות שאיננה גורמת נזק פיזי או כלכלי לאחרים.²³ הטענות נגד התערבות כזו נשענות בדרך כלל על ערך החירות. גביון סברה כי גם אם היה אפשר לבסס את הטענות הללו על טעמים אחרים, טעות היא לחשוב כי הסדרה משפטית איננה שונה מלחצים חברתיים או מצרכים כלכליים.

ב. ביקורת שיפוטית והמהפכה החוקתית

דעותיה של גביון בעניין הביקורת השיפוטית בכלל ובעניין "המפכה החוקתית" בפרט זכו לתהודה הן בציבור הכללי הן בזירה האקדמית. את דעותיה אלו הביעה גביון בכתביה אקדמית²⁴ ובריאיון שפורסם בעיתון "הארץ" בשנת 1999.²⁵ בית המשפט העליון הפך היום לשק החבטות של חוגים רבים במערכת הפוליטית. חוגים אלה נעזרים לעיתים בכתביהם של גביון ושל ליברלים אחרים כדי לבסס את התקפותיהם על מערכת המשפט בכללה, ועל בית המשפט העליון בפרט.²⁶ תופעה זו מקשה על אלה שיש להם ביקורת עניינית על עמדותיו של בית המשפט בסוגיות שונות, בלי שביקורת זו פוגעת בהערכתם את חשיבותו, את מעמדו ואת חיוניותו של המוסד עצמו במערכת השלטונית של ישראל. החשש הוא שיעשה שימוש בביקורת עניינית כדי להחליש את בית המשפט על מנת לאפשר פעילות חסרת רסן של המערכת הפוליטית. ואולם, דווקא מכיוון שחלק מן הגורמים המעוניינים בהחלשת המערכת המשפטית נוהגים להביא את דבריה של גביון כאסמכתה התומכת בביקורתם, נראה לי כי חשוב לעמוד על עמדותיה המורכבות של גביון בעניין הביקורת השיפוטית. נתחיל בעניין תפקידו של בית המשפט העליון, וליתר דיוק של בג"ץ. קשה להכחיש כי למן שנות השבעים של המאה הקודמת חל שינוי בתפיסתו של בית המשפט העליון בנוגע לעצם תפקידו השיפוטי. בכינוס שהתקיים בשנת 1988, שדן בהתפתחויות בארבעים שנות קיומה של שיטת המשפט בישראל, עמדתי על שינוי זה.²⁷ השופטים של הדור הראשון של

23 השוו לוויתור המפורסם בין הארט לדבלין, שבו הארט טען כי ההצדקה היחידה להטלת הגבלות על חירות היא הצורך להגן על אחרים או על החברה, ואילו דבלין היה בדעה כי ניתן להטיל הגבלות גם כדי להגן על המוסר הציבורי. לעמדתו של הארט, ראו H.L.A. HART, LAW, LIBERTY AND MORALITY (1963). הספר תורגם לעברית וגביון כתבה הקדמה לספר. ראו ה.ל.א. הארט **חוק חירות ומוסר** 15–21 (אליה גילדין מתרגמת 1981).

24 גביון "המפכה החוקתית", לעיל ה"ש 13.

25 ריאיון ארי שביט, לעיל ה"ש 2.

26 לשימוש בעמדותיהם של אנשי אקדמיה כדי לנגח את בית המשפט ראו רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" **עיוני משפט** מד 49 (2022).

27 דוד קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" **משפטים** יט 551 (1990).

בית המשפט העליון, שהיו הרוב בבית המשפט עד לאמצע שנות השבעים, ראו את תפקידם היחיד בהכרעה בסכסוך משפטי בין הצדדים. הם הבהירו לא אחת כי הם אינם אחראים לחוקיות פעולות השלטון ככלל אלא רק לחוקיות פעולותיו המשפיעות על זכויות הפרט המתדיין לפניו. ברור כי שופטים אלה היו מודעים היטב לכך כי בפסקי הדין הם לא רק מחילים דינים קיימים אלא גם יוצרים נורמות משפטיות חדשות. ואולם קביעת נורמות אלה נתפסה כתוצאה לוואי של פסיקתם בשיטה משפטית הנשענת על הגישה האנגלו-אמריקנית בדבר אופיו המחייב של התקדים המשפטי. השינוי שחל בתפיסתו של בית המשפט בשנות השבעים לא היה מוסתר. בית המשפט קבע במפורש כי תפקידו אינו רק להכריע בסכסוכים אלא גם להבטיח את שלטון החוק. עמדתו החדשה של בית המשפט הייתה כי בהיעדר ביקורת שיפוטית על מעשי השלטון אין אפשרות להבטיח את חוקיות פעולותיו, המונחת בבסיס משטר הנשען על שלטון החוק. עמדה זו הובילה את בית המשפט לצמצם עד מאוד את דוקטרינת אי-השפיטות ולהרחיב את זכות העמידה לפני בג"ץ, כדי שלא רק אנשים שנפגעו ישירות ממעשי השלטון יוכלו לעתור אליו. בית המשפט גם הרחיב את עילות הביקורת על מעשי השלטון כאשר הפך את עילת הסבירות לעילה כללית שעל פיה ניתן לבקר כל מעשה שלטוני.

האם שינוי רדיקלי זה היה חיובי? בשאלה זו יש היום מחלוקת עמוקה. מצד אחד אין ספק כי גישת בית המשפט אפשרה לו לתרום את חלקו בקביעת נורמות שלטוניות ובמאבק נגד שחיתות והתעלמות השלטון מן החוק; מצד שני הגישה תרמה ללא ספק לדעה שקנתה לה אחיזה בחוגים רחבים כי בית המשפט "מנהל את המדינה" ונכנס לתחומם של מוסדות השלטון האחרים.

גביוון הבינה כי בתפיסתו של בית המשפט טמונות סכנות רבות לעצם מעמדו בחברה הישראלית. היא ניסתה אפוא להבחין בין תפקידו של בית המשפט כמוסד שחייב להגן על זכויות הפרט לבין תפקידו ה"חדש" כמוסד שמטפל בסוגיות שאינן קשורות ישירות לזכויות אדם. בריאיון שפורסם בעיתון "הארץ" סיפקה גביוון דוגמאות למקרים שבהם לדעתה בית המשפט טיפל בסוגיות שלא היה צריך להכריע בהן:

לטעמי יחסי חוץ, ניהול מלחמות, מדיניות כלכלית-חברתית וסדרי עדיפויות אינם שפויים. גם ההליך הפוליטי והסכמים קואליציוניים. לכן אחת הפסיקות הבעייתיות ביותר בעיני הייתה הפסיקה שחייבה את ראש הממשלה רבין לפטר את דרעי בטרם הוגש נגדו כתב אישום. חשבתי שזו הייתה החלטה שגויה לגופה, אבל גם התפרצות למקום שלבית המשפט אסור היה להתפרץ אליו. גם עמדת המיעוט בעניין ההסכם הקואליציוני עם ש"ס הייתה בעיני התערבות לא ראויה במרקם הפעילות המפלגתי.²⁸

אף אם עמדתה זו של גביוון שנויה מאוד במחלוקת,²⁹ לו הייתה מסתפקת בה, לא היו עמדותיה גוררות ביקורת קשה גם מצד אלה שאינם מתלהבים מהרחבת תפקידו המסורתי

28 ריאיון ארי שביט, לעיל ה"ש 2.

29 לביקורת נוקבת עליה ראו את עמדתו של מרדכי קרמיניצר אצל רות גביוון מרדכי קרמיניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד-מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 165 (התש"ס).

של בית המשפט. ואולם לצד הצהרתה כי בית המשפט חייב להגן על זכויות אדם ביקשה גביון לצמצם הגנה זו למה שכינתה "זכויות אדם יסודיות". באותו ריאיון מפורסם היא אמרה שאיננה חושבת "שנכון 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 מערביות ונגד מסורתיות או בעד מודרניות ואינדיבידואליזם ונגד קהילתיות. זה מהלך מאוד בעייתי בעיניי".³⁰

נראה בבירור כי משמעות דברים אלה בהקשר הישראלי היא, בין השאר, כי בית המשפט איננו צריך להתערב בענייני דת ומדינה, גם כאשר מדובר בפגיעה קשה בזכות לחופש הדת ולחופש מדת, ואולי גם שאיננו אמור להגן על שוויון נשים בהקשרים שבהם שוויון זה הוא לצנינים בעיני חוגים דתיים. מעניין שדברים אלה של גביון זכו לתגובה חריפה מצד פרופ' דניאל פרידמן, שדווקא תומך בחלק גדול מעמדותיה של גביון, במיוחד אלה הנוגעים להתערבות בית המשפט במעשי השלטון שאינם נוגעים לזכויות הפרט.³¹ פרידמן ראה סתירה בין המחויבות המוצהרת של גביון לזכויות היסוד לבין עמדתה זו. לדעתו של פרידמן, המחויבות לחופש הדת ולשוויון בין נשים וגברים היא ערך של החברה הישראלית שבית המשפט חייב להגן עליו גם אם אינו מקובל על חוגים דתיים.

פרידמן הדגיש כי "עיקרון שוויון בין גברים לנשים איננו המצאה או קפריזה של בית המשפט העליון".³² לי נראה כי ניתן לומר זאת על כל זכויות האדם המעוגנות באמנות הבין-לאומיות שמדינת ישראל הצטרפה אליהן. אומנם בית המשפט איננו אוכף ישירות אמנות אלו, אבל קשה להבין דרישה שבית המשפט יתנער ממחויבותה של מדינת ישראל לכבד ולהבטיח זכויות אלו בשל העובדה שהן "מערביות" או שאינן מקובלות על כל החוגים בחברה בישראל.

עם כל הרצון להבחין בין שאלות בדבר זכויות אדם לבין שאלות בדבר הסדרים פוליטיים, יש להודות שיש מקרים שקשה לסווגם. כל עוד מדובר בפגיעה בפרט ספציפי, נראה כי ההבחנה די ברורה. הקושי מתעורר כאשר מדובר בזכויות של קבוצת **מינוע** שלמה בחברה, שעל פי הסדר פוליטי עם הרוב זכתה לפריווילגיה מסוימת. זהו כמובן המצב בעניין דחיית הגיוס של אברכים. התערבות בית המשפט בסוגיה כאובה זו מראה, לדעתי, שהיה בסיס לחששות של גביון. שופטים מן הדור הראשון בבית המשפט הבינו היטב כי אל להם להתערב בסוגיה זו, ושיש להשאיר אותה להסדרה של המערכת הפוליטית.³³ נכונותו של בית המשפט להכניס את ראשו לעניין לא הביאה לפתרון הבעיה ויצרה תסבוכת פוליטית ומשפטית שאנו חיים איתה עד עצם היום הזה. התערבות בית המשפט בסוגיה זו גם החריפה את העיונות כלפיו בחברה החרדית. אני מתקשה להבין עד היום איך אותו בית משפט

30 ריאיון ארי שביט, לעיל ה"ש 2.

31 דבריו של פרידמן הובאו כתגובה לריאיון עם גביון בעיתון **הארץ**. ראו ארי שביט "דבר ראש האופוזיציה – ראיון עם פרופ' רות גביון" **הארץ** (12.11.1999).

32 שם.

33 ראו בג"ץ 40/70 **בקר נ' שר הבטחון**, פ"ד כד(1) 238 (1970); בג"ץ 448/81 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד לו(1) 81 (1981); ד"נ 2/82 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד לו(1) 708 (1982); בג"ץ 179/82 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד לו(4) 421 (1982).

שסירב בעקשנות לפסוק בדבר חוקיות ההתנחלויות בשטחים, על סמך הטענה כי אופייה הדומיננטי של הסוגיה הוא פוליטי,³⁴ לא נשען על אותו נימוק בעניין גיוס בחורי הישיבה.³⁵ האם גביוון צדקה בטענתה שהחלטת בית המשפט להרחיב את תחומי שיפוטו פגעה במעמדו? קשה לתת תשובה חד-משמעית לשאלה זו. יש להניח כי גורמים שונים הובילו לירידה ניכרת באמון של חלקים גדולים בציבור בבית המשפט. קשה, אם לא בלתי אפשרי, לדעת מה היה משקלו של כל אחד מגורמים אלה. עם זאת נראה לי כי ניתן לומר במידה גבוהה של ביטחון כי לחלק מן הגורמים שעליהם עמדה גביוון הייתה השפעה מסוימת על הפגיעה באמון של חלקים בציבור בבית המשפט. את משקלה של השפעה זו קשה לאמוד. גם לא ניתן לדעת אם חוסר נכונות של בית המשפט להתערב בנושאים בעלי חשיבות ציבורית היה פוגע באמון בו בחוגים אחרים. יש להוסיף כמובן כי גם אם תפיסתו של בית המשפט פגעה באמון בו בחוגים מסוימים, אין להסיק מכך כי בית המשפט טעה כאשר אימץ תפיסה זאת. רבים יטענו כי ההישגים בהגנה על שלטון החוק שהושגו בעקבות תפיסתו הרחבה של בית המשפט הצדיקו את המחיר ששולם בפגיעה במעמדו. האם צודקים אלה? נראה לי כי התשובה לשאלה זו דומה לתשובה המיוחסת למאו צה טונג כאשר נשאל לדעתו על השפעת המהפכה הצרפתית: מוקדם מדי לדעת.

דעותיה הביקורתיות של גביוון על "המהפכה החוקתית" שחולל בית המשפט העליון בפסק דינו המפורסם בעניין **בנק המזרחי** קשורות, כמובן, לעמדותיה הביקורתיות בעניין היקף הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון שעליהן עמדנו לעיל. עם זאת הן אינן פונקציית של עמדותיה אלו, אלא נשענות בראש ובראשונה על דעתה של גביוון בדבר מקום החוקה בחברה, הדרך הראויה לאימוץ חוקה במדינה שסועה והליך אימוץ החוקה בישראל. במאמר עשיר, ארוך, מעמיק ומפורט מאוד הציגה גביוון את עמדתה בנושא החוקה, כאשר היא נעזרת בתאוריה פוליטית וחוקתית, במשפט חוקתי משווה, בהיסטוריה החוקתית של ישראל ובתוכנות בדבר הליכים חברתיים ופוליטיים בחברה הישראלית.³⁶

אין אפשרות לעשות ברשימתי זו צדק עם מאמרה זה של גביוון, שנראה לי כמאמר החשוב והמקיף ביותר על המהפכה החוקתית שנכתב בנושא. די לציין כי גביוון הביעה את דעתה הברורה בעד אימוץ חוקה פורמלית למדינת ישראל, חוקה שיהיו בה פרק על זכויות אדם והכרה בסמכות שיפוטית להגן על זכויות אלו, גם כלפי הרשות המחוקקת. הביקורת של גביוון הייתה על מה שהיא ראתה כמחטף חוקתי, דהיינו אימוץ חוקה ללא דיון ציבורי ממש על נחיצותה ועל תוכנה, ובלי שנקבעו בה הסדרים מפורשים שהעניקו לגיטימיות פוליטית וחברתית למעמדה הנורמטיבי ולסמכותו של בית המשפט העליון לפסול חוקים על פיה.³⁷ גביוון הסבירה כי אין תקדים בעולם למצב שבו בית משפט לאומי קבע, מבלי שיהיה

34 בג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 210 (1993).

35 ראו את פסקי הדין בבג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: **עניין חוק טל**); בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד סה(3) 1 (2012).

36 גביוון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 13.

37 לא ניכנס כאן לביקורת הנוקבת של גביוון על פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 15. גביוון צדקה ללא ספק בעמדתה שכל הדין של השופטים בדבר מעמדם החוקתי של חוקי היסוד היה בבחינת אמרה לא נחוצה, שהרי בסופו של דבר בית המשפט אישר את תוקפו של חוק גל שנדון בו. ראו עלי זלצברגר

לכך עיגון בחוקה פורמלית, הן שלחוקים מסוימים מעמד-על הן שבית המשפט מוסמך לבקר חוקים אחרים שאינם מתיישבים עם אותם חוקי-על.³⁸ חשוב לציין כי כאשר גביון עמדה על הצורך בדיון ציבורי כחלק ממהלך אימוץ חוקה פורמלית במדינה, היא הסבירה כי כוונתה לשיתוף כל קבוצות המיעוט במדינה בדיון זה. ראוי לצטט את דבריה של גביון:

החוקה המתגבשת היא בעיקרה מפעל של גורמי אליטות ברוב היהודי החילוני, שיש להם עניין בחיזוק זהותה של ישראל כמדינת-לאום יהודית, שיש לה זיקה תרבותית ומדינית לתרבות המערבית ולאידאליים שלה. תהליך קביעת ההסדרים החוקתיים אינו כולל התייחסות מבנית לצורכיהם, לשאיפותיהם ולמאווייהם של קבוצות-המיעוט הגדולות. הוא מקבע את חלוקת הנכסים הקיימת באמצעות הגנה חוקתית על זכות הקניין ועל חופש העיסוק ומשאירה פתוחה וכואבת את הבעיה של זכויות ערבים בקרקע, כמו את שאלת סדרי-העדיפויות החברתיים בישראל.³⁹

הביקורת של גביון הופנתה לא רק לשאלה התאורטית בדבר ההליך הראוי לגיבוש חוקה למדינה, אלא גם לכך שהליך האימוץ שבית המשפט בחר בו הביא לחוקה שאיננה ראויה סובסטנטיבית. גביון הייתה בדעה כי החוקה המסתמנת מן המהלך השיפוטי **בבנק המזרחי** היא "רעה מכמה בחינות: היא אינה מאחדת, אלא מפלגת. היא מנציחה, מקבעת ומשריינת דברים שלא ברור כי ראוי לשריינם".⁴⁰ היא חששה מאוד כי בהיעדר ההסכמה הכללית הנחוצה לדעתה לאימוץ חוקה פורמלית "סביר מאוד כי בית-המשפט המפרש הוראות של חוקה שנויה במחלוקת יתפש כמי שנוקט צד במחלוקת [בין חלקי הציבור השונים] עצמה".⁴¹ האם טענה בהערכתה זו?

לבסוף כמה הערות על עמדתה של גביון. נראה כי גם חלק גדול מהמחנה הפוליטי המבקר תדיר את בית המשפט העליון השלים עם התפיסה כי לחוקי היסוד מעמד חוקתי

"הסמכות המכוננת בישראל – שתי הערות אגב לאימרת אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" **משפט וממשל** ג 679 (1996). בשל מסקנתו של בית המשפט ברור כי בית המשפט היה יכול (ולדעת גביון גם צריך) לומר כי אין להחליט מה היה הדין לו מצא פסול בחוק. גביון גם הייתה בדעה כי אל להם לשופטים להיכנס לשאלות של תאוריה חוקתית ופוליטית, ושמוטב להשאיר שאלות אלו לדיון בזירה האקדמית.

38 בעניין הביקורת השיפוטית מקובל להשוות את פסק הדין בעניין **בנק מזרחי** (לעיל ה"ש 15) לפסק דינו המפורסם של בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), שהרי גם בחוקה האמריקנית אין הוראה המעניקה סמכות מפורשת לבית המשפט לפסול חוקים. ואולם, כפי שגביון מציינת, ההבדל הוא בכך שהחוקה האמריקנית קובעת במפורש כי החוקה וחוקים שיחוקקו על פיה יהיו המשפט העליון של המדינה (סעיף VI). אין הוראה בחוקי היסוד הקובעת במפורש כי לחוקי היסוד מעמד עליון. כידוע עד לפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** (שם) עמדתו של בית המשפט העליון הייתה כי אין לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי מיוחד, ראו בג"ץ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים**, פ"ד כז(1) 794 (1973).

39 גביון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 13, בעמ' 119.

40 שם, בעמ' 120.

41 שם, בעמ' 122.

על-חוקי. הא ראייה – אימוצו של חוק הלאום כחוק יסוד והטענה שהעלתה הכנסת שאין לבג"ץ סמכות לדון בתוקפו של חוק יסוד.⁴² אימוץ חוק הלאום כחוק יסוד מצביע על החולשה במהלך החוקתי שבית המשפט נתן לו הכשר בפסק הדין **בנק המזרחי**, שעליה הצביעה גביון במאמרה. די היה ברוב קואליציוני מינימלי כדי להעביר חוק יסוד זה, שרבים בחברה הישראלית (ואני בכללם) רואים בו מהלך פסול ומזיק המגביר את הניכור של האוכלוסייה הערבית-פלסטינית בישראל. ספק אם הוראות חוק יסוד זה היו נכללות בחוקה שהייתה מתקבלת אחרי הידברות בין כל חלקי האוכלוסייה, להבדיל מעיגון בחוק יסוד שנתקבל ברוב קואליציוני שנוצר ברגע היסטורי נתון.

אימוצו של חוק יסוד: הלאום יש בו כדי להדגיש נקודה המונחת בבסיס חלק מכתביה של גביון. טעות לחשוב כי ביקורת שיפוטית על חוקים או מתן מעמד מיוחד לחוקי יסוד בהכרח משרתים מטרת דמוקרטיה והגנה על זכויות אדם. הן ההיסטוריה של הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Lochner*⁴³ הן המגמות המסתמנות באותו בית משפט בעצם ימים אלה מדגישות זאת.⁴⁴

בסיום הדיון בתפיסתה של גביון בעניין מעמדם של חוקי היסוד ברצוני להדגיש כי גם מי שמקבל חלק גדול מביקורתה של גביון על "המהפכה החוקתית" איננו חייב להגיע למסקנה כי חסרה לבית המשפט העליון סמכות לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם או ביסודות המשטר הדמוקרטי. גביון עצמה הכירה בכך שיתכן שניתן לבטל חוקים הפוגעים בנורמות לא חקוקות.⁴⁵ לדעתי היה אפשר להצדיק סמכות זו – שעם כל הסכנות הכרוכות בה עדיין נראית לי רצויה – מבלי לבססה על מעמדם החוקתי של כל חוקי היסוד.⁴⁶ קשה לפרש את פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בלי להגיע למסקנה שהכוונה הייתה כי חוק הפוגע בזכויות המוכרות ואינו עומד בתנאיה איננו קביל. היה אפשר לפסוק שחוק היסוד איננו יוצר את המעמד המיוחד של זכויות היסוד אלא הוא

42 תגובה מטעם הכנסת בבג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**.

43 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (בפסק דין זה החליט בית המשפט העליון כי חוק במדינת ניו יורק שהטיל הגבלות על מספר שעות העבודה של עובדים במאפיות מנוגד לחוקה האמריקנית מכיוון שהטיל הגבלה "לא סבירה, לא נחוצה ושרירותית על הזכות והחירות של הפרט לעשות חוזה"). על המסורת של לוכנר כמאה שנים אחרי שהוא ניתן, ראו David E. Bernstein, *Lochner v. New York: A Centennial Retrospective*, 83 WASH. U. L. Q. 1469 (2005).

44 ראו למשל Linda Greenhouse, *This Is What Judicial Activism Looks Like on the Supreme Court*, N.Y. TIMES (Apr. 8, 2021), <https://nyti.ms/3txweYX>; Linda Greenhouse, *The Free Ride May Soon Be Over for Anti-Abortion Politicians*, N.Y. TIMES (May 20, 2021), <https://nyti.ms/3fxLPzs>.

45 גביון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 13, בעמ' 35–36. ראו גם עניין **חוק טל**, לעיל ה"ש 35, פס' 11 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (שבה הוא מביע עמדה דומה בהסתמך בין השאר על דבריה של גביון).

46 דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" **משפטים** כח 359 (1997).

רק בבחינת הכרה פרלמנטרית במעמדן הקיים, והוא מספק לגיטימציה פוליטית לסמכות הקיימת לפסול חוק הפוגע בזכויות יסוד.⁴⁷

ג. מדינה יהודית ודמוקרטיה

חלק גדול מכתביה של גביון בעשרים וחמש שנותיה האחרונות התייחסו לחזונה בדבר מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁴⁸ בשנת 2005 היא ייסדה את **מציל"ה** – **מרכז למחשבה ציונית, יהודית, ליברלית והומניסטית** שבמסגרתו היא יזמה, כתבה וערכה פרסומים בנושאים מגוונים הקשורים לאופייה של המדינה ולפרקים בהיסטוריה שלה.⁴⁹ בדומה לכתביה של גביון בעניין הביקורת השיפוטית והמהפכה החוקתית, גם בנושא זה מפעל פרסומיה של גביון הוא מורכב ועשיר. גם כאן לא אתיימר לתת תמונה כוללת של מפעלה, אלא אעמוד על נקודות הנראות לי חשובות. במוקד הדיון יעמדו מאמר משנת 2003 שבו ביקשה גביון להגן על זכותם של היהודים למדינה,⁵⁰ מסה מקיפה שכתבה במסגרת מחקר של מכון נאמן בטכניון שהוקדש לניתוח בעיות היסוד של המדינה,⁵¹ מאמר שכתבה בעקבות פסק הדין בעניין **קעדאן**⁵² וחיבור שכתבה לבקשת שרת המשפטים ציפי לבני על ההצעה לחוקק את חוק הלאום.⁵³

הבעיה שהעסיקה את גביון במאמרה משנת 2003 על זכות היהודים למדינה היא הצורך להצדיק את עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כנגד הטענה המושמעת כי יש סתירה אינהרנטית בין הגדרתה כמדינה יהודית לבין הגדרתה כמדינה דמוקרטית.⁵⁴ בביסוס טיעוניה גביון מפליגה לעבר ההיסטוריה של הציונות והקמת מדינת ישראל, כאשר היא נזקקת גם לנימוקים הנשענים על הבחנות יוריספרודנציאליות, כגון ההבחנה בין זכות לחירות.

גביון הבינה כי אין אפשרות לבסס זכות להגדרה עצמית על אמונתם הפנימית של היהודים רבים, במיוחד דתיים, בדבר הזכות ההיסטורית כביכול של היהודים על ארץ ישראל

47 שם. בפסיקה שקדמה לפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** (לעיל ה"ש 15) כבר ניתן ביטוי לתפיסה כי בית המשפט מוסמך לפסול חוקים הפוגעים בעקרונות יסוד של המשטר או בזכויות אדם.

48 ראו למשל גביון "מדינה יהודית", לעיל ה"ש 9; רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: אתגרים וסיכונים" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים 1998); Gavison, *The Jews' Right*, לעיל ה"ש 7; רות גביון "הרהורים על המשמעות וההשלכות של 'יהודית' בביטוי 'מדינה יהודית ודמוקרטית'" **דברים ושברי דברים – על יהדותה של מדינה דמוקרטית** 107 (אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן עורכים 2007). ראו גם Ruth Gavison, *Can Israel Be Both Jewish and Democratic, in ISRAEL AS A JEWISH AND DEMOCRATIC STATE* 115 (Asher Maoz ed., 2011); רות גביון "באין חזון יפרע עם: מטרת על לישראל ונגזרותיה" **תנאים לשגשוגה של מדינת ישראל** (2006) (להלן: גביון "באין חזון יפרע עם").

49 לפעילותו ופרסומיו של המרכז ראו ה"ש 11 לעיל.

50 Gavison, *The Jews' Right*, לעיל ה"ש 7.

51 גביון "באין חזון יפרע עם", לעיל ה"ש 48.

52 גביון "ציונות בישראל?", לעיל ה"ש 12.

53 גביון **עיגון חוקתי**, לעיל ה"ש 6.

54 Gavison, *The Jews' Right*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 71–74.

מכוח הבטחה אלוהית.⁵⁵ היא מבקשת אפוא להשעיין את הטיעון שלה על מה שהיא מכנה "טעמי מוסר אוניברסליים";⁵⁶ טעמים שידברו לליבם של אנשים שאינם שותפים לאמונה הדתית. היא טוענת, בצדק, כי ביסוס טענה בשיח בדבר זכויות אדם אוניברסליות הוא הדרך הטובה ביותר למנוע התנגשות חסרת טעם של דוגמות, ולפתוח אפיק להידברות, ואולי גם לפשרה.

בשלב זה חשוב להדגיש כי עד לשנות השישים של המאה העשרים לא הכיר המשפט הבין-לאומי בזכות להגדרה עצמית.⁵⁷ היסטורית, אחרי מלחמת העולם הראשונה ופירוק האמפיריות העות'מאנית והאוסטרו-הונגרית החל להתגבש עיקרון פוליטי בדבר ההגדרה העצמית של אוכלוסיות שהיו נתונות לשליטה של מדינות זרות.⁵⁸ אחת מן הבעיות בנייתיות הבסיס המשפטי לחובה שהטיל חבר הלאומים על בריטניה ליישם בפלסטינה את הצהרתה בדבר הקמת בית לאומי ליהודים (הצהרת בלפור) נעוצה במגמה לנתח חוקיות החלטות שנתקבלו בשנות העשרים של המאה העשרים לאור דוקטרינות וזכויות משפטיות שהתפתחו בשלב מאוחר יותר.⁵⁹ שיטת המנדטים, שאומצה באמנה של חבר הלאומים, הכירה מצד אחד ברעיון שאוכלוסיות שהיו נתונות לשלטון של האימפריות שהובסו יזכו ביום מן הימים לעצמאות, אך הפקידה אצל המעצמות שניצחו במלחמה אחריות להכין אותן לשלטון עצמי. כפי שג'ון סטרוסן כותב, המשפט הבין-לאומי באותו זמן הגיע לצומת קריטי בהתפתחותו האבולוציונית, אך הוא עדיין היה מערכת של מוסדות ודוקטרינות שהבסיס הקולוניאלי שלהם השאיר עליהם את חותמו.⁶⁰

גביון הייתה מודעת לקשיים הכרוכים בביסוס זכות משפטית של היהודים להגדרה עצמית. היא לא ביקשה אפוא לבסס את עמדתה על דוקטרינות משפטיות פוזיטיביסטיות אלא על ניתוח פילוסופי מוסרי. באור זה יש להבין את דעתה ולבקרה. היא מקדישה חלק ממאמרה לביסוס ההצדקה העקרונית לקיום מדינה יהודית, כאשר היא מכירה בכך שכנגד היתרונות שיש ליהודים בקיום מדינה כזו יש חסרונות לתושביה הלא יהודים. היא סבורה כי אין אפשרות לבטל חסרונות אלה, אך ניתן לצמצמם. בהקשר הפוליטי של ישראל השאלה בעיניה היא אם ניתן לומר שמשקלם של יתרונותיה של מדינה כזו ליהודים עולה על משקלם של חסרונותיה ללא יהודים, קרי ערבים פלסטינים.

הקושי הגדול ביותר העומד בפני אלה המבקשים לבסס טענה כי מלכתחילה הייתה ליהודים זכות (לאו דווקא משפטית) להגדרה עצמית, שמשמעותה הקמת מדינה ליהודים בא"י-פלסטינה, הוא שכאשר הציונות הפוליטית זכתה להכרה בין-לאומית בהצהרת בלפור

55 לחיבור המבסס את זכות היהודים למדינה על תפיסה זו ראו ראובן גפני (וינשנקר) זכותנו ההיסטורית-משפטית על ארץ ישראל (התמצ"ג).

56 גביון "מדינה יהודית", לעיל ה"ש 9.

57 להתפתחות ההכרה המשפטית בזכות עמים להגדרה עצמית ראו JÖRG FISCH, THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION OF PEOPLES (Anita Mage trans., 2015).

58 Daniel Thürer & Thomas Burri, *Self-Determination*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Anne Peters ed., 2008).

59 JOHN STRAWSON, PARTITIONING PALESTINE LEGAL לניתוח מבריק וביקורתי של מגמה זו ראו FUNDAMENTALISM IN THE PALESTINIAN-ISRAELI CONFLICT (2010).

60 שם, בעמ' 53.

ובעקבותיה בכתב המנדט, רוב רובם של תושבי הארץ היו ערבים, מוסלמים ונוצרים.⁶¹ אלה לא נתבקשו להסכים לרעיון, והיה ברור לבריטים שלו נשאלו לדעתם היו מביעים התנגדות חריפה לכך.⁶² גם נציגי המדינות האחרות שאישרו את מתן המנדט על א"י-פלסטינה לבריטניה, ולהכללת הצהרת בלפור בכתב המנדט, היו מודעים היטב לכך שהם עושים זאת בניגוד לדעתם של רוב תושבי הארץ, ובכך סוטים מן העיקרון הפוליטי של הגדרה עצמית שהיה אמור להנחות אותם.⁶³ אם כן, מה היה הבסיס לטענתה העקרונית של הציונות כי יש להכיר בזכות היהודים להגדרה עצמית בארץ שבה היו מיעוט קטן?

גביזון הבינה כי שאלה זו חושפת את נקודת התורפה בטענה שהיסטורית הייתה ליהודים זכות להגדרה עצמית בא"י-פלסטינה, בניגוד מובהק לרצון רוב תושביה של ארץ זו, ונראה שגם לאינטרסים האישיים והקולקטיביים שלהם.⁶⁴ היא מנסה לעקוף נקודת תורפה זו באמצעות הבחנה בין זכות לבין חירות. גביזון מודה כי כל עוד לא היה רוב יהודי בארץ, לא יכלו הציונים לטעון לזכות להגדרה עצמית בה. אולם היעדרה של זכות אינו אומר שלא הייתה להם חירות. היא מציגה את השאלה כך:

הסוגיה המכרעת בתקופה זו איננה שאלת זכותם של יהודים להגדרה עצמית מדינית בארץ ישראל או בחלק ממנה, אלא שאלת זכותם להתארגן על מנת ליצור בארץ ישראל את התשתית היישובית שתאפשר להם, אם יצלח מפעלם, לתבוע שתוקם בה מדינה יהודית. לטענת הערבים, עצם ההתארגנות הזאת היה פסולה משום שפגעה באינטרסים שלהם והעמידה אותם בסכנה. ניתן בהחלט לגלות הבנה כלפי התנגדות זו ולהצדיק את החששות שעמדו ביסודה. ברם האם הטיל הדבר חובה מוסרית על יהודים שרצו לחזור לערש תרבותם להימנע מכך?⁶⁵

אף שהיא נזקקת להבחנה בין זכות לבין חירות לפי ההבחנה המפורסמת של המשפטן Hohfeld, גביזון עוסקת בערכים מוסריים ולא בזכויות וחירויות משפטיות. היא טוענת שנימוקיה נשענים על ערכים אוניברסליים של זכויות אדם, שניתן לגייסם כדי לשכנע אנשים שאינם מאמינים בזכות היהודים לארץ ישראל מכוח אמונתם הדתית. לי קשה להשתכנע

61 לנתונים על הרכב האוכלוסייה בפלסטינה בתקופות שונות במאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים ראו שאול אריאלי ככה בדיוק קרה? 12 מיתוסים ישראליים על הסכסוך הישראלי-פלסטיני 30–39 (2021). אינני מתייחס כאן לטענה נוספת שהיהודים אינם "עם", במשמעות מושג זה בהקשר של הגדרה עצמית.

62 במכתב של בלפור לראש הממשלה לוי ג'ורג' מיום 19.2.1919 בלפור כתב כי נקודת התורפה בעמדה הבריטית היא שהבריטים מסרבים להפעיל את העיקרון של הגדרה עצמית בפלסטינה. הוא הוסיף כי לו היו מתייעצים עם התושבים, ברור לחלוטין שהיו מביעים עמדה אנטי-יהודית. המכתב מצוטט אצל VICTOR KATTAN, FROM COEXISTENCE TO CONQUEST: INTERNATIONAL LAW AND THE ORIGINS OF THE ARAB-ISRAELI CONFLICT, 1891–1949, 121 (2009).

63 שם, בעמ' 59–71.

64 כפי שחיים גנו מראה בכתביו, אין הכרח לפרש את הזכות להגדרה עצמית כזכות להקמת מדינה עצמאית. ראו חיים גנו ציונות שוויינית-מסה על המעמד המוסרי של מדינת היהודים 78–83 (2013) (להלן: גנו ציונות שוויינית).

65 Gavison, *The Jews' Right*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 80.

מטיעונה של גביון. לא ברור כלל כי יש לתת תשובה שלילית לשאלה שהציגה, שהרי היה ידוע מראש כי מימוש שאיפתם של היהודים יפגע בזכויותיהם של תושבי הארץ האחרים, שהתנגדו בכל תוקף למפעל הציוני.⁶⁶ האם מובן מאליו כי לאדם יש חירות מוסרית לבצע פעולות שיובילו בהכרח לפגיעה בזולת? כך, למשל, ניתן לשאול אם לקבוצה של חרדים חירות מוסרית להיכנס לשכונה חילונית במטרה מוצהרת למשוך אליה חרדים נוספים שישנו את אופייה של השכונה, או למוסלמים רדיקליים חירות מוסרית להגר למדינה מערבית כדי להפוך לרוב ולשנות את המדינה למדינה אסלאמית.

איך משווים את משקלם של היתרונות של מדינה יהודית ליהודים לחסרונותיה לערבים? גביון סבורה כי התשובה לשאלה זו תלויה בגורמים דמוגרפיים, חברתיים ופוליטיים של יהודים וערבים בארץ ישראל. בשל גורמים אלה גביון סבורה כי בתחילת המאה העשרים לא הייתה ליהודים זכות להקים מדינה בארץ ישראל או בחלק ממנה. אבל היא מוסיפה כי –

היום יש לקיומה של ישראל הצדקה מלאה, ויש לה גם זכות מלאה להמשיך ולקיים את עצמה כמדינה יהודית. את ההתפתחות הזאת ניתן לראות כאחד מהישגיה המרכזיים של הציונות.⁶⁷

כאן נראה לי כי יש בלבול בין מושגים. ברור כי בארץ ישראל יש היום קולקטיב של יהודים ישראלים הזכאים להכרה בזכותם להגדרה עצמית לצד זכאותם של הערבים הפלסטינים להכרה בזכות זו. גם מבקרים חריפים של הציונות, ששוללים מן היסוד את הדעה כי הייתה ליהודים זכות להקים מדינה שלהם בא"י-פלסטינה, מכירים בכך. כך, למשל, כותב ההיסטוריון הפלסטיני-אמריקני, ראשיד חלידי:

While the fundamentally colonial nature of the Palestinian-Israel encounter must be acknowledged, there are now two peoples in Palestine, irrespective of how they came into being, and the conflict between them cannot be resolved as long as the national existence of each is denied by the other.⁶⁸

גביון מתייחסת לזכותם הקולקטיבית של היהודים, ואילו חלידי מתייחס לזכותם הקולקטיבית של היהודים הישראלים. נראה לי כי לאור ההתפתחות ההיסטורית שגביון מתייחסת אליה, והבחנתה בין התקופה שבה לא היה רוב יהודי בחלק מארץ ישראל לבין

66 לניתוח מוקדם של הסכנות לאוכלוסייה המקומית מן המפעל הציוני ולתיאור התנגדותה למפעל ראו HENRY C. KING & CHARLES R. CRANE, THE KING-CRANE COMMISSION REPORT, AUGUST 28, 1919 (1919). קינג וקריין נשלחו למזרח התיכון במסגרת ועידת השלום בוורסאי, כדי לדווח על מוכנותם לעצמאות של תושבי השטחים שהיו חלק מן האימפריה העות'מאנית. ההצעה המקורית הייתה שתהיה ועדה המורכבת מנציגי בריטניה, צרפת, איטליה וארצות הברית, אבל אחרי ששלוש המדינות הראשונות נסוגו מכוונתן להשתתף בוועדה בשל החשש שתהיה סתירה בין המלצותיה לבין מדיניותן, הייתה הוועדה מורכבת רק משני אמריקנים שמונו בידי הנשיא וילסון. חברי הוועדה העידו על עצמם שהייתה להם אהדה לציונות, אך העובדות בשטח והעקרונות שקבעו מדינות הברית אילצו אותם להציע מיתון של התוכנית הציונית, ובמיוחד להגביל את מספר היהודים שיורשו להגר לפלסטינה.

67 Gavison, *The Jews' Right*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 78.

68 RASHID KHALIDI, THE HUNDRED YEARS' WAR ON PALESTINE 246 (2020).

התקופה שבה יש ליהודים רוב לפחות במדינת ישראל עצמה, הגישה של חלידי מדויקת יותר.

גביון איננה מסתפקת בטיעון שהיום ליהודים יש זכות מלאה למדינה שלהם בארץ ישראל. במאמרה זה, ובמאמרים אחרים שכתבה, היא מציירת את ההשלכות הנובעות מהגדרת המדינה כמדינה יהודית. וכאן היא מאמצת את הגישה המקובלת אצל ציונים ליברלים רבים: מצד אחד היא כותבת שהמדינה חייבת להבטיח את זכויותיהם של כל תושביה, ובהן הזכות לשוויון, ומצד אחר בתחומים מסוימים, כגון הקצאת קרקעות להתיישבות יהודית, היא מוכנה להקריב את השוויון כדי לקדם מטרות של המדינה היהודית.⁶⁹ גביון כותבת כי על המדינה להימנע ממדיניות של "גרירת רגליים" בהיענות לצרכים האמיתיים והדחופים של הציבור הערבי.⁷⁰ אך היא מוסיפה כי יש להכיר בכך:

שגם בהווה קיימים צרכים של הלאומיות היהודית המצדיקים את הצרת צעדיהם של הערבים אזרחי ישראל. שיקולים של תכנון, ביטחון, קרקעות, פיזור אוכלוסייה, חינוך וכדומה, הם חלק מן המציאות שבה אנו חיים. יש לקבל אותם, אך גם להכיר בסבל ובמצוקה הנגרמים בגינם, ולנסות לפעול לצמצומם כאשר הדבר אינו פוגע באינטרסים ציבוריים אחרים.⁷¹

אין בכונתי להתעמת במסגרת זו עם גישתה של גביון בנקודה זאת. די שאציין כי ספק בעיניי אם גישתה מתיישבת עם המשימה שקבעה לעצמה: הצגת טיעונים להצדקת אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית המעוגנים בערכים אוניברסליים שיש בהם לשכנע אנשים שאינם שייכים לקולקטיב היהודי, ובכלל זה תושבי הארץ הפלסטינים.⁷²

גביון לא התחמקה מהתמודדות עם שאלות יסוד קשות הנוגעות למהותה של מדינת ישראל. היא השקיעה מאמץ מחשבתי ואינטלקטואלי מרשים בניסיונה למצוא דרך ליישב את מעמדה של ישראל כמדינה יהודית עם שאיפתה להיות גם מדינה דמוקרטית. בחיבור ארוך שכתבה גביון ביקשה לנסח מטרות על למדינת ישראל שיהיו מקובלות על חלקי האוכלוסייה השונים במדינה, יהודים, ערבים, חופשיים ורתיים על גווניהם השונים.⁷³ היא ניסחה את מטרות־העל כך:

מדינת ישראל היא המדינה שבה מממש העם היהודי הגדרה עצמית לאומית. ישראל היא דמוקרטיה שוחרת חופש, המגנה על זכויות האדם של כל

69 גביון "ציונות בישראל?", לעיל ה"ש 12. ראו גם רות גביון "הצידוק לחוק האזרחות" Ynet (5.8.2003) <https://bit.ly/3IarD2X> (שבו הצדיקה את החוק שאסר איחוד משפחות בישראל של פלסטינים מטעמים דמורגפיים). לביקורתו של חיים גנו על גישתה של גביון ראו גנו **ציונות שוויונית**, לעיל ה"ש 64, בעמ' 91–93 (גנו מפנה למאמר שבו גביון מתארת את מדינת ישראל לא רק כמדינה יהודית אלא גם כמדינת הלאום של העם היהודי. גנו מסכים להגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית, אך הוא חושש כי הגדרתה גם כמדינת הלאום של העם היהודי מספקת הצדקה לפירוש יהודי הגמוני שאיננו מתיר מקום להכרה בזכותם להגדרה עצמית של הפלסטינים, קבוצת המולדת השנייה בישראל).

70 Gavison, *The Jews' Right*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 91–92.

71 שם, בעמ' 92.

72 לגישתו של גנו ראו גנו **ציונות שוויונית**, לעיל ה"ש 64.

73 גביון "באין חזון יפרע עם", לעיל ה"ש 48.

תושביה, שואפת לקיים צדק חברתי בתוכה ולחיות בשלום עם שכניה. ישראל מכירה בזהויות הלא האזרחיות של תושביה, ושואפת לקיים רמה גבוהה של חינוך, מדע וטכנולוגיה.⁷⁴

בהמשך גביון מסבירה את כל האלמנטים המופיעים במטרת-העל שהציעה. היא איננה משלה את עצמה כי כולם יקבלו אותה ומציינת במפורש כי חלק ממרכיבי הצעתה לא יהיו קבילים בעיני חלקים בציבור הערבי במדינת ישראל שאינם רוצים לחיות במדינה המגדירה את עצמה כמדינת הלאום של העם היהודי. לדעת גביון, התנגדות זו היא "טבעית, ומובנת, בעיקר על רקע הסכסוך הבלתי פתור עם הפלסטינים שאינם אזרחי ישראל".⁷⁵

גביון הבינה היטב כי ההתנגדות של חלקים מן הערבים בישראל להגדרת המדינה כמדינה יהודית נעוצה במחיר שהערבים הפלסטינים שילמו בגין מימוש החלום הציוני. היא מתייחסת לקושי הכרוך בכך שיום העצמאות של ישראל איננו יכול להיות יום חגם של ערביי הארץ; הוא מציין את הנכבה שלהם. כפי שהיא כותבת: "זה יום שהוא חג ניצחון ותקומה לחלק מן הציבור ותזכורת מרה לתבוסה ומפלה ולחורבן לחלק אחר ממנה".⁷⁶

עם כל הבנתה למשמעות מטרת-העל שלה בעיני כעשרים אחוז מאזרחי המדינה, גביון הייתה משוכנעת כי חשיבות המשך קיומה של מדינת ישראל כמדינה של העם היהודי מחייבת לשמור על אופייה זה של המדינה כחלק ממטרת-העל. היא מסתייגת מן הדרישה להגדיר את המדינה כ"מדינת כל אזרחיה",⁷⁷ ועם זאת סבורה כי על המדינה "לתת למיעוט הערבי החי בה תחושה של שייכות אזרחית, של שוויון ושל כבוד, ושל הכרה בזכותו של המיעוט לשמר את ייחודו".⁷⁸ האם אפשר ליישב בין הדברים? האם מדינה שמסרבת עקרונית לראות בעצמה מדינת כל אזרחיה מסוגלת לתת לכל אזרחיה תחושה של שייכות אזרחית ושל שוויון? האם אין ממש בדבריו של השופט חשין:

וכי ישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה? האם ניתן לטעון כי מדינת ישראל היא מדינת חלק מאזרחיה בלבד? והרי עקרון יסודי הוא בדמוקרטיה: שוויון האזרחים בינם לבין עצמם.⁷⁹

חלק חשוב מחיבורה של גביון מוקדש לניסיון לענות על שאלה זו, דהיינו להראות איך ניתן לקיים את היסודות של מדינת ישראל הן כמדינה יהודית הן כמדינה המבטיחה שוויון לכל אזרחיה. גביון איננה הראשונה, ובוודאי לא האחרונה, שביקשה ליישב יסודות אלה. אינני בטוח כי יש בדבריה כדי לשכנע את הפלסטינים בישראל כי מדינה שאיננה רואה בעצמה מדינה שלהם תוכל להבטיח להם שוויון אמיתי ומלא. לי נראה כי גביון לא נתנה את

74 שם, בעמ' 29.

75 שם, בעמ' 30.

76 שם, בעמ' 47 (כך במקור).

77 שם, בעמ' 52.

78 שם, בעמ' 51.

79 רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, פס' 23 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1996). לדיון רחב בדרישה שמדינת ישראל תיחשב למדינת כל אזרחיה ראו א"ב 11280/02 ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).

המשקל הראוי לתחושת הניכור שיוצר סירוב של מדינה הרואה עצמה כדמוקרטית להגדיר את עצמה כמדינת כל אזרחיה.⁸⁰ המסקנה ההכרחית מסירוב זה היא אמירה שהמדינה שאזרחיה הערבים חיים בה איננה מדינתם. בנסיבות הפוליטיות השוררות היום, כאשר בין השאר יש מפלגות וחוגים רחבים המסיקים מהגדרת המדינה כמדינה יהודית שאזרחיה של המדינה הם בבחינת אזרחים שאין להם זכות טבועה לחיות במולדתם, אנחנו עדים להיבט הרסני נוסף של סירוב זה.⁸¹

נראה לי כי גם גביון הבינה זאת. בחיבור המקיף שכתבה לבקשת שרת המשפטים לבני על ההצעה לעגן את חזון המדינה בחוק יסוד חזרה גביון לחלק מן הנושאים שדנה בהם במאמריה הקודמים על מהותה של מדינת ישראל.⁸² בחיבור זה גביון טוענת כי מדינת ישראל נשענת על שלושה יסודות: יהודיות, דמוקרטיה וזכויות אדם. היא מבינה כי קשה לערבים לקבל את היסוד הראשון אך עומדת על הצורך בשילוב בין היסודות. היא כותבת:

החזון הישראלי השלם רואה אותם כאזרחים שווים זכויות, ושותפים מלאים במפעל המדינה.⁸³

גביון מוסיפה:

החזון המשולב, על כל מרכיביו, חיוני לחוסנה ולהצלחתה של המדינה. חוסן והצלחה של המדינה חשובים לרווחת כל תושביה, בלי הבדל דת או לאום.⁸⁴

גביון איננה חוזרת בה במפורש מהתנגדותה להגדרת המדינה כמדינת כל אזרחיה, אך היא מכירה בכך שהיותה של המדינה מדינת כל אזרחיה נובעת מעצם הגדרתה כמדינה דמוקרטית.⁸⁵

אף שגביון הייתה בדעה כי על המדינה לחזק את מחויבות אזרחיה ליסודותיה, היא התנגדה לעיגון היסודות בחוק או בחוק יסוד. היא חששה, לדעתי בצדק, שהעברת חוק המעגן בתוכו את יסודות חזונה של המדינה תעמיק את הניכור של חלקים גדולים בציבור. היא התנגדה במיוחד להעברת חוק הלאום. רצוי לצטט את מסקנותיה בעניין זה:

• להימנע בשלב זה ממהלכים המציעים עיגון חוקתי נוסף של גרעין החזון, כולו או חלקו;

80 ברור גם כי שינוי ההגדרה לא היה מבטל את ההפליה כלפי ערביי ישראל בתחומים כה רבים. התיאור הטוב ביותר להפליה זו הוצג בוועדת אור. ראו ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 **דין וחשבון** (2003). לתיאור המצב כחמש-עשרה שנים אחרי פרסום הדוח ראו אפרים לביא **החברה הערבית-פלסטינית במדינת ישראל: עת לשינוי אסטרטגי בתהליכי השילוב והשוויון** (2016).

81 ראו למשל את דבריו של ח"כ והשר לשעבר סמוטריץ אצל יהונתן ליס "סמוטריץ": הערבים הם אזרחי ישראל ויש להם נציגים בכנסת – לפחות בינתיים" **הארץ** (<https://bit.ly/33lxzrd>) (26.4.2021).

82 גביון **עיגון חוקתי**, לעיל ה"ש 6.

83 שם, בעמ' 16.

84 שם.

85 שם, בעמ' 19 ("ישראל היא מדינה דמוקרטית במובן זה שהריבונות בה מסורה לכל אזרחיה בלי הבדל לאום או דת, על בסיס חירות ושוויון").

- אם יוחלט על מהלך של עיגון חוקתי, חיוני שהחוק המוצע יהיה חוק חזון ולא חוק לאום, וכי החוק ותהליך חקיקתו ישקפו את גודל המשימה ואת חשיבותה. יש להגיע לתוצאה שתעורר לכידות ולא מחלוקת, כך שחזון המדינה יצא מחוזק ולא מוחלש מתהליך החקיקה; יחזק את הלכידות האזרחית; ישמר את הלכידות היהודית בארץ ובעולם ויבטא גישה הוגנת, נדיבה ומכילה לבני המיעוט הערבי.⁸⁶

חבל מאוד שתומכי חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שידעו לצטט את דעותיה של גביוון כאשר הניחו שהן מספקות גיבוי לעמדותיהם הביקורתיות כלפי בית המשפט העליון, לא ראו לנכון לשעות לעצתה הזאת.

ד. אמנת גביוון–מדן

בפרויקט שנטלה על עצמה במשותף עם הרב יעקב מדן ניסתה גביוון, אישה חופשייה בעלת זיקה חזקה למסורת היהודית, ליצור אמנה להסדרת היבטיה היהודיים של מדינת ישראל שתהיה מקובלת על חלקים שונים בציבור היהודי בארץ.⁸⁷ היה ברור הן לגביוון הן למדן שגיבוש הצעה לאמנה מסוג זה ידרוש משניהם להסכים לפשרות שיידחו על ידי חלקים בציבור "שלהם". לזכותם של שניהם ייאמר שלא ניסו להתחמק משאלות קשות שבהן הפער בין שומרי מצוות לבין חופשיים הוא גדול, ובראשן דיני נישואין וגירושין ושמירת שבת בזירה הציבורית. נראה לי כי ההישג הגדול ביותר באמנה טמון בשניים: הכרה מפורשת ומוצהרת בכך שהיא שוללת כפייה על קבוצה כלשהי לוותר על "קודשיה ועיקריה", והצעה להסדר לנישואין אזרחיים בישראל שאינו מבוסס על טעמי דת או השתייכות דתית או לאומית.

האמנה המוצעת מתייחסת בראש ובראשונה לשבות, אזרחות, מרשם וגיוון; לנישואין וגירושין; לשמירת שבת בפרהסייה. היא כוללת גם דיון בכמה סוגיות נוספות, ובהן כשרות, קבורה, מועצות דתיות ותפילה בכותל. ברור כי בכל הסוגיות הללו שני המחברים ראו בהסדרים המוצעים פשרה בין העמדות השונות, וחלק גדול מן המסמך שחיברו מוקדש לניסיונם להצדיק את ההסדר המוצע, כל אחד/ת מנקודת ראותו/ה.

גביוון לא הייתה מוכנה להשעיף את ה"וויתורים" כביכול שעליהם הסכימה רק על הצורך בפשרה; כדרכה היא ביקשה לספק הצדקה עקרונית לעמדתה. תנאי הכשירות לנישואין למשל הוגבלו לדרישות של גיל, מונוגמיות, היעדר קרבת משפחה אסורה והטרוסקסואליות. אומנם הדברים נכתבו בשנת 2002 כאשר מספר המדינות שהכירו

86 שם, בעמ' 17. אחרי כתיבת רשימתי זו ניתן פסק הדין בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו) 8.7.2021, שבו קבע בית המשפט העליון, ברוב דעות, שאין מקום לפסילת חוק היסוד, מכיוון שניתן לפרשו בדרך שתמנע סתירה בינו לבין עקרונות היסוד של מדינת ישראל. בחוות דעתו הנוקבת ביטא שופט המיעוט, השופט ג'ורג' קרא, את הקשיים העקרוניים בחוק היסוד, כאשר הוא מסתמך, בין השאר, על נייר העמדה של גביוון.

87 לאמנת גביוון–מדן ראו יואב ארציאלי **אמנת גביוון–מדן – עיקרים ועקרונות** (אורי דרומי עורך 2003). חיבור זה נכתב לבקשתם של גביוון ומדן, והם אישרו את תוכנו.

בנישואין חד-מיניים היה קטן, אך גביון הייתה מודעת לקושי הכרוך בסגירת הפתח לנישואים חד-מיניים. ברור שלא היה סיכוי שהרב מדן יסכים להסדר נישואין הפתוח גם לזוגות חד-מיניים, אך גביון לא תירצה את ההגבלה הזאת רק בצורך בהסדר מוסכם. היא הכירה בכך שזוגיות חד-מינית קבועה ממלאת תפקיד רגשי חשוב בחיי זוגות חד-מיניים ושיש אינטרס חברתי בהכרה בתפקיד זה ובביסוסו וחזוקו, אך היא טענה שאין לזוגות חד-מיניים זכות שהזוגיות שלהם תוכר כנישואין לכל דבר ועניין. גביון הייתה בדעה כי הזכות של זוגות חד-מיניים להינשא מעוררת ויכוח תרבותי חשוב, אך אין כרוכה בה שאלה משפטית הנגזרת מזכויות יסוד. ברור כי היום יש רבים שחולקים מכול וכול על עמדתה זו.⁸⁸ גם בנושא שמירת השבת ראתה גביון לנכון להצדיק את ההסדר המוצע בנימוקים עקרוניים בדבר זכויות יסוד. לפי הסדר זה לא ייאסר על מסעדות, בתי עינוגים ומוזאונים לפעול בשבת. כן יהיה מקום לפתיחת כמה חנויות מכולת ובתי מרקחת, וגם תהיה תחבורה ציבורית לפי הביקוש. ה"מחיר": מרכזי קניות יהיו סגורים (הסדר זה לא יחול בערים שבהן רוב התושבים אינם יהודים).

גביון נימקה את הסכמתה לסגירת מרכזי קניות כך:

אני דוחה את הטענה שהגבלת עיסוק בשבת, העולה מהצעתנו, מנוגדת לחוקי היסוד כי היא פוגעת בחופש העיסוק, בחירות הפעולה ובחופש הקניין. זכויות חוקתיות חשובות אלו אין פירושן חופש לקיים פעילות עסקית שבעה ימים בשבוע או 24 שעות ביממה. הגבלה מטעמים של אכיפת יום מנוחה כללי נעשית למטרה ראויה. להערכתנו, ההגבלות המוזכרות בהצעה אינן במידה העולה על הנדרש. ייתכן כי יהיו כאלה שלא יסכימו לרכיב כזה או אחר של ההגבלות, אך טיעון חוקתי גורף אין כאן.⁸⁹

נראה לי כי בנקודה זו גביון צדקה.⁹⁰ הדרישה לפתיחת מרכזי קניות שבעה ימים בשבוע איננה בהכרח דרישה הנגזרת מחופש הפרט, אלא ביטוי לתפיסה של consumerism

88 לביטוי מובהק של הדעה הנוגדת ראו את עמדתו של השופט זקס בפסק הדין של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בעניין Minister of Home Affairs v. Fourie, 2005 (1) SA (CC) at 38 para. 60. מנגד, כרגע אין לומר כי יש זכות מוכרת במשפט הבינלאומי לנישואין חד-מיניים. ראו דוד קרצמר וניב לושינסקי "זכויותיהם של להט"בים במשפט הבינלאומי" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 1033 (עינב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016).

89 ארציאלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 43.

90 חוקיותם של חוקים המחייבים סגירת בתי עסק ביום המנוחה נדונה במדינות רבות בעולם. למשל, בית המשפט העליון בקנדה פסל חוק שחייב סגירת בתי עסק בימי ראשון, מכיוון שמצא שתכלית החוק הייתה תכלית דתית, שאיננה תכלית ראויה. ראו R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] S.C.R. 295. בפסק דין מאוחר יותר, סירב בית המשפט לפסול חוק דומה לאחר שקבע כי תכליתו הייתה להבטיח יום מנוחה לעובדים. ראו R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] S.C.R. 713 (Can.). לי נראה לגיטימי שחברה תחליט לצמצם פעילות מסחרית ביום המנוחה, ותעשה זאת ביום המנוחה המקובל באותה חברה, גם אם בחירת היום נשענת על המסורת הדתית של רוב תושביה. אני מקבל את גישתה של גביון כי מדינה דמוקרטית איננה חייבת להיות ניטרלית, ושניתן להתחשב בתרבות הרוב כל עוד התחשבות זו איננה פוגעת במיעוט. ברור כי מדינה חייבת לקבוע לפחות יום מנוחה אחד בשבוע, ואין פסול שתקבע את היום הזה לפי העדפות הרוב.

שעלולות להיות לה השלכות שליליות על בעלי עסקים קטנים, על עובדים ועל משפחות של אנשים הנאלצים לעבוד ביום המנוחה.⁹¹

התפיסה של גביון באשר לגבולות הביקורת השיפוטית מקבלת ביטוי גם באמנת גביון-מדן. בשני נושאים נכתב בה במפורש כי ההסדרים שהציעו ושיעוגנו בחוק לא יהיו נתונים לביקורת שיפוטית: התנאים שייקבעו להיותו של אדם "בן העם היהודי" לצורך חוק השבות והסדרי התפילה שייקבעו ככותל המערבי. מעניין שבדברי ההסבר שלה להסדרים המוצעים בנושאים הללו גביון לא ראתה לנכון להסביר את ההצעה שלא תהיה בהם ביקורת שיפוטית. נראה כי הנימוק טמון בתפיסתה שעליה עמדתי לעיל, שהיא איננה "חושבת שזה נכון שבית המשפט יכריע לטובת מערביות ונגד מסורתיות או בעד מודרניות ואינדיבידואליזם ונגד קהילתיות".

ה. קולה החסר של רות גביון

לא התיימתי להציג ברשימה קצרה זו במלואם את כתביה ודעותיה המגוונים של גביון, אלא רק להציג עמדה סובייקטיבית למדי בדבר עושרם ועומקם של ניתוחיה. גביון הייתה פילוסופית, משפטנית ופעילה חברתית; אינטלקטואלית בולטת בחברה הישראלית במשך כחמישה עשורים. גם מי שחלקו על דעותיה בנושא זה או אחר לא יכלו להתעלם מעומק ניתוחיה ולא לכבד את נכונותה לאמץ דעות חריגות בנושאים שבהם היה נראה לעיתים שיש דרישה סמויה או לא כל כך סמויה לקונצנזוס. במרכז מפעלה עמדו מחויבותה העמוקה לשלטון החוק מצד אחד, והכרתה בגבולות החוק מצד אחר; הכרתה בחשיבותן של זכויות אדם אוניברסליות ותפיסתה ששיח זכויות איננו יכול, ואיננו צריך, לפתור כל מחלוקת חברתית או פוליטית; זיקתה העמוקה לרעיון של מדינה שבה היהודים יממשו את זכותם להגדרה עצמית והכנתה שמימוש זכות זו גובה מחיר בשוויון ובתחושת השייכות שמדינה דמוקרטית אמורה להבטיח לכל תושביה. גביון לא התעלמה מן המתחים בין הערכים השונים שהיו בבסיס הווייתה כיהודייה ישראלית, ציונית וליברלית, וניסתה להציע דרכים לצמצם מתחים אלה. יש מי שחושבים שהצליחה בניסיונה זה; יש מי שחושבים שנכשלה. מעטים מוכנים להיכנס למים העמוקים שאליהם צללה רות גביון. תהא הדעה אשר תהא על הפתרונות ששחייתה במים הובילה אותה להציע, יש להעריך אותה על נכונותה להציעם. גם אם הצעותיה לא היוו בסיס לפעולה, הם פתחו אפיק לדיונים ולוויכוחים פוריים.

רות גביון חסרה לי אישית ולרבים מאיתנו, חבריה ועמיתיה, שחשים יום-יום את היעדרה. החברה שלנו עוברת בזמן כתיבת שורות אלו משבר פוליטי וחברתי חמור. קולה של רות גביון חסר מאוד.

91 ראו למשל הדיון בהצעה בספרד לפתוח מרכזי קניות שבעה ימים בשבוע: Clara Llorens Serrano, *Controversy Over Liberalisation of Shop Opening Hours*, EUROFOUND (July 27, 2000), <https://bit.ly/3KmlzVF>.