

תדפיס מתוך

מנחה ליצחק

קובץ מאמרים

לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו

עורכים:

פרופ' מנשה שאוה
אוניברסיטת תל־אביב

השופט אהרן ברק
נשיא בית המשפט העליון

השופט אהרן ברק

"ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית"



הוצאה לאור של לשכת עורכי הדין
תשנ"ט-1999

“ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית דמוקרטית”*

מאת

השופט אהרן ברק **

חשיבות הערכים

עם חקיקתם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, הוכנס לתרבות המשפטית והתבררתי של ישראל הדיבור “ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית”. לדיבור זו חשיבות כפולה: ראשית, הוא קובע את המטרות הכלליות המונחות ביסוד שני חוקי-יסוד אלה. נקבע בחוקי-היסוד כי מטרתם היא להגן על כבוד האדם וחירותו ועל חופש העיסוק. “כדי לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית”. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית משמשים, איפוא, אמת מידה פרשנית — גם אם לא יחידה — על פיה נקבע היקף הפריסה של הוראות חוקי-היסוד. כך, למשל, השמירה על הקניין או הפרטיות נועדה “להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית”, אך מעבר לכך: אך טבעי הוא, כי ההנחה בדבר ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית לא תוגבל אך לחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. אין להניח כי לצרכיהם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק יש להכיר בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית, ואילו לצרכים אחרים, שמחוץ לחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, ערכיה של מדינת ישראל הם שונים. לא זו הדרך לפרשנות חוקתית ראויה. פרשנות חוקתית תכליתית משקיפה על ההוראות החוקתיות כעל אחדות. אם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית, מעוגנים בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, הרי יש להם תחולה גם מעבר לדלת אמותיהם של חוקי-היסוד אלה. החשיבות השניה שיש לדיבור “ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית” חורג

* עיקר הדברים הובאו (ביום 1.8.97) בקונגרס העולמי השנים עשר למדעי היהדות. הם פורסמו בחוברת הנקראת “רב שיש ומקורות גלויים”.

** נשיא בית-המשפט העליון.

מעבר להשפעתו הפרשנית. ערכיה של מדינת ישראל הן אמת מידה להגבלה חוקתית על זכויות האדם. פסקת ההגבלה שבתוקף-יסוד: כבוד האדם וחירותו (דומה לה מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק) קובעת:

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

בגדריה של פסקה זו, משמשים ערכיה של מדינת ישראל — והנחתיה הינה כי אלה הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית — כאמת מידה לחוקתיותו של חוק הפוגע בזכויות האדם המעוגנות בחוק-היסוד. חוק פוגע הוא חוקתי רק אם הוא מקיים מספר דרישות. אחת מאותן דרישות הינה כי החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אכן, חוק הפוגע בזכות אדם מוגנת לא יהיה חוקתי, גם אם הוא לתכלית ראויה, וגם אם הוא אינו מעבר למידה הדרושה, אם הפגיעה בזכות האדם אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. נזקקתי לעניין זה בפרשת רחוב בראילן. הצו של שר התחבורה פגע בחופש התנועה של החילונים, חופש המוגן, לדעתי, בחוק-היסוד. בחנתי אם פגיעה זו מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. בין השאר ביקתי אם היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. השבתי על כך בחיוב. וכך כתבתי:

“דומה שאין מחלוקת, כי התחשבות ברגשות דתיים ובאורח חיים דתי, הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. מדינה יהודית רגישה לרגשות הרות של כל אחז מבניה. בוודאי כך, אם רגשות אלה קשורים — בעקבות הצו המגביל הנוגעת מכוניות בשבת — לשבת עצמה. אכן, שמירת השבת היא ערך מכריע ביהדות”¹.

בהמשך הגעתי למסקנה כי התחשבות זו ברגשות הרות ובאורח החיים הדתי, הולמת גם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. הנה כי כן, לערכיה של מדינת ישראל כמדינה תכליתית של הוראת חוקי-היסוד. כפולה. ערכים אלה מהווים אמות מידה לפרשנות תכליתית של הוראות חוקי-היסוד. פרשנות תכליתית זו היא הקובעת את היקף הפריסה של חוקי-היסוד. לאורה של פרשנות זו מתפרשים הידניים כולם. בנוסף, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מהווים תנאי חיוני לתוקפו של חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית. וזאת יש לזכור: המעמד הנורמטיבי שניתן לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינו כמעמד ערכים אחרים המהווים חלק משיטת המשפט שלנו. המעמד הנורמטיבי של ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית הוא מעמד נורמטיבי

1 בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (טרם פורסם).

חוקתי-על-חוקי. חקיקה רגילה, הפוגעת בזכות אדם חוקתית, תיפסל גם אם היא לתכלית ראויה ולא מעבר למידה הדרושה, אם אין היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. נמצא כי דיבור זה “ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית” הוא בעל חשיבות משפטית מרובה. יש לו מעמד חוקתי. אין הוא אך נוסח דבור שאינה נושאת עימה מסר נורמטיבי. יש לה, לנסחה זו, משען נורמטיבי כבד וחשוב. עם זאת, אין להגוים בתשיבותיה. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינם הערכים היחידים על-פיהם מתפרשים חוקי-היסוד ומכלול החקיקה. חוקי-היסוד עצמם קובעים, כי:

“זכויות היסוד של האדם בישראל מושחתות על ההכרה בערך האדם. בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרה על הקמת מדינת ישראל”.

זאת ועוד: עם כל חשיבותם של הנחות יסוד ועקרונות יסוד, אין הם אמת המידה היחידה המכוונת את דרכו של השופט. ידועה אימרתו של השופט הולמס, לפיה:

“General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise”².

היא עניין זה כאשר יהא — והדין בו חורג מעבר לנושא שלנו היום — אין להפחית בחשיבותם של ערכי יסוד ותפיסות יסוד. בהכרעות הקשות של השופט — על כל פנים בהכרעות הקשות שלי כשופט — במקרים הקשים במיוחד — ערכי היסוד ותפיסות היסוד הם המצפן על-פיו יכוון השופט את דרכו. מכאן חשיבותה המרובה של התשובה לשאלה: מהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כיצד הם נקבעים, מה משקלם, ומה היחס בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית?

פתרון במסגרת הקונסנסוס

הדיבור “ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית” הוא דיבור עמום. הסקסט אינו מקדין תשובה חד-משמעית. נשאר לעת מצוא את דבר היקפו של הדיבור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. אומר רק כי דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב אלא גם שלטונם של ערכי יסוד, וכמרכוס זכויות האדם. נתמקד בערכיה כמדינה יהודית. קביעת היקף פריסתו של דיבור זה תעסיק אותנו רבות בעתיד. אומר

2 Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 75

יהודי ואהבת העם היהודי. "מדינה יהודית" היא "הגשמת שאיפת הדרוה לגאולת ישראל". "מדינה יהודית" היא מדינה שערכי החירות, הדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. "מדינה יהודית" היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיס שבטפריה נבניא ישראל הם יסוד מוסריותה. "מדינה יהודית" היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושעינינו נשואין וגורשין של יהודים מוכרעים בה על-פי דין התורה. "מדינה יהודית" היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים.

"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית"

פריסה זו של הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" מוביל למסקנה, כי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש שני היבטים עיקריים: ההיבט האחד הוא ההיבט הציוני. ההיבט האחר הוא ההיבט ההלכתי (במובן של ההלכה היהודית לדורותיה; מורשת ישראל). ההיבט הציוני מתבטא, למשל, בכוחות של יהודים לעלות ארצה — זכות המוכתרת בחוק השבות, תשי"א—1950; ההיבט ההלכתי מתבטא, למשל, בעיקרון כי נישואין וגירושין של יהודים יערכו בישראל על-פי דין תורה. אכן תהא זו ראייה חד ממדית אם נניח את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אך להיבט המורשת-הלכתי. לדעתי, הצינויות מזה וההלכה היהודית מזה, השביעו את חותמן על אופיה היהודי של מדינת ישראל. למוחר לצייץ כי יש קשר הדוק בין ההיבט הציוני להיבט ההלכתי. קיים גם קשר בין שני אלה לערכיה של המדינה כמדינה דמוקרטית. עם זאת, ראייה מדעית-אובייקטיבית צריכה לעמוד על ההבחנה בין יסודות שונים אלה, גם אם המגמה הפרשנית צריכה למצוא סינתזה ביניהם. נתמקד עתה — בגוריו של קונגרס זה — בהיבט המורשת. נשאר לעת מצוא בחינה יסודית של ההיבט הציוני.

מדינה יהודית בהיבט המורשת

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית כוללים בחובם את ערכיה ההלכתיים-מורשתיים. זהו "עולמה של ההלכה". על ערכים אלה למדים אנו מתוך עולמה של ההלכה עצמה. עולמה הפנימי של היהדות הוא שצריך לתת לנו תשובה מזה ערכיה. אלה הם מים שאין להם סוף. מצויים בו ערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ברמות הפשטה שונות, החל מדון ספציפי בסוגיה פלונית וכלה בערכים מופשטים של ואהבת לעך כמך ועשית הישר הטוב; מצויים בו ערכים פטיקולריים

אני "אותנו", וכוונתי לחברה הישראלית כולה, ולא רק למשפטנים שבה. אכן, הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" שבתוקף-היסוד משקף את הייחוד של מדינת ישראל ושל החברה הישראלית. איננו ככל העמים; איננו ככל המדינות; הננו דמוקרטית, וערכיה הם ערכיה של כל מדינה דמוקרטית. אך אנו גם מדינה יהודית, ועל כן ערכיה הם ערכיה של מדינה יהודית. התבונה הישראלית כולה תצטרך להתמודד עם דאליות זו. אנשי הגות ומחקר, רבנים ופרופסורים, תלמידי ישיבה ותלמידי אוניברסיטה — כל רבדי החברה הישראלית — יצטרכו לשאול עצמם מהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. תרומתם של המשפטנים בכלל ושל השופטים בפרט, עם כל חשיבותה, תהא נגזרת מהפסיות היסוד של החברה הישראלית. כסופו של דבר, השופט פועל בעיקרו במסגרת הקונסנטוס החברתי, והוא נותן לו ביטוי. על כן פונה אני למשתתפיו של קונגרס זה, להקדיש מזמנם ומכוחם לליבון שאלות אלה. תרומתי שלי היום אינה אלא פרי הגותי שלי בנושא חשוב זה — הגות של איש מדע ולא של שופט; הגות של מי שמעלה שאלות ואינו מציע תשובות; הגות של אדם מתלבט היוזע כי רבות הן הכעיות ובדידו פתונות אין.

יחודנו כמדינה יהודית

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית מייחדות אותה משאר המדינות הדמוקרטיות. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם. אך רק מדינת ישראל היא מדינה שאינה רק דמוקרטית אלא היא גם יהודית. ראיות לציון מילתיה של הכוונה העצמאות:

"כארץ ישראל קם העם היהודי, בה עצבה דמותו הרוחנית, ההתית והמדנית, בה חי חיי קונמיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל-אנושיים והודיש לעולם כולו את ספר הספרים הנצח".

"מדינה יהודית" היא, אפוא, מדינתו של העם היהודי; "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם ברשות עצמו במדינתו הריבונית". מדינה שלכל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ גלויות הוא מערכיה הבסיסיים. "מדינה יהודית" היא מדינה שהוסיטוריה שלה שלובה ושורה בהיסטוריה של העם היהודי, ששפתה עברית, ושעיקרי חגיגה משקפים את תקומתה הלאומית. "מדינה יהודית" היא מדינה שהתשיבות היהודים בשדותיה, בעריה, ובמושבותיה היא כראש דאגותיה. "מדינה יהודית" היא מדינה המנציחה את זכרם של היהודים שנשכחו בשואה, ואשר נעדרה להוות "פתרון כעיית העם היהודי מתוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית כארץ ישראל". "מדינה יהודית" היא מדינה המטפחת תרבות יהודית, חינוך

ואוניברסליים; מצויים בו ערכים כפי שהתפתחו בהיסטוריה של עם ישראל לדורותיו. מצויים בו כוודאי ערכים המשלמים זה את זה וערכים הסותרים זה את זה. זהו עולם ומלואו.

היחס בין ההיבט היהודי להיבט הדמוקרטי

מה היחס בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית — ונתמך בהיבט המורשתי בלבד — לערכיה כמדינה דמוקרטית? שאלה זו אינה מתעוררת כמלא חריפותה לעניין פסקת ההגבלה. הדישה שם הינה, כי חוקמינו של חוק הפוגע בזכות אדם מוגנת תלויה בכך שהחוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שהוא נועד להכלית ראויה, ושהפגיעה בזכות האדם אינה במידה העולה על הנדרש. דרישות אלה הן מצטברות. על כן, חוק הפוגע בזכות אדם מוגנת חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל, הן כמדינה יהודית והן כמדינה דמוקרטית. לא די בכך שהוא הולם את מערכים אלה. עם זאת, השאלה בדבר היחס בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית מתעוררת גם בהקשר זה, והיא מתעוררת כמלאו החריפות בהיבט הפרשני הכללי.

מהו, אפוא, היחס בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ומדינה דמוקרטית? נראה לי, כי תפיסה חוקתית ראויה מחייבת נסיון להשגת השלמה והרמוניה בין ערכים אלה. תפיסה פרשנית תכליתית, המתבססת על אחדות חוקתית ועל הרמוניה נורמטיבית, שואפת למצוא את המאחד והמשותף, תוך מניעתם של ניגודים וצמצום נקודות החיכוך. לדעתו, יש לשאוף למציאת מכנה משותף וסינחוז בין הערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. עמד על כך השופט אלון, כצינו:

"מדרכה של סינחוז זו שמבקשת היא את המשותף שבין שתי המערכות, היהודית והדמוקרטית, את העקרונות המשותפים לשתיהן או שלפחות ניתן לשלב ביניהן"³.

גישה זו מקובלת עלי. יש לחפש שילוב והתאמה בין הערכים השונים של מדינת ישראל — כמדינה יהודית דמוקרטית — מתוך נסיון ליצור תפיסה אחידה וכוללת. לשם כך יש לפנות, מחד גיסא, למקורותיה הפנימיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית (על היבטיה השונים), ומאידך גיסא, למקורותיה הפנימיים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. המידע המתקבל ממקורות אלה צריך לעבור "עיבוד" ו"סינחוז" באופן שיגובשו ערכים התואמים את היבטיה השונים של מדינת ישראל.

3 ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 87, כ"ב 167.

בחירת המשותף והמאחד

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית המגשימה את ערכי הציונות עלולים לסחור את ערכיה כמדינה יהודית המכבדת את ההלכה היהודית. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית — על היבטיה השונים — עלולים לעמוד בסתירה לערכיה כמדינה דמוקרטית. מה יעשה השופט שעה שהוא נתקל במצבים כאלה? על-פי השיטה הפרשנית התכליתית, עליו לנסות ולאתר את המשותף והמאחד. לשם כך עליו לחזור לכל אחד מהמקורות מהם שאב את המידע ולבחון אם אכן התמונה שנתקבלה מאותו מקור היא שלמה. שכן זאת יש לדעת: בכל אחד מהיבטיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית — מבחינת הגשמת ערכי הציונות ומבחינת הכרה בערכי היהדות — וכמדינה דמוקרטית, ישנן דעות שונות וגוונים שונים. הציונות אינה מונוליתית. יש בה השקפות שונות ולעיתים אף נוגדות כאשר לדרכי הגשמת החזון הציוני במדינת ישראל. ברומה, היהדות אינה עשויה מעור אחד. יש בה זרמים שונים והשקפות שונות ונוגדות. גם מושג הדמוקרטיה אינו חד-מימדי. עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב-פנים. יש בו גישות שונות ומגוונות כאשר לדרכים הראויות להגשמת הדמוקרטיה. אין תפיסה דמוקרטית אחת, שכלתה אין-אכן, בכל אחד ממרכיביה הערכיים של מדינת ישראל מצויות מגמות מרובות ולעיתים אף סותרות. לפנינו, אפוא — מרחב ניכר בו תופשי הפרשן לפעול. על הפרשן — השואף להשלמה ולהרמוניה — ליטול מכל אחד מהמקורות הציוניים, ההלכתיים והדמוקרטיים את אותם ערכים, תפיסות ועקרונות המצויים בו ומיישבים עם הערכים והעקרונות המצויים במקורות האחרים. עליו להימנע מנטילתם של ערכים היוצרים סתירה או ניגוד. כך, למשל, אם בעלמא של היהדות מצוי זרם פרטיקולרי וזרם אוניברסלי, מן הראוי הוא לפרשן לאמץ את הזרם האוניברסלי, שכן זרם זה מתיישב יותר עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מאשר הזרם הפרטיקולרי. ברומה, אם בתפיסתה של דמוקרטיה ניתן להשקיף בצורות שונות על היחסים הבינאישיים, מן הראוי הוא לבחור באותה גישה התואמת את תפיסתה של ההלכה היהודית.

רמת הפשטה גבוהה

לעתים נתקל הפרשן בהסדרים ספציפיים המקובלים בתפיסתה של היהדות, הנגזרים הסדרים ספציפיים המקובלים בתפיסתה של דמוקרטיה. אין בכך ולא כלום, שהרי הפרשן אינו מופנה אל הסדרים ספציפיים אלא אל ערכים. ערכים אלה עשויים להתקיים ברמות הפשטה שונות. בכתיבתי המדעית הצעתי לבחון את האפשרות על-פיה ראוי לו לפרשן לבחור באותה רמת הפשטה המבטאת מבחינתה הפנימית של

היהדות את תפיסתה שלה, ועולה בקנה אחד עם תפיסתם של ערכי הדמוקרטיה. הוא הוויץ בדמוקרטיה. על הפרשן לפנות לאותה רמת הפשטה של ערכי הדמוקרטיה — הנקבעים על ידי בחינתם הפנימית של ערכי הדמוקרטיה — אשר עולה בקנה אחד עם תפיסתם של ערכי היהדות. מקום שפרטי ההסדרים של עולם היהדות ושל דמוקרטיה נאורה אינם עולים בקנה אחד, חידוש לרוב רמת הפשטה גבוהה כדי להגיע לערכים העולים בקנה אחד. מודע אני לקשייה של הצעה זו. מצמיד אני אותה לדיון ולבחינה. אציין רק כי באמצעות התמקדות בערכיה האוניברסליים של היהדות וההלכה מזה ושל הדמוקרטיה מזה ניתן יהיה למצוא את אותה השלמה והרמוניה שהפרשנות שואפת אליה. ברמה האוניברסלית של הערכים — בין אלה של עולם היהדות ובין אלה של השיטות הדמוקרטיות השונות — ניתן יהיה להשיג את אותה "הסתייגות והמבנה המשותף" בין הערכים השונים. אם ניתן למצוא השלמה והרמוניה ברמות הפשטה נמוכות יותר, יש, כמובן, להתמקד ברמות אלה; עם זאת, לאור השוני המהותי הקיים לעתים בין הערכים השונים, קשה יהיה למצוא את אותה סינתזה ברמות הפשטה נמוכות. לשם מציאתו של מבנה משותף, יהא אולי מקום להתמקד ברמות ההפשטה הגבוהות ביותר. אכן, ברמות אלה משתרים ערכיה של המדינה היהודית עם ערכיה של המדינה הדמוקרטית. היהדות ועולם ההלכה תרמו תרומה חשובה לתשיבה הדמוקרטית, ואך טבעי הוא, איפוא, כי ברמות ההפשטה הגבוהות ימצא המשותף ביניהם. זהו רעיון, כך נראה לי, שראוי לדון בו.

כשלון ההשלמה והרמוניה — ומה הלאה

שאיפתו של הפרשן היא להשלמה ולהרמוניה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. יש לצפות לכך, כי יהיו מקרים בהם שאיפה זו לא תוכל להתממש: הנסיגות השונים למציאת מבנה משותף עלולים להיכשל; הערכים עשויים להיות כה קוטביים זה לזה, עד כי סינתזה ביניהם היא בלתי אפשרית, או שהיא הופכת לבלתי רלבנטית לפתרונה של הבעיה הדרושה הכרעה. מה יעשה השופט במצב דברים זה? יש הסבורים, כי מתוך הטקסט החוקתי עולה כי יש ליתן עדיפות לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. יש הסבורים כי מתוך הטקסט מתבקשת עדיפות לערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. שתי הגישות אינן נאורות לי. הטקסט החוקתי אינו מבוסס על מוקדם ומאוחר, ואינו כולל בחובו הכרעה בשאלה זו. עניין הוא לשיקול דעת שופטי. בהפעלת שיקול דעת זה, אין השופט רשאי להטיל מטבע; עליו לפעול מתוך רציונליות; עליו לפעול באובייקטיביות; עליו לבחור באותו פתרון, אשר יותו מכל פתרון אחר, תואם את המבנה הכללי של שיטת המשפט; עליו ליתן פתרון התואם את המטרות האחרות המונחות ביסוד חוקי היסוד, ועל פיהן:

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין; והן יוכרזו ברוח העקרונות שבהכרה על הקמת מדינת ישראל".

עליו ליתן אותו פתרון המחייב עם ההיסטוריה החוקקתית שלנו; עליו ליתן אותו פתרון המחייב עם הקונסנסוס של החברה הישראלית; עליו להביא בחשבון את העובדה החשובה כי חי בקרבנו מיעוט נכבד שערכיו אינם יהודיים — לא ציוניים ולא מורשתיים; עליו ליתן אותו פתרון המתחבר עם העבר, והיחיד בסיס להתפתחות בעתיד. כל אלה מטילים משימה כבדה על השופט. הוא מורגל לעמוד בה. הוא עומד בה במצבים אחרים בהם עליו להפעיל את שיקול דעתו. הוא יעמוד בה גם במצב מיוחד זה. עם זאת, ראוי להן לבעיות אלה שתתבררנה קודם כל בגדריה של החברה הישראלית כולה. אף שבית המשפט אנוס לעתים לפתור את ההתנגשות בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית, אינו סבור שבית המשפט הוא המוסד הממלכתי שצריך ליצור בעיניים אלה קונסנסוס, במקום שהוא אינו קיים. העובדה שסוגיה מסוימת היא שפיטה — ובוודאי שההכרעה בהתנגשות בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית היא שפיטה, שהיא היא אמת מידה לפרשנות הדין ולחוקתיות החוק — אינה אומרת שהפתרון השיפוטי הוא הפתרון הטוב מבין כל הפתרונות האפשריים. לא כל בעיה שניתן לפתור אותה בכלים שיפוטיים, ראוי לפתור אותה בכלים שיפוטיים. אנתנו מבחינים בין שפיטות נורמטיביות לשפיטות מוסריות. רבות הסוגיות — וסוגיותינו שלנו כלולה בהן — שהפתרון הראוי להן הוא קודם כל חברתי ופוליטי. אכן, ראוי להם לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ולערכיה כמדינה דמוקרטית שייבחנו על ידי בני החברה הישראלית, בין במסגרות פוליטיות ובין במסגרות חברתיות אקדמיות. קונגרס זה הוא בוודאי אכסניה נאה לכך.