

"בין קודש לחול" – משנתו של אריאל רוזן-צבי

איסי רוזן-צבי

ישי רוזן-צבי

מבוא¹

לפני שנים מספר נערך בירושלים כנס בנושא דת ומדינה שהשתתפו בו אנשי דת ואקדמיה. במסגרת הדיונים טען בלהט אחד המתדיינים, שהינו רב אורתודוקסי בעל השקפות ליברליות, שיש למצוא פתרונות הלכתיים מתקדמים לבעיית העגונות. פילוסוף

1 המושג "ליברליזם" כפי שהוא רווח בשיח הציבורי הינו "מושג בעל שוליים מטושטשים" במובן הוויטגנשטיאני. וויטגנשטיין טוען כי למושגים אין משמעות מהותנית וקבועה מעבר לשימוש שנעשה בהם, ומשמעותם ניתנת להם על-ידי פרקטיקות חברתיות הכוללות אימון ומבוססות על הרגלים והסדרים. אך היעדר הגדרה ברורה אינו חסר לנו בשימושנו היומיומי במושגים: "אני משתמש במושגים בשם פלוני ללא משמעות קבועה, אך האם יש לומר כי אני משתמש במילה שאת משמעותה אינני יודע ולפיכך דיבורי חסר שחרז?" (ל' וויטגנשטיין חקירות פילוסופיות (ירושלים, תשנ"ה) 72). יתרה מזאת, המונח "ליברליזם", כמו גם מונחים אחרים, טעון במשמעויות המוקנות לו בשיח הספציפי במסגרתו נעשה בו שימוש. כדברי ד"ר רוגן שמיר: "אני גורס שלמושגים כמו: 'ערכי היהדות', 'דמוקרטיה', או 'מדינה דמוקרטית' מוקנית משמעות רק בשעה שמשתמשים בהם לצורך מוגדר: לתכלית כלשהי, בהקשר כלשהו ובאמצעות מתודה פרשנית כלשהי. איננו עוסקים במהויות בעלות תכנים נתונים, אלא במושגים המקבלים ממשות תוך כדי יישומם החברתי ותוך כדי תהליך פרשני, אשר יוצר – לא מגלה – את משמעותם." (ר' שמיר "חברה, יהדות ופונדמנטליזם דמוקרטי" עיוני משפט יט (התשנ"ה) 700). במסגרת מאמר זה נעסוק במושג ליברליזם במובן שמשמשים בו בשיח המשפטי הישראלי. המובן הרווח של המונח "ליברליזם" במסגרת שיח זה מתייחס לגישה המטילה ספק במסורת, השמה דגש בזכויות ובחירויות הפרט. (לעיון במושג ליברליזם במסגרת השיח המשפטי ראו, לדוגמה, מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תל אביב, 1993) 122–123). כמו-כן, בשיח המשפטי הישראלי מטושטשת ההבחנה בין "דמוקרטיה" לבין תפיסה "ליברלית", ולעיתים אף נעשה זיהוי מוחלט בין שני המושגים הללו. כפי שנראה להלן, אחד המאבקים המרכזיים שניהל אבא נסב על הגדרתו מחדש של המושג ליברליזם בשיח המשפטי. יש לציין כי במסורת הפילוסופית מוקנית למושג ליברליזם משמעות שאינה חופפת בהכרח את המונח כפי שנשתמש בו במאמר. לדיון במשמעות הפילוסופית של הליברליזם ולביקורת על הנחותיו המטפיסיות ראו: R. Rorty *Contingency, irony and solidarity* (Cambridge, 1989) 44–69.

חילוני, שהשתתף גם הוא בדיון, נועץ לשמע הדברים האלה, וטען כנגדו כי אילו היה עומד במקומו איש דת הודי ליברל ומתקדם, וטוען שיש למצוא פתרונות דתיים מתקדמים לבעיית שריפת אלמנות, לא היה איש מן הנוכחים, ובכללם אותו רב אורתודוקסי, מוכן להקשיב לו. שריפת אלמנות היא מעשה אנטי-מוסרי ואנטי-הומני ממדרגה ראשונה, שיש לפעול להוקעתו ולביטולו, ולא "למצוא לו פתרונות הלכתיים" בדרך חתחתים של פרשנות, טכניקות ורטוריקה דתיות. המנסה למצוא פתרונות דתיים לבעיית העגונות, סיים הפילוסוף, משתף-פעולה עם המוסדות האנטי-הומניים הללו ונותן להם גושפנקה מוסרית.

מה בעצם אירע כאן? האם אותו רב ליברל לא היה מודע לבעייתיות המוסרית שבהטלת מוסדות דתיים, כגון קידושין ועגינות, על ציבור חילוני שאינו שותף למערכות הללו? הרי הוא עצמו טען שהמצב בלתי-נסבל וכי יש למצוא לו פתרונות בהקדם. שתי ההשקפות שעומתו בכנס אינן יכולות להיפגש. שני השותפים בדיון מכירים היטב בבעייתיות המצב, אלא שהם נחלקים בנקודות-המוצא. המחויבויות שלהם שונות, העולמות שהם יונקים מהם שונים בתכלית השינוי. הרב הליברל חי בשני עולמות, וחש מחויב לשתי מערכות נורמטיביות שונות בעת ובעונה אחת. אין הוא יכול לזנוח את המערכת ההלכתית כאשר היא פוגעת בתפיסת-עולמו הליברלית, משום שהיא חלק ממנו, מישותו, חינוכו, תפיסת-עולמו, ממשחק השפה בה גדל ובה הוא חי ופועל. לכן נגזר עליו לחיות בשני העולמות בלא שיוכל או ירצה להכריע ביניהם. מה שנראה בעיני האחד כמוסד אנכרוניסטי, מיותר וחסר פשר הוא בית גידולו וכור מחצבתו של האחר. אוצר-מילים שזר ומנוכר לאחד הוא שפת-אימו של האחר. הראשון יכול להרשות לעצמו להכריע לכיוון ברור וקוהרנטי, אך לא כן השני.

סיפור זה מדגים היטב את כפל העולמות הערכיים-הרוחניים בהם חי אבא, וממילא את כפל המחויבויות שלו: מחד גיסא, הוא היה ליברל בעל תפיסות מודרניות הומניסטיות, שינק מן המסורת הדמוקרטית הליברלית, ומאידך גיסא, שורשיו היו בטועים היטב בעולם הדתי, שם גדל, חונך וחי חיים הלכתיים בקהילה שומרת מצוות. שניות זו, שליוותה אותו כל חייו, היתה המסד של עולמו הרוחני והאינטלקטואלי.

קיימים דפוסי תגובה שונים לתפיסות דתיות הנפגשות עם אידיאולוגיות מודרניות ומתנגשות בהן, החל בהסתגרות פנימה ודחיית כל חדירה של ערכים ואידיאולוגיות מן החדש,² וכלה בזניחת הישן בשם הרוחות החדשות המנשבות. גם כאשר הבחירה היא בשני העולמות יחדיו, עדיין ייתכנו כמה דפוסים עקרונתיים של התמודדות: האחד הוא הדפוס המפריד. האוחז בו מחויב לשני עולמות ולשתי מערכות נורמטיביות, שאינם נפגשים כלל. הוא נע רצוא ושוב ביניהם, בידיעה שאלה הם עולמות מקבילים ללא כל נקודת-מפגש. התוצאה היא דמות של אדם קוטבי החי בכמה עולמות ללא כל דרך ליישבם. זוהי במידה רבה עמדתו הדתית של פרופסור ליבוביץ.

2 האידיאולוג המובהק של שיטה זו הוא רבי משה סופר, המכונה החת"ם סופר, שהשקפתו סוכמה בסיסמה "חדש אסור מן התורה". ראו "כץ" קיום לביוגרפיה של החת"ם סופר" הלכה וקבלה (ירושלים, תשמ"ו) 353.

דפוס התמודדות שני מכונה “הפנמת החוץ”. המחזיק בו אינו מודע כלל למחויבותו לכמה מערכות ערכים. הוא יונק אומנם הרבה מן החוץ, אך מייחס הכל למערכת הדתית, אותה הוא רואה כטוטלית וכחובקת-כל.³

דפוס שלישי הוא זה המנסה לגשר בין שתי המערכות הערכיות. הוא מודע למקורן השונה ולמרחק המפריד ביניהן, אך הוא יוצא לדרך ארוכה, שבסופה ינסה לאחד את שתי המערכות בתוך אישיות הרמונית אחת. זו הדרך בה בחר אבא. כל חייו היו ניסיון מתמשך לשלב בין העולמות ולגשר בין מערכות קוטביות מלכתחילה. ההתמודדות עם המערכת הנורמטיבית הכפולה, על הסתירות הפנימיות שבה, היא שעיצבה את עולמו האינטלקטואלי.

במאמר זה נבקש לבחון את מסעו של אבא בין העולמות. אנו נקרא את מכלול יצירתו לאור הדואליות הנורמטיבית בה חי, ונטען שגם ביצירתו האקדמית “המקצועית” ניכרת המחויבות הכפולה וכפל נקודות-המוצא. ריבוי העולמות ליווה את מחקריו מראשיתם. בסיס ראייתו את סוגיות דת ומדינה בכלל ואת מערכת דיני המשפחה בישראל בפרט היה ההתרוצצות בין הקודש והחול, בין העולם ההלכתי המסורתי והמדינה הליברלית המודרנית:

בין הקודש והחול נעים מעגלותיו של תחום דיני המשפחה בישראל. בין מערכת דינים דתית וערכאות שיפוט דתיות לבין חקיקה אזרחית, דינים אזרחיים ומערכות שיפוט אזרחיות. בין מושגי הקדושה הדתית לבין תפיסת העולם החילונית... במרכזם של הנישואין בדיני ישראל עומד יסוד הקדושה... הנישואין הם בבסיסם מוסד דתי... לעומת זאת, אין למושג הקדושה שום משמעות בחייו של חלק הארי של הציבור הישראלי. (דיני המשפחה בישראל, ע' 17)

אנו מזהים ביצירתו של אבא שתי תנועות שמטרתן לגשר בין העולמות ולנסות ליצור מפגש ביניהן: התנועה מן הדת אל הליברליזם והתנועה מן הליברליזם אל הדת. לדעתנו, כפל התנועות הללו משקף את התמודדותו האישית עם המחויבות הכפולה ומהווה גם את התשתית להשקפתו החברתית-המשפטית. זו הכרעה ערכית בסיסית המשפיעה על השקפתו הציבורית כשם שהיא בונה את עולמו הרוחני האישי. מבחינה זו הוא בורא את השקפתו המשפטית בצלמו – “כל דנפח מדילי נפח”.

3 פרופסור שגיא טוען כי דפוס זה איפיון את רוב הוגי הציונות הדתית מראשיתה. היניקה ממקורות חיצוניים וייחוסם לעולם הדתי איפשרו להוגים אלה לקבל את המהפכה הציונית, ובה בעת לשלול כל לגיטימציה מן המערכות החוץ-דתיות שהיוו את המקור לערכים אלה. “הציונות הדתית לא נפתחה כלפי ‘החוץ’ באמצעות פיתוח מנגנוני צידוק שיעניקו תוקף וערך עצמי ל’חוץ’. אדרבא, היא הכירה ב’חוץ’ כבעל ערך מפני שניתן היה להצדיקו ולהבינו במונחים של ‘הפנים’... מה שהופנם מן החוץ נעשה לחלק אנטגרלי של הפנים, מה שנתר בחוץ נשלל.” (א’ שגיא הציונות הדתית בין סגירות לפתיחות (טרם נדפס)).

נקודת-המבט של מאמרנו היא פנומנולוגית והוליסטית. אנו מנסים לרדת אל התשתית הערכית העומדת בבסיס המכלול של יצירתו. מחקריו הפרטניים והמקצועיים משמשים לנו כעין אירועים שעל פני הקרקע, המאפשרים למאזין הקשוב לחשוף את ההתרחשויות שבלב האדמה. אנו ערים להכרעה הפרשנית שביצענו בבחירת נקודת-המבט הערכית ליצירתו של אבא. העדפנו פרשנות אידיאולוגית תשתיתית על פרשנות מקצועית פרטיקולריסטית.

בחלק הראשון של מאמרנו ננתח את התנועה מן הדת אל הליברליזם, תנועה המנסה לנתב את ההשקפות הדתיות ולקרב אותן לתפיסות ליברליות מודרניות. בחלק השני נבחן את התנועה ההפוכה, מן הליברליזם אל הדת. כאן נטען שתפיסת-עולמו הליברלית ואף זו המשפטית והחברתית נבנות תוך כדי שיח עם ערכים דתיים ומחויבות דתית. לבסוף, בחלק השלישי, נבחן את מגבלות התנועה הכפולה ואת התמודדותו של אבא עם הפערים שנתרים בשדה הציבורי.⁴

פרק א – מן הדת אל הליברליזם⁵

אבא היה משפטן ואיש הלכה. אורח חייו נוהל על-פי ההלכה ועיסוקו היה במשפט, בדינים ובהלכות. מטבע הדברים, גם ההתרוצצות בין העולמות השונים שהוא חי בהם וההתמודדות עימם התבטאו במיוחד בשני עולמות אלה: ההלכה והמשפט. ההלכה ביטאה לגביו את החיים הדתיים בכל תמציתם ועוצמתם. ההתמודדות שלו עם המחויבות הכפולה בה חי התבטאה אם-כן מן הפן הדתי בעיקר במערכת ההלכתית.

מי שחי בשני עולמות מפעיל מערכות גישור. נסיונות הגישור של אבא בין המערכת ההלכתית לזו הליברלית נעשו, מן הפן ההלכתי, בעיקר על-ידי אמצעים פרשניים. השקפת-עולמו הליברלית היוותה מניע לפרשנות טקסטואלית חדשה. ההלכה מפנימה מערכות ליברליות-דמוקרטיות ושוויוניות על-ידי פרשנות חוזרת של הטקסטים הקנוניים שלה מתוך עולמות ערכיים מודרניים. הפרשנות היא המנגנון הנפוץ ביותר בתרבות

דתית, המאפשר לדת להפנים חידושים, ויחד עם זאת לשמור על המסגרת המסורתית: הפרשנות היא מפתחו האורגני של היקום ומפתחה האינטלקטואלי של המחשבה האנושית. בפרשנות חייב לשלוט כל החי על מנת להתקיים... בפרשנות חייב לשלוט כל אדם על מנת ליצור קשר עם אחרים ולקיים מערכת חיים חברתיים...

4 במהלך המאמר אנו משתמשים במודע במערכת המונחים שטבע אבא, כגון "ציבור יעד וציבור התייחסות", "סגירת פערים פנימית וחיצונית", "מפגש במישור התוצאה" וכיוצא בהם. מטרתנו היא לחשוף את עולמו והגותו על-ידי יצירת שיח עם כתביו ומונחיו המקוריים, ולא על-ידי הטלת סיווגים חיצוניים על שיטתו.

5 בפרק זה נעיין בעיקר במאמריו ההלכתיים של אבא: "ההלכה והמציאות החילונית", "מעמדה של האשה" וכן הפרקים הרלוונטיים בספר דיני המשפחה בישראל, ונסה לקרוא אותם לפי התשתית המוצגת בהקדמה.

חלק ניכר מן החשיבה האנושית הוא מעשה פרשנות. פרשנות כוללת בחובה תמיד תהליך של חשיבה... כשם שניתן לומר, בהשתאות מוליירית, על כל אדם, שהוא מדבר בפרווה, כך גם ניתן לומר עליו, כמו על כל העוסק במשפט, כי בכל עת הוא עוסק בפרשנות. אי אפשר להבין את התפתחות ההלכה היהודית ללא הבנת דרכי הפרשנות. המידות שהתורה נדרשת בהן הן יסוד מוסד ליציאת דפוסי ההלכה. הפשט והדרש, הרמו והסוד (פרד"ס), מונחים, הן כתשתית מחשבתית-רעיונית והן כבסיס הלכתי-מעשי, בחיים הנורמטיביים של הדין הדתי היהודי. תורה שבעל פה היא כולה פרשנות, היונקת בחלקה את כוחה האוטוריטיבי כהלכה למשה מסיני. ("פרשנות במשפט", ע' 234)

נוסף למנגנון הפרשני רב העוצמה, נקט אבא בעוד שתי מערכות גישור והתאמה לעולם המודרני: האחת, בחירה במסלולים הלכתיים ומסורתיים מסוימים וזניחת אחרים, מתוך הכרעה ערכית להמשיך מסורות מסוימות המתיישבות יותר עם צו המצפון והמוסר המודרני. כך, למשל, אבא מתאר במאמרו "ההלכה והמציאות החילונית" שתי גישות הלכתיות עקרוניות שונות העוברות כחוט-השני לאורך ההיסטוריה ההלכתית כולה ומזדהה במובהק עם אחת מהן.⁶ האחרת, תפיסה היסטורית של תהליכים וראיית עולם ההלכה כמקושר לזמנו ולמקומו וכמי שאינו מנותק מהלכירוח, רעיונות ותפיסות שרווחות באותם זמנים בעולם הרחב.⁷

6 תיאור מפורט של הגישות ראו בע' 37 להלן.

7 הבנה מלאה יותר של דרכו הפרשנית של אבא תושג לאור ההשוואה עם יוצרים אחרים בני-זמננו הנמצאים במצב דומה. כך לגבי הרב פרופסור דוד הרטמן וספרו מסיני לציון (תל-אביב, 1992). ישנן נקודות השקה רבות בין השניים הן מבחינה אישית והן מבחינה אידיאולוגית. שניהם אנשי אקדמיה אורתודוקסיים הנתועים עמוק בשני העולמות – הדתי ההלכתי והליברלי המודרני, ויצירתם נועדה במוצהר לגשר בין העולמות ולהוות אופציה קיומית רצינית ליהודי ההלכתי המודרני. בכך הם מהווים חלופה למסד ולאידיאולוגיה הרבנית הרווחת. המחויבות הכפולה מניעה את שניהם ליצירה וחדשנות דתית, ומאידיך גיסא להיזקקות תמידית למקורות. יחד עם זאת, הרטמן אינו נזקק כלל בספרו לפרשנות היסטורית של המקורות. חז"ל, ראשונים ואחרונים, כולם מתפלמסים ומתווכחים באותו בית-מדרש, באותו הקשר ובאותם תנאים. הרמב"ם מול ישעיהו ליבוביץ, רבי עקיבא מול הרב סולוביצ'יק. פולמוסים כאלה מתנהלים בספרו בצורה חיה וקולחת. (חוסר ההיזקקות לפן ההיסטורי מבוטא בצורה הברורה ביותר בכך שההוגה אשר הרטמן מעמיד כחלופה חיה ורלוונטית אל מול דחייתו את הגותם של הרב סולוביצ'יק ופרופסור ליבוביץ את הרמב"ם בן המאה השתיים-עשרה.) התמודדותו מבוססת בעיקר על פרשנות חדשה, וכן על הכרעה בכיוון של מסורות מסוימות ודחייתן של אחרות. הדבר יובהר אם נזכור שמתנהלת כאן מערכה על המקורות עצמם, כאשר המטרה היא לעגן את העמידה המודרנית במקורות ולהראות שהאופציה המוצעת הינה "לגיטימית" ואפשרית מתוך המסורת עצמה. מבט היסטורי מהווה מעין הכרה בכך שאין ליצר יכולת לעגן את

הנחות אלה [הנחות פסיכולוגיות וחברתיות של ההלכה על האשה] אינן קבועות ועומדות מששת ימי בראשית ואין הן מבטאות עולם ערכים אוטופי הקבוע לעולמים. שינוי בסדרי החברה, שינוי המבנה הדמוגרפי, שינוי בסולם הערכים החברתי... מטלטל הנחות אלו ואף עוקר אותן כליל. (דיני המשפחה בישראל, ע' 223)

תפיסה היסטורית כזו משרתת שתי מטרות: ראשית, היא מסירה את העול התיאולוגי להצדיק תפיסות הנראות לפרשן כאנכרוניסטיות וככאלה שהיו יפות לשעתן ואינן תואמות תפיסות ליברליות בנות-זמננו. שנית, היא נותנת לגיטימציה ליצירה מחודשת עכשווית, על-ידי ראיית ההלכה כדבר מתחדש וזורם לאורך ההיסטוריה, ולא כיצירה חד-פעמית וסגורה. כך מקבלת הפרשנות החדשה לגיטימציה על-ידי קריאה היסטורית של המקורות.

ראיית המקורות כתלויי זמן ומקום, ולא כיצירה מנותקת ותלושה מכל הקשר, אינה פועלת רק לאחור, בהסברת מקורות קיימים, אלא היא נותנת כוח וחיוק ליצירה בת-זמננו שתינק מן ההקשרים ההיסטוריים החדשים. כשם שגישה הפוכה מנטרלת אפשרויות יצירה חדשות: "גישה א-היסטורית לפי עצם מהותה המנותקת לפי השקפתה ממקום וזמן אינה מאפשרת פתרון לרוב הבעיות המשפטיות החברתיות של ימינו." (דיני המשפחה בישראל, ע' 267)

אך לא רק הראייה ההיסטורית מחזקת את כוח הפרשנות, אלא גם להיפך, מבט כולל על כוח פרשנותם של חז"ל מוציא את ההלכה מחזקת דבר סטטי ומאפשר מבט דינמי ומשתנה על ההלכה, וממילא את ראייתה כמקושרת לזמנה ולמקומה. מכאן ברור כי הקריאה ההיסטורית וסקירת עולם הפרשנות העצום היוו לגבי אבא לא רק מושא לעיון ולחקירה אנליטית, אלא גם מקור לגיטימציה למעשיו הוא. רק כך ניתן להבין את מקומם המרכזי ביצירתו.

יצירתו במקורות אותם ראה כתלויי זמן והקשר. הוא מוותר כביכול על המקורות הללו, ומודה שהם אינם מאפשרים את גישתו.

ההיזקקות של אבא לפן ההיסטורי נובעת מן ההבדל השני בינו לבין הרטמן. הפולמוס והמערכה שמנהל הרטמן הם במישור ההגותי, הוא יוצר חלופה מחשבתית. אבא, לעומת זאת, מנהל מערכה הלכתית. עולמות ההגות הינם חופשיים וניתנים ביתר קלות לפרשנות מודרנית. עולם ההלכה סגור יותר, יש בו הכרעות ברורות וכללי משחק נוקשים. סגירותו של עולם ההלכה בהשוואה לעולם ההגות מתבטא גם בהגמוניה גדולה יותר השולטת בו. הכניסה לעולם זה של מי שאיננו פוסק מובהק נתפסת כחידרה לתחום אסור, והממסד הרבני מתקשה לקבלה הרבה יותר מאשר הגות פילוסופית, שממילא אינה נתפסת על-ידי הממסד הרבני כתחום בעל משמעות דתית. העיסוק בתחום ההלכה והניסיון להציב חלופה הלכתית נתפס כהתרסה וכניסיון לחדור ללב ליבה של המערכת ולתוקפה מבפנים, לכבוש את המלכה עימו בבית. מבחינה זו היה במערכה שניהל אבא פוטנציאל לשינוי עולם ההלכה, ומשום כך היה קשה יותר לעיכול לגבי הממסד הרבני.

מבחינה זו ינק אבא את כוחו מעולם הפרשנות המסורתית, וחש שהוא ממשיך אותו. כל דור דורש ומפרש בהתאם לזמנו ומקומו. מרגע שיצאנו מתחום המוחלט, הרשות נתונה לדרוש. כך, למשל, אבא פותח את דיונו במעמד האשה בדין העברי בהצגת ההלכה כמערכת דינמית, ולא כדבר קבוע ועומד, ורואה את הפרשנות המתחדשת כעיקר כוחה של ההלכה. לטענתנו, אין לראות את דבריו אלה כניתוח הלכתי היסטורי של ההלכה בלבד, אלא כגושפנקה להצעותיו הוא, שיבואו בהמשך דבריו. כניתוח היסטורי, דבריו, אשר יובאו להלן, הינם חסרים. אולם כפתיחה ליצירה עצמאית הם מהווים סימון התופעות שהינן מקורות היניקה והלגיטימציה שלו, וכן ניסיון למקם עצמו בתוך תהליך דתי-פרשני עתיק:

הפסוק המפורסם של קללת האל לאשה "אל האשה אמר... ואל אישך תשוקתך והוא ימשול בך" עשוי לשמש נקודת מוצא לקביעת מעמדה של האשה במשפחה. ניתן היה לבסס על מקור מקראי זה עמדה עקרונית תאולוגית ומטפיזית על מעמדה הנחות של האשה... כאשר נבחנת פרשנותו של מקרא זה בתלמוד מתגלה תופעה מאלפת. המדרש דוחק את פרשנותו של המקרא האמור מן המישור הערכי הכולל, מן הרמה הרעיונית העקרונית, אל הרובד הספציפי הפרטי. בשני מקומות בתלמוד נידונים שני חלקיו של המקרא ובשניהם ההתייחסות היא אל דרכי ההנהגה האינטימית שבין בני זוג... את הקללה שבמקרא הופכת הפרשנות למוקד של התחשבות באשה דווקא...

מקרא זה מצביע על כך שאפילו בגוב האריות של מקור עקרוני הנחזה להיות קשה כל כך לשוקדים על מעמדה של האשה, הופעלו במקורותינו אמצעי פרשנות מרכיבים, המסקנה האפשרית היא כי לא גורמים מטפיזיים, עקרוניים, בונים את כללי הדין בכל הקשור למעמדה של האשה בכלל ולמעמדה במשפחה בפרט. הגורמים החברתיים-תרבותיים או בלשון אחרת הגורמים הסביבתיים, תורמים תרומה מכרעת לעיצובם של כללי המשפט העברי בתחום זה. הניסיון להגיע למודיפיקציות משפטיות בעת העברת מושגים או תוצאות משפטיות ממציאיות חברתית אחת לאחרת, אינו חייב להיתקל בחומה הבצורה של אמת מטפיזית ניצחית ובלתי ניתנת לערעור... השאלות מי יגשים את עצמו טוב יותר ופעולותיו של מי תשרתנה את המטרות החברתיות כפי שנקבעו בעולמה של הלכה, הן שאלות פתוחות והן חשופות לשינוי הזמן ולתהפוכות המקום. מאבק בין ערכים וסדרי העדפה חברתיים – לעולם בני שינוי הם. השינוי הוא, לעיתים קרובות, איטי והדרגתי, אולם מרגע שיצאנו מתחום המוחלט והקבוע אין נחיתותה של האשה עקרונית אלא, בלשוננו, סביבתית. ("מעמדה של האישה", ע' 109-111)

לאמצעי ההתמודדות שצינו שני רבדים – אישי וציבורי. ברובד האישי, האמצעים הפרשניים פותחים אופציה לחיים דתיים-ליברליים מלאים ולחיבור בין העולמות. כפי שראינו, אבא לא חי ב־זמנית בעולמות מנותקים, לא דגל בתפיסה דואלית ולא ראה את ההתרוצצות רוויית הסתירות שבין העולמות כאידיאל. בעולמו האישי הוא שאף לאחדות בין העולמות השונים, ליצירת אדם דתי חדש, מעין סינתזה של העולמות השונים. ברובד הציבורי, פרישת האפשרויות דלעיל נהפכת לתביעה מן העילית הדתית,

ובמיוחד מן הממסד הרבני, לפעול לחידוש ההלכה ולהתאמתה לערכי הזמן החדשים: שוויון, ליברליזם, דמוקרטיה, מעמד האשה, יחס לנוכרי וכיוצא בהם הם חלק מהמשימות המוטלות על כתפי הפסיקה הדתית. אולם לא כל התביעות היו בעלות מעמד שווה. חלק מסוגיות אלה הן סוגיות פנימיות של הציבור הדתי, ותהליך הטמעתם של ערכים חדשים בהם הוא חלק מכללי משחק פנימיים של ציבור המקבל עליו את המערכת על יתרונותיה וחסרונותיה. הסוגיות שהתביעה בהן היא המיידית והבוערת ביותר הן אלה היוצאות מחוץ לתחומן של הציבור הדתי ומהוות חלק מכללי המשחק של הציבור הישראלי בכללו. הסוגיה המרכזית בתחום זה הינה דיני המשפחה. אין זה מקרה שעיקר עיסוקו של אבא היה בתחום זה, אליו מתנקזים ובו מתמצים רבים מהמאבקים והסתירות שבין האידיאולוגיות המתחרות – הדתית והליברלית. מבחינה זו יצאו דיני המשפחה ללמד הן על עצמם והן על הכלל כולו. הם נהפכים למעין דגם של יכולת ההתמודדות ההלכתית עם סוגי מציאות שונים, ציבורים וערכים חדשים.⁸

במישור הציבורי ראה אבא את האפשרות האידיאלית של התאמת הדין הדתי למציאות החדשה עליידי מה שכונה "סגירת פערים פנימית", שתיעשה עליידי התחדשות פנים-הלכתית ויצירה דתית.⁹ הוא ראה את הצורך בשינוי לא רק לנוכח הכפייה הבאה מבחוץ להתאמה למציאות החילונית, אלא בראש ובראשונה כאינטרס דתי. התקדמות ההלכה והפיכתה לצודקת, שוויונית וליברלית יותר הן צורך דתי בתורת חיים שאינה מנותקת מזמנה וממאמיניה. מבחינה זו הוא ראה את המדינה החילונית כזרו להתחדשות הדת. אין להתעלם מן התרומה הערכית של הדמוקרטיה למרכיב היהודי, אף במובנו הדתי-האורתודוקסי. אכן, במאתיים השנים האחרונות הופנה חלק מן המאמץ האורתודוקסי לביטולה של כל לגיטימציה ל"חדש", להתכנסות ולהסתגרות מפני כל השפעה חיצונית... הערכים הדמוקרטיים עשויים לפעול כזרו של התפתחויות בתחום המחשבה הדתית ואף בתחום ההלכתי. הדברים אמורים במיוחד בהקשר העניינים שפסיקת ההלכה מושתתת בהם על תפיסת-עולמו של הפוסק. ("מדינה יהודית ודמוקרטית", ע' 23-24)

בכתביו העוסקים בהלכה אבא מסמן את הדרך ליצירת "סגירת פערים" כזו. לדעתנו, אין לראות את יצירתו ההלכתית כניתוח היסטורי-מחקרי של המקורות, אלא כחשיפת הפוטנציאל הטמון בהלכה ופרישת הכלים הפרשניים-ההלכתיים הקיימים לרשות הפוסק המודרני לשם חידושה של ההלכה. הדבר בא לידי ביטוי בפרק "אמצעים הלכתיים" (דיני המשפחה בישראל, ע' 261-266), שם נידונים במפורט הכלים ההלכתיים המאפשרים

8 נזכיר שאנו עוסקים כאן רק בדרך ההתמודדות הדתית-ההלכתית עם הסוגיה הסבוכה הזו; צורות התמודדות משפטיות חיצוניות יידונו בפרקים הבאים.

9 בנקודה זו חל שינוי בהגותו: בספר דיני המשפחה בישראל, סגירת הפערים מוצגת כדרך התמודדות נפוצה. ההתייחסות אליה היא תיאורית, ללא נקיטת עמדה. רק במאמריו האחרונים נקט עמדה ברורה והעדיף פתרונות של סגירת פערים על אמצעים אחרים. העניין יידון בהרחבה להלן.

התאמת דינים למציאות משתנה, כתבים אלה הינם מעין מאגר של אופציות הלכתיות להתמודדות עם מציאות משתנה, המחכות לפוסק שיעשה בהם שימוש. התנועה כאן הינה מעגלית. אבא יונק מתולדות הפסיקה ולומד ממנה את היכולת ההלכתית להפנים ערכים חדשים ולנוע עם הזמן, ולאחר-מכן הוא שב אל ההלכה בתביעה לנצל מאגרים אלה וללכת בדרך המסורת ההלכתית בעבר. מבחינה זו הוא חש עצמו כהולך בדרך של גדולי הפוסקים והנועזים שבהם, שידעו תמיד להתאים את ההלכה לתביעות הזמן. כך, למשל, כאשר הציע בשנת 1984, יחד עם ארגון נעמ"ת, את הסכם הממון שייחתם בזמן הנישואין וידאג לשמר את זכויותיה הממוניות של האשה, טען שהוא צועד בכך בעקבות חז"ל, שתיקנו את הכתובה על-מנת להגן על אותם אינטרסים ומתוך היענות לאותם צרכים.

אבא היה מודע היטב לשוני המהותי בין תפקידו של הפוסק בכל הדורות לבין תפקידו כיום. הוא ידע שתהום פעורה בין משימה של התאמת ההלכה למציאות משתנה במסגרת של קהילת מאמינים המקבלת עליה עול תורה ומצוות לבין משימתו של הפוסק בן-זמננו המתמודד עם חברה, ממסד ועולם ערכים חילוני:

בחברה המקבלת עליה את מרות התורה פועלים מורי ההוראה במגע מתמיד עם המציאות. הם עושים כן תוך הזדהות עם השקפת עולם הרווחת בחברה ואהדה לצרכיו ובעיותיו של ציבור היעד שהם רואים את עצמם חלק בלתי נפרד ממנו. בנסיבות כאלו רואה עצמו איש ההלכה אחראי לקהילה, לשלמותה, לאחדותה ולפתרון בעיות חבריה. הוא מרגיש מחויבות אישית מוסדית ודתית לציבור ולפתרון בעיות יחידיו. לפתרון של מקרים חריגים ואף לעריכתם של הסדרים מרחיקי לכת, מתייחס איש ההלכה כמחזקים את הדת ואת שלטון התורה. במסגרת כזו גם שינויים מרחיקי לכת באורחות חיים דתיים ובנורמות דתיות אינם פוגעים בשמירת הרציפות... התרבות החילונית יצרה חזית של התמודדות מעולם אחר. לא עוד שינוי של אורחות חיים או תפישה חברתית, המחייבים כוח הסתגלות ויכולת התאמה. הערעור של התרבות החילונית הוא על עצם עקרון הציות לסמכות. התרבות החילונית מתנגשת עם עקרון המרות הדתית. האיום מופנה כלפי כלל מערכת הערכים הדתית. ("ההלכה והמציאות החילונית", ע' 155-156)

אף-על-פי-כן לא השלים אבא עם התפיסה שלמערכת ההלכתית אין כלים להתמודד עם העולם המודרני גם במישור הציבורי. הכל עומד, לדעתו, על המוטיווציה של הפוסק. "ראינו כי קיימים כלים הלכתיים מספיקים כדי להתמודד עם המציאות החילונית," אומר אבא, "שאלת המדיניות ההלכתית היא המפתח לאופן ההתמודדות של הפוסקים עם המציאות החילונית ולתוצאותיה." ("ההלכה והמציאות החילונית", ע' 187). [ההדגשות הוספו.]

להלכה, כמערכת וכשיטת משפט, יש כלים ואמצעים להתמודד עם המציאות, שונה ומרחיקת-לכת ככל שתהיה. הכל תלוי בסוכן האנושי האמון על המערכת ההלכתית, קרי, הפוסק. הפוסק הוא המחליט אם לאמץ פסיקה חדשנית ההולמת את צורכי הזמן, זו הכרעה ערכית.

השאלה להיכן תיטה כף הפסיקה בעניין מסוים ואם לעשות שימוש בהנמקות אלו

בקשר אליו היא שאלה של מדיניות הפוסק, בהתאם להכרעתו הדתית ולהערכתו, המעוגנת גם בהשקפת עולם כללית ובתפישה אידיאולוגית, אם פסיקתו תהיה לתקנת הדת או לקלוקלה. ("ההלכה והמציאות החילונית", ע' 187)

בסוגיית המדיניות ההלכתית זיהה אבא את מקור הבעיה של הפסיקה בימינו. הבעיה נעוצה, לדעתו, בפער שבין "ציבור היעד", הנוקק לשירותי הפסיקה הדתית, לבין "ציבור ההתייחסות", שהפוסקים והדיינים רואים עצמם מחויבים אליו. אין הם רואים את הציבור הישראלי שאינו שומר מצוות כציבור-ההתייחסות שלהם, אין הם מרגישים כלפיו אחריות ואין צרכיו ובעיותיו נחשבים בעיניו לצרכים שיש להגן עליהם, אף שבכל הכרוך בדיני נישואין וגירושין ומעמד אישי, הציבור החילוני הוא רוב ציבור-היעד שלהם, שהרי יש להם סמכות בלעדית לדון ולהכריע בנושאים אלה. כדוגמה לדבריו אבא מצטט את הרב פיינשטיין, אחד מגדולי הפוסקים בדורנו, האומר: "...אם לא תקבל האישה עליה לשמור הלכות נידה אין לנו להזדקק לה שנמצא כמסייעין אנו לעבור על איסור נידה. וגם כל דבר שמתירין בשביל תקנת עגונות מסתבר שהוא בשומרי תורה דאם לא כן למה יקילו שהרי הוא לעבור על איסורין וצריך עיון לדינא."¹⁰ ("ההלכה והמציאות החילונית", הערה 105)

בהקשר זה אבא מזהה בפסיקה ההלכתית החדשה שתי גישות עקרוניות, זו שהוא מכנה "העמדה הייחודית" או "המסתגרת", המאופיינת בחוסר העניין שלה בצורכי הציבור הכללי, וכנגדה "העמדה הכלל ישראלית", אשר משיקולים שונים "רואה את ההכרח הדתי שבהתמודדות ההלכה עם המציאות הקיימת" ("ההלכה והמציאות החילונית", ע' 161). ההבדל המרכזי בין שתי הגישות הינו "מידת הלגיטימציה שבהיענות לצורכי הציבור החילוני וההכרה במצוקותיו" (דיני המשפחה בישראל, ע' 283). אבא ער לכך שהגישה הכלל-ישראלית אינה מייחסת ערך פנימי לאידיאולוגיות החדשות, אלא רק מכירה בצורך ההלכתי להתמודד עם המציאות הקיימת, הנראית להם, בדרך-כלל, פגומה. עם זאת הוא רואה בעמדה זו את הסיכוי לגשר, לפחות למעשה, בין העולמות השונים. הגישה הכלל ישראלית יפה להתמודדות עם המציאות החילונית בכל אתר אולם בישראל היא בעלת משנה חשיבות... הגישה הייחודית אינה תשובה, לפחות למציאות הישראלית. מכל מקום, עצימת העיניים המאפיינת אותה, אינה יכולה להוביל לדרך המלך. גישה זו היא בבחינת הנצחת הבלתי אפשרי. ("ההלכה והמציאות החילונית", ע' 189)

אבא עמד על קיומם של פתרונות הלכתיים טובים וישימים לבעיית העגינות, וכנגדם הדגיש את חוסר המוטיווציה או היעדר הנועזות של הפוסקים להפעילם. כך הדבר לגבי כפיית גט וכן לגבי הפקעת קידושין; לשיטתו של הגר"ח פאלאג'י ניתן לכפות גט על הבעל אם הוכח חוסר סיכוי

10 הרב פיינשטיין, המצוטט על-ידי אבא במקרה זה כפוסק שמרן, מצוטט על-ידו במקומות אחרים דווקא כפוסק נועז וחדשן. עובדה זו מעידה על מורכבות הנושא וחוסר האפשרות לקבוע תיוגים חד-משמעיים.

שלום-בית בין בני הזוג... פסיקת הגר"ח פאלאג'י לא נתקבלה על דעת בתי הדין הרבניים במדינת ישראל... אמצעי הגנה אחרים הם נקיטת אמצעים משפטיים מראש. עם אלה נמנים קידושין על תנאי ותנאי בקידושין. האמצעי הדרסטי ביותר המפקיע למעשה את הגט מידיו של הבעל הוא הפקעת הקידושין על ידי בית הדין. בתי הדין הרבניים במדינת ישראל נמנעים כליל מעשיית שימוש באמצעים אלה. (דיני המשפחה בישראל, ע' 257-258)

קיימים, לדעת אבא, גורמים המניעים לעיתים את הפוסקים לפסוק פסיקות העולות בקנה אחד עם המציאות העכשווית. כך, למשל, הפוסקים מכירים לעיתים במצוקות הפרט, לא במישור האמונה והמצפון, אלא במישור האנושי, כגון בבעיית המזרות והעגונות. גורם אחר הוא הלחץ החיצוני החברתי והפוליטי והחשש של בתי-הדין מפני אובדן המוניפול אם ימתחו את החבל יתר על המידה: "עמדה מתחשבת ומקלה יש בה כדי למנוע יצירת לחץ להפרדת הדת מן המדינה. התאמת ההלכה למציאות של שלטון חילוני במדינה מקלה על הסדר הפשרה, שעל פיו משלים חלק מן הציבור החילוני עם הדין הדתי הכפוי עליו ומאפשרת לו להמשיך ולקיים פשרה זו." ("ההלכה והמציאות החילונית", ע' 170)

גם במקרים בהם הפוסקים נענים לצרכים החילוניים או לאידיאולוגיה ליברלית, הם עושים זאת בכליהם ובכללי המשחק שלהם. אין מדובר בביטול מוחלט של הפער בין סוגי השיח, אלא רק בניסיון לבנות גשרים בחיים הריאליים. וכאן בא אבא בתביעה דווקא אל הציבור החילוני ולבית-המשפט להיפגש עם הפסיקה הרבנית "במישור התוצאה". הדרך, האמצעים והרטוריקה שבית-הדין משתמש בהם רחוקים לעיתים אלפי מילין מתפיסות חילוניות מודרניות, ובכל זאת, התוצאה רצויה להם: "אמצעים שאינם מקובלים בעיני רוב בני החברה נועדו לשרת תכליות שאותו רוב הפך ביקרן." (דיני המשפחה בישראל, ע' 294). כך, למשל, לגבי פסיקה הפוסלת עדים בטענה שהם מחללי שבת, שמטרתה לבטל את הקידושין כדי למנוע ממזרות או עגינות. במקרים כאלה "עשוי ההליך הנגקט מצד הדין הדתי לשם סגירת הפערים בינו לבין המציאות החילונית להיתקל בחוסר שביעות רצון ואף באיבה... תגובה כזו מרפה ידיים ומסכלת ניסיונות עתידיים מצד הפוסקים." (שם, ע' 296). על הציבור ומערכת המשפט להכיר לעיתים בפער האידיאולוגי ובתמונות-העולם השונות כל-כך של בתי-הדין והציבור הכללי, ולהסתפק במפגש במישור התוצאה.

אולם הפסיקות האחראיות, המתחשבות בציבור הכללי והמאפיינות את הגישה "הכלל-ישראלית", היו ועודן בטלות בשישים. עובדה זו תסכלה את אבא עד מאוד, והגיעה אותו להטיח ביקורת נוקבת בבתי-הדין הרבניים על ניתוקם מן הציבור הנזקק להם, חוסר היענותם לצורכי הזמן, אי-הבנתם את התפקיד והאחריות המוטלים עליהם וחוסר התעוזה ההלכתית שרבים מהם לוקים בו.¹¹

11 כדוגמה לטענתו זו מביא אבא פסק-דין של בית-הדין הרבני בו "מובא סיפורה המזועזע של אשה, אשר עובה בעל המתואר כאיש מטורף, מסוכן לה ולבנם המשותף. מייד בסמוך נקבע כי אף-על-פי-כן, יש לאשה אפשרות לחיות עימו, ואין לחייבו או לכפותו בגט.

תגובתו על הנתק היתה דיאלקטית: במקומות אחדים הוא מבקר את בתי-הדין על חוסר המוטיווציה שלהם להיענות למשימות העומדות לפניהם, אולם במקומות אחרים הוא מבין שהנתק בין הדיינים לציבור ההתייחסות שלהם מובנה בתוך המערכות השונות, והפערים אינם בני-גישור ואינם שאלה של רצון טוב של פוסק או דיין מסוימים.¹² מבחינה זו, הכתיבה שלו נהפכת למעין תחליף לפריצות-הדרך שאינן נעשות בקהיליית הפוסקים. אין זו רק קריאת כיוון לשינויים המתבקשים, אלא מעין שו"ת חדש.¹³ המוטיווציה החסרה לפוסקים קיימת אצל אבא, ועל-כן הוא מרים את הכפפה ונענה לקריאה שהוא עצמו קורא לה. דברים אלה מאפשרים הבנה טובה ומלאה יותר של מאמריו "ההלכה והמציאות החילונית" ו"מעמדה של האישה בדין העברי".

אבא חש שיש לו תפקיד דתי בחידוש ההלכה. כפי שאמרנו, הוא ראה את כל התהליך של התאמת הדין למציאות החילונית כאינטרס דתי פנימי, ולא רק ככורח חיצוני. מבחינה זו, המציאות נהפכת למעין זרז להתחדשות דתית, והוא ראה עצמו כחלק מתהליך ההתחדשות הזו. אבא ראה יצירה דתית בעצם כתיבתו המשפטית, כפי שראה במאבקיו מאבקים דתיים. הוא חזר והדגיש כי הוא יונק את כוחו ממסורת שלמה של פוסקים נעזים ומהיסטוריה ארוכה של פסיקות אמיצות ומרחיקות-לכת. הלהט העצום בו ניהל את מאבקיו האידיאולוגיים היה להט דתי, והתעוזה היתה תעוזה דתית. הוא חש שהוא לוחם את מלחמתה של תורה.¹⁴

בנמקו קביעתו זו, נסמך בית-הדין הרבני הגדול על שו"ת הרא"ש. בית-הדין נמנע מלהתבונן במציאות, באשה ובבעל אשר עמדו לפניו, כאשר פסק את פסיקתו. הוא העדיף את ההסתכלות בשו"ת הרא"ש בלבד. חובתו של בית-הדין היתה, בראש ובראשונה, לבחון את המתדיינים המופיעים לפניו, ולא את אלה שעמדו לפני הרא"ש לפני הרא"ש לא עמדו שני אלה, וגם אם עמד מקרה דומה לפני הרא"ש לפני מאות שנים, וגם אם לא השתנתה ההלכה, הרי המציאות השתנתה. לא הרי עמידתו של זוג לפני בית-הדין היום כעמידתם לפני הרא"ש אז. הרא"ש ראה את האנשים שלפניו, בסביבתו ובחברתו, מה שאין כן בית-הדין. מבעד לאנשים השקופים שניצבו לפניו, לא ראה בית-הדין את מציאות החיים, אלא את דין הספר. בית-הדין מצווה ועומד להביא את הספרא אל פתחם של אלה שניצבו לפניו. כך, ללא ספק, נהג הרא"ש עצמו. ("תרבות של משפט", בע' 707.)

12 תפיסות אלה מקרבות אותו לסגירת הפערים החיצונית, שתידון בפרק השלישי.
13 השימוש בביטוי "שו"ת" בהקשר זה הינו מטפורי. אין בכוננתו לטעון כי אבא התיימר לפסוק הלכה לקהילת נמענים ממשית, אלא כי מאמרו מציב חלופה לפוסקי ההלכה המקובלים, ומכוון לעורר את המודעות בדבר קיומן של אופציות נוספות לאלה השולטות בכיפה. הפרדוקס שבפרסום המאמרים העוסקים בהלכה דווקא בכתבי-עת שקלה-היעד שלהם הוא חילוני מבובה (כך, לדוגמה, המאמר "מעמדה של האישה בדין העברי" פורסם בקובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמן שלח ז"ל בהוצאת האגודה לזכויות האזרח) מקשה עוד יותר על סיווג קהל-היעד.

14 לדעתנו, אין סתירה בין העובדה שאבא ינק מעולם הערכים הליברלי, שהיווה גורם

דברינו האחרונים צריכים הבהרה: אבא ראה את מאבקיו כמאבקים פנימיים בתוך ההלכה והמסורת ומתוכם; אופוזיציה פנימית הפועלת מתוך המסגרת ההלכתית ולמענה. כתיבתו אינה מבט מבחוץ על המתרחש בספירה הדתית, אלא מאבק על ערכי הקהילה הדתית והמערכת ההלכתית. הוא ראה את דרכו כאחת הדרכים ההלכתיות המסורתיות הלגיטימיות, אם גם נועזת וייחודית. קריאה כזו של כתביו מפרשת את שימוש הרב ברטוריקה דתית ובציטטות מן המסורת, לא כלבוש חיצוני, אלא כמקור יניקה והשראה לפעילות המהפכנית שהוא היה שותף לה. מתוך תחושה של מאבק פנימי מתוך התורה ולשם התורה, הוא בחר את המוטו לספרו:

כל ימיהם הכריזו בגאווה על מוצאם, על מעלותיה ההיסטוריות של העיר, על ערכם של שרידיה, על גבורתה ועל יופיה, אבל טחו עיניהם מלראות את החורבן שעושה הזמן. ח' א' לעומת זאת, אהב אותה במידה מספקת שבביל לראותה בעיני האמת. (גבריאל גרסיה מארקס אהבה בימי כולרה (עם עובד, 1989) 119).

להט הדתי היה מלווה גם במידה של תמימות דתית, שהונחתה על-ידי תודעת המשכיות עזה אף-על-פי שהיתה מודעת לפער העצום שבין העולם הדתי המסורתי לבין קהילה דתית במדינה ליברלית מודרנית. אף-על-פי שבמקומות אחדים ניתח אבא בצורה מפוכחת וביקורתית את המגבלות המבניות של הקהילה הדתית, הוא המשיך להאמין באפשרות ריאליטת וקרובה להתחדשות הדת והתאמתה לצרכים המודרניים. התודעה

משמעוטי במאבקיו לשינוי הדין הדתי, לבין תפיסתו את עצמו כמי שנאבק מאבק דתי פנימי. יש לסייג את ההבחנה האנליטית שנעשתה לעיל בין דפוסי ההתמודדות הדתיים השונים עם עולמות ערכים חוץ-דתיים. גם אנשים המודעים למקורות הרבים שהם יונקים מהם מטמיעים בסופו של דבר חלק מן הנורמות השאובות מן החוץ אל תוך המערכת הפנימית. אשר על-כן, ההבחנה המוחלטת בין הפנים לחוץ הינה מלאכותית. אף כי אבא היה מודע למקורות מהם ינק את ערכיו, הוא לא חש מעולם שהוא בא מבחוץ לכפות מערכת חיצונית על השקפת-העולם הדתית. להיפך, הוא טען כי מלחמתו היא מלחמה של תורה והשקפותיו הן אשר יביאו לידי תקנת הדת. אין גם לשכוח כי מדובר במאבק על לגיטימציה והכרה של הממסד הדתי. נוסף על כך, במסגרת מאבק כזה אין אפשרות לבוא בטענות בשם ערכים המיובאים מן החוץ, אלא יש להמיר אותם טיעונים המקובלים בשדה. הסוציולוג פייר בורדייה טוען כי בכל שדה חברתי יש סוגי ההון המיוחדים לו, שרק באמצעותם ניתן לבצור בו כוח והשפעה, וכי בכל שדה יש כללים לאופן בו ניתן להמיר סוג הון אחד באחר. (P. Bourdieu "The Social Space and the Genesis of Groups" *Social Science Information* (1985) 195-220). אבא לא היה יכול להיכנס לשדה ההלכתי ולנסות לשנותו באמצעות הון שייבא מן השדה המשפטי או הליברלי; היה עליו להמיר את ההון בסוג ההון המקובל בשדה ולהשתמש בשפה ההלכתית. את הפרקטיקות בהן נקט אבא יש לקרוא אם-כן גם בהקשר של המאבק הסימבולי שהתנהל בשדה במסגרתו כל צד מנסה לגייס משאבי הון על-מנת לבצר את מעמדו.

הפרדוקסלית והדיאלקטית שליוותה אותו היתה זו של יוצר ומחדש, ולא של אנליטיקאי המבקר מן הצד, וכך יכלו סתירות ממין זה לשכון אצלו בצוותא.

פרק ב – מן הליברליזם אל הדת¹⁵

מלבד היותו אדם שומר תורה ומצוות, היה אבא ליברל ודמוקרט, והיה מעורה עד מאוד בחיי המדינה ודר באוהלה של ההשכלה הכללית. הוא האמין בערכי ההומניזם האוניורסלי העומדים במרכזו של השיח הדמוקרטי-הליברלי, כפי שהעיד על עצמו באורו: "חלק מן הציבור הדתי... חי חיים דתיים שלמים במציאות דמוקרטית, וזאת לא בדיעבד ומתוך השלמה עם מציאות שנכפתה עליו ושאינו בכוח משפטי הדת להעמידה על תילה, אלא מתוך תחושה עמוקה שהשילוב הינו הכרחי ותוך חיפוש דרך לאחדות של ניגודים." ("מדינה יהודית ודמוקרטית", ע' 19). כליברל דתי החי במדינה דמוקרטית מודרנית, הוא ראה חובה לעצמו לעשות כל מאמץ ליישב את הסתירות ולרפות את המתח הקיים בין הערכים הליברליים לבין הערכים היהודיים הדתיים הן במישור האישי והן במישור הלאומי.

השניות בין אורח חיים דתי לבין מציאות חיים דמוקרטית, שהיתה חלק מאתוס חיי היומיומי של אבא, השפיעה בהכרח גם על אופיה של התפיסה הליברלית בה החזיק. שניות זו היותה גורם מכריע בפיתוחה של עמדה ליברלית ייחודית שהפנימה עולם ערכים דתי ושאפה להגיע לסינתזה בין מערכת הערכים היהודית לזו הליברלית, באופן שיתאפשר לשתי המערכות הנורמטיביות הללו לחיות זו לצד זו. אין בכוונתנו לטעון כי אבא ינק תפיסות ליברליות ממקורות דתיים, אלא כי תפיסת הליברליזם בה אחז אוונה על-ידי השקפת עולמו הדתית. להלן נתאר את מאפייניה המרכזיים של עמדה ליברלית ייחודית זו.

כשם שראה אבא צורך חיוני בהתאמת הדין הדתי למציאות המודרנית על-ידי התחדשות פנים-הלכתית ויצירה דתית, כך ראה הכרח גם בשאיבת ערכים וגורמות מן ההלכה והמחשבה הדתית לתוך המציאות הליברלית החילונית, וסבר כי הפריה הדדית כזו יש בה כדי להיטיב עם שני העולמות. עמדתו של אבא היתה כי להלכה כשיטת משפט – "המשפט העברי" – קיימים כלים ואמצעים מגוונים להתמודד עם המציאות המודרנית. הוא האמין כי יש בידי המשפט העברי להעניק ערך מוסף משמעותי לעקרונות-היסוד הדמוקרטיים הליברליים המושרשים היטב בשיטת המשפט הישראלית. במחלוקת שהתגלעה בין השופט מנחם אלון לבין השופט אהרן ברק בנוגע למשקל שיש ליתן למשפט העברי במסגרת הדין הכללי,¹⁶ צידד אבא בעמדתו של השופט אלון. הוא

15 בפרק זה נעניין במאמרים "מדינה יהודית ודמוקרטית", "תרבות של משפט", "על משפט ומציאות", "כי המשפט לאלוהים הוא", וכן בפרקים נבחרים מספרו דיני המשפחה בישראל.

16 לעניין המחלוקת בין ברק ואלון ראו, למשל, א' ברק "המהפיכה החוקתית: זכויות יסוד

טען כי יש להותיר למשפט העברי מרחב מחיה משמעותי, שיאפשר התפתחות של יצירה תרבותית לאומית משותפת. "יהיה זה משגה תרבותי טרגי," קובע אבא, "אם גורל 'ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית' יהיה כגורלם של 'עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל' שבחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, שהושארו על-ידי הפסיקה כקול קורא במדבר. 'זה פתרון המחמיץ הזדמנות חשובה ליצירת מחויבות תרבותית משותפת לייחוד תרבותי-לאומי גם בנושא זה.'" ("מדינה יהודית ודמוקרטיה", ע' 43)

אבא כפר בטענה שיש להגביל את התכנים של המרכיב ה"יהודי" לעקרונות וערכים מופשטים בלבד, וכי יש לפנות ל"ערכי היסוד של המשפט העברי", ולא לפרטי דינים קונקרטיים. הוא סבר כי בשל אופיה האינדוקטיבי של ההלכה, יהיו מקרים רבים בהם יהיה אפשר לדלות את התוצאה הרצויה רק מן ההלכות הקונקרטיות:

אין לחזור מאתיים שנה לאחור ולצמצם את היהדות למוסר הנביאים או למדרשי האגדה האוניוורסליים בלבד, תוך גניזת העולם התרבותי העשיר, החכם והמפלא של המשנה, התלמוד, הפוסקים וים השו"ת... ייתכנו מקרים לא-מעטים שדווקא ההפניה לפרטי הדינים עשויה להוות בהם הנחיה הולמת. משום כך אין לפסול אפשרות לפנות אל ההלכה או אל מקורותיה או אל היסודות המעמידים הלכה מסוימת לצורך הכרעה בסוגיה ספציפית שניתן למצוא בה פתרון הלכתי ברמת הפשטה כזאת או אחרת, העונה על הצרכים של קהילה או חברה בת-זמננו. ("מדינה יהודית ודמוקרטיה", ע' 44)¹⁷

מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 30-31; מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659.

17 במהלך כנס שנערך במרכז ללימודים גבוהים ביהדות - "בית מורשה", שאבא השתתף בו, הוא נשאל אם ניתן לדעתו לנהל מדינה מודרנית בהתבסס אך ורק על המשפט העברי. בתשובה לשאלה זו אמר אבא את הדברים הבאים: "חד משמעית - כן. השאלה היא מאיזו בחינה? מבחינה זו שיש להלכה פוטנציאל ותשובות למדינה מודרנית? בוודאי שכן, הרי היהדות הסתגלה לתקופות רבות. היא פעלה בתקופה שהיה בית מקדש והיו קורבנות, ולאחר מכן היא הסתגלה לתקופה של משבר גדול ולתקופה של גלות וכו'. מבחינה זאת האפשרות קיימת ללא ספק. בנושא של משפט עברי, חוק יסודות המשפט אמר אמירה מסוימת שהיתה צריכה ליצור אתוס של גשר מסויים. האתוס שהיה עד עכשיו יצר נתיב למשפט אנגלי להכנס אלינו, וכעת סגרנו את הצינור הזה של המשפט האנגלי (אחרי שהכנסנו באמצעותו הרבה דוקטרינות, תפיסות, נוהגים, נוהלים וכו') - מעכשיו נתחיל לבנות על בסיס אתוס אחר. היה אפשר לבנות את זה באלף דרכים, ואני חושב שהשושט ברק עשה כאן שגיאה אסטרטגית בכך שאמר, כי לשיטתו לעולם לא יכנס משפט עברי דרך חוק יסודות המשפט. שהרי אם גם לפי החוק הנ"ל לעולם אין לקונה ואין מוצא למשפט העברי, מה נשאר מחוק יסודות המשפט? אנו יודעים שהמשפט האנגלי זרם אלינו בזרם אדיר ולא עצרנו אותו, ולעומת זאת, המשפט העברי - בגרסת

דוגמה טובה לשאיבת ערכים וגורמות מן המחשבה הדתית אל תוככי ההגות הליברלית ולערך המוסף שהמחשבה הדתית מקנה לעקרונות-היסוד הליברליים ניתן למצוא בעמדתו של אבא בסוגיית "שיח הזכויות הליברלי": במסורת הליברלית הקלסית נתפסת האזרחות בראש ובראשונה כמערכת של זכויות שמטרתה להגן על האינטרסים של הפרט מפני פגיעה בידי פרטים אחרים, ובעיקר מפני פגיעה על-ידי המדינה. זכויות האזרח, על-פי התפיסה הליברלית, הן מעצם מהותן אינדיווידואליות, אוניוורסליות ושוות. הגדרה זו נובעת מהנחת-היסוד הליברלית לפיה החברה אינה אלא מקבץ של פרטים בודדים, אוטונומיים, רציונליים ושווים, שהתאגדו יחד אך ורק כדי לקדם את ענייניהם הפרטיים.¹⁸

אלון, בגרסת זילברג, אפילו בגרסת חיים כהן, או בכל גרסה שהיא – לא יכנסו! כאן נעשתה לפי דעתי גרסיה תרבותית רצינית ביותר, כי אני לא חושב ששופט אנגלי, למשל, היה מעז להעלות על דעתו רעיון של תאוריות משפטיות של מסורת, אפילו מהתקופה העתיקה, שלא יהיה להם שום מקום, עם היבט נורמטיבי כלשהו. בעיניי, זהו משגה חמור, שנובע מחוסר רגישות מספקת ומחוסר ידיעה מוחלט של רוב השופטים במדינת ישראל, שלגביהם המשפט העברי הוא צופן בלתי מוכר, קוד קשה שאי אפשר לפצח אותו. אחד הדברים הראשונים שעשיתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת ת"א היה הכפלת התקנים של המורים למשפט עברי. מורים אלו שבחתי מהווים היום אבן שואבת לתלמידים. את הקוד התרבותי הזה של מהות המשפט העברי כחלק מהמסורת התרבותית הלאומית של המשפט הישראלי הם יצליחו להטמיע וזה בעיני דבר חשוב מרכזי. משפט שאיננו מסתמך על רצף תרבותי הוא משפט נכה, ומשפט שאין לו זיקה ואיננו יכול לדובב שכבות תרבותיות ונורמטיביות על רצף שלם הוא משפט חסר. בענין הזה אני חושב שבית המשפט העליון צריך לחזור בתשובה." (הדברים נדפסו בכתב-העת אקדמות ב (שבט תשנ"ז) 76.)

18 אף-על-פי שקיימות כיום עמדות ליברליות מתוחכמות ומרוככות יותר, הגרסה הליברלית שהוצגה לעיל היא זו השלטת בשיח המשפטי, שבית-המשפט העליון עומד במרכזו כדוברו הסמכותי. דוגמה טובה לכך מצאנו בספרו של פרופסור מנחם מאוטנר: "תת התרבות המשפטית, שבתוכה פעל בית-המשפט, הושתתה על ערכי הליברליזם, שהתגלמו בכללי המשפט שייבא בית-המשפט מאנגליה ומארצות-הברית... ביסודם של ערכים אלה עומדת ראייה של הפרט כגורם אוטונומי עליון, שיש לתת תוקף מירבי לרצונותיו באשר לתכנים של חייו, בלא קשר למידה שיש בתכנים אלה כדי לתרום לקידום יעדיו של הכלל. במסגרת תפיסה זו, בניגוד לתפיסה הקולקטיביסטית, נתפסת המדינה כמכשיר, המיועד לאוסף של פרטים, החיים זה לצד זה, לפעול באורח הרדי למימוש מירבי של האוטונומיה שלהם. אכן, בעוד שבמרכז תפיסת-העולם הקולקטיביסטית עומדת ההנחה שהמדינה והחברה רשאיות להכפיף את הפרט ליעדיהן, במרכז תפיסת-העולם הליברלית עומדת ההנחה שכל פרט, מעצם טבעו, הוא הבעלים של שורה של חירויות-יסוד, המכוונות לאפשר לו תחום פעילות אוטונומי, חסין מפני התערבותן של המדינה

הנחת-יסוד זו של הליברליזם נתונה לביקורת חריפה מצד חוגים אינטלקטואליים שונים. טענתם המרכזית הינה כי שיח הזכויות הליברלי שם דגש חזק מדי בזכויות הפרט ואינו מאפשר פיתוח של שיח זכויות המכיר בזכויותיהם של קולקטיבים מסוגים שונים.¹⁹ אבא ערער אף הוא על הנחת-יסוד זו, בקובעו:

תכניה של הדמוקרטיה הליברלית המערבית אינם התכנים היחידים האפשריים. ביקורת נמתחת על הערכים הדמוקרטיים הליברליים המתעלמים מן הקהילה או מפחיתים בערכה, המייחסים משקל מועט מדי לזהות הקהילתית, האתנית, ולזכויותיה של הקבוצה, והאדישים לתפקיד שממלאת הקהילה בחייו של היחיד ובתרומתה לחברה. ("מדינה יהודית ודמוקרטיה", ע' 45-46)

אך שלא כאחרים, תפיסת-עולמו הדתית ומחויבותו העמוקה לערכים המיוצגים בה היא שהיתה התשתית הרעיונית לביקורתו. אבא חי עם המתח התמידי שבין כבודו העצמי של היחיד האוטונומי, כפי שעוצב בשיח הליברלי, לבין מחויבותו הבלתי-מעוררת לקהילה, בהיות העולם הדתי קהילתי ביסודו. הוא קרא לגישה ליברלית המאזנת איוון ראוי יותר בספירה הציבורית בין זכותו של היחיד לזכותן של קהילות, ואף טען כי הכרה בתפקיד התרבותי והחברתי המשמעותי שהקהילה ממלאת בחיי הפרט טוביל, בסופו של דבר, גם לחיזוק מעמדו של הפרט וזכויותיו:

האוטונומיה של קהילות בתוך חברה, תוך איוון עם זכותו של היחיד מזה ואינטרס הציבור בכללותו מזה, היא סוגיה המעסיקה הוגי-דעות רבים. הערך היהודי מעניק משקל מיוחד לקהל, לעדה ולקהילה. היזקקות לערך זה עשויה להעמיד איוון מחודש (בין פנימי ובין חיצוני) בין היחיד, הקהילה וכלל הציבור, על בסיס מתן משקל יחסי אחר לכל אחד מן המרכיבים בהקשרים שונים של זכויות. הערך היהודי שם דגש מיוחד במחויבות הדתית לאמצעי קיום מינימליים, לשיקום חברתי, למניעת ניצול לרעה של זכויות, להגנה על החוליות החלשות בחברה ולתמיכה בהם, לצדק חברתי, לצדקה שהיא חלק מן הדין וכיוצא באלה. במסגרת האיוון, הערך היהודי עשוי להגביל את משקלן של זכויות מסוימות שיש בהן כדי לתרום לערכים אלה. הערך היהודי עשוי להשפיע על פרשנות המונח כבוד האדם וחירותו לעניין היקף הזכויות החברתיות העשויות להיות גלומות בו. ("מדינה יהודית ודמוקרטיה", ע' 46)

על-פי תפיסתו, יש להקטין את החיכוך בין היסודות היהודי והדמוקרטי באמצעות חלוקת תפקידים ראויה ביניהם, אשר תביא בחשבון את המאפיינים המיוחדים של כל אחד מן המרכיבים. במסגרת חלוקת תפקידים זו ראה אבא להציב במרכז תחום אחריותו של

והחברה." (מאוטר, לעיל הערה 1, בע' 122-123). עם עמדה ליברלית זו היה על אבא, כמשפטן, להתמודד.

19 ראו למשל: Michael J. Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge University Press, 1983).

היסוד הדמוקרטי הליברלי את עקרון השוויון וזכויות הפרט של האזרח, ואילו היסוד היהודי, המעניק משקל רב יותר לשיקולים הקומוניטריים-הקהילתיים, יתרום למתן אוטונומיה רבה יותר לקהילות.

הליברליזם מבית-מדרשו של אבא מתאפיין במיוחד בפרגמטיזם ובנכונות יוצאת-דופן להגיע לפשרות. כנגד התפיסה הליברלית הנוקשה, הטוטלית והבלתי-מתפשרת, הרווחת במגזרים שונים של החברה הישראלית, והבאה לעיתים לידי ביטוי בפסיקותיו של בית-המשפט העליון, העמיד אבא תפיסה פרגמטית, המכירה במגבלותיה ובמקום המיועד לה ב"עולם החיים". אבא ראה חשיבות רבה בהשגת איזון ראוי בין העקרונות הדמוקרטיים והליברליים לבין הנורמות הדתיות, העומדים לעיתים בסתירה זה לזה. לשם כך היה מוכן במקרים רבים להתפשר ולוותר על עיקרון זה או אחר, באופן שיאפשר השגת מכנה משותף בין שני עולמות השית. אך זאת כמובן רק כאשר לא היה בכך כדי לפגוע יתר על המידה בערכי-יסוד של החברה הישראלית, מחד גיסא, ובעקרונות הדת, מאידך גיסא.

השילוב בין היסוד היהודי ליסוד הדמוקרטי, דהיינו, בין החופש מדת מזה לבין אופן המימוש של חופש הדת וקביעת צביונה של מדינת-ישראל מזה, מצדיק איזון אינטרסים תוך התחשבות בזכויות כל הצדדים, ויתור הדדי על ההכרעות האידיאולוגיות, קביעת הסדרים פרגמטיים על דרך הפשרה ומציאת הפתרון הפוגע פחות. ("מדינה יהודית ודמוקרטית", ע' 48)

הפשרה במשנתו של אבא הינה בעלת ערך נורמטיבי, ולא כורח המציאות בלבד. אבא מקבל לעניין זה את גישת המשפט העברי, המעדיף לעיתים קרובות את הפשרה על הדין וקובע כי "גדול כוח הפשרה מכוח הדין, ועדיף לפנים משורת הדין מן הדין".²⁰ אבא מדגיש בכתביו את חשיבות הפשרה במשפט:

המשפט אסור לו להיות חזות-הכל. העולם אינו מתקיים על מידת הדין לבדה, אלא גם על מידת החסד... הדין חייב להיות צמוד אל "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח), אל הפשרה ואל לפנים משורת הדין. ("כי המשפט לאלוהים הוא", ע' 12-13)

החתירה לפשרה, על-פי אבא, היא תכלית החקיקה של סעיף המטרה שבחוקי-היסוד, המונה את שני היסודות - יהודית ודמוקרטית - וכוללם יחד ("מדינה יהודית ודמוקרטית", ע' 51)²¹

20 בבא מציעא, ל; סנהדרין, ו.

21 עמדתו הייחודית של אבא ביחס לפשרה בולטת על רקע היחס העוין והחשדני כלפי הפשרה והמעמד הערכי הנחות המיוחס לה במשפט הפוזיטיבי, חרף היותה נפוצה עד מאוד בפרקטיקה המשפטית. ניתן לייחס מעמד ערכי נמוך זה לתפיסות המקובלות במשפט הפוזיטיבי באשר לשאלות "מהו משפט?" ו"מהו הליך שיפוטי?", בהן הפשרה מודרת מן ההליך השיפוטי ומכוננת כ"לא-משפט". לעומת זאת, המשפט העברי מייחס משקל משמעותי ואף ערך נורמטיבי למוסד הפשרה, ומעצב אותו כמרכיב אינהרנטי של "המשפט".

בעניין זה מתח אבא ביקורת על בית-המשפט, על שאינו מגלה מידה מספקת של הבנה כלפי ההסדרים שננקטים על-ידי בתי-הדין במטרה לסגור את הפערים בין תפיסת-עולמם הדתית לבין המציאות החילונית שהם חיים בה. הוא טען כי הפער בין התפיסה הדתית לזו החילונית והשוני בהשקפות-העולם גוררים אחריהם פסילת פתרונות שנולדו בחיקו של הדין הדתי ונועדו לסגור את הפער שבין השקפת-עולם דתית ומציאות חילונית, ומרפים את ידם של הפוסקים מלנסות לחפש פתרונות נוספים למצבים קונפליקטואליים. בכך, טוען אבא, תורם בית-המשפט להרחבת הפער בין הדין הדתי למציאות החילונית: תקיפת הכלים, שמקורם בדין הדתי, נעשית לשם הגנה על ערכי היסוד של החברה הישראלית. אולם יש לזכור כי כאשר מעורבים ערכי יסוד נדרש בית המשפט לאיזון אינטרסים. כך גם בענין זה. השימוש באמצעים דתיים מסויימים נועד גם הוא, לעיתים, למנוע פגיעה בערכי יסוד, כגון חירות האדם וכבודו. הגנת ערכי היסוד אינה חד מימדית. סגירת פערים בדין הדתי פנימה עשויה להשיג גם תכלית רצויה של מניעת ניצולם לרעה של הליכים שמקורם בדין הדתי. סגירת פערים כזו, אף שנדמה כי עניינה הטלת נורמות דתיות, מטרתה למעשה היא מניעת עיגון בן הזוג. (דיני המשפחה בישראל, ע' 295)²²

על-מנת להגיע לתוצאה הרצויה בעיניו, פיתח אבא מודל פרגמטי, שתכליתו איזון של פשרה בין ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מודל זה כולל כמה מרכיבים המשולבים זה בזה, ועיקרו פתרון מצוקות הפרט תוך הימנעות, עד כמה שניתן, מפתיחת חזיתות אידיאולוגיות. חשיבות ראשונה במעלה ראה אבא ליתן לפתרון למצוקות הפרט. זה גם המניע המרכזי של מחקריו והגותו, כפי שהוא עצמו מעיד בפתח הדבר לספרו דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול:

בין המציאות הפוליטית, העומס האידיאולוגי והמתחים החברתיים הולכת ותופחת המצוקה האנושית של הפרט, מה גם שההתחקות אחר פתרונות יעילים ומהירים לסכסוך במשפחה אינה מצויה גבוה בסולם העדיפויות החברתי-הפוליטי. ככל שהסימבוליקה צוברת תאוצה ולנוכח העוצמות הרגשיות, החברתיות והפוליטיות הממוקדות בתחום זה, נולדת תופעה מדאיגה: המצוקה האישית של היחיד והמשבר במשפחה נדחקים הצדה. החזרתן של מצוקות אלה למרכזו של סדר היום החברתי

22 כדוגמה לדבריו מביא אבא את גורלה של "כפיית גט בדרך ברירה". בית-המשפט פסל אמצעי זה, שעניינו הטלת מזונות כאמצעי עקיפין להשגת גט, המהווה אחת הדרכים הלגיטימיות והנפוצות בדין העברי לכפיית גט. "פסיקת בית-המשפט", אומר אבא, "קשרה את ידיו של בית הדין. בנסיגותיו להקל את התרת קשר הנישואין, בדרך ישירה או עקיפה, באותם מקרים מעטים שהדין מאפשר זאת. בית-המשפט לא התחשב מספיק בצורך להקל על השגת גט, כאשר נחפו לסגור את הפער האחר. שיטת משפט חייבת להתמודד כראוי עם איזון האינטרסים. על בסיס שקילה נאותה של האינטרסים הרלבנטיים מוצדק להעדיף סגירת פער מסויים על חשבון האחר." (דיני המשפחה בישראל, ע' 293)

והמשפטי והצעת דרכים להקלתן – הן המניע המרכזי שהוליד את כתיבת הספר, ומטרתו העיקרית. (דיני המשפחה בישראל, ע' 18)

לגישתו, על בית-המשפט להימנע, עד כמה שניתן, מעיסוק בשאלות אידיאולוגיות העולות לפניו כאשר אין מסתרת מאחוריהן מצוקה אמיתית של הפרט. הוא מבחין בין שני סוגי מעורבות של בית-המשפט בהכרעות אידיאולוגיות. הסוג האחד, מעורבות שמטרתה הכרעה ישירה של סוגיה אידיאולוגית. ממעורבות כזו, סבור אבא, עדיף שביט-המשפט ימנע, ימנע את ידו. הסוג האחר הינו מעורבות המכריעה סכסוך ממשי, שברקעו מניע אידיאולוגי או השקפת-עולם, ובמקרה זה על בית-המשפט לדון ולהכריע בסכסוך. במקרים בהם ההכרעה בסכסוך משולבת בחזית אידיאולוגית, עדיף לבית-המשפט להתרכז בפתרון המצוקה העומדת לפתחו ולהיפגש במידת האפשר במישור התוצאה. "פגישה במישור התוצאה" מהווה עקיפה של הבעיות האידיאולוגיות והשגת תוצאה שהן היהודי הדתי והן הליברל יכולים להשלים איתה, אף אם התוצאה נקנית במחיר הנמקה או טכניקה משפטית שרוב הציבור מתקשה להשלים עימה. קבוצות רבות באוכלוסייה, טוען אבא, מוכנות להשלים עם התוצאה גם אם אינה לרווחם אם לא נפגעה זהותם הרוחנית ואם הסיכוי לנחול ניצחון במערכה האידיאולוגית בימים יבואו אינו נגזל מהם על-ידי ההכרעה השיפוטית. הפרגמטיות היא זירה נוחה יותר להגיע אליה מאשר האידיאולוגיה:²³

23 אף-על-פי שאבא ראה, ככל הנראה, בעקרון הפגישה במישור התוצאה מכשיר פרגמטי בעל ערך בדיעבדי בלבד, ניתן לדעתנו לקדם את עמדתו בצעד אחד וליחס לעיקרון זה ערך נורמטיבי. בעידן של מתן לגיטימציה לקהילות שיח שונות והכרה בחשיבות הפלורליות של משחקי השפה, עקרון הפגישה במישור התוצאה מאפשר לקהילות בעלות השקפות-עולם שונות ואף מנוגדות לחיות בצוותא תוך שמירה על האידיאולוגיה וכללי המשחק המיוחדים להן, ועם זאת ליצור נקודת-מפגש ביניהן, לא במישור האידיאולוגי, כי אם במישור הפרגמטי, של התוצאה, בלבד. בנושא זה כותבת צ'נטל מוף: "אינטרסים וערכים סותרים... אסור שייתפסו כמכשולים זמניים בדרך לקונסנזוס, מכיוון שבהיעדרם תפסיק הדמוקרטיה להיות פלורליסטית. לכן, פוליטיקה דמוקרטית אינה יכולה לצעוד לכיוון הרמוניה והסכמה... שום חיים דמוקרטיים אינם יכולים להתקיים ללא עימות דמוקרטי אמיתי בין זכויות סותרות ובלי מתחרים ליחסי הכוחות הקיימים." Chantal Mouffe "Deconstruction, pragmatism and the politics of democracy" 8 (התרגום *Deconstruction and pragmatism* (C. Mouffe ed., New York, 1996). שלנו). מוף מבקרת במאמרה את תפיסותיהם של רורטי והאברמס על שהם מדגישים יתר על המידה את הקונסנזוס כאידיאל בחברה הליברלית, ודוחקים את מקום הקונפליקטים שבין ערכים ודפוסי חיים. כחלופה מוף מציגה את תפיסותיהם של דרידה ופוקו, הטוענים שכל קונסנזוס משמעותו הדרה והשתקה של קולות מסוימים. קונסנזוס, לדידם, אינו אלא קיבוע כוחני של מה שמטבעו הוא כאוטי ולא-ייצגי. ייתכן שהרעיון בדבר "מפגש במישור התוצאה" יכול להוות מפתח לקונסנזוס חברתי בלא לטשטש את ההבדלים האידיאולוגיים שבין הקהילות השונות ובלא לפגום בפוליפוניה ובריבוי הקולות שבחברה.

לעיתים הכרעות אידאולוגיות מרכזיות אינן בשלות להכרעה והתשובות המשפטיות הן פרגמטיות וספורדיות והן פרי פשרה בין העקרון לתוצאה. במקרים אלה עוקפת המערכת המשפטית את ההכרעה האידאולוגית. היא נותנת תשובה פרגמטית עמה ניתן לחיות בלי להזקק להכרעה במאבק תרבותי שלא תמיד המשפט מסוגל להכריעו ולא תמיד הוא המוסד המתאים לעשותו. ("על משפט ומציאות", ע' 105)

כדוגמה למצב בו פעל בית המשפט בחוכמה מביא אבא את ההבחנה שעשה בית המשפט העליון בסוגיית הקידושין הפרטיים בין פסולי חיתון ופנויי חיתון. פסולי חיתון זכו בסעד בשל היותם נתונים במצוקה ממשית, שכן זכות הנישואין שלהם לא ניתנה למימוש. לעומת זאת נדחתה עתירתם של פנויי חיתון, במרכזה עמד מאבק עקרוני אידאולוגי ללא מצוקה ממשית. במצב עניינים זה, אומר אבא, זכה הציבור החילוני בתוצאה מעשית, הציבור הדתי – בסיפוק אידאולוגי סמלי, וכך באו שני הצדדים על סיפוקם.

לעומת מקרים כגון זה, בהם נמנע בית המשפט מלפתוח חזיתות אידאולוגיות מיותרות, הציב אבא את פסק־הדין בעניין בבלי²⁴ כדוגמה למקרה בו נפתחה חזית אידאולוגית שלא לצורך. בפסק־דין בבלי הטיל בג"צ על בתי־הדין הרבניים להחיל את המשפט האזרחי בתחומים שאינם מענייני המעמד האישי, ובכלל זה את חוקת השיתוף. משמעות ההחלה של חוקת השיתוף במקרה הקונקרטי היתה חלוקת רכוש שוויונית בין בני־הזוג. אבא לא הטיל ספק בצדקת התוצאה אליה הגיע בית המשפט ובהיוונותה, אולם לטענתו היה ניתן להשיג את התוצאה האופרטיבית של פסק־הדין באמצעים משפטיים רדיקליים פחות:

עם התוצאה האופרטיבית, היה בית־הדין משלים, תוך חירוק שיניים, כפי שהשלים במשך השנים עם קיצוץ הדרגתי של סמכויותיו; אולם מערכת דתית אינה יכולה, מבחינת הכרתה העצמית ומעצם הווייתה הדתית, לעכל "פלישה" חילונית רחבת־ממדים לדין הדתי... התוצאה היא שהחזית האידאולוגית שנפתחה לא תיצור את השינוי המיוחל ולא תפתור את מצוקתם של הצדדים שלמענה הפעיל בית המשפט את כוח הפיקוח השיפוטי שלו. להיפך, סחבת אפשרית, בתוספת תחבולות של סדר־דין ודיני ראיות, שיינקטו כדי למנוע את רוע הגזירה, עלולים להוסיף התינוניות, להגדיל את ההוצאות ולהרבות את מצוקת הצדדים. פתרונות חלופיים רדיקליים פחות היו יכולים לעורר פחות ביקורת, מצד אחד, ולהשיג תוצאות טובות יותר ויעילות יותר, מצד אחר. ("מדינה יהודית ודמוקרטיה", ע' 41, 42)²⁵

24 בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221.

25 במסגרת תפיסת־עולמו הפרגמטית, שקד אבא על הצעות פשרה בנושאים הקונפליקטואליים שעמדו על הפרק. כך לגבי סוגיית "מיהו יהודי", הבטחת זכויותיה הממוניות של האשה בעת גירושין, הכפפת בית־הדין למשפט החילוני וכיוצא באלה. לעניין זה ראו ר' הלפרין־קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי־הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ (1997) 683, 708.

הליברליון מבית-מדרשו של אבא, שתואר לעיל, המהווה סינתזה בין ערכים ליברליים ודתיים, לא היה נחלתו של אבא מאז ומעולם. עיון בכתביו האקדמיים והפובליציסטיים מלמד על תמורות שחלו במהלך השנים בתפיסה הליברלית של אבא ובמערכת היחסים שבינה לבין השקפת-עולמו הדתית. דוגמה טובה לכך מצאנו בשינוי שחל בהשקפתו של אבא בכל הנוגע בסוגיה של הפרדת דת ומדינה. בתחילת דרכו האינטלקטואלית דגל אבא בתפיסה המפרידה בין דת ומדינה, וסבר כי ניתן וצריך "לחתוך את הקשר הגורדי, את הסבך של עירוב המדינה בדת ושל הדת במדינה, שלא בטובתן של שתיהן".²⁶

ביטוי לעמדתו זו נתן אבא בהצעת החוקה שניסח יחד עם כמה פרופסורים באוניברסיטת תל-אביב באמצע שנות השמונים. במסגרת חלוקת התפקידים בכתבת פרקי החוקה היה אבא אחראי, בין היתר, לכתבת הפרק שעסק ביחסי דת ומדינה, ובו הציג, הלכה למעשה, הפרדה בין דת ומדינה (אם כי לא הפרדה טוטלית).²⁷ ביטוי נוסף לגישה המפרידה בה החזיק ניתן למצוא במאמר העוסק בחופש הדת שפרסם בשנת 1986. המאמר מתאר את הסימביוזה הבעייתית הקיימת בישראל ביחסי דת ומדינה, והוא מסתיים בזה הלשון:

Several decades afterwards, Carl Jacob Burckhardt in dealing with the problems of separation of State and Church wrote as follows in his book *Weltgeschichtliche Betrachtungen*:

"in future times the church will likely forgo willingly its close relation or

26 "באמונתנו נחיה" מעריב 23.1.88.

27 סעיף 22 בהצעת החוקה למדינת-ישראל, העוסק בסוגיית "חופש דת ומצפון", קובע כדלהלן:

- (א) כל אדם זכאי לחופש הדת והמצפון.
- (ב) לא ייפגע חופש העיסוק של אדם בשל שמירה על מצוות דתו.
- (ג) לא יישללו זכויות, לא יוטלו חובות ולא ייכפו איסורים על אדם מטעמי דת.
- (ד) אין באמור בסעיף זה כדי:
 1. למנוע את תמיכת המדינה או רשויות ציבוריות במוסדות דת או בהענקת שירותים דתיים או בחינוך דתי והכל על בסיס השוויון.
 2. למנוע הכרה בנישואין וגירושין דתיים לפי בחירת הצדדים או לפגוע בהוראת חוק לפיה בחירתו של אדם בנישואין דתיים כלשהם מכפיפה אותו לדיני הגירושין של אותה דת.
 3. לפגוע בהוראות חוק הניתנות להצדקה עניינית מטעמים עצמאיים שאינם טעמים שבדת.
 4. לפגוע בהתחשבות באינטרסים של ציבור דתי ובצרכיו של ציבור כזה לשמירת אורח חייו או לקיום מצוות דתו והכל על בסיס שוויון ואיזון אינטרסים ראוי עם צורכי שאר הציבור.
 5. לפגוע בהוראות הנוגעות לכשרות המזון בצבא ובמוסדות ציבור.

attachment to the state as did the state toward the church... then the church will become once again a foundation of freedom and worthy of it."
("Freedom of Religion", p. 248)

בשלב מאוחר יותר של הגותו שינה אבא את דעתו בסוגיה זו.²⁸ הוא הגיע למסקנה כי במצב הנתון אין כל אפשרות להפריד בין דת ומדינה וכי את "הקשר הגורדי" הזה לא ניתן להתיר. מעבר לכך, מכתביו המאוחרים עולה, לדעתנו, כי לא זו בלבד שהפרדה בין דת ומדינה אינה בבחינת האפשר מבחינה ריאלי, אלא גם שהפרדה כזו אינה רצויה מן הבחינה הנורמטיבית. על-פי גישה זו, דמותה המיוחדת והייחודית של מדינת-ישראל יונקת דווקא מן הקשר הסימביוטי הקיים בין ערכיה הדמוקרטיים-הליברליים וערכיה היהודיים. חלקו הראשון של המאמר "מדינה יהודית ודמוקרטיה", העוסק ביחסי דת ומדינה, מהווה השלמה עם השניות הקיומית שמדינת-ישראל שרויה בה, וניתן לקרוא בו גם יחס אוהד כלפי המצב הקיים:

השניות המתבטאת בצמד יהדות ודמוקרטיה מאפיינת את המדינה כשני תאומי-סיאם המחוברים זה לזה בכמה מקומות מרכזיים (בלב - מבחינת התחושה הרגשית, ובמוח - מבחינת התפיסה האינטלקטואלית). צמד המושגים הצועד יחד בחברה היהודית ובתנועה הציונית עוד לפני היות מדינה, ובחברה הישראלית - ובעקבותיה במשפט הישראלי - למן קיומה של המדינה, הוא בעל בסיס תרבותי רחב. זו אינה רק שניות משפטית, אלא שניות חברתית, רוחנית ואפילו קיומית, החותכת את התפיסות הדתיות, ההיסטוריות, הפילוסופיות והתרבותיות. בשניות זו יש משהו משתק ומנטרל, אך בעת ובעונה אחת גם חלק מרתק ומפרה. ("מדינה יהודית ודמוקרטיה", ע' 15)

אבא טוען במאמר לקיומם של יחסי תלות הדדית של היהדות בדמוקרטיה ושל הדמוקרטיה ביהדות, כאשר כל אחד מבעלי האידיאולוגיה המרכזיים בחברה הישראלית נזקק, בדרך זו או אחרת, לאידיאולוגיה של האחר לשם קידום אינטרס קיומי מרכזי בהווייתו הרעיונית ובקיומו כתנועה:

כל אחד ממרכיבי המשואה זקוק איפוא למרכיב האחר כדי לבסס את מעמדו. השניות המלווה את המתח שבין הצמדים השונים היא תופעה אימננטית ביצירתה של המדינה היהודית בארץ ישראל ובקיומה. לא נטעה אם נאמר

28 ניתן, לדעתנו, לזהות את נקודת-המפנה בהגותו של אבא בשני מאמרים שפורסמו בשנת 1992 בביטאון המשפטי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב - עיוני משפט, העוסקים ביחסים בין התרבות המשפטית היהודית, המבוטאת במשפט העברי, לבין התרבות המשפטית הישראלית. מאמרים אלה הינם: "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז (1992), 689, "כי המשפט לאלוהים הוא: על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (1992), 5.

שהצמד "יהודית" ו"דמוקרטית" בחוקי-היסוד החדשים נותן ביטוי נורמטיבי מפורש לשניות הקיימת עוד מתקופת חובבי-ציון ולפחות מראשית ימיה של הציונות. (שם, ע' 26, ההדגשה הוספה)

היחס בין היסוד היהודי לבין היסוד הדמוקרטי הוא חלק מן התרבות העמוקה של המדינה, והוא קובע את דמותה ואת אופיה. מבחינה זו הוא חלק מן האינטרס הציבורי. (שם, ע' 51, ההדגשה הוספה)

לדעתנו, יש לפרש את התמורות שחלו בהשקפת-עולמו של אבא בנוגע ליחסי יהדות ודמוקרטיה במישור הלאומי כתנועה מן הליברליזם אל הדת. בהגותו המוקדמת של אבא ניתן להבחין בהיררכיה, לפיה היו הערכים היהודיים-הדתיים כפופים במידה מסוימת, ברמה הלאומית, להבדיל מן הרמה האישית, לערכי הדמוקרטיה והליברליזם. עם השנים עברה השקפת-העולם של אבא תהפוכות במסגרתן השתנו יחסי הכוחות בין "היהודי" ו"הליברלי" באופן שהתחזק הפן היהודי-הדתי. שינוי זה הגיע לשיאו במאמר "מדינה יהודית ודמוקרטית", בו קודמו הערכים היהודיים וניתן להם מעמד מושגי גבוה, השווה למעמד הניתן לערכים הליברליים.

הפרדת הדת מן המדינה, כפי שנוסחה בהצעת החוקה משנת 1986 מכפיפה, הלכה למעשה, את השיח הדתי לשיח הדמוקרטי הליברלי הדומיננטי, וגורמת לחיזוק משמעותי של המרכיב הליברלי על חשבון המרכיב הדתי. בנימוק זה תקפו את אבא אנשי המחנה החרדי, חבריו לתנועה הדתית-הלאומית ואף אנשי אקדמיה דתיים מתחום המשפט. במאמר שכותרתו "חוקת הגויים" יצא העיתון ערב שבת בשצף קצף נגד הצעה החוקה. בניסוח אירוני ולעגני נכתב:

כבר עתה ידוע ש"הצוות הדתי" לא ימליץ על הפרדה של הדת מהמדינה. הם מצאו נוסחה יותר "טובה". המדינה תמשיך להחזיק בדת אך במקביל יוכל כל מי שאינו מעוניין להיות קשור לדת להתחתן ולהתגרש כרצונו, להקבר בטכס אזרחי ועוד.²⁹

פרופסור משה ארנד, איש המחנה הדתי-הלאומי, טען כנגד ההצעה: יצירת חוקה אינה מעשה טכני של יצירת כלים ומסגרת; היא מעשה פוליטי מובהק, בעל משמעות ציבורית ממדרגה ראשונה, ובתנאים הנתונים משמעותה היא הושטת יד עוזר למיעוט האנטי דתי הלוחם וחיזוק שורותיו.³⁰

ופרופסור אהרן קירשנבאום, משפטן דתי מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, ביקר את הצעת החוקה ואמר: הביקורת שלנו היא במישור האידיאולוגי ומתמקדת בשאלת מהותה היהודית של

29 ערב שבת 7.11.86.

30 עמדה 21, מאי 1988.

מדינת-ישראל. "תעודת הזהות" שמציעה החוקה אינה מדינה יהודית ואף לא מדינה בעלת תוכן תרבותי יהודי, אלא מדינה מערבית בעלת יסוד אתני יהודי.³¹

כמענה לתוקפיו חזר אבא פעמים מספר על הטענה כי חוקה אינה מכריעה מחלוקות אידיאולוגיות, אלא מהווה רק מסגרת נורמטיבית המספקת את כללי המשחק ההוגנים והראויים,³² וכי את אופיה של המדינה יקבעו אורחות חייהם של אזרחיה, אמונותיהם ומידת השכנוע הפנימי שלהם.

אופי נקבע על ידי חינוך לטווח ארוך ושכנוע ענייני. את האופי יקבעו אורחות החיים של אזרחי המדינה, אמונותיהם ומידת השכנוע הפנימי שלהם. כאן יש לערוך את הכוחות. חוקה אינה מכריעה. היא רק המסגרת הנורמטיבית, המספקת את כללי המשחק ההוגנים והראויים.³³

אף-על-פי שלא אמר זאת מעולם באופן מפורש, הבין אבא כי במצב יחסי הכוחות השוררים במדינה יש בהפרדת הדת והמדינה, כפי שהציע, כדי לפגוע במרכיב היהודי הדתי ולהכפיף אותו לשיח הדמוקרטי הליברלי השליט. זוהי, לדעתנו, הסיבה שבהגותו המאוחרת זנח אבא לחלוטין את התביעה להפרדת דת ומדינה, והדגיש את חשיבות ההפריה ההדדית בין שתי המערכות הנורמטיביות – היהודית והדמוקרטית. רק בשלב זה של הגותו היה אבא יכול להכריז כי "תכניה של הדמוקרטיה הליברלית המערבית אינם התכנים היהודיים האפשריים." ("מדינה יהודית ודמוקרטיה", ע' 45)³⁴

משפט ותרבות

חלק נכבד מכתבתו המאוחרת הקדיש אבא לסוגיית יחסי-הגומלין בין התרבות והמשפט. לטענתנו, הדואליות הנורמטיבית השפיעה לא רק על תפיסתו בדבר יחסי הדת

31 א' קירשנבאום "תורה ומדינה: בעניין מקומן של הדת, היהדות והציונות בחוקה המוצעת" עיוני משפט טו (1990) 63, 76.

32 למעשה, בטענה זו חוזר אבא על הטיעון הליברלי הקלסי בדבר מחויבותה של המדינה הליברלית לניטרליות מוחלטת בתכנים (concept of neutrality), ועיסוקה רק בקביעה של מסגרות וכללי משחק. להצגה וביקורת של תפיסה זו ראו: John Kekes *The morality of pluralism* (Princeton, New Jersey) 199.

33 "באמונתנו נחיה" מעריב 23.1.88.

34 עם כל זאת ניתן להבחין אצל אבא בדיאלקטיקה בתפיסתו את יחסי הדת והמדינה כבר בשלבים מוקדמים יותר של הגותו. כך, למשל, בתחילת שנת 1986, אותה תקופה בה כתב את הפרק בחוקה המציע מסלול מקביל של נישואין אזרחיים ודתיים, הוא מתראיין למוסף סופשבוע של עיתון מעריב ומתרחץ את התקפותיו הקשות על הממסד הרבני כדלהלן: "ככל שהדבר נשמע פרדוקסלי – אני משרת במלחמתי את הממסד הדתי, כי אם הם ימשיכו בדרכם – לא יהיה מנוס מנישואין אזרחיים." (מעריב 7.2.86)

והמדינה, אלא גם על עמדתו בדבר מקום המשפט בחברה ובתרבות. השקפתו של אבא על אודות התפקיד התרבותי שממלא המשפט בחברה, עוצמתו ומגבלותיו – השקפה אשר ויתרה מרצון על התפיסה הליברלית ההוליסטית הרואה במשפט חזות הכל, ואשר הבינה שאין בכוח ההיגיון המשפטי לעשות צדק עם מסגרות החיים המגוונות והמשתנות תדיר – עוצבה אף היא על-ידי המחויבות הערכית הכפולה שאבא חי בה.

תפיסת-עולם ליברלית יכולה להגיע עד כדי תפיסה טוטלית של המשפט, כמערכת על המסדירה את תחומי החיים כולם. המשפט ותופסיו נהפכים לנציגים של אמונת הליברל עלי אדמות – אל מול המערכות החברתיות: הפוליטיקה, הקהילות האוטונומיות, השוק הכלכלי וכיוצא בהם – החותרים לעיתים תחת העיקרים הליברליים. דוגמה טובה לכך ניתן למצוא בדבריו של נשיא בית-המשפט העליון, פרופסור אהרן ברק:

בעיני, מלוא כל הארץ משפט. כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית. גם כאשר סוג פעילות מסוים – כגון יחסי חברות או מחשבות סובייקטיביות – נשלט על-ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי, אוטונומיה זו קיימת, משום שהיא מוכרת על-ידי המשפט.³⁵

כנגד תפיסה שכזו מכוונים דבריו הבאים של אבא:

המשפט אינו עוסק בחלק גדול מן העניינים האמיתיים של החיים. בעניינים אלה קצרה ידו מהושע. יופי, אהבה, רגשות, סולידריות חברתית וכל מה שעושה את החיים כדאיים הם מחוץ לטווח המשפט. כללי המשחק של המשפט מאפשרים לכל היותר לחיים לזרום בנתיב האמיתי שלהם... הניסיון להפוך את הכל לשפיט ואת המעורבות השיפוטית לחודרת לכל תא של החיים אינו רק יומרנות-שוא, אלא גם תהליך שנוקו מרובה מתועלתו. המשפט אינו תחליף להכרעות של מדיניות. אין הוא יכול להחליף לא את הכנסת ולא את הממשלה, לא את המדע החברתי הישיר ולא את המוסר. ("כי המשפט לאלהים הוא", ע' 10)

אבא טען כי באופן פרדוקסלי, תפיסה טוטלית של המשפט אינה מביאה הלכה למעשה לידי השלטת ערכים, אלא משליטה דווקא תרבות של פורמליזם, מכיוון שהימרה הטוטלית מתנפצת אל סלעי המציאות המורכבת, שהמשפט אינו מסוגל להתמודד עימה בכלים המשפטיים שברשותו, והוא נותר עם רטוריקה ריקה בלבד:

בתפר שבין הרטוריקה השיפוטית, המבטאת עוצמה של כוח ומעורבות, לבין יכולת הפעולה של בית-המשפט בפועל מתגבשת למעשה תרבות של פורמליזם. במקרים אלה, אין בית-המשפט משליט ערכים, אלא דפוסים בחינה והכרעה פורמליים גרידא. מה שנחזה להיות מפגן עוצמה של כוח ערכי נהפך למעשה, בחלק גדול מן המקרים, למתן הכשר להחלטות הרשות, שהמטען הערכי שהן מבטאות עשוי להיות למצער בעייתי ולעיתים אף שלילי. הפרדוקס בגישה ש"הכל שפיט" הוא איפוא, שהמבחן

35 א' ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475, 477.

האמור להיות מהותי הוא בעצם פורמלי. תחת המטרייה המהותית של הרחבת הכוח השיפוטי, נמצאנו דווקא מחלישים אותו. ("תרבות של משפט", ע' 700)

כדוגמה להשתלטות הרטוריקה חסרת התוכן הממשי בשיח המשפטי הביא אבא את עילת חוסר הסבירות:

הניסיון עד כה מלמד, כי הסבירות, כקנה-מידה לשפיטות ולבחינת שיקול-הדעת בעניינים "פוליטיים", אינה מסוגלת להתמודד עם מורכבות הסוגיות העומדות להכרעה. היא עלולה להכניס סוגיה המחייבת מישור רחב, מקיף ומגוון של התמודדות לתוך מסגרת של אספקלריה משפטית שהיא מטבעה צרה יותר יחסית וחלקית בלבד... עילת חוסר הסבירות לא פרצה איפוא את המחסום הרטורי. ("תרבות של משפט", ע' 699)³⁶

בניגוד לתפיסה מרוסנת זו של המשפט בה דגל, הציג אבא את המשפט העברי כשיטת משפט טוטלית וחובקת-כל: "במשפט העברי, חיי התרבות והרוח, הכלכלה והמסחר, כמו גם אורחות החיים, מרושתים ברשת צפופה של נורמות." ("תרבות של משפט", ע' 693). אולם, בהבדל משיטת המשפט הפוזיטיביסטית המודרנית, שיטת המשפט העברי מהווה יצירה תרבותית לאומית בה כל ערכי החברה וסדרי החיים מובנים מלכתחילה. לעומת "המשפטיזציה" השלטת בחברה הישראלית, דהיינו, הסדר מערכות יחסים ותחומי פעולה בדרך משפטית, העמיד אבא את המשפט העברי, שקיימת בו "משפטיזציה של ערכים" שתפקידה "להשליט ערכים בכל תחומי החיים, ואין היא מסתפקת בהסדר פורמלי בלבד של המציאות הנוגת, בכל חלקיה". ("תרבות של משפט", ע' 693).

התפיסה היהודית היא שהמשפט נובע מאמונה פנימית עמוקה של תיקון עולם במלכות שדי. לא הסדר נורמטיבי גרידא, אלא הסדר חברתי, חינוכי, ארגוני ותכליתי. כדבר המדרש: "כך היה הקב"ה מביט בתורה ובורא את העולם"... רוצה לומר, התורה היא בסיס העולם. הסדר הנורמטיבי קודם לבריאה.

...המשפט [העברי] ידו פרושה על הכל: גם מוסר, גם מצפון, גם צדק חברתי של הגנת החלש והתחשבות בבריות... משום כך, אין פלא שהמשפט כולל בתוכו גם את הצדקה, המוסר, הפשרה והחינוך. גדול כוח הפשרה מכוח הדין, ועדיף לפנים משורת הדין מן הדין, וכופין על הצדקה, וכופין על מידת סדום, ודין "ועשית הישר והטוב" משתרע על הכל, ואסור לו לאדם שיהיה נבל ברשות התורה. כל אלה מעידים על מינון מסוים, פנימי, בתוך המערכת המשפטית עצמה, של היחס בין מעורבות נורמות משפטיות לבין החופש מהן. ("תרבות של משפט", ע' 692-693)

במערכת בה חסרה מידת האיזון הפנימי המצויה במשפט העברי, יש לנקוט בריסון חיצוני ולהגביל את תחום חלותו של המשפט. הנה כיוון, אבא שואב ממערכת המשפט

36 גישה דומה בעניין זה ניתן למצוא במאמרו של ד"ר רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7.

העברי את האתוס של המשפט כמערכת שמטרתה אינה הסדרת תחומי החיים בלבד, אלא כמערכת שמטרתה "להנך, לטהר, לקדש, לתקן את האדם והעולם... להשיג אחריות אנושית, סולידריות חברתית, שלמות אישית לפרט והרמוניה קהילתית לעדת המאמינים". ("תרבות של משפט", ע' 692). הוא טוען כי מאחר שלא ניתן להטיל אידיאל זה על מערכת המשפט המודרנית, יש לצמצם את תחומי חלותו של המשפט וליצור מערכות חוץ-משפטיות – חברתיות ותרבותיות – שיקדמו ערכים אלה. נמצאנו למדים כי מקורות הניקה הדתיים השפיעו גם על השקפת-עולמו בדבר תפקידו של המשפט בחברה המודרנית.

פרק ג – הילכו שניים יחדיו?

במצב עניינים מתוקן היה ניתן לסכם את דברינו בשני הפרקים הראשונים, דהיינו, בתנועה הכפולה של דת וליברליזם. חברה שאינה ממצה את יכולתה בעזרת ליברליזם טוטלי ודווקני יכולה להיפגש עם תפיסות דתיות שהפנימו אתוס מודרני. אלא שלא זה המצב. מצב יחסי דת ומדינה רחוק מלהיות אוטופי. אבא היה ער לכך, וסבר שבמצב הקיים יש להפעיל מערכת גישור על-ידי כפייה חיצונית על הממסד הדתי – "סגירת פערים חיצונית". הפרקים הקודמים התמקדו בתנועות האידיאולוגיות; כאן נעסוק בפרקסיס החברתי והפוליטי.

אבא היה קשוב למצוקות הקשות שמעורר המפגש של הציבור הכללי עם הממסד הרבני, הכופה נורמות דתיות על ציבור זה, אשר אינו מקבל את הבסיס הנורמטיבי שפסיקותיו של בית-הדין מושתתים עליו ואינו מכיר באותוריטה הדתית התומכת בהן. הוא הבין כי אין די בקריאה לסגירת פערים פנימית מצד הממסד הדתי. המקרים הקשים של אטימות הממסד הרבני בהם נתקל במסגרת עבודתו כמשפטן בתחום דיני המשפחה, והנתק ההולך וגדל בין המציאות החברתית לבין ההשקפה האידיאולוגית הבלתי-מתפשרת של בית-הדין, כפי שהשתקפה בפסיקותיו, גרמו לו אכזבה ויאוש מן המצב הקיים. מקרים אלה הביאו אותו לידי מסקנה שעד אשר ישכיל הממסד הדתי לתת ביטוי לחיותה של ההלכה, להיענות למציאות המתחדשת ולמנוע את הקרע בין הציבור לבין ההלכה והממסד הרבני, על המדינה להפעיל מכניזמים של התערבות תוך הטלה כפויה של נורמות ליברליות על הדין הדתי. פעולה זו כונתה על-ידו "סגירת פערים חיצונית", ובמסגרתה ייחד תפקיד מרכזי לבית-המשפט העליון. "עמדה המתעלמת מן המציאות," קבע אבא, "גוררת אחריה תביעה נמרצת לסגירת פערים על-ידי המערכת החילונית." (דיני המשפחה בישראל, ע' 199). ובמקום אחר הוסיף:

פערים בין הדין הדתי למציאות, בין השקפת העולם הרווחת והמציאות החברתית הנוהגת לבין הנורמות המחייבות, שאינם נסגרים בדין הדתי פנימה – גוררים אחריהם תהליך הדרגתי של סגירת פערים באמצעות הרשויות החילוניות, כגון המחוקק, ובעיקר בית המשפט העליון. במקום שהדין הדתי אינו מוכן או אינו מסוגל לפעול נזרקת הכפפה אל המשפט החילוני. (דיני המשפחה בישראל, ע' 300)

שני פנים יש לסגירת הפערים החיצונית. פן של בדיעבד ופן של מלכתחילה. הפן הראשון מונע על-ידי דרישות בסיסיות של חירות ושוויון. בתשתיתם עומדת ההכרה שמערכת בתי-הדין הינה מערכת מונופולית שהורשאה על-ידי המדינה, וסמכותה חלה על כל תושביה, דתיים כחילוניים. במערכת כזו, טוען אבא, לא ייתכן שנשים יופלו לרעה בחלוקת הרכוש, פסולי חיתון על-פי ההלכה הדתית לא יוכלו להינשא, מסורבות גט יישארו עגונות עד אשר יעלה הרצון מלפני בעליהן:

שיטה משפטית המטילה מערכת נורמות דתיות אל תוך המערכת האזרחית... חייבת לקחת בחשבון הן את הפערים העלולים להיווצר והן את הצורך החיוני לסוגרם. קיימת סימטריה מוכרחת בין אכיפת נורמות דתיות על חברה חילונית – לבין סגירת פערים בין הנורמה הדתית למציאות החילונית. (דיני המשפחה בישראל, ע' 331)

הפן השני מציג את הצדדים החיוביים הטמונים בכפייה של ערכים דמוקרטיים-ליברליים על המערכת הדתית. אבא סבר כי בטווח הארוך יש בערכים הדמוקרטיים והליברליים הנכפים על המערכת הדתית במסגרת סגירת הפערים החיצונית כדי לתרום להתפתחותן של ההלכה והמחשבה הדתית. לגישתו, ערכים אלה עשויים לפעול כורז של התפתחויות בתחום המחשבה הדתית ואף בתחום ההלכתי. משום כך, טען, אין לראות בסגירת הפערים החיצונית פגיעה בערכים דתיים, אלא להיפך. כדוגמה לתחום מרכזי בו תרמו ערכי הליברליזם תרומה חשובה להתפתחות ההלכה והמחשבה הדתית, אבא מביא את סוגיית "מעמד האשה", כפי שהדבר התבטא בפסק-דין שקדיאל, שכפה שיתוף נשים במועצות הדתיות:

אף-על-פי שעבר זמן קצר בלבד מאז נכפה ערך השוויון הר כגיגית על המועצות הדתיות, ולמרות האיומים שקדמו לפסיקה על ההתמוטטות הצפויה למוסדות אלה, התקבלו ערכים דמוקרטיים אלה על דעת חלק ניכר מן הציבור הדתי. באחרונה בחרו מפלגות דתיות חברות למועצות דתיות שונות. מה שהוצג כאיסור הלכתי נהפך לנורמה מקובלת גם בעיני הפוסקים. הערך הדמוקרטי האיץ תהליכים מסוימים בתוך החברה הדתית והשפיע גם על הפסיקה ההלכתית. ("מדינה יהודית ודמוקרטית", ע' 24). [ההדגשות הוספו].

דוק: סגירת הפערים החיצונית, המהווה לכאורה מכשיר ליברלי מובהק, מבטאת, לדעתנו, דווקא את עמדתו הפרגמטית של אבא, וזאת משתי בחינות. האחת הינה המוטיווציה העומדת בבסיסה, שהיא הרצון למונע קרע ולשמור על המערכת הכפולה. "הליך סגירת הפערים התגלה כאמצעי הולם להתמודד באופן חלקי עם הבעיות המובנות במערכת כפולה וחצויה... דווקא מעורבות שיפוטית הסוגרת פערים מאפשרת להסדר העקרוני להתקיים." (דיני המשפחה בישראל, ע' 335). האחרת הינה הדרך בה בחר אבא ליישומה של סגירת הפערים החיצונית, קרי, פתרון מצוקות אמת והימנעות מהכרעות אידיאולוגיות, כפי שפירטנו בהרחבה לעיל.

סוף־דבר

האדם הוא יצור דיאלקטי. גדולתו ואופיו היוצר של האדם נובעים מן הקרע הפנימי הטבוע בו ומהיותו שרוי בעצם יישותו כמתח ומבוכה מתמידים. העובדה שהפעילות היוצרת כרוכה בייסורים היא תולדה של סתירה זו, סתירה החודרת את מכלול אישיותו של האדם...

מובן מאליו, כי האדם הדיאלקטי אינו מסוגל להתחייב כלפי מוסר אחיד וחד גוני... שתי מטרות הן שלקראתן חותר האדם המוסרי. תכופות מוצא את עצמו שרוי בקסמם של שני חזונות הקוראים לו לנוע בכיוונים מנוגדים. הוא נמשך על ידי שתי מערכות ערכים; שני כוכבים ומרחק אין סופי ביניהם קורצים לו... ההלכה לא גילתה את הסינתיזה, שהרי זו אינה בנמצא, אולם סללה דרך המניחה לאדם להיענות לשתי הקריאות כאחד. (י' ד' סולוביצ'יק דברי הגות והערכה (ירושלים,

(1982) 211-213)

במאמר זה ניסינו לשרטט את הדיאלקטיקה הבסיסית בה היה אבא שרוי כל ימיו ואשר ממנה ינקה הגותו. במציאות הישראלית של ימינו, שתי השקפות־עולם מרכזיות מתחרות בספירה הציבורית. האחת השקפה דתית, המיוצגת על־ידי הממסד הרבני, המחזיק בתפיסה הלכתית מנוכרת, מנותקת מציבור הנוקקים לה. האחרת השקפה ליברלית, שנשאה המרכזי הוא בית־המשפט העליון, הדוגל בדרך־כלל בעמדות ליברליות לוחמניות ובלתי־מתפשרות. משנתו של אבא מציבה חלופה מורכבת ועדינה לשתי השקפות־העולם, וטומנת בחובה מניה וביה פוטנציאל ביקורתי ביחס לשני המוסדות גם יחד, אף־על־פי שאין היא מקובלת על קהילה דתית או ליברלית מסוימת כלשהי. משנה זו, המכירה במגבלותיהם של מוסדות אלה, כמו גם בפער הבלתי־ניתן לגישור ביניהם, מצליחה לחמוק מן הבורות והמכשולים המוצגים על־ידי שני הצדדים למאבק כבלתי־עבירים. בהגות זו גלומה אם־כן אופציה חדשנית ונועזת לשינוי ממשי של הספירה הציבורית. למסע בין שני העולמות, שתואר במאמר, היה גם פן טרגי. זה מסע אין־סופי. הסינתיזה המלאה בין שני העולמות אינה בת־השגה, ואבא היה מודע לכך. לעיתים קרובות הרגיש אבא כי דבריו נותרים כקול קורא במדבר בחברה בה שולטות בכיפה תפיסות מוחלטות וחד־ממדיות. גם ברובד האישי היטלטל אבא בין העולמות בלא יכולת להרגיש לגמרי בבית באף אחד מהם. אף־על־פי־כן מהווה דמותו של אבא דוגמה ומופת לחיים מלאים בעולמות שונים ואף סותרים, והגותו נותנת תקווה לקיום משותף של קהילות־שיח שונות מתוך הבנה וכבוד הדדי.

ספרים ומאמרים מאת אריאל רוזן-צבי המוזכרים במאמר זה

1. "מעמדה של האישה בדין העברי" בלי הכדל... זכויות האדם בישראל - אסופת מאמרים לזכרו של חמץ פ' שלח (תל-אביב, תשמ"ח) 110 ("מעמדה של האישה").
2. דיני המשפחה בישראל - בין קודש לחול (תל-אביב, תש"ן) (דיני המשפחה בישראל).
3. "ההלכה והמציאות החילונית" חירות המצפון והדת - אסופת מאמרים לזכרו של חמץ פ' שלח (1990) 155 ("ההלכה והמציאות החילונית").
4. "כי המשפט לאלוהים הוא: על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 5 ("כי המשפט לאלוהים הוא").
5. "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689 ("תרבות של משפט").
6. "על משפט ומציאות, עת לעשות הפרו תורתך" הפרקליט - ספר היובל (1993) 77 ("על משפט ומציאות").
7. "אהרן ברק - פרשנות במשפט" הפרקליט מא (1993) 234 ("פרשנות במשפט").
8. "מדינה יהודית ודמוקרטית - על תרבות וחברה, סמלים ומוסדות" מדינה יהודית ודמוקרטית (רמות, תשנ"ו) 5 (התפרסם גם: "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה - האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 479 ("מדינה יהודית ודמוקרטית").
9. "Freedom of Religion: The Israeli Experience" *Zeitschrift fur auslandisches offentliches rechet und volkerrecht* (sunderbruck aus band 46, nr. 2, 1986) ("Freedom of Religion")