

חדשים מתוך

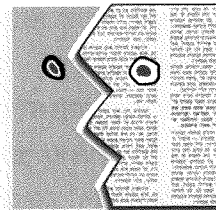
אבי שגיא
ידידיה שטרן

עורכים

אבי שגיא

ידידיה שטרן

כרך 1 תשנ"ט 1999



זהות יהודית – עיונים פוליטיים ורעיוניים

אריאל רוזן-צבי (ד"ל)

כבר בפתח הדברים יש לקבוע הנחתיסוד ראשונה, בסיסית ומרכזית. אין אפשרות להכריע שום סכסוך ללא התמודדות אידיאולוגית. אפילו מקרה פשוט, ברור ומקצועי, שבמרכז התמחות מיוחדת, המבוסס על כללים מוגדרים, אינו חופשי מהתייחסות אידיאולוגית. כך, למשל, גברת עם תרנגולת מגיעה לרב ושואלת אותו בדחילו אם כשרה היא אם לאו? גם במקרה זה יפעיל הרב שיקול-דעת. שיקול-דעתו בהכרעה יושפע, בין היתר, מהתבוננות במצבה של האשה: היש לה תרנגולת לשבת אם אין.

בהפעלת שיקול-דעתו, אין הרב מתעלם מכללי ההלכה. הוא גם אינו כופף אותה כליל לשיקולי הנסיבות והאידיאולוגיה. אולם בתוך המסגרת, אף הנוקשה ביותר ואף המוגדרת יחסית, יש מחמירים ויש מקילים. נדרשת פרשנות העשויה להיות נוקשה או רכה. דרכי היישום של כללי ההלכה אינם חתוכים לגמרי, ויש פתח להבנות שונות של מציאות המשנה את אופן היישום במקרים נתונים. יוצא אפוא שאפילו בעניין הנראה שולי ופשוט, ברור ומקצועי, יש לשיקול-הדעת מקום רב להתגדר בו. במסגרת שיקולים אלה הדעת ניתנת על סוגיה תוך הפעלת סוג מסוים של פוליטיקה. אין זו פוליטיקה במובן המקובל. השיקולים אינם מפלגתיים. הכוונה היא לאופני התייחסות, לשיקולים שונים שאינם מקצועיים גרידא ואינם תובעים את מומחיותו המיוחדת של המשפטן דווקא. במובן זה, אין משפט ללא פוליטיקה. הדברים ברורים לכל כאשר מדובר במחוקק ובהליך חקיקה, אך מטבע הדברים, הם קשורים גם בגוף המכריע, הפועל על בסיס החקיקה ותכליתה.

ברורה יותר היא הקביעה שאין משפט נטול אידיאולוגיה. לא היינו רוצים ששופטינו יהיו חסרי עמדות, גישות, אידיאולוגיות ותפיסות. עבודה שיפוטית המאופיינת על-ידי ניטרליות ריקה מכל תוכן הינה עקרה. כאשר אמצעי ההכרעה הם כללים משפטיים פורמליים בלבד, כללי משחק ותו לא, מתגלה רק הרובד היותר טכני-פורמליסטי של המשפט, בלעדיו לא ייתכן, אך בו בלבד לא ניתן להסתפק.

הנחתיסוד השנייה שלי היא שנורמה משפטית אין בכוחה להכריע חזית אידיאולוגית ואין ביכולתה לשמש תחליף להכרעה חברתית. העובדה שבית-המשפט נותן פסק-דין בסוגיה אידיאולוגית או חברתית לא תאחה קרע אידיאולוגי שנפער בחברה. האם פסיקת בית-המשפט ואף הכרעת המחוקק בשאלת "מיהו יהודי?" הכריעו בשאלה העמוקה, האידיאולוגית, החברתית והפוליטית בסוגיה זו? האם הענקת זכויות לעולה חדש מפולין, נוכרי גמור על-פי

הדת, אך נכד של יהודי מבחינת הגנאולוגיה, מסוגלת להכריע בשאלה זו? האם התשובה לשאלה מי ירכוש מקרר ללא מיסים תשחרר אותנו מן המחלוקת האידיאולוגית העמוקה? אי־אפשר להכריע שאלות כאלה באבחת חרב שיפוטית. היש בית־משפט המסוגל להוציא מתחת ידיו החלטה שתנציח לדור או ליותר הכרעות אידיאולוגיות מרכזיות? שום נורמה אין בכוחה לעשות כן. היא יכולה לכל היותר לקבוע תוצאה מסוימת במקרה נתון. רק מהלך איטי, הדרגתי, של התפתחות חברתית ושיתוף־פעולה של כוחות פוליטיים ואחרים יכול להכריע, בסופו של דבר, בשאלה זו.

לביית־המשפט יש תפקיד מרכזי: הוא יכול לכוון. הוא מסייע להטמעת ערכי־יסוד, ובכוחו לזרז תהליכים מסוימים או לעכבם (למשל, במסגרת היחס לאלמות במשפחה). במקרים מסוימים הוא יכול להעניק לגיטימציה להתנהגות מסוימת או לפעילות חברתית כלשהי. אולם עצם המושג לגיטימציה הינו בעייתי בחברה דמוקרטית ופלורליסטית. במערכת כזו קשה לדבר על לגיטימציה באותו מובן ובאותה מידה שניתן לעשות כן בחברה דתית־היררכית. במערכת סמכותית יש לגיטימציה היבט אחד, ובמערכת דמוקרטית ופלורליסטית – היבט אחר. אין מדובר על הפכים, אלא על הבדלי עוצמות בעלי משמעות רבה.

היומרנות של משפטנים, המלבה לעיתים ציפיות מופרזות מצד החברה הפונה אל המשפט כאל מפלט אחרון, אינה במקומה. למשפט תפקיד צנוע במסגרת התמודדות אידיאולוגית חברתית. תפקיד המשפטן, כאיש־מקצוע, מוגבל מאוד בעניין זה. המשפט שואב מן המוסר, מן הפילוסופיה, מן הדת ומן החברה. הוא סופח לתוכו תכנים או דרכי חשיבה מאותם תחומים. הלכה למעשה, עוצמת המשפט לטווח הקצר עשויה להיות גדולה מכל אחד מן התחומים הנידונים, בגלל מחויבותו להגיע לתוצאה ועקב כוח הכפייה החיצוני ומידת המוחשיות שבעשייתו.

הנחת־היסוד השלישית שברצוני להציע היא שכל שיהיה כבר היה לעולמים. רוצה לומר, אין לעטוף את ההתפתחויות האחרונות במשפט הישראלי – בניסוח סעיף ההגבלה, לפיו ייבחן כל הסדר על בסיס איפיונה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – באיזו קדושה מחודשת ומיוחדת. עוד בעבר יצר בית־המשפט זכויות־יסוד, יש מאין כביכול, תוך ביסוסם הרעיוני על הדמוקרטיה של המדינה ותוך איזון במקרים ראויים עם ערכים יהודיים. הדבר נעשה החל בקום המדינה ואילך. חקיקת־היסוד שנעשתה בשנים האחרונות לא היתה יכולה לקום ללא מערכת מגובשת של תפיסה משפטית, של זכויות־יסוד קיימות ושל עקרון האיזון בין ערכים ואינטרסים. חלק ניכר מן הדרך החדשה נסלל למעשה כבר קודם־לכן.

הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" הוא נוסח של פשרה שנחקק במתכונת של תבנית שנטבעה על־ידי סעיף ההגבלה בחוקה הקנדית: "Free and democratic society". מדינת־ישראל שינתה את המטבע הקנדי והמירה אחד מן היסודות במונח "מדינה יהודית". תבנית הפשרה, היוצרת כביכול סימטריה בין המרכיב הדמוקרטי למרכיב היהודי, נלקחה מן התיקון לסעיף לא לחוק־יסוד: הכנסת, העוסק בפסילת רשימות המתמודדות לכנסת. הכוונה המקורית היתה

לפסול רשימות גזעניות, הפוגעות בתשתית הדמוקרטית של מדינת ישראל. לשם השגת רוב התקבלה פשרה לפיה ייפסלו גם רשימות שאינן מכירות במדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי. הניסוח הראשון של הצעות חוקי היסוד החדשים כלל בסעיף ההגבלה רק את המרכיב הדמוקרטי. השגת הפשרה עם הסיעות הדתיות, שהתנגדו מלכתחילה לחקיקת חוקי היסוד, מיסדה את הפשרה הקודמת והחילה את רעיון הסימטריה גם על חוקי היסוד. כמו בעבר, המרכיב היהודי נוסף כדי להגיע לידי פשרה מוסכמת על רוב חלקי הציבור כפי שהוא מיוצג בכנסת. אולם פשרה זו אינה חידוש של תחילת שנות התשעים. מדינת ישראל קמה ועומדת, החל בהכרזת העצמאות ואילך, בין הקטבים של מדינה "יהודית" מזה ומדינה "דמוקרטית" מזה. הקצוות של הקשת הפוליטית-החברתית רואים בשני קטבים אלה ניגוד. מצד אחד, ציבור דתי וחרדי ההולך ומקצין ומחצין את העמדה לפיה אין הדמוקרטיה מתיישבת עם היהדות. מטבעות לשון כמו: "לא מצאנו את הדמוקרטיה בתנ"ך או בתלמוד" או "אין דמוקרטיה מוכרת מבחינת השקפת העולם השלמה של היהודי", רווחות בציבור המונחה על ידי מנהיגיו ופוסקיו. מצד אחר, החוגים החילוניים הלוחמניים, ולעיתים אף המתונים יותר, כופרים ביכולתה של הדמוקרטיה להתיישב עם היהדות. לדידם, אין דוקיום אפשרי, ונדרשת ברירה חדמשמעית המעדיפה את הדמוקרטיה וכופפת את היהדות לתכניה של זו ולהסדריה. שני קצוות אלה בחברה הישראלית צועדים באותו מסלול, אך בכיוונים מנוגדים, ולא יוכלו להיפגש זה עם זה. יש גם קבוצות בציבור, אלה המכירים בפתרון ההפרדה בין הדת למדינה כפתרון יחיד, לגבי אלה אפשר שייפגשו במישור התוצאה. הם יהיו שותפים למסקנה ללא בסיס השקפתי משותף.

רובו הגדול של הציבור, הפועל לאור רוחו של הסטטוס־קוו, כמו גם בית־המשפט בגישותיו השונות, גורסים את דרך המיצוע. יש ניסיון להלך בין שני היסודות המאפיינים את המדינה – יהודית ודמוקרטית – ובמקרים של עימות, על־פי נסיבות המקרה, יצא אחד הצדדים וידו על העליונה.

יש לזכור שבית־המשפט העליון מכריע הכרעה פרטנית בסוגיה המגיעה אקראית לדיון בו, ואינו בוחר לעצמו את הנושאים לדיון. בית־המשפט נעשה אמנם זמין יותר לאחר שפתח את שעריו לרווחה לפני עותרים החסרים אינטרס אישי בנשוא העתירה, אך סדר־יומו אינו מוכתב עדיין ביוזמתו. עם זאת, במסגרת ההכרעה בענין מסוים ובעיקר בעקבות הנכונות להתערב בסוגיות שונות, בית־המשפט יכול להרחיב ולהעמיק את ההיקף והאופי של מעורבותו בסוגיות שונות בעלות אופי חברתי ואידיאולוגי.

בית־המשפט נועד בדרך־כלל להכריע בסכסוך ולפתור את המצוקה הפרטית שמגוללים לפניו. פלוני נפגע כתוצאה מהחלטת הרשות או ממעשיה, ומבקש סעד מבית־המשפט. ראובן הוזכר כפסול חיתון על־ידי רשות דתית כלשהי, ובכך הוגבלה חירות הנישואים שלו ונפגעה אפשרות ההגשמה העצמית שלו במסגרת זכותו לאוטונומיה. הוא פונה לבית־המשפט הגבוה לצדק בתביעה לתקן את העוול שנגרם לו ולהשיב לו את חירותו. גברת שקדיאל, כיהודייה

מאמינה ושומרת מצוות, מבקשת הזדמנות שווה לשרת את הציבור כחלק מאמונתה במסגרת מוסד ממלכתי. מצוקתה פוגעת בה גם מהיותה אזרחית שוות זכויות וגם מהיותה אשה דתית שהזכות לתת ביטוי נאמן לאמונתה נמנעה ממנה. משננעלת הדלת בעדה, היא פונה לבית המשפט בבקשת סעד לתיקון העוול. רקדנית הבטן גברת רסקין אינה יכולה לממש את חופש העיסוק שלה במקומות הנזקקים להכשר הרבנות בשל תכתיב של הרבנות המונע מתן תעודת כשרות למקומות המקיימים מופע בהשתתפותה. היא קובלת על פגיעה חמורה במקור הכנסתה על ידי גוף דתי מונופוליסטי, המוסמך על ידי חוקי המדינה להעניק תעודות הכשר על פי חוק.

כל אחד מן הפרטים הנפגעים בדוגמות שהוצגו לעיל נותנים ביטוי למצוקתם האישית, ואינם מייצגים לכאורה אלא את העוול האישי שנגרם להם. יחד עם זאת, כל אחד מהם, בין אם יחפוץ בכך ובין אם לאו, נותן בדרך כלל ביטוי גם לתופעה רחבה ומקיפה יותר, שבית המשפט ער לה, והיא עשויה לתבוע את תשובתו. גם כאשר בית המשפט מעניק סעד למקרה הבודד המובא לפניו, אין הוא יכול להימנע מן המודעות לתוצאותיו ומבחינת השלכותיו במישור הפוליטי והחברתי. לעיתים יגביל בית המשפט במכוון את תוצאות פסיקתו, ובמקרים אחרים אף יימנע ממתן סעד, בשל השלכות כאלה. לעומת זאת יהיו עתירות אחרות בהן יזנק בית המשפט בנפש חפצה אל תוך המים האידיאולוגיים, ויחתור בפסיקתו לתוצאה רחבה ומקיפה יותר הפועלת להכרעת סוגיה מוסרית, חברתית או פוליטית. לעיתים, היוזמה להרחבת המשמעות של העתירה תצא, ישירות או בעקיפין, מבית המשפט עצמו, כחלוץ העובר לפני המחנה או כאופציה המוסדית היחידה המוכנה להסדיר עניין מסוים באופן נורמטיבי.

במהלך שנות קיומה של המדינה הוכרעו בדרך זו עניינים לא מעטים. בעיני חוגים שונים, ובעיקר החוגים הדתיים, הם נחשבו להטייה מכוונת על ידי בית המשפט לחיזוק היסוד הדמוקרטי על חשבון היסוד היהודי. אני מציין עובדה זו כדי להוציא מליבו של חלק גדול של הציבור כאילו התלונות על האקטיביזם השיפוטי, ובעיקר בעניינים דתיים, אינן חדשות מקרוב באו. לא כאלה הם פני הדברים. את המהפכה הראשונית והבסיסית בתחומים אלה, ואת החשיבה המקורית שאיפשרה זאת, עשה בית המשפט החל באמצע שנות החמישים ועד תחילת שנות השבעים. הקריאות לשנות את פסיקת בית המשפט העליון, הטענות על הכרסום בסטטוס-קוו ואפילו תביעות לפיטורי שופטים מסוימים החלו עוד באמצע שנות החמישים. שורה ארוכה של פסיקות שיצאו מלפני בית המשפט העליון גררו אחריהן שובל של תגובות בציבור ובכנסת, כשהטענה המרכזית היא סחף הולך ונמשך בסטטוס-קוו לטובת הציבור החילוני.

חלק גדול, ולמעשה חלק הארי, של פסיקת בית המשפט העליון נועד לפתרון המצוקות הפרטיות, גם אם לא ניתן להימלט מנגיעה אידיאולוגית תוך כדי הכרעה. פתרון מצוקה פרטית בדרך מסוימת מעלה לכאורה רק את עניינם של הפרטים המעורבים בהליך, אולם מטבע הדברים, הוא גם גורר אחריו תהליך של השתנות בתחום מסוים. כך, למשל, החלטה המחייבת את פקיד המרשם לרשום נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, בעתירתם של שמעון ולאה,

יוצרת, באופן עקיף, הכרה בסטטוס חילוני (נישואים אזרחיים) שנוצר מחוץ לישראל ואשר אינו עולה בקנה אחד עם הדין הדתי הנוהג אצלנו. זו דרכה של פסיקה תקדימית, וזה כיוונה של פסיקה מעורבת.

ההסדר שמצב כזה יוצר נוטה לפתרון המצוקה תוך ניסיון להתרחק מן ההכרעה האידיאולוגית. התוצאה היא סחף בסטטוס־קוו לכיוון היסוד הדמוקרטי, אך בלי לפתוח חזית אידיאולוגית מיותרת.

תפקידו של בית־המשפט בכל שיטה הוא להגן ככל יכולתו על זכויות־יסוד ולתקן עוול שנעשה לפרט שלא כדין. פתרון המצוקות של היחיד חייב להיעשות, ככל האפשר, בלי לפתוח חזיתות אידיאולוגיות מיותרות. כשעשה זאת בית־המשפט העליון הישראלי במשך עשרות שנים, הוא רשם פרקים מזהירים במשפט הישראלי, גם כאשר הדבר נעשה תוך סחף הדרגתי בסטטוס־קוו.

כעיקרון, לא ניתן כלל לדבר על סטטוס־קוו חברתי ופוליטי או על הסדר של סטטוס־קוו נורמטיבי בתחומים דינמיים המעוררים מחלוקת החוצה את החברה. הדינמיקה של החיים, תהליכים חברתיים שאינם יכולים לקפוא על שמריהם ופעילות בלתי־פוסקת בתחומי הכלכלה והחברה אינם מאפשרים סטטוס־קוו. החברה הישראלית היא חברה דינמית. היא חברה עלייה, שמספר תושביה גדל פי כמה וכמה במהלך שנות קיומה. הרכב האוכלוסייה השתנה עם העליות השונות. החברה הישראלית היא הטרוגנית ובעלת תפיסה פלורליסטית. היא עומדת אמנם לפני בעיות יסודיות המלוות אותה בכל שעה מיום הקמתה, בעיות של שסעים לאומיים ודתיים ושל מתחים בטחוניים וכלכליים, אולם אלה פושטים צורה ולובשים צורה בתקופות שונות. בחברה כזו, דיבור בכובד־ראש על שמירה קפדנית על סטטוס־קוו היסטורי הוא רטוריקה נחזית, שאין לה שום בסיס במציאות ואין לה שום נקודת־אחיזה חברתית ופוליטית.

אנשי מדעי המדינה מציגים עמדה (מוצדקת בדרך־כלל) לפיה תפקידו של המחוקק הוא להתוות את הפשרות, ותפקידו של בית־המשפט הוא להכריע את ההכרעות החדות. הפשרה הפוליטית נעשית במגרשה של הכנסת, ואילו הפתרון החד־משמעי ניתן בבית־המשפט. המחוקק, כגוף פוליטי רחב, עורך מקה־וממכר פוליטי וחברתי. בשעריו באים בעלי אינטרסים שונים לבקש ולדרוש. בסופו של דבר, שיקולים פוליטיים, קואליציוניים, חברתיים וכלכליים מוציאים הסדר של איזון ופשרה המבקש לחתור לקונסנזוס רחב ככל שניתן בתנאים פוליטיים נתונים. בית־המשפט הוא הקול המקצועי. הוא מבקש להיות קולה של הניטרליות הפוליטית. במגרשו נופלות הכרעות, ולא נעשות פשרות.

אני מבקש לכפור בעיקר זה ככל שמדובר על תפקידו של בית־המשפט העליון בישראל בתחומים המוסדרים על־ידי הסטטוס־קוו או בתחומים הנוגעים ביחסי דת ומדינה או בעניינים הנוגעים במתחים בין המרכיב הדמוקרטי למרכיב היהודי של המדינה. אני מדבר רק על התפקיד השיפוטי של גישור בין אינטרסים שונים ופישור בין ערכים מתחרים. זהו מאמץ פסיקתי נמשך ובלתי־פוסק, שהינו תמיד חלק מהליך הפסיקה וההכרעה. כוונתי לתפקיד

שנטל על עצמו בית־המשפט בישראל בתחומים האמורים לסגור את הפערים ולשמש גורם מאזן, מפשר ומתווך. בית־המשפט היה הגורם הפעיל והמחוקק כאשר חלק נכבד מן הציבור אימץ את ידיו. לעיתים מחאו לו כפיים ובמידה רבה שבעו־נחת מן העובדה שבית־המשפט הוציא לפוליטיקאים את הערמונים מן האש מבלי לחייבם להכריע הכרעה אידיאולוגית רחבת היקף. הסטטוס־קוו שיתק את המחוקק במידה רבה ולא איפשר לו אותה מידה של תנועה חופשית ושל התאמה המתחייבות בחברה דמוקרטית דינמית ופתוחה. אולם החיים אינם מצייתים לשמרנות המתחייבת מן הסטטוס־קוו ואינם ניצבים במקום אחד. הגשר עליו עברו השינויים וההתאמות, כמו גם פתרון המצוקות המתחדשות בכל יום, היה בית־המשפט העליון. הוא יצר את השסתומים המתחייבים לשם התאמת הדין למציאות. הוא שגישר על הפער בין הנורמות מזה לבין האידיאולוגיה ואורח ההתנהגות מזה.

אלמלא שסתומים אלה היתה החברה הישראלית מאבדת את יכולתה להתמודד עם הסטטוס־קוו. באופן הנראה פרדוקסלי כביכול, שימור עיקרו של הסטטוס־קוו התאפשר במידה רבה רק הודות לדינמיות שהחדיר בו בית־המשפט. אלמלא כן, היה מצב הדברים נקלע למבוי סתום, והיה מגיע, לדעתי, עד לסף פיצוץ. בית־המשפט לא הניח לדברים להתגלגל עד כדי כך. התערבותו של בית־המשפט כרסמה בסטטוס־קוו ונחשפה לעצמו של חלק מן הציבור הדתי, אולם מנקודת־המבט שהצגתי, הוליך הסחף לפשרה חיובית במדינה מתפתחת האוצרת בקרבה מטענים של מתחים בלתי־פוסקים ורגישויות קשות. משום כך, זעקות השבר, שעלו בדרך־כלל מן המחנה הדתי לאחר כל פסיקה שנחזתה ככרוסום נוסף בסטטוס־קוו, היו נטולי הצדקה.

בית־המשפט הכיר, לצורך רישום והענקת זכויות מוקנות, בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל ובקידושין פרטיים בין פסולי־חיתון.

בית־המשפט הרחיב את הזכויות הממוניות והרכושיות של ידועים־בציבור.

בית־המשפט העלים עין מפתיחת בתי־שעשועים בערבי שבתות בניגוד לחוקי־עזר עירוניים בכך שנמנע מהענקת זכות עמידה לעותרים. בכך "הכשיר", הלכה למעשה, סטטוס־קוו חדש, שנוצר על חורבותיו של הישן. אי־הענקת זכות עמידה אינה אמירה ניטרלית. פרשנות מיתממת אינה מקום מסתור נוח להכרעה השיפוטית. היא יוצרת מציאות ברורה ומהווה הכרעה, אולם אין זו הכרעה במחלוקת אידיאולוגית, אלא השלמה עם מצב שהדינמיקה החברתית מוליכה אותו.

בית־המשפט ביטל תנאים להענקת תעודות הכשר החורגים מכשרות המזון, פולשים לאורח חייו של הפרט ומתערבים באופי הפעילות התרבותית הנעשית במקום בו התבקשה תעודת הכשרות.

מאיך גיסא, בית־המשפט שמר בדרך־כלל על היסודות הסימבוליים (הדתיים ובעיקר הלאומיים) של המרכיב היהודי, ונמנע במשך שנים רבות מלפתוח חזית אידיאולוגית או מהכרעתה של מחלוקת אידיאולוגית בהתמודדות ישירה וחזיתית. משנתבע עלידי עותר לאשר

נישואים אזרחיים בישראל, סירב לעשות כן. גם משעמדה לפניו עתירתם של רבנים רפורמיים לקבל תעודה של רושם נישואים ולייבא בכך ארצה נישואים רפורמיים, לא נעתר להם. בתבונתו, ראה בית־המשפט את הצעד הנוסף המתחייב מקבלת העתירה: החדרה עקיפה של נישואים אזרחיים בישראל. למרות הפגיעה בעקרון השוויון, הוא נמנע מהתערבות, ומנע בכך פתיחת חזית אידיאולוגית חריפה, שעל־פי הצהרותיו הקודמות, ביקש להימנע ממנה.

יחד עם זאת, אין להתעלם מכך שיש בעשור האחרון נכונות רבה יותר מצד בית־המשפט לחדור גם אל התחום הסימבולי ואף לפתוח חזיתות אידיאולוגיות. תחילתו של תהליך זה אינו קשור לחקיקת חוק־היסוד דווקא או להגדרתה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בסעיף ההגבלה. הוא מבוסס על פתיחת שערי המעורבות השיפוטית בכל תחום פעילות הנעשה על־ידי הרשויות בישראל. במסגרת זאת קיימת נכונות רבה יותר להתערב בפעילות הכנסת, בהחלטות הממשלה ואף בתחום הפוליטי. בית־המשפט אינו עוצר עוד על הסף. במקרים שונים הוא חודר אל לב העניין, ובעשותו כן, הוא יוצר רשת נורמטיבית הכובלת גם את הפוליטיקה במידה שלא היתה כדוגמתה בעבר.

איני משוכנע כי בתחומים הרגישים של המאבק הסמלי בין היהודיות לדמוקרטיה או בתחומים שונים של דת ומדינה, מעורבות זו נושאת עימה יתרונות העולים על החסרונות שבה. פריצת החזית האידיאולוגית מעבר לפתרון מצוקות והגנה על זכויות־היסוד של הפרט מביאה את המאבק הסמלי עצמו באופן ישיר לפתחו של בית־המשפט. הכרעתו הישירה של מאבק זה, אף אם היא מעניקה סיפוק עקרוני לצד זה או אחר, נקנית במחיר כבד מדי. בית־המשפט חדל להיות הגורם המתווך, המפשר והמגשר, הסוגר את הפערים ויוצר בהדרגה ו"באין רואה" גם סטטוס־קוו חדש, כפי שנהג להיות במהלך שלושים שנה. הוא נכנס אל הזירה האידיאולוגית, ובעיני חלק מן הציבור, הוא כאילו משים עצמו כאחד השחקנים בזירה.

אתייחס לשתי דוגמות שכבר עסקתי בהן במקום אחר. הראשונה היא פרשת בבלי, בה חויב בית־הדין הדתי להחיל את העקרונות של חזקת השיתוף וכלליה בין בני זוג. אין בליבי ספק בדבר נכונותה של התוצאה, דהיינו, השוואת זכויות האישה בענייני רכוש גם בבית־הדין הרבני. כל תוצאה אחרת היא עוול חמור לנשים. במידה מסוימת, חסד עשה בית־המשפט עם בית־הדין ועם הציבור הדתי בהצילו את כבודנו. הוא הגיע לתוצאה שבית־הדין הרבני היה מחויב להגיע אליה אף על־פי דרכו ושיטתו אילו נהג כמצופה ממנו גם בתוך מסגרת ההלכה.

אולם בית־המשפט לא הסתפק בביטול הפסק הרבני בטענת חוסר שוויון ובתיקון העוול־שלא־כדין. עמדו לפניו מספר רב של אמצעים משפטיים נוחים וקלים שאיפשרו יצירת דרכי מילוט מן התוצאה הקשה אליה הגיע בית־הדין. החל בצמצום הלכת הכריכה, בין בעיקרון ובין כלפי התובעים האינדיבידואליים (שכמוה כפתרון כללי, הלכה למעשה), וכלה בשמירה על עקרון־היסוד של זכות הקניין. בית־המשפט בחר בדרך אחרת, לא בדלית־ברירה, אלא מתוך בחירה מודעת ועקרונית. הוא כפף את בית־הדין להלכות שנפסקו בבית־המשפט העליון בתחומי המשפט האזרחי שאינם בגדר ענייני נישואים וגירושים במובן הצר. במערכת

האידיאולוגית שבית־הדין מבוסס עליה לא ניתן להעלות על הדעת שהוא יציית לפסיקה זו. יש בכך משום פגיעה חמורה בתשתית העקרונית שהוא פועל במסגרתה. גם החזרת הפרשה לבית־הדין הרבני, במקום לפתור אותה סופית במהלך הדיון בבג"צ, יש בה משום חדרת ה"עז" לבית־הדין הרבני, והיא גם אינה יעילה. בית־הדין ינסה ככל יכולתו להיפטר מן הדיון, לדחות אותו במסגרת סדרי־הדין או להביא לידי תוצאה אחרת על בסיס דיני הראיות שהוא אמון עליהם.

התוצאה היא גם פגיעה הצהרתית וסימבולית באוטונומיה של בית־הדין, גם פתיחת חזית אידיאולוגית מיותרת וגם כרסום בעילות של החלק האופרטיבי הנוגע במצוקתה של האשה. אני מניח כי העניין יחזור בקרוב לבית־המשפט ותתקבל תשובה אחרת, סימבולית פחות, אך יעילה הרבה יותר.

המקרה השני היא עתירתו של הדייל, מר דנילוביץ, לזכות את חברו לחיים בכרטיס טיסה חינם המיועד לבני־זוג. השאלה אם יש להרחיב את מוסד המשפחה ולכלול בו גם זוגות חד־מיניים שנויה במחלוקת עזה ברוב החברות המערביות. אם בית־המשפט מבסס את פסיקתו על פרשנות חוזה ומגיע למסקנה כי פלוני זכאי לכרטיס טיסה חינם, בלי להיכנס לדיון מפורט בשאלות האידיאולוגיות המפלגות את החברה, הוא יוצר אמנם כיוון מסוים, אך אינו פותח חזית אידיאולוגית טרם זמנה. ייתכן שפסיקה הדרגתית, פרטנית, המתייחסת למצוקות כאלה או אחרות, תוביל בעוד שנים את הפסיקה או את המחוקק להכרעה אידיאולוגית. המציאות החברתית, הדתית והחילונית כאחת, אינה בשלה בשלב זה דיה להכרעה מן הסוג האמור. גם כאן יש למצוא את שביל־הזהב בין פתרונות פרטניים לבין הכרעות סימבוליות.

רק לפני שנים ספורות הצליח המחוקק לבטל את האיסור הפלילי בסוגיות של משכב־זכר ומעשה־סדום בין בגירים מסכימים, ולהתאים את דין הספר לדין החיים שנהג בפועל במשך עשרות שנים לפני־כן. במשך שנים לא נהגו ליישם את האיסור הלכה למעשה, אך גם לא אצרו כוח להסיר את האיסור מספר החוקים. הציבור השמרני, הדתי בעיקרו, הסתפק באקט הסמלי, בהצהרה האידיאולוגית הקבועה בחקיקה, ואילו לציבור הליברלי היה די בפרקטיקה הנוהגת הלכה למעשה. היתה זו פשרה שבשתיקה, בה שיתפו־פעולה החברה הישראלית, המשפט הישראלי ורשויות התביעה. רק לפני שנים מעטות הותאם אורח החיים הנוהג לאידיאולוגיה המתאימה לו. אין ספק שלפשרה כזו, היוצרת פער בין דין הספר לבין דין החיים, יש מחיר משלה, אולם הוא קטן ממחירו של קרע חברתי הנובע מהכרעה אידיאולוגית חד־משמעית.

הניסיון לעשות קפיצות־דרך בחברה הטרוגנית, שסועה ורבת מתחים, שרעיון הפלורליזם האידיאולוגי (המקובל בארצות־הברית) אינו חלק מן האתוס הנטוע בה, נזקו מרובה מתועלתו. לאתוס היהודי תפקיד חשוב בחברה הישראלית גם אם בעיני רוב החברה הוא עדיין משני למרכיב הדמוקרטי.

נקיטתו של בית־המשפט בגישה של פתרון מצוקות, על השלכותיה העקרוניות הבלתי־מנועות, מזה, ומציאת פרשנות מאזנת ומפשרת למתח שבין המרכיב הדמוקרטי למרכיב היהודי בנסיבות מתאימות, מזה, תמשיך להעמיד את בית־המשפט במרכזו של האמון הציבורי גם אם

יטיחו בו חוגים כאלה או אחרים ביקורת. לעומת זאת, התייצבותו של בית־המשפט כחלוץ העובר לפני המחנה בהכרעת מחלוקות אידיאולוגיות טרם זמנן אינה מומלצת. כבר היום נשמעים קולות לא־מעטים המבקרים את בית־המשפט על היותו נושא־הדגל של חברה חילונית, ליברלית ואשכנזית, תוך התעלמות מן הגוונים האחרים של האוכלוסייה. יש הטוענים שהקול היהודי הדתי, הקול הערבי וקולות אתניים אחרים אינם באים לידי ביטוי מספיק ואינם זוכים באותה מידה של רגישות שזוכה בה הזרם המרכזי האמור. יש להטות אוזן קשבת לקולות אלה, הגם שהם מוגזמים, והגם שלא פגעו עדיין באמון הרחב שהציבור רוחש לבית־המשפט. אולם התופעה המדאיגה יותר היא נסיונם של פוליטיקאים וחלק מאנשי־הציבור, החשים עצמם נפגעים מן הפסיקה העקרונית של בית־המשפט, להופכו למעין כנסת־זוטא מבחינת הרכבו. בכך טמונה סכנה ארוכת־טווח למעמדו של בית־המשפט ולמידת האמון שיינתן בו בעתיד. את התפקיד העיקרי בתחומים הנוגעים בקביעת הזהות היהודית ובמציאת יחסי־הגומלין שבינה לבין אופיה של המדינה כמדינה דמוקרטית חייבת למלא החברה, על מוסדותיה השונים. בית־המשפט אינו מסוגל לאכוף הכרעות אידיאולוגיות. פתיחת חזיתות כאלה תכרסם באמון הרחב של הציבור, ולא תשיג את המטרה שבית־המשפט מקווה להשיג.

resent the attempts to constrain democracy by imposing on it particularistic considerations that are incompatible with the makeup of a Western liberal society.

In view of the intricate problems caused by the constitutional duality of Judaism and Democracy, this paper examines the role of the Supreme Court and attempts to characterize the approach it has adopted in relation to the ideological struggle concerning religion and the State.

The paper argues that while no court decision is free of ideological considerations, a judicial ruling cannot serve as a suitable substitute for social resolutions of ideological and cultural tensions. Accordingly, the paper opposes the view that the role of the Supreme Court is to make conclusive decisions *vis-à-vis* the compromises worked out by the legislative body as a direct consequence of its political-coalitional nature. On the contrary, in matters of State and Religion, the court functions precisely as an arbitrator, a factor that mediates and establishes a reasonable balance. It serves as a safety valve that releases pressure, without thereby deciding on the big ideological questions that divide Israeli society. This results from the fact that the Supreme Court decides in particular cases, providing a remedy for personal distress, and is thus able to compensate *de facto* in matters that are offensive to the secular public, while keeping intact the symbolic system cherished by part of the religious public.

In view of this claim, the paper criticizes the judicial activism, so prevalent in the Supreme Court in the last decade, whereby the Court has turned its attention from the realm of personal distress to address the value-oriented and ideological controversies that polarize Israeli society.

תוכן העניינים

מאמרים

- אליעזר דון-יחיא וברוך זיסר**
9 דמוקרטיה כנגד לאומיות; ישראל כ"מקרה חריג"
- יעקב ידגר**
23 "מיתוס רבין" - לאומיות ציונית בשנות התשעים
- חיים הרמן כהן**
37 עונש המוות - ערך יהודי?
- ישעיהו [צירלס] ליבמן**
71 דמוקרטיה, דת והדילמה של סדר חברתי
- אלן סילבר**
85 האם פוליטיקה נורמלית אפשרית ליהודים?
- פניה עוז-זלצברגר**
97 הדמוקרטיה הליברלית: מבט היסטורי על עניין לא פשוט
- אורית קמיד**
137 ארץ מאלתרת אסונותיה - על סיפור ה"סמוך" בתרבות ובמשפט הישראליים
- אליעזר שבייד**
181 הדת היהודית והדמוקרטיה הישראלית

מסות

- שלמה גרינברג ז"ל**
189 היהדות והחזון הדמוקרטי
- אריאל רוזן-צבי ז"ל**
201 זהות יהודית - עיונים פוליטיים ורעיוניים