

**"מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור
וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?**

מאת
אריאל רוזן-צבי*

- א. פתיחה: ארץ מסוכנת
ב. "יהודית ודמוקרטית": שניות מכוח החוק
1. היסטוריה של אפיון נורמטיבי
 2. יהודית-ציונית (לאומית)-דמוקרטית: מתחים פרשניים פנימיים
 3. יהודית-ציונית (לאומית)-דמוקרטית: מתחים פרשניים חיצוניים
- (א) מתח בין צמדי מושגים
(ב) יהודית-דמוקרטית
(ג) ציונית-יהודית
(ד) ציונית-דמוקרטית
- ג. יחסים סימביוטיים: תלותן של החברות היהודיות אלה באלה
1. זיקת היהודי החילוני ליהדות
 2. זיקת היהודי הדתי לדמוקרטיה
 3. סיכום
- ד. "מדינה יהודית ודמוקרטית": דרכי ההתמודדות עם השניות
1. פתיחה
 2. מכנה משותף וסינתזה
 3. התנגשות, סתירה ודרכי העדפה
 4. קני-מידה לפתרון מצבים קונפליקטואליים
 5. הימנעות מהתדיינות המחייבת הכרעה אידיאולוגית חזיתית
 6. פתרון מצוקה או סכסוך ולא הכרעות אידיאולוגיות
 7. הימנעות מפתחת חזיתות אידיאולוגיות
 8. הימנעות מהעדפה אפריורית
 9. דרכים חלופיות והערך העודף
 10. סוגי עניינים וחלוקת תפקידים
 11. פגישה במישור התוצאה
- ה. סיכום

* פרופסור מן המניין, דיקאן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

א. פתיחה: ארץ מסוכנת*

"ארץ מסוכנת. ארץ מלאת תפצים חשודים
 ובני-אדם ממלכדים. והכל עלול להיות
 התחלה של דת חדשה: כל לדה, כל מנת,
 כל שרפת קוצים בשדה, כל עשן.
 אפלו האוהבים תיבים להזהר במעשיהם ובדבורם,
 ידים מושטות לחבוק, לחש בתצות,
 בכי במסתרים, מבט למרחקים, ירידה
 במדרגות בשמלה לבנה. כל אלה התחלה של דת חדשה.

אפלו צפרי הגדוד יודעות זאת,
 קשחו באות באביב ובסתו ולא נשארות
 כמו אלהי הארץ שאף הם לא נשארים.
 ומי שאומר כאן הנה, הוא נביא נחמה
 ומי שאומר כאן יהיה, הוא נביא זעם...

ומצבות זכרון מנחות בבל, כמו משקלות
 כדי שתולדות הארץ לא יעופו קרות, בנורות.**

השיר "ארץ מסוכנת" מתאר את הבעייתיות של המציאות שהציבור במדינת-ישראל שרוי בה, והוא הולם את הלבטים שהחברה הישראלית נתונה בהם. הוא מדבר על האינטנסיביות של כל פעולה, על העוצמה של כל ויכוח ועל הריכוז של כל מהלך וכל מעשה בארץ-ישראל ובמדינת-ישראל.

ריכוז ועוצמה אלה אינם מניחים לשום עניין להיוותר במסגרת טריוויאליזציה של החיים. אין שום דבר פשוט ותמים. "הכל עלול להיות התחלה של דת חדשה": כל עניין נידון בהקשר סימבולי; כל דבר תופת מייד לממדים היסטוריים; הדברים מועצמים וזוכים בממדים עקרוניים החורגים מעל ומעבר לאותו מעשה או לאותה הכרעה שבין ראובן ושמעון.

אין פלא איפוא שהארץ היא "מלאת תפצים חשודים ובני אדם ממולכדים". כל ויכוח עולה מייד לטונים עקרוניים; כל סוגיה, שתעבור במקום אחר ללא תשומת-לב מיוחדת, עלולה להצית תבערה; אפילו ויכוח היסטורי עשוי, לעיתים קרובות, להתסיס, כאילו היה נוכחות חיה וקרובה.

מהו הבסיס המאחד את האוכלוסייה בישראל? מהו המכנה המשותף המאגד את יושבי "הארץ המסוכנת"? בעיני המשורר, תודעת הויכוחן ומצבות זיכרון הן המחזיקות את

* © כל הזכויות שמורות.

** "עמיחי "ארץ מסוכנת", מתוך הקובץ מאדם אתה ואל אדם תשוב (תשמ"ה).

תולדות הארץ כדי ש"לא יעופו ברות, כנירות". ההיסטוריה הקרובה והרחוקה היא המשקולת הכבדה: היא המחזיקה את הדברים יחד, ובעת ובעונה אחת גם מכבידה עליהם בכובד משאה. וזאת השניות שאנו נתונים בתוכה.

ב. "יהודית ודמוקרטית": שניות מכוח חוק

1. היסטוריה של אפיון נורמטיבי

השניות המתבטאת בצמד יהדות ודמוקרטיה מאפיינת את המדינה כשני תאומי-סיאם המחוברים זה לזה בכמה מקומות מרכזיים (בלב – מבחינת התחושה הרגשית, ובמות – 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, רותנית ואפילו קיומית, החותכת את התפיסות הדתיות, ההיסטוריות, הפילוסופיות והתרבותיות. בשניות זו יש משהו משתק ומנטרל, אך בעת ובעונה אחת גם חלק מרתק ומפנה.

השניות שעניינה ערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת-ישראל אינה מתחילה אצלנו בחוק-יסוד זה או אחר או בנוסחה של מדינה יהודית ודמוקרטית, החודרת אל התחום המשפטי. היא מוצאת את ביטוייה בראש ובראשונה בהכרזת העצמאות, המאפיינת את מדינת-ישראל הן כמדינה יהודית והן כמדינה דמוקרטית.

במישור המשפטי מתבטאת השניות האמורה בסעיף 7א בחוק-יסוד: הכנסת. פסילתה של רשימת מועמדים בבחירות לכנסת אפשרית אם יש במטרותיה או במעשיה "שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה" או אם יש בהם "שלילת קיומה... כמדינתו של העם היהודי".¹ נוסח צר זה ממקד את משמעות המונח להיבט הלאומי. הפשרה הפוליטית, שאיפשרה חקיקת הסדר חוקתי שיש בו פסילת רשימות, הצמידה את היהדות לדמוקרטיה. "המדינה היהודית" שבהכרזת העצמאות, שפשטה צורה ולבשה את הנוסח הצר יותר של "מדינתו של העם היהודי" בחוק-יסוד: הכנסת, שבה אל צורתה המקורית, הרחבה יותר, בחוק-היסוד החדשים. גם בחוק-היסוד היתה זו הפשרה הפוליטית שהולידה את צמד המושגים האמור.²

השניות חדרה עתה איפוא לסעיף-המטרה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל חוק-יסוד: חופש העיסוק, והיא מכוונת גם את סעיף ההגבלה של הזכויות בכל אתר מן החוקים האמורים. שניות זו קובעת את משמעותם המלאה של כבוד האדם וחירותו, של

1 ס"ח תשי"ח 69. לדין בהוראה זו, ראו ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221.

2 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150; חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90. י' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 337-344.

חופש העיסוק ושל הזכויות הנובעות מאלה. היא משפיעה נורמטיבית הן על תוכנו של הזכויות כאמצעי פרשני, הן על היקף פריסתן כחלק מבחינת האיזון הפנימי והן על קביעת היקף החריגים המתירים פגיעה בזכויות במסגרת האיזון החיצוני.

2. יהודית – ציונית (לאומית) – דמוקרטית: מתחים פרשניים פנימיים

בשניות היהודית-הדמוקרטית מסתתר למעשה משולש: יהודית, ציונית (לאומית), דמוקרטית. כבר רמזנו שפרשנות המושגים "יהודית ודמוקרטית" והאיזון ביניהם, הגם שהם נתונים ביד המשפט, שואבים את מקורותיהם ואת בסיסם בתחום המטא-משפטי. מתח פנימי עמוק מצוי בקרבו של כל אחד מן המושגים. כל אחד מהם הוא מושג טעון וגם מעורר מחלוקת. לקבוצות שונות מן החוקרים, ההוגים והאזרחים תכנים אחרים לכל אחד מן המושגים.

המושג "מדינה יהודית" נע על הציר שבין תפיסה הלכתית מוחלטת (שברובד העליון מתנסחת בביטוי "מדינת התורה") לבין תפיסה תרבותית רחבה, שהיא כשלעצמה בעלת תכנים משתנים, על סולם ששלביו ממוקמים בין היסודות התרבותיים המייחדים, ובין היתר אלה המאפיינים את היהדות המסורתית וסממניה הדתיים, לבין התכנים הכלליים והאוניוורסליים שביהדות.

במסגרת המושג "יהודית" כלול גם המרכיב הציוני. השופט פרופסור א' ברק אכן מבחין בין המשמעות הציונית של המושג "יהודית" לבין המשמעות ההלכתית שלו.³ מרכיב זה נע בין ציונות מדינית לציונות רוחנית. הוא כולל את השאיפה להיות עם חופשי, "נורמלי", חבר במועדון הבינלאומי של מדינות העולם. במרכיב הציוני גלום מתח שבין תפיסתה של המדינה היהודית כמדינת לאום לבין הסתפקות בפחות מכך, דהיינו, במדינה שרוב אזרחיה נמנים עם בני הדת היהודית.⁴

חלק גדול מן המשמעויות המיוחדות כיום בספרות למונח יהודית, כגון שפה, עלייה ושבות, אזרחות, התיישבות, קיבוץ גלויות, ביטחון וצבא, אינן בעלות משמעות יהודית מסורתית מובהקת, אלא בעלות אופי ציוני,⁵ שגם אם חלקן יסודו באדנים יהודיים במוכנס החילוני, המבנה הוא לאומי ומדינתי. אפשר כמובן לקשור כל אחד מן המאפיינים האמורים להיבט היהודי הדתי. כך ההתיישבות עשויה להיחשב במסגרת מצוות יישוב ארץ-ישראל ואף להיות חלק מתהליך הגאולה המשיחית. העלייה עשויה להיתפס כחלק משיבת-ציון לקראת הקמת הבית השלישי.⁶ השפה העברית נחשבת בהקשר זה לשפת הקודש.

- 3 א' ברק פרשנות כמשפט: כרך שלישי – פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 330–332.
- 4 ראו ר' גביוון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 631.
- 5 ראו, למשל, א' ברק פרשנות כמשפט: כרך שני – פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 451–452; ברק, לעיל הערה 3, בע' 330–332.
- 6 ראו על כך, למשל, אצל א' רביצקי הקץ המגולה ומדינת היהודים (תשנ"ג) 111–200, והפניותיו לכתבים השונים.

יש לזכור שהמושג "יהודית" אינו כולל רק היבט ציוני מול היבט הלכתי. בתווך מצויות משמעויות רבות נוספות, הכלולות, בין היתר, בדברי גבואה, במדרש ובאגדה, בספרות ובמחשבה ובהגות יהודית, המקיימים ביניהם דו־שיח, מסוגים שונים וברמות שונות, עם עולמה של ההלכה ועם הנורמות הפרטניות שבה.

המושג "מדינה דמוקרטית" יכול אף הוא להיתרגם לתכנים שונים, הנעים גם הם על ציר משתנה. הגרעין, המהווה את הרובד המינימליסטי של המושג דמוקרטיה, מורכב מכללים לקבלת הכרעות (שלטון הרוב) על בסיס של שוויון, עם הגנה על זכויות-יסוד של האדם ותנאים בסיסיים נוספים, שבלעדיהם אין שלטון הרוב יכול להתקיים.

ברבדים אחרים על הציר כלולים במושג דמוקרטיה מאפיינים נוספים, העשויים להיות בסיסיים יותר – כגון הדרכים השונות הפתוחות להחלפת השלטון, הפרדת רשויות וזכות השתתפות מקיפה בבחירות – או רחבים יחסית – כגון זכויות-יסוד רחבות, קיום חוקה כתובה, זכויות חברתיות (מדינת רווחה אקטיבית), הסדרים חברתיים המבטיחים שוויון מהותי וכיוצא באלה.

מאפיינים אחרונים אלה, לדעת פרופסור רות גביוון, אינם חייבים להיות חלק מהגדרת הדמוקרטיה גם אם הם חשובים לתיאור המשטר ולהערכתו. אולם גם השאלה בדבר מידת החיוביות של חלק ממאפיינים אלה לעצם ההגדרה הבסיסית של דמוקרטיה יכולה להיות שנויה במחלוקת.⁷

ההכרעה בשאלות אלה היא הכרעה ערכית, והיא כורכת בחובה שאלה נוספת, במישור שונה: באיזו זירה ראוי להגיע להכרעות האמורות: דעת-הקהל על כל היבטיה (כולל תקשורת וחינוך), הכנסת או בתי-המשפט.

ההכרה שכל אחד ממרכיבי המשולש, יהודית-ציונית-דמוקרטית, אינו מונוליטי ואינו חד-ממדי, וכי כל אחד מהם כולל בתוכו מגוון רחב של תכנים שונים, גוררת אחריה את מסקנתו של השופט ברק בדבר הצורך במכנה המשותף המאחד, שיימצא בדרך-כלל ברמת הפשטה גבוהה, כפי שנראה בהמשך.

"בכל אחד ממרכיבי הערכיים של מדינת-ישראל מצויות מגמות מרובות ולעיתים אף סותרות... על הפרשן... השואף לשלמות ולהרמוניה – ליטול מכל אחד מהמקורות הציוניים, ההלכתיים והדמוקרטיים את אותם ערכים, תפיסות ועקרונות המצויים בו והמתישבים עם הערכים והעקרונות המצויים במקומות האחרים. עליו להימנע מנטילתם של ערכים היוצרים סתירה או ניגוד..."⁸

3. יהודית – ציונית (לאומית) – דמוקרטית: מתחים פרשניים חיצוניים

(א) מתח בין צמדי מושגים

בתכניו הרב-ממדיים של כל אחד מן המרכיבים השונים קיים איפוא מתח פנימי. בצד

7 ראו גביוון, לעיל הערה 4, בע' 636.

8 ברק, לעיל הערה 3, בע' 340.

מתח פנימי זה מתקיים מתח חיצוני בין המרכיבים השונים. המתח החיצוני בין משולש המונחים נותן ביטוי לשלוש מערכות של צמדים הגלומים בתוכו: יהודית-דמוקרטית, ציונית-דמוקרטית ויהודית-ציונית. יש כמובן מכנים משותפים רבים בין שלושת הצמדים האמורים, והמשמעויות השונות מצטלבות זו בזו. יחד עם זאת, יש גם היבטים מיוחדים לכל אחד משלושת הצמדים.

(ב) יהודית-דמוקרטית

הצמד יהודית (במובן המסורתי)-דמוקרטית מעורר בעיקר את המחלוקת המפלגת את הציבור היהודי עצמו. המתח קיים, בין היתר, בשלושה מישורים: המישור הראשון הוא היחס בין המדינה לדת והשאפה להרחיב את ההשפעה הדתית על חיי המדינה ועל אורח חייהם של אזרחיה.

המישור השני, נוגע בהערפת אינטרסים מיוחדים, שמקורם במסורת היהודית ואשר נתפסים כבעלי ערך מיוחד בציבור שומרי תורה ומצוות, לעומת המחויבויות של הדמוקרטיה. כאלה הן למשל הגבלות מסוימות על סוגי ביטוי שונים או הגבלת חירויות פרט מסוימות בשל היותן מתנגשות עם חובות המוטלות על היחיד או על הקהילה.

המישור השלישי הוא במערכת היחסים הפנימית בתוך העולם הדתי, והוא מתייחס למתח הקיים במציאות חיי של יהודי שומר תורה ומצוות במדינה מודרנית או בעולם המערבי. המתח בין התפיסה הדתית לחשיבה הדמוקרטית⁹ חי בקרבו של כל שומר תורה ומצוות המעורה בחיי המדינה ודר באוהלה של השכלה כללית. היה זה המתח האמור, בין היתר, שהוליד את הורמים השונים בתוך היהדות ואשר הצמיח תנועות רעיוניות שונות.

קונפליקט מסוג זה התגלה בראשית הקיץ של שנת 1995, בפסק ההלכה שהוציא גוף המכונה בתקשורת רבני הציונות הדתית. פסק רבני זה קורא לחיילי צה"ל לא למלא פקודה לפינוי התנחלויות, מתנחלים ובסיסים צבאיים ביהודה ובשומרון, בהיותה נוגדת את דין התורה. כאן מתנגש הערך הדמוקרטי עם הערך היהודי של חובת הציות לפסקי-דינו של הרב המקובל על הסרבן.

השניות בין אורח חיים דתי למציאות חיים דמוקרטית היא חלק מאתוס החיים היומיומי של ציבור יהודי דתי גדול. ציבור זה מתפקד בתוך הוויה של שניות ככורת של חיים, בין כאילוץ בחיי היומיום, בין כצורך במישור הפוליטי ובין מתוך הכרה ואמונה. גילוייה של שניות זו בתחום הרעיוני הוא, בין היתר, במתח שבין רטוריקה השוללת את הדמוקרטיה לבין הכרה פנימית עמוקה המחייבת אותה, וביחסיה הגומלין של תפיסת הדמוקרטיה כאמצעי והעמדת התורה - המתחרה בה - כתכלית.

המחשבה היהודית האורתודוקסית ממעטת להתמודד עם סוגיות אלה הן במישור העקרוני-הפילוסופי של היחס בין יהדות לדמוקרטיה והן במישור היישומי של תכניה ומשמעותה של מדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁰ בשנים האחרונות מרבים נציגי המסד הדתי ולא מעט חוגים רבניים מכל גוני הקשת הדתית בעשיית שימוש ברטוריקה השוללת את

9 על מתח זה, ראו ג' ויילר תיאוקרטיה יהודית (תשל"ז).

10 א' שביד דימוקראטיה והלכה, סרקי עיון במשנתו של הרב חיים הירשנזון (תשל"ח).

הדמוקרטיה המערבית, הן כאשר היא נתוּת כמתנגשת עם הציוניים הדתיים והן כאשר אין היא עולה בקנה אחד עם השאיפות הדתיות במישור הלאומי.

היעדר החשיבה השיטתית בתחומים אלה בחלקים גדולים של הציבור הדתי מהריף את השניות. הדבר נובע, בין היתר, מן הטעמים הבאים:

1. סדר עדיפויות שהסוגיות האמורות נדחקות בו לשוליים. הן נתפסות כעיסוק במציאות הנחשבת להבלי העולם הזה לעומת תורה לשמה.

2. החשש מפני תוצאות של התמודדות חזיתית על מגרש תרבותי זר, שהנעלמים בו רבים מדי והיתרון הוא לצד האחר.

3. תוסר רצון להעניק לגיטימציה גלויה למה שנחשב למציאות מתחרה בעולם התורה או להסדרים קלוקלים שיש בהם משום חיקוי של תרבויות זרות.

בצד השניות הרעיונית קיימת שניות קיומית. חלק מן הציבור הדתי - שעזמו נמנה גם חלק מבעלי הרטוריקה האמורה לעיל - הי 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.¹¹

היישוב בין הערכים היהודיים לערכים הדמוקרטיים, הן במטרות המדינה, הן בהיררכיה המוסדית ובאופן בחירתה, וממילא באופיה של חובת הציות, והן בתכנים השונים של ההסדרים, אינו פשוט. דרך היישוב האינדיווידואלית או הקיבוצית של כל יחיד או של זרמים וקהילות שונים אין בה כדי להשיב על הבעיה שאנו ניצבים לפניה, שעניינת הסדר נורמטיבי של יחסי-הגומלין בין הערכים השונים.

(ג) ציונית-יהודית

הצמד ציונית-יהודית (במשמעות המסורתית), הכלול במתח הפנימי של המושג "יהודית", מקיים בצידו גם מתח חיצוני. במקרים רבים יצערו הציונית והדמוקרטיה יחדיו מול היהדות במשמעות היותר הלכתית שלה. כך, למשל, קבע בית-המשפט עוד בשנות השישים כי פרשנות המונח "יהודי" בחוק השבות תיעשה על-פי המשמעות הלאומית-החילונית, ולא על-פי המשמעות הדתית.¹² פרשנות זו הורחבה כעבור זמן גם למונח "גיוּר". ההסדר הנורמטיבי של עלייה ושבות יונק, על-פי תפיסה זו, ממורשת הציונות המתחדשת, ולא מהמסורת ההלכתית. הבחנה זו, בניואנסים שונים, התרחבה גם לחקיקה אחרת בעלת סממנים דתיים, כגון בחירת מוסדות דתיים והרכבתם (מועצות דתיות, הגוף הבוחר את הרבנות הראשית ואת הרבנים הראשיים וכדומה). אולם לעיתים אנו עשויים למצוא את הציונות והיהדות משלכות ידיים אל מול המשמעות הדמוקרטית. וייתכנו גם מקרים שהיהדות המסורתית והדמוקרטיה עשויות למצוא עצמן בהם במפגש משותף מול

11 א' שבייד היהדות והתרבות החילונית. פרקי עיון בהגות היהודית של המאה העשרים (תשמ"א).

12 בג"צ 72/62 רוסאייזון נ' שר הפנים, פ"ד טו 2428 (להלן: עניין רוסאייזון).

הציונות. המרכיב הלאומי עשוי להיקלע למאבק מול תפיסות דמוקרטיות, ואליהן תחבור גם היהדות במשמעות המסורתית או ההלכתית.

כך ניתן לקבוע, למשל, כי בשם הערך הקולקטיביסטי, שדגלו בו התנועות הציוניות והאתוס הציוני הנלווה להן, המתבטא בעקרון האחידות, נדרש סטנדרט אחיד של כיתוב על מצבתו של חייל שנפל. ערך זה עומד בסתירה לכבוד האדם, דהיינו, לגבי האופן שיכבד בו אדם את זכר יקירו, ייתן ביטוי אישי לאבלו ויביא לידי מימוש את האוטונומיה של רצונו.¹³ תנא דמסייע לפרשנות זו של כבוד האדם ניתן להביא מן הערך היהודי של כבוד האדם בחייו ובמותו.¹⁴

המתח שבין ציונות ליהדות תלוי כמובן בהגדרה של כל אחד ממרכיבי הצמד. יש הרואים את הצמד יהודית-ציונית כהשלמה מתוך שילוב עמוק או אחדות אחת של אידיאולוגיה ומהות. אולם יש גם כאלה בחברה היהודית, למשל החברה החרדית, הרואים את המתח בין יהודית וציונית כשני ניגודים שההשלמה או הפשרה ביניהם קשה, ולדעת חוגים קיצוניים – אף בלתי אפשרית כלל.

מכל מקום, צמד מושגים זה הוא אחד ממוקרי המתח היהודי הפנימי זה דורות אחדים, ואצל חוגים רחבים הוא אף ניצב במרכז החשיבה האידיאולוגית.¹⁵ אי אפשר לא להדגיש את המתח הקיים בתוך המושג יהודית בהקשר זה, כאשר הוא כולל בחובו הן את ההיבט הציוני והן את ההיבט היהודי בהקשר הדתי האורתודוקסי. המתח שבין משרי הציונות הדתיים לבין אנשי ההשכלה היהודיים שדגלו ביישוב הארץ עוד בימי טרום הציונות ולפני הקמת ההסתדרות הציונית סבב הן על המקורות האידיאולוגיים לתנועת השיבה לציון והן על פרשנות המציאות. באותם ימים היתה עוד מידה רבה של מוכנות לתת מעמד מועדף למניע הדתי ולבטל את התפיסה החילונית מפני הרעיון הדתי של שיבת ציון.¹⁶

אולם מייד בראשית ימיה של התנועה הציונית השתנה מערך הכוחות. הרעיונות הלאומיים-החילוניים של תנועת השיבה הלאומית תפסו את מקומה של הרומנטיקה הדתית. מקימה המועדף של האידיאולוגיה הדתית בראשית ימיהם של חובבי ציון נתפס על-ידי החוץ החילוני. הפלג הדתי התפלג בחלקו מן התנועה הציונית ובחלקו הגיע להסדר של דוקיזם, שהתגבש לאותו סטטוס קוו פוליטי.¹⁷ הסטטוס קוו, כהסדר פוליטי פרגמטי, מיוסד באופן רעיוני על הצורך (הרעיוני והממשי) בחיים המשותפים על בסיס מכנה משותף מינימליסטי, מחד גיסא, ועל דחיית ההכרעה של השאלה האידיאולוגית

13 בג"צ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הבטחון (טרם פורסם).

14 ראו פסק-דין של השופט מ' אלון בע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793.

15 ראו, למשל, רביצקי, לעיל הערה 6, בעיקר מע' 201 ואילך; א' שביד בין חורבן לישועה (תשנ"ד); י' שלמון דת וציונות עימותים ראשונים (תש"ן).

16 ראו על כך, למשל, שלמון, שם, בע' 11-27, 112-149; א' לוז מקבילים נפגשים: דת ולאומיות בתנועה הציונית במיזרח-אירופה בראשיתה (1882-1904) (תשמ"ה).

17 על המחלוקת בדבר אופיה היהודי של החברה היהודית בארץ-ישראל בתקופה המנדטורית, כגורם מעצב ומגבש של הסדר הסטטוס קוו, המאוחר יותר, ראו מ' פרידמן חברה ודת (תשל"ח).

המרכזית לעתיד, מאידך גיסא. תמורת דחיית ההכרעה האידיאולוגית, מבוסס ההסדר הפרגמטי על ויתור הדדי ועל דו־קיום של חיים בפועל.¹⁸

(ד) ציונית-דמוקרטית

הצמד ציונית-דמוקרטית מושך את הדיון למתחים הלאומיים יותר מאשר למתחים הדתיים. במרכזו של המתח ציונית-דמוקרטית עומדות שאלת המיעוטים הלאומיים בישראל¹⁹ ובעיות הביטחון מול הדמוקרטיה.²⁰

בהקשרה של התנועה הציונית, שהולידה את מדינת-ישראל, התקשרו כל המאפיינים האמורים, של עלייה, התיישבות, קיבוץ גלויות, שכות, שפה ותרבות, לתנועה הלאומית של הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, ולא לחזון הדתי של גאולה ושיבת-ציון.²¹ אף היסוד הסימבולי של המשמעות היהודית, כגון הימנון, דגל וסמל, מתקשר יותר לפן הציוני-הלאומי מאשר לפן היהודי-הדתי. נכון שהסימבוליקה הלאומית מעוגנת ביסודות דתיים עמוקים, כשם שהויקה לארץ-ישראל מקורה בהיסטוריה יהודית ובחזון שמקורו דתי ומניעיו הבסיסיים דתיים; אולם גם המאפיינים האמורים וגם המרכיבים הסימבוליים עברו טרנספורמציה לאומית בתהליך הדרגתי של חילון.²²

במציאות הישראלית, האיזון שאנו עשויים להידרש אליו בהקשר של המאפיינים האלה של מתן משמעות למונח יהודית הוא איפוא בעיקר ביחס שבין ציונית לדמוקרטית ולאן דווקא בין יהודית לדמוקרטית במובן הדתי או המסורתי של המושג יהודי. תכניו של המושג "יהודית" מקושרים כמובנים רבים לפן הציוני הרבה יותר מאשר להקשר ההלכתי הצר או למובן הדתי הרחב יותר.

המניע לפעולה מסוימת משנה אומנם את ההיבט האידיאולוגי, אך פעמים רבות הוא מתכוון לאותה תכלית ממש ואינו משנה את התוצאה המשפטית. כך, למשל, רעיון השכות הוא אחד בין שהוא נתפס כחלק משיבת-ציון (יהודי במובן הדתי) ובין שהוא חלק ממימוש ההגדרה העצמית של העם היהודי במדינתו (יהודי במובן הציוני).

- 18 ראו על כך, למשל, מ' פרידמן "ואלה תולדות הסטטוס קוו: דת ומדינה בישראל" המעבר מיישוב למדינה 1947-1949: רציפות ותמורות (ו' פילובסקי עורכת, תשמ"ח) 47. על המאבקים הפוליטיים מנקודת-הראות של המפלגות הדתיות, ראו, למשל, מ' אונא בדרכים נפרדות (תשמ"ד) במיוחד בע' 129-137; ז' ורהפטיג חוקה לישראל דת ומדינה (תשמ"ח). שלמון, לעיל הערה 15, בע' 11-43.
- 19 ברק, לעיל הערה 5, בע' 451-452, מעלה את המתח העיקרי בין יהדותה של המדינה, במובן של שבות ולשון, למשל, לבין עקרון השוויון לגבי המיעוטים החיים במדינה.
- 20 י' זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט (תשמ"ט) 17; מ' הופנונג ישראל - בטחון המדינה מול שלטון החוק; 1948-1991 (תשנ"א).
- 21 ראו על כך, למשל, א' בלפר מלכות שמים ומדינת ישראל, הממד הפוליטי בהגות היהודית (תשנ"א); שלמון, לעיל הערה 15.
- 22 בלפר, שם.

לעומת זאת, הצדקה לאומית או בטחונית תוליד לפעמים תוצאה משפטית מסוימת, ואילו הצדקה דתית כשלעצמה לא תועיל למטרה זו. כך, למשל, הפקעת קרקע לצורך הקמת יישוב יהודי כצורך בטחוני או כחלק מן התהליך הלאומי של יישוב היהודים במדינתם העצמאית (היבט יהודי במובן הציוני-הלאומי) עשוי להיות לה דין שונה מהפקעה הנסמכת על ההצדקה הדתית בלבד של מצוות יישוב ארץ-ישראל (היבט יהודי במובן הדתי-הלאומי). במשמעות זו, המתח הוא כפול, אלא שנדרשת הכרעה איזהו התוכן הראוי של המונח יהודית למטרה זו: יהודית במובן ציונית-דמוקרטית או יהודית במובן דתית-דמוקרטית.

גם חוק השבות, למשל, עומד בצומת כפול: הוא חלק מן המתח ציונית-דמוקרטית כאשר השאלה של מעמד המיעוטים לעניין התאזרחות עומדת במרכז הדיון, וההגדרה של המונח יהודית אינה דתית בהכרח וגם אינה בעיבורה של המחלוקת. אך הוא גם חלק מן המאבק יהודית-דמוקרטית כאשר המחלוקת מתמקדת בהגדרה של המונח יהודי בחוק השבות. במשמעות זו המתח הוא משולש: יהודית-ציונית-דמוקרטית.

אך בעוד שברעיון השבות, כמו גם בהקשרים אחרים, נוצר מפגש רצונות בין המרכיבים השונים של רוב הציבור היהודי כחזית אחידה כלפי מיעוטים אחרים (מתח לכאורי בין יהודית לדמוקרטית), כשהמפגש הוא על מישור התוצאה, הרי באלמנטים אחרים נוצר מתח פנימי כפול: בין הרוב היהודי למיעוטים האתניים, מחד גיסא, ובתוך הציבור היהודי, מאידך גיסא.

אפילו ההימנון, "התקוה", המהווה סלע-מחלוקת בין הרוב היהודי למיעוטים האתניים, אינו מקובל על חלק מן הציבור היהודי החרדי, הרואה בו ביטוי לחילוניותה של המדינה ומקשה עליו להודות איתו. בציבור זה לא "התקוה בת שנות אלפיים להיות עם חפשי בארצנו", אלא הפסוק מספר תהילים, "בשוב ה' את שיבת ציון היינו כחלמים", הוא המשקף את התודעה היהודית המסורתית.

ג. יחסים סימביוטיים: תלותן של החברות היהודיות אלה באלה

החברה בישראל חיה בתוך סבך של פרדוקסים. השניות שבחינו היא המעלה כמה פרדוקסים מרכזיים. כל אחד מבעלי האידיאולוגיה המרכזיים בחברה הישראלית נזקק, בדרך זו או אחרת, לאידיאולוגיה של האחר לשם קידום אינטרס קיומי מרכזי בהווייתו הרעיונית ובקיומו כתנועה.

1. זיקת היהודי החילוני ליהדות

היהודי-הדמוקרטי-החילוני עובר דרך היהדות המסורתית בזיקתו לארץ-ישראל. בתוך מסגרת המחלוקת בין ציונות חילונית ליהדות הדתית, הציונית החילונית נזקקת לתפיסה הדתית של זכות העם היהודי על ארץ-ישראל כבסיס (כמעט אקסיומטי) לעצם התביעה על ארץ-ישראל כעל המולדת ההיסטורית של העם היהודי. מקום מרכזי בצידוק

להגדרה העצמית של העם היהודי בארץ-ישראל מייחדת מגילת העצמאות לעמדה הדתית.²³

אין ספק שהתפיסה היהודית במשמעותה הדתית (הן מבחינת המחשבה והן בהיבט ההלכתי), שלא לרבר על משמעותה התרבותית הרחבה, מעניקה את המימד המייחד של העם היהודי, או למצער, תורמת באופן משמעותי לאפיון ההגדרה העצמית שלו. היא מהווה בסיס מוצק לקליטת ערכים קהילתיים ולמטיבתם, תוך כדי איזון, בתוך אידיאולוגיה של חירות היחיד וזכויות הפרט.²⁴ היא גם מעניקה ערך מוסף לרעיון הציוני כל אימת שהוא מתעמת עם המרכיב הדמוקרטי. במקרה זה, המשקל הנוסף של המרכיב היהודי חובר למרכיב הציוני כדי להתגבר על התביעה שמעמיד המרכיב הדמוקרטי.

2. זיקת היהודי הדתי לדמוקרטיה

לעומת זאת, היהודי-המסורתי-הדתי זקוק למערכת הדמוקרטית לכמה מטרות עיקריות:

ראשית, כדי ליצור ואף לשמר עמדות כוח פוליטיות, שהינן חיוניות להגנה על האינטרסים של קיומו כקבוצת מיעוט יהודית מזה וכבעל שאיפה להשפעה על הפרהסיה הישראלית מזה. ההתחרות על משאבים של כוח והשפעה עוברת דרך המרכיב הדמוקרטי.²⁵

שנית, חירויות-היסוד כמו גם ערכי-היסוד, ובמיוחד אלה המתייחסים להפרדת רשויות ולהבטחת האמצעים להחלפת שלטון, מגינים בעיקר על קבוצות מיעוט שונות באוכלוסייה. תרומה זו של הערך הדמוקרטי נתפסת כמתייחסת למישור האינסטרומנטלי יותר מאשר למישור הרעיוני. זו גישה מוטעית, לפחות באשר למטרה השנייה. הדמוקרטיה כצורה שלטונית אינה מסתפקת בכללי המשחק הפורמליים. הכללים הבסיסיים המעמידים אותה מושתתים על הכרה בערך האדם ועל האמונה שהשלטון אינו נובע מחסד-עליון, אלא נועד לשרת את הכלל בעיקר כדי להבטיח את כבודו של היחיד ואת חירותו.

שלישית, 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.²⁶ לאורה של מסורת זו לא ייפלא שהשפעה רעיונית של הדמוקרטיה על הדת, מלכתחילה, מקוממת חלק מן הציבור הדתי, בעוד חלק אחר אינו מוכן להודות בתרומה החיובית הגלומה בה.

23 ח' גנו "זכויות הסטוריות" משפטים כא (תשנ"א) 193.

24 ראו א' שביד "חוק האנוכיות המקודשת" מימד (גליון ד, אפריל-מאי 1995) 12-15.

25 ראו על כך, למשל, שלמון, לעיל הערה 15, בע' 18.

26 ראו י' כץ היציאה מן הגטו: הרקע החברתי לאמנציפציה של היהודים, 1770-1870 (תשמ"ו) במיוחד בע' 140-157; לוז, לעיל הערה 16, בע' 29-51. וראו גם א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) 285-292.

אולם הערכים הדמוקרטיים עשויים לפעול כורזו של התפתחויות בתחום המחשבה הדתית ואף בתחום ההלכתי. הדברים אמורים במיוחד בהקשר העניינים שפסיקת ההלכה מושתתת בהם על תפיסת-עולמו של הפוסק או מבוססת על אידיאולוגיה המשפיעה הן על תפיסת המציאות והן על נקודת-המוצא של הפוסק. הדברים כבר מצאו את ביטויים, למשל, בנוגע למעמדה של האשה, להסדרן של ערכאות השיפוט, לאמצעים מדינתיים העומדים לרשות ההלכה ולשוויון בין הזרמים השונים.

ההתדיינות הפנימית בחברה היהודית הדתית ובהלכה על מעמדה של האשה מעלה כמה דפוסים אפשריים של התייחסות. הערכים הדמוקרטיים מעניקים תמיכה לזרם החותר ליתר שוויוניות ומאיצים את תהליכי השוויון במסגרת פסיקת ההלכה. נזכיר בראש ובראשונה את הפולמוס על זכות הבחירה לנשים למוסדות היישוב. הזרם ההלכתי שפסק כי זכות בחירה לנשים מהווה איסור הלכתי כבד-משקל הוכרע על-ידי ההחלטה הדמוקרטית של שוויון זכות הבחירה. בתוך זמן קצר, נהפכה זכות הבחירה לנשים בכלל מגזרי הציבור הדתי והחרדי לתופעה מקובלת ומותרת. דווקא עמדת הזרם הרבני המתיר, שהיה מיעוט מבוטל בקרב הציבור הדתי התקיימה.²⁷

גם פסק-דינו של בית-המשפט העליון (מפי המשנה לנשיא השופט מ' אלון) בדבר זכותן של נשים לכהן במועצות הדתיות האיץ את ההתפתחות ההדרגתית של השתלבות נשים במוסדות הנתפסים בציבור (גם הדתי) כבעלי אופי דתי.²⁸ למרות התנגדותם של הרבנים הראשיים ושל מועצת הרבנות הראשית להשתתפותן של נשים במועצות דתיות, החליט בית-המשפט העליון שעקרון השוויון ידו על העליונה. ההכרעה נסמכה על עקרון השוויון, אך המחלוקת ההלכתית נבחנה היטב על-ידי השופט אלון, תוך התייחסות לעמדות ההלכתיות השונות האפשריות ולהתפתחות המחשבה הדתית באשר למעמדה של האשה.

אף-על-פי שעבר זמן קצר בלבד מאז נכפה ערך השוויון הרבני כגיגית על המועצות הדתיות, ולמרות האיומים שקדמו לפסיקה על התמוטטות הצפויה למוסדות אלה, התקבלו ערכים דמוקרטיים אלה על דעת הלק 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.

האילוץ שנכפה על-ידי שלטונות המנדט, על בסיס עקרונות דמוקרטיים, להקים ערכאה דתית לערעורים כתנאי להרחבת סמכותם של בתי-הדין הרבניים נתקל בהתנגדות קשה של הפוסקים. אך בסופו של דבר, קיבלה על עצמה המערכת הדתית את הדין לתועלת המתדיינים.²⁹

באחרונה חוקקה הכנסת את חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) (הוראת

27 ראו פרידמן, לעיל הערה 17, בע' 146-169; רוזנצבי, שם, בע' 242-243.

28 בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לינניני דתות, פ"ד מב(2) 221 (להלן: עניין שקדיאל).

29 פרידמן, לעיל הערה 17, בע' 120-121; א' מורגנשטרן הרבנות הראשית לארץ ישראל,

ייסודה וארגונה (תשל"ג) 75-76; רוזנצבי, לעיל הערה 26, בע' 275-276.

שעה), תשנ"ה-1995. בחוק זה העניקה הדמוקרטיה הישראלית שיניים לדין היהרחקה דרבינו תם,³⁰ תוך מתן כוח לבית-הדין לשלול זכויות שונות המוענקות לאזרח או לתושב. בעשותה כן, הרחיקה הכנסת לכת והתירה לבית-הדין לשלול זכויות-יסוד לשם מניעת עגינות ולשם הגנה על כבוד האשה וחירותה. אכן, ההגנה על כבוד האשה יונקת מערכי היהדות ומכלליה, אך האכיפה הממשית ליישום הגנה זו מסורה בידי המדינה. יחסה של היהדות הדתית האורתודוקסית לזרמים אחרים של היהדות אינו רק מאבק רעיוני קשה, אלא הוא מלווה גם במלחמה על השפעה ועמדות כוח, שבמרכזה התתירה לשמירה על המונופול האורתודוקסי בכל העמדות הממלכתיות ובמוסדות הדתיים. בניגוד לעמדת חלקים רחבים מן הממסד הדתי, הפוסלת מועמדים מזרמים לא-אורתודוקסיים לכהונה במועצות דתיות, דחה בג"צ (גם הפעם מפי המשנה לנשיא השופט מ' אלון) את כל הטענות בדבר אי-התאמתם של הנמנים עם זרמים אחרים, מעצם השתייכותם אליהם, לכהן כנציגים במועצה דתית:

"פסילת מועדותם של מועמדים אלה מטעמים שבהשקפת עולם אישית יש בה משום הפליה, והיא סותרת את עקרון השוויון, ודינה להתבטל."³¹
 "...עם כל ההבנה לאפשרות קיומו של החשש שמתוך כך תופרע עבודתה התקינה של המועצה הדתית, אין בכך בלבד כדי להצדיק פסילתם של נציגי גופים פוליטיים-ציבוריים על שום שבהשקפת עולמם האישית נמנים הם עם התנועה ליהדות מתקדמת ועם התנועה ליהדות מסורתית."³²

פסק-הדין אינו צועד את כל כברת הדרך. השופט אלון אינו מעניק לזרמים הלא-אורתודוקסיים זכות ייצוג במועצות הדתיות מכוח עצמם. הוא מסתפק בביטול פסילתם של אנשים הנמנים עם זרמים לא-אורתודוקסיים כאשר אלה נבחרו לשמש כנציגי גופים פוליטיים הוכאים לייצוג במועצה הדתית. עצם הימנותם של נציגים אלה עם זרמים לא-אורתודוקסיים אינו משמש נימוק פסילה תקף. למרות חלקיותה, פסיקה זו הינה בעלת חשיבות רבה, ואין להמעיט בהשפעתה על הציבור הדתי ועל עמדת הפסיקה ההלכתית. גם היא מקדמת את הטמעתם של ערכי השוויון, הסובלנות והסבלנות במסגרת החברה הדתית.³³ עצם הכורח המוטל על נציגי כל הזרמים לקיים הידברות משותפת סביב שולחן אחד, המאגד אינטרסים שונים, לצורך הספקת שירותי דת יתרום לקידום ערכים אלה. בכך עושה הדמוקרטיה שירות חשוב לחברה הדתית. יש להדגיש שההכרעה המשפטית לא גררה אחריה שבירת כלים אצל הציבור הדתי ופוסקיו.

30 ס"ח 138. על הלכה זו ראו רוזן-צבי, שם, בע' 278-279.

31 בג"צ 699/89 הופמן נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד מח(1) 678, 693.

32 שם, בע' 696. בשל היעדרה של תשתית עובדתית, דחה בית-המשפט את החשש שאישור כהונתם ישתק את תפקודה של המועצה הדתית.

33 על ערכים אלה במסגרת הדת היהודית, ראו א' שגיא (שויצר) "הדת היהודית: סובלנות ואפשרות הפלורליזם" עיון מד (תשנ"ה) 175.

הואיל והמועצה הדתית אינה זירה הלכתית ואינה מוסד המוסמך לפסוק הלכות, נוח ביותר לערוך בה את "ניסוי הכלים" של הערכים הדמוקרטיים כלפי החברה הדתית.³⁴ לערכים המחלחלים באמצעות זירה זו יש לא רק ערך עצמאי במסגרת פרטנית זו; הם משמשים חיל-חלוץ לשבירת מיני "טאבו" בתורה הדתית. קודם-כל נוכחים לדעת שהדיבורים הנחרצים על הריסה בחומה ושבירת כל הכלים מסתיימים בקול ענות חלושה. שנית, בהדרגה נחשפים היתרונות של אכיפת הערכים הדמוקרטיים על מוסדות כאלה. שלישית, טיבם וטבעם של ערכים אלה הוא, שהטמעתם בזירה אחת פורצת גם לתחומים אחרים ומשפיעה עליהם.

3. סיכום

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 כי הצמד "יהודית" ו"דמוקרטי" בחוקי-היסוד החדשים נותן ביטוי גורמטיבי מפורש לשניות הקיימת עוד מתקופת חובבי-ציון ולפחות מראשית ימיה של הציונות. היא מהווה חלק בלתי-נפרד מן הפרדוקסים שבהוויה הישראלית, בלשוננו של המשורר: "ארץ מסוכנת. ארץ מלאה חפצים חשודים/ ובני אדם ממולכדים..."

ד. "מדינה יהודית ודמוקרטית": דרכי ההתמודדות עם השניות

1. פתיחה

כיצד מתמודדים עם השניות הן מן ההיבט הנורמטיבי? לאורך שנות קיומה של המדינה, מתקיים העימות בחקיקה, בפסיקה, במינהל, בחברה ובציבור. הסטטוס קוו פושט צורה ולובש צורה. סוגיות רבות נהפכות לסלע-מחלוקת יהודי-דמוקרטי גם כאשר אין לכך שום הצדקה מבחינה אובייקטיבית וכאשר המעורבות הדתית אינה טבעית לסוגיה ואף אינה נדרשת לשם הגנה אמיתית על אינטרסים דתיים

34 כג"צ 516/75 הופרט נ' שר הדתות, פ"ד (2) 490, 494, 503; עניין שקדיאל, לעיל הערה 28, בע' 236-237; עניין הופמן, לעיל הערה 31, בע' 691-692.

במקרה שהמוסד הדתי עוסק בהכרעות הלכתיות ועשוי להשפיע במישרין או בעקיפין על הפסיקה הדתית או להיות מושפע ממנה, נמנע בג"צ, מטעמים שונים (שניתנו על-ידי השופטים השונים), מלכוף את עקרון השוויון, ראו בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661 (להלן: עניין קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל). בהלכה זו קויימה החלטת שר הרותות לא להסמיך רב רפורמי לשמש כרב רושם נישואין.

(לתובעים אפיונים דתיים לפרהסיה הישראלית) או על צרכים של קהילות דתיות ויחידה.

2. מכנה משותף וסינתזה

העיקרון הראשון שלגביו יש תמימות דעים רחבה על דעת כל העוסקים בסוגיה הוא, שתוקי היסוד החדשים מעמידים לפנינו אתגר להשיג מכנה משותף בין מערכת הערכים היהודית לזו הדמוקרטית או להגיע לסינתזה ביניהן.

"תפיסה חוקתית ראויה מחייבת ניסיון להשגת השלמה והרמוניה בין ערכים אלה. תפיסה פרשנית תכליתית, המתבססת על אחדות חוקתית ועל הרמוניה נורמטיבית, שואפת למצוא את המאחד והמשתף, תוך מניעתם של ניגודים וצמצום נקודות החיכוך. על כן ציינתי כי 'הדיבור' היהודית ודמוקרטיה אינו כולל בחובו שני ניגודים, אלא השלמה והרמוניה... אכן עלינו לחפש את המשותף והמאחד, ולא את המפריד והמבדיל. יש לשאוף למציאת 'מכנה משותף' ו'סינתזה' בין הערכים של מדינה יהודית לבין הערכים של מדינה דמוקרטית... המידע המתקבל ממקורות אלה צריך לעבור 'עיבוד' ו'סינתזה' באופן שיגובשו ערכים התואמים את היבטיה השונים של מדינת ישראל."³⁵

והואיל ותחת כנפיו של כל אחד ממושגים אלה חוסים דעות שונות וגוונים שונים של משמעות, על הפרשן התותר למציאת המכנה המשותף ליטול מכל אחד מן המקורות את אותם ערכים, תפיסות ועקרונות המתיישבים עם אלה המצויים במקורות האחרים.³⁶

"תכלית דו-ערכית זו... חד היא, ובא זה ולימד על זה, ובא זה ומשלים את זה, והיו לאחדים בידינו"³⁷... והמגמה צריך שתהא מציאת הסינתזה והמכנה המשותף לתכלית שלובת ערכים זו."³⁸

וז גם עמדתם של מלומדים אחרים העוסקים בסוגיה.³⁹

35 ברק, לעיל הערה 3, בע' 338-339; א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 30.

36 ברק פרשנות במשפט, שם, בע' 340.

37 מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, 663.

38 שם, בע' 670. וראו גם ע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87, 104, מול האות א, 105, מול האות ז, 167-168 (להלן: עניין שפר).

39 ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט, ספר היובל (תשנ"ד) 9, 18; א' מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 547. D. Kretzmer "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini Revolution in Israeli Constitutional Law?" 26 *Isr. L. Rev.* 238, 243 (1992).

3. התנגשות, סתירה ודרכי העדפה

אלא שמאחורי הסכמה רחבה זו מקיר לקיר מסתתרים חילוקי-דעות, לעיתים יסודיים. עד כמה עלינו לעשות מאמץ להשיג את המכנה המשותף או להגיע לידי סינתיזה? מה הם שלבי ההכרעה הבאים כאשר לא ניתן להשיג מכנה משותף? האם יש להעדיף ערך אחד על משנהו? האם העדפה זו קבועה ואפריורית או משתנית, ואם כך, בהתאם למה? הדבר תלוי בתכנים של כל אחד מן המושגים האמורים וגם בדרגת ההפשטה שנוביל אליה כל אחד מהם כדי להשיג את המכנה המשותף.

השופט פרופסור ברק מעלה את דרגת ההפשטה של "מדינה יהודית" לרמה כה גבוהה –

"עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה. אכן, המדינה היא יהודית לא במובן ההלכתי-דתית, אלא במובן זה שליהודים זכות לעלות אליה, והוויתור על האומות היא הוויתור של המדינה (הדבר מתבטא, בין השאר, בלשון ובמועדי המנוחה). ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה... הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי. אין לשכוח כי בישראל מצוי מיעוט לא יהודי ניכר. אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה היהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית."⁴⁰

מדברים אלה משתמע זיהוי כפול של התוכן החיובי של המונח וזיהוי של התוכן השלילי שבו. פרשנות המונח "יהודית" נוטה, לדעתו, הן להיבט הלאומי (ציוני) והן להיבט הכללי-האוניברסלי, תואם "דמוקרטיה". מדברים אלה גם נובע שההיבט ההלכתי של המונח "יהודית", או אפילו המתכונת המעובדת של המשפט העברי, אין להם נקודת-אחיזה.

להלן מרחיב השופט ברק את תוכן המונח. הוא כולל בו לא רק את ההיבט הציוני והאוניברסלי, אלא גם את ההיבט ההלכתי. גם תורת ישראל, ההלכה לדורותיה, המשפט העברי וגם חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, למשל, משתתפים בעיצוב ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית.⁴¹

לא ברור אם הרחבה זו של היסוד היהודי לתחומים נוספים היא שינוי רטורי, הפועל ברמה של הכרה סימבולית בלבד, כדי להדוף את גלי ההתקפה שעוררה עמדתו

40 ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", לעיל הערה 35, בע' 30-31. על דברים אלה הוא חוזר בספרו, לעיל הערה 5, בע' 428-429. על התפיסה שערכי-היסוד של היהדות הגלומים במונח "מדינה יהודית" הם רק הערכים הכלליים, ראו שם, בע' 452.

41 ס"ח 165 (להלן: חוק שיפוט בתי-דין רבניים). ברק, לעיל הערה 3, בע' 331-332.

הראשונית,⁴² או שהיא עשויה להשפיע גם ברמת התוצאה. המשך הדבקות של השופט ברק גם בשלב זה ברמות הפשטה הגבוהות ביותר, תוך היוקקות לרמה האוניורסלית של הערכים,⁴³ מלמד שהלכה למעשה, נשארה עמדתו כשהיתה, אם כי אין לבטל גם את משמעותה של הכרה סימבולית.

הניסיון להדוף את המתקפה על-ידי יצירת סימטריה בין שני המונחים, תוך שימוש ברמת הפשטה גבוהה לגבי שניהם, מתעלמת מן ההבדל היסודי בשימוש בכל אחד מהם במשך השנים ובדרך התפתחותם במשפט הישראלי. יהדותה של המדינה באה לידי ביטוי בעיקר בדברי חקיקה מוגדרים בתחומים "דתיים" קלסיים ובהסדרים מפורשים הנלווים להם, בין במישור הסימבולי, היהודי-המסורתי והלאומי-הציוני, ובין במישור הנורמטיבי.⁴⁴ לעומת זאת, יסודה הדמוקרטי של המדינה משמש מקור שוטף ונמשך עד היום הזה לעקרונות היסוד ולערכי-היסוד של שיטת המשפט.⁴⁵ בתי-המשפט נזקקים במשך כל השנים ליסוד הדמוקרטי כמעין המנביע וכויות-יסוד בדרך שיפוטית וכיוצא בזכויות וכללים פרטניים.⁴⁶ שורשיו העמוקים של היסוד הדמוקרטי בשיטתנו הצמיחו ענפים של עקרונות וערכים ופרחים ופירות של כללים רבים ומסועפים.

התפתחות היסוד הדמוקרטי בפסיקה הישראלית במשך עשרות השנים האחרונות מביאה לידי כך שרמת הפשטה של היסוד הדמוקרטי היא רק בבחינת גובה נוסף למערכת מסועפת של עקרונות וכללים הממשיכים להטביע את חותמם היומיומי בשיטתנו. היסוד הדמוקרטי הוא בעל מקדם פרטני גבוה בהרבה ומושרש יותר מאשר זה של היסוד היהודי.

הסימטריה של רמות הפשטה גבוהות מתעלמת איפוא מנקודות-המוצא השונות כל-כך של כל אחד מן המונחים. מרכזיותו של היסוד הדמוקרטי היא חלק בלתי-נפרד מן המורשת המשפטית של המדינה ויורדת אל שורשי תורת המשפט שלה. אמור מעתה שאין צורך להיוקק לרמת הפשטה גבוהה כדי לעמוד על עדיפותו היחסית, בדרך-כלל, של היסוד

42 ראו, למשל, אלון, לעיל הערה 37, בע' 684-688. הערותיו של השופט ברק גררו ביקורת קשה ונוקבת מצד חוגים דתיים, לאו דווקא במישור הפוליטי, אלא בציבור הדתי בכלל והרבני בפרט.

43 ברק, לעיל הערה 3, בע' 342-343. בקטע זה הוא גם חוזר ומצטט בהסכמה את הערותיו הראשונות בסוגיה זו שפורסמו במשפט וממשל, לעיל הערה 35.

44 כך, למשל, חוק השבות, תשי"א-1950, ס"ח 159; חוק שירותי הרת היהודיים [נוסח משולב], תשל"א-1971, ס"ח 130; חוק הרבנות הראשית, תש"ס-1980, ס"ח 90; סעיף 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 ע"ר תוס' א 1; חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, ס"ח 204; חוק שיפוט בתי-דין רבניים.

45 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ו 871, 884; בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 330. ראו על כך ברק, לעיל הערה 5, בע' 427-428, 450-451, והאסמכתאות שם; ברק, לעיל הערה 3, בע' 334-337.

46 בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415. ראו על כך ברק פרשנות החקיקה, שם, בע' 453 ואילך; ברק פרשנות חוקתיה, שם, בע' 335-337.

הדמוקרטי על היסוד היהודי. לאור זאת, השימוש ברמת הפשטה גבוהה כלפי היסוד היהודי, לצורך השגת מכנה משותף עם היסוד הדמוקרטי, כמודל שיטתי וקבוע לבחינת ערכיה של המדינה כמדינה יהודית, ישאיר אותו כמעט תמיד מדדה מאתור בחוסר משמעות של ממש.

פרופסור רות גביוון, החותרת גם היא למכנה משותף, מעניקה ליסוד היהודי סיכוי רב יותר של השפעה. בהצעתה לפרש את צמדי המושגים פירוש רזה, הכולל רק את התכנים ההכרחיים והמינימליים בכל אחד מהם, היא תגיע למכנה המשותף בדרך שונה. לכית-המשפט היא מבקשת תפקיד צנוע יותר. את יישוב הסתירות יש להניח לשית חברתי ופוליטי נמשך עם מינימום של מעורבות שיפוטית.⁴⁷

כאשר הפרשנות רזה, נקודות החיכוך קטנות יותר ונדירות יותר, והסיכוי למצוא מכנה משותף גדול יותר. לכאורה, גם במודל זה אנו נזקקים לרמת הפשטה גבוהה, שכן, כל פתרון החותר למכנה משותף חייב להיזקק לרמת הפשטה כזו או אחרת. אולם למעשה, ליסוד היהודי במשמעות המסורתית סיכוי טוב יותר למצוא ביטוי הולם, לפי משנתה של פרופסור גביוון, מאשר למודל שמציע השופט ברק.

רמת ההפשטה שמציע השופט ברק, יחד עם הגדרה רחבה של המונח "דמוקרטיה", שאחריה שובל ארוך של עקרונות ולצידה תיק מלא של כללים, משאיר משקל קטן לערך היהודי. לעומת זאת, הגדרה צרה של המונח "דמוקרטיה", גם כאשר גלויות אליה הגדרה צרה של הערך היהודי, מעניקה הודמנות רבה יותר לערך זה, שכן, חלק מן התכנים הכלולים, בדרך-כלל, ביסוד הדמוקרטי יושמט ממנו לצורך מציאת המכנה המשותף. למרות עליונותו הראשונית של היסוד הדמוקרטי, שעמדתי עליה לעיל, הוא עשוי לשלם במקרים מסוימים את מחיר הפרשנות הרזה. במקרים אלה יגדל המרווח של סעיף ההגבלה, ותופש התמרון של המחוקק ביחס שבין הזכויות לתריגיהן יגבר.

השופט פרופסור ברק מונה בספרו את מגוון התכנים הכלול ב"מדינה יהודית", שהכל בו,⁴⁸ מביצי כינים עד קרני ראמים. הפרדוקס הוא שגם רוחב יריעה זה אינו מיטיב עם היסוד היהודי, בבהינת תפסת מרובה לא תפסת:

"היהדות והדמוקרטיה הם עולם ומלואו, ואין לך ערך טוב שאינו נכלל בהם. כיוון שכך, אין זה ברור מה הם, לצרכים משפטיים, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית."⁴⁹

אולם מאחר שהיסוד הדמוקרטי מצא את הסדריו הן ברמת העקרונות והן ברמת הכללים, רוחב היריעה משרת אותו, מה שאין כן לגבי היסוד היהודי. לא ייפלא, שהשופט פרופסור אלון נוטה להסדר מגובש יותר, בעיקר הלכה ומשפט עברי, שגם אם הוא צר יותר לכאורה, הוא גורר אחריו למעשה תוצאה משמעותית יותר. מתברר שרטודיקה

47 ראו גביוון, לעיל הערה 4, בע' 661.

48 ברק, לעיל הערה 3, בע' 332.

49 "זמיר" הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, 405.

רחבת-ידיים עלולה להתברר כחסרת נפקות של ממש, ודי בשימוש צר יותר להניב תוצאות של ממש.

כאשר מכנה משותף אינו בנמצא ולפנינו סתירה שאינה ניתנת ליישוב בין שני היסודות האלה, נדרש הליך של העדפה וברירה. לשיטתו של פרופסור אביגדור לבונטין, תהום בלתי-ניתנת לגישור פעורה בין הדת היהודית לבין המדינה הדמוקרטית:

"וקשה לראות חברה או מדינה ככפופה, בו-זמנית, לשתייהן."⁵⁰
 "לרקע עברנו, כולל תולדות הציונות, ובהתחשב בקשיים שהיהדות מציבה בדרכה של דמוקרטיה מבית... מתבקש לראות את התואר 'יהודית' כפונה ליהודיות, ובמיוחד ליהודיות הישראלית, שהיא עברית וציונית."⁵¹

לשיטתו, ה"יהודית" היא רק בבואה ל"דמוקרטית". לדידו, שניים אלה לא ילכו יחדיו, גם אם לכך נועדו עליידי המחוקק.

פרופסור לבונטין אינו בודד בעמדה זו. להעדפת הרכיב הדמוקרטי על הרכיב היהודי במקרה של התנגשות בלתי-פתירה ביניהם יש שותפים נוספים.⁵²

השופט ברק משאיר, כאילו, את שאלת ההערפה ללא פתרון אפריורי מפורש. הוא מניח את הברירה לפתחו של בית-המשפט, ומשאיר אותה לשיקול-דעתו של השופט בכל מקרה נתון.⁵³ אולם למעשה, שיטתו מעדיפה את הערך הדמוקרטי. עדיפות זו נובעת לא רק מן השלב הראשון החותר לרמת הפשטה אוניוורסלית אלא גם משני השלבים הנוספים שהוא מציע לתהליך הברירה. הואיל והתכלית של "מדינה יהודית ודמוקרטית" נועדה לשרת את קידום ערכי-היסוד של הגנת כבוד האדם וחירותו, יש לבחור בשלב השני "את אותם ערכים אשר מקדמים יותר מהאחרים את מטרתם של חוקי-היסוד", באשר התכלית טפלה לקידום של ערכי-היסוד.⁵⁴ בשלב השלישי של הפעלת שיקול-הדעת השיפוטי הוא מטיל על השופט להכריע על-פי אמות-המידה של הציבור הנאור.⁵⁵ כל אחד משלושת השלבים ושלושתם יחד תותרים להעדפת הערך הדמוקרטי.

גם השופט אלון, כמו השופט ברק, משאיר שיקול-דעת רחב לבית-המשפט, אולם

50 ראו א' לבונטין "יהודית ודמוקרטית" - הרהורים אישיים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 521, 546. לעומת זאת, הוא מתעלם כמעט כליל מן העימות שבין המרכיב הציוני למרכיב הדמוקרטי.

51 ראו לבונטין, שם. ראו תשובה מרשימה לטענותיו של לבונטין במאמרו של מעוז, לעיל הערה 39.

52 כהן, לעיל הערה 39, בע' 24; Kretzmer, *supra* note 39, at p. 244.

53 ברק, לעיל הערה 5, בע' 429; ברק, לעיל הערה 3, בע' 344-345, 349.

54 שם, פרשנות חוקתית, בע' 324-325, 344-345.

55 שם, בע' 347. על הציבור הנאור, ראו ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ד) 7, 13-18; מ' אלון בעניין שפר, לעיל הערה 38, בע' 103-104.

הכיוון שונה בתכלית. שיקולי-הדעת שהוא מציג מעניק מרחב תמרון רב יותר לערך היהודי. לעיתים, כאשר היסוד היהודי נחוש, חד-משמעי ונחרץ, והעדפת פתרון אחר עשויה להיחשב לפגיעה במהותה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית, יש להעדיף את הערך היהודי ולפרש על-פיו את המושג מדינה דמוקרטית.⁵⁶ אין הוא קובע בפסקנות ובאופן ממצה את קניי-המידה להעדפת ערך זה על הערכים האחרים, ורק נותן בהם את הסימנים שהבאנו, אולם קריאת הכיוון ברורה.

ד"ר מעוז מציג לפנות אל כל אחד מן המקורות במלוא היקף פרישתו, ולדלות מהם את המיטב ואת המירב. עצם החיוב החוקתי לפנות גם למקורות של ערכי היהדות חולל שינוי עקרוני במעמדם ובכוחם הגורמטיבי במשפט הישראלי. יש לבצע את תהליך הברירה וההתאמה ביניהם בכל מקרה לפי נסיבותיו. הברירה אינה רק בין שני המושגים, אלא גם בין חלופות שונות בתוך כל אחד מהם.⁵⁷

4. קניי-מידה לפתרון מצבים קונפליקטואליים

את אוהלי שלי אני נוטה סמוך לאוהלו של מעוז ובטוח עין מזה של השופט אלון. אני משרטט מודל, שכן אני סבור שבכוחם של מודלים להתמודד עם מורכבות הבעיה התרבותית, האידיאולוגית, העומדת בשורש השניות הקיומית שאנו דנים בה. בכל אחד מצמד המושגים האלה, יהדות ודמוקרטיה, מתרוצצים כיוונים ומגמות שונים בחברות שונות או בגלויות שונות ובתקופות שונות. כפי שראינו, בין יהדות לדמוקרטיה מתקיימים בעת ובעונה אחת גם יחסים של אבהות רוחנית ורעות, גם יחסים של ניכור ועוינות וגם יחסים סימביוטיים.

אנסה להעלות קווי מתאר אחדים לאפיון דרכי ההתמודדות עם השניות וכיווני הפרשנות הנראים בעיני. בהיעדר מודל לפתרון המערכת של יחסי-הגומלין בין ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית, וכאשר קיימת התנגשות בין היסוד היהודי ליסוד הדמוקרטי, אני מציג שינחו אותנו כמה קניי-מידה. קניי-מידה אלה נועדו להשיג שתי מטרות עיקריות. ראשית, לצמצם את תחום המחלוקת האפשרית בין יהדות לדמוקרטיה. לשם השגת מטרה זו, ניתן להשתמש בדרכי עקיפין, להיפגש במישור התוצאה בלבד ולהימנע מהכרעות אידיאולוגיות. שנית, למנוע השתלטות מוחלטת של יסוד אחד על אחר, העלולה לפגוע במסורת תרבותית ומשפטית ולתרום להרחבה של תחושת הניכור של קבוצות מסוימות כלפי המדינה.⁵⁸

(א) אני מסכים לדעה הכללית הרווחת, כי המאמץ העליון צריך להיות מכוון להשגת

56 אלון, לעיל הערה 37, בע' 687; בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מ"י, פ"ד מו(3) 338 (להלן: עניין סוויסה); עניין שטר, שם, בע' 168.

57 מעוז, לעיל הערה 39, בפרק האחרון של מאמרו.

58 שמיר, לעיל הערה 55, בע' 15-16; ש' מירון "חופש הדת לעומת החופש מדת" עיוני משפט ג (תשל"ג) 414.

מכנה משותף או סינתזה בין הערכים, תוך התייחסות לערכי-היסוד ולעקרונות-היסוד הקבועים בחוקי-היסוד. על עניין זה עמדתי כבר בפרוטרוט.

(ב) בראש ובראשונה יש לפתור את המצוקה העומדת לפני בית-המשפט, ועניינה הוא הגנת החלש ועשיית צדק. על בית-המשפט להיזקק לשאלות המעוררות בעיות ומציגות מצוקות ולהימנע עד כמה שאפשר מהיגררות אחר התדיינות בסוגיות עקרוניות ואידיאולוגיות.

(ג) במסגרת הכרעת הסכסוך על דרך פתרון המצוקה, עדיף, ככל שהדבר ניתן, שבית-המשפט יעמיד פתרון בלי להיזקק לשם כך להכרעתו האידיאולוגית של הסכסוך. בית-המשפט אינו צריך לשמש מוסד מרכזי בהכרעת מאבקים אידיאולוגיים בשאלות המצויות, תדיר או מפעם לפעם, במרכז הדיון הציבורי והמפלגות את הציבור.

(ד) על בית-המשפט להימנע ככל האפשר מפתחת חזיתות אידיאולוגיות מיותרות.

(ה) רצוי להימנע מהכרעה עקרונית, אפרוירית וקבועה, בדבר העדפת יסוד אחד על אחר.

(ו) כאשר אחד היסודות, הדמוקרטי או היהודי, מסוגל להכיל כמה חלופות אפשריות, יש לתת משקל עודף ליסוד האחר, היהודי או הדמוקרטי, אם זה נוטה בכיוון לאחת החלופות.

(ז) לצורך הכרעה בין שני היסודות במצבים של התנגשות או סתירה, יש להבחין בין סוגי העניינים השונים ולבחון חלוקת תפקידים בין כל אחד מן היסודות האלה לצורך הקביעה בדבר העדפתו של אחד מהם בנסיבות שונות. על ההכרעה להיות מבוססת לא רק על איזון נקודתי, אלא גם על איזון כללי בין זכויות הפרט לבין אינטרס הציבור וטובת הכלל.

(ח) בפתרון המצוקה או בהכרעת הסכסוך, גם כאשר קיימות מחלוקת עקרונית או הנמקות שונות, יש לבחון אם ניתן להיפגש במישור התוצאה. גם כאשר אין אפשרות להגיע למכנה משותף במישור העקרוני, ניתן לעיתים למצוא את הסינתזה בתוצאה אחידה.

בחלק זה של הרשימה ארחיב על כל אחד מקניי-המידה המוצעים ועל כל אחת מן הנקודות המועלות כאן.

5. הימנעות מהתדיינות המחייבת הכרעה אידיאולוגית חזיתית

אדון בנקודות השנייה והשלישית כאחד, אף כי האחת עניינה בעצם ההיזקקות לסוגיה מסוימת והאחרת נוגעת באופן הכרעת סכסוך שבית-המשפט דן בו לעיצומו. אולם הואיל ואין כוונתי לאי-שפיטותן של הסוגיות, אלא לאופן הניהול של הליך שיפוטי ולדרך ההכרעה בו, והטיעונים דומים, אכרוך את הדיון בשתי הנקודות כאחד.

בית-המשפט דן בסכסוך בין צדדים ופותר מצוקה אמיתית שעניינה כספי, כלכלי, אישי ואף חוקתי. בכל אלה עולה לפני בית-המשפט מצוקה כלשהי ומחייבת את התערבותו. מחלוקת אידיאולוגית שיש לה היבט משפטי הינה שפיטה.⁵⁹ בית-המשפט אינו

59 בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 493 (להלן: עניין רסלר).

צריך למשוך את ידו מן ההתדיינות גם כאשר ברקע (ולא בחזית) נמצא פער אידיאולוגי וגם כאשר הסוגיה מערבת, בין היתר, מחלוקת אידיאולוגית. בתוך המסגרת האמורה, שיקולים אידיאולוגיים אינם פסולים בעיני בית-המשפט ואינם מהווים מחסום אוטומטי בפני מעורבות שיפוטית. כל בעיה משפטית קשורה בדרך זו או אחרת לאידיאולוגיה או להשקפת-עולם. לית אתר פנוי מניה.⁶⁰

אולם על בית-המשפט להימנע בדרך-כלל מעיסוק בשאלות אידיאולוגיות העולות לפניו כאשר אין מסתרת מאחריהן מצוקה. כאשר אין מנוס אלא מהתמודדות חזיתית וישירה בסוגיות האידיאולוגיות, ובית-המשפט נדרש להכריע בהן חזיתית, דהיינו, כאשר השאלה האידיאולוגית היא מושא ההכרעה או כאשר הסוגיה צבועה בעיקרה בצבע אידיאולוגי עז, עדיף שבית-המשפט לא יירד לזירה וימשוך את ידו מן ההכרעה. כמיוחד אמורים הדברים באידיאולוגיה הקרובה להשקפה מפלגתית או בסכסוך אידיאולוגי ממושך או קיומי המפלג את הציבור. על אחת כמה וכמה כך הוא כאשר קיים פתרון חלופי או כאשר למצוקה של העותר יש פתרון שאינו מחייב את עירובו של בית-המשפט בהכרעה האידיאולוגית.

נקודת ההבחנה האפשרית בהקשר זה היא ההבדל בין מעורבות המכריעה ישירות ובאמצעות הפסיקה מאבק אידיאולוגי, שעדיף להימנע ממנה, לבין מעורבות המכריעה סכסוך שברקעו מניע אידיאולוגי או השקפת-עולם, שניתן להצדיקה במקרים מסוימים. לא ניתן למצוא קו הכתנה חד וברור, ואולי גם אין צורך בכך. זו דרכו של משפט. כך, בנושא של הנהגת נישואים אזרחיים בישראל, משך בית-המשפט את ידו ונמנע מכל התערבות ישירה או עקיפה. בית-המשפט קבע במפורש כי אינו זירת המאבק ואינו הפורום המתאים לניהולו.

"עניין זה הוא סלע מחלוקת חריף בציבור הישראלי... מה לנו בתור שופטים, המצווים להתרחק מכל פולמוס וריב פוליטי, לבוא במקום המהוקק ולהכריע בשאלה שמפלגת את הציבור?"⁶¹

"יש הסבורים, כי פתרון הבעיה הוא בהנהגת נישואין אזרחיים... אחרים סבורים, כי הפתרון ימצא בתחומי המשפט העברי עצמו... כך או כך, בית המשפט עצמו אינו יכול ואינו צריך לפתור את הבעייה בבסיסה. אין לצפות מבית המשפט כי יורה על קיומם של נישואין אזרחיים, ובית המשפט סירב לכך בעקביות."⁶²

60 א' רוזנצבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689, 704.

61 ע"א 373/72 טפר נ' מ"י, פ"ד כח(2) 7, 15. כן ראו השופטים אגרנט ולנדוי בבג"צ 130/66 שגב נ' בית הדין הרבני האיזורי, צפת, פ"ד כא(2) 505, 541, 557-558 (להלן: עניין שגב).

62 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 789 (להלן: עניין אפרת).

ככל שהמעורבות מחייבת יותר הכרעה אידיאולוגית ותוצאתה היא יותר במישור העקרוני, כן צריך שהנטייה של בית המשפט תהיה לצד הריסון וההתאפקות השיפוטית. לעומת זאת, ככל שניתן לצמצם את המעורבות השיפוטית לתוצאות המשפטיות ולהפריד בין ההכרעה הפסוקה לבין התערבות ישירה במחלוקת האידיאולוגית בתחומים העקרוניים והעיקריים, כן יהיה על בית המשפט להתערב גם אם הכרעתו מונעת מהשקפת העולם שהוא דוגל בה.

יתר על-כן, בית המשפט מקפיד בדרך-כלל לשמור על המסגרת הפורמלית או על העטיפה הסמלית, אך הוא מוצא את הדרך לתקוף את הבעיה במישור המעשי ולפתור את המצוקה בנושא הפרטני.⁶³ ייתכנו בהחלט היבטים שונים של אותו עניין, שעל חלקם תהיה המעורבות השיפוטית מוצדקת ועל חלקם האחר היא תיחשב למעורבות בלתי-מוצדקת.⁶⁴ הציבור החילוני זוכה בתוצאה מעשית, הציבור הדתי - בסיפוק אידיאולוגי-סמלי.⁶⁵

ברשימה קודמת השתמשתי בסוגיה של הפסקת היריון כדוגמה מאלפת לדרך שהמשפט הישראלי, בניגוד לזה האמריקני, השכיל (בשיתוף-פעולה בין המחוקק לבית המשפט) למצוא בה פתרון העולה בקנה אחד עם צרכי החברה והשקפתה, ועם זאת אינו מערב את בית המשפט במאבק האידיאולוגי ואינו עושה אותו צד לתסיסה הפוליטית או לגורם בה. הסדר הפשרה שהתמסד מקובל למעשה על דעת כל בני החברה.⁶⁶

על בית המשפט לשמור לעצמו את חופש התמרון על-ידי שימוש בטכניקות שיאפשרו לו סגירת פערים כאשר הצרכים החברתיים מחייבים זאת, בלי לפגוע, כביכול, בשלד המרכזי של הדין הדתי שנקבע על-ידי המחוקק כהסדר מחייב. באותה עוצמה שעל בית המשפט לסגור בה פערים, הוא חייב להימנע מהתנגשות עם הדין הדתי במקום שאין צורך ממשי בכך. כך תישמר בידו אופציה של התערבות בלי לפתוח חזית כוללת עם הדין הדתי, שתסכן את מעמדו של בית המשפט. כך נוצרת נקודת-איזון בין הגנת הסטטוס קוו

63 גם במקרים אחרים נקבע שפגיעה בזכות של ממש (רכושו של אדם, למשל) מצדיקה התערבות שיפוטית, אף-על-פי שהנושא הוא בעל אופי פוליטי, ראו בג"צ 606/78 אויב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113, 124.

64 שם, בע' 128-129.

65 ניתן להביא גם דוגמות הפוכות שהציבור החילוני עשוי לזכות בהן בסיפוק סמלי, ואילו הציבור האורתודוקסי יזכה בהישג הממשי. כך, למשל, זכה הציבור החילוני בהישג סמלי בעניין רישום גרים רפורמיים כיהודים במרשם האוכלוסין, ראו בג"צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723, ואילו הציבור האורתודוקסי זכה בהישג המעשי בכך שנדחתה עתירתם של רבנים רפורמיים לשמש כרושמי נישואין, ראו עניין קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, לעיל הערה 34. על משמעות ההיבט הסמלי בתחום דיני הנישואין ועל מחירו, ראו: P. Shifman "State Recognition of Religious Marriage: Symbols and Content" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 501.

66 רוזן-צבי, לעיל הערה 60, בע' 705.

לבין האידיאולוגיה החברתית והמציאות ההתנהגותית. בית־המשפט שומר על כללי המשחק.

בשימוש באמת־מידה זו ניתן, בין היתר, להסביר את דחיית העתירה בשאלת ההשתייכות הדתית של אדם המצהיר על עצמו כחסר אמונה דתית.⁶⁷ בהיעדר איסור בדין הדתי או כל מגיעה אחרת שבעטיים נשללה מן העותרים האפשרות לעריכת נישואין דתיים כדת משה וישראל, לא תר בית־המשפט אחר פתרון שיענה על המצוקה המצפונית של העותרים. לא שהמצוקה המצפונית והפגיעה בחופש מדת של העותר הינם חסרי משמעות או אינם שוקלים דיים. אולם, כאשר לפני בית־המשפט עומד הסדר חקוק מסוים והוא נדרש לפרשנותו, הוא עורך את מאון האינטרסים. מצד אחד עומדת המטרה החקיקתית הנהושה המיוסדת על היסוד היהודי. מצד אחר עומדת זכותו של הפרט לחופש המצפון. כדי שבית־המשפט ייצא מגדרו ויסגור את הפער בין הדין הדתי לבין המציאות, תוך הערפה – מפורשת או נרמזת – של היסוד הדמוקרטי, נדרשה מצוקה אישית בפועל. מצוקה מצפונית, למרות השיבותה העקרונית ומשמעותה לגבי הדמוקרטיה, לא הספיקה לשם כך. תופעות־הלוואי שהליך כזה גורר אחריו מהוות אינטרס ציבורי המונע את המעורבות השיפוטית בנסיבות אלה.⁶⁸ אין בכוחה של המצוקה העקרונית לעמוד מול האינטרסים של הצורך בוודאות הסטטוס ושל הנחיצות בהצבת מבחן אובייקטיבי לקביעת ההשתייכות הדתית במציאות המשפטית הנוהגת.

אמת־המידה המוצעת נותנת הסבר לסתירה במגמה השיפוטית בעניין זכויות הידועים־בציבור. מצד אחד, הרחיבה הפסיקה את היקף הזכאים ואת היקף הזכויות הניתנות לידועים־בציבור.⁶⁹ מצד אחר, אף כאשר צעד בית־המשפט כברת דרך נוספת והעניק לידועה־בציבור הישג בעל אופי סימבולי, בהתירו לה לצרף את שם משפחתו של הידוע־בציבור לשם משפחת נעוריה, הוא השקיף על תופעת הידועים־בציבור ב"רגשות מעורבים". הוא גילה הבנה לסיכונים הטמונים בה לסטטוס הנישואין ונמנע מטשטוש מוחלט בין מעמד האשה הנשואה למעמד הידועה־בציבור:

"אותה תקנת ציבור [המכירה במוסד הידועים בציבור ומצדיקה בעניינים שונים את הרחבת זכויותיהם – א' ר"צ] עומדת על משמר סטטוס הנישואים ועל קיומם של נישואין כדת וכדין ומסרבת לראות בידועים בציבור כנשואים לכל דבר ועניין."⁷⁰

המסקנה היא, שאף בהרחיקן לכת במישור הקניית הזכויות, שומר בית־המשפט על סטטוס הנישואין במישור העקרוני וההצהרתי ונמנע מזהוי מוסד הידועים־בציבור עם סטטוס זה.

67 ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מ"י, פ"ד כו(1) 129.

68 שם, בע' 139–140.

69 רוזן־צבי, לעיל הערה 26, בע' 303–306.

70 עניין אפרת, לעיל הערה 62, בע' 788, מול האותיות ו-1, וכן בע' 787, מול האות ג.

אכן, השופט ברק כרך בנשימה אחת את הימנעותו של בית המשפט מדיון בהנהגת נישואים אזרחיים עם רתיעתו מפתרון חד'משמעי של בעיית הידועים-בציבור:

"פתרון חד'משמעי לבעיית הידועים בציבור אינו בידי בית המשפט. אין בעניין זה קונסנסוס בחברה הישראלית, ואין לצפות מבית המשפט כי יכריע באופן מובהק לכיוון זה או אחר... הכרעות חד'משמעיות בסוגיה רגישה זו יכולות לבוא אך מגורמים לבר-שיפוטיים... בית המשפט עצמו אינו יכול ואינו צריך לפתור את הבעיה בבסיסה. אין לצפות מבית המשפט כי יורה על קיומם של נישואין אזרחיים."⁷¹

כאן נעוץ גם מרכז הכובד של ההבחנה בין עותרים פסולי-חיתון לעותרים פנויי-חיתון בסוגיית הקידושים הפרטיים. פסולי-חיתון זכו כסעד⁷² בשל היותם נתונים במצוקה ממשית. זכות הנישואין שלהם לא ניתנה למימוש. לעומת זאת, נדחתה עתירתם של פנויי-חיתון, שבמרכזה עמד מאבק עקרוני ואידיאולוגי ללא מצוקה ממשית בפועל. לפנייהם של אלה פתוחה דרך המלך של יצירת הסטטוס. לפיכך, אין האינטרס הציבורי מחייב את בית המשפט לסטות מן ההסדר הדתי המקובל.⁷³ אדרבא: במקרה זה ירו של האינטרס, שעיקרו הסדר הציבורי התקין ומניעת תקלות חמורות על-ידי טקס פרטי, גוברת על האינטרס הדורש הכרעה במעמדם של אנשים.

אותה נחישות-דעת שאפיינה את בית המשפט האזרחי ביצירת מסלול מקביל של פסולי-חיתון אפיינה אותו בחסימת כל ברירה של יצירת מסלול כזה לגבי פנויי-חיתון. על רקע זה ניתן גם לשבח את ההלכה הדוחה תביעת מזונות של אשה בקידושים פרטיים של פנויי-חיתון.⁷⁴ הלכה זו ממשיכה את הקו שהחליט עליו בג"צ כמדיניות שיפוטית במסגרת סוגיית הקידושים הפרטיים.

גם בסוגיה של נישואי-התערובת פעל בית המשפט על רקע המתלוקת האידיאולוגית, אך נמנע מהכרעה עקרונית. כדי להימנע מהכרעה חותית בנושא רגיש ומרכזי, נוצר מצב

71 שם, בע' 789, מול האותיות ב-ג.

72 לגבי רישומם במרשם האוכלוסין, ראו בג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048; בג"צ 51/69 רודניצקי נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704; בג"צ 275/71 כהן נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד כו(1) 227; בג"צ 29/71 קידר נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד כו(1) 608 (להלן: עניין קידר). לגבי החלת חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, ס"ח 267, על הסכמי ממון הנערכים על-ידם, ראו ע"א 640/82 כהן נ' הי"מ, פ"ד לט(1) 673.

73 הן לגבי מניעת הסעד לצורך מרשם האוכלוסין, ראו עניין שגב, לעיל הערה 61; והן לגבי שלילת הזכות למזונות הנובעת מקידושין אלה, ראו ע"א 32/81 צונן נ' שטל, פ"ד לז(2) 761 (להלן: עניין שטל).

74 עניין שטל, שם.

שאינן בו עדיין כל הכרעה בשאלה אם הנישואים תקפים אם לאו.⁷⁵ ההכרעה עצמה נעקפת. אולם בעת ובעונה אחת נעשים במקביל צעדים שיפוטיים להגיע להסדר מעשי בעניינים ממשיים שונים בדרך עקיפה.⁷⁶

יחד עם זאת, בהקשר אחד נעשתה הכרעה עקרונית. כמו בסוגיות הנוגעות בידועים-בציבור ובקידושים הפרטיים, הכריע בית-המשפט גם בסוגיה של נישואי-התערובת את השאלה העקרונית בעניין תקנת-הציבור. בית-המשפט העדיף את תקנת-הציבור החילונית על זו הדתית כל עוד אין זו האחרונה גוררת אחריה תוצאות משפטיות אופרטיביות. ההגדרה האורחית של תקנת-הציבור היא המושלת בכיפה בבית-המשפט האורחי. על בסיס זה קבע בית-המשפט שעריכת נישואי-תערובת מחוץ לישראל אינה נוגדת את תקנת-הציבור הישראלי.⁷⁷

בעקיפין, משריש איפוא בית-המשפט את האידיאולוגיה החילונית בלי להכריע במישור העקרוני והסימבולי.

לסיכום אמת-מידה זו יפים גם דבריו של נשיא בית-המשפט העליון השופט מאיר שמגר, בעת שדן בעתירתן של נשים שביקשו להתפלל ב"מניין" תוך התעטפות בטלית וקריאה בספר תורה בכותל המערבי. הוא דחה את העתירה באותו שלב, בהציעו לממשלה לשקול מינוי ועדה לבדיקת הנושא לעומקו, כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים:

"בהקשר זה טוב לזכור כי ההתמקדות הבלעדית בפרישת הקושיות והבעיות לפני בית המשפט, אותה 'תרופת פלא' של דורנו, אינה בהכרח פתרון ראוי ותרופה רצויה לכל תחלואינו. טמון בה לא אחת הרצון, כי ייקבע פתרון של כפייה, הנשען על הציווי השיפוטי, מקום בו הניסיון להגיע להבנה ולהידברות בין בעלי הגישות השונות נראה לכאורה קשה יותר. דא עקא, שפתרון של הסכמה וחבנה, מעלתו עולה מתוכן, והרוח שהביאה להסכמה גם שורה על תוצאותיה... על-כן דעתי היא, כי אין להכריע בסוגיה שלפנינו, בשלב הנוכחי, בדרך שבה נחתך סכסוך משפטי מן השורה."⁷⁸

75 אולם אם נערכו הנישואים בחיקה של שיטת משפט זרה בעת היות בני-הווג כפופים לדיון הור, תחול ההלכה בע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ת 141, המכירה בתוקפם של הנישואים גם על נישואי-תערובת, ראו ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד (טו) 399, 403, מול האותיות ג-ד (להלן: עניין שמואל).

76 ראו, למשל, בג"צ 143/62 סונק שלזינגר נ' שר-הפנים, פ"ד יז 225 (להלן: עניין סונק שלזינגר); כמו-כן ראו פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ד) 191-198.

77 עניין סונק שלזינגר, שם, בע' 257.

78 בג"צ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 354 מול האות ז-355 מול האות א, 355 מול האות ז-356 מול האות א. דברים ברוח זו על מגבלות העשייה השיפוטית ראו גם בפסק-דינו בבג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 380, ובעניין רסלר, לעיל הערה 59, בע' 518 ואילך.

6. פתרון מצוקה או סכסוך ולא הכרעות אידיאולוגיות

עד כאן התרכזנו בצורך בהימנעותו של בית-המשפט מהתדיינות בסוגיות שבמרכזן הכרעה אידיאולוגית. עתה נבהן את מעמדו של בית-המשפט בהכרעה כזו. במקרים שההכרעה בסכסוך משולבת בהם בחזית אידיאולוגית, עדיף לבית-המשפט להתרכז בפתרון המצוקה העומדת לפתחו ולהיפגש במידת האפשר במישור התוצאה.

הדו־שיח הנורמטיבי בין יסודות קיומה הנוגדים והמשלימים כאחד של מדינת-ישראל מתקיים מעבר לגבולות של מודל זה או אחר, ועיקרו מתנהל מחוץ לכותלי בית-המשפט. איני סבור שבית-המשפט צריך או יכול להכריע, במפורש ובאופן חזיתי, במחלוקות אידיאולוגיות גם כאשר פסיקתו יונקת מטבע הדברים מאידיאולוגיה זו או אחרת או מתכוונת אליה. בית-המשפט יכול וצריך לקבוע נורמות. בכוח הנורמות לזרז תהליכים העשויים להשפיע על מחלוקות אידיאולוגיות. תרבות של משפט נוצרת על רקע התרבות הכללית ותורמת לה נדבכים משלה.

בית-המשפט דובר בשפת הכוח שהעניקה לו המדינה. מעבר לשפה זו, הוא חייב לארוג לו ציפוי עבה של אמון הציבור. כמסגרת שלטונית המשלבת מומחיות וניטרליות יחסית, נוטה בית-המשפט – במיוחד במדינת-ישראל, וביתר שאת בשני העשורים האחרונים – לפתח, במקביל לשיח המקצועי, גם הנהגה מוסרית ולעצב מתכונת נורמטיבית של הולכה חברתית.⁷⁹ אולם הקשר חייב לעבור דרך המארג הנורמטיבי ולהישאר צמוד לסכסוך מוחשי ולעיתים אף מופשט.

יחד עם זאת, מחלוקת תרבותית או רוחנית, בין בת מאה או מאתיים שנה ובין בת שנות דור או שניים, אינה נפתרת בהבל-פיו של המשפט או בפסקי-דינו של בית-המשפט. אל לנו להשלוח את עצמנו שכוחם של המשפט או של בית-המשפט עומד להם כלפי שאלות קיומיות. התהליכים הינם מורכבים והדרגתיים. הם משלבים חברה, חינוך, דת, מוסר ותרבות.

כך, למשל, נהג בית-המשפט כאשר פירש את פקודת הנישואין והגירושין (רישום) תוך זיקה ישירה לדין הדתי המהותי בענייני נישואין וגירושין, המיושם על-פי חוק שיפוט בתי דין רבניים. בית-המשפט פירש כך את הפקודה כדי למנוע תקלות בדין המהותי ובהתדיינות בבית-הדין הרבני.⁸⁰ הפרשנות האמורה שללה אפשרות של רישום הנישואין בישראל על-ידי רבנים מן הזרמים השונים ביהדות שאינם אורתודוקסיים. גם בסוגיה זו נסב עיקרה של העתירה על המאבק העקרוני. הכרה במעמדם של רבנים מזרמים שאינם אורתודוקסיים היתה עלולה לפגוע בליבו של הסדר הנישואים והגירושין בישראל ואף

79 לביתוח התופעה ראו, בין היתר, מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג); שמיר, לעיל הערה 58; מ' מאוטנר "הסכירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ד) 25; רוזן-צבי, לעיל הערה 60. ראו גם א' ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475.

80 עניין קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, לעיל הערה 34.

לקלוט בדרך עקיפה סוג מסוים של נישואים אזרחיים. תוצאות אלה הן מחוץ לתחום המעורבות השיפוטית. המקרים שהובאו בתת-פרק הקודם יפים גם לכאן ומדגימים היטב את כוונתי.

7. הימנעות מפתיחת חזיתות אידיאולוגיות

ראוי גם שבית-המשפט יימנע, עד כמה שהדבר ניתן, מפתיחת חזיתות אידיאולוגיות מיותרות. פעמים רבות ניתן להשיג תוצאה רצויה גם בלי לקרוא לילד בשמו ובלי לעורר את תמתו של זרם כזה או אחר. כאשר האידיאולוגיה עומדת ברקעה של ההתדיינות השיפוטית, עשויה התוצאה המשפטית האופרטיבית, בין באותו מקרה ובין כתקדים למקרים נוספים, גם אם היא חשובה פחות מאשר ההכרעה האידיאולוגית, להיות מקובלת ומוסכמת יותר ממנה. קבוצות רבות באוכלוסייה מוכנות להשלים עם תוצאה אם לא נפגעה זהותם הרוחנית ואם הסיכוי או החלום לנחול ניצחון במערכה האידיאולוגית בימים יבואו אינו נגזל מהם על-ידי הכרעה שיפוטית.

דוגמה יפה לכך היא שינוי ההלכה בסוגיה של הוספת שם משפחתו של הידוע-בציבור לשם משפחת נעוריה של הידועה-בציבור שלו. בית-המשפט הפך הלכות קודמות וקידם את מעמד הידועים-בציבור לרמה גבוהה יותר, בהעניקו להם את אחד מסמלי הסטטוס של בני-זוג נישואים.⁸¹

עם זאת, כפי שהראנו לעיל, במישור ההצהרתי, תוך עשיית שימוש מושכל ברטוריקה השיפוטית, הבחין בית-המשפט היטב בין הידועים-בציבור לבין הנשואים. במישור העקרוני הקפיד איפוא בית-המשפט לשמור במפורש על ההבחנה האמורה. בעשותו כן, עקף השופט ברק, מפיו ניתן פסק-הדין המרכזי, את המכשול האידיאולוגי אף-על-פי שפסקתו קידמה באופן ממש ואלף סמלי את מעמדו של מוסד הידועים-בציבור.

מול מקרה זה בחרתי להציב מקרה אחר, שגם בו ניתן פסק-הדין המרכזי מפי השופט ברק. בבג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול,⁸² הטיל בית-המשפט על בתי-הדין הרבניים להחיל את המשפט האזרחי בתחומים שאינם מענייני המעמד האישי, ובין היתר את חוקת השיתוף שפיתח בית-המשפט העליון. בעשותו כן, צעד בית-המשפט מספר רב מדי של צעדים, וכתוצאה מכך נפתחה חזית אידיאולוגית מיותרת עם בית-הדין הרבני.

אין ספק בצדקת התוצאה שהגיע אליה בית-המשפט ובהיוגותה. אין גם ספק בתרומה המרכזית של בית-המשפט במקרה זה לעקרונות השוויון בין המינים, לקידום זכויות האשה בבית-הדין הדתי ולהרחבתה של היקף פרישתם של עקרונות-היסוד בכל ערכאות השיפוט בישראל. אולם קביעה בדבר חוסר סמכותו של בית-הדין או ביטול החלטה שלו על סמך פגיעה בעקרונות השוויון או בעקרונות-יסוד אחרים, אף-על-פי שהיא מעוררת בדרך

81 עניין אפרת, לעיל הערה 62.

82 פ"ד מח(2) 221 (להלן: עניין בבלי).

הטבע את ביקורתו של בית־הדין, היא עניין אחד; ואילו הטלת הדין האזרחי (כולל הפסיקה) בתחומים נרחבים על מערכת שיפוט עצמאית יחסית, הפועלת לפי הדין הדתי, מהווה פגיעה בעלת אופי עמוק יותר וברמה אחרת ומקוממת את הציבור הדתי ללא צורך. עם התוצאה האופרטיבית היה בית־הדין הדתי 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.

פעולתו של בית־המשפט הגבוה לצדק בתחומים שונים של דיני המשפחה והמעמד האישי ועמידתו מול בית־הדין הרבני נחשבת כמציאות הישראלית לרע במיעוטו ולהכרח בלייגונה.⁸³ זו גם היתה ההתייחסות לכך במשך השנים; אולם כדי להשיג את התוצאה בעניין בבלי, הן במישור המידי והן במישור התקדימי, היו ועדיין קיימים כמה אמצעים משפטיים פתוחים רדיקליים בהרבה.⁸⁴ בהיותה חורגת מן ההכרח מבחינה רלוונטית – הגנת הצד המקופה, פתרון מצוקות והשגת הצדק – היא עוררה עליה ביקורת קשה ונועמת. גוסף לפתיחת חזית אידיאולוגית, העלולה לפגוע בבית־המשפט על־ידי ביקורת מגורית קשה ונוקבת, נחלשת גם הודהותה של קבוצה רחבה עם בית־המשפט,⁸⁵ מה עוד שההישגים בפועל מסופקים ביותר. אפילו היתה לבית־הדין נכונות לקבל על עצמו את

83 ראו, למשל, בג"צ 73/66 זמולון נ' שר הפנים, פ"ד (4) 645, 660, 668; עניין שבג, לעיל הערה 61, בע' 555, 556-557, 558; ע"א 99/63 פלג וארז נ' הי"מ, פ"ד יז 1122, 1128; עניין שמואל, לעיל הערה 75, בע' 404; עניין קידר, לעיל הערה 72, בע' 613-614.

84 בית־המשפט היה יכול להסתפק בדרך הסלולה של חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א – 1951, ס"ח 248: "יכולתי לסיים בכך את פסק־דיני זה. עם זאת פתרון זה הוא חלקי בלבד סומך הוא על חוק שיווי זכויות האשה" (עניין בבלי, לעיל הערה 82, בע' 243). לדרכים נוספות ראו, למשל, א' רוזן־צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (תשנ"ב) 184, 203-204; ר' הלפרין־קדרי "על בבלי, על לב, ועל פלורליזם משפטי" עיוני משפט (טרם פורסם), חלק שני של המאמר. אין ספק שפתרון עדיף, מבחינת התוצאה ארוכת־הטווח ומבחינת יעילות השגתה, מעוגן בתחום הסמכות. על־פי גישה זו, אין בית־הדין מוסמך לדון בעניינים רכושיים הנכרכים על־ידי התובע בתביעת גירושין, כשל היעדר עילת תביעה וממילא גם כשל היעדר כנות מצד התובע. פתרון זה, המכוון עצמו כלפי התובע, הוא פחות רדיקלי מבחינת מהות התוצאה ואינו פותח שום חזית אידיאולוגית.

גם בעיני הסובייקטיביות של בית־הדין נראה לי שפתרון של סמכות הוא אמצעי קל יותר מאשר הטלת דין חילוני רחב־היקף. קיצוץ סמכות מיצר אומנם את גבולות האוטונומיה של בית־הדין, אך משאיר עדיין את חלקת אלוהים הקטנה, הגם שהיא קטנה יותר. לעומת זאת, הטלת דין חילוני רחב־היקף על בית־הדין, הגם שאינו מזיז את קו הגבול, הריהו, לדעת חוגים דתיים נרחבים, מפורר את האוטונומיה. שמיר, לעיל הערה 55, בע' 15-16.

עול הדין האזרחי, אין לצפות שיהיה מסוגל להתמודד עימו. הן מבחינת הכשרתו, הן מבחינת האתוס המשפטי והן מבחינת המחויבות הדתית, אין בית-הדין יכול לקבל על עצמו את העול של פסיקת בג"צ במקרה זה.

התוצאה היא שהחזית האידיאולוגית 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 התדייגויות, 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.⁸⁶

8. הימנעות מהעדפה אפריורית

איני סבור שקביעה אפריורית של העדפת ערך אחד על אחר כהסדר שיטתי וקבוע הינה נכונה וראויה. היא גם אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה שבבסיסה עומדת הפשרה והחתירה לקונסנזוס. בשל כך מוצדק לומר שתכלית החקיקה אכן חותרת למציאת מכנה משותף וסינתזה בין הערכים.

חוקי-היסוד השתחררו מחבל-הטבור של הכנסת, אך תכלית חקיקתם שרויה עימנו. החקיקה, אשר איגדה את שני הערכים האלה יחד, תכליתה היא להשיג הסדר של פשרה. פשרה מונעת קרע ושומרת מפני פריצת חזית אידיאולוגית. זהו ללא ספק היסוד המוסד של חקיקת-היסוד.⁸⁷ תכלית זו מחייבת אותנו.

אכזבתו של חלק מן הציבור מן הדחיקה הפרשנית, שכבר הספיקה להיות מנת-חלקו של הרכיב היהודי, גוררת אחריה איבודן אמון ותחושת אי-אונים בקרב אותו ציבור. התרגום הפוליטי של אכזבה זו בא לביטוי, בין היתר, בעצירת המשך ההליך של החקיקה התחוקתית. ההתחשבות בפשרה נושאת עימה בראש ובראשונה חובה פרשנית במסגרת ההיוקקות לתכלית החקיקה. אולם היא גם משלכת תבונה חוקתית, שיש בה גם אסטרטגיה וגם טקטיקה, כפי שנראה מיד.

86 הסתייגות נוספת מאופן ההכרעה בעניין בבלי נוגעת בדרך ההתערבות. במקרים רבים, כאשר בג"צ מגיע למסקנה שיש להתערב בפסק-דינו של בית-הדין, עדיף שהחלטתה תצא ממנו. כאשר מוטל על בית-הדין דין חילוני, החזרת התיק אליו אינה מרככת את הפגיעה שהוא סופג מבג"צ, אלא אף מעצימה אותה ומעמידה את בית-הדין במצב בלתי-אפשרי. נוח לו לבית-הדין שידו סלו לא תהיה בדבר, וכי לא יוטל עליו תפקיד שאין הוא מסוגל לעמוד בו. ואכן כך פעל בג"צ בפרשת הקידושים הפרטיים. הוא נטל את התפקיד על עצמו ושחרר את בית-הדין ממשימה בלתי-אפשרית לפי אמונתו ולפי עולם המושגים שלו (עניין קירר, לעיל הערה 72, בע' 613-614).

87 על תולדות הפשרה הפוליטית שהולידה את הנוסחה הגואלת של "מדינה יהודית ודמוקרטית", ראו בפרוטרוט אצל קרפ, לעיל הערה 2, בע' 333-344; על הפשרה ומשמעותה ראו אלון, לעיל הערה 37, בע' 662, 666, וההפניות שם.

גם אם בית המשפט עשוי לנצל את ההסדר החוקתי הקיים כמנוף כללי ולהשלים חלק מן החללים הריקים בדרך של פרשנות חוקתית רחבה,⁸⁸ כתחליף להמשך התנופה החקיקתית של חוקי היסוד מצד המחוקק, אין זה תחליף הולם. לא ניתן להנחיל ערכים חוקתיים ללא קונסנזוס. בצד הסכנה של יצירת עוינות מצד חלקים מן הציבור כלפי חקיקת היסוד האמורה, הפוגעת בהנחלת ערכי החוקה, אין להתעלם גם מן החשש מפני שינוי חוקי היסוד.

אם קביעה הצהרתית בדבר עדיפות נורמטיבית אפריורית נובעת מחשש מפני המעטת דמותה הדמוקרטית של המדינה, אין לו שום בסיס. כבר הצבענו בחלקה הראשון של רשימה זו על עוצמתו ועליונותו של הרכיב הדמוקרטי במשך כל שנות קיומה של המדינה. עדיפותו של הרכיב הדמוקרטי ועליונותו קיימת בפועל במציאות שלנו בכל אחד מן המישורים המרכזיים של דמות המדינה: בעיצוב דמותה השלטונית, בארגון הלכה למעשה של השלטון והמוסדות, ברוב החקיקה הקיימת ובאתוס המרכזי המהווה את המכנה המשותף של כל אזרחיה.

יתר על-כן, עיקר העדיפות הנורמטיבית נובעת ממשקלו של הרכיב הדמוקרטי בחיי המדינה ומהשפעתו הממשית על המשפט במשך השנים ועד היום הזה. ממרכיב זה נגזרו במשך השנים כללים פרטניים וזכויות יסוד לרוב. משום כך אין היסוד הדמוקרטי מאוים, ואין צורך לגמד עוד יותר את הרכיב היהודי על-ידי העמדתו האפריורית והשיטתית בנחיתות מוחלטת ומתמדת.

בכל הסדר יש להביא בחשבון את הפשרה הפוליטית והחברתית שנעשתה בחיבור שני רכיבים אלה לחוקי היסוד. הטיה אפריורית של צמד המושגים "יהודית-דמוקרטית" לכיוון הדמוקרטי, מעבר למה שקיים כבר למעשה בשיטתנו המשפטית, מתעלמת מן התכלית החקיקתית, שיצרה הסדר מורכב ומאוזן של שילוב ושל אחדות של ניגודים. יהיה זה משגה תרבותי טרגי אם גורל "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" יהיה כגורלם של "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" שבחוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, שהושארו על-ידי הפסיקה כקול קורא במדבר.⁸⁹

"זה פתרון המחמיץ הזדמנות חשובה ליצירת מחויבות תרבותית משותפת לייחוד תרבותי-לאומי גם בנושא זה."⁹⁰

משום כך לא רצוי גם להשתמש בנוסחות כמו דרגת הפשטה אוניוורסלית, ההופכת את

88 ברק, לעיל הערה 3, בע' 416 ואילך.

89 ס"ח 163. ראו על כך אצל אלון, לעיל הערה 37, בע' 670-672; א' קירשנבאום "חוק יסודות המשפט - מציאות וציפיות" עיוני משפט יא (תשמ"ה) 117; ל' שלף "בין משפט פלילי לבין משפט עברי - לקראת יסודות משפטיים למורשת ישראל" פלילים ג (תשנ"ג) 102; שמיר, לעיל הערה 55, בע' 15.

90 גביוון, לעיל הערה 4, בע' 677. על תפקידו התרבותי של המשפט העברי בשיח המשפטי הכללי בסוגיות שונות ודרך יישומו בדיני עשיית עושר, ראו ח' דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" (טרם פורסם).

הרכיב היהודי למיותר ומונעת ממנו כל השפעה של ממש. איני סבור גם שיש להגביל את התכנים של יהודיות ודמוקרטיה לעקרונות ולערכים בלבד ולא לפרטי הדינים, למופשט בלבד, ולא לקונקרטי.⁹¹

כמדינה דמוקרטית, שאינה מקבלת את ההלכה כמצע לגיבוש מוסדותיה, עקרונותיה ועיקרי הנורמות החלות בה,⁹² אין לראות את ההפניה אל הערך של מדינת-ישראל כמדינה יהודית כהפניה אל ההלכה. אכן, כעיקרון, תכלית החקיקה היא לקלוט ערכים יהודיים, ולא דווקא, ובוודאי לא כדרך של שגרה, הלכות יהודיות קונקרטיות. המכנה המשותף יימצא במקרים רבים ברמת ההפשטה של העיקרון או של הערך. משקלם של המרכיבים השונים יתבסס על העקרונות.

עם זאת, אין לחזור מאתיים שנה לאחור ולצמצם את היהדות למוסר הנביאים או למדרשי האגדה האוניורסליים בלבד,⁹³ תוך גניזת העולם התרבותי העשיר, תחם והמופלא של המשנה, התלמוד, הפוסקים וים השו"ת.

חוקי-היסוד מפנה אל ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואינו מגביל את האופן שניתן למלא בו בתוכן את היהדות והדמוקרטיה לעקרונות, לערכים ולמופשט בלבד. הדברים אמורים במיוחד לנוכח העובדה, שכבר עמדנו עליה ברשימה זו, כי במהלך שנות קיומה של המדינה נגזרו מן הערך הדמוקרטי לא רק ערכים ועקרונות, אלא גם זכויות וכללים קונקרטיים.

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 כזו או אחרת, העונה על הצרכים של קהילה או חברה בת-זמננו.

איי-אפשר להתעלם מן האפיון המיוחד שיהדות ההלכה צועדת לפיו, לעיתים קרובות, בדרך אינדוקטיבית. רק מן ההלכות הקונקרטיות ניתן לדלות את התוצאה. הפתרון הקונקרטי הוא עצמו הערך העיקרי.

במקרים אחרים ניתן לדלות מן הדינים הקונקרטיים את העיקרון המעמיד אותן או ניצב במרכזן. התפיסה של עולם התורה היא שהערך גלום פעמים רבות במצווה הקונקרטית. משום כך, הקונקרטי מוביל למופשט. כך, למשל, רצף משתנה של גילויים קונקרטיים במהלך הדורות עשוי לגבוע ממחויבות לערכים ולעקרונות בסיסיים זהים, המתווים את ההלכות הפרטניות עם שינויי העיתים. חשיפת העקרונות תלויה בכירור ההסדרים הקונקרטיים. בעניין זה יפה היא עמדתו של ד"ר מעוז ויפות ההדגמות שהוא מביא.⁹⁴

91 ברק, לעיל הערה 3, בע' 330, 342-344.

92 עניין רופאיון, לעיל הערה 12, בע' 2439; בג"צ 400/87 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(2) 729, 736-737; בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד מו(5) 485, 506 (להלן: עניין מיטראל).

93 ראו כן, לעיל הערה 26, בע' 123-139.

94 מעוז, לעיל הערה 39.

9. דרכים חלופיות והערך העודף

פעמים לא־מעטות יימצא, כי מבחינת הרכיב הדמוקרטי, מצויות כמה דרכים חלופיות, שכל אחת מהן עונה על ערכי הדמוקרטיה בדרך זו או אחרת. הדברים אמורים במיוחד אם תהיה פרשנות ההסדר הדמוקרטי צרה יותר, כהמלצתה של פרופסור גביוון. מכל מקום במקרים כאלה, הרכיב היהודי עשוי להיות גורם המכריע בין החלופות השונות. עמדה זו מבטא השופט ברק לצורך בתינת הסוגיה של המתת־חסד, שהיסוד היהודי עשוי להכריע בה בין החלופות האפשריות במדינה דמוקרטית.⁹⁵ גם לדידו של השופט ח' כהן, הגורס שבכל מקרה של סתירה, גובר ידו של הערך הדמוקרטי, וכי רק יהדות הכשרה על־פי ערכי הדמוקרטיה ראויה לבוא בקהל חוקי־היסוד, ייתכנו מצבים שערכים יהודיים יוסיפו בהם נופך או גוון משלהם על הערכים הדמוקרטיים המקבילים. במקרה זה ניתן לאמץ את הגוון המיוחד האמור, שכן, בדרך של ברירה ניתן לגלות אותם ערכים יהודיים שהינם ראויים ורצויים למדינה דמוקרטית.⁹⁶ עמדה זו הוא מדגים בעונש המוות. אפילו יש דמוקרטיות חוקתיות המכירות בעונש כזה, הריהו נוגד את עקרון כבוד האדם, שכן הוא מתנגש בערך היהודי הבסיסי של איסור שפיכות־דמים.⁹⁷ כפי שראינו בחלק הראשון של הרשימה, השופט אלון מרחיק לכת. לדידו, היות הערך היהודי נחוש ובעל משמעות עליונה וערך מרכזי דיו במקרים מסוימים על הערך הדמוקרטי, הוא ביטא את עמדתו, בין היתר, הן לעניין העילות למעצר לפני הרשעה⁹⁸ והן לגבי סוגיית המתת־החסד.⁹⁹ ניתן אפוא למצוא תמיכה לא־מבוטלת בערך העודף (אולי השני) של היסוד היהודי להכריע חלופות אפשריות הגלומות בערך הדמוקרטי.¹⁰⁰

בהקשר זה נבחן בראשי־פרקים ובמשיכות מכהול רחבות גם את סוגיית הפונדקאות. האינטרסים של כבוד האדם מוליכים לכיוונים סותרים: זכות התורות מזה והזכות למנוע ניצול לרעה אפשרי של גוף אשה במצוקה מזה. הערך הדמוקרטי אינו מכריע אם להתיר פונדקאות או לאסור אותה. מדינות דמוקרטיות שונות בחרו בפתרונות שונים. במצב כזה עשוי הערך היהודי, אם יש בו תשובה נחושה, בין שהיא ספציפית ובין שהיא ברמה עקרונית, להכריע את הכף.

כל הסוגיות שהוזכרו לעיל נוגעות בשאלות כלליות, שאינן יוצרות התנגשות קשה בין ערכי הדמוקרטיה לבין ערכים יהודיים, לאומיים או דתיים. סוגיות אלה נפתרו כבר בעבר על בסיס תפיסות עקרוניות רחבות, אך עצם ההיקקות לערכים היהודיים משמשת בסיס להתייחסות עקרונית יותר בדבר תפקידו של הערך היהודי.

תכניה של הדמוקרטיה הליברלית המערבית אינם התכנים היחידים האפשריים.

95 ברק, לעיל הערה 3, בע' 340 - 341.

96 כהן, לעיל הערה 39, בע' 21 - 23.

97 ראו כהן, שם, בע' 26 - 28.

98 ראו למשל עניין סוויסה, לעיל הערה 56.

99 עניין שפר, לעיל הערה 38.

100 ראו כהן, לעיל הערה 39, בע' 28.

ביקורת נמתחת על הערכים הדמוקרטיים הליברליים המתעלמים מן הקהילה או מפחיתים בערכה, המייחסים משקל מועט מדי לזהות הקהילתית, האתנית,¹⁰¹ ולזכויותיה של הקבוצה, והאדישים לתפקיד שממלאת הקהילה בחייו של היחיד ובתרומתה לחברה.

האוטונומיה של קהילות בתוך חברה, תוך איזון עם זכותו של היחיד מזה ואינטרס הציבור בכללותו מזה, היא סוגיה המעסיקה הוגי דעות רבים.¹⁰² הערך היהודי מעניק משקל מיוחד לקהל, לעדה ולקהילה. היוקקות לערך זה עשויה להעמיד איזון 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 הדדית 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.¹⁰³ במסגרת האיזון, הערך היהודי עשוי להגדיל 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.

בכל אחד מן העניינים שהצבענו עליהם, הערך המוסף של המרכיב היהודי עשוי לשמש גם כערך עורף המעניק משקל רב יותר לכלל מסוים.

10. סוגי עניינים וחלוקת תפקידים

בהכרעה על מקומו של כל אחד מן הערכים הבסיסיים בקביעת מעמדן של זכויות היסוד, יש לשקול סוגי עניינים שונים וחלוקת תפקידים בהתאם. דינם של עניינים שונים עשוי להיחתך אחרת בהתאם לאפיון העניין ולשיקולים ההולמים אותו. כך, למשל, ניתן להבחין בין שלושה סוגי עניינים, שמכל אחד מהם מסתעפות סוגיות משנה נוספות:

- (א) סוגיות העוסקות בנושאים כלליים ומוסריים, כגון מעצרים, המתת חסד, עונש מוות, פוגדקות וכיוצא באלה.
- (ב) סוגיות לאומיות, בין במישור הסימבולי, כגון דגל, סמל, הימנון, ובין במישור היישומי-המעשי, כגון אזרחות, הפקעות, גירושים וכיוצא באלה.

101 ראו, בין היתר: W. Kymlicka *Liberalism, Community and Culture* (Oxford, 1991).

102 ראו, בין היתר: M.J. Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge, 1992).

103 על ערכי היהדות והפטרונות ההלכתיים לקידום הסדרי ישר, ראו דגן, לעיל הערה 90. ביקורת חוקי היסוד בשל החסר בהובנות חברתיות והתרומה האפשרית של ערכי היהדות להשלמת החסר, ראו שביד, לעיל הערה 24. ביקורת על אינדיווידואליזם המתעלם מצורכי החברה, ראו, בין היתר: R.M. Unger *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, 1986); D. Kennedy "The Structure of Blackstone's Commentaries" 205 *Buff. L. Rev.* (1979) 28.

(ג) סוגיות הקשורות לענייני הדת והמדינה, כגון כשרות, נישואין וגירושין, שבת וכיוצא באלה.

לא הרי סוגיות כלליות, כמו פונדקאות, המתת-חסד ועונש מוות, כהרי בעיות לאומיות (הפקעות, חוק השבות, שפה¹⁰⁴); ואין דינם של אלה כדינן של בעיות דתיות, כגון, שבת, נישואין וגירושין. בחלוקת התפקידים ניתן להניח שהיסוד היהודי, הן במובן הציוני והן במובן המסורתי, משפיע יותר על ההיבטים הסימבוליים, המשקפים גם את הזהות הלאומית. היסוד הדמוקרטי יוצא ידי חובתו באיוון על בסיס סימטריה.

הדברים אמורים במיוחד לנוכח יצירת מציאות חדשה, העשויה לעשות צדק על בסיס סימטריה של הגדרות עצמיות לאומיות. בנסיבות כאלה, האיוון בתחום הלאומי בין המרכיב היהודי במובן הציוני לבין הדמוקרטיה נעשה נוח יותר. המתח הנוגע ביסודות הסימבוליים, שהם גם בסיס לזהות עצמית לאומית, כגון דגל, סמל, הימנון, קביעת ימי המנוחה הרשמיים, מתרופף על רקע קיומה של ישות נוספת, פלשתינית. הרגישות לקיפוח מיעוטים בסוגיות הנוגעות ביסודות הלאומיים, כגון שבות, שפה, אזרחות, המעוגנת במתח בין היסוד היהודי ליסוד הדמוקרטי, נעשית קלה יותר ליישוב בנסיבות המתוארות. חלק מן המתחים-בכוח מנוטרל בסיטואציה כזו. אין ספק שסימטריה לאומית מעניקה הצדקה מוסרית במישור הפילוסופי-העקרוני,¹⁰⁵ ויוצרת איוון כללי המפרק מתחים מסוימים.

בחלוקת תפקידים זו, מרכזו אחריותו של היסוד הדמוקרטי הוא לעקרון השוויון¹⁰⁶ ולזכויות הפרט של האזרח, באיזונום ההדדי, הפנימי והחיצוני. במסגרת זאת, חייב כל אחד מאלה הנמנים עם המיעוטים, על בסיס אתני או לאומי או דתי או על בסיס מין, וכל אורח אחר כלשהו, ליהנות משוויון זכויות גמור ולקבל סעד בכל מקרה של הפליה או פגיעה אחרת בזכותם האינדיווידואלית. בחלוקת תפקידים זו עשוי היסוד היהודי, המעניק משקל רב יותר לשיקולים הקומוניטריים, הקהילתיים, לתרום למתן אוטונומיה רבה יותר לקהילות, והאיוון עם זכויות היחיד עשוי למצוא את ביטויו, בין היתר, במסגרות קהילתיות מקבילות או במישורים אחרים. במקרים מסוימים עשויה להתבקש העדפת אינטרס יסודי של חיי קהילה על זכותו של יחיד, תוך איוון ביניהם.

104 ע"א 105/92 ראם מהגדרים וקבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189; ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

105 ח' גזו "חוק השכות והפליה מתקנת" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 683.

106 השאלה אם עקרון השוויון מעוגן בחוק-יסודי: כבוד האדם וחירותו שנויה במחלוקת. השופטים ברק, אור, מצא, וח' כהן וגב' י' קרפ משיבים בחיוב. א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 261; ברק, לעיל הערה 3, בע' 423-426; השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה (טרם פורסם); כהן, לעיל הערה 39, בע' 32; השופט מצא בבג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), בפסקות 22, 24 (להלן: עניין שדולת הנשים בישראל); קרפ, לעיל הערה 2, בע' 347 ואילך. לעומת זאת, השופט זמיר בעניין שדולת הנשים בישראל, שם, רואה במסקנה האמורה "דברים מרחיקי לכת" ומשאיר את השאלה לא-פתורה.

המתחים הקשים ביותר וההתנגשויות העזות ביותר שהמדינה ניצבת לפניהם, שהיא ניצבת לפניהם גם בעבר ותתייצב לפניהם כנראה אף בעתיד, הם המתחים הפנים-יהודיים, הנוגעים בשסע שבין הדת למדינה ובין דתיים לחילוניים. טועה מי שסבור, שהערך היהודי, הכלול בסעיף-המטרה, מכשיר באופן גורף כל חקיקה דתית ומתיר אכיפת נורמות דתיות בתחומי חיים שונים. העיקרון שנקבע משכבר הימים, שהסדרם של עניינים דתיים הפוגעים בזכויות-יסוד מחייב הסדר מפורש בחקיקה ראשית,¹⁰⁷ קיבל עתה משנה תוקף לגובה מעמדם החוקתי של חופש הדת והמצפון (כולל החופש מדת) לפי חוקי-היסוד.¹⁰⁸ עם זאת, השילוב בין היסוד היהודי ליסוד הדמוקרטי, דהיינו, בין החופש מדת מזה לבין אופן המימוש של חופש הדת וקביעת צביונה של מדינת-ישראל מזה, מצדיק איוון אינטרסים תוך התחשבות בזכויות כל הצדדים, ויתור הדדי על ההכרעות האידאולוגיות, קביעת הסדרים פרגמטיים על דרך הפשרה ומציאת הפתרון הפוגע פחות. כך, למשל, כמו בעבר, סגירת רחובות בשבת תביא בחשבון אינטרס ממשי של ציבור שומרי תורה ומצוות לניהול תפילה ולמניעת הפרעה ליום המנוחה של הציבור ולצביונו, בלי לכפות אורח חיים דומה על ציבור שאינו מאמין ואינו שומר תורה ומצוות.¹⁰⁹ פגיעה ברגשות כשלעצמה, עקב חילול השבת, תיאסר רק כאשר היא תיעשה על דרך ההתגררות, או כאשר הפגיעה ברורה ומוכחת וניתן למנוע אותה באמצעות חלופה פשוטה, זולה, נעדרת נוק משמעותי לציבור החילוני, ולהביא בכך לידי פשרה בין הצדדים הניצים על דרך של איוון, בלי לפגוע ברגשותיו של ציבור מחללי השבת.¹¹⁰ משום כך, סירוב להעניק רשיון להנות למכירת בשר חזיר או לפתיחת בית-קולנוע בשבת בלב שכונה המאוכלסת רובה ככולה באנשים דתיים, כאשר קיימת חלופה סבירה, מאן נכון בין אינטרסים שונים של יחידים וכן של אלה מול קהילה מסוימת.¹¹¹ כאן, היסוד

107 כג"צ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ"ד ח 1524, 1531-1532; כג"צ 72/55 פריידי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד י 734, 751-752; כג"צ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים, פ"ד י 40, 47; עניין מיטראל, לעיל הערה 92, בע' 497-498.

108 השופט ברק סבור שחופש הדת והחופש מדת כלולים בכבוד האדם וחירותו, ראו ברק, לעיל הערה 3, בע' 225-226, 430. כג"צ 3261/93 מגינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282. כך סבור גם השופט ח' כהן, לעיל הערה 39, בע' 21, 39. לדידו, כל כפייה דתית היא פגיעה בכבוד האדם, באוטונומיה של רצונו.

109 על סיטואציה דומה, שאושרה בה סגירת רחוב מרכזי, העובר בלב שכונה המאוכלסת ברובה באנשים דתיים, לתנועת כל-ידי-כב בשבת, ועל איוון האינטרסים בהקשר זה, ראו כג"צ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב, פ"ד לב(2) 160; כג"צ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טו 2665.

110 על גבולות ההתחשבות בפגיעה ברגשות דתיים, ראו עניין מיטראל, לעיל הערה 92. דיון בסוגיה זו, ראו א' כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 289.

111 עניין מיטראל, שם, בע' 508.

הדמוקרטי עצמו די בו להצדיק את התוצאה, על אחת כמה וכמה כאשר מצרפים גם את היסוד היהודי.

דוגמות אלה מבוססות על פסיקה קודמת. פסיקה זו לא היתה משתנה לאור חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם יסוד האיוון על דרך הפשרה צריך שיתחזק בעקבות השילוב בין הערכים היהודיים והדמוקרטיים. באיוון שיערך, יש להעמיד מול החופש מדת את חופש הדת של היהודי הדתי. במובן זה, האיוון הוא בין אינטרסים שונים בתוך המסגרת הדמוקרטית, ואין הערך היהודי נכנס לתמונה.

אולם במקרים שמול הפגיעה בחופש מדת עומדים במרכז הוירה הפגיעה ברגשות או בחינת צביונה של המדינה, רק ייחוס משקל גדול יותר לערך היהודי באיוון עם הערך הדמוקרטי יכול להצדיק את הפגיעה בחופש מדת. כך, למשל, מעניין לציין שלמרות התפקיד המינורי שמייחס ברק לערך היהודי באיוון האינטרסים ("דרגת הפשטה אוניברסלית"), הוא מעניק לערך זה, במובנו ההלכתי, משקל רב במסגרת הסדר ענייני הנישואין והגירושין על-פי דין תורה. לדידו –

"חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953... משתתף אף הוא בעיצוב ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ויש לו השפעה על זכויות האדם. הוא ביטוי לאופיה היהודי-הלכתי של המדינה."¹¹²

לנוכח הפרשנות המינורית שהשופט ברק מייחס לערך היהודי, יש בדברים האלה מסקנה מרחיקת-לכת. אם דינים אלה הם ביטוי ליהודיותה של המדינה, עקב משקלם המיוחד בגיבוש צביונה היהודי של המדינה, במשמעות המיוחדת לה על-ידי ההלכה, ניתן להסיק שאפילו ללא סעיף שמירת הדינים, יעבור הסדר זה את מבחנו של סעיף ההגבלה, דהיינו, את האיוון החיצוני.¹¹³ בהקשר של סוגיה זו טוענת פרופסור גביוון, כי השופט ברק צעד ככרת דרך ארוכה יותר משגדרש ממנו. צר מדי בכיוון אחד ורחב מדי בכיוון אחר.

אני כשלעצמי הייתי מעניק לערך היהודי משקל רב יותר בקביעת האיוון במצבים שהזכות לחופש מדת היא בעלת משקל עקרוני בהם, אך הפגיעה בה קטנה (דהיינו, משקלו של הערך הדמוקרטי ברמה בינונית), ולעומת זאת, משקל הערך היהודי, במובן של צביון ופגיעה ברגשות, הינו גדול יותר.

כך, למשל, אני סבור שהיה ניתן לקיים את החלטת הממשלה בעניין מיטראל.¹¹⁴ כאן חזרה בה הממשלה מן ההחלטה להפריט את שוק הבשר הקפוא המיובא. שיקוליה המרכזיים

112 ברק, לעיל הערה 3, בע' 331, 332.

113 לעומת זאת, ייתכן שהשופט ברק יוצא מנקודת-מוצא פוזיטיביסטית של קיום החוק. לפיכך, כוונת דבריו היא לשרטט את ההיקף של תוכני הערך יהודי כלי לקבוע עדיין את אופן האיוון בינו לבין הערך הדמוקרטי, שהיה נדרש רק אילו היה סעיף שמירת הדינים נשמש מחוקי-יסוד.

114 עניין מיטראל, לעיל הערה 92.

היו הפגיעה ברגשות הדתיים, מצד אחד, והשיקול הקואליציוני של היענות לדרישת המפלגות הדתיות, מצד אחר. במקרה זה לא היתה הפליה בחלוקת רשיונות יבוא עקב שיקולים דתיים, כפי שהתגלה במקרה קודם. לא היה מדובר גם בפגיעה באורח החיים של האזרח. התלטת הממשלה לא אסרה אכילת בשר שאינו כשר ולא מנעה את אפשרות השגתו. בנסיבות אלה היתה לממשלה זכות להמשיך לשמור על הסטטוס קוו של קיום מונופול ממשלתי על יבוא הבשר, תוך הקפדה על יבוא בשר כשר בלבד.

העובדה שהחלטה קודמת של הממשלה קבעה שאין הצדקה למנוע את ההפרטה אינה מעניקה לפרט זכות קנויה לייבא בשר, ואין בביטול ההחלטה החדשה, הנוגדת, משום הגנה על החופש שלו מדת. גם שיקולים של פגיעה ברגשות דתיים וגם שיקולים קואליציוניים יכולים להניע את הממשלה לשנות את המדיניות על הפרטת הבשר כאשר אין עומדת מולה זכות חוקה של הפרט. זו משמעותה של פשרה פוליטית ושל שמירה על צביון יהודי בעיני קבוצות מסוימות. חופש הדת של העותר לא נפגע עקב כך. אשר לחופש העיסוק שלו, היעדר זכות קנויה הוא תשובה מספקת לטענה זו. בנסיבות אלה היה מקום להעניק לנימוקי הדחייה משקל עודף בשל הערך היהודי, שהיה מספיק לצורך דחיית העתירה.

ביקורת דומה היא מנת-חלקו של בג"צ 5009/94 מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל,¹¹⁵ שהתקבלה בו עתירת העותרת נגד הרבנות הראשית, שסירבה להעניק לה תעודת הכשר לשם יבוא בשר כשר בשל היותה יבואנית גדולה של חלקי בשר טריפה, שלא ניתן לסמוך על מהימנותה בשל כך, וגם בשל המאבק העקרוני שהיא מנהלת על זכותה לייבא בשר לא-כשר.

אף-על-פי שהמשיבים רשאים לבסס את נימוקיהם על טעמי כשרות בלבד, היה די, לדעתנו, בחוסר המהימנות של העותרת מבהינת שמירת דיני הכשרות לדחות את העתירה. בהעניקה תעודת הכשר, יוצרת הרבנות הראשית מצג של מהימנות כלפי הציבור הנוקק להכשר. אם תאבד לה מהימנותה, לא יסמוך הציבור על הכשריה. התחשבות בשיקול זה הינה רלוונטית במסגרת סמכותה של הרבנות להעניק תעודות הכשר.

נכון אומנם שבניגוד למקרה הקודם, נפגע כאן חופש העיסוק של העותרת, ובנסיבות המקרה נטען שהיה ניתן להבטיח את ההשגחה על הכשרות. אולם הספק בדבר מהימנותה של העותרת מזה והצורך בשמירת מהימנותו של הגוף המעניק את הרשיון מזה הצדיקו את ההימנעות מהתערבות בהחלטת המשיבה. גם בדוגמה זו היה צריך להביא בחשבון את התפקיד שממלא כאן היסוד היהודי, בקביעת משמעותה של תעודת הכשר מבהינת הלכתית ומבהינת מעמדו של הגוף המעניק את ההכשרים, ולהעניק לו משקל גדול יותר באיזון האינטרסים.

השופט ח' כהן סבור שבכל אחד מן המקרים צריך להתקיים האיזון הכפול. איזון זה הוא נקודתי ופרטני לכל מקרה ומקרה לעצמו.¹¹⁶ דעתי היא שאכן כך הדבר בחלק-הארי של המקרים, אך אין זה כלל בל יעבור. לעיתים אין להסתפק באיזון נקודתי של המערכת

115 טרם פורסם.

116 כהן, לעיל הערה 39, בע' 18, 21, 24.

הפרטנית הנמצאת לפני בית המשפט במקרה הנתון, אלא לבחון גם את התמונה הכוללת של המשפט הישראלי, כחלק בלתי-נפרד מן האיוון בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל. בדיון בסוגיות השונות יש לבחון מצבים שונים ולשקול העדפת רכיב זה או אחר לפי איוון המבוסס, במקרים מתאימים, גם על חלוקת תפקידים מסוימת. איוון יכול שיתקיים תוך ויתור הרדי בנקודות מסוימות, כאשר התמונה כולה היא שתיצור את השיתוף בין שני הערכים: היהודי והדמוקרטי. השאלה מה יכריע הסדר נקודתי זה או אחר תלויה במשקלם היחסי של כל אחד מן הרכיבים האמורים ובנתישותם בהסדר הספציפי מזה ובאופיו של העניין ובאפיונו במסגרת התרבות הכוללת של המשפט בישראל והתפקיד שהוא ממלא באותו הקשר מזה.

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. החתימה לפשרה היא תכלית החקיקה של סעיף-המטרה, המונה את שני היסודות וכוללם יחד. והרי מקובלנו שערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינם רק בסיס לבחינת האיוון הפנימי, אלא גם אמת-מידה במסגרת האיוון החיצוני.¹¹⁷ במובן זה, האיוון צריך להיות לא רק פרטני, אלא גם גלובלי וכללי; הקשרי, ולא נקודתי; איוון של פשרה, ולא של גזירה. הדוגמה של איוון על בסיס של סימטריה במתח שבין היסוד היהודי במובן הלאומי לבין היסוד הדמוקרטי מדגימה כיצד פועל האיוון הגלובלי, ההקשרי. אין להפריז באיוון מסוג זה ולהקריב את הפרט על מזבח איוון כולל; אולם לעיתים, איוון כזה הוא חלק מן האיוון החיצוני שמוצדק בו שאינטרס הציבור יעמוד מול אינטרס הפרט.

11. פגישה במישור התוצאה

פגישה במישור התוצאה היא עקיפה של הבעיה האידיאולוגית והשגת תוצאה שיהודי ודמוקרטי יכולים להשלים עימה. לעיתים, התוצאה נקנית במחיר הנמקה או טכניקה משפטית שרוב הציבור אינו מוכן להשלים עימה. כך, למשל, השגת תוצאה המקילה התרת קשר נישואין רצויה לרוב הציבור. אולם אם תוצאה זו מושגת על-ידי בית-הדין הרבני באמצעות פסילת עדים בשל היותם מחללי שבת, למשל, אין דעת הציבור נוחה מכך. פסילת רוב הציבור מלשמש כעדים אינה מתקבלת על הדעת במדינה דמוקרטית. פגישה במישור התוצאה מטרתה ליצור אצל כל אחד מן הצדדים תחושה של לגיטימציה, ולהימנע מתחושה של ניצחון או הפסד במישור האידיאולוגי או העקרוני. משום כך קל יותר להגיע אליה. הפרגמטיות היא זירה נוחה יותר להיפגש בה מאשר האידיאולוגיה. וכבר הבאנו בפרקים הקודמים שורה של דוגמות שהינן יפות גם לפרק זה. אני מעלה עניין זה במיוחד משום שהוא מלמד כי נקודת הפגישה בין יהודית לדמוקרטית אינה חייבת להיות דווקא ברמת הפשטה גבוהה. לעיתים ניתן למצוא נקודת מפגש דווקא במישור הפרגמטי של התוצאה, ולא של העיקרון. היתרון של מפגש ברמה כזו

117 ברק, לעיל הערה 3, בע' 384.

ברור. אנו חותרים לכך ששני המרכיבים יוליכו לאותה תוצאה גם כאשר המחלוקת העקרונית ברמות הפשטה נמוכות נשארת בעינה.

ה. סיכום

מקובל בדרך-כלל שהכנסת, כגוף פוליטי המייצג את הציבור על כל שכבותיו, עדותיו ופולגיו, וכגוף מחוקק, המאגד אינטרסים שונים וכפוף ללחצים מכל עבר, פועל בדרך של פשרה. לעומת זאת, בית-המשפט, כגוף מקצועי, ניטרלי, המייצג את שלטון-החוק ואת הדין, תפקידו להכריע בסכסוך על דרך של החלטה לכאן או לכאן.

בתחומים החברתיים הרגישים ביותר בישראל אין חלוקת תפקידים זו מתקיימת באופן הקלטי, שמדעי המדינה אוהבים להציג לנו. עקב לחצים פוליטיים, הנובעים מן המבנה השלטוני בישראל, מן ההרכב המפלגתי וממעמדן של המפלגות הדתיות כלשון-מאזניים בכנסת, גמנעת הכנסת זה כשלושה עשורים מחקיקה בנושאים דתיים. הסטטוס קוו מונע ממנה הסדר שיטתי של תחום הגישואין והגירושין, שינוי תחומי הסמכות של בתי-המשפט ובתי-הדין והתאמת החקיקה בענייני דת לצרכים המשתנים והמתחדשים.

חללים ריקים נוטים להתמלא. את מקומה של הכנסת כיסוד המפשר נטל בתחומים שפירטנו בית-המשפט. הוא ממלא תפקיד של סגירת פערים בין האידאולוגיה הרווחת וההתנהגות הזוכה בלגיטימציה חברתית מזה לבין הנורמות המשפטיות מזה. במסגרת זאת פעל בית-המשפט באופן שהניב תוצאות שאיזנו במשך השנים את המתח שבין היסוד היהודי לבין המרכיב הדמוקרטי על-פי תפיסת חלק ניכר מבני החברה.

כאשר הכנסת מתוקקת חקיקה בעלת אופי דתי הפוגעת בתפיסה הדמוקרטית הרווחת אצל חלק ניכר מן הציבור, בית-המשפט מוצא לעיתים דרכי מילוט עקיפות הממתקות את התוצאות בלי לפגוע בלב ההסדרים שנקבעו, ובמקרים רבים גם בלי להכריע במחלוקת האידאולוגית. אכן, בתחילה לא נעשו הדברים מתוך כוונת מכוון ובאופן שיטתי, אולם ברבות הימים נוצרה מערכת שלמה של הלכות, הן בתחום דיני המשפחה והמעמד האישי והן בתחומים של חקיקה דתית אחרת, שיצרה איוון מסוים בין מה שנוהגים לכנות החקיקה היהודית לבין החברה הדבקה בדמוקרטיה הליברלית.¹¹⁸

פסקי-דין אלה נתקלו לא פעם בביקורת נוקבת מצד הציבור הדתי וגבו מחיר באופן מעורבותו של בית-המשפט, בחוסר שיטתיות, בחוסר ודאות ולעיתים בריבוי התדיינות וכיוצא באלה. יחד עם זאת, תפקידו של בית-המשפט העליון בישראל כגורם מפשר (בין הדין לבין הציבור ובין דין הספר לבין דין החיים) במערכת הרגישה היא תופעה מיוחדת במינה, שהיתה בבחינת הכרח בל יגונה. המחוקק סמך את ידו על פעילותו של בית-

118 על תהליך זה בסוגיות דיני משפחה, ראו רוזנצבי, לעיל הערה 26. על תהליך זה בסוגיות שונות של דת ומדינה, ראו: A. Rosen-Zvi "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Max-Planck-Institut, 1986) 213.

המשפט ונהנה מכך שהוא הוציא לו פעמים רבות את הערמונים מן האש. פעמים התקיים שיתוף-פעולה בין הרשויות השונות כדי להשיג תוצאה רצויה באמצעות עקיפת ההסדרים הנורמטיביים הקבועים בספר. הרשות המינהלית שיתפה-פעולה עם הציבור. כך, למשל, לגבי אי-אכיפת איסורים הנוגעים במכירת בשר חזיר. במקרים מסוימים נמנע בית-המשפט מלהתערב, ובכך נתן גושפנקא, אם לא לגיטימציה, לכרסום בסטטוס קוו. כך, למשל, לגבי פתיחת בתי-שעשועים בשבת.

השניות המתבטאת בצמד הכרוך יחד: "מדינה יהודית ודמוקרטית" מעמידה את החברה הישראלית לפני אתגר מיוחד במינו. על הציבור החילוני להיאבק על הבנת היהדות ועל שורשיו היהודיים. על הציבור הדתי להטמיע את ערכי הדמוקרטיה ולשאוף לסגל אותם לעצמו מתוך אהבה, ולא רק מתוך נוחיות או באופן אינסטרומנטלי. לבית-המשפט תפקיד חשוב במשימה האמורה. הניסיון מלמד שהוא ייקרא להכריע בסכסוכים חדשות לבקרים, גם בעניינים שאינם הולמים בדרך-כלל הכרעה שיפוטית. בתבונתו ובחוכמתו, עליו להמשיך לשמש הגורם המתווך בין המושגים בעת שהכרעה משפטית מוטלת לפניו. אם ימשיך, בזהירות רבה, את התפקיד של סגירת פערים, אך יחד עם זאת יניח לחברה לפרק את המתחים בדרך הדרגתית, מתוך שיח עקשני, ובלי לפתוח חזיתות אידיאולוגיות, הוא ימלא תפקיד חיוני בתהליך התבגרותה של החברה הישראלית.
