

בפרט ובכלל

• על יהדות, ריבונות וזכויות אדם •

גיליון 1 | דצמבר 2015 • טבת תשע"ו

עורכים

חנוך דגן | שחר ליכשיץ | ידידיה צ' שטרן



איילת הופמן ליבזון • עדיאל זימרון • גתית לוי כץ • תומר שדמי
שי שטרן • יוסף שרעבי



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

בפרט ובכלל

על יהדות, ריבונות וזכויות אדם

גיליון 1 | דצמבר 2015 • טבת תשע"ו

עורכים

חנוך דגן | שחר ליפשיץ | ידידיה צ' שטרן

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף מחקר ופעולה עצמאי ובלתי מפלגתי שתכלית קיומו היא חיזוק הדמוקרטיה בישראל. פעילותו מתמקדת בשלושה תחומים: ערכים ומשטר – ביסוס התשתית הערכית והמוסדית של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית ודמוקרטית; ממשל וכלכלה – שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק; חברה – טיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

כתב העת בפרט ובכלל: על יהדות, ריבונות וזכויות אדם רואה אור במסגרת התכנית לזכויות אדם והיהדות בראשות הפרופסורים חנוך דגן, שחר ליפשיץ וידידיה שטרן. התכנית בוחנת את מערכת היחסים הקיימת, והאפשרית, בין היהדות על שלל מופעיה - לאום, דת ותרבות – ובין תורת זכויות האדם. היא פועלת לחשיפת נקודות המתח וההשקה האפשריות בין השתיים ומציעה דרכים להעשרת השיח בין העולמות האינטלקטואליים, החווייתיים והראליים שהן מייצגות.

כרך זה רואה אור הודות לתרומתן הנדיבה של קרן משפחת רודרמן ושל קרן אנונימית הפועלת בישראל.

Judaism, Sovereignty and Human Rights, Vol. 1

Edited by Hanoach Dagan, Shahar Lifshitz, and Yedidia Z. Stern

עריכת הטקסט: יהושע גרינברג

עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו דוב אברמסון

סדר: בניצי בינדר

הדפסה: דפוס איילון

התצלום על העטיפה: Hemo Kerem, Flickr.com

מסת"ב 978-965-519-179-0 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ד), תשע"ו

נדפס בישראל, 2015

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסק 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 5300888-02

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: <http://tinyurl.com/idi-store>

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 5300800-02; פקס: 5300867-02

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

בפרט ובכלל

על יהדות, ריבונות וזכויות אדם

גיליון 1 | דצמבר 2015 • טבת תשע"ו

דבר העורכים	7
חנוך דגן, שחר ליפשיץ, ידידיה צ' שטרן	
תקצירי המאמרים	9
העורכים והמחברים	14
ערך החיים בין סמכות לאוטונומיה	17
עיון בסוגיה תלמודית איילת הופמן ליבזון	
"מותר האדם מן הבהמה"	41
הומניזם ימי-ביניים במשנת יצחק אבן לטיף עדיאל זימרן	
לאומיות יהודית, ציונות ומקומה של ישראל במחשבה ובזהות היהודית האמריקאית על פי הרומן "איגוד השוטרים היידיים" מאת מייקל שייבון	77
גתית לוי פז	
החובה כקופסה השחורה של שיח הזכויות	126
או: כיצד יכולים בובר ולוינס לסייע בהתאמת שיח זכויות האדם למאה העשרים ואחת תומר שדמי	
מדינת "כל קהילותיה"?	175
הצעה לשינוי מערכת היחסים בין מדינת ישראל לקהילה החרדית שי שטרן	
בְּצֵלוֹ שֶׁל בִּג"ץ	211
זכויות אדם בבתי הדין הרבניים יוסף שרעבי	
From the Editors	iii
Abstracts	v
Editors and Authors	xi

דבר העורכים

למדינת ישראל תעודת זהות כפולה: היא חברה במשפחת האומות הדמוקרטיות, שתרבותן ליברלית ומערבית, ובה בעת היא מדינה יחידה במינה, מדינת הלאום של העם היהודי. השפעתם של שני ההיבטים האלה – האוניברסלי והפרטיקולרי – ניכרת היטב במרחב הציבורי הישראלי על כל רבדיו: החברתי, החינוכי, התרבותי, התקשורתי, הפוליטי והמשפטי. כל אחד ממוקדי הזהות, בפני עצמו, הוא בעל כוח משיכה ויכולת שכנוע משמעותיים לרבים מאזרחי המדינה. לקיום האליפטי, בצלם של שני המוקדים, אקלים של שניות תרבותית, שהוא מאפיין היסוד של החיים הלאומיים של היהודים בדורנו. השניות שבין תרבות המערב לתרבות היהודית המסורתית באה לידי ביטוי, למשל, בהגדרתה החוקתית של המדינה כ"מדינה יהודית ודמוקרטית". התקבלותה הרחבה של הגדרה זו בשיח הישראלי מלמדת שהיא קולעת לתחושות הרוב הגדול של אזרחי ישראל היהודים. לדידם, לריבונות הישראלית מחויבות כפולה לשני מוקדי הזהות.

לשניות התרבותית פוטנציאל מורכב: יתרונה הוא שהיא מאפשרת גיוון של מקורות התרבות כך שפרטים וקהילות יכולים לבנות את זהותם מתוך הדיאלוג שבין שני המקורות. הגיוון גם עשוי להנביט צמיחה והתפתחות של כל אחת מן התרבויות מתוך האתגר שמציבה לה התרבות האחרת. ואולם, למעשה, המתבונן בחברה הישראלית, כאן ועכשיו, איננו מרגיש את הפנים השוחקות שבגיוון, אלא את הקושי והמתח שבתחרות בין שתי ההצעות התרבותיות. סוכני ההשפעה של שתי התרבויות מעדיפים להציג אותן כחלופות זהות צרות זו לזו, הנערכות לקראת מלחמת תרבות. העימות מתחולל בחזית רחבה – השפעה רעיונית, כוח פוליטי, תקציבי ממשלה, וכיוצא באלה. המערכה נמשכת,

באופנים ובדגשים מתחלפים, מאז תחילת המהפכה הציונית, אבל בדור שלנו, מתברר, היא החריפה ביתר שאת, עם המעבר של המדינה מדמוקרטיה הסדרית לדמוקרטיה משברית.

לנוכח מציאות זו כתב העת **בפרט ובכלל**: על יהדות, ריבונות וזכויות אדם מבקש לבסס זירת דיון מחקרית שתתמקד במפגש שבין ההיבטים המיוחדים ליהדות על שלל מופעה – לאום, דת ותרבות – לבין ההיבטים האוניברסליים של התרבות הליברלית, שביטויים העיקרי הוא המחויבות לזכויות אדם. כפי שמרמזו שמו של כתב העת, אנו מעוניינים במפגש האמור הן ברמת הפרט – שהוא נושא זכויות האדם, הן ברמת הכלל – מדינת הלאום היהודית-דמוקרטית.

יש להודות כי חלק לא מבוטל מקרב הציבור בישראל קורא את מגילת זכויות האדם בעין חשדנית. הזכויות הללו נתפסות לעתים קרובות מדי כ"אחר", דהיינו ביטוי של תרבות זרה המאיימת על יהדותה של המדינה. אנו סבורים כי נדרשת בחינה ביקורתית של תפיסה זו, וראוי שהיא תיעשה מפרספקטיבה בינתחומית רחבה. תקוותנו היא שמעל דפי כתב העת יסורטטו אפשרויות רבות למהלך כפול כיוון: מצד אחד – בירור יחסה של היהדות לזכויות היסוד הליברליות; ומנגד – בחינה של הזכויות והחובות הייחודיות שמציע עולמה של היהדות ומידת הרלוונטיות שלהן לדורנו – גם לפרטים וגם לכלל – שהוא מדינת הלאום היהודית והדמוקרטית.

בפרט ובכלל הוא בראש ובראשונה כתב עת של החוקרים הצעירים בוגרי התכנית "יהדות וזכויות אדם" במכון הישראלי לדמוקרטיה, שהתחומים מטה עומדים בראשה. מדובר בתלמידים לתואר שלישי, מכל האוניברסיטאות בישראל ומגוון ענפי ידע, שיחלקו עם הקוראים את פרי עמלם האקדמי בתחום התמחותם. אופיו של כתב העת הוא אפוא רב-תחומי ובינתחומי, והחיבורים שיפורסמו בו הם יצירות בתולין של חוקרים מעולים בתחילת דרכם באקדמיה הישראלית.

בעיני רוחנו אנו רואים כתב עת שמצליח לבסס את העיסוק במפגש שבין יהדות, ריבונות וזכויות אדם כתחום ידע עמוק ורבגוני. נעשה כל שביכולתנו שהוא יצמיח רעיונות ומחשבות מקוריים שיעשירו את הדורות הבאים של יהודים ואת המפעל היהודי החשוב ביותר בדורנו – מדינת ישראל.

פרופ' ידידיה צ' שטרן

פרופ' שחר ליפשיץ

פרופ' חנוך דגן

תקצירי המאמרים

ערך החיים בין סמכות לאוטונומיה עיון בסוגיה תלמודית

איילת הופמן ליבזון

מאמר זה עוסק במתח השורר בספרות חז"ל בין סמכות משפטית, מומחיות רפואית ואוטונומיה של הפרט. העימות בין סמכות ומומחיות לאוטונומיה מגיע לשיאו כאשר הוא נוגע לגופו של הפרט. המאמר בוחן את הביטוי לכך בסוגיה אחת מן התלמוד הבבלי העוסקת בפרשנות המוענקת לחוויות כאב וחולי. סוגיה זו עוסקת באיסור על אכילה ושתיה ביום הכיפורים ודנה בשאלת מעמדו של חולה שנכנס לגדר סכנה עקב הצום, שהוא מצד אחד החובה הדתית המרכזית של היום ומצד שני אמצעי הכפרה המרכזי של האדם. הסוגיה חושפת עמדות שונות ומנוגדות בנוגע לשאלה בידי מי הסמכות להגדיר את צורכי החולה כחמורים דיים כדי להפר איסור הלכתי מרכזי. בהלכה התנאית ניכרת האדרת סמכותם של מומחים, ואילו בתלמודים מוצגות שתי תפיסות שונות: האחת מתמקדת בעליונות של ערך החיים; על פי השנייה, לעומת זאת, ידיעת הפרט את גופו, את צרכיו ואת רצונותיו הפיזיים והמנטליים היא שצריכה לכוון את החלטותיו בנוגע לחייו שלו. המאמר ממשיך ועוקב אחר המתח בין העמדות השונות בהתפתחותה של ההלכה הבת־תלמודית ובוחר בתוך כך את השלכות הדיון התלמודי על שאלות של מסירת הנפש מתוך חסידות וכפיית החולה לקבל טיפול רפואי.

"מותר האדם מן הבהמה" הומניזם ימי-ביניים במשנת יצחק אבן לטיף

עדיאל זימרן

בניגוד להומניזם המודרני, המכוון למכנה המשותף הרחב ביותר של כל בני האדם, ההומניזם הימי-ביניים מסמן את היעד האחרון שאליו צריכים בני האדם לשאוף ומלמד כיצד תפסו הוגים בימי הביניים את סגולתו של האדם השלם. את ההומניזם האריסטוטלי, התולה את ייחודיותו של האדם בתבונות, אימצו הוגים רבים בימי הביניים, ובראשם הרמב"ם.

מאמר זה מציג חלופה ימי-ביניימית להומניזם האריסטוטלי העולה מכתביו של יצחק אבן לטיף. לשם כך מוצגת תורת הנפש של אבן לטיף כפי שהיא מופיעה בספרו "שער השמים" ובבסיסה ההנחה שהאדם השלם הוא יצור אוטונומי בעל רצון ובחירה, הקובע חוק לעצמו ונבדל בכך מממלכת החי והצומח. המאמר מנתח את תורת הנפש וההשכלה בהגותו של אבן לטיף, וביתר פירוט את מעמדו של השכל הקנוי ואת כוחותיה של הנפש הנבואית. לדעת אבן לטיף, בעוד שלוש הנפשות – הצומחת, החיה והמדברת – פועלות באופן רציונלי לתכלית טבעית, הנפש הנבואית והשכל הקנוי פועלים לתכלית שאינה טבעית, היא עשיית הטוב. אבן לטיף סבור כי העובדה שבעולם הטבעי אפשר לזהות פעולות אנושיות הסותרות את תכלית הטבע, ואפילו מציבות את הפועל בסכנה, מלמדת שלאדם מנגנון פעולה נוסף, שאינו מוכתב על ידי התכלית הטבעית. בכך נבדל האדם מן הבהמה.

לאומיות יהודית, ציונות ומקומה של ישראל במחשבה ובזהות היהודית האמריקאית על כי הרומן "איגוד השוטרים היידיים" מאת מייקל שייבון

גתית לוי כץ

במהלך המאה התשע עשרה ובתחילת המאה העשרים הפכה השאלה הלאומית לנדבך מרכזי בשיח הזהות היהודית. עם זאת, בשיח היהודי לדורותיו בולטים גם קולות שעיקרם ביקורת והתנגדות לכל היבט יהודי לאומי או ארצי, והם מוסיפים ללוות את ההגות היהודית הלאומית גם כיום, למרות ולצד קיומה של מדינת ישראל. היבט מרכזי בשיח הלאומי היהודי בימינו קשור ליחסים בין יהודי התפוצות למדינת ישראל, ובעיקר מערכת היחסים בין היהודים האמריקאים, היושבים במרכז היהודי הגדול והחזק בתפוצות, לבין אחיהם הישראלים.

מאמר זה בוחן את שיח הזהות היהודית הלאומית שמעלה הרומן "איגוד השוטרים היידיים" מאת הסופר היהודי האמריקאי הצעיר מייקל שייבון. נבחנות בו מחשבותיו ועמדותיו של שייבון כפי שהן עולות מן הרומן בנושא הלאומי היהודי, ובהמשך לכך נבדק יחסם של יהודים אמריקאים לציונות בכלל ולמדינת ישראל בפרט. הבחינה המעמיקה מעלה כי המתחים המרכזיים של השיח הלאומי היהודי לדורותיו נוכחים ברומן, המדגיש בעיקר את האמביוולנטיות ואת המורכבות הקיימת היום במחשבה היהודית האמריקאית על ישראל. אמביוולנטיות ומורכבות זו, שמבקרי ספרות רבים לא עמדו עליה בקובעם שהרומן אנטי-ציוני ואף אנטי-יהודי, חשובה גם לשיח הסוציולוגי על סוגיית יחסם של צעירים יהודים אמריקאים לישראל היום. השיח שהרומן מעורר מדגיש היבטים סמויים מן העין בשיח הסוציולוגי או, לכל הפחות, מדגיש היבטים נוספים שחשוב וראוי להעלותם בכל דיון על יחסם של יהודי ארצות הברית לציונות ולמדינת ישראל. מדובר באותו טון אמביוולנטי שעולה מן הרומן כלפי מדינת ישראל והציונות ובאותה הדגשה של המורכבות העמוקה הקיימת במחשבה היהודית האמריקאית על ישראל.

החובה כקופסה השחורה של שיח הזכויות

או: כיצד יכולים בובר ולוינס לסייע בהתאמת שיח זכויות האדם למאה העשרים ואחת

תומר שדמי

רבים מסכימים היום עם העמדה שזכויות אדם הן אוניברסליות. ואולם דווקא לנוכח הבנה זו, פחות ופחות ברור מי הוא הנושא בחובה להבטחת זכויות אלו. לנוכח משבר זה, המאמר מתמקד בצומת הייחודי שהקשר בין שיח הזכויות האוניברסלי לשיח החובות היהודי נקלע אליו. במדינת ישראל נוצר מפגש בין היהדות לבין כוח ריבוני מדינתי כופה, ועל כן שאלת הזכות נעשית שאלה מרכזית בעבור זרמים מסוימים ביהדות. בה בעת מתרחשת תנועה מקבילה בתוך שיח הזכויות, והשאלה העיקרית הניצבת לפתחו כיום היא דווקא שאלת החובה. רגע ייחודי זה יכול לאפשר דיאלוג עשיר ומורכב בין שיח זכויות האדם לשיח החובות היהודי.

מאמר זה מתאר את תפיסת החובה במסגרת שיח הזכויות וטוען ששינויים שמקורם בגלובליזציה המואצת של העשורים האחרונים מערערים את מודל החבות המדינתית הקיים של זכויות האדם ומביאים את העיסוק בשאלת החובה לקדמת הבמה של שיח הזכויות. בעוד שבהנחות המוצא שביסוד שיח הזכויות קשה למצוא קצה חוט למענה על השאלות מי חייב מה, למי, כמה ולמה, ההגות היהודית עשירה בכתיבה על חבות

ואחריות. כדי לפתח מודלים חדשים של חבות זכויות אדם המאמר מציע לשאוב השראה מהגותם של מרטין בובר ועמנואל לוינס. הגות זו עוסקת באחריות ומתבססת על ההומניזם האירופי, אבל מפתחת ומשנה אותו, בין השאר על בסיס הפרטיקולריזם היהודי.

מדינת "כל קהילותיה"? **הצעה לשינוי מערכת היחסים בין מדינת ישראל לקהילה החרדית**

שי שטרן

מדינת ישראל, כמרבית המדינות הליברליות, מתמודדת מאז היווסדה עם קהילות הפועלות בהתאם לנורמות שאינן ליברליות. הדוגמה הבולטת להתמודדות זו היא מערכת היחסים, המתאפיינת בשניות, בין המדינה לבין הקהילה החרדית. מן הצד האחד, המדינה הכירה בזכותה של הקהילה החרדית להתבדל, מבחינה גאוגרפית כמו גם מבחינה תרבותית; מן הצד האחר, המדינה, על שלל רשויותיה, לא נמנעה מלתבוע מן הקהילה החרדית לציית לדרישות ליברליות גם כאשר יישומן חייב עימות ערכי במרחב הפנימי של הקהילה.

מאמר זה מאתגר את המדיניות הננקטת על ידי מדינת ישראל כלפי הקהילה החרדית ומציע לאמץ מודל מעשי שישנה את מערך הכוחות הנוהג במשולש היחסים שבין המדינה, הקהילה והיחיד. המאמר קורא להחליף את נקודת המבט בשאלת ההתערבות של המדינה בפעילות של קהילות ולהעתיק את מרכז הכובד מן המישור האתי-ערכי למישור המבני. שינוי זה יחדד את חובתה הפלורליסטית של המדינה הליברלית לאפשר לאזרחיה לחיות בחברה פלורליסטית, כזאת המכשירה מגוון של תפיסות טוב נבדלות במהותן. המודל מניח מגבלות מעשיות על חובה זו ומבקש ליצור איזון ראוי בין אופייה הליברלי של המדינה לבין חובתה הפלורליסטית לאזרחיה. בכך הוא מאפשר את גיבושה של מדיניות התערבות מדינתית ראויה להתמודדות של המדינה עם הקהילה החרדית.

בְּצֵלוֹ שֶׁל בַּג"ץ **זכויות אדם בבתי הדין הרבניים**

יוסף שרעבי

לבתי הדין הרבניים נתונה סמכות ייחודית בענייני הנישואין והגירושין של היהודים בישראל. הדין שלפיו דנים בתי הדין הרבניים בעניינים אלה הוא דין תורה כהגדרתו בקרב

הציבור שומר ההלכה. היזקקותו המחויבת על פי דין של כלל הציבור היהודי בישראל לסמכותם של בתי הדין היא מצע למחלוקת מתמשכת בין שתי תפיסות עולם, לפעמים קוטביות. מן הצד האחד – תפיסה חילונית ליברלית שבית המשפט האזרחי הוא אחד מדובריה, ומן הצד האחר – תפיסה דתית, שמרנית ביסודה, שלפיה בתי הדין רואים בעצמם שומרי הסף של ערכי המשפחה בישראל, באמצעות ההלכה. כיוון שבית המשפט העליון רואה בעצמו מגן זכויות האדם וכיוון שהמעשה השיפוטי בכלל, ובדיני משפחה בפרט, נוגע כמעט תמיד בזכויות אדם, מחלוקת זו תדירה ומתמשכת.

מאמר זה דן בהתמודדות של בתי הדין הרבניים בפסיקתם עם הקטבים הללו: כיצד רואים הם את המחלוקת הנזכרת ובעקבות כך את אפשרות שימור ערכי המשפחה היהודיים בתוך מציאות חברתית ומשפטית שהערכים המובילים בה חילוניים וליברליים.

פסקי הדין של בתי הדין הרבניים הנדונים במאמר עוסקים, במישרין ובעקיפין, במעמדן של זכויות אדם למיניהן, בין היתר הזכות להתגרש, הזכות לפרטיות והזכות לחופש התנועה. הן נדונות אל מול ערכי המשפחה כפי שהם באים לידי ביטוי בהלכה, לפי פרשנותם של בתי הדין הרבניים. המאמר מבחין בין שלוש גישות להתמודדות האמורה העולות מפסקי הדין – עימות; הכלה והשתתפות; והשלמה והפרדה – ודן במקורן ובמאפייניהן.

העורכים

פרופ' חנוך דגן

עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ומופקד הקתדרה לחדשנות ותאוריה משפטית ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, שבה שימש, בין השאר, דיקן והמנהל המייסד של מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים. מומחה לתאוריה של המשפט, דיני קניין, דיני חוזים ותאוריה של משפט פרטי.

פרופ' שחר ליפשיץ

עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ודיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן; המייסד ויו"ר משותף של הפורום לשיתוף פעולה בין בית המשפט העליון לאקדמיה המשפטית בישראל והנשיא לשעבר של האגודה הישראלית למשפט פרטי. תחומי המחקר העיקריים שלו הם דיני משפחה, דיני חוזים, משפט עברי וזכויות האדם והיהדות. עוסק רבות בניסיונות לשלב בין דיני המשפחה האזרחיים לבין האורתודוקסיה הדתית.

פרופ' ידידיה צ' שטרן

סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה וראש המרכז "לאום, דת ומדינה" במכון; פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ולשעבר דיקן הפקולטה. תחומי מומחיותו: דת ומדינה, משפט והלכה, משפט ציבורי ומשפט מסחרי.

המחברים

ד"ר איילת הופמן ליבזון עמיתת קרן ליידי דייויס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים; בוגרת החוג למחשבת ישראל באוניברסיטה העברית ובעלת תואר דוקטור בתלמוד מאוניברסיטת ניו יורק. עוסקת בחקר ההלכה, בהיסטוריה של המשפט וביחסי דת ומדינה.

עדיאל זימרן בעל תואר ראשון ושני במדעי הטבע ותואר ראשון במשפטים מן האוניברסיטה העברית בירושלים. בימים אלו מגיש בחוג להיסטוריה ופילוסופיה של המדעים את עבודת הדוקטור שלו העוסקת בפילוסופיה של המדעים בימי הביניים ובמחשבת ישראל. חוקר ומלמד בפקולטה למשפטים ובמכון למדעי היהדות באוניברסיטה זו.

גתית לוי פז בעלת תואר ראשון במדעי המדינה מאוניברסיטת בר-אילן ותואר שני בספרות עברית ובכתיבה יצירתית מאוניברסיטת בן-גוריון בנגב. לאחרונה הגישה את עבודת הדוקטור שלה במחלקה למדעי המדינה באוניברסיטת בר-אילן. מחקרה עוסק בזהות יהודית אמריקאית צעירה כיום במבט ספרותי וסוציולוגי.

תומר שדמי עמיתת מחקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן וחברה בקבוצת המחקר "דמוקרטיה ונאו ליברליזם" במכון ון ליר בירושלים. לאחרונה סיימה מסלול ישיר לדוקטורט במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים שבאוניברסיטת תל אביב. בעבר שימשה עמיתת מחקר בתכנית לממשל תאגידי באוניברסיטת הרוורד ובי-Sciences Po, בית הספר הגבוה ללימודים פוליטיים בפריז. תחומי המחקר שלה הם זכויות אדם, תאוריה פוליטית, אחריות חברתית של תאגידים, צדק גלובלי ומשפט וגלובליזציה.

ד"ר שי שטרן

מרצה מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. עוסק בעיקר בחקר המשפט הפרטי, בדגש על הזכות לקניין, במתח שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי ובזכויות אדם וקהילות במשפט הישראלי והבינלאומי.

ד"ר יוסף שרעבי

ד"ר למשפטים ומוסמך לדיינות. מרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, בבית הספר למשפטים במכללת כרמל בחיפה ובמכללת אורות ישראל ברחובות, עורך כתב העת "צהר" העוסק בהלכה בענייני חברה, משפחה, דת ומדינה ודיין בבית הדין לממונות בקדומים.

עורך החיים בין סמכות לאוטונומיה

עיון בסוגיה תלמודית

איילת הופמן ליבזון

מבוא

שאלות של סמכות, אוטונומיה וכפייה מתעוררות בכל מערכת משפטית. כפי שציין חוקר המשפט רוברט קאבר: "פרשנות משפטית מתבצעת בשדה של כאב ומוות".¹ קאבר קשר בין האלימות האינהרנטית למשפט לבין מאפיינו המודרני של החוק כקשור בעבותות אל המדינה, אבל גם מערכות משפטיות שאינן קשורות בכוח הכפייה המדינתית נאלצות להתמודד עם בעיות של סמכות, אוטונומיה וכפייה. לעתים קרובות עוסקות מסורות משפט דתיות באינטנסיביות בהגבלת האוטונומיה של הפרט, בהרחיבן את כוחם של פוסקי החוק לכפות את נמעניהם לנהוג על פי חזונם המשפטי. העימות בין האוטונומיה של הפרט לבין כפיית חזונם של מעצבי החוק מגיע לשיאו כאשר הוא נוגע לגופו של האינדיווידואל. מאמר זה בוחן סוגיה מן התלמוד הבבלי העוסקת בבעיות של סמכות ואוטונומיה המתעוררות סביב פרשנות לחוויות כאב וחולי. הסוגיה שתעמוד במרכז הדיון עוסקת באיסור על אכילה ושתייה

Robert Cover, "Violence and the Word," *Yale Law Journal* 95 (1986): 1601–1629, 1601 1
[התרגום שלי].

ביום הכיפורים ומתלבטת בשאלת מעמדו של חולה הנכנס לגדר סכנה עקב הצום, שהוא החובה הדתית המרכזית של היום. הוויכוח התלמודי עוסק בבחירות הממוקדות בכאב, בחיים ובמוות, ומתייחס למתח בין מומחיות רפואית ומשפטית לבין היכרותו של האינדיווידואל את עצמו.² השאלה העומדת בלב הסוגיה העסיקה אתיקנים ומחוקקים כאחד: מיהו הקובע איזה טיפול רפואי יש לתת לחולה? מצד אחד, לרופא ניסיון רב וידע רפואי נרחב, אבל מצד שני, המטופל הוא שצריך לקבל החלטות בנוגע לגופו שלו.³ דילמה זו מדגישה את הזיקה בין אפיסטמולוגיה לנורמטיביות. איזה סוג של ידע דרוש כדי לקבוע מהו הטיפול המתאים ביותר למטופל? ידע מדעי רפואי או משפטי, או שמא מידע חווייתי שרק הסובייקט המטופל יכול לאתרו? כיצד כל סוג ידע מבסס ומצדיק תפיסות שונות של הסמכות לקבוע מה נכון בעבור המטופל?

המקרה הנדון במאמר זה הוא מקרה מורכב בשל מרכיב נוסף, שכן השאלה המשפטית מתעוררת ביום הכיפורים, היום הקדוש ביותר בלוח השנה היהודי. הצינוי המרכזי של יום הכיפורים תובע הימנעות מוחלטת מאכילה ושתייה. עם זאת, המשנה במסכת יומא מלמדת שחכמים התירו לכמה קבוצות של פרטים חלשים – ילדים, מעוברות וחולים –

2 המונחים "עצמי" (self), "סובייקט" ו"אינדיווידואל" מתפקדים באופנים שונים בדיסציפלינות שונות. אני נעזרת במונח "עצמי" בצורה אחת ספציפית, בעקבות הפילוסוף ריצ'רד סורבג'י, שהגדיר את העצמי כאינדיווידואל המתגלם הן בתכונות גופניות הן במצבים פסיכולוגיים. ראו Richard Sorabji, *Self: Ancient and Modern Insights about Individuality, Life, and Death*, Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 4. למגוון ההגדרות המשמשות בהקשרים השונים ראו Marcel Mauss, "A Category of the Human Mind: The Notion of Person; The Notion of Self," trans. W. D. Walls, in: Michael Carrithers, Steven Collins, and Steven Lukes (eds.), *The Category of the Person: Anthropology, Philosophy, History*, New York: Cambridge University Press, 1985, pp. 1–25; Eliot Deutsch, "The Comparative Study of the Self," in: Leroy S. Rouner (ed.), *Selves, People, and Persons: What Does it Mean to Be a Self?*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1992, pp. 95–105. ראו גם את הניסיון למפות את ההגדרות השונות ל"עצמי" שניתנו במחקר, בידי Richard Sorabji, "Soul and Self in Ancient Philosophy," in: M. James C. Crabbe (ed.), *From Soul to Self*, Routledge: London and New York, 1999, pp. 14–32.

3 התפיסה שלפיה יש לתת לבני אדם לממש את האוטונומיה שלהם על גופם נמצאת בליבת התחום העכשווי של אתיקה רפואית והיא אחד העקרונות הנמצאים בדיון אינטנסיבי במחקר של תחום זה. ראו למשל H. Tristram Engelhardt, *The Foundations of Bioethics*, New York: Oxford University Press, 1986; Tom L. Beauchamp and James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 1989. לביקורת על עמדה זו ראו Edmund D. Pellegrino and David C. Thomasma, *For the Patient's Good: The Restoration of Beneficence in Health Care*, New York: Oxford University Press, 1988.

להפך איסור זה כדי לא להיכנס למצב סכנה. אבל מי קובע מי נכנס לקטגוריות הללו ומתי צורכי הפרט מצדיקים הפרת צום? מקורות שונים במשנה, בתוספתא ובתלמודים מלמדים שהיו דעות שונות ומגוונות בקרב חכמים בנוגע לשאלת הסמכות המכריעה מתי צורכי החולה חמורים דיים כדי להצדיק את הפרת איסור הצום. שאלת הסמכות והאוטונומיה אקוטית במיוחד כאשר היא מתנהלת בזירת הכפפת הגוף האנושי לציפיות הנורמטיביות ממנו. בכמה מחקרים הודגש כיצד שאיפות הסמכות של חז"ל מתבטאות דווקא בשליטה בגוף האנושי. עבודתה של בת' ברקוביץ על טקס ההוצאה להורג כפי שהוא מובא במשנה מדגימה כיצד חיזקו חז"ל את תפיסתם של כוחם שלהם נוכח שליטתה הפוליטית והתרבותית של רומא באמצעות יצירת ריטואל מורכב של הוצאה להורג. חז"ל ניכסו לעצמם את עונש המוות ובכך ניכסו גם את כוחה האולטימטיבי של האלימות המרוסנת בגופם של צאן מרעיתם (בין היו הללו אמיתיים או מדומיינים).⁴ ישי רוזן-צבי החיל את אופן הניתוח הזה על הדרכים שבהן דמיינו התנאים את שליטתם במיניות האישה. רוזן-צבי מדגים כיצד עיצבה המשנה מחדש את טקט הסוטה המקראי והפכה אותו מריטואל כוהני פרטי למאורע ציבורי אשר בו גופה של האישה נחשף ומושפל.⁵ בדומה לכך, לאחרונה הראתה מירה בלברג כיצד עיצבו חכמי המשנה את הבדיקה הכוהנית של נגעי העור במקרא לאורה של מסורת יוונית-רומית של בדיקה רפואית והכניעו את הגוף הנבדק למבט החודרני של סמכות רבנית. בדרישתם שהגוף היהודי יהיה כולו חשוף למבט הרבני ביססו חז"ל את סמכותם כפרשנים היחידים והבלעדיים של הגוף.⁶ במאמר זה אמשיך את נקודת המבט הזאת ואחילה על תפיסת הצום כפרקטיקה של הכנעת הגוף. היכולת להכריע מתי על האדם להמשיך לצום ומתי עליו להפסיקו מבטאת את שליטת מקבל החלטה זו על הגוף.

אבחן שלושה מודלים של תגובה לבעיית סכנת החיים ביום הכיפורים ואציע שמודלים אלו משקפים התפתחויות חשובות בעולמם של חכמים בנוגע לנושאים כגון ערך החיים ויכולת הפרט להשפיע על מערכת משפט דתית בשאלות הקשורות לגופו או לגופה. אעסוק בקריאה צמודה של התפתחות ההלכה מהמשנה עד שכבת העריכה של התלמוד הבבלי. התפתחות זו ממחישה את השינויים בתפיסות הסמכות, המומחיות

Beth Berkowitz, *Execution and Invention: Death Penalty Discourse in Early Rabbinic and Christian Cultures*, New York: Oxford University Press, 2006 4

ישי רוזן-צבי, הטקס שלא היה: מקדש, מדרש ומגדר במסכת סוטה, ירושלים: מאגנס, תשס"ח. 5

Mira Balberg, "Rabbinic Authority, Medical Rhetoric and Body Hermeneutics in Mishnah Nega'im," *AJS Review* 35 (2) (2011): 323-346 6

והאוטונומיה של הפרט וכיצד השפיעו על התפתחותה של ההלכה. המאמר מסתיים בבחינת המגמות השונות בפסיקת ההלכה בכל הנוגע לאוטונומיה של הפרט על גופו.

מוחיות ועיוני נפש בחשונה יומא פרק ח

פרק ח של משנה יומא עוסק בשלושה נושאים מרכזיים: (א) עיוני נפש – החובה המרכזית של יום הכיפורים (משניות א-ה); (ב) פיקוח נפש (ו-ז); תשובה וכפרה (ח-ט). היחידה הראשונה של הפרק קובעת שישנם חמישה עיוניים ביום הכיפורים – הימנעות מאכילה ושתייה, מרחיצה, מסיכה, מנעילת הסנדל ומיחסי מין – אבל רוב הפרק מתמקד באיסור האכילה ושתייה. כך, משניות ב-ג מציינות את גבולות החבות של אכילה ביום הכיפורים, ומשניות ד-ה מציינות את היוצאים מן הכלל לאיסור זה: ילדים (ד), נשים מעוברות וחולים (ה) מותרים כולם לאכול ביום זה.⁷ מעניין לציין שבעוד המשנה מוציאה מאיסור אכילה את הקטגוריה של "קטנים", התוספתא המקבילה מתעדת מסורת מחמירה יותר, החושפת את המחלוקת המשפטית שעמדה מאחורי פסיקת המשנה. בתוספתא מסופר ששמאי הזקן נמנע מלהאכיל את בנו ביום הכיפורים, וחכמים נאלצו לכפותו להאכילו.⁸ בדומה לכך, רבי עקיבא נהג לעצור את הלימוד בבית המדרש ביום הכיפורים ושלח את שומעי לקחו לבתייהם למען יאכילו את ילדיהם.⁹ סיפורים קצרים אלו חושפים את ההתנגדות העממית והרבנית שהייתה למושנה יומא ח, ד, הקובעת שילדים

7 יחידה זו מסתיימת בהלכה ו, העוסקת בבעיה הכללית יותר של "מי שאחזו בולמוס" לאכול מאכלים טמאים בכל ימות השנה וקובעת שמותר לו לעשות כן באופן מבוקר.

8 תוספתא, כיפורים ד, ב (מהדורת ליברמן, עמ' 249). יצחק גילת שיער שפסיקתו של שמאי התבססה על קריאה דווקנית של ויקרא כג, כט: "כִּי כָל הַנֶּפֶשׁ אֲשֶׁר לֹא תֵעָנֶה בְּעֵצָה הַיּוֹם הַזֶּה, וְנִכְרְתָה מֵעַמִּיָּה". ראו יצחק גילת, פרוקים בהשתלשלות ההלכה, רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ב, עמ' 23.

9 גילת, שם. למקורות נוספים ראו שאול ליברמן, תוספתא כפשוטה, כרך ד, ניו יורק: בית המדרש לרבנים באמריקה, תשכ"ב, עמ' 812. אכן, נראה שהיה מנהג עתיק בישראל שילדים יצומו מגיל צעיר מאוד, כפי שניכר מעדויות מאשכנז ועד קהילות השומרונים והקראים. ראו שאול ליברמן, "מסכת סופרים: מהדורת היגר", קרית ספר טו (א) (תרצ"ח): 56-60, בייחוד עמ' 56-57; גילת (לעיל הערה 8), עמ' 24 והערה 12.

צעירים אינם צריכים לצום.¹⁰ השוואת המשנה והתוספתא מגלה שאכילה ביום הכיפורים נחשבה איסור חמור שאנשים נזהרו מלפטור ממנו את עצמם ואת בני משפחתם.¹¹

עם זאת, חוט נוסף השזור לאורך פרק ח מדגיש שאל לאנשים לסכן עצמם בקיום מצווה, אפילו ביום הכיפורים. משניות ו-ז מתמקדות באירועים מסוכנים המתרחשים בשבת, וקובעות שבכל מקרה של חשש סכנה, ספק נפשות דוחה את השבת. משניות אלו מדגישות שאפילו כאשר סביר שהאדם לא יסתכן באופן מידי ללא עברה על הלכות שבת, בכל זאת יש להפר את השבת. כך קובע רבי מתיא בן חרש כי "החושש בגרונו מטילין לו סם בתוך פיו בשבת מפני שהוא ספק נפשות, וכל ספק נפשות דוחה את השבת".¹² ההלכה הבאה מדגישה שאפילו במקרה של כמה ספקות¹³ יש לחשוש לגרוע מכול ולעבור על הלכות שבת מתוך תקווה להציל חיים.

שתי ההלכות המפרשות עקרונות אלו של הצלת נפשות ממוסגרות על ידי היחידה על עינוי נפש מחד גיסא ועל ידי היחידה על כפרה מאידך גיסא. עם זאת הן אינן מיוחדות להקשר של יום הכיפורים אלא מפרשות את הכלל הידוע: "ספק נפשות דוחה את השבת".¹⁴ לפיכך הן התוו במהלך הדורות עיקרון משפטי ואתי חשוב, וישנה נטייה לקרוא את פרק המשנה כולו דרך הפריזמה של עקרון פיקוח נפש. בהמשך המאמר אציע שחשוב להימנע מקריאה אנכרוניסטית של המקורות דרך התקבלתו של עיקרון זה, השוזרת יחד את המקורות כולם בתמונה הרמוניסטית. חלף זאת יש לשים לב לעמדות השונות העולות מן המקורות השונים, המעניקים דגשים מגוונים לדיון בסיטואציה של סכנת נפשות.

ערך החיים וקדושת יום הכיפורים מתנגשים באופן חזיתי בדיון התלמודי במשנה, יומא ח, ה, המתמקדת בסיכון הפוטנציאלי העלול להיווצר מצום ממושך:

10 הוויכוח בין המשנה לתוספתא בעניין זה המשיך להדהד במהלך הדורות הן בפרשנות למשנה זו הן בספרי הלכה מימי הביניים. רש"י פירש את הביטוי "אין מענין אותן" כ"אין חייבין למנוע מהן מאכל" (יומא פב ע"א, ד"ה "אין מענין אותן"). הר"ן, לעומת זאת, פירש את הביטוי כמתכוון לאיסור מוחלט למנוע מזון מילד הצעיר מהגיל שנקבע בתלמוד לתחילת צום. ראו חידושי הר"ן, יומא ג ע"א בדפי הרי"ף.

11 בדומה לכך מגבילה התוספתא (כיפורים ד, ד [מהדורת ליברמן, עמ' 250]) את ההיתר הרחב הניתן במשנה, יומא ח, ו למי שאחזו בולמוס לאכול כל מזון טמא, ותחת זאת דורשת שהמאכלים ייאלצו על פי היררכיה ברורה מן האיסור הקל ביותר אל החמור.

12 משנה, יומא ח, ו.

13 כגון מפלות של בניין, כאשר לא ברור אם יש אדם הקבור תחת האבנים, ואם כן, האם הוא יהודי או גוי, חי או מת. על אף כל הספקות הללו קובעת המשנה שיש להסיר את האבנים חרף איסורי השבת.

14 תוספתא, שבת טו, טו-יז (מהדורת ליברמן, עמ' 73-74).

עברה שהאריחה [מעוברת שהריחה, כלומר, הריחה אוכל במהלך הצום] –
 (מ)כילין אותם¹⁵ עד שתשוב נפשה.
 חולה, מאכילין אותו על פי בקיים [בקיאים], ואם אין שם בקיים [בקיאים]
 מאכילין על פי עצמו עד שיאמר דיי.¹⁶

הלכה זו מתמקדת בשניים מן היוצאים מהכלל להלכות הצום ביום הכיפורים: מעוברת וחולה. בניגוד למשנה הקודמת, אשר בה מוצאים מן הכלל ילדים צעירים, במשנה ה מחודשת קטגוריה של אנשים שאינם יכולים לעמוד בצום מחשש לבריאותם, אבל מופיעה בה גם הבחנה בין שתי תתי-קטגוריות. מוקד ההלכה הוא בעיית פתרון הצרכים הרפואיים של המטופל או המטופלת. הבעיה הרפואית ייחודית באי-הוודאות שהיא מכניסה לשדה ההלכתי. בניגוד למקרה ברור של פיקוח נפש למען אדם שנפל לים¹⁷ או נקבר תחת מבנה שקרס,¹⁸ השדה ההלכתי של חולי זרוע בספקות רבים. תהליך ההתמודדות עם המחלה הוא תהליך הדרגתי אשר בו רגע הסכנה אינו ברור. לפעמים קשה להגדיר מתי החולה עובר לאזור הסכנה אשר בו הארכת הצום מסכנת את חייו. יתרה מזו, ביום הכיפורים מטרת הצום המפורשת היא עינוי הנפש, כפי שמודגש במשניות הראשונות של הפרק.¹⁹ כך, בניגוד למקרה קלסי של סכנה בשבת, אשר בו ישנו קונפליקט ברור בין קדושת השבת לקדושת החיים, במקרה של צומו של אדם חולה ביום הכיפורים יהיה זה בלתי-אפשרי להיפטר באופן מוחלט מכל סכנה, שכן לכך תידרש זניחה של הצינוי המרכזי של היום.

בעיית אי-הוודאות בהבחנה בסכנה מובלטת בחלוקה לשתי קטגוריות במשנה. לעומת המצב הכללי של חולי, שהיה מוכר כמובן לחכמים באופן ישיר, מצב של היריון הוא מטיבו מצב של אי-ודאות.²⁰ בעולם העתיק נחשבו רצונותיה החריגים של האישה

15 זו גרסת כ"י קאופמן, בניגוד לגרסת כ"י פארמה ואחרים: "מאכילין אותה". נראה שהנחת המשנה על פי נוסח כ"י קאופמן היא שרצון האישה לאכול נובע מן העובר. תפיסה זו רווחה בעולם העתיק, וכך גם במקורות חז"ל. ראו לדוגמה את סיפור הירושלמי על אמו של אלישע בן אבויה שעברה ליד בתי עבודה זרה בעודה מעוברת. העובר הריח את ריח הקטורת הזרה, והריח התפשט בגופו כארס והטיל בגופו את התשוקה לאיסור (ירושלמי, חגיגה ב יא, עו ע"ב).

16 משנה, יומא ה, ה.

17 תוספתא, שבת טו, יא (מהדורת ליברמן, עמ' 72-73). בפרק זה בתוספתא מובאות הלכות שונות המתייחסות למצבי סכנה בדרגות חומרה משתנות.

18 משנה, יומא ה, ז.

19 וכן במקורות תנאיים נוספים. ראו באריכות ספרא, אמור יא, יד (מהדורת וייס, עמ' קא ע"ב-קב ע"א).

20 לדיון נרחב בתפיסות שונות של ההיריון המופיעות בספרות חז"ל ראו Gwynn Kessler, *Conceiving* Israel: The Fetus in Rabbinic Narratives, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009

המעוברת ביטוי לרצונות העובר. אימתן מענה לצורכי העובר – בתיווכה של האם – עלול היה לדעתם לסכן את חיי השניים. לפיכך, גופה של האישה המעוברת העלה ספקות רבים יותר מאשר גופו של חולה רגיל. ייתכן שזהו ההסבר להבחנה המופיעה במשנה בין דיני חולה לדיני מעוברת. חכמים התירו התערבות גדולה יותר במקרה של חולה ודרשו שמומחים הם שיקבעו אם החולה צריך לאכול וכמה. רק אם לא היו במקום בקיאים ניתנה רשות לחולה לקבל את ההחלטה בעצמו. לעומת זאת, אישה הרה מוגדרת באמצעות הוצאתה מהכלל של תפקוד גופני רגיל, ועקב החשש לחייה ולחיי עוברה אין קוראים כלל לבקיאים. חוסר הצורך בשיפוטם של מומחים יכול להיות תוצאה של חוסר זמן או של אייכולתם של המומחים להעריך את צורכי האישה.²¹ על כל פנים, במקרה זה אין דרישה למומחים אלא ניתן לאישה הכוח להעריך את צרכיה ולספקם בעצמה.²² ההיתר לאישה ההרה לאכול כפי רצונה מבליט את הגבלת ההיתר לחולה. המשנה אינה מציעה כל קריטריון להחלטה מתי ואיך על החולה להפר את הצום אלא נסמכת על שיקול אד הוק של מומחים. מסתבר אפוא שהמשנה מתייחסת לקטגוריה של חולה כאל קטגוריה של סכנה מופחתת מזו של האישה ההרה. לפיכך יש לאישה אוטונומיה לקבל את ההחלטה בעצמה, ולחולה מוענקת אוטונומיה זו רק במקרה שבו אין מומחים.

על כל פנים, המשנה אינה מחפשת כל מקרה העשוי להסתיים בסכנת חיים כדי למנוע אותו. יחידה זו אינה מצביעה על יחס ברור לערך חיי אדם כגובר על כל שיקול אחר. ישנם שיקולים נוספים – קדושת יום הכיפורים, חשיבות הצום ומומחיות מקצועית – המתנגשים עם הרצון להציל חיים, ובמקרי התנגשות תיתכנה עמדות שונות בנוגע להיררכיה בין ערכים אלו ולפתרון הקונפליקט. לו הייתה מניעת סכנת חיים מטרתה היחידה של המשנה היה הדבר נכתב בה במפורש, כפי שנעשה בנוגע להתנגשות בין הצלת חיים לדיני שבת.²³ תחת זאת מבססת המשנה את דעת המומחים כגורם המכריע ומצמצמת מאוד את חשיבות עמדת המטופל.

21 כך למשל, הרא"ש (גרמניה וספרד, המאה השלוש עשרה) מצטט את הרי"ף גיאת (ספרד, המאה האחת עשרה), שכתב שבנוגע לאישה הרה אין ההלכה תלויה בידע הרבני אלא בידע של האישה ובדעתה (פסקי הרא"ש, יומא ח, סימן יג).

22 ראוי לשים לב לכך שמבחינה זו דומה האישה המעוברת לאדם הנתקף בולמוס במשנה הבאה: שני המקרים חריגים לקטגוריה של החולה ולפיכך מותר להם לאכול על פי רצונם – האישה ההרה, "עד שתשיב נפשה"; הנתקף בולמוס, "עד שיאורו עיניו". אכן, התוספתא קישרה בין שתי הקטגוריות בכך שהגבילה בשתייהן את האכילה החופשית העולה מן המשנה לאכילה העוברת מהאיסור הקל לאיסור החמור יותר (תוספתא, כיפורים ד, ד [מהדורת ליברמן, עמ' 250]).

23 משנה, יומא ח, ו; תוספתא, שבת טו, טז [מהדורת ליברמן, עמ' 74].

הערכה זו של המשנה למומחים אינה מפתיעה, שכן חכמי המשנה מדגישים לעתים קרובות את סמכותם של מומחים בקביעת החוק. ההלכה במשנה היא מערכת חוק כוללת השולטת בתחומים רבים ומגוונים של החיים היהודיים, החל במנהגים דתיים, עבור דרך יחסים חברתיים עם יהודים ועם לא-יהודים וכלה במשפט אזרחי ופלילי. בכל אחד מתחומים אלו מציגים חכמי המשנה את המומחיות המשפטית של המומחים כחיונית לניווט ברשת הסבוכה של ההלכה. סמכותם של החכמים נתמכה בידע המועדף שלהם את ההלכה. החכמים אף נדרשו להתמודד עם סמכותם של מומחים מקצועיים אחרים במגוון תחומים כגון חקלאות, מדע ורפואה.²⁴

הגוף האנושי הוא אתר ייחודי למאבקי הכוח הנוצרים במפגש בין מומחים מקצועיים לבין רצונו של הפרט לשלוט בגופו שלו. נכונותו של המטופל להיעתר לפרשנותו של המומחה את גופו שלו משקפת הכרה בכוחו ובסמכותו של זה האחרון. הכנעת הגוף להחלטתו של אדם אחר מציגה את נכונותו ואת צייתנותו של הפרט למומחה באופן שכל פעילות נורמטיבית אחרת אינה יכולה להשיג. מזווית זו, אין זה הכרחי להכריע אם המשנה מדגישה את חשיבותם של המומחים מסיבה אפיסטמולוגית או נורמטיבית. ייתכן שהמשנה ראתה במומחים בעלי ידע עדיף, אבל ייתכן גם שהיא העניקה להם עדיפות עקב הערכת יכולותיהם בקבלת החלטות או פשוט בגלל מעמדם החברתי. הדבר הברור הוא שהמשנה העמידה את המומחיות כערך מרכזי וביכרה את דעת המומחים על פני ערכים אחרים, כדי כך שעל פי קריאה פשוטה של המשנה נראה שהיא מעדיפה את דעתם של המומחים גם כאשר החולה רוצה להפסיק את הצום. בכך שהיא מבססת את דעת המומחים כקריטריון הקובע ומגבילה את חשיבות העמדה של המטופל מתירה המשנה את האפשרות של מקרה שבו הבקיאים יחליטו שהמטופל צריך להמשיך לצום על אף חששותיו.

24 Zvi Novick, "A Lot of Learning is a Dangerous Thing: On the Structure of Rabbinic Expertise in the Bavli," *Hebrew Union College Annual* 78 (2007): 91–107; idem, "Like an Expert Sharecropper: Agricultural Halakhah and Agricultural Science in Rabbinic Palestine," *AJS Review* 38 (2) (2014): 303–320. להצגת חז"ל את עצמם כמומחים רפואיים ראו Balberg (לעיל הערה 6).

ספק נפשות להקל

במשנה מזכירים ה"בקיאים" באופן כללי. כבר בתקופה האמוראית המוקדמת זוהו הבקיאים עם רופאים.²⁵ מעתק זה העביר את הסוגיה אל הספירה הרפואית ומיקד את הדרמה המתרחשת בה בהתנגשות בין דעותיהם של הרופא ושל החולה, התנגשות שאינה נדונה במשנה. שני התלמודים פותחים את פירושיהם למשנה במקרי קונפליקט בין המטפל למטופל:

חולה אומר: יכול אני, ורופא אומר: אינו יכול – שומעין לרופא.
רופא אומר: יכול הוא, וחולה אומר: אינו יכול – שומעין לחולה.²⁶

על פי הירושלמי, בכל מקרה של קונפליקט יש לפסוק על פי דעתו של הצד הסבור שהחולה אינו יכול לעמוד בצום. עמדה זו מוצגת בתלמוד הבבלי בפיו של רבי ינאי, אמורא ארץ-ישראלי בן הדור הראשון שהתייחס לאותם מקרים שהועלו בירושלמי. עם זאת, דעתו של רבי ינאי קיבלה פירוש משני בשכבת העריכה האנונימית של התלמוד:

אמר רבי ינאי: חולה אומר, צריך, ורופא אומר, אינו צריך – מאכילין אותו על פי עצמו.

מאי טעמא? לב יודע מרת נפשו.

רופא אומר: צריך, וחולה אומר: אינו צריך – מאכילין אותו על פי בקי.

מאי טעמא? אונבא הוא דנקט ליה [הוא נתקף טשטוש חמור],²⁷ ספק נפשות להקל.²⁸

פסקה זו מורכבת באופן ברור משזירה של מימרה אמוראית עם פרשנות בתר-אמוראית, שזירה היוצרת כשל לוגי בקריאת הסוגיה כמכלול.²⁹ להלן נשוב לבעיות בפרשנות

25 להבחנה בין שני המושגים אשוב בהמשך.

26 ירושלמי, יומא ח ד, מה ע"א.

27 על המושג "אונבא" ראו להלן, הערה 43.

28 יומא פג ע"א, על פי כ"י Bazzano Fr. Ebr. 19. כתב יד זה הוא היחיד אשר בו מופיעה המילה "אונבא". ברוב כתבי היד מופיע "תונבא". בחלק מכתבי היד חסר המשפט האחרון, ותחתיו מופיע: "מהו דתימא חולה קים ליה טפי קמ"ל" (מינכן 6, JTS Rab. 218).

29 בחקר התלמוד מבחינים בין הפרשנות האמוראית לשכבת העריכה המאוחרת יותר. הקריטריונים להבחנה בין שתי השכבות סוכמו בידי שמא יהודה פרידמן, "פרק האשה רבה בבבלי, בצירוף מבוא כללי על דרך חקר הסוגיא", בתוך: חיים זלמן דימיטריקובסקי (עורך), מחקרים ומקורות, ניו יורק: בית המדרש לרבנים באמריקה, תשל"ח, כרך א, עמ' 301-308. סימנים מובהקים הם שפה (מימרות אמוראיות מובאות בעברית, הפרשנות המאוחרת היא בארמית); חלוקה לגרעין המשפט ולהסבר (הגרעין אמוראי, ההסבר בתר-אמוראי); התייחסות לחלק מאוחר יותר בסוגיה (ההסבר "לב יודע מרת נפשו" לקוח מהמשך דברי מר בר רב אשי להלן).

המאוחרת, אך לעת עתה יש לשים לב לכך שחילוץ דברי ינאי מהמעטפת המאוחרת מגלה שדבריו המקוריים של האמורא היו מורכבים משתי מימרות סימטריות המקבילות לדברי התלמוד הירושלמי:

חולה אומר: צריך, ורופא אומר: אינו צריך – מאיכילין אותו על פי עצמו.
 רופא אומר: צריך, וחולה אומר: אינו צריך – מאכילין אותו על פי בקי.

ה"צריך" של הבבלי מקביל ל"אינו יכול" של הירושלמי. הדעה המובאת באופן סתמי בירושלמי, ובשמו של רבי ינאי בתלמוד הבבלי, מציגה אפוא מטריצה חדשה שלא נדונה כלל במשנה:

רבי ינאי	בקי אומר שהחולה יאכל	בקי אומר שהחולה לא יאכל
חולה אומר שהוא יאכל	החולה אוכל	החולה אוכל
חולה אומר שהוא לא יאכל	החולה אוכל	החולה אינו אוכל

המשנה איננה דנה במפורש בסיטואציות העולות מדברי רבי ינאי, המתייחס למקרי קונפליקט בין עמדות הרופא והחולה. כפי שראינו לעיל, המשנה מודרכת על ידי עקרון סמכות המומחים, הגובר על כל שיקול אחר. רק אם אין בנמצא מומחה כלל מאפשרת המשנה להסתמך על הערכת החולה. כדי להשוות באופן ויזואלי את עמדת המשנה עם זו של רבי ינאי יקל עלינו אם נשבץ את תוכן המשנה באותה טבלה:

המשנה	בקי אומר שהחולה יאכל	בקי אומר שהחולה לא יאכל
חולה אומר שהוא יאכל	החולה אוכל	החולה אינו אוכל
חולה אומר שהוא לא יאכל	החולה אוכל	החולה אינו אוכל

על פי המשנה אפשר כמובן ליישב את דעת החולה ואת דעת המומחה בכל מקרה של הסכמה (משבצת ימנית עליונה ושמאלית תחתונה), אולם בכל מקרה של אי-הסכמה (משבצת ימנית תחתונה ושמאלית עליונה) דעתו של המומחה גוברת על זו של המטופל. לעומת זאת, על פי רבי ינאי ההתנגשות מצטמצמת למקרה שבו החולה סבור שעליו לאכול והרופא חושש שהחולה מסכן את עצמו. במקרה כזה, דעתו של הרופא גוברת על

דעתו של המטופל. לעומת זאת, כשהרופא טוען שהחולה אינו צריך לאכול אבל החולה עצמו סבור שהוא בסכנה, רבי ינאי חולק על המשנה וטוען שיהיה זה בלתי-אפשרי לא לשמוע לחולה, ולפיכך דעתו של החולה גוברת על זו של הרופא.

כיצד יש להבין את מחלוקתו של רבי ינאי עם המשנה? האופן הסביר ביותר להעריך את דעתו של רבי ינאי היא לזכור את ההקשר של ההלכה הנדונה. כפי שצינו לעיל, לאורך הפרק המשנאי כולו חוזר הנושא של הצלת נפשות. סביר להניח שרבי ינאי קרא את משנה ה' לאור הקשרה וראה גם בה ניסיון להציל את חיי החולה.³⁰ לפיכך אין זה משנה מיהו הטוען שעל החולה לאכול – החולה או הרופא. כל דעה הדורשת הזנה למטופל הנמצא בסכנה גוברת על הדעה החולקת. לפי רבי ינאי, השאלה איננה של מומחיות אלא של זהירות, ולכן, הדעה הסבורה שהחולה בסכנה היא הדעה אשר לה מוענק משקל רב יותר.

מהתלמוד הירושלמי עולה במובהק שגם הוא ראה את השיקול המרכזי כהצלת נפשות. לאחר המימרה האנונימית המקבילה לדעת רבי ינאי מציג התלמוד הירושלמי מקרה נוסף שיש להכריעו על סמך המשנה:

לא צורכא, (ד) [א] לא³¹ חולה אומר: יכול אני, ורופא אומר: איני יודע.

ר' אבהו בשם ר' יוחנן: נעשה כספק נפשות, וכל ספק נפשות דוחה את השבת.³²

מקרה זה מדגיש את שאלת הספק, המרכזית כל כך לדיון: החולה בטוח שהוא יכול להתענות, והרופא אינו בטוח מהו אופן הפעולה הנכון. ר' אבהו בשם ר' יוחנן מצהיר שמקרה זה הוא מקרה של ספק נפשות ובכך דוחה את השיקול המשנאי של מומחיות. ככל הנראה ראה ר' אבהו בכלל האמוראי פירוט בלבד של העמדה המשנאית, ולפיכך הרחיב את החשש לפיקוח נפש כדי להכריע במקרה נוסף של אי-ודאות. בנסיבות אלו משחק הספק תפקיד רב יותר מאשר במימרה המקורית המובאת באופן סתמי בירושלמי ובשמו של רבי ינאי בבבלי. בפסיקה של האמורא המוקדם, הן החולה הן הרופא קובעים את עמדותיהם באופן חד-משמעי, ולעומתה, המקרה השני שמעלה התלמוד הירושלמי רווי אי-ודאות. כיוון שהדאגה לפיקוח נפש גדולה כל כך, אפילו החשש לסיכון, שהועלה בידי הרופא, גובר על דעתו של החולה, שהוא אינו בסכנה כלל. התלמוד הירושלמי חושף

30 על רבי ינאי כאמורא מוקדם החולק על המשנה ראו יעקב נחום אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, ירושלים: מאגנס, תש"ח, עמ' 630.

31 לטרמינולוגיה של "לא צורכא" ראו לייב מוסקוביץ, הטרמינולוגיה של הירושלמי: המונחים העיקריים, ירושלים: מאגנס, 2009, עמ' 332.

32 ירושלמי, יומא ח ד, מא ע"א.

אפוא את דאגתו הגדולה לשמירה על חיי אדם בהציגו במפורש את העיקרון שלפיו כל ספק הנוגע לחיי אדם גובר על איסורי השבת ויום הכיפורים.

לב יודע מרת נפשו

הדיון בתלמוד הבבלי אינו מסתיים עם דעתו של רבי ינאי אלא ממשיך ועוסק בשאלת פשר המושג "בקיאים": האם הכוונה דווקא לריבוי של בקיאים או שמא די בבקיא אחד? בשאלה זו מנסה הסוגיה לברר את הסיבה לכך שעל פי המשנה דעת הבקיאים גוברת על דעת החולה. האם מקשיבים לבקיאים בגלל מומחיותם או משום שההלכה נקבעת על פי רוב דעות – שני בקיאים לעומת חולה אחד? בסיומו של הדיון מוצגת דעה הפוסקת שלא זו בלבד שמספר הבקיאים אינו קובע אלא אדרבה, החולה הוא שתמיד קובע:

מר בר רב אשי אמר: כל היכא דאמר, צריך אני, אפילו במאה דאמרי לא צריך – לדידה שמעינן. מאי טעמא? לב יודע מרת נפשו.³³

מר בר רב אשי, חכם בבלי בן הדור השישי, טוען שאפילו כאשר מאה מומחים פוסקים שהחולה אינו צריך לאכול, אם הוא אינו סבור כך, דעתו היא הגוברת.³⁴ הרציונל המוצע לדעתו של מר בר רב אשי הוא חלק מפסוק במשלי יד, י: "לב יודע מרת נפשו, ובשמחתו לא יתערב זר".

את דעתו של רבי ינאי אפשר להבין כמתייחסת למקרה שבו דעתו של רופא אחד ניצבת מול דעתו של חולה אחד. לעומתו, מר בר רב אשי מדגיש שכאשר החולה אומר שהוא צריך לאכול, דעתו גוברת על כל דעה אחרת. ערך החיים רב כדי כך שלהערכתו האישית, האינטימית, של החולה את צרכיו ניתנת עדיפות על פני הידע ה"אובייקטיבי" הנתמך בהסכמתם של מאה מומחים. אם נשוב לטבלה אשר בה נעזרנו לעיל נוכל לסרטט את דעתו של מר בר רב אשי כך:

33 בבלי, יומא פג ע"א. תרגום: מר בר רב אשי אמר: כל מקום שאמר [החולה] צריך אני, אפילו מאה [בקיאים] אומרים אינו צריך – לו [לחולה] אנו שומעים. מהו הטעם? "לב יודע מרת נפשו".

34 ייתכן שעיקרון זה מנוסח באופן המבוסס על הכלל "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי" (תוספתא, בבא מציעא א, י מההדרת ליברמן, עמ' 63-64); תוספתא, בבא בתרא י, א (מההדרת ליברמן, עמ' 163); גיטין מ ע"ב, סד ע"א; קידושין סה ע"ב; בבא מציעא ג ע"ב). על עיקרון זה ראו שמשון אטינגר, "הודאת בעל דין במשפט העברי" בתוך: משה בר (עורך), מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל: מוגשים לכבוד הרב פרופ' עמנואל רקמן, רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ד, עמ' 143-156.

בקיא אומר שהחולה לא יאכל	בקיא אומר שהחולה יאכל	רב אשי
החולה אוכל	החולה אוכל	חולה אומר שהוא יאכל
החולה איננו אוכל	החולה (איננו?) אוכל	חולה אומר שהוא לא יאכל

המקרה שאליו מתייחס מר בר רב אשי הוא זה שבו מומחה, או אפילו מאה מומחים, מכריזים שהחולה אינו צריך לאכול בעוד החולה אומר שהוא חייב לאכול. בניגוד למשנה, שממנה עולה שהחולה אינו אוכל במקרה זה, מר בר רב אשי סבור שהחולה צריך במקרה זה לאכול. חשוב לשים לב לכך שההסבר הניתן לדבריו שונה מאשר הדגש המוקדם יותר על חשיבות שימור החיים. מימרתו של מר בר רב אשי מדגישה את חשיבות הידע: רק לחולה יש הידע הנחוץ כדי לקבוע אם הוא באמת צריך לאכול.

מעבר זה חשוב בפני עצמו וזוקק הסבר. ישנן שתי דרכים שונות להבין את דברי מר בר רב אשי. הקריאה המצומצמת יותר מתמקדת בידע הרפואי ומתייחסת להצהרתו של החולה או של הרופא כמתודה לביורור השאלה אם החולה אכן זקוק למזון. לפי קריאה זו מוסכם שאם אפשר לבסס את צורכו של החולה במזון כדי לקיימו יש להפך את הצום ולהאכיל את החולה. לפיכך אפשר לראות במר בר רב אשי מרחיב המימרה המוקדמת יותר על חשיבות ערך החיים המובאת בסתם בירושלמי, ובבבלי מצוטטת בשם רבי ינאי. מר בר רב אשי מעוניין להדגיש שהצלת חיים חשובה כדי כך שאפילו אם יש אדם אחד הטוען שעל החולה לאכול בעוד מאה אנשים עומדים מנגד ואומרים שאל לו לאכול, מותר לו לאכול. לפי קריאה זו, גם במקרה ההפוך, אשר בו החולה ומאה רופאים אומרים שהוא אינו צריך לאכול, אבל רופא אחד אומר שהוא חייב לאכול, החולה יצטרך (ואולי אף ייכפה) לאכול.

אלא שישנן שתי בעיות בהצעה זו. ראשית, היא מניחה שמר בר רב אשי חוזר על אותו עיקרון שנקבע חמישה דורות לפניו. חזרה מעין זו אינה שכיחה בספרות התלמודית, ומלמדת על אחת מהשתיים: או שעקרונות של רבי ינאי לא התקבל באופן נרחב ולכן היה צורך לחזור ולבססו, או שמר בר רב אשי מציג חלופה לרבי ינאי; שנית, ההצעה שלפיה מר בר רב אשי חוזר ומדגיש את דברי רבי ינאי מתעלמת מהשימוש בפסוק "לב יודע מרת נפשו". השימוש בפסוק רומז לכך שעניינו של מר בר אינו רק בשימור החיים כי אם גם בידע המאפשר לחולה להחליט אם לצום אם לאו.

בחינת הפסוק המשמש לביסוס עמדתו של מר עשויה לחשוף קריאה נרחבת יותר. למילה "נפש" שבפסוק כמה משמעויות. ראשית, היא עשויה להיות מילה נרדפת

ל"עצמי", הליבה הייחודית של האדם הפרטי.³⁵ היא יכולה גם לסמן את ה"חיים", ובמובן זה היא משמשת לעתים קרובות בעברית החז"לית, כגון בביטויים "סכנת נפשות", "פיקוח נפש" או "דיני נפשות", העוסקים במקרים פליליים שעונשם שלילת החיים. מבחינה זו, הפסוק אשר בו עושה מר בר רב אשי שימוש נראה כמבליט את שאלת החשש לחיי החולה. מר מדגיש את הידע הרפואי של הפרט, והפסוק משמש הסבר לעובדה שהידע של אדם אחד גובר על הידע של מאה אחרים. מכיוון שחכמים חששו כל כך בכל מקרה של סכנת נפשות הם התירו למאה מומחים להידחות מפני דעה חולקת אחת.

עם זאת, ייתכן שלפסוק מובן חזק יותר בתוך ההקשר הספציפי של יום הכיפורים, אשר בו עוסקת הסוגיה. בעברית המקראית, הלב קשור לעתים קרובות לאינטלקט (מלכים א ג, יב; משלי טו, כג; תהלים סד, ז). כאשר המילה "לב" מופיעה לצד שורש יד"ע, יש לכך הקשר אתי ברור (משלי יב, כג; איכה ח, ה). הלב עשוי לסמן את המצפון, הסמכות שבכל אינדיוידואל, העורכת שיפוט אתי. הלב הוא מקום מושבן של המידות הטובות וכן של העברות, ולפיכך התשובה ממוקמת גם היא בלב (דברים כט, ג; ירמיהו כד, ז; יחזקאל יא, יט). יתרה מזו, השילוב בין המילים "מר" ו"נפש" מופיע במקרא בעיקר בהקשר של תלאות פסיכולוגיות. כך, חנה מתוארת כ"מרת נפש" כאשר היא מתפללת ובוכה על עקרותה (שמואל א כב, ב), וישעיהו ואיוב משיחים מתוך מרת נפש אף הם (ישעיהו לה, טו; איוב ג, כ; ז, יא; י, א).³⁶ אם כן, נראה שהפסוק במשלי בהקשרו

35 בתרבויות מסופוטמיות עתיקות סימן הלב לעתים קרובות את האינדיוידואל או את מרכז הווייתו. הלב נחשב מושבם של הרגש, הרצון והתודעה. בדומה לכך, במצרים העתיקה שוחח האל עם האדם באמצעות הלב, וכך אפשר היה להכיר את האל ולהבין את רצונו באמצעות הלב. לפי הלמוט ברונר, דימויים של האל המתגורר בתוך לבו של האדם הם שלב מוקדם ברעיון המצפון. ראו Hellmut Brunner, "Das hörende Herz," *Theologische Literaturzeitung* 79 (1954): 697–700 ובייחוד עמ' 699. כך גם הדגים יוחנן מופס כיצד בפפירוסים משפטיים מיב, "לבב" הוא סינקדוכה לאדם. ראו Yochanan Muffs, *Studies in the Aramaic Legal Papyri from Elephantine*, Leiden: Brill, 1969, pp. 176–177. הכבד (*kabbatu*) מסמן את מושבן של התשוקות העיוורות, בעוד הלב (*libbu*) הוא מושב הרגשות הנשלטים בידי הרצון, כגון התודעה, החוכמה והתבונה. בתנ"ך, הלב מתייחס רק לעתים רחוקות לאיבר הפיזי, וגם בשימוש זה הוא מתייחס למובן הרחב יותר של החוזה. לרוב מסמן הלב את אופיו המורכב של האדם, יחד עם הבשר והנפש (בראשית ו, יז; ז, טו; דברים כח, טו; איוב לד, יד).

36 ראו גם יחזקאל כז, לא; איוב כז, ב; משלי לא, ו.

המקורי עוסק במצוקה נפשית ולא פיזית.³⁷ הקשר זה של הפסוק מעניק רובד נוסף לדיון התלמודי העוסק ביום הכיפורים, יום שכולו נסב סביב "מרת נפש" פסיכולוגית.³⁸

נוסף על כך, כמה מקורות מספרות חז"ל מצטטים אף הם את הפסוק בהקשרים של ידיעה עצמית, ובייחוד הקשרים של אשמה דתית. למשל, מדרש תהלים מצטט את הפסוק בדונו באדם היכול לפסוק ללא בושה שלא עירב קדשים בכלי חולין, וטוען ש"הלב הוא שמבייש את האדם למה שידוע מה עשה ומתבייש מעצמו".³⁹ כיוון שמאכלי חולין ומאכלים מקודשים זהים לחלוטין מבחינת מראם, רק בעל המזון והכלים יכול לדעת אם חטא ורק הוא יכול להכיר באשמתו ולכפר עליה. בדומה לכך פירש ר' יונתן את הפסוק בשאלתו "למה אדם מריח ריח גפרית ונפשו סולדת לאחריה? שהנפש יודעת שהיא נידונת בה".⁴⁰ כך גם תוהה מדרש נוסף מדוע חטא שאול המלך בפנייתו אל בעלת האוב מעין דור כדי לברר אם ינצח במלחמה בפלשתים במקום לשאול באורים ותומים.⁴¹ תשובת המדרש היא ששואל נתקף חרדה נוכח אשמתו בהרג ההמוני של כהני העיר נוב וחשש לפנות לה' בצינורות התקשורת המקובלים שמא יביא על עצמו ביקורת וכעס אלוהי. הפסוק המצוטט כתמיכה לפרשנות זו של אשמת שאול הוא "לב יודע מרת נפשו".⁴² מקורות אלו חושפים מסורת מדרשית שפירשה את הפסוק ממשלי כמתייחס לידיעתם האינטימית של אנשים שונים את אשמתם הדתית.

לפיכך אפשר לדעתי להצביע על שתי פונקציות נפרדות אך קשורות שבהן מתפקד הפסוק: ראשית, הוא מעגן את הטענה לטובת העדפת הערכתו הרפואית של הפרט את מצבו על פני הערכה של סוכן חיצוני; שנית, הפסוק קושר את הידיעה האישית להקשר

37 כפי שציין חוקר המקרא וויליאם מקיין, הפסוק הוא "הערה על הפרטיות של השמחה והצער. ישנה חוויית מרירות פנימית ופרטית כל כך עד שהאינדיווידואל חייב לשאתה בבידוד ואינו יכול להעבירה אף לקרובים אליו ביותר". ראו: William McKane, *Proverbs: A New Approach*, London: SCM, 1970, p. 471 [התרגום שלי].

38 יתרה מזו, לעתים קרובות מצטטים חז"ל פסוק אחד ומכוונים לפסוקים נוספים באותו פרק. ייתכן שאין זה מקרה שכמה פסוקים מאוחר יותר מופיע הפסוק "בְּרַעְתּוֹ יִדְחֶה רָשָׁע, וְחִסָּה בְּמוֹתוֹ צְדִיק" (משלי יד, לב). חוקר המקרא וולטקה מפרש פסוק זה כמתייחס לצדיק המוכיח את נאמנותו לאל דווקא באמצעות מותו, לעומת הרשע, שגם במוותו אינו בוטח באל. ראו: Bruce K. Waltke, *The Book of Proverbs: Chapters 1–15*, Grand Rapids, MI, and Cambridge, U.K.: William B. Eerdmans, 2004, p. 608. כך סבור גם פרשן המקרא רש"י, המפרש: "כשימות הוא בטוח שיבא לגן עדן".

39 מדרש תהלים קיט, עט.

40 פסיקתא דרב כהנא יב, ט (מהדורת מנדלבוים, עמ' 209-210).

41 שמואל א, כח.

42 ויקרא רבה כו, ז (מהדורת מרגליות, עמ' תרד-תרה).

הדתי הרחב יותר של אשמה ביום הכיפורים. השימוש בפסוק מדגיש שאכילה ביום הכיפורים איננה שאלה של עברה על מצווה בלבד אלא יש לעברה זו משמעות דתית רחבה מן הרגיל. חובת הצום ביום הכיפורים הייתה לא רק ציווי מן המניין אלא גם תנאי לכפרה. חולה החש ברע צריך היה להתגבר על תחושת האשם המלווה את הפרת הצום בהכירו בכך שזניחת החובה החשובה ביותר של היום הקדוש ביותר בלוח השנה היהודי תמנע ממנו כפרה מלאה. אם כן, השימוש בפסוק מדגיש שהחולה הוא הגורם היחיד המסוגל לראות הן את ההיבט הפיזיולוגי הן את ההיבט הדתי של המשך הצום, ולפיכך הוא היחיד המסוגל לקבל את ההכרעה אם עליו לאכול או לא. מאה מומחים יכולים רק להעריך את מצבו הפיזיולוגי של החולה בעוד לחולה עצמו ישנה גישה למידע נוסף – מידע סובייקטיבי לחלוטין – החיוני במקרה זה להכרעת הדין. הקונפליקט בין הרופא לחולה אינו רק התנגשות בין עדות חיצונית לעדות פנימית או בין מידע אובייקטיבי לסובייקטיבי אלא משקף גם נקודת מפגש בין שתי תפיסות של קבלת החלטות דתיות. על פי התפיסה הסמכותנית של המשנה, הכרעה בשאלות הנוגעות לחובה דתית צריכה להתקבל בידי מומחים חיצוניים. לפי התפיסה המאוחרת יותר, לעומת זאת, הכרעה דתית היא שאלה פנימית, הניתנת בידי האדם הפרטי. לפיכך, רק האדם הפרטי יכול לשקול את הראיות הרלוונטיות ולקבל את ההכרעה הסופית.

יציאה באמצעות עריכה

בהחלט ייתכן שכוונתו של מר בר רב אשי הייתה לקריאה הצרה יותר, המדגישה את המידע הפיזיולוגי של החולה, אולם ניכר שעורכי התלמוד הבינו את כוונתו במובן הרחב יותר, הכולל מידע פסיכולוגי. לעיל ראינו כיצד נשזרו דברי רבי ינאי עם דברי העורכים הבתר-אמוראיים:

אמר רבי ינאי: חולה אומר, צריך, ורופא אומר, אינו צריך – מאכילין אותו על פי עצמו.

מאי טעמא? לב יודע מרת נפשו.

רופא אומר: צריך, וחולה אומר: אינו צריך – מאכילין אותו על פי בקי.

מאי טעמא? אונבא הוא דנקט ליה.

את המימרה הראשונה: "חולה אומר: צריך [לאכול], ורופא אומר: אינו צריך – מאכילין אותו על פי עצמו", מסביר הקול האנונימי של התלמוד בכך ש"לב יודע מרת נפשו". עד כאן עולה חלקם הראשון של דברי רבי ינאי בקנה אחד עם הקריאה המצומצמת

יותר של דברי מר בר רב אשי, המתמקדת במידע הרפואי המועדף של החולה. עם זאת, הבעיה בפירוש זה היא שהוא אינו יכול לספק רציונל התומך במימרה ההפוכה: "רופא אומר: צריך, וחולה אומר: אינו צריך – מאכילין אותו על פי בקי". כאן נכשלת הקריאה המצומצמת של דברי מר בר רב אשי כנוגעים למידע הפיזיולוגי של החולה על עצמו. לפיכך נאלצו עורכי התלמוד לנסח הסבר אחר לחלקו השני של דברי רבי ינאי:

רופא אומר: צריך, וחולה אומר: אינו צריך – מאכילין אותו על פי בקי.
מאי טעמא? אונבא הוא דנקט ליה.

סתם התלמוד מסביר שהסיבה לכך שהמלצתו של הרופא מאומצת על אף העיקרון שלפיו החולה מכיר את צרכיו יותר מכל אחד אחר היא שישנם מקרים שבהם הערכתו של החולה פגומה דווקא בגלל מידת מחלתו.⁴³ לו היו מקבלים העורכים את עקרון שמירת החיים כעקרון-על היה עליהם להסביר שדעתו של הרופא מתקבלת בגלל זהירות בנוגע לערך זה. תחת זאת הם נאלצו להציע הסבר היכול לעמוד כנגד הבנתם את עקרון "לב יודע מרת נפשו" כמתייחס לעלינות המידע של החולה על מצבו.

הסבר זה מציב תמונת מראה למודל שהנחה את המשנה. מבחינת המשנה, המומחים הם מקור המידע האופטימלי, ורק במקרה שבו אין מומחים יש לפנות לחולה; מבחינת עורכי התלמוד, לעומת זאת, החולה הוא מקור המידע האופטימלי, ורק במקרה שבו אי אפשר לשאול אותו (עקב מצב חולי קיצוני) יש לפנות אל המומחים. כך הצליחו העורכים לשכתב את מימרתו של רבי ינאי ברוח העיקרון של "לב יודע מרת נפשו", אבל נאלצו לותר על עיקרון זה בכך שהתירו את ביטול דעת החולה כאשר נקבע שהוא חולה מכדי להעריך את צרכיו שלו.⁴⁴ באופן פרדוקסלי, העורכים שילמו מחיר יקר על פרשנותם לדברי רבי ינאי בהסכימם לכך שישנם מקרים שבהם המטופל חולה כדי כך שהוא אינו מסוגל להעריך את מצבו כראוי. עקב המתח שנוצר בין הנאמנות לדברי האמורא המוקדם

43 "אונבא" הוא מצב של חוסר תחושה הקרוב לתרדמת, מאותו מוצא אטימולוגי של המילה הסורית *اُنْبَعَا*. ראו Michael Sokoloff, *A Syriac Lexicon: A Translation from the Latin, Correction, Expansion, and Update of C. Brockelmann's Lexicon Syriacum*, Winona Lake, IN, and Piscataway, NJ: Eisenbrauns and Gorgias Press, 2009, p. 1654. ראו גם עירובין סח ע"א; גדה לו ע"ב.

44 ואמנם יש בלבול גדול בכתבי היד בנקודה זו של הסוגיה, עובדה המבססת הן את הבעיה הקונספטואלית החריפה בסוגיה הן את ההערכה של יחידה זו כיצירתם של עורכי התלמוד הסתמאים (ראו פרידמן, לעיל הערה 29, עמ' 306-307). חלק מכתבי היד כוללים את ההסבר של "לב יודע מרת נפשו"; חלק את ההסבר של "ספק נפשות להקל" וחלק מנסים לשלב את שני ההסברים, המשקפים יסודות קונספטואליים שונים של הסוגיה, ללא הכרעה.

רבי ינאי לפרשנות דבריו לאור עקרון האוטונומיה של החולה פתחו העורכים פתח גם לדיכוי האוטונומיה של החולה. עם זאת, אם נעקוב אחר ההיגיון המנחה את הדיון התלמודי בשלב זה, דומה שנמצא שכל מקרה אשר בו אין החולה מאבד את השליטה ביכולותיו הקוגניטיביות אמור ליפול תחת העיקרון של "לב יודע", ועל דעת החולה לגבור על דעת הרופא. דומה אפוא שהעורכים הבינו את עמדתו של מר בר רב אשי לא רק כהרחבת עמדתו של רבי ינאי אלא כעיקרון חדשני, עיקרון שאפשר לכנותו "רעיון האוטונומיה של החולה".

מסקנה זו נתמכת בדיון תלמודי נוסף, המופיע מיד קודם הסוגיה על חולה הזקוק למזון. כזכור, המשנה השוותה בין חולה לאישה מעוברת, וקבעה שהאישה אוכלת על פי הערכתה שלה. סוגיית התלמוד על משנה זו מביאה את סיפוריהן של שתי נשים שנתקפו ברעב ביום הכיפורים. בשני המקרים ציוו חכמים חשובים ללחוץ על אוזניהן שיום הכיפורים הוא ובכך לעודדן להימנע מאכילה.⁴⁵ האישה הראשונה נתפייסה לזכר קדושת היום ונמנעה מאכילה, אולם השנייה לא הצליחה לעשות כן. התלמוד מוסר שהאישה הראשונה זכתה בכך שהפך חכם גדול, ולעומת זאת, לאישה השנייה נולד "שבתאי אצר פירי" – בן שעשק את אנשי עירו בכך שאצר פרות והעלה את מחירם בזמן רעב.⁴⁶ הזיקה בין מעשי האימהות לחטאי הבנים ברור, וכך גם האזהרה: אכילה ביום הכיפורים, גם בתנאים לגיטימיים, היא עסק מסוכן שעדיף להימנע ממנו. אכילה זו אף מוצגת כפעילות אשר גם אם אינה עברה, בכל זאת היא עלולה להביא לתוצאות לא רצויות. סיפורים אלו משקפים את המתח העמוק בין ערך החיים לבין החשש המתמיד הנוגע להשלכות הרוחניות של הפרת צום יום הכיפורים, אפילו תחת נסיבות מוצדקות. יתרה מזו, בהציבם את הסיפורים קודם הסוגיה העוסקת בחולה סימנו עורכי התלמוד (בין במודע בין לאו) שבעיית האכילה ביום הכיפורים איננה בעיה רפואית בלבד ושהיא נתונה בהכרח בסבך של השלכותיו הרוחניות-דתיות של הצום.

אכן, אם נתבונן שוב במקורות השונים שבחנו לאורך הדיון נוכל לראות כיצד יכולים היו עורכי התלמוד לקרוא את המקורות הקודמים, ובייחוד את דברי מר בר רב אשי, כמתייחסים למידע דתי ולא למידע רפואי בלבד. כך נמצאת המשנה הנדונה בתווך בין יחידה העוסקת בעינוי נפש כמנגנון המרכזי לכפרה ביום הכיפורים לבין סדרת משניות העוסקות בתשובה ובכפרה. משנה ה, העוסקת בחולה ובאישה המעוברת, נמצאת בין שתי היחידות הללו ומשמשת משנת מעבר ביניהן.

45 יומא פב ע"ב-פג ע"א. סיפורים אלו מופיעים בווריאציה קלה גם בירושלמי, יומא ח ד, מה ע"א.

46 העונש בסיפור מותאם לחטא: האם לא יכלה לעמוד בצום ועברה עברה באכילתה, ולפיכך גדל בנה להיות אדם הטרוד כל כך באוכל עד שעבר עברה בכך ששמר את האוכל לעצמו וגרם לאחרים רעב.

נוסף על כך ראינו שהמשנה קובעת שהבקיאים הם הקובעים את ההלכה. אולם לאיזה סוג של בקיאים מתכוונת המשנה? באופן מסורתי תורגמה המילה "בקיאי" ל"רופא", בעקבות הדיון בשני התלמודים. עם זאת, ייתכן שהשימוש במילה מצביע, נוסף על הסמכות הרפואית, גם על סמכות דתית. מקורות תנאיים משתמשים לעתים קרובות במונח "רופא" בהתייחסם לפעילות רפואית ברורה. לעומת זאת, המושג "בקיאי" מופיע שנים עשרה פעמים בספרות התנאית, וכמעט תמיד מורה על בקיאות הלכתית.⁴⁷ ייתכן אם כך שהמונח "בקיאי" נועד לציין משהו אחר מאשר רופא, אולי מומחיות משולבת ברפואה ובחוק הדתי בסגנון "רופא רבני", בדומה לתפיסה ההלניסטית של "רופא-פילוסוף".⁴⁸

יתרה מזו, השוואת המשנה לדברי רבי ינאי מדגישה את העובדה שהמשנה אינה עוסקת בראש ובראשונה בסכנת נפשות. המשנה מגלה את ביטחונה ביכולת קבלת ההחלטות של המומחים: הם היחידים המסוגלים לשקול את כל הראיות הרלוונטיות ולקבל את ההחלטה הטובה ביותר. לעומת זאת, דעתו של מר בר רב אשי מדגישה את הידע של החולה ודוחה את חשיבות המומחים. מעבר לכך, כפי שראינו לעיל, הפסוק שציטט מר בר רב אשי עטוף קונטציות חזקות של אשמה וכפרה. מסיבות אלו, בחינת יסודות הסוגיה דרך הפריזמה של הפסוק עשויה להניב פרשנות הממוקדת פחות בידע רפואי ויותר בידע דתי. אני מציעה שכאשר התבוננו העורכים במקורות אלו הבינו את הפסוק ובעקבותיו את דברי מר בר רב אשי כקובעים שרק החולה יכול לקבל את ההחלטה אם לצום אם לאו מכיוון שרק לו ישנו מידע מלא על אשמתו ועל הזדקקותו לכפרה. העורכים קראו את הסוגיה כמתמקדת באינדיווידואל במקום במומחה, ובידע דתי במקום (או נוסף על) ידע רפואי.

47 משנה, עירובין ד, ח: "בקי בהלכה"; משנה, סנהדרין ז, ב: "לא היה בית דין של אותה שעה בקי"; משנה, טהרות י, א: "בקי אין בהיסט"; תוספתא, כתובות ה, א (מהדורת ליברמן, עמ' 72): "בקי בחדרי תורה"; תוספתא, סנהדרין ט, א (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 428): "אין הכל בקי אין בעיבור [...] אין הכל בקי אין בשעות"; תוספתא, נגעים א, א-ב (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 617-618): "בקי בנגעים". בנוגע לבקיאותם של חכמים מסוימים בהלכה: תוספתא, יבמות יב, יא (מהדורת ליברמן, עמ' 43); תוספתא, נזירות ה, א (מהדורת ליברמן, עמ' 142); תוספתא, אהילות ד, יד (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 601).

48 על רעיון הרופא-פילוסוף (iatrophilosophos) ראו Barry Baldwin, "Beyond the House Call: Doctors in Early Byzantine History and Politics," *Dumbarton Oaks Papers* 38 (1984): 15-19; John Scarborough, "Roman Medicine to Galen," in: Wolfgang Haase and Hildegard Temporini (eds.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, Pt. II: Principat, Vol. 37, pt. 1, Berlin and New York: Walter de Gruyter, 1993, pp. 3-48. על חז"ל כמאמצים את מומחיותם של רופאים ראו Balberg (לעיל הערה 6).

מעבר זה מעלה שאלה מעניינת בנוגע למשבצת הימנית-תחתונה בטבלה, המייצגת את המקרה שבו הרופא קובע שעל החולה לאכול בעוד החולה מבקש להימנע מכך. אף שלא מר בר רב אשי ולא סתם התלמוד התייחסו בפירוש למקרה זה, התייחסות רצינית של עקרון "לב יודע מרת נפשו" עשויה להביא למסקנה שיש להתיר לחולה להימנע מאכילה גם כאשר הימנעות זו מסכנת אותו. החולה אינו חייב להקשיב לרופאים המזהירים אותו מפני הסכנה אשר בה הוא מציב את עצמו וודאי שאין כל חיוב על גורם אחר לכפות את החולה לאכול.

ואכן, אף שמקרה זה לא נדון בפירוש בסוגיה הוא היה המסד לתקדים שנוי במחלוקת בימי הביניים. רבי יצחק בן אשר (ריב"א), מבעלי התוספות, חלה ביום הכיפורים והוזהר בידי רופאו שאם ימשיך לצום ימות.⁴⁹ למרות זאת סירב ריב"א לאכול, ואכן מת.⁵⁰ הרדב"ז (ר' דוד בן שלמה אבן זמרא) נשאל על בסיס מקרה זה אם ראוי להחמיר בקיום המצוות אף במחיר אבדן חיים.⁵¹ בתשובתו החריפה הביע הרדב"ז את התנגדותו לרעיון זה אבל הציע טיעון משפטי שנועד להצדיק את הריב"א ולמנוע חשש שהוא התעלם מהדין. הרדב"ז הדגיש את חשיבות הרעיון ש"לב יודע מרת נפשו" וטען שבמקרים מסוימים ודאותו של החולה בנוגע לסופו הקרב ובא עשויה לגבור על אי-ודאותם של הרופאים בנוגע למידת הסיכויים שהחולה יחלים. הרדב"ז גם הדגיש שהצדקתו את הריב"א לא נועדה לשמש תקדים לציבור הכללי אלא מוגבלת למקרים חריגים העוסקים ביחידים רמי מעלה רוחנית.⁵²

לסיכום, מעקב אחר התפתחות הוויכוח על צומו של חולה ביום הכיפורים חושף שלושה מודלים של התייחסות להצטלבות בין קדושת יום הכיפורים לסכנת חיים. המודל המשנאי נסמך על סמכותם של מומחים גם כשהיא נוגדת את דעתו של החולה שהוא זקוק למזון; העמדה האמוראית מתמקדת באיום על החיים ומדגישה כי כל ספק – מצד החולה או הרופא – מספיק כדי להיזהר ולהתיר לחולה לאכול; הפרשנות הבתרא-אמוראית סוטה מעמדה זו ומדגישה תחתייה את חשיבות דעתו של החולה בהכרעה אם לאכול אם לאו. הצעתי שישנן שתי תפניות נפרדות אך קשורות המתרחשות לאורך

49 אפרים א' אורבך, בעלי התוספות: תולדותיהם, חיבוריהם, שיטתם, ירושלים: מוסד ביאליק, 1955, עמ' 141-148.

50 פסקי ריקאנטי, סימן קסו. בנוגע למקרה זה ראו אליעזר בן שלמה, "הימענות מטיפול רפואי מתוך 'צדקות'", אסיא מט-1 (1990): 73-81.

51 שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תמד. השו"ש, חלק ד, סימן סז.

52 בנוגע למקרה זה ראו Daniel Sinclair, *Jewish Biomedical Law: Legal and Extralegal Dimensions*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 166-167

התפתחותם של מקורות חז"ל. ראשית, מעבר מסמכותם של מומחים לאוטונומיה של יחידים; המפנה השני מתרחש במעבר בין המקורות האמוראיים לעריכה הברית-אמוראית. בניגוד לעמדותיהם של רבי ינאי ושל מר בר רב אשי, שהבינו את המשנה כמתייחסת למידע רפואי בלבד, הצעתי שמן השכבה הברית-אמוראית עולה תפיסה חדשה, המפרשת מקורות מוקדמים יותר באופן כזה שמוקד הדיון מוסט להשלכות הדתיות-רוחניות של הצום.

אוטונומיה, חסידות וכפייה בפסיקת ההלכה

המתח בין סמכותם של הבקיאים, האוטונומיה של החולה וחשיבותו של ערך החיים המשיך לקבל ביטוי לאורך פסיקת ההלכה של הראשונים והאחרונים. במבט כולל על תולדות ההלכה ניתן לומר כי העקרון של "ספק נפשות להקל" התחזק וקיבל מעמד שגבר כמעט על כל עקרון אחר. דוגמא חריפה לכך ניתן לראות למשל בפסקו של השולחן ערוך כי אף במקרה שגם החולה וגם מאה רופאים אומרים שהוא איננו צריך לאכול, אם יש שני רופאים הסבורים שהחולה צריך לאכול, מאכילים אותו.⁵³ התגברותו של ערך החיים כגובר על כל שיקול אחר הביאה אף לשאלה האם יש רק להתיר לחולה לאכול או שמא יש אף לכפותו לאכול. כך למשל, בשולחן ערוך הרב על אותו סימן מנסח רבי שניאור זלמן מליאדי את הלכת השולחן ערוך באופן חריף יותר: "אם החולה יודע בעצמו שצריך לאכול ומחמיר על עצמו ואינו אוכל עליו הכתוב אומר ואך את דמכם לנפשותיכם אדרוש וגו'. כל מקום שמותר לאכול ואינו רוצה לאכול מאכילין אותו בעל כרחו".⁵⁴

אף הרדב"ז, שראינו לעיל את הגנתו על הכלל "לב יודע מרת נפשו", הסכים במקרה אחר לכפיית החולה. הרדב"ז נשאל על מי שהרופאים הבהירו לו שיש לחלל שבת כדי להאכיל אותו (ככל הנראה מזון חם) והחולה "אינו רוצה שיתחלל בשבת בשבילו מפני חסידות, היש בזה חסידות ושומעין לו או אין שומעין לו". הרדב"ז יצא בשצף קצף כנגד השאלה ופתח את דבריו בתוכחה כי "הרי זה חסיד שוטה והאלהי"ם את דמו מידו יבקש והתורה אמרה וחי בהם ולא שימות בהם", והמשיך והסביר כי הוא איננו רואה ברצונו של השואל "שום חסידות אלא איבוד נשמה", ולפיכך "מלעיטין אותו בעל כרחו או כופין אותו לעשות מה שאמדהו, והשואל הרי זה שופך דמים".⁵⁵

עם זאת, פוסקים רבים המשיכו לשלב מרכיב אפיסטמולוגי שערער את הסמכות המוחלטת לכפות על החולה לאכול. דברים מפורסמים כתב ר' יעקב ישראל עמדין

53 שולחן ערוך, אורח חיים תריח, ד.

54 שולחן ערוך הרב, אורח חיים תריח, יא-יב.

55 שו"ת הרדב"ז, ד, סז.

(יעב"ץ), מגדולי חכמי המאה הי"ח: "בחולי ומכה שבגלוי שיש לרופא ידיעה ודאית והכרה ברורה בהם ועוסק בתרופה בדוקה וגמורה, ודאי לעולם כופין לחולה המסרב במקום סכנה בכל ענין ואופן שנתנה תורה רשות לרופא לרפאותו, כגון לחתוך בשר חי שבמכה ולהרחיב פיה ולהפיס מורסא ולחבוש שבר, אפילו בנטילת אבר (כדי להצילו ממות) [...] ועושיין כל הצריך לפקוח נפשו נגד רצונו של חולה [...] ואין הדבר תלוי בדעתו של חולה ואינו נתון ברשותו לאבד עצמו.⁵⁶ דברים חריפים אלו מצוטטים לעתים קרובות בפסיקת ההלכה כמבטאים עמדה חד-משמעית בעד כפיית החולה. אלא שמעטים שמים לב לכך שמספר שורות קודם לכן כותב היעב"ץ דברים שונים מאוד. בהתייחסו לפסיקת הרדב"ז שכוּפּים חולה לקבל תרופה בעל כרחו, מסייג היעב"ץ ואומר שדברים אלו מתייחסים למקרה "דווקא כשרוצה למנוע מהשתמש ברפואה הודאית [...] שהחמיר על עצמו מחשש איסור דשבת, אבל אם נמנע מפני שאינו מחזיקה לרפואה בדוקה, אפילו מדעת עצמו בלבד, כל שכן אם מסייעו רופא אחד (המתנגד לרופא שאומר צריך אין כופין".⁵⁷ כלומר, היעב"ץ מכיר בכך שישנו מרכיב סובייקטיבי של דעת החולה: אם החולה מטיל ספק ביעילות התרופה, אין לכפותו, אף אם יש חשש לחייו.

יתרה מזו, שאלת האוטונומיה נקשרה לעתים קרובות לשיקולי חסידות, כפי שראינו כבר לעיל בדברי הרדב"ז. באמצע המאה הי"ט דן הרב שלמה קלוגר, מחשובי מנהיגי ופוסקי פולין, במקרה של עיירה בה הורו הרופאים והרבנים לאכול ביום כיפור משום מגיפה שפשטה במקום, ואילו אדם אחד החמיר על עצמו ולא התענה. הרב קלוגר הצדיק את רבני הקהילה שהנהיגו על בני העיר להימנע מהצום, ובכל זאת פסק כי במקרה של איסור דאורייתא "כגון ביום הכיפורים, מותר להחמיר על עצמו ולאדם חשוב ראוי להחמיר על עצמו".⁵⁸ כך גם בשו"ת אבני נזר מאת הרב אברהם בורנשטיין, מייסד חסידות סוכטשוב, מצטט הוא את אביו, ר' זאב נחום מביאלה (בעל שו"ת אגודת אזוב), הדן בחולה הנמצא במצב מסוכן ואמר לו הרופאים כי הוא חייב לאכול מאכלים שאינם כשרים כדי להתרפא, ואילו החולה מבקש להחמיר על עצמו ומסרב לאכול. וכך הוא עונה:

נראה לי דלענין זה מקרי [נקרא] צדיק שמחמיר על עצמו במאכלות אסורות ובוטח בהשם יתברך אפילו במה שיש בו סכנת נפשו ואם כן אפילו מי שאינו צדיק אפילו הכי מותר לו להחמיר על עצמו במאכלות אסורות נגד הרופאים.

56 מור וקציעה, אורח חיים שכח.

57 שם.

58 שו"ת האלף לך שלמה, אורח חיים שנא.

בדברים אלו ניכרת עמדה מנוגדת לתפיסה שפיקוח נפש הוא ערך עליון הדוחה ערכים אחרים. אדרבה, דווקא הנכונות למסור את הנפש הופכת לראויה להערכה. לא זו בלבד שר' זאב נחום התייר לאדם לסכן את עצמו כדי להימנע מאכילת מאכלים אסורים, אלא שהוא ביקש להגדיר את מידת צדקתו של אדם על פי נכונותו לסכן את עצמו.

סיכום

במאמר זה עקבתי אחר מעבר יסודי שהתרחש ביחס לידע ולסמכות הנדרשים להפרת צום יום הכיפורים כדי למנוע סכנה לחייו של אדם חולה. במודל שאומץ במשנה הודגשה סמכותם של המומחים ויוחסה חשיבות שולית להערכתו של האדם הפרטי את צרכיו. הראיתי שאחת ההשלכות של התפיסה המשנאית היא שסמכותם המקצועית של המומחים גוברת אפילו על חששותיו של היחיד בנוגע לשימור חייו. המשנה מציגה את החכם כשופט העיקרי בשאלות של ייסורים, חיים ומוות. במונח זה, ישנה בהצגה המשנאית גרעין אלים, וכידוע "אלימותו של המשפט איננה רק שאלה של פרשנות; בנוסף, זוהי שאלה של התארגנות חברתית, של יישום החלטות שיפטיות ושל תרגומן של מילים למעשים אלימים."⁵⁹ כאשר חכמי המשנה מיצבו את עצמם כפרשנים של הכאב ושל הייסורים, הם אימצו את הפן הזה של הכוח שבחקיקה.

בין אם הבקיאים הנדונים במשנה זו הם אישים בעלי סמכות משפטית או אנשי מקצוע רפואיים בלבד, ברי שהמשנה מתייחסת לדעתם כאל מוחלטת וסופית. חכמים מאוחרים יותר התנגדו לעמדה זו ונקטו אחת משתי דרכים אפשריות: העמדה האמוראית המוקדמת יותר העלתה על נס את ערכם של חיי אדם וטענה שבכל מקרה של סכנה אפשרית לחיים יש לפסוק לקולא, בין אם הרופא בין אם החולה הוא הדורש זאת; לפי העמדה המאוחרת יותר, שאומצה בידי עורכי התלמוד הבבלי, רק הפרט מסוגל לזהות ולפרש את צרכיו הייחודיים ולפיכך רק הוא מסוגל להכריע אם עליו להפר את הצום כדי להתאושש. לדעתי, מעבר זה התרחש על רקע השאלה הדתית-רוחנית של הכפרה ביום הכיפורים, שנתפסה כשאלה אינדיווידואלית. ההצטלבות בין סכנת החיים לאווירה הדתית הטעונה של יום הכיפורים הביאה את חכמי התלמוד המאוחרים לדחות את המומחיות כגורם מכריע ולהציב תחתיה את האינדיווידואל כיחיד המסוגל לקבל

Austin Sarat and Thomas R. Kearns, "Making Peace with Violence: Robert Cover 59 on Law and Legal Theory," in: Austin Sarat and Thomas R. Kearns (eds.), *Law's Violence*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992, p. 228 n. 84. [התרגום שלי].

הכרעה משפטית הנוגעת לאיזון הראוי בין הכפרה לשמירת החיים. סוגיה זו מעידה על כך שהמתח בין סמכות לאוטונומיה אינו מתעורר רק בנוגע לכוח הכופה של המדינה המודרנית אלא זהו מתח מובנה בכל מערכת משפט, ובכללן מערכות משפט דתיות. על פי הצעתי, חכמי התלמוד הכירו בכך שיש להגביל את אופייה המתרחב והמשתלט של הסמכות המשפטית ולסייג את החוק כדי ליצור מרחב לאוטונומיה של הפרט.

"חותר האדם מן הנהמה"

הומניזם ימי-ביניים במשנת יצחק אבן לטיף

עדיאל זימרן

מבוא

ההומניזם המערבי המודרני מעניק לאדם מעמד מיוחד ומניח את האקסקלוסיביות שלו בעצם היותו אדם.¹ מגילת זכויות האדם מצהירה על היות כל בני האדם שווים ובעלי זכות לכבוד מעצם לידתם, ללא סייג או תנאי.² ההצדקות האינטלקטואליות בספרות המודרנית למעמדו המיוחד של האדם באשר הוא מגוונות – הן דתיות, פילוסופיות, תרבותיות ופוליטיות. אולם בפילוסופיה האריסטוטלית, שהשפעתה על ערש התרבות המערבית גדולה, מעמדו המיוחד של האדם אינו נובע מעצם היותו אדם אלא מהיותו יצור תבוני. על פי ההומניזם האריסטוטלי, בני האדם אינם שווים ולא כל בני האדם זכאים לאותו יחס של כבוד.³ בניגוד

-
- 1 James Nickel, *Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, Berkeley: University of California Press, 1987
 - 2 "All human beings are born free and equal in dignity and rights" (ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948).
 - 3 אריסטו מבטא בכמה מקומות גישה היררכית חזקה. כך למשל: "גלוי אפוא שיש בני חורין ושיש עבדים,

להומניזם המודרני, המכוון למכנה המשותף הרחב ביותר לכל בני האדם, מסמן ההומניזם הימני-בינימי את היעד האחרון שאליו צריכים בני האדם לשאוף ומלמד כיצד תפסו הוגים אלה את סגולתו המיוחדת של האדם (human). את ההומניזם האריסטוטלי, התולה את ייחודיותו של האדם בתבונות, אימצו הוגים רבים בימי הביניים ובראשם הרמב"ם.⁴ במאמר זה אבקש להציג חלופה ימני-בינימית להומניזם האריסטוטלי העולה מכתבי יצחק אבן לטיף. לשם כך אציג את תורת הנפש של אבן לטיף כפי שהיא מופיעה בספרו שער השמים ואראה שבבסיסה ניצבת ההנחה שהאדם השלם הוא יצור אוטונומי בעל רצון ובחירה הקובע חוק לעצמו ובכך נבדל מממלכת החי והצומח.⁵

אבן לטיף וספרו "שער השמים"

רבי יצחק בן אברהם אבן לטיף חי בספרד של המאה השלוש עשרה,⁶ ככל הנראה בעיר טולדו.⁷ חיבוריו של אבן לטיף שנשתמרו ונמצאים בידינו הם: שער השמים, פירוש

על פי הטבע, ואף שגם מועיל וגם צודק שיהיו אלה עבדים" (אריסטו, הפוליטיקה, תרגום: ח"י רות, ירושלים: מאגנס, תשנ"ז, א, ו, עמ' 29). רוב חוקרי אריסטו מייחסים גישה זו לגישת ההכרח אצלו. ראו Wayne Ambler "Aristotle on Nature and Politics: The Case of Slavery," *Political Theory* 15 (1987): 390–410; Larry Arnhart, *Darwinian Natural Right: The Biological Ethics of Human Nature*, New York: State University of New York Press, 1998. לגישה אחרת ראו Jill Frank, "Citizens, Slaves, and Foreigners: Aristotle on Human Nature," *American Political Science Review* 98 (2004): 91–104

4 המדרוג בין בני האדם לאור השגתם השכלית היה בעייתי במחשבה הדתית. ראו יאיר לורברבוים, "הרמב"ם על צלם אלוהים: פילוסופיה והלכה: עברת הרצח, הדין הפלילי ועונש המוות", *תרביץ* סח (ד) (תשנ"ט): 556–533; Oliver Leaman, "Maimonides, The Soul, and the Classical Tradition," in: Maha Elkaisy-Friemuth and John M. Dillon (eds.), *The Afterlife of the Platonic Soul*, Leiden: Brill, 2009, pp. 163–165

5 במקום אחר אני מראה את הגישות השונות למשמעות בריאת האדם "בצלם אלוהים" דרך הפרשנות לסיפור גן עדן וחטא האדם הראשון. ראו עדיאל זימרון, "יודעי טוב ורע: שלושה מודלים של אוטונומיה בקרב הוגים יהודים בימי הביניים" [בהכנה].

6 שרה א' הלר-וילנסקי תוחמת את חייו של אבן לטיף לשנים 1210–1280. ראו שרה א' הלר-וילנסקי, "לחקר המקורות של יצחק אבן לטיף", *דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות* ד (ב) (תשכ"ט): 317–326, בייחוד עמ' 317 הערה 1; הנ"ל, "על הנברא הראשון בראשית הקבלה ומקורותיו הפילוסופיים", בתוך: שרה א' הלר-וילנסקי ומשה אידל (עורכים), *מחקרים בהגות יהודית, ירושלים: מאגנס, תשמ"ט*, עמ' 261–276, בייחוד עמ' 262.

7 אבן לטיף מעיד על מקום מגוריו בספרד בהקדמתו לספרו שער השמים, אבל אינו מפרש את שם

קהלת, גנזי המלך, צורת עולם, צרור המור, רב פעלים. ככל הנראה הוא חיבר גם פירושים על ספר איוב ועל ספר יצירה, שלא שרדו.⁸ הספר שער השמים הוא ספרו הארוך והמקיף ביותר של אבן לטיף, ועל פי עדותו זהו גם חיבורו הראשון. אין בידינו פרטים רבים על הביוגרפיה של אבן לטיף מלבד כמה הערות אוטוביוגרפיות שהן לא יותר מרמזות קלות, שנותרו בכתביו. בהקדמה לספרו שער השמים הוא כתב: "מלאני לבי אני הדל במשפחתי והצעיר בבית אבי נער מבני גלות ירושלים אשר בספרד, הכותב ידו ליי, ובשם אלהי ישראל יכנה: יצחק בר' אברהם, המכונה אבן לטיף".⁹ כאשר מתאר אבן לטיף את ההתנגדות לספרי הרמב"ם בדורו הוא מצייץ נתון כרונולוגי המסייע בחישוב שנות פעילותו: "ופשט חבור זה בכל הארץ וישמעו אליו בני ישראל ויעשו ככל אשר צוה יי את משה, וחתכו הדינין וההוראות על פיו מהיום לששים שנה" (שער השמים, הקדמה). החיבור שאליו מכוונים הדברים הוא ספרו ההלכתי של הרמב"ם, משנה תורה, שעל פי עדותו של הרמב"ם, כתיבתו הסתיימה בשנת 1178.¹⁰ הפולמוס הראשון על כתבי הרמב"ם אכן נסב על הלגיטימציה של חיבורו משנה תורה ופרץ במכתב ששיגר רבי מאיר הלוי אבולעפיה, ראש חכמי טולדו, לחכמי לונגל ולחכמי פרובנס בבקשה לגנות את החיבור. השפעת פולמוס זה בספרד הייתה מועטה.¹¹ לאור התיארוך של אבן לטיף

עירו: "מלאני לבי אני הדל במשפחתי והצעיר בבית אבי נער מבני גלות ירושלים אשר בספרד, הכותב ידו ליי, ובשם אלהי ישראל יכנה: יצחק בר' אברהם, המכונה אבן לטיף" (יצחק אבן לטיף, "הקדמה", שער השמים, כ"י וטיקן, הספרייה האפוסטולית 335/1, דף 15 ע"א). גרשום שלום מיקם את אבן לטיף בטולדו, וכך גם הבאים אחריו. עיינו גרשום שלום (ערך לפי הרצאות של ד"ר יוסף בן שלמה), הקבלה בגירונה (פרקים בתולדות הקבלה בספרד א), ירושלים: מפעל השכפול, תשכ"ד, עמ' 109; משה חלמיש, "לטיף יצחק", האנציקלופדיה העברית, כרך כא, עמ' 656 Colette Sirat, *A History of Jewish Philosophy in the Middle Ages*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 255

8 Sirat (לעיל הערה 7), עמ' 256. על סמן אזכור יחיד בספר "גנזי המלך" מצייץ יוסי אסודרי ספר נוסף שחיבר אבן לטיף ולא שרד, ששמו: "תולדות אדם". ראו יוסי אסודרי, עיונים בהגותו של ר' יצחק נ' לטיף: דיוקן, ידיעה והכרה, נבואה, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ט, עמ' 13.

9 פירוש השורש לטיף (لطف) הוא: חניני, הדור, הדור, נאה, אדיב, מכיניי אלוהים: מיטיב ועושה חסד עם מאמיניו (דוד איילון ופסח שנער, מילון ערבי-עברי ללשון הערבית החדשה, ירושלים: מאגנס, 1994, שורש لطف, עמ' 333). על שמו של אבן לטיף ראו אסודרי (לעיל הערה 8), עמ' 303-304.

10 הקדמת הרמב"ם למשנה תורה, מהדורת וגשל, עמ' ג: "ועד זמן זה שהיא שנה שמינית אחר מאה ואלף לחובן הבית". ראו שרה א' הלר-וילנסקי, "לשאלת מחברו של ספר שער השמים המיוחס לאברהם אבן עזרא", תרביץ לב (תשכ"א): 277-295, בייחוד עמ' 293.

11 ראו יצחק בער, תולדות היהודים בספרד הנוצרית, תל אביב: עם עובד, 1965, עמ' 56-64; יצחק טברסקי, מבוא למשנה תורה לרמב"ם, תרגום: מ"ב לרנר, ירושלים: מאגנס, 1980, עמ' 384-398; Bernard Septimus, *Hispano-Jewish Culture in Transition: The Career and*

נראה שהספר חובר בסביבות שנת 1238. ההתנגדות לרמב"ם, המתוארת בהקדמה לספר, מתייחסת לפולמוס השני על כתבי הרמב"ם, המתוארך לשנים 1232-1233. פולמוס זה נסב לא רק על החיבור משנה תורה אלא גם על הרציונליזם ועל גישתו הפילוסופית הכללית של הרמב"ם, הבאים לידי ביטוי בעיקר בספרו מורה הנבוכים. מצירוף הדברים אפשר לשער שכתובת הספר שער השמים החלה בסביבות 1232 ונסתיימה בשנת 1238.¹²

רקע: הנפש וחלוקת הנפשות בהגות היוונית ובהגות היהודית

"הנפש" (anima/psuchê) הייתה מושא מחקר פילוסופי כבר בשלבים מוקדמים של המחשבה הפילוסופית ביוון.¹³ הפילוסופים הקדם-סוקרטים נתנו דעתם על קיומה של "תוספת" כלשהי הניתנת לעצם הדומם, המורכב מן היסודות, ומאפשרת לו את הפעולה הדינמית שאפשר למצוא בצומח, בחיה ובאדם.¹⁴ התוספת לחומר הדומם, המאפשרת את הפיכתו מעצם דומם לעצם דינמי, היא שכונתה בפילוסופיה היוונית "נפש". בכתביו של אפלטון מוצגת הנפש כ"מהות" שמקורה שונה ממקור החומר. לדעתו, הנפש שייכת לעולם הנצח, והיא מולחמת עם הגוף באופן מלאכותי וזמני. בשל כך, גורלה של הנפש לחזור למקורה העליון לאחר אבדן הגוף. בניגוד לכך, אצל אריסטו, הנפש אינה נפרדת מהגוף אלא היא תוצר של הרכבה מיוחדת של היסודות, המייחדת את הצמחים, את החיות ואת האדם. לדעת אריסטו, הנפש אינה סובסטנציה אלא צורה, ולכן גורלה נחרץ לאבדון עם אבדן הגוף, כמו כל תהליכי היצירה והכיליון של העולם השפל.¹⁵ שתי אסכולות אלה מופיעות בווריאציות שונות בקרב הפילוסופים הימי-ביניים שבאו

Controversies of Ramah, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982, p. 42; Idit Dobbs-Weinstein, "The Maimonidean Controversy," in: Daniel H. Frank and Oliver Leaman (eds.), *History of Jewish Philosophy*, London: Routledge, 1997, vol. 2, pp. 331-349

12 לדיון נוסף ראו אסודרי (לעיל הערה 8), עמ' 5-6.

13 David J. Furley, "The Early History of the Concept of Soul," *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 3 (1956): 1-18; Jan N. Bremmer, *The Early Greek Concept of the Soul*, Princeton: Princeton University Press, 1983

14 אריסטו מתאר את הפילוסופים המוקדמים המגדירים את הנפש על פי התנועה: "נראה שהניחו כל ההוגים הללו כי התנועה היא הדבר שמאפיין את הנפש יותר מכל". ראו אריסטו, *על הנפש*, I, ב (מהדורת מ' לוז, חיפה: אורנים, 1989, עמ' 19); Bremmer (לעיל הערה 13), עמ' 125.

15 ישראל אפרת, "תורת הנפש האימננטית במשנתו הפילוסופית של רב סעדיה גאון", בתוך: שאול ליברמן (עורך), *ספר היובל לכבוד צבי וולפסון*, ירושלים: האקדמיה האמריקנית למדעי היהדות, 1965, עמ' כה-לא, בייחוד עמ' כה-כח.

לאחר אריסטו.¹⁶ בהגות ימי הביניים הורחבו שאלות על מהותה ועל מקורה של הנפש לדיונים תאולוגיים הנוגעים לשאלות על קיומו העצמי והאינדיווידואלי של האדם: האם לאדם קיום זמני או נצחי והאם יש לו רצון ובחירה המאפשרים את תורת הגמול?¹⁷ הוגים נאו-פלטונים נטו לאמץ את תורתו של אפלטון, שלפיה הנפש האנושית היא ישות עצמית נפרדת מהגוף, המואצלת מהנפש הכללית, ובכך גם זוכה לנצחיות.¹⁸ לאור זאת הם נפטרו מהצורך בהצדקת נצחיותה של הנפש והתמקדו בדרך זיכוכה מהגוף והשבתה למקורה הרוחני. מנגד, במסורת האריסטוטלית, כדי לאפשר את נצחיות הנפש על אף היותה צורת הגוף¹⁹ נעצו פרשני אריסטו יתד בדבריו על נצחיות השכל²⁰ ופיתחו תפיסות שונות של השכלה המובילות להשגות של השכל הפועל, המאפשר את השגת הנצחיות.²¹

16 לסקירה תמציתית על כך ראו Fazlur Rahman, *Avicenna's Psychology*, London: Oxford University Press, 1952, pp. 3–8

17 אחד הפולמוסים המוקדמים בתוך הקהילה היהודית נסב על תורת הנפש. ראו Leaman (לעיל הערה 4), Sarah Stroumsa, "Twelfth Century Concepts of Soul and Body: The 'עמ' 175-163," in: Albert I. Baumgarten, Jan Assmann, and Guy G. Stroumsa (eds.), *Self, Soul and Body in Religious Experience*, Leiden: Brill, 1998, pp. 313–334

18 יצחק הישראלי, ספר היסודות (מהדורת תשכ"ח), עמ' נח, סח; אבן גבירול, תיקון מידות הנפש (מהדורת תשכ"ז), עמ' ז; אבן גבירול, מקור חיים (עורך: אברהם צפרוני, תרגום: יעקב בלובשטיין, תש"י), עמ' 368-369; יוסף אבן צדיק, עולם קטן (לייפציג, 1854), עמ' 32-37; ר' בחיי אבן פקודה, חובת הלבבות, ג, ב; ספר תורות הנפש המיוחס לר' בחיי אבן פקודה (פריו, 1893), עמ' 5. בנוגע ליצחק הישראלי ראו צבי ה' וולפסון, "מושג הבריאה-מאין במשנת יצחק הישראלי", בתוך: הנ"ל, המחשבה היהודית בימי הביניים: מסות ומחקרים, תרגום: משה מיזלש, ירושלים: מוסד ביאליק, תשל"ח, עמ' 217-224, בייחוד עמ' 218-219. בנוגע לספר תורות הנפש ראו יצחק יוליוס גוטמן, הפילוסופיה של היהדות, תרגום: י"ל ברוך, ירושלים: מוסד ביאליק, 1963, עמ' 105-114; שאול רגב, "הנפש הטהורה והנפש החמירת בספר תורת הנפש", דעת 19 (תשמ"ז): 67-77.

19 על המוטיבציה הרבה לאפשר את נצחיות הנפש מעידים חיבוריו הרבים של אבן רשד על נושא זה. אבן רשד חיבר פירוש על ספרו של אריסטו, על הנפש, כן גם סופר-קומנטר על פירוש אלכסנדר לספר זה, ונוסף על כך – ארבע איגרות על הנושא. ראו Kalman P. Bland, *The Epistle on the Possibility of Conjunction with the Active Intellect by Ibn Rushd with the Commentary of Moses Narboni*, New York: Jewish Theological Seminary of America, 1982, p. 1

20 אריסטו, על הנפש (לעיל הערה 14), III, ה (במהדורת לוז, עמ' 64).

21 השוו רמב"ם, מורה הנבוכים, א, סח, עב. ראו Shlomo Pines, "The Limitation of Human Knowledge According to Al-Farabi, Ibn Bajja, and Maimonides," in: Isadore Twersky (ed.), *Studies in Medieval Jewish History and Literature*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1979, pp. 82–109, esp. pp. 85–89; Herbert A. Davidson,

הרמב"ם עסק בכוחות הנפש בהקדמה שחיבר לפרקי אבות, ולא בספרו הפילוסופי מורה הנבוכים.²² לאור המסורת האריסטוטלית, אף שהרמב"ם מזכיר את החלוקה המשולשת של הרופאים, הוא מעדיף את חלוקת הנפש הפילוסופית לחמישה כוחות: הזן (אלגאדי), המרגיש (אלאחס), המדמה (אלמתכיל), המתעורר (אלנוועי) והדברי (אלנאטק) (שמונה פרקים, א, תרגום: אבן תבון).²³ החלק הדברי הוא הגבוה בחלקי הנפש, ומיוחד לאדם. כאשר מתאר הרמב"ם את הכוח הדברי הוא מייחס לו את יכולת ההשכלה ואת יכולת ההבחנה בין פעולה נאה למגונה:

הוא הכח הנמצא לאדם אשר בו ישכיל, ובו יהיה ההשתכלות, ובו יקנה החכמות. ובו יבדיל מן המגונה (אלקביח) והנאה (אלגמיל) מן הפעולות (שם).

בהמשך הפרק מפרט הרמב"ם את סוגי החוכמה שהנפש המדברת יכולה להשיג: סוג אחד הוא חוכמה עיונית, שהיא "ידיעת נמצאות שאינן משתנות"; הסוג השני הוא חוכמה מעשית, המחולקת למלאכת מחשבת, כגון נגרות, עבודת אדמה, רפואה וכדומה, ולמלאכה מחשבתית, שהיא בחינת ההיתכנות של מעשה כלשהו שרוצה האדם לבצע – האם וכיצד יש לעשותו.²⁴ בסיום הפרק מסביר הרמב"ם שרק בהשגת ידיעות אלה מממש האדם את תכליתו:

ודע שזו הנפש האחת אשר קדם סיפור כוחותיה וחלקיה היא כחומר, והשכל לה צורה. וכשלא הגיעה לה צורה יהיה כאילו מציאות ההכנה שבה לקבל הצורה ההיא לבטלה, וכאלו היא מציאות הבל. והוא אמרו: גם בלא דעת נפש לא טוב, רצה

Alfarabi, Avicenna, and Averroes on Intellect, New York: Oxford University Press, 1992, pp. 34–43

22 וכן במשנה תורה, הלכות יסודי התורה ד. יש הסוברים שהסיבה לכך היא שהרמב"ם חשש מהשלכותיה הפילוסופיות של תורת הנפש. ראו אליעזר שביד, עיונים בשמונה פרקים לרמב"ם, ירושלים: הסוכנות היהודית לא"י, 1989, עמ' 32.

23 על היחס בין חלקי הנפש ראו שלום צדיק, "מנגנון הבחירה אצל הרמב"ם", *AJS Review*, 38 (1) (2014): 1–18.

24 חלוקת החכמות לידיעות תאורטיות ופרקטיות מקורה אצל אריסטו, והיא מופיעה גם במורה הנבוכים. ראו חיים קרייסל, "בעיית הטוב במשנת הרמב"ם", עיון לה (תש"ן): 183–208; Arthur Hyman, "Maimonides' Classification of the Law," in: Salo W. Baron and Isaac E. Barzilay (eds.), *American Academy of Jewish Research Jubilee Volume*, Jerusalem, 1978, pp. 323–343; Shlomo Pines, "Truth and Falsehood versus Good and Evil: A Study in Jewish and General Philosophy in Connection with the 'Guide of the Perplexed' I,2," in: Isadore Twersky (ed.), *Studies in Maimonides*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990, pp. 95–157

לומר שמציאות הנפש שלא הגיעה אליה הצורה, אבל תהיה נפש בלא דעת – לא טוב (שם).

קטע זה מבהיר שאף שכל חמשת כוחות הנפש נמצאים באדם, הנפש המדברת היא מעלתו הגבוהה.²⁵ לכן, תכלית האדם היא ידיעת המושכלות והוצאת הנפש המדברת מהכוח אל הפועל.²⁶ תיאור זה של הנפש המדברת הולם את דברי הרמב"ם במורה הנבוכים בנוגע לבריאת האדם בצלם אלוהים: "ומפני ההשגה הזאת השכלית נאמר בו: בצלם אלהים ברא אותו" (מורה הנבוכים, א, א, תרגום: אבן תבון).

בפרקים העוסקים בתורת הנפש, אשר אנתח להלן, מתאר אבן לטיף את נפש האדם כחלק אורגני של הגוף, כפי שהיא מופיעה במסורת האריסטוטלית.²⁷ עם זאת, לדעתו, בשלב האחרון של תהליך ההשכלה יכול האדם להשיג את "השכל הקנוי", "שאינו גוף ואינו כוח בגוף", ובכך ישיג קיום נצחי. השגת השכל הקנוי אינה מטשטשת את זהותו הפרטית של האדם כפי שסבר אבן רשד,²⁸ אלא מאפשרת את קיומו האינדיווידואלי. ההיתכנות של קיום אינדיווידואלי נעוצה בהגדרה שונה של מושא הידיעות של "השכל

25 הרמב"ם עמד על כך שנפשו של האדם אחת. על כך ראו Marvin Fox, "The Doctrine of the Mean in Aristotle and Maimonides: A Comparative Study," in: Siegfried Stein and Raphael Loewe (eds.), *Studies in Jewish Religious and Intellectual History*, Alabama: University of Alabama Press, 1979, pp. 93–120; Daniel H. Frank, "The Moral Psychology of the Semona Peraqim," in: Robert S. Cohen and Hillel Levine (eds.), *Maimonides and the Sciences*, Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 2000, pp. 25–33

26 בנוגע למגבלות על השגות האדם ראו הרמב"ם, מורה הנבוכים, א, לו; א, נד; ב, כב; ג, ט; הנ"ל, הקדמה לשמונה פרקים, פרק ז. חוקרי הרמב"ם נחלקו באשר לדעתו בנוגע להשלכות של מגבלות אלה על הישוארות הנפש: פינס סבור שהרמב"ם נמנע מלעסוק בנצחיות הנפש במורה הנבוכים בעקבות השפעתו של אלפאראבי, אולם חוקרים רבים חלקו על מסקנה זו. ראו Pines (לעיל הערה 21); Alexander Altman, "Maimonides on the Intellect and Scope of Metaphysics," *Von der Mittelalterlichen zur Modernen Aufklaerung: Studien zur Juedischen Geistesgeschichte von Alexander Altmann*, Tübingen: JCB Mohr, 1987, pp. 60–129; Herbert A. Davidson, "Maimonides on Metaphysical Knowledge," *Maimonidean Studies* 3 (1995): 49–103. גם בהגות המוסלמית היה נושא הישוארות הנפש סלע מחלוקת בין הרציונליסטים למסורתיים. ראו Oliver Leaman, *An Introduction to Medieval Islamic Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985, pp. 87–107

27 על פרקים אלה ראו עדיאל זימון, "פרקי תורת הנפש והנבואה בספר 'שער השמים', רבי יצחק בן אברהם אבן לטיף – מהדורה בקורתית", *קובץ על יד כב (תשע"ד)*: 155–200.

28 Alfred L. Ivry, "Averroes on Intellection and Conjunction," *Journal of the American Oriental Society* 86 (1966): 76–85; idem, "Conjunction in and of Maimonides and

הקנוי". בעוד אצל מפרשי אריסטו, מושא הידע הוא העולם, אצל אבן לטיף, כפי שאבקש לטעון, הוא "המעשה הראוי". דרגה זו של השגת השכל הקנוי מאפיינת את האדם השלם ומכונה אצל אבן לטיף "הנפש הנבואית".

הגדרת הנפש וחלוקת הנפשות בספר "שער השמים"

בפרק ב של השער הראשון מגדיר אבן לטיף את המונח "נפש" על פי ההגדרה האריסטוטלית: "תכונה נפשית שקבל זה המקבל בתחלת יצירתו שבה הוא נבדל משאר אישי מינו, והיא מיחדת לו גם כן שם פרטי גזור מאותה תכונה" (שער השמים, א, ב).²⁹ הנפש איננה סובסטנציה עצמית אלא צורה מיוחדת המייחדת את נושאה מיתר הצורות. בפרק יח מציג אבן לטיף את חלוקת הנפשות של הרופאים לשלוש: נפש צומחת, נפש חיה ונפש מדברת.³⁰ על בסיס הגדרת הנפש בפרק ב מסביר אבן לטיף את מאפייניה המיוחדים של כל אחת משלוש הנפשות. המייחד את הנפש הצומחת מיתר העצמים הדוממים הוא יכולתה לקלוט ולדחות מזון מהסביבה ויכולת הרפליקציה שלה באמצעות הזרע; המייחד את הנפש החיה הוא יכולתה לחוש באמצעות חמשת החושים, לנוע לעבר המועיל ולהימלט מהמזיק. על אף השוני הפונקציונלי בין שתי הנפשות, כאשר מסביר אבן לטיף מהי תכלית פעולתן הוא משתמש באותם ביטויים: תכלית פעולתן היא לשרוד ולהתקיים. הנפש הצומחת מממשת תכלית זו באמצעות קליטת המועיל ודחיית המזיק, והנפש החיה – באמצעות רדיפה אחר הנאות לה ובריחה מהמזיק.

Averroes," in: Jean Baptiste Brenet (ed.), *Averroes et les Averroïsmes Juif et Latin*, Turnhout: Brepols, 2007, pp. 231–247

29 הציטוטים במאמר, ככל שהם לקוחים מהשער הראשון, מבוססים על עבודתו של עדיאל זימון, פילוסופיה, מסורת וסוד בספר "שער השמים" ליצחק אבן לטיף, חלק ב – מהדורה מדעית של השער הראשון לספר "שער השמים" של יצחק אבן לטיף, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים [בהכנה]. הציטוטים מיתר השערים לקוחים מכ"י וטיקן, הספרייה האפוסטולית 335/1 (– Vatican Bibl. Apostolica ebr. 335), אלא אם כן מצוין אחרת.

30 חלוקת הנפש לשלוש עתיקה מאוד ומופיעה לראשונה אצל אפלטון בספרו טימאיוס. חלוקה זו מופיעה גם אצל גאלינוס אבן סינא, אצל יצחק הישראלי ואצל יוסף אבן צדיק, שעסקו במקצועות הרפואה, ולכן מכונה גם "חלוקת הרופאים". ראו ישעיהו ליבוביץ, "גלוס", *האנציקלופדיה העברית*, י, עמ' 911–917; שמואל הרוי (עורך), *אנתולוגיה לכתבי אבן סינא*, תרגום: אביבה שוסמן, תל אביב: אוניברסיטת תל אביב – ההוצאה לאור ע"ש חיים רובין, 2009, עמ' 121; Alexander Altmann and Samuel M. Stern, *Isaac Israeli: a Neoplatonic Philosopher of the Early Tenth Century*, London: Oxford University Press, 1958, pp. 165–170. הרמב"ם הבחין בין החלוקה המשולשת של הרופאים לחלוקה המחומשת של הפילוסופים. ראו רמב"ם, שמונה פרקים, פרק א.

תיאור פעולת בעלי החיים בפרק כב	תיאור הנפש הצומחת בפרק יח
<p>וזה הטבע מניע לכל איש ואיש מב"ח לבקש הנאות לו ולברוח מהפכו [...] מפני טבע שנטבע בו מתחלת הווייתו [...] להיות רודפים אחר מחייתם.</p>	<p>וטבעה להתעורר אחר המזון ולהתעדן במציאותו, ולהצטער באפיסתו, ולהרגיש בנאות לה מן המזונות ולרדוף אחריו, ולדחות מה שאינו נאות לטבעה.</p>

בהמשך פרק יח מתוארת גם הנפש המדברת, וכפי שאראה כעת, גם היא מממשת תכלית זו באמצעות קביעת תקנות נימוסיות. הנפש המדברת מתייחדת ביכולותיה האינטלקטואליות, התאורטיות והפרקטיות: "המחשבה, וההבנה, והזכרון, והבחירה, וצורות המלאכות האומניות והנימוסיות" (שער השמים, א, יח). פעולות הנפש המדברת, המייחדות אותה מהנפש החיה והצומחת, הן חמש: מחשבה, הבנה, זיכרון, בחירה ותיקון תקנות אומניות ונימוסיות. בפרק כב, העוסק בבעיית "הבחירה החופשית", מדגיש אבן לטיף שגם מלאכות הדורשות פעולות אלה, ואפילו מלאכה של תיקון חוקים מופשטים, הן חלק מפעולה משוכללת יותר של הטבע ואינן מצביעות על תכלית שכלית. הפרק פותח בהצגת פעולות בעלי החיים הנעשות בבחירה באופן טבעי ולא על פי השכל:

כבר התבאר בדברי חכמי הטבע הקודמים, כי טבע ההרגש הנמצא בכל מין ממיני ב"ח, היא נפשם המיוחדת לכל איש ואיש מאישי המין השפל ההוא, אינו שכל כלל, ולא חכמה משאר חכמות, כי אם טבע בלבד. וזה הטבע מניע לכל איש ואיש מב"ח לבקש הנאות לו ולברוח מהפכם, כי ראות הבהמה אל העשבים כשתירעב, או המים כשתצמא, מיד תלך לבקש מחיתה. וכן ירגיש הזכר בנקבה הראויה לו, כל אחד ואחד כפי ההרגש הטבעי המיוחד בו. ואין זה מצד שהוא מכיר בקיומו במזונותיו מדת זמן, או התמדת מינו בבעילת הנקבה, אלא מפני טבע שנטבע בו מתחלת הויתו (שם, כב).

בקטע זה יוצר אבן לטיף הבחנה בין בחירה וולונטרית, הנעשית מתוך חופש מוחלט, לבין בחירה דטרמיניסטית, שהיא לכאורה בחירה, אולם היא אינה בחירה חופשית. לשם המחשת העיקרון מצביע הפרק על כך שבעלי החיים בוחרים את מזונם ואת זיווגם אולם זו איננה בחירה וולונטרית אלא אינסטינקטיבית.³¹ בהמשך הפרק מרחיב אבן לטיף עיקרון זה על חלק מפעולות האדם:

31 על ההבדל בין בחירה וולונטרית לבחירה אינסטינקטיבית ראו Arthur Hyman, "Aspects of the Medieval Jewish and Islamic Discussion of 'Free Choice,'" in: Charles H. Manekin and Menachem M. Kellner (eds.), *Freedom and Moral Responsibility: General and Jewish Perspectives*, Bethesda: University Press of Maryland, 1997, pp. 136–152

דין זה עצמו ראוי לדון על כל אישי המין האנושי כי נפשם וטבעם המיוחד להם חייבו להיותם רודפים אחר מחייתם כל אחד ואחד כפי צרכו וכפי הכנת חמרו וגם כפי הכנת המלאכות האומניות והמחשביות והנימוסיות שתוציא הנפש המדברת כמו שאמר החכם: גם את העולם נתן בלבם (קהלת ג, יא), וכי יש בטבעם לברוח מן הנזקים ולהזהר מן הסכנה על דרך הטבע לא על דרך השכל בלבד (שם).

בקטע זה יוצר אבן לטיף הקבלה בין פעולות בעלי החיים לפעולות האדם: כשם שבעלי החיים פועלים באופן אינסטינקטיבי לפי תכלית טבעית המיועדת לשימור מינם כך גם האדם. הביטויים שבהם הוא משתמש בקטע יוצרים זיקה בין תיאור ה"נפש המדברת" בפרק יח, העוסק באונטולוגיה של הנפש המדברת לפי חלוקת הרופאים, לתיאורה בפרק כב, המפרט את פעולותיה המופשטות, המייחדות אותה מהנפש החיה ומהנפש הצומחת.

פרק יח: "הנפש המדברת" לפי חלוקת הרופאים	פרק כב
הנפש המשכלת והיא המדברת, פעולותיה: המחשבה, וההבנה, והזכרון, והבחירה, וצורות המלאכות האומניות והנימוסיות, מופרטת אל המין האנושי בלבד.	כי נפשם וטבעם המיוחד להם חייבו להיות רודפים אחר מחייתם כל אחד ואחד כפי צרכו וכפי הכנת חמרו וגם כפי הכנת המלאכות האומניות והמחשביות והנימוסיות שתוציא הנפש המדברת.

דמיון זה מבהיר שלדעת אבן לטיף, גם פעולות האדם "האומניות, המחשבתיות והנימוסיות", מטרתן לאפשר את קיום האדם והעולם, בדומה לכוח הזון של הנפש הצומחת ולכוח החישה והתנועה של הנפש החיה, והן אינן נובעות משכלו של האדם אלא מטבעו.³² את הפסוק "אֵת הַכֹּל עֲשֵׂה יָפֶה יַפֵּה כְּעֵתוֹ, גַּם אֵת הָעֵלָם נָתַן בְּלִבָּם" (קהלת ג, יא) מפרש אבן לטיף בקטע המצוטט כאן בהתאם לעיקרון זה. קיומו של העולם אינו תלוי בשכל ואינו מצריך מחשבה אלא נמצא בלב.³³ הלב, לפי חלוקת הרופאים המוזכרת

על בחירת בעלי החיים ראו שלום צדיק, "בחירת האדם ורצון החיות בפילוסופיה היהודית בסוף ימי הביניים", *JSIJ* 9 (2010): 181-203.

32 השוו לדברי הרמב"ם במורה הנבוכים, א, נג. ראו זאב הרוי, "הרמב"ם ושפינוזה על ידיעת טוב ורע", עיון כח (תשל"ח): 167-185, בייחוד עמ' 180-183.

33 בהסברו של הרמב"ם להשוואה בין העולם לאדם הוא מגייד בין פעולת החיות, שהיא על דרך הטבע, לפעולת האדם, שהיא שכלית:

כי איש מאישי בעלי חיים לא יצטרך בהמשכת מציאותו אל מחשבה והשתכלות והנהגה, אבל ילך ויעשה לפי טבעו, ויאכל מה שימצא ממה שייטב לו, וישכון באיזה מקום שיזדמן לו וישכב

בפרק יח, הוא מקומה של הנפש החיה, וכשם שהחיות פועלות באופן אינסטינקטיבי ולא מושכל לפי הטבע שניתן באיבריהן כך גם הנפש המדברת של האדם. גם היא כמותן פועלת באופן "טבעי" בלא שכל.³⁴

בכמה מקומות בספרו שער השמים משתמש אבן לטיף במונח "טבע" כדי לתאר פעולה אינסטינקטיבית שתכליתה קיום הטבע. כך לדוגמה, בפרק יא, העוסק בתנועה הסיבובית של גרמי השמים, מוגדרת המילה "טבע" כך: "באומרי טבע הכוונה לבקש הנאות לאותו טבע או לברוח מהפכו, ויתכן שיגיע הגוף המתנועע אל מה שהוא מתנועע וישקוט".³⁵ תיאור זה הולם את התפיסה האריסטוטלית, שלפיה הסיבה הרביעית מבין ארבע הסיבות היא "התכלית". התכלית האריסטוטלית מניחה שלכל פרט בטבע פונקציונליות שהיא הכרחית להתמדת העולם.³⁶ אולם בעוד אצל אריסטו התכלית מכוונת לטבע ולא למעשים הנעשים מרצון בידי האדם או החיה,³⁷ בספר שער השמים, השימוש בעיקרון זה מורחב גם לפעולות החיה והאדם הנעשות מרצון:

כי כן יחייב ההרגש הנמצא בכל אישי המין לבקש הנאות להם ולברוח מהפכו כמו שנמצא גם כן בשאר ב"ח, כ"ש בהיות הבחירה טבעית באישי בני אדם. כי אפילו

עם אי זו נקבה שימצא בשעת הערת חמומו [...] אמנם האדם לבד אילו ישאר איש ממנו לבדו, נמצא שיהיה נעדר ההנהגה ושב כבהמות היה או בד [...] לא תשלם אחת מהם אלא במחשבה והשתכללות (מורה הנבוכים, א, עב, תרגום: אבן תיבון).

אולם ההשוואה בין החיה לאדם נועדה להסביר שלאדם יש מנהיג אחד כשם שלעולם יש מנהיג אחד.
 34 השוו לדברי הרמב"ם במורה הנבוכים, א, עב: "הכוח המדבר הוא כוח בגוף ובלתי נפרד ממנו". הרמב"ן סבור שבניגוד לבעלי החיים, הפועלים לפי "שכל", כלומר, מושפעים מהשכל הפועל ופועלים באופן טבעי, נפש האדם אינה מואצלת מהשכלים אלא ישירות מהאל, וכלל אינה פועלת לפי טבע. ראו יאיר לורברבוים, "קבלת הרמב"ן על בריאת האדם בצלם אלוהים", קבלה ה (תש"ס): 287-326.

35 השוו גם למקומות הללו בספר: שער השמים, א, יב; א, כג; ז, ב.
 36 אריסטו, פוליטיקה, 8, I; על השמים, 4, I; פסיקה, 8, II. על שימוש של הרמב"ם בעיקרון זה ראו רמב"ם, מורה הנבוכים, ג, יג; רמב"ם, הקדמה לפירוש המשנה, מהדורת שילת, עמ' נה, שנב. ראו שרה קליין-ברסלבי, שלמה המלך והאזוטריזם הפילוסופי במשנת הרמב"ם, ירושלים: מאגנס, 1996, עמ' 118-119, ושם, הערה 9. על ראיית הטבע כאורגן הוליסטי הפועל לתכלית אחת, שהיא הקיום, ראו David C. Lindberg, *The Beginning of Western Science*, Chicago: University of Chicago Press, 1992, p. 54

37 התפיסה המוסרית של אריסטו באתיקה הניקומאכית היא לחקות את הטבע. וכשם שהטבע פועל לשם קיומו, גם האדם צריך לפעול לפי תכלית זו, המבטיחה את שימור המין. אצל אבן לטיף, כפי שאדגיש בהמשך הדברים, המבנה הפוך: באופן טבעי, האדם פועל כמו הטבע לתכלית שימור המין, אולם ראוי לו לפעול לתכלית אחרת, שאיננה טבע. ראו הפניות לעיל, הערה 3.

הילד הקטן אלו יושמו לפניו הגחלת והמרגלית יבחר במרגלית כי טבע הבחירה הנמצא בזה המין יחייב זה (שער השמים, א, כב).

את בחירתו של הילד במרגלית ולא בגחלת לא מייחס אבן לטיף ליכולת שכלית אלא לטבע המין לפעול לשם קיומו. כשם שהכוח המתעורר של הצמח אינו כוח שכלי והוא בוחר את הנאות לו ומתרחק מהדברים המזיקים, כך רודפים בעלי החיים באופן אינסטינקטיבי אחר הנאות להם ובורחים מן הסכנה, ובאופן דומה נטוע גם בבני האדם "הטבע" לבחור בדבר המועיל לקיומם ולהתרחק מהמזיק להם. לכן, בחלק מהמקרים, גם כאשר הפעולה נעשית מתוך בחירה היא אינה מוגדרת כפעולה שכלית ורצונית אלא טבעית.³⁸ תושם אל לב הלשון אשר בה מתאר הקטע את הבחירה: "טבע הבחירה [...] יחייב זה". הבחירה אינה עומדת בסתירה לחיוב, שכן לדעת אבן לטיף אלה מישורי פעולה שונים. האדם בוחר כיצד לפעול, אולם טבע הבחירה שלו קבוע מראש. כך נוצרת הקבלה בין תכלית הפעולה של שלוש הנפשות: הצומחת, החיה והמדברת.

הצומח	החי	המדבר
ולהרגיש בנאות לה מן המזונות ולרדוף אחריו, ולדחות מה שאינו נאות לטבעה (שער השמים, א, יח).	וזה הטבע מניע לכל איש ואיש מב"ח לבקש הנאות לו ולברוח מהפכס (שם, כב).	נפשם וטבעם המיוחד להם חייבו להיות רודפים אחר מחייתם כל אחד ואחד כפי צרכו וכפי הכנת חמרו וגם כפי הכנת המלאכות האומניות והמחשביות והנימוסיות שתוציא הנפש המדברת (שם).

ארבעת שלבי ההשכלה, והשגת "שכל קנוי"

יתרת פרקים יח-יט מוקדשת לתהליך ההשכלה. אבן לטיף מפתח שם את שלבי ההשכלה ואת הגדרת השכל הקנוי. העיסוק בתהליך ההשכלה בצמוד לדיון בתורת הנפש אינו מקרי. כפי שעולה מהדברים שהצגתי עד כה, אבן לטיף אינו אווזו – לפחות באופן

38 על ההבדל בין סיבתיות להכרח ראו: Richard Sorabji, *Necessity, Cause and Blame*; Hyman ;*Perspectives on Aristotle's Theory*, Ithaca: Cornell University Press, 1980 (לעיל הערה 31).

גלוי – בתפיסת נפש אפלטונית הרואה בקיום הנפש סובסטנציה רוחנית מופשטת מחומר העומדת בזכות עצמה כפי שאפשר למצוא אצל הוגים נאו־פלטונים אחרים.³⁹ התפיסה המוצגת בפרקים יז-יח היא של נפש אורגנית והומוגנית הרואה את הנפש המדברת כחלק מגוף האדם ומייחסת גם את הפעולות האנושיות הפרקטיות לטבע המשותף לצמחים ולחיות – לרדוף אחר הנאות ולברוח מהמזיק. תפיסה זו אינה יכולה להתיישב עם המסורת הדתית. לא במובן הטקסטואלי, המציג את האדם כדואליזם של נפש וגוף: "וַיִּצְרַךְ יְהוָה אֱלֹהִים אֶת הָאָדָם עֹפֶר מִן הָאֲדָמָה וַיִּפַּח בְּאָפִיו נְשָׁמַת חַיִּים וַיְהִי הָאָדָם לְנֶפֶשׁ חַיָּה" (בראשית ב, ז), אך יותר מכך, היא אינה מתיישבת עם הדוגמה הדתית שלפיה האדם נבדל מיתר החיות ונפשו נצחית.⁴⁰ נוסף על שתי התנגשויות אלה בין תיאור הנפש המסורתית לתיאור כפי שהוא מופיע בפרקים אלה, תפיסה זו מערערת את תוקפו של הצו הנורמטיבי בתורה. לפי התפיסה הרואה את הנפש כחלק אורגני מעולם הטבע, פעילות האדם צריכה להיגזר רק מהתכלית הטבעית ולא מצו התורה.⁴¹ ההקבלה בין התכלית הטבעית לתכלית נפש האדם מובילה למסקנה שכשם שחוקי הטבע פועלים באופן אינסטינקטיבי וטרמיניסטי ללא בחירה כך פועל גם האדם למימוש התכלית הטבעית, ומתעוררת שאלת הצורך וההיתכנות של תורה ומצוות. בדומה להוגים אריסטוטלים אחרים, שאימצו את המחשבה הרציונליסטית-אריסטוטלית אבל ביקשו לשלבה עם דוגמות דתיות, גייס גם אבן לטיף את השכל כדי לגשר על פני התהום הפעורה בין המחשבה הפילוסופית למסורת ומצא בו את הפתח להחרגת האדם מהעולם השפל ולהצדקת נצחיות הנפש.⁴²

שלושת שלבי ההשכלה

אבן לטיף מונה שלוש מדרגות מובחנות המרכיבות את תהליך ההשכלה: שכל היולי (חומרי), שכל בפועל ושכל קנוי. כפי שהזכרתי למעלה, השכל ההיולי הוא "תכונה

39 ראו לעיל הערה 18.

40 הפולמוס הראשון על כתבי הרמב"ם נסב על שלילת העולם הבא ותחיית המתים של הרמב"ם. נוסף על כך, כפי שהזכרתי, אחת ממטרות הספר שער השמים היא להוכיח את נצחיות הנפש, כמובא בפרק זה: "וזו תכלית התכליות האנושיות שיעדתי לדבר בהם בזה הספר" (שער השמים, א, יח).

41 לדעתי, כך יש להסביר את דברי אבן לטיף בהקדמה לפרקים אלה: "אצטרך לחקור על אמתת הנבואה [...] כי בקיומה תתקיים הגעת מדע וצווי מאת הבורא ית' ליושבי תבל" (שער השמים, א, א).

42 מקור הדברים אצל אריסטו. בהסבירו את שני השלבים של תהליך ההשכלה הוא מתאר שני שכלים: "שכל אחד", שהוא יוצא מן הכוח אל הפועל, ו"שכל שני", שהוא המוציא מן הכוח אל הפועל. בנוגע לשכל השני מובא: "ואין [השכל המפעיל] חושב לעתים ולעתים אינו חושב. בהיפרדו [מהגוף], הוא הדבר היחיד המתקיים – ורק הוא אלמותי ונצחי" (אריסטו [לעיל הערה 20]).

בחומר". זהו מצב פוטנציאלי המאפשר את השכלת הדברים. לכן מכונה השכל ההיולי גם "שכל בכוח"; השלב השני של ההשכלה הוא כאשר האדם משכיל את כל הדברים והופך להיות "שכל בפועל". שכל בפועל אינו תיאור של ישות אונטולוגית שונה אלא מימוש הפוטנציאל של השכל ההיולי להשכיל. לכן שייך גם שלב זה לעולם השפל ואינו מזכה את האדם בנצחיות; השלב השלישי בתהליך ההשכלה מתרחש לאחר השגת השכל בפועל, והוא מכונה "שכל קנוי". השכל הקנוי אינו שייך לעולם השפל ולכן מי שמשיגו יכול לזכות בנצחיות:

ובהיות שכל בפועל תגיע לו מעלה עליונה ממעלת השכל הנפעל ונקראת השכל הקנוי, שהוא נבדל מן החומר הבדלה אמיתית [...] נמצא השכל הקנוי צורת האדם האחרונה נבדלת מן הגוף הבדלה אמיתית, והיא השלמות העליונה והתכליית שבגללה בא לעולם (שער השמים, א, יח).

מכיוון שהשכל הקנוי שונה במהותו מהשכל בפועל ואינו זקוק לחומר כלל, השגתו מבטיחה לאדם נצחיות. יתר על כן, אבן לטיף מדגיש שהשכל הקנוי, בניגוד לשכל בפועל, אינו זקוק אפילו לנפש (המדברת) של האדם:

לפיכך, כשיפרד הגוף המורכב מן היסודות ותאבדנה הנפשות שאין להם מציאות למטה אלא עם הגופים, וצריכות לגופים בכל מעשיהם, ואינן יכולות לפעול בזולת הכלים הגופים, לא תאבד הצורה הזאת לפי שאינה צריכה לנפש כלל, כל שכן לגוף (שם).

תיאור השכל הקנוי מנוגד לגמרי לדרך שבה תוארה "הנפש". בעוד הנפש האורגנית היא חלק מהעולם השפל, השכל הקנוי אינו חלק מעולם זה ואינו זקוק לא לנפש ולא לגוף. הקביעה שלפיה השכל הקנוי אינו נפש מדגישה את העובדה שהוא אינו חלק מהעולם השפל. בעוד הנפש המדברת מתוארת כשייכת לעולם הטבע באופן מלא, השכל הקנוי אינו טבע ואינו פועל לפי כללי הטבע של העולם השפל.

אבן לטיף אימץ את חלוקת העולם שרווחה בימי הביניים. העולם נחלק לשלושה חלקים: עולם השכלים, עולם הגלגלים והעולם השפל.⁴³ כל עצם בעולם מסווג לאחת משלוש הקטגוריות הללו, ולכן, אם השכל הקנוי אינו שייך לעולם השפל יש לשאול

43 ראו אבן עזרא, שמות ג, טו (מהדורת וייזר, עמ' לב): "דע כי שלושה עולמים הם, האחד הוא שפל [...] והעולם האמצעי [...] והעולם העליון". ראו גם בפירושו לשמות ו, ג. כך גם אצל רבנו בחיי, בראשית א (מהדורת שעוועל, עמ' יח): "ידוע כי המציאות כלו נחלק על שלשה חלקים: החלק הראשון עולם המלאכים, החלק השני עולם הגלגלים, החלק השלישי עולם השפל הזה". השוו גם לחלוקה המשולשת של הרמב"ם: מורה הנבוכים, ב, יא; הלכות יסודי התורה ב, ד-ה.

תחת איזו קטגוריה יש לסווגו. שתי האפשרויות הן: עולם הגלגלים או עולם השכלים. גם לעולם הגלגלים וגם לעולם השכלים קיום נצחי. ההבדל ביניהם נעוץ בכך שעולם הגלגלים מורכב מחומר ומצורה ואילו עולם השכלים מופשט מחומר. בהמשך הפרק מתואר תהליך הידבקות השכל הקנוי בשכל הפועל, וממנו אפשר להסיק שלדעת אבן לטיף יש לסווג את השכל הקנוי לעולם השכלים:

לפיכך כשתפרד הנפש מן החומר תשאיר צורה זו שהיא צורת הנפש נבדלת בלי חמר, ולא מוסד ולא דמיון חומר, ולא דמיון מוסד. ותדבק בשכל הפועל ויהיו שניהם דבר אחד. ויהיה דבוקם דבוק אמתי על דרך הדבק מושכל במושכל (שם).

דיבוקו של השכל הקנוי בשכל הפועל מתואר כיחס בין שני שכלים וכצורה נבדלת מחומר, ומכאן אפשר להסיק שהשכל הקנוי שייך לעולם השכלים ולא לעולם הגלגלים. תיאור מדרגות ההשכלה המובא בפרק יח מציג סכמה כללית ומושגית של תהליך ההשכלה ושל ההיררכיה בין השלבים השונים המרכיבים תהליך זה, אבל אינו מפרט את תוכן ההשכלה של שלושת השלבים ואינו מצדיק את חלוקת הנפש המדברת לשלושה שכלים. ראוי לציין שהפרק אינו מתאר רק תהליך אפיסטמולוגי של השכלת אובייקטים שונים אלא מתיימר להציג מדרגות אונטולוגיות של השכל: השכל ההיולי הוא שכל חומרי; השכל הפועל הוא כוח בגוף ותלוי בנפש המדברת; השכל הקנוי מנותק לגמרי מהגוף ומהנפש. כפי שהצהיר אבן לטיף בכמה מקומות, השער הראשון של הספר מוקדש להוכחות היקשיות ולא רק להצגת העובדות, ולכן יש לצפות לכך שחלוקה זו תהיה מתקפת בהוכחות רציונליות. לשם כך מפנה הפרק לשני מקורות נוספים, המשלימים את התזה המוצגת בו. המקור האחד הוא פרק יט, המוקדש להסברת מהות השכל הקנוי ולהוכחת השלבים השונים של תהליך ההשכלה: "רצוני להוסיף ביאור בענייני הנפש המדברת וענין מציאות השכל הקנוי על אמתת מהותו, עד שיהיה מובן הבנה שלימה בלא שבוש" (שם, יט). נוסף על כך מפנה הפרק לשער השני, אשר בו עומד אבן לטיף על משמעות בריאת האדם בצלם אלוהים: "ואל הצורה הזאת שהיא צורת הנפש האחרונה כוון הכתוב באמרו: נעשה אדם בצלמנו כדמותנו (בראשית א, כד), כמו שאבאר בשער השני" (שער השמים, א, יח). במקום אחר הרחבתי בנוגע לפרשנותו של אבן לטיף את בריאת האדם ואת חטא האדם הראשון.⁴⁴ להלן אדון בהרחבה בתיאור הנפש המדברת המוצגת בפרק יט ובמאפייניה.

פרק יט: בין הנפש החיה לנפש המדברת

פרק יט פותח בחזרה על חלוקת הנפשות המוזכרת בפרק יח. מטרתו היא לחדד את ההבדלים בין הנפש החיה לנפש המדברת. גם בפרק זה חוזר אבן לטיף על הקביעה שהנפש המדברת היא חלק בלתי נפרד מהאורגניזם: "כבר הודעתי כי הנפש המדברת היא כח בגוף, וכי כוחותיה ופעולותיה המיוחדות לה צריכות לגוף". התלות בגוף נוצרת בעקבות העובדה שהשכלת הנפש המדברת תלויה בחמשת החושים המפורטים בפרק יח, שהם כוחות בגוף ותלויים בו. לאור זאת מוצגת בפתח הפרק שאלה שלאורה יש לקרוא את המשך הפרק: האם ישנו הבדל מהותי בין הנפש המדברת לנפש החיה או שמא הנפש המדברת היא שכלול נוסף של כוח התאווה, הנמצא גם בנפש הצומחת וגם בנפש החיה? השאלה מבוססת על הדמיון בין הנפש החיה לנפש המדברת: שתיהן קולטות את העולם באמצעות חמשת החושים. יתר על כן, הפרק מדגיש שבחלק מהמקרים, חושי בעלי החיים אף עדיפים על חושי בני האדם: "ועוד שאנו מוצאים במקצתם שום יתרון למקצת אישי בעלי חיים על אישי המין האנושי" (שער השמים, א, יט), ואם כך, בחלק מהמקרים יש להשכלתם של בעלי החיים אף יתרון. יתרת הפרק מוקדשת להוכחה היקשית לכך שעל אף הדמיון יש הבדל מהותי בין הנפש המדברת לנפש החיה, וליתר דיוק, בין השכל הקנוי לנפש החיה.

ההבדל בין שתי הנפשות מוסבר בעזרת ההבחנה בין שתי רמות של ידיעה: הרמה הבסיסית היא ידיעה מסדר שני. ידיעה זו היא ידיעת הקשר הזמני בין האירועים, כלומר, הכרת צירופי התופעות: ההכרה בכך שהזאב טורף ועל כן יש להימלט ממנו או ההכרה בכך שהענגים מבשרים שעשוי לרדת גשם. בידיעה זו, המושגת בקליטת מידע באמצעות החושים, בני האדם ובעלי החיים שווים; הרמה השנייה היא ידיעה מסדר ראשון. בניגוד לידיעה מסדר שני, המסתכמת בהכרת התופעה, ידיעה זו היא הבנת הקשר הסיבתי בין האינדיקציה החושית המגלה את התופעה לבין הסיבה המובילה להתרחשותה: הקשר הסיבתי בין הענן לירידת הגשם. לדעת אבן לטיף, ההבדל בין שני סוגי הידיעות הוא הבדל מהותי המתבטא ביכולת לשאול על סיבת הדברים. בעבור בעלי החיים, התופעות הן נתון אמפירי קבוע הנקלט באופן פסיבי בידי החושים. האדם, לעומתם, אינו מקבל את הדברים כפי שהם, ומנגנון הקליטה של חושיו כולל פעילות אקטיבית של חיפוש אחר הקשר הסיבתי המוביל לתופעה. היכולת להבין את הקשר הסיבתי בין האירועים היא המבחינה בינו לבין בעלי החיים:

אלא שאין בעלי החיים מכירין בזו התועלת הגדולה עם שאר התועלות הנמצאות בהם באיבריהם הדרושים לכל חפציהם, ובהזמנת מזונותיהן בלי טורח באיזה מקום נמשכו עד שהגיעו אליהם אלו התועלות הגדולות. אמנם הנפש המדברת מכרת ויודעת כי כל אלו הטובות מגיעות לה מזולתה, וכשהיא חוקרת עליהן ועל

סבותיהן ועל סבות סבותיהן תשיג אז שהן נמשכות מכחות גלגליות ובאמצעות הדברים השמורים אצלה מן המורגשים, ובעזר הכוח השכלי תשיג תנועת הגלגלים ומספרם ומדתם ומשפטי הכוכבים ומעשיהם ואצילת שפע טובם על כל המצואים של מטה מהם (שם).

היכולת לתהות על סיבת הדברים קשורה ל"כוח השכלי" של הנפש המדברת, שאינו נמצא בנפש החיה. יכולת החקירה אחר הסיבות שהובילו לתופעה אינה רק תיאור להבדל בין המינים אלא גם הוכחה לכך שהנפש החיה שייכת למעמד אונטולוגי גבוה יותר ומסווגת בקטגוריה של "עולם הגלגלים" ולא של "העולם השפל". כלל הבריח שעליו מבוסס הפרק הוא: "אין המשיג יכול להשיג את המושג השגה שלמה עד שישבו המשיג ממין המושג" (שם). היכולת להבין את העילה, מחייבת שהמבין יהיה לפחות מאותו מין של העילה, ולא, יהיה הגולם יתר על יוצרו.⁴⁵ כלל זה אכנה "עקרון הזהות בין היודע לידוע", ובקצרה: "עקרון הזהות". כפי שהוזכר קודם, אבן לטיף מחלק את הבריאה לשלושה חלקים: עולם עליון, הוא עולם השכלים, עולם אמצעי, הוא עולם הגלגלים, ועולם שפל. לפי עקרון הזהות: השגת השפעת העולם האמצעי על העולם השפל תיתכן רק למי שהוא עצמו ממין העולם האמצעי. כך גם השפעת העולם העליון על העולם האמצעי תיתכן רק למי שהוא ממין העולם העליון. הדוגמה המובאת לתיקוף עקרון הזהות לקוחה מעולם החושים הפיזיקלי:

כדמיון השגת המורגשות שאין בכח הראות יכולת להשיג מהגוונין מה שיש בטבעו להשיג עד שישבו הראה ממין הנראה וכן השומע ממין הנשמע, אומנם בצורותיהן לא בחומריותן, וכן בשאר (שם).

התאוריה הפיזיקלית המוצגת בקטע גורסת שהראייה מתאפשרת באמצעות הימצאותם של כל הגוונים בעין. כאשר גוון הנמצא באובייקט פוגע בגוון הנמצא בעין נוצרת בעין תמונת האובייקט. לכן, גוון שאינו נמצא בעין, גם אם הוא נמצא באובייקט, אי-אפשר לראותו. באופן דומה מסביר אבן לטיף שכדי להבין את השפעת הגלגלים, על האדם להיות ממין הגלגלים. כלל זה פועל גם בכיוון ההפוך: כשם שכדי לראות יש צורך בהימצאות

45 הקשר בין הפוטנציאל ההכרתי למעמד האונטולוגי הוא העומד לדעת קליין-ברסלבי ביסוד הקושיה שמציג הרמב"ם במורה הנבוכים, א, ב. המקשה סובר שיכולת ההבחנה בין טוב לרע, שהיא תוצאת החטא, מלמדת על מעמד אונטולוגי גבוה יותר מהמצב של קודם החטא, שהיה חסר את יכולת ההבחנה. כך היא מסבירה את הדוגמה שמביא המקשה ושלפיה החוטא הופך להיות כוכב בשמים. לדעתה, הרמב"ם מנסה לשבור קשר זה בין המצב ההכרתי והאונטולוגי. ראו שרה קליין-ברסלבי, פירוש הרמב"ם לסיפורים על אדם בפרשת בראשית, ירושלים: ראובן מס, 1989, עמ' 61-66, 73-79, 130-131.

הגוונים בעין כך גם העובדה שהעין יכולה לראות מעידה על כך שהגוונים נמצאים בעין. מדוגמת הראייה מקיש אבן לטיף להשכלה: היכולת לתהות על סיבת הדברים מלמדת על דמיון אונטולוגי בין הדבר המושכל לשכל המשכיל אותו.⁴⁶ לאור כלל זה מסיק אבן לטיף שאם היה האדם שייך רק לעולם השפל הוא לא היה תוהה על התופעות הנצפות בעולם אלא מקבלן כמושכל ראשון שאין לחפש לו סיבה, כפי שעושים בעלי החיים. היכולת לתהות על התופעות והניסיון לחזור אחר הסיבות המובילות אליהן מלמדים על שייכותו של האדם לרובד העילות של העולם השפל, הוא העולם האמצעי. הפרק אינו מציג את עקרון הזהות רק כעיקרון אפיסטמולוגי אלא גם כמסקנה אונטולוגית על שכל האדם. בהסבירו את הדברים משלב אבן לטיף בין שני המהלכים: מצד אחד מתואר התהליך האפיסטמי של השכלת האדם את העולם, אבל מצד אחר מתואר התהליך האונטולוגי המלווה בהפנמה של הנפש בכל שלב שהיא שייכת לעולם גבוה יותר:

וכשתגיע אצל הגלגל העליון שהוא התחלת מציאות הגופים העליונים תשקוט, וגם בהשיגה אותו הגוף הנכבד בדעתה והקפתה אותו כדין היקף היודעת את הידוע תרגיש אז כי מעלת מציאותה מעולה ממעלת אותו הגוף העליון, כיון שהיא מקפת אותו בדעתה מכל צד,⁴⁷ ותצטרך לבקש מציאות מעלה עליונה אחרת שממנה נמשכת עליה ידיעה זו, ונתנה לה מציאות עליונה ממעלת מציאות הגופים (שם).

בניגוד למודל האריסטוטלי, שאותו אימץ גם הרמב"ם ושלפיו השגת הידיעות היא המקדמת את הנפש ממדרגה למדרגה, כאן מתואר תהליך הפוך: כדי להשיג ידיעה גבוהה יותר חייבת הנפש להרגיש שהיא שייכת לשלב גבוה יותר בהיררכיה הקוסמולוגית ובשל כך מתאפשר לה להתחקות אחר סיבות גבוהות יותר. לאור עקרון הזהות המוצג בפרק, שלפיו המשכיל חייב להיות ממין המושכל, מובן מדוע ההשתייכות למציאות גבוהה קודמת להשכלתה. השתייכות למציאות נתונה מאפשרת את השכלת המציאות הזאת בלבד ואינה מאפשרת השכלה של מציאות גבוהה יותר. רק הכרת הנפש בכך שהיא שייכת למציאות אונטולוגית גבוהה יותר מחוללת אצל האדם שינוי תודעתי המאפשר לו להשכיל גם את המציאות הגבוהה יותר. בפרק יח קבע אבן לטיף שלאדם יש היכולת להשיג את השכל הקנוי, השייך לעולם השכלים, וכעת הוא מוכיח שהאדם אכן שייך למין השכלים.

46 טיעון דומה מזכיר הרוי בשם ברנאט מטג'. ראו זאב הרוי, "ר' חסדאי קרשקש וברנאט מטג' על הנפש", מחקרי ירושלים במחשבת ישראל ה (תשמ"ו): 141-154, בייחוד עמ' 144 הערה 13.

47 השוו לאבן גבירול: "יוצא בהכרח שהשכל מקיף וסובב את העצמים המושכלים. על פי זה אין לשכל יכולת להשיג מה שלמעלה ממנו [...] ואם השכל משיג את כל העצמים, הרי בהכרח הוא למעלה מהם" (מקור חיים, ב, ג).

שלושת שלבי ההשכלה ושלושת העולמות

על פי עקרון הזהות, שעליו מבוסס פרק יט, ישנה התאמה מלאה בין היכולת להשיג את סיבת הדברים לבין מעמד השכל המבקש להתחקות אחר הסיבה. על פי החלוקה המשולשת של העולם, לכל תופעה ישנן שלוש סיבות מהותיות המשתלשלות מעולם השכלים והגלגלים עד הופעתן בעולם השפל. כדי להשכיל את כל שרשרת הסיבות, על האדם להשתייך למדרגה הגבוהה ביותר בשלושת העולמות, שהיא עולם השכל. בהתאם לכך מפרט הפרק את שלושת שלבי ההשכלה, המעידים על כך שהשכל המשכיל אותם שייך בכל שלב למציאות האונטולוגית שהוא משכיל. בפרק מוצגת חלוקה בין הנפש המדברת, השייכת לעולם האמצעי ולכן אינה יכולה להשכיל את העולם העליון, לבין נפש אחרת שהיא אינה הנפש המדברת, המשתייכת לעולם השכלים ובכוחה להשיגם:

כי מצד היותה כח בגוף משגת טבעי הגופים ומשפטיהם באמצעות מה ששומר אצלה מן המורגשות [1]. ומצד היותה רוחנית תשיג הדברים הרוחניים והדעות שהן כחות בגופים כמוה [2] [...] אבל המצואים שאינם גופים ולא כחות בגופים, אין הנפש המדברת שהיא כח בגוף יכולה להשיגם על אמתת מהותם (שער השמים, א, יט).

הנפש המדברת שייכת הן לעולם השפל הן לעולם הרוחני. בשל היותה "גוף" היא יכולה להשיג ידיעות ארציות כשל בעלי החיים, ובשל היותה "רוחנית", כלומר, "כוח בגוף", בכוחה להשיג ידיעות על עולם הגלגלים, שאף הוא "כוח בגוף". אולם בדומה לדברי הרמב"ם בכמה מקומות, הנועצים את המגבלה על ההשגות השכליות בעובדה שהנפש המדברת היא כוח בגוף,⁴⁸ גם אבן לטיף מתאר את תחושת הנפש המדברת, שהיא איננה יכולה להשיג את עולם השכלים:

אחר כך תצטרך לחקור על אותה דעה שהיא כח באותו הגוף העליון מאי זו מעלה נמצאת ותרגיש אז שאין לה במציאותה די להשיג המעלה העליונה שהיא חוקרת עליה שהיא מעלת השכלים הנפרדים, הקיימים במציאותם, הנקראים עולם העליון [...] לפיכך תהיה השגת הנפש המדברת הדברים הרוחניים שהם כחות בגופים כמוה, אבל המצואים שאינם גופים ולא כחות בגופים, אין הנפש המדברת שהיא כח בגוף יכולה להשיגם על אמתת מהותם (שם).

כדי לאפשר את השגת השכלים חייבת הנפש להשתייך לעולם השכלים, כלומר, להיות ללא חומר וללא גוף. זהו התהליך האחרון בשלבי ההשכלה, המבחין בין השכל בפועל לשכל הקנוי:

48 ראו רמב"ם, מורה הנבוכים, ב, כב; ג, ט; הנ"ל, שמונה פרקים, פרק ז. וראו הפניות, לעיל הערה 26.

אמנם תרגיש בעצמה כח רוחניי שכליי מתחדש עליה נכסף להשיג מעלה עליונה ממעלתה והיא השגת שכל נפרד. ואותו הכוח המתחדש נבדל במהותו ממהות הנפש המדברת בלי ספק, וכשישיג זה הכח כוונתו שבה יתעצם, שהיא השגת שכל נפרד מצוי בפעל, ישוב גם הוא שכל בפועל כמוהו ויהיה עצמו עצם השכל. וביאור זה הוא שאותה דעה המתחדשת עליה היא מעולה ויקרה מן הדעה שהשיגה בה משפטי הגופים והעניינים הרוחניים, שהם כחות בגופים כמוה. לפיכך אותה הדעה המתחדשת תשיג מציאות אחרת שאינה גוף ולא כח בגוף, מה שאין הדעה הראשונה יכולה להשיג מפני שהוא כח בגוף (שם).

כך מושלם השלב האחרון בהקבלה בין שלושת העולמות לשלושת שלבי ההשכלה: הקביעה שיש באדם חלק השייך לעולם השכלים מאפשרת את השכלת עולם השכלים, שהוא הגבוה מבין שלושת העולמות.

שלבי ההשכלה בשער השמים, א, יט	מעמדה האונטולוגי של הנפש	יכולת ההשכלה
(1) השכלת עולם השפל	הנפש המדברת היא כוח בגוף [...] מצד היותה כח בגוף משגת טבעי הגופים ומשפטיהם.	דין חמשת ההרגשות הידועות שוה במין האדם ובשאר מיני בעלי חיים.
(2) השכלת עולם הגלגלים	מצד היותה רוחנית תשיג הדברים הרוחניים והדעות שהן כחות בגופים כמוה.	תשיג תנועות הגלגלים ומסרם ומדתם ומשפטי הכוכבים ומעשיהם ואצילות שפע טובם על כל המצואים של מטה מהם.
(3) השכלת השכלים הנפרדים	תרגיש בעצמה כח רוחניי שכליי מתחדש עליה נכסף להשיג מעלה עליונה ממעלתה והיא השגת שכל נפרד.	אותה הדעה המתחדשת תשיג מציאות אחרת שאינה גוף ולא כח בגוף, מה שאין הדעה הראשונה יכולה להשיג מפני שהיא כוח בגוף.

הנפש המדברת והשכל הקנוי

בחלוקת הנפשות של הרופאים הוזכרו שלוש נפשות: נפש צומחת, נפש חיה ונפש מדברת. הנפש הצומחת והנפש החיה שייכות לעולם השפל בלבד, והן חלק מהתהוות האורגניזם, המופעל באופן מלא באמצעות טבע האיברים. הנפש המדברת יכולה להשכיל דברים מופשטים באמצעות הפשטה של המידע המושג מהחושים, ולכן היא מוגדרת "כוח בגוף". הגדרה זו תואמת את העולם האמצעי, עולם הגלגלים, משום שגם הם גופים המשכילים את השכלים הנפרדים ומכונים "כוח בגוף". אולם לנפש המדברת אין קיום עצמי משום שהיא זקוקה לגוף, שבאמצעותו היא מקבלת את ידיעותיה (באמצעות החושים). בשל תלותה בכוחות הגוף היא אינה נצחית, כמתואר בפרק יז.⁴⁹ בניגוד לנפש המדברת, שאינה נצחית, השכל הקנוי "אינו גוף ואינו כוח בגוף" ולכן נצחי. ההבדל בין הנפש המדברת לשכל הקנוי הוא בשלושה מישורים:

(1) בניגוד לנפש המדברת, אשר היא כוח בגוף, השכל הקנוי אינו כוח בגוף:

אם כן אותה הדעה המשגת אותם המצואים אינה הנפש המדבר, אלא דעת אחרת קנויה באמצעותה שאינה גוף ולא כוח בגוף⁵⁰ (שער השמים, א, ט).

(2) השכל הקנוי, בניגוד לנפש המדברת, אינו מקבל את ידיעותיו דרך החושים אלא הוא עצמו מחדש את ידיעותיו:⁵¹

לפיכך כישפרד הגוף המורכב מן היסודות ותאבדנה הנפשות שאין להם מציאות למטה אלא עם הגופים, וצריכות לגופים בכל מעשיהם, ואין יכולות לפעול בזולת הכלים הגופיים, לא תאבד הצורה הזאת לפי שאינה צריכה לנפש כלל כל שכן

49 למרות האנלוגיה בין הנפש המדברת לעולם הגלגלים. הסיבה לנצחיות עולם הגלגלים נעוצה בחומר שלהם, שאינו כלה. אם היה חומר הגלגלים כלה כחומר של העולם השפל, גם עולם הגלגלים לא היה נצחי. ראו שער השמים, א, טז.

50 השוו לתיאור הדבקות של אבן עזרא:

והעולם העליון הוא עולם המלאכים הקדושים, שאינם גופות ולא בגופות כנשמת האדם, ומעלותם נשגבו מדעות הנקלות כנגדם. וכל זה העולם כבוד וכולו עומד, ואין תנועה בשינוי בערך, רק מעמד איננו בעצמו רק בשם הנכבד לבדו. ונשמת האדם ממינם, ומקבלת כח עליון כפי מערכת המשרתים, וכל המשרת כנגד הצבא הגדול בעת הבראו. ואם תחכם הנשמה תעמוד בסוד המלאכים ותוכל לקבל כח גדול מכח עליון שקבל על ידי אור המלאכים. אז יהיה דבק בשם הנכבד (אבן עזרא, הפירוש הארוך, שמות ג, ט).

51 בהקשר זה יש להשוות את דברי אבן לטיף לגישתו של אבן סינא. ראו Amira Eran, "Intuition and Inspiration: The Causes of Jewish Thinkers' Objection to Avicenna's Intellectual Prophecy (Hads)," JSQ 14 (2007): 39–71

לגוף, לפי שהיא שכל בפועל נבדל מן הגוף הבדלה אמיתית. ואינה צריכה לכלים לפעול בהם, כי היא בעצמה פועלת פעולותיה (שער השמים, א, יח).⁵²

(3) נוסף על מישורים אלה, מושא ההשכלה של השכל הקנוי שונה ממושא ההשכלה של הנפש המדברת. הנפש המדברת משכילה את עולמות החומר והגוף, שהם עולם השפל ועולם הגלגלים, ואילו השכל הקנוי משכיל את השכלים, הנפרדים מחומר ומגוף. הבדל זה קשור להבדל הקודם: מכיוון שהוא משכיל את עצמו הוא אינו זקוק לכלים (חושים) המאפשרים קליטה של ידיעות חיצוניות:

היא בעצמה פועלת פעולותיה והן השכלת הצורות העליונות השכליות, שאינן גופים ולא כחות בגופים, עד שתדמה להם, ומשגת בוראה יתברך כפי מעלתה (שם).

בגלל הבדלים אלה בין השכל הקנוי לשכל החומרי והרוחני נוצר הבדל נוסף, שהוא תוצאה של תהליך ההשכלה. בעוד בהשכלת עולם החומר – אף שהיא מחייבת שהמשכיל יהיה במעמד הקיומי של האובייקט המושכל – השכל אינו הופך להיות המושכל עצמו, השכלת השכל הקנוי מחוללת בשכל עצמו שינוי והופכת אותו להיות זהה לדבר המושכל:

אותו הכח המתחדש נבדל במהותו ממהות הנפש המדברת בלי ספק, וכשישיג זה הכח כוונתו שבה יתעצם, שהיא השגת שכל נפרד מצוי בפעל ישוב גם הוא שכל בפועל כמוהו, ויהיה עצמו עצם השכל (שם, ט).

שינוי מורפולוגי זה הוא ההסבר לכך שהשגת השכל הקנוי מביאה לנצחיות בעוד השכלת השכל החומרי אינה מביאה לכך. השכל הקנוי מאפשר את השכלת השכלים הנפרדים, ובאמצעותה הופך השכל הקנוי להיות שכל נפרד בעצמו. מכיוון שהשכלים הנפרדים אינם חומר ואינם גוף, קיומם נצחי. לכן, השגת השכל הקנוי מזכה את האדם בקיום נצחי.

פעולה בניגוד לתכלית הטבעית: הוכחה להשתייכות האדם למין השכלים

על פי עקרון הזהות, יכולתו של האדם לחקור את עולם הטבע ולתהות על סיבות הדברים מעידה על השתייכותו לעולם הגלגלים. באופן דומה, יכולתו לחקור את עולם הגלגלים מלמדת על שייכותו לעולם השכלים. את עליונותו על החיות ואת השתייכותו לעולם הגלגלים אפשר להבין בעזרת פערי החשיבה המהותיים בינו לבין החיה בכל הנוגע להבנה מופשטת של קשרי סיבה ותוצאה. אולם תחושת העליונות על הגלגלים שמתאר אבן לטיף בפרק יט: "תרגיש אז כי מעלת מציאותה מעולה ממעלת אותו הגוף העליון [...]"

52 השוו קטע זה לרמב"ם, הלכות יסודי התורה ד, ט.

ונתנה לה מציאות עליונה ממעלת מציאות הגופים" (שער השמים, א, יט), דורשת הסבר. מהי תחושת העליונות של האדם על עולם הגלגלים ומהו תוכן השכלת "השכלים הנפרדים" המאפשר לאדם לשאול על עולם הגלגלים? לשאלה זו תיתכנה, באופן תאורטי, כמה תשובות: האחת – קיומו של חוק טבע מופשט שלפיו פועלים חוקות שמים וארץ, הוא השכל הנפרד המניע את הגלגלים, שאותו יכול האדם להשיג.⁵³ לפי הסבר זה, היחס בין השכלים לגלגלים כמוהו כיחס בין המדע המתמטי למדע הפיזיקלי לפי חלוקת המדעים האפלטונית: הכרת השכל היא הכרת החוק המופשט וניסוחו התאורטי, בעוד הכרת עולם הגלגלים היא הכרת התופעות הפיזיקליות, המצייתות לחוק המתמטי.⁵⁴ אולם תשובתו של אבן לטיף שונה: השיוך לעולם השכל הוא המאפשר לאדם לפעול בניגוד לתכלית הטבעית. ה"הפעלות הטבעית" משותפת לאדם ולבעלי החיים ומשקפת את הטלוס (telos) של עולם הטבע, הפועל לקיום עצמו. יכולת הפעולה בניגוד לטלוס הטבעי יכולה להיות מוסברת רק בהשתייכות לעולם השכלים. לדעת אבן לטיף, עולם השכלים שונה מעולם הגלגלים ומהעולם השפל בכל הנוגע לתכלית המניעה את העולמות: בעוד שני עולמות אלה (השפל והגלגלים) פועלים לתכלית קיומו של העולם השפל, עולם השכלים מכוון לתכלית אחרת שאינה קשורה לעולם השפל. אפרט את ההבדל בין עולם השכלים לעולם הטבע ואסביר את השלכותיו על תכלית העולמות.

הזכרתי למעלה שאבן לטיף סובר שגם פעולת החי וגם פעולת האדם, תכליתן שמירת המין,⁵⁵ והן אינן פעולות שכליות אלא טבעיות. אצל בעלי החיים, האיברים הם המכתיבים את הפעולה: "אינו שכל ואינו חכמה משאר החכמות כי אם טבע בלבד" (שם, כב). אצל בני האדם, לעומת זאת, הנפש מצטרפת לטבע, ושניהם מפעילים את האדם לשמירת מינו: "דין זה עצמו ראוי לדון על כל אישי המין האנושי כי נפשם וטבעם המיוחד להם חייבו להיותם רודפים אחר מחייתם" (שם). הנפש, כפי שעולה מהמשך הפסקה, היא

53 ככל הנראה זו הידיעה שמתאר הרמב"ם כמנועה מהשכל האנושי בשל היותו כוח בגוף. במורה הנבוכים, ב, כד, במקום שבו מסביר הרמב"ם את הקושי בהבנת העולם העל־ירחי, הוא מתייחס לסתירה בין העולם המתמטי לעולם התופעות הפיזיקלי, ומסיים את הפרק בפסוק "השמים שמים לה'". כלומר, הידיעה הגבוהה המנועה מהאדם היא החוק שעל פיו נוהג העולם העל־ירחי. ראו לעיל הערה 26.

54 הביטוי לעליונות המדע המופשט הוא מעמדה הגבוה של המתמטיקה בחלוקת המדעים האפלטונית לעומת זו האריסטוטלית. אבן לטיף מדגיש את חשיבות מדע המתמטיקה ורואה בו חכמה ראשונה: "חכמת החשבון קודמת לשאר הלימודיות" (שער השמים, ב, ב). ראו צבי ה' וולפסון, "חלוקת המדעים בפילוסופיה היהודית בימי הביניים", המחשבה היהודית בימי הביניים: מסות ומחקרים, תרגום: משה מיזלש, ירושלים: מוסד ביאליק, תשל"ח, עמ' 138-176. בנוגע לחלוקת המדעים אצל אבן לטיף ראו אסודרי (לעיל הערה 8), עמ' 151-173.

55 על מושג השמירה ראו Warren Zev Harvey, "Gersonides and Spinoza on Conatus," *Aleph* 12 (2012): 273-297

הנפש המדברת, אשר אף שיש לה כוחות שכליים הזקוקים לגוף,⁵⁶ היא מאפשרת לאדם את הבנת המציאות ברמה מופשטת וגבוהה מהבנת בעלי החיים, אשר פועלים רק על פי איבריהם. כפי שהוסבר, הנפש המדברת מאפשרת לא רק את קיום הפרטים אלא גם את קיום חברה: "הכנת המלאכות האומניות והמחשבויות והנימוסיות" (שם). עם זאת, אף שישנו הבדל ברמת התחכום בין פעולת החיה לפעולת האדם, אבן לטיף מדגיש שנפש זו איננה שכל ופועלת לפי טבע בלבד, כלומר, פועלת פעולה הכרחית לתכלית הטבעית של שימור המין.⁵⁷ בניגוד לכך, פעולה שתכליתה בחירה בטוב גם במקרים שבהם הוא סותר את תכלית הטבע היא פעולה שכלית:

המעשים הרצויים המתמידים, ממלאים את הנפש מהפכיה ומקנין לה תכונות נפשיות הנקנות בהתעסקה בעבודת השכל האמתי. וביאור זה, כי המכריע פעולות הטוב על פעולות הרע בבחירתו, לא ימלט מהיותו שום שכל באיזו מעלה שיהיה (שם, כד).

לפי העיקרון המובא בפרק יח, הקובע שיכולתו של האדם לתהות על הסיבתיות בעולם הטבע מלמדת על השתייכותו לעולם גבוה יותר, אפשר להסביר גם את תחושת עלינותו של האדם על הגלגלים, כך: יכולתו של האדם לבחור ולהכריע נגד הטבע, כלומר, לבצע פעולה שבהתחשב בתכלית הטבעית של שימור המין נתפסת כמעשה עוועים, מלמדת על כך שישנו אצל האדם מרכיב שכלי שאינו מציית לתכלית הטבע, המאפשר מעשים אלה. לדעת אבן לטיף, מרכיב זה הוא "השכל הקנוי", וזו הראיה לכך שהאדם שייך לעולם השכלים. תחושת הנפש המתוארת בפרק יט, שלפיה האדם מרגיש שהוא שייך לעולם גבוה יותר מעולם הגלגלים, היא התחושה שראוי לפעול לא רק לתכלית טבעית של שימור המין אלא גם לשם תכלית אחרת. מכיוון שהפעולה לשם התכלית האחרת מתבצעת גם במקרים שבהם היא סותרת את התכלית הטבעית, האדם נחלץ מפעולה אינסטינקטיבית, ובניגוד לבעלי החיים יש לו יכולת בחירה וולונטרית. על כך יורחב להלן.

עולם הטבע ועולם השכל

כפי שהזכרתי למעלה, במשנתו של אבן לטיף מחולק העולם לשלושה חלקים: עולם עליון, עולם אמצעי ועולם שפל. חלוקה זו היא חלוקה אונטולוגית, המבחינה בין העולמות על בסיס המהויות השונות המרכיבות כל אחד מהם: העולם העליון מופשט

56 בהמשך הפסקה מודגש שגם נפש זו מונעת בידי גורם חיצוני: "אין סבת תנועתו לאותו מקום מצד עצמו בלבד כי אם מצד המניע הנמצא מחוץ כשהוא מתאוה אליו" (שער השמים, א, כב).

57 "כי נפשם וטבעם המיוחד להם חייבו להיות רודפים אחר מחייתם" (שער השמים, א, כב).

מחומר,⁵⁸ עולם הגלגלים מורכב מחומר הגלגלים, והעולם התחתון מורכב מחומר היולי.⁵⁹ אולם במקביל לחלוקה זו אפשר למצוא בשער השמים חלוקה נוספת, המבחינה בין עולם הטבע לעולם השכל.⁶⁰ עולם הטבע מכיל גם את העולם האמצעי – עולם הגלגלים – וגם את העולם השפל, ואילו עולם השכל מכיל רק את השכלים הנפרדים. החלוקה בין עולם השכל לעולם הטבע מוצגת אף כמהותית יותר מהחלוקה לשלושת העולמות. בפרק ז של השער הראשון מסביר אבן לטיף את דרשתו של ר' תנחומא, הקובעת שישנם שבעה דברים שנבראו קודם בריאת העולם:

וכן אמר ר' אבא: תורה קדמה לכסא הכבוד,⁶¹ וזה אמת ונאות אל המציאות. אבל קדימה זו היא במעלת מציאות, והיא קדימת עולם השכל לעולם הטבע, לא קדימה זמנית, והנה גם זה מבואר (שער השמים, א, ז).

אף שעולם השכל ועולם הטבע נבראו יחדיו, "מעלת מציאותו" של עולם השכל גבוהה ממעלת מציאותו של עולם הטבע.⁶² ההסבר לעליונותו של עולם השכל מופיע בפרק ט:

כי עצמם ומהותם הוא עצם השכל. לפיכך הם קיימים תמידים לא ישיגם הפסד ולא שינוי ולא שום מקרה ממקרה הגופים.

עולם השכלים נפרד מהחומר, ולכן ישנה בו זהות של השכל, המשכיל והמושכל. לפי ההגדרה שקבע אבן לטיף בפרק ב, רק מציאות אשר בה קיום הדבר מחוץ לשכל זהה לקיומו בשכל היא מציאות אמיתית, ולכן השכלים קרובים יותר למציאות האמיתית מאשר עולם החומר, אשר בו ישנה תמיד שניות של מהות וקיום. גם הגלגלים שייכים לעולם הטבע ומורכבים מחומר, ואינם משכילים במהותם, ולכן קיומם נחות מקיום השכלים:

כל הגלגלים והכוכבים בעלי נפש והשכל, והם חיים ומשיגים בוראם כל אחד ואחד כפי מעלתו. ומשיגים את עצמם ואת הצורות הנפרדות של מעלה מהם, ורמזי

58 "העולם העליון הוא הנקרא עולם השכל, והוא מציאות השכלים הנפרדים הרוחניים, ואנו קוראים שמים מלאכים. ואלו השכלים מעלת מציאותם גדולה על שאר מעלות המצואים" (שער השמים, א, ט).

59 "בין חמר הגלגלים וחמר הכוכבים הפרש גדול מבואר והוא עובר הראות בחמר הגלגלים מה שאין כן בכוכבים שהם גופים עבים, רצוני בזה שאין הראות עוברת בהם. וכן נמצא הפרש הגדול ביניהם מצד התנועה התמידית שנתיסדו בה הגלגלים וההשקט התמידי שנת יחדו בה הכוכבים" (שער השמים, א, ו).

60 בנוגע לנפש הפילוסופית מובא: "ולהבדיל בין עולם השכל ועולם הטבע" (שער השמים, א, כ).

61 "אמר ר' אבא בר כהנא: התורה קדמה לכסא הכבוד, שנאמר: 'י קני ראשית דרכו, קדם מפעליו מאו (בראשית רבה, א, ד [מהדורת תיאודור-אלבק, עמ' 6]).

62 עיקרון זה חוזר במקומות נוספים. ראו שער השמים, א, ט; א, יג.

הכתובים מעידים על זה, והשגתם מעוטה מהשגת השכלים הנפרדים לפי שאינם משכילים במהותם כהם, כי אם בדבר נוסף על מהותם (שם, טז).⁶³

ההבדל בין עולם הטבע לעולם השכל נעוץ בכך שעולם הטבע חומרי ועולם השכל נפרד מחומר. אולם לא עובדה זו היא המבחינה בין העולמות אלא ההשלכה הנגזרת ממנה, והיא התכלית השונה של עולם השכל ושל עולם הטבע. הראיתי קודם שתכלית עולם הטבע היא הפעילות להתמדת קיומו. דבר זה נובע מהעובדה שעולם הטבע מורכב מחומר, ולכן תכליתו לשרוד. לולא הייתה תכליתו כזאת הוא היה חדל. אולם בניגוד לתכלית עולם הטבע להתקיים, תכלית עולם השכל, שהוא נצחי, היא להשכיל:

הנה התבאר כי התכלית האחרונה והטובה שאין למעלה ממנה, והחיים שאין אחריהם מות, היא העולם הבא, והוא עולם השכל ועניינו הדבק הנפש בעולמה העליון, והוא השכל הפועל, עד היותה היא והוא דבר אחד (שם, כו).

היחס בין הקיום לתכלית הוא היוצר את מעגל הקסמים שאבן לטיפ מנסה לפרוץ: עולם הטבע, בהיותו מורכב מחומר, תכליתו לשרוד ולהתקיים. בניגוד אליו, עולם השכל, שאינו עשוי מחומר והוא בעל קיום נצחי, תכליתו אינה עצם הקיום אלא תוכן הקיום, שהוא ההשכלה. פער זה בין התכליות השונות של העולמות הכרחי בהינתן השוני בין זמניותו של עולם הטבע, המוכתבת בידי החומר, לנצחיותו של עולם השכל.⁶⁴ מכיוון

63 "כל הכוכבים והגלגלים כולם בעלי נפש ודעה והשכל הם, והם חיים ועומדים ומכירים את מי שאמר והיה העולם, כל אחד ואחד לפי גודלו ולפי מעלתו, משבחים ומפארים ליוצרם כמו המלאכים. וכשם שמכירים את הקדוש ברוך הוא כך מכירים את עצמן ומכירים את המלאכים שלמעלה מהן. ודעת הכוכבים והגלגלים מעוטה מדעת המלאכים וגדולה מדעת בני האדם" (רמב"ם, הלכות יסודי התורה ב, ט).

64 שני מישורים אלה, של השכל ושל הטבע, המתוארים כמישורי פעולה שונים בשל תכליתם השונה, מעלים את השאלה אם ישנה תכלית לעולם, כלומר, לעולם הטבע, מלבד עצם קיומו. נדמה לי שזו כוונתו של אבן לטיפ בהקדמתו לספר:

הכוונה הראשונה הכוללת שאר מיני הכונות הנכללות בו, אע"פ שרובן קודמות אותן במציאות ובמעלה, היא לחקור אם מן הראוי לנו לבקש תכלית לזה העולם המצוי בכללו, או לחלק מחלקיו, אם מצד חקירה תורנית, אם מצד חקירה עיונית, או מצד שתיהן כאחת. מאחר שדעת תורתנו ואמונתנו, עם הסכמת קצת עיונית וחקירתנו, מכריעים חדושו על קדמותו, בהכרעות נאמנות ראויות לסמוך עליהם כל חכם תורני, כמו שאבאר היטב בזה הספר בעה"י. ואין רצוני באמרי "תכלית", לדבר על תכלית הכונה במציאות העולם כמו שמבקשים למלאכות הטבעיות והאומניות, הסבה התכליתית הנכבדת שבארבע מיני הסבות. כי התכלית היא, ר"ל תכלית מציאות המציאות השכליים הטבעיים, תגיע אל חפץ הבורא ית' או אל גורת חכמתו, ושם ינוחו יגיעי כח המשתדלים להוציא כונתם חקירתם לידי מעשה. אמנם אשים כונת חקירה זו אם הוא מכת האיפשר לשום לעולם בכללו זמן קצוב או לחלק מחלקיו, ורצוני בחלקים הוא

שתכלית עולם הטבע מוכתבת בידי החומר, אם יתואר מצב אשר בו תשתנה התכלית משמירת המין, הדבר יביא לאבדון.⁶⁵ אבסורד זה מתואר בידי אבן לטיף במילותיו של דוד המלך, התווה על כך שצדיקים נענשים ורשעים נהנים:

ודוד ע"ה גלה דעתו שהוא מאמין במציאות, ר"ל ההשארות, אמונה שלמה, והוא מה שאמר: לולי האמנתי לראות בטוב יי (תהלים כז, יג). ואמר ג"כ על הפלאו מחוסר תקון הסדר באישי בני אדם בתחלת המחשבה, בראותו צדיקים נענשים ורשעים מוצלחים, אמר: ואני כמעט נטיו רגלי (תהלים עג, ב) וגו'; כי קנאתי בהוללים, שלום רשעים אראה (שם, ג) וגו'; ואמר: הנה אלה רשעים ושליי עולם, אך ריק זכיתי לבבי (שם, יב) וגו'. ועם זה הודיע כי יש מקום מיוחד מוכן לשכר ולעונש, אלא שאינו יכול להשיגם על אמתת מהותם בעולם הזה בהיותו בגוף, וזהו אומרו: ואחשבה לדעת זאת, עמל הוא בעיני עד אבא אל מקדשי אל, אבינה לאחריהם" (תהלים עג, טז) "אראה מה אחריתם" לא נאמר, אלא "אבינה", והתבונן בזה (שם).

אבן לטיף מפרש את דברי דוד המלך כשאלה פילוסופית. לאחר שדוד המלך ראה שצדיקים נענשים ורשעים צולחים, תהייתו הייתה כיצד אפשר לדרוש מהאדם לנהוג על פי כללי מוסר הסותרים את תכלית הטבע ופוגעים בסיכויי האדם לשרוד. האבסורד נפתר באמצעות המסקנה הרציונלית המתבטאת בצירוף המילים "אבינה לאחריהם" והמורה על כך שישנה מציאות מקבילה לזו הטבעית, והיא המאפשרת תכלית אחרת, שאינה קיום המין.⁶⁶

ההצגה הדיכוטומית של עולם הטבע ועולם השכל מחדדת את דברי אבן לטיף שהובאו למעלה: "המכריע פעולות הטוב על פעולות הרע בבחירתו, לא ימלט מהיותו שום שכל" (שם, כד). לו היה האדם שייך באופן מלא לעולם הטבע לא הייתה עומדת לו האפשרות לפעול באופן הסותר את תכלית הטבע לשרוד. רק העובדה שהוא שייך גם לעולם השכלים היא המאפשרת לו לפעול בניגוד לטבע, לפי תכלית אחרת.

למיני העולם אשר אישיהם הווים ונפסדים, כמו שנראה ממקצת פשטי הכתובים, אם לאו. וזאת היא התכלית המבוקשת במקום זה (שער השמים, הקדמה).

65 גם האפשרות שהטבע ינהג לפי תכלית אחרת מביאה לאבסורד ולביטול הטבע, כמובא בשער השמים, א, כב.

66 אפשר לנסח אבסורד זה בשפה אבולוציונית. כיצד העולם הטבעי כולל בני אדם, אשר להם רגש מוסרי, כאשר הדבר נוגד את תכלית הטבע לשרוד?

סיכום ביניים

בפתח הדברים הצגתי את הרקע לפרקים העוסקים בתורת הנפש, המתארים את האדם כחלק הומוגני מהעולם השפל, המורכב אך ורק מהחומר הגולמי ללא חלק מופשט מחומר. תיאור חלקי הנפש, המוצג בפרק יח, יוצר הקבלה בין שלוש הנפשות: צומחת חיה ומדברת, ועל אף החלוקה הפונקציונלית של שלוש הנפשות הן מתוארות כשייכות לעולם השפל וכפועלות באופן מכני להשגת התכלית הטבעית. הראיתי שבספר שער השמים ישנה חלוקה הנוספת על החלוקה לשלוש העולמות, הלוא היא החלוקה לעולם השכל ולעולם הטבע. עולם הטבע הוא עולם הקשור לחומר, וככזה, תכליתו היא התמדת קיומו, ואילו עולם השכל, מעצם היותו נטול חומר, פועל לתכלית אחרת. לאור שיוכה של הנפש המדברת לעולם החומר, אף היא פועלת להשגת התכלית הטבעית, וגם החוקים והנימוסים שהיא מתקנת מכוונים להתמדת המין. אולם לאחר הצגת הנפשות עובר אבן לטיף לעסוק בשכל ובתהליך ההשכלה. תהליך ההשכלה מחולק לשלוש מדרגות: שכל חומרי, שכל בפועל ושכל קנוי. תהליך ההשכלה אינו מתאר רק מדרגות אפיסטמיות נבדלות אלא גם מדרגות אונטולוגיות שונות המקבילות לשלושת העולמות: שפל, אמצעי ועליון. בעוד השכל החומרי והשכל בפועל שייכים לעולם החומר ומשכילים רק את הדברים המוחשיים, השכל הקנוי אינו קשור לחומר, וביכולתו להשכיל גם את השכלים הנפרדים. השכלת הדברים המופשטים מחומר הופכת את השכל הקנוי להיות עצם השכל ומעניקה לו קיום נצחי. בניגוד לתכלית הטבעית, שהיא שימור המין, תכלית השכל שונה. כך פותר אבן לטיף את השאלה כיצד ייתכן שהאדם פועל בניגוד לתכלית הטבע בבחורו לעשות מעשים שתוצאתם פוגעת בתכלית קיום המין. מעשה הנוגד את התכלית הטבעית נעשה לדעתו בידי השכל בלבד, שתכליתו כאמור שונה מתכלית הטבע. עד כה הוצגה תכלית השכל כשונה מהתכלית הטבע, אבל לא דנתי בשאלה מהי תכלית השכל ומה תוכן ההשכלה. לשם כך אבקש לנתח את פרק כ, העוסק בחלוקת הנפש של הפילוסופים. ההקבלה בין חלוקה זו לחלוקה שהוצגה בפרקים יט-כ עשויה לזרות אור על תכלית השכל.

חלוקת הפילוסופים: ידיעותיו של השכל הקנוי

בפרק יח מוצגת חלוקת הרופאים לשלוש נפשות. בפרק כ מוצגת חלוקה נוספת, המיוחסת לפילוסופים, לחמש נפשות. את חלוקת הנפשות אימץ אבן לטיף מהפילוסוף המוסלמי אבן אלסיד אלבטלייסי:⁶⁷

הפילוסופים הרחיבו בעניין כחות הנפש הנקראים נפשות ואמרו כי הם חמשה, קראום: נפש צומחת, ונפש חיה, ונפש מדברת, ונפש פילוסופית, ונפש נבואית. וכוונתם בזה להודיע הכחות והענינים שבאמצעותם הנפש מגעת לסוף שלמותה (שער השמים, א, כ).

לאור חלוקת הנפש המדברת לשלוש – המוצגת בהרחבה בפרקים יח-יט – לשכל היולי, שכל בפועל ושכל קנוי, ולאור העובדה שחלוקה זו הוצגה כחלוקה אונטולוגית ולא רק כחלוקה אפיסטמולוגית, נראה שאבן לטיף יוצר הקבלה בין חלוקת הרופאים לחלוקת הפילוסופים, ובשני המקרים אפשר לזהות חלוקה מחומשת:

חלוקת הרופאים: פרק יח-יט		חלוקת הפילוסופים: פרק כ	חלוקה לשלושת העולמות
נפש צומחת	=	נפש צומחת	עולם הטבע
נפש חיה	=	נפש חיה	
שכל היולי	=	נפש מדברת	
נפש מדברת	←	נפש פילוסופית	עולם הגלגלים
שכל קנוי	←	נפש נבואית	עולם השכלים

השוואת פרקים יח-יט לפרק כ יוצרת הקבלה בין השכל בפועל לנפש הפילוסופית ובין השכל הקנוי לנפש הנבואית. פרק כ אינו חוזר על שלוש הנפשות אשר הורחב עליהן הדיבור בפרקים הקודמים אלא מתמקד בנפש הפילוסופית ובנפש הנבואית. לאור

67 ראו הלר-וילנסקי, "לחקר המקורות" (לעיל הערה 6). על הוגים נוספים שאימצו את החלוקה של אלבטלייסי ראו אילה אליהו, אבן אלסיד אלבטלייסי ומקומו בהגות המוסלמית והיהודית בימי הביניים, בצירוף מהדורה ותרגום של "כתאב אלוואאר אלהמיה", עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ע, חלק א, עמ' 197.

ההקבלה בין חלוקה זו לשלושת שלבי ההשכלה, הבנת תחומי הידע של כל אחת משלוש הנפשיות: המדברת, הפילוסופית והנבואית, ובמיוחד החלוקה בין הנפש הפילוסופית לנפש הנבואית, עשויות להועיל בהבחנה בין השכל בפועל לשכל הקנוי ובהגדרת תוכן השכלתו של השכל הקנוי.

פרק כ פותח בתיאור הנפש הפילוסופית וכוחותיה:

ואשוב לזכור קצת פרטי הכחות המצואים לנפש החכמה הפילוסופית. ואומר כי מכלל כחותיה ופעולותיה היא: [1] אהבת החכמות העיוניות שאין החפץ בהם כי אם לעמוד על אמתתם בלבד, [2] ולהבין כללי המצואים והם המינים והסוגים העליונים הכוללים המצואים בשכל, [3] ולדעת תנאי ההיקש ולעשות ההקדמות ששמים אותם התחלות המופתים ותולדותיהן המתחייבות מהן כדי להורות מהדברים הגלויים על הנסתרים. [4] ולדעת סבות הדברים הטבעיים והשכליים וסבות סבותיהן עד הגיעם אל הסבה הראשונה שממנה נמצאו כל המצואים ולהבדיל בין עולם השכל ועולם הטבע ובין החומר הגלגלי לחומר ההיולי ולדעת סבות תנועות הגלגלים ומשפטיהם ומעשיהם וכמה מספרם, ומשפטי הצורות שבהן, רצוני לומר, הכוכבים. [5] וענין החומר ההיולי וענין הצורות קבל וענין מה שהורכב מהם והם המינים אשר אישיהם הווים ונפסדים. ולדעת מה ההכרחי ומה הנמנע, ומה האפשרי, ומה ענין הנבואה בעולם ההויה וההפסד, ומה ההפרש בין מעלתה ובין שאר המעלות, והיאך היא שורה על האדם השלם בשכלו ובמדותיו על ידי אמצעיים, ומה הם האמצעיים המגיעים אותה לשלמות גדולה כזאת. ושאר פרטי הענינים שהנפש הזאת חוקרת עליהם עצמו מִסְפָּר [...] והנפש הזאת נותנת שלימות ידועה למדברת ונעשית צורה לה כמו שהמדברת צורה לחיה (שם).

הנפש הפילוסופית מתאפיינת בחמישה סוגי ידיעות:

- (1) ידיעות תאורטיות על העולם.
- (2) יכולת להפשיט את המקרה היחיד לעיקרון כללי.
- (3) לוגיקה.
- (4) הכרת העולם הטבעי על בוריו וידיעת כל סיבותיו עד לסיבה הראשונה.
- (5) הבנת הגבול בין עולם השכל לעולם הטבע.

כל הידיעות של הנפש הפילוסופית הן ידיעות על אודות העולם הטבעי והכרתו ברמות הפשטה שונות.⁶⁸ נוסף על כך, הנפש הפילוסופית מתוארת כנפש פסיבית אשר ידיעותיה

68 ראוי לשים לב לכך שגם תופעת הנבואה כלולה בידיעותיה של הנפש הפילוסופית. הנבואה אינה נתפסת כתופעה אֶ־טבעית שאינה ניתנת להבנה בכלים רציונליים אלא כתופעה שאפשר להבינה כחלק מהבנת המערכת הסיבתית הקוסמולוגית.

מגיעות מבחוץ. בניגוד לכך, הנפש הנבואית אינה עוסקת בתחום העולם הראלי כלל, והיא מתוארת כנפש אקטיבית הפועלת מתוך עצמה:

הנפש הנבואית היא המעולה והיקרה מכל הכחות הנפשיות, והיא המזומנת לקבל שפע העליון האלהי המנבא את האדם השלם בשכלו ובמדותיו, מוכנת להדבק בשכל הפועל, מתקנת הנפשות הנוטות מקו הישר והאמת, מנהגת בני אדם לדרכי האמת והשלום והטוב ומשתדלת לקבוע להם חוקים ונימוסים לתקון צרכיהם וחברת קצתם עם קצתם וגזרת גזרות ומתקנת תקנות ועושה סייגות להשלים בהם האנשים החסרים בטבעם מקבלת החכמות על אמתתם בלא שבוש, כי השלם בשלמות זו מוצא הדברים השכליים חקוקים בנפשו ואינו צריך לקנות החכמות על ידי הקדמות והקשות (שם).

הנפש הנבואית איננה מתמקדת בהשכלת העולם אלא בתיקון האדם. השפע הנבואי מגיע לאחר השגת השלמות השכלית של הנפש הפילוסופית אשר קנתה את כל הידיעות על אודות עולם הטבע. מהי החוכמה שמעניקה הנפש הנבואית לאחר השכלת הנפש הפילוסופית? אפשר היה לחשוב שהחוכמה זהה בתוכנה למושא הידיעה של הפילוסוף, אולם בניגוד לנפש הפילוסופית, הנפש הנבואית משיגה אותה ללא הקדמות והקשות.⁶⁹ אולם המשך הפסקה מתאר את הנביא כמחוקק ולא כעל-פילוסוף המשיג ידיעות מעבר להשגת הפילוסוף: "וגזרת גזרות ומתקנת תקנות". חוכמת המעשה המאפיינת את הנביא מונגדת לחכמה התאורטית של ידיעת העולם המאפיינת את הפילוסוף, ומכוונת למושא ידיעה שונה. בעוד הפילוסוף יודע את העולם ידיעה תאורטית בלבד, הנבואה מעניקה ידיעה אופרטיבית: "וגזרת גזרות ומתקנת תקנות ועושה סייגות להשלים בהם האנשים החסרים בטבעם". הנגדה זו בין חכמת הפילוסוף, שאינה מובילה למעשה, לחכמת הנביא, המורה את המעשה הנכון, מוזכרת פעמים נוספות בספר.⁷⁰

69 כך הסביר חיים קרייסל את הנפש הפילוסופית. ראו חיים קרייסל, "חכם ונביא במשנת הרמב"ם ובני חוגו", אשל באר-שבע: מחקרים במדעי היהדות מוקדשים לזכר נחמיה אלוני ג (תשמ"ו): 149-169, בייחוד עמ' 162.

70 ראו שער השמים, ד, א:

וכן אמ' [ר] ארסטו, אין החפץ המבוקש לדעת בלבד אלא החפץ לדעת ולעשות ולהיותם חסידים נקשרים בדתות. ואפלטון אמ' [ר] לא יוכל הרוצה לקנות הפילוסופיה הטהורה איש אשר הוא טמא כאשר לא יוכל האדם לראות פניו במראה שהעלתה חלודה ולא במים עכורים וגם היחידים שבהם מכירים חסרונם ופחיתותם משלמות המעלה הנבואית המתקנת סדר בני אדם קצתם עם קצתם המנהגת אותם אל האמונות האמתיות ואל המעשים הרצויים ומודים שכל נביא פילוסוף ואין כל פילוסוף נביא.

הנביא (שער השמים, הקדמה)

כי אין החפץ המבוקש לדעת בלבד,
 כי אם לדעת ולעשות. כי המעשים
 הנכוחים המתמידים ממלטים הנפש
 מהפכיה, ומגיעים אותה לשלמותה
 האחרונה. וכן אמר הפילוסוף כי בדעת
 ובמעשה תדבק הנפש לעולם העליון.

הפילוסוף (שער השמים, א, כ)

אהבת החכמות העיוניות שאין החפץ
 בהם כי אם לעמוד על אמתתם בלבד.

הנביא כמחוקק והשכל הקנוי

הנפש הנבואית מאופיינת בכוח החקיקה ובהוראת המעשה הנכון. בפרק כב מאופיינת גם הנפש המדברת בכוח חקיקה של "המלאכות האומניות והנימוסיות", אולם כוח החקיקה של הנפש הנבואית שונה מזה של הנפש המדברת. בפרק כב נכללות "המלאכות הנימוסיות" כחלק מהפעולות שתכליתן טבעית והן נועדו להישרדות המין. קיומה של חברה מחייב תיקון תקנות המסדירות את היחסים בין חבריה, אולם תקנות אלה אינן מכוונות לתכלית שכלית מופשטת אלא לתכלית הטבע, שהיא קיום המין. בניגוד לכך, הנפש הנבואית מתקנת תקנות שתכליתן "להשלים האנשים החסרים בטבעם". כפי שאראה בהמשך, זו גם תכלית השכלים הנפרדים. בכך מונגדות שתי התכליות של תיקון התקנות: בעוד תיקון התקנות של הנפש המדברת מכוון לתכלית טבעית, תיקון התקנות של הנפש הנבואית מכוון לתכלית עליונה, המוגדרת "שלמותה האחרונה". התכלית השונה של הנפש הנבואית באה לידי ביטוי גם בכך שהיא "מוצאת הדברים חקוקים בנפשה", בניגוד לנפש הפילוסופית, אשר מושא השכלתה הוא העולם, ולכן ידיעותיה מתחילות בהכרת העולם הטבעי דרך החושים והכוח המדמה. תיאור מציאת הדברים חקוקים בנפש תואם את תיאור השכל הקנוי, אשר אינו קולט את ידיעותיו מבחוץ אלא מנביען מעצמו: "ואינה צריכה [הנפש הנבואית באמצעות השכל הקנוי] לכלים לפעול בהם, כי היא בעצמה פועלת פעולותיה" (שער השמים, א, יח). גם השכל הקנוי גם הנפש הנבואית פועלים בכוחות עצמם ואינם זקוקים לקליטת חוכמה מבחוץ. ההבדל בין השכלת הדברים מבחוץ, של הנפש המדברת, למציאתם בנפש (הנבואית) עצמה נעוץ בפער האימננטי הקיים בעולם הטבע בין "מהות" ל"קיום", בניגוד לעולם השכל, אשר בו המהות והקיום מתאחדים. עולם הטבע, הכולל את העולם השפל ואת עולם הגלגלים, הוא עולם דואלי של חומר וצורה אשר בו ישנו פער מובנה בין המהות לקיום. האקטואליות של הקיום בעולם הטבע תלויה בהכרח בתהליך חיצוני המגשים את המהות: "והוא צריך למוציאו לידי מעשה ויתחייב שיהא המוציא שכל בפועל" (שם).

השכל החומרי מוכן בפוטנציה לקבל ידיעות מבחוץ, אולם הידיעות הנקלטות בו אינן הופכות להיות העצם עצמו, והפער בין המהות לקיום נשמר גם כאשר השכל משכיל את הדברים. בניגוד לכך, השכל הקנוי אינו שכל חומרי המוכן לקבל ידיעות מבחוץ כי אם עצם השכל: "ישוּב גם הוא שכל בפועל כמוהו ויהיה עצמו עצם השכל" (שם, יט).⁷¹ הבדל זה מביא לכך שהשכל החומרי תלוי בידיעות מבחוץ, ובלעדיהן אין לו קיום,⁷² בעוד השכל הקנוי משכיל את עצמו בלבד.

זיהוי בין הנפש הנבואית לשכל הקנוי מאפשר לראות במעשה החקיקה של הנביא הוראה של אמת אונטית. מסקנה זו מתקבלת מהעובדה שהוראת הנביא מזוהה עם השכל הקנוי, שהוא חלק משרשרת השכלים הנפרדים. הוראת הנביא איננה הוראה אינסטרומנטלית בלבד אלא יש לה קיום ממשי (אונטי), והיא מבוססת על הקוסמולוגיה של השכלים הנפרדים. זיהוי הוראת הנביא עם ישות אונטית ראלית המכונה "שכל" מעניקה לה ממשות ראלית. קיומה של אמת אונטולוגית מופיע גם בנוגע להוראות התורה. בפרק ז של השער הראשון מזוהים השכלים הנפרדים עם התורה:

ואל תרחיק משל זה בהמשלי ר' תנחומא תורה לשכלים הנפרדים. כי כן מצינו מאמר לר' אליעזר נתייען הב"ה לבריאת העולם, שנ' [אמר]: אני חכמה, לי גבורה. ובענין בעצמו מצינו מאמר לחכמים ז"ל מוסכם עם דברי קצת הפילוסופים הידועים ממקומותם, שהאל מסתכל בעולם השכל שהם המלאכים, והוא מאמרם: אין הב"ה עושה דבר עד שמסתכל בפמליא של מעלה [...] ר"ל התורה ופמליא של מעלה וב"ד של מעלה, שלשתן שמות נפרדים מורין על מציאות אחת והיא מציאות השכלים הנפרדים (שער השמים, א, ז).

71 "ודמיון זה כי ראובן הפשיט צורת זה המגדל מעל החמר והשכילה בדעתו פשוטה בלי גוף כלל וקודם שישכיל אותו היה משכיל בכח וצורת המגדל מושכל ג"כ בכח וכיון שהפשיט אותה שכל ראובן מעל החומר והשכילה נעשה השכל ההוא שכל בפעל והצורה מושכלת בפעל והנה השכל הוא המשכיל עם הצורה שפשט מעל החומר והשכילה אינה דבר חוץ מעצמו כי מהות השכל ואמתתו הוא ההשגה א"כ פעולות כל שכל היא עצמו לפיכך נמצאו השכל והמשכיל והמושכל דבר אחד אין בו רבוי כלל וזה יהיה כשיפשוט זה השכל הנפעל שום צורה מעל החומר כ"ש כשישכיל השכל הקנוי צורה פשוטה נבדלת במציאות ר"ל שיהיו שניהם דבר אחד" (שער השמים, א, ד). יש לשים לב לשני השלבים המובאים בדבריו של אבן לטיף: זיהוי השכל המשכיל והמושכל של השכל החומרי, וזיהוי השכל המשכיל והמושכל של השכל הקנוי.

72 "שאם יהיה המשיג והמושג בכח, תהיה האמת נעדרת אין לה מציאות בזה המשיג בפעל כי אם בכח" (שער השמים, א, ב).

משלו של ר' תנחומא, שלפיו האל ברא את העולם בהתאם לתורה, מדגיש את העובדה שיש רציפות ממשית בין התורה לעולם ושמערכת החוק של התורה איננה מערכת נורמטיבית בלבד אלא מערכת ראלית שבאמצעותה ובהתאם לה נברא העולם. הראליה של התורה באה לידי ביטוי בזיהויה עם השכלים הנפרדים. זיהוי זה נותן ממשות קוסמית למעשה הראוי. כך, בניגוד "למלאכות הנימוסיות" של הנפש המדברת, שתכליתן שימור המין, הנומוס של התורה מבוסס על השכלים הנפרדים, ותכליתו הקניית מעמד שכלי לאדם.

בין חוק הנביא לחוק התורה

הוראות הנביא מתאפשרות בשל השגתו את השכל הקנוי, שאף הוא חלק מן השכלים הנפרדים. בהשיגו את השכל הקנוי הופך הנביא עצמו לשכל, והוראותיו, הנובעות מעצמו ולא מגורם חיצוני, מוחלטות ומחייבות כמו כל יתר הוראות התורה. כך, אף שגזרות ותקנות הנביא אינן חלק מהצו האובליגטורי של התורה שניתנה בידי האל, מעמדן זהה לזה של מצוות התורה. בפרק א של שער ד, המוקדש לטעמי המצוות, מסביר אבן לטיף את תכלית מצוות התורה. תיאור תכלית המצוות מקביל לזה המופיע בפרק כ בנוגע לתכלית התקנות של הנפש הנבואית:

שער א, פרק כ: הנפש הנבואית	שער ד, פרקים ג-ד: התורה
ומשתדלת לקבוע להם חוקים ונימוסים לתקון צרכיהם וחברת קצתם עם קצתם [...] להשלים בהם האנשים החסרים בטבעם.	כבר התבאר כי כוונת עשיית המצוות היא להדמות בה השלימים בפעולות קונם ולהשלים בה האנשים החסרים בטבעם.
וגזרת גזרות ומתקנת תקנות ועושה סייגות להשלים בהם האנשים החסרים בטבעם.	עושה סייגות ומתקנת תקנות וגזרת גזירות להתמדת המין האנושי ולתועלת אישיו המוכרחות להן לצורך עצמן ותקון מדותיהן הטבעיות והשכליות המשלימות מציאות האנשים החסרים בטבעם.
מתקנת הנפשות הנוטות מקו היושר והאמת מנהגת בני אדם לדרכי האמת והשלום והטוב.	והנביא ע"ה זכר שני סוגים אלו במאמר כולל ונתיאש מן האריכות, וזהו אומר: האמת והשלום אהבו.

הדמיון הלשוני בין פרק כ בשער א, העוסק בנפש הנבואית, לפרקים ב-ג בשער ד, העוסקים בתכלית התורה, תורם להבנה שהנפש הנבואית מגיעה למעלה המאפשרת לה לחוקק הוראות מהותיות ולא רק תקנות אינסטרומנטליות ופוליטיות.⁷³ כאמור, התורה מזוהה עם השכלים הנפרדים, וגם השכל הקנוי מתואר כשכל נפרד, ומכאן שלדעת אבן לטיף, במדרג הנורמטיבי, הנביא והתורה נמצאים במעמד מקביל. בהקדמה לספר שער השמים, יחסי הנביא והתורה אף מתהפכים – הוראת הנביא איננה מקבילה לתורה אלא התורה משמשת תחליף לנבואה:

רק הנביאים בהשיגם הדברים על אמתת מהותם, לפי שהם מקובלים מהפועל האמתי, ואינן צריכין לקנות החכמות על ידי הקדמות והקשות, כי השלם בוו השלמות מוצא הדברים השכליים חקוקים בנפשו [...] ולפי שאי אפשר להמצא שלמות זו, ר"ל מעלת הנבואה, בכל איש ואיש מאישי המין, ורצה הקב"ה לזכות את ישראל ולהבדילם משאר האומות, נתן התורה לכל המונם. כל דכפין ייתי ויכול, שנאמר: משה מורשה קהלת יעקב, וכן אמרו ז"ל: רצה הקב"ה לזכות את ישראל, לפיכך הרבה להם תורה ומצוות, שנאמר: יי חפץ למען צדקו, יגדיל תורה ויאדיר. והכונה האלהית היתה שיהיו יחידים בין שאר האומות כמו שהיו הקדמונים ואבות הראשונים כל אחד ואחד בדורו, שנאמר: ומי כעמך ישראל גוי אחד בארץ, ונאמר: ומי גוי גדול אשר לו אלהים קרובים אליו וגו'. כלומר, היאך יתכן שלמות זו בגוי גדול, ר"ל קרבת הבורא יתברך לכל המונם כמו שנמצאת בנו, והיתה התשובה: ומי גוי גדול אשר לו חוקים ומשפטים צדיקים ככל התורה הזאת. והנה אמר כי התורה וחקים ומשפטים שבה הם סבות קרבתינו לבורא יתברך, מה שלא נעשה כן לשאר האומות.

לפי התיאור ההיסטורי שמציג אבן לטיף, בתחילה לא נזקקו הנביאים לתורה כתובה משום שכל הדברים היו חקוקים בנפשם. זו לדעתו המציאות האידיאלית, אשר בה האדם

73 ראוי להשוות את דברי אבן לטיף כאן לדברי הרמב"ם במורה הנבוכים, ב, לו, אשר בהם מתואר הנביא כמנהיג פוליטי. לנביא המתואר במורה הנבוכים כוח דמיון המאפשר לו להעביר את הידיעות גם להמון. במורה הנבוכים, ב, לט מתאר הרמב"ם את פעולת הנביא: "ומי שהרבה עליו השפע ההוא כאברהם ע"ה קבץ האנשים וקראם על צד הלמוד וההשארות אל האמת שכבר השיגו, כמו שהיה אברהם מלמד בני אדם ומבאר להם במופתים עיוניים שיש לעולם אלוה אחד לבדו ושהוא ברא כל מה שזולתו" (תרגום: אבן תבון). ראו אברהם מלמד (עורך), אחותן הקטנה של החכמות: המחשבה היהודית המדינית בימי הביניים, רעננה: האוניברסיטה הפתוחה, 2011, עמ' 140-179.

פועל מתוך נביעה עצמית של השכל ולא כציות להוראה הטרונומית. אולם כאשר גדל הגוי וכלל גם אנשים שאינם ראויים לנבואה ניתנה התורה, המזוהה עם השכלים הנפרדים, כתחליף לנבואה.

לפי תיאור הנפש הנבואית, המקבלת את ידיעותיה מהשכל הקנוי, תוכנו של השכל הקנוי הוא הוראת המעשה הראוי. בניגוד לנפש המדברת, המכוונת את האדם לתכלית הטבע, השכל הקנוי, הנפרד מהחומר, מכוון את האדם לתכלית הטוב. מסקנה זו בנוגע לשכל הקנוי ולנפש הנבואית תואמת את מבנה ההוכחה שהוצגה בפרק יט לכך שהאדם הוא "עצם שכלי", ולפיה, פעולתו של האדם בניגוד לתכלית הטבעית היא הוכחה להיותו שכל.

סיכום

במאמר זה ביקשתי להציג את מבנה הנפש בספר שער השמים מאת יצחק אבן לטיף ולהבליט את מעמדה המיוחד של הנפש הנבואית. בפרקים יח-כא של השער הראשון מציג אבן לטיף שתי חלוקות שונות של נפש האדם: חלוקת נפש משולשת של הרופאים וחלוקת נפש מחומשת של הפילוסופים. נוסף על כך, בפרקים אלה הוא מתאר את שלושת שלבי ההשכלה של הנפש המדברת לשכל חומרי, שכל בפועל ושכל קנוי. ההקבלה שיוצר אבן לטיף בפרקים אלה בין שתי החלוקות מביאה לכך שהנפש הנבואית מקבילה למעמדו של השכל הקנוי. השכל הקנוי מנותק לחלוטין מהחומר, ואינו מקבל את ידיעותיו מבחוץ אלא מתוך עצמו. באופן דומה גם הנפש המדברת אינה מקבלת את ידיעותיה מבחוץ אלא "מוצאת הדברים חקוקים בנפשה". כפי שהצעתי במהלך המאמר, תיאור פעולותיה של הנפש הנבואית חושף מהי ההשכלה הגבוהה ביותר המביאה את האדם לשלמות ולנצחיות לדעת אבן לטיף. הנפש הנבואית אינה משיגה ידיעות מיוחדות על אודות העולם אלא "מנהגת בני אדם לדרכי האמת והשלום והטוב" באמצעות חקיקת חוקים, תיקון תקנות וגזרת גזרות. תיאור הנפש הנבואית מקביל לדרך שבה מתאר אבן לטיף את התורה, ובכך מתחזק המסר שלפיו מעמדו הנורמטיבי של חוק הנביא מקביל לחוק התורה. לאור זאת הצעתי לראות בתורת הנפש של אבן לטיף חלופה מעניינת וחדשה להומניזם של הרמב"ם. בעוד לדעת הרמב"ם, האדם השלם הוא האדם המשכיל, לדעת אבן לטיף, האדם השלם הוא האדם הקובע חוק המביא אותו לעשיית הטוב.

לאומיות יהודית, ציונות ומקומה של ישראל במחשבה ובזהות היהודית האמריקאית על פי הדומן "איגוד השוטרים היידיים" מאת מייקל שייבון

גתית לוי פז

"אבל אם לא תרצו, כל מה שספרתי לכם הוא אגדה – וישאר אגדה" (הרצל,
אלטנוילנד, אחרית דבר, 2008).

מבוא

במהלך המאה התשע עשרה ובתחילת המאה העשרים הפכה השאלה הלאומית לנדבך מרכזי בשיח הזהות היהודית. לכאורה אמורה הייתה ההצלחה הציונית בהקמת הבית הלאומי היהודי בארץ ישראל להכריע באשר לטיבה של הזהות היהודית הלאומית, אולם למעשה, שאלות בסיסיות ומרכזיות בנוגע ל"בית", למולדת ולזהות הלאומית נותרו פתוחות ואף חלוקות.

* הספר נכתב במקור באנגלית: Michael Chabon, *The Yiddish Policemen's Union*, New York: Harper Collins, 2007. תורגם לעברית בידי משה רון – מייקל שייבון, איגוד השוטרים היידיים, תל אביב: עם עובד, 2007.

לאי-הכרעה זו שורשים היסטוריים הקשורים למתח פנים-יהודי בין הארצי לרוחני ולטיבה של הזהות היהודית ככלל (שביד, 1983: 145, 155; בויערין ובויערין, 1994: 97-100; רביצקי, 1999: 11; בלפר, 2004: 7-9). כך, גם כיום מתקיימת מחלוקת פנים-יהודית סביב שאלת מעמדו ותפיסתו של המרחב הישראלי. האם זהו מרחב קדוש או מרחב של חולין? האם אפשר להכיר בשתי מידותיו אלה יחדיו ומה טיב היחסים ביניהן בחיי היום-יום? (רביצקי, 1999: 11-48). בתוך כך, היבט מרכזי בשיח הלאומי היהודי כיום קשור ליחסם ולעמדתם של יהודי התפוצות כלפי מדינת ישראל. בעיקר נסבה השאלה סביב יחסם של יהודי ארצות הברית, היושבים במרכז היהודי הגדול והדומננטי ביותר בתפוצות. כיצד רואים היהודים האמריקאים את מדינת ישראל? מה תפקידה בעיצוב זהותם היהודית האמריקאית? מהי תפיסתם את המושגים לאומיות יהודית וציונות אל מול גולה ותפוצות?

במאמר זה אבחן את שיח הזהות היהודית הלאומית שמעלה הרומן איגוד השוטרים היידיים מאת הסופר היהודי האמריקאי הצעיר מייקל שייבון. אתחקה אחר מחשבותיו ועמדותיו של שייבון כפי שהן עולות מן הרומן, בנושא הלאומי היהודי, ואחר יחסם של יהודים אמריקאים לציונות ולמדינת ישראל בפרט. נוסף על כך אבחן את העמדות העולות ברומן בהשוואה לשיח הסוציולוגי העוסק בשאלת יחסם של צעירים יהודים אמריקאים לישראל כיום. בהקשר זה אראה שהשיח שמעורר הרומן מדגיש היבטים סמויים מהעין בשיח הסוציולוגי או לכל הפחות מדגיש היבטים נוספים שחשוב וראוי להעלותם בכל דיון העוסק ביחסם של יהודי ארצות הברית לציונות ולישראל כיום.

במוקד הדיון יעמוד איפוא ניתוח הרומן איגוד השוטרים היידיים. הרומן של שייבון, שראה אור בשנת 2007, מתאר היסטוריה יהודית חלופית: בעקבות השואה והתבוסה הציונית בארץ ישראל בשנת 1948 העניק הממשל האמריקאי לפליטים היהודים אישור להתישב במחוז סיטקה שבאלסקה ולקיים ממשל אוטונומי למשך שישים שנה. הרומן מתרחש עם תום שישים השנה, עת מתקרב מועד ההשבה של סיטקה לשליטה אמריקאית. עתידם של יהודי המקום לוט בערפל. לאחר ההשבה, רק קומץ מבין מיליוני היהודים שבסיטקה יורשה להישאר במחוז, ושאר היהודים יגורשו. רבים מהם מהגרים מהאי, והנותרים מלינים על מצבם והוגים באי-הוודאות האופפת את מעמדם האישי והקבוצתי. העלילה נסבה סביב חקירת רצח מסועפת שחוקר גיבור הרומן, הבלש מאייר לנדסמן, חקירה המפליגה הרחק ממחוזות סיטקה, ובטבורה עומדת שאלת הזהות היהודית והגשמתה הלאומית.

במאמר ביקורת על הרומן במגזין היהודי האמריקאי החשוב קומנטרי טענה רות וייס שזהו רומן אנטי-ציוני הגורס שהגשמת הלאומיות היהודית בארץ ישראל פירושה בהכרח אלימות קטלנית וקנאות פנאטית (Wisse, 2007). גם מבקרים אחרים פירשו

את הרומן כאנטי-ציוני, כאנטי-לאומי יהודי (רוזנר, 2011: 305; Nussbaum, 2007; Rosenfeld, 2003: 35–36), ואף האשימו את שייבון בשנאה עצמית יהודית (Lewis, 2008; Podhoretz, 2008).

אכן, הרומן מעלה ביקורת על השיח הציוני והלאומי-יהודי ומדגיש מרכיבים בעייתיים בו. אולם נותרת בעינה השאלה מה טיבה של ביקורת זו. האם היא אכן ביקורת רדיקלית שעיקרה שלילת הלאומיות היהודית או הציונות, או שמא זוהי ביקורת בונה המבקשת להאיר מרכיבים בעייתיים בשיח הלאומי היהודי ככלל ובציונות בפרט ולנהל דיון מחודש עליהם? להלן אדחה את הפירושים השוללים למיניהם ואראה שהרומן אינו מערער על הלגיטימיות של הלאומיות היהודית ואף לא על הציונות או על קיומה של מדינת ישראל. עם זאת, אכן אפשר לזהות ביצירה ביקורת חריפה כלפי הציונות. מכיוון שכך, הקריאה שתיעשה כאן ברומן תעמוד על הטון האמביוולנטי ועל עמדתו המורכבת בנוגע לכלל פניה של הסוגיה הלאומית היהודית והציונות. המאמר יבהיר את הניגודים הקיימים ברומן ואת עומק האמביוולנטיות והמורכבות במחשבה על מדינת ישראל ועל הציונות בו. לבסוף אטען שהאמביוולנטיות העולה מן הניתוח הספרותי חשובה גם לדיון הסוציולוגי ועשויה להאיר באור נוסף את שיח הזהות היהודית האמריקאית הנוגע ללאומיות היהודית.

ככלל, הרומן בוחן מחדש את הנרטיב ההיסטורי הלאומי היהודי ואף מצביע על בעיות מבניות בפירוש הלאומי הציוני. בהקשר ההיסטורי הוא מבקר את הפן המהותני במחשבה הציונית. במובן זה, סיטקה והסיפור הלאומי החלופי על לאומיות יהודית טריטוריאלית לא בציון מסמל את ההתנגדות למהותנות ולדטרמיניזם הכרוך בחלק מהעמדות הציוניות. הרומן מכוון לתפיסה היסטורית קונטינגנטית ואף מנהל שיח מורכב עם חלופות לאומיות יהודיות לציונות כמו הטריטוריאליזם של ישראל זנאויל ושל יצחק נחמן שטיינברג, מודל האוטונומיה של שמעון דובנוב, ועוד. אטען כי הביקורת המרכזית ברומן מופנית כלפי הזרם הציוני הדתי המשיחי. הרומן מתכתב עם הנרטיב היהודי המשיחי ובוחר אותו באור ביקורתי. אראה שהוא חושש מפני מקומם של היבטים דתיים משיחיים בשיח על זהות יהודית, על לאומיות יהודית ועל תפיסת הקולקטיב היהודי ככלל. במיוחד אעמוד על הדיאלוג הביקורתי שהוא מנהל עם הגותו הדתית הלאומית המשיחית של הרב אברהם יצחק קוק ועם כמה ממפרשיו הבולטים, ובמיוחד בנו, הרב צבי יהודה קוק.

המאמר יחולק לשלושה חלקים. אפתח בתיאור הרומן ואעמוד על האמביוולנטיות כמאפיין המרכזי של עמדותיו בסוגיה הלאומית, ובעיקר, הלאומית היהודית והציונות; בחלק השני אעמוד על הסתייגותו של הרומן מהזרם הדתי המשיחי בתוך הציונות. אתאר בהרחבה את הדיאלוג הביקורתי עם משנת הרב קוק ואת עמדת הרומן באשר להפרדת הדת מן המדינה ומן הפוליטיקה והאידאולוגיה הלאומית ככלל; החלק השלישי יוקדש

לדיון בסוציולוגיה ולתרומת הניתוח הספרותי לשיח הסוציולוגי העוסק בזהות היהודית האמריקאית כיום וביחסם של יהודים אמריקאים צעירים למדינת ישראל ולצינונות.

א. אמניולנטיות ומורכבות: השאלה הלאומית היהודית והיחס לצינונות ולמדינת ישראל בזרם "איגוד השוטרים היידיים"

א.1. תקציר העלילה

עלילת הרומן איגוד השוטרים היידיים מתרחשת במחוז היהודי הפדרלי סיטקה שבאלסקה. במרכזו תעלומת רצח מסתורית המכסה על מסתורין עמוק פי כמה: שאלת זהותו הלאומית של העם היהודי. סיטקה, עיר קיימת באלסקה, הופכת ברומן לבירת המחוז היהודי, והיא אוטונומיה יהודית תרבותית משגשגת. האוטונומיה היהודית הוקמה בשנת 1941 כמקלט להמוני הפליטים היהודים מאירופה. בזכות הקמתה ניצלו מן התופת הנאצית מיליוני יהודים אשר נמלטו מאירופה לאלסקה. במציאות אכן הייתה תכנית אמריקאית להצלת יהודי אירופה וליישובם באלסקה. הרולד איקס, המזכיר לענייני פנים של הנשיא פרנקלין רוזוולט, הגה את הרעיון, אולם התכנית נגזזה לבסוף בקונגרס (בנימיני, 1990: 283-285). ברומן של שייבון התכנית מתממשת, אבל הריבונות היהודית מוגבלת לשישים שנה. במקביל משנה שייבון עוד כמה אירועים היסטוריים. כך למשל, מדינת ישראל מוכרעת בידי מיליציות ערביות מיד עם הקמתה בשנת 1948, גרמניה נכנעת רק בשנת 1946, לאחר הטלת פצצת אטום על ברלין, וירושלים הופכת עיר דמים הנשלטת בידי כנופיות ערביות מוסלמיות רצחניות (עמ' 31, 43). הרומן מתרחש עם תום שישים שנות החסד, כמה שבועות לפני מועד ההשבה, עת יושב המחוז לשליטת מדינת אלסקה. ההשבה מסמלת את ביטול הריבונות היהודית ואת שלילת מעמד החוקי של היהודים כתושבי המקום. לאחריה יותר רק לקומץ יהודים להישאר בסיטקה והיָתָר יגורשו.

באווירת נכאים לאומית זו, וכשחוסר ודאות אופף את תושבי סיטקה, מתרחש הרצח. הנרצח הוא יהודי אלמוני שהתגורר במלון זמנהוף המונוח, הוא המלון שבו מתגורר גם גיבור הרומן, מאייר לנדסמן, מאז גירושיו. לנדסמן, שלמרבה האירוניה פירוש שמו בידידי הוא "איש האדמה", הוא בלש במחלק הרצח של משטרת סיטקה, והוא מופקד על חקירת הרצח. לנדסמן מגלה שהנרצח הוא מנדל שפילמן, בנו של הרב חצקל שפילמן, מנהיגה של קהילת וורבוב. הקהילה האולטרה-אורתודוקסית חיה חיי נבדלות בקצה

העיר, ומנהיגה מנהל את ענייני הקהילה ביד רמה. זוהי קהילה סגורה הקשורה לעסקי פשע שונים, והיא מתוארת ברומן כמאפיה יהודית חרדית משוכללת. עוד מתברר שמנדל נחשב "צדיק הדור", האדם הישר בדורו, העתיד להתגלות כמשיח ולהוביל את עם ישראל לגאולה. אולם מנדל, שבורך בתכונות נשגבות כמו ראיית הנולד ושכל חריף, הוא גם בעל נטייה מינית הומוסקסואלית, ובכל מקרה אינו מעוניין בתפקיד גואל ישראל. מנדל בורח מהבית ערב חתונתו ומתמכר למשחק השחמט ולהרואין. הוא חי באלמוניותו, אולם תכנית ההשבה והחזונות המשיחיים של בני הקהילה מביאים לאיתורו ולחטיפתו. בני הקהילה, המונעים על ידי חזון הגאולה המשיחי הציוני, מבקשים לגמול את מנדל מהתמכרותו לסמים ולהכתירו כמשיח שיעמוד בראש עם ישראל בעת כיבוש ציון בידי צבא הגאולה שהקימו.

למזימתם הדתית הציונית שותף גם אלטר ליטבק, שכיר חרב המסייע להם באימונים הצבאיים. שותפים נוספים למזימה הם פקידים בכירים בממשל האמריקאי, נוצרים אוונגליסטים המאמינים בחזון המשיחי הדתי הציוני ובאחרית הימים שתבוא אחריו. דמות מרכזית נוספת בעלילה היא דמותו של הרץ שמץ, דודו של לנדסמן ואבי שותפו לעבודה, הבלש ברקו שמץ. ברקו הוא חצי אינדיאני. אמו הייתה לורי ג'ז בייר מהונה, בתו של הצ'יף האינדיאני המקומי, והיא נרצחה במהומות אלימות שפרצו בין היהודים לבין האינדיאנים על רקע מריבות טריטוריאליות באי. הרץ עצמו היה מרגל מטעם הממשל האמריקאי בסיטקה, אולם תכניתו הפרטית הסודית הייתה לגרום לביטול תכנית ההשבה ולביסוס מעמדה של סיטקה כיישוב קבע או כמדינה יהודית ממש. תכניתו נכשלה, והוא חי בבדידות בביתו שבשמורת האינדיאנים. לבסוף מתברר שהרץ הוא שרצח את מנדל. הוא עשה זאת כביכול כדי לגאול את מנדל מייסוריו, ובעיקר כדי לשים קץ למזימה המשיחית המסוכנת, אולם המזימה מתממשת גם בהיעדרו של מנדל. מלחמת הקודש נפתחת עם פיצוץ כיפת הסלע בירושלים.

א.2. "תחת מחיקה": לעמדתו האמביוולנטית של הרומן בסוגיה הלאומית היהודית

בסעיף זה אציג את עמדתו המורכבת והאמביוולנטית של הרומן בכל הנוגע לשאלה הלאומית היהודית. הכתיבה בז'אנר האלטרנטיבי (counterfactual, allohistories), המסרטט היסטוריה מדומיינת השונה מהאירועים ההיסטוריים הממשיים, מאפשרת לכותב לבחון את ההיסטוריה הלאומית הראלית באור ביקורתי. ההנחה המובלעת בז'אנר האלטרנטיבי היא הנחה פילוסופית שעיקרה הקונטינגנטיות של ההיסטוריה. המהלך המדומיין מדגיש שההיסטוריה יכלה להתממש גם באופן אחר. עצם קיומה של האלטרנטיבה, ובעיקר היבטים חיוביים בתוכה, הם אמירה ביקורתית על הקיים

(Rosenfeld, 2002: 90–94; Rovner, 2011: 131–134). עם זאת, לפעמים מתחלפת האמירה הביקורתית באמירה מחייבת, והתרחיש המדומיין והאלטרנטיבי חושף דווקא את היתרונות ואת ההיבטים החיוביים שבהווה ובדרך ההיסטורית שהתממשה בפועל (Rosenfeld, 2002: 93).

אפשר לחלק את השיח האלטרנטיבי שמעלה הרומן בנוגע לשאלה הלאומית היהודית לשתי רמות: ברמה הראשונה מעלה הרומן תהייה כללית באשר למעשה הלאומי, ובעיקר באשר ללאומיות היהודית. הכוונה היא לוויכוח הפנים-יהודי על אופייה הרוחני או הארצי של היהדות; ברמה השנייה הוא מתכתב עם דגמים היסטוריים לאומיים חלופיים שהתחרו עם הציונות, ומכאן מתבהרת הביקורת על הלאומיות ההיסטורית, קרי, הציונות.

בשתי הרמות של השיח מתבררת עמדתו האמביוולנטית של הרומן בנוגע ללאומיות יהודית. בסופו של דבר עולה שהרומן אמנם תומך בלאומיות יהודית, אבל גם מודע לקשיים במעשה הלאומי ככלל, ובכל מקרה, הוא מסתייג מתפיסה לאומית יהודית קשיחה. באותו אופן, בנוגע לציונות, מצד אחד מודגשת העמדה הקונטינגנטית המרכזית ונשללת העמדה הציונית המהותנית, אולם מצד אחר, הרומן אינו שולל את השיח הציוני. הוא מדגיש את חשיבותו ההיסטורית הממשית ואף מפקפק לסירוגין בהנחה הקונטינגנטית שהעלה. בשלב הראשון אעמוד על התהייה הכללית על לאומיות יהודית כפי שהיא עולה ברומן. לאחר מכן אעמוד על השיח המורכב שמנהלת סיטקה המדומיינת עם דגמים לאומיים יהודיים היסטוריים שונים. הכוונה היא לציונות כדגם ההיסטורי שהתממש בפועל ולתפיסות לאומיות שונות שלא התממשו, אשר סיפורן הוא אכן סיפורה של הלאומיות היהודית כפי שיכולה הייתה להיות.

א.2. א. זהות יהודית הבנייתית ולאומיות מתונה

כמה מבקרים שכתבו על הרומן התייחסו להצהרתו של לנדסמן: "המולדת שלי היא ככובע שלי. היא בקיטבג של האקסית שלי" (עמ' 432). הם פירשו את ההצהרה כעדות לעמדתו האנטי-לאומית יהודית של הרומן (רוזנר, 2011: 305; Rosenfeld, 2003: 35; Nussbaum, 2007). רוזנפלד טוען שהרומן חלש מבחינה רעיונית, אבל בהצהרה מהדהדת תפיסת העולם של ג'ורג סטיינר, שהכריז: "אני לא עין; אין לי שורשים; יש לי רגליים" (Rosenfeld, 2003: 35). רוזנר מדגיש שלפי הרומן, השאיפה הלאומית היהודית אינה יכולה להיגמר בטוב (רוזנר, 2011: 305), ונוסבאום מכתירה את הרומן כאנטי-טריטוריאלי (Nussbaum, 2007: 4). מבקרים אחרים מתארים אותו ככלל, כגלותי (Wisse, 2007: 3) ואף כאנטי-יהודי (Lewis, 2008; Podhoretz, 2008). להלן אראה שאת הצהרתו של לנדסמן אפשר לקרוא באופן שונה ולא כשלילת הממד הארצי והלאומי ביהדות. עם זאת, אין להתעלם מקיומה של ההצהרה ברומן ומאופייה המתעתע, העשוי

להביא כביכול לשתי קריאות מנוגדות. לדעתי ישנם ברומן ביטויים נוספים המובילים לקריאה אנטי-לאומית, וגם לעומתם אפשר לזהות קריאות מנוגדות המצביעות דווקא על שאיפה ללאומיות וללאומיות יהודית. אני סבורה שאין מדובר בבלבול רעיוני או בחולשה תמטית של הרומן, אלא הרומן מדגים עמדה מורכבת ואמביוולנטית. בסופו או בעיקרו של דבר, הוא תומך בלאומיות יהודית ומצדיק את השאיפה הלאומית היהודית. אולם זוהי תמיכה מורכבת מאוד, השואפת ללאומיות מתונה ומוגבלת.

אפתח בהכרזתו של לנדסמן על היעדר המולדת. יש לשים לב להקשר שבו עולה הצהרה זו ברומן. למעשה, זוהי הכרזה מתגרה שמשמיע לנדסמן בהתרסה בעת מעצרו בידי אנשי הממשל האמריקאים. הסוכנים שעוצרים אותו הם השותפים הסמויים למזימה המשיחית לכיבוש ארץ ישראל. לאחר שלנדסמן מגלה בחקירתו את פרטי המזימה הם עוצרים אותו ומבקשים להבטיח את שתיקתו. הסוכן האמריקאי קאשדולר (Cashdollar) מנסה ללחוץ על לנדסמן ומאיים עליו שאם לא ישתף פעולה יגורש מסיטקה. כזכור, סיטקה עומדת לעבור לידי האינדיאנים, ורק יהודים מעטים יורשו להישאר בה. בתגובה מצהיר לנדסמן שאין לו מולדת ושהוא נכון לנדודים, משמע, הוא אדיש לגורלו ולשאלה אם יישאר או לא יישאר בסיטקה. למעשה, הקורא יודע עד כמה הוא קשור לסיטקה. הוא גדל במקום ואינו מסוגל לשאת את המחשבה שייאלץ לעזוב. אולם לנדסמן, המעוצב בדמות הבלש הקשוח נוסח פיליפ מרלו, מכסה על רגישותו ועל רגשותיו בהתנהגות מחוספסת וקשוחה. לנדסמן אינו רוצה לחשוף את רגשותיו האמיתיים בפני קאשדולר, ויתר על כן, לאורך כל הרומן עד הקורא לאופנים השונים שבהם מנסה לנדסמן להסתיר – גם מהאנשים הקרובים לו ביותר – את רגשותיו ככלל ואת פחדיו בנוגע להשבה בפרט. הקורא האמון על דמותו מודע לפער בין הצהרותיו או אדישותו כביכול של הגיבור לבין עולמו הרגשי הפנימי. אדישותו של לנדסמן בנוגע להשבה, ובכלל זה ההצהרה שהוא נותן לקאשדולר, אינה עומדת בסימן זיקתו העמוקה למקום, למולדת, כפי שמתאר אותה הרומן. לכן יש לפרש את ההצהרה בהתאם לעיצובו הפואטי של הגיבור ולמעמד החקירה, כלומר, לפקפק באמינותה. מכאן שאין לפרשה כלל כהצהרה אידאולוגית או כהתנגדות אידאולוגית ללאומיות יהודית.

כפי שטוען רוזנפלד, ההצהרה מעלה לתודעת הקורא את התפיסה היהודית הרוחנית האנטי-לאומית. תפיסה זו עוברת כחוט השני במחשבתם של הוגים יהודים לאורך הדורות, ובעידן המודרני היא הקוטב הנגדי לתפיסה הלאומית, המדגישה את היהדות כלאומיות קדומה השואבת את כוחה מהקיום ההיסטורי הלאומי העתיק. בספרה זהות כפולה מראה אלה בלפר שהוויכוח על מהותה של היהדות והשאלה אם היא רוחנית או ארצית משקפים מתח שהוא אימננטי ליהדות. המתח בין היסוד הארצי ליסוד הרוחני מגולם ביהדות כדיאלקטיקה יהודית פנימית המזינה את הפולמוס הפילוסופי וההיסטורי

(בלפר, 2004: 15-17). התפיסה היהודית הספיריטואלית קשורה לפירוש הזהות והמהות היהודית כרוחנית, להיסטוריה של גלות ולהשפעות תרבותיות זרות (שם, 37). העמדה מופיעה בתקופות שונות ובווריאציות שונות אצל הוגים המתנגדים לציונות, בהדגשתה את היסוד הארצי הפוליטי שבזהות היהודית. כך למשל אצל: פרנץ רוזנצוויג, הרמן כהן, סלו ברון, ג'ורג סטיינר, אנרי ברנאר, דניאל ויונתן בויראין, אמנון רז-קרקוצקין, ועוד. פרנץ רוזנצוויג גורס שמראשיתו היה עם ישראל גוף רוחני, ואפילו בימיו המדיניים והארציים לכאורה, לא הייתה ארץ ישראל מולדת ממש, אלא מחוז חפץ רוחני. הגולה איננה כורח היסטורי נסיבתי אלא מהות מכווננת ודטרמיניסטית, ולמעשה, האומה היהודית, בשונה מלאומים אחרים, לא יכלה להקים לעצמה טריטוריה וממשל פוליטי אלא להתנכר לפוליטי ולהיסטורי, ולנהל את חייה בגלות. היהדות היא רוחניות צרופה, ולכן על היהודים להסכין עם האנומליה של קיום קולקטיבי משולל חיים לאומיים, מדינה וטריטוריה (רוזנצוויג, 1977: 59-69; בלפר, 2004: 63-72). גם לאחר השואה ואף על פיה דבק אינטלקטואל יהודי כמו ג'ורג' סטיינר בחיי הגלות. הציווי הרוחני הוא במובן זה גם קללה, והוא נושא בחובו איום קיומי של שואה נוספת, אולם הוא נתפס כהכרח קיומי מהותי. היהודי, לפי סטיינר, הוא האורח הנצחי ואיש הרוח הנרדף. היהדות נתפסת כציווי אוניברסלי, ועליה לדבוק ברוח וברוחני דווקא בעולם המושתת על קיום טריטוריאלי ועל אלימות לאומית. לכן מתנגד סטיינר לקיום היהודי הלאומי במדינת ישראל ותופס אותו כמנוגד לרוח היהדות ולעמדתה ההומנית האוניברסלית (סטיינר, 1965: 17; בלפר, 2004: 70; שניר, 2013: 403).

כאמור, קשה לטעון שהרומן מזדהה עם תפיסה יהודית שכזאת. היא עומדת בניגוד לחיים הלאומיים הנורמליים המתנהלים בסיטקה ואשר הרומן מתאר בחמימות ובטון מתרפק ואינטימי. היא גם עומדת בניגוד לאסון שמסמלת ההשבה ולאווירת הדכדוך הכרוכה בה למן ראשית הרומן ועד סיומו. עם זאת, אפשר למצוא שתי משמעויות מרכזיות לאזכור האמירה הרוחנית האנטי-לאומית ברומן. ראשית, זוהי אסטרטגיה פואטית אשר בה משתמש שייבון לביטוי עמדתו המורכבת באשר לשאלה הלאומית היהודית. האסטרטגיה קרובה לעיקרון שתיאר ז'ק דרידה: "תחת מחיקה". לפי דרידה, הנחת מילה או מושג תחת מחיקה משמעה כתיבת המילה ומחיקתה תחת קו. באופן זה, המילה מצד אחד נמחקת מכיוון שאינה מדויקת, ומצד אחר נשארת מכיוון שהיא הכרחית, ובהיעדרה לא יובע הרעיון בשלמותו (כספי, 2005: 82). יש בתפיסה זו כדי לבטא עיקרון של מורכבות, ונראה שהיא מתאימה לביטוי האמביוולנטיות הרעיונית העולה ברומן.

לנדסמן בוחר בהיעדר המולדת בציטוט האמור, בין היתר כתגובת נגד ללאומיות הקיצונית המשיחית שהתגלתה לו בחקירת הרצח של מנדל. אכן, הרומן מבטא את

התנגדותו ללאומיות שכזאת, המביאה למעשי קנאות אלימים תחת אצטלה של נאמנות למסורת ולבית. עם זאת, שלילת הלאומיות נמחקת בהכרח משום שהרומן מציג גם כמיהה לבית ועוסק בקושי של הגיבורים להשלים עם חורבנו. הקורא, היודע עד כמה קשור לנדסמן לסיטקה, לעבודתו במשטרה ולנופי הקרח, אינו יכול לקבל את ההצהרה כפשוטה. לכן הוא נדרש למחוק אותה. אולם אין זו מחיקה שלמה אלא מחיקה דרידיאנית המבטאת גם את מקומה של ההערה בסיפור, את הקושי עם קנאות לאומית ואת האמביוולנטיות המלווה את חיובה של הלאומיות ברומן, בסופו של דבר.

כמו כן, אזכורה של העמדה היהודית הרוחנית האנטי-לאומית מעלה את הדיאלוג של הרומן עם עמדותיהם של האחים בויארין. האחים דניאל ויונתן בויארין מתנגדים לציונות וללאומיות יהודית ככלל. הם טוענים שהיהדות רוחנית ושאינה יכולה להתקיים במרחב של קבע, במולדת. על פי האחים בויארין, ההיסטוריה היהודית רצופה ניתוקים מן המולדת, ולמרות מיתוס השיבה והכמיהה לציון, צורת החיים היהודית האופיינית מבחינה היסטורית היא זו של הקהילה בתפוצות. דגם יהודי זה מתאפיין בזיקה כפולה. מצד אחד, הזיקה בין הקהילה למסורת העבר, ומצד אחר, הזיקה בין הקהילה לבין הסביבה התרבותית הזרה. מכניזם יהודי זה על כפילות הפנים שלו – עבר והווה, פנים וחוץ – מאפיין את היהדות והוא חלק ממורשתה. יתר על כן, דגם זה משקף את המשמעות המרכזית של החיים היהודיים ואת המשכיותם. מהותה של היהדות היא רוחנית. זהו העיסוק החוזר בלימוד ובפירוש המקורות היהודיים. נוסף על כך, הפרשנות היהודית קשורה לממד של שינוי, ולכן הסביבה אינה יכולה להיות סביבה קבועה אלא משתנה. אקט הפרשנות, שהוא העיקר היהודי, נועד להתקיים במסגרת משתנה ומתחדשת, כלומר, הכרחי לשמור על אותם ניתוקים חוזרים ונשנים מן המקום, מן המרחב הפיזי (בויארין ובויארין, 1994: 91-92; 97-100; טרנר, 2008: 160-161; Boyarin and שבהם ריבונות יהודית היא מן האפשר" (בויארין ובויארין, 1994: 100).

הדיאלוג שמנהל הרומן עם עמדתם של האחים בויארין קשור לתפיסה היהודית ההבנייתית המשותפת. הרומן קרוב להנחה שלפיה זהות יהודית איננה מהות סגורה ומקובעת ושעליה להתפתח לאור שינויי הזמן והדיאלוג עם הסביבה. תפיסה כזאת של היהדות ושל הזהות היהודית כזהות גמישה ודינמית מביאה ברומן לתפיסה לאומית מתונה ולא מתבדלת. מבחינה זו, סיטקה מתוארת ברומן כאוטונומיה תרבותית המשוקעת גם בסביבה התרבותית האמריקאית. הגיבורים מדברים לסירוגין יידיש ואנגלית, ובכל מקרה, זהו ניב יידישאי-אנגלי-אמריקאי.

לכאורה, היידיש מייצגת שתי מגמות סותרות בנוגע ללאומיות היהודית. מצד אחד, היידיש היא שפה יהודית ומייצגת קיום יהודי לאומי ייחודי; מצד אחר, היידיש היא שפה

גלותית במהותה, והיא נקשרת לשטעטעל, לגלות ולהיעדר תודעה לאומית יהודית. שני הפירושים מוציאים זה את זה ומכוונים לשתי מסקנות שונות ומנוגדות: לאומית ואנטי-לאומית. בכך עולה שוב אותה אסטרטגיה פואטית מרכזית לביטוי האמביוולנטיות, אותו עיקרון של "תחת מחיקה", המבהיר את עמדתו ההססנית או המורכבת של הרומן כלפי הלאומיות היהודית. כמו כן אפשר לפרש את הבחירה ביידיש באופן נוסף, פירוש שלישי, המבהיר את עמדתו ההבנייתית של הרומן כלפי הזהות והלאומיות היהודית. היידיש, כפי שטוען עמוס פונקנשטיין, היא דוגמה למהות האנטי-דיכוטומית של היהדות ושל הזהות היהודית. היידיש היא דוגמה חיה לתהליך מתמשך של מזיגה תרבותית. היא משקפת מגוון ערכים וקודים תרבותיים זרים שנספגו ביהדות והתייחדו. בכך היא ממחישה שהזהות היהודית איננה דבר "אותנטי" מוחלט אלא תוצר דיאלקטי של ייחוד וטמיעה, הישרדות והתבוללות. פונקנשטיין מדגים מזיגות לשוניות רבות אשר הן למעשה גם מזיגות תרבותיות. הערבוב הלשוני משמש עדות לתהליכים של שינוי, קליטה והדרה של מרכיבים תרבותיים מתוך היהדות ומחוצה לה. היידיש כשפה ממחישה את הממד הדינמי החזק של היהדות ומדגימה שהישרדות יהודית אינה נובעת אך ורק מסגירות רדיקלית אלא גם מיכולת שינוי והתאמה לסביבה הזרה (Funkenstein, 1995: 1–3).

הדברים עולים בבירור ברומן, הממציא יידיש ייחודית לארצות הברית ולאסקה. כך למשל, בסיטקה, האקדח נקרא "שולם". זהו שם יידישאי המתכתב מצד אחד עם הסלנג האמריקאי נוסח המערב הפרוע, שבו נהגו לכנות את האקדח "משכין שלום" (peacemaker), לבין המילה העברית "שלום". באותו אופן, טלפון הוא "שויפר", על משקל "שופר" בעברית, ו"נוז", "אף" ביידיש, משמש כינוי לבלש על משקל "רחרחן" באנגלית. בכך מבטא שייבון את השאיפה לקבל אל הזהות היהודית ולהכיל בתוכה שינויים הקשורים לרוח הזמן והמקום והתנגדות להנצחת האותנטי או העבר היהודי כמסורת סגורה והרמטית. כך מעניין גם לראות פירושים שונים לפעולת המזיגה הלשונית והתרבותית של הרומן עצמו. למשל, עמרי הרצוג מתפעל מהלשון שהמציא שייבון ומתאר אותה כמזיגה בין יידיש לאנגלית, השומרת על צביון יהודי (הרצוג, 2008). בניגוד לכך כותב בני מר ששייבון אמנם משלב מילים ביידיש, אבל השפה שבה מדברים הגיבורים אינה אלא אנגלית אמריקאית (מר, 2008). ההערכות השונות ממחישות דווקא את משמעותה של מזיגה תרבותית זהותית שאינה אלא דינמיקה של צירופים שונים הלוכדים צביון משתנה וחמקמק.

תפיסה זו עומדת בניגוד לתפיסה המהותנית של השפה בהגות הלאומית נוסח הרדר ופיקטה. ההוגים הגרמנים ראו את השפה כמרכיב אורגני של רוח האומה. הרדר טען שאדם הדובר שפה זרה חי חיים מלאכותיים. לתפיסתו, השפה שאליה נולד האדם נושאת בקרבה מטען תרבותי מסוים וקושרת את כל הדוברים בה בקשר משותף. במובן זה,

השפה אינה ניתנת להעברה ומבטאת זיקה מהותית בין חברי הקבוצה. השפה, לשיטתו, אינה פריט טכני. היא משמשת עדות לקשר הטבעי בין כל חברי האומה ולמקומה המרכזי של האומה בחיי האדם, במחשבתו וביצירתו. זיקת הפרט לאומה היא נתון טבעי וציווי מוסרי. הוא נולד אל תוך אומתו, שפתו ותרבותו, והוא מחויב לפתח ולהעשיר עוד את תרבותו הייחודית (Kedourie, 1993: 56–65). מי שפיתח את עמדותיו של הרדר אך גם הקצינן לכיוון תרבותי פוליטי לאומני¹ היה הפילוסוף הגרמני יוהן גוטליב פייכטה. פייכטה אימץ את הנחת המוצא בדבר הקשר האורגני בין היחיד לאומה וגילוי בשפה. כפועל יוצא תקף כל גילוי שפתי לא טהרני, ובמיוחד שפות שספגו לקרבן השפעות לשוניות לטיניות, כמו אנגלית וצרפתית. לשיטתו, הגרמנית, שנמנעה ממגמה זו, הצליחה לשמר את האותנטיות התרבותית שלה. כדי לחזק את הקשר התרבותי לאומה ביקש פייכטה לטהר את השפה הגרמנית מכל ביטוי לשוני זר. יתר על כן, הוא קשר באופן מוחלט בין הממד הפוליטי הריבוני לבין השפה והתרבות. מאחר שמזיגה לשונית ותרבותית היא פגיעה אנושה באותנטיות ובייחוד הלאומי המהותני, על כל קבוצה לשמר את לשונה – זהותה התרבותית – בגבולותיה. אלה גבולות הרמטיים שאין בהם מקום ללשון זרה, קרי, לבני אומה זרה. אין זו אלא תפיסה גזעית טהרנית הקוראת לחפיפה מוחלטת בין הגבולות הטריטוריאליים הפוליטיים לבין אלו הלשוניים-תרבותיים (טלמון, תשכ"ה: 139–158; סמית, 2003: 32; Kedourie, 1993: 56–61).

הידיד ברומן מייצגת אפוא עמדה אנטי-דיכוטומית כלפי השאלה מהי זהות יהודית ומהי תרבות יהודית. זוהי תפיסת זהות יהודית הבנייתית מתונה (שגיא, 2002: 35–67), המכוונת גם ללאומיות יהודית מתונה. עמדה זו קרובה לעמדת האחים בוירין בתפיסה ההבנייתית של הזהות היהודית כיסוד דינמי ומתהווה תמיד, אולם לעומת האחים בוירין, הרומן מעלה עמדה מורכבת יותר מבחינה לאומית ואינו דוחה את הלאומיות היהודית ככלל אלא מסתפק במיתונה. כך, ובניגוד לעמדת האחים, סיטקה שברומן היא אוטונומיה יהודית. זוהי צורה לאומית ממש, השונה מהדגם הקהילתי הרופף שמציעים האחים בוירין, שעיקרו קיומן של קהילות יהודיות רוחניות שונות ומנותקות המתקיימות בגולה. נוסף על כך, תיאוריה הגשמיים עד מאוד של סיטקה ברומן מבהירים שהיא אינה מייצגת בשום אופן רוחניות יהודית כי אם חיים יהודיים ארציים וגשמיים.

לסיום, הבה נבחן דוגמה נוספת הממחישה את עמדתו האמביוולנטית של הרומן בסוגיה הלאומית היהודית. מצד אחד, הרומן מצדיק את הלאומיות היהודית ומתארה

1 אצל הרדר, התפיסה התרבותית האורגניסטית מאוזנת באמצעות זיקה מקבילה לעקרונות אוניברסליים ואזרחיים. הרדר מדגיש גם את חירות הפרט ועוסק בצורך בהסכמה אזרחית רחבה כלפי התרבות הלאומית (סמית, 2003: 24).

כעונה לאיום קיומי ולניסיונות החוזרים לאורך ההיסטוריה לרדוף, לגרש ולהשמיד את בני העם היהודי. כך, סיטקה הוקמה עם פרוץ השואה כמחווה הומניטרית מצד ארצות הברית וסייעה בהצלת היהודים. על פי הרומן, בזכות הקמתה ניצלו מיליוני יהודים שמצאו מפלט באלסקה, והרומן מוסיף ומציין ששני מיליון יהודים שלא ברחו לסיטקה נרצחו במחנות המוות וההשמדה הנאציים באירופה (עמ' 44). בתודעת הקורא עומד כמובן הנתון ההיסטורי הראלי: רציחתם של שישה מיליון יהודים בשואה, ובכך מדגיש הרומן שהקמת סיטקה צמצמה עד למאוד את ממדי השואה. הרומן מדגיש אפוא את אלמנט ההצלה שבהקמת סיטקה ואת גודל האיום הקיומי והשנאה כלפי העם היהודי. ככלל, האיום הקיומי, שעיקרו רדיפות וניסיון להשמיד את העם היהודי, שימש גם טיעון מרכזי בנרטיב הציוני, והוא עדיין משמש טיעון להצדקת מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית (גביון, 2002: 55-56; גנו, 2013: 64). הציונות ראתה בדרכה פתרון למיני הרדיפות והאסונות שהיו מנת חלקם של היהודים באלפיים שנות הגלות. הבית הלאומי נועד להבטיח הישרדות יהודית. כאשר הרומן מאמץ את הטיעון הקיומי היהודי ומציג את סיטקה כנס של הצלה וכנגד השואה, הוא מעלה שלאומיות יהודית היא דבר שבהכרח ושהיא עומדת כנגד האיום ההיסטורי החוזר של גירוש וגלות. עם זאת, וכנגד תחושת הביטחון שמספק המעשה הלאומי היהודי, מעלה הרומן גם ביקורת כלפי הלאומיות היהודית. הוא עושה זאת למשל כאשר הוא מתאר את היחסים העוינים בין המתישבים היהודים שזה מקרוב באו לבין האינדיאנים, תושביו הילידים של האי ברנהוף. הסכסוך עם האינדיאנים מתואר כסכסוך טריטוריאלי, ופעולת ההתנחלות בארץ מעלה על הדעת ביקורת על מפעל ההתנחלויות בשטחי יהודה ושומרון לאחר מלחמת ששת הימים ואף על המפעל הציוני וההתיישבות היהודית בארץ ישראל ככלל. הרומן מדגיש את ההשתלטות היהודית על שטחי האי, "כיבוש הארץ", ומדגיש שהיהודים פלשו, בניגוד להסכם עם הממשל האמריקאי, גם לשטחי האינדיאנים (עמ' 44).

אולם כפי שמציע רובנר, אפשר לפרש את מעמדם של האינדיאנים ברומן בשני אופנים שונים ואף מנוגדים. מצד אחד אפשר לראות אותם אכן כמייצגים את הפלסטינים ומבטאים את העוולה שבמעשה הלאומי היהודי, בציון או באלסקה; מצד אחר אפשר לראותם ככפילים (doppelgänger) של היהודים. עם נרדף שכמעט הושמד והמשיך לדבוק בשאיפותיו הלאומיות ובייחודו התרבותי (Rovner, 2011: 146). האפשרות האחרונה שבה ומדגישה את ההכרח הלאומי הקיומי של היהודים ומטשטשת את הביקורת.

כמו כן, לצד תיאור נישול האינדיאנים מאדמותיהם מתאר הרומן בהתפעלות את בניינה של סיטקה בידי החלוצים היהודים. המהגרים, אשר נקראו "דובי הקוטב", מעלים בתודעת הקורא גם את החלוצים הציונים, שנלחמו כמותם בתנאי שטח ואקלים

קשים. בדומה לחלוצים הציונים, אשר במלחמתם בביצות, בקדחת ובחום הבלתי נסבל הפריחו את השממה, מתאפיינים גם דובי הקוטב בנחישות מופתית ובתחושת ציווי היסטורית. תיאור בניינה של סיטקה בידי החלוצים היהודים מערבב אפוא בין ביקורת על ההשתלטות ועל הכיבוש לבין התפעלות והערכה מהפרכת השממה ומגילוי כוחות נפש מופלאים (עמ' 41-44, 47).

נוסף על כך, המשוואה היהודית האינדיאנית מדגישה תובנה הנוגעת יותר לביקורת הלאומיות מאשר לביקורת הלאומיות היהודית. בסיפור הלאומי היהודי המדומיין שמספר שייבון הרחיקו היהודים עד קצה העולם, עד ערבות הקרח השוממות של אלסקה, אולם גם שם מצאו שיישוב הקרקע כרוך בסכסוך עם אחר כלשהו הרואה במקום השומם בית. גם באלסקה הרחוקה הופכת ההצלה היהודית לסכסוך אלים. ההרחקה לאלסקה מדגישה אפוא את הפרדוקס הלאומי הטריטוריאלי נוסח חוקר הלאומיות הנודע ארנסט גלנר. גלנר טען שהלאומיות היא תופעה שלילית מעיקרה. הוא ציין את המחסור הקיומי בטריטוריות פנויות ומכאן את הקושי הטכני להגשים שאיפות לאומיות (גלנר, 1994). לפיכך, אליבא דגלנר, ההגשמה העצמית והיצר ההיררדוטי של קבוצות ושל עמים עלולים להפוך במהרה למציאות של אלימות הרסנית ונקיטת כוח כלפי האחר (הקולקטיב האחר) המעוניין "להגשים עצמו" על אותה טריטוריה. כך, הרעיון הלאומי כרעיון יפה: הגדרה עצמית, וכרעיון אכזרי: פגיעה בלתי נמנעת באחר, מוציאים זה את זה ומדגישים קושי אימננטי הנמצא בלאומיות עצמה. בהקשר זה יש לציין שמבחינה היסטורית אכן הייתה הצעה לכונן מדינה יהודית באלסקה, ובין הסיבות להתנגדות להתיישבות יהודית שם עלה החשש ממתוחות בין המתיישבים החדשים לבין האוכלוסייה המקומית (בנימיני, 1990: 285).

הדגש המושם על האמביוולנטיות הקיימת בתופעה הלאומית כשלעצמה מקהה במעט את העוקץ מביקורת הלאומיות היהודית. מצד אחד זוהי אכן ביקורת על הלאומיות היהודית ועל האופן שבו נהגו היהודים באותם אינדיאנים או פלסטינים; מצד אחר אין זה אלא המעשה הלאומי עצמו, ובכך הלאומיות היהודית אינה יוצאת דופן. וכך וככלל, במשוואה הסבוכה שמסרטט הרומן מתוארת הלאומיות היהודית הן כצורך קיומי הייררדוטי וכמענה לרדיפות היהודים הן כחרב פיפיות העלולה להפוך מעשה נסי של הצלה לתוקפנות איומה. הרומן מדגיש את הזוויות השונות והמתנגשות הקיימות בסיפור הלאומי היהודי, בציון או מחוצה לה. כעת, ולאחר שעמדתי על המורכבות בנוגע ללאומיות היהודית ככלל, אבקש להרחיב להלן על עמדתו האמביוולנטית של הרומן בנוגע לציונות.

א.2.ב. לדבר על ציונות ביידיש: השיח המורכב עם הציונות וחלופות לאומיות יהודיות

כפי שציינתי לעיל, הכתיבה בז'אנר ההיסטורי האלטרנטיבי משמשת לביקורת חברתית ופוליטית. ההיסטוריה המדומיינת ניצבת כנגד זו הממשית וחושפת לרוב אפשרויות אלטרנטיביות "מועדפות". במובן זה, הנרטיב הבדיוני ניצב נגד הנרטיב ההיסטורי "המנצח". ברומן, הקמתה של סיטקה היא חלופה לציונות ולהקמת מדינת ישראל ומעוררת דיון בעמדות לאומיות שהתחרו בציונות ופעלו למימוש לאומי יהודי לא בארץ ישראל. מנגד, כפי שנראה, הרומן שומר על עמדתו האמביוולנטית הכללית ומדגיש, לצד הביקורת ההיסטורית על מרכיבים שונים של הציונות, גם את כוחה של המחשבה הציונית ואת הצלחתה הממשית, ובסופו של דבר הוא אף מצדיק את קיומה.

אפתח בדיון היסטורי קצר אשר בו אסקור כמה דגמים לאומיים יהודיים בולטים שהתחרו בציונות במאות התשע עשרה והעשרים. אחר כך אדגים את זיקת הרומן לדגמים אלו ואת עמדתו האמביוולנטית כלפי הפולמוס הלאומי היהודי בינם לבין הציונות.

דגמים יהודיים לאומיים שהתחרו בציונות: רקע היסטורי

באפריל 1903, בעקבות עליית דם נוצרית נגד היהודים, התחולל בעיר קישיניב שברוסיה פוגרום אכזרי שכלל מעשי ביזה, אונס ורצח אלימים במיוחד. הפוגרום הידוע לשמצה חולל זעזוע עמוק, והוא ממשמש אבן דרך בתולדות ההיסטוריה היהודית. בעקבות הפוגרום כתב חיים נחמן ביאליק את הפואמה הידועה בעיר ההרבה (ביאליק, 1906), המתארת בלשון פיוטית את מעשי הזוועה.

הפוגרום נתן אותותיו גם על מנהיגים יהודים שביקשו למצוא פתרון מידי למצוקתם היום-יומית של יהודי תחום המושב. בתנועה הציונית התחולל משבר כאשר הרצל העלה בקונגרס הציוני השישי, שהתכנס בקיץ שלאחר הפוגרום, הצעה להקים מדינה יהודית במזרח אפריקה, תכנית שנודעה בשם "תכנית אוגנדה". בעקבות ההצעה והתכנית התפלגה ההסתדרות הציונית לשני מחנות עיקריים של תומכים ומתנגדים: "המדיניים" ו"המעשיים". בקונגרס הציוני השביעי, אשר התכנס לאחר מותו של הרצל בשנת 1905, דחו חברי ההסתדרות את הגישה הטריטוריאלית וקבעו שארץ ישראל לבדה משמשת יעד לפעילות הלאומית הציונית. בעקבות החלטה זו פרש מההסתדרות ישראל זנגוויל (1864-1926), פעיל ציוני בולט וחברו הקרוב של הרצל. זנגוויל הקים את "א:א: ההסתדרות הטריטוריאליסטית היהודית, שפעלה "להשיג טריטוריה על בסיס אוטונומי לאלה מבין היהודים שאינם יכולים או שאינם רוצים להשאר בארצות מגוריהם" (אלרואי, 2004: 542; בלפר, 2004: 87).

הפולמוס בין הטריטוריאליסטים לבין הציונים התחיל אפוא כמחלוקת בתוך התנועה הציונית. גם זנגוויל וחבריו לתנועה שללו את החיים היהודיים בגולה, וביקשו לשים קץ לקיום היהודי הגלותי באמצעות הגירה יהודית המונית. הם שאפו להקים אוטונומיה או מדינה יהודית שתתאפיין בסממנים יהודיים לאומיים של ממש. כפי שצינתי, זנגוויל היה יד ימינו של הרצל, ויש לזכור שהרצל מעולם לא שלל את הפתרון הטריטוריאלי. כך בפרשת אוגנדה וכך גם בראשית דרכו המדינית, כאשר העלה את ארגנטינה כחלופה שוות משקל לארץ ישראל (הרצל, 2008 [1902]: 35). למעשה, העמדה הטריטוריאלית עלתה כבר בחיבורו המוקדם של יהודה לייב פינסקר (1821-1891), אוטו-אמנציפציה. פינסקר התייחס למצבם הבלתי נסבל של היהודים בגולה והכריז שהמטרה הלאומית היהודית אינה חייבת להיות שיבה למולדת ההיסטורית אלא עיקרה מציאת מקלט בטוח:

אל לנו לשוב ולפתוח בו במקום שנפסקו ונהרסו בחוזק-יד חיינו המדיניים לפנים. תעודתנו אם רוצים אנו שתתקיים ביום מן הימים תהי נא מצניעת לכת. גם בלעדי כן היא קשה למדי. מטרת שאיפתנו לא צריכה להיות ארץ "קודשנו" כי אם ארץ שלנו (פינסקר, תש"ך: 53).

מבחינה פוליטית, המחלוקת נסבה על השאלה אם יש לפעול באופן מידי להצלת יהודי אירופה, ובמיוחד יהודי רוסיה, שסבלו מפרעות קשות והיו בסכנת חיים, או שמא יש לפעול למען גאולה לאומית בארץ ישראל בלבד בלי להתחשב בשיקולי זמן או בשיקולים אחרים. בתוך כך, שאלה המעסיקה היסטוריונים וחוקרים היא אם המצדדים בעמדה הטריטוריאלית תפסו את הפתרון הטריטוריאלי כ"מקלט זמני", כפתרון זמני וכשלב ביניים בלבד, ותכליתם הסופית הייתה ארץ ישראל, או שמא השאיפה הטריטוריאלית לא הייתה בהכרח פתרון זמני אלא עשויה הייתה להיות גם פתרון סופי שיחליף את ארץ ישראל. הוגים ופעילים יהודים נחלקו בנוגע לעמדות השונות הללו. האם הציונות לבדה היא הפתרון הלאומי היהודי? האם פתרון טריטוריאלי בטריטוריה זרה אפשרי? אם כן, האם הוא יכול לשמש תחליף קבע לארץ ישראל או שהוא כאמור מקלט ארעי בלבד? שתי השאלות האחרונות נוגעות למחלוקת מהותית יותר, שעיקרה תפיסה פילוסופית שונה באשר למהות הלאומיות היהודית. מקצת המנהיגים והפעילים הציונים החזיקו בעמדה ציונית מהותית. הם האמינו שהלאומית היהודית היא מהות נתונה מראש, יסוד קבוע בעולם, ואינה יכולה להתממש אלא בצורתה ההיסטורית הקדומה, קרי, בשיבה לארץ ישראל.

מנחם אוסישקין (1863-1941), שהנהיג את קבוצת ציוני ציון, "המעשיים", בקונגרס הציוני השביעי, טען שזכותו של העם היהודי למימוש ארצי לאומי היא אך ורק בארץ ישראל, ולכן אין היא יכולה להתממש בשום טריטוריה אחרת (אלמוג, תשמ"ב: 184). בעוד דברי אוסישקין מדגישים בעיקר את זכות השיבה אל הארץ, אפשר לזהות את

הלהט הדטרמיניסטי ההיסטורי בדבריו של דב בר בורכוב (1881-1917), שנמנה עם המחנה הסוציאליסטי-מרקסיסטי בציונות. בורכוב כתב בשנת 1905, בחיבורו **לשאלת ציון והטריטוריה**, על "ההכרח ההיסטורי", והסביר שארץ ישראל אינה קשורה לזיכרון ההיסטורי בלבד, אלא ההיסטוריה – במהלך דטרמיניסטי מוחלט – מצביעה עליה ומכוונת אליה. בורכוב צמצם את משמעות הגלות וקבע שכל עיקרה בהתפתחות פנימית של עם ישראל כדי שיוכל לשוב לארצו (שם, 208-209).

לאחר הקמת מדינת ישראל אפשר לזהות את הטיעון המהותני בכתיבתו ובמפעלו ההיסטוריוגרפי של בן ציון דינור (1884-1973). דינור, ששימש שר החינוך השלישי של מדינת ישראל מטעם מפא"י וכיהן כפרופסור להיסטוריה של עם ישראל באוניברסיטה העברית, ביסס בכתיבו את הזיקה המוחלטת והבלעדית בין עם ישראל לארץ ישראל (דינור, 1938: יד; גנז, 2013: 164). אניטה שפירא מתייחסת למרכיבים משיחיים חילוניים בתנועת אחדות העבודה ומציינת את הלהט המשיחי של דוד בן-גוריון, של ברל כצנלסון ושל יצחק טבנקין, אולם היא מדגישה שהפרגמטיות הפוליטי שנקטו בפועל מיתן מאד את עמדותיהם המהותניות (שפירא, 1997: 209-210).²

כאמור, בקרב הטריטוריאליסטים ותומכיהם אפשר למצוא עמדות שונות כלפי שאלת זמניותה של הטריטוריה החלופית. הרב יצחק יעקב ריינס (1839-1915), מנהיג הציונות הדתית ומקים תנועת המזרחי, למשל, שתמך בטריטוריאליסטים וניסה לפשר בינם לבין חברי הציונים המעשיים, האמין שלעם היהודי תכלית לאומית אחת בלעדית ונתונה מראש: לשוב להיות עם חופשי במולדתו ההיסטורית. עם זאת, הוא תמך ביט"א וקודם לכן אף תמך בתכנית אוגנדה של הרצל. אולם הרב ריינס הדגיש שהוא תומך בעמדה הטריטוריאליטית כמקלט ללילה בלבד ואינו רואה ברעיון הטריטוריאלי תחליף לשיבה הנכספת לציון (אלרואי, 2004: 547-548).

באשר לזנגוויל עצמו, יש לציין שעמדותיו בנושא זכויות היהודים על ארץ ישראל, ובעיקר זכות השיבה לארץ, נחשבות מורכבות, וההיסטוריונים חלוקים באשר לפירושן. בן ציון נתניהו רואה בזנגוויל ציוני נלהב ותופס את שאיפותיו הטריטוריאליטיות אכן כמקלט ללילה בלבד ולא כחלופה קבועה וסופית למימוש הציוני בארץ ישראל (נתניהו, 2010: 200). מנגד, שמואל אלמוג מדגיש את הביקורת שהייתה לזנגוויל על הציונים וטוען שזנגוויל נזח את החלום הציוני והחליפו בחזון טריטוריאלי לא בארץ ישראל (אלמוג, תשמ"ב: 191, 217-218). נראה שזנגוויל הכיר במקומה החשוב של ארץ ישראל במסורת

2 בן-גוריון, כצנלסון וטבנקין האמינו ב"דחיית הקץ" הציונית בארץ ישראל ותפסו את המימוש הלאומי היהודי בארץ במונחים היסטוריים דטרמיניסטיים של הבקעה היסטורית הכרחית (שפירא, 1997: 210-209).

היהודית ולא התנגד להקמת קהילה יהודית או אף מדינה יהודית בשטחה. עם זאת, הוא הדגיש שתכנית השיבה היהודית לארץ ישראל בעייתית משום שבשטחה נמצאים ערבים, וללא מדיניות מדינית קשוחה ומובהקת עלולה להיווצר בעיה לאומית קשה בין שתי האוכלוסיות. בהקשר זה, זנגוויל מצא את הפתרון הטריטוריאלי כפתרון הראוי שיסייע בכל הנוגע לבעיה המידית של יהודי רוסיה שנאנקו תחת עול האנטישמיות ויאפשר למצוא, ללא דוחק של זמן, פתרון מדיני ראוי עם האוכלוסייה הערבית בארץ. הוא לא התנגד לפתרון הציוני ואף הכריז על נכונותו לשתף פעולה עם הציונים בתנאי שימצאו פתרון לבעיה הביטחונית הערבית בפלסטינה. עם זאת, הוא מצא אותו בעייתי לזמנו. קשה להכריע באופן חד-משמעי אם אכן ראה בפתרון הטריטוריאלי פתרון זמני או פתרון חלופי שווה ערך, ונראה שהאמין בשתי האפשרויות גם יחד. בכל מקרה, החל בשנת 1905, שבה הקים את י"ט"א, הקדיש את מרב מאמציו לפתרון טריטוריאלי ולא פעל עוד למען ההגשמה הציונית בארץ ישראל (Almagor, 2014). בכל מקרה, וכפי שנראה מיד בניתוח הרומן, לענייננו חשוב עצם קיומה של החלופה הטריטוריאלית. כן חשובה העמדה המהותנית הציונית אשר בה החזיקו מקצת חברי ההסתדרות הציונית בראשית המאה העשרים וכן ציונים מאוחרים יותר כדינור. כפי שנראה מיד, הרומן מתפלמס עם התפיסה המהותנית הזאת.

אל מול הרקע הציוני של זנגוויל ועמדותיו המוקדמות הפרו-ציוניות המובהקות ניצבו חלופות לאומיות אחרות, אנטי-ציונית במובהק. בשנת 1934, תשע שנים לאחר שפירק זנגוויל את י"ט"א בעקבות הצהרת בלפור והכישלונות החוזרים למצוא טריטוריה מתאימה ליהודים, הוקמה ה"פרילנד ליגע" (התנועה לארץ חופשית), תנועה טריטוריאליסטית חדשה בראשות יצחק נחמן שטיינברג (1888-1957). שטיינברג וחבריו ביקשו להקים אוטונומיה יהודית תרבותית נטולת שאיפות פוליטיות, בחסות מעצמה דמוקרטית. במצע התנועה נכתב שמטרת התנועה "לחפש ולספק מוצא ליהודים הרוצים לעזוב את ארצות מוצאם וליישבם בחסות מעצמה דמוקרטית בחבל ארץ דליל אוכלוסין המיוחד למטרה זו" (אלרואי, 2005: 420). השאיפה לאוטונומיה נבעה מפרגמטיזם פוליטי ואידאולוגי. שטיינברג האמין שהיהודים לא יוכלו להשיג מדינה, וכן שלל מבחינה אידאולוגית את התפיסה הלאומית החזקה שרווחה בתקופתו. הוא ראה בעקרון המימוש הפוליטי הלאומי ובמדינת הלאום אופנה הגמונית ותו לא. את התנגדותו ניסח בדברים הבאים: "אכן לרוב האומות יש מדינה ומלחמת העולם הראשונה אף הצמיחה מדינות חדשות [...] [אך] האם לאנשים במדינה טוב יותר משינוי זה?" (מובא שם, 421).

בניגוד לזנגוויל, חברי ה"פרילנד ליגע" היו אנטי-ציונים מובהקים. הם ביקרו את התנועה הציונית על יחסה הלא מוסרי כלפי הערבים, ובהמשך אף התנגדו למדינת ישראל. לכן התנועה לא התפרקה בשנת 1948. חבריה החליטו שלמרות הקמת מדינת

ישראל הם ימשיכו לפעול למען פתרון טריטוריאלי ראוי לא בארץ ישראל. התנועה התפרקה לבסוף בשנת 1957, לאחר מותו של שטיינברג (שם, 429-432).

תנועה מוכרת יותר ששאפה ללאומיות יהודית אוטונומית וטריטוריאלית היא תנועת הבונד. המילה היידיית "בונד" פירושה ברית, וזהו קיצור השם "הברית הכללית של הפועלים היהודים ברוסיה, בפולין ובליטא". מפלגת הפועלים היהודים שמה דגש על ההיבט המעמדי ופעלה הן כמפלגה פוליטית הן כאיגוד מקצועי. גם חברי הבונד התנגדו לציונות, וגרסו שהפתרון ליהודי מזרח אירופה הוא בהקמת אוטונומיות יהודיות ברחבי רוסיה. חברי הבונד לא רצו להינתק מהחיים היהודיים בגולה. הם הדגישו את הקשר שלהם לארצות המארחות: פולין, ליטא ורוסיה, וביקרו את שלילת הגולה של התנועה הציונית. ביקורת נוספת על הציונות קשורה להתמודדות הציונים עם הבעיה הערבית, ועיקר הביקורת וההתנגדות לציונות קשורה לפן הפוליטי ולאמונה העזה בסוציאליזם ובתיקון הסדר החברתי הכלכלי. חברי הבונד האמינו שלצד יהדותם עליהם להדגיש את הפן המעמדי. מלחמת המעמדות, לשיטתם, תפתור גם את בעיית היהודים (פלד, 1997: 3; בן-חיים ובן-רפאל, 2006: 122-138).

תפיסה אוטונומית בולטת אחרת שקיימה מערכת יחסים מורכבת ומשתנה עם הציונות היא זו של ההיסטוריון היהודי שמעון דובנוב (1860-1941). במודל האוטונומיה שהגה הוא ביקש להעניק ליהודים מעמד נבדל כקולקטיב לאומי בעל זכויות אזרחיות שוות במדינות השונות שבהן הם מרוכזים באירופה. כך תיאר את נקודת מבטו של היהודי השואף לאוטונומיה:

כאזרח במדינתי אני משתתף בחייה האזרחיים והפוליטיים, אולם כחבר באומה היהודית יש לי, נוסף על כך, צרכים לאומיים משלי. בספרה זו יש לי הזכות ללמד בשפתי בבתי הספר שלי, לנהל את חיי הקהילה הפנימיים וליצור מוסדות שישרתו מגוון מטרות לאומיות: להצטרף לפעילויות משותפות עם אחיי לא רק בארץ הזאת אלא בכל הארצות בעולם, ולהשתתף בכל הארגונים שמטרתם לקדם את הצרכים השונים של האומה היהודית ולהגן עליהם בכל מקום (Dubnow, 1970: 50. התרגום שלי).

דובנוב מדגיש את השתלבות היהודים בחיים החברתיים, האזרחיים והפוליטיים של המדינה, ועם זאת מדגיש את הזכויות הלאומיות שיינתנו לבני הקבוצה היהודית. דובנוב מדבר על אוטונומיות יהודיות במזרח אירופה, מקום שבו ישנם ריכוזים גדולים של יהודים, ובכך מדגיש את רצונו לשמר את החיים היהודיים בגולה ולא לקטוע אותם באמצעות הגירה ונדודים מאירופה. הוא האמין שגם אם תוקם מדינה יהודית בפלסטינה, רוב היהודים יישארו בגולה. הוא סבר שיש לפתח אפוא תודעה לאומית ליהודים הרבים שיישארו במקומותיהם (שם: 55). במובן זה, הוא הבחין בין תפיסה סובייקטיבית לבין

תפיסה אובייקטיבית של הגלות. הוא אמר שמבחינה סובייקטיבית היה שמח לבטל את הגלות ולהקים מדינה יהודית בפלסטינה, אולם מבחינה אובייקטיבית הוא אינו מסוגל להאמין באפשרות הזאת. למעשה, עמדתו כלפי הציונות השתנתה לאורך השנים והפכה מספקנות עמוקה לקבלה חלקית. מבחינה היסטורית הוא תפס את הציונות כתנועה משיחית חילונית. הוא חשש שהחלום הציוני המשיחי יתנפץ לרסיסים על סלעי המציאות, ובכתביו השונים ציין במפורש שהקמת מדינה יהודית בפלסטינה נראית לו חלום, סוג של פנטזיה ציונית. הוא אף הביע חשש שהציונות תתגלה כמשיחיות שקר ותחולל משבר בעולם היהודי דוגמת המשבר שחולל משיח השקר שבתאי צבי. עם זאת, מאוחר יותר הודה בכך שטעה בהערכת ישימותה של המחשבה הציונית (שם: 53-56). בשנת 1917 הביע שמחה והתרגשות מהצהרת בלפור, ובשנת 1937 אמר שבניינה המחודש של פלסטינה הוא בגדר נס: "אחד הנסים המופלאים בהיסטוריה היהודית" (שם: 54). בניגוד לחברי הבונד הוא מעולם לא פקפק בזיקה ההיסטורית והמסורתית של העם היהודי לציון. בשנת 1937, עת מלאו להקמת הבונד ארבעים שנה, סירב להצטרף לחגיגותיהם והאשימם בכך שהם מבודדים עצמם מהקהילה היהודית. עם זאת, לא נמנע מביקורת קשה גם על הציונות, המתנכרת לגלות, וטען שהציונים קיצונים מדי בעמדותיהם המשיחיות ובבדלנותם היהודית (שם: 47).

עמדתו הלאומית ינקה מתפיסתו ההיסטוריוסופית. דובנוב גרס ששאפת עם לטריטוריה היא שלב בהתפתחותו ושהקיום הלאומי הנעלה הוא קיום ושימור תרבותי ללא זיקה לטריטוריה. הפסגה ההיסטורית היא שימור תרבותי רוחני. הוא ראה את העם היהודי ששרד בגלות הארוכה ושמר על ייחודו הלאומי ללא מסגרת של מדינה כעם הנמצא בשלב המתקדם ביותר מבחינה היסטורית (אלרואי, 2004: 562; Dubnow, 1970: 44-41). בהקשר זה יש לציין שהוא האמין בכך שהתנאי החשוב ביותר לגורלה של אומה אינו כוחה הפיזי כי אם כוחה הרוחני. מבחינתו, המאפיין הבולט של העם היהודי הוא איכותו הרוחנית. דובנוב תמך אפוא בלאומיות יהודית מתונה בקהילה אוטונומית בגלות, שתשמר ותדגיש את מאפייניו הרוחניים הנעלים של העם היהודי.

בעמדתו הרוחנית היהודית היה דובנוב קרוב לחברו הטוב אחד העם (אשר צבי גינצברג, 1856-1927). כפי שנראה, במשנותיהם הלאומיות ישנן נקודות חפיפה והסכמה ובה בעת גם נקודות שוני ומחלוקת. אחד העם, שייסד בשנת 1889 את אגודת "בני משה" ובשנת 1896 את הירחון השלוח, ביקש להפיץ בעזרתם את משנתו היהודית הרוחנית, שעיקרה הקמת מרכז יהודי רוחני בארץ ישראל (בלפר, 2004: 141). חזונו הלאומי כיוון להקמת חברה עברית חדשה בארץ ישראל, שתתאפיין בחייה הרוחניים, המוסריים והנעלים, "הרוח הלאומי" בלשונו. כמו דובנוב גם אחד העם העריך את ההומניזם היהודי וראה בסמל היהודי של יבנה ובויתור על החיים המדיניים סימן של כוח ועליונות ולא

של חולשה. לצד זאת הוא נזקק ליסוד הלאומי וראה בלאומיות ובמרכז הרוחני שיוקם בציון את האמצעי להבטחת המשך קיומה של האומה היהודית. הרגש הלאומי היה בעיניו יסוד חיוני, הכרחי. "חפץ הקיום" במושגיו של דרווין. מבחינה זו ולמרות הוויכוח החריף בינו לבין הרצל ולתנועה הציונית המדינית הוא ראה בחיוב את התעוררות הלאומיות היהודית הציונית בראשות הרצל. הרצל והציונים סייעו בחיזוק הרגש הלאומי ו"חפץ הקיום" הנגזר ממנו. אולם בניגוד להרצל ולציונות המדינית, אחד העם לא ראה את הקמת המדינה היהודית כתכלית העליונה של הציונות. בעוד הרצל שואף להקים מקלט יהודי, מדינה שתשים קץ לתופעת האנטישמיות, הרדיפות ואומללות החיים היהודיים בגולה, שאף אחד העם לתחייה יהודית רוחנית, להצלת השקיעה התרבותית והרוחנית של החיים היהודיים בגולה. לכן, בעוד הרצל דיבר על "צרת היהודים" עסק אחד העם ב"צרת היהדות". הרצל חיפש מענה למצוקתם של מיליוני היהודים באירופה, בעיקר אלה שבמזרח, ואחד העם שאף להצלת היהדות, להצלת החיים היהודיים והמהות הרוחנית התרבותית היהודית שהייתה נר לרגליו (שביד, 1995: 182-212; טרנר, 2008: 165-173; Zipperstein, 1993: 6). במוכן זה, אחד העם היה כפי שהגדירו הביוגרף שלו, סטיבן זיפרשטיין, אריסטוקרט של הרוח, אליטיסט חסר רגישות להמונים (זיפרשטיין, 1997: 148). בכך היה שונה מהרצל, ובעיקר מדובנוב, אשר היה קרוב להמונים היהודים ולרוח העם (Dubnow, 1970: 56).

בדומה להרצל שלל גם אחד העם את הגלות ואת החיים בגלות, אולם הוא התנגד להם מכיוון שהם יצרו תלות תרבותית באחרים ואיימו על המשכיות היהודית הייחודית. בעבורו, הלאומיות נועדה ליצור תשתית יהודית ייחודית שתאפשר לעם היהודי לקיים מצד אחד רצף תרבותי עם העבר היהודי הייחודי ובו בזמן, מצד אחר, להתעצב כתרבות מערבית מודרנית. המרכז הרוחני בארץ ישראל נועד אפוא לחדש את החיים הרוחניים היהודיים הייחודיים, מצב שאינו אפשרי בתשתית החומרית של החיים בגולה. אחד העם סבר שמרכז רוחני יהודי לאומי חזק יקרין אל כל יהודי העולם וימנע מהם להתבולל בתרבויות הזרות בקהילות שבהן הם חיים (שביד, 1995: 182-212; טרנר, 2008: 165-173). בהקשר זה יש לציין שאחד העם היה קרוב לעמדתו ההבנייתית של הרומן כפי שהוצגה בסעיף הקודם. הכוונה היא לתפיסה העוברת כחוט השני ברומן, שעיקרה לאומיות יהודית מתונה וקיום חיים יהודיים ייחודיים, אשר בו בזמן גם יונקים מהסביבה הזרה ומנהלים עמה דיאלוג. אחד העם שלל את הטמיעה היהודית בחברה הזרה ונלחם בהתבוללות, אבל שאף עם זאת לקלוט מאפיינים מודרניים אל תוך היהדות. בעיקרו של דבר הוא ביקש להנהיג שינוי תרבותי בתוך רצף תודעתי יהודי כללי (שביד, 1995: 182-212).

הדגש המרכזי במשנתו של אחד העם הוא דגש חינוכי, ולכן מתארים אותו הביוגרפים שלו כמורה וכמחנך ומציינים שהרצל היה מנהיג הדור, ואחד העם, מורה הדור (Zipperstein, 1993: 2). בעיני אחד העם, החינוך לתרבות יהודית ולמרכיבים הרוחניים והמוסריים הייחודיים ליהדות היה לב המפעל הלאומי. לכן היה חשוב יותר בעיניו להשקיע בלימוד ובחינוך יהודי מאשר ביישוב הארץ. הוא לא ייעד לפלסטינה אלא קומץ של יהודים, אינטלקטואלים ונעלים, שישמשו מרכז הכובד של החיים היהודיים ויקרינו מארץ ישראל אל יהודי כל העולם (אחד העם, 1965: סד-סט; שביד, 1981: 25-67; טרנר, 2008: 165-167).

עוד דגם לאומי חלופי שחשוב להזכיר על רקע הדיון ברומן הוא הדגם האמריקאי של מחוז אררט. כפי שהעיד שייבון, מודל זה עלה במוחו כשכתב את ספרו ושימש השראה להקמת סיטקה היהודית ברומן (Rovner, 2011: 151). בשנת 1825 פרסם הדיפלומט והעיתונאי היהודי האמריקאי מרדכי מנואל נח קול קורא ליהודי העולם לבוא ולהתיישב באדמות האי גרנד איילנד שבנהר הניאגרה, על גבול מדינת ניו יורק. נח רכש את אדמות האי מידי האינדיאנים כדי לייסד בו עיר מקלט יהודית ששמה אררט, כשם ההר שעליו נחה תיבת נח לאחר המבול. נח פעל מתוך תחושת שליחות לאומית יהודית. הוא זיהה שיהודים החיים מחוץ לארצות הברית סובלים סבל עז ונשללות מהם זכויות יסוד חשובות. נח אף ערך טקס מכובד ומפואר של חנוכת המושבה היהודית, אולם היהודים לעגו לו ולא נעתרו להזמנתו. ההיסטוריון ג'ונתן סרנה מעיד כי "כל מה שנותר מהמושבה המוצעת הוא אבן הפינה שלה בת מאה וחמישים הק"ג ועליה כתובות בעברית ובאנגלית" (סרנה, 2005: 76-77).

לסיכום הדיון ההיסטורי יש לציין שהעמדות השונות, הפולמוסים החריפים והמאמצים הבלתי פוסקים מצד ההוגים והמנהיגים השונים מדגימים את תלאות היהודים, את הרצון העז מצד אחד ואת הקושי האובייקטיבי מצד אחר, לממש את החלום היהודי הלאומי – בציון או מחוצה לה. הדיון לעיל לא הציג אלא כמה דגמים בולטים שהתחרו בציונות.³ בסופו של דבר, כידוע, הצליחה רק התנועה הציונית ורק לאחר השואה, שבה נרצחו שישה מיליון יהודים, להקים בית לאומי יהודי בארץ ישראל. כעת אשוב לניתוח הרומן ואעמוד על הדיאלוג שהוא מנהל עם החלופות הלאומיות השונות, ובעיקר עם הציונות.

3 לסקירת התכניות הרבות והשונות למציאת פתרון טריטוריאלי ומקום מקלט ליהודים ראו בנימיני, 1990.

"הגיע הזמן שניקח מה שאנחנו יכולים לקבל":

כישלון הטריטוריאליזם כהצדקת הציונות ברומן

סיטקה מעוצבת ברומן כמחוז פדרלי עצמאי – The federal district of Sitka. זוהי אוטונומיה תרבותית המספקת לתושביה היהודים הגנה תרבותית ופיזית, אולם מבחינה פוליטית היא חלשה ממדינה, אשר היא ישות פוליטית ריבונית מוחלטת. בכך קרוב הרומן לדגם הלאומי האוטונומי כבמשנתו של דובנוב. אולם בעוד דובנוב דיבר על אוטונומיות יהודיות שונות, סיטקה היא מעין "מושבת יהודים" עולמית. כמו כן, הרומן אינו מאמץ את העמדה הרוחנית היהודית של דובנוב. אי-אפשר לזהות ברומן את התפיסות נוסח דובנוב בדבר עליונותה הרוחנית של היהדות. נראה שהרומן קרוב לעמדה שלפיה הבטחת זכויות אתניות ותרבותיות של פרטים ושל קולקטיבים אינה בהכרח הצדקה למדינת לאום אלא לאוטונומיה תרבותית (Kymlicka, 2004: 147–154). בתפיסה לאומית מתונה זו קרוב הרומן לתנועת ה"פריילנד ליגע" היידית, אשר כאמור שאפה ליצור דגם יהודי אוטונומי מתון שעיקרו אכן הבטחת מימושן של זכויות תרבותיות ליחידים ולקולקטיבים (אלרואי, 2005: 421). כמו כן, ובדומה הן למודל האוטונומיה של דובנוב הן לתכנית הטריטוריאלית נוסח ה"פריילנד ליגע", גם סיטקה היא מובלעת יהודית השוכנת בסביבה זרה, כלומר, שומרת על המשך החיים היהודיים בגלות.

במחשבה הלאומית אפשר לזהות בין הגישות השונות תפיסות לאומיות אורגניות המדגישות את רוח האומה הייחודית, המתבטאת בשפה, בתרבות ובטריטוריה. אלה נתפסות כמהויות קבועות ונתונות מראש שאי-אפשר לשנותן. הציונות, עיקרה כאמור בהדגשת הזיקה היהודית הלאומית לארץ ישראל. בחלק מן העמדות הציוניות, ישראל היא אפשרות מועדפות ורצויה, ובחלק אחר, זוהי אפשרות בלעדית. עולה אפוא תפיסה מהותנית שלפיה לא ייתכן חידוש לאומי יהודי אלא בארץ ישראל. כפי שכבר ציינתי לעיל, הרומן מתנגד לעמדה מהותנית זו ומניח בבסיסו הנחה קונטינגנטית כאשר הוא מתאר חיים יהודיים לאומיים, פורחים ומשגשגים המתקיימים לא בציון כי אם באלסקה. בכך קרוב הרומן לדגמים החלופיים הטריטוריאליסטיים במהותם. עם זאת נותרת השאלה מדוע בסופו של דבר אין הלאומיות הטריטוריאלית שבאלסקה מצליחה להתממש ומשמשת מקלט זמני, "מקלט ללילה" בלבד. כדי להבהיר את עמדתו של הרומן בסוגיה הבה נבחן את חילופי הדברים בין איזידור לנדסמן, אבי הגיבור, לבין דודו, הדוד הרץ.

גיבור הרומן, מאייר לנדסמן, נזכר בוויכוח פוליטי חוזר בין אביו לדודו לאורך שנות ילדותו. אביו של לנדסמן היה ציוני, ואילו הדוד הרץ היה טריטוריאליסט אשר הקדיש את חייו להפיכת סיטקה ליישוב קבע, או:

בחלומותיו הפרועים ביותר, מעמד מדינה. די לנדודים, זוכר לנדסמן את דודו אומר לאביו, שבנפשו השתמר עד יום מותו שמץ של ציונות רומנטית. די לגירושים ולהגירות ולחלומות על השנה הבאה בארצות הגמל. הגיע הזמן שניקח מה שאנחנו יכולים לקבל, ונשאר פה (עמ' 98).

הדברים מעלים בבירור את שתי העמדות: מחד הציונית, ומאידך הטריטוריאליסטית, הנכונה היותר כליל על ציון. לכאורה נראה שהרומן דוחה את העמדה הציונית ומצדד בטריטוריאליזם הקיצוני. הדוד הרץ מתואר ברומן כאדם בעל שכל חריף, שחקן שחמט ופוליטיקאי מיומן. מנגד, הציונות של האב אינה אלא תקווה "רומנטית" שהוא אינו עושה עמה דבר. ככלל, כפי שמצהיר הרומן, הציונות נדמית לאזרחי סיטקה כאפשרות רחוקה ולא ראלית: "ארץ הקודש מעולם לא נראתה רחוקה או בלתי מושגת יותר משהיא נראית ליהודי בן סיטקה" (עמ' 30). עם זאת, ולמעשה, נראה שחילופי הדברים בין האב לבין הדוד מדגישים דווקא ובעיקר את כישלון התזה הטריטוריאליסטית. יש לשים לב לדבריו של הרץ, אשר עיקר טיעונו הטריטוריאלי הוא: "ניקח מה שאנחנו יכולים לקבל". אולם דמותו הטרגית ממחישה את הקושי היהודי "לקבל" טריטוריה, בית לאומי. הרץ הקדיש את חייו להגשמה לאומית יהודית בסיטקה. הוא זנח את חייו האישיים, את אשתו ואף את בנו למען המימוש הלאומי היהודי באלסקה, אולם למרות כל פעולותיו והמחיר האישי ששילם לא הצליח לשכנע את הממשל האמריקאי לאשר התיישבות קבע יהודית באי. כך, כנגד ההנחה הטריטוריאליסטית ובדומה למהלך ההיסטורי הראלי, תוהה הרומן אם יש ממש בסברה שמעצמה או מדינה כלשהי תיאות לקבל אליה את היהודים. לקבל במלוא מובן המילה ותחת גושפנקה לאומית, שעיקרה מדינה או אוטונומיה יהודית. הדחייה שעולה ברומן, ודווקא היותה דחייה "מנומסת" כביכול, מתוך נתינת מקלט זמני, מדגימה שלמרות הביקורת על הציונות, הרומן אינו משוכנע בכך שהחלופה הטריטוריאליסטית אכן משמשת ערובה מספקת להסרת האיום הקיומי היהודי.

יתר על כן, לא זו בלבד שהרומן מטיל ספק בפתרון הטריטוריאלי, במובן מסוים אפשר לראות ספק זה כמחייב את הציונות או מצדיקה, לפחות בדיעבד ולאור הצלחתה בפועל. כפי שעולה ממאמרו של אדם רובנר, אפשר לפרש את הרומן כתומך בציונות לאחר מעשה, באופן אפוסטריורי. קוראים המודעים לקיומה של מדינת ישראל במציאות ולנתיב ההיסטורי הראלי שואבים נחמה מקיומה של המדינה היהודית הציונית, המונעת את תסריט הבלהות שמסרטט הרומן (Rovner, 2011: 136).

בשלב זה מתבהרת עוד העמדה המורכבת והאמביוולנטית של הרומן כלפי שאלת הלאומיות היהודית והציונות, עמדה המשוקעת בתשתיתו. מצד אחד, כאשר שייבון בוחר ב'אנר האלטרנטיבי, שעיקרו בהנחה הפילוסופית על מהלכה הקונטינגנטי של ההיסטוריה, הוא דוחה את ההיבטים הדטרמיניסטיים הכרוכים בכמה מן העמדות

הציוניות ואת ההנחה הציונית שלאומיות יהודית יכולה להתממש אך ורק בציון; מצד שני, כאשר הוא מבנה במוקד העלילה את ההשבה, והיא מעצבת את אוירת הנכאים הלאומית ברומן ומניעה את מהלך האירועים, הוא מדגיש גם את הצדקת הציונות ואת הצורך בבית לאומי של קבע, בית – מדינה עצמאית שתספק הגנה ליהודים היושבים בה וליהודי כל העולם מפני כל קטסטרופה אפשרית.

העמדה האמביוולנטית מבהירה שהביקורת על הציונות ברומן איננה גורפת. מצד אחד, הרומן מבקר את ההיבטים המהותניים הציוניים ואת התפיסה שלפיה הלאומיות היהודית היא מהות אונטולוגית קבועה שפירושה חזרה לארץ ישראל ולשפה העברית. כנגד שתי המהויות הללו מציב הרומן חיים יהודיים לאומיים המתקיימים בסיטקה שבאלסקה, בידיש. זוהי לאומיות גלותית המתוארת ברומן בטון רגשי מתרפק ואוהד. מצד אחר, הביקורת איננה על הציונות ככלל, והרומן מכיר גם בהכרחיות קיומה של מדינת ישראל הראלית, קרי, הציונות. חשוב להבחין שהרומן אינו דוחה את העיקר הציוני, שהוא זיקת עם ישראל לארץ ישראל. הרומן אינו דוחה או מכחיש את קיומה ההיסטורי של אומה יהודית עתיקה ואת זיקתה למולדת ההיסטורית, ארץ ישראל.⁴ הביקורת שמעלה הרומן על הציונות איננה שלילתה. הרומן מנהל שיח מורכב עם הציונות ההיסטורית ואינו שולל את עקרונותיה הבסיסיים, כי אם מהלכים ודגשים בתוכה. לכן יש לדחות את הפרשנות שהכתירה את הרומן כאנטי-ציוני (רוזנר, 2011; ; Nussbaum, 2007; ; Wisse, 2007).

רות וייס טענה במאמר במגזין היהודי קומנטרי שהרומן איגוד השוטרים היידיים נגוע בשנאה עצמית יהודית. את המסר המרכזי של הרומן היא קישורה לציונות, וטענה שהרומן מגנה את מעשה ההגשמה הציוני בארץ ישראל:

אולם המסר קיים. האינטימיות הנוצרת ברומן היא כמובן האינטימיות של הגלות, של היעדר כוח. היידיש המעושה של שייבון מדגישה את הסטריוטיפ הסנטימנטלי של היהודי כפליט לא מזיק. כזה שאינו מאיים על שלום העולם או על שלום היהודים עצמם. אלא אם כן ועד שהוא זומם מזימה קנאית שעיקרה יישובה המחודש של ארץ ישראל. דמות נמרצת ברומן מתוארת כמי שנלחמת כדג הסלמון - בדומה לדג הסלמון, כך גם הציוני, חולם ללא הרף על ביתו הקטלני.

4 אני מאמצת את הבחנתו של חיים גנו, שלפיה עמדה אנטי-ציונית היא עמדה השוללת את הזיקה ההיסטורית היהודית לארץ ישראל ואף כופרת בקיומה של אומה יהודית. כך למשל טוען שלמה זנד שהיהודים אינם עם גנטי, אין להם מוצא משותף ואין להתייחס אליהם כאל עם אחד או כאומה (גנו), (2013: 14-16, 29). גם אורי רם כופר בטענה על אחדות העם היהודי ושולל את לאומיותו (רם, 2006).

המסר – במקרה זה: היזהר מהמוות הנישא בידי הציונים – אינו יכול להיות ברור יותר (3: Wisse, 2007). התרגום שלי).

לפי פירושה של וייס, הרומן דוחה את הציונות ומתארה כמעשה של אלימות הרסנית. לעומתה אני סבורה שאכן הרומן מגנה אלימות הרסנית הכרוכה בציונות, אולם כאמור, אין הוא מגנה את הציונות ככלל. הרומן, בניגוד לטענתה של וייס, אינו גורס שכל הגשמה ציונית תביא בהכרח לאלימות ולקטל. הוא מבקר יסודות מסוימים בציונות. הכוונה היא לא רק לאופייה המהותני של הציונות בכל הקשור לדגמים לאומיים יהודיים חלופיים אלא ובעיקר לביקורת על יסודות דתיים משיחיים בתוך הציונות. הרומן מבקש להתריע מפני צירוף גורמים ונסיבות העשויים להביא לפנטזיות דתית ופוליטית מסוכנת, שמקצתה אכן התממשה במציאות. זוהי ביקורת נקודתית, והיא שונה מאוד מהשלילה המוחלטת שמציירת וייס. בכל מקרה, אין זו עמדה אנטי-ציונית. לדיון ביקורתי זה, המרכזי לרומן – בציונות הדתית המשיחית – אעבור כעת.

ג. שיח משיחי יהודי וביקורת הציונות הדתית המשיחית

חקירת הרצח של מנדל שפילמן הולכת ומסתבכת. לנדסמן מגלה שהנרצח הוא אישיות יהודית רמת מעלה. לא רק ייחוסו המשפחתי – מנדל הוא כאמור בנו היחיד של הרב חצקל שפילמן, מנהיגה הלא מעורער של קהילת וורבוב; מנדל נחשב צדיק הדור, האדם הישר בדורו ומי שלפי המסורת היהודית יוביל את עם ישראל לגאולה הנספת בציון. זהותו של מנדל כמשיח פוטנציאלי מובילה לפתרון תעלומת הרצח ומניעה את עלילת הרומן. לנרטיב המשיחי היהודי יש אפוא תפקיד מרכזי בעלילה, וכפי שנראה, הרומן מתכתב עם דימויים ועם מסורות שונים הכרוכים בו. בהקשר הלאומי חושפת המשיחיות את אופייה הציוני הדתי המשיחי של קהילת וורבוב. לנדסמן מגלה שבני הקהילה ביקשו להסתייע במנדל ולהגשים את החזון המשיחי. לשם כך הקימו חוות מרפא סודית, ושם ביקשו לגמול את מנדל מהתמכרותו להרואין, להכשיר את הצבא הציוני שיסייע בכיבוש ארץ הקודש ולהתכונן לגאולה.

הדיון להלן יעסוק בתפיסה הציונית הדתית המשיחית כפי שהיא עולה ברומן. אבקש להראות שתפיסה זו קרובה במיוחד למשנתו של הרב אברהם יצחק הכהן קוק (1865-1935). הרב קוק נחשב אישיות דתית ורוחנית רמת מעלה. הנהגתו שאבה מן הסמכות המסורתית והכריזמטית במושגיו של ובר (1976) וחותרו הדתי והפוליטי חלחל אל הדורות הבאים והשפיע רבות על תולדות הציונות הדתית במדינת ישראל. בנו של הרב קוק, הרב צבי יהודה קוק (הרצי"ה, 1891-1982), הוא שפירש, ביסס ומיסד את

משנת אביו. כל זאת תוך שהשינויים הפוליטיים הכבירים בתקופתו, ובעיקר הקמת מדינת ישראל, הובילו את מעשה הפרשנות אל כמה נתיבים עצמאיים וייחודיים לו. ישיבת מרכז הרב שהקים הרב קוק בשנת 1924 הפכה בראשות הרצ"ה למוסד מרכזי בציונות הדתית, וממנו ובהשפעתו צמחה תנועת גוש אמונים (בלפר, 2004: 194).

הרב קוק דבק בתפיסה המסורתית שלפיה ביאת המשיח משמעה הגשמת הברית בין עם ישראל לבין ה'. על פיו, תחילתו של התהליך המשיחי דווקא בקיום יהודי לאומי ופוליטי עם ישיבת עם ישראל לבטח במולדתו. הוא סרטט תפיסה דיאלקטית אשר בה, בשלב הראשון יתממש היסוד הלאומי הארצי באמצעות התנועה הציונית וכיבוש הארץ, ובשלב השני יוגשם הפן הרוחני, שהוא גם אוניברסלי, ועיקרו תיקון העולם, גאולת האנושות ושלמות הרוח העולמית (רביצקי, 1994: 135-154; בלפר, 2004: 184-192; ארן, 2013: 332-333; 534-539; Hellinger, 2008). עמדתו הלאומית הציונית של הרב קוק היא אפוא חלק אינטגרלי מאמונתו הדתית ומתורת הגאולה שלו. למעשה, הרב קוק ביסס תאולוגיה פוליטית אשר בה הפוליטי אמנם נובע מתפיסה אמונית ומעיקרים דתיים, אולם יש לו ממד עצמאי של קדושה ותוקף (ארן, 2013: 333-335; Hellinger, 2008: 534-536). כפי שנראה, הרומן מותח ביקורת על משנתו של הרב קוק ויוצא נגדה. הוא שולל את התפיסה ההיסטורית, האמונית והפוליטית ומתנגד ככלל לחיבור בין הממד התאולוגי לממד האידאולוגי הפוליטי הלאומי. במובן העמוק, הרומן משקף התנגשות בין תפיסת עולם וזהות יהודית ליברלית-חילונית-אינדיווידואליסטית לבין תפיסת עולם וזהות יהודית אימננטית-פנאטאיסטית-קולקטיביסטית.

הרומן נפתח ברצח של מנדל שפילמן. אל זירת הרצח מגיע נווד תימהוני ששמו אליהו. אליהו מאמין בביאת המשיח ואוסף כסף למען הגאולה המתקרבת. על פי המסורת היהודית, דמותו של אליהו קשורה לגאולה ולמשיחיות: "הַנְּבִיא אֱלֹהֵי הַנְּבִיא לְפָנָי בּוֹא יוֹם ה' הַגָּדוֹל וְהַנּוֹרָא" (מלאכי ג, כג).⁵ לנדסמן ספק מלגלג ספק מרחם עליו, משוחח עמו ואף מוציא מארנקו שטר של עשרים דולר ומניח בקופתו של אליהו. כפירתו של לנדסמן בעיקר המשיחי הדתי והלאומי הופכת את תרומתו לא ראויה. אליהו בז ללנדסמן, ובסיום חילופי הדברים ביניהם משיב לו את כספו ומסתלק מן המקום. אליהו מוצג כאדם התלוש מן המציאות, המונע בידי טירופו וקנאי לו. כפי שנראה, תכונות אלה: טירוף וקנאות, ישמשו לביטוי העמדה הביקורתית המרכזית כלפי המשיחיות הפוליטית הציונית המעוצבת ברומן בדגם התאולוגיה הפוליטית של הרב קוק.

5 כך גם באגדות חז"ל ובספרות החסידית, וראו ראובן קלפהולץ, סיפורי אליהו הנביא, בני ברק: פאר הספר, תשל"ו.

בשלב זה, וכדי לאמוד את גודל הפער בין עמדתו החילונית של הרומן לבין התאולוגיה הקבלית החסידית של הרב קוק, חשוב להבהיר את תפיסת האלוהות והקדושה של זה האחרון. תפיסתו הדתית היא פנאנתאיסטית. העולם כולו נתפס כקדוש, והאלוהות שרויה בעולם, ממלאת כל עלמין, ואין מקום פנוי ממנה. בתפיסה זו, האלוהות אינה זהה לעולם. היא עודפת לו ומתקיימת גם מעבר לו, אולם העולם מוכל בתוך האלוהות ואינו נבדל ממנה (רביצקי, 1999: 108; 2008: 535). הרומן, המחזיק בעמדה חילונית, דוחה ככלל את התפיסה האימננטית שלפיה האלוהות שרויה בעולם. הניגוד עמוק מעצם כוליותה של התפיסה האמונית הפנאנתאיסטית, שאינה מותרת דבר מחוץ למערכת הדתית, לאמונה ולתפיסת האלוהות, בניגוד, למשל, לתפיסות דתיות סוציולוגיות נורמטיביות טרנסצנדנטיות המניחות את קיומו של האל, אולם מבדילות הבדלה גמורה בינו לבין העולם (רוזנק, 2005: 459-461; הנ"ל, תשס"ו: 174-176). בגישות אלו, הפרקסיס הדתי אינו קדוש אלא מכוון או פונה אל הקדושה – האלוהות הנבדלת מהעולם. לעומת זאת, בתפיסה האימננטית נוסח הרב קוק, גם הטקסים, החפצים ולמעשה כל דבר, קדוש, ואי-אפשר להפריד את הדת ואת הקדושה מהקיום היום-יומי.⁶ על פי רוב, כפי שמבהיר רביצקי, תפיסת האלוהות האימננטית מביאה למיקוד הזירה הדתית בקוסמי ובפסיכולוגי, בהוויה ובנפש ולא בהיסטוריה, שהרי האלוהות נמצאת בכל זמן ומעבר לזמן. אולם אצל הרב קוק נמצא שאמונתו האימננטית מורחבת מן ההוויה אל ההיסטוריה. במצב זה, ההיסטוריה מכילה אף היא את האלוהות, את הקדושה, ולכן נתיבה הוא בהכרח נתיב של גאולה ומשיחיות (רביצקי, 1999: 109). הרב קוק מבחין בין השלב הטרנס-משיחי, אשר בו הקודש נמצא במצב חבוי, לבין השלב המשיחי, אשר בו הוא מתגלה. המימוש הלאומי הציוני מבשר את המעבר לעידן המשיחי, ואחריתו בביאת המשיח ועידן הקודש הגלוי. נוסף על כך, הקדושה מחייבת את מימושו של הנתיב ההיסטורי. זהו נתיב יחיד ובלעדי. ההיסטוריה הופכת דטרמיניסטית, מהלכה מוחלט וטוטלי, וכך גם הגשמתה (בלפר, 2004: 186-187; ארן, 2013: 136).

לעומת הדטרמיניזם ההיסטורי מדגיש הרומן את אופייה הקונטינגנטי של ההיסטוריה ומספר סיפור חלופי על הלאומיות היהודית. בבסיסה של לאומיות זו עומדת השאיפה לנורמליזציה לאומית יהודית – היות עם ככל העמים. אולם אליבא דהרב קוק, השאיפה לנורמליזציה בתצורתה הציונית החילונית היא בעוכרי עם ישראל ומעכבת את גאולתו. כזכור, הרב קוק העמיד את חזון הגאולה הדתי-לאומי כתהליך דיאלקטי בן שני שלבים. בשלב הראשון, הוא השלב הארצי, מתחדשת בארץ ישראל התקומה המדינית והלאומית; בשלב השני, הוא השלב הרוחני, צריך העם היהודי לדבוק בדרכו הרוחנית הייחודית לו

6 ראו למשל דיונו של רוזנק בנוגע לארץ ישראל ולשאלת קדושתה – רוזנק, תשס"ו.

כעם סגולה. דבקות בדרך הארצית בלבד, משמע, השאיפה לנרמול פוליטי, מסוכנת משום שאינה מגשימה את הנתיב ההיסטורי כראוי. הביטוי הרוחני קריטי, והוא הוא ייחודה של ישראל (רביצקי, 1994: 135; בלפר, 2004: 185; Hellinger, 2008: 538–539). מנגד, השאיפה לנורמליזציה של העם היהודי מלווה את התנועה הציונית מראשיתה ומודגשת במחשבתו של הוגה התנועה, בנימין זאב הרצל. ההתנגשות בין שתי התפיסות המנוגדות עולה בבירור מההספד שספד הרב קוק להרצל:

והנה, בתור עקבא דמשיח ב"י [בן יוסף], נתגלה חזיון הציונות בדורנו, הנוטה לצד הכללי ביותר, ומצד חסרון הכשרתו אין הכחות מתאחדים, להשכיל מעבר מזה איך שההכשר הכללי לישראל אינו כ"א [כי אם] בסיס ליסודו המיוחד, וע"כ [ועל כן] צריך שתהיה ההנהגה מכוונת לתכלית ההתעלות המיוחדת, ולהיות מושפעת הרבה מהסגולה של יחידי הדור צדיקים וחכמי תורה, ולעומת זה ההכרה שהחפץ לחזקם של ישראל והתנערותם בתור אומה חיה, עם כל צרכיה החומריים, שהוא דבר נכון כשמצטרף לכל התכונה הראויה, גרמה עד כה שלא הצליחה במעשיה, עד שחסרון ההצלחה גרם לסכסוכי דעות וריב אחים, שהלכו בדרך מסוכנה כזאת עד שהמנהיג הראשי נפל חלל מעוצר רעה ויגון (קוק, תשמ"ח [תרס"ד]: 98).

הרב קוק בנה את ההספד כדרשה, ובמוקדה עמד זיהויו של הרצל כמשיח בן יוסף.⁷ על פי הרב קוק, משיח בן יוסף, שהוא משבט אפרים, מייצג את הממד החומרי בהוויה הלאומית היהודית, ואילו משיח בן דוד מייצג את הממד הרוחני. הגלות כעונש וכמציאות של הרס וחורבן, תולדותיה בערעור האיזון בין הארצי לרוחני בישראל, היפרדות שני בתי המלוכה לישראל וליהודה והנתק שנוצר ביניהם. מלכות ישראל סירבה לקבל את עליונות הממד הרוחני, את קדימותה של ממלכת יהודה, והתמקדה בממד הארצי והלאומי. כדי לתקן את הסטייה ההיסטורית, על העם היהודי לגנות את חיי הגלות ולשוב לארץ ישראל. שם עליו להגשים את המימוש הלאומי הארצי בליווי רוחניות צרופה. מכאן מתבררת טעותו של הרצל וזיהויו כמשיח בן יוסף. הרצל דבק בדרך הלאומית הארצית והזניח את היסוד הרוחני, שהוא היסוד העליון וההכרחי לגאולת עם ישראל. היסוד הרוחני, כיסוד המהותי לייחודה של ישראל, והתפיסה שרק בצירוף שני היסודות, הארצי-לאומי והרוחני-שמימי, תבוא הגאולה, הם אפוא עיקרה של הדרשה. הרב קוק מגנה את הנורמליות. הכמיהה העמוקה להיות עם ככל העמים אינה אלא נטע זר במחשבה היהודית. לפי הרב קוק, הרצל, שלא השכיל להבחין הבחנה זו, לא יכול אלא למות מוות טרגי טרם עת. המוות מצטייר כגזרת גורל – זהו עונשו של משיח בן יוסף על זניחת הרוחניות היהודית ועל

7 זיהויו של הרצל כמשיח לא היה חידוש, והרצל עצמו היה כפי הנראה מודע לאמונה או לחיבור זה, שרבים החזיקו בו. ראו ויטל, 1978: 187. אולם הרב קוק מתייחס כאמור למשיח בן יוסף.

ביטול ההרמוניה המהותית בין הארצי לרוחני. הרב קוק מדגיש אפוא את עליונותו המחייבת של עם ישראל, שאינה מאפשרת את היפרדות הרוח, ומכאן, את הטעות הפטלית של המבקשים לאומיות "רגילה" ו"נורמלית" (שוורץ, 2008: 294-301).

יש לשים לב לקשירתו של הרב קוק בין האירועים ההיסטוריים – הסכסוכים בתוך הציונות בקונגרס הציוני השישי כשנה לפני פטירתו של הרצל – לבין ההיבט הטרגי של מותו טרם עת ממחלה קשה, ולבין הדרך הציונית השגויה, והעמדת הפרשה תחת אצטלה מטפיזית הקשורה למיתוס על משיח בן יוסף ולנתיבה ההכרחי של ההיסטוריה הדטרמיניסטית הפוסעת אל עבר הגאולה (רביצקי, 1994: 135-140; שוורץ, 2008: 301-304).

אכן, הפער בין תפיסתו של הרב קוק לבין תפיסתו המדינית של הרצל, עמוק. הכפפת הארצי לרוחני מבהירה את המהות השמימית האלוהית שייחס הרב קוק לאומה היהודית ואף למדינת ישראל העתידית (רביצקי, 1994: 119-115; Hellinger, 2008: 538-539). רוחניות זו, והערבוב המתקיים במחשבתו של הרב קוק בין הדת לפוליטיקה, פער פער עמוק בינו לבין הרצל, שדגל במדינה מינימלית ליברלית המקיימת הפרדה בין דת למדינה.

כפי שראינו בדינונו בחלק הקודם, הרומן מצדו קרוב לשאיפת הנורמליזציה של הרצל ומוצא אותה כדגם הפוליטי הלאומי הראוי. הרומן מתכתב עם ההספד של הרב קוק כאשר הוא מעמיד את מנדל, בדומה להרצל, כמשיח בן יוסף. אולם ברומן מובילה האנלוגיה המשיחית למסקנות שונות, המאירות את עמדתו של הרב קוק באור ביקורתי. ברומן מתואר כאמור מנדל שפילמן כצדיק הדור. גם מנדל מתנתק מדרך הרוח. למרות היותו "עילוי" ותלמיד חכם הוא בורח מבית אביו ומתדרדר לחיי נוודות, עוני ואף התמכרות קשה לסמים. נוסף על כך, גם מנדל מת מוות טרגי ואכזרי בדמי ימיו ובלו שהגשים את משיחיותו. אולם בעוד לתפיסת הרב קוק גורלו של הרצל ומותו הטרגי מוצגים כגזרת גורל, הרומן מתאר את התדרדרותו של מנדל כגזרה חברתית. הרומן מרמז שחורבנו האישי של מנדל נובע מעול הציפיות והמטען הכבד שהוטל עליו בידי קהילה שלמה שבראשה אביו, רב הקהילה, שראה בו את המשיח העתידי. לטענה הביקורתית של הרומן יש למעשה שני רבדים. זהו ביקורת על המסגרת החברתית הסגורה שהפכה את מנדל לקורבן, משמע, זו ביקורת על קהילתנות קשיחה כמסגרת חברתית שאינה מספקת הגנה ראויה לפרטיה. הציפייה החברתית של בני קהילת וורבוב שמנדל יקריב את חייו למען הקהילה, למען עם ישראל ולמען הרעיון המשיחי אינה מובנת מאליה ברומן. אם בעבור הרב קוק נתפס המשיח הפוטנציאלי כדמות ציבורית הנושאת תפקיד היסטורי, ברומן מודגש דווקא מעמדו של מנדל כאינדיווידואל. הרומן מעלה שמנדל ברח

מבית אביו משום שלא יכול לעמוד בציפיות המשיחיות הטוטליות. משמע, מנקודת מבט אינדיווידואליסטית, המשיח עולה כדמות טרגית המוקרבת על מזבח הקהילה.

נוסף על כך עולה ביקורת פוליטית על תרגום המסורת המשיחית למשנה פוליטית לאומית, ובעיקר נשלל החיבור בין הלהט האמוני הרוחני לבין המימוש הפוליטי. זוהי אפוא ביקורת על התאולוגיה הפוליטית שיצר הרב קוק, והיא משקפת את ההתנגשות בין תפיסה דמוקרטית ליברלית אינדיווידואלית לבין משיחיות פוליטית במושגיו של טלמון (טלמון, תשכ"ה: 9-1).

טלמון, בחיבורו על המשיחיות הפוליטית, מתאר את הלהט המשיחי שהתגלגל למחשבה חדשה על אודות האדם והאנושות במאה התשע עשרה. המשיחיות המדינית משמעה שאיפה לאוטופיה חברתית ואמונה שגאולת האנושות קרובה, ומכאן רצון עז לחולל את המהלכים החברתיים שיביאו להגשמתה. למעשה, זוהי הגות חילונית בעלת להט דתי, המקדשת את הפוליטיקה ואת הערכים הפוליטיים. טלמון מגנה את הקנאות שבמחשבה פוליטית זו, קנאות שהובילה בשם אותם ערכים נעלים דווקא אל המחוזות האפלים והעגומים ביותר בתולדות האנושות.

טלמון מזהה את המשיחיות המדינית עם ראשית הולדתם של המשטרים הטוטליטריים במאה העשרים. הוא רואה במהפכה הצרפתית אבן דרך חשובה בתולדות המחשבה המדינית. מן המהפכה עלו שני דגמי מחשבה מנוגדים ומתנגשים. מצד אחד, הדמוקרטיה הליברלית האינדיווידואלית, ומצד אחר, הדמוקרטיה הטוטליטרית. הדגם האחרון כרוך בתפיסת המשיחיות הפוליטית. בעוד הדמוקרטיה הליברלית האינדיווידואלית מניחה במרכז את האדם, הפרט, רואה במדינה מכשיר בלבד ושואפת למדינה מינימלית שתבטיח את זכויות הפרט ואת חירותו, מעמיד הדגם הטוטליטרי את החברה על ערכיה הנעלים ואת חזונה הפוליטי החברתי כערך העליון. המטרה החברתית המשותפת אמורה אמנם להביא בסופו של דבר גם לגאולתו של הפרט, אולם למעשה, הערכים החברתיים, החברה והמדינה עלולים להפוך מכשיר לדיכוי. יש לשים לב לכך שבניגוד למשיחיות הפוליטית החילונית, אצל הרב קוק, האלהת ההיסטוריה והפוליטיקה שואבת ממקורות אמוניים דתיים, והדת היא המקור העליון. עם זאת, הלהט המשיחי המסוכן משותף לשתי המשנות. ברומן עולה הביקורת המרכזית נוסח טלמון, על אודות הסכנה שברעיון המשיחי ובקידושה של הפוליטיקה, של המדינה ושל ההיסטוריה.

הרומן מדגים כאמור את ההיבט הטוטלי שברעיון המשיחי הפוליטי כאשר הוא מתאר כיצד אדם מוכשר כמנדל קורס תחת עול הציפיות המשיחיות והן מחריבות את חייו. כפי שהבהיר טלמון, הבעיה המרכזית בתופעת המשיחיות הפוליטית על כלל גווניה קשורה לרעיון הרדיקלי של הגאולה. הגאולה מסנוורת את עיני המאמינים, ולמענה ובשמה עשוי האדם לפעול באכזריות ובאופן לא מוסרי (טלמון, תשכ"ה: 321). אפשר לראות שברומן,

המניע לפעילות המשיחית של חסידי וורבוב היא הכמיהה לגאולה ובעיקר האמונה שהיא נוכחת ומתגלה למולם, כלומר, זהו זמן האמת, "דורו של משיח". בהקשר זה יש לשים לב לכך שבמשנתו המשיחית של הרב קוק, המשיח אינו נתפס כמחולל התהליך ההיסטורי אלא כתולדה שלו (רביצקי, 1994: 122-123). אולם צירוף הנסיבות ההיסטורי, ובעיקר זה שהתחולל בימי הרצ"ה, עם הקמת מדינת ישראל ואחר כך עם כיבוש שטחי יהודה ושומרון, העלו שזהו "עידן הגאולה", "דור המשיח", ואמונה זו הולידה אקטיביזם פוליטי דווקא. באותו אופן, ברומן, תכנית ההשבה – בגדר הגירוש מגן עדן ואיום הנדודים החוזר, מעלים שזהו הזמן המשיחי, ובני הקהילה נשטפים בלהט האמוני ועוסקים באופן קדחתני בהכנות שונות לגאולה, כולל אימונים צבאיים מזה ובניית בית המקדש מזה (עמ' 347). החסידיים מאמינים בכך שבשעת האמת "ישלפו" את מנדל, המשיח המיועד, למרות מצבו העגום וסירובו לשתף עמם פעולה. חטיפתו אל החווה והניסיון לכפות עליו את משיחיותו אינם אלא פרפרזה לדבריו של רוסו, שטלמון רואה בו את אבי המשיחיות הפוליטית: "נכפהו להיות חופשי", כעדות ליסודות הכפייה והטוטליות בהלך רוח זה. כפיית המשיחיות מעלה גם את מושגיו של רוסו: "הרצון הכללי" ו"רצון הכול". "רצון הכול" מבטא את רצונם של הפרטים, אולם בסופו של דבר, רצונו של הפרט מוכפף ל"רצון הכללי", שהוא הטוב המשותף, ערך קולקטיבי ועליון שאליז יש לשאוף (רוסו, 1999: 43). השאיפה לנשגבות מעורפלת, והטוטליות והאלימות שהיא מולידה כלפי הפרט, מגונים ברומן. הרומן ממחיש את הקנאות לרעיון המשיחי ואת האמונה שמרגע שהחל התהליך אין ממנו דרך חזרה. בכך הוא מתנגד להלך הרוח המשיחי הפוליטי שהתממש במציאות הישראלית ואפיין את דרכם של כמה מתלמידי הרב צבי יהודה, אשר "לגבי דידם, משעה שגאולת ישראל החלה להתגלות בפנינו, אין ממנה נסיגה ואיננה שבה ריקם" (רביצקי, 1994: 172).

עמדה אמונית-פוליטית זו שמתאר רביצקי הביאה במציאות הישראלית לרדיקליזם פוליטי שעיקרו קנאות לשטחי ארץ ישראל ובכלל זה לפעולות אלימות, כגון בפעילות המחותרת היהודית בשנות השמונים של המאה העשרים, שבין השאר תכננה לפוצץ את המסגד בהר הבית. הרומן אכן מתכתב עם הדברים ומתאר כיצד בשם חזון הגאולה מפוצצים החסידיים את כיפת הסלע בירושלים, צעד המסמל לפי הרומן את תחילת מלחמת הקודש על גאולת הארץ. אולם קודם שאדון בכך אבקש להמחיש עוד את העמדה האינדיווידואליסטית החזקה של הרומן ואת הביקורת על הפגיעה בפרט מתוך אותו רדיקליזם משיחי. כך, במישור האישי מגולמת הקנאות המשיחית גם בטרגדיה בין האב לבן. הרב הצקל שפילמן, שמנדל הוא בנו יחידו, מקריבו למעשה למען החזון המשיחי הציוני. אמו של מנדל היא הדמות היחידה ברומן המוכנה לקבל את מנדל כפי שהוא:

בריחתו של מנדל לא היתה סירוב לוותר; היא היתה ויתור. צדיק הדור הגיש את התפטרותו. נבצר ממנו להיות מה שהעולם ויהודיו, בגשם עם כאבי הלב והמטריות שלהם, רצו שיהיה, מה שאמו ואביו רצו שיהיה. נבצר ממנו אפילו מה שהוא עצמו רצה להיות. היא קיוותה – ישבה לה שם והתפללה – שיום יבוא, לפחות, והוא ימצא דרך להיות מה שהוא (עמ' 266).

הלעג של הרומן, הן כלפי צורת החשיבה הקולקטיביסטית הן כלפי הרעיון המשיחי, עולה בתיאור מחשבתה של האם:

אבל בעיקר, היא מתוודה, בכתה על עצמה. שכן החליטה בנחישותה הרגילה שלעולם לא תראה עוד את בנה יחידה האהוב, הרקוב. איזו אישה אנוכית! רק אחר כך חשבה להקדיש רגע לצער על העולם שמנדל לא יוכל להביא לו גאולה (שם).

נוסף על כך יש לשים לב שמנדל ברח מתוך רצון למרוד בעול הציפיות וכנגד הסכנה שמגלם הרעיון המשיחי, אבל גם משום שלא יכול לממש את זהותו המינית כהומוסקסואל. בכך מתחדדת כמוזן הביקורת על הקהילה הדתית הסגורה ה"חונקת" את האינדיווידואל ומוכנה להקריבו בשם עמדותיה הדתיות. אביו של מנדל אינו מוכן לקבל את ה"סטייה" ומצפה מבנו להתעלם ממנה. הדברים עולים בשיחה בין האב לאם לאחר בריחת מנדל מהבית:

"אני אמצא אותו", אמר. "אני אושיב אותו ואומר לו מה שאני יודע. אסביר לו שכל זמן שהוא מציית לאלוהים ושומר מצוות ועושה צדקה, יש לו מקום כאן. שאני לא אפנה לו את הגב ראשון. שהבחירה בידו לעזוב אותנו." "האם יכול אדם להיות צדיק הדור אבל לחיות בסתר מפני עצמו וכל הסובבים אותו?" "צדיק הדור תמיד נסתר. בכך הוא ניכר. אולי אני צריך להסביר לו את זה. לומר לו שה... הרגשות הללו שהוא חווה ונאבק נגדם הם, כמוהן הידוע, ההוכחה להיותו ראוי למשול" (עמ' 259).

הרומן מטשטש בין שני ניסיונות הכפייה שמנסים לכפות על מנדל. הכפייה המשיחית והכפייה של אורח חיים קהילתי ומסורתי העומד בניגוד לזהותו המינית. הטשטוש מבהיר ששני התרחישים פסולים בעיניו.

אפשר לזהות את העקרונות המשיחיים הפוליטיים במשנתו של הרב קוק כאשר הם מוסבים, כמו ברומן, למימוש הלאומי ולגאולת ארץ ישראל. הדימוי הפוליטי המשיחי עולה בבירור בדבריו על מדינת ישראל העתידית:

אין המדינה האושר העליון של האדם. זה ניתן להאמר במדינה רגילה שאינה עולה לערך יותר גדול מחברת אחריות גדולה, נשאר המוני האידיאות שהן עטרת החיים של האנושיות מרחפים ממעל לה ואינם נוגעים בה. מה שאין כן מדינה שהיא ביסודה אידיאלית, שחקוק בהוויתה התוכן האידיאלי היותר עליון שהוא באמת האושר היותר גדול של היחיד. מדינה זו היא באמת היותר עליונה בסולם האושר, ומדינה זו היא מדינתנו, מדינת ישראל, יסוד כסא ה' בעולם, שכל חפצה הוא שיהיה ה' אחד ושמו אחד (הרב קוק, תשכ"ד: קצא).

מן הדברים עולה שהרב קוק מבחין בין מדינה היונקת מתפיסת האמנה החברתית נוסח הובס ולוק לבין מדינה שעיקרה הגשמת האידיאל השמימי (מדינת היהודים שתקום בארץ ישראל) (Hellinger, 2008: 537–538). המחשבה שלפיה המדינה, הפוליטיקה והפוליטי נתפסים ככוח מוחלט ומקודש וכאמצעי למימוש הגאולה, רצון האל ואוטופיה כלל אנושית, מבהירה את העוצמה המיוחסת למעשה הלאומי היהודי (רביצקי, 1994: 115; Hellinger, 2008: 537–538).

לכן גם הרצי"ה, שהמשיך את דרכו של אביו, דחה את הטעון הפרקטי-פרגמטי שלפיו מדינת ישראל הוקמה כדי לספק מענה לאיום הקיומי, טעון שהרומן מאמץ ומצדיק, לפחות באופן חלקי. לפי התפיסה המשיחית הדתית, זוהי "הנמכה" של המהלך האלוהי ההיסטורי. מעניין במיוחד שימושו של הרצי"ה בביטוי "מקלט בטוח", ביטוי המתאר את סיטקה שברומן. אולם זוהי זיקה אירונית ומנוגדת. הרצי"ה דחה לא רק את התפיסה הטריטוריאליסטית, שלפיה ייתכן מקלט לאומי יהודי מחוץ לישראל, אלא גם הדגיש שגם השיבה לארץ ישראל, קרי, הציונות, אין עיקרה בבקשת מקלט, אלא זוהי ראשית הגאולה:

מקור תנועתה הגדולה של האמה הישראלית, הוא כמובן, בתוך תוכה של האמה, בפנימי פנימיותה, בגידיה ובאבריה ובעורקי חייה שלה בעצמה, בכללה ובכל פרט מפרטיה. לא בשלילה כמובן, מקורה, בבקשת "מקלט בטוח" בעל הגנה משפטית מפני האנטישמיות, מפני הנגישות החיצונית "צרת היהדות וצרת היהודים", אלא שבחפץ-חייה ותחיתה העצמי, הפנימי החפשי, של האמה, "מתרפקת [היא] על דודה", מתגעגעת היא אל ביתה, אל נחלתה, אל ארצה, לא רק כדי להסתר שם מחמת המציק, לברוח מפני המכות, החמרות או הרוחניות, אלא בחפצה החיובי העצמי לשוב לארץ חייה, לאלהיה, לעצמיותה, לחיות את חייה הטהורים והבריאים החופשיים, חייה שלה, חייה האלהיים, עם השאיפה לבנין בית המקדש יצאה והתגלתה תנועת ישוב ארץ-ישראל וחבת ציון שלנו (הרצי"ה קוק, תשס"ב: יז-יח. ההדגשות במקור).

השילוב העמוק בין הארצי לרוחני אצל הרב קוק מחייב דחייה של עקרון הפרדת הדת מן המדינה. לעומת זאת, הרומן מבקר את השילוב המסוכן בין דת לפוליטיקה ומחייב את ההפרדה האמורה, הקשורה לרוח הדמוקרטיה הליברלית האינדיבידואליסטית. הוא עושה זאת מתוך ביקורת כפולה הן על המחשבה הציונית הדתית המשיחית והמציאות הפוליטית בישראל הן על התחזקות הימין השמרני הנוצרי בארצות הברית בשנים האחרונות. כזכור, הרומן מתאר שיתוף פעולה הזוי בין חסידי וורנוב, הציונים הדתיים המשיחיים, לבין קבוצה נוצרית פונדמנטליסטית שנציגיה הם בכירים בממשל האמריקאי. הברית המשותפת בחסות הרעיון המשיחי והחזון האוניברסלי של אחרית הימים מובילה לפיצוץ כיפת הסלע ומסמלת את תחילת המלחמה על ירושלים. האלימות ושפיכות הדמים עומדות בניגוד לתמונת העולם האידיאלית ולהנהגת האנושות בדרכי נועם ושלום בחזונו של הרב קוק. בכך ממחיש הרומן את הפער המסוכן בין האוטופיה לבין דרכי מימושה. זוהי כאמור טענתו של טלמון, העוסק בדיוק בדיסוננס זה, בפער בין החזון האוטופי והשאיפה ההומנית שביסוד העמדות המשיחיות הפוליטיות לבין הגשמתן, המלווה באלימות הרסנית ומביא לשפל אנושי.

הברית בין חסידי וורנוב לבין האוונגליסטים הנוצרים חשובה גם לזיקוק הביקורת המרכזית של הרומן על ההיבט הדתי המשיחי. כפי שראינו בסעיף הקודם, הרומן מבקר גם את ההיבטים המהותניים בציונות החילונית. אולם עיקר הביקורת מופנה לציונות המשיחית הדתית. ככלל, יש להבחין בין עוצמת הנטיות המשיחיות של הציונות החילונית לזו הדתית. אצל דוד בן-גוריון שימשה המשיחיות בעיקר לביסוס הממלכתיות, ובכל מקרה, בן-גוריון, וכך גם ברל כצנלסון ויצחק טבנקין, ידעו לווסת את הדחף המשיחי ולא ייחסו לו ערך דתי כלל. בשעות מבחן ובצומתי הכרעה הם בחרו בגישה אבולוציונית ובפרגמטיזם פוליטי (שפירא, 1997: 210, 216). הרומן מבקר את המהותנות הציונית החילונית אבל מדגיש בעיקר את שלילת השיח המשיחי בציונות הדתית.

הבחירה לפוצץ את כיפת הסלע מצטיירת כבחירה מכוונת ומעלה על דעת את תכנית חברי המחתרת היהודית לפוצץ את כיפת הסלע ואת מסגד אל אקצה. המחתרת פעלה בשנות השמונים נגד מטרות ערביות והוגדרה כארגון טרור (גל-אור, 1990: פרק 3; הלינגר והרשקוביץ, 2015). כמה מחברי הארגון דחו את הגדרתם כטרוריסטים. כך למשל, חבר המחתרת חגי סגל טען בספרו **אחים יקרים** שלא הייתה זו קבוצה טרוריסטית מאורגנת אלא קבוצת חברים שפעלה מתוך תחושת פיקוח נפש ודחק השעה (סגל, 1987: 83). עם היוודע דבר מעצר חברי המחתרת בשנת 1984 התברר שרובם ככולם קשורים אל תנועת גוש אמונים, אם כי איש מהם לא היה דמות מרכזית בתנועה. המחתרת צמחה אפוא מתוך הציונות הדתית. לא נכון לזהותה עם תנועת גוש אמונים ככלל, אולם בין חבריה היו אנשים כמו מנחם לבני, שהיה מפקד הקבוצה; יהודה עציון, הרוח האידיאולוגית ונושא

החזון המשיחי; שאול ניר וחגי סגל, שהיו שייכים לזרם הרדיקלי בגוש אמונים (הלינגר והרשקוביץ, 2015). המחתרת סימלה את שיאו של תהליך ההקצנה בתפיסה המשיחית הדטרמיניסטית מבית מדרשו של הרב קוק. כפי שמבהיר רביצקי, זוהי הקצנה הדרגתית שהתרחשה אל מול פני המציאות ולאורך הדורות, מהרב אל בנו וממנו אל תלמידיו (רביצקי, 1994: 185).

לפי רביצקי, פיצוץ המסגדים נועד להשיג שלוש מטרות שונות:

כמובן, מצד אחד היתה זו יוזמה פוליטית, שנועדה לחבל בהסכמי קמפ דייוויד ולמנוע את מימושם. מצד שני, היתה זו גם יוזמה מיסטית (של "קבלה מעשית") שאמרה לנתק את כוחות הטומאה, את "קליפת ישמעאל" ממקור יניקתם וחיותם של הר הקודש. אולם בד בבד היה זה מצד אחדים גם ניסיון אפוקליפטי מובהק, מאמץ מודע לחולל בקעה היסטורית ולפעול על ריבונו של עולם באמצעות משבר וקטסטרופה; היינו לקומם את העולם המוסלמי למלחמת קודש על ישראל ו"לחייב" בכך את גואל ישראל – שומר הבטחתו לישראל – לקום ולהושיע את עמו במהלך גדול ונורא. דחיקת הקץ בתחתונים היא שתפעיל את העליונים (רביצקי, 1994: 185).

בעז הנמן, חבר מחתרת שהוקיע בפומבי את פעילותה והצר על השתייכותו לארגון, ניסח את ההיבט המשיחי הפוליטי שהניע אותו בשעתו: "חשבתי שיש לי היכולת והעזו לשנות את החברה הישראלית ואת התהליך הציוני. זו מחשבה מסוכנת ולא משנה אם היא מגובה דתית או חברתית" (לנסקי, 2007). וכן: "פעילות המחתרת היתה אגריסיווית, פעילות של כפיה, נגד הדמוקרטיה" (שם). הנמן מזהה נגד הפגיעה בדמוקרטיה ובשלטון החוק. אכן, המחתרת היהודית פנתה לאי-לגליזם במטרה לממש את ערכיה-עקרוניתה ובהיעדר תמיכה פוליטית מוסדית (Hellinger, 2008: 542–543).

ברומן מדגיש שייבון את בדלנותה של קהילת וורבוב ואת זלזולה בחוק: "הרחובות כאן על האי עדיין שייכים לרשת של סיטקה, ניצבים וממוספרים, אבל פרט לכך, הלכת לאיבוד זיסקייט: הועפת לכוכבים, פוקססת, שוגרת דרך מנהרת זמן אל פלנטת היהודים" (עמ' 125).

יש להבחין שהביקורת על זלזולם של בני הקהילה בחוק ובמדינה נוגעת לשני היבטים שונים. ראשית, זוהי ביקורת על אותו אי-לגליזם פוליטי נוסח התאולוגיה הפוליטית המשיחית הקוקניקית. אצל הרב קוק, ומטבע הדברים, בעיקר אצל הרצ"ה, עולה הבחנה מרכזית בין האומה או המדינה היהודית הישראלית לבין מהותה האידאית. לתפיסתם ישנה אידאה ברורה של אומת ישראל ובהמשך של מדינת ישראל. אידאה זו שמיימת וטהורה, והקיום בפועל אינו אלא צל של האידאה ולכן גם לא שלם ופגום. בסופו של דבר, וכפי שאכן קרה בקצוות המחנה הציוני המשיחי, מדינת ישראל הקונקרטית, שהיא

רק הבבואה השלטונית הזמנית של מדינת ישראל האידאית, "כסא ה' בעולם", איבדה מכוחה ומסמכותה (רביצקי, 1994: 192-193). הרב ישראל אריאל, הנמנה עם המחנה הרדיקלי האמור, הבחין במפורש בין המדינה לבין הממשלה. הראשונה מקודשת, אך לא כך האחרונה. מכאן אף התיר פעילות הנוגדת את עמדת הממשלה ואף העניק גושפנקה עקרונית לפעילות המחותרת (הלינגר והרשקוביץ, 2015). אהוד שפרינצק, שערך מחקר מקיף על אי-הגלגלים בחברה הישראלית מראשית דרכה עד שנות השמונים של המאה העשרים, דן בתנועת גוש אמונים. הוא דוחה מצד אחד את טענת אנשי גוש אמונים שהאי-גלגלים שלהם זהה לזה של ראשי ההתיישבות והאבות המייסדים של תנועת העבודה אשר נלחמו בשלטון המנדט הבריטי. הוא מדגיש שאי-הציות של אנשי הגוש חמור ועמוק יותר מאחר שהוא נובע מקונפליקט אידאולוגי פנימי ומהיקרעות בין מחויבות לשתי סמכויות מנוגדות, מצד אחד ההלכה והתפיסה האמונית ומצד אחר המדינה וחוקיה (שפרינצק, 1986: 126).

עם זאת, שפרינצק מתייחס למורכבות המקרה של גוש אמונים ומדגיש שבניגוד לתנועות אי-גלגליות הנוטות להתעלם מהסמכות הפורמלית הממוסדת של המדינה ולכפור בה, מנהיגי הגוש קיבלו לרוב סמכות זו והתקשו לפגוע בה. עיקר האי-גלגלים אכן קשור למתח האמור בין המחויבות ההלכתית כפי שפירשו אותה לבין צווי המדינה (שם, 142). גדעון ארן, לעומת זאת, מפרש את הפן התאולוגי המשיחי כמאפיין את כלל המנהיגים בתנועת גוש אמונים ואת דרכה הפוליטית הכוללת של התנועה (ארן, 2013: 137). משה הלינגר וצחי הרשקוביץ יוצאים בספרם העוסק באי-ציות בקרב אנשי הציונות הדתית נגד עמדתו זו של ארן, ומדגישים שרק קומץ ממנהיגי התנועה סטו לרדיקליות פוליטית שאפשר לאפיין כמשיחיות תאולוגית קיצונית, ושרוב המנהיגים הכירו כאמור בשלטון החוק וכיבדוהו. בכל מקרה וככלל הם מדגישים בספרם שלעומת הדימוי הרווח האנטי-גלגליסטי שדבק באנשי גוש אמונים, בדיקה פרטנית ודקדקנית מעלה שזהו ציבור נורמטיבי שומר חוק וסדר (הלינגר והרשקוביץ, 2015). ברומן עולים היבטים של אי-גלגלים אידאולוגי ודתי: חברי קהילת וורבוב חוטפים את מנדל, כולאים אותו בחווה ועורכים בה אימונים צבאיים. לבסוף הם מפוצצים את כיפת הסלע. הפעולה האחרונה, כאמור, קושרת בברור בין העלילה המדומיינת לבין ההיסטוריה הראלית ומדגישה את טיב הביקורת הפוליטית. ברומן, למרבה הזוועה, הממשל האמריקאי אף מעורב במזימה ובכך כאמור מבקר שייבון מגמות בחברה האמריקאית.

נוסף על כך, באשר לתיאור עסקי הפשע של קהילת וורבוב ונטילת החוק לידיים מבחינת עסקי המאפיה (עמ' 113, 126, 130), כאן עולה ביקורת נפרדת על הקהילה הדתית, המתיימרת לעסוק בענייני קודש ובערכים נעלים ולמעשה פושה בה ריקבון

מוסרי עמוק.⁸ אולם זוהי ביקורת משנית ברומן, ועיקר הדיון נסב על השיח הפוליטי ועל הוקעת הזרם הציוני המשיחי הדתי. בכל מקרה, יש לציין שבמובן זה אין הלימה בין הקהילה המדומינת, שהיא גם חרדית, לבין אופיים של אנשי גוש אמונים. כפי שמדגישים הלינגר והרשקוביץ, פעילותם הלא-חוקית של אנשי גוש אמונים עמדה כולה בסימן דתי-אידאולוגי, ועיקרה היה בנכונות להקרבה אישית ואף כנגד אינטרסים אישיים ובוודאי רווחה כלכלית או טובות הנאה (הלינגר והרשקוביץ, 2015).

על רקע הביקורת הנחרצת של הספר על כיוונים משיחיים ציוניים דתיים חשוב לשוב ולציין שהמחתרת היהודית לא הייתה אלא השוליים הרדיקליים של מחנה גוש אמונים. כמו כן, הרצי"ה אמנם התנגד נחרצות לחלוקת הארץ ואף אמר כי "על יהודה ושומרון תהיה מלחמה" במקרה של מסירת שטחים ופגיעה ב"ארץ הקדושה", אולם רבים מתלמידיו מקרב הזרם המרכזי במרכז הרב ככלל פירשו כי אין הכוונה למלחמה אלימה במובנה המקובל אלא למלחמת תרבות, שתתנהל במסגרת התרבות הפוליטית הדמוקרטית ובכליה השונים (שם; 542–543: Hellinger, 2008). עוד יש להוסיף שפיצוץ המסגדים נחשב מלכתחילה פעולה שנויה במחלוקת. כמה חברים במחתרת, כמו יהודה עציוני ומנחם לבני, תמכו בפעולה, ואחרים כלל לא שותפו בהחלטה. ככלל, בין חברי המחתרת עצמם התקיימו פערים אידאולוגיים, ומנחם לבני, מפקד המחתרת, ניהל אותה באופן ממודרדאג להוציא אל הפועל פעולות ספורדיות בידי חברים שונים שלא היה ביניהם קשר. מבחינת הנהגת גוש אמונים, מנהיגים רבים במחנה הגאולתי התנגדו למחתרת והציגו אותה כפרי באושים וכסרח עודף. הרב צבי טאו התבטא בחריפות נגד הפעולות האלימות:

יש לנו עסק עם כת משיחית, שרוצה להביא את הגאולה לעם ישראל עם נשק ביד. הוגים רעיונות אליילים מובהקים איך לפעול על ריבוננו של עולם לגאול את ישראל בעקבות פיצוץ המסגדים. זוהי תפיסה של לומדי קבלה שטחיים, קטנוניים, כאלה שקופצים מתוך סקרנות אל הקודש, עם כל הקטנות שלהם, וגורמים בזה להרס ולחורבן (מובא אצל רביצקי, 1994: 186).

8 במבט ספרותי משווה מעניין לזהות ביקורת דומה על הקהילה היהודית ביצירותיו של סופר יהודי אמריקאי צעיר אחר, נתן אנגלנדר. גם אנגלנדר עוסק בפער בין המערכת הנורמטיבית היהודית אשר בה מתהדרת הקהילה היהודית הדתית לבין המציאות בפועל. ברומן המשרד למקרים מיוחדים (אנגלנדר, 2008) וכן בסיפורים שונים כמו "על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על אנה פרנק", "פיפ שואו" (אנגלנדר, 2013) ועוד הוא מתאר את צביעות הקהילה היהודית המתהדרת במסורת היהודית, אך זו אינה אלא מסכה חיצונית, כיסוי ריק מתוכן למציאות של צביעות וריק נורמטיבי.

חברי המחתרת פנו לרבנים שונים שאותם תפסו כסמכות ההלכתית בפרשה. בין היתר פנו לרצי"ה, והוא נמנע מתגובה. למעשה, לפי עדותו של לבני, רוב הרבנים שאליהם פנו חברי המחתרת התנגדו לפיצוץ (שרגאי, 2007). רביצקי מציין שאמנם היו מוטיבים מרכזיים בתורת הרב קוק ובדברי הרצי"ה שנקשרו ישירות למעשי האלימות הקיצונים, אך עם זאת, היחס אינו מובהק ורק צירוף הנסיבות ההיסטורי, התהליך ההיסטורי של הקמת מדינת ישראל ובעיקר מלחמת ששת הימים והשיכרון האוטופי שבא לאחריה הביאו להקצנת המוטיבים של הגאולה ושל העמדות הפוליטיות הנציות, ובכל מקרה, כאמור, אלו קצוות המחנה בלבד. באשר לרב קוק, אמנם תורתו היא הבסיס והתשתית למעשים, אולם כפי שציין דוד הנשקה, תפיסתו הדטרמיניסטית של הרב קוק הוקצנה בפי ממשיכיו (רביצקי, 1994: 182-188; הלינגר והרשקוביץ, 2015).

מכל האמור עולה שהרומן מבקש להתריע מפני צירוף גורמים ונסיבות העלולים להביא לפנטיות דתית ופוליטית מסוכנת, שהיו מהם שאכן התממשו במציאות. הביקורת הפוליטית על הזרם הציוני הדתי המשיחי מכוונת לשוליים הסהרוריים של גוש אמונים ולמחתרת היהודית. היא נוגעת בחלקה לתהליכים שאכן קרו, והזיקה לפעילות המחתרת מובהקת. נוסף על כך אפשר לקרוא את הרומן גם כביקורת פוליטית עכשווית וכחשש מפני מגמות של הסלמה דתית משיחית ופוליטית במדינת ישראל כיום. ביקורת זו מעוגנת בשיח היהודי האמריקאי, המושתת על תפיסת זהות ליברלית אינדיווידואלית שעיקרה הפרדה בין דת למדינה, סובלנות לאחר, שיח של זכויות הפרט והצבתו במרכז, וכדומה. כמו כן, כפי שצינתי, החשש מפני הקצנה דתית ופגיעה בערכים הליברליים האינדיווידואליסטיים מופנה ברומן הן כלפי הציונות המשיחית הדתית הן כלפי נוצרים אנווגליסטים וכוחות ימניים נוצריים המתחזקים כיום בארצות הברית.

ג. הסוציולוגיה בראי הספרות

ג.1. מקומה של הלאומיות היהודית בשיח הזהות היהודית האמריקאית כיום

מניתוח הרומן עד כה מתבררת עמדתו המורכבת כלפי מדינת ישראל. לצד הביקורת המובהקת על היבטים משיחים דתיים בתוך הציונות בולטת בעיקר העמדה האמביוולנטית והקושי להכריע בנוגע ללאומיות היהודית ובעיקר בנוגע להגשמה ציונית, וכך היא מתוארת ברומן לסירוגין כנס גדול וכמופע אימים. הטון ההומוריסטי שנוקט הסופר לאורך הרומן, והבחירה ביידיש, המשמשת גם למטרה זו, נדמים ככלי נוסף בהתמודדות

הסופר עם הסוגיה הלאומית היהודית, הנתפסת בעיניו כסבוכה וכלא פשוטה בעליל. לעומת התמודדות ספרותית זו, שיש להודות שהיא מבלבלת, השיח הסוציולוגי העוסק בשאלת היחס של יהודים אמריקאים צעירים כיום למדינת ישראל מבקש לסרטט קווים מובהקים ולספק מדדים מוחלטים. אולם כעת ברצוני לטעון שדווקא ההתמודדות הספרותית נוסח שייבון ואי-המובהקות שמעלה הרומן בנושא הלאומי היהודי האמריקאי עשויות לתרום לשיח הסוציולוגי.

סוציולוגים מדווחים כיום על מגמת היחלשות בזיקתם של צעירים יהודים אמריקאים כלפי מדינת ישראל. צעירים רבים אדישים לקיומה של מדינת ישראל ורבים אחרים מתנכרים לה עקב ביקורת על המדיניות הישראלית בסוגיות שונות ורתיעה ממנה, ובעיקר בכל הקשור לסכסוך הישראלי-פלסטיני. כל זאת בניגוד לתקופות עבר, שבהן נמנע הציבור היהודי האמריקאי מלהשמיע ביקורת מפורשת על מדינת ישראל והביע בעיקר תחושת הזדהות ואהדה כלפיה (Cohen and Kelman, 2007; Pew, 2013).

בעוד החוקרים חלוקים באשר לסיבות לפיחות במעמדה של ישראל בעיני הצעירים, הם מסכימים על כך שלשאלת תפקיד משמעותי בחיזוק הזהות היהודית: "ללא ישראל ישנם מעט מאוד מחסומים בפני התבוללות גמורה ואפילו מעט יותר מניעים לאקטיביזם פוליטי וחברתי" (Rogachevsky and Shain, 2011: 42). (התרגום שלי).

במסגרת הפולמוס בין החוקרים על הסיבות להתרחקות הצעירים מישראל טוענים חוקרים רבים, ובהם חוקרים בולטים כמו סטיבן כהן וארי קלמן, שישנו קשר ישיר בין היחלשות הזהות היהודית ותהליכי ההתבוללות בחברה האמריקאית לבין הנתונים החדשים על יחס הצעירים למדינת ישראל (Cohen and Kalman, 2007: 2; Abrams and Cohen, 2008: 3; Pew, 2013). האדישות וההתרחקות מישראל אינן אלא סממן נוסף לפיחות הכללי בזהותם היהודית של הצעירים. כהן וקלמן מדגישים למשל את הקשר בין נישואין מעורבים לבין דעיכת ההזדהות עם מדינת ישראל. נישואין מעורבים מביאים את הצעירים להתרחק מזהותם היהודית, ובתוך כך, כאמור, גם ההזדהות או המעורבות עם ענייני מדינת ישראל נחלשות (רוזנר, 2011: 177; Cohen and Kalman, 2008).

מנגד עולה הטענה שמייצגה הבולט הוא דווקא העיתונאי היהודי האמריקאי פיטר בינארט, שהסיבה להתדרדרות היחסים בין הצעירים לבין מדינת ישראל, פוליטית. במאמר שפרסם במגזין הספרים של הניו יורק טיימס טען שישנו ניגוד בין האתוס

9 לכן עולה מעמדו של פרויקט "תגלית", שבמסגרתו מגיעים בני נוער וצעירים אמריקאים לישראל לטייל בארץ וללמוד עליה. במחקר מקיף שנערך באוניברסיטה היהודית ברנדייס מצאו החוקרים קשר מובהק בין ההשתתפות ב"תגלית" לבין עלייה במחויבות למדינת ישראל וחיזוק הזהות היהודית (Kadushin, et al., 2011).

הליברלי החזק שעליו אמונים הצעירים היהודים האמריקאים לבין התנהלותה המדינית של ישראל ובעיקר יחסה לפלסטינים, יחס הנתפס בעיניהם כדיכוי מתמשך. בינארט תקף גם את מנהיגי המוסדות היהודיים האמריקאיים דוגמת איפאק (AIPAC) או הליגה נגד השמצה (Anti-Defamation League), הבוחרים להגן על ישראל בכל מחיר גם כאשר יש לגנותה מבחינה פוליטית. מדיניותם זו הביאה לדעתו להתרחקותם של הצעירים מן המוסדות היהודיים האמריקאיים. הצעירים בחרו לנטוש את הציונות ואת הארגונים היהודיים האמריקאיים ולא את הליברליזם: "במשך כמה עשורים ביקשו המוסדות היהודיים המאורגנים מיחודי ארצות הברית לזנוח את הליברליזם שלהם בשערי הציונות, וכעת, לאחרדתם, הם מגלים שצעירים יהודים רבים העדיפו לזנוח דווקא את הציונות". (Beinart, 2010: 16). (התרגום שלי).

בספרו *The Crisis of Zionism* מוסיף בינארט וטוען שעל הציונות לשוב למקורותיה היהודיים, הקרובים למעשה לאתוס הליברלי האמריקאי. כוונתו לרגישות לעוולה, לרדיפת צדק, למעמדו המיוחד של הגר וכדומה, כמאפיינים יהודיים. זיקה זו בין היהדות לליברליזם היא כזכור משוואה המקובלת על יהודים אמריקאים רבים. לכן מתעקש בינארט לזהות עצמו כפועל ממניעים יהודיים ואף כציוני החש קשר חזק לישראל ומתנגד לעיוותים במימוש הציונות. בינארט טוען שביקורתו אינה אלא תיקון הכרחי שנועד לממש את אופייה הליברלי "האמיתי" של הציונות: *Liberal Zionism* (Beinart, 2012: 188–196).

בינארט מוסיף שלהערכתו, אם יימשכו הפערים בין הקהילה היהודית שבארצות הברית לבין זו שבשארל, היפרדות תהיה בלתי נמנעת (שם). בכך הוא חוזה למעשה את המשך ואף את החרפת הניכור, האדישות והביקורת מצד צעירים יהודים אמריקאים כלפי ישראל. יתר על כן, הוא מצדיק את מגמת ההיפרדות ומתאר שלב חדש ביחסים בין שתי הקהילות ובמעמדה של מדינת ישראל בעולם היהודי. הכוונה היא למעשה לביטול מעמדה של ישראל כמדינת היהודים, כבית הלאומי של כל יהודי העולם.

אולם הרומן מאיר באופן שונה את מעמדה של מדינת ישראל כבית היהודי העולמי. לצד הביקורת הוא מדגיש את חשיבותה – הכרחיותה של לאומיות יהודית בצורתה המדינית המוחלטת והממשית, מדינה יהודית ישראלית. יתר על כן וכאמור, הרומן מדגים שהמשוואה הלאומית היהודית מורכבת ומסובכת יותר מהמשוואות שמסרטטים החוקרים השונים בשיח הסוציולוגי.

נראה שהסוציולוגים מתקשים לזהות את המורכבות שבמחשבתם של יהודים אמריקאים צעירים רבים כלפי ישראל משום שהמדדים שבהם הם משתמשים – מדדים התנהגותיים או הצהרתיים – אינם נוגעים בתודעה-הרגשה המורכבת שבפועל. במובן

זה, הספרות משלימה ומרחיבה את השיח הסוציולוגי בסוגיית יחסי יהודי ארצות הברית וישראל.

מובן שקשה לתפוס בסקר או בריאיון עמדה כה מורכבת ואמביוולנטית. הרומן משתמש במבנה הנרטיבי, במעשה הסיפר ובטכניקת ה"תחת מחיקה", שהיא מוטיב חוזר ומרכזי ברומן, כדי להדגים את המורכבות העמוקה. בהקשר זה יש לשים לב לדבריו של שייבון במסתו מולדות מדומיינות (*Imaginary Homelands*). שייבון פותח בהכרזה על זהותו הלאומית האמריקאית: "אני אמריקאי כמוכן, אלא מה?" וממשיך בעדות על יחסיו המורכבים עם מדינת היהודים, ישראל: "אני חושש שההורים אלה על אודות השתייכות ובית מובילים אותי בלית בררה לשאלה על אודות ישראל" (Chabon, 2008: 158, 160). התרגום שלי).

שייבון מצהיר על זהותו האמריקאית המוחלטת ובה בעת מדגיש שמחשבות על בית ועל שייכות קשורות בעיניו לישראל. בכך הוא רומז שהוא אינו יכול לנתק את הקשר הגורדי בינו לבין ההיסטוריה והלאומיות היהודית. כמו כן, בהסתייגותו וברתיעתו מעיסוק בנושא או מכתובה עליו – "אני חושש [...] בלית בררה" – הוא מביע את הקושי הכרוך לתפיסתו בעיסוק בנושא כה מורכב וסבוך. בכל מקרה, וכאמור, את עמדתו המורכבת הוא חושף ברומן. עמדה זו משלבת בין ההיבטים המתנגשים העולים בו כאשר הוא חושב על המולדת המדומיינת או המולדות המדומיינות: *Imaginary Homelands*. זוהי ההתנגשות בין חיובה העמוק של הלאומיות היהודית ושל מדינת ישראל לבין הביקורת הפוליטית על היבטים במעשה הלאומי הציוני וזהו גם מתח אמריקאי יהודי שהוא מתקשה להסביר את טיבו אך מבהיר שהוא קיים אי שם במעמקי תודעתו. מתח זה מוליד את לשון הרבים, *Homelands*, שאינה טבעית באשר למושג מולדת, שמטבעו הוא כביכול יחידני. שייבון מבהיר שהוא אמריקאי בכל מובן ושאמריקה היא הבית והמולדת, ולמרות זאת, ישראל היא נתון מובנה בתודעתו, ולכן כאמור הוא מדבר על מולדות, *Homelands*. נוסף על כך, כפי ששייבון העיד בריאיון לשרה גולדשטיין (Goldstein, 2007), כתיבת הרומן והמחשבה על ישראל עוררו בו מתח נוסף בין ההיסטוריה היהודית, שעיקרה היעדר מולדת, חוויית גירוש ואי-בטחון, לבין קיומה המוחלט והממשי של ישראל כיום. מניתוח הרומן נראה שייבון מתחבר (ולא מתחבר) בו-בזמן הן לתחושה ההיסטורית של היעדר ביטחון הן לתחושת הביטחון שמשרה מדינת ישראל על אזרחיה ואף על יהודי התפוצות. כמו כן, באותו ריאיון לגולדשטיין העיד שייבון על ממד הגילוי שבתהליך הכתיבה. הוא ציין שלא תכנן כלל לכתוב על ההיסטוריה היהודית ועל המתח היהודי הלאומי המלווה אותה, אולם הדברים צצו מעצמם. עדות זו על הגילוי הפנימי של ההיבטים היהודים בזהות באמצעות הספרות ומעשה הכתיבה מעלה על הדעת דברים דומים שביטא הסופר היהודי האמריקאי הצעיר ג'ונתן פויר. פויר הסביר ברב שיח בנושא זהות

יהודית אמריקאית צעירה כיום כיצד גילה את יהדותו כאשר כתב את הרומן הראשון שלו, הכול מואר (Everything is Illuminated; Foer, 2002):

לפני שכתבתי את ספרי הראשון, שהוא ספר יהודי לכל הדעות, אם מישהו היה שואל אותי אם אני חש רגש חזק כלפי זהותי היהודית, אינני בטוח כיצד הייתי משיב. הייתי לבטח מתפתל, מתחמק מהשאלה ומשיב "ובכן, כנראה, אם כי אינני יכול להסביר באיזה אופן". אולם הספר, שעלי להודות שמעולם לא תכננתי כלל לכתוב, הפך להיות אקדח מעשן בחיי. פיסת ראייה שהבהירה שלמרות וללא קשר למה שחשבתי על אודות עצמי, אני הוא מישהו המעורב עמוקות וקשור בזהותו היהודית.

[...]

היהדות שלי כתוצר לא צפוי בחיי תלויה יותר בדברים שאני עושה מאשר בהשראה שיש לי לעשותם. אין לי כל עניין לעשות משהו יהודי כשלעצמו ממש כשם שאני יכול להעיד שאין לי עניין להתמיד בחיים יהודיים. ועדיין, אני כותב ספרים יהודיים וחי ארוגים בערכים ובתרבות היהודיים. הזהות היהודית שלי מפתיעה אותי ללא הרף. באופן אנקדוטי אני מכיר יהודים רבים בני גילי ובעלי רקע יהודי קרוב לשלי החווים מרחק דומה בין דימוים העצמי לבין התנהגותם, בין מי שהם חושבים שהם לבין מי שהם באמת (Goldberg, 2006: 4–5). התרגום (שלי).

כפי שפויר מעיד, זהותו היהודית אינה נגלית בחיי היום-יום באופנים מובחנים ומובהקים, אולם כשכתב את הרומן שלו הוא גילה את המשקעים הנפשיים היהודיים שבו: את הקשר למסורת, לתרבות ולהיבטים היהודיים בזהותו פנימה. נקודה חשובה לענייננו היא הדגשתו של פויר שזווה חוויה דורית ושרבים מחבריו שותפים לתחושה זו, של יהדות פנימית ונסתרת הנגלית להם במקרה וברגעים לא צפויים. אכן, יש בכך כדי ללמד על פיחות מסוים בזהות היהודית, ההופכת סמויה מהעין. עם זאת, יש בכך גם ללמד על קיומו של רובד יהודי רב משמעות המחכה או מבקש להתגלות. ברומן של מייקל שייבון מביא רובד יהודי זה לגילוי עמדה אמביוולנטית ומורכבת על הלאומיות ועל הזהות היהודית. ולכן חשוב שגם בדיון הסוציולוגי ישאפו החוקרים לחשוף את הכוחות הפנימיים והסמויים הללו ואת המורכבויות שבשיח הזהות היהודית האמריקאית כיום.

בהקשר זה יש לציין את מחקרה של סילביה ברק פישמן (Fishman, 2000; 2011). פישמן היא סוציולוגית בין-תחומית המשלבת בחקירתה הסוציולוגית מקורות תרבותיים וספרותיים. בכך היא מאמצת את ההנחה האמורה, שחקירה בין-תחומית הנשענת על גילויים ספרותיים ותרבותיים משרתת את החקירה הסוציולוגית ומעשירה אותה. יתר על כן, במאמרה משנת 2011 (Fishman, 2011) היא עומדת על האמביוולנטיות

ועל המורכבות ביחסם של יהודים אמריקאים צעירים לישראל. מחקרה, המתיחס למנהיגים, לפורצי דרך ולאמנים אמריקאים יהודים צעירים, עומד על האמביוולנטיות הרגשית-תודעתית כלפי ישראל כפי שתוארה במאמר זה. פישמן מדגישה עד כמה מורכבת מחשבתם של צעירים אלו כלפי ישראל ועד כמה הם אמביוולנטים כלפיה (שם: 173-175). מחקרה של פישמן, שהוא בחזקת מיעוט בזירה הסוציולוגית הזאת, תומך בממצאי מאמר זה, מחזק את הטון האמביוולנטי העולה מן הרומן של שייבון ומדגים שאכן המחקר הסוציולוגי יכול וראוי שיסתייע בספרות להעשרת השיח הסוציולוגי והחקירה החברתית של הזהות היהודית האמריקאית הצעירה באשר לישראל ולפרמטרים מרכזיים נוספים הקשורים לזהות יהודית אמריקאית זו כיום.

סיכום

באמצעות ניתוח הרומן איגוד השוטרים היידיים מאת הסופר האמריקאי היהודי מייקל שייבון התחקיתי אחר האמביוולנטיות והמורכבות הקיימות בתודעה היהודית האמריקאית כלפי הנושא הלאומי היהודי וכלפי מדינת ישראל. השימוש הבולט לאורך הרומן בטכניקה הדרידיאנית של "תחת מחיקה" מבהיר שהסופר מתמודד עם הכוחות המנוגדים והמתנגשים המתקיימים בתודעה ובמחשבה היהודית האמריקאית הצעירה ככלל באשר ליחסים עם מדינת ישראל ועם הציונות. יחסים אלה נעים בין ביקורת והסתייגות מאלמנטים שונים ברעיון הלאומי-יהודי, ובעיקר בזה הציוני, לבין הכרה בנס הגדול שמסמלת הקמתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ממשית ושלמה. הרומן נע בקו התפר בין ההיסטורי והבדיוני, וממקום זה משקף בו-בזמן את יסודות ההצלחה והכישלון שבלאומיות היהודית בכלל ובזו הציונית בפרט. ראינו שלצד השאיפה ללאומיות יהודית מדגיש הרומן אלמנטים ליברליים הקשורים לקיומה של מדינה מינימלית המקיימת זהות יהודית הבנייתית, פתוחה ודיאלוגית עם סביבתה.

מול הביקורת הנוקבת שהוטחה במחבר והטענה שהרומן אנטי-ציוני הראיתי שהוא אינו מתנגד לציונות אלא לזרם הציוני הדתי המשיחי. הביקורת על משנה זו, ובעיקר על הקבוצה הקנאית שיצאה מבית מדרשו של הרב קוק ומגוש אמונים והתקיימה בשוליו, נתפסת ברומן כפנטטית וכמסוכנת, והוא מוקיעה. הרומן מקדם תפיסה פוליטית מדינית ליברלית אינדיווידואלית וחילונית וקורא להפרדת הדת מן המדינה ומן הפוליטי. בכך הוא מכוון לחיים הפוליטיים הישראליים והאמריקאיים גם יחד.

לעומת השיח הסוציולוגי העוסק בזיקתם של יהודי ארצות הברית לישראל ושבדברו מתאר את הניכור ואת הנתק מישראל וממקם בתהליכים התבוללותיים ופוליטיים, מאיר הרומן של שייבון את המורכבות ואת התהליכים הסבוכים שחשים יהודים אמריקאים כלפי מדינת ישראל וכלפי זהותם הלאומית האמריקאית והיהודית. כפי שתיאר שייבון עצמו ובדומה לטענתו של הסופר היהודי האמריקאי ג'ונתן ספרן-פויר, תהליך הכתיבה הביא אותו לגילוי היבטים יהודיים נסתרים בתוכו. שייבון העיד על מורכבות תודעתית הקשורה ליחסו לישראל, מורכבות שהרומן אכן חושף וחוקר לעומק. תהליך הכתיבה הפרטי חושף בעבור כל סופר עולם יהודי פנימי עשיר ומורכב, ויצירות ספרות אלו אכן מסייעות לגילוי תהליכים והיבטים הנדחקים ברובם מן הזירה הסוציולוגית. בהקשר זה ראינו גם את מחקרה הבין-תחומי החשוב של סילביה ברק פישמן, העומד גם הוא על הקולות המורכבים והאמביוולנטיים של יהודים אמריקאים צעירים, בעיקר אמנים ויוצרים שונים, ביחסם לצינונות ולמדינת ישראל.

יש לשים לב לכך שמכל האמור ומעבר לשאלת התודעה הלאומית היהודית האמריקאית הצעירה כלפי ישראל עולה בבירור החשיבות שיש לשימוש במקורות ספרותיים ולשילובם בחקירת הזהות היהודית האמריקאית הצעירה. בעולם פוסט-מודרני ועל רקע תהליכי ההתבוללות שחווה יהדות ארצות הברית בעשורים האחרונים עשויה הספרות לשמש כלי לגילוי היבטים פנימיים ונסתרים, תודעתיים ורגשיים באשר לשאלת הזהות היהודית האמריקאית. המקורות הספרותיים עשויים לסייע בגילוי תמונה מורכבת ועשירה יותר של הזהות היהודית האמריקאית הצעירה כיום. תמונה זו עלולה להיות מבלבלת וסבוכה כשם שמעלה הרומן של שייבון בנוגע לסוגיה הלאומית היהודית, אולם נראה שהיא משקפת באופן אותנטי היבטים מרכזיים בזהות זו בעידן פוסט-מודרני אשר בו הזהות היהודית היא חלק אינטגרלי מהחיים האמריקאיים ככלל.

חקורות

ספרים ומאמרים

- אחד העם, 1965. כל כתבי אחד העם, תל אביב: דביר.
- אלמוג, שמואל, תשמ"ב. ציונות והיסטוריה, ירושלים: מאגנס.
- אלרואי, גור 2004. "ארץ לעם ולא עם לארץ", עיונים בתקומת ישראל 14: 537-564.
- , 2005. "יהודים בחוץ לארץ", עיונים בתקומת ישראל 15: 413-434.
- אנגלנדר, נתן, 2008. המשרד למקרים מיוחדים, תרגמה: כרמית גיא, תל אביב: מטר.
- , 2013. על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על אנה פרנק, תרגמו: אתגר קרת ואסף גברון, ירושלים: כתר.
- ארן, גדעון, 2013. קוקיזם: שורשי גוש אמונים, תרבות המתנחלים, תיאולוגיה ציונית, משיחיות בזמננו, ירושלים: כרמל.
- בויארין, דניאל, ויונתן בויארין, 1994. "אין מולדת לישראל: על המקום של היהודים", תיאוריה וביקורת 5: 79-104.
- בלפר, אלה, 2004. זהות כפולה: על המתח בין ארציות לרוחניות בעולם היהודי, רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן.
- בן-חיים, ליאור, ואליעזר בן-רפאל, 2006. זהויות יהודיות בעידן רב-מודרני, רעננה: האוניברסיטה הפתוחה.
- בנימיני, אליהו, 1990. מדינות ליהודים: אוגנדה, בירוביז'אן ועוד 34 תוכניות, תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
- גביזון, רות, 2002. "מדינת ישראל: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה", תכלת 13 (סתיו תשס"ג): 51-88.
- גל-אור, נעמי, 1990. המחותרת היהודית: טרורזים שלנו, תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
- גלנר, ארנסט, 1994. לאומיות ולאומים, תרגם: דן דאור, תל אביב: האוניברסיטה הפתוחה.
- גנו, חיים, 2013. תיאוריה פוליטית לעם היהודי: שלושה נרטיבים ציוניים, חיפה: אוניברסיטת חיפה בשיתוף עם ידיעות אחרונות-ספרי חמד.
- דינור, בן ציון, 1938. ספר הציונות ותוכניתו, תל אביב: ביאליק.

- הלינגר, משה, ויצחק הרשקוביץ, 2015. ציות ואי-ציות בציונות הדתית: מגוש אמונים ועד תג מחיר, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- הרצל, בנימין זאב, 2008 [1902]. מדינת היהודים, אלטנוילנד, תרגמה: מרים קראוס, תל אביב: ידיעות אחרונות.
- ובר, מקס, 1976. "טיפוסים של סמכות ושל תיאום מחייב", תרגם: יונה שילו, בתוך: שמואל נח איזנשטט, עמנואל גוטמן ויעל עצמון (עורכים), מדינה וחברה: סוגיות בסוציולוגיה פוליטית, תל אביב: עם עובד, עמ' 34-48.
- ויטל, דוד, 1978. המהפכה הציונית, תל אביב: עם עובד והספריה הציונית על יד ההסתדרות הציונית העולמית.
- זיפרשטיין, סטיבן, 1997. נביא חמקמק: אחד העם ומקורות הציונות, תל אביב: עם עובד.
- טלמון, יעקב, תשכ"ה. המשיחיות המדינית: השלב הרומנטי, תל אביב: עם עובד.
- טרנר, יוסי, 2008. "ציונות מול תפוצתיות על רקע משנת אחד העם", בתוך: נפתלי רוטנברג ואליעזר שביד (עורכים), לאום מלאום, ירושלים: מכון ון ליר בירושלים, עמ' 159-175.
- כספי, זהבה, 2005. היושבים בחושך, ירושלים ובאר שבע: כתר ומכון הקשרים.
- נתניהו, בן ציון, 2010. חמשת אבות הציונות, תל אביב: ידיעות אחרונות.
- סגל, חגי, 1987. "אחים יקרים": קורות המחתרת היהודית, ירושלים: כתר.
- סטיינר, ג'ורג', 1965. "מעין ניצול", אמות ג (ד) (פברואר-מרץ): 7-16.
- סמית, אנתוני ד', 2003. האומה בהיסטוריה, תרגמה: איה ברויאר, ירושלים: החברה ההיסטורית הישראלית.
- סרנה, יונתן, 2005. היהדות באמריקה, ירושלים: מרכז זלמן שזר.
- פויר, ג'ונתן ספרן, 2003. הכל מואר, תרגם: אסף גברון, תל אביב: זמורה ביתן.
- פינסקר, יהודה לייב, תש"ך. האוטואמנציפציה, תל אביב: מסדה.
- פלד, יואב, 1997. אוטונומיה תרבותית ומאבק מעמדי: התפתחות המצע הלאומי של הבונד 1893-1903, תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
- קוק, הראי"ה, תשכ"ד. אורות הקודש, חלק ג, ירושלים: מוסד הרב קוק.
- , תשמ"ח. מאמרי הראי"ה, ירושלים: מוסד הרב קוק.
- קוק, הרצ"ה, תשס"ב. "על הפרק", לנתיבות ישראל, בית אל: מאבני המקום, עמ' טו-כח.
- רביצקי, אביעזר, 1994. הקץ המגולה ומדינת היהודים, תל אביב: עם עובד.
- , 1999. חרות על הלוחות, תל אביב: עם עובד.

- רוזנצוויג, פרנץ, 1977. נהריים, ירושלים: מוסד ביאליק.
- רוזנק, אבינועם, תשס"ו. "השיקול החינוכי והכתיבה ההלכתית: עיון במושג הקדושה במשנת הרב ח"ד הלוי", הגות ז: 171-200.
- , 2005. "פרשת קרח", בתוך: נפתלי רוטנברג (עורך), הוגים בפרשה: פרשת השבוע כהשראה ליצירה ולזהות היהודית לדורותיה, תל אביב: ידיעות אחרונות, עמ' 459-471.
- רוזנר, שמואל, 2011. שטעטל, בייגל, בייסבול, ירושלים: כתר.
- רוסו, ז'אן-ז'אק, 1999. על האמנה החברתית או עקרוני המשפט המדיני, תרגם: יוסף אור, ירושלים: מאגנס.
- רם, אורי, 2006. הזמן של הפוסט-לאומיות והפוליטיקה של הידע בישראל, תל אביב: רסלינג.
- שביד, אליעזר, 1981. היהדות והתרבות החילונית, תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
- , 1983. מיהדות לציונות ומציונות ליהדות: מסות, ירושלים: ההסתדרות הציונית.
- , 1995. לקראת תרבות יהודית מודרנית, תל אביב: עם עובד.
- שגיא, אבי, 2002. ביקורת שיח הזהות היהודית, רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן.
- שוורץ, דב, 2008. "הציונות הדתית והרצל: דגמים של תדמית", בתוך: אבי שגיא וידידיה צ' שטרן (עורכים), הרצל אז והיום, ירושלים: כתר, עמ' 291-332.
- שנר, משה, 2013. בראשית היתה שואה, ירושלים: מאגנס.
- שפירא, אניטה, 1997. יהודים חדשים יהודים ישנים, תל אביב: עם עובד.
- שפרינצק, אהוד, 1986. איש הישר בעיניו יעשה: אי לגליזם בחברה הישראלית, תל אביב: ספרית פועלים.

Abrams, Samuel, and Steven M. Cohen, 2008. "Israel of Their Minds," *BJPA* (October 27) (online).

Almagor, Laura, 2014. "The English Mould: Jewish Territorialism and Its British Context," Presented at the British Association for Jewish Studies Annual Conference July 7, 2014, Trinity College, Dublin.

Beinart, Peter, 2012. *The Crisis of Zionism*, New York: Times Books.

- Boyarin, Jonathan, and Daniel Boyarin, 2002. *Powers of Diaspora: Two Essays On The Relevance of Jewish Culture*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Chabon, Michael, 2008. *Maps and Legends: Reading and Writing Along The Borderlands*, San Francisco: McSweeney's.
- Cohen, Steven M., and Ari Y. Kelman, 2007. "Beyond Distancing: Young Adult American Jews and Their Allination from Israel," *BJPA* (January 1) (online).
- , 2008. "Uncoupled: How Our Singales are Reshaping Jewish Engagement," *BJPA* (January 1) (online).
- Dubnow, Simon, 1970. *Nationalism and History*, New York: Atheneum.
- Fishman Barack, Sylvia, 2000. *Jewish Life and American Culture*, Albany: State University of New York Press.
- , 2011. "Reimagining Jewishness: Younger American Jewish Leaders, Entrepreneurs, and Artists in Cultural Context," in: J. Wertheimer (ed.), *The New Jewish Leaders*, Waltham: Brandeis University Press, pp. 159–213.
- Funkenstein, Amos, 1995. "The Dialectics of Assimilation," *Jewish Social Studies* 1: 1–16.
- Goldberg, Lisa, 2006. "The New Jew: Can I Define Being Jewish for Myself," *BJPA* (January 1) (online).
- Goldstein, Sarah, 2007. "Jews on Ice," *SALON* (April 4) (online).
- Hellinger, Moshe, 2008. "Political Theology in The Thought of Merkaz Harav Yeshiva and Its Profound Influence on Israeli Politics and Society Since 1967," *Totalitarian Movements and Political Religions* 9 (4): 533–550.
- Kedourie, Eli, 1993. *Nationalism*, Oxford: Blackwell.
- Kadushin, Charles, Benjamin Phillips, Theodore Sasson, Leonard Saxe, Michelle Shain, and Graham Wright, 2011. "Jewish Futures Project: The Impact of Taglit-Birthright Israel (2010 update)," *BJPA* (February 1) (online).
- Kymlicka, Will, 2004. "Justice and Security in The Accomodation of Minority Nationalism," in: Stephen May, Tatiq Modood, and Judith Squires (eds.), *Ethnicity, Nationalism and Minority Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 144–168.

- Lewis, James, 2008. "The Ultimate PC Novel," *Americanthinker* (July 5) (online).
- Nussbaum, Abigail, 2007. "The Yiddish Policemen's Union: Review," *Strange Horizons* (July 30) (online).
- Pew Research, 2013. "A Portrait of Jewish Americans," *Pewforum* (October 1) (online).
- Podhoretz, John, 2008. "The Not-So-Amazing Adventures of Chabon and Obama," *Commentary* (February 4) (online).
- Rogachevsky, Neil, and Yossi Shain, 2011. "Between J Date and J Street: US Foreign Policy and The Liberal Jewish Dilemma in America," *Israel Journal of Foreign Affairs* 3: 37–48.
- Rovner, Adam, 2011. "Alternate History: The Case of Nava Semel's *IsraIsland* and Michael Chabon's *The Yiddish Policemen's Union*," *Partial Answers* 9 (1): 131–152.
- Rosenfeld, Alvin H., 2003. "Touching on History and Destiny," *The New Leader*, (May/June-July/August): 34–36.
- Rosenfeld, Gavriel, 2002. "Why Do We Ask 'What If?' Reflections On The Function Of Alternate History," *History and Theory* 41(4): 90–103.
- Wisse, Ruth, 2007. "The Yiddish Policeman's Union by Michael Chabon," *Commentary* (January 7) (online).
- Zipperstein, Steven, 1993. *Elusive Prophet*, Berkely: University of California Press.

מן העיתונות

- הרצוג, עמרי, "זמנים נפלאים להיות יהודי באמריקה", *הארץ*, 3.2.2008.
- לנסקי, נעמה, "הטרוריסט הטוב", *הארץ*, 24.5.2007.
- מר, בני, "מק'שטעטעל עם דיאט קולה", *הארץ*, 20.2.2008.
- שרגאי, נדב, "יש לנו אפשרות למחוק את זה, מה דעת הרב", *הארץ*, 31.5.2007.

- Beinart, Peter, "The Failure of the American Jewish Establishment," *New York Times*, 7.10.2007.

החובה כקופסה השחורה של שיח הזכויות

או: כיצד יכולים בובר ולוינס לסייע בהתאמת שיח זכויות האדם למאה העשרים ואחת

תומר שדמי

תבוא

בשנים האחרונות, ובעיקר בישראל, נתפסים שיח זכויות האדם והשיח היהודי פעמים רבות כשיחים מנוגדים, שיחים שישנו קונפליקט מובנה ומשמעותי ביניהם. מאמר זה מצביע על צומת דרכים מרתק, מכונן וחדש שאליו נקלע הקשר בין שני השיחים, צומת דרכים היכול לאפשר דיאלוג מחודש ביניהם. בעוד שיח זכויות האדם מתבסס על הזכות כעל יחידת הבסיס שלו מתבסס השיח היהודי על המצווה, החובה. השוני היסודי הזה בשפות ההסדרה אינו רק שוני רטורי אלא גם מבטא הבדלים משמעותיים בתפיסות העומק של שני השיחים.¹

* אני מודה למני מאוטנר, חנוך דגן, שחר ליפשיץ וידידיה שטרן על הערותיהם המצוינות והמחכימות ועל תמיכתם, ולחבריי בתכנית ליהדות וזכויות אדם במכון הישראלי לדמוקרטיה על שיחות ארוכות, מעניינות ומאירות עיניים.

1 Robert Cover, *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order*, 5 J. OF L. & RELIG. 65 (1987); A Kaplan, *Human Relations and Human Rights in Judaism*, in THE PHILOSOPHY OF HUMAN RIGHTS 61 (A. Rosenbaum ed., 1980)

במאמר זה אטען שדווקא השוני הזה, ההבדלים הללו, מובילים לנקודת השקפה חדשה בין שני השיחים. כיום הופכת שאלת הזכות שאלה מרכזית בשיח היהודי ואילו שאלת החובה הופכת שאלה מרכזית בשיח זכויות האדם.

רוברט קובר הציע הסבר מעניין לקיומן של שפות הסדרה שונות ביהדות ובליברליזם.² לטענתו, מנגנון הזכויות הוא תגובה לכוח הכופה של המדינה, בעוד מנגנון המצוות הוא תגובה להיעדר כוח מדינתי כופה. תורת המשפט של הזכויות החלה לפרוח במערב יחד עם עליית המדינה המודרנית, בעלת המונופול על הכוח והאלימות. על כן המיתוס המכונן שלה הוא מיתוס האמנה החברתית, המגביל את כוחה וקובע שהיא לגיטימית כל עוד היא שומרת על זכויות הפרטים החיים בה. לעומת זאת, היהדות התפתחה ללא כוח מרכזי כופה. על כן, כדי לשמור על הסדר החברתי היא נדרשה למנגנון המצוות – החובות. אטען כאן שבעידן הנוכחי מתקיים היפוך: במדינת ישראל נוצר מפגש בין היהדות לבין כוח ריבוני מדינתי כופה, ועל כן שאלת הזכות הופכת מרכזית בעבור היהדות. במקביל, שיח זכויות האדם נפרד בעידן הגלובלי מהסימביוזה שלו עם המדינה ועם כוחה הכופה, ועל כן הוא נדרש לעיסוק אינטנסיבי יותר בשאלת החובה. הרגע הייחודי הזה, יציע מאמר זה, יכול לאפשר פיתוח של דיאלוג עשיר ומורכב יותר בין שיח זכויות האדם לשיח החובות היהודי.

שיח זכויות האדם, על הנחות היסוד שלו בדבר הכבוד אשר לו זכאי כל אדם באשר הוא אדם, שהתפתח יחד עם החילון, עם תפיסות הנאורות ועם המדינה המודרנית, הפך במחצית השנייה של המאה העשרים שיח כמעט הגמוני במישור הגלובלי בכל הנוגע לשמירה על אינטרסים אנושיים יסודיים.³ הפופולריות הגואה של שיח זכויות האדם במישור הפוליטי, המשפטי והמוסרי, יחד עם המפגש שנוצר בין היהדות למדינה הריבונית על כוחה הכופה במסגרת מדינת ישראל, מביאים כיום לעיסוק אינטנסיבי בשאלת הזכויות גם בתוך החשיבה היהודית. רבים מבקשים לבחון אם אפשר ליישב בין היהדות לבין שיח הזכויות, שואלים כיצד והאם אפשר למצוא שורשים לחשיבה על זכויות בתוך היהדות, אילו יסודות משותפים חולקים שני השיחים והיכן הם נבדלים, וכיצד אפשר להתאים את שיח המצוות היהודי לשיח הזכויות.⁴ הדיונים הללו נערכים

2 Cover, לעיל ה"ש 1.

3 SAMUEL MOYN, THE LAST UTOPIA: HUMAN RIGHTS IN HISTORY (2010)

4 ראו למשל חיים הרמן כהן זכויות אדם במקרא ובתלמוד (תוצה יובל ורחל שיחור עורכות, תשמ"ט); גידי פרישטיק עורך זכויות אדם ביהדות: חובות האדם וזכויותיו במשפט העברי (תשנ"ב); רות גביון זכויות אדם בישראל (תשנ"ד); מיכאל ויגודה "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 233 (יובל רבין וירום שני עורכים, תשס"ה);

בתוך הספרות האקדמית ומחוצה לה, בישראל, בארצות הברית ובמקומות נוספים. ספרים נכתבים, כנסים מאורגנים ופולמוסים נערכים, ובכולם נשאלת השאלה כיצד יכולה שפת הזכויות, שהלוז שלה קובע שכל אדם באשר הוא אדם זכאי לזכויות יסוד שוות, להתיישב עם השפה היהודית הפרטיקולריסטית, הקהילתית, מבוססת החבות ולא הזכות.

בעוד כותבים שונים מצביעים על אתגר זה ששאלת הזכות מעמידה לשיח היהודי, מצביע מאמר זה על אתגר נסתר יותר: האתגר ששאלת החובה מעמידה לשיח זכויות האדם. במאמר זה אטען שבמקביל לעליית שאלת הזכות בתוך שיח החובות היהודי חלה תנועה בתוך שיח הזכויות, והשאלה המרכזית הניצבת לפתחו של שיח זכויות האדם כיום אינה עוד שאלת הזכות ומאפייניה אלא דווקא שאלת החובה.

כיצד הגיעה אפוא החובה, מעוררת היראה והאפיל התאולוגי, לחזית השיח האמנציפטורי-חילוני של הזכויות? אטען כאן שהחובה תמיד הייתה המסד השקוף, הלא מדובר, ה"קופסה השחורה" של שיח זכויות האדם. התפתחויות עכשוויות מסירות את מעטה החשאיות מעל מודל החבות של הזכויות, מערערות את הנחות המוצא שלו ומחייבות לדון בו מחדש. מאמר זה מתאר אפוא את תפיסת החובה במסגרת שיח הזכויות וטוען ששינויים אונטולוגיים ואפיסטמיים שמקורם בגלובליזציה המואצת של העשורים האחרונים מביאים את העיסוק בשאלת החובה לקדמת הבמה של שיח הזכויות.

מאמר זה מתבסס על מתודה ייחודית. הוא מבקש לבודד את העיסוק בחובות מהעיסוק בזכויות בתוך שיח זכויות האדם עצמו. בעוד כתיבה תורת-משפטית אנלית מציעה הסברים שונים ומורכבים ליחס בין זכויות לחובות במשפט,⁵ במסגרת שיח זכויות האדם נתפסות הזכויות והחובות פעמים רבות כמקשה אחת, וההתמקדות המושגית, החברתית והמשפטית בזכות "בולעת" פעמים רבות כל דיון מורכב בחובה ובמודל

אוטו אקרט "זכויות אדם כמוסד משפטי: השפעתו של המקרא" שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית 27 (יוסף דוד עורך, 2006); אבישלום וסטרייך זכויות, הלכה והאדם שביניהן(2012); יהודה ברנדס יהדות וזכויות אדם: בין צלם אלוהים לגוי קדוש (2013); Kaplan, "ש" 1; DANIEL S. BRESLAUER, JUDAISM AND HUMAN RIGHTS IN CONTEMPORARY THOUGHT: A BIBLIOGRAPHICAL SURVEY (1993); MICHAEL J. BROYDE & JOHN WITTE JR. EDs. HUMAN RIGHTS IN JUDAISM: CULTURAL, RELIGIOUS AND POLITICAL PERSPECTIVES (1998)

5 אדון בכך בהמשך. ראו לדוגמה את תפיסתו של ווסלי הופלד על הזכויות ועל החובות הקורלטיביות להן אל מול תפיסתו הנבדלת של יוסף רו: WESLEY HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS, (Arthur Corbin ed., 1978); Joseph Raz, *The Nature of Rights*, 93 MIND 194 (1984)

החבות של זכויות האדם. מאמר זה מבקש לבצע ניתוח הפרדה של התאומות הסיאמיות הללו – הזכות והחובה – ולבחון אך ורק את ההצדקות, את הפרקטיקות ואת המודלים המשפטיים הנוגעים לקוטב הזכות ומעורר היראה של החובה. להבחנה זו בין קוטב הזכות לקוטב החובה בתוך שיח זכויות האדם עשויים להיות שימושים תאורטיים ומעשיים עתידיים.⁶ במאמר זה אציב יסודות בלבד לדיוניים עתידיים אלו.

ההבחנה בין קוטב הזכות לקוטב החובה מאפשרת לאתר את הקושי העיקרי בפיתוח חשיבה עדכנית על זכויות אדם: בעוד העיסוק בזכויות התאפיין מאז ומתמיד באספירציות ובהצדקות כפולות – הן מדינתיות הן אוניברסליות – מודל החבות של זכויות האדם לא התאפיין מעולם בכפילות דומה, והיה מאז ומתמיד מדינתי. חובות, במיוחד ההיבטים החיוביים שבהן (חובות העשה והסיוע), נתפסו תמיד כפרטיקולריות-מדינתיות וכמבטאות מחויבות הנובעת מחוזה חברתי מסוים. דפוס זה הביא לכך שאף שאפשר להבין את החבות המדינתית של זכויות האדם כביטוי מצרפי של חבות האזרחים, במחשבה הליברלית ובוודאי במחשבה הליברטריאנית וגם במשפט זכויות האדם, הדגש על החבות המדינתית העלים עיסוק מורכב בחבות אופקית, בין-אישית, ובחבות חוצת גבולות. עקב המטען ההיסטורי-רעיוני הזה נתקלים ניסיונות עכשוויים להרחבת מודל החבות בקשיים מושגיים משמעותיים. האתגר של הרחבת מודל חבות זכויות האדם, בניגוד להרחבת מודל הזכויות, הוא אפוא אתגר רדיקלי. היענות לאתגר, טוען מאמר זה, אינה יכולה להסתמך רק על הרחבת הטעמים, ההצדקות והכלים המשפטיים המדינתיים לעבר זירות חדשות, אלא מחייבת חשיבה מחודשת ואחרת על חבות, חשיבה היכולה להסתייע דווקא בחשיבה היהודית על חבות ולקבל השראה ממנה.

מאמר זה אינו עוסק במתח בין היהדות לבין שיח זכויות האדם ואינו עוסק ישירות באתגר שסוגיית הזכות מעמידה לשיח היהודי אלא דווקא במשבר הפוקד את שיח הזכויות נוכח התערעורת מודל החבות שעליו הוא נסמך, משבר המביא לפתיחה מחודשת של הדיון בשאלת החבות. המאמר מצביע על כך שבעוד רבים מסכימים כיום שזכויות אדם אוניברסליות, פחות ופחות ברור מי נושא בחובה להבטיח זכויות אלו. הנחות המוצא הניצבות בבסיס שיח הזכויות אינן מציעות קצה חוט למענה על השאלות מי חייב מה,

6 כן למשל יש המצביעים על חוסר ההתאמה בין שפת הזכויות האוניברסליות, המניחה לכאורה שוויון בערך כלל בני האדם, לבין תפיסות קהילתניות יותר, המבקשות להביא להעדפת הקרובים והדומים. ההבחנה בין קוטב הזכות לקוטב החובה יכולה לחשוף שהקושי של קהילות אלו אינו בהכרח באוניברסליות הזכות אלא דווקא בדרישה לאוניברסליות ושוויוניות החובה. על קשייו של שיח הזכויות בישראל ראו למשל ניסים מזרחי "מעבר לגן ולג'ונגל: על גבולותיו החברתיים של שיח זכויות האדם בישראל" מעשי משפט – כתב העת למשפט ולתיקון חברתי ד 51 (2011).

למי, כמה ולמה. מאמר זה פותח אפוא פתח לדיונים עתידיים ולדיאלוג מעניין בין שיח זכויות האדם ליהדות בשאלה האם וכיצד יכולה החשיבה על אודות חובות ואחריות ביהדות לתרום לפיתוח מענים מורכבים לשאלת חבות זכויות האדם ולהציב חלופות רעיוניות למודל חבות הזכויות הנוכחי. מאמר זה מציע את הגותם של מרטין בובר ושל עמנואל לוינס, שהושפעה מההומניזם המערבי ומהחשיבה היהודית מבוססת החבות, כגשר בין השיחים וככזה שעשוי לסייע בחשיבה על חבות הזכויות.

בפרק א אסקור את המודל ה"מסורתי" של חבות זכויות האדם.⁷ במסגרת זו אבחן את השורשים ההגותיים של מודל החבות בחשיבה הליברלית והרפובליקאית וכיצד מבטא משפט זכויות האדם הבין-לאומי תפיסות אלו באמנות המכוננות שלו. אטען שמודל זה מתבסס על חלוקת עבודה כפולה: חלוקה בין-לאומית וחלוקה פנימית-מדינית. במישור הבין-לאומי נקבע שמדינות הן החבות בכיבוד הזכויות, בהגנה עליהן ובהגשמתן בתחומי שליטתן האקסלוסיבית. אקסלוסיביות זו מונעת ככלל חבות אקס-טריטוריאלי של מדינות. בתוך המדינה פנימה, המדינה על זרועותיה השונות היא החייבת בהגנה ובהבטחה אקטיבית של זכויות, ואילו פרטים ותאגידים מחויבים לכל היותר בכיבוד זכויות, שמשמעו בפרשנות הקיימת בעיקר היעדר פגיעה אקטיבית בזכויות, ורק בתוך גבולות המדינה.

בפרק ב אשאל מדוע מודל זה אינו מספק עוד. מדוע הצורך בהרחבת מודל חבות זכויות האדם מתעורר דווקא עכשיו. כאן אעמוד על שתי סיבות משלימות – ראשית, השינויים באופן שבו פועלות מדינות הביאו לכך שחבות המדינה עצמה אינה נענית עוד להנחות המוצא של המודל. מדינות מתקשות או אינן מעוניינות להבטיח זכויות חברתיות ופוליטיות בתחומי שליטתן, תחומי שליטת מדינות אינם אקסלוסיביים כפי שמניח המודל, והמנגנונים הדמוקרטיים לא תמיד מבטאים את רצון הנמצאים בטריטוריה. שנית, גם אם מדינות היו פועלות לאור הנחות המוצא של המודל, שינויים בעולם ושינויים אפיסטמיים ושיחיים מובילים לכך שרבים מוצאים את מודל החבות המסורתי לא מספק. כוחם של שחקנים שאינם מדינות, להשפיע על זכויות אדם, הולך וגדל, ומשטרים וסיכונים חוצי גבולות משפיעים אף הם על האפשרות ליהנות מזכויות.

בפרק ג אסקור הצעות שונות מן הספרות להרחבת מודל החבות. הפרק דן בהצעות השונות ומסווגן לשלוש קבוצות על פי הרציונל הבסיסי שלהן: רציונל המטיל חבות "כמו-מדינית" על שחקנים שאינם מדינות, ועל מדינות מעבר לגבולותיהן; רציונל

7 המילה "מסורתית" אינה מבטאת כאן מסורת דתית, קהילתית או לאומית כלשהי אלא רק את העובדה שמודל זה היה עד לעת האחרונה למודל השליט והמקובל של חבות זכויות האדם.

המטיל חבות וולנטרית; רציונל המטיל חבות אוניברסלית כללית. נוסף על כך דן הפרק בקשיים המושגיים העולים מההצעות הקיימות ובפתרונות שהן עוד תצטרכנה לספק. בפרק ד אציע קריאה בהגותם של מרטין בובר ושל עמנואל לוינס, שבאמצעותה אדגים כיצד יכולות הנחות היסוד של פילוסופים אלו – העוסקים בחבות בין-אישית ומתבססים על ההומניזם האירופי אך מבקשים לפתחו ולשנותו, בין השאר על בסיס הפרטיקולריזם היהודי – לתרום ולהעניק השראה לפיתוח מודל חבות של זכויות אדם המתאים למציאות הגלובלית אשר בה אנו חיים.

א. מודל חבות זכויות האדם ה"חסורתי"

לשיח זכויות האדם גרסאות ודיאלקטים שונים מאוד האחד מן האחר, אך כולם חולקים מאפייין מרכזי אחד: לשון הזכויות עוסקת קודם כול ולפני הכול במקבל, בזכאי. היא שואלת למה כל אדם זכאי באשר הוא אדם; אילו רצונות, אינטרסים, צרכים או יכולות אנושיים יסודיים וחשובים דיים להצדיק את כיבודם, את ההגנה עליהם ואת הגשמתם בידי החברה כולה.⁸ במהלך השנים התפתחו דורות שונים של זכויות – מזכויות פרט אזרחיות, עבור דרך זכויות פוליטיות וחברתיות וכלה בזכויות להתפתחות כלכלית, לשלום ולסביבה אקולוגית בטוחה.⁹ כותבים נורמטיביים וביקורתיים עסקו החל במחצית השנייה של המאה העשרים במושג הזכות, במשמעותו ובאופן שבו הוא מכתיב תפיסות

8 לשאלה מה הופך זכות לזכות אדם מוצעות בספרות תשובות שונות. כותבים כמו ג'ימס גריפין סבורים שיש לשאול מה אנושי בנו, בני האדם, ומכאן לגזור אילו זכויות בסיסיות יש לנו מכוח היותנו בני אנוש; גישה אחרת, המיוחסת פעמים רבות לעמנואל קאנט, קובעת שזכויות אדם הן זכויות שהקהילה האנושית כולה אינה יכולה לסבול את הפגיעה בהן; גישה שלישית, שהיא ביטוי קונקרטי יותר של הגישה השנייה, ומיוחסת ליוסף רוז ולג'ון רולס, טוענת שזכויות אדם הן הזכויות שהפרתן היא סיבה להתערבות בריבונות של מדינות אחרות. לטיפולוגיה זו של הגישות השונות ראו, Jeremy Waldron, *Human Rights: A Critique of the Raz/Rawls Approach.*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-32 (2013). כמו כן ראו את תגובתו של רוז לטיפולוגיה הזאת: Joseph Raz, *On Waldron's Critique of Raz on Human Rights*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 80/2013, Columbia Public Law Research Paper No. 13-359 לתפיסתיהם של קאנט ושל גריפין על האנושיות שממנה אפשר לגזור זכויות ראו JAMES GRIFFIN, *ON HUMAN RIGHTS* (2008); Immanuel Kant, *Toward Perpetual Peace*, in PRACTICAL PHILOSOPHY 330 (Mary Gregor ed., 1996).

9 Raz, לעיל ה"ש 8.

ופרקטיקות אפיסטמיות וחברתיות ומוכתב על ידיהן. בכל הדיונים הללו, שאלת החבות: מי חייב בהגנה ובהגשמת הזכויות, זכתה לתשומת לב מחקרית ומשפטית מועטה יחסית. אפשר לחשוב על סיבות שונות – מושגיות והיסטוריות – לתשומת הלב המועטה לקוטב החובות במסגרת שיחי הזכויות השונים, אבל נראה שאחת הסיבות המרכזיות להיעדר הטיפול בסוגיית החובות פשוטה מאוד: לא היה בכך צורך. לאחר מלחמת העולם השנייה ועם התפתחות הסדר המדיני הבין-לאומי התקבעה בדיון זה חלוקת עבודה ברורה מאוד באשר לחבות הנובעת מזכויות האדם: חלוקת עבודה בין-לאומית אופקית וחלוקת עבודה פנימית אנכית. על פי חלוקת העבודה הבין-לאומית, הגבולות המדיניים בין מדינה למדינה סרטטו גם את גבולות חבות זכויות האדם. כל מדינה, לפחות עלי ספר, אחראית הייתה קודם כול ולפני הכול על הגשמת זכויות האדם בתחומי שליטתה ועל ההגנה עליהן. על פי חלוקת העבודה הפנימית, בתוך כל מדינה, דיני זכויות האדם מבחינים בין הפרטי לציבורי. בעוד בני אדם וארגונים שאינם מדינתיים, כתאגידיים למשל, אחראים בעיקר לשגשוגם שלהם ולכל היותר לא לפגוע בזכויותיהם של אחרים, המדינה על מוסדותיה היא האחראית על הגשמת הזכויות ועל ההגנה עליהן. חלוקת העבודה זו, המתבססת על רציונלים ליברליים, הייתה לחלק מהדיון הבין-לאומי, אם באמצעות מנהג אם באמצעות אמנות זכויות האדם השונות. הסדר הבין-לאומי, שהתבסס במחצית השנייה של המאה העשרים על הכוח המדינתי, ייתר אפוא את הדיון בחבות, שכן לא היה חולק על כך שהחייבת העיקרית בהגנה על הזכויות ובהגשמתן היא המדינה, כלפי הנמצאים בתחומי שליטתה.

שורשי המודל הזה החלו לצמוח במהפכה הצרפתית והאמריקאית בסוף המאה השמונה עשרה, עת נכרכו יחדיו מחד גיסא הזכויות האנושיות האוניברסליות ומאידך גיסא הריבונות והחבות המדינתית.¹⁰ באותו רגע היסטורי שבו נברא לראשונה האדם הריבוני, האוניברסלי, נשא הזכויות, נולדה גם המדינה המודרנית, הפרטיקולרית, עם המונופול על הפעלת הכוח החוקית. שני הרעיונות – הזכויות האנושיות מכאן והמדינה המודרנית מכאן – הגיעו אפוא לידי גיבוש וקיבלו צורה פוליטית הקושרת אותם זה לזה במסמכים החוקתיים של מהפכות אלו, אשר בהם המדינה הפכה פורום אשר בו הזכויות מתממשות.¹¹ התלות ההדדית בין המדינה לזכויות, על פי ההיסטוריון סמואל מוין, לא הייתה "תאונה טרגית" אלא מהות הזכויות ומהותה של המדינה.¹²

10 חנה ארנדט יסודות הטוטליטריות (עדיט זרטל מתרגמת, 2010 [1951]); LYNN HUNT, INVENTING HUMAN RIGHTS, A HISTORY (2007)

11 ארנדט, Hunt; שם, שם.

12 Moyn, לעיל ה"ש 3.

החל באמצע המחצית השנייה של המאה העשרים, שיח הזכויות, שהתפתח כאמור במשולב עם הלאומיות המודרנית ושימש שנים ארוכות כלי להצדקת קיומה של המדינה ולהסדרת היחסים ההיררכיים במסגרתה, החל לשמש גם כלי לביקורת המדינה וכלי לתיאור ולהסדרה של מערכות יחסים "מתחת" למדינה, כיחסי הורים-ילדים למשל, וכן מערכות יחסים "מעל" המדינה, כיחסי תאגידים טרנס-לאומיים ואינדיווידואלים. רק אז, טוען מוין, עלתה הפופולריות של המושג "זכויות אדם" להבדיל מ"זכויות".¹³ שינוי זה, שהוא פרי התפתחויות הסדריות ואפיסטמיות,¹⁴ מבטא לדעת רבים מפנה בחשיבה על זכויות. אולם בעוד תפיסת הזכויות עוברת שינוי במחצית השנייה של המאה העשרים, חולפות כמה עשרות שנים עד ששינוי דומה מרעיד גם את תפיסת החבות של הזכויות. רק בשנות התשעים של המאה העשרים, עשרים שנה לאחר מה שמזהה מוין כמהפכת זכויות האדם, טען הפילוסוף הנרי שואו שהספרות העוסקת בזכויות אינה דנה דייה בשאלת החובות הקורלטיביות לזכויות, אינה מפתחת אותן תאורטית ואנליטית, ועל כן אינה מאפשרת דיון בשאלת זיהוי החייבים.¹⁵ בעשורים האחרונים החלו משפטנים

13 על האופן שבו שימש שיח הזכויות עד למחצית השנייה של המאה העשרים לתיאור היחסים בין המדינה לאזרחיה ראו למשל MOYNS, לעיל ה"ש 3. לאופן שבו נעשה שימוש בשיח הזכויות לתיאור יחסים בתוך המשפחה ראו למשל M. Minow, *Interpreting Rights: An Essay for Rober Cover*, 96 YALE LJ 1860, 1872 (1986); Frances Olsen, *Children's Rights: Some Feminist Approaches to the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 6 INT J L. POLICY FAMILY 192, 192-193 (1992); Hilary Lim & Jeremy Roche, *Feminism and Children's Rights*, in FEMINIST PERSPECTIVES ON CHILD 227, 229 (2000); Sherrie L. Russell-Brown, *Bridging the "Divide" between Feminism and Child Protection Using the Discourse of International Human Rights*, 13 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 163, 163 (2003); Benjamin Shmueli, *What has Feminism Got to Do with Children's Rights? A Case Study of a Ban on Corporal Punishment*, 22 WIS. WOMEN'S L. J. 177, 190, 223-224 (2007). לאופן שבו נעשה שימוש בשיח הזכויות לתיאור יחסים טרנס-לאומיים ראו למשל ANDREW CLAPHAM, HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF NON-STATE ACTORS 238 (2006)

14 על האופן שבו נלווים לשינויים בעולם שינויים פרדיגמטיים תפיסתיים המביאים יחדיו לתפיסות מחודשות את הסדר הבין-לאומי ואת שפת האכיפה בו ראו A.von Bogdandy & S. Dellavalle, *Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms*, 10/1 GERMAN LAW JOURNAL 5 (2009); Sergio Dellavalle, *Addressing Diversity in Post-Unitary Theories of Order*, in DIVERSITY AND THE LAW (forthcoming)

15 HENRY SHUE, BASIC RIGHTS (1996). עשור לאחר מכן, על אף מאמצים חדשים לעסוק בחבות, שאותם אתאר בהמשך, הוסיף שואו לטעון שהניתוח של חובות הנובעות מזכויות האדם עדיין בחיתוליו ועמד על החשיבות הקרדינלית של מחקר מוכוון חובות אדם להתפתחות תאוריית הזכויות.

ופילוסופים רבים לטעון שבסביבה הגלובלית אשר בה אנו חיים כיום, לא רק מדינות פוגעות בזכויות אדם ולא רק מדינות יכולות להגן מפני פגיעות בזכויות.¹⁶ מדינות אחרות, ארגונים בין-לאומיים, תאגידיים טרנס-לאומיים ואינדיווידואלים חזקים משפיעים באופן יום-יומי דרך רשתות של שיתוף פעולה על זכויות אנושיות בסיסיות.

גם כיום, כפי שנראה בהמשך, אף ששאלת החבות מעסיקה רבים (גם אם הם אינם קוראים לה בשמה ומתייחסים אליה במונחים של אוניברסליות הזכות ולא אוניברסליות החבות), עדיין הפתרונות המוצעים לשאלה דלים יחסית מבחינה מושגית ופרקטית, ודאי בנוגע לדיון העשיר להתפקע על קוטב הזכויות. לטענתי, חלק מהבעייתיות של ניסיונות אלה טמון בראיית מערך הזכויות ומערך החובות הקורלטיביות להן כיחידה אחת. פירוק המקלעת הסבוכה יאפשר דיון מורכב ומדויק הרבה יותר בכל הנוגע לעליית שיח זכויות האדם האוניברסלי ומגבלותיו. ההשתוות על קוטב החובה מאפשרת לראות שבעוד השיח על אודות הזכויות התאפיין מאז ומתמיד במתח בין אוניברסליות לפרטיקולריות, השיח על אודות החובה היה תמיד פרטיקולרי-מדינתי. לפיכך, ההבחנה בין קוטב הזכויות לקוטב החובות, ובחינה לעומק של קוטב החובות, מצליחות להסביר את הפער הנוכחי בין התפשטות הרטוריקה של זכויות האדם האוניברסליות לבין היעדר שיפור של ממש בזכויות אלו.¹⁷ שכן בעוד החשיבה על הזכות הופכת אוניברסלית יותר ויותר, יש חסמים מושגיים משמעותיים לאוניברסליזציה דומה של שיח החובות. בלא אוניברסליזציה של החבות עלול שיח הזכויות עצמו להפוך כלי ריק, רטוריקה חסרת ביטויים בעולם המציאות.

ראו Henry Shue, *Thickening Convergence: Human Rights and Cultural Diversity*, in THE ETHICS OF ASSISTANCE: MORALITY AND THE DISTANT NEEDY 223 (Deen K. Chatterje ed., 2004)

16 'בעמ' Onora O'Neill, *Global Justice: Whose Obligations?* in THE ETHICS OF ASSISTANCE: MORALITY AND THE DISTANT NEEDY 223 (Deen K. Chatterje ed., 2004); Philip Alston, *The 'Not-a-cat' Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?* in NON-STATE ACTORS AND HUMAN RIGHTS 6 (Philip Alston ed., 2005); Iris Marion Young, *Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model*, 23/1 SOCIAL PHILOSOPHY & POLICY 102 (2006); CHARLES BEITZ & ROBERT E. GOODIN EDs., *GLOBAL BASIC RIGHTS* (2010)

17 על המתח שבין העלייה בשימוש בשפת זכויות האדם לבין האופן שבו מוגנות זכויות האדם בפועל בעולם ראו למשל Raz, *לעיל* ה"ש 8; John Tasioulas, *The Moral Reality of Human Rights*, in FREEDOM FROM POVERTY AS A HUMAN RIGHT: WHO OWES WHAT TO THE VERY POOR 14 (Thomas Pogge ed., 2007); Emilie Hafner-Burton & Jams Ron, *Human Rights Institutions: Rhetoric and Efficacy*, 44 JOURNAL OF PEACE RESEARCH 379 (2007)

כעת אעמוד על האדנים של שיח החבות המסורתית. מודל חבות זכויות האדם המסורתית החל להתעצב מבחינה רעיונית ומוסדית עם כינון המדינות המודרניות, וקיבל נפקות משפטית במשפט הבין-לאומי החל בשנות השישים, עם חיבור אמנות זכויות האדם השונות והקמת הגופים הבין-לאומיים האמורים לפקח על אכיפתן. אדון כעת בשלוש הנחות מוצא המרכיבות את המודל: ראשית, ההנחה שהמדינה היא האתר אשר בו יכולות זכויות להתממש ועל כן חלות על המדינה החובות החיוביות להגן על זכויות ולממשן; שנית, ההנחה שהמדינה משמשת איום פרדיגמטי על זכויות, ולכן היא החייבת המרכזית בחבות השלילית – כיבוד הזכויות; ההנחה השלישית היא ביטוי של שתי ההנחות הקודמות. על פיה, אל אף הממדים האוניברסליים שבזכויות, החובות המבטיחות זכויות אלו הן בהכרח מדיניות פרטיקולריות.

מדינת האזרחות כאתר שבו זכויות מתממשות: המדינה כחייבת בהגנה על זכויות ובהגשמתן

בשל הניואנסים השונים שבתפיסת המדינה והקשר שלה לזכויות ולחובות אזרחיה בזרמי הגות מערביים שונים אדון כאן בנפרד בהנחות המוצא הליברליות ולאחר מכן באלו הרפובליקאיות.

הגות ליברלית

בהגות הליברלית, קיומה של המדינה מוצדק מכוח ההגנה שהיא מספקת לזכויות אזרחיה: המדינה היא מוסד המאפשר הענקת זכויות מקסימליות לאזרחים והיא אינה מבטאת או מקדמת כל טוב משותף אחר. על פי תפיסה זו, חבות המדינה להגנה על זכויות אינה חבות שניונית הנגזרת מפונקציות ומצידוקים אחרים לפעילות המדינה אלא הסיבה הראשונה במעלה לעצם ייסודה של המדינה ולהמשך קיומה. הוגי האמנה החברתית הליברלים הראשונים, הוגים ליברלים עכשוויים יותר, ובוודאי הוגים ליברטריאנים, רואים במדינה מנגנון להבטחת זכויות, ולא טוב כשלעצמו. על פי תפיסה זו, האינדיווידואל הוא נשא של זכויות הקודמות למדינה, והמדינה היא אך ורק האופן אשר בו זכויות אלו מובטחות.¹⁸ עם זאת, חשוב לדייק כאן ולומר שעל פי הגות זו, המדינה אינה רק מכשיר לאכיפת

18 נהוג לחלק הוגים ליברלים להוגים הדוגלים בליברליזם כוללני ולהוגים התומכים בליברליזם פוליטי. על פי הליברליזם הפוליטי, לבני אדם שונים תפיסות שונות באשר לשאלה מהם החיים הראויים, והמדינה אינה אמורה לקדם תפיסת טוב מסוימת אלא להציע מסגרת משותפת להבטחת זכויות האזרחים. לעומת זאת, הליברליזם הכוללני מציע תפיסה מסוימת בנוגע לחיים הראויים, ועל פיו על המדינה לקדם תפיסת טוב זו. עם זאת, על אף ההבדלים הבולטים ביניהם, גם התומכים בליברליזם הכוללני אינם רואים את המדינה כמקדמת טוב משותף הנבדל מהסכום האגרטיבי של זכויות אזרחים, יהא

זכויות אלא היא המכשיר לאכיפת זכויות. לא זו בלבד שללא זכויות אין ערך למדינה אלא שללא מדינה אין ערך לזכויות. המדינה על פי הגות זו היא האופן שבו זכויות האדם יכולות וצריכות להתממש באופן מיטבי. לפיכך, ההוגים הליברלים – פוליטיים וכוללנים כאחד, עכשוויים וקלאסיים גם יחד – סבורים שהמדינה היא היחידה הבסיסית שבמסגרתה צדק, שמשמעו הגנה על זכויות וחירויות הפרט, יכול וצריך להתממש.¹⁹

על פי מיתוס האמנה החברתית, המדינה נוצרה בידי האזרחים באופן וולנטרי כדי להביא להגנה מיטבית על זכויותיהם.²⁰ לפיכך, על פי ההגות הליברלית, המדינה איננה יישות "טבעית" והכרחית מכוח עצמה אלא מוסד שתכליתו נשיאה בחבות הזכויות, זכויות הקודמות למדינה.²¹ האמנה החברתית היא אפוא מקור לחובות ולא לזכויות, והיא מייצרת שני מערכי חבות נפרדים – חבות אינדיווידואלית וחבות מדינתית. החבות האינדיווידואלית היא חבות שלילית, לא לפגוע בזכויות של אחרים, והחבות המדינתית היא חבות כפולה: הן חבות חיובית – להגן על מערך הזכויות כולו ולאפשרו – הן חבות שלילית, לא לפגוע בזכויות האזרחים. למעשה, בכל גרסאותיה המגוונות, האמנה החברתית, והמדינה הנוצרת בעקבותיה, הן קודם כול מנגנון לחלוקת עבודה של חבויות, הקובע שהחבות להגנה על זכויות היא תפקידה ותכליתה של המדינה. כינונה של המדינה מאפשר לאינדיווידואלים להיות נשאים של חבות אופקית ישירה מינימלית מאוד – הם מחויבים אך ורק לכבד זכויות של אחרים.²² לעומת זאת, חבות חיובית – לסייע לזולת ולהיטיב את מצבו – שאיננה וולנטרית, נתפסת ככפייה וכהתערבות לא סבירה ברצון החופשי.²³ על כן, האופן שבו חבות הזכויות החיובית מיוחסת למדינה, בלי שתתפרש

הערך שבבסיס הזכויות אשר יהא. ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 301 (2008).

19 Onora O'Neill, *Hunger, Needs and Rights*, in PROBLEMS OF INTERNATIONAL JUSTICE 77 (Steven Luper-Foy ed., 1988); Martha Nussbaum, *Woman and Theories of Global Justice: Our Need For New Paradigms*, in THE ETHICS 149.

20 ראו למשל ג'ון לוק, *איגרות על הסובלנות* (יורם ברונובסקי מתרגם, תש"ן); תומאס הובס, *לויטן* (אהרן אמיר מתרגם, 2009).

21 Audrey R. Chapman, *Reintegrating Rights and Responsibilities, Toward a New Human Rights Paradigm*, in INTERNATIONAL RIGHTS AND RESPONSIBILITIES FOR THE FUTURE 7 (Kenneth W. Hunter, & Timothy C. Mack eds., 1996)

22 לכל היותר, בגרסאות יותר דורשניות, כמו זו של ג'ון רולס, האזרחים נדרשים גם להבטיח את יציבותם של עקרונות המדינה הצודקת, אולם זו חבות אנכית, מוסדית, כלפי המדינה ולא בהכרח כלפי הזולת. ראו JOHN RAWLS, *THE LAW OF PEOPLES* (1999)

23 ROBERT E. GOODIN, *PROTECTING THE VULNERABLE: A RE-ANALYSIS OF OUR SOCIAL RESPONSIBILITIES* (1986)

כאגרגציה של חבות האזרחים, מאפשר לשמר את התפיסה שאינדיוידואלים אינם חבים האחד לאחר דבר מלבד לא לגרום נזק, בבד בבד עם תפיסה שלפיה זכויות חשובות ויש להגן עליהן, בלי שהפרדוקס והסתירה בין שני עקרונות יסוד אלו יערערו את המבנה המושגי והמוסדי מן היסוד.²⁴

בשל מבנים מושגיים אלו, אפילו הטענה שלפיה הבטחת זכויות מחייבת את המדינה בחובות עשה אקטיביות גם היא אינה מובנת תמיד מאליה.²⁵ במקביל, גם הגות ליברלית איגלטריאנית (שווינאית), שלפיה המדינה חייבת בהגשמה מסוימת של הזכות לחינוך ולבריאות, אינה מתרגמת חבות זו לחבות זכויות אופקית הדדית שנעשית לה אגרגציה מדינתית, אלא לכל היותר מצביעה על חבות אזרחית אנכית של האזרח כלפי המדינה ולא כלפי זולתו.²⁶ בתוך כך חשוב לזכור שגם הוגים ליברטריאנים, הרואים בחבות המדינה

24 בכל הנוגע לחבות הנובעות מזכויות חברתיות, מודל החבות מתמודד עם הבחנה נוספת ומשמליה – ההבחנה היסודית בתפיסתו של קאנט בין חובות שלמות לחובות לא שלמות (imperfect duties). חובה שלמה היא חובה שכנגדה קיים בעל זכות, ובעל הזכות רשאי וזכאי לתבוע את ביצוע החובה. חובה לא שלמה היא חובה שכנגדה אין בעל זכות ספציפי שיכול לתבוע את השלמתה. את חובת הסיוע לעניים, למשל, ראה קאנט כחובה לא שלמה שאינה נובעת מזכויות: לשום עני, לדידו, אין זכות קנויה לקבל סיוע. ראו RICHARD B. BRANDT, ETHICAL THEORY: THE PROBLEMS OF NORMATIVE AND CRITICAL ETHICS 439 (1959); JOEL FEINBERG, RIGHTS, JUSTICE, AND THE BOUNDS OF LIBERTY: ESSAYS IN SOCIAL PHILOSOPHY 144 (1980). על כן החבות האינדיוידואלית כלפי עניים היא לדידו חבות של צדקה ולא של צדק. לעומת זאת, על המדינה כן מוטלת החבות לתמוך באלו שאינם יכולים לתמוך בעצמם. ארתור ריפשטיין טוען שחבות חיובית זו בהגותו של קאנט אינה מוצדקת כאגרגציה של חבות האינדיוידואלים, שכן חבותם כלפי עניים היא חבות לא שלמה, אלא מהטעם שרק בהתקיים תמיכה בעניים ביותר, אלו יכולים להיות סובייקטים במצב הצורך ולהיות חלק ממערכת המשפט הפרטי המדינתי, ומכאן שכינון המדינה עצמו מחייב חבות חיובית כלפי העניים, אבל אין זו חבות הנובעת מזכותם. ראו ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 25–27 (2009)

25 בארצות הברית, למשל, נתפסה טענתם האינטואיטיבית לכאורה של סטפן הולמס ושל קס סנסטיין, שטענו בשנת 1999 שהגנה על זכויות משמעה הטלת חבות, כחדשנית וכרדיקלית, וצוטטה מאות פעמים בספרות. ראו STEPHEN HOLMES AND CASS SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES (1999)

26 מרי אן גלנדון מזהה פער דומה בין רטוריקה אשר בה אין כל מקום לחבות בין-אישית לבין פרקטיקה אשר בה חבות כזאת מתקיימת. לטענתה, בפרקטיקה, בתי המשפט האמריקאיים מאזנים בין זכויות אדם שונות האחת עם השנייה ועם עקרונות מתחרים. עם זאת, בשיח הציבורי, בהצהרות רשמיות ובמסמכים חוקיים נתפסות הזכויות בארצות הברית כאבסולטיות וכאינדיוידואליות, ואין בניסוחן השגור כל אפשרות סמנטית להחלת חובות ואחריות על האינדיוידואלים. ראו MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE 4–12 (1991)

איום על הזכויות ככלל, כמעט אינם שוללים את עצם קיום המדינה כמרחב המאפשר שמירה על זכויות – שמירה המחייבת גם חבות חיובית, אפילו מינימלית.²⁷

גם כשהוגים קהילתניים ביקשו, החל בשנות השמונים של המאה העשרים, להשיב את "הערכים המסורתיים" לאמריקאיות או לקרוא אותם מחדש כך שישתלבו עם תפיסת הזכויות האינדיווידואליות, גם הם לא ראו בחובות זכויות האדם האופקיות חובות של צדק. כך למשל קרא הסוציולוג אמיתי עציוני לעיצוב "כלל זהב" חדש: כבד את הסדר המוסרי החברתי כפי שהיית רוצה שהחברה תכבד את האוטונומיה שלך.²⁸ לתפיסתו, פעולה לאור כלל זה אינה צריכה לבוא לידי ביטוי בהכרח בשינוי חוקתי וחוקי כי אם בשינוי באקלים המוסרי ובקיומה של יותר מוכנות לאחריות ולחובות. מעניין לראות, אם כך, שגם הכלל שניסח עציוני, המבקש להביא לידי ביטוי את קוטב המחויבות, מורה על חבות שהיא וולונטרית, חבות אנכית כלפי "הסדר" החברתי המדינתי ולא חבות אופקית בין-אישית. עניין זה אינו אופייני רק לעציוני. כותבים קהילתנים רבים מבקרים את חוסר הפרופורציה בין זכויות לחובות בארצות הברית, אבל גם הם רואים זכויות כבעלות תוקף משפטי ואילו אחריות וחובה הדדית כעניין וולנטרי.²⁹

לסיכום, המדינה הליברלית אמנם התפתחה על יסוד הנחות רקע בדבר סולידריות הנוצרת מכוח האמנה החברתית, אולם העיסוק ההגותי בזכויות ולא בקוטב החבות, יחד עם התפתחויות חברתיות ופוליטיות בעידן הקפיטליסטי המאוחר, הביאו לכך שהמהות של העצמי, של הזהות האינדיווידואלית, במחשבה הליברלית, נתפסת כיכולת לבצע בחירה חופשית ממסורת, מהתחייבות או מחובה חיצונית, והחיוב היחידי שנותן אפשרי הוא החיוב החזוי.³⁰ על רקע תפיסות אלו, מודל החבות שמפתחת המחשבה הליברלית

ROBERT PAUL WOLFF, IN DEFENSE OF ANARCHISM (1970); ROBERT NOZICK, 27
ANARCHY, STATE, AND UTOPIA (1974); JONATHAN WOLFF, ROBERT NOZICK:
PROPERTY, JUSTICE AND THE MINIMAL STATE (1991)

AMITAI ETZIONI, THE NEW GOLDEN RULE: COMMUNITY AND MORALITY IN 28
DEMOCRATIC SOCIETY (1997)

Chapman, לעיל ה"ש 21. 29

בספר 30
HABITS OF THE HEART: INDIVIDUALISM AND COMMITMENT IN AMERICAN LIFE, המרכז מחקרים סוציולגיים רחבי היקף על תפיסת המחויבות האמריקאית, נטען שהרצון להגביר את העושר האישי הביס במחשבה השלטת רבים מהערכים שדרו עמו בכפיפה אחת בראשית ימי הרפובליקה האמריקאית. הערים הקטנות, שבהן בוצע המסחר פנים אל פנים, פינו את מקומן לטובת מטרופולינים, שבהם פועלות חברות ענק תאגידיות, וכך החל הקפיטליזם המסחרי לכרסם ברקמת החברה הדמוקרטית האמריקאית. גם השיח הפסיכולוגי-טיפול, שהפך במאה העשרים שיח שגור לתיאור יחסים אנושיים, תרם לדילולו של שיח החבות. הלחצים הגדולים המופעלים על בני

מבוסס על ההנחה שלפיה זכויות יכולות להתממש באופן מקסימלי בתוך המדינה על בסיס חלוקת עבודה בין המדינה החייבת הן בחבות שלילית הן בחובות חיוביות מינימליות של זכויות, לבין אינדיווידואלים ותאגידים, החבים לכל היותר בחבות שלילית.

הגות רפובליקאית

ההגות הקונטיננטלית-רפובליקאית, הרואה במדינה גם ממד של טוב משותף הנבדל מהממד האגרגטיבי של שמירה על זכויות אינדיווידואלים, מוסיפה נדבך לעיקרון שעל פיו רק במרחב המדינתי יכולה להיות משמעות לזכויות. בעוד על פי הובס, שהגותו היא אחד הבסיסים החשובים של החשיבה הליברלית, האינדיווידואלים הם נשאים של זכויות טבעיות שעל חלקן הם מוותרים כדי לכוון מדינה שתגן על חלק מן הזכויות, סבר ז'ן ז'ק רוסו שבעקבות כינון החוזה החברתי והמדינה גם נוצרות זכויות חדשות יש מאין - החופש במובנו החיובי והאוטונומיה במובנה האזרחי.³¹ כך, בעוד במסגרת החוזה החברתי של הובס, אינדיווידואלים מוותרים על כמה מזכויותיהם לטובת המדינה המונרכית שתגן על חלק מזכויותיהם, במסגרת החוזה החברתי הרוסויאני, אינדיווידואלים מוותרים על חלק מזכויותיהם לטובת שלטונם העצמי כאזרחים, שלטון עצמי המייצר זכויות.³² ההשתתפות בשלטון זה היא אפוא זכות, אבל היא גם חובה של האזרחים. אכן, בהכרזה

המעמד הבינוני, שמצאו עצמם ללא מערכות חברתיות של תמיכה, כמשפחה מורחבת, קהילה ודת, הפנו רבים מהם לצריכה של עזרה פסיכולוגית.

הגישה הפסיכולוגית-טיפולית, על פי ביקורת שגורה, רואה יחסים אנושיים, ובעיקר את הטיפול באהר ואת הסיוע, לו כפונקציה חוזית. לפיכך היא מעודדת חשבונאות – בחינה מתמדת של השאלה מה נתתי ומה קיבלתי בתמורה. לפיכך, הלשון הטיפולית העוסקת בחישובי עלות תועלת מושפעת מתפיסה של תועלתנות אינדיווידואלית ומשפיעה עליה. על פי מחקרים סוציולוגיים, הפסיכולוגיה, על אף מטרתה לסייע בהתמודדות עם הסבל האנושי, דווקא הפחיתה במספר הקשרים האנושיים, שכן הטיפול אינו יכול באמת להחליף השתייכות לקהילה, והשיח הטיפולי מקשה על קיומם של יחסים שאינם קשורים לאינטרס עצמי. הפרקטיקה הטיפולית מעודדת יחסים שבהם שני הצדדים מודעים לתחושותיהם ולרצונותיהם, וכל עיסוק בחובה או בחיוב במסגרת יחסים אלו נתפס ככפייה חיצונית (ROBERT N. BELLAH, RICHARD MADSEN, WILLIAM M. SULLIVAN, ANN SWIDER, & STEVEN M. TIPTON, HABITS OF THE HEART: INDIVIDUALISM AND COMMITMENT IN AMERICAN LIFE 43 (2007)).

JEAN-JACQUES ROUSSEAU, DU CONTRAT SOCIAL, OU PRINCIPES DU DROIT POLITIQUE 55 (1966 [1762])

Sergio Dellavalle, "From Above", Or "From the Bottom Up"? The Protection of Human Rights Between Descending and Ascending Interpretations, in DEFINITION AND DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS AND POPULAR SOVEREIGNTY IN EUROPE 91–113 (COUNCIL OF EUROPE, 2011)

הצרפתית על זכויות האדם, בניגוד להצהרת הזכויות האמריקאית, נקבע שלבני האדם יש גם חובות, לא רק זכויות, ופרק ארוך בהכרזה עוסק בחובות האזרח.³³

חנה ארנדט, הנטועה בתוך המסורת האינטלקטואלית הקונטיננטלית והרפובליקאית, טוענת שעצם החברות בקהילה הפוליטית היא ערובה לזכויות, ומכנה את החברות בקהילה מאורגנת, במדינה: "הזכות לזכויות". לדידה, אבדן של חירות כזאת או אחרת אינה בעייתית כמו אבדן הקהילה הפוליטית שתערוב לאותן זכויות: "האדם יכול לאבד את הקרויות בשם 'זכויות אדם' מבלי שיאבד את תכונתו המהותית כאדם, את כבודו האנושי. רק אובדנה של הקהילה הפוליטית עצמה משמעה היה גירוש מחוץ לאנושות",³⁴ היא כותבת. לטענתה זו של ארנדט יש למעשה שני רבדים: רובד היסטורית-יאורי ורובד מושגי-אנליטי.

ברובד התיאורי-היסטורי, שהוא גם רובד ביקורתי באשר למציאות הקיימת, היא טוענת שהקשר העמוק בין זכויות האדם למדינת הלאום נחשף כאשר נוצרה בעיית חסרי המדינה לאחר מלחמת העולם הראשונה עקב הסכמים טריטוריאליים באירופה, שהותירו בני אדם רבים מחוסרי אזרחות. זכויות האדם, שאמורות היו להיות לא פקיעות, התבררו אז כחסרות כל משמעות בעבור חסרי המדינה, שבהיעדר אזרחות וממשלה אקסקלוסיבית שתגן עליהם ותערוב להם נותרו מנושלים מכל זכות.

ברובד המושגי אפשר לראות גוון מעניין ותרומה חשובה של התפיסה הרפובליקאית שמפתחת ארנדט, לדיון על אודות מודל החבות המדינית. שכן גם ברובד הנורמטיבי ולא רק ברובד התיאורי-היסטורי היא מזהה קשר הכרחי וראוי בין זכויות לבין חבות מדינת הלאום. תפיסתה הייחודית את הזכויות ואת המדינה מטעינה את הקשר ביניהן במשמעות חדשה. ארנדט סבורה כאמור שאסונם של אותם חסרי אזרחות אינו אבדן זכות מסוימת כזאת או אחרת אלא אבדן הזכות לזכויות, שהיא הזכות להשתייך לקהילה מאורגנת. הקהילה המאורגנת, לדידה של ארנדט, אינה רק ערבה לאכיפת הזכויות אלא היא גם האופן הבלעדי שבו יכולה זכות להתממש. ארנדט רואה בזכות לפעולה, בזכות להשמעת קול אפקטיבית בעולם, את הגרעין המשמעותי של זכויות האדם. פעולה, לדידה, אפשרית אך ורק במסגרת קהילה מדינית. על כן המדינה אינה רק האופן אשר בו זכויות מובטחות אלא גם האופן אשר בו הן נוצרות. רק בשילוב האלכימאי כמעט של הקהילה המדינית ושל האדם כיצור פוליטי בעל זכויות פעולה יש משמעות הן לזכויות האדם הן למדינה במובנה הראוי.

The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (French: Déclaration des 33
droits de l'homme et du citoyen)

34 ארנדט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 443.

לפיכך, ארנדט, כהוגים הליברלים, רואה קשר הכרחי בין זכויות האדם לבין המדינה, אבל לטענתה, זכויות האדם אינן קודמות למדינה אלא יכולות להתקיים ולהיות בעלות משמעות רק במסגרת קהילה פוליטית מדינית מסוימת. המדינה אינה רק מכשיר להבטחת זכויות אינדיווידואליות אלא גם מסגרת אשר לה ערך מוסף המתבטא באפשרויות הפעולה שהיא פותחת. "אנחנו לא נולדים שווים", היא כותבת, "אנחנו נעשים שווים מתוקף היותנו חברים בקבוצה ומכוח החלטותינו לערוב הדדית זה לזכויותיו השוות של רעהו".³⁵ במשפט זה של ארנדט טמונה הבנה מורכבת של מודל החבות של זכויות. ראינו שבהגות הליברלית, המחאת חבות הזכויות האינדיווידואלית למדינה בעת כינון החוזה החברתי המדומיין העלימה למעשה עיסוק הגותי וציבורי בחבות ההדדית האופקית בין האזרחים. ארנדט, לעומת זאת, מחזירה את האזרחים האינדיווידואלים לקדמת במת החבות: החלטת האזרחים לערוב איש לזכויות רעהו היא הבסיס לערבות המדינית לזכויות. המחאת החבות למדינה אינה פוטר מן החבות בין האינדיווידואלים ואינה משכיחה את העובדה שמכוח חבות זו קמה החבות המדינית. אבל במקביל מוסיפה ארנדט כי "אנו נעשים שווים" גם מכוח חברותנו בקבוצה. קרי, לחברות המשותפת בקבוצה משמעות נוספת מבחינת הערובה לכינון הזכויות. זהו היבט נוסף של החבות. הקבוצה הפוליטית – המדינה – יוצרת היבט נוסף של זכויות, ומכאן, גם של חבות. הטוב המשותף הנוצר כתוצאה מאינטראקציה פוליטית בקהילה המדינית יוצר אפוא ממד נוסף של זכויות ובכך גם ממד נוסף של חובות, שנועדו לשמירה ולהגנה על זכויות אלו.

לסיכום, המודל הרפובליקאי מספק תמונת מצב מורכבת של חבות. ראשית, החבות המדינית איננה רק הגנה על זכויות הפרט האינדיווידואליות. נוסף על כך, חובתה של המדינה היא לאפשר וליצור חירות חיובית ואוטונומיה אזרחית; שנית, חובתיהם של האזרחים אינן מתמצות בהיעדר פגיעה בזכויות זולתם. הם מחויבים גם ליטול חלק בשלטון העצמי המבטיח את קיום הזכויות הפוליטיות.³⁶ החירות החיובית והאוטונומיה הפוליטית הרפובליקאית הן אפוא תערובת מעניינת של זכות וחובה. הזכות להשתתפות פוליטית היא אחת הזכויות המשמעותיות – הזכות לזכויות כפי שארנדט מכנה אותה – אבל היא גם חובה המונחת על כתפי האזרח.

המדינה כאיום הפרדיגמטי על זכויות

במקביל להגדרת המדינה כפלטפורמה להבטחת וליצירת זכויות תפסו פילוסופים

35 ארנדט, שם.

36 CHARLES TAYLOR, PHILOSOPHICAL ARGUMENTS 181 (1995)

פוליטיים את המדינה המודרנית מראשית התפתחותה גם כסיכון הגדול ביותר לזכויות הפרט.³⁷ הוגי האמנה החברתית הראשונים ביקשו להצדיק את המעבר משלטון מלוכני המבוסס על זכותו הקדושה של המלך למונרכיה קונסטיטוציונית, באמצעות אימוץ תפיסה של זכויות טבעיות הקודמות למדינה ומגבילות את כוחה.³⁸ כך שכבר מראשיתה נתפסה המדינה כאיום על זכויות הפרט. למעשה, יש הטוענים שהחשיבה על זכויות התפתחה מלכתחילה כאופן התמודדות עם כוחה הריכוזי של המדינה ועם המונופול שלה על האלימות החוקית.³⁹ זכויות האדם משמשות אפוא לא רק להצדקת קיום המדינה וכפורום היחיד אשר בו יכולות זכויות לבוא לידי ביטוי אלא גם להצדקת הביקורת על המדינה והגבלתה מבפנים ומבחוץ.⁴⁰

הכוח המדינתי שנועד לשמור על הזכויות נתפס אפוא גם כאיום המשמעותי עליהן. לפיכך, מלכתחילה, מודל החבות של זכויות האדם נסמך על חבות "חיובית" של המדינה להגן מפני פגיעות בזכויות, שמבצעים אחרים, ולאפשר הגנה עליהן. בה בעת גם החשיבה על החבות ה"שלילית" של זכויות – קרי, על החובה לא לפגוע בזכות – מתעצבת בעיקר נוכח האיום המדינתי ולא דווקא נוכח איומים אחרים על זכויות. על כן, למשל, אחת הפרקטיקות אשר מולה מתעצבת היסטוריית המחשבה על זכויות היא פרקטיקת העינויים, המבוצעים בהכרח באמצעות הכוח הפוליטי המדינתי,⁴¹ ולא, למשל, פרקטיקת האלימות בתוך המשפחה, שהאיום על אינטרסים אנושיים יסודיים הגלום בה אינו בהכרח פחות. זכויות האדם מתעצבות ומקבלות את אופיין הייחודי על רקע האמביוולנטיות הזאת שבקשר בין המדינה לבין זכויות: זכויות מתעצבות כחבות או כתביעות ייחודיות שרק מדינות יכולות מבחינה מוסדית לאכוף או ליצור, אבל בו-בזמן האיום המרכזי שהן מבקשות להסדיר הוא האיום שמגלמת המדינה אל מול אזרחיה, ולמולו הן מתעצבות. על כן גם החובה המינימלית ביותר, החבות השלילית לא לפגוע בזכויות, מתעצבת על בסיס חשיבה המדמיינת פגיעה מדינתית בזכויות.

37 ההיסטוריון סמואל מוין אמנם טוען שבראשית התפתחותן לא היו הזכויות אף במשפט החוקתי של ארצות הברית עילה לביקורת על התנהלות המדינה, ובוודאי לא במשפט הבין-לאומי, אלא רק עיקרון מארגן שלה (Moyn, לעיל ה"ש 3). אולם בניגוד לטענתו זו אפשר להבחין איך מראשית התפתחות רעיון הזכויות המודרניות זיהו הוגי האמנה החברתית את הסיכון הרב הטמון בכוחה של המדינה בכל הנוגע לזכויות האזרחים וטענו שמערך מוסכם של זכויות יכול לסייע בהגבלת כוחה של המדינה ובביקורת עליה. ראו למשל לוק, לעיל ה"ש 20.

38 Chapman, לעיל ה"ש 21.

39 Cover, לעיל ה"ש 1.

40 Jack Donnelly, *The Social Construction of International Human Rights, in HUMAN RIGHTS IS GLOBAL POLITICS* 71 (Timothy Dunne & Nicholas Wheeler eds., 1998)

41 Hunt, לעיל ה"ש 10.

זכויות אוניברסליות, חובות פרטיקולריות

כותבים רבים הצביעו על הפרדוקס הטמון בחשיבה על זכויות, בין חשיבה על זכויות שהן תוצר של חוזה חברתי מסוים של המדינה הפרטיקולרית לבין החשיבה על זכויות אדם כרעיון קוסמופוליטי.⁴² ההתנגשות בין שני הרעיונות הללו אינה תופעה חדשה. החשיבה החוֹזית שהתפתחה בעידן הנאורות העלימה למעשה את הרעיון של חבות כלפי מישהו או משהו שמחוץ לחוזה החברתי המצומצם של המדינה הספציפית, אבל בד בבד התאפיין עידן הנאורות באופן דיאלקטי בתפיסה ההומניסטית האוניברסלית, שהפרויקט הראשון שלה היה רעיון זכויות האדם האוניברסליות.⁴³ כך, אף שמשחר המחשבה על הזכויות, ההתייחסויות ההגותית אליהן היא פעמים רבות כאל זכויות אוניברסליות, הן נתפסות כבעלות משמעות פוליטית ומשפטית בעיקר בתוך המדינה, בעוד מעבר לה מדובר בעניינים של מוסר.⁴⁴

ההבחנה המתודית שמאמר זה נסמך עליה, בין החשיבה על זכויות לחשיבה על החובות המשלימות אותן, מאפשרת "לפתור" את הפרדוקס הלכאורי הזה. בעוד הזכויות נתפסו משחר החשיבה עליהן כאוניברסליות וגם כפרטיקולריות, חבות זכויות האדם נתפסה אך ורק כתוצר של החוזה החברתי המדינתי, של היחסים המדינתיים על ההיבטים האופקיים והאנכיים שבהם. כך שגם אם הזכויות נתפסו כאוניברסליות, הדרך להגן עליהן הייתה תמיד מדינתית פרטיקולריסטית.

42 Alan Gewirth, *Ethical Universalism and Particularism*, XXXV/6 J. PHILOSOPHY 283, 292–293 (1998); Michel Rosenfeld, *Universal Rights and Cultural Pluralism: Comment: Human Rights, Nationalism, and Multiculturalism in Rhetoric, Ethics and Politics, A Pluralist Critique*, 21 CARDOZO L. REV. 1225, 1230–1234 (2000) לקרוא את טיעונו של מוין על קיומם של שני רעיונות נבדלים של זכויות כ"פותר" באופן מעניין את הפרדוקס. מוין טוען שעד שנות השבעים, הזכויות היו פרטיקולריות רק לאזרחי המדינה, והסדר המדינתי הבין-לאומי, שבמסגרתו כל אדם הוא אזרח של מדינה מסוימת, היה הביטוי לאוניברסליות של הזכויות. לעומת זאת, על פי רעיון זכויות האדם שהתפתח החל בשנות השבעים, הזכויות הן בעיקר קוסמופוליטיות, ומשמעות מעין מנגנון ביקורת על המדינה. זהו, לפחות בראשית התפתחותו, רעיון מוסרי ומשפטי ללא מימוש וללא מהות פוליטית. ראו MOYN לעיל ה"ש" 3.

43 O'Neill, לעיל ה"ש 16.

44 זאת מכוח סדרת הנחות שאינן הכרחיות שלפיהן – ראשית, כל בני האדם הם אזרחי מדינה מסוימת; שנית, מדינות ככלל שומרות באופן בסיסי על זכויות אזרחיהן; שלישית, מדינות ככלל, כקביעה דסקרפטיבית ולא נורמטיבית, אינן משפיעות באופן ניכר על אזרחי מדינות אחרות.

הבחנה זו בין הזכויות האוניברסליות לחובות הפרטיקולריות באה לידי ביטוי מובהק במודל חבות זכויות האדם במשפט הבין-לאומי. על פי הפרשנות המסורתית של משפט זכויות האדם הבין-לאומי, הזכויות האוניברסליות⁴⁵ אבל המדינה היא נשאית החובות הראשוניות היחידה בכל הנוגע לזכויות האדם, ואילו לאינדיווידואלים ולתאגידים, לדוגמה, אין לרוב חובות ראשוניות.⁴⁶ האמנות הבין-לאומיות העוסקות בזכויות אדם מקבעות את המודל ואת ההבחנה שנוצרה בהגות המערבית בין הזכויות האוניברסליות לבין החובות הפרטיקולריות; בין חבות המדינה כלפי הנמצאים תחת שיפוטתה, שהיא חבות משפטית, לבין חבות מוסרית בלבד, של אינדיווידואלים ושל מדינות המתבקשות לפעול למען מימוש אוניברסלי של זכויות.

השאלה על מי בדיוק מוטלת החבות להבטחת זכויות אדם ריחפה אמנם תמיד ברקע הדיונים על פיתוחו של משפט זכויות האדם, אבל פעם אחר פעם, התפיסה הרואה במדינה את נשאית החובה העיקרית, ורק בנוגע למוטבים הנמצאים בתחום שלטונה, היא שבאה לידי ביטוי במשפט הפוזיטיבי.⁴⁷ המסמכים המכונים של משפט זכויות האדם

45 את אוניברסליות הזכות קבעה לראשונה ב-1948 ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם של האו"ם – UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, December 10, 1948, 217 A(III) – שאיננה מסמך מחייב משפטית, אבל משמשת מסמך מכונן שקיבע את המושגים השגורים ואת הבסיס לשיח זכויות האדם הבין-לאומי.

46 האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות וחברתיות קובעות שהחובות להבטחת הזכויות מוטלות על כל מדינה בתחומי שיפוטתה. כך למשל, בראשית האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות נקבע כדלקמן – ס' 2א: "כל מדינה שהיא צד באמנה זו מתחייבת לכבד ולהבטיח לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוטתה את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית, או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס או כל מעמד אחר". מכאן שחובות המדינה על פי האמנה הן גם חובות שליליות: "לכבד", קרי, לא לפגוע בזכויות; וגם חובות חיוביות: "להבטיח". גופים וקבוצות שאינם מדינות אינם מחויבים בחובות לכיבוד ולהבטחת זכויות על פי האמנות. אינדיווידואלים אף הם אינם מחויבים בחובות פרט לאמור באחת מפסקאות הפתיחה של שתי האמנות, הקובע כי המדינות החברות מצהירות "כי היחיד, בהיותו בעל חובות כלפי יחידים אחרים וכלפי הציבור שאליו הוא משתייך, מוטלת עליו אחריות להשתדל למען קידום הזכויות שהוכרו באמנה זו ושמירתן". אלו הצהרות מוסריות מעורפלות בלבד, הנעדרות פירוט קונקרטי וככל הנראה נעדרות גם תוקף משפטי. ראו UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, Treaty Series 999, 171 (December 16, 1966); UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Treaty Series 993, 3 (December 16, 1966) (להלן: International Covenant on Economic Rights).

47 אף שהנוסחה המסורתית של חבות הזכויות היא הנוסחה ש"ניצחה" בניסוח האמנות ובפרשנותן

מביאים לידי ביטוי משפטי את הנחות היסוד שעליהן עמדתי קודם לכן: המדינה נתפסת כאיום העיקרי על זכויות האדם ועם זאת גם כגוף העיקרי היכול ורשאי למנוע הפרות של זכויות, להיות חייב בגינן ולהבטיח זכויות. על פי מסמכים אלו בפרשנותם השגורה, האיום הגלום במדינה וגם ההבטחה הגלומה בה רלוונטיים אך ורק לאזרחי אותה מדינה או לכל היותר לנמצאים בתחומי שיפוטה. מסמכים אלו קובעים שאין חבות זכויות אדם חלה על מדינות כלפי אינדיווידואלים באשר הם כאלו. גם הפיקוח והאכיפה על האופן שבו המדינה ממלאת את חובותיה בנוגע לזכויות מתבצעים בעיקר באמצעות המדינה עצמה, ובכך משמרים את היחסים הפרדוקסליים בין שתי ההנחות שבבסיס המודל: היות המדינה האיום על הזכויות וגם האתר למימושן. הנורמות הבין-לאומיות של זכויות האדם "חודרות" לכאורה אל תוך הריבונות המדינתית ומחילות חובות על המדינה. אבל בזמן, על פי המשפט הבין-לאומי הקיים, המדינה עצמה היא בין השחקנים המשמעותיים הנקראים גם לאכוף את הנורמות האוניברסליות הללו החלות עליה ולהכריע כיצד בדיוק למלא אחר החבות החיובית של הזכויות, כך ששוב המדינה אינה רק האיום על הזכות אלא גם המרחב היחידי האפשרי להתממשותה.⁴⁸ משפט זכויות האדם הבין-לאומי מקבע אפוא מבחינה משפטית במישור הבין-לאומי את מודל חלוקת העבודה הליברלי: המדינה היא האחראית להבטחת זכויות אזרחיה או לכל היותר להבטחת זכויות הנמצאים בטריטוריה שלה מן הבחינה הפיזית או המשפטית.⁴⁹ המדינה אינה אחראית על פי המודל המסורתי הזה להבטחה או אף לכיבוד זכויות מי שאינם בטריטוריה שלה, ואילו בני אדם ותאגידים אחראים לכל היותר לכבד זכויות של אחרים וגם לשגשוג שלהם.

לסיכום, ההגויות הליברלית והרפובליקאית על גרסאותיהן הרבות מספקות הצדקות מעט שונות זו מזו לחבות העולה מזכויות האדם, וכן חלוקת עבודה מעט שונה. אך על אף ההבדלים הללו אפשר לסרטט מכנה משותף בנוגע למודל החבות שהן מקדמות, מכנה

המקובלת ואף שנוסחה זו נתפסת פעמים רבות כ"קופסה שחורה", כנוסחה הכרחית שאין לדון בה, דווקא בדיונים באו"ם בנוגע לזכויות אדם אפשר היה לשמוע הצעות למודלים חלופיים. הצעות אלו נשמעו בעיקר מנציגים שאינם מערבים אלא אפריקאים ואסייתים. אלו ביקשו לשלב חבות עשירה יותר של פרטים ושל קבוצות שאינן מדינות. ראו THEODOR MERON, HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL STRIFE: THEIR INTERNATIONAL PROTECTION 34 (1987); DOUGLAS HODGSON, INDIVIDUAL DUTY WITHIN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 61, 86 (2003)

48 פרט למקרים חריגים במיוחד המנויים בפרק שביעי למגילת או"ם. בהם, למועצת הביטחון של האו"ם הסמכות להתערב בענייניה של מדינה שאינה דואגת די לזכויות אזרחיה. ראו United Nations, Charter of the United Nations, 1 UNTS XVI (October 24, 1945)

49 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 46, לעיל ה"ש (1971)

משותף הבא לידי ביטוי במשפט זכויות האדם הפוזיטיבי. זכויות האדם מצדיקות על פי הגויות אלו הטלת חובות עשה חיוביות קודם כול על מדינות בנוגע לאזרחיהן. מדינות מחויבות להגן על זכויות אזרחיהן מפני פגיעות של אינדיווידואלים ושל גורמים אחרים, ולספק ולאפשר הגשמה של זכויות. זוהי תכליתה והצדקתה הראשונית של המדינה. הסדר המדינתי על חוקיו ועל מערכות הפעלת הכוח שלו פוטר את האינדיווידואלים מהצורך היום-יומי להגן על זכויותיהם, והמדינה אפוא היא זו המוסמכת להגן על הזכויות והחייבת בכך. הסדר המדינתי הוא גם זה המאפשר חלוקה מחדש של כוחות וטובין המבטיחים סיפוק זכויות, ורק במסגרתו יכולות זכויות פוליטיות להיווצר או לבוא לידי ביטוי. מכאן שהארגון המדינתי מאפשר חלוקת עבודה מיטבית הפוטר את האינדיווידואל היחיד ממלחמה מתמדת להגנה על זכויותיו ומכונן סולידריות ושיתוף פעולה דמוקרטי היוצרים מוסדות להבטחת הזכויות החברתיות והפוליטיות. מאפיינים אלו הם ההופכים את המדינה לנשאת החובות הפוזיטיביות המרכזיות של זכויות האדם. נוסף על חבות חיובית זו להגנה על זכויות ולהגשמתן, המוטלת על המדינה, גם החובה לא לפגוע בזכויות מעוצבת קודם כול כחובה המוטלת על המדינה. זאת משום שתוכן החובה השלילית לא לפגוע בזכויות – חובה החלה על כלל השחקנים – מעוצב כאשר כוחה של המדינה ולא כוחות מסוגים אחרים, כמו כוחות כלכליים או כוחות בין-אישיים, מדומיין ככוח הטומן בחובו את האיום המרכזי על זכויות האינדיווידואלים.

פרק זה חשף אפוא שבעוד בתפיסת הזכויות עצמה תמיד התגלתה דואליות בין פרטיקולריות לאוניברסליות, תפיסת החבות הייתה מאז ומתמיד פרטיקולרית מדינתית. המחאת חבות הזכויות למדינה, מעבר ליתרונותיה המוסדיים-פרקטיים, מבטאת גם את תפיסות היסוד המושגיות במערב ובעיקר במערב הליברלי, החשדניות בכל הנוגע לעיסוק בקוטב החובה, אולי עקב חששות משרידים תאולוגיים שדבקו במושג.

ג. כישלון מודל החבות החסרתי

כיצד הגיעה אפוא החובה, הטעונה משמעויות פאודליות ודתיות, לחזית השיח האימנציפטורי-חילוני של הזכויות? החובה, כפי שראינו עד כה, תמיד הייתה המסד השקוף, הלא מדובר, ה"קופסה השחורה" של שיח זכויות האדם. אך כפי שנראה כעת, התפתחויות עכשוויות מסירות את מעטה החשאיות מעל מודל החבות של הזכויות, חושפות את מגבלותיו נוכח האתגרים הנוכחיים, מערערות את הנחות המוצא שלו ומחייבות לדון בו דיון מחודש.

הצורך בהרחבת המודל נובע, כפי שנראה מיד, מכמה תנועות מקבילות ומשולבות זו בזו. ראשית, המדינה שמדמיין מודל החבות של זכויות האדם כמעט אינה מתקיימת במציאות כיום, דבר המביא לכך שמודל החבות שנשמך עליה אינו אפקטיבי. אמנם מאז ומתמיד היו "מדינות כושלות" במונחים של הגנה על זכויות אזרחיהן, אך הן נחשבו חריג, יוצא מן הכלל. אולם כיום נוצר פער עמוק (שאינו חדש אבל בוודאי העמיק) גם בין האופן אשר בו מודל החבות מדמיין את המדינה לבין האופן אשר בו מתנהלות בפועל גם המשגשות שבמדינות אירופה וצפון אמריקה. במקביל, שחקנים שאינם מדינות ממלאים היום תפקידי מפתח ביכולת של בני האדם ליהנות מזכויות. סיכונים חוצי גבולות חושפים את הצורך בפיתוח מודל חבות שגם הוא יחצה גבולות, ושינויים שיחיים ואפיסטמיים מצביעים על הצורך בשינוי מודל החבות ללא קשר ליעילותו או להישגו בפועל. תנועות אלו מביאות לכך שמודל החבות הנוכחי אינו מספק עוד מענה לאתגרים הנוכחיים. להלן אעמוד על הקשיים העיקריים שעמם מתמודד מודל החבות המסורתי.

פגיעה ביכולת של מדינות לערוב לזכויות חברתיות ופוליטיות

מודל החבות המושגי והמשפטי של זכויות האדם מניח את קיומה של מדינה סוציו-ליברלית החבה בהגנה על כלל הזכויות האזרחיות, הפוליטיות והחברתיות של אזרחיה ובהגשמתן. על פי מודל זה, כל הזכויות כולן מובטחות כעסקת חבילה לאזרחי אותה מדינה. שינויים באופן הפעולה של מדינות בעשורים האחרונים גורמים פערים דרמטיים ביכולתן לערוב לזכויות. מדינות מתקשות לערוב לזכויות החברתיות והפוליטיות של אזרחיהן בעוד אין שינוי של ממש באופן שבו הן אוכפות ומבטיחות זכויות אזרחיות. הפגיעה ביכולת המדינה לערוב לזכויות חברתיות ופוליטיות מושפעת מרצף של שינויים הכלכלה הגלובלית יוצרת גלי הגירה גדולים, ותושבים ארעיים רבים מתרבויות שונות דרים בתוך מדינות אחרות, עם או בלי מעמד משפטי באותן מדינות. לאור זאת, ההנחה שלפיה בכל מדינה אוכלוסיית אזרחים קבועה פחות או יותר, נסדקת.⁵⁰ כאשר האוכלוסייה בטריטוריה של המדינה אינה קבועה ותושבים ארעיים כמהגרי עבודה מכל המינים והסוגים – עובדי ניקיון ומהנדסי תכנה כאחד – מצטרפים למדינה ועוזבים אותה בכל עת, המודל הרואה במדינה נשאת החובה העיקרית בכל הנוגע לזכויות אזרחיות, פוליטיות, וחברתיות כעסקת חבילה אחת כוללת, ארוכת טווח, המובטחת לכלל האזרחים הקבועים, מתערער. בני אדם מקיימים קשרים משתנים ודינמיים עם מדינות שונות, והמודל הבינרי הנוכחי, אשר בו או שאדם אזרח ועל כן רשאי להגנה על כלל הזכויות ולהבטחתן או שאינו אזרח ועל כן אינו זכאי כמעט לדבר (אלא אם כן נכנס לגדר חריגים

50 יורגן הברמאס הקונסטלציה הפוסט לאומית 74 (יעקב גוטשלק מתרגם, 2001).

ברורים, כמו פליט פוליטי), אינו מספק מענה מתאים למציאות הדינמית. כמו כן, מנגנון זכויות יעיל הוא למעשה מנגנון של חלוקה מחדש של כוחות. חלוקה כזאת מתאפשרת הן מבחינת הצדקתה הן מבחינת יישומה בפועל על בסיס של סולידריות וערבות הדדית שנוצרו על רקע "חוזה חברתי" מדומיין או ערכים לאומיים משותפים. הגלובליזציה, על ההגירה הארעית המאפיינת אותה, מערערת סולידריות זו, שהיא תנאי רקע המאפשר מבחינה פוליטית את הענקת הזכויות.⁵¹

בתוך כך, הצטמצמות דרסטית ביכולתה של המדינה להביא להכוונה מקרו כלכלית ולחלוקה מחדש של המשאבים מעמידה אף היא את הערבות המדינתית לזכויות החברתיות בסכנה. מעבר של פעילות הייצור של תאגידיים רב-לאומיים ושל הון ממדינה למדינה כתוצאה מהגלובליזציה וממדיניות הסחר החופשי מביא לכך שממשלות לאומיות נאלצות לשחק משחק סכום אפס, אשר בו, כדי למשוך אליהן הון וייצור ולשפר את כושר התחרות שלהן בהשוואה למדינות אחרות עליהן לפגוע ביכולתן להשפיע על מדיניותן הכלכלית, באמצעות רגולציה ובאמצעות קביעת גביית מסים.⁵² באופן הזה, גביית המסים החסרה, הפחתת הרגולציה על השחקנים הכלכליים החזקים, ההפרטה המואצת, האידיאולוגיה הנאו-ליברלית ולחצי השוק הגלובלי מצמצמים את יכולתה של המדינה לקיים מערכות חברתיות משלה כמו חינוך, בריאות ורווחה, ולפקח על מוצרים שמקורם בשוק אבל יש להם השפעה ישירה על הזכויות החברתיות, כתרופות, מזון, דיור וכדומה. כתוצאה מכך, יכולתה ורצונה של המדינה לערוב לקיומן של זכויות חברתיות נפגעת פגיעה קשה.

במציאות זו, למשקיעים, לתאגידיים רב-לאומיים ולשווקים הגלובליים השפעה גדולה מבעבר על עיצוב המדיניות במדינות שונות. אינטרסים רבים של השחקנים החזקים בשוק הגלובלי ממוסדים כיום בתוך המדינה עצמה. משקיעים יכולים להשקיע הון רב בהתראה קצרה ולמושכו באופן דומה והם משמשים אלקטורט חוצה גבולות. זוהי מסת הון עצומה ונזילה המביאה ליכולת השפעה משמעותית על ממשלות. מעורבות של גורמי פיקוח וסטנדרטיזציה בין-לאומיים וטרנס-לאומיים כבנק העולמי או כארגון ה-OECD בהכוונת המדיניות אף מחזקת מגמות אלו. עקב כך נוצרה למעשה "אזרחות" כלכלית

51 הרמאס, שם, בעמ' 35.

52 SASKIA SASSEN, LOSING CONTROL? SOVEREIGNTY IN AN AGE OF GLOBALIZATION (1996); IDEM, *Economic Globalization and the Redrawing of Citizenship*, in GLOBALIZATION, THE STATE, AND VIOLENCE (Jonathan Friedman ed., 2003); IDEM, TERRITORY, AUTHORITY, RIGHTS: FROM MEDIEVAL TO GLOBAL ASSEMBLAGES (2006); הרמאס, לעיל ה"ש 50; CLAPHAM, לעיל ה"ש 13.

של תאגידיים, המקבילה לזו של האזרחים.⁵³ במצב עניינים זה, עיצוב הכלכלה והחברה המדינתית באמצעות הפוליטיקה הייצוגית, משתנה. כעת מדינות זקוקות הרבה פחות לאישור אזרחיהן והרבה יותר לאישור שווקים ותאגידיים גלובליים. כך מקבל שוק ההון הגלובלי כוח שבעבר היה של האזרחים. הוא יכול להשפיע על מדיניותן הכלכלית של מדינות ולהכריחן לנקוט דרך אחת ולא אחרת.⁵⁴ כל אלה מביאים להידלדלות הפוליטיקה המושתתת על נציגות דמוקרטית נבחרת המשפיעה על המתרחש בטריטוריה ומביאים לכך שלא רק הזכויות החברתיות אלא גם הזכויות הפוליטיות מאבדות מכוחן. שכן הזכות לבחור ולהיבחר, לדוגמה, עלולה להפוך אות מתה כאשר הדמוקרטיה של האזרחים אינה זו המנהלת ומכוונת את המתרחש במדינה.

במקביל לכל אלה לא חל שינוי של ממש בערובה שהמדינה מעניקה לזכויות האזרחיות – זכויות קניין, חופש חוזים וכדומה – באמצעות המשפט הפרטי. לפיכך, הפונקציה המדינתית היחידה הנשמרת באדיקות היא ההגנה על הזכויות האזרחיות, כאשר ההגנה על זכויות פוליטיות וחברתיות והבטחתן, מצטמצמות. במציאות זו, האפקטיביות של מודל חבות זכויות האדם המסורתי, המושתת על ההנחה שהמדינה אמונה על הבטחת הזכויות האזרחיות, הפוליטיות והחברתיות במובן המשולש של כיבודן, הגנה עליהן והגשמתן, לתושביה הקבועים, מתערערת.

התחזקות כוחם של שחקנים פרטיים

חברות תאגידיות רב-לאומיות, קבוצות מהחברה האזרחית, ארגונים בין-לאומיים וארגונים צבאיים החלו בעשורים האחרונים למלא תפקיד מרכזי בכל הנוגע ליכולת של אינדיבידואלים ליהנות מרווחה ומזכויות. הכוח הגדל והולך של שחקנים אלו מביא לכך שהם משפיעים על חיי בני אדם, למצער, כמו מדינות.⁵⁵

ההפרטה והשינויים בתפיסה הרגולטורית והמשפטית בתוך מדינות מעניקים לתאגידיים תפקידים ציבוריים שלא היו להם בעבר. מונופול המדינה על הפעלת הכוח באמצעות המשפט עובר שינוי לטובת מודלים שונים של משילות שבהם הכוח מבוזר. משילות מוגדרת בספרות כמגוון של פעולות, של פונקציות ושל ביטויי שליטה הנעשים בידי שחקנים "ציבוריים" ו"פרטיים" כאחד לצורך קידום מטרות חברתיות, כלכליות ופוליטיות. מודל זה מתבסס על שיתוף פעולה בין גורמים שונים: ממשלות, תאגידיים

53 Sassen, *Economic*, לעיל ה"ש 52.

54 Sassen, שם.

HENRY STEINER & PHILIP ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN 55
CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS 1387 (1996)

וגורמים מהחברה אזרחית, באחריות להשגת מטרות ציבוריות.⁵⁶ גם בלעדיות הנורמות המדינתיות נעלמת לטובת פרגמנטציה: ריבוי מערכות נורמות או משטרים נורמטיביים החלים לפעמים בו-בזמן על אותה סוגיה.⁵⁷

במצב עניינים זה שחקנים "פרטיים" פוגעים לעתים ישירות באינטרסים אנושיים, ולעתים יש להם היכולת לתקן פגיעות באינטרסים אנושיים שלא דווקא נגרמו בלעדית על ידם ולהציע להן מענה. סוגיה זו מעסיקה בעשורים האחרונים רבים מאוד, והיא אולי הסוגיה המרכזית ביותר בכתיבה משפטית על זכויות האדם בעידן הנוכחי.⁵⁸

התשובה המסורתית לבעיה זו על פי מודל חבות זכויות האדם המסורתי היא הסתמכות, כאמור, על המדינה כמנגנון המגן גם מפני פגיעות בזכויות אדם שנגרמות בידי גורמים שלישיים. אולם תשובה זו הופכת פחות ופחות מספקת. האופי הגלובלי אשר בו שחקנים שאינם מדינות, כמו תאגידים טרנס-לאומיים וארגונים בין-לאומיים ורב-לאומיים פועלים, כמו גם כוחם הרב, מקשים על מדינות להסדיר את פעילותם. לרבות מן החברות התאגידיות וזרועות במדינות שונות, גם באמצעות חברות קבלניות ובאמצעות חברות בנות, דבר המאפשר להן לנוס מפני רגולציה ממדינה למדינה.⁵⁹ לפיכך נוצרה למעשה מערכת גלובלית המשפיעה על זכויות של מיליארדים – כתוצר של יחסי עבודה, של יחסי צריכה, ושל השפעה על נורמות חברתיות – שאין לצדה מערכת פוליטית ומשפטית השולטת, מסדירה ואוכפת בה שמירה על זכויות אדם.

Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004) 56

Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, *Regime-Collision: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, 25 MICH. J. INT'L L. (1999); Martti Koskenniemi, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, 7/1 MODERN L. REV. 1 (2007) 57

Sarah Joseph, *An Overview of the Human Rights Accountability*; לעיל ה"ש 16, Alston *of Multinational Enterprises*, in LIABILITY OF MULTINATIONAL CORPORATIONS UNDER INTERNATIONAL LAW (Menno T. Kamminga & Saman Zia-Zarifi eds., 2006 [2000]) 58

Peter Willets, *Transnational Actors and International Organizations in World Politics*, in THE GLOBALIZATION OF WORLD POLITICS: AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL RELATIONS 364 (J. Baylis & S. Smith eds., 2001); Celia Wells & Juanita Elias, *Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage*, in NON-STATE ACTORS AND HUMAN RIGHTS 147 (Philip Alston ed., 2005) 59

במקביל, חלחולו של שיח הזכויות לתיאור ולהסדרת מערכות יחסים הנבדלות מיחסים היררכיים של ממשל ואזרח מחייב מודל חבות רחב יותר. אחת הדוגמאות הבולטות לייבוא שיח הזכויות לספרות חדשות הוא השיח המתפתח סביב זכויות ילדים.⁶⁰ חשיבה על זכויות ככלי בתוך מערכות יחסים מגוונות מחייבת לעבור לדיון פלורליסטי יותר בזיהוי השחקנים החייבים בכיבוד זכויות, בהגנה עליהן ובהגשמתן.⁶¹

על רקע התפתחויות אלו נטען בעבר שמודל החבות הקיים של זכויות האדם, הרואה במדינה הן את האיום על הזכויות הן את אתר מימושן, ומחייב בחובות רק מדינות, אינו אפקטיבי.⁶² על כן, יותר קולות קוראים לחייב שחקנים פרטיים בחובות ובאחריות פוזיטיבית הן במסגרת משפט זכויות האדם הבין-לאומי הן במסגרת המשפט הפנימי – הציבורי והפרטי.⁶³

60 אחת הכתובות הבולטות בסוגיה היא מרתה מינו. במאמרה משנת 1986 היא בוחנת את הפרשנות המקובלת למושג זכות כ"מערך הכוחות והדרישות בין האדם לזולתו ולמדינה" ומציעה לחשוב על הזכות גם כמכשיר המאפשר לאדם לבטא את דרישותיו ואת צרכיו ולבקש הכרה בהם מן החברה הסובבת אותו. היא מדגימה את טענותיה בתחום זכויות הילד ומתעמתת עם הטענה שלפיה שיח הזכויות מעורר קונפליקט בין ילדים למבוגרים. מינו מכירה בכך שלשיח הזכויות חסרונות רבים, ולכן יש לדעתה לחשוב על "דור חדש של זכויות", שתכליתו תמיכה במערכות יחסים בלי לוותר על אוטונומיה וזכויות. ראו Minow, לעיל ה"ש 13.

61 לתפיסת החבות העולה מהמפגש בין זכויות ילדים לזכויות הורים ראו בהמשך את הדיון בקריאתו של ג'רמי וולדרון את שאלת החבות בכל הנוגע לזכויות ילדים, Jeremy Waldron, *Dignity, Rights, and Responsibilities*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-83 (November 17, 2010).

62 STEINER & ALSTON, לעיל ה"ש 55, בעמ' 1385.

63 בספרו המקיף על הסוגיה מציג אנדרו קלפס שלוש גישות מרכזיות הרווחות במשפט הזכויות הבין-לאומי נוכח אתגר זה. הגישה הראשונה לסוגיה היא הגישה המסורתית, אשר אותה סקרתי כעת ושעל על פיה חובות במשפט זכויות האדם חלות אך ורק על מדינות, ועליהן להסדיר את הסוגיה; על פי הגישה השנייה, שהיא יותר תיאורית מנורמטיבית, הסדרת הסוגיה נתונה בידי מערכות שונות, כאלו שהן משפטיות וכאלו השייכות לפריפריה המטה-משפטית. בין מערכות אלו ישנם יחסים אנרכיים כמעט, ואין מערכת נורמטיבית אחת האמונה על הסוגיה; על פי הגישה השלישית, אשר בה מצדד המחבר עצמו ואשר בה אתמקד כאן, אפשר וצריך ליצור דוקטרינות לחיוב שחקנים שאינם מדינות, מתוקף משפט זכויות האדם הקיים. ראו CLAPHAM, לעיל ה"ש 13. להחלת חבות זכויות במשפט הציבורי והפרטי המדינתי ראו למשל אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (תשנ"ג).

סיכונים והשפעות גלובליות

רבות מן הפגיעות בזכויות כיום רוחביות ותלויות במשטרים כלליים אשר במהותם חוצי גבולות, ועל כן מדינות יחידות אינן יכולות להסדירן. הסוציולוג אולריך בק טען שהסיכונים בעידן הנוכחי עברו שינוי המחייב תגובה קוסמופוליטית חדשה, שכן הם ממוטטים את הגבולות הלאומיים ואת אופני ההתמודדות הקיימים. הוא גרס שבשל כך ובשל העובדה שאסונות גדולים אינם בני פיצוי מחייבים סיכונים אלו פיתוח מושגי, רעיוני ופוליטי חדש, שיבטא את התלות ההדדית הגלובלית. חלוקת החבות הנוכחית והחצנת האחריות שהיא מבטאת נוכח סיכונים חוצי גבולות הופכות לא מעשיות ולא לגיטימיות ועולה הצורך בבחינה מחדש של מושג החובה.⁶⁴

חשבו למשל על ההתמודדות עם שינויי האקלים, עם איומי טרור פיזיים וקיברנטיים, עם הסדרת שוקי הסמים הגלובליים, התרופות והנשק או עם סחר בבני אדם (human trafficking). התמודדות עם סוגיות חוצות גבולות כאלו באמצעות מערכת משפט מדינתית מסוימת, שתגן אך ורק בתחומה על זכויות אדם נוכח איומים אלו, מעבר להיותה לא אפקטיבית היא עלולה להוסיף לחוסר הצדק ולא לתקנו, שכן למדינה אחת אין היכולת להפוך את כל המעורבים לבעלי דין ולמסגר את הסוגיה באופן שיקיף את התמונה כולה.⁶⁵ הבעיות המבניות הללו נוצרות כתוצאה ממערכת סבוכה של קשרים ופעולות של סוכנים ומוסדות רבים שלאף אחד מהם אין תרומה בלבדית וישירה לפגיעה.⁶⁶ יתרה על כך, שחקנים שונים נמצאים בעמדות שונות ויכולים להציע מענה שונה, הגנה שונה ומשלימה מפני הפגיעה. על כן, הטלת חבות על המדינה בלבד, בתחומי שיפוט, אינה יכולה לסייע בהגנה על הנפגעים הפוטנציאליים מתופעות אלו, ויתרה מכך, עלולה אף לפגוע בה.

אם משבר האקלים או איומים קיברנטיים הם סוגיות חדשות יחסית, שמטבען הן טרנס-לאומיות ומטבען הגבולות המדינתיים הם בעבורן שקופים יחסית ולכן מעוררות את הצורך בהרחבת מודל החבות של זכויות האדם, השפעה טרנס-לאומית של שחקנים חזקים על טריטוריות אחרות איננה תופעה חדשה. למדינות חזקות הייתה תמיד השפעה משמעותית על זכויות בני אדם מעבר לגבולותיהן, אבל מודל החבות של זכויות האדם

64 אולריך בק "לחיות בחברת הסיכון העולמית" קוסמופוליטיות: תיאוריה ביקורתית למאה ה-21, 77, 89 (2011).

65 NANCY FRASER, SCALES OF JUSTICE: REIMAGINING POLITICAL SPACE IN A GLOBALIZING WORLD 23 (2008)

66 Elizabeth Ashford, *The Duties Imposed by the Human Right to Basic Necessities*, in FREEDOM, לעיל ה"ש 17.

סימן בפרשנותו המקובלת את הגבולות המדיניים כגבולות החבות. השיח העכשווי על אודות הגלובליזציה – על השינויים האונטולוגיים והאפיסטמולוגיים שהיא מביאה עמה⁶⁷ – גורם לחשיפתה של השפעה ותלות אלו ולהענקת יותר תשומת לב ציבורית ומשפטית למשמעויותיהן הנורמטיביות.⁶⁸

לסיכום, התפתחויות חברתיות, כלכליות, פוליטיות ושיחניות-אפיסטמיות מעלות את הצורך בהרחבת שיח החבות, שכן מודל החבות המסורתי אינו מצליח להסדיר פגיעות שונות ורבות בזכויות. על רקע אתגרים אלו מציינים כותבים רבים העוסקים בזכויות אדם שללא שינוי של מודל חבות זכויות האדם הן יחדלו להיות כלי אפקטיבי לשמירה על אינטרסים אנושיים יסודיים במישור הגלובלי.⁶⁹ הרחבת מודל החבות כרוכה בצעידה אל מעבר לחלוקת העבודה הדיכוטומית והקבועה מראש של מודל החבות המסורתי, באמצעות כמה תנועות מקבילות: הן עיסוק בחבות מדינתית חוצת גבולות והן עיסוק בחבות של שחקנים שונים שאינם מדינות – כתאגידים, כאינדיווידואלים וכארגונים מסוגים שונים.

הצדקות לחבות זכויות אדם החורגות מהמודל המסורתי

הרחבת החבות אל מעבר למודל הקלסי של זכויות האדם נדונה במסגרת שיחים והקשרים שונים. היא נדונה במשפט זכויות האדם ובמשפט החוקתי בנוגע לחבות אקס-טריטוריאלית של מדינות מעבר לגבולותיהן; היא נדונה במשפט הפרטי והחוקתי המדינתי בנוגע לחבות אינדיווידואלים ותאגידים; היא נדונה במשפט זכויות האדם הבין-לאומי וב"משפט רך" בנוגע לחבות תאגידים וארגונים בין-לאומיים. השיחים האלו מקבלים צורות שונות במוסדות שונים ובגופי ספרות שונים. לרוב הם אינם נדונים במשותף, אבל אפשר בכל זאת לזקק מן השיחים השונים הללו, הפילוסופיים והמשפטיים, שלושה אופנים מרכזיים להצדקת החלת חבות אל מעבר למודל הקלסי של חבות זכויות האדם: הצדקות הנסמכות על תפיסת חבות "כמו-מדינתית", הצדקות הנסמכות על תפיסת חבות וולנטרית והצדקות הנסמכות על תפיסת חבות אוניברסלית.

קבוצת ההצדקות הראשונה נסמכת על תפיסת חבות "כמו-מדינתית". על פי תפיסה זו, כל מערך החובות של זכויות האדם עוצב במיוחד כדי שיחול על מדינות כלפי הטריטוריה שלהן, אבל מוצדק שמערך זה יוחל במקרים נדירים גם אל מעבר

67 Dellavalle, לעיל ה"ש 14; von Bogdandy & Dellavalle, לעיל ה"ש 14.

68 CRISTINA LAFONT, GLOBAL GOVERNANCE AND HUMAN RIGHTS (Spinoza Lectures Series, 2012)

69 Alston, לעיל ה"ש 16.

למודל החבות המדינתית: יוחל על מדינות גם כלפי אינדיווידואלים בטריטוריות אחרות אם שליטת המדינה שם דומה לשליטתה בתוך גבולות המדינה,⁷⁰ ויוחל גם על גורמים "פרטיים" במקרים שבהם הם פועלים תחת ה"כובע" של המדינה או כזרוע מדינתית.⁷¹ הצדקות אלו לתחולה חריגה של חבות זכויות האדם הן אפוא תוצר של מקרים אשר בהם רציונל החבות המדינתית עצמו מתקיים כמעט במלואו גם בנוגע ליחסים החורגים מיחסי אורח-מדינה.

ההצדקות הכמו-מדינתיות, שיסודן אינו חדש אלא הוא חריג משלים למודל החבות הקלסי של זכויות האדם עוד מראשית התפתחותו, מציעות אמנם מענה חשוב ביותר למספר מצומצם של מקרים שבהם מדינות כובשות שטח הנמצא מחוץ לגבולותיהן או מקרים שבהם שחקנים שאינם מדינות מתפקדים בפועל כמדינות או מסייעים למדינות. אולם הצדקות אלו אינן מציעות מענה למקרים רבים אחרים של השפעה מדינתית חלקית על אינדיווידואלים מחוץ לגבולות המדינה ושל השפעות של שחקנים כתאגידיים שאינם "כמו-מדינתיים". הצדקות אלו אינן מצליחות אפוא להסדיר מצבי ביניים שאינם עולים לכדי פעולה כמו-מדינתית או שליטה כמו-מדינתית⁷² ואינן מצליחות לאתר איומים חדשים על אינטרסים אנושיים יסודיים שאינם דומים לאיומים המדינתיים, כמו למשל

70 ראו למשל את פסק הדין השנוי במחלוקת של בית הדין האירופי לזכויות אדם, Banković v. Belgium, משנת 2001, המושתת על רציונל זה, אשר בו נקבע שהנורמה היא הטלת חבות על מדינות בנוגע לטריטוריה שלהן, והחלת חבות אקס-טריטוריאלית היא החריג המצריך הצדקה מיוחדת. ראו Banković v. Belgium, 2001-XII Eur. Ct. H.R.

71 על פי גישה זו, חובות של זכויות אדם חלות על שחקנים פרטיים במסגרת המשפט הציבורי אם הם פועלים באופן רשמי תחת כובע ממשלתי או בתפקיד ממשלתי. כזאת היא למשל דוקטרינת ה-State Action האמריקאית. גישה מרחיבה יותר מטילה חובות של זכויות אדם גם כאשר הגוף הפרטי ממלא סמכות כמו-רגולטורית ציבורית והמדינה שותקת, כלומר, אינה מפקחת על תפקוד זה או מסדירה אותו. הגישות הללו ככלל רואות במדינה את נשאת החובות העיקרית, וגופים פרטיים הופכים נשאים בחובות אך ורק אם הם מתפקדים כפונקציה מדינתית. במקרים כאלו בוחן המשפט הציבורי את פעולת הגוף הפרטי בעזרת מבחנים ודוקטרינות שיפוטיים המשמשים בדרך כלל להסדרת פעולות המדינה, בתוספת שינויים מחויבים. ראו למשל ANDRAS SAJO & RENATA UITZ EDs., THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM (2005); Eyal Benvenisti & George W. Downs, *The Role of National Courts in Reviewing Transnational Private Regulation*, in TRANSNATIONAL PRIVATE REGULATION 131 (Fabrizio Cafaggi ed., 2012); Eyal Benvenisti, *The Law of Global Governance* (2014)

72 לביקורת על גישה זו בהקשר של חבות מדינתית אקס-טריטוריאלית ראו למשל Johan Steyn, *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, 53/1 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 1 (2004); Yuval Shany, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in Human Rights Law*, 7/1 L. & ETHICS HUM. RTS. 47 (2013)

האיומים שתאגידי אינטרנט גדולים כמו פייסבוק מאיימים על זכויות זכות לפרטיות. נוסף על כך, מכיוון שמודל זה נסמך על הדמיון לפעולת מדינות, גם הכלים המשפטיים שבהם הוא עושה שימוש הם כלים שנועדו לחבות מדינתית, ועל כן, בסופו של יום הוא עשוי לצייד שחקנים פרטיים חזקים בהגנות ובחסינויות מדינתיות שלא זו בלבד שלא יסייעו בהטלת חבות עליהם אלא ההפך, עלולים עוד להגדיל את כוחם ואת חסינותם בפני הסדרה.

קבוצת ההצדקות השנייה מסתמכת על תפיסת חבות וולנטרית. גם הצדקות אלו אינן צועדות אל מעבר לרציונל של מודל החבות המסורתי. על פי תפיסה זו, למדינות אין חובות מעבר לגבולותיהן, ולשחקנים שאינם מדינות אין חובות מלבד חובות שליליות מינימליות לכבד זכויות. הם, מרצונם הטוב, יכולים לבחור וולנטרית חביות נוספות ולהסכים עליהן. לפי תפיסה זו, הנשענת על ההבחנה הבינרית הליברלית בין חובות משפטיות למוסריות, תאגידיים ושחקנים אחרים שאינם מדינות, ומדינות ביחסיהן הבין-לאומיים, אינם חייבים מבחינה משפטית דבר מלבד השאת תועלותיהן ואי-גרימת נזק לזולת, אבל מבחינה מוסרית הם יכולים לבחור קבלת אחריות לקהלים שונים – עובדים, סביבה, קהילות, מדינות ועוד. חבות וולנטרית של מדינות כלפי אינדוידואלים מחוץ לגבולותיהן באה לידי ביטוי הן בפעולות הומניטריות שונות בעת משברים גדולים הנובעים ממלחמות או מפגעי אקלים קיצוניים והן בסיוע מתמשך למדינות מתפתחות בעת שגרה. אופני סיוע אלו אינם נתפסים כנובעים מחובות חוקיות של זכויות אדם אלא לכל היותר מחובות מוסריות, ופעמים רבות נתפסים אף לא כחובות מוסריות אלא כאקטים של רצון טוב שמעבר לחובה, שהם למעשה צדקה וחסד.⁷³ במקביל, ההצדקה הוולנטרית היא מההצדקות המקובלות כיום לאחריות חברתית של תאגידיים.⁷⁴ מה היקף

73 ראו למשל את ההתבטאויות באשר לשליחת כוחות הצלה לנפאל לאחר רעידת האדמה שם, שהתרחשה ביום 25 באפריל 2015. מזכיר המדינה האמריקאית, ג'ון קרי, הודיע שארצות הברית תשלח משלחות סיוע וחילוץ, ועזרה פיננסית בסך מיליון דולר. הוא אמר שעזרה זו מבטאת את העובדה "שארצות הברית עמדה לצד אנשי נפאל ושלחה רחשי דאגה וסימפתיה (The US stood with the people)" "of Nepal and sent heartfelt sympathies". זוהי לשון המתארת סיוע הנובע מחסד ולא מחבות חוקית כלשהי. לציטוט דבריו של קרי ראו למשל *Nepal Earthquake: US to Send Disaster Response Team and \$1m in Aid*, THE GUARDIAN (April 25, 2015). דברים ברוח דומה אפשר למצוא בהצדקת שליחת משלחת סיוע ישראלית לאותו אירוע. שר החוץ הישראלי אז, אביגדור ליברמן, אמר בהקשר זה כי "ישראל מושיטה יד לנפאל, ותהיה מוכנה לסייע לה ככל שתוכל" (הודעת שר החוץ, אתר משרד החוץ, 26.4.2015). הסיוע הוא אפוא סיוע וולנטרי. הצדקתו מומשגת בהושטת היד, לא בציות לנורמה. על כן, גם גבולות הסיוע נקבעים בידי הצד המסייע בלבד, שכן ישראל תסייע "ככל שתוכל" ולא על פי אמות מידה חיצוניות.

74 ראו למשל ניתוח של השאלה כיצד מובנים אחריות חברתית ומסר בידי התאגידיים: Ronen

החבות הזאת ומה גבולותיה? לרוב, האחריות הוולנטרית, זו שמקורה חסד ולא חובה של צדק, היא במהותה חד-צדדית. התאגיד או המדינה התורמת הם המכריעים אם הם אחראים, כלפי מי, ומה תוכן החבות.

להצדקה הוולנטרית כמה השלכות מרחיקות לכת. ראשית, באמצעות מנגנונים אלו מבוצעת הפרטה של החוק במובן העמוק ביותר. כך למשל, באמצעות הרגולציה העצמית וההסכמית של התאגידים המונעת מההצדקה הוולנטרית צוברים התאגידים כוח נוסף – פוליטי ומשפטי. התאגידים הם המגדירים את סטנדרט ההתנהגות הנדרש מהם, ופעמים רבות הם גם אמונים על הפיקוח. על כן, התוצר של תפיסה זו אינו רק שהנורמות נוטות לטובת התאגידים אלא גם שהן משנות את אחד מעיקרי האידיאולוגיה האוטופיסטית הליברלית, שלפיו האזרחים כולם, באמצעות המחוקק, הם מקור החוק ומנסחי החבות.⁷⁵ ולא קבוצה פריווילגית מסוימת. נוסף על כך, על אף היעדר התוקף החוקי מובילה ההצדקה הוולנטרית לשינויים משמעותיים בחלוקת העבודה החברתית בלא ששינויים אלו יהיו תוצר דמוקרטי ובלא שיהיו תוצר של מדיניות מכוונת המביאה בחשבון אינטרסים מגוונים וגם את אלא של האינדיווידואלים ושל הקבוצות החלשות ביותר בחברה. התפשטות האחריות החברתית התאגידית במובנה זה, והפיכתה לכוח מרכזי בשדה הרווחה, מעלה את החשש שהמשאבים המיועדים לטיפול בנוזקים לא יתחלקו כתוצאה ממשא ומתן ומהכרעה פוליטית אלא יועברו לידי הנוזקים הפוטוגניים והלא קונטרוברסליים.⁷⁶ כמו כן, חלוקת העבודה המתעצבת הודות למנגנונים הללו אינה מציעה כל ביטחונות להמשך עתידי שלה. היא קפריזית ומשתנה ואינה יכולה להציע הסתמכות לצד הנוזק. היא יוצרת פעמים רבות תלות משמעותית בין הצד הנותן לזה המקבל.

קבוצת ההצדקות השלישית ומרחיקת הלכת יותר מקודמותיה להטלת חובות של זכויות אדם מעבר למודל החבות המסורתי היא תפיסת החבות האוניברסלית, המכונה בספרות הפילוסופית של זכויות האדם גם "גישת הגומלין של זכויות האדם" (The Interactional Conception of Human Rights). בעוד ההצדקות הקודמות אינן צועדות

Shamir, *Corporate Social Responsibility: Towards a New Market-Embedded Morality?* 9/2 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW Article 3 (2008); idem, *The Age of Responsibilization: On Market-Embedded Morality*, 37 ECONOMY & SOCIETY 1 (2008)

75 לתפיסה שעל פיה האזרחים נמעני החוק הם גם מחבריו ראו למשל הברמאס, לעיל ה"ש 50.

76 להשלכות תהליך זה בישראל ראו תמר ברקאי "אחריות חברתית של עסקים: ניאוליברליזם בתרגום ציוני" תיאוריה וביקורת 33, 45, 47 (2008).

אל מעבר למודל החבות המסורתי ומציעות רק מענים משלימים לו, מציעות הצדקות אלו גישה מהפכנית הרבה יותר. על פי גישה זו, זכויות האדם מטילות את החובות הקורלטיביות לזכויות על כלל בני האדם. חובות של זכויות אדם חלות אפוא ישירות על התנהגות אינדיווידואלים וסוכנים אחרים באופן ראשוני גם בהיעדר מוסד משותף לנשאי החובה ולנשאי הזכות.⁷⁷ על פי גישה זו, החלת החובות דווקא על היחסים שבין אזרח למדינתו אינה נובעת מטעם מהותי אלא רק מטעם פרגמטי. החבות החלה על מדינה בנוגע לתחומי שליטתה היא אפוא פתרון מוסדי לתחולה מקסימלית של זכויות אדם, אבל אין כל חסם מושגי בהטלת חובות הקורלטיביות לזכויות האדם גם מחוץ למודל הקיים – על שחקנים שאינם מדינות ועל מדינות כלפי מי שאינם אזרחיהן.⁷⁸ גישות אלו מתחלקות לרוב בין גישות אוניברסליות כלליות, שעל פיהן לכלל בני האדם חבות כלפי כלל בני האדם, לבין גישות פונקציונליות המחילות חבות בהתקיים מערך מסוים של הקשרים וקשרים בין נשא הזכות לנשא החובה.⁷⁹

הקושי העיקרי של תפיסות אוניברסליות הוא היעדר קריטריונים קוהרנטיים שישמשו תחליף לחלוקת העבודה המסורתית והדיכוטומית. הגישות השונות המסתמכות על הצדקה אוניברסלית אינן מציעות לעת עתה תפיסה כוללת או קוהרנטית של חלוקת עבודה חלופית לחלוקת החבות בין מדינות על פי תחומי שליטתן ולחלוקה בין הפרטי לציבורי בתוך המדינה. תפיסה חלופית של חלוקת עבודה זקוקה הן ליסודות תאורטיים שיצדיקו אותה הן למנגוונים שיעניקו לה לגיטימציה ומוטיבציה לפעולה הן למוסדות שיאפשרו פעולות במסגרתה. שיח זכויות האדם עצמו, שעסק בדורות האחרונים בקוטב הזכות ולא בקוטב החובה, מתקשה לספק תפיסה עבה של הצדקות ואף קצה חוט באשר לדיון על חובות ולחלוקת החבות בין שחקנים שונים.

Martha C. Nussbaum, *Capabilities and Human Rights*, 66/2 FORDHAM LAW REVIEW 273 (1997)

James W. Nickel, *How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide*, 15 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 77 (1993)

79 לגישות שונות כלפי חבות אקס־טריטוריאלית ראו למשל Shany, לעיל ה"ש 72; MARKO MILANOVIC, EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES: LAWS, PRINCIPLES, AND POLICY 208–209 (2011). לגישה פונקציונלית בכל הנוגע לחבות שחקנים שאינם מדינות ראו למשל Benvenisti & Downs, לעיל ה"ש 71. לגישה כללית בכל הנוגע לחבות שחקנים שאינם מדינות ראו למשל Christian Starck, *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 97, 103, 106 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001)

הפלטפורמה המדינתית יצרה בסיס של סולידריות וערבות הדדית על רקע חוזה חברתי או ערכים לאומיים משותפים, שנתנו לגיטימציה ומוטיבציה לחלוקה מחדש של כוחות, החיונית להבטחת ולהענקת הזכויות החברתיות והפוליטיות. תפיסות אוניברסליות של חבות נסמכות פעמים רבות על סולידריות גלובלית חלופית כמנגנון המצדיק חבות חוצת גבולות ומעניק לה לגיטימציה ומוטיבציה. עם זאת, כיום נראה שסולידריות כלל-עולמית כזאת עדיין אינה קיימת, ויתרה על כך, ספק אם סולידריות חובקת כול כזאת היא בגדר האפשר.⁸⁰ אפשר כמובן לקוות או לחכות או לפעול לכינונה של סולידריות אנושית כלל עולמית, אבל ספק אם סולידריות כזאת יכולה בכלל לצמוח, בוודאי לא בזמן הקרוב. ספק זה אינו מביא בהכרח לזניחת האפשרות לגייס לגיטימציה ומוטיבציה להרחבת מודל החבות של זכויות האדם. אולם נשאלת השאלה אם סולידריות גלובלית כללית, שהיא השיקוף של הסולידריות המדינתית, היא המנגנון המצדיק ומעניק המוטיבציה היחיד האפשרי לחבות חוצת גבולות ומגזרים. האם אי-אפשר לחשוב על בסיסים אחרים היכולים להעניק מוטיבציה ולגיטימציה להבטחת זכויות מעבר למודל הקיים? נראה שאף שההצדקה האוניברסלית של הזכויות מציעה תפיסה החורגת ממודל החבות המסורתית-מדינתית, היא מבקשת פעמים רבות להעתיק הנחות יסוד מדינתיות למישור הגלובלי ללא תשומת לב למקור המדינתי הלא הכרחי של הנחות אלו. נראה שכדי לדמיין מחדש את זכויות האדם מעל ומתחת למדינה יש לפסוע פסיעה אל מעבר למודל הסולידריות הקיים. פסיעה זו אינה מחייבת בהכרח הרחבה גלובלית של מודל הסולידריות אלא אולי דווקא צמצום שלו למערכות יחסים קונקרטיות, גם אם חוצות גבולות.

נוסף על כך, חלוקת עבודה חלופית זקוקה לכאורה גם לבסיס מוסדי. רבים רואים בהיעדרו של בסיס כזה סיבה מספקת לדחיית חבות החורגת מהחבות המדינתית הקלסית.⁸¹ גם בעניין זה, היעדר בסיס מוסדי כמו-מדינתי לחבות בין מגוון שחקנים

80 הברמאס, לעיל ה"ש 50. היעדר סולידריות אוניברסלית בא לידי ביטוי פעמים רבות בתיאורים סוציולוגיים על הקשיים שבהתקבלות תאוריות זכויות אוניברסליות בחברות בעלות זהות פריטיקולריסטית. בחברות כאלו, התפיסה האוניברסלית נתפסת בידי רבים כחותרת תחת ההזדהות והסולידריות הקהילתית-מדינתית. לניתוח דומה של שאלת התקבלות שיח זכויות האדם בישראל ראו מזרחי, לעיל ה"ש 6.

81 כך למשל טוענת הפילוסופית אונורה אונל שבכל הכרוך בחובות שליליות לא לגרום נזק אין כל בעיה בהחלה אוניברסלית של החבות, אבל כאשר עוסקים בהחלה אוניברסלית של חובות חיוביות מתעוררות בעיות מושגיות. לטענתה, אי-אפשר לחייב לשאת בהן או לדרוש את החלתן אלא אם כן ישנו מוסד היוצר קשר מיוחד בין נשא הזכות לנשא החובה. מוסד כזה יכול לאפשר באופן פרגמטי את אכיפת החובה, שכן הוא מאפשר לשחקנים שונים לשתף פעולה ולמלא את חובם. על כן, לטענת אונל,

אינו שולל מניה וביה את האפשרות ואת ההצדקה למערכת חיובים כזאת. הוא אך ורק דורש להפעיל את הדמיון באופן מאומץ יותר, להפליג אל מעבר למודלים המוסדיים המדינתיים הקיימים ולא דווקא לבקש להרחיבם אלא לנסות לדמיין הסדרים חלופיים שיש בהם כדי לאפשר מערך חבויות מבוזר.

הצדקות אוניברסליות גורמות גם לקושי הדמוקרטי. הניתוק בין המדינה לזכויות מנתק את אחד היסודות – המדומיינים או הממשיים – של מודל חבות זכויות האדם הקיים, הוא היסוד הרואה באזרח, מושא החוק, גם את מחוקקו, ומכאן, את החבות כתוצר של משא ומתן דמוקרטי. אופיין של הזכויות, הצדקותיהן, גבולותיהן, ההגנות הניתנות להן, המודלים להתמודדות עם זכויות מתנגשות, אופני הגשמתן של הזכויות, כל אלו – על פי מודל הזכויות המדינתי, למצער, בתאוריה – הם תוצר של דיון והכרעה פוליטיים דמוקרטיים ומקבלים צורה פרטיקולרית בהתאם לאופי ולהעדפות המדינתיים המקומיים.⁸² לעומת זאת, חבות אוניברסלית של זכויות אדם מביאה למצב אשר בו נקבעת חבות של מדינות כלפי אינדיווידואלים מחוץ לגבולותיהם, אבל לאותם אינדיווידואלים אין דרך להשפיע על תוכן החבות וגבולותיה, ולעצבן. אפשר לטעון בהמשך לכך שגורמות זכויות אדם המטילות חבות טרנס-לאומית תהיינה לגיטימיות ויעילות רק בהתקיים משטר כמו-מדינתי גלובלי אשר בו תהיה השתתפות דמוקרטית הן של המוטבים הן של החייבים. אבקש לטעון שגם אם מצב עניינים זה רצוי תחת השקפות מסוימות, הוא אינו הכרחי, שכן אפשר לחשוב על מודלים חלופיים של השתתפות דמוקרטית שאינם בהכרח מחייבים כיוון ממשל קוסמפולטי כללי. מודלים אלו יכולים להתבסס על דיאלוג ישיר בין החייב לזכאי ואינם מחייבים בהכרח חברות גלובלית בגוף ממשלי גלובלי.

לסיכום, ההצדקות הכמו-מדינתיות והוולנטריות אינן חורגות ממודל החבות המסורתי, הפרטיקולריסטי, הרואה בחבות המדינתית של זכויות האדם חבות עיקרית הנובעת משיקולי צדק, ומתקשות להציע מענה שלם לאתגרים הנוכחיים. ההצדקות האוניברסליות, לעומת זאת, מבקשות לפסוע במשעול אחר, אבל גם הן מתקשות להציב חלופה קוהרנטית ומורכבת למודל החבות המסורתי. זאת בין היתר בשל הסתמכותן על הנחות מוצא מושגיות של מודל החבות המסורתי, הנחות הניצבות בבסיס הפילוסופיה הפוליטית, המוסרית והמשפטית המערבית.

החלת חובות חיוביות דורשת יצירת מוסדות אוניברסליים, ובהיעדרם, חובות אלה אינן יכולות להיות חובות בנות אכיפה. ראו O'Neill, לעיל ה"ש 16.

JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A 82 DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY (W. Rehg trans., 1996)

ד. חשיבה מחדש על חבות בעקבות גונר ולינס

הקשיים העומדים בפני הרחבת מודל חבות זכויות האדם מחייבים מאמץ תאורטי ייחודי, מאמץ לבחינה מחדש של תפיסות היסוד התורת-משפטיות שעליהן נשען מודל החבות. במישור האנליטי תורת-משפטי ישנו זה עשרות שנים עיסוק נרחב בקשר הכללי שבין זכויות לחובות, אולם דיונים מושגיים אלו לרוב לא אוזכרו ופותחו בספרות זכויות האדם.⁸³ במקביל, פילוסופים העוסקים בזכויות האדם ממשיכים להסתמך על הנחות המוצא של המודל המסורתי, כמו למשל ההבחנה בין חובות שליליות לחובות חיובית לצורך הרחבת מודל החבות, ובאופן זה הם משכפלים פעמים רבות את הפרשנות

83 בספרות האנליטית סרטט כבר בראשית המאה העשרים ווסלי הופלד טיפולוגיה המשמשת עד היום יסוד להגנת קשרי הגומלין בין זכויות לחובות. הופלד עמד על הקשרים ההכרחיים בין מובנים שונים של זכויות (זכות במובן הצר [claim]: חירות, כוח וחסיונות) למובנים שונים של חובות (חובת עשה/לא תעשה, היעדר זכות, כפיפות, היעדר כוח). על פי הופלד, זכויות הן בהכרח קורלטיביות (משלימות) לחובות. על פי תפיסה זו, זכויות וחובות הן שני צדדים של אותו מטבע, שתי דרכים משלימות לתיאור אותה מערכת יחסים נורמטיבית. ראו Hohfeld, לעיל ה"ש 5. עשרות שנים אחר כך סרטט יוסף רז קשר אחר בין זכויות לחובות. לדידו, זכויות הן הצדקה להטלת חובות ולא רק תמונת מראה שלהן. זכות, על פי רז, נוצרת כאשר אינטרס של אדם משמש טעם מספיק להטלת חובות על אחרים למימוש האינטרס. זכות, על פי תפיסה זו, היא בדרך כלל טעם להטלת כמה חובות ולא רק חובה אחת, וכמו כן אין רשימה סגורה של חובות הקורלטיביות לזכות מסוימת. לפיכך, התשובה לשאלה מהן החובות הקורלטיביות לזכויות תלויות נסיבות ודינמית. עם השתנות הנסיבות יכולה אותה זכות לשמש בסיס להטלת חובות שונות. על פי תפיסה זו, הקביעה שלפיה לאדם יש זכות אינה שווה לקביעה שלאחר יש חובה. על פי רז אי-אפשר אפוא לעשות דוקציה לזכויות כמבטאות חבות קיימת או יחסים קיימים, אלא זכויות מנביעות חובות. ראו Raz, לעיל ה"ש 5. נדפס מחדש אצל Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986); idem, *Legal Rights*, 4 *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (1984); idem, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (1994).

תפיסה זו של הקשר בין זכויות לחובות יכולה הייתה להנביע פיתוחים מעניינים באשר לחלוקת חובות ולמגוון שחקנים החבים בחובות בהקשר של זכויות האדם. עם זאת, הן בשל הנתק היחסי בין הכתיבה האנליטית תורת-משפטית לכתיבה על זכויות אדם הן בשל היעדר העניין עד לשנים האחרונות בשאלת חבות זכויות האדם כמעט אי-אפשר לראות פיתוחים כאלו בספרות. רז עצמו, כאשר הוא כותב על זכויות אדם – להבדיל מזכויות בכלל – אינו מפתח את שאלת החבות, ומניח שהמדינה היא נשאית החובה. הוא אמנם אינו שולל פיתוחים כאלו אבל טוען שאין בהם צורך ממשי. הקשר העמוק בין זכויות האדם למדינה מביא אפוא גם תאורטקנים כרו לזנוח את העיסוק בהצדקת חלוקת החבות של זכויות האדם, מתוקף הטענה שדיון כזה אינו רלוונטי לפרקטיקה הקיימת. עם זאת, כפי שראינו, ספק אם טענה זו אכן מתארת את המתרחש כיום. ראו Joseph Raz, *Human Rights Without Foundations*, in *The Philosophy of International Law* 321, 329 (Samantha Besson & John Tasioulas eds., 2010)

המסורתית באשר לחלוקת העבודה בין מדינות לאינדיוידואלים ולתאגידיים ומתקשים להציע פתרונות חדשים למציאות המשתנה.⁸⁴

האם במצב זה, של חיפוש אחר מודל חבות מחודש של זכויות אדם, אפשר לשאוב תובנות באשר למודל חבות מהמערכת היהודית, שבמרכזה עומדת שאלת החובה? ניסיונות לתרגום של שפת זכויות לשפת חובות או שפת חובות לשפת זכויות נדונים פעמים רבות לכישלון או למצער לרידוד משמעויות עמוקות של כל אחת מן השפות,

84 כך למשל מצביעה כאמור הפילוסופית אונורה אוניל על קשיים מושגים העולים מהטלת חובות חיוביות ראשוניות של זכויות אדם במישור הטרנס-לאומי על שחקנים כתאגידיים. לטענתה, בכל הכרח בחובות שליליות לא לגרום נזק אין כל בעיה בהחלה אוניברסלית של החבות. כאשר, לעומת זאת, עוסקים בהחלה אוניברסלית של חובות חיוביות, מתעוררות בעיות מושגיות. לטענתה, חובות אלו – למשל, החובות הנגזרות מזכויות חברתיות – הן חובות לא שלמות (imperfect duties) במהותן. לפיכך אי-אפשר לחייב לשאת בהן או לדרוש נשיאה בהן אלא אם כן ישנו מוסד היצר קשר מיוחד בין נשא הזכות לנשא החובה. מוסד כזה יכול להצדיק את החבות וגם לאפשר את אכיפת החובה, שכן הוא מאפשר לשחקנים שונים לשתף פעולה ולמלא את חובם. על כן, לטענת אוניל, החלת חובות חיוביות דורשת יצירת מוסדות אוניברסליים, ובהיעדרם הן אינן יכולות להיות חובות ברות אכיפה. ראו O'Neill, לעיל ה"ש 16.

בדומה לכך טוען גם הפילוסוף תומאס פוג'ה, אחד ההוגים המרכזיים והמשמעותיים בספרות הצדק הגלובלי, שלתאגידיים, לאינדיוידואלים ולארגונים שאינם מדינות אין חובות ראשוניות של זכויות אדם, אבל יש חובות שניוניות. תפיסה זו רואה בזכויות האדם דרישות מוסריות החלות על כל סדר מוסדי – סדר מדינתי כמו גם סדר גלובלי – אבל דרישות החלות באופן ראשוני רק על מוסדות ולא על גופים "פרטיים". על פי תפיסה זו, אינדיוידואלים ותאגידיים הפועלים באמצעות מוסדות (מדינות, ארגונים גלובליים ובין-לאומיים) חבים רק חובות שניוניות כלפי אותם מוסדות: מניעת הפרת זכויות בידי המוסדות ודאגה לכך שהם יפצו את אלו שזכויותיהם הופרו. פוג'ה סבור לפיכך שלבני אדם ולתאגידיים אין חובות ישירות כלפי אינדיוידואלים אחרים המושפעים מפעילותם אלא רק חובות כלפי המוסדות שבמסגרתם הם פועלים. לפיכך הוא סבור לדוגמה שלא מתקיימת חובה פוליטיבית לסייע לעניים הכרוניים אלא רק חובות שליליות של הימנעות מהפרת זכויותיהם ומניצולם. גישה זו אינה משנה מן היסוד את תורת המשפט של זכויות האדם, ומאפשרת הטלת חובות מסוימות על גורמים שאינם מדינות. עם זאת, היא אינה מצדיקה כינון חובות ישירות של תאגידיים ושל שחקנים אחרים שאינם מדינות כלפי אלו אשר להם אינטראקציה ישירה עמם. החובות שהיא מטילה הן חובות פוליטיות לשינוי הממסדים הקיימים, הפוגעים בזכויות, אבל אין זה ברור כיצד יעוצבו הממסדים הראויים שמוטלת החובה לכוננם. שכן, אם עדיין אך ורק מדינות נושאות בחובות ראשוניות אוי שבנו למערכת של מדינות הלאום מן המאה העשרים, חזרה שבין אם נרצה בכך בין לאו, נראה שאיננה אפשרית. ואם לאו, תפיסתו של פוג'ה אינה מסייעת לעיצוב מוסדות ראויים חדשים שבהם יש לשחקנים מסוגים שונים חובות ראשוניות. ראו THOMAS POGGE, *Severe Poverty as a Human Rights Violation, in Freedom and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms* (2nd expanded edition, 2008) לעיל ה"ש 17.

שכן בעצם הבחירה בשפה זו ולא באחרת ישנה משמעות. ⁸⁵ עם זאת, שפה המבוססת על חובות יכולה לתת סימני דרך, השראה, לחשיבה מחודשת על חבות.

הגותם של הפילוסופים היהודים מרטין בובר (1878-1965) ועמנואל לוינס (1906-1995), שהתרכזו שניהם במושג האחריות הבין-אישית, יש בה כדי להציע מפתח ראשוני ומעניין לחשיבה מחודשת על מודל החבות של זכויות האדם. אציע כאן קריאה מסוימת, אישית ולא הכרחית בכתבי הוגים אלו. על פי קריאתי, הגות זו מצדיקה חבות ראשונית ובסיסית כלפי הזולת. חבות שאינה נובעת מחלוקת עבודה מכוננת או ממערך קבוע מראש ואוניברסלי אלא ממערכות יחסים פרטיקולריות, מה"חיים עצמם": חיים שאינם תחומים בספרות, דינמיים, משתנים ומשתרעים על פני כל רצף מערכות היחסים שבחיי האדם. הצדקה זו יש בה כדי להציע אופק מעניין לפיתוח מודל חבות וזכויות האדם המתאים לתקופה אשר בה משפיעות מערכות יחסים רבות ומגוונות על האופן שבו בני האדם נהנים מזכויותיהם. מערכות יחסים אלו דינמיות ומשתנות ואינן נענות לדיכטומיות בינריות. הגותם של בובר ולוינס, כל אחת בדרכה, עשויות אפוא לסייע בהתגברות על כמה מכשלות מרכזיות בניסיונות העכשוויים להציע מודל חבות מחודש. הן מאפשרות לצעוד אל מעבר למודל חלוקת העבודה הקיים ולהציע הצדקות לנשיאה בחבות המתבססות על יחסים בפועל.

ה"הומניזם העברי"⁸⁶ שהציע בובר וה"הומניזם של האדם האחר"⁸⁷ שהציע לוינס, שניהם ניסיונות לשמר מצד אחד כמה מהבסיסים של ההומניזם האירופי, אבל לעשות זאת מצד שני באופן שיגיב גם לסכנות שלדידם ההומניזם האירופאי הזה הציב, בין היתר, בדמות מאורעות השואה. ההומניזם של בובר ושל לוינס אינו מבוסס אפוא על חלוקת עבודה, על דיכטומיות ועל עקרונות רציונליים מופשטים, כלליים ובלתי משתנים, אלא על אתיקה בין-אישית שמשמעה אחריות בסיסית וראשונית כלפי האחר. תפיסה זו, שפותחה באמצע המאה העשרים, מציעה אופק מחשבה מעניין דווקא ליחסים מבוזרים ודינמיים המאפיינים את ראשית המאה העשרים ואחת.

הגותם של לוינס ושל בובר, שיש בה הרבה מן הדומה והרבה מן השונה, זוכה בשנים האחרונות לרנסנס מחקרי, ולא דווקא בפילוסופיה אלא בתחומי דעת אחרים כמו

85 Cover, לעיל ה"ש 1.

86 פנחס מנדס פלור "הלאומיות שבלב: היבטים פילוסופיים בהומניזם העברי של מרטין בובר" כאן ועכשיו: עיונים בהגותו של מרדכי מרטין בובר (1989).

87 עמנואל לוינס הומניזם של האדם האחר (2010).

פסיכולוגיה, חינוך, מדע המדינה, ספרות ומשפט.⁸⁸ עם זאת, שלושה קשיים מרכזיים ניצבים בפני אלו המנסים לקרוא הגות זו גם כהגות פוליטית-משפטית.

ראשית, הגותו של לוינס, ובעיקר הגותו של בובר, אינן מציעות מסגרת פילוסופית שיטתית אנליטית ומקיפה לחשיבה על העולם. יתרה מכך, חשיבה זו דוחה באופן אינהרנטי את היתכנותה של שיטה כזאת, שכן לדידה, האמת והטוב מתגלים בהקשר פרטיקולרי וכרוכים בקיומו של מערך נסיבות משתנה, ועל כן, כל ניסיון לייצר שיטה אנליטית כללית, לא זו בלבד שאינו רצוי אלא אף עלול לגרום נזק. תפיסה זו מקשה על השימוש בהגות זו כמצע לפיתוח נורמטיבי קונקרטי. לפיכך אין בכוונתי במסגרת זו להתחקות אחר שיטתם המחשבתית של ההוגים ולפענח כיצד יכולה הייתה להתייחס לפוליטי או למשפטי; לחלופין אין בכוונתי לאסוף רסיסי התייחסויות של כותבים אלו לפוליטי ולמשפטי ולבנות מפסיפס זה תפיסה כוללת. תחת זאת, בקריאה ראשונית זו, הזקוקה לפיתוח עתידי, אציע לבחון כיצד תפיסותיהם הייחודיות של בובר ושל לוינס את מושג החבות פותחות אופקים חדשים ומאפשרות חשיבה אחרת, שתעשיר את חבות זכויות האדם ותסייע לנו לחשוב עליה.

שנית, הקושי העיקרי שעמו מתמודדים אלו המנסים לתרגם את הגותם של לוינס ושל בובר למישור המשפטי או הפוליטי הוא העיסוק של הגות זו במישור הבין-אישי, ביחסים בין בני אדם, ולא בהתנהלות ציבורית ובשאלות של צדק כללי. על כן, הניסיונות לגשר בין הגות זו לתפיסה פוליטית או למשפט מבוססי מדינה מעוררים קשיים רבים. אל מול קושי זה אטען שדווקא מה שזוהה כעקב אכילס של הגות זו במישור הפוליטי והמשפטי הוא יתרונה המשמעותי בסיוע לעיצוב תפיסות משפטיות בעת הזאת, אשר בה הכוח מבוזר בין מוסדות ומערכות שונים. שכן אחת הבעיות המרכזיות הניצבות בפני התאוריה הפוליטית והמשפטית כיום היא כיצד להסדיר מערכות יחסים חוצות גבולות בין פרסונות מסוגים שונים בהיעדר מוסד כמדינה גלובלית או כריבון-על המתווך ויוצר מצע ליחסים אלו, הן מצע מוסדי-משפטי הן מצע הצדקתי-מוטיבציוני. השאלה שעמה מתמודדים רבים היא מדוע ואם בכלל ישנה אחריות חוצת גבולות, אחריות שאינה צומחת רק מכוח יחסי סולידריות פנים-מדינתיים או קהילתיים. לתפיסה המתבססת על יחסים בפועל – כמו תפיסתם של בובר ושל לוינס – ולא על מודלים פוליטיים כוללניים, יכול להיות על כן דווקא יתרון בעידן הנוכחי, אשר בו עוד לא התעצב מודל פוליטי-משפטי גלובלי כוללני אבל מתקיימים יחסים גלובליים בפועל.

שלישית, לאלוהות ולמטפיזיות מקום מרכזי והכרחי בהגותם של בובר ושל לוינס,

88 על העניין המחודש בישראל בראשית המאה העשרים ואחת בהגותו של בובר מזוויות אחרות ראו אורי רם שובו של מרטין בובר (2015).

בעוד תאוריות משפטיות ופוליטיות מודרניות נוטות "לחלן" את המטפיזי או להותירו מחוץ לדיון הפוליטי-משפטי. בקריאה זו אבקש להותיר את הממד המטפיזי בהגות על כנו ולהציגו ככזה בלי לנסות לחלנו או להתעלם מקיומו.

הן לוינס הן בובר, כל אחד בדרכו הייחודית, עוסקים ביחסים הלא מתווכים מוסדית עם הזולת. שניהם – כל אחד באופן אחר – רואה יחסים אלו כמושתתים על חבות ועל אחריות. האופן שבו שניהם מבינים ומגדירים חבות נבדל הן אתית הן אונטולוגית מתפיסות היסוד הליברליות, המתאפיינות בדיכטומיות בין חובות חיוביות לשליליות, בין חובות שלמות ללא שלמות ובין חובות פרטיות לציבוריות. לכן יכולות הנחות יסוד העולות מהגותם של לוינס ושל בובר לסייע בחשיבה על מודל חבות החורג ממודל החבות המסורתי. תפיסות הומניות הרואות באדם (או בכל פרסונה אחרת) ישות האחראית בעיקר לעצמה מניחות בדרך כלל כהנחת מוצא נסתרת את קיומו של מוסד כמו מדינה, המסדיר את קיומה של אחריות חברתית ואת חלוקתה בין פרסונות שונות. לעומת זאת, תפיסה כשל לוינס ושל בובר, הרואה אחריות לאחך כיסוד כל מערכת יחסים או מפגש בין שניים, יכולה לשמש יסוד מעניין לחשיבה על מודל חבות בתקופה אשר בה מתערערת חלוקת העבודה בין המדינות ובתוכן פנימה.

מסורות האמנה החברתית, שראינו שהן העומדות ביסוד מודל חבות זכויות האדם הקיים, מתבססות על הנחת המוצא שלפיה המצב הראשיתי נטול חבות, ובאקט רצוני החליטו אינדיווידואלים לכרות אמנה חברתית כדי להביא לשמירה מְרֵבִית אפשרית על זכויותיהם. החבות על פי תפיסה זו היא אפוא פרטיקולריסטית, וולנטרית, תוצר של אמנה חברתית קונקרטי של מדינה כזאת או אחרת, ולכן ישנו כיום קושי להצדיק חבות חוצת גבולות. נוסף על כך, החבות נתפסת כחבות מדינתית הצומחת מהיחסים בין האזרח למדינה, ולכן יש קושי בהצדקת חבות בין-אישית במישור ה"פרטי"-אופקי. לעומת המסורת הזאת של מודל החבות של זכויות האדם, תמונת המצב האונטולוגית והאתית שמספקים בובר ולוינס, שונה. מבחינתם, הזיקה והאחריות לאחך הן המצב הבראשתי. אם החבות היא מצב הטבע הראשוני, אפשר לטעון שהאמנה החברתית איננה יוצרת חבות חדשה יש מאין אלא ההפך: פוטרת את האדם מחבובות מסוימות, שכן בלעדיה החבות אין-סופית.⁸⁹ תפיסה זו מאפשרת לחשוב על הצדקות לחבות זכויות אדם אופקית ועל חבות החורגת מגבולות המדינה.

כך למשל כותב לוינס: "הקשר עם האחר שזור אך ורק בתור אחריות. בין אם אתה מקבל או דוחה אותה, בין אם אתה יודע או אינך יודע ליטול אותה. בין אם אתה מסוגל

89 עמנואל לוינס אתיקה והאינסופי 75 (2002).

לעשות משהו קונקרטי למען האחר, אם לאו. לומר: הנני. לעשות משהו למען האחר, לתת, להיות רוח אנוש [...] האנוש הוא, לפני כל נחישות אנתרופולוגית, עצם האפשרות של להיות-למען-האחר.⁹⁰ לוינס מסרטט אחריות מעט אובססיבית, המבוססת על חוב קדום לאחר, כמעט פרה-מורדיאלי. אחריות זו היא באופן הכרחי א-סימטרית ואינה מותנה ביחסים הדדיים. לוינס מכנה אותה "אחריות אנרכית". בביטוי זה הוא אינו טוען שהאחריות מחייבת אנרכיזם פוליטי או שהאנרכיזם הוא עיקרון המבנה ומעצב יחסים עם האחר. הביטוי "אנרכיזם" מתאר מבחינת לוינס את אופן הפנייה לאחר, שאינו מודרך על ידי תיווך של עיקרון או של אידאל אלא הוא ישיר ובלתי אמצעי. באופן זה, האחר מושפע בלי שמקור ההשפעה הוא תמה או ייצוג חיצוניים. על כן אנרכיה אינה מסמלת סדר או אי-סדר אלא אחריות שהיא לא מותנית, ונעדרת מידות או עקרונות.⁹¹

בובר טען שבראשית קיימת הזיקה, ולא הנבדלות האינדיווידואלית.⁹² לקדימות הזיקה על הנבדלות במחשבתו של בובר משמעות כרונולוגית-התפתחותית, אפיסטמית וגם נורמטיבית-אתית.⁹³ בובר עומד על כך שמבחינה כרונולוגית, האינסטינקט הראשוני, הפרימיטיבי, הפרה-מורדיאלי, של התינוק הוא הצורך בזיקה, בקשר, בשיתוף, ורק לאחר מכן מתפתח האינסטינקט של הנבדלות והרצון בה. מבחינה אפיסטמית התינוק תופס עצמו כחלק לא נפרד מן העולם ולא כמונדה נבדלת, ורק מאוחר יותר מתפתחים אצלו תפיסת הייחודיות והצורך בה.⁹⁴ מבחינה נורמטיבית אתית (וגם רוחנית), הזיקה לאחר – טוען בובר – היא המאפשרת לאדם להיות שלם ולהתעלות מעל צרכיו ההישרדותיים. מכאן שהמטרה, התכלית, הראוי, הטוב שבחיי אדם, הנגיעה באלוהי, הוא ההימצאות בזיקה עם האחר. "אין האדם יכול להיעשות שלם מתוך יחס לעצמיותו הוא", כותב בובר,

90 לוינס, שם, בעמ' 73.

91 Matthew Stone, *Law, Ethics and Levinas's Concept of Anarchy*, 35/1 AUSTRALIAN FEMINIST L. J. 89 (2011)

92 אברהם שפירא הרוח במציאות: מגמות העיצוב בהגות בובר 14 (1994).

93 אבי שגיא "היחס בין זיקת אני-אתה סופי לאני-אתה נצחי בתפיסתו של מרטין בובר" דעת 7 139 (1981).

94 עם זאת, יצירת מערכת היחסים מצריכה, אליבא דבובר, שני שלבים שלובים: המרוחק, שהוא המצב האנושי של נבדלות; הקשר, שהוא למעשה המשמעות של היות אדם. על כן, למרות העדיפות ליחסי זיקה, זיקה שאינה פרימיטיבית-ילדית מחייבת גם נפרדות. "אין אתה יכול להיכנס בזיקה אלא עם יש שמרוחק הוא וביתר דיוק: עם נוכח שנקנתה לו עצמאות", כותב בובר. דיבור, דו-שיח של ממש, המאפשר יציאה מהעצמי הנבדל, אפשרי רק עם ישות נבדלת אחרת. "הדיבור", כותב בובר, "עומד על הנחת האחרות העצמאית של האחר ועל ההודאה בה, ועל יסוד זה דווקא באים בני אדם לידי זיקה זה עם זה תוך דיבור וענייה" (מרדכי מרטין בובר בסוד שיח על האדם ועמידתו נוכח ההווה 127 (2007) [1963]).

"אלא מתוך יחסו לעצמיות אחרת".⁹⁵ דווקא קיומו של האחר, לפיכך, הוא המכונן את האינדיווידואל השלם. "רק מי שידוע זיקה מהי ויודע נוכחותו של אתה, מוחזק בהכרעה. כל המכריע הכרעה הוא בן חורין".⁹⁶ במקום אחר כתב: "אין הווייתנו מוצאת את תיקונה כעצמה אלא במגעו של איש לאיש, בזיקה של אני ואתה זה לזה, זו זיקה שלבושה דו שיח".⁹⁷ מכאן שקיומו של האחר וצרכיו, לא זו בלבד שאינם מאיימים על האינדיווידואל הבוחר, אלא אי-אפשר – לטענת בובר – להיות אינדיווידואל ללא זיקה וקשר לאחרים על כל האחריות הכרוכה בקשר זה.

תפיסתו של בובר מאירה באופן ייחודי את התכלית שליברלים רבים רואים כתכלית העליונה – האפשרות של אדם לסרטט את סיפור חייו כתוצאה מבחירה חופשית. אליבא דשיטתו, משמעות אינה נוצרת באמצעות האינדיווידואל לבדו אלא באמצעות היחסים שבהם הוא מעורב. כל אינדיווידואל מגלה את הפוטנציאל שבו כאשר הוא נמצא באינטראקציה עם אחרים. כתוצאה מכך יש לו הבנה מתפתחת של עצמו, הנובעת מאירועים שונים ומיחסים שונים, המשתנים כל העת ומגלים כל הזמן אפשרויות חדשות. לכן כל אינדיווידואל אינו נקרא להשלים תכנית חיים ידועה מראש והחיים אינם תוצר של זהות מעוצבת סביב תכנית שכזאת. כאשר אינדיווידואל פונה לאחרים הוא מגלה כל הזמן אפשרויות חיים ופועל להגשימן. במהלך פעולות אלו מתפתחות באופן בלתי נמנע מערכות היחסים הישנות ונוצרות חדשות, וכתוצאה מכך נפתחות אפשרויות חיים חדשות.⁹⁸ במסגרת ההשתנות המתמדת הזאת, המתבססת על יחסים, לאופן שבו מתייחסים בני האדם זה לזה משמעות מכרעת בעיצוב חייו של האינדיווידואל, שכן בני האדם מכוננים זה את זהותו של זה. האינדיווידואליות, לפיכך, איננה מאמץ יחידי אלא מאמץ משותף. במסגרת זו מאשרים בני האדם ומעצבים כאמור זה את אישיותו של זה. "לא כן הוא האדם", כותב בובר. "הריהו צופה בצנעה ובחרדה ל'הן' של היתר ההוויה, שאינו יכול לבא אלא מנפש אדם לנפש אדם; בני אדם מגישים זה לזה את דגן השמיים של היות עצמם".⁹⁹ תפיסתו של בובר, שעל פיה האדם מכונן באמצעות קשרים עם אדם אחר, היא המצדיקה לדידו הטלת מחויבות ישירה בין אדם לאדם, מחויבות שאי-אפשר להמחותה לאדם או למוסד אחר. שכן אם היחס הבין-אישי הוא המכונן את זהותו של

95 בובר, שם, בעמ' 68.

96 שם, בעמ' 39.

97 שם, בעמ' מז.

98 Steven M. DeLu, *Martin Buber and Immanuel Kant on Mutual Respect and the Liberal State*, 9/1 JANUS HEAD 117 (2006)

99 בובר, לעיל ה"ש 94, בעמ' 68.

כל אינדיווידואל ואם אנו מעוניינים לחיות בחברה המאפשרת לבני אדם לחיות בכבוד, אזי חלות חובות ואחריות ישירות של בני אדם כלפי בני אדם אחרים. האחריות הזאת לאַחַר איננה מתגבשת אך ורק כלפי אחרים מסוימים, כבני משפחה או קרובים, אלא משתרעת על פני מכלול שלם של אחרים שעמם בא האדם במגע. כך, לפי בובר, "הציץ בך כלב – אחריות ההצצה עליך, תפס תינוק את ידך – אחריות מגעו עליך, להקת אנשים רועשת גועשת מסביבך – אחריות מצוקתם עליך".¹⁰⁰ קרי, עצם החיים והאינטראקציה עם האחרים מטילים אחריות כלפי אלו שעמם נמצאים באינטראקציה זו.

יש הרואים בגישתו של בובר התגברות על התפיסה הדואליסטית הנוצרית (שהוא מצא לה ביטויים גם ביהדות הממוסדת). לגישה זו ביטויים חילוניים: הבחנות בין משפחה לחברה, בין חברה למדינה, וכדומה, היוצרות ניכור ופיצול בלב ובחי אדם. התגברות זו מתבצעת באמצעות התבססות מתודית ואתית על יחסים בין-אישיים.¹⁰¹ כך, במקום התייחסות לאַחַר על בסיס מוסד מתווך כמדינה, או קטגוריה מתוכחת כהיות שני בני האדם אזרחי אותה מדינה, טען בובר שיש להתייחס לאַחַר באופן ישיר, על כל המלאות והמורכבות של האדם שלפניך. המלאות הזאת תוכל לבוא לידי ביטוי אם נסייע האחד לשני לממש את הפוטנציאל, את היסוד המקודש שבנו. בובר אינו מבחין בין ספרות שונות או בין גבולות מדיניים התוחמים חבויות, אלא בין מצבי יחסים בין-אישיים שונים, יחסי אני-אתה ויחסי אני-לו. יחסי אני-אתה הם יחסים המבוססים על פגישה, על דו-שיח, על דיאלוג, ואילו יחסי אני-לו הם יחסים אינסטרומנטליים. מצבים אלו אינם מצבים קבועים אלא רגעים העשויים להתרחש בכל פן ומרחב של החיים. ייתכנו רגעים של יחסי אני-לו בתוך המשפחה ורגעים של יחסי אני-אתה בעת התשלום לקופאית בסופר. יחסי אני-אתה המבוססים על זיקה הם היחסים הרצויים, אבל הם חייבים להיות מלווים גם ביחסי אני-לו, המבטיחים בסיטואציות מסוימות צרכים הישרדותיים של החיים. הארכיטקטורה של המוסדות החברתיים צריכה להיות אפוא כזאת שתאפשר, תעודד ותיתן אפשרות היתכנות ליחסי אני-אתה בכל האתרים ובכל העתות שונות – גם בספרה הכלכלית, למשל.

בכתיבה של בובר בסוגה אחרת אפשר למצוא ביטוי מעניין נוסף לתפיסתו את הקיום כרצף ולא כמחולק לספרות נפרדות, שבהן חבויות אחרות. אחד המפעלים המשמעותיים ביותר שבהם היה מעורב הוא תרגום התנ"ך לגרמנית בצוותא עם פרנץ רוזנצוויג. במסמך שבו הם מנמקים את החלטותיהם התרגומיות הם מבארים את הקשר בין צדק לצדקה. צדק הוא לדידם ביטוי אבסטרקטי לאמת, בעוד צדקה היא הפנמה של אותה אמת לתוך

100 שם, בעמ' 126.

101 שפירא, לעיל ה"ש 92.

החיים הנחווים, הוכחת אמת באמצעות פעולה. היחסים בין צדק לצדקה הם היחסים שבין המושג לבין האקטואליזציה שלו בחיים האנושיים, אישור המושג בחיים עצמם.¹⁰² בניגוד לתפיסות הרואות בצדקה (charity) אפיק נבדל ושונה מצדק, חובה לא שלמה ומכאן גם לא אכיפה ולא משפטית, מפרש בובר את התנ"ך ככזה המורה על כך שהצדקה אינה נבדלת מהצדק אלא היא האקטואליזציה של הצדק בחיים עצמם, וככזו, אינה מוגבלת לאפיקים ולספרות מסוימים של החיים אלא היא דרך חיים. הצדקה היא הן מצווה אישית הן מצווה מוסדית-קהילתית. העובדה שהאדם הוא חלק מקהילה אשר לה מוסדות רווחה וצדקה אינה מוציאה אותו ידי חובה ואינה פוטרת אותו מהאחריות כלפי אחרים. מכאן שהצדקה, שהיא הביטוי של הצדק בחיים עצמם, אינה מצמצמת לביטוי בספרה נבדלת ומסוימת של החיים אלא היא חלק אינהרנטי ממכלול חייו של האדם ומכלול היחסים שבהם הוא מעורב.

גם אצל לוינס, מושג הצדקה ויחסו לצדק הם מפתח לסרטוט חלוקת עבודה ייחודית אשר בה אחריותו הישירה של אדם לאחר אינה ניתנת להעברה למדינה או למישור פוליטי תחום אלא היא חלק בלתי נפרד מיחסים בין-אישיים. כך כותב לוינס: "יש כאן הכפפה של כל היחסים האפשריים בין האל לבין בני האדם – גאולה, התגלות, בריאה – לכינונה של חברה שבה הצדק, במקום להישאר [מושא] שאיפתה של החסידות האישית, הנו חזק דיו כדי להתפשט על פני כל היחסים הנזכרים ולהתממש".¹⁰³

ביטוי הצדק בחיי היום-יום של בני האדם היא הצדקה, שלדידו של לוינס היא האחריות לאדם אחר. הן האלוהים הן המוסדות החברתיים אינם פוטרים את האדם מאחריותו כלפי האחר. אגדה תלמודית מסייעת ללוינס להדגים טענה זו: "אם אלוהיכם אוהב עניים, מפני מה אינו מפרנסם?", שאל [טורנוס רופוס ה]רומאי את רבי עקיבא. 'אמר לו: כדי שניצולו אנו בהן מדינה של גיהנום'. ולא ניתן לטעון ביתר עוצמה שמן הנמנע שהאל ייטול על עצמו את חובותיו ואחריותו של האדם. אחריותו האישית של האדם ביחס לאדם היא כזאת שאין האל יכול לבטלה".¹⁰⁴

לוינס דוחה תפיסות הרואות באהבה ובחסד, שהם מעבר לחוק, מדריכי ספרות מסוימות בחיים, ומכפיף את כל סוגי היחסים לסטנדרט דומה: "צדק הוא המונח שהיהדות מעדיפה על פני מונחים מעוררי רגש יותר", הוא כותב, "שכן האהבה עצמה דורשת צדק, ויחסי עם רעי לא יוכלו להישאר חיצוניים ליחסים שהרע הזה מקיים עם

102 שם, בעמ' 124.

103 עמנואל לוינס "דת של מבוגרים" חירות קשה: מסות על היהדות 84 (עידו בסוק מתרגם, 2007).

104 לוינס, שם.

השלישי. גם השלישי הוא רעי".¹⁰⁵ כך גם בהמשך דבריו. לדידו, היהדות מחייבת "כינונה של חברה שבה הצדק, במקום להישאר [מושא] שאיפתה של החסידות האישית, הנו חזק דיו כדי להתפשט על פני כל היחסים הנזכרים ולהתממש".¹⁰⁶ אליבא דלוינס, צדק, רחמים ורצון טוב אינם מערכות נבדלות. הצדק-החוק הוא היסוד לכל תת-המערכות הללו.

משמעותו של אותו צדק, אליבא דלוינס, היא האחריות לחלש. זו מצד אחד אחריות אישית של כל אדם, שאי-אפשר להיפטר ממנה, אבל מצד שני היא גם אחריות פוליטית: הציווי לכינון "כלכלה צודקת". מכאן עולה הציווי הכפול שאפשר לגזור מדבריו של לוינס: עשיית צדק היא הן עניין למדיניות חברתית-כלכלית מאורגנת הן עניין להתנהלות אישית-אינדיווידואלית: השתיים אינן מוציאות האחת את חברתה אלא משולבות זו בזו. קרי, את החבות ואת האחריות אי-אפשר להפריט ולהפוך רק לאישיות, וגם אי-אפשר להמחותן באופן מלא למדינה כפי שאי-אפשר להמחותן לאלוהים – הן גם עניין של הסדרים חברתיים וגם צו אישי. כך כותב לוינס בהקשר אחר: "אין משמעות לצדק אלא אם כן הוא שומר על הרוח של קיום מעבר לאינטרסים, המחייב את רעיון האחריות כלפי האדם האחר".¹⁰⁷

אם כן, בובר ולוינס, כל אחד בדרכו, רואים את כלל היחסים הבין-אישיים כמייצרים חבות בלא לתחמם בספרות ובחלוקת עבודה ובלא שאפשר להמחות את כלל החבות למוסד כלשהו. החבות שהם מתארים היא הן אישית הן מוסדית. כעת נשאלת השאלה מה תוכן חבות זו. בעוד מודל חבות זכויות האדם המסורתי מבוסס על הבחנה ברורה בין סוגי חבויות שונות – חובות שליליות וחוביות, שלמות ולא שלמות – מציעים בובר ולוינס חבות גמישה ומשתנה. החבות העולה מכתובה זו מתאפיינת בדינמיות ועל כן היא יכולה להציע קצה חוט מעניין לחשיבה על חבות בעידן אשר בו היחסים דינמיים ומשתנים. את סטנדרט ההתנהגות הנדרש ביחסים השונים, חוצי הספרות, מכנים בובר ולוינס "אחריות". האחריות לדידם היא האופן הראשוני שבו פונה האדם לעבר סביבתו. מה תוכנה של אחריות זו?

האחריות שמסרטט בובר דומה במובנים מסוימים לכבוד שקובע עמנואל קאנט כסטנדרט התנהגות, אבל במובנים אחרים שונה ממנו מאוד. הכבוד הנדרש בידי קאנט נובע מעיקרון רציונלי מושגי, והוא סט קבוע מראש של אופני התנהגות, המבטא על פי הפרשנויות המקובלות בעיקר חבות שלילית. בובר מושפע ממושג הכבוד שקבע קאנט, אבל מפתחו בכיוונים מפתיעים. בובר מציע אחריות המגיבה לאתר קונקרטי ולצרכיו

105 לוינס, לעיל ה"ש 103, בעמ' 89.

106 שם.

107 שם, בעמ' 75.

שלא על פי מטריצה מושגית בעלת דיכוטומיה פנימית וחיצונית – למשל, בין חובות חיוביות לשליליות – אלא האחריות שבלבה היא אופן מסוים של פנייה לאחר, שהתוכן הקונקרטי שלה נקבע על יסוד צרכיו של האחר ומערכת היחסים הקונקרטית. כך כותב בובר: "אחריות מניחה קיומו של תובע ראשוני, כלומר השרוי בתחום שאינו תלוי בו, ולפניו אני חייב ליתן דין בחשבון. הוא תובע ממני משהו שהפקיד בידי ואני חייב על שמירתו. [...] במקום שאין שום תביעה ראשונית יכולה לפגוע בו, לפי ש'הכל קנייני שלי', שוב אין האחריות אלא צל בלבד. ובוה פושר והולך אופי ההדדיות של החיים. כל מי שאינו עונה עוד, שוב אינו שומע דיבור".¹⁰⁸ במקום אחר עומד בובר על האופי המשתנה והדינמי של האחריות, התלויה בסוכנים המעורבים: "יש לחזור ולהוציא את מושג האחריות מרשותה של תורת המוסר הנבדלת, מרשותו של 'ראוי' המרחף באוויר, ולהכניסו שוב אל החיים הנחיים. אין אחריות אמיתית אלא במקום של ענייה [מלשון 'מענה'] אמיתית".¹⁰⁹ מכאן שאפשר לזקק מתפיסתו של בובר את האחריות שני מאפיינים מרכזיים: היותה מכוונת כלפי אחר קונקרטי כלשהו והיותה מבוססת על מענה, תגובה משתנה לאותו אחר, ולא על סט מושגי קבוע מראש. אותו מענה שהוא לזו החבות אפשר להבין כדיבור עם אותו אחר, אבל גם כהיענות לצרכיו ולתביעותיו.

אמצעי אחר להבנת הממד המשתנה תדיר של החבות בהגותו של בובר הוא סרטוטו את מרחב הביניים – in between הבינ-אנושי, מרווח ה"היות יחד", הדו-שיח שבין בני האדם.¹¹⁰ דו-שיח, על פי בובר, מבוסס על פרשנות חדשה מתמדת של מבנים ומושגים קיימים והמצאתם מחדש, והוא היוצר באופן מתמיד ודינמי את הסדר החברתי הכללי. מבנים ומוסדות חברתיים נוצרים ומשתנים באופן דינמי ומתמיד על בסיס הבינ-אנושי, על בסיס הקשרים של בני אדם האחד עם האחר ועל בסיס הפרשנות המבוצעת תדיר לסדר במסגרת יחסים אלו. דיבור כזה, אי-אפשר לחזות מראש לאן יוביל, ועל כן, הן האינדיווידואל הן הסדר המכנן באמצעות יחסים אלו משתנים תדיר באופן לא צפוי. בכך מחזיר בובר את הספונטניות ואת הדרמה לתוך היחסים ומשם גם למבנים חברתיים, המכננים כל הזמן בידי דו-שיח ושפה. את יצירת החוק – על מודל החבות שהוא מורה עליו – אי-אפשר להבין רק באמצעות שימוש בקטגוריות חשיבה של מבנים ומוסדות וגם לא על בסיס הרואה בעולם אך ורק סוכנים המבקשים למקסם תועלות, אלא על בסיס דו-שיח בין-אנושי, המשתנה תדיר. מכאן שהחבות היא תמיד מבוססת דו-שיח

108 בובר, לעיל ה"ש 94, בעמ' 69.

109 שם, בעמ' 124-126.

110 שם, שם.

ומכוונת לאחר קונקרטי, ומכאן נובע שהיא גם חייבת להיות גמישה כדי שבאמת תתאים לאותו אחר קונקרטי ותיענה לצרכיו ולקולו הייחודי.

הממד הדאלוגי הזה, שבבסיס האחריות שמסרטט בובר, יכול להציע גם מענה מעניין, שיש עוד לפתחו, לקושי הדמוקרטי שעליו הצבעתי, וטמון למשל בחבות אקס-טריטוריאלית. שכן אם החבות עצמה דיאלוגית ומחייבת דו-שיח, ואינה קבועה מראש, כפי שבובר מסרטט, אזי הבעייתיות שבהיעדר השתתפות של מושא החבות, בעל הזכות, בעיצוב חבות חוצת גבולות, יכולה להיפתר באמצעות חיוב דיאלוג ישיר עמו. מכאן שאפשר לחשוב על דמוקרטיה לא רק במובן של כינון חוק קבוע, ברור ואוניברסלי, אלא גם כמנגנון פנימי לכל סוג של אינטראקציה, ולמעשה לכל סוג של חבות, מנגנון המחייב התקיימותו של דיאלוג עם נשא הזכות והקשבה לקולו הייחודי.

גם לוינס בחר דווקא במושג האחריות כדי לסמן את היחס הנדרש כלפי האחר, את סטנדרט ההתנהגות הנדרש. מחיבוריו הפילוסופיים קשה לזקק תוכן ברור כלפי האחריות האין-סופית שהוא מסרטט לאחר, בשל יסוד האחרות של האחר, המביא עמו חוסר אפשרות ליתן משמעות אחידה למושג. עם זאת, אחרות זו מביאה לידי ביטוי גם כאן את אופייה הייחודי של החבות, שאינה סט חובות ידוע מראש ואחיד אלא משתנה בהתאם לייחודיות ולחד-פעמיות של האחר שכלפיו מופנית אותה אחריות. דווקא בחיבוריו בעלי ההקשר היהודי מסרטט לוינס מאפיינים קונקרטיים יותר למושג האחריות. בהקשר זה הוא טוען שהאחריות היא חבות כלכלית-גשמית. בחיבורו דת של מבוגרים הוא דן בדת היהדית ובציוויים האוניברסליים העולים ממנה. עקרון היסוד שהוא מזקק מהיהדות הוא הצדק החברתי, המטיל אחריות ישירה על כל אדם:

הזיקה לאלוהי עוברת דרך הזיקה לבני האדם וחופפת את הצדק החברתי – הרי לכם תמצית רוחו של התנ"ך היהודי. למשה ולנביאים אין עניין בהישארות הנפש, אלא בעני, באלמנה, ביתום ובגר. הזיקה לאדם, שבה מתממש המגע עם האלוהי, אינה סוג של ידידות רוחנית אלא היא מתבטאת, מורגשת ומתממשת בכלכלה צודקת אשר לה אחראי כל אדם ואדם.¹¹¹

בדבריו אלו אפשר למצוא משום רמיזה עוקצנית לעברו של בובר, שתפיסת ה"אני-אתה" שלו יכולה להתפרש, והתפרשה בידי לוינס, כמפגש רוחני בלבד בין שני בני אדם, ללא משמעות גשמית. אך מעבר לזה יש כאן מסד למודל חבות שאינו מאפשר להמחות חבות למוסד כלשהו אלא דורש חבויות ישירות בין אדם לאדם, חבויות שמשמען צדק חברתי-כלכלי. כדי להבהיר עניין זה משתמש לוינס כאמור בדברי רבי עקיבא על אחריות האישית של האדם כלפי אדם, שאי-אפשר להמחותה לאלוהים, ובוודאי לא למדינה.

111 לוינס, לעיל ה"ש 103, בעמ' 83.

לסיכום, בפרק זה הצעתי קריאה אישית שלי את כתביהם של בובר ושל לוינס, קריאה המדגימה כיצד יכולה הגות המבוססת על מושג החובה והאחריות ולא על מושג הזכות לסייע היום בעיצוב מודל חבות מחודש של זכויות האדם. קריאה זו חשובה כמובן לביקורת מסדרים שונים: הן על מידת דבקותה בטקסט הפילוסופי הן על עצם היכולת להסתייע בטקסט העוסק באתיקה בין-אישית לצורך חשיבה על חבות משפטית. ביקורות אלו שרירות וקיימות, אבל כל שברצוני היה להדגים בקריאה ראשונית ואישית זו הוא את האפשרויות שיכולה הגות מבוססת חובה ואחריות להציע כדי לחשוב מחדש על הנחות המוצא של מודל חבות זכויות האדם. הגותם של בובר ושל לוינס בקריאה זו מאפשרת ליתן השראה ומפתח ראשוני הזקוקים לפיתוח תאורטי עמוק למודל חבות זכויות אדם אשר בו החבות איננה מתוחמת לספרות שונות ואינה נענית לדיכטומיות כחבות שלילית וחיובית אלא מתבססת על יחסים בין-אישיים ועל צרכים דינמיים ומשתנים ודורשת את קיומו של דיאלוג מתמיד. הצדקות דומות מתחילות להתפתח גם בספרות הפילוסופית ובספרות הצדק הגלובלי, ונראה שהגותם של בובר ושל לוינס יכולה לתרום תרומה חשובה לזרמי חשיבה אלו.¹¹²

112 ראו לדוגמה כיצד קורא סטפן דראוול מחדש את החובה הקנטיאנית לכבוד כחובה שבהכרח כרוכה ביחסים ובהכרח כרוכה בהתייחסות לאחר קונקרטי ולא כחובה הנובעת מעקרונות רציונליים מופשטים. ככלל, הוא קובע, ריבונותנו על עצמנו היא ריבונות כלפי האדם האחר, ועל כן החובה לכבוד היא גם חובה כלפי אדם אחר מסוים. הסיבות לפעולות הכרוכות בכבוד תלויות סוכן, קובע דראוול, תלויות סוכן פועל וסוכן נמען. לכבוד אדם אחר משמע להכיר בריבונותו. הכרה זו אינה מופשטת אלא נובעת מדרישתו של הקונקרטי של האדם השני ומהקשבה לאותו אדם שני. חובה זו אינה יכולה, לטענתו, להיות מבוססת על ערכים ועל נורמות קבועים הנובעים מתפיסה מופשטת של מהות האנושיות. לדידו היא חייבת להיות כרוכה בזיהוי האדם האחר הקונקרטי כריבון התובע או דורש מילוי חובות אלו ובהתייחסות לו. על כן החובה לכבוד משמעה לתת לאחר זכות עמידה מולנו, והפרקטיקה של הכבוד היא תגובתיות לתביעותיו. פרקטיקה זו מערבת גם פגיעות שלך ממנו מכוח זכותו לתבוע ממך. לא די, אם כך, לספק לאחר זכויות מופשטות אלא יש להיענות לדרישותיו הקונקרטיות. מקור החבות על פי דראוול הוא האדם הקונקרטי השני, ועל כן אפשר לטעון שמקור חבות כזה מביא לכך שתוכן החבות אינו יכול להיות נורמות קבועות מראש אלא חייב להתבסס על ציונים דינמיים המשתנים בהתאם לזהות הצדדים. טענה זו יכולה להצדיק את קיומן של נורמות דינמיות המשתנות בהתאם לזהות הסוכנים – האחראי ומוטב האחריות. עם זאת, חשוב לציין שדראוול, בניגוד לדיון כאן, אינו עוסק בחבות משפטית אלא בחבות מוסרית ואינו רואה בחובות הנגזרות מהכבוד בהכרח גם חובות פוזיטיביות לסיוע, שכן נראה שהוא דבק בהבחנות הקנטיאניות בין חובות שלמות לחובות לא שלמות. עם זאת, העמדת האדם הקונקרטי השני במרכז החובה הקנטיאנית לכבוד מאפשרת לדמיין ולהצדיק נורמות משפטיות הנובעות מהחובה המוסרית הזאת, שהדינמיות והשונות הן שניים מהיסודות החשובים שלה. ראו: STEPHEN DARWALL, *THE SECOND-PERSON STANDPOINT: MORALITY, RESPECT, AND ACCOUNTABILITY* (2006)

איני מבקשת לטעון שיש לתרגם במדויק את תפיסת החבות האתית של בובר ושל לוינס לחבות משפטית. בין האתיקה למשפט קשרים סבוכים ומורכבים שאין זה המקום לדון בהם. לחלופין, ברצוני להציע ששימוש בהנחות המוצא של הגות זו יכול לאפשר חשיבה מחודשת על חבות משפטית של זכויות האדם. קביעתם של בובר ושל לוינס, שכל יחסים או פגישה עם אחר יש בהם חבות מסוימת, מכילה שתי הנחות נסתרות: ראשית, אחריות בין-אישית אינה נובעת רק מאקט וולנטרי אלא עצם החיים יחד מייצרים אחריות - אחריות שהיא תנאי המאפשר חירות ולא סותר חירות; שנית, אחריות אינה מצמצמת לספרות מסוימת. כך למשל, אחריותנו לחברינו האזרחים אינה סותרת אחריות אקס-טריטוריאלית כל זמן שיש לנו קשרים אקס-טריטוריאליים. שימוש בהנחות מוצא אלו יכול לסייע בעיצוב חבות חוצת גבולות וספרות המתאימה לעידן הנוכחי. אין בכך, כאמור, לומר שכל חבות אתית יש להפוך לחבות משפטית. חלק מהחביות האתיות אכן יש להפוך למשפטיות, אבל חביות אחרות, מוטב תישארנה בתחום האתי. עם זאת אין בכך כדי לומר שהמשפט אדיש ושותק נוכח חביות אתיות אלו, אלא שהאתגר העומד בפני המשפט הוא כיצד לעצב הסדרים משפטיים ויחסים משפטיים שיתמכו בחביות האתיות האלו ויאפשרו להן לפרוץ ולהיות בעולם. כך למשל, יצירת מערך של חובות פרוצדורליות המחייבות את הנהלת התאגיד להיפגש פנים אל פנים ולנהל דיאלוג אם אלו שזכויותיהם עלולות להיות מופרות באמצעות פעילות התאגיד, גם בסבירות נמוכה, קודם התרחשות הפגיעה, יכולה לתמוך באחריות אתית ולאפשר גם לה לבוא לידי ביטוי.

סיכום

שינויים עצומים מתרחשים בעשורים האחרונים בזירה הגלובלית. מוסדות ומדינות שנראו יציבים וכמעט על-זמניים מגלים סימני חולשה והתרופפות, שחקנים חדשים נכנסים לזירה ומשפיעים על חייהם של מיליארדים, ועידן שנראה לפני כמה עשורים כ"קץ ההיסטוריה" מתגלה כתקופת מעבר לסדר חדש ולא ידוע. על רקע אי-היציבות הזאת והשינויים הלא פוסקים רואים רבים בזכויות האדם אופק והבטחה להסדרה גלובלית ויצירת מכנה משותף חוצה תרבויות, משטרים וגבולות מדיניים. מאמר זה טוען שאף ששיח הזכויות פרץ זה כבר את גבולות המדינה ומשמש כלי שיח במערכות יחסים מעל ומתחת למדינה, החשיבה על אודות החובות הקורלטיביות לאותן זכויות עדיין לא חצתה את רוביקון גבולות המדינה ועדיין נסמכת, אם לא רק על חבות שהיא מדינתית, כי אז על הנחות יסוד מדינתיות המעצבות חבות זו. כתוצאה מכך עלול שיח הזכויות לאבד את יכולתו להמשיך לשמש שיח המסוגל להסביר ולהסדיר שמירה על

אינטרסים אנושיים בסיסיים בעולם שבו מערכות יחסים רבות חוצות גבולות. המצב כיום מחייב התמודדות וחשיבה חדשות. על כן, ניסיונות להעמיד הצעה החורגת מן הנורמות הקיימות באמצעים מתודולוגיים של אנלוגיה למצב קודם, והסתמכות על הנחות היסוד של מצב קודם, מעלים קשיים משמעותיים. חלק מהקושי נובע, בין השאר, ממכשול תאורטי: החשיבה בתחום, גם כאשר היא מנסה לחרוג ממודל החבות המדינית, פעמים רבות היא עושה לא יותר מלשכפל אותה למרחבים חדשים, מרחבים שאינם נענים להיגיון הפנימי המדינית.

כדי לחשוב מחדש על מודל חבות אוניברסלי של זכויות אדם מציע מאמר זה לשאוב השראה דווקא מתפיסות חבות אשר להן מקור יהודי פרטיקולריסטי. הגותם של לוינס ושל בובר מתאפיינת בגישה ייחודית לשאלה העולה פעמים רבות בהגות יהודית בנוגע לקשר בין ישראל לעמים אחרים ובין החשיבה היהודית/עברית לחשיבה האוניברסלית. שניהם רואים ביהדות שורש פרטיקולרי ייחודי שאינו ניתן לרידוד ולהשוואה למאפיינים פרטיקולריים של עמים אחרים.¹¹³ עם זאת, את הפרטיקולריות היהודית הם אינם רואים (רק) כציווי אתני אלא גם כציווי אתי. שורש פרטיקולרי זה מציע אפוא לדידם תפיסה אתית ייחודית, המגלה פנים ייחודיות של אמת וטוב אשר האחריות והחובה לאחר עומדות במרכזן. הן בובר הן לוינס מבקשים בהגותם לתרגם חוכמה זו של "ירושלים" גם לשפתה של "אתונה", שפת הפילוסופים, שכן לדידם, תכליתה של חוכמה פרטיקולרית זו, אוניברסלית. גישתם זאת מאפשרת לעשות שימוש ביסודות שהגותם מציעה, יסודות המושגים על מושג האחריות, כדי לבחון שאלות בעלות היבטים גלובליים-אוניברסליים ולא רק מקומיים.

מבט על המציאות הגלובלית הנשקפת מבעד לחלון ובתוך הבית עלול לעורר חרדה גדולה, שכן הסדרים ומוסדות שהבטיחו, לפחות בתאוריה, זכויות חברתיות, פוליטיות ואזרחיות, הולכים ומתפוררים. נוכח מציאות זו חשוב לעמוד על האופנים החדשים של הדיכוי, של הניצול ושל אי-הצדק, אך בה בעת כדאי לראות שהשינוי הזה הוא גם הזדמנות, ואפשרויות חדשות של אמנציפציה עשויות להיפתח ולהתפתח.¹¹⁴ בעת אשר כזאת יכול דיאלוג קונסטרוקטיבי ומחודש בין שפת החובות היהודית לשפת הזכויות המערבית המחולנת להביא לתוצאות מפתיעות.

113 ראו למשל לוינס, לעיל ה"ש 103; פלור, לעיל ה"ש 86.

114 Fraser, לעיל ה"ש 65.

חדינת "נל קהילותיה"?

הצעה לשינוי מערכת היחסים בין מדינת ישראל לקהילה החרדית

שי שטרן

תבוא

בחודש מרץ 2012 הורה בית המשפט העליון למשרד החינוך לגבש מתווה לעריכת מבחני מיצ"ב במוסדות החינוך המשתייכים למגזר החרדי.¹ דרישה זו נועדה להבטיח את פעילותם של מנגנוני הפיקוח של משרד החינוך על יישומה של החובה לכלול את תכנית הליבה בכל מוסדות החינוך בישראל. הוראה זו של בית המשפט עוררה זעם והתנגדות בקהילה החרדית. כשנה לאחר פרסום ההוראה פרסמה מועצת גדולי התורה של אגודת ישראל החלטות

* אני מודה לאורי אהרונוסון, חנוך דגן, צילי דגן, שחר ליפשיץ, אביטל מרגלית, ג'וזף סינגר, איילת שחר, ידידיה שטרן, משואה שגיב, ארי איתן ומשתתפי התכנית לזכויות אדם ויהדות במכון הישראלי לדמוקרטיה על הערותיהם המועילות, אשר סייעו בידי בכתיבת המאמר.

1 בג"ץ 3613/10 המרכז לפלורליזם יהודי התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 22.3.2013).

השוללות כל שינוי בתוכני הלימוד במוסדות החינוך הכפופים למרותה.² ארבעה חודשים מאוחר יותר הודיע משרד החינוך על ביטול מבחני המיצ"ב בכל מוסדות החינוך בישראל.³ השתלשלות העניינים המתוארת לעיל איננה כרוניקה חריגה במערכת היחסים שמהלת מדינת ישראל עם הקהילה החרדית. למעשה, יש בה כדי לשקף דינמיקה של מערכת יחסים מתוחה המתנהלת בין שתי מערכות נורמטיביות שונות, אשר בה שני הצדדים פועלים לעימות. אולם כפי שמעידה תמונת הסיום בפרשת מבחני המיצ"ב, זוהי כרוניקה המובילה למבוי סתום.

הניסיון להתמודד עם קהילות הפועלות שלא בהתאם לנורמות ליברליות אינו ייחודי למציאות הישראלית. גיבושה של מדיניות ליברלית להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות מעסיקה מדינות ליברליות משחר הקמתן. מדינות ליברליות לא צמחו על קרקע ערכית חשופה. עובר להקמתן התקיים עיקר הפעילות האנושית במסגרת קהילתית, ומרבית הקהילות פעלו בהתאם לנורמות ולתפיסות עולם דתיות ותרבותיות שונות.⁴ ניסיון של מדינות ליברליות להחיל נורמות ליברליות על אזרחיהן העמיד אפוא קהילות אלו ואת חבריהן במתח עם תפיסות העולם הקודמות שבהן הם החזיקו. מתחים אלה לא פחתו עם השנים. נהפוך הוא. קהילות הפועלות שלא על פי נורמות ליברליות הרחיבו את פעילותן כמו גם את התנגדותן למדיניות הליברלית (לפעמים, דרך אבסורד, תוך שימוש בטיעונים ליברליים).⁵ כך למשל, מדינות רבות, ובהן ארצות הברית, מדינות שונות באירופה וכן ישראל, מתמודדות עם דרישות הולכות וגוברות של קהילות תרבותיות ודתיות שונות לאוטונומיה תרבותית, חברתית ומשפטית.⁶ התמודדותן של

2 עידן יוסף "מועצת גדולי התורה: לא ללימודי ליבה" NEWS 1 מחלקה ראשונה 19.4.2013.

3 ראו דפנה ליאל "פירון ביטל המיצ"ב: הפכו לשוט" mako חדשות 12.8.2013.

4 ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008).

5 JØRGEN S. NIELSEN, MUSLIMS IN WESTERN EUROPE (2004); Silvio Ferrari, *The Secularity of the State and the Shaping of Muslim Representative Organization in Western Europe*, in EUROPEAN MUSLIMS AND THE SECULAR STATE 11 (Jocelyne Cesari and Seán McLoughlin eds., 2005)

6 בארצות הברית בולטת ההתמודדות עם קהילות מיעוטים דוגמת האמיש, היהודים החרדים והמורמונים הפונדמנטליסטים. ראו לעניין זה: Ray Jay Davis, *Plural Marriage and Religious Freedom: The Impact of Reynolds v. United States*, 15 ARIZ. L. REV. 287 (1973); Amy Gutmann, *Civic Education and Social Diversity*, 105 ETHICS 557 (1995); Abner S. Greene, "Kiryas Joel" and Two Mistakes About Equality, 96 COLUM. L. REV. 1 (1996); Ira C. Lupu, *Uncovering the Village of Kiryas Joel*, 96 COLUM. L. REV. 104 (1996). באירופה עיקר ההתמודדות היא עם קהילות מוסלמיות התובעות אוטונומיה תרבותית ואף משפטית. ראו לעניין NEZAR AL SAYYAD AND MANUEL CASTELLS EDS., MUSLIM EUROPE OR EURO-

מדינות אלו עם הדרישות המחריפות התבססה עד כה על מודל ערכי התובע מן הקהילות לציית לדרישות מינימום ליברליות. אחת הדרישות המקובלות בהקשר הישראלי היא להכפיף את כל מוסדות החינוך במדינה לתכנית לימודים יסודית משותפת (תכנית ליבה).⁷ אולם כפי שמעיד הכישלון המתמשך בהתמודדותן של מדינות ליברליות עם התופעה, העימות הערכי, לא זו בלבד שלא תרם להפחתת המתח בין המדינה הליברלית לקהילות אלא שימש פעמים רבות חומר תבערה להעצמתו. חשובה לא פחות העובדה שהתנגדות הקהילות לדרישות המינימום הליברליות שהופנו אליהן הביאה במקרים רבים לנסיגת המדינה מדרישותיה.

המאמר מאתגר את המדיניות המשמשת מדינות ליברליות להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות. לצורך זה מאמץ המאמר מודל מעשי המשנה את מערך הכוחות הנוהג במשולש היחסים בין המדינה, הקהילה והיחיד שינוי ניכר. מודל זה קורא לשינוי נקודת המבט בשאלת התערבות המדינה בפעילותן של קהילות תוך העתקת מרכז הכובד מן המישור האתי-ערכי למישור המבני. המודל מבוסס על ההנחה שלפיה מדינת ליברלית מחויבת לאפשר לאזרחיה לחיות בחברה פלורליסטית המכשירה מגוון של תפיסות טוב השונות במהותן. חובה פלורליסטית זו של המדינה מצריכה אותה להכשיר גם תפיסות טוב הנתפסות בעיני קבוצת הרוב (או בעיני מנהיגיה) כשגויות לחלוטין.

על בסיסו של מודל זה קורא המאמר לבחינה מחודשת של מדיניות ההתערבות של מדינת ישראל בפעילותה של הקהילה החרדית (כמו גם קהילות אחרות אשר להן ערכים ונורמות שאינם ליברליים). העתקת מרכז הכובד במדיניות ההתערבות של המדינה מן המישור האתי-ערכי אל המישור המבני עשויה לצמצם את חובת ההתערבות של המדינה במקרים מסוימים ולהרחיבה במקרים אחרים. אולם בשונה מן המדיניות הנוהגת, העתקת מרכז הכובד לבחינה מבנית של פעילות קהילות תאפשר ליצור מדיניות אחידה וסדורה – גם אם תהליכית בטבעה – המספקת מענה קוהרנטי למכלול הסוגיות שעמן נדרשת מדינה ליברלית להתמודד בעידן הנוכחי. הפניה של המודל המוצע למישור מבני (התובע מקהילות לאפשר לחבריהן להשתייך ב-בזמן לקהילות נוספות) צפויה להפחית את העוינות הטבועה בקהילות שאינן ליברליות מפני ניסיונות כפייה של נורמות ליברליות (גם אם מינימליות), וממילא, לאפשר את קיומה של מדיניות ליברלית מעשית.

בחלקו הראשון של המאמר אסקור שלושה מוקדי עימות בין המדינה לבין הקהילה

ISLAM: POLITICS, CULTURE, AND CITIZENSHIP IN THE AGE OF GLOBALIZATION
(2002)

7 ראו ס' 11, 34 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, הקובעים ששר החינוך אמון על הנהגת תכנית יסוד במוסדות החינוך בישראל.

החרדית ואצביע על הדמיון המאפיין את התנהלות הצדדים באותם עימותים וכן על תוצאותיהם המעשיות. שלושת המוקדים שאבחן הם הדרישה להגביר את השוויון בתוך קהילה החרדית, הדרישה להחיל את תכנית היסוד (ליבה) במוסדות החינוך החרדיים והדרישה לגייס את בני הקהילה החרדית לשירות צבאי; בחלקו השני של המאמר אטען שהמדיניות המנחה את מדינת ישראל ביחסה כלפי הקהילה החרדית מושתתת על הצבת דרישות מינימום ליברליות המציבות את הקהילה בפני עימות ערכי במרחבה הפנימי. מטרות מדיניות זו הן ניסיון לגבש מכנה משותף ערכי (גם אם מינימלי) עם כלל אזרחי המדינה, להבטיח אמצעים לשימור האוטונומיה האישית של האזרחים ולתת ביטוי לעמדות המדינה באשר לנורמות החלות במרחב הפנימי של הקהילה. מדיניות זו, אטען, אינה מספקת מענה למערכת היחסים המתוחה בין הצדדים, וחשוב לא פחות, ספק אם היא מצליחה להגשים את מטרותיה היא; בחלקו השלישי של המאמר אטען שהמבוי הסתום שאליו נקלעת מדינת ישראל ביחסיה עם הקהילה החרדית אינו מחויב המציאות ושהאפשרות לפריצתו תלויה בשינוי מחשבתי על אודות מדיניות התערבותה של מדינה ליברלית בפעילותן של קהילות שאינן ליברליות. בחלק זה אניח את היסודות לשינוי זה ואטען שהמדינה הליברלית מחויבת לאפשר לאזרחיה לחיות בחברה מגוונת המכשירה תפיסות טוב השונות במהותן. התגבשותה של חובה זו גורסת הימנעות מעימות ערכי במרחבה הפנימי של הקהילה והתייצבות המדינה על קו הגבול החוצץ בין הקהילה לבין המרחב החיצוני לה. הסגת השפעתה הערכית של המדינה אל קו הגבול, כאמור, תאפשר להפחית את המתח המאפיין את המדיניות הנוהגת ותסייע ליצור מדיניות ליברלית ראויה וסדורה המאפשרת התמודדות עם קהילות שאינן ליברליות; בחלק הרביעי אבקש לקשור את הקצוות ולהראות כיצד קווי המתאר האמורים נפרטים כדי מדיניות מעשית להתמודדותה של מדינת ישראל עם הקהילה החרדית.

מדינת ישראל והקהילה החרדית: יחסים מורכבים

מערכת היחסים בין מדינת ישראל לקהילה החרדית התאפיינה מאז הקמת המדינה בשניות.⁸ מן הצד האחד, מדינת ישראל הכירה בזכותה של הקהילה החרדית להתבדל,

8 ראו מנחם פרידמן החברה החרדית: מקורות, מגמות ותהליכים (1991); קימי קפלן "חקר החברה החרדית בישראל: מאפיינים, הישגים ואתגרים" חרדים ישראלים: השתלבות בלא טמיעה? 224 (עמנואל סיון וקימי קפלן עורכים, 2003). זהו המקום להבהיר שהמונח "קהילה" בהקשר של הציבור החרדי לא נועד לבטל את הריבוי הפנים-מגזרי הנוהג בציבור זה. החברה החרדית בנויה מאוסף של קהילות יהודיות

מבחינה גאוגרפית⁹ כמו גם מבחינה תרבותית.¹⁰ המניעים להכרה זו היו היסטוריים ותרבותיים כאחד.¹¹ מן הצד האחר, המדינה על רשויותיה השונות לא נמנעה מלתבוע מן הקהילה החרדית לציית לדרישות ליברליות גם כאשר יישומן דרש עימות ערכי במרחב הפנימי של הקהילה. בפרק זה אסקור שלושה מופעים שבהם הופנו דרישות כאמור אל הקהילה החרדית ואבחן את כרוניקת ההתנהלות שאפיינה את שני הצדדים לעימות – המדינה והקהילה החרדית. התנהלות הצדדים בכל אחד ממופעי העימות, כמו גם תוצאותיהם – דומות. בכל אחד ממופעי העימות המפורטים להלן נקלעו הצדדים למבוי סתום שהביא להעמקת התהום הפעורה ביניהם.

שוויון

הניסיון לאכוף את עקרון השוויון על הקהילה החרדית מצא ביטוי בשני מופעים שעמדו במוקד השיח הציבורי והמשפטי. המופע הראשון עסק בדרישה לשוויון מגדרי, שבמסגרתו נתבעה הקהילה החרדית לחדול מן ההפרדה שהיא נוקטת בין גברים ונשים. בעניין רגן הופנתה העתירה נגד מדיניות ההפרדה המגדרית שנקטה בתחבורה הציבורית

-
- דתיות החולקות ביניהן דפוסי חשיבה, התנהגות ובעיקר את יחסן כלפי המדינה. להשלכות הבחנה זו על המודל המוצע במאמר זה ראו להלן "מדיניות התערבות פלורליסטית: הלכה למעשה".
- 9 ראו לדוגמה איל בנבנישתי " 'נפרד אבל שווה' בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 783, 769 (1998); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 508, 503 (2000): "ייאמר בפתח הדיון בסוגיה שלפנינו, כי הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסיה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול"; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).
- 10 ראו אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998); גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל: לחיות את הסתירות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 619 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 11 הגם שקהילות חרדיות החלו להתקיים במזרח אירופה כבר במאה התשע עשרה, השואה יצרה קו פרשת מים בהיסטוריה של החברה החרדית על רקע חורבן המרכזים החרדיים באירופה והעברת מרכז הכובד לארץ ישראל ולארצות הברית. החרדים שנותרו בחיים חשו מחויבות מוסרית לשאת על כתפיהם את המשכיות היהודית החרדית ואת המסורות של הקהילות שמהן באו. תהליך זה היה מורכב במיוחד בארץ ישראל על רקע מאורעות השואה. ראו אהוד (אודי) שפיגל ותלמוד תורה כנגד כולם: חינוך חרדי לבנים בירושלים 27-28 (תשע"א). בולטים בהקשר זה דברי דוד בן-גוריון בכנסת: "עם הקמת המדינה דיברו איתי על בחורי הישיבה אחד מגדולי היהדות בימינו הרב מימון וגם הרב יצחק מאיר לוין. הם אמרו היות ונחרבו כל מקומות התורה בגולה וזו הארץ היחידה בה נשארו ישיבות והלומדים מעטים, יש לשחררם משירות צבאי. דבריהם נתקבלו על דעתי. נדמה היה לי כי הם צודקים ונתתי הוראה לשחרר בחורי ישיבה" (ראו ד"כ 25, 13 [התשי"ט]).

שעברה בשכונות חרדיות;¹² בעניין עזריה הופנתה העתירה נגד הימנעות המשטרה מלאכוף את סמכויותיה ולמנוע את פעילותם של סדרנים פרטיים בני הקהילה החרדית אשר פעלו ליצור הפרדה מגדרית בשכונת מאה שערים בירושלים.¹³ בשני המקרים העדיף בית המשפט להימנע מאמירה ברורה באשר לרצינות החלטה של דרישה לשוויון מגדרי במרחב הפנימי של הקהילה. חלף זאת בחר בית המשפט להתמקד בהחצנות הכרוכות בהכשרת ההפרדה המגדרית אל המרחב החיצוני לקהילה.¹⁴ העתקת הדיון המשפטי אל המרחב החיצוני לקהילה מנעה עימות בין המדינה ורשויותיה לבין הקהילה החרדית, אבל במקביל איבדו הכרעות הדין כל השפעה מעשית. בקווי תחבורה ציבורית המשמשים את חברי הקהילה החרדית עדיין ננקטת הפרדה מגדרית במקומות הישיבה,¹⁵ ואילו בשכונת מאה שערים הגיעו ראשי הקהילה החרדית להסכמה עם המשטרה שלפיה יוסרו הגדרות הפרטיות שהוקמו בתוך השכונה אבל תוקם גדר "בטיחותית" אשר תסייע בשמירת הסדר הציבורי.¹⁶

תוצאה דומה הושגה גם במופע השני של הדרישה לשוויון, אשר הועלתה נגד ההפרדה העדתית במוסדות החינוך של הקהילה החרדית. סוגיה זו הגיעה למוקד השיח הציבורי והמשפטי בישראל כאשר בית ספר לבנות בעיר עמנואל, המשתייך למרכז החינוך העצמאי של הקהילה החרדית, הבדיל בין תלמידותיו ולמעשה חילק

12 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011).

13 בג"ץ 6986/10 חברת מועצת עיריית ירושלים נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.9.2010).

14 כך למשל קבע השופט רובינשטיין כי "איננו עוסקים איפוא בשאלת יחסה של גישה ליברלית רב-תרבותיות לקבוצה תרבותית 'לא ליברלית' הנוקטת בקרבה פרקטיקה מפלה [...] ענייננו בשאלת כפייתיה של פרקטיקה תרבותית מסוימת (אפילו תהא לגיטימית ורצונית בקהילת מוצאה) על קבוצות ופרטים שאינם מעוניינים בה בפרט, ועל המרחב הציבורי הישראלי בכלל" (בג"ץ 746/07, לעיל ה"ש 12, בפסקה ל' לפסק דינו של השופט רובינשטיין). באופן דומה קבע בית המשפט בעניין עזריה כי "במישור הכללי והעקרוני, הצהירה עו"ד מנדל כי מקובל על המדינה כי במרחב ציבורי מובהק כגון רחובות עיר, קיים איסור על הפרדה על רקע מגדרי" (ראו בג"ץ 6986/10, לעיל ה"ש 13, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת נאור).

15 ראו למשל שחר הזלקורן "למרות בג"ץ: עשרות קווי מהדרין חדשים בדרך" ידיעות אחרונות 10.1.2011; הנ"ל "בחסות בג"ץ: אפליית הנשים בקווי מהדרין נמשכת" ידיעות אחרונות 29.1.2012; דב גילהר "ביורוקרטיה: כך הופכים קווי אוטובוס ל"כשרים למהדרין" חדשות ערוץ 10 17.8.2013.

16 ראו תומר זרחין "הוסכם: יוסרו גדרות ההפרדה במאה שערים" הארץ 28.9.2010. עוד ראו ריקי שפירא ורונברג מודרות למהדרין: הפרדה בין נשים לגברים במרחב הציבורי בישראל (המרכז לפלורליזם יהודי, 2010). שפירא ורונברג מפרטת מכלול רחב של אתרים ושל עדויות בדבר קיומה של הבחנה מגדרית באזורים שבהם מתגוררים או פועלים חברי הקהילה החרדית ומטילה ספק בפתרונות המוסכמים שאליהם מגיעים ראשי הקהילה ורשויות החוק.

את בית הספר לשתי מגמות לימוד נפרדות (פרשת עמנואל). בעתירה שהוגשה לבג"ץ נטען שההבחנה בין התלמידות כמו גם שיוכן לחלק זה או אחר של בית הספר הייתה על רקע מוצאן העדתי.¹⁷ מרבית התלמידות שמוצאן אשכנזי שויכו ל"מגמה החסידית" בעוד חברותיהן לספסל הלימודים, אשר מוצאן מזרחי, שויכו ל"מגמה הכללית". בעניין עמותת "נוער כהלכה" הכיר בית המשפט העליון בזכות לחינוך מגזרי, שבמסגרתו יוכלו מגזרים שונים "לחנך את ילדיהם ברוח צביונם התרבותי הייחודי, אמונתם הדתית ושיוכם הקהילתי".¹⁸

אולם בית המשפט קבע עוד שהזכות לחינוך מגזרי, קרי, סמכותה של הקהילה לחנך את ילדי חבריה בהתאם לנומרות ולערכים שבבסיס תפיסת הטוב המשותפת להם, עשויה לסגת מפני ערכים וזכויות אחרים, ובכללם זכויות המבטאות ערכים הזרים לתפיסת הטוב של הקהילה. לפיכך קבע בית המשפט בעניין עמותת "נוער כהלכה" שדינה של הזכות לחינוך מגזרי לסגת מפני עקרון השוויון.¹⁹ לפי קביעת בית המשפט, יצירת ההבחנה בין תלמידות בית הספר בהתאם למוצאן העדתי פסולה, שכן הזכות לחינוך מגזרי "כפופה לדרישות מינימום שהמדינה קובעת, בכפוף לכיבוד זכויות אדם וחירויות יסוד, וכדי לממש אפשרות של כל פרט להשתתף בפועל בחיי החברה".²⁰

התחקות אחר תוצאות פסק הדין בעניין עמותת "נוער כהלכה" ממחישה שוב את המרחק בין הפסיקה לבין השלכותיה למעשה. פסק הדין לא בוצע גם לאחר חודשים רבים ולאחר ניסיונות גישור רבים. בתגובה לבקשה שהגישו העותרים לפי פקודת ביזיון בית המשפט נמנעו הורי התלמידות במגמה החסידית מלשלוח את בנותיהן לבית הספר ותחת

17 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג (2) 398 (2009).

18 בג"ץ, ש.ס.

19 ראו בנימין שמואלי "הפרדה משפילה בחינוך החרדי: היבטים נזיקיים ושיקולי מדיניות" תרבות דמוקרטית 15, 269-276 (2014).

20 בג"ץ 1067/08, לעיל ה"ש 17, בפסקה 22 לפסק דינו של השופט לוי. תפיסה דומה הובעה בבג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו (4) 203, 221.

זכותו של אדם לבחור לילדו מוסד חינוכי פרטי, חלופי למסגרת הממלכתית, הוכרה בארץ ובעולם, במשפט הבינלאומי ובמשפט הפנימי כאחד. מערכת החינוך הפרטית מבקשת ליצור מסגרות לימוד ייחודיות העונות לצורכי חוגי אוכלוסייה שונים המבקשים להקנות לילדיהם חינוך בעל אופי ייחודי הניתן כתוספת לתכנית הלימוד היסודית הנלמדת בכל מוסדות החינוך. שמירת האוטונומיה החינוכית בחינוך הפרטי היא ערך חשוב שיש לכבדו במסגרת ההגנה על זכות האדם למימוש עצמי, בכפוף להבטחת שמירתם של ערכי החינוך היסודיים כמשמעותם בחוק חינוך ממלכתי.

זאת הנהיגו מסגרת לימודים חלופית בדירות פרטיות.²¹ גם התערבויות נוספות של בית המשפט, של המרכז לחינוך עצמאי, של משרד החינוך ואף של ראש המועצה המקומית עמנואל לא הביאו להשבת התלמידות לבית הספר. לא קנסות כבדים שהושתו על המרכז לחינוך עצמאי ועל הורי התלמידות שסירבו לשלוח את בנותיהם ל"מגמה המאוחדת" ולא צווי מאסר שהוצאו להורים שסירבו לקיים את פסק הדין הועילו כדי לגרום לקיום פסק הדין.²²

במקביל ראה הציבור החרדי ברחבי הארץ בהחלטות בית המשפט קריאת תיגר על אמונותיו ועל אורח חייו ויצא למערכה ציבורית אשר כללה בין השאר הפגנות ענק חסרות תקדים בירושלים ובבני ברק וליווי אבות הבנות למאסר.²³ האימהות לא התייצבו בבית הסוהר.²⁴ כעבור שורה ארוכה של דיונים נוספים הושגה הסכמה שלפיה בנות המגמה החסידית ישובו ללמוד בבית הספר למשך שלושת ימי הלימוד האחרונים של שנת הלימודים. מורות בית הספר חתמו על התחייבות לכבד את פסק הדין, ובית המשפט החליט שהוא ימשיך לעקוב אחר מילוי. בשנת הלימודים העוקבת נפתח לבנות המגמה החסידית, באישור משרד החינוך, בית ספר נפרד (במסגרת מוסדות פטור), אשר לא יתקצב (לא בידי המדינה ולא בידי המועצה המקומית) בשנה הראשונה לקיומו. בבית הספר החדש נאסרה הפלייטן לרעה של תלמידות שיעמדו בתנאי הקבלה למוסד.²⁵ סיכומם של דברים הוא שתלמידות הקהילה החרדית בעמנואל לומדות בשני בתי ספר נפרדים, המבחינים בין תלמידות בהתאם להשתייכותן העדתית.

תכנית היסוד בחינוך: תכנית הליבה

מוקד עימות נוסף בין המדינה לבין הקהילה החרדית נוגע לדרישת המדינה להחיל את תכנית הליבה בחינוך. תכנית הליבה היא תכנית לימודי יסוד המורכבת מאשכולות

21 ראו החלטת בית המשפט בעניין זה בבג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 17.5.2010).

22 לתיאור השתלשלות האירועים העובדתיים והמשפטיים בפרשת עמנואל ראו מאיסאנה מוראני ועידו רוזנבלום "ביזיון בית משפט על ידי אדם זר להליך: בעקבות פרשת עמנואל" הארת דין ו 461 (תשע"ג); אור קשתי "מההפרדה העדתית בבית הספר ועד למאסר ההורים מעמנואל" הארץ 26.8.2010.

23 ראו למשל שמוליק גרוסמן "חשש במטרה: הפגנות החרדים יתפשטו בארץ" ידיעות אחרונות 16.6.2010; יובל יועז וקובי ישעיהו "דרמה במגרש הרוסים: רבבות חרדים מלווים את ההורים מעמנואל למאסר" גלובס 17.6.2010.

24 ראו מוראני ורוזנבלום, לעיל ה"ש 22.

25 ראו אביעד גליקמן "אושרה הפשרה בעמנואל, האבות שוחררו מהכלא" ידיעות אחרונות 27.6.2010.

חינוכיים שונים, אשר חלקם האחד הוא בגדר חובה וחלקם האחר הוא בגדר המלצה.²⁶ הדרישה להחיל תכנית ליבה בכל מוסדות החינוך הפועלים בישראל, ובכללם מוסדות החינוך המשותטיים לקהילה החרדית, עוררה התנגדות עזה בקרב קהילה זו.²⁷ עיקר ההתנגדות הוא הן לתכנים הנכללים בתכנית הלימודים במקצועות החובה השונים הן לצורך להקדיש זמן לימוד למקצועות ה"חול" על חשבון לימודי ה"קודש".²⁸ בדומה לפרשת עמנואל, גם בסוגיית לימודי הליבה ניהלה הקהילה החרדית מאבק עם רשויות המדינה. התניית מימונם של בתי הספר המשותטיים לקהילה החרדית בהכללת תכנית הליבה בתכניות הלימודים הסדירות אילצה את ראשי הקהילה החרדית לאשר את הכללת תכנית הליבה בבתי הספר הפריפריאליים של רשתות החינוך וכן במוסדות החינוך לבנות.²⁹ אולם מוסדות החינוך המיועדים לבני הקהילה החרדית נמנעו מהכללת תכנית הליבה בתכנית הלימודים או למצער מיעטו בהכללתה.³⁰

בעניין המרכז לפלורליזם יהודי נדונה עתירה של התנועה ליהדות מתקדמת ושל ארגון המורים הארצי נגד המשך תקצוב בתי ספר המשותטיים לקהילה החרדית למרות הימנעותם מיישום תכנית הליבה במסגרת הלימודים.³¹ בית המשפט הכיר בעניין זה בזכות הפרט לחינוך ואף בהיות זכות זו נתונה למימוש בהתאם לתכנים הנקבעים על פי רצון ההורים.³² עם זאת קבע בית המשפט שיש לאזן זכות זו עם האינטרס הציבורי שבהענקת תוכני חינוך בסיסיים משותפים לכל התלמידים ללא הבדלי מגזר. ההצדקה להכפפת מערכת החינוך כולה לתכנית הליבה נובעת לטעמו של בית המשפט הן מן הרצון להקנות לכל ילדי ישראל – בכל המגזרים – ערכים משותפים הן ממטרתה של מערכת החינוך להכשיר את כל התלמידים לקראת חייהם הבוגרים ולאפשר להם למצות את אישיותם ואת יכולותיהם בחברה.³³ לפי בית המשפט, החלת תכנית הליבה על כלל

26 ראו המזכירות הפדגוגית משרד החינוך "תכנית הליבה לחינוך היסודי בישראל" (מרץ 2003).
 27 ראו שפיגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 223-224.
 28 שם.
 29 שם, בעמ' 153.
 30 שם.
 31 בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571 (2008). ראו גם בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224 (2004).
 32 ראו בג"ץ 4805/07, לעיל ה"ש 31, בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ה.
 33 בג"ץ, שם, בפסקה 31 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ה:
 לימודי הליבה נועדו להשיג שתי מטרות עיקריות: האחת – להוות חוליה מקשרת בין כל פלגי העם וכל מגזריו כדי ליצור מכנה משותף בסיסי, שהוא חיוני ליצירת הרמוניה חינוכית בין

תלמידי המדינה בכל מוסדות החינוך משקפת "מיזוג ואיזון בין ערך כיבוד האוטונומיה האישית של הפרט בבחירת זרם החינוך הרצוי לו, לבין הצורך להנחיל נורמות מינימום של חינוך והשכלה".³⁴ על רקע זה הורה בית המשפט בעניין המרכז לפלורליזם יהודי למשרד החינוך להסביר מדוע נמנע המשרד מאכיפת לימודי תכנית הליבה בבתי הספר המשתייכים לקהילה החרדית ומדוע פטורים מוסדות חינוך אלה מבחינות המיצ"ב, שנועדו לפקח על יישום התכנית.³⁵

בתגובה לצו בית המשפט התכנסה מועצת גדולי התורה של אגודת ישראל ופרסמה החלטה הקוראת לקהילה החרדית להתנגד בכל תוקף לשינויים המבוקשים בתכניות הלימודים בתלמודי התורה, בשיבוט ובבתי הספר. החלטת מועצת גדולי התורה בתגובה לניסיון לכפות נורמות חינוכיות הזרות לקהילה במרחבה הפנימי מחדדת את הכשלים שבאימוץ מדיניות המבוססת על דרישות מינימום ליברליות. אולם מועצת גדולי התורה לא הסתפקה במסגרת החלטה זו בקריאה להתנגד להחלת תכנית הליבה בבתי הספר המשתייכים לקהילה החרדית. ההחלטה אף קראה לאסור על לימודים אקדמיים במסגרות הקהילה, על העסקת אנשי צוות חינוכי בעלי השכלה אקדמית (אשר לא אושרה בידי "ועדת הרבנים לענייני חינוך שהוסמכה על ידי המועצה"), על יציאה לעבודה במקומות שבהם אין "אווירה חרדית" ועל לימודי נשים באוניברסיטאות, במכללות ובמוסדות חינוך שבהם לומדים לבגרות ולתארים אקדמיים. כן קראה ההחלטה להרחיב את ההסברה בקרב תלמידי הקהילה בדבר איסורים אלה.³⁶ תגובתו של משרד החינוך לא איחרה לבוא.

הרבדים האנושיים השונים של החברה; השנייה – לתת בידי כל ילד בישראל כלים בסיסיים להתמודד עם החיים, ולממש את הזכות לשוויון הזדמנויות בפיתוח אישיותו ועצמיותו, הן בילדותו והן בבגרותו.

34 בג"ץ, שם, בפסקה 57 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

35 בג"ץ 3613/10, לעיל ה"ש 1.

36 יוסף, לעיל ה"ש 2. בעת כתיבת מאמר זה טרם התאפשר לבחון את מלוא היקף השפעתה המעשית של החלטת מועצת גדולי התורה על בני הקהילה החרדית ועל בנותיה. אולם בעוד במהלך השנים האחרונות אפשר היה להצביע על גידול בשיעורם של בני הקהילה החרדית הלומדים במוסדות להשכלה גבוהה, בשנת תשע"ד הצביעה המועצה להשכלה גבוהה על ירידה של כ-20% בשיעור הנרשמים למוסדות להשכלה גבוהה בקרב בני הקהילה חוץ מהשקעה הגדלה של המועצה. על מגמת הגידול בשיעור הלומדים במוסדות להשכלה גבוהה ראו למשל בצלאל כהן וגלעד מלאך חרדים לאקדמיה (נייר עמדה בנושא לימודים אקדמיים בחברה החרדית, התאחדות הסטודנטים בישראל, 2011 [מקוון]); וכן בנק ישראל דין והשבון 2010 188-191 (28.3.2011). ראו גם חיים זיכרמן ולי כהנר חרדיות מודרנית: מעמד ביניים חרדי בישראל 58, 88-89 (2012). לנתונים בדבר ירידת שיעור הלומדים במוסדות להשכלה גבוהה בשנת התשע"ד ראו ליאור דטל ומירב ארלוזורוב "עד שלא נשבור את המונופולים במלחמת גרילה – יוקר המחיה לא ירד" דה מרקר 25.5.2014 (שם מסביר יושב ראש הוועדה לתכנון ותקצוב

ארבעה חודשים מאוחר יותר הודיע שר החינוך על ביטול בחינות המיצ"ב – אמצעי האכיפה שנועד לוודא שתכנית הליבה אמנם כלולה בתכניות הלימודים – בכל מוסדות החינוך במדינת ישראל.³⁷

גיוס בני הקהילה החרדית לשירות צבאי: "תורתו אומנתו"

מוקד העימות השלישי, המתנהל במשך עשרות שנים בין המדינה לבין הקהילה החרדית, עוסק בשאלת גיוס בני הקהילה החרדית לשירות צבאי. שירותם הצבאי של בני הקהילה החרדית עומד במוקד סדר היום הציבורי והמשפטי בישראל מאז הקמת המדינה.³⁸ סוגיה זו עמדה בחזית מצען הפוליטי של מפלגות שונות בהיסטוריה הישראלית³⁹ ושימשה כר פורה לעימותים בין מגזרים שונים בחברה הישראלית. אולם העיסוק במגוון היבטיה והשלכותיה חורג מתחומי מאמר זה, שבו אבקש אך לסקור את אופן התנהלותם של הצדדים לעימות ואת תוצאותיו.

הוויכוח הציבורי סביב הדרישה לגייס את בני הקהילה החרדית לשירות צבאי כולל כמה טיעונים עיקריים. כך לדוגמה, טוענים מצדדי הגיוס שההימנעות מגיוס כלל

של מערכת ההשכלה הגבוהה, פרופ' מנואל טרכטנברג, שהירידה הזמנית בשיעור של כ-20% בשיעור הנרשמים למכללות חרדיות מעידה על "הסתגרות של החברה החרדית כמחאה על חוק השוויון בנטל"; נתי טוקר "חוזרים להסתגר: פחות חרדים נרשמים לאקדמיה – זו קטסטרופה" דה מרקר 26.5.2014.

37 יש להבהיר שמשדר החינוך ובראשו השר שי פירון טענו שביטול בחינות המיצ"ב, שנועדו לפקח על הטמעת לימודי הליבה בכלל מוסדות החינוך במדינת ישראל, נבע מן ההשפעה השלילית של פרסום תוצאות המבחנים על הליכי הלמידה בבתי הספר ועקב "הפרת האיזון הבית ספרי בין ציונים ובין מדידים ערכיים חברתיים". ראו שחר חי "בוטול בחינות המיצ"ב: הן פגעו בבתי הספר" ידיעות אחרונות 13.8.2013. עם זאת, הציבור החרדי ומנהיגיו ראו בביטול בחינות המיצ"ב נגיעה להתנגדות הקהילה החרדית להחלת תכנית הליבה במוסדות החינוך החרדיים. ראו בעניין זה את חיים לב "פירון ביטל, החרדים מברכים" ערוץ 7 13.8.2013. כך למשל צוטט חבר הכנסת ישראל אייכלר:

אני מברך על ההתפכחות והעדפת הערכיות על פני ההישגיות [...] אני קורא לשר החינוך לחדול מנסיונותיו להתערב בחינוך החרדי הערכי, לטובת לימודי ליבה חסרי ערך, שגרמו בין השאר לתחרות במקום לחינוך [...] החינוך החרדי הוכח אלפי שנים כבית היוצר לנשמת האומה, לעומת מתודות חינוכיות, המשתנות מתקופה לתקופה ועושות שמות בחינוך דורות מנותקים מיהדות.

38 לתיאור השתלשלות הדיון הציבורי והמשפטי בסוגיה זו ראו דפנה ברק ארו "גיוס בחורי הישיבות: בין דילמת האזרחות לדילמת השפיטות" מחקרי משפט כב 227 (2006); הנ"ל "גיוס בחורי הישיבות: מפשרה למחלוקת" צומתי הכרעות ופרשיות מפתח בישראל 13 (דבורה הכהן ומשה ליסק עורכים, 2010).

39 סוגיה זו שימשה מפלגות פוליטיות דוגמת צומת, מרצ ושינוי, ובאחרונה גם הייתה אחד מעיקרי המצע של מפלגת יש עתיד.

בני הקהילה החרדית פוגעת בשוויון בנטל המוטל על אזרחי המדינה. זאת ועוד, הדין הציבורי עוסק בהשלכות האפשריות של ההימנעות מגיוס בני הקהילה החרדית על מצבה הכלכלי של הקהילה עצמה וכן בהשלכות הכלכליות המורכבות העלולות להיות להימנעות זו על מצבה הכלכלי של המדינה. מן הבחינה המשפטית, ההסדר שלפיו פטרה המדינה את בני הקהילה החרדית משירות צבאי הוכר בידי בית המשפט פעם אחר פעם כחסר תוקף. בשנת 1998 קבע בג"ץ שצה"ל אינו רשאי עוד לדחות על דעתו את שירות בני הקהילה החרדית ושעל המחוקק לומר את דברו בעניין.⁴⁰ בשנת 2002 חוקקה הכנסת את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם.⁴¹ חוק זה עיגן לראשונה את דחיית השירות לבני הקהילה החרדית בחקיקה ראשית. החוק, אשר נחקק כהוראת שעה בת תוקף לחמש שנים, הוארך בידי הכנסת בשנת 2007 לחמש שנים נוספות. בחודש פברואר 2012 קבע בג"ץ שאי-אפשר לשוב ולהאריך את ההסדרה המשפטית הזמנית בעניין זה.⁴²

פסיקת בית המשפט העירה מרבצם את הצדדים לעימות. מן הצד האחד, שלילת האפשרות להארכת ההסדרה המשפטית בסוגיה זו הפכה חומר גלם פוליטי ששימש בסיס לקואליציה חסרת תקדים בכנסת לביטול ההסדר הנוהג.⁴³ מן הצד האחר עוררה פסיקה זו התנגדות עזה בקרב הקהילה החרדית.⁴⁴ כינונה של ממשלה חדשה בראשית שנת 2013, אשר בה לא הייתה נציגות של הקהילה החרדית, הביאה להרחבת הניסיון להסדרה מחודשת של הסוגיה ובמקביל לקרע הולך ומעמיק עם הקהילה החרדית. בגיבושו של המתווה עסקו נציגים מכלל חלקי האוכלוסייה, אולם התנגדותם העזה של ראשי הקהילה החרדית ושל תומכיהם במגזרים אחרים סדקה את ההסכמה הפוליטית

40 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד (נב) 481 (1998).

41 חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (חוק טל).

42 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנוב, 21.2.2012).

43 פסיקת בית המשפט הובילה להצטרפותה של מפלגת קדימה לממשלה. בבסיסה של הצטרפות זו עמדה ההסכמה להביא לפתרון מוסכם בסוגיית גיוס בני הקהילה החרדית לשירות צבאי. ראו אריק בנדר "נתניהו ומופז הודיעו על הקמת ממשלת אחדות, אין בחירות" מעריב 8.5.2012; אטילה שומפלבי ומורן אזולאי "נתניהו והדהים: אין בחירות, אחדות עם מופז וקדימה" ידיעות אחרונות 8.5.2012; אלי ברדנשטיין "ישיבה ראשונה לממשלת האחדות: נחליף את חוק טל בחוק שוויוני" מעריב 13.5.2012. סוגיה זו עמדה גם במוקד תעמולת הבחירות לכנסת התשע עשרה, שהתקיימו בראשית שנת 2013 ואף הביאו לחבירה רעיונית בין גורמים פוליטיים נציים. ראו למשל יהונתן ליס "לפידי ובנט במגעים מתקדמים להצגת מתווה גיוס משותף" הארץ 23.2.2013.

44 ראו ישי כהן "העדה החרדית מזהירה: נעורר מחאות בכל העולם" כיכר השבת 18.4.2013; יאיר אטינגר "מועצות גדולי התורה התכנסו ופרסמו הודעת מחאה נגד גיוס חרדים" הארץ 16.12.2013.

הרחבה בסוגיה זו. בחודש מרץ 2014 עבר בכנסת תיקון מס' 19 לחוק שירות ביטחון, אשר במסגרתו הסדירה המדינה את השתלבות בני הישיבות בשירות הצבאי והלאומי.⁴⁵ חקיקת תיקון מס' 19 לחוק שירות ביטחון, הכוללת הסדר לשילוב הדרגתי של בני הקהילה החרדית בשירות הצבאי והלאומי, עוררה זעם רב בקרב חברי הקהילה וראשיה.⁴⁶ אמנם חקיקה זו מבקשת להציע הסדר מקיף לשילוב בני הקהילה החרדית בשירות הצבאי והלאומי, אולם יש הטוענים שזו דווקא נסיגה של המדינה מניסיונה להחיל חובת שירות שוויונית ושהחקיקה היא למעשה הנצחת הפטור משירות צבאי הניתן לקהילה החרדית.⁴⁷ בשלושת מוקדי העימות בין המדינה לקהילה החרדית ניכרת כאמור התנהלות דומה של הצדדים. בשלושת המוקדים גם יחד נתקלו ניסיונות המדינה ורשויותיה השונות להביא לשינוי במרחב הפנימי של הקהילה החרדית בהתנגדות עזה של חברי הקהילה, אשר סירבו לאפשר למדינה להתערב בנורמות הקהילתיות. דמיון ניכר גם בתוצאות העימותים: התנגדותה של הקהילה החרדית לתביעות המדינה הביאה לנסיגת המדינה מתביעותיה הלכה למעשה, ולמתן הכשר – הצהרתי או בשתיקה – לפעולתה של הקהילה. בחלק הבא אטען שהתנהלות צדדי העימות כמו גם תוצאותיו אינן ייחודיות לנוף הישראלי ושהן תולדה של מדיניות שגויה, שבמסגרתה המדינה הליברלית מתערבת בפעילותן של קהילות שאינן ליברליות. מדיניות זו, כפי שאטען בחלק השלישי, ניתנת לשינוי.

-
- 45 ראו חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014. להצעת החוק ולדברי הסבר ראו הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ג-2013, ה"ח 1124.
- 46 כחלק מן ההתנגדות הציבורית לחוק ארגנה הנהגת הקהילה החרדית הפגנה המונית בירושלים, אשר בה השתתפו מאות אלפים מבני ובנות הקהילה. ראו לעניין זה קובי נחשוני ונועם (דבול) דביר "זעקות וריקודים: מאות אלפי חרדים הפגינו" ידיעות אחרונות 3.3.2014; ניר חסון ויאיר אטינגר "מאות אלפים הפגינו בירושלים נגד חוק הגיוס" הארץ 3.3.2014.
- 47 ראו לעניין זה יאיר אטינגר "האותיות הקטנות בחוק הגיוס מנציחות את הפטור לחרדים" הארץ 14.2.2014; והשוו ידידיה צ' שטרן וחיים זיכרמן בין אוהל סיירים לאוהלה של תורה: מתווה לגיוס החרדים לצה"ל (2013).

כרוניקה של כישלון ידוע מראש: על הדרישה להחיל נורמות ליברליות מינימליות במרחב הפנימי של הקהילה

המאה הקודמת התאפיינה בהתפשטות הולכת וגדלה של תפיסות ליברליות במדינות המערב.⁴⁸ עם זאת, חלק מאזרחיהן של מדינות אלו אינם שותפים לערכים הליברליים וחלקם אף דוחים אותם במפורש.⁴⁹ מציאות זו, החושפת את העובדה שהמדינה הליברלית לא צמחה על קרקע ריקה מבחינה נורמטיבית, גורמת מתח מתמשך בין המדינה הליברלית לבין קהילות המחזיקות בתפיסות עולם תרבותיות או דתיות והמתנהלות על פי קבוצה שונה של נורמות ושל ערכים. מתח זה הוא תוצאת התנגשות בין מערכות נורמטיביות שונות העומדות לפעמים בסתירה זו עם זו.⁵⁰ אולם עיקרו של המתח נעוץ בהשלכות ההדדיות הנגרמות מקיומן המקביל של מערכות נורמטיביות אלו. במובן מסוים, החשש בקרב שני המחנות זהה. כל אחד מן הצדדים – הן המדינה הליברלית הן הקהילות השונות – חושש מפני הפגיעה העלולה להיגרם לתפיסת הטוב שלו ככל שיורחב מימושה של תפיסת הטוב של הצד שכנגד.⁵¹ שני הצדדים חולקים לפיכך תפיסה של מגננה המבקשת לצמצם ככל האפשר את השפעת הצד השני על מרחב הפעולה שלו. מציאות זו מביאה מדינות ליברליות ברחבי העולם, ובכללן ישראל, למאבק מתמיד למציאת מדיניות שתאפשר למדינה להתערב בפעילותן של קהילות הפועלות בניגוד לנורמות ליברליות.⁵²

הניסיון לגבש מדיניות להתערבות המדינה בפעילותן של קהילות הפועלות שלא בהתאם לנורמות ליברליות מעמיד את התפיסה הליברלית בשניות פנימית. חסידי הליברליזם טוענים שהליברליזם מעצם טבעו אינו עומד בסתירה ליישומן של תפיסות טוב שונות, למימושם של ערכים שונים בידי בני אדם שונים וכן למורשות תרבותיות

48 לדעה השוללת את תפיסת הדמוקרטיה המערבית כליברלית בהכרח ראו גדי ברזילי "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית" עיוני משפט כז 587 (2003).

49 לסקירה מקיפה על העימותים הרב-תרבותיים במדינות שונות בעולם ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 270-238.

50 מאוטנר, שם, בעמ' 236.

51 ראו עמנואל סיון, גבריא אלמונד וסקוט אפלבי קנאות דתית מודרנית 34-41 (צביה נרדי מתרגמת, 2004).

52 ראו למשל מרגלית והלברטל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 93; מאוטנר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 270-238; JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 400-430 (1986); WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE 162-181 (1989); IDEM, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 51, 82-84 (1995)

ודתיות.⁵³ אולם נראה שהנכונות הליברלית להכיר בלגיטימיות של תרבויות אלו ושל ערכיהן נסוגה שעה שהמשתייכים אליהן מסרבים לכופף עצמם לנורמות ליברליות. שניות זו משקפת את הקושי של תפיסות ליברליות להתמודד עם פלורליזם של תפיסות טוב המעמיד בבסיסו את הציווי שהאדם יהא מי ש"כותב בעצמו את סיפור חייו".

שניות זו הובילה מדינות ליברליות, וישראל בכללן, לאמץ מדיניות המבוססת על ערכים משותפים לכלל האזרחים.⁵⁴ במישור המעשי, מדיניות זו קוראת להחלת דרישות מינימום ליברליות על כלל האזרחים – ובכללם האזרחים המשתייכים לקהילות שאינן ליברליות – כתנאי להכשרת פעילותם. מדיניות זו מבוססת על שלוש הצדקות עיקריות. ראשית, היא מבוססת על ההנחה שלפיה גם בחברות מקוטבות מבחינה ערכית ישנו צורך במערך ערכים משותף – גם אם מצומצם – אשר יאפשר ניהול חיים משותפים תקינים ופרודוקטיביים לכלל האוכלוסייה;⁵⁵ שנית, מדיניות זו מאמצת את החזון הליברלי, שלפיו על המדינה להבטיח אמצעים וכלים לכלל אזרחיה כדי שיוכלו – ככל שירצו בכך – לכתוב בעצמם את סיפור חייהם.⁵⁶ החלת דרישות מינימום ליברליות מאפשרת לשמר סף של הכשרה אנושית בקרב המשתייכים לקהילות שאינן ליברליות, ובכך מרחיבה את יכולתם המעשית של אנשים אלה לצאת מן הקהילה אם וככל שיבחרו לעשות כן; שלישית, מדיניות המושתתת על דרישות מינימום ליברליות מבקשת לבטא מסר של המדינה בדבר התנגדותה לנורמות הנוהגות בקהילה, שהן פסולות על פי ראייתה. במובן זה, החשיבות שבהפניית דרישות מינימום ליברליות אינה תלויה ביכולתה של המדינה להשפיע על המרחב הפנימי של הקהילה אלא במסר שמבטא צעד זה כלפי המרחב החיצוני לאותה קהילה.

53 ראו למשל R.M. Rawls, *A Theory of Justice*, 288 (revised ed. 1999 [1971]); R.M. Dworkin, *A Matter of Principle* 229–232 (1985); Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev, *Introduction, in Minorities Within Minorities: Equality, Rights and Diversity 1* (Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 2005)

54 מאוטנר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 238–270.

55 ראו ג'רום ברונר *תרבות החינוך: מאמרים על חינוך בהקשר* 27 (אמיר צוקרמן מתרגם, 2000); Stephen Macedo, *Diversity and Distrust: Civic Education in a Multicultural Democracy* 188–211 (2009); Brian Barry, *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism* 123–131, 146–161 (2001)

56 ראו Raz, *לעיל ה"ש 52*, בעמ' 155; Leslie Green, *Rights of Exit*, 4 *Leg. Theory* 165 (1998); Susan Moller Okin, *"Mistresses of Their Own Destiny": Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit*, 112 *Ethics* 205 (2002)

מדיניות זו, הקוראת להחיל דרישות מינימום ליברליות על כל אזרחי המדינה, תואמת את שני הזרמים העיקריים בחשיבה הליברלית. שני זרמים אלה – הליברליזם הפוליטי מבית מדרשו של ג'ון רולס⁵⁷ והפרפקציוניזם הליברלי מבית מדרשו של יוסף רוזף⁵⁸ – חלוקים בשאלת מעורבותה של המדינה ביכולתם של אזרחיה לממש את תפיסות הטוב הראויות בעיניהם.⁵⁹ כך, בעוד הליברליזם הפוליטי טוען שעל המדינה להישאר ניטרלית באשר לתפיסות הטוב שאזרחיה בוחרים,⁶⁰ טוען הפרפקציוניזם הליברלי שהמדינה רשאית – ובמקרים מסוימים אף חייבת – למנוע מאזרחיה לממש תפיסות טוב שאינן ראויות.⁶¹ מחלוקת זו, הגם שהיא כרוכה בליוויים בספרות הפילוסופית על אודות מהות הליברליזם, היקפו ומאפייניו, מצטמצמת שעה שהיא נפרטת למדיניות מעשית. כך מכפפים מצדדי הליברליזם הפוליטי את הסובלנות המדינית אך ורק לגורמים המוכנים לקיים דרישות מינימום ליברליות הנדרשות לקיומה של חברה.⁶² באותו אופן מוכנים מצדדי הפרפקציוניזם הליברלי להכיר בפלורליזם של תפיסות טוב כל זמן שהם רואים בנורמות שבבסיסן נורמות ראויות.⁶³ ההסכמה בין שני זרמים מרכזיים אלה במחשבה הליברלית משמרת אפוא את המדיניות הנוהגת במדינות המערב הליברליות, שלפיה, כדי להכשיר את פעילותן נדרשות קהילות לציית לדרישות מינימום ליברליות.

כדי להבין את השפעתה של מדיניות המחילה דרישות מינימום ליברליות על קהילות שאינן ליברליות יש לעמוד תחילה על המתכונת החברתית של מוסד הקהילה. קהילה כמוסד חברתי מוגדרת הלכה למעשה על פי שלושה מרכיבים: המרכיב הראשון הוא המרחב החיצוני לקהילה (החברה), שבו נוהגים נורמות וערכים השונים מאלה הנוהגים בקהילה. במרחב חיצוני זה, לצד פעילותה של המדינה פועלות לפעמים גם קהילות נוספות בהתאם לתפיסות טוב שונות; המרכיב השני הוא המרחב הפנימי, שבו מתנהלת הקהילה בהתאם לתפיסת הטוב המשותפת לחברה; המרכיב השלישי הוא הקו המבחין בין שני מרחבים אלה, החיצוני והפנימי – הוא הגבול הנמתח בין הקהילה לבין החברה.

57 ראו JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM: EXPANDED EDITION 36 (2011)

58 ראו RAZ, לעיל ה"ש 52, בעמ' 107-162.

59 ראו JONATHAN QUONG, LIBERALISM WITHOUT PERFECTION 12-25 (2011)

60 ראו למשל CHARLES LARMORE, POLITICAL LIBERALISM, 18 POL. THEORY 339 (1990); JOHN RAWLS, THE LAW OF PEOPLES: WITH "THE IDEA OF PUBLIC REASON REVISITED" (2001); MARTHA C. NUSSBAUM, PERFECTIONIST LIBERALISM AND RAWLS; POLITICAL LIBERALISM, 39 PHIL. PUB. AFF. 3 (2011), לעיל ה"ש 57.

61 ראו QUONG, לעיל ה"ש 59, בעמ' 3.

62 ראו NUSSBAUM, לעיל ה"ש 60, בעמ' 38; RAWLS, לעיל ה"ש 57, בעמ' 36.

63 QUONG, לעיל ה"ש 59, בעמ' 33.

המדיניות הנוהגת מבקשת להבקיע את גבולות הקהילה ולהשפיע מבחינה ערכית על מרחבה הפנימי באמצעות אכיפת נורמות מן המרחב החיצוני לה. ניסיונה של המדינה להחדיר נורמות וערכים החיצוניים לתפיסת הטוב של הקהילה אל תוך מרחבה הפנימי מעוררת, שלא במפתיע, התנגדות בקרב קהילות שאינן ליברליות. החשש העיקרי של קהילות אלו הוא מפני חלחול זוחל של נורמות ושל ערכים החיצוניים לקהילה אל מרחב הפעולה הפנימי שלה, וממילא, מפני אבדן יכולתה להמשיך לממש את תפיסת הטוב המשותפת לחבריה.⁶⁴ בעקבות חשש זה נוטות קהילות להגביה את החומות המפרידות בינן לבין המרחב החיצוני לקהילה.⁶⁵ תגובה זו של הקהילות, המתבצרות סביב הערכים המשותפים לחבריהן ומקשיחות את הגבולות בינן לבין המרחב החיצוני, מביאה לנסיגה מעשית של המדינה מדרישותיה ולכל הפחות מאכיפתן.⁶⁶

הגם שאפשר לראות בכרוניקה זו מנגנון לשימור הסטטוס קוו בין המדינה הליברלית לקהילות שאינן ליברליות, אין בכך כדי לתאר נכונה את המציאות. נסיגת המדינה מאכיפת דרישות המינימום הליברליות שהיא הפנתה אל הקהילות אינה משיבה את המצב לקדמותו. נהפוך הוא. נסיגה זו מותירה את הקהילות סגורות יותר, נחושות יותר ובעיקר מלוכדות יותר סביב תפיסת הטוב המשותפת לחבריהן.⁶⁷ במובן זה, המדיניות הנוהגת נמנעת להגשים את שלוש ההצדקות העומדות בבסיסה: ראשית, הקהילות אינן הופכות שותפות לעקרונות היסוד שמאמצת החברה בכללותה; שנית – ואולי חשוב אף יותר – הגבחה החומות המפרידות בין הקהילה לבין המרחב החיצוני מצמצמת עוד יותר את יכולתם של חברי קהילות אלו להכשיר עצמם לחיים אפשריים מחוץ לגבולות הקהילה. הדברים נכונים הן בשל העובדה שקהילות מאוימות ייטו להגביר את החסמים מפני אפשרות היציאה מהקהילה הן בשל היעדר הכלים והאמצעים שיעמדו לרשות מי מחברי הקהילה שיחליטו בכל זאת לצאת ממנה; שלישית, נסיגת המדינה מדרישות המינימום הליברליות המופנות אל הקהילה והשלמתה עם הנורמות ה"פסולות" משדרת מסר הפוך מן המסר שהתכוונה לשדר אל המשתייכים למעגל החיצוני לקהילה.⁶⁸

64 ראו Jeff Spinner-Halev, *Autonomy, Association, and Pluralism, in* MINORITIES WITHIN MINORITIES, לעיל ה"ש 53, בעמ' 157, 170.

65 ראו AYELET SHACHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS 35 (2001)

66 ראו מאוטר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 376, והמקורות המופיעים שם.

67 ראו SHACHAR, לעיל ה"ש 65.

68 לדיון בשאלה אם ראוי שהמדינה תשדר מסר בדבר היות הנורמות הנוהגות בקהילה "פסולות" ראו להלן "מדינת ישראל והקהילה החרדית: האם אפשר אחרת?". כן ראו NUSSBAUM, לעיל ה"ש 60, בעמ' 38-36.

המדיניות הנוהגת נקלעת לפיכך למעגל שוטה אשר בו ככל שהמדינה הליברלית מעמיקה את דרישות המינימום הליברליות המופנות אל קהילות שאינן ליברליות כך קטן הסיכוי שהקהילות אכן יאמצו נורמות אלו.

בחינת העימותים המתוארים לעיל בין המדינה לקהילה החרדית מגלה שהמדיניות שהמדינה מחילה על הקהילה החרדית אכן מושתתת על הפניית דרישות מינימום ליברליות אל הקהילה. ניסיונות המדינה לאכוף שוויון מגדרי או עדתי במרחב הפנימי של הקהילה החרדית כמו גם ניסיונה לכפות חובת לימוד של תכנית ליבה במוסדות החינוך החרדיים נתקלו עד כה בהתנגדות עזה מצד הקהילה. ניסיונות אלה נתפסו בקהילה כהתערבות ערכית של המדינה במרחב הפנימי של הקהילה וכצעד שנועד לפגוע במערכת הערכים שעל פיהם היא פועלת. הבנה זו מסבירה את ההתנגדות העזה שהפגינו חברי הקהילה החרדית לניסיונות אלה, וחשוב לא פחות מכך, היא מספקת הסבר לתוצאות העימותים.

התנגדותה העזה של הקהילה החרדית הביאה כאמור את המדינה לסגת מדרישותיה ולהסכים – במפורש או בשתיקה – להמשך פעילותה של הקהילה על פי הנורמות הפנימיות שלה, כפי שמעידות תוצאות העימותים סביב דרישת המדינה להחיל את עקרון השוויון בקהילה החרדית וסביב סוגיית לימודי תכנית הליבה. זאת ועוד, נסיגת המדינה מדרישותיה לא השיבה את הצדדים אל המצב שקדם לעימות. למעשה, וכפי שאפשר ללמוד מן התוצאות המעשיות הן בפרשת עמנואל הן בסוגיית לימודי הליבה, התהום הפעורה בין הצדדים רק הלכה והעמיקה. כך, בעוד קודם התערבות המדינה בפרשת עמנואל הייתה הפרדה מגמתית במוסד חינוך אחד, לאחריה הופרדו התלמידות לשני בתי ספר שונים לחלוטין. באופן דומה, ההתנגדות העזה לתכנית הליבה במוסדות החינוך החרדי הביאה להרחבת האיסורים המוטלים על חברי הקהילה החרדית (ובעיקר על נשות הקהילה), ובכללם איסור על עבודה במקומות שאינם מקיימים "אווירה חרדית" וכן איסור גורף על לימודים אקדמיים לנשים.⁶⁹ במובן זה, הניסיון להחיל דרישות שנועדו להרחיב את האוטונומיה של הפרט במרחב הפנימי של הקהילה הביא בסופו של דבר לצמצומה. נוסף על כך, התנגדותה של הקהילה החרדית שימשה מרכיב מרכזי בהחלטת משרד החינוך לבטל את בחינות המיצ"ב (החלטה שהביאה לאבדן כלי פיקוח מרכזי באכיפת דרישה זו) בכל מוסדות החינוך בישראל.

הדברים נכונים גם בכל הנוגע לסוגיית גיוס בני הקהילה לשירות צבאי. כדאי אולי להקדים ולומר שהגם שנדמה שהשיח הציבורי בעניין זה שונה מהותית מבשני מוקדי

העימות האחרים וממילא אין בו כדי להעיד על מדיניות המושתתת על דרישות מינימום ליברליות, בחינה מעמיקה יותר חושפת שאין הדבר כך. לכאורה, הטיעונים בעד גיוס בני הקהילה החרדית לשירות צבאי נובעים מטעמים של שוויון ושל רווחה מצרפית. הטיעון הרווח – הן בשיח הציבורי הן בשיח המשפטי – הוא שהנטל המוטל על כתפי האזרחים צריך להיות שווה ושסירוב בני הקהילה החרדית להתגייס מטיל עול כבד על כתפי מי שאינם משתייכים לקהילה.⁷⁰ טיעון נוסף עוסק בהשלכותיה הכלכליות – בהווה ובעתיד – של הימנעות בני הקהילה משירות צבאי, ובעיקר לקשר שיצר המחוקק בין שירות צבאי לזכאות לעבודה בחברה הישראלית.⁷¹ אולם בחינה מעמיקה יותר מגלה

70 ברק ארו "מפשרה למחלוקת", לעיל ה"ש 38, בעמ' 20-21; בג"ץ 6298/07, לעיל ה"ש 42, בפסקה 54 לפסק דינה של הנשיאה ביניש:

אכן, הזכות לשוויון והזכות לכבוד האדם, יחד עם שורה של זכויות נוספות, הן מן הזכויות הראויות להגנה הרחבה ביותר במשפטנו. בודאי כך כשאנו דנים בהפרת השוויון במילוי החובות הבסיסיות ביותר בחברה הישראלית ובחלוקת הנטל בו נושאים אזרחי המדינה המקיימים בגופם, בנפשם ובמייטב שנותיהם את בטחונה של החברה בישראל.

טענה זו מצאה גם ביטוי בשיח הציבורי והפוליטי, וראו לעניין זה את מצע מפלגת יש עתיד באתרה: "אנחנו קוראים לכם להיות חלק מהשינוי. הגיע הזמן שנפעל כאזרחים אחראיים לחברה ישראלית שוויונית", וכן בדף הפייסבוק של הפורום לשוויון בנטל: "הפורום לשוויון בנטל הינה תנועה חברתית א-מפלגתית הדוגלת בשוויון חברתי אמיתי בין כל אזרחי מדינת ישראל בחובותיהם ובזכויותיהם. מכאן, על כל אזרחי מדינת ישראל לשאת בנטל שירות החובה למדינה, בין אם במסגרת צבאית, אזרחית או לאומית מוסדרת".

71 כחלק מהסדר הפטור של בני הקהילה החרדית מגיוס צבאי נדרשים בני הקהילה לחתום על טופס שבו הם מצהירים ש"תורתם אומנותם", וכן על התחייבות לא לעבוד תמורת שכר במהלך השנים שבהן הם מתחייבים ללמוד תורה במקום השירות הצבאי. הסדר זה הביא למצב שבו בני הקהילה החרדית אינם יכולים להשתלב בשוק העבודה באופן רשמי. מצב זה מעורר חשש הן עקב הפגיעה הנגרמת בהווה לכלכלה הישראלית בשל עבודה שאינה מדווחת ובשל תלותם של משקי הבית החרדיים בקצבאות המדינה הן עקב העומס שיוטל על הכלכלה הישראלית בעתיד. ראו לעניין זה את בג"ץ 3267/97, לעיל ה"ש 40, בעמ' 528 לפסק הדין:

שאלת גיוסם של תלמידי ישיבה ש'תורתם אומנותם' אינה אך בעיה אידאולוגית שזכויות האדם מתנגשות בה. זו הפכה להיות בישראל לבעיה חברתית ממדרגה ראשונה. תלמידי ישיבה ש'תורתם אומנותם', המקבלים דחייה של שירותם הצבאי, אינם רשאים לעבוד. האמצעים העומדים לרשותם – ולרשות משפחותיהם – הם דלים. העוני הוא נחלתם. אין הם משתלבים במעגל העבודה. גם אלה שנושרים מההסדר אינם נקלטים בשוק העבודה, שכן חוששים הם מגיוסם לצבא, והבטלה היא אם כל חטאת. נוצרת אוכלוסייה שלמה שאינה משתלבת בשוק העבודה והמגבירה את העוני ואת התלות בהקצבות הבאות מהמדינה ומגורמים פרטיים. נוצרת אפוא בעיה חברתית ממדרגה ראשונה.

בג"ץ 6298/07, לעיל בהערה 42, בעמ' 31 לפסק הדין:

שלטיעונים המהותיים העומדים בבסיס הדרישה לגייס את בני הקהילה החרדית לשירות צבאי דמיון רב להצדקות העומדות בבסיסה של מדיניות המושתתת על דרישות מינימום ליברליות. הצדקות אלו הן כאמור יצירת מכנה ערכי משותף לכלל אזרחי המדינה, הענקה אמצעים לשימור האוטונומיה של הפרט (או להרחבתה) וכן מתן ביטוי לעמדת המדינה באשר לפסלות הנורמות הקהילתיות. טעמים אלה הם העומדים בבסיס הדרישה הציבורית והפוליטית לגיוס בני הקהילה החרדית.

הדרישה לשלב את כל מגזרי האוכלוסייה בצה"ל נבעה – לפחות בראשית ההידינות הציבורית והפוליטית – מתפיסת הצבא כאחד מאתרי "כור ההיתוך" של החברה הישראלית.⁷² תפיסת "כור ההיתוך" נועדה ליצור ישראליות חדשה שתהא מושתתת על ערכים משותפים לכל חלקי האוכלוסייה.⁷³ מבחינה זו, הדרישה לשלב את כל מגזרי האוכלוסייה בצבא – ובכלל זה בני הקהילה החרדית – הייתה נעוצה בשאיפה לצרף יחד את כל המגזרים בישראל ליצירת תהליכי חברות.⁷⁴ במקביל, חלק מהטיעונים העומדים בבסיס הקריאה לגיוס בני הקהילה החרדית לשירות צבאי עוסקים בתפקידו של השירות הצבאי בהבטחת עתידם הכלכלי (והאוטונומי) של בני הקהילה.⁷⁵ הדברים מצאו ביטוי בפנייתו של שר האוצר יאיר לפיד אל בני הקהילה החרדית. לפיד פנה אליהם במילים "אחי החרדים", וטען: "החוק [המחייב את גיוסם של בני הקהילה לשירות צבאי] ייתן לכם הזדמנות להסיר את מחיצת העוינות. החוק ייתן לכם הזדמנות לשפר את מצבכם הכלכלי ולחיות בכבוד ולהפסיק לספור שקל לשקל".⁷⁶ לבסוף, התביעה לגייס את בני הקהילה החרדית לשירות צבאי נועדה לבטא גם מסר בדבר החשיבות שהמדינה מקנה

אין חולק כי מאמצי הממשלה לקדם את השתלבות החרדים בשוק העבודה, כחלק מאותו רציונל כלכלי שעמד ביסוד החלטת הממשלה האחרונה, הם מאמצים חשובים שיש לקדם. אכן, התכלית בדבר שילובם של בני הקהילה החרדית בשוק העבודה היא תכלית חיונית, שהוכרה כאחת מן התכליות הראויות של חוק דחיית השירות. ככל שמעורבות החברה החרדית בשוק העבודה תגדל, יקטנו מימדי העוני הקשים בקרב קבוצה זו ויצומצם הקרע שהלך וגדל בין החברה החרדית והחברה החילונית בישראל. זוהי משימה חברתית ולאומית מן הדרגה הראשונה.

72 כן ראו איתן רגב "חרדים: רבע מליון מובטלים לא יצליחו לכלכל 900 אלף ילדים" דה מרקר 9.1.2014.
 73 חיים ישראלי "לצדו של בן-גוריון" העשור הראשון תש"ח-תשי"ח 327, 329 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1997): "בן-גוריון ראה בצה"ל את כור ההיתוך של העם"; משה ליסק העלייה הגדולה בשנות החמישים: כשלונו של כור ההיתוך 83-84 (1999).

73 ראו צבי צמרת "עשר שנות חינוך" העשור הראשון, לעיל ה"ש 72.

74 ראו ליסק, לעיל ה"ש 72, בעמ' 83-84.

75 ראו לעיל ה"ש 70.

76 שר האוצר יאיר לפיד בפנייה לציבור החרדי במסיבת העיתונאים שכנס בכנסת לאחר שהושגה

למחויבות אזרחית זו. כפי שציין בית המשפט בעניין רסלר, תביעה זו מבטאת "פן ערכי נוסף של חובת הגיוס והוא שהשירות בצה"ל אינו רק חובה, אלא גם זכות".⁷⁷ הנה כי כן, הקריאה לגייס את בני הקהילה החרדית לשירות צבאי אינה מתמצה אך ורק בשאלות של שוויון בנטל האזרחי או של רווחה מצרפית; חקיקה זו נועדה גם להגשים את ההצדקות שבבסיס מדיניות המושתתת על דרישות מינימום ליברליות – קיומו של מכנה ערכי משותף, שימור האוטונומיה של הפרט (או פיתוחה) וביטוי לעמדתה של המדינה באשר לנורמות הראויות בחברה.

הדברים ברורים עוד יותר באופן שבו רואה הקהילה החרדית מהלך זה. היא רואה בקריאה לגייס את בניה לשירות צבאי לא רק ניסיון ליברלי להשפיע ערכית בתוככי המרחב הפנימי שלה; היא רואה בה צעד שנועד לעקור את הליבה הערכית המניעה את תפיסת הטוב שהקהילה מגשימה. הדרישה לגייס את בני הקהילה לשירות צבאי עוקרת אותם ממימוש מחויבותם העיקרית – לימוד תורה.⁷⁸ לפיכך, דרישה זו פוגעת בליבת העשייה הקהילתית, שכן היא מונעת מבני הקהילה את הפניות המלאה הנדרשת להם כדי להגשים את תפיסת הטוב. משכך, לא זו בלבד שדרישה זו אינה נתפסת כחיצונית לקהילה אלא היא פוגעת – כך בראיית הקהילה וחבריה – בנורמה הבסיסית שעליה היא מושתתת.

תיקון מס' 19 לחוק שירות ביטחון מעיד שאין בכוונת המחוקק לסגת ממדיניותו, המושתתת כאמור על דרישות מינימום ליברליות בעניין זה.⁷⁹ בעוד התנגדותה של הקהילה החרדית למתווה הגיוס הקבוע בחוק צפויה, יש הרואים בחקיקה זו נסיגה של מדינת ישראל מניסיונה להחיל חובת שירות שוויונית בקרב כל מגזרי האוכלוסייה והנצחה של מציאות לא-שוויונית מתמשכת.⁸⁰

אולם תוצאה זו אינה מחויבת המציאות. בפרק הבא של המאמר אטען בעד שינוי מדיניות ההתערבות של המדינה בפעילותן של קהילות. שינוי זה מתבטא בנסיגה מן הניסיון להתערבות ערכית במרחב הפעולה הפנימי של הקהילה ובהתמקדות בקו

ההסכמה בוועדת פרי באשר למתווה לגיוס חרדים שיחליף את חוק טל (29.5.2013) (על ועדת השרים בראשות השר יעקב פרי הוטל להכין את הצעת החוק מטעם הממשלה לגיוס בני הקהילה החרדית).

77 בג"ץ 6298/07, לעיל ה"ש 42, בפסקה 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

78 על ערך לימוד התורה ועל מרכזיותו במימוש תפיסת הטוב בקהילה החרדית ראו שפיגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 13: "מערכת החינוך החרדית לבנים בישראל היא הלב הרעיוני והחברתי של החברה החרדית".

79 ראו הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19 הוראת שעה) (שילוב תלמידי ישיבות), התשע"ג-2013, ה"ח 1124; הצעת חוק שירות אזרחי לתלמידי ישיבות (הוראת שעה), התשע"ג-2013, ה"ח 1138.

80 ראו לעיל ה"ש 47.

הגבול המבחיין בינה לבין המרחב הסובב אותה. טענתי היא שהעתקת מרכז הכובד מן המרחב הפנימי של הקהילה אל קו הגבול תאפשר מדיניות ליברלית ראויה, וחשוב לא פחות: ישימה.

מדינת ישראל והקהילה החרדית: האם אפשר אחרת?

תפיסות ליברליות נקלעות לפעמים למתח עם תביעות פלורליסטיות.⁸¹ מתח זה נובע בעיקרו מן החשש הליברלי מפני הכרה לא מרוסנת בלגיטימיות של תפיסות טוב העומדות בסתירה לעקרונות ליברליים. אולם חרף קיומו, שני הזרמים המרכזיים במחשבה הליברלית שהוצגו לעיל אינם חולקים על העיקרון שבבסיס הרעיון הפלורליסטי ושלפיו האדם צריך להיות זה הכותב – בכוחות עצמו – את סיפור חייו.⁸² כפי שטענתי לעיל, שני הזרמים המרכזיים במחשבה הליברלית מבקשים למצוא את הנתיב הראוי להגשים מטרה זו, אבל שניהם כושלים בכך בשל ההשפעה הערכית שהם מבקשים להטמיע בתוככי המרחב הפנימי של הקהילה.⁸³ בחלק זה של המאמר אבקש להציע שינוי במדיניות ההתערבות של המדינה הליברלית בפעילותן של קהילות שאינן ליברליות. ראשית אטען שגיבושה של מדיניות ליברלית אינו מחייב השפעה ערכית בתוככי המרחב הפנימי של הקהילה. נהפוך הוא. מדיניות ליברלית להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות מבטאת את זכותם של חברי קהילות אלו לכתוב בעצמם את סיפור חייהם גם כאשר הדבר נתפס בעיני המדינה (או מקבלי ההחלטות שבה) כשגוי מעיקרו; שנית אטען שהתמורות והשינויים שחלו בתפקידו של מוסד הקהילה במאה השנים האחרונות מאפשרים לגבש מדיניות ליברלית מאוזנת וישימה המעתיקה את מעורבותה של המדינה הליברלית מן המרחב הפנימי של הקהילה אל קו הגבול המבחיין בין הקהילה לבין המרחב החיצוני לה. מדיניות זו, כך אבקש להראות, ממתנת את המתחים הטבעיים במדיניות

George Crowder, *Pluralism and Liberalism*, 42 *POLIT. STUD.* 293 (1994); Isaiah 81
Berlin and Bernard Williams, *Pluralism and Liberalism: A Reply*, 42 *POLIT. STUD.*
306 (1994); George Crowder, *From Value Pluralism to Liberalism*, 1 *CRIT. REV. INT.*
Soc. POLIT. PHILOS. 2 (1998)

Brian Barry, *Liberalism and Want-Satisfaction: A Critique of John Rawls*, 1 *POLIT.* 82
THEORY 134, 152 (1973)

83 ראו לעיל בסעיף "כרוניקה של כישלון ידוע מראש: על הדרישה להחיל נורמות ליברליות מינימליות במרחב הפנימי של הקהילה".

הנוהגת ומאפשרת איזון ראוי בין שלושת הצדדים המעורבים במערכת יחסים זו: המדינה, הקהילה והיחיד.

פלורליזם: הזכות והחובה

אחד העקרונות הניצבים בבסיס רוב התפיסות הליברליות היא ההכרה בזכותו של כל אדם לכתוב את סיפור חייו.⁸⁴ הניסיון לכפות נורמות וערכים ליברליים הזרים לאדם ולקהילה פוגע ביכולתם של אלה להזדהות עמם. אכן, דרישות המינימום הליברליות העומדות בבסיס המדיניות הנוהגת נמצאות במתח פנימי עם השיח הליברלי.⁸⁵ בחלק זה אטען שההכרה בזכותו של האדם לכתוב את סיפור חייו מנביעה מאליה את זכותו של הפרט לטעות. באמירה זו כשלעצמה אין כדי להכריע בדבר קיומה של אמת מוחלטת או בדבר אימוצה בידי מי מהצדדים. חלף זאת היא תובעת צניעות ונכונות להכיר בזכותו של אדם לחיות את חייו בהתאם לערכים הראויים בעיניו, גם אם הם נתפסים בעיני המדינה הליברלית (או קבוצת הרוב הרווחת במסגרתה) כשגויים לחלוטין. הכרה זו ביכולתו של אדם לחיות בהתאם לערכים הראויים בעיניו גם אם בעיני המדינה הליברלית הם שגויים צריכה להיות מקובלת לא רק על מצדדי הליברליזם הפוליטי, המניחים שונות בתפיסות הטוב בחברה, אלא גם על הדוגלים בפרפקציוניזם ליברלי. ואכן, ככל שאנו מאמינים שהחוכמה (או השגת האמת) מחייבת התנסות ותהייה, האפשרות לטעות היא אך חלק המתחייב מחתירה מתמדת זו לאמת.⁸⁶ זכותנו לטעות – או להיחשב בעיני אחרים כטועים – אינה צריכה להיתפס כרע הכרחי או כפשרה נסיבתית אלא כמרכיב טבוע של חברה ליברלית משגשגת.

בהתאם לתפיסה רזיאנית של מושג הזכות, ההכרה בזכות לטעות מנביעה חובה מקבילה של המדינה לאפשר זאת.⁸⁷ תרגום החובה למדיניות מעלה שעל המדינה הליברלית מוטלת החובה לאפשר חברה מגוונת המקנה לגיטימציה למימושן של תפיסות טוב שונות. חובה פלורליסטית זו של המדינה נובעת מן ההבנה שבני האדם תופסים

84 ראו Raz, לעיל ה"ש 52, בעמ' 155, Rawls; לעיל ה"ש 57, בעמ' 72.

85 ראו לדוגמה Larmore, לעיל ה"ש 60, בעמ' 353; וכן Charles Larmore, *Patterns of Moral Complexity, in Perfectionism and Neutrality: Essays in Liberal Theory* 47, 48 (George Klosko and Steven Wall eds., 2003), לעיל ה"ש 64.

86 לתפיסה הקושרת את קיומו של מגוון עמדות ודעות לרעיון גילוי האמת ראו אילנה דיין אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377, 379-380 (1996).

87 Raz, לעיל ה"ש 52, בעמ' 166.

את העולם כמושתת על ערכים השונים במהותם זה מזה.⁸⁸ ואכן, ככל שאזרחי המדינה השונים מאמצים נורמות וערכים שונים לפעילותם וככל שתפיסות הטוב הראויות בעיניהם נבדלות זו מזו, על המדינה לאפשר להם לממש תפיסות אלו או לכל הפחות להימנע מלהפריע להם בכך. אליזבת אנדרסון, הקוראת לתפיסה פלורליסטית יסודית המושתתת על ההכרה בשונות הטבועה באופן שבו תופסים בני האדם את העולם הסובב אותם, מרחיבה חובה זו אף ליצירת מציאות כלכלית המאפשרת לחברה פלורליסטית להתקיים.⁸⁹ ממילא, חובה זו אינה יכולה להתמצות בהכרה בלגיטימיות של תפיסות טוב המתבססות על ערכים ליברליים בלבד. צמצום חובתה הפלורליסטית של המדינה להכשרת תפיסות טוב ליברליות בלבד מעקר את המשמעות של חובה זו, ובמקביל, משמעותה היא פגיעה ניכרת באזרחים שאינם שותפים לתפיסה הליברלית. ככל שאנו מכירים בחובת המדינה הליברלית להניח לפני אזרחיה מגוון רחב של תפיסות טוב וככל שאנו סבורים שקיומו של מגוון זה הוא אינטרס חברתי כך עלינו לעגן הכרה זו במדיניות.

החובה הפלורליסטית המוטלת על המדינה משמעה אפוא הכרה במגוון תפיסות טוב, אולם אין משמעה הכשרה גורפת של כל תפיסת טוב באשר היא.⁹⁰ נהפוך הוא. נקודת המוצא להכרה בחובתה הפלורליסטית של המדינה היא החובה לאפשר חברה מגוונת ומתפקדת. ניסיון להרחיב את חובת המדינה באופן זה גם לתפיסות טוב הרסניות מבחינה חברתית, ממילא מערער את הבסיס שעליו מושתתת חובה זו. המדיניות הנוהגת כדי להתמודד עם קהילות שאינן ליברליות מגבילה את חובתה הפלורליסטית של המדינה לתפיסות טוב הניאותות לציית לדרישות מינימום ליברליות. מדיניות זו, לא זו בלבד שאינה מאפשרת להשיג את מטרותיה היא, אלא שכאמור, היא אף מרחיבה את הפער בין המדינה הליברלית בין קהילות שאינן ליברליות תוך הכבדת הנטל על חברי הקהילות.

ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 1 (1995) 88

ANDERSON, שם, בעמ' 149.

90 ישעיה ברלין טוען שתפיסות הטוב הלגיטימיות על פי תפיסה פלורליסטית הן אלו שבטווח האופק האנושי (within the human horizon). ראו Isaiah Berlin, *The Pursuit of the Ideal*, in *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas* 1, 11 (Henry Hardy ed., 1991). בשלב מאוחר יותר הסביר שכוונתו במונח "האופק האנושי" הייתה לתאר מצבים אנושיים שיושמו בעבר או מיושמים בהווה בידי חלקים ניכרים מן העולם האנושי. ראו Isaiah Berlin, *Reply to Ronald H. McKinney, "Towards a Postmodern Ethics: Sir Isaiah Berlin and John Caputo"*, 26 J. VALUE INQ. 557, 559 (1992) ("What I mean by 'the human horizon' is a horizon which for the most part, at a great many times in a great many places, has been what human beings have consciously or unconsciously lived under, against which values, conduct, life in all its aspects, have appeared to them")

אולם מדיניות זו אינה מחויבת המציאות. כפי שאטען בסעיף הבא, גיבוש מדיניות ליברלית המאזנת בין הרצון לאפשר לאדם לכתוב את סיפור חייו מחד גיסא לבין הצורך לשמר חברה המכירה בלגיטימיות של מגוון תפיסות טוב (ובכללן כאלו שאינן ליברליות) מאידך גיסא הוא בגדר האפשר. טענה זו מתבססת על התמורות ועל השינויים שעברו על מוסד הקהילה במאה השנים האחרונות. שינויים אלה, הנדונים בהרחבה בשיח הסוציולוגי בדבר תפקיד הקהילה ומעמדה בחברה, לא חלחלו אל השיח הפוליטי על אודות מוסד זה, וממילא לא תקעו יתד בשיח המשפטי העוסק בקהילות. כפי שאטען להלן, ההכרה בשינוי שעבר מוסד הקהילה, וממילא, במאפייניה של מערכת היחסים בין הקהילה לבין היחידים החברים בה, מאפשרת לגבש מדיניות מאוזנת יותר, וחשוב לא פחות: ישימה.

הקהילה: ההזדמנות הגלומה בשינוי המוסדי

במקום אחר עמדתי על השינויים המשמעותיים שעבר מוסד ה"קהילה" בשדות מחקר שונים.⁹¹ כפי שטענתי שם, הגם כי חלק משמעותי מהדיסציפלינות המחקריות הצביעו על שינויים שחלו במאפייני הקהילה, טרם גובש שיח אינטגרטיבי המאפשר נדידת תובנות משדה מחקר אחד לרעהו.⁹² באופן ספציפי, ההבנה הסוציולוגית בדבר התמורות שחלו בתפקידה של הקהילה כמוסד חברתי כמו גם במאפייניה של מערכת היחסים בין הקהילה לחבריה לא חלחלה אל דיסציפלינות אחרות (בדגש על השיח הפילוסופי-פוליטי והמשפטי), ומכל מקום, לא קיבלה מקום ראוי בקרבן. אולם הבנה סוציולוגית זו של התפתחות מוסד הקהילה נושאת בחובה הזדמנות לשינוי מערכת היחסים של המדינה הליברלית עם קהילות שאינן ליברליות.

דיון נרחב במחקר הקהילה בשדה הסוציולוגיה חורג מתחומיו של מאמר זה, אולם אצביע בתמצית על עיקרי השינוי שחל במאפייניו של מוסד זה ועל ההזדמנות ששינוי זה מניח לפתחה של מערכת היחסים המורכבת בין המדינה הליברלית לקהילות שאינן ליברליות. עיקרו של שינוי זה עוסק במעבר מקהילות כוללניות לקהילות שהן אך חלק ממכלול ההשתייכות החברתית של חבריהן.⁹³ תפיסה מעודכנת זו של תפקידי הקהילה ומשמעותה בעבור חבריה הביאה חוקרים שונים לבטל את ההנחה בדבר היעלמותו של מוסד זה.⁹⁴ חלף זאת טענו אלה שלא זו בלבד שמוסד הקהילה לא איבד מחשיבותו אלא

91 ראו שי שטרן "חרדים לקהילה" מחקרי משפט (בדפוס).

92 שטרן, שם.

93 לסקירת התמורות שחלו במחקר הקהילה ראו שטרן, שם.

94 ראו באופן כללי, BARRY STEPHEN WELLMAN & STEPHEN DAVID BERKOWITZ, SOCIAL STRUCTURES: A NETWORK APPROACH (1988); BARRY STEPHEN WELLMAN,

הוא אף הפך מוסד חברתי דינמי המספק למשתייכים אליו עוגנים חברתיים חשובים דווקא בעת הנוכחית.⁹⁵ תפיסה עדכנית זו של הקהילה ושל תפקידיה החברתיים מצאה ביטוי בכתיבתו של הסוציולוג והפילוסוף הגרמני גאורג זימל, שטען שהמהפכות שחלו בעת המודרנית הביאו ליצירת רשת זיקות קהילתיות שבמסגרתה כל אדם הופך חבר בכמה קהילות בו-בזמן.⁹⁶ לפי זימל, ההשתייכות הרב-קהילתית כרוכה במידה של שחרור בעבור בני האדם משום שהם אינם כבולים עוד בקהילה אחת חובקת כול.⁹⁷ עם זאת, היא מאפשרת לאדם לשמור על חברותו במגוון קהילות, לשמר את קשריו עם אחרים ולפעול במובנים חברתיים שונים. השתייכות רב-קהילתית מבטאת על פי זימל את הסתגלות מוסד הקהילה למציאות החברתית של המאה האחרונה. באופן זה מתאפשר לבני האדם לשמור על זיקותיהם לאחרים, לבטא את הערכים החשובים להם ולשמור על זהותם בלי להיות כבולים באופן מונופוליסטי למסגרת חברתית אחת.⁹⁸ משכך, הגם כי העת הנוכחית מציבה אתגרים בפני מוסד הקהילה, היא אינה מבטלת את חשיבותו. במובן מסוים, השתייכות רב-קהילתית אף מחדדת את הצורך האנושי בקיומן של קהילות.

ההבנה שהתגבשה במחקר הסוציולוגי בדבר התמורות המהותיות שעבר מוסד הקהילה במאה השנים האחרונות לא חלחלה כאמור אל שדות מחקר שונים, בדגש על השיח הפילוסופי-פוליטי על אודות הקהילה ובעקבותיו השיח המשפטי בנושא. אולם כפי שטענתי במקום אחר, אימוץ הבנה זו על אודות הקהילה מאפשרת את גיבושה של מדיניות פלורליסטית בכל הנוגע להתערבותה של המדינה הליברלית בפעילותן של קהילות שאינן ליברליות.⁹⁹ מדיניות פלורליסטית זו נשענת על מודל שבאמצעותו יכולה המדינה הליברלית להעתיק את מרכז הכובד בבחינת כשרות פעילותן של קהילות שאינן ליברליות מהמישור הערכי-אתי אל המישור המבני. באופן זה, מודל ההשתייכות הרב-קהילתית מסב את בחינת כשרות פעילותן של קהילות מן המרחב הפנים-קהילתי אל קו הגבול החוצץ בין הקהילה לבין החברה בכללותה. מכך נובעת יכולתו של המודל להפחית

NETWORKS IN THE GLOBAL VILLAGE: LIFE IN CONTEMPORARY COMMUNITIES (1999)

95 Barry Stephen Wellman & Barry Leighton, *Networks, לעיל ה"ש 94*. ראו גם, *Wellman 95 Neighborhoods, and Communities Approaches to the Study of the Community Question*, 14 URBAN AFFAIRS REVIEW 363, 369 (1979)

96 GEORGE SIMMEL, CONFLICT AND THE WEB OF GROUP AFFILIATIONS 150 (1955)

97 SIMMEL, שם, בעמ' 130.

98 John D. Kasarda & Morris Janowitz, *Community Attachment in שם*. לטענה דומה ראו *Community Attachment in Mass Society*, 39 AM. SOCIOL. REV., 328, 329 (1974)

99 שטרן, לעיל ה"ש 91.

את המתח הטבוע בשיח הפוליטי והמשפטי הטמון במוסד הקהילה וממילא לאפשר את גיבושה של מדיניות ליברלית להתמודדות עם קהילות, הטומנת בחובה שלושה יתרונות חשובים לעומת המדיניות הנוהגת.

ראשית, התניית הלגיטימציה המדינתית לפעילותן של קהילות ביכולת חבריהן להשתייך לכמה קהילות בו-בזמן מרחיבה את יכולתם של חברי הקהילה להיחשף לנורמות שונות מהנהוגות בקהילה וממילא לפתח מודעות עצמית בנוגע לנורמות הנהוגות בקהילותיהם השונות. כפי שצוין לעיל, הגם כי מודעות עצמית היא אחד הטעמים העומדים בבסיס המדיניות הנוהגת, המדיניות כושלת בהגשמת טעם זה.¹⁰⁰ מודל ההשתייכות הרב-קהילתית, לעומת זאת, מאפשר לפרטים חברי הקהילות השונות לפתח את מודעותם העצמית תוך היחשפות לא אמצעית לקהילות הפועלות בהתאם לנורמות ולערכים השונים במהותם מאלה הנוהגים בקהילות המקור.¹⁰¹

שנית, מודל ההשתייכות הרב-קהילתית מגבש תפיסה שונה של הזכות ליציאה. הזכות ליציאה, אחת מאבני היסוד של מדיניות ליברלית באשר לקהילות שאינן ליברליות, נתפסת כבלם בפני ניסיוןן של קהילות לכלוא את חבריהן בין גבולותיהן.¹⁰² אולם בעוד הדרישה הליברלית, הדורשת לשמר את זכותם של חברי הקהילה לצאת אל מחוץ לגבולות הקהילה, נותרת – כיתר דרישות המינימום הליברליות – בגדר אות מתה, מודל ההשתייכות הרב-קהילתית מספק מובן שונה של זכות היציאה, המאפשר למצוא איזון בין צורכי היחיד, הקהילה והמדינה הליברלית. הרחבת מנעד ההשתייכויות הקהילתיות של חבר או חברת קהילה מפחיתה באופן מהותי את הסתמכותם הבלעדית על קהילה יחידה וממילא הופכת את היציאה מקהילה מסוימת קלה יותר, שכן מימוש זכות היציאה אינה עוד בבחינת ניתוק מוחלט מהשתייכות קהילתית או חברתית.

שלישית, מודל ההשתייכות הרב-קהילתית מאפשר לאמץ תפיסה ראיסטית וראויה יותר של פלורליזם חברתי. תפיסה זו מבוססת על ההבנה שלפיה סיפור חייהם של בני האדם מורכב ממקטעים שונים שהם כותבים בו-בזמן. כפי שאראה להלן, תפיסה זו דוחה את הגישה הליברלית הנוהגת, שלפיה אדם יכול לכתוב את סיפור חייו על ציר אנכי בלבד, שבו כל פרק נכתב בפרק זמן אחר ומתאפיין במציאות חברתית שונה. התפיסה של מודל ההשתייכות הרב-קהילתית מציעה ציר אופקי, המאפשר להכיר בכך שבני אדם

100 ראו לעיל בסעיף "כרוניקה של כישלון ידוע מראש: על הדרישה להחיל נורמות ליברליות מינימליות במרחב הפנימי של הקהילה".

101 להרחבה בעניין השפעת המודעות העצמית על הרחבת אפשרויות הבחירה של חברי קהילות ראו שטרן, לעיל ה"ש 91, בפרק ג.א.3.

102 ראו Green, לעיל ה"ש 56.

כותבים בו-בזמן עמודים שונים בסיפור חייהם.

מודל ההשתייכות הרב-קהילתית מציע אפוא הזדמנות לשינוי באופן שבו מתמודדות מדינות ליברליות עם קהילות שאינן ליברליות. אימוצו של מודל זה מאפשר ראייה רחבה ועדכנית של מוסד הקהילה כמו גם של תפקידיו בעת הנוכחית, וממילא, גיבושה של מדיניות מאוזנת וראויה. בחלקו הבא של המאמר אבקש לפרוט תפיסה תאורטית זו כדי מעשה תוך התמקדות באופן שבו על מדינת ישראל להחיל את מודל ההשתייכות הרב-קהילתית ביחסה אל הקהילה החרדית.

מדיניות התערבות פלורליסטית: הלכה למעשה

מדיניות התערבות פלורליסטית: קווי מתאר מעשיים

אימוץ ההבנה הסוציולוגית בדבר תפקיד הקהילה בעת הנוכחית אל תוככי השיח הפוליטי והמשפטי מאפשר לגבש מדיניות פלורליסטית להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות. לא זו בלבד שמודל זה מאמץ תפיסה עדכנית בדבר תפקידי הקהילה, וממילא, של מערכת היחסים בינה לבין חבריה, אלא הוא אף טומן בחובו יתרונות חשובים הממתנים את המתח בין תפיסות ליברליות וקהילתניות בנוגע להתמודדותן של מדינות ליברליות עם קהילות שאינן ליברליות. בפרק זה אבקש להניח את המתווה ליישומו המעשי של המודל.

עיקרו של המודל בשינוי מרכז הכובד בבחינת פעילותן של קהילות שאינן ליברליות. בעוד המדיניות הנוהגת התמקדה בניסיון להשפיע השפעה ערכית על המרחב הפנימי של הקהילה, בהתאם למדיניות הפלורליסטית נותר מרחב זה מחוץ למרחב ההשפעה של המדינה הליברלית.¹⁰³ הותרת המרחב הפנימי של הקהילה מחוץ לטווח השפעתה של המדינה מגשימה את חובתה הפלורליסטית של המדינה, שלפיה על המדינה לאפשר את קיומה של חברה המכשירה תפיסות טוב השונות במהותן מאלו המקובלות (ובכללן תפיסות טוב שאינן מבוססות על ערכים ליברליים). אולם חובה זו של המדינה אינה מוחלטת, והיא עשויה לסגת ממנה או לצמצמה באחד משני המקרים הבאים: (1) מקרה שבו הקהילה תנסה להחזין את הנורמות הפנימיות שלה אל המרחב החיצוני לה;

103 אין באמור כדי למנוע את התערבותה של המדינה לצורך הגנה מידית על חייהם או על בריאותם של חברי הקהילה, אולם גם על התערבות זו להתחשב בנורמות הקהילתיות הנוהגות. ראו לעניין זה לעיל ה"ש 10.

(2) מקרה שבו הקהילה תמנע מחבריה להשתייך בו-בזמן לקהילות נוספות (ובמיוחד לקהילות הפועלות בהתאם למערכת שונה של נורמות ושל ערכים). שתי מגבלות אלו על החובה הפלורליסטית של המדינה מצביעות על העתקת מרכז הכובד בבחינת הכשרת פעילותן של קהילות שאינן ליברליות מן המרחב הפנימי אל קו הגבול החוצץ בין הקהילה לבין המרחב החיצוני לה. קו הגבול בין הקהילה למרחב החיצוני לה ממלא על פי מודל זה תפקיד כפול: מחד גיסא הוא נועד למנוע ניסיונות החצנה של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה; מאידך גיסא הוא נועד לאפשר לחברי הקהילה לצאת ולהשתייך לקהילות נוספות. מבחינה זו, קו הגבול התוחם את הקהילה מהמרחב החיצוני לה צריך להיות נוקשה ככל שמדובר בניסיונות הקהילה להחציץ נורמות אל המרחב החיצוני, וגמיש ככל שמדובר בחובת הקהילה לאפשר את השתייכות חבריה לקהילות נוספות.

המדיניות הפלורליסטית מציעה אפוא להכשיר את פעילותן של קהילות שאינן פועלות בהתאם לנורמות ליברליות כל זמן שהן נמנעות מלהחציץ את הנורמות שלהן אל המרחב החיצוני וכל זמן שהן מאפשרות לחבריהן להשתייך בו-בזמן לקהילות נוספות. מנגד, אם קהילה מסוימת תמנע מחבריה להשתייך לקהילות נוספות בו-בזמן (כלומר, אם קהילה תבכר לשמר את כוחה כמוסד כוללני), היא תחשוף עצמה להתערבות של המדינה גם במרחבה הפנימי.¹⁰⁴ באותו אופן, כל זמן שקהילה מסוימת מבקשת להחציץ

104 נטל ההוכחה על נכונותה של קהילה לאפשר לחבריה להשתייך בו-בזמן לקהילות נוספות (ובכללן קהילות המחזיקות במערכת ערכים ונורמות שונה בתכלית) צריך שיהא מוטל על הקהילה ועל ראשיה. כך על הקהילה להוכיח באמצעות נתונים עובדיים שהיא מאפשרת לחבריה להשתייך לקהילות נוספות בו-בזמן (כגון באמצעות נתוני תעסוקה של חברי הקהילה, נתונים על אודות מוסדות הלימוד שבהם מתחנכים ילדי הקהילה וכו'). לצד החשש המובנה מפני הצהרות העומדות בסתירה למציאות הנוהגת יש לשים אל לב שקהילות שאינן ליברליות נוטות לא להסתיר את הסתייגותן מפני השתלבות חבריהן בקהילות נוספות. כך למשל, הרב שך, ממנהיגי הבולטים של הקהילה החרדית במאה העשרים, אסר במפורש על השתלבותם של חרדים בקהילות נוספות: "ועוד גם זאת אני מבקש מכם: 'זהיה מחניך קדוש!'. הרחוב טרף לגמרי ועלינו להישמר ולהיזהר ממנו. כמה שאפשר להימנע מנסיעה חוצה, יש להימנע. לא להתהלך בחוץ". ראו אבישי בן חיים איש ההשקפה: האידיאולוגיה החרדית על פי הרב שך 147 (2004).

גם ממשיך דרכו של הרב שך, הרב אלישיב, שלל בפומבי כל השתלבות של בני הקהילה החרדית בחברה הליברלית, בגילוי דעת שפורסם ביומן החרדי יתד נאמן 1 (27.12.2011):

באשר סוד ויסוד קיומו של עולם התורה וציבור היראים, הוא בחיי תורה ויראה על טהרת הקודש, מתוך התבדלות מוחלטת מכל חיי ומושגי העולם החילוני של פורקי עול תורה, על כן יש למחות ולהזהיר מפני כל מיני מגמות מבחוץ לשלוח יד בפך השמן הטהור, שמייסדים "מסגרות מיוחדות לחרדים" שיהיו תחת שליטתם המלאה ועל פי רוחם, ובכלל זה כל מיני מסגרות ומסלולים של שירות לאומי, אזרחי וצבאי, שתכליתן ליצור מקומות מיוחדים שמגבשים קיבוץ של חרדים הכפוף לפורקי עול, לשליטתם ולתרבותם. וכן מעודדים כל מיני

את הנורמות הפנימיות שלה וכל זמן שנורמות אלו עומדות בסתירה לנורמות הרווחות במרחב החיצוני לקהילה, המדינה רשאית – וכחלק מחובתה הפלורליסטית אף חייבת – להתנגד לניסיונות אלה.

אימוצה של מדיניות פלורליסטית להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות מאפשר ליצור היררכיה ביחסה של המדינה לקהילות שונות. קווי המתאר המבנים היררכיה זו מתבססים על האופן שבו מתמודדות קהילות עם שתי המגבלות על חובתה הפלורליסטית של המדינה – נכונותן לציית לנורמות שהמדינה דורשת וניסיוןן להחציין נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה. המדיניות הפלורליסטית משמעה הבחנה ביחסה של המדינה לכל אחד מסוגי הקהילות. הבחנה זו צריכה להיעשות בהתאם למוטיבציה שבבסיסה של מדיניות זו (חובתה הפלורליסטית של המדינה). מבחינה מעשית יש להבחין בין שני פנים של התמודדות המדינה עם קהילות. ראשית, על המדינה למנוע החצנה של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה;¹⁰⁵ שנית, וחשוב לא פחות, על המדינה לקבוע את מידת ההכרה בקהילה כגורם לגיטימי המייצג את תביעותיהם ואת זכויותיהם של החברים כלפי המדינה.¹⁰⁶

מכונים ומכללות להכשרות ולימודים חיצוניים של תארים ותעודות ושל לימודי אקדמיה וכו', אשר יניסו שאיפות זרות הקלוטות מבחוץ, ובידוע כמה נלחמו גדולי ישראל זצוק"ל נגד כל "מוסד לימודים חרדי" שמיועד ללימודים כאלה, והוקיעוהו אל מחוץ למחנה. ובפרט שמודיעים בגלוי שמטרתם בכל מגמות אלו לעשות שינוי הרוח והמהות של הציבור החרדי, ולפעול להחריד כל מיני שאיפות אחרות, לאומיות ומשכיליות, אשר לא שיערום אבותינו, ולעשות השתלבות והתחברות עם חיי החילונית ועם תרבות אנשים חטאים. ועל כן יש לקרוא: אל תלך בדרך איתם, מנע רגליך מנתיבותם, ועם שונים אל תתערב. אלא אך ורק בדרך המסורה לנו מדור דור, לעשות רצון אבינו שבשמים שהבדילנו מן התועים ונתן לנו תורת אמת וחי עולם נטע בתוכנו.

לאחרונה הצטרף גם נשיא מועצת חכמי התורה, המזוהה עם תנועת ש"ס, לקריאה הפומבית האוסרת על בנות הקהילה החרדית להתחנך במוסדות לימוד אקדמיים. ראו ישי כהן "הגר"ש כהן: אסור לבנות ללמוד לימודים אקדמיים" **כיכר השבת** (23.6.2014). ראו לעניין זה גם את החלטת מועצת גדולי התורה, אצל יוסף, לעיל ה"ש 2.

105 כך למשל, על המדינה למנוע מצבים שבהם הרצון לאפשר השתלבות של חברי הקהילה בקהילות שונות (ובכללן במרחב הליברלי החיצוני לקהילה) תכפה נורמות פנים-קהילתיות באותן קהילות חיצוניות. וראו את הטקסט על יד ה"ש 115 להלן.

106 למידת ההכרה של המדינה בהיות הקהילה גורם המייצג את זכויות חבריה משמעות משפטית וכלכלית כאחת. ההשלכה העיקרית של הכרה או היעדר הכרה כזאת היא יכולתה של הקהילה לשמר את זהותה הקהילתית. כפי שאפשר ללמוד מן העימות המשפטית בעניין לימודי הליבה ובפרשת עמנואל, השלכה זו צפויה להיות חשובה במיוחד בתחום החינוך. אולם ההכרה בקהילה כגורם המייצג את תביעותיהם ואת זכויותיהם של חבריה מנביעה השלכות נוספות, ובכללן שלילת ההשתייכות לקהילה כגורם המצדיק

ההיררכיה שמציעה המדיניות הפלורליסטית משמעה אפוא מצד אחד שככל שהקהילה תאפשר לחבריה להשתייך לקהילות נוספות (ובכלל זה קהילות הפועלות בהתאם לנורמות ולערכים שונים) כך תגבר חובת המדינה להכיר בקהילה כגורם המייצג את תביעות ואת זכויות חבריה. מן הצד האחר, המדינה רשאית לא להכיר בקהילות המונעות מחבריהן להשתייך לקהילות נוספות כגורם המייצג את חבריהן (להלן: קהילות שאינן מוכרות, קהילה שאינה מוכרת). קהילות אלו הן אותן קהילות המבכרות לשמר את מעמדן כקהילות כוללניות החובקות את כל היבטי החיים של חבריהן. הגדרתה של קהילה כקהילה שאינה מוכרת שומטת את הקרקע תחת חובת המדינה לתמוך בפעילותה. אולם חמור יותר מנקודת מבטן של הקהילות – היא מאפשרת למדינה לחצות את קו הגבול התוחם את הקהילה ולהרחיב את השפעתה בקרב חברי הקהילה. משמעות הגדרתה של קהילה כקהילה שאינה מוכרת היא שלילת מעמדה כמסגרת חברתית המאחדת את חבריה.

אולם הגדרת קהילה כקהילה שאינה מוכרת צריכה להיות כפופה לשני סייגים. ראשית, הגדרה זו צריכה לסגת שעה שהקהילה ניאונה לציית לדרישות מינימום ליברליות. במקרה כזה, הגם שהקהילה אינה מאפשרת לחבריה להשתייך ב-בזמן לקהילות נוספות, נכונותה לציית לדרישות מינימום ליברליות של המדינה כלפיה צריכה למנוע את הגדרתה כקהילה שאינה מוכרת. עם זאת, ההתמודדות המדינית עם קהילות אלו צריכה לבטא את הקדימות שיש להעניק לנכונות הקהילה לאפשר השתייכות רב-קהילתית;¹⁰⁷ שנית, קודם שיישאל מעמדן של קהילות שזוהו ככוללניות וכחובקות כול, על המדינה לוודא שמאפייניהן אכן משקפים את החלטת הקהילה (או ראשיה) ושהם

העדפה מתקנת או פטור מסוים המוקנה בחקיקה (כך למשל, שלילת ההכרה בהשקפה מסוימת או בהשתייכות למפלגה מסוימת כגורם המזהה הפליה על פי ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, או הימנעות מהכרה בהשתייכות לקהילה מסוימת כהצדקה להעדפה מתקנת בשירות הציבורי. ראו לעניין זה החלטה 638 של הממשלה ה-33 "שילוב חרדים ובני מיעוטים בשירות צבאי ואזרחי לצורך שילובם בשוק העבודה וליצירת שוויון בנטל הביטחוני והכלכלי" [28.7.2013], בסעיף 63). השלכה מעשית נוספת העשויה לנבוע עקב אי-הכרה בקהילה היא הימנעות המדינה מהכרה בצרכים קבוצתיים של חברי הקהילה, כגון הקצאת מקרקעין לצורך התיישבות מתבדלת של הקהילה. ראו שי שטרן "הדרה והכלה במרחב הישראלי: הזכות לקניין כמפתח לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית" עיוני משפט לו (2014).

107 הטעם להענקת קדימות לדרישת ההשתייכות הרב-קהילתית נעוץ ביתרונות הגלומים באימוצה של דרישה זו על פני המדיניות הנוהגת, המחילה דרישות מינימום ליברליות (ראו לעיל "מדינת ישראל והקהילה החרדית: האם אפשר אחרת?"). קדימות זו מוצדקת אף היא בשל אי-הסכמה הנוהגת בהגות הליברלית בדבר מאפייני דרישות המינימום הליברליות, וממילא, בגין היות דרישות אלו נקודתיות וחלקיות בלבד. ראו Menachem Mautner, *From "Honor" to "Dignity": How Should a*

אינם תולדת נסיבות עובדתיות דוגמת ריחוק גאוגרפי או דחיית קהילות אחרות או קבוצת הרוב בחברה.¹⁰⁸

אפשר לסכם את קווי המתאר של מדיניות פלורליסטית להתמודדות עם קהילות שאינן ליברליות כך:

קהילה ליברלית	קהילה המאפשרת השתייכות רב-קהילתית	קהילה שניאווה לציית לדרישות מינימום ליברליות	קהילה שאינה מקיימת אף לא אחת מדרישות המינימום הליברליות
כן	כן	כן	לא
מותרת	מותרת, הקהילה מקבלת על עצמה התערבות זו מרצון	מותרת, אי-ההכרה בקהילה מונעת הכרה בקיומו של מרחב פנימי	מותרת, אי-ההכרה בקהילה מונעת הכרה בקיומו של מרחב פנימי
אסורה	אסורה	כן	כן
מניעת החצנה של נורמות למרחב החיצוני לקהילה	איסור על כפיית נורמות על קהילות שאינן ליברליות	כן	כן

חרדים לקהילה? יישום מדיניות פלורליסטית בנוגע לקהילה החרדית בישראל

יישומה של מדיניות ההתערבות הפלורליסטית על מערכת היחסים של המדינה עם הקהילה החרדית מצריכה אפוא את בחינת מאפייניה של הקהילה החרדית כמוסד כוללני. הקהילה החרדית מורכבת מזרמים רבים וממגזרים פנימיים המקשים לראות

Liberal State Treat Non-Liberal Cultural Groups? 9 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 609, 611 (2008)

108 ראו Chandran Kukathas, *Are There Any Cultural Rights?*, 20 POLIT. THEORY 105, 123 (1992) ("התנאי החשוב ביותר המאפשר חופש מהותי ליציאה מקהילה הוא קיומה של חברה רחבה הפתוחה לקבל יחידים המבקשים לעזוב את קבוצותיהם המקומיות"). סוגיה זו רלוונטית בעיקר בתחום התעסוקה. וראו דוד רגב "אין כניסה לאקדמאי ערבי, חרדי או אתיופי" ידיעות אחרונות 9.11.2009; "מודרים-משכילים במקצועות איכות בחברה הישראלית" דוח אונו (2010).

בה קהילה אחת. הגם כי נהוג להבחין בין שלושה מגזרים עיקריים – חסידים, ליטאים וחרדים ספרדים – הבחנה זו "כללית מאוד ומתעלמת לעתים ממציאות חברתית מורכבת הבנויה מקהילות רבות".¹⁰⁹ כך, הגם כי למגזרים אלה ממשקים רבים ביניהם, הם נבדלים זה מזה הן בנכונותם לפעול בהתאם לדרישות מינימום ליברליות הן בעוצמת ההתבדלות וההסתגרות שהם מחילים על חבריהם. הבנה זו מציבה הזדמנות לבחינה מחודשת של מדיניות ההתערבות של המדינה בקהילות השונות המרכיבות את הקהילה החרדית.¹¹⁰ על פי מדיניות פלורליסטית, המדינה צריכה להתייבב על קו הגבול החוצץ בין הקהילות החרדיות לבין המרחב הכלל-ישראלי ולוודא שגבול זה ניצב איתן בפני ניסיונות הקהילה להחצין נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב הכללי ושהוא גמיש דיו לאפשר לחברי הקהילה להשתייך בו-בזמן לקהילות נוספות.

מדיניות זו מאפשרת חשיבה מחודשת על האופן שבו התנהלה המדינה עם הקהילה החרדית בשלושת מופעי העימות שנדונו לעיל. הדרישה להרחבת השוויון בקהילה החרדית, הן בפרשת עמנואל הן בעניין הפרדה המגדרית בתחבורה הציבורית ובשטחים ציבוריים, נתקלה כאמור בהתנגדות עזה של הקהילה. תוצאות העימותים היו קשות מבחינה ציבורית ומשפטית כאחת. בעמנואל הורחבה הפרדה בין התלמידות בנות העדות השונות, והן נדונו ללמוד בשני בתי ספר שונים. באותו אופן, קווי ה"מהדרין" שבהם הונהגה הפרדה מגדרית הרחיבו את פעילותם מאז פסיקת בית המשפט, ואילו הפרדה המגדרית בשטחי שכונת מאה שערים נותרה בעינה בחסות המשטרה.

טענתי היא שיישומה של מדיניות התערבות פלורליסטית הייתה מונעת את העימות החרף שפרץ בין הצדדים, אבל חשוב לא פחות מכך, מדיניות כזאת הייתה מאפשרת להשיג תוצאות רצויות יותר מבחינה ליברלית. בהנחה שהקהילות החרדיות אינן שוללות את השתייכות חבריהן לקהילות נוספות,¹¹¹ על המדינה להתמקד בקו הגבול החוצץ בין הקהילה לבין המרחב החיצוני לה. לפיכך, כל זמן שהקהילה מבקשת להחצין נורמות פנימיות אל המרחב החיצוני, כגון אכיפת הפרדה מגדרית בתחבורה ציבורית החורגת מן המתחמים הפנים-קהילתיים, על המדינה לאסור זאת. אולם כל זמן שהפרדה

109 שפיגל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 29; קפלן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 229-230.

110 עם זאת, ומתוך מחויבות לעיקרון הפלורליסטי שבבסיס מדיניות זו, על המדינה להותיר לקהילות את ההכרעה בדבר הגדרת גבולותיהן והשתייכותן.

111 זהו המצב בעמנואל וזהו המצב גם ברוב הריכוזים החרדיים שבהם נוסעים קווי המהדרין, כגון בבית שמש ובחלק נרחב מן השכונות המעורבות בירושלים.

המגדרית היא בתוככי המרחב הפנימי של הקהילה, ובו בלבד, על המדינה למשוך ידיה מהתערבות.¹¹²

תפיסה זו מתחזקת שעה שבוחנים את פרשת עמנואל. בפרשת עמנואל, הפנייה להתערבות המדינה באה מצד חלק מחברי הקהילה. בחינה חוזרת של האפשרויות העומדות בפני חברי הקהילה במודל ההשתייכות הרב-קהילתית מראה שלפני חברי הקהילה בעמנואל עמדו שלוש אפשרויות: (1) חברי הקהילה יכולים היו להסכים עם החלטת ראשי הקהילה ולהפריד את מגמות הלימוד; (2) יכולים היו להתנגד להפרדה תוך שימוש באמצעים פנים-קהילתיים; (3) יכולים היו לבקש לצאת מהקהילה.¹¹³ בפרשת עמנואל בחרו חברי הקהילה באפשרות רביעית. הם שאפו להביא לשינוי המרחב הפנימי בקהילה באמצעות גורם חיצוני – במקרה זה, בית המשפט – תוך התעקשות להישאר חברים בקהילה. השאלה בדבר היכולת להביא לשינוי פנים-קהילתי באמצעות גורמים החיצוניים לקהילה, כמו גם בדבר רציותם של מהלכים אלה, חורגת מתחומי של מאמר זה.¹¹⁴ אולם נראה שהחלטת חברי הקהילה להביא לשינוי באמצעות פנייה לבית המשפט אינה יכולה להצדיק – במסגרת של מדיניות התערבות פלורליסטית – את מעורבותה של המדינה במתרחש במרחב הפנימי של הקהילה.

באותו אופן יש לבחון את התערבות המדינה בשדה החינוך ואת ניסיונה לאכוף הוראת לימודי ליבה על מוסדות החינוך השייכים לקהילה החרדית. החינוך נתפס בקהילה החרדית כאחד מעיקרי תפיסת הטוב הפנים-קהילתית. ניסיונה של המדינה להשפיע השפעה ערכית על החינוך שמקבלים בני הקהילה נתפס כפגיעה עמוקה במרחב הפנימי של הקהילה. בהתאם למדיניות פלורליסטית, על המדינה להניח שתי אפשרויות בפני הקהילה החרדית: האפשרות האחת היא אימוצה של תפיסת ההשתייכות הרב-קהילתית. ככל שהקהילה החרדית תאפשר לחבריה להשתייך בו-בזמן לקהילות נוספות (ובכלל זה קהילות בעלות מערכת שונה של ערכים ושל נורמות) תהיה המדינה מנועה מלהשפיע השפעה ערכית על תוכני הלימוד הנוהגים בקהילה. אימוצה של תפיסת השתייכות רב-קהילתית מיתר כאמור את הצורך בכפיית תכנית לימודים העומדת בסתירה ערכית

112 ראו בג"ץ 746/07, לעיל ה"ש 12, בפסקה כו-לא לפסק דינו של השופט רובינשטיין, וכן Raphael Cohen-Almagor, *Israeli Democracy, Religion, and the Practice of Haliza in Jewish Law*, 11 UCLA WOMEN'S L.J. 45, 52 (2000–2001)

113 ראו לעיל ה"ש 101.

114 הדיון בהצלחתם של מהלכים מעין אלה נערך בהרחבה בשאלות הקשורות למאבקן של נשים במסד הדתי. ראו לעניין זה רונית עיר-שי ותניא ציון וולדקס "הפמיניזם האורתודוקסי-המודרני בישראל – בין נומוס לנרטיב" *משפט וממשל* טו 235, 233 (2013); Susan Sered, *Women and Religious Change in Israel: Rebellion or Revolution*, 1, 2–3 (1997) SOCIOL. RELIG.

לערכי הקהילה, שכן היא מאפשרת להשיג את המטרות שבבסיס הדרישה של תכנית הליבה בעלויות חברתיות נמוכות יותר ובאפקטיביות גדולה יותר. ככל שהקהילה החרדית תסרב לאמץ השתייכות רב-קהילתית תהא המדינה רשאית לדרוש את החלת לימודי הליבה במוסדות החינוך של הקהילה כחלק מדרישות המינימום הליברליות המופנות אליה. במצב דברים זה, נכונותה של הקהילה לציית לדרישות המינימום הליברליות תעמוד בינה לבין ההכרה בלגיטימציה של פעילותה כקהילה. סירובה להחיל את תכנית הליבה (בין יתר דרישות המינימום הליברליות) יביא להגדרתה כקהילה שאינה מוכרת, הגדרה השוללת ממנה את מעמדה כקהילה פוליטית בת הגנה.¹¹⁵

הדברים שונים בכל הנוגע לסוגיית השירות הצבאי של בני הקהילה. הטעם להבחנה בין סוגיה זו לשתי קודמותיה נעוץ בכך שכל אחת מן החלופות השונות העומדות בפני הקהילה החרדית מצדיקה את דרישת המדינה לגיוס בני הקהילה לשירות צבאי. לפיכך, דרישה זו של המדינה מוצדקת במקרה שבו הקהילה החרדית תאמץ את תפיסת ההשתייכות הרב-קהילתית, כך במקרה שבו הקהילה החרדית תבכר את האפשרות לציית לדרישות המינימום של המדינה וכך גם במקרה שבו הקהילה תאבד את מעמדה כקהילה מוכרת. זאת ועוד, בשונה משתי הסוגיות שנדונו לעיל, סוגיית גיוסם של בני הקהילה החרדית לשירות צבאי טומנת בחובה גם החצנות כבדות משקל מבחינת המרחב החיצוני לקהילה. כך הוא בכל הקשור להכבדת הנטל האזרחי על מי שאינם משתייכים לקהילה החרדית וכך גם במסרים המועברים למרחב החיצוני לקהילה במתן פטור כללי לבני הקהילה מגיוס. לפיכך נראה שבשונה מן האופן שבו פועלת מדיניות פלורליסטית בהתמודדות עם קהילות בשתי הסוגיות שנדונו לעיל, בסוגיית הגיוס, מדיניות זו אינה מאפשרת הבחנה בין החברה בכללותה לבין הקהילה. ממילא, בשאלת גיוס בני הקהילה החרדית, אף לא אחת מן החלופות השונות מקנה חסינות מפני השפעה ערכית במרחבה הפנימי של הקהילה. אולם אין בכך כדי להפחית מחובת המדינה להכיר בטענת הקהילה החרדית שחובת הגיוס פוגעת בערך לימוד התורה, או ליתר דיוק, בפניות בני הקהילה להתמסר לערך זה ולקיימו מבחינה מעשית. הכרה זו, משמעה חובה של המדינה להימנע ככל האפשר מפגיעה זו, וממילא, הקפדה על צמצום הדרישות הצבאיות לאותה מסגרת הנדרשת להשלמת המטרה שלשמה מגויסים בני הקהילה לשירות צבאי. משמעה של הכרה זו היא גם חובתה של המדינה להקל ככל שאפשר על השתלבות בני הקהילה החרדית במסגרות הזרות להם מבחינה ערכית. אולם חשוב להבהיר שחובה זו המוטלת על המדינה, לסייע לבני הקהילה החרדית להשתלב בקהילות שונות, אין משמעה התצננה

115 הגדרה זו נושאת כאמור משמעויות רחבות היקף מבחינת חובת המדינה לאפשר מוסדות חינוך נפרדים בעבור המשתייכים לקהילה, וודאי בכל הנוגע למימונם.

של נורמות פנים-קהילתיות אל המרחב החיצוני לקהילה (או כפייתן על קהילות אחרות). כך למשל, חובתה של המדינה לסייע לבני הקהילה החרדית למצוא את מקומם בצבא אין משמעה קיומן של מסגרות צבאיות נבדלות לבני הקהילה החרדית. קיומן של מסגרות נבדלות מסוג זה חותר תחת העקרונות של השתייכות רב-קהילתית ומונע את מימוש היתרונות הגלומים באימוצה של תפיסה זו.¹¹⁶

סיכום

מאמר זה מבקש לקרוא לשינוי במדיניות ההתערבות של המדינה הליברלית בפעילותן של קהילות שאינן ליברליות. עיקרו של השינוי המוצע הוא העתקת מרכז הכובד שבבחינה של הכשרת פעילותן של קהילות אלו מן המישור הערכי אל המישור המבני. העתקה זו כרוכה במשיכת ידיה של המדינה מהמרחב הפנימי של הקהילה והתמקדותה בקו הגבול המבחין בין הקהילה לבין המרחב החיצוני לה. התמקדות זו צריכה לוודא תחילה שקו הגבול אינו מאפשר להחזין נורמות וערכים פנים-קהילתיים אל המרחב החיצוני לקהילה ושקו זה יהיה פתוח ככל שמדובר בחובת הקהילה לאפשר לחבריה להשתייך בו-זמן לקהילות נוספות (ובכללן קהילות הפועלות בהתאם למערכת שונה של נורמות ושל ערכים). נסיגת המדינה מעיסוקה במרחב הפנימי של הקהילה אל קו הגבול התוחם את הקהילה מהמרחב החיצוני לה אינה צפויה לעורר "אביב ליברלי" שבמסגרתו ימירו כל הקהילות הפועלות במרחב המדינתי את דתן וינטשו את ערכיהם ואת הנורמות שלהן. עם זאת, מודל זה מציע שיפור ניכר ביכולתה של המדינה הליברלית להבטיח שכל אזרח יוכל לכתוב את סיפור חייו בכוחותיו הוא.

116 שלילת מסגרות נבדלות לבני הקהילה החרדית מוצדקת גם על פי מדיניות המושתתת על דרישות מינימום ליברליות, שכן מסגרות אלו מחצינות ערכים פנים-קהילתיים (דוגמת הפרדה מגדרית) אל המרחב החיצוני לקהילה. ראו לעניין זה נטע משה "שירות נשים בצה"ל" מרכז המחקר והמידע כנסת ישראל (2013); אבי בן בסט, מומי דהן ומרדכי קרמניצר "חרדים לצה"ל: האחים יבואו למלחמה ואתם תשבו פה?" הצעה לסדר 4 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013).

בְּצֵלָה שֶׁל בְּגִ"ן

זכויות אדם בבתי הדין הרבניים

יוסף שרעבי

מבוא

לבתי הדין הרבניים נתונה סמכות ייחודית בענייני הנישואין והגירושין של היהודים בישראל.¹ הדין שלפיו דנים בתי הדין הרבניים בעניינים אלה הוא דין תורה² כהגדרתו בקרב הציבור שומר ההלכה.³ היוזקותו המחויבת על פי דין של כלל הציבור היהודי בישראל לסמכותם של בתי הדין היא מצע למחלוקת מתמשכת בין שתי תפיסות עולם, קוטביות לפעמים. מן הצד האחד תפיסה חילונית ליברלית שבית המשפט האזרחי הוא אחד מדובריה, ומן הצד האחר תפיסה דתית, שמרנית ביסודה, שלפיה בתי הדין רואים עצמם שומרי הסף של ערכי

1 סעיף 1 בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 134.

2 שם, סעיף 2.

3 לא נקטתי את הביטוי "ציבור דתי" משום שזו הגדרה סוציולוגית הנתונה לפירושים שונים. גם מסורתיים, שאינם מחויבים להלכה באותו אופן, עשויים לקבל הגדרה זו מבחינה עקרונית. ראו לדוגמה מאיר בוזגלו "המסורתי החדש וההלכה – פנומנולוגיה" התחדשות ומסורת: יצירה, הנהגה ותהליכי תרבות ביהדות צפון-אפריקה 187 (משה אורפלי ואפרים חזן עורכים, תשס"ה). ההגדרה "ציבור שומר הלכה" מדויקת יותר בהקשר זה.

המשפחה בישראל, באמצעות ההלכה. מכיוון שבית המשפט העליון רואה עצמו כמגן על זכויות האדם ומכיוון שהמעשה השיפוטי בכלל, ובדיני משפחה בפרט, נוגע כמעט תמיד בזכויות אדם, מחלוקת זו הופכת תדירה ומתמשכת.

במאמר זה אתאר ואתח את התמודדות בתי הדין הרבניים בפסיקתם עם הקטבים הללו כיצד רואים הם את המחלוקת הנזכרת ובעקבות כך את אפשרות שימור ערכי המשפחה היהודיים בתוך מציאות חברתית ומשפטית שהערכים המובילים בה הם חילוניים וליברליים.

אציג שלוש גישות שונות של התמודדות בסוגיה זו באמצעות ניתוח פסקי דין של בתי הדין הרבניים, הדנים באופן ישיר ועקיף במעמדן של זכויות אדם שונות. זכויות אלו הן בין היתר הזכות לשוויון, הזכות להתגרש, הזכות לפרטיות, זכות הקניין והזכות לחופש התנועה. הן נדונות אל מול ערכי המשפחה⁴ כפי שהם באים לידי ביטוי בהלכה, לפי פרשנותם של בתי הדין הרבניים.

הגישה הראשונה אשר בה אדון היא גישה של עימות. גישה זו מעמידה במוצהר תפיסת עולם החולקת על תפיסת העולם הליברלית ועל שיח הזכויות ומתחרה בהם,

4 אפשר שהבחנה המוצעת בין שלוש גישות שונות (עימות, הכלה והפרדה) בניואנסים שונים עשויה להיות אב טיפוס של דרכי התמודדות במפגשי עימות בין מסורות משפטיות חולקות או בין תמורות תרבויות ומדעיות. כך לדוגמה מתאר אלימלך וסטרייך ("רפואה ומדעי-הטבע בפסיקת בתי הדין הרבניים" משפטים כו 425 [תשנ"ו]) שלוש גישות שונות בקרב הדיינים באשר לשימוש באמצעים גנטיים לקביעת אבהות, שהושפעו לטענתו מגישתם למדע המודרני: גישה מקבלת, גישה מתנכרת וגישה פרגמטית. אלא שבשונה מסוגיות אחרות, שבהן הדבר נתון יותר לבחירה וקשור למסגרת שיקולים הלכתית פנימית, נושא זכויות האדם מחייב את בתי הדין לנקוט עמדה ערכית והלכתית אל מול מערכת משפטית חיצונית הנכונה להתערב בכל עת ואף לכפות את תפיסתה. לעורכי הדין ולבעלי הדין העושים שימוש בשיח הזכויות יש ודאי חלק בכך, מתוך שאיפה טבעית למיצוי זכויותיהם ואולי אף מתוך רצון לאלץ את בית הדין להתמודד עם טענות של הפרת זכויות אדם כהכנה לתקיפת פסיקתם בבג"ץ.

5 הדיון במאמר זה מתמקד בערכי המשפחה, שבהם עיקר פסיקתם של בתי הדין הרבניים. עם זאת, בבתי הדין נדונו גם מקרים של התנגשות בין זכויות יסוד לערכים אחרים. ראו לדוגמה ערעור (גדול) 13-002793529-1 (4.4.2005), אשר בו נדונה בהרחבה נוסחת האיזון בין פגיעה בחופש העיסוק של עורך דין וחופש התקשורת של הפרט עם עורך דין לבין ערך שמירת אמון הציבור במערכת המשפטית וערך עליונות השפיטה, המגולמים בסעיף 19א(1) בחוק הדיינים, תשט"ו-1955, ובסעיף 53 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961. בנושא אחר, בתיק (אזורי נתניה) 2-42-8896 (30.3.2008), הורה בית הדין הרבני לא לערוך בדיקה העלולה לפגוע בכבוד הנבדק, תוך הסתייעות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בפסק הדין נדונה בדיקה פסיכיאטרית לבדיקת כשירותו של יורש לנהל את ענייניו לפי בקשת בא כוח האפוטרופוס הכללי לשם שחרור האפוטרופוס המטפל בעיזבון המוריש). השוו גם המובא להלן בה"ש 165.

ושואפת להשליטה בחברה הישראלית; הגישה השנייה היא גישה של הכלה והשתתפות. גישה זו רואה את עצמה בת שיח של המשפט הכללי. היא נכונה אף לקלוט אל תוכה באמצעות מנגנונים פנימיים עקרונית מן המשפט הכללי המבטאים לדידה מענה ראוי למציאות המודרנית. כך למשל בנוגע לערך השוויון בין נשים לגברים או בנוגע לצמצום ההגבלות על החופש להתגרש; הגישה השלישית היא גישה של השלמה והפרדה. גישה זו משלימה באופן עקרוני עם תחום תחולה צר יחסית של ההלכה בענייני נישואין וגירושין ונמנעת במודע מהרחבת הסמכות השיפוטית למצב של פגיעה עמוקה מדי בזכויות אדם ככל שהדבר אינו הכרחי לקיום הגרעין הבסיסי של דיני הגירושין והנישואין.

שתי הגישות הראשונות מושפעות ומובלות בידי שני דינים שהיו עד לפרישתם לאחרונה מוותיקי הדיינים: הרבנים אברהם שרמן ושלמה דיכובסקי, שהיו בני פלוגתא במשך עשרות שנים בנושאי יסוד רבים הנמצאים בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים. אף שבדוגמאות שאנתח יוזכרו שמותיהם של רבים אחרים, מטבע הדברים, שני הדיינים הנזכרים יבלטו ויאוזכרו יותר מאחרים. תופעה זו, של שופטים מתווי דרך שיפוטית המחלחלת לכלל המערכת, אינה זרה למערכות משפט אחרות ועל כן אין להמעיט ממשקל גישותיהם של הרבנים שרמן ודיכובסקי בקרב דייני בתי הדין.

במאמרי אדון בשלוש הגישות הנזכרות בשני מישורים. הראשון והמרכזי הוא המישור הפנים-הלכתי. אתמקד בו בבירור מקורותיה של כל גישה, הניעותיה ותכליותיה; השני, מישור כללי יותר, חוץ-הלכתי, אשר בו אבחן את היחס לפסיקת בתי הדין הרבניים, בעיקר מנקודות מבטן של מערכת המשפט האזרחית ושל החברה הישראלית.

הדיון במאמר זה עשוי להיות חלק מבחינה נורמטיבית של השאלה איזו מבין שלוש הגישות מבטאת את האיזון הראוי ביותר בין ערכיה היסודיים של מדינת ישראל (התשובה המיידית, המתבקשת לכאורה, שזו הגישה השנייה, אינה פשוטה כלל ועיקר. אין זה ברור אם יש תשובה אחת נכונה) והאם יש צורך או האם אפשר לגבש גישה אחרת שתבטא טוב יותר ערכים אלו.

מובלעת דתית בשיטת משפט חילונית ומודרנית

למעמדם ולתפקודם של בתי הדין הרבניים במדינת ישראל מאפיינים מיוחדים, שכן בתי הדין פוסקים "הלכה דתית" לבעלי דין שרובם חילונים ושקרוב לוודאי רובם לא היו מקבלים על עצמם את הסמכות ההלכתית אלמלא היה החוק הישראלי מחייבם לעשות כן. שונה הדבר מפסיקה הלכתית בקהילה דתית אשר בה הפונה אל הרב או אל הדיין מקבל ברצון ומראש את סמכותו.

הפסיקה הדתית אינה מעוררת כל קושי בחייו הפרטיים של האזרח החילוני, שכן בתחום הפרטי מי שאינו מעוניין לנהל את אורח חייו לפי ההלכה אינו נזקק לסמכות

ההלכתית וממילא אין לה כל השפעה עליו. גם בתחום הציבורי הפסיקה הרבנית המועטה אינה מפריעה כמעט ליחיד בחייו הפרטיים. התחום היחיד אשר בו הפסיקה מתערבת באופן כופה בחיי היחיד הוא תחום הנישואין והגירושין.

אך אין מדובר רק בשאלה של קבלת הסמכות מצד בעלי הדין אלא גם בהתלבטות לא פשוטה מצד הדיינים, הנדרשים להורות לאדם לנהוג בניגוד לאמונתו ולהשקפת עולמו. לא זו בלבד אלא שבתי הדין פועלים בזיקה לחוק החילוני ולבתי המשפט ולא רק כלפי המתדיינים. בספר החוקים הישראלי ישנן הוראות חוק המחייבות את בתי הדין ואף כאלה המכוונות לבתי הדין ישירות, כנזכר להלן, ולמעשה, פסיקתם נמצאת במתח מתמיד מול פסיקת בית המשפט העליון וערכיו, שלאורך השנים צמצם וקיצץ בסמכויות בית הדין הרבני⁶ בשל הפערים הגדולים בתפיסות העולם ובנקודות המוצא השונות של שתי הערכאות.

המציאות היא אפוא שבתי הדין פועלים בסביבה לעומתית הן מבחינה משפטית הן מבחינה חברתית ותרבותית.⁷

פסיקה הלכתית במציאות מודרנית

רוב הדיינים מודעים במידה זו או אחרת לסביבה החברתית אשר בה הם פועלים⁸: מדינה יהודית חילונית וליברלית,⁹ ומכירים במגבלות יכולתם להתערב באופן ממשי בחירויות הפרט, ובמיוחד בחופש מדת, על אף רצונם להגשים את ערכי המשפחה היהודיים ולשמור על מוסד הנישואין מפני שחיקה והתפוררות.

6 ראו אריאל רוזן צבי דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול 93-99 (תש"ן); פנחס שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב 523 (תשנ"ה); הרב שלמה דיכובסקי "בתי הדין ובתי המשפט – תחומי חיכוך" תחומין כד 51 (תשס"ד); הנ"ל, "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה" מאזני משפט 4, 261, 270-271 (תשס"ה).

7 ראו אריאל רוזן צבי "בתי הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאד" דת, ליברליזם, משפחה וחברה: אסופת מאמרים 143, 147-149 (אריאל פורת עורך, תשס"א) [מופיע גם אצל אריאל רוזן צבי "בתי הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאד" משפט וממשל ג 173 (תשנ"ה)]; הנ"ל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 282-292.

8 אפשר למצוא ביטוי למודעות זו גם בפסקי הדין. ראו לדוגמה תיק (אזורי רחובות) 2-4177-2009 (20.4.2009): "אמנם אנו חיים בתקופה שחלק גדול לא שולט ביצרו והולך אחר מראות עיניו ובוגד באשתו תוך תקופת הנישואים", בניגוד להשקפת בית הדין עצמו בנוגע לנישואין: "בני זוג הנישאים זה לזה, בעת הנישואים הם כורתים ברית ביניהם שיחיו זה עם זה בשלום בשלוה ובאהוה כל ימי חייהם, וזו דרך החיים שהנחילה היהדות לבניה בכל הדורות. ועל כך חונכו אבותינו ואנו". דוגמה נוספת נמצאת בדברי הרב הלוי, בתיק (אזורי ת"א), 1-21-037549946 (11.6.2006), לא פורסם: "ובית הדין אף הוא בתוך עמו הוא יושב, ויודע ומכיר מצב הדור וחולשותיו".

9 פרופ' אריאל רוזן צבי המנוח עסק רבות בסוגיות אלו. ראו בעיקר אריאל רוזן צבי "ההלכה והמציאות החילונית" אסופת מאמרים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 89-142; הנ"ל, "גשר צר", לעיל ה"ש 7. בסעיף זה אבקש להתייחס לנקודות ולדוגמאות נוספות ולהציע כיווני מחשבה שונים.

הפערים בין התפיסה ההלכתית המקובלת לבין התפיסות הדומיננטיות בחברה הישראלית מעלים שאלות יסודיות ורחבות שעסקן בהן בעבר. אינני מתכוון לעסוק בכולן במסגרת מאמר זה אף שהן קשורות קשר בל יינתק לנושא. כך למשל בהתמודדות הפסיקה ההלכתית עם שאלות מודרניות הקשורות ביחס בין דת למדינה או בשאלת הכפייה הדתית, וכן בתחום המשפט: שאלת היחס בין משפט לערכים ותפיסות עולם, שאלת מאבק הסמכויות או שאלת אמון הציבור במערכת השפיטה של בתי הדין הרבניים. גם שאלות פנים-הלכתיות כמו כישורי הדיין וחובתו להיות מעורב עם הבריות קשורות בסוגיה זו. כוונתי היא להתמקד בנקודת המבט של בתי הדין ובפתרונות שנקטו כדי להתמודד עם המציאות הלעומתית המיוחדת העולה מן המפגש בין דיני הנישואין והגירושין לבין זכויות האדם, וכן ביחסו של בית המשפט העליון לפתרונות אלו.

ערכי המשפחה

ראשיתה של המציאות אשר בה בתי הדין פועלים בסביבה לעומתית, כנזכר לעיל, נעוצה בתפיסת המשפחה וערכיה לפי ההלכה, השונה לגמרי מהתפיסה החילונית הליברלית. ערכיה של האחרונה מבוססים על האוטונומיה של הפרט. היחיד נמצא במרכז ההווה, ואין לפגוע בחירותו לבחור לחיות את חייו בכל דרך שיחפוץ אם אין לפגיעה הזאת הצדקה כבדת משקל. התוצאה של תפיסה זו בדיני הנישואין והגירושין היא שהחל בשנות השבעים של המאה הקודמת התחוללה רפורמה משפטית בתחום זה כמעט בכל מדינות המערב, שנטשו את משטר הגירושין מבוסס האשם ועברו למשטר גירושין ללא אשם, וחלקן אף למשטר גירושין לפי דרישה.¹⁰ כל בן זוג יכול לבחור לפרק את קשר הנישואין ללא כל סיבה מיוחדת מלבד רצונו לסיים את הקשר. התא המשפחתי אינו מקודש עוד, ואין כמעט כל הצדקה להטיל הגבלות משפטיות כדי לשמר.

ההלכה כפי שהתעצבה לאורך השנים אינה מאפשרת גירושין חד-צדדיים ללא עילה מוצדקת. רצונו של היחיד לסיים את קשר הנישואין אינו יכול לעמוד בפני עצמו, וההלכה דורשת ממנו להתאמץ לשמר את קשר הנישואין ומגבילה את חופש הגירושין שלו, שכן יש לנישואין ולמשפחה תכלית ויעוד בקיום העולם. שלמות המשפחה וחשיבות קשר הנישואין הן ערכים שחז"ל וחכמי ההלכה לא נלאו מלהאדירם ולהציגם כחלק מהערכים החשובים ביותר בעיניהם.

10 לסקירה מקיפה של תהליכים אלה ולדיון בהם ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד: על ההסדרה האזרחית של הגירושין" עיוני משפט כח 671, 678-700 (תשס"ה); MARY ANN GLENDON, THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE 148-196 (1989)

חקיקה מבוססת זכויות אדם המכוונת לבתי הדין הרבניים

על אף האמור לעיל באשר לדין התורה שלפיו דנים בתי הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין, בספר החוקים הישראלי¹¹ ישנם חוקים המופנים לבתי הדין.¹² חלקם, מעצם הגדרת בתי הדין כערכאה שיפוטית, וחלקם בשל עיסוקם בנושאים הנמצאים בסמכות ייחודית של בתי הדין הרבניים. בין חוקים אלה ישנם כאלה המבטאים באופן מפורש ערכים ליברליים כגון שוויון, כבוד וחירות, וכולם צריכים להתפרש ברוח חוקי וערכי היסוד של השיטה המשפטית הישראלית.

החוק הוותיק ביותר בהקשר זה הוא חוק שיווי זכויות האישה,¹³ המכוון גם לבתי הדין הדתיים,¹⁴ ואשר הביא לתחילתו של תהליך שתכליתו השוואת זכויותיה הרכושיות של האישה הנשואה לאלה של הבעל אף בבית הדין הרבני, בשונה מן הדין הדתי, בעיקר בכל הנוגע לשליטה בנכסי האישה קודם הנישואין.¹⁵

עם השנים הופנו לבית הדין הרבני דברי חקיקה נוספים והוראות מחייבות של בית המשפט העליון שעניינם שוויון וזכויות אדם נוספות שבית הדין חייב להתחשב בהם במסגרת שיקוליו כך בנוגע לחזקת השיתוף, לחוק יחסי ממון ולתחולת חוקי היסוד בבתי הדין הרבניים.¹⁶

בסוגיה עקרונית זו חלוקות שתי מערכות השיפוט. מנקודת מבטו של בית המשפט העליון, מקור סמכותם של בתי הדין הרבניים הוא החוק הישראלי, ועל כן עמדתו היא שחוקי היסוד אף הם מחייבים את בתי הדין.¹⁷

-
- 11 על מחויבותו הכללית של בית הדין לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית בישראל ראו פנחס שיפמן דיני משפחה בישראל כרך א 30-32, 42-43 (מהדורה שנייה, תשנ"ה); רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84-92, 300-312.
 - 12 ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ג 1479-1484 (מהדורה שלישית, מורחבת ומתוקנת, תשמ"ח); רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84-92.
 - 13 חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, ס"ח 82. על חיקוקו של חוק זה, על השינויים בו ועל קליטתו בבתי הדין הרבניים ראו אלון, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1389-1392, 1480-1481, 1515-1519; בן ציון שרשבסקי דיני משפחה 222-231 (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"ג).
 - 14 ראו סעיף 7(ב) לחוק, לעיל ה"ש 1.
 - 15 ראו אריאל רוזן צבי יחסי ממון בין בני זוג 134-148 (תשמ"ב); הנ"ל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 144-145. השוו שרשבסקי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 222-231. ראו עוד להלן, ליד ה"ש 81.
 - 16 ראו הדיון להלן בעניין תחולת חוקי היסוד בדיני הגירושין.
 - 17 ראו הדיון להלן בעניין תחולת חוקי היסוד בדיני הגירושין וכן הדיון להלן, "בין בית המשפט העליון לבתי הדין הרבניים: מבט חוז'".

ההתמודדות ההלכתית עם הקונפליקט המובנה בשיטה המשפטית

רוב הדיינים, המודעים לפערי התפיסות בין ההלכה לערכים הליברליים החילוניים במידה כזאת או אחרת, פיתחו בפסיקותיהם דרכים שונות להתמודד עם פערים אלו.

אריאל רוזן צבי¹⁸ תיאר במחקריו שני אבות טיפוס בגישות בתי הדין הרבניים: גישה ייחודית או מסתגרת מול גישה כלל ישראלית. חלוקה זו מזכירה את ההבחנה הגסה בין התפיסה החרדית המחמירה והמסתגרת לבין תפיסתה של הציונות הדתית בנוגע לסוגיות חברתיות ולסוגיות של יחסי דת ומדינה. פנחס שיפמן¹⁹ עסק אף הוא בסוגיה זו, ואף הוא כרוזן צבי הציג עמדה ביקורתית בדרך כלל, התומכת בגישה המאמצת באופן מרבי את החוק הישראלי ואת ערכי החברה החילונית המודרנית.

אני סבור שהגם ששמרנות ויראת הוראה מאפיינות במידה רבה את פסיקתם של דיינים רבים, הגישה הייחודית או המסתגרת שהגדיר רוזן צבי וביקר באופן חריף, כמעט אינה קיימת עוד, בוודאי לא גישה הגורסת ש"אין אנו אחראין עליהם"²⁰ כפי שתיאר רוזן צבי²¹ על פי ניסוחו של הרב משה פיינשטיין.

יחיאל קפלן²² עסק בכמה מאמרים במעמדם של חוקי היסוד בבתי הדין הרבניים. הוא התמקד בניחותו שתי דוגמאות: אכיפת פסקי דין של גירושין והיחס לזכות לפרטיות. טענתו העיקרית בנוגע לנושא הראשון היא שבית הדין יכול וצריך לאזן בין הדרישות ההלכתיות לבין חוק היסוד: כבוד אדם וחירותו, שכן הדבר תואם את עמדת ההלכה. בנושא הפרטיות הוא מבקר את בתי הדין על כך שזכות זו אינה מקבלת את היחס הראוי

18 רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 283-290; הנ"ל, "גשר צר" לעיל ה"ש 7; הנ"ל, "המציאות החילונית", לעיל ה"ש 9.

19 ראו פנחס שיפמן שפה אחת ודברים אחדים: עיונים במשפט, הלכה וחברה 115-142 (תשע"ב). כן ראו הנ"ל, לעיל ה"ש 11, כך א, בעמ' 421-439, בעניין המדיניות הרצויה בקביעת הזכות לגירושין. וכן ראו דברי הנ"ל, שפה אחת (לעיל), בעמ' 207-235, בנוגע לתמיכה במיסוד הנישואין האזרחיים בחוק הישראלי.

20 הרב משה פיינשטיין שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק שני, סימן מה.

21 רוזן צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 116.

22 יחיאל קפלן "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני: איוון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות" קרית המשפט ח 145 (תשס"ט). ראו גם במאמר מוקדם יותר שלו, שבו הוא דן רק בנושא של אכיפת פסקי דין לגירושין, הנ"ל "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי-דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" מחקרי משפט כא 609 (תשס"ה). ראו גם הנ"ל "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת" דין ודברים 6 259 (תשע"א).

לה לפי ההלכה בפסקי הדין. בשני הנושאים מגמתו היא ביסוס והוכחה של הטיעון שההלכה יכולה וצריכה להגן על הזכויות ולכן על בית הדין לאמצן. אין הוא עורך הבחנה בין הגישות השונות בפסיקת בתי הדין, הוא ממעט לעסוק בנקודת המבט הפנימית של בתי הדין אף על פי שהוא דן במקורות הלכתיים קלאסיים, ואין הוא עוסק בזכויות אדם נוספות הנדונות בבתי הדין הרבניים.

מטרתו במאמר זה היא לנתח את הגישות העקרוניות השונות הקיימות כיום – בעיקר בשני העשורים האחרונים,²³ בקרב דייני בתי הדין הרבניים – כפי שהן באות לידי ביטוי בפסקי הדין הרבניים, במיוחד אלה שנכתבו בידי דיינים המזוהים עם החברה החרדית. אבקש להגדיר, לנתח את מאפייניהן השונים, להציג את ההבדלים ביניהן ולהצביע על יתרונותיהן וחסרונותיהן של כל גישה.

הגישה הראשונה: עימות

הגישה הראשונה היא גישת העימות.²⁴ גישה זו חדה וברורה לכאורה. היא מעמידה שתי תפיסות עולם סדורות זו מול זו תוך הגדרה מוקצנת שלהן. לפי גישה זו, שתי התפיסות הערכיות אינן יכולות לדור בכפיפה אחת. האוחזים בגישה זו מדגישים בגלוי ובמפורש את כל הפערים וההבדלים בין שיטות המשפט השונות, מקור הסמכות השונה ומערכת הערכים השונה, שמהם נגזרות התפיסות המשפטיות השונות. היחס לזכויות אדם בתחומי השיפוט שבסמכות בתי הדין הרבניים נקבע לפי גישה זו אך ורק על פי השיטה המשפטית המחייבת את בתי הדין, קרי, ההלכה, ואין כל מקום לחזירת מושגים אחרים וערכים אחרים.

חירות הפרט ושלמות המשפחה

את פסק הדין אשר בו אדון כאן אציג ביתר הרחבה, שכן דומה שהוא מייצג היטב את בעלי גישת העימות באופן מפורש, סדור ולעתים אף מקורי.

פסק הדין ניתן בידי בית הדין הגדול בערעור²⁵ על פסק הדין של בית הדין האזורי בתל

23 רוזן צבי התייחס לפסיקה שהצטברה עד זמנו, לפני כעשרים שנה, קודם הקמת בתי המשפט לענייני משפחה וקודם החדירה הנרחבת של השיח החוקתי לפסיקת בתי המשפט.

24 השוו רוזן צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 113-120, המגדיר עמדה כגון זו כעמדה "ייחודית" או "מסתגרת", כנוכח לעיל.

25 ערעור (גדול) תיק 1-64-5007 (פורסם באתר בתי הדין הרבניים, 19.7.1999).

אביב, שבו נדונה תביעה לשלום בית שהגישה אישה נגד בעלה לאחר ששניהם חיו בנפרד והבעל כבר היה קשור במערכת יחסים זוגית עם אישה אחרת. בית הדין האזורי פסק:

א. על הבעל לחזור לשוב ולגור עם אשתו בשלום בית כמנהג המשפחות הכשרות בישראל. ב. ללא כל ספק עצם מגוריו ויחסיו עם אלמונית מהוים את הגורם ההרסני ביותר לחיי המשפחה של בני הזוג, ועליו להתנתק מגב' אלמונית מיידית, ונאסר עליו לגור בדירתה של הגב' אלמונית בתוקף צו ביה"ד [בית הדין], ועליו לחזור [...] לגור בדירת מגורי בני הזוג.²⁶

אקדים כמה מילים על תביעות שלום בית בבתי הדין הרבניים, שכן הן משמשות מקרה מבחן מובהק אשר בו באות לידי עימות שתי תפיסות עולם שונות ואף מנוגדות בערכי היסוד שלהן,²⁷ ופסק דין זה מוכיח היטב את הדבר. שלום הבית מבטא גישה ערכית מובהקת של העדפת שלמות המשפחה על פני חירות היחיד לפרק את קשר הנישואין, ועל כן הוא מקרה מבחן מתאים לדיון בשאלה כיצד ההלכה עשויה להתמודד עם האתגרים – החברתיים בעיקר – של תפיסת העולם המודרנית את ערכי המשפחה. כמובן, אין זה מקרה המבחן היחיד, שכן טיעון זה נכון בנוגע לנושאים נוספים בדיני המשפחה, המשקפים תפיסה ערכית בנוגע למוסד הנישואין, לגידול ילדים ועוד, שאת חלקם אציג בהמשך.

בבתי הדין הרבניים בישראל התעצב שלום הבית בהדרגה במשך כשבעים שנה לכדי עילה משפטית לכל דבר ועניין, שאפשר להגיש בגינה תביעה ולבקש סעדים שונים הקשורים בה. התביעה לשלום בית הפכה אמצעי טקטי ומניפולטיבי במאבק המשפטי בין בני זוג בהליך הגירושין, בדרך כלל בשל אינטרסים רכושיים אבל גם בשל גורמים אחרים כמו משמורת ילדים או רגשות נקם וכדומה. הנתונים הסטטיסטיים מלמדים שמתוך כאלף תביעות שלום בית בשנה מתקבלות בסך הכול פחות מחמישה אחוזים,²⁸

26 ציטוט מפסק הדין של בית הדין האזורי שהובא בפסק הדין של הערעור, לעיל בהערה הקודמת.

27 תחומים משפטיים אחרים בדיני המשפחה מלבד דיני הנישואין והגירושין אינם נמצאים בסמכותם הייחודית של בתי הדין הרבניים, כנזכר, אך נראה שגם אם הם היו נתונים לסמכות בתי הדין, בסוגיות משפטיות "רגילות" היה קל יותר להסיט את הוויכוח ולצמצמו למישור משפטי כמעט פורמליסטי ללא צורך לעמת את התפיסות העומדות בבסיס העמדות המשפטיות. כך לדוגמה, אם הייתה לבית הדין סמכות בדיני נזיקין, נראה שבדרך כלל לא היה צורך לדון בעמדות ערכיות העלולות להימצא בקונפליקט בין הדיינים למתדיינים והן לא היו ניכרות או בולטות בפסיקה.

28 שיעור זה אף הולך ופוחת בשנים האחרונות. ראו לדוגמה "הנהלת בתי הדין הרבניים: סיכום שנת 2014" (אתר הנהלת בתי הדין הרבניים, מדור פרסומים, סטטיסטיקות). בשנה זו הוגשו 969 תיקים לשלום

שיעור המזכיר שבתי הדין אינם הולכים שולל אחר התכסיסים המשפטיים שנוקטים הצדדים.²⁹

במקרה הנזכר, הבעל הגיש ערעור על פסק הדין. אחת הטענות שהוא העלה בערעור היא שפסק הדין נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,³⁰ שכן הדבר נוגד את "חירותו לנוע בחופש", "וכן שפוגע בחירותו של אדם לדור היכן שליבו חפץ וכן פוגע בחירותו שלא להיות עם אשתו וילדיו". לדבריו, חיובו לחזור לגור עם אשתו וילדיו "הוא דבר שהדעת אינה סובלת והדבר דומה למתן צו מעצר בית".³¹

לצורך העניין נניח שבית הדין סבר שיש סיכוי לשלום בית בעקבות הצהרתו של הבעל שהוא מוכן לשוב הביתה בכפוף למילוי תביעותיו הרכושיות.³²

בית הדין נדרש אפוא להתמודד עם טענותיו של הבעל. הרב אברהם שרמן,³³ שכתב את פסק הדין, התמקד בטענת הבעל בדבר פגיעה בחירותו. ראשית, הוא דחה טענה זו ובהביר כבר בתחילת פסק הדין את העובדה שהתפיסה שעליה התבסס ערעורו של הבעל שונה לחלוטין מהתפיסה ההלכתית:

בית, שמהם התקבלו 25 תביעות בלבד – שיעור של 2.6%. בשנת 2013 הוגשו 929 תיקים לשלום בית, שמהם התקבלו 21 תביעות בלבד – שיעור של 2.25% (סיכום שנת 2013, שם) – ובדומה לכך, בשנת 2012 (סיכום שנת 2012, שם). מגמה זו מצביעה על ירידה חדה מהממוצע של כ-5% בשנים 2009-2005 (מתוך כאלף תביעות בשנה).

29 במאמר זה אני מתמקד בבחינת היחס המהותי לשלום בית ולא בניחות הדרכים שפיתח בית הדין כדי להתמודד עם השימוש הלא ראוי בתביעות שלום הבית, שיש בהן פחות כדי ללמוד על התפיסה הערכית של שלום בית. בעניין זה ראו יוסף שרעבי "מלחמה ושלום: תביעות שלום הבית בבתי הדין הרבניים וכישלונן ביישוב משברי נישואין" [בהכנה].

30 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391.

31 ציטוט טענות אלו הוא מתוך פסק הדין בערעור, לעיל ה"ש 25.

32 אף שהיה מקום לשער שדחיית הערעור נבעה מרצונו של בית הדין להימנע מלסייע לתביעת הגירושין של הבעל, שנחשב עובר עברה, שיקול הקיים בפסקי דין במקרים של בגידה בנ הזוג. ראו לדוגמה תיק (אזורי טבריה) 1-22-3599-24.11.2004; ערעור (גדול) 1-21-323397786-8.8.2007, הדין והדיין 18, 5; ערעור (גדול) 1/854780-15.5.2012, הדין והדיין 33, 8. נראה שבמקרה זה, הנימוקים העקרוניים בפסק הדין מבוססים ועומדים בפני עצמם.

33 לתפיסתו העקרונית בנוגע לזכויות אדם המוגנות בחוקי היסוד ראו הרב אברהם שרמן "עקרונות חוק זכויות היסוד של האדם לאור עקרונות תורת ישראל ומשפטיה" זכויות האדם ביהדות 285 (תשנ"ב). תפיסה זו באה לידי ביטוי בכל פסקי הדין שלו באופן עקיב ושיטתי.

תמוהה ביותר טענת ב"כ [בא כוח] הבעל שפסק דין זה סותר לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בהעלאת טענה זו יש חוסר הבנה יסודית ביסודות הנשואין והמשפחה ע"פ השקפת תורת ישראל והיהדות וע"פ ההשקפה המקובלת בחברה יהודית נאורה.³⁴

הרב שרמן מציב מול חוק היסוד ערך הגובר עליו, ומשכך, נעלמת לדעתו הסתירה הנטענת. כדי להעצים את משקלו של ערך זה בהתנגשות עם חוק היסוד הוא כורך את התורה, את היהדות ואת החברה היהודית כשוות ביחסן לערכי הנישואין והמשפחה.³⁵ לאחר מכן הוא מסביר את תפיסת שלום הבית והנישואין לפי הבנתו:

מושג שלום בית בין בני זוג ומשפחה אינו רק ביטוי למצב אישי ריגשי שקיים בין בני זוג וילדיהם. הנשואין בין בני הזוג לא נועדו ליתן רק זכויות לכל אחד מבני הזוג. מצב הנשואין יוצר מציאות משפטית שמטילה חובות על כל אחד מבני הזוג כלפי זולתו וכאשר נולדים ילדים עצם לידתם יוצרים מצב של חובות של ההורים כלפיהם. וחובות ומחויבויות אלו הופכות לזכויות של הצד שכל אחד מחויב כלפיו, ובודאי שחובות ההורים כלפי ילדיהם הופכות לזכויותיהן של הילדים אצל הוריהם.

ההדגשה היא על הנישואין כמוסד משפטי שנקודת המוצא בו היא החובות שהוא יוצר בין בני הזוג ובינם לבין ילדיהם. לפי תפיסה זו, הזכויות נגזרות מהחובות ולא להפך. לאור עקרונות אלו, ממשיך וטוען הרב שרמן, אי-אפשר לממש את הזכות לחירות לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כשהיא עומדת בסתירה לזכויות האישה והילדים ובניגוד לחובות של הבעל:

כאשר צד אחד מבני הזוג, במקרה שלנו הבעל, מחליט לממש את זכותו לחירות הוא יוכל לעשות זאת רק במקום שממוש זכות זו לא פוגעת [כך במקור] בחובותיו שהם זכויותיהם של אחרים. חלק מזכויות בני זוג וילדיהם היא הימצאותם של בן הזוג האחר או ההורים תחת קורת גג אחת תוך חיים משותפים. על כן כאשר בן זוג עוזב את החיים המשותפים עם בן זוגו וילדיו, מתוך מחשבה שהוא מממש בזה את חירותו ולגור שלא במשותף עם ילדיו יש בזה פגיעה קשה בחובות המוטלות עליו וממילא בזכויות בין הזוג והילדים שנוצרו מחובות אלו.

טיעון זה, לכאורה אינו מבטל לחלוטין את הזכות לחירות אלא מציב נוסחה שלפיה החובות קודמות, והן אלה היוצרות זכויות נגדיות הגוברות על הזכות לחירות. כעת

34 ערעור 1-64-5007, לעיל ה"ש 25. גם שלושת הציטוטים הבאים הם מערעור זה.

35 על מטרת השימוש במונח "נאורה" ראו להלן בניתוח דברי הרב שרמן ובביקורת עליהם.

מסביר הרב שרמן את ההצדקות לפסיקת בית הדין האזורי, שלדעתו ערך איזון ראוי בין הערכים, החובות, הזכויות והאינטרסים של כלל בני המשפחה:

אלו היו שקולי ביה"ד שצווה על הבעל לחזור לחיי שלום בית ולחיות במשותף עם אשתו וילדיו, כפי שנוהגות המשפחות הכשרות שבישראל. ובודאי שפסק דין זה ניתן לאחר שנשקלו כל השקולים הראויים ונערך איזון ראוי בין כל הערכים שגלומים בשלמות יחסי בני הזוג וחובותם כלפי ילדיהם וכן האינטרסים של בני הזוג ובודאי של הילדים, שאינטרס עליון שרוצה בטובתם ושלמות התפתחותם שיגדלו ויקבלו כל שמצויים הוריהם ליתן להם, וכן [...] ³⁶העקרונית שבונים את שלמות התא המשפחתי שמהווה יסוד של כל חברה אנושית בכלל ושל עם ישראל בפרט. ההשקפה והרוח שנושבת בפרשנות שניתנה ע"י ב"כ [בא כוח] המערער לחוקי יסוד כבוד האדם וחירותו ועל פיהם מכוחם זכאי, רשאי וכן חורין בעל ואב (או אשה ואם) לנטוש את בן זוגו וילדיו על כל ההשלכות ההרסניות שיש להם על התא הבסיסי שבונה את חברת בני האדם והחברה היהודית בפרט, היא מרשם בדוק לנזקים של התפוררות חברתית ופגיעה אישית במיוחד בילדים שהזוגיות והמשפחה מהווים בסיס טבעי לכל גורל התפתחותם השלמה והטובה.

ההנחה היא שבבית הדין האזורי נערך איזון ראוי בין ערכי המשפחה לבין האינטרסים השונים של בני המשפחה ואף נעשה ניסיון בפסק הדין בערעור לשחזר את נימוקי האיזון תוך הדגשה של עקרון טובת הילד. תיאור עוצמת הפגיעה במונחים קשים (נטישה, הרסנות), והיקפה, בכמה מעגלים: האישי, המשפחתי, החברה היהודית וכלל האנושות, וכן תיאור ערך שלמות המשפחה כיסודי ובסיסי נועדו כפי הנראה להצדיק את הפגיעה בחירות הבעל ולדחות את פרשנותו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה זכותו גוברת על הפגיעה במשפחה. ³⁷

מקרה זה, אשר בו אושר בערעור הצו שעליו הורה בית הדין האזורי, האוסר על הבעל להמשיך את קשריו עם המאהבת ואת המגורים בדירתה, אינו היחיד. בעבר הייתה אף ידו של בית הדין הרבני קלה יותר במתן צווים נגד בני זוג, האוסרים עליהם להיפגש עם מאהב או עם מאהבת או להכניסם לביתם, ³⁸ אלא שבית המשפט העליון צמצם מאוד את

36 חסר במקור. אולי צריך להיות "ע"פ התפיסה" או בדומה לכך.

37 התיאור הא-מגדרי של הפגיעה בערכי המשפחה ודרך האיזון בין החובות והזכויות נועדו אף הם להערכתי להציג נוסחת איזון יציבה וניטרלית שאינה תלויה בנסיבות המסוימות של המקרה. מכאן גם תמיכה להנחתי לעיל בהערה 32 שפסק הדין לא בא בהכרח חשבון עם הבעל על בגידתו, אף שהרוצה יוכל לטעון שזוהי הסתרה מתוחכמת של שיקוליו האמיתיים של הדיין.

38 ראו הרב שלמה דיכובסקי "בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" דיני ישראל יג-יד 7 (תשמ"ח), בעמ' טו, בהערה 28, המציין שלושה תיקים כאלה. מקרה נוסף מובא אצל רוזן צבי,

סמכותו של בית הדין להורות על צווים מגבילים בנסיבות כאלו,³⁹ ויש להניח שלולא התערבות זו היינו עדים לפסקי דין דומים של דיינים נוספים הנוקטים את גישת העימות.

החופש להתגרש וחוסר סיכוי לשלום בית

משטר הגירושין בהלכה מבוסס על אשמה, לפחות בחלק מעילות הגירושין, אך לא אחת נדונה השאלה אם חוסר סיכוי לשלום בית או פירוד ממושך מצדיקים כשלעצמם את היעדרות בית הדין לתביעת הגירושין. רוב הדיינים אינם מקבלים עילה זו כעילה לחיוב בגירושין, שכן ביסוסה ההלכתי אינו ברור, ובכמה פסקי דין אף הובעה עמדה עקרונית נגד חיוב גירושין בעילת חוסר סיכוי לשלום בית. הבסיס לטענה זו הוא שההלכה אינה מכירה ברצון להתגרש כעילה לחיוב בגירושין, ועל כן, גם במקרה של בעל שהגיש תביעת גירושין ארבע פעמים, היה בפירוד של שמונה שנים מאשתו וחי עם אישה אחרת, דחה בית הדין את תביעתו בשל היעדר עילה, ועוד הוסיף וכתב:

הגישה של "מות הנישואין" אין מקורה בדיני תורה ולא חז"ל אלא בחוקי העמים ביחס לנישואין אזרחיים. שם אין צורך בעילת גירושין אלא די בחוסר סיכוי לש"ב [לשלום בית] ו"במות הנישואין".⁴⁰

גישה זו מוצאת את ביטויה בפסקי דין נוספים, שלתפיסת כותביהם מבטאים עמידה על משמר ההלכה מחדירה של ערכי משפחה שמקורם בעולם המערבי, ועל כן דוחים הצעות פרשניות של מקורות הלכתיים העשויות לאפשר הכרה בעילה של מות הנישואין.⁴¹

זכות הקניין ושלום בית

אחת העתירות השכיחות בבית הדין הרבני בהליכי גירושין היא בקשה ל"מדור ספציפי"

לעיל ה"ש 15, בעמ' 50 הערה 158; מקרה אחר מצוטט בע"א 185/66 כברה נ' כברה, פ"ד כ (4) 864 (29.12.1966).

39 ראו בג"ץ 428/81 גולן נ' בית הדין הרבני בתל אביב (לא פורסם); מוזכר אצל רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 109-110, 114).

40 ערעור (גדול) 1-21-059133397 (25.12.2007), הדין והדיין 18, 12, דעת הרבנים אברהם שרמן וחגי איזיר.

41 ראו דברי הרב אריאל ינאי בתיק (אזורי נתניה) 290506/1 (21.11.2010): "בודאי שלא עלתה על דעתו של הגר"ח פלאג'י להמציא עילת גירושין חדשה בדמות 'מות הנישואין' בשל היעדר הסיכוי לשלום בית – דבר המנוגד להלכה. כידוע, המינוח הזה לקוח מחוקות הגויים, והמשפט העברי כלל אינו מכיר בו כעילת גירושין!" (ההדגשה במקור). ראו בעניין זה גם Avshalom Westreich, *The Right to Divorce in Jewish Law: Between Politics and Ideology*, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF THE JURISPRUDENCE OF THE FAMILY 177 (2010)

זכות לדירת מגורים ולקורת גג) או בקשה לצו עיקול דירת המגורים של בני הזוג, לא אחת כאשר כבר מתנהלת במקביל תביעה לפירוק השיתוף בנכסי בני הזוג בבית המשפט לענייני משפחה. במקרה שנדון בבית הדין האזורי בירושלים⁴² הגיש הבעל תביעה לשלום בית ולמדור ספציפי. השוני בתביעה כזאת מרוב התביעות למדור ספציפי הוא בכך שהעילה היחידה העומדת לזכות הבעל היא הדרישה למניעת פירוק הנישואין, בניגוד לתביעות כאלה מצד נשים, המבססות את העילה על הזכות למדור כחלק מחובת המזונות של הבעל וכחלק מחובתו לא לפגוע ברמת החיים של האישה, חובות שאינן קיימות מצד האישה כלפי הבעל. לפיכך, אחד הטיעונים המרכזיים⁴³ של האישה שעמו התמודד בית הדין הוא הפגיעה בזכות הקניין⁴⁴ שלה, בניגוד לאמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בית הדין דחה טענה זו ללא כל נימוק מקורי משלו מלבד ציטוט מפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת יאיר.⁴⁵ מעיון בפסק הדין, הרושם העולה הוא ששאלת ההצדקה לפגיעה בזכות הקניין אינה בעלת משקל משמעותי בהחלטה, והציטוט מפרשת יאיר נועד בעיקר לדחות את הטענה באותו מטבע. השיקולים המהותיים של בית הדין במקרה זה הם שלמות המשפחה כערך המצדיק זכות נפרדת ועצמאית לתביעה למדור ספציפי, וכן הגדרת מעמד הנישואין כשותפות שקביעת מועד פירוקה נתונה לסמכות בית הדין בלבד. מפסק הדין עולה ששיקולים אלה נובעים מעמדה הלכתית פנימית, ערכית ועצמאית שמקורה באבן העזר ובחושן משפט, ואין היא מתחשבת כלל בשיקולים שמחוץ להלכה. לפיכך אין זה מפתיע ששיקולים אלה יובאו לפסק הדין ממאמר של הרב שרמן.⁴⁶

שוויון וחלוקת רכוש לעת גירושין

פסיקת בתי הדין הרבניים על פי עקרונות חזקת השיתוף כפי שנתפרשו בידי בית

42 תיק (אזורי ירושלים) 5639-64-1 (20.12.2009). פסק הדין נכתב בידי הרב אברהם שיינפלד.
 43 גם בשאלת הסמכות להורות על צווים כאלה ציטט בית הדין פסקי דין אחרים של בית המשפט העליון ושל בית המשפט המחוזי, במקרה זה, לדעתי, כהכנה להתמודדות עם עתירה אפשרית בנושא הסמכות, הנמצא תחת סיכון גדול יותר של תקיפה בבג"ץ.

44 שאלה אחרת של פגיעה בזכות הקניין עולה במקרה של התנגשות זכות זו עם זכות האישה למנוע את כניסתם של קרובי הבעל לדירה שבבעלותו או עם זכותו של הבעל למנוע את כניסת קרובי האישה לאותה דירה. ראו משנה תורה, אישות, פרק יג, הלכה יד, ובמגיד משנה, שם. ליישום פסיקה זו בבתי הדין ראו לדוגמה הרב מנחם חשאי "מניעת כניסת קרובים של אחד הצדדים לדירה" שורת הדין ט 120 (תשס"ה); הרב ישראל שחור "מניעת כניסת קרובים לבית" שורת הדין יב 231 (תשס"ז). אף שבסוגיה זו נדונה נוסחת האיזון הראויה בין הזכויות, בתי הדין לא נדרשו כלל לשיח הזכויות הכללי.

45 בג"ץ 304/04 עוזי יאיר נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד ס (2) 99 (6.7.2005). ראו גם הדין להלן, "מידתיות תלוית ערכים".

46 הרב אברהם שרמן "פירוק שיתוף בדירת בני זוג וזכות מדור" שורת הדין ה 169 (תשנ"ט).

המשפט העליון⁴⁷ ועל פי עקרונות איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון,⁴⁸ המחייבים את בתי הדין מכוח הוראת המחוקק, נדונה דייה בעבר.⁴⁹ כאן רק אזכיר בקצרה את גישתם של חלק מהדיינים, שאף ביניהם הרב שרמן הוא מייצג בולט, המתנגדים באופן עקרוני לקליטת חזקת השיתוף אל תוך ההלכה.⁵⁰ בדבריו הוא דוחה הן את האפשרות לפרש מקורות הלכתיים אחדים העשויים לבטא את העיקרון של חזקת השיתוף הן את קליטתו באמצעות חוק המדינה כדינא דמלכותא הן את האפשרות להחלת עקרונות חוזיים על פי כוונת הצדדים הן את הטענה שלפיה יש באימוץ חזקת השיתוף משום תקנת הציבור.⁵¹ לדבריו, "הלכת השיתוף אינה מעוגנת במנהגי ישראל" חד וחלק. יתר על כן, הרב שרמן עומד במפורש על מניעי הפסיקה:

הלכת השיתוף נקבעה מתוך רצון להעדיף את זכויותיה של האשה או להביא לידי שוויון בין המינים בתחום החומרי. אין היא רואה לנגד עיניה את שמירת שלימותם של חיי בני הזוג והמשפחה ואת טובת המשפחה כתא הבסיסי של הציבור והחברה בעם ישראל.⁵²

אף כאן מוצבות זו מול זו מערכות ערכים קוטביות. לדברי הרב שרמן, חזקת השיתוף וחוק יחסי ממון "הורתם ולידתם מכח השקפת עולמם של הגוף המחוקק (הכנסת) וחבר השופטים. אלה ראו לנגד עיניהם אידיאולוגיה הדוגלת בשוויון בין המינים, ומבקשים לאכוף את הציבור הנתון לשלטונם לחיות בהתאם לאידיאולוגיה זו".⁵³ ערך השוויון בין האישה לאישה בתחום החומרי סותר לדעתו את ערך שלמות המשפחה, ויש בחזקת

47 בג"ץ 1000/92 חוה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (7.2.1994).

48 חוק יחסי ממון, תשל"ג-1973, ס"ח 712.

49 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 6; ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים (בעקבות בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח") "המשפט ג 239 (תשנ"ו); רות הלפרין קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (תשנ"ז); מנחם אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן: ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 361 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורות שמיר עורכים, תשנ"ח).

50 הרב אברהם שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה" תחומין יח 32 (תשנ"ח); הנ"ל, "הלכת השיתוף" אינה מעוגנת בדיני ישראל" תחומין יט 205 (תשנ"ט).

51 עקרונות אלה העלה הרב דיכובסקי במאמריו התומכים באימוץ חזקת השיתוף. ראו להלן בה"ש 87. מאמר של הרב שרמן בהערה הקודמת הוא תגובה להם תוך דחייה שיטתית שלהם.

52 שרמן, "הלכת השיתוף אינה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 216.

53 שם, בעמ' 214.

השיתוף כדי לפגוע במרקם המשפחתי והחברתי. מסקנתו היא ש"חל איסור על בית הדין לדון בכפיפות לחוקים אלה, גם אם בני זוג נתנו הסכמתם לכך".⁵⁴

אף שדומה כי עמדה זו נשחקה ברבות השנים, שכן בית הדין חויב שוב ושוב לפסוק לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973⁵⁵ מלבד הפתרון של הסכמה המלווה בקניין, שדיינים המתנגדים לתחולת החוק דורשים מן הצדדים⁵⁶ – עדיין אפשר למצוא את עקבותיה גם בפסקי דין מאוחרים. אחד הביטויים לכך הוא פרשנות בית הדין לסעיף 8 בחוק יחסי ממון, תשל"ג-1973, המעניק לערכאת השיפוט שיקול דעת רחב. כך לדוגמה במקרים של גירושין עקב בגידה של אחד מבני הזוג. במקרה כגון זה צפים ועולים שוב הפערים בין ערכי המשפחה הדתיים ומשטר הגירושין ההלכתי, שחלק מעילותיו מבוסס אשמה, לבין ערכים חילוניים ליברליים בנוגע לערכי המשפחה ולמשטר הגירושין הראוי. באחד המקרים נדרש בית הדין הרבני הגדול⁵⁷ לפרשנות הסעיף הנזכר לשם הכרעה בחלוקת הרכוש בין בני זוג בהליך גירושין עקב בגידת האישה. דעת הרוב⁵⁸ קיבלה את הערעור וסטתה כליל מהחלטה על איזון משאבים שוויוני בין הצדדים, וקבעה שלכל צד תישארנה הזכויות שצבר במקום עבודתו. בית הדין קבע כי:

לא מדובר כאן בחוק דתי וענישה דתית. גם לא משום האשמה של פירוק נישואין גרידא. אלא משום התוצאות הכלכליות הנרחבות של פירוק נישואין ע"י בגידה, כלומר הצד הנבגד יאלץ כתוצאה מההתנהגות החד צדדית הבוגדנית והמפתיעה לבנות לו בית אחר: להנשא מחדש וגם לקנות בית אחר כפשוטו. מה שאין כן בנישואין שלא צלחו ששם שני הצדדים יש להם חלק בפירוק הנישואין ובאחריות להכרח של בניית בית חדש. האחריות הכלכלית שהוטלה על הצד הנבגד ב"מכה

54 שם, בעמ' 216.

55 יש שערכו הבחנה בין קליטת חזקת השיתוף על פי ההלכה לבין קליטת חוק יחסי ממון בין בני זוג, ראו פסק דינו המקיף של הרב אריאל ינאי בתיק (אזורי נתניה) 764411/1 (3.10.2010).

56 ראו לדוגמה תיק (אזורי חיפה), 830099/5 (11.6.2012). כך נעשה גם בבית הדין האזורי שעל פסיקתו הוגש הערעור שלהלן בהערה 57 (ההסכמה הוזכרה בתחילת פסק הדין), וכך נראה שהנוהג רווח בבתי דין רבים, כפי שכותב הרב ישראל שחור בתיק (אזורי חיפה) 582635/2 (17.3.2011): "הדעה הרווחת בבתי הדין שמן הראוי לעשות קנין עם הצדדים ולא להסתפק בהסכמות". ראו גם דברי הרב מיכאל עמוס בתיק (אזורי נתניה) 824780/2 (27.6.2012): "המצייאות להיות שרובם ככולם של בתי הדין מחלקים את הנכסים שנצברו בחלקים שווים וזאת ע"פ הסכמת הצדדים, וקבלת קנין". בערעור (גדול) 873705/1 (7.11.2012) פסק בית הדין (הרב ציון אלגרבל) שהסכמה בבית הדין מועילה אף בלא קניין. ועדיין ישנם דיינים המתנגדים לכך אף בהסכמה בקניין. ראו הרב אליהו רוזנטל "בית הדין וחוק יחסי ממון" **נסס הדיינים – התשס"ח** 42 (תשס"ט).

57 ערעור (גדול) 1-21-1219 (29.9.2006).

58 דעת הרב אברהם שרמן והרב חגי איזרר, בניגוד לדעת הרב שלמה דיכובסקי.

אחת" מזכה אותו להקלות באיזון המשאבים לטובתו בין אם הן מזכויות שנצברו לפני הבגידה או אחריה.

אף שההנמקה היא לכאורה כלכלית,⁵⁹ דומה שעומדת מאחוריה אותה גישה של ניסיון לצמצם ככל האפשר את תחולת איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון⁶⁰ ולהתאימו לדין הדתי.

סוגיה מרכזית אחרת ביחסים הרכושיים בין בני זוג לעת גירושין היא נושא פיצויי הגירושין, שבאמצעותם יכול בית הדין הרבני לצמצם את הפערים הרכושיים העלולים להיווצר בין בני הזוג לאחר פירוק הנישואין. גם בסוגיה זו מתווה הדרך לסיעה של דיינים⁶¹ הוא הרב שרמן, המבחין בין שלושה סוגים של פיצויי גירושין: פיצויים שתכליתם זירוז הגירושין, פיצויים לשם איזון המשאבים ופיצויים בגין ירידת הערך הכספי של הכתובה.⁶² הסוג הראשון אפשרי לדעתו במקרים שבהם הבעל תובע גירושין ללא עילה הלכתית מוכחת לחיוב האישה בגירושין או במקרים שבהם אין סיכוי לשלום בית, וכל תכליתם של הפיצויים היא תמריץ לאישה להסכים להתגרש. גם הסוג השלישי של פיצויים, "שמטרתם להביא את האישה להסכים להתגרש יש מקום לנהוג לחייב הבעל ליתן לאשה בנוסף לכתובתה תוספת כפיצויים",⁶³ שכן הוא "מתבסס על חובת הבעל לפייס האישה ולהבטיח קיומה בעתיד, וכן לחזק את העקרון שמונח ביסוד הכתובה שלא תהיה קלה

59 על צידוקן של הנמקות דומות המביאות בחשבון את מרכיב האשמה בבגידה והשלכותיה הכלכליות ראו יצחק כהן ואמאל ג'בארין "יחסים מחוץ לנישואין כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי: עיון מחדש במשפט הישראלי" משפט ועסקים טז 465 (תשע"ד).

60 ודאי כשיש הצדקה הלכתית לכך, כמו אשמה של בגידה. ראייה לכך היא פסק דינו של הרב איזירר בערעור (גדול) 057913980-64-1-1 (3.6.2009, לא פורסם).

61 ראו למשל דעתו של הרב איזירר בערעור (גדול) 1-1-8860-21-1 (9.5.2010). נראה שזו גם דעתו של הרכב בית הדין בתיק (אזורי חיפה) 575469/1 פלונית נ' פלוני, 21.8.2011, בהרכב הדיינים: הרב מיכאל בלייכר – אב"ד, הרב יצחק אושינסקי והרב ישראל דוב רוזנטל. דיינים אחרים, הסוברים כרב דיכובסקי בחיוב בפיצויי גירושין שמטרתם איזון משאבים, מצטטים אף הם את דעת הרב שרמן במקרים של פיצויי גירושין שתכליתם זירוז הגירושין. ראו לדוגמה דברי אב בית הדין הרב מיכאל עמוס בתיק (אזורי נתניה) 823575/7 (19.12.2012) וכן דברי הרב שטסמן בתיק (אזורי תל אביב) 899991/1 (2.8.2012). יש להניח שהדבר נובע מהסתמכותו של הרב שרמן בנסיבות כגון אלו על הוראתו של הרב יוסף שלום אלישיב.

62 ראו הרב אברהם שרמן "היסודות בהלכה לפיצויי גירושין לאשה" שורת הדין י קכד (תשס"ו). כן ראו דבריו בערעור (גדול) 1-22-1510 (7.9.2004); ובערעור (גדול) 2-22-2337 (27.12.2004). ראו גם זרח ורפהטיג "הנוהג של פצויי גירושין" סיני צח נו (תשמ"ו).

63 שרמן, ערעור 1-22-1510, שם.

בעיניו לגרשה".⁶⁴ לעומת זאת הוא מתנגד לחיוב הבעל בפיצויי גירושין שתכליתם איזון משאבים. מניתוח פסקי דין מוקדמים יותר של בתי הדין הרבניים מבין הרב שרמן שהרציונל של פיצויי גירושין בפסקי דין אלה דומה מאד לרציונל של חוקת השיתוף:

ביסוד תביעת האשה לפיצוים ומנהג בתי הדין לחייב הבעל בפיצוים, מונחת הקביעה שחיייה המשותפים של האשה עם בעלה, תרמו לנכסים, לרכוש וליכולת הכלכלית של הבעל. ביה"ד [בתי הדין] אלו נהגו לקבל את הבסיס לתביעה ממונית זו של האשה לא מכח תביעה של בעלות קנינית דוגמת נכסי מילוג או נכסים וזכויות ממוניות שנמצאות אצל הבעל והם בבעלותה של האשה, אלא מכח הטענה המוסרית שלא ניתן להוציא את האשה בלא קבלת זכויות ממוניות שנמצאות אצל הבעל כתוצאה מחייהם המשותפים ותרומתה לקיומם שמירתם ושגשוגם.⁶⁵

לכן, הנימוק הענייני היחיד שהוא מצייין לדחיית מנגנון הפיצויי כמנגנון לאיזון משאבים הוא ערעור יסודותיו המחייבים כמנהג:

מתוך עיון בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים מתברר שמנהג פיצויי גירושין, מסיבה ממונית, לא נתקבל על רבים מבתי הדין ובפועל כאשר הועלתה שאלת פיצויי גירושין לא פעלו על פי מנהג זה ואף נמנעו מלדון בו [...]. כך שניתן לומר שמנהג זה אינו פשוט בין כל הדיינים, אדרבא רובם של הדיינים לא מתנהגים ליתן פיצויים לאשה בעת גרושה, שתובעת אותם על יסוד טענות לזכויות ממוניות על כן אין במנהג זה כח ליצור חיוב על בעל ליתן פיצויים וצריך לדון בתביעת פיצויים אלו על פי הדין.⁶⁶

הנה כי כן, גם ערך השוויון הגלום באיזון המשאבים, שאפשר היה לקולטו דרך מנגנון פיצויי הגירושין, נדחה בתוקף מפני הדין הדתי, המצדד בחלוקת רכוש לא שוויונית לעת גירושין.

הגנת הפרטיות וחיוב גירושין

תחולתה של ההגנה על הפרטיות בבתי הדין הרבניים נדונה אף היא בהרחבה בכמה מחקרים,⁶⁷ ועל כן אציג כאן את הגישה העולה מפסקי הדין ללא דיון בגדריה ובהיקפה של ההגנה.

64 ש.ם.

65 ש.ם.

66 ש.ם.

67 ראו קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 248-229; הנ"ל, "מגמה חדשה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 326-327.

גם בסוגיה זו⁶⁸ מציג הרב שרמן עמדה חד־משמעית:

קביעת החוק האזרחי שראיות שנתקבלו ע"י פגיעה בצנעת הפרט אינם קבילות בבית משפט, אינה מחייבת את בית הדין מכח ההלכה דינא דמלכותא דינא [...] ובודאי חוק שמבקש לכבול ידי בית הדין מלמלא את חובתו לדון דין אמת ולשלול מבית הדין את שקול דעתו מתי להשתמש בראיה שנתקבלה בדרך של עבירה, אינו תואם לדעת התורה וסותר דין התורה. על כן אין לו תוקף של דינא דמלכותא. חוקי המדינה אינם יכולים להיות מעל לחוקי ומשפטי התורה שבית הדין פועל מכוחם ומופקד ליישומם. ואין לו לבית הדין אלא לפעול מכח ההלכה והדין שהוא מצוה בה.⁶⁹

כלומר, הזכות לפרטיות, גם אם היא מעוגנת בחקיקה אזרחית, נדחית על נקלה בעומדה מול הצורך לברר את האמת על פי ראיות הקבילות בהלכה.

ניתוח וביקורת

אפשר להצביע על כמה מאפיינים ייחודיים של גישה זו כפי שהדבר עולה מפסקי הדין הנזכרים ואחרים:

(א) תפיסת הזכויות והחובות – בבסיס הגישה עומדת תפיסה של זכויות הפרט ההפוכה לגמרי מזו של המשפט ושל החברה החילוניים. החובות הנוצרות בקשר הנישואין הן המקור שממנו נגזרות זכויות בני המשפחה, במעגל הזוגי ובמעגל המשפחתי הרחב יותר. אין מקום להכיר בזכות לא מוגבלת להשתחרר מחובות אלו, ומשום כך יש להגביל את חירותו של בן/בת זוג הנוטש/ת את בן/בת זוגו ואת משפחתו/ה ולשלול גירושין בעילת התמוטטות בלתי הפיכה של הנישואין. גם הזכויות הרכושיות של בני הזוג נגזרות ממערכת של חובות ביחידה המשפחתית, ואין לראותן כזכויות ראשוניות בעלות חשיבות עצמאית ותחולה רחבה.

68 קפלן ("כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 231-233) סבור שזוהי עמדה מוקדמת, שהשתנתה לאחר חקיקת חוקי היסוד, אולם נוכח עמדותיו של הרב שרמן וכן של דיינים אחרים הנוקטים את גישתו אף בשנים האחרונות, כפי שהן עולות בהקשרים אחרים, אין זה מסתבר שדעתו בסוגיה זו השתנתה לאחר חקיקת חוקי היסוד. עמדת בית הדין הגדול המתוארת בשלב השני נוסחה בידי הרב דיכובסקי, הנוקט את גישת ההכלה, וכפי שאראה בסוגיית ההגנה על הפרטיות, זוהי הכלה מסויגת. עם זאת, נכונה העובדה שישנם התפתחות ושינויים בעקבות הוראות בית המשפט העליון בנושא זה כמו בנושאים אחרים, ראו דיון להלן, "בין בית המשפט העליון לבתי הדין הרבניים: מבט חוז'ן", וכן דיון להלן בסוגיית הפרטיות לפי גישת ההכלה, "הגנת הפרטיות וחיוב גירושין".

69 תיק (אזורי ת"א) 2408/ש"נ, פד"ר יד 289 ("ב בחשון תשנ"א), בעמ' 299. והשוו תיק (אזורי נתניה) 1880/מ"ז 300, פד"ר יד 300 (ל' בתשרי תשמ"ט).

(ב) הצגת עמדה אידאולוגית שונה בשאלת תפיסת הנישואין – היחיד אינו עומד במרכז, כי אם הזוגיות והמשפחה. הכניסה ליחסי נישואין מטשטשת את מעמדו של היחיד ומגדירה אותו כמרכיב ביחידה המשפחתית. לפיכך, זכויותיו, כבודו וחירותו נדחים מפני רצונו של בן הזוג שאינו מוכן לפרק את היחידה הזוגית או המשפחתית. ובכיוון ההפוך, כאשר ליחידה המשפחתית אין זכות קיום, לפי ההלכה כמובן, עקב פגיעה במרכיב יסודי בה כמו בגידה, הפורמת את חיבור היחידים ליחידה, גם זכויות יסוד של היחיד לא יעמדו כנגד החובה לפרקה. באשר לתפיסה הרכושית הלא שוויונית, לפי גישה זו היא נובעת מראייה שונה של תכליותיה של המשפחה ושל תפקידיהם השונים של היחידים המרכיבים אותה.

(ג) תפיסת תפקידו החברתי של בית הדין – על בית הדין מוטלת אחריות לחוסנה של החברה באמצעות שליטה ועיצוב של המרכיב הבסיסי שלה, התא המשפחתי. לשם עמידה במשימה זו, תפקידו של בית הדין למנוע התפוררות חברתית כתוצאה מהיחלשות מעמדו של מוסד הנישואין והמשפחה. על בית הדין למנוע עד כמה שאפשר את פירוקן של משפחות ולהעלות את המודעות לחובות, לערכים ולהרמוניה שצריכים להתקיים ביחידה המשפחתית.

(ד) דרכי ההנמקה – אף שמדובר בהצגת עמדה אידאולוגית דתית, אין מדובר בהתעלמות מהשיח הכללי אלא בהכרה בו ובהעמדת עמדה מתחרה כנגדו. הנימוקים וההצדקות לעמדה זו מוסברים באמצעות: מושגים משפטיים מקבילים כגון נאורות יהודית כנגד נאורות כללית או שיח חובות כנגד שיח זכויות; שימוש במנגנונים משפטיים מוכרים באופן שונה, כמו נוסחאות איוון ראוי בין ערכים; יציקת תוכן מהותי, לעתים שונה, לעקרונות משפטיים כמו עקרון טובת הילד.

מה הם מניעיה של גישה זו ומה הן בעיותיה העיקריות?

אפשר לתארה כנובעת מיראת הוראה⁷⁰ ומן הרצון להימנע מהכרעה בשאלת החיוב להתגרש, וכעמדה מחמירה ושמרנית הנוקטת פרשנות דווקנית ומצמצמת. גישה

70 על בעיית יראת ההוראה ראו למשל הרב שלמה דיכובסקי "דרך השיפוט הראויה בבתי הדין הרבניים" תחומין כח 19, 20-21 (תשס"ח); רוזן צבי, "גשר צר", לעיל ה"ש 7, בעמ' 156. בעיה זו גרמה להתפתחותה של מדיניות הססנית במתן מענה חד-משמעי ומהיר בפסיקות גירושין שלפעמים יש בהן כדי לגרום תוצאות קשות, במיוחד במקרי אלימות מצד בעלים, שבהם זכות האישה לחיים ולשלמות הגוף נפגעת. על התופעה ועל מדיניות בתי הדין במקרי אלימות ראו מרדכי פרישטיק אלימות במשפחה בפרספקטיבה יהודית 168-181 (תשע"ב). כן ראו ביקורת על פסיקת בתי הדין במאמרו של יקיר אנגלנדר "הנחות ערכיות ומהותניות בבית הדין הרבני: אלימות כעילה לטענת מאיסות" ההלכה: הקשרים רעיוניים ואידאולוגיים גלויים וסמויים 60 (אבינועם רוזנק עורך, תשע"ב).

המעדיפה הסתמכות על פוסקים שמרנים מחוץ למערכת בתי הדין הרבניים, כפי שהדבר עולה בכמה סוגיות. לדוגמה, צמצום השימוש בפיצויי גירושין (רק כאמצעי לקידום גירושין) ושלילת אימוצה של חזקת השיתוף. מגמה זו באה לידי ביטוי גם בנושאים אחרים. למשל, בסוגיית השפעתו של מרכיב קבלת המצוות על תוקף הגיור.⁷¹

לפי תיאור זה, ההצגה של תפיסה אידאולוגית מתחרה אינה יותר ממסווה למניעי הפסיקה האמיתיים. אולם אני סבור שזוהי גישה מורכבת שמניעים שונים משמשים בה יחדיו. אכן ישנם בה מרכיבים של שמרנות ושל נטייה להחמרה בפסיקה, אבל ישנה בצד גם תחושה חזקה של אחריות ושאיפה אמיתית להשפיע על עיצוב ערכי המשפחה בחברה היהודית בישראל. סיוע להערכה זו אפשר למצוא במקרים אחרים. למשל, בהתמודדות עם השאלה אם על בית הדין לחתור לשלום בית בין בני זוג שאינם שומרים על דיני נידה. הרב שרמן, שעסק בהרחבה בנושא,⁷² העלה את הטענה שאם בית הדין יתנער מהשכנת שלום בית במקרה של בני זוג חילונים בגלל אי-שמירת טהרת המשפחה, הדבר יגרום נזק גדול לתדמית בית הדין בעיני הדין, העלולים לחשוב שבית הדין הרבני אינו מחשיב באמת את ערך שלמות המשפחה, יגרום בריחה מבית הדין לכיוון בית המשפט, יערער את משפטי התורה "ולא יהיה להם חלק בעיצוב דמות חיי הנישואין והמשפחה בישראל". בהמשך: "והשאלה הקשה שניצבת איזה מערכת חוקים תעצב את חיי הנישואין והמשפחה בישראל, האם תורת ישראל וחוקיה או שמא החוק הכללי החילוני".⁷³

גם השאיפה לשמר את הסמכות הרבנית ולהרחיבה, וכן הרצון שתדמית בית הדין תהיה ידידותית ומושכת, אינם נובעים משאיפה אימפריאליסטית אלא מדאגה עמוקה לזהות היהודית ולמקומה בדיני המשפחה, ואגב כך בצבינה של כלל החברה בישראל.

71 ראו ערעור (גדול) 1-64-5489 (10.2.2008), בהסכמת כל חברי ההרכב, הדיינים: הרב אברהם שרמן – יו"ר, הרב חגי איזירר והרב אברהם שיינפלד. ראו דעה מחמירה אף יותר של הרב גדליהו אקסלרוד, אב"ד בחיפה, בספרו שו"ת מגדל צופים, חלק ג, סימן לט (תשס"ד); וכן הנ"ל "קיום מצוות תנאי בגרות" שורת הדין ג 175 (תשנ"ה). ראו גם חוות דעתו של הרב שמעון יעקובי, היועץ לשיפוט רבני של בתי הדין הרבניים, "ביטול גיור עקב חוסר כנות בקבלת המצוות" (הנהלת בתי הדין הרבניים, 2009) (ראו תגובתו של ח"כ הרב חיים אמסלם לחוות דעת זו: "ביטול גיור עקב טענת חוסר כנות בזמן קבלת המצוות: הערות [...] לחוות דעתו של עו"ד הרב שמעון יעקובי", תש"ע [מקוון]). עניין זה נדון בבג"ץ 5079/08 פלוניתי נ' הדיין הרב אברהם שרמן ואח' (25.4.2012) ואף זכה לדיון נרחב בקרב מלומדים. ראו לדוגמה הרב יהודה ברנדס "פולמוס הגיור המתחדש" אקדימות כד 83 (תשס"ח); אריה אדרעי "זאין אחריותם עלינו?": עוד לפולמוס הגיור" אקדימות כד 178 (תש"ע).

72 הרב אברהם שרמן "השכנת שלום בית בין בני זוג שאינם שומרים טהרת המשפחה" תורה שבעל פה מ פט, צו-צו (תשנ"ט).

73 שרמן, שם, בעמ' קה.

ההנחה היא שככל שסמכות בית הדין תהיה רחבה יותר הוא יוכל במסגרת הכלים והדין הפנים-הלכתיים להקל, להתגמש ולהתחשב במציאות חברתית החילונית. נראה אפוא, באופן די משכנע, שאין מדובר בגישה הנוקטת ש"אין אנו אחראין עליהם".

על אף האמור עולה השאלה אם גישה זו אינה לוקה בתמימות יתר, או חמור מכך, בניתוק תודעתי מהמציאות חברתית. האם אין הנוקטים אותה מבינים שעיצוב ערכי היסוד של החברה והשפעה עליהם באמצעים משפטיים הכופים הסדרים המנוגדים לתפיסות העולם הרווחות אינם אלא בגדר תקווה חלולה שסיכויי מימושה נמוכים?

יתר על כן, האם בית הדין סבור שהניסיון להשתמש במונחים מקבילים דומים, מודרניים בניסוחם, כגון "חברה יהודית נאורה", "איזון ראוי בין ערכים" וכדומה אכן משכנע? הרי ברור לכל המעיין בפסקי הדין שאין מדובר בהפנמה מהותית של הרעיונות שמושגים אלו מבטאים אלא בשימוש רטורי בלבד, שלפעמים אף עלול להיראות מגוחך.

לבסוף, באשר להעמדת החלופה לשיח הזכויות בדמות שיח של חובות, אין מענה סדור לסדרי העדיפויות השונים ולנוסחאות האיזון. כלומר, הצבת נוסחה שלפיה החובות יוצרות זכויות הגוברות על זכות נגדית אינה מספקת כל הסבר מדוע הזכויות הנובעות מן החובות גוברות על הזכות לחירות, למשל. אין זה ברור אם התפיסה העקרונית היא שזכות הנובעת מחובה של אחר תמיד חזקה יותר מזכות אחרת של החייב או משום שהזכות לחירות חלשה יותר שכן מטבעה היא מוגבלת כל זמן שאפשר לקיימה ללא פגיעה באחר.

הגישה השנייה: הכלה והשתתפות

הגישה השנייה מתאפיינת בשאיפה להשתתף בשיח המשפטי הכללי ולהכיל ולהטמיע בשיפוט הרבני הסדרים מרכזיים המקובלים במשפט הכללי תוך פרשנות של מקורות הלכתיים, לפעמים אף פרשנות יצירתית, עד כמה שאפשר במסגרת גבולות ההלכה וכלליה.⁷⁴ גישה זו מבוססת על הפנמת העובדה שבתי הדין הרבניים פועלים במסגרת משפטית ובמציאות חברתית המושתתות על ערכים חילוניים ליברליים, השונים לחלוטין מהדרך ההלכתית. היא מבוססת גם על ההכרה בחובה להשתלב במערכת המשפט באמצעות איתור האפשרויות להכיל הסדרים המקובלים בחוק ובחברה בספרות ההלכה, תוך שימוש ענייני בשיח המשפטי המודרני והידברות עמו. יש להבהיר שגישה זו,

74 ראו שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 285-288.

המודעת היטב להנחות המוצא השונות של שתי מערכות המשפט, אינה מציבה עצמה בעמדה כנועה המקבלת ללא סייג את פסיקת בית המשפט העליון ופרשנותו בכל עניין אלא אדרבה, רואה עצמה בת שיח שוות ערך למערכת המשפט הכללית ומוכנה להתמודד עמה בשפתה ובמערכת המושגים שלה בפרשנות ובעיצוב הסדרים משפטיים בתחום דיני המשפחה. דינים האוחזים בגישה זו, שכנראה אינם רבים, מבקרים לא אחת את התערבות בית המשפט העליון ואף נוקטים מהלכים שיפטיים שונים לסיכול ולצמצום הפגיעה בסמכות בתי הדין הרבניים.

תחולת חוקי היסוד בדיני הגירושין

בערעור⁷⁵ שעסק בשאלת סמכותו של בית הדין הרבני לפי סעיף 1 בחוק שיפוט בתי דין רבניים במקרה של תביעת גירושין של אישה, אזרחית ישראל, נגד בעלה שהיה בעל זיקה לישראל אך לא היה אזרח ישראל או תושב בה, התייחס הרב שלמה דיכובסקי – שהוא מהמובילים הראשיים של גישה זו⁷⁶ – לתחולתם של חוקי היסוד בבתי הדין הרבניים:

חקיקת חוקי היסוד, ובפרט חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הביאו למהפכה משפטית. המהפכה מתבטאת לא רק בעצם החוק, אלא בהשפעתו על חוקים אחרים. סעיף 11 בחוק הנ"ל אומר: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה". "רשויות השלטון" משמעותן כל הרשויות: המחוקקת, המבצעת ואף השופטת.

[...]

בהעדר סמכות רבנית ברת תוקף [ליתן סעד לאישה נגד הבעל מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים, שכן אין הוא אזרח או תושב כנדרש בחוק זה], מדובר ב"עגינות" ממש, כאשר האישה היא הסובלת מכך. לבעל, כידוע, יש דרכים אלטרנטיביות. כתוצאה מכך, תפגע האישה פגיעה אנושה בכבודה ובחירותה. מדובר בעצם ב"מאסר עולם" הנגזר עליה, ללא משפט ודין, וזאת גם אם תזכה בתביעת הגירושין האזרחית. האם היא אינה זכאית להגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו?

הרב דיכובסקי מתייחס להשלכותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמהפכה משפטית הנוגעת ישירות גם לבתי הדין הרבניים וטוען להגנה על כבודה ועל חירותה של מסורבת גירושין לאור עקרונות החוק. אכן, יש שביקרו⁷⁷ את פסק הדין הזה בטענה

75 ערעור (גדול) 1-64-8621530 (לא פורסם, 4.3.1998), בהרכב הדיינים: הרב מרדכי אליהו, הרב שלמה דיכובסקי והרב יוסף נדב.

76 לתפיסתו העקרונית בנוגע לכללי השיפוט הרבני ראו דיכובסקי, לעיל ה"ש 70.

77 ראו רות הלפרין קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל: לקראת השלמה" מחקרי משפט יז 105, 133-135 (תשס"ב).

שקליטת חוקי היסוד בבתי הדין סלקטיבית ונעשה שימוש בהם רק כאשר הדבר משרת את הרחבת סמכותו של בית הדין, ויש שראו בו מגמה של שינוי במדיניות הקליטה של חוקי היסוד במהלך העשור שלאחר חקיקתם.⁷⁸ אך דומה שבשנים האחרונות, בין היתר בגין ריבוי השימוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בטיעוני בעלי הדין,⁷⁹ יותר ויותר בתי דין מקבלים את עקרונות החוק או לפחות מביאים אותו בחשבון במסגרת שיקולי הפסיקה, שאינם מוגבלים בהכרח רק לשאלת רכישת הסמכות.⁸⁰

שוויון וחלוקת רכוש בגירושין

אחת הסוגיות שבהן באה גישה זו לידי ביטוי מעשי משמעותי היא סוגיית השוויון בין בעלים לנשים בנושא הרכושי, באימוץ וקליטה של חוק שיווי זכויות האישה,⁸¹ של חזקת השיתוף ושל איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון.

הרב יוסף קאפח, ביושבו בהרכב של בית דין מיוחד בעניין נגר,⁸² התייחס לחוק שיווי זכויות האישה והסביר שאפשר להבינו בדרך שאינה סותרת את דיני התורה:

פשט הדברים, כי רק בענייני ממון קבע המחוקק הוראה מחייבת, מקום שלדעתו הדין מפלה לרעה את האישה (ראה שרשבסקי, בספרו הנ"ל, בעמ' 214-215). הנחיית המחוקק נעשתה, כנראה, מתוך הנחה, שבענייני ממון אין פגיעה בדין הדתי, משום שהנחיתו כ"תנאי שבממון", שאין בו משום מתנה על מה שכתוב בתורה. ואם כך, יש להניח, שכל שאינו תנאי שבממון לא עלה על דעת המחוקק לפגוע בו. זו דוגמה, ואפשר בדרך זו להבין כמה וכמה חוקים שלא הובנו כך.⁸³

78 ראו קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 160 ליד הערה 56, ובעמ' 164-165. ראו גם Karin Carmit Yefet, *Unchaining the Agunot: Enlisting the Israeli Constitution in the Service of Women's Marital Freedom*, 20 *YALE JOURNAL OF LAW & FEMINISM* 441 n. 207 (2009).

79 ראו לדוגמה תיק (אזורי תל אביב) 2-64-6137 (3.12.2006).

80 ראו לדוגמה תיק 1-6-8455, להלן בה"ש 114. אכן, היו מקרים נוספים שבהם בית הדין – מנימוקים הקשורים בנחיצות השמירה על סמכותו – עשה שימוש בנימוקים של כבוד האדם וחירות האדם ביודעו שנימוקים כאלה ייפלו על אוזניים קשובות. ראו לדוגמה ערעור 1239-53-1 וערעור 1625-21-1, להלן בה"ש 110. אולם יש לזכור שביסודו של דבר נימוקים אלו נועדו לשחרר איש או אישה הסובלים מעיגון, ראו דיון להלן, "חירות הפרט וסרבנות גירושין".

81 ראו לעיל ה"ש 13.

82 בד"מ 1/81 יחיאל נגר נ' אורה נגר, פ"ד לח(1) 365 (20.2.1984).

83 שם, בעמ' 413.

מנחם אלון⁸⁴ סבר שמדברי הרב קאפח אפשר להבין שהפרשנות שהוא מציע לדברי המחוקק, שבענייני ממון כוונת המחוקק הייתה ליצור הסדר שגם ההלכה תוכל לקבל, אכן מקובלת גם עליו, לאור העובדה שהסדרים הממוניים בהלכה הם דיספוזיטיביים (ניתנים להתניה) ועל כן אין הוא רואה מניעה הלכתית לקבל הסדרים אלו. אולם לדעתו אפשר שכוונת הרב קפאח הייתה רק לשלול פרשנות שלפיה כוונת המחוקק הייתה לפגוע גם בעניינים שאינם של ממון, כגון חינוך ילדים, שנדון באותו פסק דין, אבל לא התכוון כלל שזו גם תהפוך עמדת בררת המחדל של ההלכה בענייני ממון כפי שהוא מבין אותה, השונה מעמדת המחוקק.⁸⁵

נושא חזקת השיתוף אף הוא פורש בידי בעלי גישה זו, בעיקר בידי הרב דיכובסקי, שבעקבותיו צעדו דיינים נוספים,⁸⁶ כעולה בקנה אחד עם עקרונות שאפשר למצוא להם בסיס במקורות ההלכה.⁸⁷ בין עקרונות אלה מונה הרב דיכובסקי עקרונות שוויוניים מהותיים כגון האמור בשטר התנאים, ועקרונות כלליים המאפשרים קליטת הסדרים משפטיים חיצוניים להלכה כגון דינא דמלכותא, מנהג והסכמה מכללא.⁸⁸ אבל נראה שלא פחות חשובה ממנגנוני האימוץ היא הראייה המפוכחת של המציאות המודרנית:

למעשה, הנהוג הוא, גם במשפחות חרדיות – כולל משפחותיהם של גדולי תורה – לראות את האשה כשווה לבעל ברכוש המשפחה. הדבר מתבטא ברישום משותף של דירת המגורים, בקניה ובמכירה של רכוש בהסכמה הדדית, ובהורשת הרכוש המשותף לאשה לאחר אריכות ימיו של הבעל.

[...]

אני סבור שענין השיתוף מקובל גם אצל שלומי אמוני ישראל, כולל בבתייהם של דיינים מורי הוראה. כל אחד מאתנו – ואני אומר זאת מתוך ידיעה ברורה – רואה

84 אלון, לעיל ה"ש 12, כך ג, בעמ' 1480-1481; הנ"ל, מעמד האישה 114 (תשס"ה).

85 אם אכן כך הדבר, ייתכן שעמדתו קרובה יותר לגישת ההשלמה, שתידון בהמשך.

86 ראו דיכובסקי, "תחומי חיכוך", לעיל ה"ש 6, בעמ' 59, שכתב בעניין זה: "השקפתי בנדון מחלחלת יותר ויותר בין הדיינים; אולם אודה, שעדיין רוב הדיינים אינם סבורים כך".

87 ראו הרב שלמה דיכובסקי "דינא דמלכותא ודין תורה (הלכת השיתוף) בראי ההלכה" תורה שבעל פה לט נ (תשנ"ח); הנ"ל, "הלכת השיתוף: האם דינא דמלכותא? תחומין יח 18 (תשנ"ח); הנ"ל, בתגובה בסוף מאמרו של הרב שרמן, "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 50, בעמ' 216-222; הנ"ל, "תקנות ורפורמה" שנתון המרכז הקהילתי איחוד שיבת ציון חוג הנוער הדתי (תשנ"ט). וכן הלכה למעשה. ראו לדוגמה ערעור (גדול) 1-21-349233-31.3.1997, לא פורסם; ערעור (גדול) 1-22-56006448-12.10.1999. ראו גם אלון, לעיל ה"ש 49, בעמ' 369-373; שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 153-159.

88 ראו דיכובסקי, "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 87, בעמ' 25-29; הנ"ל, "תגובה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 216-219.

את אשתו כשותפה מליאה לרכושו, ולא יעלה על דעת לומר לה: "שלי שלי, ושליך שלי". הדברים אמורים ביתר שאת וביתר עוז בחוגים חרדיים שבהם האשה עובדת לפרנסת המשפחה, והבעל יושב ולומד. דווקא שם ראוי שיאמר הבעל לאשתו: "שלי ושלכם – שלך הוא", ובודאי שלא יעלה על דעתו לראות את רכוש המשפחה כשייך לו בלבד. בתי המשפט לא חידשו את "הילכת השיתוף" מתוך אידיאולוגיה המנוגדת לדין תורה, אלא שיקפו את המציאות הקיימת בחיי המשפחה, כולל במשפחות החרדיות, לפיה האשה היא "אשת חיל" – פשוטו כמשמעו. בכל המשפחות הללו, כל פריט שנרכש מיועד מראש לבעלותם של בני הזוג גם יחד.⁸⁹

נקודה חשובה נוספת בדבריו היא הטעון הנורמטיבי, המדגיש את הצורך בהתאמת ההלכה למציאות החברתית: "ראוי לראות את 'הילכת השיתוף' כתקנה לטובת הציבור, שגם אילו לא היו מתקנים אותה בתי המשפט, היה ראוי שתותקן ע"י חכמי ישראל".⁹⁰ כלומר, המציאות השוויונית (הנשאפת גם אם עדיין לא מושלמת) בין גברים לנשים בחברה כיום צריכה לבוא לידי ביטוי בהסדרים ההלכתיים של יחסי המזון בין בני הזוג.

באשר לקליטת חוק יחסי מזון והסדר איזון המשאבים לפיו, נראה שהיא רחבה מקליטת חזקת השיתוף.⁹¹ מסתבר שהסיבה העיקרית לכך היא מצוותו הבלתי מתפשרת של המחוקק,⁹² כשלרוב, העיקרון ההלכתי בפסיקת בתי הדין בכל הנוגע לאימוץ החוק הוא השתרשותו כמנהג⁹³ או מכוח הסכמה מפורשת.⁹⁴ עם זאת, אפשר לראות בכמה פסקי דין הטמעה של עקרונות החוק, לא אחת בדיון בחריגה מחלוקה שוויונית של הנכסים לפי סעיף 8 לחוק, שיש בו כדי לשקף את עומק הקליטה של ערך השוויון שבחוק. כך לדוגמה פסק בית הדין בחיפה כי "בהתאם לחוק, לא בכל מקרה משתמשים

89 דיכובסקי, "תגובה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 217.

90 שם, בעמ' 218.

91 ראו נימוקיו של הרב אריאל ינאי בתיק 764411/1, לעיל ה"ש 55. כן ראו הבחנתו של דיכובסקי, "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 87, בעמ' 29-30: "על חוקי הכנסת יש מקום יותר להחיל את הכלל 'דינא דמלכותא', מאחר שבני זוג יודעים שחוק זה מחייב את בתי הדין, על דעת כך נצברו הנכסים בנישואין, והדבר נחשב כאומדנא לגבי רוב הזוגות".

92 הדבר הגיע לידי כך שבית הדין בחיפה קיבל ללא סייג את החוק ואת בג"ץ כפרשן המוסמך, ראו תיק (אזורי חיפה) 585140/2 (4.11.2013) וציטוט ממנו בעניין זה להלן, ליד ה"ש 177.

93 ראו דברי הרב ישראל שחור (אב"ד חיפה) בתיק 582635/2, לעיל ה"ש 56:

אין בדעתי להכנס לשאלה המורכבת, האם יש לראות בכך מנהג שהתפשט והתקבל וכידוע יש לפסוק על פי מנהג המדינה. הרבה נכתב בנידון, ואין בדעתי כאן להכריע בשאלה זו. ולא אחד לומר שאינני מן השוללים זאת. וככל שעוברות השנים והמנהג מתקבל על רובא דרובא, יותר ויותר יש לראות בו מנהג המחייב על פי דין ולא מתוקף דינא דמלכותא.

94 ראו ההפניות לעיל ה"ש 56.

בסעיף 8(2) כדי לפסוק חלוקת זכויות בלתי שוויונית, אלא רק במקרים נדירים⁹⁵, תוך הסתמכות בכלל זה הן על פסק דין של בית הדין הרבני בתל אביב הן על פסקי דין של בית המשפט המחוזי בירושלים ובית המשפט לענייני משפחה בחיפה. בהרכב אחר של בית הדין האזורי בחיפה⁹⁶, בפסק דין שניתן לאחרונה, בית הדין אף ציטט בהסכמה מדברי השופט דרורי⁹⁷, שבמהלך הסברו מדוע יש לעשות שימוש נדיר בחריג שבסעיף 8 ציין שאחד הנימוקים הוא כי –

יש בו גם משום פגיעה בזכות הקניין של בן הזוג שמחצית הרכוש הינה שלו (זכות, שכיום היא חוקתית, מכוח סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי 'אין פוגעים בקניינו של אדם'), ובית המשפט מכוח סעיף 8(2) הנ"ל, רוצה לקחת חלק מרכוש זה ולהעבירו לבן הזוג האחר [ההדגשה במקור].

אינני בטוח שבית הדין היה כותב מיוזמתו הנמקה זו, אולם ציטוטה המלא תוך הסכמה והתייחסות עניינית אליה בהכרעת הדין מוכיחים היטב את קליטת עקרונות השוויון וזכות הקניין שעל פי חוק יחסי ממון אל תוך מערכת השיקולים ההלכתית.

נושא אחר המגשים באופן מפורש את ערך השוויון הוא נושא פיצויי הגירושין, שנדון לעיל בדיון בגישת העימות. גם במקרה זה מציג הרב דיכובסקי, כבר פלוגתא כמעט קבוע של הרב שרמן, עמדה מכילה. לדעתו, מנהג בתי הדין לפסוק פיצויי גירושין כחלק מאיזון הזכויות הרכושיות בין בני הזוג מעוגן היטב בפסיקה ויש לאמצו:

פיצויים מדין חלוקה מאוזנת של רכוש המשפחה. כאן קיימת הנקודה הבסיסית של שיתוף נכסים. ביה"ד הגדול רמז שיש אמנם צורך בתקנה מיוחדת של הרבנות הראשית – ומן הדברים נראה שאכן רצוי לתקן תקנה כזו, אבל גם ללא התקנה מותר להשתמש במנגנון הפיצויים בכדי שהאשה תיהנה מרכוש המשפחה, גם אם ההלכה אינה מחייבת זאת. חידוש מיוחד יש בהחלטה שגם "נכסים רוחניים" –

95 תיק (אזורי חיפה) 578735/3 (6.4.2011), מפי הרב יצחק אושינסקי. ובכל זאת, בפסק דין זה חרג בית הדין מחלוקה שוויונית בזכויותיה של האישה, לטובתה, בשל חיובו הנגדי של הבעל בכתובה. גם בתיק 585140/2, לעיל בהערה 92, ציטט בית הדין בהחלטתו את פסק הדין של בית הדין בתל אביב, בהרכב הדיינים: הרב חיים שלמה שאנן – אב"ד, הרב מרדכי מזרחי בר אור והרב שלמה שטסמן, אשר בו נקבע כי "השימוש בסעיף 8 לחוק יחסי ממון נעשה במידה ובמשורה – ובמקרים נדירים בלבד וכו'. נסיבות המקרה אשר לפנינו אינן מצדיקות שימוש בסמכותו המיוחדת של ביה"ד לחרוג מאיזון משאבים שוויוני".

96 תיק (אזורי חיפה) 562636/8 (12.1.2014), בהרכב הדיינים: הרב דניאל אדרי – אב"ד, הרב אייל יוסף, הרב דוד בר שלטון.

97 ע"מ (י"ם) 638/04 ת.ר.נ' ר.ר. (23.1.2005), בסעיף 37 בפסק הדין.

השכלתו וקשריו של הבעל – ניתנים לחלוקה, וזכאית האשה לקבל חלק בהם, עקב הסיוע שלה לכך. כפי שצויין שם, זהו מנהג כל בתי הדין של כנסת ישראל בארץ. כאן לא יוכל עמיתי לטעון שרוח רעה של שויון זכויות האשה הביאה את כל בתי הדין של כנסת ישראל להשקפה זו. והרי כך העידו הרבנים הראשיים זצ"ל ביחס למנהג בכל בתי הדין. מדובר בהרגשה עמוקה של דייני ישראל לדורותיהם לראות את האשה כשותפה לרכוש נצבר.

אין לי ספק, שכל אשה, בין אם היא עובדת במשק ביתה בלבד או גם בעבודות חוץ, מסייעת לבעלה בעבודתה בכדי שיוכל לצבור רכוש ולעשות הון רב או מעט. תקנת הפיצויים נועדה לגשר בין המגיע לה על פי דין, לבין הראוי לה על פי יושר. אין לי ספק שמנהג ישראל נקבע על פי דבריהם של חכמי ישראל לדורותיהם, ונאמנים עלי הדיינים גדולי התורה בדורות עברו ביחס למנהג.⁹⁸

ההצדקה לשוויון הזכויות הרכושיות במקרה זה היא תפוצתו הרחבה של המנהג בקרב בתי הדין הרבניים קודם קום המדינה, שבהם אין לחשוד במניעים לא כשרים, ועל כן יש לראות בפיצויים אלה מנגנון חלופי אשר בו יוכלו להשתמש החולקים עליו באימוצה של חזקת השיתוף כדי להגיע לתוצאה חלוקתית צודקת. כדי לעגן עמדה זו בפסיקת בתי הדין הוא אף פונה לנשיא בית הדין הגדול לחוקק תקנה מפורשת בעניין.

הרב שלמה שפירא, בפסק דין של בית הדין האזורי בנתניה,⁹⁹ טוען "שמנהג בתי דין לא בטל גם כיום, אלא שלאור המציאות המשפטית השוררת כיום במדינת ישראל, שבדרך כלל הנשים מקבלות מחצית הרכוש, לא נצרכת פסיקה נוספת של ביה"ד לגבי פיצויים". לפיכך, במקרה שבו אין לאישה נכסים מכוח החוק, כגון מקרה שבו לא נצברו נכסים במהלך הנישואין וכדומה, יש לעשות שימוש לדעתו במנהג פיצויי הגירושין. אמנם גם בקרב דיינים המאמצים את מנגנון פיצויי הגירושין יש שאינם מדגישים בהכרח את ערך השוויון אלא את ההגנה על האינטרסים הכלכליים של האישה, הנפגעת בדרך כלל מבחינה כלכלית מהגירושין יותר מאשר הבעל. הרב אברהם מייזלס מעיר "כי כיום נושא פסיקת פיצויים לאישה בבתי הדין הרבניים, הינו נושא המקבל תאוצה גדולה. יושם לב: כי פסיקת פיצויים לאישה, הינם בנוסף לפסיקת הכתובה. כך שאישה יכולה לזכות בכתובתה ובפיצויים".¹⁰⁰ הוא מסביר את הרציונל של תקנה זו בכך "שראו בנישואים התחייבות הצדדים לכל החיים, ובתביעה חד-צדדית להתרת הנישואין (כמובן מצידו

98 ערעור 1510-22-1, לעיל ה"ש 62.

99 תיק (אזורי נתניה) 1-24-3615 (25.4.2006). ראו גם דברי הרב מיכאל עמוס בתיק 824780/2, לעיל ה"ש 56.

100 הרב אברהם מייזלס "פיצויי גירושין לאישה" משפחוק 3, 283 (תשע"א).

של הבעל) יש בה הפרה המחייבת פיצוי¹⁰¹. דברים אלה, שכנראה קרובים יותר למושג הפיצויים במשמעותו הרגילה, אולי מתעלמים ממגמת השוויון שבמנגנון זה, אבל בוודאי מקדמים ערך אחר, צודק לא פחות: הגנה על האינטרסים הכלכליים של האישה בהיותה הצד החלש במערכת הזוגית.¹⁰²

בסוגיה אחרת, של איזון רכושי בנכסי קריירה, קבע בית הדין הרבני בחיפה¹⁰³ שאין להביא בחשבון נכסים אלו, דווקא משום הפגיעה שיש בכך בזכויותיו של בעל הנכסים:

פירוש מעשי של פסיקה בהתחשב ב"נכסי קריירה" הוא, יצירת תלות לאורך שנים במעשה ידיו העתידיים של בן-זוג גם לאחר הגירושין [...] כך שעל פי דין תורה יש לראות בכך פגיעה בזכויות היסוד הבסיסיות של האדם, המתבטאת בשלילת חרותו. זאת בניגוד להלכה פסוקה בשולחן ערוך, חושן משפט, סי' של"ג.

אחד החידושים, להבנתי, בפסק הדין, הוא בהעמדת הערך של חירות היחיד מול ערך השוויון ועריכת איזון שונה מהאיזון המקובל במשפט האזרחי תוך התבססות על הרציונל של פגיעה בחירות היחיד בהקשר זה בחוק האמריקאי. כלומר, בית הדין מתקף את ההנמקה ההלכתית בהצגת חלופה לנוסחת האיזון בין הזכויות המתנגשות, המקובלת בבתי המשפט האזרחיים, הנמקה שבאופן עקרוני הייתה יכולה להיתמך גם בתפיסה אזרחית של חלוקת רכוש.

חיובם של בתי הדין לפסוק לפי חוק יחסי ממון ומחויבותם לדין הדתי במקביל עלולים ליצור עיוותים בחלוקת הרכוש ולערער את האיזונים הקיימים בדין הדתי בסוגיה זו, גם בקרב דיינים שאינם מתנגדים לקליטת העקרונות של החוק. אחד המקרים הוא פרשנות סעיף 17 בחוק יחסי ממון, הקובע שאין בחוק כדי לגרוע "מזכויות האשה לפי כתובתה". הרב דוב דומב¹⁰⁴ מציג את השאלה כך:

השאלה היא, איך סעיף 17 לחוק עומד עם עקרון שוויון הזכויות. כי באם תינתן לאשה תוספת באיזון המשאבים, יוצא, שהאשה תקבל בפקיעת הנישואין יותר מהבעל, ואין בזה שוויון זכויות.

101 מיזלס, שם, בעמ' 293.

102 על המצב, הרחוק משוויון ראו: ENORE J. WEITZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION: THE UNEXPECTED SOCIAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES FOR WOMEN AND CHILDREN IN AMERICA (1987)

103 תיק (אזורי חיפה) 830099/5 (11.6.2012), בפסק דינו של הרב יצחק רפפורט.

104 הרב דוב דומב "תשלום כתובה ואיזון משאבים" שורת הדין י קיט (תשס"ו).

בהמשך הוא מתאר שלוש נוסחאות שהוצעו בעניין זה ומנמק את הנוסחה הראויה לדעתו מבין שלוש, שלפיה יש להפחית את תשלום הכתובה ממסת הנכסים של הבעל ורק אז לערוך איזון משאבים. לדעתו, נוסחה זו מגשימה הן את עקרון השוויון שבאיזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון הן את הרעיון המרכזי של הכתובה, האמורה להיגבות מנכסי הבעל.¹⁰⁵

חירות הפרט וסרבנות גירושין

המקרים של סרבנות גירושין הם דוגמה למצב של התנגשות בין זכויות אדם בסיסיות של האישה לאלה של הבעל. במקרים אלה בתי הדין אינם נאלצים להידחק ביישום ההלכה עקב מוראו של החוק אלא אולי ההפך, ובכל זאת, השימוש בשיח הזכויות וההכרעה באיזונים הנדרשים מלמדים על קליטה והטמעה של שיח זה במקרים של סרבנות גירושין, שיח המשרת את העמדה ההלכתית.

המקרה הנזכר לעיל,¹⁰⁶ בהקשר של תחולת חוקי היסוד בבתי הדין הרבניים, היה של מסורבת גט בחו"ל שלא זכתה למענה יעיל בשום ערכאה אחרת בארץ ובחו"ל ורק בית הדין הרבני בישראל מוכן היה לשחררה ממצוקתה תוך פגיעה בחופש התנועה של הבעל. אני סבור, בניגוד לביקורת שנמתחה על פסק דין זה,¹⁰⁷ שאין זה חלק ממאבקי הסמכות או חתירה להרחבת הסמכות כשלעצמה אלא שאיפה אמיתית לסייע לצד הסובל עקב סרבנות גט. עדותו המאוחרת של הרב דיכובסקי על מניעי בית הדין בפרשה דומה¹⁰⁸ נחשפה במקום אחר, שם כתב במפורש כי "המטרה האמיתית שלנו הייתה לשחרר את האישה מעגינותה".¹⁰⁹ מאוחר יותר, בפרשת סבג,¹¹⁰ אשר בה נדונה שוב סמכות בית הדין

105 השוו דעתו החולקת של הרב אליהו היישריק בתיק (אזורי תל אביב) 838835/8 (24.1.2013), הדין בלשון החוק וברציונל שלו ומגיע למסקנה שהאישה זכאית גם לכתובה נוסף על זכויותיה בנכסי הנישואין.

106 ערעור 1-64-8621530, לעיל ה"ש 75.

107 ראו הלפרין קדרי, לעיל ה"ש 77.

108 פרשת כובאני, ערעור (גדול) 4485/ס"ג (2.3.2003). גם בפרשה זו עשה בית הדין שימוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדי לשכנע את בית המשפט העליון לתמוך בעמדתו:

נראה לנו, שבית המשפט העליון של מדינת ישראל, בעידן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעידן "הכפר הגלובלי", לא יאטום אזניו מפני מצוקתה של אשה עלובה וגלמודה, אשר אינה יכולה למצוא מזור משפטי לסכסוך הגירושין שלה בארץ מגורי בעלה, דבר אשר הופך אותה לעגונה, הלכה למעשה.

109 הרב דיכובסקי, "הרהורים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 293.

110 ערעור (גדול) 1-53-1239 (30.6.2004). גם בעניין זה הוביל את הקריאה הרב דיכובסקי. הרב שרמן

לדון בחיובו בגירושין של בעל שאינו תושב או אזרח ישראל, המסרב לתת גט, עלתה קריאה של בית הדין למחוקק לתקן את החוק כדי לאפשר לבית הדין לתת מענה במקרים כאלו:

אנו חוזרים וקוראים לכנסת, לא לעמוד מנגד, בעת שזעקותיהן של עגונות ישראל מכל רחבי העולם היהודי עולות השמימה.

[...]

חירותן של נשים אלו עשויה לבוא על פי דין שייפסק על ידי בית דין רבני בישראל. כל מי שכבוד האדם וחירותו לנגד עיניו – גם אם אינו שומר תורה ומצוות – חייב להיחלץ חושם לעזרה. אסור לה לכנסת ישראל, לאטום אוזניה ולעצום עיניה מפני צרותיהן של אלו.

החוק אכן תוקן¹¹¹ כשנה לאחר קריאתו של בית הדין ולאחר שבית המשפט העליון ביטל את החלטת בית הדין מחוסר סמכות,¹¹² והורחבו בו הקריטריונים של הזיקה לישראל. לפי הקריטריונים החדשים מוקנית לבית הדין סמכות שיפוט גם במקרים של סרבנות גירושין מצד יהודים תושבי חו"ל.

אף שאפשר לטעון, ובמידה רבה של צדק, שהשימוש בעקרונות חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, במקרים הנזכרים נועד יותר לשכנע את בית המשפט העליון ואת המחוקק בנחיצות מציאת פתרון למסורבות גט בנסיבות המסוימות הללו ופחות להפנים את עקרונות החוק עצמם, אין ספק בעיניי שבית הדין הונע במקרה זה מתפיסת עולם עמוקה שלפיה עליו, ורק עליו, מוטלת האחריות למנוע את הסבל הרב בעקבות סרבנות הגירושין. מכל מקום, התוצאה הבלתי נמנעת היא שבנימוקיו מקרב בית הדין הרבני את עמדתו לזו של שיח הזכויות במשפט, והתקרבות זו אינה מרתיעה אותו כלל.

התנגשות אחרת בין פתרון מצבן של מסורבות גירושין לבין זכויות אדם קיימת במקרים של הפעלת סנקציות נגד הבעל הסרבן,¹¹³ כשבמקרים קיצוניים זוהי אף פגיעה חמורה, עד כדי שלילת זכויות מאסיר. מקרים אלו דורשים מבית הדין לערוך איזון בין זכות הצד המסורב להשתחרר מכבלי עגינותו לבין חירותו וזכויותיו של הסרבן. באחד המקרים הקשים של סרבנות גירושין הגיש הבעל, שהיה כלוא כבר שבע שנים עקב

והרב איזרר, שהיו בהרכב, לא העירו דבר אף שיש להניח שהיו מנסחים את הקריאה לכנסת באופן אחר. תזכורת לקריאה זו נעשתה גם בערעור (גדול) 1-21-1625 (29.8.2004).

111 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953 – תיקון מס' 3, ס"ח 2025, 10.8.2005. על תחולתו של תיקון החוק למפרע ראו ערעור (גדול) 1-21-7938 (12.2.2006).

112 ראו להלן בה"ש 190.

113 ראו מאמריו של קפלן, לעיל ה"ש 22.

סרבנותו, ערעור¹¹⁴ על פסק דינו של בית הדין האזורי בירושלים, שדחה את בקשתו לספק לו מזון בכשרות מהודרת, בטענה שיש בכך פגיעה בדתו ובאמונתו של הבעל, בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית הדין הגדול דחה את ערעורו. בנימוקים לפסק הדין שכתבו הרב שלמה דיכובסקי והרב ציון בוארון צוין בנוגע לסנקציות המוטלות על פי חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין)¹¹⁵ כי -

סנקציות אלו פוגעות בזכויות יסוד בסיסיות של סרבן הגט, לרבות בזכויותיו לכבוד, לחיהניתן לומר כי בעת חקיקת חוק קיום פסקי דין, הגיע המחוקק הישראלי למסקנה כי ניתן "לסמוך" על בתי הדין הרבניים שיפעילו את ההגבלות על זכויות היסוד באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

בית הדין סבר שרשימת ההגבלות בחוק אינה רשימה סגורה¹¹⁶ ופסק שיש להחמיר את תנאי הבידוד של המערער, המליץ "לשקול שלילת הזכות מסרבן גט הנמצא בבידוד לישון על גבי מזרן" ואף קרא לבטל את המגבלה בחוק, הקובעת מאסר של עד עשר שנים בלבד. פגיעות חמורות אלו מוצדקות בעיני בית הדין כאשר הן עומדות נוכח סבלה של האישה:

האשה נמקה בכלאה האישי שמפתחותיו מסורות בידי בעלה בלבד. [...] האשה אינה רואה כל נקודת אור לקראת חירותה. הבעל, לעומת זאת, קרוב הרבה יותר ליום שחרורו מן הכלא מאשר ליום מאסרו. האשה הוטלה על ידי הבעל למאסר עולם, בעוד שהוא נמצא במאסר קצוב לעשר שנים. חובתנו כדיינים השוקדים על תקנתן של בנות ישראל, להציע אפשרויות נוספות לפתרון עגיונותן של נשים במצבה של אשה זו.¹¹⁷

בית הדין האזורי בירושלים,¹¹⁸ בהגיע אליו העניין בתום עשר השנים שבהן היה הבעל כלוא, קיבל את בקשת האישה להאריך את מאסרו לפי סעיף 7 לחוק בתי דין דתיים

114 ערעור (גדול) 8455-6-1 (17.9.2008).

115 חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה-1995, ס"ח 1507. חוק זה הוסיף הגבלות על אלה שהיו בסמכות בית הדין לפי חוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דין), תשט"ז-1956, ס"ח 200.

116 בניגוד לעמדתם של קפלן ופרי. ראו יחיאל קפלן ורונון פרי "על אחריותם בנויקין של סרבני-גט" עיוני משפט כח 773 (תשס"ה). עמדתם זו אושרה בפסק דין בבית הדין הגדול בערעור (ערעור [גדול] 835157/7 [7.5.2013], הדיינים: הרב ציון בוארון, הרב ציון אלגרבלי והרב אליעזר איגרא) על פסק דינו של בית הדין האזורי, שהורה במסגרת אחת ההגבלות על הבעל שחל איסור לקוברו, ודחה את טענת הבעל ש"ההוראה שלא לקבור את הבעל אינה מידתית ואינה סבירה ולפיכך היא פוגעת בהוראות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו".

117 ערעור 8455-6-1, לעיל ה"ש 114.

118 תיק (אזורי ירושלים) 622918/19 (31.5.2011), בהרכב הדיינים: הרב ישראל יפרח – אב"ד, הרב אליהו אברג'יל והרב יוסף גולדברג. בית הדין הגדול בערעור (גדול) 809968/2 (27.11.2011), בהרכב הדיינים:

(כפיית ציות ודרכי דיון)¹¹⁹ לתקופה לא קצובה,¹²⁰ בנימוק ש"באיזון בין זכויות היסוד של הבעל והאשה לכבוד ולחירות, יש להעדיף במקרה זה את האשה, הואיל ולזכותה פסק דין סופי של בית הדין לפיו יש לכפות על הבעל את מתן הגט".

שיקולי חירות האדם וזכויותיו נקלטים בפסקי הדין הללו של בתי הדין הרבניים בשל העובדה שהם משרתים את העמדה ההלכתית בנושא סרבנות הגירושין, וקליטתם אולי אינה תואמת בהכרח את האיזונים של חוקי היסוד ואת פרשנותם בידי בית המשפט העליון,¹²¹ אולם אני סבור שיש בדרך הכלה זו נכונות רצינית לקבלה של "כללי המשחק" בנושא זכויות האדם. להערכת עשויות להיות לכך גם השלכות על אפשרות של הכלה מהותית מצד הנוקטים גישה זו גם נוכח ההבדלים בנקודות המוצא, כגון האפשרות לפיצויים בגין סרבנות¹²² או נקיטת אמצעי לחץ אחרים נגד סרבנים.¹²³

הרב יונה מצגר – אב"ד, הרב ציון בוארון והרב ציון אלגרבל, דחה את הערעור ואישר את פסק דינו של בית הדין האזורי.

119 חוק בתי דין דתיים, לעיל ה"ש 115.

120 בית המשפט העליון אישר פסק דין זה בבש"פ 4072/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (4.7.2013). ראו על כך עוד להלן, "מפגש ערכים".

121 קפלן ("כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 214-215) סבור שעל בתי הדין להפעיל את הסנקציות נגד סרבני גירושין באופן הדרגתי תוך התחשבות בזכויות סרבן הגט ובזכויות מסורבת הגט ותוך התחשבות בשאלת ההשלכה על כשרות הגט. הפעלה כזאת עשויה להיות תואמת לדעתו את מבחני פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במקום אחר (קפלן, "מגמה חדשה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 668) הוא מציע "שתחילה יש לעשות שימוש בצווי-הגבלה הפוגעים בקניין, ורק בסוף התהליך יש לעשות שימוש בצווי-הגבלה הפוגעים בחירות".

122 הרב שלמה דיכובסקי "צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט" תחומין כו 173 (תשס"ו). כן ראו Ronald Warburg, *Recovery for Infliction of Emotional Distress Toward Relief for the Agunah*, 213 (2010) JEWISH LAW ANNUAL 18. על מגמה זו בבתי המשפט האזרחיים ראו לדוגמה קפלן ופרי, לעיל ה"ש 116; בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" המשפט יב 285 (2007); "הנ"ל", הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את 116 הגט ו"כלל האחיות" של קלברזי ומלמד" משפטים מא 153 (2011).

בשיח ההלכתי אפשר למצוא דיונים על גרימת הכושה ועל הצער הנגרם במעשה זה, אבל לא נמצא אחד השיקולים המרכזיים בסוגיה זו: הפגיעה באוטונומיה, בין כעילה עצמאית – ראו לדוגמה תמ"ש (י"ם) 3950/00 פלונית נ' אלמוני (23.1.2001, השופט: בניצין גרינברגר) – בין כראש נזק בגין עוולת הרשלנות, ראו קפלן ופרי, שם. ראו גם בג"ץ 2123/08 פלונית נ' פלוני (6.7.2008), בפסקה 17 בפסק דינה של השופטת עדנה ארבל.

123 ראו הרב אוריאל לביא "סידור גט לאחר חיוב הבעל בפיצוי כספי לאשתו" תחומין כו 160 (תשס"ז) (מופיע גם אצל הרב אוריאל לביא שו"ת עטרת דבורה [תשס"ט], חלק א, סימן עו, בעמ' 479 ואילך).

הגנת הפרטיות וחייב גירושין

דומה שהזכות לפרטיות¹²⁴ לא זכתה להגנה רבה בבתי הדין הרבניים גם לנוקטים גישה זו, שכן ההקשר שבו נדונה בבתי הדין הוא בדרך כלל מעמדה כנגד האיסור החמור של ניאוף והשלכותיו. ערעור¹²⁵ שעסק בתביעת גירושין עקב בגידה של אישה, שתועדה בידי בעלה ושני חוקרים שנכנסו למרתף שבביתם המשותף, היה בסיס לדיון במהותם של הערכים השונים, באיזון ביניהם, ובהתאם לכך גם בפרשנות הנכונה של חוק הגנת הפרטיות.¹²⁶ גם במקרה זה הרב דיכובסקי כתב את פסק הדין העיקרי, ודומה שהנימוק המשמעותי ביותר בדבריו הוא ראיית בני הזוג כיחידה אחת של שיתוף אינטימי: נפשי, גופני ורכושי, ועל כן אין מקום לתחולת מושג הפרטיות במסגרת היחסים הזוגיים בנישואין.¹²⁷ תפיסה זו שונה מתפיסה אינדוידואליסטית, הרואה את הנישואין כמסגרת הסכמית של שני פרטים נבדלים, אם כי אין הכרח לומר שזהו ההסבר היחיד לשוני בין גישת בתי הדין הרבניים לגישת בתי המשפט האזרחיים. נימוק נוסף נוגע לנוסחת האיזון במקרה של איסור דתי:

חובתו של ביה"ד למנוע אדם מקשר אסור של נישואין. לדעת ביה"ד נוצר כאן איסור תורה, ובמקום שיש איסור תורה אין חולקים כבוד לאדם ואין מקפידים על פרטיותו. כך קובעת ההלכה גם בנושאים אחרים (כגון אדם הלושב כלאיים ועוד).

בית הדין אינו מסתפק בהבהרת תפיסת הנישואין על פי ההלכה ובהערכת משקלו של האיסור הדתי בנוסחת האיזון בין הערכים המתנגשים: הזכות לפרטיות מצד אחד ואיסור הבגידה והשלכותיו על קשר הנישואין כפי שבית הדין תופס אותם מצד אחר.¹²⁸ לדידו של בית הדין, איסור הבגידה חייב להיות חלק מהערכים המרכיבים את הנוסחה המחויבת ל"דין תורה" שבחוק שיפוט בתי דין רבניים, ולכן הוא גם מציג את פרשנותו להגנות שבסעיף 18(2) בחוק הגנת הפרטיות תוך הסתייעות בפרשנות בג"ץ ל"תום לב" ו"ענין אישי כשר" שבסעיף זה. אלא שגם פרשנות זו נובעת מתפיסת עולם שונה באשר

124 ראו קפלן, כבוד האדם, לעיל ה"ש 22, בעמ' 229-248; הנ"ל, "מגמה חדשה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 322-326.

125 ערעור (גדול) 1-21-7661 (29.6.2004).

126 חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 1011.

127 כך סבור גם הרב איתמר ורפהפיג צנעת אדם: הזכות לפרטיות לאור ההלכה 156-159 (תשס"ט). ראו גם דברי הרב דיכובסקי בערעור (גדול) (ללא מספר תיק), פד"ר יד 321 (כ"ב בתמוז תש"ן) (הרב שלמה דיכובסקי "האזנות סתר" תחומין יא 299 [תשנ"א]).

128 שכן אם ניטל האיסור משתנה נוסחת האיזון, ומשכך, בית המשפט יסתייג מנוסחת האיזון של בית הדין. ראו בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה ואח' (14.5.2006), שבו אכן ביטל בית המשפט העליון את פסק דינו של בית הדין הרבני. ראו להלן, ליד ה"ש 173.

לכשרות העניין האישי ולחשיבותו. ועם כל זאת, פסק דין זה מבטא היטב את השתתפותו של בית הדין בשיח המשפטי הכללי¹²⁹ תוך שמירה על תפיסותיו ועל ערכיו.

בפסק דין של בית הדין האזורי בנתניה¹³⁰ מתבסס הרב שלמה שפירא על עקרונות פסק הדין בערעור הנזכר ומעלה טענת הגנה עקרונית נוספת לפי סעיף 18(2)(ב) בחוק הגנת הפרטיות. הוא מגדיר את חובת הבעל לגרש את אשתו שנאפה כחובה¹³¹ מוסרית וחברתית המפורטת בסעיף. גם הרב אברהם מייזלס מעלה טענה יצירתית: החתימה על שטר התנאים היא מעין חתימה על ויתור סודיות ועל כן אפשר לכוללה בחריג של הסכמה לפגיעה שבסעיף 7(ב) בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובסעיף 1 בחוק הגנת הפרטיות,¹³² ומציב את נוסחת האיזון הראויה לפי ההלכה:

כאשר קיימת סתירה בין אינטרס של הגנה על פרטיות, לבין אינטרס של עשיית משפט צדק, על פי ההלכה עשיית הצדק והוצאת האמת לאור זהו עיקרון על, גם אם הוא נעשה על חשבון פגיעה בפרטיות של הזולת.

ברור לשני הדיינים שפרשנותם לחובות מוסריות וחברתיות וכן לנוסחת האיזון הראויה שונה לגמרי מתפיסת העולם המגולמת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומתפיסת בית המשפט העליון ופרשנותו בעניין,¹³³ שפסיקתו מצוטטת בהרחבה בפסק הדין, ועל כן, מתוך קבלה של "כללי המשחק"¹³⁴ מסייג הרב שפירא את מהימנותן של הראיות גם מן הבחינה ההלכתית, וקובע:

129 ההוכחה הטובה ביותר לכך היא פרשנותו של הרב דיכובסקי בפסק דין זה (ערעור 7661-21-1, לעיל ה"ש 125) לסעיף 32 בחוק הגנת הפרטיות, שלפיה "המונח 'בית משפט' מתייחס גם לבי"ד רבני". אולם השוו דבריו בפד"ר יד 321, לעיל ה"ש 127, בעמ' 332, שם סבר הפוך מכך. ראו גם דברי הרב מייזלס (להלן ה"ש 134), המסתפק בכך; ואת עמדת הרב חיים שלמה רוזנטל, אב בית הדין, בתיק 1880/מ"ז (לעיל ה"ש 69, בעמ' 303), הסבור שהשמטת בית הדין מחוק הגנת הפרטיות נעשתה בכוונה בשל העדפת בית הדין את צדקת הפרט על פני צנעת הפרט.

130 תיק (אזורי נתניה), 851788/2 (7.5.2012).

131 בהגדרת הדבר כחובה הוא מסתמך בין היתר על דברי הרב עזרא בר-שלום בערעור 7661-21-1 (לעיל ה"ש 125), אף שהרב בר-שלום עצמו לא התייחס כלל לפרשנות סעיף 18(2)(ב) בחוק הגנת הפרטיות.

132 הרב דיכובסקי העלה טיעון זה בפסק דין אחר, פד"ר יד 321 (לעיל ה"ש 127, בעמ' 331). על מקור זה השיגו עליו משום שנוסח שטר התנאים עניינו הברחת נכסים והעלמת נכסים ולא העלמת מידע. ראו הרב אליעזר שנקולבסקי "האזנת סתר" המעייין לז' 45, 49 (תשנ"ז); נחום רקובר וההגנה על צנעת הפרט 141, הערה 134 (תשס"ו).

133 ראו בג"ץ 6650/04, לעיל ה"ש 128.

134 הרב מייזלס מסתפק בשאלה אם "בית המשפט" האמור בסעיף 32 בחוק הגנת הפרטיות כולל את בית הדין, בשונה מהכרעת הרב דיכובסקי בערעור 7661-21-1 (לעיל ה"ש 125), אבל מקבל את פסיקת

מכיוון שהבעל עבר ופגע במזיד בפרטיות של אשתו, בית הדין מנוע על פי דין ועל פי חוק לקבל ראייה שהושגה באלימות ובאופן לא חוקי ותוך פגיעה בפרטיות.

טובת הקטין ומשמורת

עניין נוסף שבו בית הדין מצהיר ששיקוליו תואמים את זכויות היסוד הוא דיונים בתיקי משמורת והסדרי ראייה. בפסק דין¹³⁵ העוסק בשאלת הסמכות הנמשכת של בית הדין בתביעת משמורת של בעל, שנכרכה בתביעת הגירושין, מפרט הרב שלמה שפירא את מקורות ההלכה בעניין המשמורת, ומסקנתו היא:

שענין זה של משמורת הילדים, אינו ענין של זכות ההורים או אחד מהם אלא כל כולו ענין של טובת הילדים ועל פי טובתם נקבעת המשמורת. וברור שהכוונה בטובתם בין טובה גשמית ובין טובה רוחנית, וטובה זו היא המהווה המודד היחידי בקביעת המשמורת. ודע שסברא זו מקובלת על כל הפוסקים ולית מאן דפליג בהאי מילתא.

כך גם בנוגע לקביעת הסדרי הראייה בין ההורים והילדים. באשר למעמדו של הקטין כבעל דין עצמאי בעל זכות נפרדת להגיש תביעה בענייניו באמצעות אפוטרופוסו, שחוקק באמצעות קליטת האמנה לזכויות הילד למשפט הפנימי בישראל ובאמצעות חקיקת חוק יסוד: כבוד וחירותו, כפי שנקבע בידי השופטת בייניש¹³⁶ טוען הרב שפירא:

ומשכן, בכל דיון למשמורת והסדרי ראייה, תמיד יערך הדיון מנקודת המבט של טובת הילד וזכויותיו, ואם כן אין מקום להגשת תביעה נוספת בשמו. כמו כן, מכיון שגישת ההלכה בנויה על היסוד שכתבנו לעיל, ברור שההנחה המדריכה באמנה הבינלאומית לזכויות הילד ובחוק כבוד האדם וחירותו לתת משקל יתר לטובת הקטין נידונות ממילא בדיון למשמורת הילד שנערך בביה"ד.

כלומר, זכויות היסוד של הקטין על פי האמנה וחוק היסוד מובנות באופן טבעי בעקרונות הפסיקה של בית הדין בנושאי משמורת והסדרי הראייה, לא עקב אילוץ חיצוני אלא בשל קליטתם הטבעית בהתאם לעקרונות ההלכה עצמם.

השופט ברק בבג"ץ 6650/04 (לעיל ה"ש 129), שבית הדין חייב לפסוק לפי חוק הגנת הפרטיות ולאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכולל את ההגנה על הפרטיות.

135 תיק (אזורי נתניה) 1-23-8384 (25.4.2004).

136 בבג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול (21.1.2004).

זכות הגישה לערכאות ושלוו בית

לא רק זכויות אדם טבעיות מהמעגל הראשון זכו להגנה בבית הדין אלא גם זכויות אזרחיות. בערעור¹³⁷ של אישה על סמכות בית הדין הרבני לדון בתביעת שלום בית של הבעל בטענה של היעדר סמכות בשל היעדר זיקה לישראל וטענות נוספות מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי קבע בית הדין הרבני הגדול שחרף טענות האישה, הסמכות נתונה לבית הדין הרבני. אחד מנימוקיו היה ש"הימנעות בית הדין מראש לדון בתביעת הבעל עלולה להביא לפגיעה קשה בזכות הגישה של הבעל לערכאות בישראל, שהינה בגדר של זכות יסוד".¹³⁸

ניתוח וביקורת

הרושם המרכזי, ואולי הראשון, העולה מקריאת פסקי דין של דיינים האוחזים בגישה זו הוא שזוהי תפיסת מציאות מפוכחת ופרגמטית. תפיסה זו באה לידי ביטוי בקליטת ובאימוץ הסדרים משפטיים המבטאים ערכים מודרניים, באמצעות מנגנונים הלכתיים קיימים שחלקם נחשפים באמצעות איתור ופרשנות המקורות ההלכתיים.

המניע המרכזי בפסיקה הוא תחושת שליחות של עשיית צדק כלפי הנדרשים לבוא בשערי בית הדין מתוך הבנה שזו חובתו המרכזית "כדיינים השוקדים על תקנתן של בנות ישראל".¹³⁹ על כן אין מדובר רק ביישום עקרונות כלליים אלא גם באחריות למתן פתרון ובאיי-התחמקות מהכרעה משפטית מחמת יראת הוראה, תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי וללא כפיפות לעמדות מחמירות,¹⁴⁰ ודאי כאלה שמחוץ לבית הדין,¹⁴¹ וכן בקליטת המציאות העובדתית כפי שהיא ופסיקה בהתאם. כך לדוגמה באימוץ עמדות הלכתיות

137 ערעור (גדול) 1-64-9498 (17.6.2008) בהרכב הדיינים: הרב מנחם חשאי, הרב ציון בוארון והרב ציון אלגרבל.

138 על הכרה בזכות זו כזכות חוקתית במשפט הישראלי ראו שלמה לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451 (תשנ"ה-תשנ"ו); הנ"ל תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 27-38 (מהדורה שנייה, מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, תשס"ח); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (תשנ"ח); הנ"ל, "זכות הגישה לערכאות: מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה 217 (2000); אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוי 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, תשע"ג).

139 לעיל, ליד ה"ש 117. כן ראו דיכובסקי, לעיל ה"ש 70, בעמ' 20.

140 דיכובסקי, שם, בעמ' 20-21: "גט מעושה" מפחיד אותי פחות ממצב של 'לא גט'. עם גט מעושה אפשר להתמודד, ופעמים רבות הגט כשר לפחות בדיעבד. בעוד שעם מצב של 'לא-גט' אין יכולת להתמודד".

141 ראו שם, בעמ' 21.

המאפשרות גירושין בהיעדר סיכוי ראלי לשיקום הנישואין,¹⁴² כשלמעשה התוצאה היא קבלת עילת ההתמוטטות הבלתי הפיכה של הנישואין כעילת גירושין, וכן בהתחשבות במציאות המשפטית כאשר בוצע פירוק שיתוף, ועקב כך הימנעות ממתן סעד של מדור ספציפי.¹⁴³

ההשתתפות בשיח המשפטי הכללי מתקיימת הן ברמה המהותית – בהכלת ובקליטת הסדרים שונים; הן ברמה הדיונית – בהתמצאות בדברי חקיקה, בפסקי דין של בית המשפט העליון ובמחקרים אקדמיים, ובציטוטם, לא אחת תוך ויכוח עמם והצגת פרשנות חלופית.

אעמוד על כמה ממאפייני דרכי הפסיקה של בעלי גישה זו. קליטת חזקת השיתוף, חוק יחסי ממון ופיצויי גירושין, למשל, מבוססת בחלקה על עקרונות כלליים של המשפט העברי שכל מהותם היא התחשבות במציאות המשפטית והחברתית, ובראש ובראשונה המנהג, שאין כמותו כדי לשקף תמורות ומוסכמות חברתיות¹⁴⁴ הכרוכות בנסיבות ההיסטוריות המשתנות.¹⁴⁵ אחריו, דינא דמלכותא תוך קבלת הפרשנות המרחיבה, ומכוח יצירתו של חוק המדינה, אומדנא ומנהג בנוגע לשוויון המגדרי המקובל, כאשר ההוראה המחייבת של המחוקק לדון לפי החוק, בחוק יחסי ממון לדוגמה, מגויסת לחיזוק העוגן הדתי של החוק.

142 ראו ערעור (גדול) 1-51-6943 (לא פורסם, 29.8.2002), בפסק דינו של הרב דיכובסקי: "אילו היה סיכוי ממשי לנישואין, הייתי אולי שוקל שימוש באמצעי השהיה, כמו מדור ספציפי, ע"מ לתת סיכוי להצלת המשפחה. מה אעשה, ואין סיכוי ראלי לכך".

143 דיכובסקי, "הרהורים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 283.

144 ראו לדוגמה את דברי הרב דיכובסקי בערעור 1510-22-1, לעיל ה"ש 62:

יש מקום לומר, שאם דעת בני אדם משתנה בנוגע למום מסויים, אזי אין מקום לומר סברה וקבלה, על יסוד הסכמתה בעבר. [...] בכל ארצות התרבות, זו השפלה גדולה לאשה לחלוק את יצועה יחד עם אשה אחרת, ובעל שישא אשה נוספת יחוייב בגט, לא רק מחמת חדר"ג [חרם דרבנו גרושים], אלא גם מחמת ההשפלה והמום שיש בזה.

ראו פסיקה ברוח דומה של הרב דוב דומב מבית הדין בתל אביב בתיק (אזורי ת"א) 1-21-027471085 (15.12.2003, הדין והדיין 1,7), המגדיר את תחושת הבושה של האישה במקרה של בעל מהמר, בהתאם לנורמה החברתית העכשווית, שלפיה זוהי התנהגות שלילית של הבעל, העולה כדי הצדקת מאיסתו בעיני האישה.

145 גם בנוגע לגיור תבקש גישה זו להסתמך על דעות מקלות כעניין של מדיניות המתאימה למציאות הדמוגרפית הנוכחית במדינת ישראל. ראו לדוגמה אדרעי, לעיל ה"ש 71, והשוו לדעות החולקות המצוינות בהערה זו.

אחד המאפיינים בפסקי הדין הוא האומץ להסתמך על דעות שאינן בהכרח הדעות המרכזיות בהלכה אבל מתאימות יותר ליישום במציאות הנוכחית, ואף בשימוש יצירתי במקורות הלכתיים קיימים¹⁴⁶ ובפרשנות מחודשת של מקורות הלכתיים קלאסיים.

בפסיקה ניכרת הבטה נכוחה אל הפער הנפער לפעמים בין עקרונות הצדק והיחוס לבין הדין כפי שהוא, ושאיפה לגישור על פער זה לא רק באמצעות קליטה והכלה של הסדרים מן המשפט הכללי אלא גם תוך קריאה ליוזם שינויי חקיקה.

השאלה המסקרנת ביותר היא מה ההניעה של גישה זו. האם היא מונעת מהפנמה מהותית ואמיתית של ערכים כשוויון, חירות וכבוד או שמא הדבר נובע מאילוצים – ביניהם, הצורך להגן על מערכת בתי הדין הרבניים?

הרב דיכובסקי סבור כי אכן זהו אחד החששות, וכך כתב בנוגע להלכת השינוי:

המנעות ביה"ד הרבני מלדון בכך, היא צדקנות מיותרת ומזיקה. אין לשכוח את ההשלכות המסוכנות העלולות לצמוח מכך למעמד בתי הדין הרבניים ומהפקעת עניני הממון והרכוש מסמכותם, ודי לחכימא ברמיזא.¹⁴⁷

במקום אחר מסביר הרב דיכובסקי שההשתתפות בשיח המשפטי אינה נובעת אלא משיקולים טקטיים ותועלתניים, שכן מחיר אי-ההשתתפות הוא הפסד בעימות עם מערכת המשפט האזרחית, שעלול להיות כבד מאוד מבחינת בתי הדין:

כל השנים הובלתי מאבק ביחס לסמכויות בתי הדין, ולא עשיתי זאת בהתלהמות ובצעקנות. השתמשתי בנשק המשפטי שהשתמשו בו בתי המשפט, וברוך ה' נחלתי הצלחות לא מעטות. פסקי דין מתלהמים לא רק שמחטיאים את המטרה, אלא גורמים לא פעם לעקירה רבת של סמכויות. לפעמים גם כדאי שלא להכנס לעימות עם בית המשפט בתיק אחד, כדי שלא לגרום חורבן גדול יותר בדברים רבים ועקרוניים.¹⁴⁸

המניע הוא אפוא הרצון לשמור על הערכים החשובים והמרכזיים בהלכה תוך ויתור מושכל על עניינים משניים בחשיבותם. להבנתי, אף בדברים אלה אין לראות שאיפה לשימור הסמכות כשלעצמה אלא כאמצעי לשמירת העקרונות החשובים.

146 כגון שטר התנאים, אשר בו כתוב שבני הזוג "[ו]ישלטו בנכסיהן שוה בשוה" כבסיס לשינוי נכסים. ראו שו"ת מהרי"ק, שורש נז; שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן מה.

147 דיכובסקי, "הלכת השינוי", לעיל ה"ש 87, בעמ' 31.

148 דיכובסקי, לעיל ה"ש 70, בעמ' 21.

תפיסה זו מתבטאת פעמים רבות בשיח כפול, בתנועה מקבילה של דיון בחוק ובהלכה, כפי שעולה באופן בהיר מדברי הרב שלמה שפירא:

הדברים שכתבנו לעיל הינם מספיקים לדעתנו בכדי להבהיר ענין סמכותו של ביה"ד בנושא המשמורת והסדרי הראיה, ולכשעצמנו אין אנו זקוקים להביא אסמכתאות למצב החוקי, הנובע מהמשפט הכללי, ואין מקום שבית דין רבני יצרף נימוקים משפטיים שאינם בנויים על אדני התורה, וכבר הארכנו בזה בפסק דין אברהם (נתניה 4252). אלא שכפי שכתבנו שם, ההכרח לא יגונה, ומכיון שפסק דינו צריך להיות מונח לפני ערכאות משפטיות, שאינן דנות על פי דין תורה, נבאר מהו המצב החוקי בנידון דידן, ושאלף לפי החוק הסמכות לדון בהסדרי הראיה ממשיכה להיות נתונה לביה"ד.¹⁴⁹

לדידו של בית הדין אין כל צורך בהנמקה המשפטית הכללית, אבל מכיון שבית הדין מודע למקומו ולביקורת השיפוטית על הכרעותיו, עליו לבססן גם על חוק המדינה כדי להגן עליהם מפני ביטול, שייחשב בסופו של דבר פגיעה בהלכה עצמה.

ואף על פי כן, קשה לומר שאין כל השפעה מהותית על פיתוחו של הדין ההלכתי המהותי, שכן בעצם קיומו של האתגר בפרשנות המקורות ובניסיון לעריכת התאמות הלכתיות למציאות הנוכחית יש כדי להביא לכך שעקרונות יסוד כלליים יחלחו ויתקבעו כחלק מהגורמות ההלכתיות, כפי שההיסטוריה ההלכתית הארוכה מלמדת.

הגישה השלישית: השלמה והפרדה

הגישה השלישית נוטה להשלמה עם מעמדו ועם סמכותו המוגבלים של בית הדין הרבני ומתכנסת אל תוך גבולותיה המתוחמים והמצומצמים בתוך המסגרת הצרה של דיני הנישואין והגירושין תוך הבחנה והפרדה בין ענייני משפט לענייני דת. סמכותו של בית הדין לפי גישה זו תחומה לעניינים המשפטיים הנתונים לסמכותו לפי חוק, ואין בית הדין צריך לדון בעניינים שאינם בסמכותו. גישה זו קשה יותר לאיתור ולאבחון, שכן מטבע הדברים מתמקדים הנוקטים אותה בדין ובהנמקה פנימיים ולא במערכת היחסים של ההלכה ושל בתי הדין הרבניים עם מערכת המשפט הכללית. אבל אפשר להעריך שדיינים רבים נוטים לגישה זו לאור ריבוי פסיקה המתאפיינת בדין פנים-הלכתי סגור ללא

149 תיק 8384-23-1, לעיל ה"ש 135.

התייחסות לסביבה המשפטית,¹⁵⁰ שלרוב הוא פורמליסטי ומנותק משיקולים ערכיים או עקרוניים.

חירות הפרט ושלמות המשפחה

נושא ההגבלות על חירות הפרט לשם הגנה על שלמות המשפחה עלה אגב דיון בערעור¹⁵¹ שעסק בסוגיית חינוך ילדים. נסיבות המקרה הן גירושין שנערכו בין בני זוג חרדים, שלאחריהם האישה שינתה את אורח חייה והפכה חילונית. הוויכוח נסב כעת על חינוך הבת, בעיה מוכרת העולה בבתי הדין הרבניים. הרב משה טופיק, שכתב את פסק הדין, הבהיר בתחילת הדברים את סמכותו המוגבלת של בית הדין הרבני ואת תחומי סמכותו. אצטט מפסק הדין כמה קטעים המדברים בעד עצמם:

נתחיל במושכלות ראשונים. אכן, בית דין רבני אנו, ודנים אנו בהתאם לתורה הכתובה והמסורה מימות משה רבנו עליו השלום. מצד שני, אין בכוחנו לאכוף את סמכותנו אלא באותה מסגרת מצומצמת שהועמדה לנו על ידי החוק האזרחי. כיון שכך, אין אנו מתערבים באורח החיים הדתי או החילוני של אזרח הבא לדין בפנינו. עם כל רצוננו בתיקון עולם במלכות שדי, פסיקותינו הינן במישור של "בין אדם לחברו" ולא במישור של "בין אדם למקום". הן אינן באות במטרה להחיל נורמות של חיים דתיים.

לאחר הבהרת גבולות הדיון שבסמכות בית הדין הוא דן בנושא שלום הבית כדוגמה מובהקת לפער בין העניינים המשפטיים שבסמכות בין הדין לבין החדירה לאורח החיים של המתדיינים:

150 עם זאת, אפשר להדגים גישה זו, כמו גם את שתי הגישות האחרות, בסוגיות אחרות שאינן קשורות לזכויות אדם דווקא. לדוגמה, ערעור (גדול) 798549/5 (4.11.2010), אשר בו מתייחס בית הדין לבעיית פסיקת ריבית, האסורה על פי ההלכה, בגביית חוב מזונות באמצעות לשכת הוצאה לפועל, ומציע פתרון לכלל בתי הדין:

מן הראוי שביה"ד האזרחי יוסיף בכל פס"ד [פסק דין] מזונות (שעשוי להגבות ע"י הוצל"פ [הוצאה לפועל]) שאם הבעל יאחר בתשלום המזונות כפי שביה"ד פסק והאשה תצטרך לגבות המזונות ע"י הוצל"פ לא יודקק ביה"ד לתביעותיו בענין הפסדים שנגרמו לו ע"י הוצל"פ. דומה שאין נתק, ניכור והשלמה גדולים מאלו בנוגע לתפקידו המוגבל והנפרד של בית הדין מול ערכאות אחרות והחוק המיושם בהן במקרים של התנגשות בין הדין הדתי לדין האזרחי. במקרה זה, זכות גביית הריבית של האישה כנגד האיסור ההלכתי בגבייתה. אולם כאמור, עניינו של מאמר זה הוא זכויות אדם והיחס אליהן בבתי הדין תחת צלו של בג"ץ, המרחף עליהם בעניינים אלה.

151 ערעור (גדול) 1-23-2950 (17.6.2004).

כך, למשל, בית הדין הרבני לא ייעתר, בדרך כלל, לבקשת אישה החפצה בשלום-בית, להוציא צו האוסר על בעלה להיפגש עם פילגשו. הן פשוט הוא, שהדבר אסור על פי ההלכה, והדבר גם פגום ופסול מבחינה מוסרית. בית הדין יודיע לנוגע בדבר את חומרת האיסור. בית הדין עשוי להשתמש בדברי כיבושין, רכין או קשין, כדי לשכנע את הבעל לא להרוס את ביתו, ולתת ליבו לאהבה את אשתו כשם שנתן לב לרחקה. אך מתן צו אופרטיבי שיכפה נורמה הלכתית דתית, או אף נורמה מוסרית, אינה כיום בכוחו של בית הדין. כך גם, למשל, במסגרת דיון על שלום-בית, כאשר נגלים לבית הדין דרכי החיים של בני הזוג, על מוצאייהם ומבואיהם, אין בית הדין מנסה לכפות אורח חיים דתי, ברמה זו או אחרת. אורח החיים הדתי רלוונטי, רק ככל שיש לכך השפעה על פי הדין, על תביעה קונקרטית של צד, אם לשלום-בית ואם לגירושין.

בן זוג המעוניין לפרק את הנישואין לא יחסם באמצעי כפייה משפטיים שיכריחוהו לשקם את נישואיו. הוא יינה מחופש מלא לבצע כל עברה דתית כרצונו ולהתנהג באופן לא מוסרי כפי שיחפוץ בתוך הגבולות הרחבים שהחוק האזרחי מאפשר לו. לפי גישה זו, בית הדין יתמקד בתוצאות המשפטיות של התנהגויות אלו ולא בהכוונתן ליעד הראוי של ערכי המשפחה לפי הדין הדתי.

חופש הדת וחינוך ילדים

כאמור, הנושא הנדון בפסק הדין של הרב טופיק הוא חינוך הילדים – נושא ערכי ורגיש הנדון לא אחת בבתי הדין הרבניים. לאחר הדיון העקרוני בנושא שלום הבית מיישם הרב טופיק את העקרונות הנזכרים למקרה הנדון בעניין חינוך הילד:

בהתאם לכך, אין בית הדין הרבני מתערב, כאשר בהסכם המוגש לאישור בית הדין, מסכימים ההורים כי ילדם יקבל חינוך ממלכתי, אף אם יתכן כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם השקפתו הדתית של הדיין היושב על מדין. כך גם שופט שהינו בעל השקפת עולם אידיאולוגית חילונית, לא יתערב לבטח בהחלטת הורים לתת לילדיהם אורח חיים דתי.

אימתי מוסמך בית הדין או בית המשפט להתערב? כאשר אין הסכמה בין ההורים.

כאשר ההורים מסכימים אין לבית הדין כל סמכות לשנות את הסכמתם. כאשר אין הסכמה יפסוק בית הדין בהתאם לשיקולי טובת הילד, ואף כאן לא צריכה להיות להשקפת עולמו של בית הדין השפעה כלשהי על התוצאה.

זכות הגישה לערכאות וכשרות הגט

בשנים האחרונות התרחבה מאוד תופעת תביעות הנזיקין בגין סרבנות גט.¹⁵² תגובת בתי הדין היא עיכוב הגירושין, לפחות מבחינה עקרונית,¹⁵³ עקב החשש מפני גט מעושה שלא כדין.¹⁵⁴ באחד הערעורים בפני בית הדין הגדול¹⁵⁵ במקרה כזה עמד בית הדין על בעיית כשרות הגט לצד הצהרה על היעדר התערבותו לחסימת הליך של תביעת נזיקין כזאת בערכאה אזרחית. אלו דבריו:

הרינו להבהיר שאין אנו קובעים שלאשה אין זכות להגיש תביעת פיצויים עקב מעשה של הבעל, או מחמת סירובו של הבעל לתת גט. אין אנו מתערבים בתביעות הנידונות בפני בית המשפט. במקרה הנידון שבפנינו אנו אין אנו יכולים לחייב את בית הדין האזורי שייסדר גט בין הצדדים, כיוון שגט שיינתן במקרה כזה לא יהיה גט כשר, ובית הדין לא יוכל לכתוב בתעודת הגירושין שהאשה מותרת להינשא לעלמא.

אני סבור שאין להתייחס לדברים אלו כאל רטוריקה פורמלית בלבד. בית הדין מבין היטב שאין הוא יכול לפגוע בזכות הגישה של האישה לערכאות,¹⁵⁶ ואף אם בית הדין כשלעצמו אינו מכיר בזכות זו כזכות יסוד או כזכות שיש לאפשר את מימושה בהליך הדתי של הגירושין הוא מודע היטב למגבלותיו בקביעה כלשהי בשאלה זו. בית הדין תוחם עצמו לתחום הדתי בלבד בשאלה הנוגעת לכשרות הגט, כלומר, לתוקף הגירושין. החלטת בן זוג אם להגיש תביעת נזיקין בגין סרבנות גירושין נתונה לשיקולו הבלעדי, ובית הדין מתייחס לכך כאל ממצא עובדתי שלפיו יוכרע אם ישנה פגיעה דתית בכשרות הגירושין. אין ספק שבית הדין מודע היטב לכך שהצהרתו עשויה למנוע הגשת תביעת נזיקין בנסיבות כאלו, אבל אפשר בהחלט לראות בהצהרת בית הדין גישה של הפרדה וניכור בין שתי הערכאות ובין שתי שיטות המשפט, והשלמה עם מסגרת תפקידו המצומצם בחלק הדתי של הליך הגירושין ללא יכולת השפעה ממשית על כלל ההליך.

152 ראו שמואלי, לעיל ה"ש 122. להפניות נוספות ראו שם, בעמ' 158 הערה 13.
153 על הפער בין העיקרון ליישומו ראו עמיחי רדזינר "לא המדרש עיקר אלא המעשה": על סידור גיטין לאחר תביעות נזיקין ועל מדיניות הפרסום של הפסיקה הרבנית" משפטים מה 5 (תשע"ה).
154 פסק הדין המנחה בעניין זה הוא ערעור (גדול) 1-21-7041 (11.3.2008).
155 ערעור (גדול) 936594/2 (6.4.2014) על פסק דינו של בית הדין האזורי בחיפה בתיק (אזורי חיפה) 899861/2 (10.4.2013).
156 על זכות זו ראו לעיל ה"ש 138.

שוויון מגדרי ואיסור פילגש

הרב יצחק זר מבית הדין האזורי בתל אביב דן בשאלה אם אפשר להתיר כיום קשר של פילגשות, שעיקרו ניהול חיים משותפים בין איש לאישה ללא חופה וקידושין וללא מרבית החובות ההדדיות שבנישואין. לאחר דיון הלכתי מקיף, השולל אפשרות להתיר קשר כזה אפילו בשעת הדחק, הוסיף הרב זר שני נימוקים בקצרה, כמעט באמירת אגב. האחד, בנוגע להתנגשות של היתר כזה עם חוק העונשין בעניין איסור ביגמיה, "ואיך נתיר פילגש ונעקוף את חק איסור הביגמיה", והשני, אי-ההתאמה של היתר כזה לימינו:

ובדור הזה של שוויון זכויות וכבוד הדדי לא נראה שיאה להתיר פילגש, אף בשעת הדחק שאשתו לא רוצה להתגרש, אלא יתכבד ויבוא לביה"ד ואם הם ימצאו שטענתו צודקת יתירו לו לישא אשה על אשתו, וישאנה כדת משה וישראל.¹⁵⁷

במקרה זה, הנימוקים ההלכתיים עולים בקנה אחד עם הוראות החוק ועם הערכים המקובלים בכלל החברה באשר לשוויון¹⁵⁸ ולכבוד הדדי בין המגדרים, אולם עולה מהם יחס של מרחק וניכור. קשה לראות בהם הכלה וקבלה של הערכים הנוכריים אלא אילוץ, שרק במקרה מתאים למסקנה מן הדיון ההלכתי שנעשה בתוך מערכת סגורה של כללים ועקרונות. תמיכה להתרשמות זו היא הצגת האפשרות, באותה פסקה, לנשיאת אישה שנייה כאפשרות לגיטימית וראויה בנסיבות המצדיקות זאת. מה יהיה מעתה על שוויון הזכויות ועל הכבוד ההדדי או על הערך המגולם באיסור הביגמיה?

ניתוח וביקורת

מאפייניה העיקריים של גישה זו הם: ראשית, הכרה במקור הסמכות השיפוטית של בית הדין. בית הדין הרבני מודע היטב לכך שמקור סמכותו החוקית והמעשית הוא המחוקק החילוני, במקביל להצהרתו שמקור סמכותו המהותית התאורטית שונה ואינו נובע מהמחוקק האזרחי אלא ממקור דתי, שלפיו, סמכותו רחבה הרבה יותר; שנית, הפרדה בין שיפוט בעניינים משפטיים לפסיקה בעניינים דתיים. בית הדין מסרטט את גבולות ההתערבות של בית הדין בחיי היחיד ומבחין בין עניינים משפטיים לעניינים דתיים, בין עניינים שבין אדם לחברו לעניינים שבין אדם לאלוהים; שלישית, תפקידו השיפוטי של בית הדין. בית הדין פוסק בעניינים המשפטיים הבאים לפניו, פסיקה הדנה במקורות ההלכה ושאוסיפה פורמליסטי. לעומת זאת, בעניינים דתיים, ערכיים ומוסריים לא יפעיל בית הדין את סמכותו השיפוטית וינסה להשפיע בדרכי שכנוע בלבד; רביעית, היחס

157 הרב יצחק זר "פסק הלכה בעניין פילגש בזמן הזה" (מקוון).

158 דוגמה נוספת לגישה זו בנוגע לערך השוויון ראו בפסק הדין המצוטט להלן, ליד ה"ש 177.

לערכאות השיפוט האזרחיות מרוחק ומנוכר, ולרוב אין בית הדין מעוניין כלל להשתתף בשיח, גם לא בהבעת עמדה פרשנית נגדית לחוק או לעיקרון משפטי כללי.

ברור שגישה זו משלימה עם המצב הנתון של המציאות הישראלית הנוכחית, שבעיניה איננה מצב לכתחילי. השאלה היא מדוע היא משלימה. האם הדבר נובע מהיעדר כוח אכיפה, מחשש שבג"ץ יפסול החלטות שאופיין דתי בשל פגיעה בזכויות יסוד או משום שלא יהא זה נכון מבחינה עניינית לכפות על אדם ערכים דתיים שכל אורח חייו מנוגד להם?

אפשר היה לומר שהכלים המשפטיים אינם מתאימים להתערבות דתית ושמכאן הבחירה בדרכי שכנוע ובסובלנות דתית, אולם מניסוח הדברים עולה שההגבלות החוקיות על בית הדין הן הגורמות להשלמה עם תפקידו המוגבל. מנקודת מבטה של גישה זו, לו היה המחוקק מעמיד כלי אכיפה בידיו לשם כך היה בית הדין פועל ל"תיקון עולם במלכות שדי" גם בתוך אותה מציאות חברתית חילונית.

ובכל זאת, הגם שאין מדובר בכבוד עמוק ואמיתי לאורח החיים החילוני, התוצאה המעשית היא תמרון מתמיד בין העקרונות ההלכתיים בדיני המשפחה לבין היכולת המעשית ליישם בחברה חילונית מתוך סובלנות דתית והיעדר כפייה. אמנם, לאור נקודות המוצא הנזכרות קשה להשתכנע שכאשר בית הדין ישתמש בסמכות ההכרעה הנתונה לו הוא יהיה משוחרר לחלוטין מהשפעות של תפיסת עולמו בהכרעה.¹⁵⁹

יש להדגיש ולומר שאין מדובר בהתנערות מאחריות בית הדין ל"אפרושי מאיסורא", אלא שהדבר יכול להיעשות לדידו בדרכים של דיבור ושכנוע בלבד, שאין ברורים סיכוייהם אצל בעלי דין הדוברים שפה חברתית שונה לחלוטין.¹⁶⁰

הערה אחרת נוגעת להבחנה בין עניינים משפטיים לעניינים דתיים. הרושם העשוי לעלות מפסק הדין הוא כאילו זו הבחנה מוחלטת, אבל בית הדין עצמו סייג זאת באומרו ש"אורח החיים הדתי רלוונטי, רק ככל שיש לכך השפעה על פי הדין, על תביעה

159 הכרעת הדין בערעור 2950-23-1 (לעיל ה"ש 151) הייתה שהבת תתחנך במערכת החינוך החרדי בהתאם לדרישת האב. "יתכן שתוצאה זו נבעה משיקולים טהורים של טובת הילדה, אבל אי-אפשר להיות בטוחים בכך לחלוטין.

160 ואכן, בסוף פסק הדין בערעור 2950-23-1 (לעיל ה"ש 151) פונה בית הדין לאם החילונית:

טרם נכלה דברינו, הננו פונים אל האם בקריאה, להתעלות מעל פני הרצונות והמאוויים האישיים שלה, ולדבוק במילוי הצרכים החינויים של הבת [...] במקרה דנן האב התפטר. כך נאה וכך יאה. ראוי שגם האם תלך בדרך זו. עליה לגלות רוחב לב ונדיבות. מקווים אנו, כי דברינו היוצאים מן הלב ייכנסו אל הלב.

קונקרטי של צד, אם לשלום-בית ואם לגירושין",¹⁶¹ שהרי באמת אי-אפשר להפריד בהלכה הפרדה מוחלטת בין משפט לדת, במיוחד בענייני נישואין וגירושין. בדוגמה של תביעת שלום בית הדבר בולט מאוד, שכן פסיקה לשלום בית כופה ערך דתי של שלמות המשפחה בניגוד לרצונו של היחיד, על השלכותיו המשפטיות בעניינים כספיים ורכושיים, ויש להניח שגם הרב טופיק דן בתביעות שלום בית, ולפעמים אף מקבל תביעות כאלו. יוצא מכך שהלכה למעשה בית הדין כופה את הדין בעניינים רבים, גם אם לא בכל העניינים שהיה יכול במסגרת סמכות לא מוגבלת.

ייתכן שגרסה אחרת של גישה זו הייתה רואה בתוצאתה המעשית הכפויה של מתינות וסובלנות לאורח החיים החילוני שאיפה ראויה לכתחילה בשל העובדה שזהו מצב אשר בו אין זה מן הראוי לכפות על אדם אורח חיים בניגוד לרצונו. גישה כזאת של פסיקה קהילתית סובלנית נראית קרובה יותר למסורת הספרדית, הפרגמטית והמתונה יותר.¹⁶²

היחס לשיח הזכיות בבתי הדין הדניים: מבט פנים

הצורך להתמודד בפסיקת בתי הדין עם סביבה חילונית וליברלית, מבחינה חברתית ומשפטית, הביא להתפתחותן של שלוש הגישות שתיארת.

הגישה הראשונה מעמידה באופן גלוי ומפורש את שתי תפיסות העולם כנמצאות בעימות תוך שימוש במושגים מן השיח המשפטי והחברתי המודרני. זוהי גישה מתוחכמת המתיימרת להציב חלופה לתפיסה המודרנית ליברלית. אולם יותר מכך, אני חושב שאפשר להגדיר גישה זו כגישה החותרת להשליט את האידאולוגיה שלה בכוח בחברה הישראלית באותם עניינים שבהם יש לה סמכות. עם זאת אין הדבר נובע משאיפות של שליטה והרחבת הסמכות אלא מתוך תחושה עמוקה של אחריות לתחום המשפחה ולעתידו של העם היהודי. התמודדותה המהותית של גישה זו עם המציאות הלעומתית נעשית תוך שימוש בעקרונות הלכתיים מקובלים כדי להתאים עצמה למציאות ולהקל היכן שאפשר. אין מדובר לדעתי בגישה של הסתגרות אידאולוגית, כהגדרת רוזן צבי את הגישה החרדית הקלסית, אלא אפילו בגישה של החצנה אידאולוגית ובניסיון להרחיב את השפעתה על כלל הציבור הישראלי תוך עמידה עיקשת על עקרונות היסוד שלה.

161 ערעור 2950-23-1, לעיל ה"ש 151.

162 ראו בעניין זה לדוגמה צבי זוהר האירו פני המזרח: הלכה והגות אצל חכמי ישראל במזרח התיכון (תשס"א), בייחוד בפרק האחרון, מעמ' 353 ואילך.

הגישה השנייה היא גישה החותרת להשתלבות כחלק מן המערכת המשפטית הכללית ושואפת לתת מענה מתאים ורלוונטי לבעיות המשפטיות בנושאים שבתחום אחריותה. היא מוכנה להכיל הסדרים משפטיים שמקורם בערכים ליברליים מודרניים תוך מתיחת גבולות ההלכה באמצעות כל הכלים ההלכתיים הפורמליים האפשריים ליצירת פתרונות חדשים: פרשנות והסתמכות על דעות מיעוט ואף ייזום חקיקה הלכתית מתאימה. גם במקרה זה אין מדובר בהכרח בגישה כלל ישראלית, כהגדרתו של רוזן צבי, אם כי אין להתכחש לעובדה שלדיינים בעלי השקפה דתית לאומית תהיה נטייה חזקה יותר לקבלה. את הגישה השלישית אפשר לתאר כגישה ניטרלית מהבחינה המעשית לשאלות של ערכים ככל שהדברים אמורים בתחומי השיפוט שבסמכות בתי הדין הרבניים. היא אינה מנסה להשליט אידאולוגיה דתית באמצעות פסקי הדין וגם אינה מנסה להשתלב במרחב המשפטי והחברתי. שיח הזכויות זר לה ואינו חודר למסגרת השיקולים ההלכתית, גם לא בנושא למחלוקת. היא שואפת להתכנס בגבולות הסמכות השיפוטית המצומצמת שלה ומוותרת את השיח האידאולוגי מחוץ לשדה הפסיקה ההלכתית. התמודדותה עם המציאות המורכבת היא בעיקר בהימנעות מעשית מפגיעה באוטונומיה של היחיד לנהוג כהבנתו בלי להתעלם מהצורך בהידברות ובנקיטת דרכי שכנוע כדי לנסות להביא לתוצאה הדתית והמוסרית הראויה.

שלוש הגישות חולקות תפיסת עולם דומה בנוגע למוסד הנישואין ולערכי המשפחה היהודיים. שלושן מודעות היטב לסביבה המשפטית והחברתית אשר בה פועלים בתי הדין ולפער הקוטבי בתפיסות העולם הערכיות בנושא המשפחה וזכויות הפרט. כולן פועלות מתוך תחושת אחריות ליישומם של ערכי המשפחה היהודיים ומתמודדות עם קשיי יישומם במציאות הישראלית, כל אחת בדרכה.

עם זאת, כפי שהראיתי ישנם הבדלים רבים בין הגישות. שתי הגישות הראשונות מכירות בצורך להתמודד עם ערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית ושל החברה הישראלית, ואילו השלישית שואפת לבסס הפרדה עקרונית בין שתי מערכות המשפט, הפרדה שתאפשר לה סביבת פעולה נפרדת ולא תלויה.

שתי הגישות האחרונות מונעות מאימת פסיקותיו המגבילות של בית המשפט העליון, מחרדה להלכה ולמעמדה בעקבות כך – ואולי גם לעצם קיומם של בתי הדין הרבניים – לעומת הראשונה, שאינה רואה באיום כזה גורם שראוי שיחדור לשיקולי הפסיקה. שיקולי מדיניות מסוג זה, כגון הדאגה למעמדם של בתי הדין הרבניים, יכולים להיבחן לפי גישה זו, אולי, רק במסגרת שיקולים פנים-הלכתיים.

הגישה הראשונה והשלישית חרדות יותר לפגיעה בהלכה עקב היפתחותה להשפעות חיצוניות, ועל כן חוסמות כל ניסיון ליציקת תוכן מן המשפט הכללי אל מערכת השיפוט

הרבני. עם זאת, נראה שבעיקר מבין הנוקטים בגישת העימות ישנם כאלה המגיבים תגובת נגד, חריפה לפעמים, לעמדות הנכפות עליהם מבחוץ כדי לשמר את ההלכה כפי שהיא, ולשם כך הם אף יאמצו גישות מיעוט מחמירות.¹⁶³

שתי הגישות הראשונות הן גישות מיעוט שהובילו בשלושת העשורים האחרונים שני דינים מרכזיים שפרשו שניהם מכס השיפוט בשנים האחרונות. לעומתן, הגישה השלישית נראית שכיחה יותר בקרב הדיינים, הוותיקים בעיקר.

עם זאת, אפשר להעריך שהגישה השנייה תלך ותתפשט בקרב הדור החדש של הדיינים, לפחות בהיבט של השאיפה לשיח עם המשפט הכללי. למגמה זו תורמות תוצאות המאבקים שכבר הוכרעו בעבר, דוגמת תחולת חוקי היסוד וחוקים אחרים בבתי הדין הרבניים, לצד תהליכי הטמעה טבעיים הבאים לידי ביטוי בהתייחסות נרחבת יותר בשנים האחרונות לחקיקה האזרחית ולפסיקת בתי המשפט האזרחיים. אכן, לפעמים ההתייחסות לזכויות האדם או לחוקי היסוד היא בגדר מס שפתיים בלבד, בדרך כלל עקב העלאות טענות בדבר זכויות יסוד מצד בעלי הדין ומייצגיהם, אבל לא יהיה זה נכון להתעלם מחלחולם האטי של מונחים ואף של דרכי הנמקה וחיבה¹⁶⁴ מהמשפט הכללי אל השיח ההלכתי. כך שלפחות במקרים שבהם אין סתירה עמוקה וממשית בין שתי התפיסות בנוגע לזכויות יסוד אפשר לשמוע קול כמעט דומה לקולו של המשפט הכללי גם בבתי הדין.¹⁶⁵

163 ראו Amihai Radzyner, *Problematic Halakhic "Creativity" in Israeli Rabbinical Court Rulings*, 20 JEWISH LAW ANNUAL 103 (2013)

164 בתיק (אזורי נתניה) 947270/1 (7.5.2015), שעניינו תביעה של הבעל לזימון לעדות את המאהב של האישה, שהיה גם חברה לעבודה, אימץ הרב שפירא עקרונות מהותיים של שיח הזכויות ואף נקט סגנון עדכני של שיח זה. אלו דבריו:

הזמנת גברים או נשים העובדים במקום עבודה אחד כעדים בתביעת הגירושין [...] יכולה לגרום לנזק בלתי הפיך במערכת היחסים במקום העבודה, יכולה לפעמים לגרום לפיטורין של אחד או שני הצדדים, ויש בה משום פגיעה במרקם החיים המשותף בסביבת העבודה של הצדדים וזיהום המרחב הציבורי [ההדגשה שלי].

165 דוגמה לכך היא מתן צווים לעריכת בדיקות גנטיות לשם ברור יחסין, שבהם בית הדין עצמו מדגיש את הצורך בעריכתן תוך שמירה על הפרטיות. ראו לדוגמה תיק (אזורי נתניה) 293336/2 (22.6.2011), אשר בו הורה הרב שלמה שפירא: "איש צוות במעבדה יטול דגימה מכל נבדק בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מירבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטת האפשרית של אי-נוחות", בהתאם להוראת סעיף 28א) לחוק מידע גנטי, תשס"א-2000, ס"ח 1766. כך גם בתיק (אזורי פ"ת) 870160/1 (20.5.2012).

בין בית המשפט העליון לבתי הדין הרבניים: חובת חוק

מתן סמכות שיפוט לדין הדתי מטעם הריבון גורר אחריו ביקורת ציבורית רחבה הקשורה לתפיסת יחסי דת ומדינה לפי ההגות הליברלית.¹⁶⁶ הדברים ידועים ואין צורך להרחיב בכך כאן. כאשר מדובר בסמכות בלעדית בענייני נישואין וגירושין הביקורת מחריפה אף יותר עקב הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות¹⁶⁷ עקב אי-קיומם של מסלולי נישואין וגירושין אזרחיים הפתוחים לבחירת כל אדם לפי מצפוננו ובהתאם לאורח חייו, ועוד יותר עקב הפגיעה בזכויות אלה המנועים להינשא בכלל על פי ההלכה.¹⁶⁸ מצב זה הביא לביקורת שיפוטית רחבה על פסיקת בתי הדין הרבניים ולהגבלת סמכותם, שתכליתה צמצום הפערים בין הדין הדתי לערכי היסוד של כלל החברה הישראלית.¹⁶⁹

גישתו העקרונית של בית המשפט העליון היא ש"כל שימוש של בתי הדין הרבניים בסמכותם הטבועה חייב להיעשות מתוך שמירה על זכויות האדם".¹⁷⁰ באשר לחוקי היסוד, שכל עניינם הגנה על זכויות האדם, קבע בית המשפט שחלים הם על בתי הדין בהיכללם בהגדרה של רשות שלטונית המחויבת בכיבוד הזכויות שלפי חוקים אלו.¹⁷¹

166 ראו לדוגמה Daphna Hacker, *Religious Tribunals in Democratic States: Lessons from the Israeli Rabbinical Courts*, 27 JOURNAL OF LAW & RELIGION 59 (2012)

167 אלה, לדוגמה, דברי נשיא בית המשפט העליון לשעבר אהרון ברק בכנס שנערך במרכז האקדמי שער משפט ביום 12.5.2011, כפי שדווח בתקשורת:

בהתייחסו לסמכות הבלעדית של בתי הדין בנושאי אישות אמר כי ההוראה לפיה נישואים וגירושין בישראל נעשים רק על פי דין תורה היא "הפרה גסה ובוטה של זכויות אדם" שאינה מקובלת בעולם המערבי, אלא רק "במדינות הסובבות אותנו".

ראו קובי נחשוני "אהרן ברק: נישואין רק ברבנות – הפרת זכויות אדם" ynet 12.5.2011.

168 קשה להעריך מה הייתה גישת בית המשפט העליון לו הייתה אפשרות מקבילה לנישואין אזרחיים במדינת ישראל. האם הייתה גישתו מתונה יותר בהתערבותו בפסיקת בתי הדין הרבניים או שמא בכל הקשור לפגיעה בזכויות אדם לפי תפיסתו הייתה התערבותו תקיפה באותה מידה?

169 על הבעיות הרבות בצמצום פערים אלו עמד בהרחבה רוזן צבי בספרו דיני המשפחה בישראל (לעיל ה"ש 6), וכמותו גם רבים אחרים. ראו גם ההפניות לעיל בה"ש 6.

170 בג"ץ 3914/92 לאה לב נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 491 (10.2.1994), בעמ' 505.

171 עניין לב, לעיל ה"ש 170, בפסקה 15 בפסק דינו של השופט ברק; וכן בג"ץ 6650/04, לעיל ה"ש 128, בפסקאות 9 ו-12 בפסק דינו של השופט ברק, על פי סעיף 11 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בדומה לכך ההוראה בסעיף 5 בחוק יסוד: חופש העיסוק. ראו גם קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 159-165. לניסיון ראשוני להגדיר את ההיבטים החוקתיים של דיני המשפחה ראו אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז (תשע"ד).

עם זאת, דומה שבית המשפט העליון מודע לעובדה שאף אם בית הדין יכבד את זכויות היסוד, פרשנותו ונוסחאות האיזון שיפעיל תהיינה שונות, במעט או בהרבה, מאלו שלו. להלן אדון בקצרה בכמה מאפיינים של היחסים בין הערכאות באשר למקומן ולמעמדם של זכויות האדם בבתי הדין הרבניים מנקודת מבט חיצונית לבתי הדין הרבניים, בעיקר מנקודת מבטו של בית המשפט העליון.

כפייה שיפוטית

לא אחת מודע בית המשפט העליון לעובדה שהעקרונות שהתווה בפסיקתו אינם מיושמים בבתי הדין הרבניים והוא ממשיך ומורה להם ליישם, כמו למשל הלכת השיתוף, שבעניין בבל¹⁷² הפכה הוראה המחייבת את בתי הדין הרבניים. כאשר סירבו חלק מבתי הדין לאחר מכן לאמצה ביטל בית המשפט העליון את פסיקותיהם.¹⁷³

מדיניותו התקיפה של בית המשפט העליון ונכונותו לבטל ללא היסוס פסקי דין של בתי הדין הרבניים נותנות אותותיהן בפסיקת בתי הדין כבר בשלב ההנמקה וההכרעה, אשר בו אפשר לחוש במוראו של בית המשפט על הדיינים. כך לדוגמה כתבו דייני בית הדין בחיפה¹⁷⁴ בשאלת הפעלת שיקול הדעת באיזון המשאבים לפי סעיף 8 בחוק יחסי ממון במקרה של בגידה:¹⁷⁵

ואמנם ידוע כי בניגוד להוראת בג"ץ הנ"ל,¹⁷⁶ קיים פס"ד של ביה"ד הגדול [...], שבמקרה של בגידה ניתן לחלק באופן לא שוויוני למרות פסיקת בג"ץ הנ"ל, אך בבואנו לדון עתה לאור חוק יחסי ממון, וע"פ המקובל והאמור בפסקי דין של בית הדין הגדול כי פסיקת בג"ץ היא פירושו של החוק, ממילא יש לנו ללכת בזה אחר פסיקת בג"ץ שהיא פירושו של חוק יחסי ממון.¹⁷⁷

172 בג"ץ 1000/92, לעיל ה"ש 47.

173 ראו לדוגמה בג"ץ 9734/03 פלונית נ' בית הדין הגדול, פ"ד נט (2) 295 (21.10.2004); בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני ואח' (10.2.2010); בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני ואח' (22.7.2010). ראו גם קפלן, "מגמה חדשה" (לעיל ה"ש 22, בעמ' 321-322), המציין פסקי דין אלו ומדגים זאת גם בנושא ההגנה על הפרטיות באזכור בג"ץ 6650/04, לעיל ה"ש 128.

174 תיק 585140/2, לעיל ה"ש 92.

175 ראו דיון לעיל, ליד ה"ש 57. מכאן שהצהרתו של הרב דיכובסקי ("הרהורים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 279), שבית המשפט קיבל את עמדתו בנושא זה בבג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו (6) 883 (3.11.2002), הייתה מוקדמת מדי.

176 הכוונה היא לבג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סג (1) 271 (8.10.2008).

177 הציטוט הוא מהחלטת בית הדין מיום 9.5.2013, המצוטטת בפסק הדין.

משמעות קבלת פירושו של החוק הוא למעשה קבלת העיקרון שנקבע בידי בית המשפט העליון, ש"אין נענשים על בגידה למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף",¹⁷⁸ ואשר צוטט בידי בית הדין.

אפשר גם להעריך שתיאורו של הרב טופיק לעיל את הימנעות בתי הדין, בדרך כלל, מלהורות על צו האוסר על הבעל מפגש עם מאהבת,¹⁷⁹ או להפך, כנובע – לפחות בקרב חלק מהדיינים – מהערכתם שהסיכוי לביטולו בידי בית המשפט העליון גבוה,¹⁸⁰ ולא בהכרח בשל הפנמה של השיח החוקתי.

תנועה דוכיונית של התקרבות

לצד הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון דומה שמתרחש בשני העשורים האחרונים גם תהליך של התקרבות הדדית ושל כבוד הדדי בין שתי הערכאות, וייתכן שהוא אף עמוק ורחב מכפי שנראה על פני השטח.

לרוב, גם כאשר מדובר בעקרונות הלכתיים ובערכים דתיים יבחרו בתי הדין הרבניים לא להתנגש באופן חזיתי עם בית המשפט העליון, בעיקר בשל ההכרה במגבלות כוחם וסמכותם, אבל גם לא יתיישרו ללא סייג עם עקרונותיו אלא יבחרו דרכים מתוחכמות יותר, שעיקרן חתירה לתוצאה הראויה בעיניהם באמצעות הנמקה והסתמכות על עקרונות שיכולים להיות מקובלים על בית המשפט העליון. כך לדוגמה, בבקשות לצו עיכוב יציאה מן הארץ בתביעות שלום בית לא יורה בית הדין על צו כזה כדי שהבעל "יהרהר בנושא החזרת שלום הבית", שכן הצו יבוטל בידי בית המשפט העליון,¹⁸¹ אבל הוא עשוי להורות על צו כזה בנימוק של חובת נוכחות בעלי הדין בדיונים¹⁸² או בנימוק

178 ראו בג"ץ 8928/06, לעיל ה"ש 176, בפסקה 13 בפסק דינה של השופטת מרים נאור. פסק דין זה מסכם את העיקרון שכבר נקבע בפסקי דין קודמים וקובע שתחולתו היא הן על חוקת השינוף הן על איוון המשאבים.

179 ראו ערעור 23-2950-1, לעיל ה"ש 151. ראו גם אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני כרך ג 1256-1255 (תשע"א).

180 ראו לדוגמה בג"ץ גולן 428/81, לעיל ה"ש 39.

181 כפי שנקבע לדוגמה בבג"ץ 578/82 נעים נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד לז(2) 701 (26.5.1983); ובדומה לכך בעניין לב, לעיל ה"ש 170; ובבג"ץ 4358/93 צוק נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(4) 563.

182 ראו ערעור (גדול) 51-5620-1, שורת הדין טו תלה (תשס"ט); שוחטמן, לעיל ה"ש 179, כרך ג עמ' 1291. ואכן, בבג"ץ 185/72 ליסה גור נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד כו(2) 765 (14.11.1972) קיבל בית המשפט העליון הנמקה כזאת. על ההבחנה ועל הנפקות בין שתי הנמקות ראו הלפרין קדרי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 710-715.

של חשש לעיגון.¹⁸³ בצווי מניעה מהסוג הנזכר לעיל, האוסרים מפגש עם מאהב וכדומה, ייזוהרו דייני בתי הדין מלהורות על צווים כאלה אם לא במקרים שבהם אפשר לתלות את הצו בעילה חוקית המוכרת על ידי בתי המשפט, לדוגמה, בהחלטה המונעת את שובה של מאהבת של הבעל בהתאם לחוקי ההגירה.¹⁸⁴

אפשר להעריך שאף כי בית המשפט העליון ער לתפיסות ההלכתיות ולשיקולים הערכיים העומדים מאחורי ההנמקות הגלויות של בית הדין הוא מגלה סובלנות לפסיקה כזאת גם אם היא אינה לרוחו, שכן ככלות הכול היא עומדת ב"כללי המשחק" ונמצאת בגבולות השיח המשפטי המקובל עליו. כמו כן, לאחר ההתקבעות וההתייצבות בנושאים המרכזיים לאורך השנים, בעיקר בסוגיית השוויון המגדרי בענייני הרכוש, וכן בשל תרומתה של הגישה השנייה שתיארת לעיל – השואפת להשתתפות בשיח המשפטי עם בית המשפט העליון ולבניית אמון בין שתי הערכאות – נוצרה רגיעה מסוימת וכבוד הדדי המאפשרים התקרבות נוספת, מהותית, בין שתי תפיסות העולם.¹⁸⁵ כך למשל מצוטט בריאיון עו"ד שמעון יעקובי, היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים:

בית המשפט לא השתנה ולא החל לפתע לאהוב יותר את בתי הדין, אלא שבתי הדין הרבניים למדו לחיות עם החוקים האזרחיים. הדיינים עוברים השתלמויות ועוקבים אחרי עדכוני החקיקה, ולאט לאט הפנימו את דרך הפסיקה ואיך להתמודד עם החוקים וליישם אותם. באופן טבעי, הדברים גם חלחלו לבתי המשפט, ומכאן היחס המכבד של בתי המשפט – ובג"ץ בראשם – כלפי בתי הדין.¹⁸⁶

183 ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 179, כרך ג עמ' 1267.

184 תיק 2-4177-52, לעיל ה"ש 8. תיק זה עוסק בקשר רומנטי שקשר הבעל עם עובדת זרה מהפיליפינים. אמנם האישה תבעה פיצוי בגין הרס המשפחה ולא דרשה שלום בית, וגם נימוקו של בית הדין היה ש"הקפדה על החוק והנהלים תהווה דרך נאותה לשמור על כבודן של בנות הארץ", אולם כפי שעולה מפסק הדין, ההשקפה הבסיסית העומדת ביסוד הדבר נעוצה באיסור הפגיעה בשלמות המשפחה.

185 ראו תגובה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה מטעם היועץ המשפטי לשיפוט רבני, עו"ד שמעון יעקובי, בבג"ץ 8533/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' (פורסם בנוב, 2014.2.23).

186 ליאת נטוביץ-קושיצקי "הצעה: נושאים גלויים לגירושין ידונו בבימ"ש בלבד" nrg 3.12.2003. גם "קובץ חקיקים והנחיות לבתי הדין הרבניים – תשע"ד" (שמעון יעקובי עורך, הנהלת בתי הדין הרבניים, מרחשוון תשע"ד), המכיל כ-600 עמודים של דברי חקיקה רלוונטיים לפסיקת בתי הדין והופץ בקרב כלל הדיינים, מלמד על החשיפה הרחבה ועל הצורך להתאים את פסיקת בתי הדין לחוק הישראלי. ראו דברי ההקדמה לקובץ זה, שנכתבו בידי העורך, בעמ' 11:

הסוגיות העולות בבתי הדין הרבניים עשויות להימצא בשני מעגלים: המעגל ההלכתי והמעגל החוקי. לא תמיד יש חפיפה בין שני מעגלים אלו. בתי הדין הרבניים בישראל מחויבים לגדור עצמם לתחום שבו שני המעגלים חופפים. דייני ישראל חייבים בציות לדין התורה.

בית המשפט העליון מצדו ממעט להתערב בשנים האחרונות בפסיקת בתי הדין הרבניים וכמעט אינו מבטל פסקי דין של דייניהם.¹⁸⁷ אין ספק בכך שתופעה זו קשורה גם בירידה המכוונת במדיניות האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בשנים האחרונות. מכל מקום, הסיבות הקודמות שהזכרתי מסבירות את קיומה של מגמה זו גם קודם לכן.

מפגשי ערכים

תהליך ההתקרבות מושפע גם ממשקלן השונה של הזכויות בנסיבות שבהן הפגיעה בזכות פחות מטרידה את בית המשפט העליון בהתאם לתפיסתו את הזכות או נראית לו מוצדקת באותן נסיבות.

דוגמה טובה לכך היא הימנעותו הכמעט גורפת של בית המשפט העליון במקרים של פגיעה בזכויות סרבני גירושין. רק לאחרונה הגדיר בית המשפט העליון¹⁸⁸ את החלטת בית הדין הרבני בעניין האסיר סרבן הגירושין שנדון לעיל,¹⁸⁹ להארכת מאסרו מעל עשר שנים ללא הגבלה, כהחלטה העומדת בכל מבחני האיזון הנדרשים בפגיעה בזכויות האדם שלו, ומסקנתו:

על כן בבחנו את נזקו של המבקש נזכיר, כי אין "נזק" זה ניצב לעצמו, בחינת יש מאין. נזק זה עומד וניצב הן מול התועלת – האפשרות שישחררה מכללי הנישואין אליו, והן מול הנזק המר שגורם המבקש למשיבה. ומשכך הוא מידתי ומאוזן.

בית הדין לא נדרש לדיון עקרוני ומפורט בנוסחת האיזון בין הזכויות כפי שעשה בית המשפט העליון מאחר שלדידו עילת גירושין המצדיקה כפיית גט מצדיקה גם פגיעה

דייני ישראל חייבים בציות לחוקי הכנסת. דין אינו יכול לפסוק נגד דין תורה. דין בבתי הדין הרבניים בישראל אינו רשאי לפסוק נגד החוק.

187 ראו סעיף 3 בתגובת היועץ המשפטי לשיפוט רבני בבג"ץ 8533/13, לעיל בהערה 185:

ואחרית – בירידה הדרמטית של כמות העתירות שניתן בהן צו מוחלט נגד בתי הדין הרבניים: בשלוש השנים 2002, 2003 ו-2004 התקבלו בממוצע תלת-שנתי 25% מן העתירות לבג"ץ נגד בתי הדין, ואילו בשלוש השנים 2011, 2012 ו-2013 התקבלו בממוצע תלת-שנתי 2% מן העתירות לבג"ץ נגד בתי הדין [ההדגשה במקור].

ראו גם עדו בן פורת "הרב יוסף ללבני: 'אל תפגעי בבתי הדין' " בשבע 12.12.2013. על הערכות בנוגע לקרבה בין הערכאות בשנים קודמות ראו עו"ד טל ברנר "ירידה במרוץ הסמכויות בין ביהמ"ש למשפחה לבין בתי הדין הרבניים" עורך הדין 128 8 (יולי 2010). אך השוו רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובוועט': מ'ניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" משפטים מג 571 (תשע"ג).

188 ש"פ 4072/12, לעיל ה"ש 120, בפסק דינו של השופט צבי זילברטל, בפסקאות 23-27.

189 לעיל, ליד ה"ש 114.

חמורה יותר בסרבן, שכן מלבד סבלה של האישה מעשהו מוגדר כעבריינות דתית, ועל כן, על פי דין תורה אפשר לפגוע אפילו בגופו, באמצעות מלקות למשל, אמצעי שלא היה עולה על הדעת בבית המשפט. מכל מקום, נוצר מפגש ערכים בשחרורה של האישה מעיגונה במחיר פגיעה בזכויות היסוד של הבעל הסרבן. אמנם לא תמיד בית המשפט העליון מוצא לנכון להיכנס לסבך האיוונים הנדרשים ולבחנת סבירות שיקול דעתם של דיני בית הדין ודי בחכמת המעשה של דחיית העתירה מסיבות שונות כדי להשלים עם תוצאה שתקדם את חירותה של האישה.¹⁹⁰

קשה לצפות את תוצאותיהם של מפגשים עתידיים מסוג זה, אבל אפשר להעריך שכל שהתנהגות בן זוג תיתפס כהתנהגות חמורה ולא מוסרית לאור הערכים המקובלים בחברה הישראלית תהיה יותר השלמה מצד בית המשפט העליון עם הפגיעה בזכויותיו. סרבן גירושין נתפס כעושה עוול; אישה בוגדת – פחות, ונטישת הזוגיות והמשפחה עוד פחות מכך. מכאן היחס השונה שהעניק בית המשפט העליון לזכויות של כל אחד מהם במקרים שבהם דנתי לעיל.

מידתיות תלוית ערכים

בית המשפט העליון עשוי לאשר נוסחת איזון סבירה בין ערכים לזכויות שאינם בהכרח בעדיפות עליונה ברשימת הערכים והזכויות הראויים להגנה לתפיסתו, אף שיש להניח

190 כך נהג בית המשפט העליון בבג"ץ 1796/03 כובאני נ' בית הדין הגדול (17.3.2003). בית המשפט נמנע מלהתערב במקרה זה בפסיקת בית הדין האזורי ובית הדין הגדול בעניין, אבל הוא גם לא נדרש לשאלת הפרשנות המרחיבה לסעיף 1 בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, כפי שהציע בית הדין הרבני הגדול לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואכן, בפסק דין מאוחר יותר (בג"ץ 6751/04 מישל סבג נ' בית הדין הגדול (29.11.2004)) ביטל בית המשפט העליון בדעת הרוב את החלטת בית הדין הרבני, מחוסר סמכות. ראו דיון לעיל, ליד ה"ש 110. אבל ראו את דעת המיעוט של השופט אליקים רובינשטיין:

העותר מבקש את חרותו, את כבוד האדם וחרותו לנוע כחפצו. הוא שולל מן המשיבה את חרותה המשמעותית לא פחות, ואולי יותר, החרות לחיות את חייה כשאינה כבולה אליו. האין זו חרות מול חרות? האם כבלי העיגון אינם מנוגדים לכבוד האדם וחרותו, חרותו במשמעות זו? אין לדעתי כל פגם בכך שמימוש זכות היסוד של העותר במקרה דנן יהא כרוך בערבות לתשלום המזונות, וזו יכולה להיות גבוהה למדי אם אין מקוזים, על פי האמור, את מעשה ידיה, ונדרשים להנמקה המשפטית האמורה באשר לטיב המזונות בענייננו. אך אין זו תמורה גבוהה לחרותו של העותר, כי בינתיים, ברגע זה, אין הוא מעניק למשיבה את חרותה, אלא אך מוטלת עליו הכבדה כספית. דומני, כי בדרך זו נשמרת המידתיות הראויה.

לביקורת על דעת הרוב בפסק דין זה ראו אליאב שוחטמן "מסורבות הגט שבחו":ל היש להן מושיע בישראל?" *שערים למשפט* 10 (תשס"ה).

שלו היה העניין נדון בפניו הייתה התוצאה שונה לחלוטין. דוגמה לכך היא שאלת מדתיות הפגיעה בזכות הקניין בצו המורה על מדור ספציפי מול קידום הערך של שלום בית. במקרה זה קיבל בית המשפט העליון את מדיניותם העקרונית של דייני בית הדין חרף הקושי הקיים לדעתו בהגדרת גבולותיה של עילת התביעה לשלום בית:

השגת שלום בית בין בני זוג היא משימה רגישה ועדינה. אין, לדעתי, לקבל את הדעה כי לעולם, בין שלום בית ובין עניינים הנוגעים לרכושם של בני הזוג אין ולא כלום. [...] פעולה בלתי הפיכה ברכושם של בני הזוג יכולה להוריד את הסיכויים להשיג שלום בית לטמיון.¹⁹¹

מאחר ששלום בית הוא חלק מענייני הנישואין המסורים לסמכות בית הדין הרבני,¹⁹² בית המשפט סבור שבית הדין פעל כדין במסגרת סמכותו והכריע באופן מידתי (צו עיקול זמני) בשאיפתו לקדם את ערך שלום הבית. זאת אף שאפשר להניח שבית המשפט העליון עצמו לא היה נוקט עיכוב שיש בו פגיעה בקניין לו היו דיני הנישואין והגירושין תחת סמכותו.¹⁹³

191 בג"ץ 207/04 אריה גולדמברג נ' גולדה גולדמברג, פ"ד ס(3) 147 (16.10.2005), בפסקה 18 בפסק דינה של השופטת מרים נאור. ראו גם פסק דינה של השופטת ארבל בעניין יאיר, לעיל ה"ש 45.

192 בג"ץ 207/04, לעיל ה"ש 191, בפסקה 17 בפסק דינה של השופטת נאור. דומה שעיקרון זה מוסכם מאז ומעולם על שופטים ומלומדים, ודאי על בית הדין הרבני. ראו ביד"מ 1/50 סידיס נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ח 1020 (28.7.1954) (השופט שמגר); בר"ע (ת"א) 68/96 כהן נ' כהן ואח', תק-מח 3526 (3) 96 (25.9.1996) (השופט פורת); משה זילברג המעמד האישי בישראל 348 (מהדורה רביעית, תשכ"ה); רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 112-113; מנשה שאוה הדין האישי בישראל כרך א 225 הערה 1 (מהדורה רביעית, תשס"א); אלישע שינבויים "סמכות בתי דין רבניים בענייני נישואין וגירושין בראי הפסיקה" דיני ישראל ד 143, 144 (תשל"ג).

193 הראיה לכך היא תפוצתה הנרחבת בבתי המשפט האזרחיים של התפיסה שפירוק שיתוף הוא עניין קנייני כמעט טהור (מלבד החריג בסעיף 40א בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969). ראו לדוגמה ע"א 288/71 מרדכי נ' מרדכי, פ"ד כו(1) 393 (27.1.1972); ע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש, פ"ד מו(3) 205 (10.5.1992): וש"תביעת פירוק לא חייבים לעכב אפילו אם אחד הצדדים סבור שיש סיכוי לשלום בית; ע"א 803/93 כליפא נ' כליפא, תק-על 94(2) 705 (2.6.1994), בפסקה 11 בפסק הדין; עע"מ (ת"א) 25/97 פלוני נ' פלונית, תק-מח 97(2) 60 (3.7.1997), על פי ע"א (חיפה) 222/84 אילון נ' אילון, פ"מ תשמ"ה(3) 406 (28.6.1985). וכך גם תמ"ש (ת"א) 75222/98 מ.י. נ' מ.ד. (1.8.2002); תמ"ש (ת"א) 1310/01 אלמוני נ' פלוני (לא פורסם); תמ"ש (כ"ס) 15972/01 פלונית נ' אלמוני (30.9.2002). ראייה נוספת לכך היא הכרעות שופטי בתי המשפט לענייני משפחה במקרים של התרת נישואין הנמצאים בסמכותם תוך הגעה מהירה למסקנה בדבר היעדר סיכוי לשיקום הנישואין. ראו לדוגמה תמ"ש (חיפה) 14431/97, נ.ב. נ' א.ב. (18.5.1998); תמ"ש (חיפה) 38030/99 גופמן נ' גופמן (5.11.2001).

אולם ייתכן שגם בנוגע לערך זה ישנה מידה של התקרבות מהותית בין הערכאות, שעליה הצבעתי לעיל, עד כי בית המשפט העליון רואה בערך שלמות המשפחה, שהורתו בבתי הדין הרבניים, ערך "ישראלי" שיש ליישמו גם בנישואין אזרחיים:

אכן, האינטרס החברתי-ציבורי מחייב הגנה על התא המשפחתי ובכלל זה תא המושתת על נישואים אזרחיים בין בני זוג יהודים. גם במסגרת תביעות גירושין צריכה להתאפשר חתירה ל"שלום בית", ליישוב הקרע בין בני הזוג ולשיקום התא המשפחתי. [...] יש למצות את האפשרות להשכין "שלום בית" בין בני הזוג, כמקובל בתביעות גירושין בין בני זוג שנישאו כדת משה וישראל.¹⁹⁴

אפילו בנישואין בין יהודי ללא יהודייה, שבהם ישללו לחלוטין דיני בית הדין הרבני כל ניסיון לשלום בית, ימנעו שופטי בית המשפט העליון מבית הדין לדון בכך אף בהסכמה, שכן "גישת בית הדין הרבני לגבי נישואי תערובת אינה מאפשרת חתירה לשלום בית, ליישוב הקרע בין בני הזוג ולשיקום התא המשפחתי".¹⁹⁵

פערים בלתי נסגרים

עם כל ההתקרבות וניסיונות ההכלה ההדדיים בין הערכאות ברור לכול שייוותרו מקרים שבהם לא יגלו שופטי בית המשפט העליון גישה פלורליסטית לפסיקת דיני בית הדין הרבני ולא יקבלו פרשנויות אחרות או יישום שונה של נוסחת האיזון הראויה בעיניהם. כך לדוגמה במקרה של פגיעה בפרטיות.¹⁹⁶

במקרה זה סבור קפלן¹⁹⁷ שחרף העובדה שבית המשפט העליון ובית הדין הרבני הסכימו בסופו של דבר בנוגע לתחולת ההגנה על הפרטיות על פי החוק בבתי הדין הרבניים, בפועל, מדיניות הפסיקה של בתי הדין הרבניים מרוקנת מתוכן את הרעיון של

194 בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו, פ"ד סא(3) 496 (21.11.2006), בפסקה 38 בפסק דינו של השופט ברק. ראו גם ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (14.7.2004), שם כתב השופט ברק (בפסקה 20 בפסק דינו): "אין ספק, כי שמירתו של התא המשפחתי הינה חלק מתקנת הציבור בישראל גם בימינו אלה. האינטרס החברתי תומך בנישואין יציבים. מוסד הנישואין הוא מרכזי לחברה שלנו". ראו גם בע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 4 (15.1.1954), בעמ' 53 (בפסק דינו של השופט זלמן חשין); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749 (29.3.1993), בפסקה 37 בפסק דינו של השופט ברק.

195 בג"ץ 9476/96 סרגובי נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, תק-על 2006 (3) 4082 (11.9.2006), בפסקה 30 בפסק דינו של השופט ברק.

196 גישת שופטי בית המשפט העליון תקיפה מאוד בנושא הפגיעה בפרטיות ואינה סבלנית כלל לפסיקת בית הדין. ראו קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 161-164, 229-229.

197 קפלן, שם, בעמ' 229-248.

הגנת הפרטיות כפי שהוא צריך להיות מיושם. לדעתו, בית הדין הרבני צריך לאמץ את מדיניות בית המשפט העליון, והוא אף יכול היה, לו רצה בכך, לקלוט את עקרונות הגנת הפרטיות ולבססם על פי מקורות ההלכה.¹⁹⁸ מעניין שהבחנה העיקרית שהוא מציע שבתי הדין יאמצו היא ההבחנה ההלכתית בין הסתמכות על ראיות נסיבתיות למעשה הבגידה, הפוגעות פחות בפרטיות, לבין ראיה ישירה למעשה.¹⁹⁹ הבחנה זו כבר העלה כהצעה השופט ברק,²⁰⁰ שוודאי אינו מתיימר לפסוק בעניינים הלכתיים. אחד היתרונות של הבחנה זו לדעת קפלן הוא מניעת עימות אפשרי בין הערכאות.²⁰¹ אלא שעמדתו של קפלן נובעת לטעמי מאי-אמון ברצונם וביכולתם של בתי הדין הרבניים להגן על הזכות לפרטיות של נשים שבגדו, וכנראה גם לא על זכויות אחרות שלדעתו מגיעות להן.²⁰²

ריסון שיפוטי בעניינים שבסמכות בית הדין

לא רק בעניינים דיניים ושוחרי הדין הדתי רעה התערבותו הכוחנית של בית המשפט העליון בניסיונו לכפות את ערכי היסוד שלו על בתי הדין הרבניים. "השופט ברק תוקף את השיפוט הדתי בתנועת מלקחיים. מן האגף האחד, מופקעת מבית הדין יכולתו להחיל את הדין הדתי בכלל העניינים שאינם מוגדרים כענייני המעמד האישי; ומן האגף האחר ניטל ממנו הכוח לפסוק לפי הדין הדתי גם בענייני המעמד האישי, במקום שדין עומד בניגוד לעקרונות-על".²⁰³ כך מתאר פרופ' שיפמן את התנהלות בית המשפט בעניין

198 שם, בעמ' 238-243.

199 שם, בעמ' 243-248.

200 בג"ץ 6650/04, לעיל ה"ש 128. הצעה זו מפתיעה משום שמלבד העובדה שהעלאתה מאפשרת לשופט ברק את הטענה שהפגיעה בפרטיות אינה הכרחית, כערכאה חילונית היא מציעה לבית הדין מוצא הלכתי.

201 קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 238. מלבד יתרון זה מונה קפלן יתרונות נוספים הטמונים באימוץ מדיניות בית המשפט העליון. להערכתו, הגנה זו תשמש תמריץ שלילי לגירושין חפוזים וכן תמריץ שלילי לביצוע עברות הכרוכות בפגיעה בפרטיות, ובעיקר תשמש הגנה טובה יותר על נשים. אולם גם קפלן מודע לחסרונות ולמחירי הצעה זו (ראו דבריו שם, בעמ' 246-247). חרף זאת הוא מבכר הוא אותה על פני מדיניות הפסיקה הקיימת. אלא שלדעתי החסרונות שהוא מפרט הם בדיוק קו פרשת המים בין התפיסה האזרחית החילונית לבין התפיסה הדתית, שכן מדובר באיסור חמור שלדעת בית הדין חובה על הבעל לבררו ולהימנע ממנו (ראו לעיל ה"ש 131) וכן בהשלכות ממוניות הנובעות מן האיסור, שלפי הדין הדתי פעמים רבות כרוכים זה בזה, בניגוד למתרחש במשפט האזרחי.

202 ועל כן לדעתו רק בית המשפט העליון הוא היכול להגן על כלל זכויותיהן של נשים שבגדו. ראו קפלן "מגמה חדשה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 322-326.

203 שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 150.

בבלי²⁰⁴ וצופה את המשכה של מגמה זו בנוגע לעקרונות יסוד אחרים. לדבריו, "המערכת המשפטית-אזרחית שגתה קשות כאשר היא חידדה שלא לצורך את הקונפליקט בין הדין הדתי לבין המשפט האזרחי [...], במקום לנקוט דרך כוחנית, מוטב היה אילו בית המשפט היה מבצר בעצמו את ההלכה האזרחית בעזרת השפה ההלכתית"²⁰⁵. יתר על כן, חזרתו של "בית המשפט העליון לתחום שיפוטו של בית הדין, נעוצה בעצם העובדה שבית המשפט נטל כוח לעצמו להגדיר לבית הדין את השאלה המשפטית הראויה להתעורר בפניו, תוך ראיית הגדרה זו כמכרעת לצורך התערבות בית המשפט"²⁰⁶. נזקה של התערבות חודרנית זו לדעתו הוא בחסימת פתרונות אפשריים של בית הדין, העשויים במקרים מסוימים להיטיב עם בני זוג יותר מאשר פתרונות בית המשפט.²⁰⁷

מדברים אלה עולה שהגישה השנייה שתוארה לעיל הולמת יותר מאחרות את הצורך בהתקרבות בין שתי מערכות השיפוט, ודומה שהדבר מתאשש מדוגמאות אחדות שבהן דנתי לעיל.

השאלה היא אם אין מקום לגישה התומכת בחיזוק האוטונומיה השיפוטית של בתי הדין, לא בשל התועלת העשויה לצמוח מכך בנושאים מסוימים ולא בשל הצורך בהתקרבות בשיח בין הערכאות אלא בשל הצורך לשמור על ייחודיותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, שהוא אינטרס משותף לשתי הערכאות ולכלל החברה. אכן, מבחינה היסטורית סמכותם של בתי הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין נבעה ממדיניות השלטון הבריטי לאפשר חופש דת לכלל הקבוצות האתניות והדתיות בחברה המקומית, אולם במדינת ישראל, כמדינה יהודית המתחבטת כל העת בנוגע לזהותה, השיקולים צריכים להיות שונים לגמרי.

בית הדין הגדול²⁰⁸ העריך שהמחוקק סומך על בתי הדין הרבניים שיפעילו כראוי את סמכויותיהם בעת פגיעה בזכויות אדם "באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית". על אחת כמה וכמה הוא צריך לסמוך עליהם שיפעילו את סמכותם באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. וגם אם בדברי בית הדין ישנה אולי תמימות, יש מקום לבחון ברצינות את חיזוק האוטונומיה של בתי הדין הרבניים ואת האפשרות לסמוך עליהם שידעו להגשים את הערכים הדמוקרטיים והיהודיים המתנגשים, באופן מידתי ומאוזן, בלי להיות חרדים כל העת מאימתו של בית המשפט העליון.

204 בג"ץ 1000/92, לעיל ה"ש 47.

205 שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 288-289. ראו גם יתר דבריו שם, בעמ' 285-291.

206 שם.

207 שם, בעמ' 151.

208 ערעור 1-8455, לעיל ה"ש 114. ראו גם לעיל, ליד ה"ש 115.

סיכום

בתי הדין מודעים לסביבה החברתית והמשפטית אשר בה הם פועלים ויודעים שהיא מלאת ניגודים ופערי השקפות בנוגע לדין הדתי.²⁰⁹ מתוך מודעות זו מנסה בית הדין לנווט את דרכו בפסיקותיו בין תפיסותיו הערכיות על אודות מוסד הנישואין על פי ההלכה לבין אורחות חייהם של המתדיינים, המעוצבים לאור יסודות ערכיים שונים. חרף מודעות זו עדיין ישנו פער בין תפיסת בתי הדין את סמכותם לבין תפיסת הציבור הרחב את סמכותם. רמת מודעותם של בתי הדין לפערים התרבותיים בינם לבין ציבור המתדיינים גבוהה ממודעותם לשחיקת מעמדם השיפוטי בעיני ציבור זה, בעיקר הציבור הלא דתי. מצב זה הוא בין היתר תוצאה של נתק מתמשך בין תפיסת בית הדין את עצמו ואת סמכותו לבין תפיסת המתדיינים אותו ואת סמכותו.²¹⁰

אפשר לתאר את תפיסת בתי הדין את עצמם כדואליסטית. ודאי כך באופן מעשי, אבל אצל חלק מהדיינים גם מן הבחינה העקרונית. מצד אחד רואים בתי הדין בעצמם חלק אינטגרלי ממערכת המשפט של מדינת ישראל, אבל מצד שני, מקור סמכותם המהותי הוא ההלכה, אשר לה הם מחויבים לפני כל מקור סמכות אחר. בעיני ציבור המתדיינים, לעומת זאת, נראה שמשקלה של התפיסה שבית הדין הוא חלק ממערכת המשפט הרשמית של מדינת ישראל, נמוכה. בית הדין נתפס כמוסד דתי, ולא בכדי, הביטוי העממי השגור לכינוי בתי הדין הוא "הרבנות".²¹¹ מנקודת מבטו של אדם חילוני לא מובנת כלל סמכותו של בית הדין הרבני מלבד העובדה שהחוק מחייבו להיזקק לו, בהצטרף לעובדה שהשיח ההלכתי עצמו זר לו לחלוטין. לפיכך, ככל שפסיקות בתי הדין יעמדו בסתירה לערכים ליברליים ולזכויות אדם, מידת האמון וההערכה לבתי הדין הרבניים מצדו של החילוני תלך ותפחת.

209 אינני סבור שהנתק בין הדיינים למציאות כה גדול, לפחות לא אצל חלק נכבד מן הדיינים בשני העשורים האחרונים, כפי שמתארו רוזן צבי ("המציאות החילונית", לעיל ה"ש 9, בעמ' 93-94, אך ראו דבריו שם, בעמ' 140) כנתק "במערכת המושגים, בקביעת סדרי עדיפויות, בתפישת המציאות, בהערכת המצב ההיסטורי, בתפישת המדינה, בהבנת הסיטואציה של היהודי במסגרת המדינה והעולם של ימינו וכיו"ב". כפי שהראיתי, מתפתחים כל העת כלים לגישור על פערים אלו, ולו מן ההיבט המעשי. ראו גם הנ"ל, "גשר צר", לעיל ה"ש 7, בעמ' 151-152; וכן שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 299-303.

210 ראו רוזן צבי, "גשר צר", לעיל ה"ש 7, בעמ' 149-150, 153-156.

211 אף שמבחינה מנהלתית בתי הדין היו בשנים האחרונות יחידת סמך במשרד המשפטים. לאחרונה, בהחלטת הממשלה מספר 180 מיום 5.7.2015, הוחלט על העברת שטח הפעולה של בתי הדין הרבניים למשרד לשירותי דת.

שחיקת מעמדו של בית הדין בעיני הציבור מצטרפת לתהליך המשפטיזציה המתמשך בבתי הדין בכלל ובתביעות שלום בית בפרט, שכן בהיעדר מעמד נחשב מכוח הסמכות הדתית והחברתית של בתי הדין אין כמעט מנוס ממעבר לשיח משפטי המעניק סמכות בעצם חובת הציות לחוק וביכולת להסתייע בגורמי האכיפה של המדינה. מובן אפוא כיצד הפך שיח זה להיות כלי מרכזי בהשלטת התפיסה הערכית של ההלכה בנוגע למוסד הנישואין ולחזיון.

אחת מתוצאותיהם של הפערים הנזכרים היא שבדרך כלל אורח חייהם החילוני של המתדיינים אינו גורע בעיני בית הדין מתפיסת האחריות שלו לחזיון התא המשפחתי ולשיקום הנישואין מאחר שתפיסתו העקרונית היא שמרגע שבני הזוג הקימו משפחה כהלכה, על בית הדין לעשות את המוטל עליו לשמור אותה. מנגד, כשישנה עילת גירושין, עליו מוטלת האחריות לפרק את הנישואין.

שלוש הגישות השונות שתיארתי במאמר, שייתכן שאינן היחידות אך ודאי הן מייצגות דרכי תגובה מרכזיות אפשריות במקרים דומים של מיעוט דתי המתמודד עם מערכת משפט חילונית, חלוקות ביניהן בסרטוט גבולות ההתערבות של בית הדין במקרים של התנגשות – אמיתית או מדומה – בין הדין הדתי לבין עמדות וערכים ליברליים. כך, הן עקב הבעיה בכפיית תפיסות דתיות על בעלי דין חילוניים הן עקב הביקורת הנושפת בעורפו מצד בית המשפט העליון באשר ליישום עקרונות וערכים שלא צמחו בבית מדרשו ובנוגע לחובתו להשיח את שיח הזכויות.

היתרונות העיקריים של הגישה הראשונה הם הצבת עמדה אידאולוגית ברורה, עקיבה ושיטתית נגד הגישה המודרנית החילונית. אלו יתרונותיה של השמרנות שאין בה חשש לטשטוש ולשחיקה של הערכים היהודיים המסורתיים. החיסרון העיקרי שלה הוא ההתעלמות מן המציאות במקרים שבהם אין להלכה פתרונות טובים, אם בכלל, במסגרת כלליה שלה. גם ניסיונה לשכנע באמצעות אימוץ שפה רלוונטית לא ממש מצליח להציב חלופה אמיתית לישראל החילונית.

יתרונותיה העיקריים של הגישה השנייה הם אופייה הדינמי והגמיש, המאפשר פיתוח מענה הלכתי ענייני למציאות המשתנה מתוך הכרה בשינויים ובמשמעותם, והיכולת עקב כך לבנות יחס אמון עם מערכת המשפט הכללית. חסרונה העיקרי הוא הסיכון של חדירה והשפעה של עמדות הזרות לרוחה של ההלכה והיותה נתונה לשינויים תקופתיים.

יתרונה העיקרי של הגישה השלישית הוא ההכרה במציאות ובשל כך הימנעות מעשית מכפיית ערכים דתיים. חסרונותיה העיקריים הם קיבעון הלכתי, נקיטת שיח פורמליסטי והיעדר שיח אידאולוגי ערכי, יחס של ניכור למשפט הכללי ובריחה מהאתגר שבניסיון להשפעה חברתית רחבה.

במבחן המעשה, ההבחנה בין הגישות אינה חדה כמו בניתוח התאורטי שלהן, וייתכן שדין האוחז בגישה אחת, בדרך כלל או בנושאים מסוימים, ינקוט גישה אחרת בנושא אחר, בהתאם לתוכני הדיון ולאופי הזכויות הנדונות.

במקרים שבהם בית הדין משתתף בשיח המשפטי הכללי ומבקש ליישם את ההגנה על זכויות אדם בפסיקתו מתגלים הבדלים בינו לבין בית המשפט העליון בכמה שאלות מרכזיות. בהן: אילו ערכים ראויים להגנה? מה משקלם של ערכים אלו? מהי נוסחת האיזון המתאימה?

אפשר לומר שבעת האחרונה, לאחר הגעה ליציבות מסוימת במחלוקות בין הערכאות בעניינים מרכזיים בדיני המשפחה ולאחר התמתנות מסוימת במדיניות האקטיביסטית של בית המשפט העליון בשנים האחרונות, נענים יותר דינים לצורך להתייחס לחוק הישראלי ולעקרונות היסוד של המשפט הישראלי. יתר על כן, נראה שהשתתפות זו בשיח המשפטי הכללי חוצה מגזרים, גילאים ומסורות פסיקה, כך שאי-אפשר להגדיר את בתי הדין הרבניים כבעלי עמדה אחידה ומסתגרת, ויש להניח שהיא תלך ותתרחב בשנים הבאות.

ואולי, לאור הרכבה החברתי, התרבותי והדתי של מדינת ישראל יש מקום לחשוב על מצב אשר בו יתקיימו סטנדרטים שונים של שיפוט בבתי הדין הרבניים. כלפי ציבור שומר מצוות אפשר יהיה לשמר את הדיון במישור ההלכתי המסורתי, ואילו כלפי ציבור שאינו שומר מצוות תהיה שאיפה ליתר אחידות עם בתי המשפט האזרחיים בהסדרים המשפטיים של דיני המשפחה. במקרה הראשון יוכל בית הדין אף לשוב לתפקידו המקוריים כרבנות קהילתית וכסוכן חברתי,²¹² ואילו במקרה השני הוא ישמש בעיקר בתפקידו השיפוטי בדין הדתי של ענייני נישואין וגירושין. רעיון זה דורש פיתוח ודיון, אך "לכל זמן ועת לכל חפץ".

212 הדברים אף מתבצעים באופן פרטני ובנסיבות מסוימות. כך לדוגמה ביצירת שיתוף פעולה עם גורמים רבניים במגזר שאליו משתייכים בני הזוג. ראו לדוגמה תיק (אזורי ירושלים) 1-21-9918-1 (11.11.2003) (ניסיונות להשכיך שלום בית ולערב רבנים במקרה של בני זוג חסידי ויז'ניץ); ערעור (גדול) 1-21-022609234-16.7.2002, הדין והדיין 14, 1) (ניסוח ופירוט של הרחקות דרבנו תם נגד הבעל, שהועברו לאדמו"ר מגור כדי שיסייע לאוכפם בקהילתו). כך גם בפנייה לבעלי הדין עצמם. ראו ערעור (גדול) 1-21-23605900-18.11.2009, הדין והדיין 24, 1) (נישואי כוהן וגרושה. האישה תבעה שלום בית, אבל בית הדין הבין שמניעה כלכליים בלבד, לקבל מזונות, ופנה אליה: "המערערת כשומרת מצוות בודאי לא תרצה לזכות בכספים שאינם מגיעים לה על פי דין", אף שאישה זו הייתה בקשרי נישואין אסורים!).

בפרט ובכלל

Judaism, Sovereignty and Human Rights

December 2015 | Vol. 1

Edited by

Hanoch Dagan | Shahr Lifshitz | Yedidia Z. Stern

Text Editor: Yehoshua Greenberg
Series and Cover Design: Dov Abramson Studio
Typesetting: Bentzi Binder
Printed by: Ayalon Print

Cover Photo: Hemo Kerem, Flickr.com

ISBN 978-965-519-179-0

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2015 by the Israel Democracy Institute (RA)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: <http://en.idi.org.il>

To order books:
Online Book Store: <http://tinyurl.com/en-idi-store>
E-mail: orders@idi.org.il
Tel: (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

This volume is published with the generous support of the Ruderman Family Foundation and an anonymous donor operating in Israel.

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

From the Editors

The State of Israel has a dual identity. On the one hand, it is a member of the family of democratic nations with a liberal and Western culture, while at the same time, it is a unique country that serves as the nation state of the Jewish people. The influence of these two aspects—the universal and the particular—is evident in all aspects of Israel’s public sphere: social, educational, cultural, media, political, and legal. Each of these foci of identity is very powerful and can exert significant influence on many of Israel’s citizens; together, they create a climate of cultural diversity that is a hallmark of Jewish national life in our times.

The duality of Western culture and traditional Jewish culture finds expression, for example, in Israel’s constitutional definition as a “Jewish and democratic state.” The broad acceptance of this definition in Israeli discourse indicates that it reflects the feelings of the great majority of Israel’s Jewish citizens accurately. For them, Israeli sovereignty has an obligation to both these foci of identity.

Cultural duality has complex potential. On the positive side, it allows a variety of cultural sources to exist, and the dialogue between them can inform and enrich the ways in which individuals and communities construct their identity. Duality can also contribute to the growth and development of each culture, due to the challenge posed by its counterpart. In practice, however, any observer of contemporary Israeli society will note the difficulty and tension inherent in the competition between the two cultural identities, which overshadows the positive potential of the duality. Proponents of these two identities present them as conflicting alternatives, opponents in a culture war that is waged in many arenas: ideological influence, political power, government budgets, and more. This conflict has been going on, with changes of emphasis and style, since the beginning of the Zionist revolution. Yet it appears that in our time it has intensified, with Israel’s transition from consensual democracy to democracy in crisis.

Against this background, **Judaism, Sovereignty and Human Rights** seeks to establish a scholarly arena for discussing the interaction between the particular

aspects of Judaism—whether seen as a nationality, religion, or culture—and the universal aspects of liberal culture, and especially the commitment to human rights. It aims to explore this interaction both at the level of the individual, who is the subject of human rights, and at the level of the Jewish and democratic nation-state.

It should be noted that a significant share of the Israeli public views the Universal Declaration of Human Rights with suspicion. These rights are often seen as “alien,” as an expression of a foreign culture that threatens the state’s Jewishness. We believe that a critical examination of this approach is warranted, and should ideally be conducted from a broad, interdisciplinary perspective. We hope that this journal will be a springboard for attempts at a bidirectional undertaking: on the one hand, an exploration of Judaism’s approach to basic liberal rights, while on the other, an examination of the particular rights and obligations of Judaism, and their contemporary relevance for individuals and for the collective, i.e., the Jewish democratic nation state.

Judaism, Sovereignty and Human Rights is first and foremost a journal of the young scholars who have completed the prestigious three-year fellowship program at the heart of the Israel Democracy Institute’s Human Rights and Judaism program, which we, the editors of this journal, co-direct. This program is part of an effort to develop a new field of intellectual inquiry and create an elite cadre of young scholars who will shape Israel as a Jewish and democratic state. Interdisciplinary and multidisciplinary in nature, the journal will enable this group of leading scholars, who have expertise in a variety of disciplines and hail from all of Israel’s universities, to share the fruits of their academic labors at the start of their academic careers in Israel.

We envision this journal as a platform that will establish the study of the interaction between Judaism, sovereignty, and human rights as a deep and diverse field of knowledge. We will do our best to ensure that it fosters original ideas and thought, in order to enrich future generations of Jews and inform the most important Jewish undertaking of our times: The State of Israel.

Prof. Hanoch Dagan
Prof. Yedidia Z. Stern

Prof. Shahar Lifshitz

Abstracts

Authority, Autonomy, and the Value of Life **A Talmudic Study**

Ayelet Hoffmann Libson

This article addresses the tension in rabbinic literature between legal authority, medical expertise, and individual autonomy. The clash between authority and expertise on the one hand, and autonomy on the other, comes to a head in the context of matters related to an individual's body. The article examines one manifestation of this conflict in a passage of the Babylonian Talmud that deals with different interpretations of the experience of pain and illness. This passage focuses on the injunction against eating and drinking on Yom Kippur, and discusses the case of a sick person who becomes endangered by fasting, which is both the central religious obligation of the day and the individual's central means of atonement. The passage reveals opposing and conflicting opinions regarding who is authorized to define a patient's needs as dire enough to override an important legal prohibition. In the Tannaitic tradition, this authority is granted to medical experts. In the Jerusalem and Babylonian Talmuds, however, two different approaches are presented: one focuses on the supremacy of the value of life, while the other suggests that individuals' knowledge of their own physical and mental needs and desires should guide their decisions about their own lives. The article then traces the tension between these distinct views in the development of post-Talmudic law, examining the ramifications of the Talmudic discussion on legal issues such as self-endangerment motivated by piety and coercion of a patient to receive medical treatment.

“The Superiority of Man over Beast” The Medieval Humanism of Isaac Ibn Latif

Adiel Zimran

In contrast to modern humanism, which intends to reach the broadest common denominator of all human beings, medieval humanism describes the ultimate goal towards which humans should strive, and thus reveals how medieval philosophers understood the attributes of the complete human being. Aristotelian humanism, in which the uniqueness of man stems from his intelligence, was adopted by many medieval thinkers, most notably Maimonides.

This article presents a medieval alternative to Aristotelian humanism, which is found in the writings of Isaac Ibn Latif. For this purpose, Ibn Latif’s theory of soul is presented as it appears in his book *Gateway to Heaven (Sha'ar ha-Shamayim)*. At its heart is the assumption that the complete human is an autonomous being who has free will and choice, makes his or her own law, and is thus differentiated from other forms of life, both vegetation and animals. The article analyzes the theory of soul and the process of apprehending intelligibles contained in Ibn Latif’s philosophy, and especially the status of acquired intellect and the powers of the prophetic soul. For Ibn Latif, while the three forms of life—vegetation, animals, and the rational soul—all behave rationally to achieve natural goals, the prophetic soul and acquired intellect work to achieve an unnatural goal: doing good. Ibn Latif believes that the fact that one can identify human actions in the natural world that run contrary to natural goals, and that even endanger the actor, teaches us that human beings have an additional mechanism for action, which is not dictated by natural aims. This is what differentiates humans from animals.

Jewish Nationalism, Zionism, and the Place of Israel in American Jewish Thought and Identity according to Michael Chabon’s *The Yiddish Policemen’s Union*

Gitit Levy Paz

During the 19th and early 20th centuries, Jewish nationalism became a central focus in the Jewish identity discourse. However, voices criticizing and opposing nationalist tendencies have also had a prominent place in Jewish discourse

throughout the ages. These voices can still be found in Jewish thought today, despite the existence of the State of Israel. A central aspect of contemporary Jewish nationalist discourse concerns the relationship between Diaspora Jewry and the State of Israel, and in particular the relationship between American Jews, who are the largest and strongest Jewish community outside of Israel, and their Israeli counterparts.

This article examines the Jewish nationalist discourse found in the novel *The Yiddish Policemen's Union*, by the American Jewish author Michael Chabon. It explores the author's thoughts and opinions about Jewish nationalism as reflected in the novel, and examines the attitudes of American Jews to Zionism, in general, and to the State of Israel, in particular. This in-depth exploration reveals that the central tensions of Jewish nationalist discourse throughout the ages can be found in the novel, which mainly emphasizes the ambivalence and complexity that characterize contemporary American Jewish thinking about Israel. Ignored by many reviewers who declared the novel to be anti-Zionist and even anti-Jewish, this ambivalence and complexity is also important for sociological discourse about attitudes of young American Jews toward Israel today. The discourse that emerges from the novel draws attention to hidden aspects of this sociological discourse, or at the least, to additional aspects that are important for any discussion of American Jewish attitudes toward Zionism and the State of Israel. These aspects are the ambivalent tone toward Israel and Zionism, which emerges from the novel, and the deep complexity of American Jewish thinking about Israel.

Duty as the Black Box of the Rights Discourse, or: How Buber and Levinas Can Help Lead Human Rights into the 21st Century

Tomer Shadmy

Today many people agree with the idea that human rights are universal. Yet despite this understanding, it is less and less clear who has the duty to ensure these rights. Against the backdrop of this crisis, this article focuses on the singular crossroads at which the connection between the universal discourse of rights and the Jewish discourse of obligation finds itself today. In Israel, Judaism has encountered the binding sovereign power of the state; as a result, the question of rights has become a central question for certain denominations

of Judaism. Concurrently, there has been a similar shift in the opposite direction within the discourse of rights, such that the main question that this discourse addresses today is, in fact, the question of obligations. This unique moment enables a rich and complex dialogue to take place between human rights discourse and Jewish obligation discourse.

This article describes the concept of duty within the rights discourse, and claims that changes caused by the accelerated globalization in recent decades challenge the existing model of states' human rights obligations and bring the question of obligation to center stage in the rights discourse. While it is difficult to find in the basic concepts of the rights discourse any answers to the questions of who is obligated to whom for what, how much, and why, Jewish thought has a wealth of writing about obligation and responsibility. The article proposes drawing inspiration from the philosophy of Martin Buber and Immanuel Levinas in order to create new models of human rights responsibilities. Buber and Levinas wrote about responsibility for others, and while their philosophy is based on European humanism, it incorporates developments and changes, in part based on Jewish particularism.

A State of all its Communities?

A Proposal for Changing the Relationship between the State of Israel and the Ultra-Orthodox Community

Shai Stern

Ever since its establishment, the State of Israel, like most liberal states, has had to deal with communities that are guided by non-liberal norms. The most prominent example of this is the relationship between the state and the ultra-Orthodox (Haredi) community, a relationship that is characterized by duality. On the one hand, the state has recognized the right of the ultra-Orthodox community to close itself off, both geographically and culturally, while on the other hand, the state and its institutions do not shy away from demanding that the ultra-Orthodox community complies with certain liberal demands, even when that compliance creates a conflict of values within the community.

This article challenges the State of Israel's policy on the ultra-Orthodox community and proposes a practical model that would shift the balance of

power within the triangular relationship between the state, the community, and the individual. It calls for a change in approach to the question of state intervention in community activity and for a shift of focus from the ethical-values dimension to the structural dimension. This change would sharpen the obligation of the liberal state to enable its citizens to live in a pluralistic society that allows diverse and fundamentally different conceptions of good. The model places practical limitations on this obligation, and seeks to create an appropriate balance between the state's liberal character and its pluralistic obligation to its citizens. It thus enables the creation of a policy for state intervention that is better suited to the government's relationship with the ultra-Orthodox community.

In the Shadow of the Supreme Court Human Rights in the Rabbinical Courts

Yosef Sharabi

Israel's rabbinical courts have a unique authority over the marriage and divorce of Jews in Israel. The legal system used by the rabbinical courts in these cases is that of Torah law as it is understood by the religiously observant public. This legally imposed reliance of all Jews in Israel on the authority of the rabbinical courts is the source of an ongoing conflict between two world views that are sometimes diametrically opposed. On one side is a secular liberal viewpoint, represented by the civil courts (among other bodies); on the other is a fundamentally conservative religious viewpoint, according to which the rabbinical courts see themselves as the guardians of family values in Israel by means of Jewish law. Because the Supreme Court sees itself as the defender of human rights, and because the act of judgment almost always touches on human rights, especially in cases of family law, this conflict is common and ongoing.

This article examines how the rabbinical courts, through their verdicts, navigate between these opposing poles: how they view the conflict described above and consequently how they view the possibility of maintaining Jewish family values in a social and legal reality that is guided by secular and liberal values. The rabbinical court verdicts that are discussed deal, directly or indirectly, with the status of various human rights, including the right to divorce, the right to privacy, and the right to freedom of movement. These

Abstracts

rights are discussed in light of family values as expressed in Jewish law as it is interpreted by the rabbinical courts. The analysis of the verdicts identifies three approaches that enable the rabbinical courts to cope—confrontation; accommodation and participation; and resignation and separation—and examines the origins and nature of these approaches.

Editors

Prof. Hanoch Dagan

Prof. Hanoch Dagan is a Senior Fellow at the Israel Democracy Institute and is the Stewart and Judy Colton Professor of Legal Innovation and Theory at Tel-Aviv University's Faculty of Law. He has served as dean of the law faculty, and was the founding director of its Zvi Meitar Center for Advanced Legal Studies. His areas of expertise include jurisprudence, property law, contract law, and private law theory.

Prof. Shahar Lifshitz

Prof. Shahar Lifshitz is a Senior Fellow at the Israel Democracy Institute and the dean of the Faculty of Law at Bar-Ilan University. He is the founder and co-chair of the Forum for Cooperation between the Israeli Supreme Court and Israeli Legal Academia, and a former president of the Israel Association for Private Law. His main areas of research include family law, contract law, Jewish law, and human rights and Judaism. He is very involved in efforts to create a bridge between civil family law and Orthodox Judaism.

Prof. Yedidia Z. Stern

Prof. Yedidia Stern is Vice President of Research at the Israel Democracy Institute and heads the Institute's Center for Religion, Nation and State. He is a professor at Bar-Ilan University's Faculty of Law, and has served as dean of the faculty. His areas of expertise include religion and state, Jewish law, public law, and commercial law.

Authors

Dr. Ayelet Hoffmann Libson Dr. Ayelet Hoffmann Libson is a Lady Davis Fellow at the Faculty of Law at the Hebrew University of Jerusalem. She is a graduate of the Jewish Thought Department of the Hebrew University of Jerusalem, and holds a doctorate in Talmud from New York University. Her research interests include Jewish law, history of law, and the relationship between religion and state.

Gitit Levy Paz Gitit Levy Paz holds a BA in Political Science from Bar-Ilan University and an MA in Hebrew literature and creative writing from Ben-Gurion University of the Negev. She recently submitted her doctoral dissertation to Bar-Ilan University's Department of Political Science. Her research examines contemporary American Jewish identity from literary and sociological perspectives.

Tomer Shadmy Tomer Shadmy is a Research Fellow at the Faculty of Law at Bar-Ilan University and a member of the "Democracy and Neoliberalism" research group at the Van Leer Jerusalem Institute. She recently completed her doctoral studies at the Zvi Meitar Center for Advanced Legal Studies at Tel Aviv University. She previously served as a Research Fellow in the Harvard Law School Program on Corporate Governance, and at the Paris Institute of Political Studies. Her research interests include human rights, political theory, corporate social responsibility, global justice, and law and globalization.

Dr. Yosef Sharabi

Rabbi Dr. Yosef Sharabi is a Doctor of Law and a rabbinical court judge (*dayan*). He is a lecturer at the Faculty of Law at Tel Aviv University, at the Faculty of Law of the Carmel Academic Center in Haifa, and at the Orot Israel Academic College in Rehovot. A judge in the Rabbinical Financial Court in Kedumim, Dr. Sharabi is the editor of *The Tzohar Journal*, a journal of Jewish law dealing with challenges of religion and state, social issues, and family matters.

Dr. Shai Stern

Dr. Shai Stern is a lecturer at the Faculty of Law at Bar-Ilan University. His main areas of research include private law, especially property law; planning and construction; the tension between private law and public law, and human and collective rights in Israeli and international law. Dr. Stern serves as the director of International Programs in Bar-Ilan's Faculty of Law, teaches courses in property law and expropriation law, and teaches a seminar on communities and the law.

Adiel Zimran

Adiel Zimran holds a BSc and MSc in the natural sciences from the Hebrew University of Jerusalem and an LLB from its Faculty of Law. He is currently submitting his doctoral dissertation on the philosophy of science in the Middle Ages and in Jewish thought, at the Hebrew University's Department of History, Philosophy, and Sociology of Science, and is teaching and conducting research at the university's Law Faculty and Mandel Institute of Jewish Studies.

מחיר מומלץ: 64 ש"ח
דצמבר 2015
מסת"ב: 0-179-519-965-978
www.idi.org.il



0 4500001151 9
דאנאקוד 450-1151



בפרט ובכלל



המכון הישראלי
לדמוקרטיה