



דברים ושברי דברים **על יהדותה של מדינה דמוקרטית**

עורכים

אביעזר רביצקי, ידידיה צ' שטרן

הספרייה
לדמוקרטיה

מה יהודי במשפט הישראלי?

ידידיה צ' שטרן

הקדמה

ישראל מוגדרת מדינה יהודית ודמוקרטית בפי החלק המכריע של המשתתפים בשיח הזכויות ובשיח הזהות המקומי. אף שחוקי היסוד טבעו את המונח הדו-ראשי רק לפני הֶרְף עין היסטורי, הוא התקבל בזרועות פתוחות ברשות הרבים הישראלית, ומקובל לעשות בו שימוש גורף בהקשרים מגוונים. יש בכך כדי ללמד שההגדרה קולעת לתחושות עומק של רבים אשר מייחסים למדינה שייכות ציוויליזטורית כפולה: אחדים רואים בה חלק ממשפחת המדינות הדמוקרטיות, בנות הציוויליזציה המערבית-ליברלית, אף שהיא נושאת גם שם פרטי המשקף את המורשת הייחודית של הציוויליזציה היהודית והמבדיל אותה משאר הדמוקרטיות. אחרים הופכים את הסדר וגורסים כי המדינה היא חלק ממשפחת צורות הקיום של הקיבוץ היהודי לדורותיו, אך יש לה גם שם פרטי המבטא את המחויבות של הקיבוץ היהודי הנוכחי בישראל לאורח החיים הדמוקרטי. אלו ואלו מודים: ישראל היא חרוז בשרשרת הקיום היהודי, הקושר אותה עם מורשתה, אך היא גם חרוז בשרשרת הקיום הדמוקרטי, הקושר אותה עם תקופתה. אין היא דומה למי מהחרוזים האחרים בכל אחת משתי השרשרות: היא מופע ייחודי של תרבות דמוקרטית דומיננטית ושל ריבונות דמוקרטית בתולדות העם היהודי, והיא מופע ייחודי של תרבות יהודית דומיננטית ושל ריבונות לאומית יהודית בקרב האומות הדמוקרטיות.

* המחבר מבקש להודות ליצחק ברנד, לטלי מרגלית, לדני סירקיס, לשוקי פרידמן, לעמיחי רדונו, לאבי שגיא ולחיים שפירא על הערותיהם ועזרתם. מאמר זה פורסם בכתורת **מה יהודי במשפט הישראלי**, מחקר מדיניות 65, בסדרה **מדינה, משפט והלכה**, ד, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2006.

הדעת נותנת שכפל השייכויות של המדינה ישתקף, בין היתר, בתכנים של משפטה.¹ אך טבעי להניח שהמשפט הישראלי – העשוי בידי רשויות של מדינה יהודית ודמוקרטית, המסדיר את אורחות החיים של בני ובנות המדינה היהודית והדמוקרטית ואשר אמור לקיים זיקת גומלין עם תרבות וחברה שרוחן יהודית ודמוקרטית – יבטא בחירות ערכיות ייחודיות. כשם שלעתים אינו דומה פרי משפטי העולה בפרדסה של היהדות לפרי משפטי העולה בבוסתנה של הדמוקרטיה, כך גם מסתבר שהפרי המשפטי העולה בכרמה של המדינה היהודית-דמוקרטית ייבדל מהשניים האחרים. המשפט הישראלי אמור להתייחד בעובדה שהוא ניוון מאורן המיטיב של שתי השמשות הציוויליזטוריות.

המבקש להתחקות על ההשפעות של האופי הדמוקרטי של המדינה על המשפט הישראלי לא יתקשה במלאכתו. למשפט המקומי מאפיינים של דמוקרטיה פורמלית, של דמוקרטיה מהותית ושל תרבות דמוקרטית. אך מהו האופי היהודי הייחודי של המשפט הישראלי? כיצד תוכני המשפט – הערכים, האיזונים ביניהם וההקצאה הקונקרטית של זכויות ושל משאבים – מושפעים מיהדותה של החברה שבה הוא מתקיים על ריבוי פניה? היבט מרכזי בדיון, אף שכמובן אין הוא יחיד, נוגע לשאלת ההשפעה של המשפט המסורתי היהודי על המשפט המודרני הישראלי. כיצד, אם בכלל, אמורה ההלכה לתרום למשפט הנוהג במדינת ישראל?

שאלה זו עומדת במרכזו של דיון דתי, תרבותי, חברתי ופוליטי בלתי פתור, המתנהל בחריפות בין מרכיביה של החברה היהודית החל בתקופת היישוב, עבור בשנות המדינה הראשונות וכלה בימינו אלה. במהלך השנים נגזרו ממנה ראשי הפרקים של שלוש מערכות יחסים מפותלות וקשורות שבין המדינה לדתיים, בין המדינה לחילונים ובין הדתיים לחילונים. רבים רואים בסוגיית מקומה של ההלכה במדינה מרכיב מרכזי באפיונה של המדינה כיהודית; אחרים תולים בה דיונים באשר לאפיונה של המדינה כדמוקרטית. יש הנמנים עם שני המחנות גם יחד. הכול מודים שסביבה נארגים עיקר המתחים בין דת למדינה. כנגזר מכך הוויכוח בסוגיה זו הוא מרכיב מרכזי בעצם קיומה של פוליטיקה

1 "שיטות המשפט של עמי התרבות שונות כידוע זו מזו. כל עם ועם יש לו משפט משלו, המתאים להשגות המוסריות, החברתיות והתרבותיות המיוחדות שלו. זהו דבר ידוע לכל" (משה זילברג, "השאיפה אל המופשט בישראל ובעמים", באין כאחד, ירושלים: מאגנס, תשמ"ו, עמ' 86).

דתית ואנטי דתית. מכוחה קמות ונופלות ממשלות בישראל, והיא אחד מווקטורי הכוח שמעצבים את המפה הפוליטית שלנו, בעבר ובהווה. התשובות שניתנות לשאלה שבפתיח מגלמות חלומות, סיוטים וחזונות של קהילות שונות בחברה היהודית בישראל.

מטרת מאמר זה היא להציג שלושה דגמים נבדלים של יחסים אפשריים בין ההלכה לבין המשפט הנוהג — דגם ההטמעה, דגם האוטונומיה והדגם הביקורתי. הדגם הראשון, המקובל כיום על הציבור הדתי-לאומי, עניינו משפטיה של ההלכה (קרי, הפיכתה למשפט נוהג) באמצעות חקיקה דתית. הדגם השני, שחלק מהחרדים מעוניינים בקבלתו, מציע דו-קיום של שתי מערכות משפט שנאכפות בשווה על ידי המדינה על קהלים שונים. הדגם השלישי רואה בהלכה אופצייה תרבותית רלוונטית וחשובה בעבור החברה הישראלית, מקור להשראה. אעריך כל אחד משלושת הדגמים בעזרת שלושה קריטריונים מרכזיים: (1) דת: השפעת הדגם על התפתחות ההלכה ועל עיצובה כשיטת משפט רלוונטית ועל מקומה של הדת בחברה הישראלית היהודית; (2) דמוקרטיה: השפעת הדגם על תפקודה של ישראל כמדינה דמוקרטית; (3) חברה ותרבות: השפעת הדגם על החברה והתרבות בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. התשקופת (פרספקטיבה) המשולשת נותנת תשובות מורכבות באשר לכל אחד מהדגמים, אך מצביעה על עדיפות ברורה של הדגם הביקורתי על פני שני האחרים.

יודגש: הצגת הדברים כאן היא בגדר מתווה כללי של צלילית טיעון שאת צדודית פניו המלאה — על גומות החן והקמטים — בכוונתי לחשוף בעתיד בשורה של מאמרים מפורטים שייוחדו לכל אחד משלושת הדגמים בנפרד.

1. הדגם הראשון: הטמעה או חקיקה דתית

מערכות היחסים שבין המשפט הדתי ובין משפט המדינה היו מבוססות מאז קום המדינה ועד היום על ניסיון מתוכנן ומתמשך להחדיר ולהטמיע חלקים מהמשפט הדתי אל תוך משפט המדינה. מאמצי ההטמעה הותירו טביעת אצבעות הלכתיות בספר החוקים הישראלי ברמות שונות: בדין מהותי ספציפי,²

בהסדרת ענף משפטי שלם³ ובדרכי הפרשנות של החוק.⁴ נוסף על כך גם בפסיקת בתי המשפט בישראל ניתן לאתר הנמקות והכרעות המבוססות על שיקולים ועקרונות הלכתיים, המשמשים לעתים מקור פרשני של נורמות קיימות ובסיס לחקיקה שיפוטית יוצרת. ניסיונות ההטמעה של הדין הדתי במשפט הישראלי ניכרים הן בתחום הדתי המובהק – מצוות שבין אדם למקום⁵ – הן בתחום האזרחי-חברתי הרגיל – מצוות שבין אדם לחברו.⁶

בפתח הדברים מתבקשות שתי הסתייגויות: ראשית, לא כל יזמת חקיקה או פסיקה שיפוטית שריח של מסורת יהודית עולה מהן נועדו להטמיע נורמה הלכתית בתוך המשפט הנוהג. היהדות כוללת, כידוע לכול, לא רק הלכה. כך, למשל, הִסְדְּרָה של השימוש בלוח העברי במדינת ישראל מטפלת בנושא יהודי שהוא חוץ־הלכתי. הדברים שלהלן אינם עוסקים בסוג כזה של נורמות, אלא אך ורק בנורמות ההלכתיות. שנית, גם הנורמות ההלכתיות שנמצאות בקודקס הישראלי אינן בהכרח תוצאה של מאמצי ההטמעה. בחלק מהמקרים אפשר לייחסן לפעולה מוצלחת של המחוקק או של בית המשפט על פי הדגם הביקורתי, נושא הפרק הרביעי. אכן, קריאה בכתבי חלק מהמלומדים שנוקקו לשאלות אלו מגלה נטייה לטשטש את ההבחנה בין שני הדגמים, משל היו זהים, או למצער כאילו הייתה הטמעת ההלכה הדרך היחידה שבאמצעותה יכולה ההלכה לשמש מודל השראה למשפט הישראלי, ולא היא. הדיון להלן יוצא נגד נטייה זו באמצעות חידוד והבהרה של ההבדלים המהותיים, העקרוניים והמעשיים, היורדים לשורש הסוגיה, שבין שתי האפשרויות.

שתי ההסתייגויות מלמדות כי לא כל מה שמקובל לסווג כ'חקיקה דתית' הוא תולדה של רצון ההטמעה של ההלכה במשפט. ובכל זאת עיקר מניינה ובניינה של החקיקה הדתית הקיימת נוצר בבית מדרש רעיוני-תודעתי שהניף

- 2 דוגמת חוק השומרים, תשכ"ז-1967; או חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998.
- 3 המעמד האישי הנידון על פי הדין האישי. כך למשל, סעיף 2 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 קובע כי "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה".
- 4 במקרה של חסר בחוק, חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 קובע כי על בית המשפט להכריע "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".
- 5 למשל, חוק חג המצות (איסורי חמץ), התשמ"ו-1986.
- 6 למשל, חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973.

את נס ההטמעה בראש המחנה והצעיד את גיטותיו הפוליטיים בעקבותיו. הניתוח בפרק זה מכוון לעיקר זה, ואך ורק לו. משפוטה של ההלכה בבית המחוקקים הוא תולדה של הכרעות פוליטיות. כאשר מקבילית הכוחות הקואליציונית מאפשרת זאת, הדתיים מזדרזים להטמיע היבט מסוים של ההלכה אל תוך המשפט הנוהג. כללי המשחק הדמוקרטיים מנוצלים בידי קבוצת מיעוט בעלת כוח לשם הכפפת הציבור כולו למרותם של אלמנטים הלכתיים. לעומת זאת, ההכרעות השיפוטיות אינן נעשות על בסיס דמוקרטי ייצוגי, ולכן מנופי הכוח של הדתיים באמצעות בתי המשפט קטנים יחסית. שופט (בדרך כלל דתי) המעוניין בהטמעת ערך או נורמה הלכתית בפסיקה מוצא את עצמו במקרים רבים בעמדת מיעוט. לכן בפסיקה שכיח גלגול שמהשפעה ההלכתית מופיעה במסגרת אמרת אגב או כמשפט משווה, ורק במספר מצומצם של מקרים היא משמשת מקור ישיר להכרעת הדין. קשה לחלוק על קביעתו של השופט חשין כי השפעתו של המשפט העברי על הפסיקה בבתי המשפט "היתה שולית, ויותר משקבע עיקרים הפיץ ריחו ניחוח".⁷

דגם ההטמעה של ההלכה במשפט נתפס כאפשרות מרכזית להשפעה אפשרית של המשפט הדתי על המשפט הישראלי. לכאורה הדברים ברורים: קיימות שתי שיטות משפט — האחת מחייבת את הכול (המשפט הנוהג) והשנייה אופציונלית (המשפט הדתי). הפרויקט של הדתיים ביובל האחרון — פוליטיקאים, רבנים, אישי ציבור, אידאולוגים, שופטים ואנשי אקדמיה — הוא להחדיר אל תוך השיטה המחייבת, בכל דרך אפשרית, נורמות רבות ככל האפשר מתוך השיטה האופציונלית, ובכך להפוך את ההלכה לנורמה מחייבת בעבור כל היהודים. המניע המרכזי (אך לא היחיד) לרצון לכפות את הדת באמצעות החוק הוא דתי בעיקרו: האתוס ההלכתי רואה את עצמו כבעל תחולה על כל היהודים (בלי קשר להעדפתם הפרטית); ההשקפה הדתית הרווחת רואה ביהודי החילוני חוטא שעל הדתי חלה כלפיו מצוות "הוכח תוכיח";⁸ הדתיים רואים בהפצת

7 מישאל חשין, "מורשת ישראל ומשפט המדינה", רות גביון (עורכת), **זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן**, ירושלים: האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1982, עמ' 47-83 (הציטוט כאן מעמ' 50).

8 ויקרא יט, טו.

הדת ובהרחבת מוטת כנפיה במציאות הישראלית מימוש תמים של הערבות ההדדית, בבחינת "כל ישראל ערבים זה לזה"⁹ וביטוי מרכזי ביותר לשמירה על אופייה היהודי של מדינת ישראל. ובאופן כללי: בעבור הדתיים הריבונות היהודית המתחדשת, בעלת האופי החילוני, היא תופעה היסטורית משובשת, שתיקונה נדרש באמצעות מימוש החזון של "ואשיבה שופטיך כבראשונה"¹⁰. המכשיר למימוש החזון, גם אם הוא בינתיים חלקי, הוא היישום התקיף של דגם ההטמעה.

מנגד החילונים מפרשים את ניסיון ההטמעה של ההלכה במשפט הישראלי כניסיון מחוצף של קבוצת מיעוט לכפות את אורחותיה על הרוב. מבחינתם, ספר השולחן ערוך (קובץ דינים ומנהגים שחיבר ר' יוסף קארו [1488-1575], שחי בצפת), המנסח את הקוד ההלכתי המחייב, הוא קנון דתי שנוצר בשלהי ימי הביניים בעבור ציבור רדוף שחי בגטאות, ואין בינו ובין חיינו היום – בתור עם זקוף גו שמתקיים במדינת לאום ריבונית מפותחת – ולא כלום. ההטמעה של נורמה הלכתית נסבלת, כאשר האלמנט הדתי שלה איננו מודגש וכאשר אפשר להצדיקה על בסיס אחר. אך במקרים הלא מעטים שבהם ההקשר הדתי של הנורמה חשוף וברור, ניכרת התקוממות נגד אלמנט הכפייה. ואכן, הטענות הקולניות והזעם הציבורי מופנים בעיקר כלפי חקיקה דתית בשאלות של איסור והיתר.

חָנוּ של דגם ההטמעה הולך ומתפוגג בקרב חלקים בקהילה הדתית. הלחישות המהוסות שנשמעו נגדו בעבר מפי גורמים אוונגרדיים, שנתפסו ככופרים בעיקר הדתי-לאומי, צוברות בשנים האחרונות לגיטימיות מתעצמת בציבור הליבה של קהילה זו. אולם טרם הבשילו התנאים לדחיית הדגם בידי גורמי הכוח וההנהגה. בדרך כלל, אישי המפתח ברבנות ובפוליטיקה הדתית והחרד"לית (ובמידה מסוימת גם החרדית) סבורים שדגם ההטמעה הוא אידאל ראוי שיש להתמיד בו.¹¹ גם אם חלקם מסכימים שהוא לא הניב הצלחות

9 בבלי, שבועות לט, ע"א.

10 ישעיהו א, כו.

11 כך למשל מכריז מצע המפד"ל לכנסת הארבע עשרה (1996): "התנועה קובעת כי באמצעות החקיקה הדתית הונחו היסודות לעיצוב דמותה היהודית של המדינה, ותתנגד לכל פגיעה בחקיקה הדתית, בכל תחום שהוא. התנועה תחתור להשתית את משפטה של מדינת ישראל על עקרונות המשפט העברי ותפעל להפצתו, ללימודו ולשילובו של המשפט העברי המקורי בכל מערכות החקיקה והמשפט במדינה".

מספקות מנקודת ראות דתית, הם אינם מייחסים זאת לבעיות הטבועות בו אלא למעקשים ולמהמורות שבמציאות. לדידם, עליהם כמנהיגים להתמודד עם הקשיים בהתמדה ובעקשנות עד ליישום מוצלח של הטמעה רחבה ככל האפשר של ההלכה במשפט הנוהג. הגולם, כך הם מאמינים, עוד יהפוך לפרפר צבעוני מרהיב. בחדרי חדרים מטופחות תקוות לתשועה דמוגרפית, שתגדיל את הכוח הפוליטי של שוחרי ההטמעה ותאפשר בעתיד את יישומה בתקיפות רבה יותר. אין ספק: האינטואיציה הדתית רבת השנים, שוחרת ההטמעה, חיה, קיימת ובוטטת. היא ממשיכה לפרנס את החזון המוליך של הציונות הדתית בדבר דרכי ביטויה של היהדות במדינת ישראל. על רקע זה נחוצה הערכה מחדש, אנליטית, של היתרונות ושל החסרונות העקרוניים והמעשיים של פרויקט ההטמעה. אעשה זאת בשלושה מישורים מקבילים מצטברים: המישור הדתי, המישור הדמוקרטי והמישור החברתי-תרבותי.

א. המישור הדתי

במישור הדתי יש לדגם ההטמעה השלכות בשלושה הקשרים לפחות: השיח הדתי הפנימי עצמו, היחס של הדתיים אל הדת, היחס של החילונים אל הדת.

1. השיח הדתי: "חצאי אמת גרועים מן השקר"

רבנים ומשפטנים ידועי שם מערערים על הערך והטיב הדתיים של נורמה הלכתית שהוטמעה אל תוך המשפט הנוהג. ראשית, חקיקה של חוק דתי על ידי מוסד חילוני גורמת לחילונה הפורמלי של ההלכה. שנית, הקליטה הסלקטיבית והמקוטעת של ההלכה אל ספר החוקים הישראלי היא שלילה מפורשת של קדושת ההלכה, ולכן יש לה משמעות אנטי-דתית. יש בה שלילה של התוקף העל-אנושי של ההלכה. שלישי, מעשה השפיטה, המתיימר להיות על פי דגם ההטמעה החלה של הדין הדתי על ידי בית משפט אזרחי, הוא פעולה נעדרת סמכות, ובוודאי תיעשה שלא באמצעות דיון המתנהל בכבשונה של ההלכה.

גם במצע המפלגה לכנסת החמש עשרה (1999) נקבע כי אחת ממטרות המפד"ל היא "לפעול למען תחיקה מקורית במדינה, מושתתת על משפט התורה ומסורת ישראל".

הרב אליעזר ברקוביץ טוען: "מה שמעבירים מרשות ההלכה לתוך החקיקה של המדינה ומשתלב במערכות החוקים של הסדר הדמוקרטי החילוני, מאבד את יחודו הדתי [...] מתחיקה דמוקרטית אי אפשר להוציא סמכות דתית".¹² פרופ' יצחק אנגלרד קובע כי קליטה חלקית ומקוטעת של הדין הדתי פטולה מבחינת השקפת העולם הדתית: "משמעותה האמיתית היא התנשאותו של הגוף המחוקק מעל הדין הדתי תוך שלילה מפורשת של תוקפה העל-אנושי של ההלכה. [...] הקליטה הסלקטיבית היא שלילה מפורשת של קדושת ההלכה, ולכן יש לה משמעות אנטי-דתית".¹³ הרב שאול ישראלי גם הוא סבור שאין בהטמעה תועלת: "יש בזה אפילו קלקול, חצאי אמת גרועים מן השקר. אם משתדלים לפאר חוק זר אל היהדות בקישוטים מתוך דיני ישראל אין לזה כל ערך, רק מפארים חוק זר".¹⁴

12 אליעזר ברקוביץ, "סמכות דתית במדינה דמוקרטית: כיצד?", **סיני** צט (תשמ"ו), עמ' פו-צב (הציטוט כאן מעמ' פז).

13 יצחק אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", יעקב בוק (עורך), **המשפט העברי ומדינת ישראל**, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשכ"ט, עמ' 110-134 (הציטוט כאן מעמ' 119).

14 מצוטט אצל משה אונא, "משמעותה של ההשפעה ההלכתית על החקיקה", **שם**, עמ' 102. פרופ' מנחם אלון משיב לטענות אלו באמצעות הבחנה בין קליטה של המשפט העברי מן הבחינה הדתית, שכלפיה ניתן להשמיע את הטענות האמורות, ובין קליטה של המשפט העברי שמטרתה אחרת – "לשזור את הרעיון המשפטי העברי למערכת משפטה של מדינת ישראל המחייב את אזרחיה מבחינה משפטית" (הנ"ל, **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו**, ג, ירושלים: מאגנס, תשנ"ב, עמ' 1603). לפירוט הטיעון ראו הנ"ל, "עוד לענין מחקרו של המשפט העברי", **משפטים** ח (תשל"ז), עמ' 99-137, בייחוד עמ' 116. קריאה אפשרית במשנתו הענפה של אלון עשויה ללמד שכוונתו היא שההיזקקות למשפט העברי אמורה להיעשות מתוך זיקה תרבותית-לאומית למורשת וכמקור להשראה. כך, למשל, הוא קובע: "הפנייה למערכת המשפט העברי כמקור השראה ראשי וראשון במעלה לפרשנותו של המשפט הישראלי, כאשר פנייה זו נעשית בעיון הראוי והזהירות הדרושה, לפי צרכי השעה וענייניו של החוק, תעניק למשפט הישראלי שורשים היסטוריים משלו, ותפתח סינודה זו שבין מערכת המשפט העברית לבין מערכת משפטה של המדינה היהודית" (ד"נ הנדל'ס נ' בנק קופת עם ואחרים, פד"י לה[2] 785). דברים אלו אפשר לסווגם כתמיכה בדרגם הביקורתי, שיפורט בהמשך, ובלבד שיוברר שיש בינם ובין דגם ההטמעה פער ברור שבהשקפת עולם (דחיית הרצון הפטרונלי להוכיח את הזולת ולכפות עליו), פער שבמניע פוליטי (דחיית הקישור שבין סקטור חברתי ספציפי ובין סדר היום של המשפט העברי) ופער שבמעשה משפטי (דחיית המירוץ להפגמת נורמות הלכתיות, בהיותן כאלה, במשפט הנוהג). אם הכוונות שונות, גם התוצאות אמורות להיות שונות.

2. הדתיים והדת: "הוצאת ההלכה מאפלת המוזאון אל אור השמש"

דגם ההטמעה מניח כי במציאות של מדינה חילונית, מימוש החזון של "ואשיבה שופטיך כבראשונה" אמור להיעשות על ידי שכנוע המחוקק הישראלי לאמץ את ההלכה. משל ההלכה, במופעה לפנינו, אכן שולחן ערוך הוא, שעליו מוצג תפריט עשיר הנותן מענה קונקרטי לכל ההיבטים של מציאות חיינו, וכל שנדרש הוא הוצאתה לפועל על ידי המשפט הנוהג. כיוון שכך הקהילה הדתית בישראל מפנה מאמצים רבים מאוד לגיבוש תביעה כלפי החוץ, המערכת הפוליטית והמערכת השיפוטית, ומוזנחת העבודה הדתית-הלכתית עצמה. אין כל ספק שלנוכח המציאות החדשה – מדינה ריבונית, רוב חילוני ועולם ערכים ליברלי אלטרנטיבי שתכניו כובשים וסוחפים – נדרשת תגובה דתית שתכליתה התחדשות הלכתית. כבר לפני יותר מיובל קבע הרב הראשי לישראל הרב יצחק הרצוג כי "צו השעה חזק עלינו להכין מעין 'שולחן ערוך' בצורה העשויה להתקבל אצל היוריסטים. וזה אני מרשה לעצמי להגיד, הוא צורך הכרחי גם לבתי הדין הרבניים. יש כמה שטחים שבהם אנו זקוקים להשלמות, בשים לב להתפתחות החיים הכלכליים, וכו', וכן יש צורך בתקנות במסגרת תורתנו הקדושה"¹⁵ דברים אלו לא נתבצעו, ואפשר כי אחת מסיבות המחדל היא דגם ההטמעה.

המאמץ המתמשך של הציבור הדתי למשפטה של ההלכה בדין המדינה עמעם את הערנות באשר לצורך בהתחדשות הלכתית וטרף את סדרי העדיפויות של קובעי סדר היום ההלכתי. הדגם יסודו במצג שווא, כאילו האחריות לירידת קרנה של ההלכה בעיני כלל היהודים בני דורנו מוטלת כולה על משפט המדינה סרבן ההלכה, ובכך הוא משחרר את פוסקי ההלכה מהאחריות שיש להם לשימור קרנה באמצעות יצירה הלכתית מתאימה. האנרגיות הציבוריות של למעלה ממיליון אזרחים שומרי מצוות בישראל, המעוניינים "לבנות את ארצנו על פי תורתנו"¹⁶ מופנות בעיקר החוצה, אל הפוליטיקה הלאומית, ששם מתקיימת המערכה על יישום ההטמעה. זוהי הזחה טרגית של הדעת, הסטה

15 הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, "על משפט התורה בישראל", איתמר ורהפטיג (עורך), **הרב יצחק אייזיק הרצוג: תחוקה לישראל על פי התורה**, א, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשמ"ט, עמ' 210–214 (הציטוט כאן מעמ' 211).

16 מתוך המנון תנועת הנוער החרדית-לאומית 'עזרא'.

של הכוחות ממה שאמור היה להיות העיקר: תביעה פנים-דתית לגיבושה של ההלכה בשביל דורנו.

האחריות המרכזית להוצאת ההלכה מאפלת המוזאון שהיא נמצאת בה אל אור השמש¹⁷ איננה יכולה להיות מוטלת על שכמם של אחרים, אלא היא בראש ובראשונה אחריות של הציבור הדתי ושל מנהיגיו ופוסקיו. האם הקריאה הרומנטית וכובשת הלב "הבו לנו משפט עברי"¹⁸ יכולה להיות כנה ואמתית ביחס לשאלות הרבות והחשובות שמתעוררות בבתי המשפט יום יום בעקבות הקיום היהודי המחודש במסגרת מדינית ריבונית? האם יש בידינו תשובה הלכתית קונקרטית לדרך שבה יש להפעיל את מדינת ישראל, את אורגניה, את יחסי הפנים והחוץ שלה, את ההכרעות הכלכליות, המשטריות או הביטחוניות שמוֹלֵן היא עומדת? האם המציאות הטכנולוגית המודרנית מקבלת מענה מספק בפסקי ההלכה? ודוק: אינני טוען שאין אפשרות עקרונית למענה הלכתי לשאלות אלו, אלא שכרגע אין להן, כעניין שבעובדה, מענה הלכתי. יישומה של שיטת משפט עתיקה בדרך שתמלא צרכים עכשוויים היא אתגר אדיר המונח על שולחנם של פוסקי ההלכה ולא בשום מקום אחר. אמור מעתה: "ואשיבה שופטיך כבראשונה" איננו מתייחס לעובדי מדינה (שופטים ומחוקקים) אלא לעובדי השם (פוסקי הלכה).

3. החילונים והדת: "מדינת הלכה — הלכה המדינה"

מיהו חילוני? המענה על שאלה זו קשה בדרך כלל, ובישראל על אחת כמה וכמה. על פי מחקר עומק משנת 2000 (דוח גוטמן)¹⁹ מתברר כי הדיוקן הקולקטיבי של היהודים בישראל (ובכללם הקבוצה הגדולה של עולים מחבר העמים) איננו זר למסורת. בדרך כלל ניתוח אובייקטיבי של הנתונים מלמד שהזהות היהודית של הישראלים קשורה לדת ולמסורת יותר משהיא

17 ראו חיים כהן, "דאגה ליום המחר", הפרקליט ג (תש"ו), עמ' 135-143.

18 ראו מאמרו של השופט יצחק שילה הנושא שם זה, המשפט העברי ומדינת ישראל (לעיל הערה 13), עמ' 135.

19 שלומית לוי, חנה לוינסון ואליהוא כ"ץ, יהודים ישראלים: דיוקן — אמונות, שמירת מסורת וערכים של יהודים בישראל 2000, ירושלים: מרכז גוטמן, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002.

קשורה להיסטוריה היהודית בעת החדשה (ובכלל זה השואה, ואפילו החוויה הציונית — הקמת המדינה והמלחמות שעברנו). כיצד בא לידי ביטוי המרכיב הדתי-מסורתי של הזהות היהודית בישראל? כמה דוגמאות יועילו:

באשר לעיקרי האמונה, למעלה ממחצית היהודים בישראל סוברים שהתורה והמצוות הן ציווי אלוקי. כשני שלישים סוברים ש"יש אלוקים", ובכלל זה למעלה ממחצית הציבור שאיננו מוגדר דתי.

באשר לשמירה מעשית על המסורת היהודית (שמנקודת ראות דתית היא שמירת מצוות): כמחצית מהאוכלוסייה היהודית בישראל מדליקה נרות שבת במועד ומברכת עליהם, 58% נמנעים מלאכול טרף, כשני שלישים צמים ביום הכיפורים ונמנעים מלאכול חמץ בפסח, 71% מדליקים נרות חנוכה תמיד (ועוד 20% לפעמים), 83% חוגגים בר מצווה בשילוב של טקס יהודי, 85% משתתפים בסדר פסח, 88% יושבים שבעה, 92% מבצעים ברית מילה, 98% קובעים מזווה בפתח ביתם.

כיצד מגדירים היהודים הישראלים את עצמם? 16% מעידים על עצמם שהם מקפידים על שמירת המסורת הדתית (ובלשון הרווחת — דתיים), 21% מגדירים את עצמם "לא שומרים כלל". השאר — קרוב לשני שלישים (63%) מהיהודים בישראל, שאינם דתיים — שומרים על המסורת במידה זו או אחרת. מה מצפה הדור הנוכחי מהדור הבא? רק 16% מההורים מוכנים שצאצאיהם יינשאו ללא יהודי. מפתיע עוד יותר הנתון הקובע שרק 13% מהיהודים בישראל רוצים שילדיהם לא ישמרו כלל על המסורת! למעלה ממחצית בני הקבוצה הרחוקה ביותר מהמסורת ("לא שומרים כלל") אינם מעוניינים שילדיהם ימשיכו בדרכם, אלא מעדיפים שהם יהיו מזוהים "קצת יותר" עם המסורת הדתית ממה שמוזוהים עמה הם עצמם.

התמונה הכוללת ברורה: היהודים בישראל מאוחדים סביב טקסים, אורחות, התנהגות ואמונות שנתקדשו ביהדות המסורתית ובזיכרון ההיסטורי הלאומי, והם מעוניינים מאוד בהמשכות שלהם.

עובדות אלו עומדות בניגוד מוחלט לסטראוטיפ המקובל של שסע עמוק כמעט בלתי ניתן לאיחוי בין דתיים ובין חילונים. ברוך זיסר וישעיהו ליבמן קובעים שישראל היא כנראה המדינה המערבית שהחלוקה הדתית-חילונית

בה היא החריפה והקוטבית ביותר.²⁰ ואכן, דוח גוטמן מלמד שרוב מכריע של 74% מעריך הערכה שלילית את היחסים שבין דתיים ללא דתיים. כמחצית מהישראלים סבורים שמלחמת התרבות בין דתיים לחילונים תגיע בסופו של דבר למאבק אלים או למלחמת אזרחים.²¹ כיצד ניתן ליישב את הדרך שבה אנו מסתכלים זה על זה עם העובדות שמראות שכולנו מאוחדים סביב ערכי המסורת?

שאלה נכבדה זו מקבלת תשובה — לפחות חלקית — בדגם ההטמעה. ביטויים רבים של הדת אינם זרים לציבור החילוני ואף מגדירים את זהותו היהודית, אך בעת ובעונה אחת רבים מהחילונים קושרים בין הדת ובין הממסד הפוליטי והרבני, המנסה לאכוף עליהם את הנורמות הדתיות באמצעות חוק המדינה. דגם ההטמעה הופך את הנורמות ההלכתיות שיש רצון להטמיען ואת הדמויות המעורבות בתהליך ההטמעה לפן מרכזי של הדת היהודית בעיני הישראלי החילוני. ההטמעה מייצרת 'יחסי ציבור' לנקודות החיכוך שבין שתי שיטות המשפט.

הבולטות הציבורית הרבה של המאבק הנורמטיבי סביב הדת עושה שירות דוב לדת: היא לוקחת את החוויה הדתית המורכבת, העשירה ורבת הפנים — זו שהלב היהודי הישראלי כמה אליה וממשמש בה בחדווה — ופורטת אותה למטבעות נורמטיביות. דגם ההטמעה איננו מסתפק בהצעה אופציונלית של הביטויים הנורמטיביים של הדת, אלא מתיימר לתת להם תוקף חוקי שפוסל את האלטרנטיבות האחרות בשוק החיים. רושמו החזק של המאבק הכוחני סביב הנורמות מקהה ומעמעם את התכנים הנוספים של הדת היהודית — מצע עשיר של הגות ומחשבה, שירה ואמנות, מיסטיקה ואגדה, שממנו ובתוכו יש לארוג את הישראליות היהודית.

זאת ועוד: ההטמעה היא איום על החילונים לא רק בגלל אלמנט הכפייה, אלא גם מפני שהיא מבטאת במוחש את השאיפה של היהדות האורתודוקסית בישראל לנכס לעצמה את המסורת היהודית. בעטייה מסורתיים וחילונים המעוניינים ביהדותם חשים מודרים ממנה. ההטמעה מבקשת לבסס את

20 ברוך זיטר וישעיהו ליבמן, **לבחור בחיים, סדרת יהדות ישראלית**, אבי שגיא וידידיה צ' שטרן (עורכים), ירושלים, רמת גן ותל אביב: מכון הרטמן, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן והקיבוץ המאוחד, תשס"ד, עמ' 123.

21 הנתונים מובאים שם, עמ' 123-124.

ההגמוניה האורתודוקסית באשר ליהדות באמצעים כוחניים, ולכן היא מייצרת התנגדות לדת עצמה ומסמנת אותה, בעיני החילונים, כאיום על תרבותם (היהודית!) וכ'אחרת' לזהותם העצמית. ודוק: רוב החילונים אינם רואים בחילוניות השקפת עולם מתחרה להשקפת העולם הדתית; בעבורם החילוניות איננה השקפה או אידאולוגיה, אלא סגנון חיים. דווקא משום כך הם קרובים למסורת (שאיננה מכונה בפיהם 'דת' משום ההשלכות של מאמץ ההטמעה) ומרגישים מאוימים על ידי נורמות הלכתיות כופות. דומה בעיניי שהתוצאה הברורה של הדגם המטמיע היא שההלכה היא מותג כושל בחברה הישראלית הלא דתית.

עולה במקובץ שמנקודת ראות דתית דגם ההטמעה חוטא שלוש פעמים: הוא 'מוזהם' את השיח הדתי הפנימי; הוא משיח את התביעות של הדתיים מהדת; הוא פוגע באיכות המפגש שבין הדת ובין מי שאינם מגדירים את עצמם דתיים.

ב. המישור הדמוקרטי

לא רק הדת ניווקה מהמאמץ המתמשך להטמעת ההלכה במשפט, אלא גם הדמוקרטיה הישראלית. אמנם במשפט ההלכה אין פסול דמוקרטי פורמלי: חוק החזיר או חוק החמץ התקבלו ברוב הנדרש, בתוך שמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים. אולם ברור שחוקים אלו דוחפים את הדמוקרטיה הישראלית אל עברו של משבר מהותי. להערכתי, חלק לא מבוטל מהמתח בין דת למדינה ובין דתיים לחילונים הוא תולדה של הניסיונות המוצלחים והכושלים להטמעת ההלכה. ההטמעה שימשה גורם מסובב למאבק התרבותי שמנהלים הדתיים בחילונים בישראל. היא (וגורמים אחרים) הפכה את הזירה המשפטית לזירה המרכזית שבה הדת מנסה לבצר את מעמדה בחברה הישראלית. תחת שהחברה הישראלית תברר את ערכיה ותגדיר את זהותה באמצעות דיאלוג פתוח בשוק הרעיונות, היא נגררה, שלא בטובתה, לשיח זכויות משפטי בין דתיים לחילונים.

ניסיונות ההטמעה הם מהגורמים העומדים בבסיס הניכור השורר כיום בין חלקים מהציבור הדתי ובין מערכת בתי המשפט. מי שמצפה שמערכת

המשרתת רוב חילוני, המאוישת על ידי רוב חילוני והמאוימת על ידי מיעוט דתי בעל כוח פוליטי ניכר, תבצע בחירות ערכיות שישמשו פלטפורמה להטמעה של המשפט הדתי בתוך המשפט הנוהג – מצפה לשווא. ההישגים הפוליטיים של הדתיים בחקיקה הדתית מתמסמסים בחלקם באמצעות הכרעות שיפוטיות. התוצאה היא שבית המשפט עצמו – האורגן של המדינה – נתפס בעיני חלקים נרחבים בציבור הדתי כצד במאבק התרבותי וכאיום על מימוש החזון הדתי במדינה. אחריותו של דגם ההטמעה לתהליך זה רבה משום שהוא הבסיס לציפיות הנכזבות של הציבור הדתי ממערכת המשפט. יש להודות: האנטגוניזם הפושה כלפי בתי המשפט זולג לאטו ובדרכים עקיפות ומגוונות גם כלפי אורגנים אחרים של המדינה, כלפי המשטר הדמוקרטי וכלפי המדינה עצמה. הגישה הממלכתית, שאפיינה בעבר את הציבור הדתי-לאומי, מתאבלת, מתבלה ומתמוססת – במהירות מבהילה – עקב תחושת חמיצות מתמשכת הרווחת בקרב ציבור זה כלפי הדמוקרטיה הישראלית. סכסוכי דת ומדינה מציפים אל חופיה של היהדות האורתודוקסית משבר פוליטי אחר משבר פוליטי, פסק דין אחר פסק דין, שהמשותף להם הוא דחייה של מאמץ ההטמעה. התכיפות, העצמה, הרטוריקה והשיטתיות של התוצאה המאכזבת, מנקודת ראות דתית, סודקת ומערערת את המחויבות של הציבור הזה כלפי השיטה הדמוקרטית, כלפי מוסדותיה וכלפי ערכיה.

להערכת, השאפתנות של דגם ההטמעה, הבאה לידי ביטוי בכוחניות ובערמומיות המעשית שהוא נוקק להן, והדיסוננס המובנה בין סדר היום הפנימי שלו ובין סדר היום האותנטי של רוב החברה הישראלית מועזעים את אמות הֶסֶפִים הדמוקרטיות בישראל.

ג. המישור התרבותי-חברתי

בשנים שקדמו להקמת המדינה ובשנים הראשונות שלאחר קימומה שררה תקווה להחייאת ההלכה בדין המדינה. מאמרים משפטיים ופובליציסטיים של אנשים בעלי רקע שונה חושפים מוטיבציות מגוונות למהלך זה: בצד המוטיבציות התרבותיות של אנשים דוגמת חיים כהן והמוטיבציות הלאומיות של אחד העם, דייקן (דיקשטין), גולאק, אייזנשטדט או אגרנט, נשמעו גם קולות לאימוץ

ההלכה מנקודת ראות דתית מובהקת. כך, למשל, הרב הרצוג, הרב בראַילן, השופט זילברג ורבים אחרים. הדעת נותנת שלהבדלים במניעים יש גם השלכות מעשיות על התוצר המבוקש: המשפט העברי כמסר תרבותי, מבית מדרשו של השופט חיים כהן, היה מן הסתם שונה מן ההלכה הדתית שביקש הרב הרצוג לבסס כמשפטה של המדינה היהודית. כיום, לאחר למעלה מיובל שנים, הקולות המשמעותיים המרכזיים המבקשים לעסוק במשפט היהודי עושים זאת בזיקה לזהותם הדתית. למיטב ידיעתי, כל המורים למשפט עברי בפקולטות ובמכללות למשפטים בישראל הם דתיים, ודי לחכימא ברמיזא. הכוחות העומדים מאחורי המאמצים הפוליטיים (בכנסת) והמקצועיים (בבתי המשפט ובמשרד המשפטים) לביסוס מקומו של המשפט העברי גם הם באים כמעט כולם מרקע דתי מובהק. עובדות אלו מצערות במיוחד.

אפשר לייחס את חוסר העניין של החילונים בהלכה ובמסורת המשפט היהודית לכל מיני גורמים, ובראש ובראשונה להיעדר המומחיות של מי שאיננו בעל גרסתא דינקותא, לקשיי הנגישות של השפה ולהיעדר קודיפיקציה מודרנית. למשל, דיני ממונות, המרוכזים ב'חושן משפט', אחד מארבעת חלקי הקוד ההלכתי, כוללים כארבעת אלפים סעיפים. הפרשנות להם מופיעה בכמה מאות ספרים, ומכוחם נקבעו פסקים תקדימיים, המפוזרים באלפי ספרי שאלות ותשובות שנתחברו בדורות שונים על פני חלקים גדולים של הגלובוס.

אבל, נוסף על כך, יש להודות שאפשר כי גיוסו הנפתל משהו של העיסוק במשפט העברי לטובת המאמצים להטמעה של ההלכה במשפט המדינה, וכל זאת מתוך סדר יום דתי, גם הוא גרם לירידת העניין הרחב בקרב חילונים במשפט ההיסטורי של עמם. אדרבה, מדוע הציונות והממלכתיות הישראלית, שמימשו בהצלחה מרשימה סדר יום מהפכני במגוון תחומים, ובהם גם תחומים תרבותיים־רוחניים כמו החייאת השפה העברית, לא ניסו מעולם להתגייס להחייאה של המשפט היהודי? דומה בעיניי שהמוטיבציות הדתיות שעומדות ביסוד דגם ההטמעה, וכן התפיסה של דגם זה כאפשרות דומיננטית ואף בלעדית לתרומה של ההלכה לדור הקוממיות, הרחיקו את מי שאיננו שותף למוטיבציה הדתית מעיסוק ומהתמחות בהלכה. העיסוק בהלכה הפך לעניין סקטוריאלי. ושוב השופט חשין: "קריאה בכתובים מעלה בליבו של קורא הרגשה טורדת מנוחה, שקוראי בשער להחייאתו ולחידושו של משפט עברי, לא על צידו של

מחוקק עומדים הם אלא על צידה של הלכה, לא רווחתה של עדה מבקשים הם אלא טובתה של הלכה".²²

לסיכומו של עניין: הניסיונות החוזרים ונשנים לחיקוקה של ההלכה כדין המדינה נובעים ככל הנראה מתפיסה דתית שאין לפקפק באוטנטיות שלה, ועל פיה הדת היהודית איננה פולקלור או נטיית לב אלא מערכת חוקים שכוחה בפרטיה. ההנחה היא שבלא הטמעה בחוק, היהדות תתרדד ותהפוך מאורח חיים מדויק שסייגו קבועים על ידי משפט ההלכה למערכת נוסטלגית כפופה לכל רוח — ומכאן הערך הדתי של הכפייה. ואולם אף שמנקודת ראות אורתודוקסית ניתן להבין הלך מחשבה זה, העובדות טופחות על פנינו. ההישגים הממשיים של החקיקה הדתית ב'ביצור חומות ההלכה' במדינת ישראל דלים. ההלכות החשובות הנוגעות לדיני איסור והיתר (שאת חלקן שומרים מסורתיים רבים) אינן מוגנות בחוק. ההלכות שהוטמעו במשפט הנוהג — זעיר פה זעיר שם, טיפין טיפין, בלא כל שיטת על ותכנית מתאר עקרונית — אינן מועילות: החזיר נגיש למתאווים לו, קניונים רבים פתוחים בשבת, פיתות נמכרות בפסח ברחובה של עיר, ה'זחנתונה ברבנות' נזנחת בידי רבים ועוד ועוד. יש להודות ביושר: מאמץ ההטמעה, פרי מאבק נוקשה משך יובל, לא הוביל לעשייה דתית אינטנסיבית. גם מעשי החקיקה בתחומים אחרים שהתבססו על עקרונות הלכתיים או על מטבעות לשון שמקורן באוצרנו הטוב — דוגמת חוק השומרים, חוק איסור לשון הרע או חוק בתים משותפים — אין בהם כדי לשכנע בקיומו של בניין מחודש של מסורת עמנו באמצעות משפט המדינה. בלשונו של השופט בוק: "הנקלט היהודי נבלע בקולט הכללי, בדומה לשבע השבלים הטובות בתוך שבע השבלים הרעות, ולא נודע כי בא אל קרב".²³

חשוב להדגיש: אף שבעיניי הביקורת נגד דגם ההטמעה משכנעת ביותר, אין להסיק ממנה שכל 'חקיקה דתית' חייבת לעבור מן העולם. לא, אין כאן שינוי כיוון בטיעון, אלא הודאה במורכבות של הנושא. הביקורת חושפת את העלויות הגבוהות שבחקיקה דתית, אך אפשר שיש מצבים או נושאים שבהם התועלת שתצמח ממנה למצרף הישראלי-יהודי היא כה גדולה, שכדאי לנקוט אותה

22 חשין (לעיל הערה 7), עמ' 59.

23 יעקב בוק, "מבוא: משפט עברי בימינו — כיצד?", המשפט העברי ומדינת ישראל (לעיל הערה 13), עמ' 10.

מנקודת ראות לאומית או חברתית רחבה. כך למשל, גם מי שמתנגד בכל לב לחקיקה דתית עשוי להצדיק אותה בהקשר של גיור או של דיני גירושים, אם הוא סבור שאין דרך אחרת לשמור על קיום אחדות העם במובן הבסיסי ביותר של המילה. כמובן, אין בדברים אלו כדי לטעון שאין בנמצא דרך כזאת, אך כל עוד היא לא נחשפה ולא נתקבלה באופן רחב, ניתן לדעתי להצדיק חקיקה דתית שמטרתה למנוע קיומם של ספרי יוחסין נפרדים, שנוקם החברתי והלאומי לא ישוער. עם זאת שומה עלינו לנסות ולהבהיר את המוטיבציה הלאומית או החברתית של חקיקה זו ולהצדיק אותה על בסיס זה (להבדיל מהבסיס הדתי). נוקה יפחת אם נקפיד לוודא שהשימוש בה יהיה רק מוצא אחרון, לאחר שהוברר כי אין דרך אחרת, לאו דווקא דתית, להגנה על האינטרסים הלאומיים-חברתיים ולמימושם. או אז, בהתקיים תנאים מחמירים אלה, אפשר יהיה להצדיק את החקיקה הדתית גם מנקודת ראות ליברלית-קהילתית.

2. הדגם השני: אוטונומיה או פלורליזם משפטי

משפט המדינה חל בשווה על כל אזרחי המדינה. אין להתיר משפט לעני ומשפט לעשיר, משפט ליהודי ומשפט לערבי, משפט לקבוצה ההגמונית ומשפט לקבוצת השוליים, משפט לנשים ומשפט לגברים, משפט לבעל השררה ומשפט לנדכה. "משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה".²⁴ אינטואיציה בסיסית תובעת לא רק שוויון לפני החוק, אלא גם החלה של חוק אחד על הכול. מכאן המקובלות הרחבה של תפיסה מוניסטית של המשפט, השואפת לאחדות, לשלמות, להרמוניה ולקוהרנטיות נורמטיבית. לו נדרשה הצדקה למוניזם ולצנטרליזם אפשר היה לנסח בין היתר כך: כאשר המשפט שווה לכול, גם בעלי הכוח בחברה (למשל, המחוקק עצמו) כפופים לו, ולכן סביר שהוא לא יהיה שרירותי או פוגעני.

אולם האם מוניזם משפטי הוא ההסדר הראוי היחיד או שמא יש מצבים שבהם אפשר או אפילו ראוי להחליפו בהסדר אחר? יש הסוברים שהבחירה במוניזם המשפטי איננה הכרחית, אלא היא תלויה בהרכב האוכלוסייה במדינה נתונה. כאשר האוכלוסייה הומוגנית, אין סיבה לסטות מהמוניזם. אך כאשר היא

הטרונגנית, ויש שונות גבוהה בין מאפיינים חשובים של קהילות האזרחים, ניתן להצדיק, ואף להעדיף, תחולה של מערכות משפט שונות על קבוצות נבדלות באוכלוסייה. בישראל חיים זה בצד זה 'שבטים' החלוקים ביניהם עמוקות בהעדפות הערכיות שלהם, בהבנת המציאות, בתפיסות התרבותיות, במיתוסים ובאתוסים שהם צורכים ובשאלות גדולות שמהן אנו גוזרים משמעות. אפשר אפוא לטעון שככל שההבדלים הללו עמוקים יותר, כך גם ההחלה של המשפט האחד על ציבור הטרונגני מחמיצה יותר את ההיבט המהותי של השוויון המיחול. למשל, החרדי ממאה שערים או ביתר עילית, הערבי מכסייפה או מאום אל-פחם והחילוני מערד או ממכמורת מבינים וחווים באופן אחר היבטים נרחבים של הפעילות האנושית. אפשר הנבדל, שהקהילות שבתוכן הם חיים מייחסות למתרחש סביבן, מייצר שוני בולט באורחות החיים שלהן, ופעמים רבות הם אינם חופפים ולעתים אף אינם משיקים זה לזה. מבחינה אובייקטיבית — מבחינת ממד הזמן והמקום — בני שלוש הקהילות חיים באותה מציאות; מבחינה סובייקטיבית הם חווים ספרות קיום נפרדות. כאשר משפט המדינה — החקיקה והפסיקה — מעוצב באופן (כמעט) בלעדי בידי חברים בקהילה אחת, קהילת ההגמוניה, הוא מבטא את התכנים הייחודיים של עולמם הם אגב דחיקה שיטתית ומתמשכת של רגליו של 'האחר' — קהילות מיעוט ועולמן האלטרנטיבי. אמנם החלת משפט המדינה על בני כל הקהילות באורח אחד משמרת את הצד הפורמלי של השוויון, אך היא במהותה לא שוויונית: העמדות של הקבוצה ההגמונית מקבלות גושפנקה סמלית ותוקף מעשי כנורמה מחייבת, ואילו עמדות המיעוט מושתקות ואף מקוטלגות במקרים מסוימים כבלתי לגיטימיות. הטענה המזוקקת עשויה להישמע כך: חוק אחד לכול משמעו שמערכת אכיפת החוק של המדינה משמשת מכשיר ביצועי למימוש ההעדפות של צד אחד במחלוקת התרבותית-חברתית.

על מנת להקל את עיכולה של טענה קשה זו ולקושש בעבורה קומץ אמפטיה בקרב חברים בקהילה ההגמונית מתבקש הקורא למקם את עצמו לרגע בקבוצת מיעוט בְּזֹר הרעיוני-תרבותי המקומי. למשל, הבה נשווה בנפשנו שהקהילה החרדית היא קבוצת ההגמוניה בישראל ושלצדה מתקיימת גם קהילת מיעוט חילוני ליברלי. החרדים, נוסף על שליטתם בעיקר אמצעי התקשורת ההמוניים, בתרבות הפופולרית ובתרבות הגבוהה, במערכת ההשכלה

הגבוהה ובשאר מנופי הכוח וההשפעה, נעזרים בכללי המשחק הפורמליים של הדמוקרטיה — שעיקרם שלטון הרוב — כדי לעצב את משפט המדינה על פי דין ההלכה (נניח, ככל שהללו אינם סותרים את זכויות האדם). האם האזרח החילוני שיחיה במדינת 'שולחן ערוך' ימצא ניחומים של ממש בעובדה שדין ההלכה חל בשווה על כל האזרחים, לרבות הרוב החרדי? אין ספק שהוא ירגיש דחוי ומנוכר למדינה שמערכת חוקיה מרוחקת מעולמו שלו ומהעדפותיה של הקהילה שהוא משתייך אליה.

זוהי אפוא הטענה שבבסיס הדגם השני — דגם האוטונומיה: מוניזם משפטי איננו מייצר שוויון מהותי בחברה הטרוגנית. השוויון יושג אם נאפשר לכל קהילה ייחודית אוטונומיה משפטית, ובמסגרתה היא תוכל לעצב לעצמה את כללי ההתנהגות שהיא חפצה בהם. כמובן, ככל שהייחודיות של הקבוצה ברורה, מקיפה ותשתיתית יותר — כמו הייחוד של הקבוצה החרדית או של הקבוצה הערבית יחסית לחברת הרוב בישראל — כך גם גדלה עצמת ההצדקה לדרישה שהמדינה תאפשר ריבוי — פלורליזם — של משטרים נורמטיביים במסגרתה. פרטים המשתייכים לקבוצות הייחודיות יוכלו לבחור אם ברצונם למשטר את חייהם באמצעות ההסדרים הקבועים בספר החוקים של הכנסת, המפורשים ומיושמים על ידי רשות שופטת שמתפקדת מכוח חוק המדינה, או אם הם מעדיפים לוותר על תחולת החוק עליהם ולכפוף את עצמם, תחת זאת, לקוד אחר. הבחירה יכול שתתפרש על פני ספרות רחבות של החיים, ובכלל זה מערכות היחסים שבין אדם לחברו (המשפט הפרטי), בין אדם למשפחתו (הדין האישי), בין אדם לבין מוסדות ורשויות (המשפט הציבורי) ועוד.

לכאורה, האופציה לברור את הדין החל על פעולה משפטית מסוימת קיימת כבר היום, בהקשרים מוגבלים: כך, למשל, אם שני צדדים לסכסוך עסקי מעוניינים להכריע בו בעזרת שיטת המשפט ההלכתית הם יכולים להסכים ביניהם על פנייה לבית דין רבני לדיני ממונות. אלא שעל פי המצב המשפטי הנוהג, כפי שקבע בית המשפט העליון,²⁵ בתי הדין הרבניים, בדונם בדיני

25 ראו בג"ץ 6103/93 ס' לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(4) 591, עמ' 618-619. לדין נרחב בנושא זה ראו הרב שלמה דיכובסקי, "מעמדו של בית דין רבני בשבתו כבורר", שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 527-533; אליאב שוחטמן, "סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים שלא בענייני המעמד האישי", בראילון: ספר השנה כח-כט (תשס"א), עמ' 437-465.

ממונות, אינם עושים זאת בתוקף סמכותם כבית דין (מכוח חוק שיפוט בתי הדין הרבניים, התשי"ג-1953) אלא כבוררים בלבד (מכוח חוק הבוררות, התשכ"ח-1968). כעולה מכך ההליך כולו נעשה 'נכה': בית הדין איננו יכול לכפות הזמנה של עדים, ואין הוא יכול לתת סעדים זמניים ללא עזרת בית משפט; פסק הדין נזקק לאישור של בית המשפט, אשר אף יכול לבטלו, וכדומה. התפקוד המוגבל של בתי הדין הרבניים כבוררים יוצר לא רק קשיים מעשיים אלא גם קשיים הלכתיים.²⁶ ואמנם, חברי כנסת דתיים וחברי כנסת חרדים העלו בשנים האחרונות הצעות חוק שנועדו להעניק לבתי הדין הרבניים מעמד דומה לזה של בתי משפט אזרחיים, בהסכמת שני הצדדים, ולאפשר לקיים את פסק דינם ללא אישור של בית משפט.²⁷ הצעות אלו לא התקבלו בינתיים.

על פי דגם האוטונומיה, מדינת ישראל הריבונית תעניק תוקף מחייב לפסיקה של בתי הדין ההלכתיים (ושל מערכות שפיטה של קהילות ייחודיות אחרות) ממש כשם שהיא עושה בעניין הפסיקה של בתי המשפט. המדינה תשתמש במכשירים הממלכתיים לשם אכיפה של פסקי הלכה על מי שבוחר מלכתחילה לקבל על עצמו את מרות ההליך ההלכתי, ובכך היא תעניק תוקף בו זמני ליותר ממערכת נורמטיבית אחת. במילים פשוטות, בהקשר של תרומת ההלכה לחברה הישראלית, דגם האוטונומיה מציע להעמיד את שתי שיטות המשפט זו בצד זו.

כדי להבין טוב יותר את ההבדל בין המצב הקיים לבין המצב המוצע על פי הדגם השני, אפשר להיעזר בהבחנה הקיימת בספרות בין פלורליזם משפטי (legal pluralism) במובן של מדעי החברה (סוציולוגיה ואנתרופולוגיה) ובין פלורליזם משפטי במובן המשפטי-יוריסטי של המונח. במקרה הראשון עסקינן במצב אמפירי, ובו קבוצת אנשים חיה במסגרת נורמטיבית של ריבוי תחולה של שיטות משפט משום שהיא בוחרת בכך: למשל, יהודים ישראלים

26 לדיון והפניות ראו מיכאל בריס, "שמע בין אחיכם: בית הדין לממונות – בין סמכות לבוררות", אביעד הכהן ומיכאל ויגודה (עורכים), **גיליונות פרשת שובע** 137 (פרשת דברים), ירושלים: משרד המשפטים ומכללת שערי משפט, תשס"ד.

27 ראו הצעת חוק 2146 חוק הבוררות (תיקון): אישור פסק הבוררות במקרים מיוחדים), התש"ס-2000, שהגיש ח"כ ביבי; הצעת חוק 2994 שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תיקון מס' 2: סמכויות שיפוט בעניינים אחרים (הוראת שעה), התשס"א-2001, שהגיש ח"כ הלפרט.

שומרי מצוות (דתיים חרדים) מחויבים בעת ובעונה אחת הן למשפט המדינה הן למשפט ההלכה. פלורליזם משפטי מסוג זה הוא רק תיאור של מציאות חברתית כהווייתה, והוא נובע מתפיסתם הסובייקטיבית של בני הקהילה את עצמם כנתונים בשניות נורמטיבית. מנגד, במקרה השני, הריבון עצמו מציע תפריט של מערכות נורמטיביות שונות זו מזו לבחירתם של חברים בקבוצות שונות באוכלוסייה. הייחוד של הקבוצה, המצדיק פלורליזם משפטי, אפשר שיהיה על בסיס גאוגרפי (למשל אינדיאנים החיים בשמורה), אתני (למשל כורדים בטורקיה), תרבותי (למשל צרפתים בקנדה) או דתי (למשל מוסלמים באנגליה). על פי הדגם המוצע, מדינת ישראל תכיר בקיום המקביל של שיטות משפט אלטרנטיביות – דין הכנסת, דין ההלכה והדין השרעי – והן תחולנה על החברים המעוניינים בכך בכל אחת מהקהילות הרלוונטיות. דין הכנסת יהיה הדין השיוּרי, והוא יחדל מלהיות תקף, בתחומים ובמגבלות שתקבע הכנסת, למי שיבחר בחלופה. הכוח המעשי והכוח הסמלי של המדינה יופעלו בשווה לשם אכיפת הדין השרעי, דין ההלכה ודין הכנסת על הקהלים שיבחרו בהם.

דומה בעיניי שאפשר לאתר קואליציה מוורה, אד־הוקית באופייה, שתמוך בדגם האוטונומיה. עם חבריה הנלהבים עשויים להימנות החרדים, הערבים, הפוסט־מודרנים והקהילתנים:

החרדים מבינים כי שאיפתם לאכוף את ההלכה כדין מדינה איננה אפשרית. הם אינם מעוניינים ללכלך את ידיהם במעורבות קרובה מדי עם החילונים, במיוחד בתחום המשפט. כך, למשל, בעיתונות דווח כי הרב אלישיב, מגדולי הדור' החרדים, הורה לרב דיכובסקי, מבית הדין הרבני העליון, שלא להיענות להצעה להצטרף לבית המשפט העליון. דין המדינה הוא ערכאות של גויים, ולכן אין להכיר בו או לשתף עמו פעולה. כמו בגלות כך גם בישראל: החרדים מוכנים לפעול במסגרת דין השלטון מחוסר בררה, כאנוסים וככפויים, ובהתאם למדיניות השגורה אצלם של אי־התגרות בחוק ובתקיף. דגם ההטמעה איננו תואם את מזגם האידאולוגי, שהרי תנאי יסודי לאפשרות ההטמעה של ההלכה במשפט המדינה הוא רכישת כרטיס כניסה לזירה שבה מעוצב המשפט במשטר דמוקרטי. ברם עלותו של הכרטיס בעבור הציבור החרדי גבוהה מדי, כיוון שהיא כרוכה בהשתתפות מלאה במשחק הריבנות, בקבלה ובהפנמה של

כלליו ובקבלת אחריות בצד הסמכות. אמנם, יש להודות, בשנים האחרונות חלק מהחרדים אינם מצליחים להתגבר על יצרם, והם משתתפים במידה גוברת בניסיונות לכפייה דתית באמצעות חוקים. הדוגמה המובהקת היא תנועת ש"ס, שעל אף השתייכותה הברורה למגזר החרדי איננה מוותרת על ניסיונות לקידום חקיקה דתית. אולם בעבר ניסיונות אלו היו בדרך כלל פרי יזמה של הדתיים הלאומיים (שהחרדים רק לעתים נגררו אחריה). ודעת למבין, ניסיון למשפט את ההלכה באמצעות האורגנים של המדינה החילונית הוא סתירה פנימית באתוס החרדי, הרואה במדינה עניין מכשירי ואיננו מייחס לה ולתוצריה הנורמטיביים חשיבות מהותית כלשהי. החרדים, כמדיניות מתוכננת, מעוניינים להיבדל משאר הציבור ולהדגיש את קיומן של חומות בינם ובין שאר הקהילות בישראל.

דגם האוטונומיה ההלכתית מתאים ככפפה ליד לציבור החרדי בבחינה כפולה ומצטברת. ראשית — "סור מרע": האוטונומיה תעניק להם פטור מציות לחוקי הכנסת, שאינם על פי רוחם, ותשחרר אותם מהעול המכביד של חיים בצל ההכרעות הערכיות של מערכת בתי המשפט בישראל. בעיניהם המשפט הישראלי הוא סוס טרויאני שמחדיר גייסות של תרבות זרה מבעד לחומותיהם הבצורות. הפלורליזם יאפשר להם להרחיק את הרעה אל מחוץ למשכנותיהם. שנית — "עשה טוב": האוטונומיה ההלכתית תאפשר לחרדים לקבל אחריות על אורחות חייהם, בהתאם להשקפתם. מאחר שעל פי המוצע המדינה תיתן תוקף מעשי לפסקי ההלכה של רבני הקהילה, תצויד הפסיקה ההלכתית מחדש בכוח אכיפה משמעותי שאבד לה זה מכבר. החזרת ה'שיניים' לנורמה ההלכתית תחדש את האמון בה, תגביר את ההיזקקות לה ותאדיר את יוקרתה. בעקבות הגדלת הביקוש לנורמה ההלכתית יוגדל גם הויצע. הפסיקה ההלכתית תסתעף לתחומים נוספים, תתעשר בתקדימים רלוונטיים לתקופתנו ותתגבש, במשך הזמן, כחלופה מלאה לדין הכנסת. באחת: השאיפה החרדית להתבדלות ולהתנתקות מקבלת, באמצעות הרעיון של פלורליזם משפטי, גושפנקה רבת עצמה מהמדינה. אם עד היום נהנו החרדים מאוטונומיה תרבותית (עולם ישיבות הממומן בחלקו על ידי המדינה), מאוטונומיה גאוגרפית (מקומות יישוב נפרדים או למצער שכונות נפרדות) ומאוטונומיה חינוכית (מערכת חינוך עצמאית), הרי על פי הדגם המוצע הם גם ייהנו מאוטונומיה משפטית.

הערבים יתמכו גם הם בחלקם הגדול בדגם המוצע. אפשר להניח שהמוסלמים הדתיים שבהם יחפצו בתחולה רחבה ובאכיפה יעילה של דין השריעה על ערבים שיביעו הסכמה לכך. כמו כן סביר שחלק מערביי ישראל, השואפים בגלוי לקנטוניזציה ולשלטון עצמי כלשהו במסגרת המדינה, יעטו כמוצאי שלל רב על הצעה להיפרדות משפטית של הציבור הערבי מהרוב היהודי. יתרה מזו, גם ערבים שואפי השתלבות בחברה הישראלית והמעוניינים בדו־קיום עשויים להתפתות לאוטונומיה משפטית לקהילה הערבית ולתמוך בה, משום שהיא תאפשר להם מוצא מסוים מכפיפותם למערכת חוק שנועדה לעגן את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית. קל לראות כיצד עלולה להתגבש דעת קהל ערבית שתתמוך בפלורליזם משפטי כביטוי לצורך של המיעוט הערבי להיחלץ מכוחה הנורמטיבי הכופה של מדינת הלאום היהודי.

הפוסט־מודרנים יחברו גם הם לתומכי הפלורליזם המשפטי ודגם האוטונומיה. כידוע, המודרניזם מקדש את הרציונליות, את האחידות, את הוודאות ואת הסדר; הפוסט־מודרניזם, לעומת זאת, עוסק באמפירי, בפרטיקולרי, באי־הוודאות ובהיעדר הסדר. חשיבה מודרנית סבורה שהחוק צריך להיות פורמלי, ממסדי, מוגדר, שלם ואחיד, ולכן נדרשת מערכת מרכזית שתקבע אותו — המדינה — וערכאה שיפוטית עליונה, שתנצח על התזמורת השיפוטית כולה כדי שקולה יישמע צלול והרמוני תמיד. לעומת זאת חשיבה פוסט־מודרנית סבורה שאיננו יכולים להבנות את המערכת הנורמטיבית בדרך של כללים שהם גם רציונליים, גם שלמים וגם בלעדיים. במובן זה הפלורליזם המשפטי הוא המפתח להבנת ההיבט הפוסט־מודרני של המשפט. לדידם של הפוסט־מודרנים, המשפט הוא שיטה של סימנים שמייצגים את המציאות באמצעות מכניזם של מידה, של שיקוף ושל סימול. להסדרים נורמטיביים שונים יש מערכות סימול, מערכות מדידה ומערכות שיקוף שונות, והם מבטאים חזונות נבדלים על המציאות החברתית. לפיכך יש להתנגד למוניזם משפטי, אשר מעצים את קולה של מערכת סימול אחת ומשתיק מערכות חלופיות, ולהעדיף את הפלורליזם, אשר משמש זירה לבנייה ולביטוי של חזונות אלטרנטיביים על העולם.

הקהילתנים (קומוניטריים) רואים בפלורליזם המשפטי מטפורה המשתמשת בשפה המשפטית המסורתית לשם בירור המקום של תרבויות תת־פדרליות,

קהילות וקבוצות. הפלורליזם משחרר את הדמיון ואת היצירתיות מחשיבה מבנית כופה ומתפיסה פורמלית נְפְרִיאנית. יחסים משפטיים יכולים להיות מוסדרים לא רק על ידי דין המדינה או על ידי מוסדות רשמיים ליישוב סכסוכים, ואין הכרח במונוליתיות נורמטיבית. על המדינה לתת לכל מי שחברים במילייה חברתי את ההזדמנות לשאת ולתת בינם ובין עצמם על הסטנדרטים ההתנהגותיים שעל פיהם יחיו, על הסמלים והתכנים של החיים הציבוריים של הקבוצה, על המוסדות שיפעילו נורמות אלו וכדומה. ובאופן אחר: השלטת חוק אחיד מטשטשת הבדלים בין תרבויות, באשר היא מרוממת (לדרגת נורמות אכיפות) רק ערכים היקרים לתרבות אחת, בעוד ערכים של תרבויות מיעוט הופכים להיות אופציה בלבד, ובמקרה של סתירה אף אופציה שאינה מותרת. על פי קו מחשבה זה פלורליזם משפטי חיוני לשם שמירה על גיוון תרבותי בחברה שלנו.

החברה הישראלית הרב-תרבותית תוכל לשמר את ריבוי פניה, את אופייה המוזאיי, אם תשכיל לפתוח את שדה המשפט לפני התרבויות השונות ולא תשתמש במשפט כבמכשיר דורסני להשלטת עולם ערכים ייחודי של קבוצת הרוב.

א. המישור הדתי

מנקודת ראות יהודית-דתית לדרגם האוטונומיה השלכות סותרות. בצד הזכות אפשר להעריך ש'חזרת העטרה ליושנה' – היינו שההלכה תשוב להיות שיטת משפט מרכזית בשביל חלק מהחברה הישראלית – תפתח את השער לפני יישום (מחודש או אפילו חדש) של ההלכה בנושאים רבים יותר ובהיקף נרחב יותר מהקיים היום. קיימום של בתי דין דתיים בעלי סמכות ויכולת אכיפה, המוכרים על ידי המדינה ושואבים מכוחה, עשוי להיות מכשיר רב משקל ביצירת מערכת משפט דתית שעם הזמן תהיה מסוגלת לספק את מלוא קשת הצרכים של קהילת המשתמשים באופן מובנה, שיטתי ואחראי. הדעת נותנת שהעברת האחריות לבתי הדין לידי הקהילה, בתוספת העובדה שבתי דין אלו יתחרו עם מערכת בתי המשפט הכללית, המיישמת את דין הכנסת, תייצר תמריצים חיוביים לפוסקי ההלכה לחידושה של ההלכה ולהתאמתה למציאות.

היד הנעלמה הסמיתיאנית מייעלת כל שוק תחרותי, ובכלל זה שוק הנורמות. כמובן, במקום שיתעורר חשש מנומק לכשל שיטתי בתפקוד היעיל של מערכת המשפט הקהילתית, אפשר שהמדינה תתנה את הענקת האוטונומיה המשפטית לקהילה בעמידה בכללי סף למיניהם – כגון, כללים למינוי דיינים, לניגוד עניינים במילוי תפקיד ולעצמאות שיפוטית – שיטייבו את תפקוד בתי הדין בלי שיתערבו בתוכן פסיקתם.

אולם לדגם האוטונומיה יש גם צד חובה משמעותי, שלהערכתי מטה את הכף לשבט. אם תרומתה של ההלכה למדינה היהודית תתבסס על היותה שיטת משפט של קהילת מיעוט, היא עלולה להפוך בחלוף זמן – בתודעתם של שומרי המצוות ובתודעה הציבורית הכללית – לשיטת משפט סקטוריאלית אשר איננה נושאת באחריות לחלקים חשובים של המציאות היהודית בדורנו. אמנה בקצרה ארבעה מהלכים שליליים, מנקודת ראות דתית, שאפשר שינבעו מקבלת הדגם האוטונומי:

הראשון, הדגם האוטונומי עלול לבסס את ההלכה כשיטת משפט שאיננה רלוונטית לחייהם של רוב היהודים ושהם אינם רלוונטיים לה. המסר החינוכי, התרבותי והסוציולוגי שנובע מהדגם המוצע הוא שההלכה היא עניין פנימי של קבוצה אחת, קטנה יחסית, שומרת גחלת. תחת שתהיה נכס לאומי, תחת שתציע פשר יהודי לקיום בדורנו, תחת שתמשיך את מהלכה ההיסטורי כשיטת המשפט הכלל-יהודית, היא עלולה להיתפס כקוד התנהגות כיתתי שהשימוש בו והפיתוח שלו מסורים לידיים מונופוליסטיות. ודוק: אף אם גם כיום ההלכה נחזית בעיני רבים מהחילונים כבלתי רלוונטית, הדגם האוטונומי יעמיק השקפה שגויה זו וייתן לה גושפנקה סמלית ומעשית. יתרה מזו: להערכתך, במשך הזמן ראיית ההלכה כסקטוריאלית עלולה לקנות לה שביטה אפילו אצל שומרי מצוות. על כל פנים, המשמעויות של הוויתור על עצם השאיפה ליצור קשר בין אורח החיים ההלכתי ובין רוב מניינה ובניינה של היהדות בדורנו עלולות להיות מרחיקות לכת מנקודת ראות דתית (וכן, בוודאי, מנקודות ראות נוספות – לאומיות ותרבותיות).

השני, הדגם האוטונומי יעצים את התפיסה ההלכתית השכיחה המסתכלת על החילוני כעל אדם לא נורמטיבי, הנמצא מחוץ לתחום של 'שלומי אמוני ישראל'. עצם יצירת הגטו ההלכתי תנביע רמת ניכור גבוהה בין דתיים לחילונים

ותתרום לתחושת היבדלות בין שני המחנות. סביר להניח שהרטוריקה וההגות — ובטווח ארוך יותר גם הפסיקה ההלכתית — שילוו את תהליך הסקטוריוזציה של ההלכה, תשאפנה לייצר נאמנות של צרכני השיטה ההלכתית, ולכן היחס ההלכתי ל'אחר' עתיד להחריף ולהתחדד. התוצאה המסתברת היא הקלשה של הסולידריות הפנים־יהודית ופרימה נמשכת של החוטים המחברים בינינו.

השלישי, הדגם האוטונומי עלול להרעיל עוד יותר את מערכות היחסים שבין ההלכה למשפט. לכאורה אפשר היה לסבור שהמתח הנוכחי בין שתי המערכות הוא תולדה של העובדה שהמדינה איננה מכירה בהלכה, ולכן עם השתתת הפלורליזם המשפטי בישראל המאבק ישכך. אולם בעיניי מסתבר שתפתח דינמיקה הפוכה: אם כיום, כשהחוק הישראלי מסדיר למעשה את חייהם של החרדים ושל הדתיים והכול ניזונים ממנו, חוק זה מסווג בעיניהם, באופן בוטה ומזלזל, כ'ערכאות של גויים', בעתיד, כשהוא יהיה מתחרה ישיר לשיטת המשפט ההלכתית, מידת ההזדהות עמו תפחת ביתר שאת והיחס אליו עוד יורע. הלגיטימציה והסמכויות שההלכה תקבל מהריבונות עלולות להיות מנוצלות כמנוף כוחני להגדלת מוטת כנפי השיטה הדתית, או לשם מניעת צמצום השפעתה, מתוך הבאשה מתוכננת של ריחוק של דין הכנסת בעיני הקהל היהודי. הדגם האוטונומי מציב את ההלכה ואת דין הכנסת במסלול התנגשות ישיר.

הרביעי, הדגם האוטונומי יפטור את תופסי ההלכה מעיסוק הלכתי בסוגיות הקשורות לרשות הרבים הישראלית, לריבונות הישראלית ולמכלול השאלות הקשורות בהוויה יהודית במדינת ישראל. האנרגייה ההלכתית תופנה פנימה אל הקהילה, אל המגרש הביתי של ההלכה משך כל שנות הגלות, ותזניח את 'כלל ישראל'. להדרת ההלכה מהמדינה ולצמצום נוכחותה הציבורית תוצאה שלילית כפולה: היא תרדד את ההלכה עד כדי אבדן בתחומים נרחבים של המשפט הציבורי, והיא תהפוך את המדינה לחסרת משמעות בשפה ההלכתית. אמנם היחסים בין הדת למדינה לא ינותקו, אך הדת תהפוך גורם לא רלוונטי בריבונות הישראלית והריבונות תהיה לא רלוונטית מנקודת הראות הדתית. התוצאה המצרפית של היבטים אלו היא מימוש החזון החרדי הקלטי בדבר מערכת היחסים הראויה בין החרדים ובין המדינה הצייונית: למדינה אין ערך או משמעות מנקודת ראות יהודית ('מדינה יהודית') מלבד העובדה שרוב תושביה

הם יהודים ('מדינת היהודים'). המדינה וההלכה הן שני קווים מקבילים שאין כל סיבה שייפגשו. חשוב להבין שבשביל דתיים לאומיים (כמו בשביל חלק ניכר מאוד מהקבוצה הגדולה של המסורתניים) הדגם האוטונומי הוא תבוסה רעיונית, בבחינת שבר אידאולוגי.

ב. המישור הדמוקרטי

במבט ראשון וכללי הדגם האוטונומי תואם הלך רוח דמוקרטי: אין כפייה של הדת על החילונים, ואין כפייה של חוקי הכנסת על מי שמעוניין בחוקי ההלכה. הפלורליזם המשפטי מאפשר קיום בו זמני של שיטות משפט, זו בצד זו, בהתאם לרצונה של כל קהילה וקהילה. הוא מקדם חשיבה דמוקרטית קומוניטרית על פני חשיבה דמוקרטית ליברלית. עם זאת מבט שני מגלה שהפלורליזם המשפטי מעורר שאלות לא פשוטות גם בהקשר הדמוקרטי. בכוונתי להרחיב בעתיד בנקודה חשובה זו. כאן אגע בה רק בחטף.

מבחינה אנליטית קיומם של שני קודים של התנהגות זה בצד זה מעורר כמה אפשרויות של יחס ביניהם: הסכמה, השלמה, התעלמות או סתירה. כך, למשל, כללי ההתנהגות הקבועים בהלכה עשויים להיות זהים למשפט המדינה ("לא תגנב"); תואמים למשפט הנוהג, אף אם הם מבוססים על הנחות שונות זו מזו (ההגנה על החיים, על הכבוד ועל שלמות הגוף של האדם נקבעת בשיטות משפט ליברליות כזכות של הפרט — "אין פוגעין ב..."; ואילו בהלכה היא מופיעה כחובה המוטלת עליו — "ואהבת לרעך כמוך"); שונים מהחוק, אף אם הם מבוססים על הנחות דומות ("לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר"); לְבַר־חוקים (מצוות הנחת תפילין); או אפילו מנוגדים לחוק באופן חד וברור (מצוות הריגת גוי במצבים מסוימים, לפי דעות קצה).

בגלל היעדר החפיפה בין הקודים החלופיים עלול פלורליזם משפטי להיות לקוי בתפקודו היום יומי אם לא תיקבע הייררכייה ברורה בין המערכות החלופיות. בהיעדר תיאום, הפלורליזם המשפטי עלול להצטייר כמתכון לכאוס נורמטיבי. כשם שהתנועה בכביש איננה יכולה להיות מכוונת על ידי מערכת רמזורים שאין סינכרוניזציה בין מרכיביה; כשם שהשליטה בתנועתו של עצם איננה יכולה להיות מושגת כאשר מופעלים עליו כוחות בעצמות ובכיוונים

שונים; כשם שצלילה של תזמורת איננו יכול להיות נקי ומדויק אם נגניה מצייתים בעת ובעונה אחת להוראות של כמה מנצחים עצמאיים — כך גם קיומן של מערכות נורמטיביות בלתי תלויות, שמקורן במקורות סמכות שונים והפועלות באמצעות מוסדות שונים, סביר שיביא לתוהו ובוהו נורמטיבי.

במענה לקושי זה אפשר להציע כמה דרכים: דרך אחת, לקבל את קיומה של הייררכייה עקרונית וליישם אותה בדרך שמותירה מקום נרחב לשיטות משפט חלופיות. ואמנם, אנו רגילים לזהות מדרג הייררכי בין מערכות נורמטיביות ולתת לו משמעות מעשית: הסכם בין עובד למעביד שסותר חוקי בטיחות בעבודה שחוקקה הכנסת איננו תקף; נוהג משפחתי או קהילתי שהבעל מכה את אשתו בטל מפני חוק המדינה האוסר זאת; תקנון של חברה מסחרית הקובע כי מותר לנושא המשרה להפר את חובת האמונים כלפי החברה בטל משום שהוא סותר את מצוות חוק החברות וכדומה. ובהקשר שלנו אפשר לגרוס שההכרה בדין הקהילה, ומתן האוטונומיה לו, תתאפשר מכוח ההסכמה של דין המדינה ובמסגרת התנאים, המגבלות והקריטריונים שיקבע דין זה. למשל, ייתכן שדין המדינה יסמוך את ידו על דין ההלכה — אף אם הוא סותר נורמה שמקורה בחקיקה רגילה של הכנסת (או בתקינה מכוחה) — אך לא יסכים להכיר בדין הדתי ככל שהוא סותר את חוקי היסוד של מדינת ישראל או אמנות בין-לאומיות שישראל אשררה. במקרה של מחלוקות בדבר עצם הסתירה או באשר לחשיבות היחסית של נורמות סותרות נדרש מוסד שימש מעין מסלקה נורמטיבית שהכרעותיה תהיינה מקובלות על החברים בכל הקהילות כולן. אך טבעי להפקיד סמכות זו בידי בית המשפט העליון של המדינה.

דרך שנייה איננה מקבלת את הצבת דין המדינה ודין הקהילה בהייררכייה כלשהי, ואף איננה מכירה בקיומה של הבעיה שהוצגה לעיל: על פיה, ההיפותזה הפלורליסטית סבורה שהתנהגות 'בלתי חוקית' — למשל הכאת האישה בידי בן זוגה כשהיא איננה מצייתת לו — איננה ביטוי לכישלון של אכיפת חוק המדינה או למרי אזרחי כלפיו, אלא היא ביטוי או רפלקסייה של תפיסה חלופית של נורמטיביות. הלגיטימיות של מעשה או של מחדל, התפיסה של שלטון החוק וההצדקה המהותית של התנהגות כלשהי אינן נמדדות על פי סרגל פורמלי כלשהו שהמדינה קובעת, אלא על פי הסרגל האלטרנטיבי שכל קהילה וקהילה בוחרת לעצמה.

חוקה על הקורא שהוא מבחין בסכנות הצפויות למי שהולך באופן עיוור בדרך השנייה, אשר איננה מציבה גבולות לפלורליזם ודוחה עקרונית כל הכוונה או הכתבה של כללי התנהגות לקהילות מיעוט. האם למען שמירה על ריבוי הפנים של החברה בישראל אנו מוכנים להתיר כל סטנדרט של התנהגות בתוך קהילת מיעוט אוטונומית, לרבות זה הנוגד את זכויות האדם הבסיסיות ביותר או את המוסר הטבעי (גם אם הוא אכן מבטא את המסורת האוטונומית והבלתי שנויה במחלוקת של אותה קהילה)? ובאופן קונקרטי: האם רצח למען שמירה על כבוד המשפחה או ברית מילה לנשים (בקהילה הברדוית) או שלילת הזכות להינשא ממי שאמו ילדה אותו בעת שזנתה תחת בעלה או הטלת עונש חמור על הומוסקסואלים (בקהילה היהודית הדתית) יקבלו הכשר במדינת ישראל מכוח הפלורליזם המשפטי?

באופן כללי נדרש מענה לקשיים הנובעים מן הדברים האלה: (1) מעצם קיומם של מקורות סמכות שונים במדינה דמוקרטית; (2) מהצורך לקבוע דרכי השתייכות והצטרפות לקהילה ודרכי נטישה שלה, שתהיינה בלתי מתערבות מצד אחד, אך גם ליברליות דיין לאפשר לפרט בחירה של ממש מצד אחר; (3) מנקודות ההשקפה, החיכוך והסתירה בין הערכים לבין התכנים של השיטות המשפטיות המתחרות; (4) מסכסוכים ואינטראקציות חוצי גבולות קהילתיים, ועוד כהנה וכהנה. שאלות חשובות וקשות אלו עומדות במרכזו של שיח מקצועי שלא זה המקום לפרט ולנקוט בו עמדה, אך ברור שהמצדדים בדגם האוטונומי חייבים לתת להן את הדעת מנקודת הראות הדמוקרטית.

ג. המישור התרבותי-חברתי

יתרונו של הדגם האוטונומי בעיני התומכים בו הוא בתקווה שהוא מצמיח לשביתת אש מסוימת ביחסים שבין דתיים לחילוניים. הדתיים מקבלים את תמיכת המדינה בניהול חייהם במסגרת הקהילתית, ובתמורה הם מוותרים על השאיפה להתערב בחייהם של אחרים. מועורה של הכפייה משני הצדדים הוא חיובי לגופו, ויש בו פוטנציאל להקטנת המתח הכבד שבין דת למדינה בישראל. ובאופן ממוקד יותר: הדגם האוטונומי מסלק מעל פנינו חלקים נרחבים של השניות הנורמטיבית: כל אחד חי בצלה של שיטה נורמטיבית אחת, לפי בחירתו, ובכך מייצר קיום נינוח יותר של כולנו כאן.

אלא שהמחיר של נינוחות זו כבד: החברה הישראלית מפוצלת ומפורדת. מקובל לכנותה סקטוריאלית. המתחים בין חלקי האוכלוסייה רבים, והסעים לא רק עמוקים אלא גם כרוניים. בעקבות המחלוקת המתמשכת ומרובת הפנים מתערער והולך לא רק החוסן הלאומי שלנו, אלא גם עצם הזהות היהודית של המדינה. עד עתה היו לסקטוריאליות פנים רבות, אך לא פנים משפטיות. הדגם האוטונומי המוצע יפעיל כוחות צנטריפוגליים נוספים על המרקם החברתי הישראלי. למעשה מדובר בהפרטה של המשפט שתוצאתה ההכרחית היא התרופפות נוספת של הלכידות החברתית וחיזוק האלמנט השבטי על חשבון הסולידריות.

הדגם האוטונומי עלול להפוך את הניסיונות לדיאלוג בין-תרבותי למיותרים. אם כל קהילה מנהלת את חייה בנפרד, על פי קוד התנהגות ייחודי שקובעים לה מוסדות פנימיים, אין מקום לחפש הסכמות בין הקהילות ובטל הצורך לחתור ליצירה של מכנים משותפים. כל קהילה תתמלא מחולייתה, ושיח הזהות הכללי יגוע. לטווח הארוך תהליך זה עלול להחריף שאלות של זהות לאומית, לערער את תחושת האחיות המשותפת ולהפוך את המחלוקת ואי-ההסכמה למצב של שיווי משקל מתמשך.

זאת ועוד: אפשר לחשוש שכראקצייה להתבדלות האוטונומית של הדתיים, יתגברו הקולות החילוניים שיבקשו לעקר את דין הכנסת מהשפעה דתית. אם כך יהיה, מן הדין לתת את הדעת לשורה נוספת של סכנות, שהן תולדה של הפרטת המשפט: למשל, ניהול ענייני המעמד האישי של יהודים שאינם שומרי מצוות שלא על פי ההלכה, מתוך התנכרות לרגישויות האופייניות לה, עלול להוביל לחציית העם היהודי לשתי קבוצות, באופן שבניהם ובנותיהם של האחת (הדתית) לא יוכלו להינשא למי שנמנים עם הקבוצה האחרת. הכרעות בדבר כניסה לעם היהודי (גיור) והשתייכות אליו (מיהו יהודי?) באופן שאיננו מתיישב עם ההשקפה הדתית יחזקו גם הן את הנטייה לניהול ספרי יוחסין נפרדים, ותוצאתן בכייה עד סוף הדורות. ויתור על קביעת אופי מיוחד לשבת באזורים חילוניים — כתגובה לסגירתם המוחלטת של אזורים דתיים לתנועה (פרטית וציבורית) בשבת — עלול לגרום להגירה הדדית של תושבים באופן שייצר לבני הקהילות 'מקומות מושב' נפרדים, מקומות עבודה נפרדים, מקומות קנייה שונים ועוד. כמוכן, ההקפדה ההדדית על שמירה מלאה של השבת מכאן

ועל חילולה המלא משם תפגע בזכויות האדם של חברים בשתי הקהילות גם יחד (למשל, חופש התנועה, חופש העיסוק והזכות לקניין).

לסיכומו של עניין: דגם האוטונומיה עדיף בעיניי מדגם ההטמעה באשר הוא מאפשר יישום נקי של ההלכה, מעצים את כוחות ההתחדשות שלה (אף כי באורח מוגבל ונכה) ונמנע מהחלה כפויה של ההלכה על מי שאיננו מעוניין בה (אף שכאמור, שאלות עקרוניות חשובות עדיין זוקקות פתרון). עם זאת אין בידי להמליץ עליו באשר הוא מחייב אנשים כמותי לוותר על חונם הדתי, החברתי-תרבותי והלאומי. פלורליזם משפטי עלול לשנות את אופייה של ישראל ממדינה יהודית ל'מדינת כל קהילותיה'. כליאת הדת במסגרת הקהילתית, שהיא תוצאה מסתברת של פלורליזם משפטי, עלולה להרחיק אותה מעמדת השפעה על השיח הישראלי הכללי ועל עיצוב רשות הרבים ובכך לצמצם את האלמנטים האקטיביים של הזהות היהודית של המדינה ולשחוק אותה.

הדגם האוטונומי נותן מענה לשאיפות של קבוצות קצה מצדדים שונים: החרדים מקבלים חלקת אלוקים דתית קטנה אך מוגנת; הערבים מחזקים את ייחודם הדתי-תרבותי בתוך המדינה היהודית. אליהם מצטרפות, כאמור, קבוצות של פוסט-מודרנים ושל קהילתנים. עם זאת נראה לי שחלק הארי של הציבור בישראל איננו מעוניין בתוצאה המסתברת של הפלורליזם המשפטי. הבולטות התקשורתית והתפקיד הפוליטי המרכזי של קבוצות הקצה הם סימפטום לאופייה המשברי של החברה הישראלית, אך אסור לטעות במחשבה שאלו מייצגות את עמדת הישראלים עצמם. כך, למשל, בניגוד לעמדה המוכרות של רבניו, רוב הציבור הדתי איננו חווה את מערכת המשפט והחוק בישראל כערכאות של גויים, ואין הוא מעוניין בסילוקם של ערכים ליברליים מהמערכות המסדירות את חייו. אפילו יש לו ביקורת, לעתים חריפה, ואפילו הוא חש לעתים מאוכזב ואף מרומה, ציבור זה רואה במשפט הנוהג מכשיר חשוב וחיוני מאין כמוהו לשמירה על איכות חייו ולהגנה על מערכות הערכים הקרובות ללבו. ומנגד רוב הציבור המסורתי והחילוני איננו מעוניין לראות בישראל דמוקרטיה מערבית ליברלית חסרת ייחוד יהודי. אף אם ציבור זה ביקורתי כלפי ההלכה ואף אם יש לו 'בטן מלאה' על הכפייה הדתית ועל שלטון המיעוט ברוב, חלק גדול מאוד ממנו מעוניין בשמירה על הזהות היהודית של המדינה ובמציאת הסדרים חברתיים סבירים שבמסגרתם תישמר זהות זו.

3. הדגם השלישי: השראה או ביקורת

הדגם הביקורתי איננו מציע 'דרך אמצע' בין הדגמים הקודמים, אלא הולך בדרך חדשה ושונה לחלוטין. הוא מודע לכשלים המרכזיים שחשף הניתוח של שני הדגמים הקודמים ומתרחק מהם: שלא כמו דגם ההטמעה, הדגם הביקורתי מתנגד לכל כפייה דתית ולכל ערמומיות וכוחנות ביחסים שבין ההלכה ובין הציבור היהודי הכללי. שלא כמו הדגם האוטונומי, הוא איננו מסתפק בהצבת ההלכה כשיטת משפט סקטוריאלית, זניחה מבחינה כלל-ישראלית, ואין הוא מוכן לוותר על השאיפה להשפעה ממשית של שיטת המשפט היהודית ההיסטורית על המדינה היהודית הנוכחית.

הצד המשותף לשני הדגמים הקודמים הוא שהם מתייחסים אל ההלכה כאל שיטת משפט דתית גרדא. הדגם הביקורתי, לעומתם, מזהה בהלכה שני רבדים מצטברים:

בראש ובראשונה זו שיטת משפט דתית, מבחינת התודעה של אלו שייצרו אותה ושל המשתמשים בה, בכל גלגוליה ההיסטוריים ובהווה. כעולה מכך האחריות המלאה לשימורה, לפיתוחה וליישומה מוטלת על שכמם של בעלי הסמכות הדתית — פוסקי ההלכה. שמירת הנורמות ההלכתיות היא עניין שבין אדם לעצמו, בהתאם להשקפתו ולאמונתו הדתית. למדינה היהודית הראלית, המבוססת על מקורות סמכות חילוניים, אין סמכות ואין אחריות בקידום סדר היום ההלכתי. מנקודת הראות הדתית נדרשת הפרדה חדה וברורה בין שיטת המשפט ההלכתית ובין שיטת המשפט הישראלית. הכנסת ובתי המשפט אינם זירה רלוונטית ליצירת זיקה בין ההלכה הדתית, בהיותה כזאת, ובין המשפט הנוהג במדינת ישראל.

ברם, כאמור, ההלכה היא רב-רובדית. מעבר למשמעות הדתית-תאולוגית שלה, צפונה בה גם משמעות תרבותית חשובה. מבחינה אינטלקטואלית ספרות ההלכה היא המדף המרכזי והבולט של ארון הספרים היהודי. מבחינה רוחנית היא התבלין החריף שתרם לעיצוב הנפש היהודית לדורותיה. מבחינה התנהגותית היא מפת דרכים מפורטת שמכוחה ולאורה התנהלו אורחות החיים של יהודים בכל התקופות, בכל המקומות, בכל המצבים. זוהות היהודית לדורותיה ולגוניה, הזיכרון היהודי ההיסטורי, התודעה היהודית הקולקטיבית

והיחוד הציוויליזטורי היהודי — כולם שזורים, ארוגים ומנומרים הלכה. ברור ששיטת משפט, מרכזית ככל שתהיה, איננה ממצה את התרבות שבה היא מתקיימת, ולכן תיתכן תרבות יהודית נטולת השפעה הלכתית. אך הדומיננטיות של ההלכה בתרבות היהודית היא כה משמעותית, שסילוקה מעל סדר היום של היהדות הישראלית עלול להותיר אותה חסרת עומק, דלת שפה, קטועת הקשר, מנותקת מאופקי העבר העשירים שלה.

הדגם הביקורתי, בניגוד לשני קודמיו, איננו מצפה שההלכה, בתפקודה כשיטת משפט דתית, תתרום למשפט הישראלי. במדינה שרוב אזרחיה אינם מזדהים כדתיים, לנורמות הדתיות, בהיותן כאלה, אין מקום בספר החוקים. אלא שהדגם הביקורתי איננו מסיק מהאמור לעיל שההלכה איננה רלוונטית למשפט הישראלי. אדרבה, כפי שיוסבר להלן, להלכה במשמעותה התרבותית שמור תפקיד חשוב במדינת ישראל החילונית, שרוב אזרחיה קרובים אצל המסורת היהודית ושואבים ממנה חלקים חשובים של זהותם. עמדה כללית זו הושמעה כבר בעבר מפי רבים, חילונים²⁸ כדתיים²⁹, וכל אחד מהם פירש אותה בדרכו ועל פי טעמו.³⁰ הדיון כאן מצטרף לקולות אלו — אף אם מפאת קוצר היריעה איננו משוחח עמם — מתוך העלאת הצעה לדרך פעולה קונקרטיה ברוח האמורה.

אתאר תחילה את התרומה האפשרית והרצויה של ההלכה למשפט הישראלי על פי הדגם הביקורתי; לאחר מכן אציג את הדרך שבה אפשר

28 ראו, למשל, דבריו של הנשיא אגרנט בע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141: "בעל כרחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קנינה המיוחדת, כחלק מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירושו של דבר, חוק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום נושא הוא אופי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם" (עמ' 177).

29 כך, למשל, קובע השופט אלון: "לא השאיפה להישגים דתיים מנחה את חוקרי המשפט העברי ודורשי שלומו, אלא הרצון העז והבריא של הישגים משפטיים למערכת משפטית של מדינה עולתי-ימים — הישגים הנשאבים ממורשת משפטית ותרבותית עשירה ומופלאה, שהיא המורשת של בני המדינה היהודית ואזרחיה" (מנחם אלון, "עוד לעניין חוק יסודות המשפט", שנתון המשפט העברי יג [תשמ"ז], עמ' 252-253; ההדגשות במקור).

30 לתיאור עמדות שנשמעו טרם קום המדינה ראו אסף לחובסקי, "משפט עברי ואידאולוגיה ציונית בארץ ישראל המנדטורית", מנחם מאוטנר, אבי שגיב ורון שמיר (עורכים), רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל, תל אביב: רמות, תשנ"ח, עמ' 633-659.

למשל וליישם את ההצעה במציאות; לבסוף, כמו בדגמים הקודמים, אציג את ההשלכות של הדגם הביקורתי בתשקופת המשולשת: הפנים־דתית, הדמוקרטית והתרבותית־חברתית.

א. תרומת ההלכה

חקר הקשרים הפנימיים שבין משפט ובין חברה מפרנס תחום דעת שלם. אלו קשרים מורכבים, והם נוגעים לסולם הערכים, לעולם הרעיונות, לתרבות ולזהות של החברה שבה המשפט מתקיים.

העובדה שמערכות משפט של מדינות שונות מגיעות לתוצאות לא אחידות, לעתים הופכיות, כשהן דנות בדילמה כלשהי, מלמדת לפרקים על קיומה של 'רוח' אחרת בכל אחת מהמדינות הללו. בחירה נורמטיבית, אפילו היא מתחזה למקצועית־ניטרלית ולכן מחויבת־מציאות, היא בחירה ערכית המבטאת סדרי עדיפויות מוטי אידאולוגיה. בהינתן דילמה זוקקת הכרעה, המערכת המשפטית אמורה לקבל שורה של החלטות שקובעות מהן העובדות הרלוונטיות, מהם האינטרסים המעורבים, על פי איזה קריטריון יש למשקל כל אחד מהם ולאזן ביניהם, מהם יעדי המדיניות שיש לקדם וכדומה. כל אחת מההכרעות המתקבלות במהלך זה מבטאת את ההעדפות הערכיות של המוסדות המחליטים — בית המחוקקים ובית המשפט.

מוסדות אלו מעוניינים לעתים להגיע לתוצאה המשקפת את ההעדפות הקיימות של החברה שבה הם מתקיימים, ולעתים הם מעוניינים לעצב אותה בדמות שהיו רוצים שתלבש. חקיקת הכנסת — בחלקה היא משחזרת את הנורמות המקובלות בפועל בחברה, ובחלקה היא קובעת סטנדרטים חדשים על מנת לקדם השגתם של יעדים מקוים מכל מיני סוגים. הוא הדין באשר לבית המשפט. פעמים הכרעה שיפוטית נועדת לשקף את המוסכמות בחברה, ופעמים היא מעוניינת להוליך לשינוי. הצטברות של הכרעות מהסוג הראשון תאפיין את בית המשפט כפסיבי; הכרעות משמעותיות מהסוג השני תסווגנה אותו כאקטיבי. כך, למשל, אלו הטוענים לקיומו של אקטיביזם של בית המשפט העליון הנוכחי בישראל סבורים שהוא משמש גורם מנחה, עמוד אש לפני המחנה, בסבך השאלות הערכיות שהחברה הישראלית מתמודדת עמן. בין כה וכה — וזה העיקר כאן — המשפט, ביומרתו להכריע בדילמות אנושיות מגוונות,

משמש נקודת תצפית חודרת על החברה שבה הוא מתקיים. ככל שמערכות המשפט במדינה כלשהי פסיביות יותר, כך גדל הערך של המשפט שנוצר בה כספק של תמונה צלולה יחסית על האמונות והדעות המקובלות בה. ככל שהן נוטות לאקטיביזם משפטי, כך גדל הערך של המשפט כמורה נבוכים להבנת הכיוונים התרבותיים והערכיים שהמדינה שואפת אליהם ושלאורם היא עשויה להתעצב.

ומהכללי למקומי: רבים סבורים שהציבור בישראל נוטה להצביע על המשפט ועל בתי המשפט כעל מקום מרכזי שבו אמורים להתגבש תעודת הזהות הישראלית וערכי היסוד של האדם ושל המדינה. מרכז הכובד של החברה הישראלית ולג בדור האחרון מהאידאולוגיה אל הפוליטיקה ומהפוליטיקה אל המשפט. בלשון אחרת: התהליך מאופיין כמעבר משיח של זהות — שאמור להתנהל בשוק הרעיונות ובזירה הציבורית — לשיח של זכויות — המתנהל באמצעות הכרעות שיפוטיות. הנהייה אחר מענה משפטי על שאלות יסוד המעצבות חברה, תרבות וזהות היא נחלת הכול, לרבות פוליטיקאים, עובדה המעצימה כמובן את חשיבות המשפט בישראל.

החברה הישראלית עשויה שבטים שבטים. כמוה כרכבת מרובת קרונות האחוזים זה בזה. לכל קרון צבע משלו, נוסעים ייחודיים, טעמים וריחות פרטיים. כל קרון הוא טריטוריה תרבותית־חברתית נפרדת, שמקושרת באמצעות דלת חבוטה, בדרך כלל תקועה, מעל פסים דוהרים, לשאר הקרונות שברכבת הרב־תרבותית. הרכבת מיטלטלת במרחביה של מציאות משברית; דרך מרובת צמתים ומסילות, שעליה לבחור ביניהם לעתים קרובות. הקטר הרעיוני של רכבת החברה הישראלית מופקד, במידה רבה, בידי מערכת המשפט. תפקיד ההנהגה נמסר לה — לאו דווקא ביזמתה ולא דווקא לטובתה — עקב כישלון מתמשך של גורמי ההנהגה הטבעיים במילוי תפקידם. כך יוצא שמערכת המשפט הישראלית מקבלת עליה את המשימה של בחירת הפסים התרבותיים שעליהם תיסע הרכבת (ואת אלו שעליהם תפסח), את ההכרעה בין מסילות מתפצלות על רקע אידאולוגי, וגם, לעתים, את היעדים ארוכי הטווח של המסע המתמשך. אמנם נהג הקטר מסתכל בדרך כלל קדימה, אך הוא חייב להביט מדי פעם אחורה, כדי לוודא שהרכבת כולה — החברה — מחוברת אליו, כך שהמסע לא יהיה אישי או סקטוריאלי אלא ישרת את הציבור כולו. מערכת

המשפט הישראלי עושה מאמצים גדולים לעמוד במשימה הכפולה של קבלת הכרעות שוטפות בדבר הכיוון הנכון מתוך התחשבות מתמשכת ברצונות המסוכסכים של כל הקרונות הנגררים, שאם לא כן הרכבת עלולה להיפרם חרוזים חרוזים במי מהצמתים. האנרגייה המזינה את הקטר והמאפשרת לו לעמוד במשימה הרקולסית זו, שאיננה טבעית לו לאורך זמן, היא אמון הציבור היושב בקרונות.

לנוכח זה נודעת חשיבות יתרה לבדיקת תוכנו של המשפט המקומי. מהם מקורותיו? לאילו השפעות הוא חשוף? מהו המטען התרבותי, האינטלקטואלי והזהותי שבתרמילם של האישים המעצבים אותו? מיהם המורים המנחילים אותו לדורות צעירים של משפטנים? מהתשובות על שאלות אלו אפשר יהיה לסרטט את הפרופיל הקבוצתי של אחד הכוחות המובילים והמשפיעים ביותר בחברה הישראלית.

כידוע, בראשית הושפע המשפט הישראלי באורח בולט מהמורשת הבריטית המנדטורית (שבתנאים מסוימים אף חייבה את המשפט הישראלי להסתמך על פסיקה אנגלית) ואף מפירורים שנשרו אלינו מעל שולחנה המתערער של האימפריה הטורקית העותמאנית. עתה, בחלוף למעלה מיובל שנים לעצמאות ישראל, נגמלנו בדרך כלל מהשפעות אלו. החוק הישראלי המודרני הוא, בחלקים גדולים, חוק מקורי במובן זה שהוא נחקק בכנסת לאחר הפעלה של שיקול דעת עצמאי של מומחים מקומיים. גם מקורות הסמך של בית המשפט העליון מבססים תמונה של העדפה בולטת של אזכורי פסיקה והגות ישראלים על פני מקורות אחרים.³¹ עם זאת ההתרשמות הכללית היא שהמשפט בישראל נתון להשפעה גוברת והולכת של שיטת המשפט האמריקנית, הרבה מעבר למספרים הסטטיסטיים בדבר מקורות הסמך. האמריקניזציה של המשפט היא חלק מתהליך רחב יותר של כבישת היבטים ייחודיים של תרבויות קטנות לנוכח ההגמוניה הכללית של התרבות האמריקנית. מה שקורה לתקשורת, לאמנות, לטעם, לשפה, לפנאי — קורה גם למשפט. בכפר הגלובלי יש גביר, ונוכחותו הופכת להיות דומיננטית גם בבקתת המשפט.

31 ראו יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון: ניתוחים כמותיים", **משפטים** כו (תשנ"ו), עמ' 119–217.

מיפוי וכימות של השפעות המשפט האמריקני על המשפט הישראלי הם משימה חשובה ולא פשוטה שאותיר בידי אחרים. אך גם בהיעדר נתונים אפשר לקבוע כי הפוטנציאל המלא של ההשפעה האמריקנית על המשפט הישראלי רחוק ממיצוי. עתידו עדיין לפניו. כוונתי לעובדה שרוב גדול של המורים והחוקרים של המשפט הישראלי, בניו ובנותיו של הדור הבינוני והצעיר, הם בוגרי אוניברסיטאות עילית אמריקניות. שם עוצב הפרופיל המקצועי הבוגר שלהם. הם מפרסמים את מחקריהם בעיקר שם, נוסעים לשבתונים לשם, ואפילו קידומם המקצועי תלוי בחוות דעת של מומחים משם. המוכשרים והמשפיעים שבמשפטנים הישראלים האקדמיים חיים על פי הכלל "אני במורח ולבי (המקצועי והתרבותי) בסוף מערב". כנגזר מכך תכניות הלימודים בבתי הספר למשפטים שבין נחל התנינים לנחל שורק דומות לאלו שנהוגות בבתי הספר הפוזורים בין נהר הצ'רלס לנהר ההדסון. חומרי הקריאה, התכנים הנלמדים, דמויות המופת, הגדרת האיכות ואפילו השפה — כולם מיובאים משם. מצד אחד מדובר בחיקוי של מערכת מקצועית מפוארת שראוי לנו להסתפח אליה, באשר היא משבחת את הרמה המקצועית המקומית. אלא שמצד אחר מדובר בתהליך של התחברות עם המשפט האמריקני — הכולל לא רק אריזה וסגנון, אלא גם תכנים, ערכים והשקפות שמועברים לדור שלם של משפטנים צעירים — שהם קהל שבוי שלו בבתי הספר למשפטים. הנה כי כן, דור העתיד של המשפטנים המקומיים, שמהם יבואו השופטים, עורכי הדין וחלק ניכר מהמחוקקים, גדל על ברכי השיטה האמריקנית וספוג בה.

המשפט האמריקני מבטא, כמובן, בחירות ערכיות קונקרטיות. משוקעת בו דרך החיים והתרבות האמריקניות. אם למשל התרבות האמריקנית מקדשת את הפרט, מעלימה את הקהילה ורואה במדינה, בהקשרים מסוימים, סכנה, מערכת המשפט שלה משקפת יחס זה. אם רשות הרבים האמריקנית נתפסת בחברה האמריקנית כמרחב ניטרלי, ריק מאופי כלשהו, המשפט האמריקני הוא האמצעי למימוש תפיסה זו. אם לאדם האמריקני אין חובות, אלא רק במידה שהן נועדו לממש את הזכויות שיש לוולת כלפיו, חוקה על המשפט שם שהוא יעוצב בדרך שתקדם שיח זכויות ותסכל שיח של חובות. אם ערכים של יעילות חשובים בארצות הברית עד כדי פגיעה בהגינות, יימצאו הסעיפים שיעגנו זאת כנורמה מחייבת בהקשרים מגוונים. אם הדמוקרטיה לובשת בתרבות ובחברה האמריקנית מלבושים ליברליים מסוג מסוים, המשפט יידחק אל מחוץ לנורמה

של פרשנויות חלופיות לאורח החיים הדמוקרטי. אם הקפיטליזם האמריקני מונחה להעדיף אינטרסים של בעלי הון על חשבון אינטרסים של אחרים, כגון ספקי תשומות עבודה, המשפט שם מקדם סדר העדפה זה. אם האתוס האמריקני סולד מהטלת אחריות על המדינה לרווחה של הפרט, המשפט הוא סוכן ביצוע מרכזי לסיכול מדינת הרווחה. דוגמאות מעטות (אך חשובות) אלו מבהירות כי ככל שהמשפט בישראל מושפע, במישרין ובעקיפין, מהמשפט האמריקני ומפנים את דרך החשיבה שלו ואת הפתרונות שלו לדילמות הקיומיות, כך אנו מביאים על עצמנו השתעבדות מרצון להעדפות של אחרים, שלא תמיד אנו בודקים את התאמתן לחברה שלנו. ואמנם, לדעתי, כבר היום המשפט הישראלי מציע לציבור בישראל הצעה לחיים טובים המבוססת במידה לא מבוטלת על הדרך שהחברה האמריקנית מגדירה חיים אלו. המערכת הנורמטיבית בישראל משמשת מנחה חברתית, מתווכת תרבותית, שמבצעת הגברת קול של האתוס ושל עולם הערכים האמריקני בשוק הרעיונות הישראלי. עלינו להיות ערים לחשש שתוכני המשפט, תורת המשפט והמטה-משפט של הנוהגים בקטר החברה הישראלית יושפעו בעתיד מתרבות זרה.

על רקע זה אפשר להבין את המשמעות ואת החשיבות של התביעה לפתוח את שיטת המשפט המקומית להשפעות של קולות תרבותיים מגוונים. אחד מהם – מרכזי לטעמי – הוא הקול היהודי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בשיטת המשפט הקלסית של התרבות היהודית לדורותיה. ההלכה, נשאת גנום היסוד של התרבות היהודית, משקפת את דרך החיים היהודית, מגדירה בפרטיה את העולה מהזיכרון ההיסטורי היהודי, מבטאת את האידאליים הייחודיים לנו ומסדירה את החברה היהודית על פי הפרופיל הערכי הטבוע בה.

אין לכחד: האתוס הפנימי של ההלכה איננו שש לעשות את ההבחנה בין הרובד הדתי שלה ובין הרובד התרבותי-חברתי שלה. בשביל חלק מהדתיים בחברה הישראלית עצם יצירת ההבחנה מעוררת אי-נחת. ברם עובדות אלו אינן מחייבות את מדינת ישראל ואת הרוב החילוני בה. הללו רשאים לבחון את ההלכה במנותק מהרובד הדתי שלה. כך, למשל, בכל אחד מהנושאים שהוזכרו לעיל באשר להעדפות האמריקניות, להלכה יש הצעה שונה. גם מי שמנוכר לדת ורוצה לצרוך את משפט ההלכה שלא על בסיס תאולוגי יכול להתחבר לתשובות ההלכתיות באשר למקומה של הקהילה, לחובות של הפרט,

לחשיבותה של ההגנות, לצביונה של רשות הרבים, לחשיבה קומוניטרית, לסולידריות או למדינת רווחה. וראוי להדגיש: אף שמסגרתו המצומצמת של מאמר זה איננה מניחה להדגים בפרוטרוט את ההשפעות האפשריות של דגם ההשראה המוצע על המשפט הישראלי, שורת הסוגיות החשובות שנמנתה יכולה לשמש מתאבן הולם לנושאים מרכזיים שמן הראוי שיעמדו לפתחנו בכל דיון עתידי בתרומתה של ההלכה למשפט.

הפערים הגדולים שבין ספר החוקים של מדינת ישראל ובין הקוד ההלכתי מלמדים על קיומן של שתי הצעות שונות של חיים אידאליים. בעבר, ברמה הציבורית, ההצעה היהודית המסורתית נדחתה משום הדגל של 'המרד הקדוש' שביקשו להניף ראשי התנועה הציונית. התורה שבעל פה, שממנה נגזרת ההלכה, נתפסה כביטוי לתרבות גלותית שאיננה מתאימה ליהודי החדש. כיום ההצעה המסורתית מושתקת, ככל הנראה משום השפעותיו המזיקות של דגם ההטמעה שתוארו לעיל. אך אין להסיק מהשתלשלות מצערת זו שההלכה היא חסרת ערך למדינת היהודים ושהנחתה בקרן זוית היא מצב הכרחי של שיווי משקל. בעבר וכיום הציבור הישראלי והנהגתו, לרבות זו המשפטית, לא פנו לעיין בהלכה לגופה על בסיס שיקול דעת ענייני שבוחן את התאמת ערכי היסוד שלה — שלא על בסיס דתי — לתרבות הלאומית שלנו. אני סבור שוויתור של הציבור הדתי על הטמעת ההלכה במשפט, ולצדו ויתור חרדי על השאיפה שההלכה תקבל אוטונומיה בקהילותיו, עשויים להוביל את החברה היהודית בישראל — עם חלוף הזמן וכשתעלה ארוכה לפצעי החיכוך רב השנים — לחיפוש ערכים הלכתיים-מסורתיים כמסמני פשר בעבור כלל הישראלים וכבעלי ערך מהותי גדול להגדרת הייחודיות שלנו כמדינה יהודית.

על פי המוצע, תרומתה של ההלכה למשפט הישראלי היא בשמשה דגם ביקורתי — הצעה ל'חיים טובים' ול'חברה טובה' לאזרחי המדינה היהודית. ההלכה, בהיותה מערכת משפטית עשירה המבטאת את התרבות היהודית המסורתית, עשויה להועיל לחברה הישראלית בעיצוב אתוס אזרחי-חברתי ראוי לה. המשפט הישראלי ימתן את הנטייה שלו, שאיננה חפה מפרובינציאליות, להלך בשדות זרים ולהדס על קביה של תרבות אחרת. חיפוש רציני וכן בחצר הביתית של הציוויליזציה היהודית עשוי לגלות מחצבים עשירים שיכולים להיות מקור השראה משפטי לישראל של המאה העשרים ואחת. ההלכה יכולה

לשמש, למצער, נקודת ביקורת של מערכת אידאלית מול מערכת מעשית-ארצית, כרפלקסייה רבת ערך בעבור המשפט הנוהג. יתרה מזו, היא עשויה להתברר כמערכת מתפקדת שמציעה הסדרים קונקרטיים, ראויים לחיקוי, בעבור הכלל, ובוודאי בעבור בני העם שאת רוחו ההיסטורית היא מיטיבה כל כך לבטא. כך או אחרת, הדגם הביקורתי מצביע על תרומתה האפשרית של ההלכה כמקור השראה, כבסיס לעליית מדרגה של המשפט הנוהג, באותם מקרים שהישראלים יחשבו שהדבר ראוי.

ב. דרך הפעולה של ההלכה

הרעיון שההלכה תשמש נקודת ביקורת בשביל המשפט הנוהג נדמה תלוש מהמציאות.

ראשית, בעיית התאמה: באופן בולט חסר מתאם בין תוכן העניינים של המשפט הנוהג ובין תוכן העניינים של השולחן ערוך ההלכתי. מצד אחד, מאחר שההלכה היא שיטת משפט דתית, יש בה עיסוק נרחב בעניינים שבין אדם למקום שאין להם כל רלוונטיות למשפט הנוהג. מצד אחר, היקף הנושאים המוסדרים על ידי המשפט הנוהג רחב בהרבה מההיקף הנושאי של העניינים שההלכה, במצבה הנוכחי, נתנה את דעתה עליהם. חוסר התאמה זה איננו מקרי: עיקר התפתחות ההלכה נעשה בנסיבות של גלות ובהקשר קהילתי, לא ריבוני. כיצד אפשר אפוא להעלות על הדעת שהציבור הישראלי שאיננו מחויב לדת ושחווה את הריבונות המדינית במלוא מופעה יראה בהלכה שיטת משפט רלוונטית, בת תחרות למשפט אמריקני או אירופי מתוחכם ועדכני?

שנית, בעיית הנגשה: ההלכה היא ספר חתום לרוב הישראלים. המשפטן, או כל אדם שלא הקדיש שנים רבות מחייו לחקר הנושא, איננו נהנה מנגישות מספקת אל הקוד ההלכתי. במקום אחר כבר עמדתי על בעיית הנגישות:

בן דורנו, הסקרן להבין את זהותו האישית והלאומית כיהודי, מתוך רצף עם העבר היהודי, באמצעות פגישה אינטימית עם הספר היהודי, חסר כלים בסיסיים למימוש רצונו. הטקסטים הקנוניים של התרבות היהודית, ולמעשה מכלול היצירה היהודית לסוגותיה, הם יצירות

עתיקות ששפתן, המבנה שלהן, הקודים התרבותיים שלהן וקהל היעד המקורי שלהן שונים מאלה של בני זמננו וזרים להם. [...] כעולה מכל האמור לעיל, המשתמשים בקורפוס היהודי בדורנו הם בעיקר בני (ובדרך כלל לא בנות) הציבור החרדי והדתי, המוכנים להשקיע חלק ניכר מאד מעיתותיהם בלימוד התרבות היהודית, מסיבות של אמונה דתית. רוב המסגרות שבהן ניתן ללמוד היום את תוכני הארון [הספרים היהודי], הן מוסדות אידאולוגיים דתיים מובהקים, הדורשים מהבא בשעריהם מחויבות אישית מוגדרת מאד. שאר בני העם היהודי מנועים מגשת אל המסורת פנימה.³²

שלישית, בעיית אמון: כפי שהוצג לעיל, העובדה המצערת היא שיש כיום משבר אמון בין הציבור הרחב ובין ההלכה ונושאי דבריה. כבר קבענו שההלכה היא מותג כושל בחברה הישראלית. לפיכך מתחדדת השאלה אם אין בהצעה לראות בהלכה דגם ביקורתי בעבור המשפט הנוהג משום חזיון תעתועים, משאלת לב שאין בה ממש.

חיפוש תשובת אמת לשלוש טענות כבדות אלו הוא אתגר משולב ראשון במעלה — דתי (בשביל הדתיים) ותרבותי (בשביל החילונים והדתיים כאחד). האתגר הדתי המרכזי הוא במתן מענה לבעיית ההתאמה של ההלכה, ואילו האתגר התרבותי המשלים הוא הנגשתה לכלל הציבור וקירובו הנפשי של הציבור אליה. בדיון בסיסי זה לא אתייחס לבעיית האמון — דומה כי עצם נטישת דגם ההטמעה ודגם האוטונומיה, על המשמעויות הפוליטיות והממסדיות של נטישה זו (ודי לחכימא ברמיזא), עתידה לשפר מאוד את המצב. חוקה ישראלית יציבה, שתציע הסכמה רחבה בנושאים של דת ומדינה והסדרה של שירותי הדת בישראל בדרך שתעביר את מרכז הכובד מהמדינה אל הקהילה, גם היא תועיל מאוד. גם בעיית ההנגשה לא תקבל כאן את המענה שהיא זקוקה לו. דייני שאפנה להצעה מנוסחת שכבר חיברתי בעניין זה.³³ עיקר תשומת הלב תוקדש אפוא לבעיית ההתאמה, ודווקא מנקודת הראות של הציבור הדתי.

32 ידידיה צ' שטרן, **הנגשת ארון הספרים היהודי לדורנו**, סדרת מחקרים וניירות עמדה של מרכז רפפורט לחקר ההתבוללות ולחיווק החינוכיות היהודית (פרסום מס' 5), צבי זוהר (עורך), רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן, 2003, עמ' 24–25.

בשבילי האמירה שהתורה היא 'תורת חיים' איננה ססמה גרדא, מנטרה לצורכי חינוך פנים-קהילתי או לצורכי שיווק הדת כלפי חוץ, אלא נקודת מוצא דתית להסתכלות בסוגיה שלפנינו. משמעותה היא שהדת, ובכללה קוד ההתנהגות ההלכתי, אמורה להיות רלוונטית היום ומחר לא פחות ממה שהיא הייתה אי פעם בעבר. מנקודת הראות הדתית ההלכה היא מערכת הפעלה של דרך חיים אידאלית, על-זמנית ועל-מקומית, שהמשך קיומה איננו מותנה הקשר (אף שתוכנה תלוי הקשר, ולכן הוא משתנה ומתחדש בהתאם לכללים הקבועים בהלכה). גנוז בה הפוטנציאל לספק לי ולרבים שכמותי — נשים וגברים שומרי מצוות, המנהלים אורח חיים מודרני על קשת משמעויותיו, החשופים להשפעות תרבותיות מגוונות, החווים את חוויית הריבונות במלוא עוזה — הצעה מלאה (ככל שידו של משפט יכולה להשיג), שלמה (אף אם מורכבת), הגונה (שאיננה מניחה אשמה ורגשי אשמה) ובלתי מתפשרת לקיום אורח חיים דתי עקיב (להבדיל מאורח חיים ממודר) בקונטקסט שאנו נמצאים בו. העובדה שכיום יש דיסוננס בין ההצעה ההלכתית ובין מציאות חיינו איננה גורמת לי להתנכר ולהתנתק ממציאות זו (כמו שבוחרים לעשות חלק מהחרדים) או להתעלם מן ההצעה ההלכתית ולוותר עליה (כמו שנוהגים חילונים רבים) או לאמץ עמדה אפולוגטית באשר לתפקידה של ההלכה כיום (כמו זו המקובלת על חלקים של הצינונות הדתית). בעיניי הדיסוננס דורש תשובה דתית: על מנת שהתורה תמשיך לתפקד כתורת חיים, נדרשת התחדשות הלכתית — אם בדרך של פסיקה ואם בדרך של חקיקה.

אין צורך לחזור ולהדגיש שההיסטוריה של ההלכה היא ביטוי רב-דורי מתמשך לשאיפה זו. התחדשות הלכתית לנוכח מציאות משתנה היא דרך המלך התורנית, והיא הבסיס לכל אחד מהסעיפים ב'שולחן הערוך' שלפנינו. כוח החיות ההלכתי תש בדורות האחרונים מסיבות שאחרים ברוון, ושומה עלינו להחזיר את המהלך ההלכתי לתיקונו. יכולת התפקוד של ההלכה לנוכח המשפט הנוהג איננה יכולה להיות מבוססת על כוחנות (דגם ההטמעה) או על הסתגרות (דגם האוטונומיה), אלא רק על התחדשות הלכתית פנימית המתמודדת עם המציאות.

ההתחדשות ההלכתית המתבקשת חייבת להיעשות במסגרת פנים-דתית מובהקת. אין כאן כל דרישה מהמדינה או ממוסדותיה. הדרישה היחידה היא —

הרפו מההלכה. דרישה זו ברורה, מובנת והכרחית הן מנקודת ראות דתית הן מנקודת ראות דמוקרטית המקדשת את עקרון חופש הדת. אסור לבלבל בין מקורות הסמכות השונים – הדתיים והממלכתיים. יש להבהיר שדרך פיתוחה של ההלכה והצדדים הפורמליים של התחדשות אינם יכולים להיות פרי של בחירה פופולרית באותו המובן שהבחירה הדמוקרטית מעצבת את המשפט הנוהג. ההתחדשות ההלכתית חייבת להיעשות בידי יחידי סגולה ששבילי ההלכה נהירים להם ואשר אין חשש שכוח היצירה שלהם יסטה אותם מהמלאכה העדינה של שמירה על מאפייני היסוד של ההלכה. נדרשים כאן בעלי סמכות עליונה שהשגתם בהלכה עמוקה ורחבה. אם תמשמנה בהלכה ידיים חיצוניות, היא 'תחולץ' במובן הפורמלי (במישור הסמכות) ובמובן המהותי (במישור התוכן). כמובן, מאחר שהציבור הרחב ונבחריו אינם מעורבים במישרין בכור ההתחדשות ההלכתית, אין הם מחויבים לקבל את תוצאות המהלך. כך ינותק לו הקשר הלא בריא בין הדת ובין הפוליטיקה, ובה בעת יועצם הכוח של פוסקי ההלכה, אשר ישאו במלוא נטל האחריות לעתידה של ההלכה ולמידת השפעתה במדינת ישראל.

על מנת שפוסקי ההלכה יצליחו במשימתם עליהם להכיר בכוחם ולנקוט אקטיביזם הלכתי. הם נדרשים להיות לא רק גדולי תורה אלא גם מעורים במציאות כולה. פוסק שאיננו משכיל במובן הרחב של המילה, שאיננו חווה את הריבונות באופן מלא, שאיננו מכיר את עולם הערכים בסביבה שבה הוא חי ואיננו חלק מהשיח המתנהל בה – לא יצלח למשימת ההתחדשות ההלכתית. נדרשים אנשים דוגמת רבן יוחנן בן זכאי והרמב"ם, שהחדש מוכר להם, מופנם אצלם, מאתגר אותם ואינם מאיים עליהם. פוסקי ההלכה הגדולים היו גוזרים מאז ומתמיד מעור זה.

כיצד יוכלו פוסקי דורנו להגיב על המציאות החדשה כאשר, נכון להיום, יש פער גדול ביותר בין המציאות ובין ההלכה המתיימרת להסדיר אותה? במקום אחר כבר הצעתי אסטרטגיות פעולה שונות להתחדשות פנים-הלכתית המוכרות כולן בעולמה של ההלכה.³⁴ בין היתר דנתי שם באפשרויות ובסכנות הטמונות במהלכים בעלי אופי שיפוטי-פסיקטי (דוגמת אקטיביזם הלכתי,

34 ידידיה צ' שטרן, **דת ומדינה: תפקידה של ההלכה**, מחקר מדיניות 48, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ד, עמ' 41-69.

הנוקט מהלך פרשני יצירתי בקטגוריה הלכתית קיימת, או אקטיביזם נועז יותר, שתכליתו לקבוע קטגוריה הלכתית חדשה) ובאופצייה לחידוש המסורת של חקיקה הלכתית (התקנת תקנות) על ידי אישים ומוסדות.

בסופו של מהלך ההסתגלות ההלכתית שיבצעו בעלי הסמכות, להלכה יהיה תפקיד דיפרנציאלי, כפי שעולה מהרב־רובדיות של ההלכה: בשביל הדתיים היא תהיה הנורמה המחייבת מכוח מעמדה התאולוגי. בשביל שאר היהודים ההלכה המתחדשת תשמש מודל השראה בהיותה ביטוי אותנטי אך רלוונטי של הציוויליזציה היהודית המסורתית. המחוקק, האקדמיה, בתי המשפט והציבור הרחב במדינה היהודית יוכלו לשקול לגופן, ובלא כפייה, את ההצעות ההלכתיות ל'חיים טובים' ואת התכליות החברתיות המשתלשלות מהן.

לסיכום, ההצעה שההלכה תשמש דגם ביקורתי בעבור המשפט הנוהג בישראל נדמית כחזיון שווא, אך היא חזון ראלי. האופטימיות נובעת משני מקורות: ראשית, מעמדה דתית הנותנת אמון ביכולתה של ההלכה להתנהג כפי ששמה דורש — ללכת עם הזמן ולהגיב לתהפוכותיו בדרך שאיננה מתפשרת על האידאל הדתי היהודי אלא מבטאת אותו בנסיבות מתחלפות. שנית, מהכרת המציאות החברתית במדינת ישראל, שבה הזהות היהודית של רוב האזרחים קשורה בראש ובראשונה למסורת ולדת, והם מגלים עניין רב בשמירה על אורח חיים מסורתי ובהעברתו והנחלתו לדורות באים.

ג. השלכות הדגם הביקורתי

הניתוח לעיל מבהיר היטב את יתרונותיו של הדגם הביקורתי, על פי כל אחד משלושת הקריטריונים המרכזיים שלאורם הוערך טיבם של שני הדגמים הקודמים:

מבחינה דתית יש לדגם הביקורתי ערך רב. ויתור מודע וגלוי על השאיפה להחדיר את ההלכה למשפט הנוהג באמצעים של כפייה פוליטית מצד אחד והשתרשות התפיסה המעצימה את תפקידם של פוסקי ההלכה ומנתקת כל קשר בינם ובין רשויות המדינה מצד אחר — שניהם עשויים לגרום לשינוי תודעתי רב חשיבות בקרב הציבור הדתי באשר למקומה של ההלכה בחברה הישראלית. האנרגיות הקיימות, המופנות כלפי הפוליטיקה הדתית (שאמורה

להגן על מקומה של הדת) והמזינות את הביקורת על המדינה החילונית, ובייחוד על מערכת בתי המשפט, תוסטנה למקום הראוי להן: הצבת דרישות מהפוסקים בעלי הסמכות לבצע את ההתחדשות ההלכתית. הציבור הדתי החפץ בהגדלת מקומה של ההלכה בחיינו יוותר על השאיפה המוזרה, הנוגדת את השקפותיו שלו, לכפות את הרוב לרצון המיעוט. הוא יתגייס למערכה תרבותית־רעיונית שגרעינה נשיאה באחריות לתחייה דתית בשאלות שעומדות על הפרק והצבת הפתרונות ההלכתיים על סדר היום של החברה הישראלית כולה. תחושת השליחות לכלל ישראל המאפיינת את הציבור הדתי תופנה מהאפיק הפוליטי־כוחני אל האפיק המהותי־רעיוני. המושג ההלכתי הטמון בביטוי 'הוכח תוכיח' יקבל פרשנות חדשה, ראויה למדינה דמוקרטית: הוכחת האחר על דרך הצגת הצעה ראויה לחיקוי.

אגב כך תצא ההלכה נשכרת: יתחזקו בה הכוחות היצירתיים, ויתפתח בה מה שנדרש יותר מכול — מדרש מודרני אשר יוציא אותה מ'אפלת המוזאון' אל 'אור השמש'. היא תפותח במגרש הביתי של ההלכה, וכך תישמר קדושתה מפני חילון ויימנע הקלקול הממאיר של חצאי אמת הגרועים מן השקר. הציבור הרחב, שישתחרר מהאיום שבלהט החרב המתהפכת של מדינת הלכה, יבדוק את התאמתה לו באורח ענייני, כדרך ביטוי של תרבות לאומית.

מנקודת ראות דמוקרטית מהותית הדגם הביקורתי ראוי ביותר. הוא שולל את הכפייה הדתית אף אם זכתה להכשר דמוקרטי פורמלי. השפעתה של ההלכה על החיים בישראל תתממש רק אם היא תתקבל על דעת רוב אזרחי המדינה וככל שהללו יראו בה ערך לחייהם.

הוא הדין באשר להשלכות החברתיות־תרבותיות: בהיעדר כפייה (על פי דגם ההטמעה) או בהיעדר הסתגרות (על פי דגם האוטונומיה) יש לצפות שתתפתח דינמיקה חברתית של מפגש בין־תרבותי בחברה הישראלית. את השיח המתעמת־מתנגח יחליף שיח של שכנוע ושל השפעות הדדיות. ההלכה תחשוף את עצמה לרפלקסייה שמזמנת לה שיטת המשפט המודרנית הנוהגת, על עולם הערכים הליברלי שהיא מייצגת. בד בבד שיטת המשפט הנוהג תיפתח לאפשרות הסבירה שיש משהו בעולם ההלכה, אשר פרנס את העם היהודי כל השנים, שראוי לתשומת לב ואף לחיקוי. ההאזנה ההדדית, נוסף על היותה ערך פנים־דתי ופנים־דמוקרטי, תפרה את החברה הישראלית כולה. כאשר הכנסת

ובתי המשפט ימצאו ערך בפתרונות הלכתיים מתוך בחירה אמתית, וכאשר פוסקי הלכה יתעניינו בפתרונות מודרניים שהכנסת ובית המשפט ממליצים עליהם, או אז יתברר שהדגם הביקורתי פועל בשני הכיוונים, לתועלת שתי שיטות המשפט גם יחד.

פרק סיום

לנוכח הרכב ההשקפות ההטרוגני של האוכלוסייה היהודית בישראל ברור שקשה להשיג הסכמה רחבה על מקומה הראוי של ההלכה ברשות הרבים המשפטית. השאלה המרכזית היא אם יש לשאוף לעצב את תפקידה של ההלכה בישראל באופן שיקדם את חלומו של האחד גם במחיר סיוטו של האחר, או שמא ראוי לקדם עמדה שמייצרת מכנה משותף רחב סביב מקומה של ההלכה במדינת ישראל, גם במחיר אי־מימוש חלומות פרטיים של קהילות שונות.

כפי שהוסבר לעיל, חלומו של הדתי להטמיע את ההלכה במשפט המדינה הוא סיוטו של החילוני המתנגד לכפייה דתית. חלומו של החרדי לקבל אוטונומיה הלכתית הוא סיוטו של הדתי הלאומי השואף לצבוע את רשות הרבים ואת החיים הריבוניים בגוון יהודי. לכן מי שמעוניין ביצירת הסכמה רחבה על מקומה של שיטת המשפט היהודית במדינת ישראל חייב לדחות הן את דגם ההטמעה הן את דגם האוטונומיה. כנגזר מכך הדתיים והחרדים נדרשים לויתור סמלי ומעשי עצום ממדים. להוותם, עליהם להכיר בכך שלהלכה, כשיטת משפט דתית, אין סטטוס של נורמה כופה במדינת הלאום היהודי. החריגים האפשריים לכלל זה — כגון דיני מעמד אישי או שאלת ההשתייכות לדת — נובעים משיקולים לאומיים וחברתיים (המתחשבים בעמדה הדתית), אך לא משיקולים דתיים גרדא.

בתמורה לויתור האמור יוכל להתממש חזון רב ערך, שאיננו מאיים על איש, ולכן הכול, לרבות הרוב החילוני, יכולים להיות שותפים לו. על פיו תהפוך ההלכה במשך הזמן לגורם תרבותי מעצב בחברה הישראלית כולה. טובים סיכוייה של הלכה מתחדשת, שבה מהדהד הזיכרון ההיסטורי היהודי, מורשת אלפי שנים, לכבוש לעצמה תמיכה עממית רחבה במסגרת שיח פתוח וענייני בחברה הישראלית.

היהודים בישראל חיים בצלן הכפול של שתי תרבויות: המערבית-ליברלית והיהודית-מסורתית. במקום אחר ניתחתי את דרכי ההתמודדות של כל אחת מהקהילות עם השניות התרבותית והמחויבות הכפולה.³⁵ הקהילה הדתית-לאומית בוחרת במידור ובהתחמקות באופן שהחשיפה שלה לכל אחת מהתרבויות נעשית בנפרד, לנושאים נבדלים. הקהילה החרדית נוקטת ניכור והיבדלות. חבריה מעוניינים בשותפות אינסטרומנטלית מינימלית עם הסביבה, מתוך דחייה של שיתוף חווייתי או ערכי. הקהילה החילונית נוקטת בדרך כלל אסטרטגיה של ויתור על האופצייה התרבותית הגנוזה במורשת הלאומית והתעלמות ממנה. עמדות אלו משליכות, בהתאמה, על התשובה שכל אחת מהקהילות מספקת לשאלת מקומה של ההלכה במדינת ישראל. הקהילה הדתית-לאומית תומכת בדגם ההטמעה, שמשמעו קיום משפטי קטוע, לא הרמוני, של נורמות דתיות ליד נורמות חילוניות בספר החוקים הישראלי. המידור התודעתי מתגלגל למידור נורמטיבי. הקהילה החרדית מבטאת את בחירתה בניכור בדרישה לאוטונומיה הלכתית, שמשמעה התנתקות משפטית מהכלל הישראלי. קהילת הרוב החילונית מממשת את בחירתה באסטרטגיית הוויתור בכך שהיא משכנעת את עצמה שלהלכה אין כל ערך בשבילה, ולכן יש לפעול להקטנת מקומה עד כדי סילוק מלא מספר החוקים הישראלי ומהפסיקה. הצד השווה, העצוב, לשלוש העמדות האמורות הוא שהן אינן מציעות פתרון מכיל, אינטגרטיבי, לשניות התרבותית והנורמטיבית. לפיכך בשנים האחרונות הן קורסות תחת הלחץ של משבר מתמשך בדמוקרטיה הישראלית ושל הירידה הכללית בסולידריות החברתית וברמת ההסכמיות.

הדגם הביקורתי המומלץ כאן מציג מרשם אחר למפגש בין התרבויות בשדה המשפט. על פיו יש להכיר בקיומן של שתי אופציות משפטיות בעלות ערך, שמבטאות את השניות התרבותית. אין מקום להתנשאות של האחת על האחרת: זו איננה 'ימי ביניים' וזו איננה 'של גויים'. תחרות רעיונית עניינית בין השתיים עשויה להצמיח טובה גדולה לכל אחת מהן. המיעוט הדתי והמיעוט החרדי זקוקים לה מנקודת הראות הדתית, שואפת להתחדשות והרלוונטיות; הרוב החילוני זקוק לה מנקודת הראות התרבותית, שואפת הייחוד הזהותי.

35 ידידה צ' שטרן, "עושר שמור לבעליו לרעתו: על מקומם של המשפט ושל ההלכה במשפט הישראלי", **מוחקרי משפט** יט (תשס"ב), עמ' 103-142.

דיאלוג רעיוני שבין משפט ההלכה ובין המשפט הנוהג ותפקודם ההדדי כדגמים ביקורתיים האחד של זולתו הם מפתח למיזוג אופקים מוצלח בין הזיכרון ההיסטורי היהודי ובין ההווה הישראלי. מימוש חזון זה — שיח בין שתי תרבויות היסוד של החברה הישראלית באמצעות שיח בין שתי שיטות המשפט שלהן — ייצוק תוכן ממשי להגדרת המדינה 'מדינה יהודית ודמוקרטית'.