

האם נכון לעגן את הזהות

היהודית במשפט הישראלי?

מחקר מדיניות 107

ניר קידר

האם נכון לעגן את הזהות היהודית-ישראלית במשפט? זו השאלה שספר זה מתמודד אתה. זו אינה שאלה חדשה; הפולמוס בעניין מלווה את התנועה הציונית כמעט מאז הקמתה, והוא התעצם בשלהי המאה העשרים וראשית המאה העשרים ואחת בעקבות השימוש שעשתה הכנסת בביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" והחובה שהיא הטילה על השופטים לשפוט במקרים מסוימים לפי עקרונות מ"מורשת ישראל". הוויכוח הגיע בשנים האחרונות לשיאו עם הדיון הפוליטי והציבורי בהצעת "חוק הלאום", היא הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שהונחה לראשונה על שולחן הכנסת בשנת 2011. האם אפשר לרסם את ישראליוּחוּ של



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

האם נכון לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי?
ניר קיזר

האם נכון לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי?

ניר קידר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחקר מדיניות 107

אייר תשע"ה, מאי 2015

Should Jewish Identity be Anchored in Israeli Law?

Nir Kedar

עריכת הטקסט: דפנה לביא

עיצוב הסדרה: טרטקובר, עיצוב גרפי – טל הררה

עיצוב העטיפה: יוסי ארזה

סדר: נדב שטכמן פולישוק

הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-155-4 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרד 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"ר), תשע"ה
נרפס בישראל, 2015

המכון הישראלי לדמוקרטיה

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

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

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

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 02-5300867 ; פקס: 02-5300800 ; 1-800-20-2222

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

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם.

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

מחקר המדיניות רואה אור הודות לתרומתה הנדיבה של קרן גולדהירש.

תוכן העניינים

9	תקציר
17	מבוא
28	פרק ראשון הימנעותה של התנועה הציונית מזויכוח תרבותי ומניסיונות לקבוע מסמרות בשאלת הזהות היהודית ולעגנה במשפט
34	פרק שני הניסיונות לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי בשלהי המאה העשרים
56	פרק שלישי אל תעירו ואל תעוררו: על הסכנות הכרוכות בניסיונות לעגן את הזהות הישראלית במשפט
61	פרק רביעי עיגון הזהות הישראלית במשפט הישראלי: מסקנות ומבט לעתיד
iii	Abstract

תקציר

ספר זה בוחן את השאלה אם ראוי לעגן את הזהות היהודית-ישראלית במשפט. הפולמוס בעניין מלווה את התנועה הציונית כמעט מאז הקמתה, והוא התעצם בשלהי המאה העשרים וראשית המאה העשרים ואחת בעקבות השימוש שעשתה הכנסת בכינוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" והחובה שהיא הטילה על השופטים לשפוט במקרים מסוימים לפי עקרונות מ"מורשת ישראל". הוויכוח הגיע בשנים האחרונות לשיאו עם הדיון הפוליטי והציבורי בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שהונחה לראשונה על שולחן הכנסת בשנת 2011.

הרצון לעגן את הזהות היהודית-ישראלית בחוק מבקש להשיג שתי תכליות. הראשונה היא תכלית חיצונית: חוקים המכריזים על ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" או מצהירים עליה כעל מדינת הלאום של העם היהודי נתפסים כציבור כתשובה למתנגדי הציונות, כלומר לאלה המתנגדים לזכותם המוצדקת של היהודים להגדרה עצמית במדינת לאום. במובן זה יש למשפט הישראלי תפקיד דומה לתפקידם של הכרזות מדיניות ומסמכים דיפלומטיים. התכלית השנייה היא תכלית פנים-יהודית: עיגון הזהות היהודית בחוק כתוב נתפס כצעד שמחזק ומעמיק אותה לנוכח האיום של דלדול וכלייה המרחף לדעת אחדים מעל התרבות היהודית. במובן זה, החוק המכריז על ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" הוא המקבילה של תכניות הלימוד, הסדנאות והסמינרים שעניינם "העמקת הזהות יהודית" ושל רשת ג' של קול ישראל, המשמיעה רק "מוזיקה בעברית".

הדיון הציבורי בהצעת החוק עוסק בעיקר בצורך להשיב להתקפות על זכותם המוצדקת של היהודים להגדרה עצמית במדינת לאום. הספר הזה, לעומת זאת, אינו דן כלל בשאלות כיצד ראוי לענות להתקפות הללו והאם חוק יסוד המכריז על ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי הוא תשובה חכמה וראויה להתקפות על הציונות. ענייני בספר הזה הוא בתכלית הפנים-יהודית של החוק, קרי ברצון לבטא את הזהות היהודית-ישראלית במשפט על מנת לעגנה ולהעמיקה. אני מבקש להאיר זווית ראייה שהוצנעה עד עתה בוויכוח על הצעת חוק היסוד

ובדיון על ביטוי התרבות היהודית במשפט. כוונתי לקושי, לחוסר התחלת ולסכנה שבעצם הניסיונות לעגן זהות בנורמות משפטיות ובמאמצים לבסס את ישראליותו של המשפט הישראלי על התוכן היהודי של המשפט. הספר מראה שהחברה הישראלית מצאה דרכים אחרות לבטא את זהותה ולכונן כאן תרבות תוססת ואיתנה, והוא מסביר מדוע דרכים אלה עדיפות על דרך החתחתים של הניסיון ליצוק תוכן יהודי-עברי-ישראלי במשפט או לכלול בו הכרזות מעורפלות על יהדותם של המדינה ומשפטה.

הרצון לבטא את הזהות והתרבות במשפט הוא מובן ומקובל. אבל כאשר מדובר במשפט הישראלי אין זו משימה קלה כלל ועיקר, משום שלא ברור מה עושה את המשפט הישראלי לישראלי ומה מבדילו ממשפטן של חברות אחרות: האם מדובר בתוכן ישראלי מיוחד המשקף את התרבות בישראל? האם ישראליותו של המשפט מתבטאת בעקרונות יהודיים-ישראליים כלליים המנחים את המשפט? האם ישראליות זו מתבטאת בצורה מיוחדת של המשפט? או שמא ישראליותו של המשפט, בפשטות, נובעת מהיותו משפטה הרשמי של מדינת ישראל? ואולי משום שהוא משפטה של "החברה הישראלית" ועל כן מבטא ממילא את תרבותה ומנוסח בשפתה העברית? ההיסטוריה של המשפט בארץ מלמדת שהתשובה שניתנה על פי רוב לשאלה הזו היא שהמשפט הישראלי הוא ישראלי מכיוון שהתוכן שלו הוא שמשקף בדרך כלשהי את הזהות והתרבות הישראלית.

הספר קורא תיגר על התפיסה הזו ועל הקריאה לבסס את ישראליותו של המשפט הישראלי על "תוכן יהודי-עברי-ישראלי", ובאופן כללי – על הניסיונות "לעגן" את זהותה היהודית של ישראל באמצעות טקסטים משפטיים כגון הצעת חוק היסוד האמורה. אני טוען שזהו מפעל מעורפל ומסוכן שאין שום אפשרות מעשית להוציאו לפועל ושנזקו רב מתועלתו. זהו פרויקט חסר סיכוי משתי סיבות: ראשית, אין הסכמה – וספק אם אי פעם הייתה – על התרבות והמורשת היהודית; ושנית, אין הסכמה על הדרכים לתרגם תרבות ומורשת אלו למשפטה של מדינה חופשית מודרנית.

ההיסטוריה גם היא מלמדת שמאה שנות מאמצים לעגן את הזהות היהודית במשפט בעל "תוכן יהודי" הסתיימו בלא כלום. אנשי רוח נוטים לחשוב שמאמץ כן ואמיתי יותר היו מביאים להצלחה במפעל הזה. נראה שכך חושבים גם חברי הכנסת מציעי הצעת החוק. אבל האמת היא שהיה זה כישלון ידוע מראש: החברה

היהודית המודרנית – ובכלל זה היישוב היהודי והחברה הישראלית – נחלקה בהגדרת "היהדות", "התרבות היהודית" ו"המשפט היהודי-עברי" ולא ידעה כיצד לתרגם למשפטה של מדינת ישראל המודרנית. לפיכך נמנעו התנועה הציונית, ואחר כך מדינת ישראל, מלהיכנס לוויכוח התרבותי בעניין התוכן היהודי-עברי של המשפט. מוזר ככל שהדבר יישמע לכמה מחברי הכנסת ואנשי הרוח של ימינו – מנהיגי התנועה הציונית ומדינת ישראל מעולם לא ראו צורך לעגן את זהותם היהודית בחוקים ובמסמכים משפטיים, ואפילו לא להכריז בחוק על יהדותם או על זו של המדינה. הרי הנחת היסוד הציונית הייתה שלא הצהרות משפטיות חגיגיות יכוננו את הבית הלאומי היהודי, אלא רק עלייתם של היהודים ארצה ובנייתן של חברה ושל מדינה ריבונית שבה יהיו היהודים רוב. נוסף על כך היה ברור להם שכל עיסוק אינטנסיבי בשאלות של זהות ותרבות במשפט מסכן את הממלכתיות בישראל, שכן הוא מאיים להטיל את החברה הישראלית למערבולת של מלחמת תרבות שעלולה אף להתדרדר לאלימות ולמלחמת אחים. זו הייתה עמדתם העקבית של חובבי ציון, בנימין זאב הרצל, הרב יצחק יעקב ריינס, זאב ז'בוטינסקי ורוד בן-גוריון. במובן זה הניסיון לעגן רשמית את הזהות היהודית-ישראלית בחוק יסוד הוא מהלך פוסט-ציוני.

הספר מתעמת בעיקר עם הניסיונות המאוחרים לעגן את הזהות היהודית-ישראלית במשפט. עד לשנות השמונים של המאה העשרים התמקדו החסידים המעטים של רעיון עיגון התרבות היהודית במשפט בניסיונות עקרים לעצב תוכן יהודי-עברי למשפט (מה שמכונה – מפעל המשפט העברי) או לפחות להעניק לו "צביון יהודי". כאמור, מאמצים אלה נכשלו מכיוון שלא הייתה הסכמה בחברה הישראלית בשאלה מהו התוכן או הצביון היהודי שיש להעניק למשפט הישראלי וכיצד – אם בכלל – ניתן לתרגם תרבות לנורמות משפטיות. מאז שנות השמונים של המאה העשרים בחרה הכנסת ללכת בדרך אחרת – הצהרות משפטיות חגיגיות (ומעורפלות) הקובעות שישראל היא "מדינה יהודית ודמוקרטית", ששופטיה צריכים לפסוק לפי עקרונות אתיים ופוליטיים מתוך "מורשת ישראל" ושעל "המשפט העברי" להנחות את מחוקקיה ורשויותיה. חברי הכנסת קיוו, כך נראה, שהצהרות כגון אלו יאפשרו להם לאחוז את המקל בשני קצותיו, כלומר להימנע ממלחמות התרבות הקשות הכרוכות בניסיון לעצב למשפט הישראלי תוכן יהודי-עברי-ציוני-ישראלי (מעולם לא הושגה הסכמה

אפילו על הכותרת המדויקת) ועם זאת לבטא – איכשהו – את הזהות היהודית של המדינה במשפטה.

הספר מראה שהניסיונות הללו מיותרים ואפילו מסוכנים. ברור שזהות ותרבות אינן מותנות בהכרזות משפטיות חגיגיות. היהודים בישראל היו יהודים וציונים גאים בזהותם גם לפני שנת 1992, שבה הכריז החוק הישראלי לראשונה כי ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, ויש להניח שהם היו ממשיכים לדבוק בזהותם היהודית גם אלמלא הכריז החוק על יהדותה של המדינה או חייב את השופטים לפנות במקרים מסוימים לעקרונות ממורשת ישראל. ברור שדבר לא יגרע מזהותה היהודית של ישראל, וברור שלא יאונה כל רע לתרבות היהודית גם אם חוקי היסוד של מדינת היהודים ישתקו בשאלת הזהות. עדיין יהיו בישראל יותר משישה מיליון יהודים שיחיו חיים יהודיים מלאים, תוססים ומגוונים – עם חוק או בלעדיו. ברור גם שעגון הזהות במשפט לא מחזק את הזהות היהודית ולא "מעמיק" אותה או מגן עליה מפני סכנות הדלדול והכליה שלכאורה מאיימות עליה. מלבד העובדה שהתרבות היהודית בישראל כלל אינה נמצאת בסכנה (ההפך הוא הנכון!), ההיסטוריה מלמדת שעגון הביטויים "מורשת ישראל" או "מדינה יהודית ודמוקרטית" בחוק הישראלי כלל לא חיזק את זהותה היהודית של המדינה, לא קידם את "ישראליותו" של המשפט הישראלי ובוודאי שלא סייע למאמצים להשתית את המשפט הישראלי על תוכן יהודי מהותי.

יתר על כן, הצהרות כאלה דווקא מסכנות את החברה הישראלית ביוצרן מתח מלאכותי בין יהדות לדמוקרטיה. ייתכן שמנסחי התבנית "מדינה יהודית ודמוקרטית" ביקשו בסך הכול לבטא את הרעיון של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, אבל הם התרשלו בניסוחם וטבעו ביטוי אומלל המעמת בין יהדות לדמוקרטיה כשני "ערכים" העומדים במתח זה עם זה. הביטוי האומלל הזה – "מדינה יהודית ודמוקרטית" – מלבה מתחים, יריבויות ושסעים חברתיים משום שהוא יוצר את הרושם המוטעה שהחברה היהודית בארץ מורכבת משני מחנות (או מגזרים) האוחזים כל אחד בחד-נש שלו: יהודים מול דמוקרטים, דתיים מול חילונים, שוחרי התרבות היהודית מול "מתיוונים" מודרניים המעדיפים ערכים אוניברסליים דוגמת אזרחות ודמוקרטיה. זו כמובן פרכה עצובה ומסוכנת. אין באמת – ומעולם לא היו – שני מחנות כאלה בארץ. כל הישראלים היהודים – דתיים וחילונים – הם בעלי זהות יהודית שרואים ביהדותם תרבות לאומית (שסמליה נוצרו אי אז במסגרת דתית). יש להם תפיסות שונות של יהדות, אך

עובדה היא שקרוב ל-100% מהיהודים בישראל מגדירים עצמם יהודים. ישנם רק ישראלים מעטים מאוד, דוגמת הכנענים וממשיכיהם, שחולמים לכונן מן המסד תרבות ישראלית-כנענית "חדשה" שאינה מבוססת כלל על סמלי תרבות יהודיים. ואולם נוסף על כך שמהלך מהפכני כביכול של בניית תרבות חדשה יש מאין אינו אפשרי כלל (כי אין תרבות שאינה מבוססת על שפה ותרבות קיימות), ברור לחלוטין שאופציה תרבותית זו נדחית על ידי הרוב הישראלי היהודי – החילוני והדתי כאחד.

באופן דומה, רוב מוחלט של הישראלים – חילונים ודתיים, יהודים וערבים – הם גם בעלי "זהות דמוקרטית". העובדה המשמחת הזו אינה עניין חדש, אלא היא פרי של תהליכים עמוקים של מודרניזציה וחילון פוליטי ותרבותי שעברו רוב הקהילות היהודיות באירופה וחלק גדול של יהודי העולם המוסלמי. משמעותם של תהליכי חילון אלו הייתה ההפרדה שעשו היהודים המודרנים – גם הדתיים – בין אמונתם הדתית ותרבותם הפרטיות לבין דבקותם (במרחב הציבורי-אזרחי) בדמוקרטיה, בשלטון החוק, בזכויות האדם וברעיון האזרחות האוניברסלית. כך בישראל וכך בעולם. זו עובדה חשובה שמסבירה את השתלבותם המהירה של המהגרים היהודים במעמד הבינוני במדינות המערב ובראשן ארצות הברית. היא מסבירה גם את הצלחתה של החברה הישראלית להקים מדינת חוק דמוקרטית חרף הנסיבות הקשות שבהן הוקמה המדינה. דורות של ישראלים – יהודים וערבים – נולדו והתחנכו במציאות של מדינת חוק דמוקרטית, עד כי ניתן לומר שהדמוקרטיה היא רכיב מרכזי בזהותם של הישראלים.

הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" לא רק תורם למגזורה של החברה הישראלית ולהעמקת השסעים והמתחים התרבותיים, הדתיים והלאומיים בקרבה, אלא הוא גם מעוות לאחור את ההיסטוריה הציונית. הוא יוצר את הרושם כאילו המתח בין "יהודית" ל"דמוקרטית" הוא מתח יסוד בתנועה הציונית ובחברה הישראלית, ולא היא. היהדות נתפסה בתנועה הציונית כרעיון לאומי מגשר ומשתף ולא כ"ערך" עצמאי המנוגד לדמוקרטיה או לרעיון המדינה. למעשה, המילה "יהדות" עצמה כמעט שלא הייתה בשימוש עד לשנים האחרונות. היהודים מעולם לא ראו סתירה בין דתם או תרבותם היהודיות לבין היותם אזרחיה של מדינת חוק דמוקרטית. ה"מתח" המזיק הזה הומצא רק בשנות התשעים של המאה העשרים.

מסקנות והמלצות

הניסיונות המתמשכים בשנים האחרונות לשכנענו כי ראוי לעגן את הזהות והתרבות היהודית במשפט הישראלי, ולו באמצעות הצהרות חגיגיות בחוק יסוד, מחייבים התייחסות ותגובה.

1. ראשית יש להדגיש את חוסר התוחלת שבמפעל כזה ואת הסכנות והבעיות הנחבאות אפילו בביטויים כלליים כמו "מדינה יהודית ודמוקרטית".

א. יש להסביר שאין סיכוי מעשי שהביטוי יהפוך למנוף להחייאת מפעל המשפט העברי או ל"חיזוק הזהות היהודית" (ביטוי מעורפל כשלעצמו).

ב. יש להבהיר שעצם הוויכוח התרבותי בשאלה על מהי מדינה יהודית מאיים על המשפט, הממלכתיות והחברה בישראל שכן הוא יוצר תמונה מעוותת של ניגוד תרבותי ומתח בין מחנה "יהודי" למחנה "דמוקרטי" ומלבה מגזריות והסתגרות.

ג. ולבסוף יש להודות באומץ שעל אף הכוונות הטובות של המחוקקים ושל אנשי רוח הומניסטים, הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" נוכס במידה רבה בידי קבוצות לאומניות ודתיות מסוימות. קבוצות אלה לא רק מציירות תמונה מעוותת של מתח ערכי הקיים כביכול בין "יהדות" ובין "דמוקרטיה", אלא הן גם עושות זאת מתוך השקפת עולם המעניקה הלכה למעשה קדימות לתפיסתם הצרה את היהדות (כדת או כלאום) על פני הדמוקרטיה. לפי השקפה צרה זו, מוסדות מסוימים (דוגמת בית המשפט העליון) וחלקים בחברה הישראלית "שכחו מה זה להיות יהודים", או למצער – הדגישו את הדמוקרטיה על חשבון היהדות. הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי היא הביטוי האחרון של תפיסת העולם המסוכנת והפוסט-ציונית הזו, שחורגת מן המורשת הדמוקרטית-ממלכתית המשתפת של התנועה הציונית ושל החברה הישראלית.

2. שנית יש להבהיר שהאמצעים לכוונן משפט ישראלי אינם מחייבים מלחמת תרבות על התוכן היהודי-עברי-ישראלי של המשפט, משום שאפשר לנקוט מדיניות תרבותית "מתונה", המשלבת במשפט סמלים וערכים מן המורשת היהודית ככל שהם פונים למכנה משותף רחב ואינם שנויים במחלוקת. זו

למעשה המדיניות של התנועה הציונית ושל מדינת ישראל ומשפטה מאז שלהי המאה התשע עשרה. למרות הטרוניות של חסידי הציונות הרוחנית-תרבותית והמטיפים ל"משפט עברי", המורשת היהודית דווקא נוכחת במשפט הישראלי בכמה וכמה רבדים: המשפט הישראלי משמר, רשמית, נורמות מן המורשת המשפטית היהודית (המשפט העברי); ומדינת ישראל היא המדינה היחידה בעולם שבה משפט המדינה הפוזיטיבי מבטא לעתים את נקודת המבט של הדין היהודי – בחקיקה, בפסיקה ובכתיבה המשפטית. נורמות אלה מפוררות בסעיפי חוק מחייבים, בהחלטות שיפוטיות, בחוות דעת משפטיות ובכתיבה המשפטית האקדמית.

3. ובאשר לביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית": את הביטוי הזה ראוי לדעתו למחוק מספר החוקים, או לפחות לשנותו ל"מדינה יהודית דמוקרטית". אך כמובן שגם אם הדבר ייעשה, קשה יהיה לעקור אותו מהתודעה והשיח הציבוריים.

4. בתוך כך יש לשוב ולהזכיר לעצמנו ולילדינו שתרבות וזהות אינן מותנות בהכרזות חגיגיות ובמסמכים משפטיים המעגנים אותן, אלא בקיומה החי של חברה תוססת וביצירת מסגרת פוליטית חופשית ודמוקרטית באמת, המאפשרת לכל אדם לחיות חיים חופשיים בהתאם לתרבותו. מעבר לוויכוחי התרבות, המשפט הישראלי הוא ישראלי בראש ובראשונה מכיוון שמדובר במשפטה של מדינת ישראל העצמאית. באופן עמוק יותר מן המובן הפורמלי הזה, ישראליותו של המשפט נובעת מהיותו משפטם של הישראלים, שבמדינתם הריבונית הם חופשיים לעצב, לפרש ולהפעיל את משפטם באופן עצמאי לאור ערכיהם, צורכיהם והאינטרסים שלהם. משפט כזה משקף ממילא את התרבות של הרוב היהודי במדינת ישראל.

5. חשוב מכול: יש להשלים את שיח הזהות בדיון אזרחי-ממלכתי. שיח הזהות והדיון האזרחי אינם מוציאים זה את זה, אלא דווקא מזינים זה את זה אהדדי. רכיבי הזהות המשותפים מחזקים את תחושת השותפות האזרחית שעליה מבוססים הדמוקרטיה, שלטון החוק ורעיון האזרחות האוניברסלית, ואילו המסגרת הממלכתית מאפשרת לשמר את התרבות המשותפת ולפתחה. לכן, כפי שאי-אפשר להתעלם מהשפעתן של סוגיות הזהות והתרבות על הכרעותינו הפוליטיות והכלכליות, אי-אפשר להתעלם משאלות אזרחיות

והברתיות; הן רלוונטיות בכל דיון שעניינו זהות. גם קהילות הומוגניות מבחינה תרבותית (למשל, שכונות בבני ברק, קיבוצים או התנחלויות מסוימות) צריכות להתמודד עם שאלות אזרחיות של מרות, דרך קבלת החלטות או זכויות חברי הקהילה וחובותיהם. הן צריכות להכריע, למשל, מי ינהל את הקהילה, מי יקבע את חוקיה, על פי אילו קריטריונים ובאמצעות אילו פרוצדורות, מי יממן ויסדיר את איסוף האשפה, את שירותי הבריאות והחינוך ואת מכבי האש של הקהילה, וכיצא באלה שאלות.

6. ולבסוף, ראוי לשוב ולהתריע על ההכרח להיגמל מרגשות הבהילות והחרדה שמלווים את שיח הזהות והתרבות הישראלי בעשורים האחרונים. הרצון לבסס את המשפט הישראלי על תוכן ערכי יהודי-עברי או לחזק את הצביון היהודי של המשפט נובע הרבה פעמים מחשש שווא שמעל התרבות היהודית מרחפת סכנת דלדול וכליה. אלא שבניגוד לנבואות הזעם, המציאות דווקא הפוכה: למעלה משישה מיליון יהודים ישראלים מקיימים תרבות יהודית חופשית, רכגונית ותוססת. הם מדברים, קוראים וכותבים בעברית ומקיימים חיי אמנות, ספרות ותרבות עבריים עשירים. למעשה, מעולם בתולדות היהודים לא הייתה פריחה תרבותית יהודית בהיקף ובגיוון כה מרשימים כפי שיש היום במדינת ישראל. הדבר נכון הן לתרבות החילונית הן לתרבות הדתית. ובניגוד לקינותיהם של אנשי רוח ורבנים, מעולם בתולדות היהודים לא הייתה פריחה כזו של תרבות דתית ותורנית, שכן מעולם לא הייתה ליהודים רבים כל כך גישה ל"ארון הספרים היהודי", ומעולם לא הייתה לתרבות היהודית סוכנת הפצה יעילה כמו המדינה המודרנית. היהודים הישראלים אכן מנצלים היטב את החופש שמעניקה להם המסגרת הריבונית כדי לעצב את תרבותם. הם עושים זאת במגוון דרכים תוססות ויצירתיות להפליא: באמצעות תרבות חילונית ודתית, תרבות גבוהה ועממית, שפה, ספרות, אמנות, תאטרון, מוזיקה וקולנוע; כ-100 כותרים ספרים בעברית מתפרסמים בארץ מדי שבוע: עיון, פרוזה ושירה, קודש וחול; היצירתיות התרבותית הזו באה לידי ביטוי גם בתחום המשפט: ב-66 שנות עצמאותה נוצרו בישראל מפעלי חקיקה, פסיקה וספרות משפטית מרשימים בהיקפם, בעומקם ובעצמאותם המחשבתית. במצב זה נראה כי החשש לגורל התרבות והמשפט העבריים מופרך. אדרבה, התרבות והמשפט היהודיים-עבריים חיים, תוססים ומתפתחים לכיוונים חדשים ומרתקים.

מבוא

הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שהונחה לראשונה על שולחן הכנסת בשנת 2011, הלהיטה מחדש את השאלה אם ראוי לעגן את הזהות היהודית (או הישראלית) במשפט. מגישי הצעת החוק משוכנעים שהתשובה על שאלה זו היא חיובית. בניסיון לקבע את הזהות הישראלית בחוק, הם מבקשים גם לבסס את ישראליותו של המשפט הישראלי על תוכן יהודי-עברי. עמדתם זו באה לידי ביטוי הן בעצם הצעת החוק הן בקביעה המפורשת הכלולה בה שמורשת ישראל ו"המשפט העברי" ינחו את המחוקקים במדינת ישראל ויחייבו במקרים מסוימים את שופטיה. מאז הוגשה לראשונה שונתה הצעת החוק כמה פעמים אך היא עדיין נדונה בכנסת. בעקבות הדיון הפוליטי המסרב לגווע בסוגיית "עיגון הזהות", פנתה בקיץ 2013 שרת המשפטים ציפי לבני לפרופ' רות גביון וביקשה ממנה (כדברי הודעת משרד המשפטים) "לנסח הצעה להסדר חוקתי העוסק באופיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית באופן המאזן ומשלב ערכים אלה, הן היהודי והן הדמוקרטי".¹ מכתבה של השרה, שכותרתו "עקרונות היסוד של מדינת ישראל", אומר בין השאר כך:

מדינת ישראל מגדירה עצמה כמדינה יהודית ודמוקרטית אך טרם ניתן לכך ביטוי חוקתי מתאים, המעגן ויוצק תוכן בצמד מילים מהותיות אלה. משכך, אנו נמצאים בפני מחלוקת חברתיות ומשפטיות מהותיות בהן כל צד מנסה לקבע השקפת עולם אחרת.

אני מאמינה כי הגיעה העת לנסח הסדר חוקתי העוסק באופיה של מדינת ישראל ככזו ומעגן את מרכיבי זהותה באופן המאזן ומשלב ערכים אלה, הן היהודי והן הדמוקרטי.²

1 על ההליך לבדיקת עיגון חוקתי של זהות המדינה ראו באתר משרד המשפטים.

2 מכתב השרה לבני לפרופ' גביון, 12.8.2013, באתר משרד המשפטים.

ולבסוף, ערב יום העצמאות ה-66 של מדינת ישראל הכריז ראש הממשלה בנימין נתניהו בעת ביקור בהיכל העצמאות בתל אביב כי הוא יוביל חקיקת חוק יסוד "שיבטיח עיגון חוקתי של מעמדה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי", וכי הוא מאמין שראוי "שהמרכיב הבסיסי ביותר בחיינו הלאומיים יזכה למעמד חוקתי ברומה למרכיבים מרכזיים אחרים העומדים בבסיס מטרתנו שנקבעו עד היום בחוקי היסוד של הכנסת"³. בסופו של דבר הייתה הצעת חוק היסוד (בכינוי המקובל: "חוק הלאום") למקור מחלוקת עזה, שתרמה לפיזור הכנסת ה-19. בעוד הדיון הציבורי והפוליטי סביב הצעת החוק מתלהט, החליטה שרת המשפטים שלא להביא את ההצעה לדיון לפני ועדת השרים לענייני חקיקה מן הטעם שמדובר בהצעה לא ראויה. בהחלטה זו תמכו גם המלצות הביניים של פרופ' גביון, שהוגשו מעט אחר כך. בתגובה החליט ראש הממשלה להעלות את הצעת החוק להצבעה במליאת הממשלה. אישור ההצעה בממשלה חולל סערה פוליטית וציבורית שהביאה בסופו של דבר לפיטורי שרת המשפטים ושרים נוספים ולפיזור הכנסת ה-19 (בדצמבר 2014). ערב הבחירות לכנסת ה-20, בפברואר 2015, הגישה גביון את חוות דעתה המסכמת שלפיה "בעת הזו לא רצוי שישראל תעגן את מרכיבי החזון שלה במסמך חוקתי"⁴. הצעת חוק היסוד, פנייתה של שרת המשפטים וההתבטאויות של ראש הממשלה מסמלות מפנה בהיסטוריה הצינונית. הרצון לעגן את הזהות היהודית-ישראלית בחוק מבקש להשיג שתי תכליות: תכלית חיצונית, שמשמעותה תשובה למתנגדים לזכותם של היהודים להגדרה עצמית כמדינת לאום; ותכלית פנים-ישראלית, המבקשת לבטא ולחזק את הזהות היהודית בקרב החברה הישראלית.

חרף התעקשותה הצודקת של הצינונות שהיהודים הם אומה הזכאית למדינת לאום בארץ ישראל, מנהיגי התנועה הצינונית ומדינת ישראל הצניעו עד לשלהי המאה העשרים את פולמוס התרבות בעניין הזהות היהודית והישראלית, וודאי שנמנעו מכל אזכור שלו במשפט או מניסיון "לעגן" את הזהות היהודית במסמכים

3 ראו למשל ברק רביד, יהונתן ליס וג'קי חורי, "נתניהו יזום חוק להגדרת ישראל כמדינת העם היהודי; לבני: 'לא נאפשר זאת'", הארץ, 1.5.2014; וראו גם ברק רביד, "נתניהו על חוק הלאום: ישראל היא מדינתו של עם אחד", הארץ, 4.5.2014.

4 רות גביון, עיגון חוקתי לחזון המדינה? המלצות מכוח מינוי שרת המשפטים מאוגוסט 2013 ומסמכי רקע לגיבושן, ירושלים 2015, עמ' 8, באתר משרד המשפטים.

משפטיים וחוקתיים. הציונות העניקה כמובן מקום מרכזי לשפה העברית ולסמלי התרבות היהודית, אך היא התמקדה בכינונם של מדינה ומשפט כמסגרת ממלכתית שנועדה לאפשר ליהודים לשמר את תרבותם ולא בביטויים הצהרתיים שעניינם הזהות והתרבות היהודית. למעשה, תפיסת היסוד של ההנהגה הציונית הייתה הפוכה לחלוטין מזו של כמה מן הפוליטיקאים של ימינו: היא לא ראתה בהיעדר "עיון" משפטי לשאלת הזהות כל בעיה. להפך! מאז ראשיתה האמינה התנועה הציונית שקיומה ושגשוגה של תרבות יהודית אינם מותנים בהכרזות משפטיות כלל ועיקר אלא, כאמור, בהקמת מדינה יהודית ריבונית בעלת רוב יהודי שבה יהיו היהודים חופשיים לבטא את זהותם, לקיים את תרבותם ולהנחילה לילדיהם. את התכלית החיצונית (תשובה למתנגדי הציונות) השיגה התנועה הציונית באמצעים הסברתיים ודיפלומטיים, שהתבטאו במסמכים דוגמת תכנית באול, הצהרת בלפור, תכנית בילטמור או ההכרזה על הקמתה של מדינת ישראל ("הכרזת העצמאות"), אך לא במסמכים משפטיים או חוקתיים. גם במסמכים הפרוגרמטיים התמקדה התנועה הציונית בהכרזה על זכותו של העם היהודי למדינה ריבונית בארץ ישראל ונמנעה מהגדרה של התרבות והזהות היהודיות. ובאמת, עיון הזהות בהצהרות ובמסמכים משפטיים לא נחשב מעולם בתנועה הציונית לצעד רצוי או חשוב לצורך העמקת הזהות היהודית, חיזוקה או שימורה. יתר על כן, התנועה הציונית אף האמינה שהניסיונות לעגן את שאלת התרבות היהודית במשפט הם צעדים מסוכנים. עמדתם העקבית של אנשי חובבי ציון, של בנימין זאב הרצל, של זאב ז'בוטינסקי ושל דוד בן-גוריון הייתה שה"עיון" המשפטי (או החוקתי) של הזהות היהודית והמאבק הפוליטי הכרוך בהכרה בניסוחם של המסמכים החוקתיים "מעגני הזהות" הם המלכים מחלוקות חברתיות ומשפטיות ומסכנים את המפעל הציוני והחברה הישראלית. כמובן זה הניסיון לעגן באופן רשמי את הזהות היהודית-ישראלית בחוק יסוד הוא מהלך פוסט-ציוני.

הצעת חוק היסוד השנויה במחלוקת היא נקודת המוצא של חיבור זה. הדיון הציבורי בהצעת החוק עוסק בעיקר בתכלית החיצונית שלו, כלומר בצורך להשיב להתקפות על זכותם המוצדקת של היהודים למדינת לאום. אני, לעומת זאת, לא אעסוק כאן כלל בשאלות מהי התשובה הראויה להתקפות הללו ואם ראוי לעגן את התשובה הזאת בחוק יסוד. לא אדרש גם לוויכוח התרבות הפנים-יהודי עצמו, כלומר לא אדון בשאלות מהי מדינה יהודית, מהו משפט יהודי או מהי הזהות היהודית המודרנית. תחת זאת אבקש להאיר זווית ראייה שהוצנעה עד עתה

בוויכוח על הצעת החוק ובדיון על עיגון הזהות היהודית במשפט: הקושי, חוסר התוחלת והסכנה שבעצם הניסיונות לעגן זהות בנורמות משפטיות ולבסס את ישראליותו של המשפט הישראלי על התוכן היהודי של המשפט. אראה שהחברה הישראלית מצאה דרכים אחרות לבטא את זהותה ולכונן כאן תרבות תוססת ואיתנה, ואסביר מדוע דרכים אלה עדיפות על דרך החתחתים של הניסיון לעגן את הזהות היהודית במשפט באמצעות יציקת תוכן יהודי-עברי-ישראלי לנורמות המשפטיות. אם כן, מטרתי בחיבור זה היא להתמודד עם הניסיון (המופיע גם בהצעת חוק היסוד) לבסס את המשפט הישראלי על תוכן יהודי-עברי.

הרצון לעגן את התרבות היהודית, העברית או הישראלית במשפט אינו חדש. הוא מעסיק משפטנים בארץ עוד מימיה הראשונים של המדינה. כך למשל, הוויכוח בסוגיית כינון חוקה בראשית שנות העצמאות הוכרע נגד חקיקת חוקה כתובה במידה רבה בגלל הפחד ממלחמת תרבות שעניינה הזהות הישראלית.⁵ גם המאבק שמתנהל בעשרים השנים האחרונות בעניין "המהפכה החוקתית" מעוצב כפולמוס בשאלת זהותה של ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית". וכאמור, לאחרונה התעצם הוויכוח עם הגשת ההצעה של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שמבקשת לראשונה לעגן בטקסט חוקתי את זהותן של המדינה ומשפטה.⁶

הפולמוס בעניין זהותו הישראלית של המשפט הישראלי אינו מוגבל לשאלות חוקתיות אלא מלווה גם את דיוני החקיקה הישראלית ואת הדיון בדבר מקורות הפרשנות שצריכים להנחות את בתי המשפט. כך למשל, מאז 1980 מחויבים שופטי ישראל לפנות "לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" במקרה שהם אינם מוצאים בחוק או בפסיקה תשובה לסכסוך שמגיע

5 Nir Kedar, "The Roots of Ben-Gurion's Opposition to a Written Constitution," *Journal of Modern Jewish Studies* 12 (2013) pp. 1–16

6 ראו למשל מתוך פרסומים רבים שלמה אבינרי, "הפופוליזם של דיכטר", הארץ, 25.11.2011; נעמי זוסמן, "חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי: נייר עמדה", 25.6.2013, אתר מולד: המרכז להתחדשות הדמוקרטיה; מנחם מאוטנר, "לא לחוק הלאום, כן לחיים", הארץ 29.8.2013. וראו את הדיון המקיף והפרסומים בנושא באתר האינטרנט של המכון הישראלי לדמוקרטיה. באתר יש גם הפניות לחוות דעת ולמאמרים שפורסמו בעיתונות בעניין.

לפניהם.⁷ אמנם השופטים התחמקו עד עתה מחובה זו מכיוון שחששו להיכנס לוויכוח בדבר ההגדרה של "מורשת ישראל", אבל בחוק היסוד המוצע מתכוונת הכנסת לשוב ולחייבם לעשות כן, והוא גם מבקש להרחיב הוראה זו ולקבוע כי "המשפט העברי ישמש מקור השראה למחוקק".⁸ נוסף על כך שאלת ישראליותו של המשפט קשורה גם לסוגיית מקורם של ההסדרים המשפטיים הישראליים. כלומר, לשאלה עד כמה מושפע המשפט הישראלי משיטות משפט זרות ועד כמה הוא מבטא את התרבות, הערכים, הצרכים והאינטרסים המיוחדים של החברה הישראלית.

שאלת זהותו של המשפט הישראלי מתעוררת גם כאשר עומד על הפרק הצורך למנות שופטים חדשים לבית המשפט העליון או כאשר בית המשפט פוסק בשאלה שמעוררת מחלוקת ציבורית. במקרים אלה זהותם של השופטים והדרך שבה הם מנמקים את החלטותיהם מעוררות את השאלה עד כמה מייצג בית המשפט את החברה והתרבות בישראל. ולבסוף, שאלת עיגונה של הזהות הישראלית במשפט הישראלי נוגעת גם לוויכוח המתמשך המתנהל בנוגע לאופי האקדמיה המשפטית בארץ: עד כמה ההוראה והמחקר בתחומי המשפט עוסקים בתכנים ישראליים ובשאלות שמעניינות את החברה הישראלית, ועד כמה הם מסייעים לעצב משפט ותורת משפט "ישראליים".

אבל אף שמדובר בשאלה יסודית ששבה ועולה מפעם לפעם בדיון המשפטי והציבורי לא מדובר בשאלה קלה כלל ועיקר, שכן לא ברור מה עושה את המשפט הישראלי לישראלי ומבדילו ממשפטן של חברות אחרות: האם מדובר בתוכן ישראלי מיוחד המשקף את התרבות בישראל? האם ישראליותו של המשפט מתבטאת בעקרונות יהודיים-ישראליים כלליים המנחים את המשפט? האם ישראליות זו מתבטאת בצורה מיוחדת של המשפט, או שמא ישראליותו של

7 סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

8 סעיף 13 להצעת החוק. סעיף 13(ב) בחוק המוצע מוסיף על האמור בחוק יסודות המשפט מילה אחת בלבד, אך זו תוספת משמעותית הדוחקת את השופטים עוד יותר לשדה המוקשים של מורשת ישראל. החוק הקודם חייב פנייה למורשת ישראל אם לא מצאו השופטים תשובה בחוק, בהלכה הפסוקה או בהיקש, ואילו הצעת חוק היסוד מצמצמת את טווח הפרשנות המותר לשופטים ומתירה להם שימוש רק "בהיקש מובהק" (ההרגשה שלי).

המשפט נובעת פשוט מהיותו משפטה הרשמי של מדינת ישראל, או משום שהוא משפטה של "החברה הישראלית" ועל כן מבטא ממילא את תרבותה ומנוסח בשפתה העברית? ההיסטוריה של המשפט בארץ מלמדת שהתשובה שניתנה על פי רוב לשאלה הזאת היא שהמשפט הישראלי הוא ישראלי כיוון שהתוכן שלו משקף בצורה כלשהי את הזהות והתרבות הישראלית.

אמונתם המוטעית של מציעי חוק היסוד שניתן וראוי לעגן את זהותה של ישראל בחוק ולבסס את ישראליותו של המשפט הישראלי על תוכן יהודי-עברי אינה חדשה כלל ועיקר. אנו מוצאים הרבה דוגמאות כזו כבר בדברייהם של חסידיו הצינונית הרוחנית בשלהי המאה התשע עשרה, והיא מושמעת מאז מלחמת העולם הראשונה מפי משפטנים המקורבים לזרם זה של הצינונות, שהאמינו שמשפטה של המדינה היהודית שתקום יהיה "יהודי", במובן שהוא יתבסס על המורשת המשפטית היהודית בת מאות השנים. בשלהי מלחמת העולם הראשונה הוקמו במוסקווה, בירושלים ובלונדון חִברות ל"משפט עברי" שזו הייתה מטרתן,⁹ ומאז נשמעת ברמה הקריאה "הבו לנו משפט עברי!" מפי משפטנים, מחנכים, אנשי רוח ומנהיגי ציבור שתובעים את עלבונה של התרבות היהודית והישראלית. אמנם קריאתם לא נענתה בקרב המוני הציבור הצינוני בארץ ובגולה, והיא נדחתה גם על ידי הנהגות התנועה הצינונית והיישוב, אך דבר זה לא מנע מהם להמשיך ולתבוע את תחיית המשפט העברי; כלומר, לדרוש שהמשפט הישראלי יתבסס על אותה מורשת משפטית יהודית-עברית, או למצער יהיה בעל "צביון יהודי".¹⁰ כפי שראינו, לקראת סוף המאה העשרים אף התחזקה הקריאה הזאת מפי חברי כנסת אחרים התובעים לכלול אותה במפורש בחקיקה ואף בחוקה.

9 על חִברות המשפט העברי ראו בין היתר אסף לחובסקי, "משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ ישראל המנדטורית", בתוך: מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר (עורכים), רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל, תל אביב: רמות, אוניברסיטת תל אביב, תשנ"ח, עמ' 633-659; עמיחי רדזינר, "המשפט העברי בין 'לאומי' ל'דת': הדילמה של התנועה הדתית-לאומית", מחקרי משפט כו (1) (תשע"ז), עמ' 91-178, ובייחוד עמ' 105-106; Amihai Radzyner, "Jewish Law in London: Between Two Societies," *Jewish Law Annual* 18 (2009), pp. 81-135

10 לסקירה היסטורית מקיפה של ניסיונות אלה ראו ניר קידר, **ישראליותו של המשפט הישראלי: המאבק לביסוסו של משפט עברי-ישראלי** [בהכנה].

ספר זה קורא תיגר על הקריאה לבסס את ישראליותו של המשפט הישראלי על "תוכן יהודי-עברי-ישראלי", ובאופן כללי על הניסיונות "לעגן את זהותה" היהודית של ישראל באמצעות טקסטים משפטיים כגון הצעת חוק היסוד האמורה. לטענתי מדובר במפעל מעורפל ומסוכן שאין שום אפשרות מעשית להוציאו לפועל ושנזקו רב מתועלתו. זהו פרויקט חסר סיכוי משתי סיבות: ראשית, אין – וספק אם אי פעם הייתה – הסכמה על התרבות והמורשת היהודית; ושנית, אין הסכמה על הדרכים לתרגם תרבות ומורשת אלה למשפטה של מדינה חופשית מודרנית.

הבעיה הראשונה היא שהגדרתה של זהות לאומית היא משימה קשה מאוד ואולי אף בלתי אפשרית. לכאורה, נראה שמדובר במטלה קלה, אולם כאשר ניגשים למלאכה קשה למצוא הגדרה מוסכמת ואפקטיבית המבדילה, למשל, בין התרבות הצרפתית לתרבות הגרמנית או בינן לבין התרבות הסינית. ברור למשל שהצרפתים לא יסכימו להגדרה הקובעת כי "תרבות צרפת היא תרבותם של דוברי הצרפתית היושבים בשטחה של הרפובליקה הצרפתית"; הם יטענו בלהט כי התרבות הצרפתית רחבה ועמוקה יותר מן ההגדרה הפורמלית הצרה הזאת. עם זאת קשה מאוד, ואולי אף בלתי אפשרי, למצוא הגדרה מהותית רחבה יותר שגם תהיה מוסכמת על מרבית הצרפתים.

באופן דומה היהודים המודרנים בישראל ומחוצה לה אינם מסכימים על הגדרתם של המשפט היהודי, היהדות או הזהות היהודית. כך למשל, אין הסכמה בשאלה אם המורשת המשפטית היהודית משמעה ההלכה הדתית או שמא זו מורשת ערכית רחבה יותר, ולמעשה אין אפילו הסכמה על גבולותיה של ההלכה הדתית. נוסף על כך אין כל הסכמה באשר לדרכים שהמשפט היהודי-עברי (יהא זה אשר יהא) ייעשה למשפטה של מדינת היהודים המודרנית. אפילו בקרב יהודים דתיים אורתודוקסים שמסכימים ברובם כי המשפט היהודי משמעו ההלכה הדתית, ישנה מחלוקת עמוקה בשאלה אם אפשר בכלל לתרגם את המורשת היהודית – ואפילו את ההלכה! – למשפט ממלכתי מודרני.¹¹ אמנם

11 לדיון במתח שמעוררת שאלת שילוב ההלכה במשפט הישראלי ראו ידידיה צ' שטרן, "מה יהודי במשפט הישראלי?", בתוך: אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן (עורכים), דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית, ירושלים: המכון הישראלי

מצען הרשמי של מפלגות הציונות הדתית וחלק ממנהיגיהן הפוליטיים והדתיים תומכים בכך בפומבי, אבל רבים מאנשי הרוח הדתיים בישראל מכירים בכך שמפעל המשפט העברי הוא בעיקרו מפעל חילוני; הן מכיוון שרוב היהודים המודרניים הם חילונים שאינם שותפים לתקוותם הדתית-משיחית ולהכרתם בסמכות ההלכה, הן מכיוון שהתאמתה של ההלכה היהודית לחייה של חברה ריבונית מודרנית היא מהלך מסובך, ואולי אף בלתי אפשרי מבחינה מעשית, והן מכיוון שזהו מפעל ששולל במפורש את התוקף הדתי של ההלכה בהחליפו את מקור הסמכות האלוהי בסמכותו של המחוקק החילוני. כך סיכם זאת השופט והמשפטן (הדתי) יצחק אנגלרד: "משמעותה האמיתית [של קליטת הדין הדתי על ידי הכנסת] 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".¹² אם כן, מחלוקות קשות בשאלה של הגדרת היהדות נטושות בקרב יהודים דתיים לכיתותיהם; ומחלוקות נטושות בקרב יהודים חילונים על תפיסותיהם הרבות והמגוונות. משמעות הדבר היא שאין כל אפשרות מעשית לבטא באופן עמוק

לדמוקרטיה, 2007, עמ' 13-60. לביטויים של מתח זה בקרב אנשי הציונות הדתית ראו, מתוך חיבורים רבים, ברכיהו ליפשיץ, "זה נהנה וזה לא חסר: זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזוכה?", הפרקליט לז (א-ב) (תשמ"ז), עמ' 203-218 (ליפשיץ טוען כי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, אינו מבוסס על הסדרים מן ההלכה); מנחם אלון, המשפט העברי: תולדותיו, עקרונותיו, מקורותיו, ג, ירושלים: מאגנס, תשמ"ח, עמ' 1362-1383; נחום רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת: המקורות היהודיים בשילובם בדיוני הכנסת ובחוקי מדינת ישראל, א-ב, ירושלים: מורשת המשפט בישראל, תשמ"ט; ברכיהו ליפשיץ, "המשפט הישראלי והמשפט העברי: זיקה ועצמאות", משפטים יט (4) (תש"ן) עמ' 859-870; יוסי כץ, "מקומו של המשפט העברי בהליך חקיקתו של 'חוק המקרקעין', תשכ"ט-1969", קרקע 53 (תשס"ב), עמ' 91-134; עמיחי רדזינר ושוקי פרידמן, "המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול", עיוני משפט כט (1) (תשס"ה), עמ' 215-221. יצחק אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט בישראל", בתוך: יעקב בוק (עורך), המשפט העברי ומדינת ישראל, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשכ"ט, עמ' 110-134 (המאמר מבוסס על הרצאה משנת תשכ"ז שפורסמה לראשונה בתוך: יצחק איזנר [עורך], הגות והלכה: ספר הכינוס השנתי למחשבת היהדות, ירושלים: משרד החינוך והתרבות, תשכ"ח, עמ' קסא-קצח).

את התוכן היהודי במשפט הישראלי בלי לגלוש לפולמוס זהות חריף ואף למלחמת תרבות.

הבעיה השנייה נוגעת לקושי לתרגם את התרבות והמורשת לנורמות משפטיות. הניסיונות לעגן את הזהות היהודית-ישראלית במשפט לא יצלחו בשל סיבות פרקטיות הנוגעות לשאלה כיצד לתרגם את המורשת היהודית (בהנחה שנסכים על התוכן של מורשת זו), או אפילו את המשפט היהודי, למשפטה של מדינה מודרנית. מדובר בוויכוחים משני סוגים: הראשון נוגע לעבר, ועניינו השאלה "מה ראוי לשמר?"; והשני צופה פני עתיד, ועניינו השאלה "כיצד ראוי לעצב את המשפט היהודי-עברי-ישראלי?". הוויכוח הראשון עוסק בשאלה מה ראוי לשמר מתוך המורשת היהודית. זהו קודם כול פולמוס בעניין הגדרתו של המשפט העברי וגבולותיו: מהו המשפט העברי? האם הוא חופף להלכה הדתית או שמא מבטא גם את המוסר, ה"רוח" היהודית או המורשת הכללית של היהודים? לכאן שייכים גם דיונים ספציפיים יותר שעניינם השאלה על אילו מקורות תוכן ראוי לבסס את עיקר המשפט הישראלי על מנת שיבטא את הזהות היהודית-ישראלית: על אילו מקורות של ההלכה (המשנה והתלמוד או מקורות בתר-תלמודיים) ועל אילו רכיבים אחרים במורשת היהודית (מקורות דתיים לא הלכתיים, ספרות לגווניה, הגות פוליטית)? הוויכוח הפרקטי השני נוגע לשאלה כיצד ראוי לעצב את המשפט העברי-יהודי-ישראלי המודרני, כך שהוא יבטא את הזהות היהודית. בין ויכוחים אלה ניתן למנות מחלוקות מתודולוגיות בדבר הדרך הנאותה להתאים את המורשת (או ההלכה) היהודית למציאות מודרנית: מהי דרך המחקר הראויה של המשפט העברי, כיצד ראוי לבצע בפועל את פעולות הכינוס והקודיפיקציה של פסקי ההלכה והמקורות האחרים של המורשת והמשפט היהודיים לחקיקה מודרנית, כיצד אפשר לשלב מקורות יהודיים מסוגים שונים, וכיצד – אם בכלל – אפשר לשלבם עם מקורות משיטות משפט זרות, למשל, המשפט הרומי או שיטות משפט מודרניות. סוג אחר של ויכוחים נוגע לשאלת השאלה התרבותית-משפטית: בהנחה שהמורשת היהודית הקיימת אינה יכולה לתת פתרונות ראויים לכל הבעיות של חברה ממלכתית מודרנית, עולה השאלה מאילו שיטות משפט ראוי להשלים את המשפט היהודי-עברי – מאיזו משתי מסורות המשפט המערביות ומאיזו שיטה בתוכן, או שמא ראוי לפנות דווקא למסורת משפט לא מערביות, דוגמת המשפט המוסלמי – מה ראוי לשאול

משיטות אלה, וכיצד ראוי לשתול את המשפט הזר השאול במרקם המשפטי העברי-ישראלי.¹³

ואכן, ההיסטוריה מלמדת שמאה שנות מאמצים לעגן את הזהות היהודית במשפט בעל "תוכן יהודי" הסתיימו בלא כלום. אנשי רוח נוטים לחשוב שמאמץ כן ואמיתי יותר היו מביאים להצלחה במפעל הזה. נראה שכך חושבים גם חברי הכנסת מציעי הצעת החוק. אבל האמת היא שזה היה כישלון ידוע מראש: החברה היהודית המודרנית – ובכלל זה היישוב היהודי והחברה הישראלית – נחלקה בהגדרת ה"יהדות", "התרבות היהודית" ו"המשפט היהודי-עברי" ולא ידעה כיצד לתרגם למשפטה של מדינת ישראל המודרנית. לפיכך נמנעו התנועה הציונית ואחר כך מדינת ישראל מלהיכנס לוויכוח התרבותי בעניין התוכן היהודי-עברי של המשפט. תחת זאת ביטאו הישראלים את זהותם במשפט בעשותם אותו למשפטה של החברה הישראלית העצמאית בשפתו העברית ובשורת סמלים, ביטויים ונורמות מן המורשת היהודית שנשזרו בו. העילית הפוליטית והמשפטית של ישראל דבקה במדיניות זו עד לשנות השמונים של המאה העשרים. הצלחתה של ישראל לכונן חברה דמוקרטית פתוחה ולקיים תרבות תוססת ורבגונית מלמדת שראוי להמשיך ולבטא את הזהות הישראלית במשפט בדרכים אחרות, שאינן מבוססות על התוכן שלו ואינן מחייבות ויכוח תרבות בעניין הזהות הישראלית ובעניין תרגומה לטקסטים משפטיים. בסוף הספר אציג בקצרה כמה דרכים כאלה שכבר בשימוש.

בטרם אפנה לחיבור עצמו מילת הבהרה לקוראים. התנגדותי למאמץ לעגן את הזהות היהודית-ישראלית במשפט אינה נובעת מהתכחשותי לצורך של מדינת ישראל להתגונן מפני התקפות על זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית במדינת לאום. להפך, אני בדעה שקל להגן מוסרית על הקביעה (המופיעה בפתח הצעת חוק היסוד) ש"מדינת ישראל היא הבית הלאומי של העם היהודי בו הוא מממש את שאיפתו להגדרה עצמית על-פי מורשתו התרבותית וההיסטורית". התנגדותי למאמצים לעגן את הזהות היהודית במשפט גם אינה נובעת מהתכחשותי לצורך של כל אדם ושל כל חברה בזהות ובתרבות, וודאי שאינה נובעת מהתכחשותי

13 לגלגולים המוקדמים של בעיות אלה בקרב חברות המשפט העברי ראו לחובסקי (לעיל הערה 9), עמ' 640-648; רדזינר (לעיל הערה 9), עמ' 100-101, 124-144.

לצורך של הרוב בחברה הישראלית לבטא את זהותו היהודית בתרבותו ובמשפטו. כל שאני טוען הוא שההתמקדות בתוכן של המשפט וההתעלמות מביטויי הזהות והעצמאות האחרים שמשוקעים במשפט הישראלי מבטאות החמצה של ההצלחה הציונית הגדולה לכונן בישראל תרבות יהודית חופשית, תוססת ורבגונית ומשפט יהודי-ישראלי עצמאי ומפותח. חמור לא פחות – הן אף מאיימות על ההצלחה הזאת. ההתעקשות לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי ולבסס את ישראליותו של המשפט הישראלי על תוכן ישראלי-יהודי מבטאת במקרה הטוב תפיסה שמרנית וסטטית של מושג התרבות, שאינה מכירה בהתפתחויות הדינמיות של התרבות והמשפט בישראל. היא מקדשת דגם מסוים של היהדות ומבקשת לכפות אותו על החברה הישראלית התוססת והפלורליסטית, אף שדגם זה אינו מוסכם על רוב בני החברה ואף שהניסיונות לאמצו כרוכים במלחמת תרבות מסוכנת. במקרה הרע מבטאת הקריאה "לעגן את הזהות" בחוק יסוד השקפה לאומנית חלולה ומסוכנת.

לספר ארבעה פרקים. הפרק הרשון מסכם את מדיניות ההימנעות של התנועה הציונית וההנהגה הישראלית (הפוליטית והמשפטית) מוויכוח הזהות והתרבות ומכל ניסיון לעגן את הזהות היהודית במסמכים רשמיים משפטיים. תיאור זה יאפשר לנו אחר כך להבין את שינוי המדיניות שהתחולל בארץ בשלהי המאה העשרים. הפרק השני מתאר את הנסיגה מן המדיניות הציונית הקלסית ואת העלאתם מחדש של הניסיונות לעגן רשמית את הזהות היהודית ולבסס את המשפט הישראלי על תוכן יהודי-עברי-ישראלי. הפרק השלישי עוסק בסכנות הכרוכות בניסיונות אלה; הפרק המסכם – הרביעי – מציע דרכים שיאפשרו לשמור על דיון תרבותי תוסס ועם זאת ירחיקו את החברה הישראלית מן הצדדים המסוכנים שבשיח הזהות ובניסיונות לעגנו במשפט.

פרק ראשון

הימנעותה של התנועה הציונית מוויכוח תרבותי ומניסיונות לקבוע מסמרות בשאלת הזהות היהודית ולעגנה במשפט

הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי חורגת מן המדיניות השקולה שהייתה מקובלת על ראשי התנועה הציונית והמערכת הפוליטית והמשפטית בישראל מאז ראשית הציונות ועד לשלהי המאה העשרים. בפרק זה אסקור בקצרה את הימנעותן העקבית והנחרצת של ההנהגה הציונית והישראלית מעיסוק בוויכוח התרבותי ומכל ניסיון לעגן זהות זו במסמכים רשמיים.

בשל חוסר ההסכמה העמוק בין הקבוצות באוכלוסייה היהודית המודרנית החליטה התנועה הציונית להימנע מדיון יסודי בנושאים אלו ונזהרה מאוד מלעסוק בהם במסמכי הרשמיים. החשש מפני הסכנה הטמונה בדיון על הזהות היהודית הובע כבר בשנות השמונים של המאה התשע עשרה בפולמוס הסופרים הידוע בין יהודה לייב גורדון (יל"ג) למשה לייב ליליינבלום, שהיה מראשי תנועת חובבי ציון,¹⁴ והדיון הזה היה מושאה של מחלוקת עמוקה בפוליטיקה הציונית עד

14 לעומת תביעתו של יל"ג לצאת במלחמת תרבות נגד הכוחות הדתיים-מסורתיים בחברה היהודית באירופה, ליליינבלום קרא לדחות לעתיד הרחוק את המאבק התרבותי על אופייה והגדרתה של היהדות, כדי שלא לפגוע במאמצייה של תנועת שיבת ציון השברירית שאך נולדה באותן שנים. על הפולמוס בין ליליינבלום ליל"ג ראו איגרות מ.ל. ליליינבלום לי.ל. גורדון, ירושלים: מאגנס, תשכ"ח, עמ' 182-183; אהוד לוז, מקבילים מתנגשים: דת ולאומיות בתנועה הציונית במזרח אירופה בראשיתה, 1882-1904, תל אביב: עם עובד, 1985, עמ' 67-69. מאוחר יותר נכנס ליליינבלום לפולמוס סוער עם אחד העם על אותו רקע. ראו משה לייב ליליינבלום, "בין הרמיון והאפשר", המליץ, 1.11.1897-29.10.1897 (המאמר פורסם בשלושה חלקים); הנ"ל, "מקדש ואבן נגף לבתי-ישראל", המליץ, 1.18.1900-14.18.1900 (המאמר פורסם בארבעה חלקים); הנ"ל, "הציונים הראשונים והאחרונים", המליץ, 4.2.1902-31.1.1902 (המאמר פורסם בארבעה חלקים); וכן ראו את הפולמוס בהמליץ סביב רשימתו הפיליטונית של ליליינבלום

למלחמת העולם הראשונה. במחלוקת זו, שהוכתרה בשם "פולמוס הקולטורה", ניצבו משני צדי המתרס חסידי הציונות הרוחנית-תרבותית (אחד העם הוא הידוע בהם) מזה והרוב בתנועה הציונית מזה. "הרוחניים" טענו כי הזנחת הבירור של שאלת התרבות (אז עוד לא דיברו על "בעיית זהות") משמעה הזנחה כפולה מצד הציונות: הזנחת העם היהודי עצמו, שמתייסר בבעיות התרבות ומבקש להן פתרון; והזנחת מטרתה של הציונות כתנועה לאומית יהודית שנועדה להביא למהפכה בחיים היהודיים. אם הכוח המניע של הציונות הוא הרעיון הלאומי המודרני, טענו חסידי הציונות הרוחנית, הזנחת שאלות התרבות והזהות תייבש את המעיין התודעתי שמזין את ההגשמה הציונית. ללא תודעה לא תצלח ההגשמה הציונית ולא תתחולל המהפכה בחיי היהודים. לעמדה זו התנגד מכול וכול הרוב בתנועה הציונית. מאבקי הדת והתרבות הקשים של תקופת ההשכלה היו צרובים בתודעתם של רוב הציונים, ועל כן הם חששו שהמאבקים חסרי התוחלת בשאלות של זהות, תרבות ודת יכלו את כוחותיה של התנועה בוויכוחי סרק ויפגעו במאמצים המשותפים להקים את המדינה היהודית העצמאית. הנחת היסוד הציונית הייתה שאת המשכיותה של התרבות היהודית לא יבטיחו הכרזות חגיגות ומסמכים רשמיים אלא רק הקמת מדינה יהודית ריבונית עם רוב יהודי. עצמאות מדינית ורוב יהודי הם הערובות הטובות ביותר לשמירה על התרבות היהודית ולשגשוגה. אמנם התנועה הציונית נשענה על סמלי תרבות מוסכמים מן המורשת היהודית: סיפור ההיסטוריה היהודית, שהיה מקובל על רוב היהודים, חזון הנביאים, ארץ ישראל, השפה העברית וסמלים מוסכמים אחרים (כמו דגל התנועה שהיה מבוסס על הטלית); אבל בד בבד נמנעה הציונות מכל ויכוח תרבותי שעלול היה לחבל במאמצייה לבנות לעם היהודי בית לאומי בארץ ישראל, וכמובן נמנעה מכל ניסיון לקבוע מסמרות בשאלת הזהות היהודית ולעגנה במסמכים רשמיים.

עוד חשוב להבין שההתנגדות לציונות הרוחנית הייתה כוללת וחצתה זרמים בדת, תפיסות חברתיות ואפילו גישות לאומיות נבדלות זו מזו. לציונות הרוחנית-תרבותית מבית מדרשו של אחד העם ולניסיונה לעורר את הוויכוח

"לשומרי רוח ורואים בעבים", שבה הוא תקף את גישתו של אחד העם (שני מאמרים פורסמו בהמליץ: הראשון ב-19.2.1892 וב-23.2.1892, והשני ב-3.4.1892-29.3.1892 בארבעה חלקים). כל כרכי המליץ נמצאים באתר עיתונות יהודית היסטורית.

על הזהות והתרבות היהודית התנגדו נחרצות כבר חובבי ציון ואחר כך הרצל; התנגדו לה מאותם טעמים גם הציונות הדתית (הרב יצחק יעקב ריינס היה שני רק להרצל בהתנגדותו לציונות הרוחנית), תנועת העבודה, הציונים הכלליים והרוויזיוניסטים; ודחו אותה מטעמים שונים גם הקבוצות הלא ציוניות למיניהן. המדיניות הציונית הזאת מסבירה את הפניית העורף של הציבור היהודי והנהגתו לניסיונות של אנשי רוח ומשפטנים לעגן את שאלת הזהות במסמכים רשמיים ומשפטיים. היא מבהירה את התעלמות התנועה הציונית, הנהגת היישוב היהודי והציבור היהודי הרחב מן המאמצים המוגבלים וחסרי התוחלת של חברות המשפט העברי לתכנן ולעצב עבור המדינה היהודית שבדרך משפט שיתבסס על המשפט העברי והמורשת היהודית; היא מסבירה את בחירתה של ההנהגה הישראלית לאמץ את המשפט המנדטורי הקיים, בין היתר כדי להימנע ממלחמת תרבות בזמן הקמת המדינה; והיא מבארת את המדיניות המשפטית גם לאחר הקמת המדינה.¹⁵

מדינת ישראל מעולם לא התכחשה ליהודיותה. להפך – עוד בשנות החמישים יזמו הכנסת ומשרד החינוך מפעלי חינוך ותרבות שנועדו לחזק את התודעה היהודית של הנוער ואת הקשר של האוכלוסייה הישראלית עם יהודי העולם.¹⁶ ואולם מדינת ישראל מעולם לא ראתה צורך להכריז על יהדותה בחוקיה. מוזר ככל שהדבר יישמע לכמה מחברי הכנסת ואנשי הרוח של ימינו, מנהיגי התנועה הציונית ומדינת ישראל מעולם לא ראו צורך לעגן את זהותם היהודית בחוקים. אחרי הכול הנחת היסוד הציונית הרי הייתה שלא הצהרות משפטיות חגיגיות יכוננו את הבית הלאומי היהודי אלא רק עלייתם של היהודים ארצה ובנייתן של חברה ומדינה. נוסף על כך היה ברור להם שכל עיסוק בשאלות של זהות ותרבות במשפט גם מסכן את הממלכתיות בישראל, שכן הוא מאיים להטיל את החברה הישראלית למערבולת של מלחמת זהות שעלולה אף להתדרדר למלחמת אחים.

15 ראו קידר (לעיל הערה 10).

16 לשאלת החינוך לתודעה יהודית ראו למשל את ישיבות ועדת החינוך של הכנסת מהתאריכים 19.11.1957, 26.11.1957, 3.12.1957, 2.6.1962 ו-6.6.1962, ארכיון הכנסת; ישיבות מליאת הכנסת מהתאריכים 9.6.1959, 10.6.1959 ו-15.6.1959, דברי הכנסת 27 (השי"ט), עמ' 2180-2232.

במקום אחר הראיתי שהחשש ממלחמת תרבות היה גורם מרכזי בבחירתה של הכנסת הראשונה להימנע מחקיקת חוקה במסמך אחד ולחקיקתם תחת זאת של פרקים-פרקים בשורה של חוקי יסוד. כאשר התחזור לבן-גוריון כי לא רק שחוקה לא תקדם את בניין החברה והמדינה, אלא שהיא אף תיעשה לכלי קיבול לזיכוח אידאולוגי ותרבותי בדבר טבעם ואופיים של העם היהודי והמדינה היהודית, הוא הבין את הסכנה הגדולה והמוחשית שטומן פולמוס החוקה למפעל הציוני. סכנה זו לא הייתה פחותה בעיניו מזו שהציבה דרישתו של אחד העם לבירור "רוחני" של היהדות בעת המודרנית. הסכנה בעיני בן-גוריון הייתה שדיון זה – שרבים סיכוייו להתברר כפלפול עקר – יסיט את החברה הישראלית מדרך ההגשמה, העלייה והיצירה, יבזבז את הכוחות האדירים הגנוזים לדעתו בחברה הישראלית ובעם היהודי ואף יסכן את הממלכתיות, הדמוקרטיה ושלטון החוק שהחברה הישראלית הצליחה לכוונן נגד כל הסיכויים.¹⁷ כך סיכם זאת ראש הממשלה לחברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת:

ענין החוקה יטה אותנו למסלול אחר לגמרי. אנחנו אוהבים מאד ויכוחים תיאורטיים: אחד יראה כי הוא נאמן לכבוד ישראל, אחר – שהוא נאמן למהפכה הסוציאליסטית, ושלישי – כי הוא נאמן לדמוקרטיה העממית, ואחד נאמן לחלוציות – זה ויכוח-סרק אשר יקח את זמננו בכנסת ובעתונות, לשוא, ויסיח אותנו מעצם המעשה. ואף על פי כן, אם הרוב חושב אחרת – יעשה הרוב כדעתו.¹⁸

כדאי להזכיר ליוזמי הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי שלא רק בן-גוריון ואנשי תנועת העבודה חשבו שלא הגיוני לנסות לעגן את הזהות היהודית בחוקתה של מדינת ישראל ובחוקיה. זו הייתה גם עמדתו של זאב ז'בוטינסקי, וכך הוא ביטא אותה בשנת 1937 בנאומו לפני הוועדה המלכותית בלונדון שדנה בחלוקת הארץ לשתי מדינות:

17 Kedar (לעיל הערה 5).

18 פרוטוקול ועדת חוקה חוק ומשפט, 13.7.1949, עמ' 13.

אינני סבור כי רצוי שחוקתה של איזו מדינה תכיל סעיפים מיוחדים המבטיחים במפורש את אופיה ה"לאומי". סבורני, כי סימן טוב הוא לחוקה, אם נמעט למצוא בה סעיפים כאלה. הדרך הטבעית והטובה ביותר היא, שאופיה ה"לאומי" של מדינה יהא מובטח על ידי עצם העובדה שיש בה רוב מסוים. אם הרוב הוא אנגלי, הרי המדינה אנגלית, ואין צורך בשום ערובות מיוחדות. לפיכך, בהביעי את המלים "מדינה עברית", כוונתי לקהליה, או לארץ הנהנית ממידה מספקת של שלטון עצמי בענייניה הפנימיים והחיצוניים, ושיש בה רוב יהודי.¹⁹

ראוי לסטות לרגע מן הדיון ההיסטורי ולהעיר שעמדתם של בן-גוריון וז'בוטינסקי הפוכה לעמדתם של מציעי חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי וגם לזו של שרת המשפטים לשעבר. במכתבה לפרופ' גביוון כתבה השרה כי מאחר שטרם ניתן "ביטוי חוקתי מתאים" לזהותה של המדינה, "אנו נמצאים בפני מחלוקות חברתיות ומשפטיות מהותיות בהן כל צד מנסה לקבע השקפת עולם אחרת". המכתב מבטא את האמונה שהיעדר ביטוי חוקתי לזהות הישראלית הוא גורם מרכזי למחלוקות החברתיות והאזרחיות בישראל. ראשי התנועה הציונית – מחובבי ציון והרצל ועד ז'בוטינסקי ובן-גוריון – חשבו בדיוק את ההפך: דווקא ההימנעות מן המחלוקות התרבותיות ומן הניסיונות לעגן את הזהות היהודית בחוקה נוקשה היא הערובה להצלחתו של המפעל הציוני ולקיומה של החברה הישראלית.

התפיסה הציונית הקלסית היא שהביאה גם את הכנסת ומשרד המשפטים להימנע מכל אזכור של שאלות התרבות והזהות בחקיקה. כך למשל, הכנסת דחתה את חקיקתו של חוק אזרחי מקיף ("קודקס אזרחי"), שבעולם המודרני נתפס כבעל חשיבות תרבותית רבה, ובחרה תחת זאת לחוקק בדרך הדרגתית

19 עדות ז'בוטינסקי לפני הוועדה המלכותית (ועדת פיל) בבית הלורדים בלונדון ב-11.2.1937 (תרגם מאנגלית בנימין לובוצקי [אליאב]), מתוך: ז'בוטינסקי, כתבים, ה, ירושלים: הוצאת ערי ז'בוטינסקי, תש"ח, עמ' 221-271, הציטוט מעמ' 224.

חלקים במשפט האזרחי (כגון חוקי הירושה, הקניין והחוזים).²⁰ המעיינים בחוקי הכנסת ימצאו גם שאפילו המילה "יהודי" על הטיותיה כמעט שאינה מופיעה, וודאי שאין כל דיון בחוק בשאלות של זהות ותרבות יהודית.²¹ זו לא הייתה רק מדיניות של משרד המשפטים אלא גם של מערכת המשפט והעילית המשפטית כולה: עד לשנות השמונים של המאה העשרים נמנעו בתי המשפט והאקדמיה המשפטית ככל האפשר מלהכניס ממד ערכי-אידאולוגי של זהות לכתיבה המשפטית ולפסקי הדין. כך למשל, כאשר הגיעה שאלת "מיהו יהודי" לבית המשפט העליון, סירבו שופטי בג"ץ לעשות את בית המשפט לזירה לליבון שאלת יהדותם של המדינה ושל אזרחיה, ודיונם הצטמצם לשאלת סמכותו של פקיד משרד הפנים לרשום אדם כיהודי או כלא יהודי אם הוא מבקש זאת.²²

- 20 ראו ניר קידר, "למה לנו קודקס אזרחי? על השורשים התרבותיים של הקודיפיקציה האזרחית בישראל", **משפט ועסקים** ז (2007), עמ' 169-201.
- 21 ראו אמנון רובינשטיין, "על הספר 'משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת' מאת מנחם מאוטנר", **הפרקליט** נ (תש"ע), עמ' 653-658, ובייחוד עמ' 655-656.
- 22 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970). בראשית שנות האלפיים שוב לא חושש בית המשפט מדיון בשאלות הזהות הישראלית, הגם שלמרות הצהרותיו הוא נמנע בסופו של דבר מלברר לעומק את הזהות הזאת. ראו ע"א 8573/08 אורנן נ' **משרד הפנים**, דינים עליון 2013 (133) 1338.

פרק שני

הניסיונות לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי בשלהי המאה העשרים

הצעת חוק היסוד לא נחתה על שולחן הכנסת בהפתעה – היא שיאו של תהליך מסוכן שמשמעותו שובם של הניסיונות לעגן את הזהות היהודית-ישראלית באמצעות התוכן של המשפט הישראלי. התהליך החל בשנת 1980: חוק יסודות המשפט שנחקק באותה שנה חרג רשמית מן המדיניות הציונית והישראלית ארוכת הימים וכלל לראשונה בתולדות המשפט בארץ הצהרה שדין השיור הישראלי (כלומר, הדין שאליה צריכים לפנות השופטים כשהם אינם מוצאים פתרון בחוק או בהלכה פסוקה) הוא "עקרונות החירות, השלום, היושר והצדק של מורשת ישראל". הצעה לחוקק הצהרה מעין זו הועלתה בדיוני המשפטנים ערב הקמת המדינה, אך אז סירבו ראשי מערכת המשפט לקדמה ולהעבירה לדיון במועצת המדינה הזמנית. עתה הצליח המהלך ופתח עידן חדש בהיסטוריה של המשפט הישראלי – מכאן ואילך, הכנסת שבה וחייבה את בתי המשפט וגופים אחרים (למשל ועדת הבחירות המרכזית לכנסת) להתייחס לערכי "מורשת ישראל" ולערכיה של ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית". כך, בסעיף 7א שהוסף בשנת 1985 לחוק יסוד: הכנסת (ותוקן שוב בשנת 2002), וכך, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק וחוק המפלגות, שהתקבלו בשנת 1992.

סעיף 13 להצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי מבוסס על סעיף 1 לחוק יסודות המשפט משנת 1980. חוק זה נולד בעקבות דיון ארוך בעניין עצמאותו של המשפט הישראלי. האמת היא שהוויכוח לא נגע לתוכן היהודי-עברי של המשפט אלא דווקא לעצמאותו הרשמית, כלומר לשאלת כפיפותו של המשפט הישראלי למשפט האנגלי. באופן אירוני דווקא הדיון המשפטי היבש, שנמנע בכוונה מכל עיסוק פומבי בשאלות של תרבות

וזהות, הוא שהחזיר רשמית את פולמוס התרבות למשפט.²³ אותו דיון עסק בשאלת תקפותו של סעיף חוק מנדטורי (סימן 46 לדבר המלך במועצתו על פלשתינה-א"י (1922) שחייב פנייה למשפט האנגלי במקרים שהשופטים אינם מוצאים פתרון בחוק ובפסיקה, כלומר קבע את המשפט האנגלי כדין השיוור (residuary law) הישראלי. מאחר שישראל השאירה את המשפט המנדטורי על כנו עם הקמת המדינה, נקלט גם סעיף זה למשפטנו, והשאלה הייתה אם הוא מחייב גם את שופטי ישראל; ובמילים אחרות, – האם המשפט האנגלי הוא דין השיוור המחייב את שופטיה של מדינת ישראל העצמאית?

חלק מן המשפטנים הישראלים שהשתתפו באותו ויכוח טענו כי לאחר שלושים שנות עצמאות התיישן הסעיף הזה ומת מאליו, ואילו אחרים טענו כי יש לבטלו רשמית, שכן כל עוד החוק כתוב בספר החוקים שופטי ישראל מחויבים לפנות למשפט האנגלי במקרים של חסר במשפט. אחד המשתתפים העיקריים בפולמוס היה אהרן ברק, אז פרופסור למשפטים באוניברסיטה העברית. כרכים מן המשפטנים הישראלים גם ברק ראה חשיבות בהקפדה על עצמאותו של המשפט הישראלי: הוא השתתף בכמה מוועדות החקיקה של החוקים האזרחיים החדשים שחוקקה המדינה בשנות השישים והשבעים, ובהיותו מרצה למשפטים האמין כי הישראלים יכולים וצריכים לפתח משפט ותורת משפט ישראליים מקוריים ועצמאיים. בשנת 1976 מונה ברק לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. נאמן

23 לויכוח על "עצמאות החוק" ראו דניאל פרידמן, "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית האקונה בחקיקה הישראלית החדשה", משפטים ה (תשל"ג), עמ' 91-98; אהרן ברק, "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית האקונה בחקיקה הישראלית החדשה: תשובה לפרופסור פרידמן", שם, עמ' 99-104; דניאל פרידמן, "עוד הערה לעניין ההוראות בדבר 'עצמאות החוק' אשר בחקיקה הישראלית החדשה", משפטים ה (תשל"ג), עמ' 349-351; אהרן ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג (תשל"ג), עמ' 5-25; הנ"ל, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים", משפטים ז (תשל"ז), עמ' 15-33; דניאל פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ה (3) (תשל"ז), עמ' 463-490; ג' טרסקי, "ביטול ס' 46 לדבחה"מ וכוה פעולתו", משפטים ח (תשל"ז-תשל"ח), עמ' 180-185; Daniel Friedmann, "Independent Development of Israeli Law," *Israel Law Review* 10 (1975), pp. 515-568. וכך השוו אורי ידן, "כיצד יפורש חוק השומרים", הפרקליט כד (תשכ"ז), עמ' 493-495.

לתפיסתו הציונית, הוא ביקש לנתק את המשפט הישראלי מכפיפות פורמלית או מחשבתית לדין זר. על כן הוא ביקש ממחלקת החקיקה לערוך רשימה של חוקים עותמאניים ומנטוריים שהתיישנו בעקבות החקיקה הישראלית החדשה ושראו לבטלם, וכמו כן ביקש מראש מחלקת החקיקה לנסח הצעת חוק קצרה שתורה רשמית על ביטול סימן²⁴.46

אלא שמה שהחל כצער צנוע לביטוי העצמאות הפורמלית של המשפט הישראלי וניתוקו מן המשפט האנגלי, התגלגל והיה לפולמוס תרבותי סוער שנמשך על פני כמעט עשור. הצעת החוק המקורית כללה שני סעיפים קצרים בלבד: האחד קבע כי סימן 46 לדבר המלך במועצתו בטל; והשני קבע כי אין בביטול "כדי לפגוע במשפט שהיה קיים בארץ ערב תחילת חוק זה והחוק המבטל"²⁵. הצעת החוק לא כללה כל סעיף הקובע מה יהיה דין השיור שיחליף את המשפט האנגלי, ולא בכדי. סוגיית דין השיור היא מוקד לוויכוח משפטי תאורטי עמוק. משפטנים ופילוסופים רבים טוענים כי אין באמת צורך בדין שיור, אלא שמדובר תמיד בשאלות פרשניות של הכללים והעקרונות המשפטיים הקיימים; וגם שיטות משפט שמכירות במצב שבו אין תשובה בדבר חקיקה או בהלכה הפסוקה מתקשות לקבוע מה יהיה הדין שבתי המשפט יפעילו על פיו במקרה כזה, והן מעדיפות הרבה פעמים פתרונות עמומים נוסח "העקרונות הכלליים של השיטה" או "השופטים יפעלו בדרך שהם מאמינים שהמחוקקים היו פועלים". הצעת החוק הצנועה והקצרה שניסח ברק הופצה כמקובל לכל משרדי הממשלה בנובמבר 1976. פחות מחודש אחר כך כבר הביע משרד הדתות התנגדות

24 להיסטוריה החקיקתית של חוק יסודות המשפט ראו אהרן ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 265-285. בעמ' 280-283 מביא ברק נספח המגולל את סיפור ההיסטוריה של החוק. חקיקת חוק יסודות המשפט אכן הייתה חלק ממדיניות כללית יותר של משרד המשפטים. בהמשך לחוק יסודות המשפט, וכך בברד עם התחלת העבודה לכינוס החוקים האזרחיים "החדשים" לקודקס אזרחי ישראלי אחד (שכותרתו העברית "חוק דיני ממונות"), חוקקה הכנסת בשנת 1984 שני חוקים שהבליטו את עצמאותו של המשפט הישראלי כמשפטה של מדינה עצמאית מודרנית. אלו הם החוק לביטול דינים שנושנו, התשמ"ד-1984, והחוק לביטול המג'לה, התשמ"ד-1984 (המג'לה הוא קובץ החוקים האזרחי העותמאני, מעין קודקס שהכיל 16 כרכים ושנחקק בשנים 1869-1876).

25 ברק, שם, עמ' 280.

להצעה הקצרה והציע להוסיף לה סעיף הקובע כי "במקום שישנו חסר (= לקונה) בדין הישראלי יחול המשפט העברי".²⁶ משרד הדתות התכוון כאן להלכה הדתית ולא למשפט העברי שביקשה לכוון חברת המשפט העברי שהוקמה במוסקוה בשנת 1917.²⁷ מרגע שהועלתה בפעם הראשונה התביעה לקבוע באופן פוזיטיבי דין שיוור במקום המשפט האנגלי, שוב לא היה אפשר להחזיר את הגלגל לאחור. לשווא התריע ראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים אורי ידין שאין צורך במוסד של דין השיור וכי "מוטב שלא נטפל כלל בכל הסוגיה וניתן לסימן 46 להמשיך למות מות טבעי";²⁸ הצעת משרד הדתות הייתה רק ההתחלה. שרים, חברי כנסת, רבנים ואנשי רוח תבעו את ליטרת דין השיור העברי שלהם. בכתיבתו על ההיסטוריה החקיקתית של חוק יסודות המשפט השתמש אהרן ברק בלשון דיפלומטית ותיאר בעיקר את הדיון הפנימי שהתנהל במשרד המשפטים בדבר הנוסח הראוי של הסעיף שיקבע למדינת ישראל דין שיור. ואולם בין שורות המאמר ניתן להיווכח שהדיון המשפטי התקיים בגלל לחץ פוליטי חיצוני לקבוע את המשפט העברי (קרי ההלכה היהודית) כדין השיור בישראל, ולחץ זה גבר לאחר עלייתה של מפלגת הליכוד לשלטון בשנת 1977. במשרד המשפטים ידעו היטב שאין כל אפשרות מעשית לתרגם את ההלכה היהודית למשפט של מדינה מודרנית (אפילו לא כדין שיור), וכי הוויכוח בעניין זה יסכן את היציבות המשפטית והחברתית בישראל. על כן חיפשו שם בקדחתנות נוסחה עמומה דיה שתספק את "חסידי המשפט העברי". בתחילה הציע ברק שעקרונות מגילת העצמאות יהיו דין השיור, אבל הצעה זו הייתה עמומה וצרה מדי מבחינה משפטית, ובכל מקרה לא הייתה "יהודית" די הצורך עבור חסידי המשפט העברי. לפיכך שב ברק ופנה לנחום רקובר, היועץ למשפט עברי במשרד המשפטים, וביקשו "לסייע במציאת נוסחה אשר תתן [לחוק] גוון עברי. כוונתי לא רק ללשון, אלא גם למהות, כגון הקטע המודגש במגילת העצמאות ('יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל') [...] אין כוונתי להפניה ספציפית למשפט העברי".²⁹ בסופו של דבר הציע משרד המשפטים ארבע הצעות ברוח זו, והן אוחדו לנוסח

26 ש.ם.

27 ש.ם.

28 ש.ם, עמ' 281.

29 ש.ם.

המוכר לנו היום. עוד שנתיים של דיונים סוערים עברו עד שהצעת החוק אושרה בכנסת ב-23 ביולי 1980.³⁰

מעניין שלא היה זה הניסיון הראשון לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי על ידי הקביעה שהמשפט העברי, ההלכה או המורשת היהודית יהיו דין השיוור הישראלי. דיון דומה התקיים גם ערב הקמת המדינה. כאשר התברר שהנסיבות הקשות של הקמת המדינה אינן מאפשרות לכונן באופן מתודי ומסודר משפט ישראלי שיתבסס על המורשת היהודית (תהא זו אשר תהא) או על המשפט העברי, זנחו חסידיו המעטים של רעיון המשפט העברי את מפעלם וביקשו תחת זאת לעגן את הזהות היהודית-ישראלית במשפט הישראלי באמצעות הצהרה כללית שתיכלל במגילת העצמאות של המדינה או בחוקתה, שלפיה המשפט היהודי-עברי ינחה את המחוקקים והשופטים הישראליים, או למצער שהמשפט העברי יהיה דין השיוור.³¹ זה נראה היה פתרון ראוי לבעיה שהציקה לחסידי הצינונות הרוחנית-תרבותית ולאנשי המשפט העברי: מחד גיסא, הצהרה כזאת מבטאת את המחויבות למורשת ולתרבות היהודית וסוללת דרך משפטית רשמית לשמר חלקים מתרבות זו (אף שאין הסכמה בשאלה אילו חלקים מן התרבות היהודית יישמרו); ומאידך גיסא, כיוון שמדובר בהכרזה כללית ומעורפלת, נמנעת מלחמת התרבות הכרוכה בהגדרה מדויקת של מורשת ישראל והמשפט העברי ובעיצוב נורמות משפטיות על פיהם. ככל הנראה מחשבה דומה הנחתה גם את מציעי הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שכללו בלשון החוק את שתי ההוראות: הן את ההוראה הקובעת שהמשפט העברי ינחה את המחוקקים הישראליים הן את ההוראה שערכים ממורשת ישראל יהיו דין השיוור הישראלי.

- 30 לדיונים בהצעת החוק ראו דברי הכנסת 83 (תשל"ח), עמ' 3972-3973; דברי הכנסת 88 (תש"ם), עמ' 1817-1836, 2145-2152 (דיונים בקריאה ראשונה); דברי הכנסת 89 (תש"ס), עמ' 4025-4031 (דיונים בקריאה שנייה ושלישית).
- 31 ראו פלטיאל דיקשטיין, "לא תתכן מדינה עברית ללא משפט עברי", הפרקליט ד (תש"ז-תש"ח) עמ' 328-330; הג"ל, "הכרזה על משפט עברי", הפרקליט ה (תש"ח-תש"ט), עמ' 3-8. וראו רון חריס, "הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח הדעת: על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה", בתוך: מררכי בר-און וצבי צמרת (עורכים), שני עברי הגשר: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל, ירושלים: יד יצחק בן-צבי, תשס"ב, עמ' 21, 34-35; רדוינר ופרידמן (לעיל הערה 11), עמ' 226-236.

אלא שהכרזות כלליות כאלה בעייתיות ומסוכנות מאוד, משום שברגע שהכרזה כזאת מוכלת בטקסט משפטי רשמי מתווסף לפן ההצהרתי-סמלי שלה גם פן מחייב: הכרזה המצהירה על המשפט העברי כעל מקור רשמי של החקיקה הישראלית מחייבת את המחוקקים לחוקק על פי – או למצער ברוח – המשפט העברי, אפילו אם הכנסת אינה יודעת מהו אותו משפט עברי וכיצד עליה לחוקק על פיו; והכרזה משפטית המצהירה על המשפט העברי כדין השיור הישראלי מחייבת את השופטים לפסוק במקרים מסוימים לפי המשפט העברי, אף שגם כאן לא ברור כלל למה הכוונה או אם הדבר אפשרי בכלל. בכל מקרה הכרזה מעורפלת כזאת היא מתכון בטוח למלחמת תרבות בכנסת, בבית המשפט ואולי אף בחברה כולה. לא בכדי משפטנים מנוסים הבקיאים בתאוריה ובפרקטיקה המשפטית הסתייגו ערב הקמת המדינה מן ההצעה ודחו אותה.³²

דין השיור החדש והעמום שהתקבל בכנסת בשנת 1980 לא נתן לשופטים כלים חדשים או הנחיות ברורות שיסייעו להם לשפוט במקרים של חסר בדין, ועל כן נתפס בעיקר כסמל שלא שינה את המציאות המשפטית הקיימת. בצדק כינה יורם דנציגר (לימים שופט בית המשפט העליון) את סעיף 1 לחוק כ"מחווה סמלית שנזקה רב מתועלתה",³³ והשופט מנחם רניאל הכתיר את הדיון המצומצם בחוק בכותרת "נשיאים ורוח וגשם אין".³⁴

ואמנם בחינה היסטורית מלמדת שב-35 השנים שעברו מאז נחקק החוק התעלמו ממנו בתי המשפט כמעט לחלוטין ונמנעו מלדון בשאלה אם במקרה שלפניהם יש לפנות לדין השיור, ומהם אותם עקרונות של מורשת ישראל שיש להפעיל במקרה כזה.³⁵ זהו איתות ברור מצד בתי המשפט שאין כל אפשרות לעשות בחוק שימוש מעשי, והוא אף עלול לגרור את החברה הישראלית

32 גנוך המדינה, תיק ג-119/16, תיק ג-110/38. מובא אצל רדזינר ופרידמן (לעיל הערה 11), עמ' 232-233.

33 ראו יורם דנציגר, "מחווה סמלית שנזקה רב מתועלתה" הפרקליט לג (תשמ"א) עמ' 619-623.

34 מנחם רניאל, נשיאים ורוח וגשם אין: חוק יסודות המשפט תש"ם-1980 במבחן המציאות, עבודת מוסמך, אוניברסיטת חיפה, 2005.

35 לסקירת פסקי הדין המעטים מכל הערכאות שעסקו בסעיף 1 של החוק ובשאלת השלמת החסר ראו רניאל, שם, בייחוד עמ' 75-124.

למלחמת תרבות מסוכנת ומיותרת בשאלות "מהי מורשת ישראל", "מהו המשפט העברי" ו"מהי מדינה יהודית". למרבה הצער נראה שמציעי חוק היסוד החדש מתעלמים מן הסכנות והקשיים הכרוכים בשימוש באותו סעיף עמום ומן האיתות הברור שאותו להם השופטים. רק כך אפשר להבין את בחירתם לשוב ולכלול אותו סעיף מעורפל ובעייתי בחוק היסוד החדש ואף להוסיף לו את המילה "מובהק" שאינה קיימת בחוק יסודות המשפט – הצעת החוק החדשה מחייבת את השופטים לפסוק לפי עקרונות מורשת ישראל אם לא מצאו תשובה "בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש מובהק [ההדגשה שלי]". תוספת זו מצמצמת את שיקול הדעת של השופטים ודוחפת אותם עוד יותר לשימוש בעקרונות מורשת ישראל. התוספת מלמדת שמציעי החוק מאמינים כי ב־35 השנים האחרונות נמנעו השופטים מלעשות בחוק יסודות המשפט שימוש מתוך עצלות או חוסר רצון טוב במקרה הטוב, או משום שהם מתכחשים למורשתם היהודית במקרה הרע. התוספת החדשה נועדה למנוע מהשופטים לטעון כי יש באפשרותם למצוא באמצעות היקש כלשהו פתרון בתוך הדין הפוזיטיבי הקיים, ועל כן אין צורך לפנות למורשת ישראל. התפיסה הזאת של המחוקקים מסוכנת מאוד משום שהיא מעידה על קוצר ראייה ועל חוסר הבנה של איי-כולתם של השופטים לקבוע מוסכמות בשאלות הזהות הישראלית, ומשום שהיא מציירת בצורה מעוותת את השופטים כמי שמפנים עורף למורשתם היהודית.

אבל בתי המשפט היו דווקא מודעים לסכנות הטמונות בחוק ועל כן נמנעו מהן. את מדיניות ההימנעות התווה בית המשפט העליון כבר בשנת 1981 בשני תיקים שנדונו בדיון נוסף: הנדלס נ' קופת עם וקניג נ' כהן.³⁶ באותם שני מקרים השופט מנחם אלון הוא שעורר את הדיון בחוק יסודות המשפט. אלון היה מראשי התומכים בכיסוס המשפט הישראלי על המשפט העברי ברוח רעיונה של חברת המשפט העברי שעמדתו עליו בפרק הקודם. אלון טען שבחוק יסודות המשפט קבעה הכנסת למעשה כי המשפט העברי הוא מקור פרשנות והשראה ראשון במעלה. יתר על כן, הוא גם ביקש להעניק לרעיון החסר המשפטי (לקונה)

36 ד"נ 13/80 הנדלס נ' קופת עם, פ"ד לה(2) 785 (1981); ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פ"ד לו(3) 701 (1982). וראו גם בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991).

פרשנות מרחיבה, שלפיה יש לקונה גם במקרים שבית המשפט מתבקש לצקת תוכן במונחי-סל כלליים כגון "תום לב", "תקנת הציבור" או "סבירות". גם במקרים אלו, קבע השופט אלון, יש צורך לפנות לדין השיור, קרי לעקרונות ממורשת ישראל.

לעמדתו של השופט אלון התנגדו הנשיא משה לנדוי וכל יתר השופטים שישבו עמו בדין בשתי הפרשות. עיקר התנגדותם של השופטים הופנתה לקביעתו של אלון שמחוק יסודות המשפט עולה שלמשפט העברי מעמד בכורה כמקור פרשנות. כך סיכם זאת השופט חיים כהן בפרשת הנדלס:

הצורך בזיקה למקורות ממורשת ישראל אינו מתעורר כלל, כל עוד ניתן לחפש ולמצוא תשובה לשאלה הטעונה הכרעה "בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש". תחילה עלינו לחפש את פתרונות בעיותינו בחוק, ואת החוק עלינו לפרש על-פי כללי הפרשנות, שנקבעו ונשנו בהלכה הפסוקה.³⁷

חשוב לציין שבשום שלב לא התפתח בפסיקה דיון מקיף שעניינו מורשת ישראל או המשפט העברי: הגדרתם, היקפם ושאלת התאמתם למשפט הישראלי. רוב השופטים התעלמו מן השאלה כליל; אפילו השופטים כהן וברק, שהתייחסו מעט יותר בהרחבה לטענותיו של השופט אלון, לא הציגו בפסקי הדין שלהם דיון מקיף בסוגיה (כפי שעשו מאוחר יותר במאמרים אקדמיים), אלא רק העירו קצרות על כך שעמדתו המרחיבה של אלון אינה מעוגנת בלשון החוק כלל. ראשית, חוק יסודות המשפט לא קלט את המשפט העברי למשפט הישראלי וודאי שלא העניק לו מעמד בכורה כמקור פרשנות ולא עשה אותו למקור פרשנות שיש חובה לפנות אליו; ושנית, פרשנותם של מונחי-סל דוגמת "תום לב" היא מעשה פרשנות "רגיל" ולא מילוי לקונה במשפט המצריך פנייה לדין השיור, וודאי שחוק יסודות המשפט אינו חל במקרה כזה. הדיון הקצר בפרשות הנדלס וקניג הבהיר (בעיקר לשופטים) את המחלוקות הכרוכות בפירוש המונחים "מורשת ישראל" ו"משפט עברי", את הקשיים הגדולים של יישומם בפסיקה ואת

37 פרשת הנדלס (לעיל הערה 36), עמ' 789.

הסכנה שהדיון בעניין זה יצטייר בטעות כוויכוח אידאולוגי-פוליטי בין שופטים דתיים לחילוניים; בין שופטים שבאמת "יושבים בתוך עמם" ומחוברים לתרבותו ומורשתו (למשל השופט אלון) לבין שופטים שאמנם טוענים כי בתוך עמם הם יושבים, אך למעשה הם חלק מקבוצת עילית "מתיוונת" שמקורות ההשפעה וההשראה שלה אוניברסליים, ובמידה רבה היא מפנה עורף לתרבות היהודית המקומית הלאומית. מסיבות אלו נמנעים השופטים מאז ועד היום לעשות שימוש בחוק הזה.³⁸

בתי המשפט אותתו אפוא למחוקק ולציבור כי סעיף המחייב פנייה למורשת ישראל או למשפט העברי הוא מחווה סמלית ריקה, שכל ניסיון לתרגמה לפתרונות פרקטיים יקלע את בית המשפט ואת הציבור לוויכוח מסוכן בעניין

38 בחוק יסודות המשפט דנו בקצרה השופטים אלון וברק גם בבג"ץ ז'רז'בסקי (לעיל הערה 36). אך הדיון שם חזר בהבדלים קלים על הדיון בפרשות הנדלס וקניג (שם), ובכל מקרה היה היוצא מן הכלל שהעיד על הכלל. האקדמיה, לעומת זאת, דווקא עסקה באינטנסיביות בחוק החדש. ראו למשל מישאל חשין, "מורשת ישראל ומשפט המדינה", בתוך: רות גביוון (עורכת), זכויות אדם בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן, ירושלים: האגודה לזכויות האזרח, 1982, עמ' 47-84; גואלטריו פרוקצ'יה, "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980", עיוני משפט י (תשמ"ד-תשמ"ה), עמ' 145-157; אהרן קירשנבאום, "חוק יסודות המשפט: מציאות וציפיות", עיוני משפט יא (1) (תשמ"ו), עמ' 117-127; מנחם אלון, "עוד לעניין חוק יסודות המשפט", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 227-256; חנינה בן מנחם, "חוק יסודות המשפט תש"ם-1980: חובת ציות או חובת הוועעות?", שם, עמ' 257-264; אהרן ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", שם, עמ' 265-283; אליאב שוחטמן, "על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980", שם, עמ' 307-350; שמואל שילה, "על חוק יסודות המשפט: הערות והארות", שם, עמ' 351-369; פנחס שיפמן, "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט", שם, עמ' 371-378; סיני דויטש, "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט", מחקרי משפט ו (תשמ"ח), עמ' 7-37; אהרן ברק, "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט", משפטים כ (2-3) (תשנ"א), עמ' 233-325; אשר מעוז, "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל", הפרקליט מ (א) (תשנ"א), עמ' 53-66; חיים ה' כהן, מבחר כתבים: קציר עשור הגבורות, שער ראשון: המדינה היהודית, יהודיותה של מדינת ישראל (בעריכת אהרן ברק ורות גביוון), ירושלים: נבו, תשס"א, עמ' 13; הנ"ל, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", שם, עמ' 45.

זהותה של ישראל שרק יפגע בתדמיתם הממלכתית של בתי המשפט. אבל האיתות השקט של בתי המשפט נבלע בהמולה של חגיגת התרבות והזהות שהתעוררה בשנות השמונים של המאה העשרים ולא שככה עד ימינו. מאז שנות השמונים חשה הכנסת צורך "לחזק את זהותה" של מדינת הלאום של העם היהודי בעזרת הצהרות משפטיות הכלולות בחוקי היסוד של המדינה. הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי היא הביטוי האחרון והמקיף ביותר של מדיניות בעייתית זו.

ככל שהדבר עשוי להישמע מוזר לחלק מן הישראלים היום, עד לשנות השמונים לא פקפק איש בכך שאנו חיים במדינת הלאום של העם היהודי. די היה להתבונן סביב ולהיווכח בכך: מדינה עצמאית בעלת רוב יהודי המקיים תרבות עברית עצמאית ותוססת. אמנם כמו בכל הדורות גם בשנות השמונים טענו אנשי רוח ומחנכים כי התרבות והרוח בארץ מתדלדלים וביכו את ירידת הדורות (שהם תלו אז בעיקר בירידת תנועת העבודה ובעליית הליכוד לשלטון).³⁹ אך החברה בכללותה לא חשה צורך להצהיר בחוק על היות ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, כלומר לא ניכר חשש ליהדותה של המדינה. גם אם התעורר חשש כזה בלבו של מישהו, עדיין רווחה העמדה הציונית הקלסית שהערובה למדינה יהודית היא קיומה של מסגרת ריבונית שהיהודים יהיו בה רוב ויוכלו לקיים בתוכה בחופשיות תרבות יהודית, ולא הצהרות משפטיות ריקות ועמומות. התנועה הציונית נאבקה כמובן להכרה של המשפט הבינלאומי ושל מדינות העולם בזכותם של היהודים להגדרה עצמית ולמימושה במדינה ריבונית, אך האמינה כי הכרזות עצמאיות, פנים־יהודיות, שעניינן הזהות היהודית נעדרות כל משמעות והן אף פתטיות. הצהרות כאלה נראו מגוחכות, שכן הן גימדו את המעשה הציוני הכביר ויצרו את הרושם שישראליותה של המדינה תלויה בהצהרות משפטיות עצמאיות. למרבה הצער מאז שנות השמונים שוב לא ראו המחוקקים את הגיחוך והסכנה שבהצהרות עצמאיות ריקות כאלה. אתאר עתה את המסע לקימום הזהות והגאווה היהודית בישראל ובמשפטה. מדובר בתיאור ה"פרה־היסטוריה" של הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

39 ראו מנחם מאוטנר, "שנות השמונים: שנות החרדה", עיוני משפט כו (2) (תשס"ג), עמ' 645-736, והמקורות הרבים שם.

הצעד הראשון במסע נעשה במסגרת תיקון חוק יסוד: הכנסת. תיקון זה נעשה בעקבות פסק דין של בית המשפט העליון משנת 1984, שבו ביטל בית המשפט את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לכנסת לפסול את השתתפותן של רשימת כך ושל הרשימה המתקדמת לשלום בבחירות.⁴⁰ באותה פרשה שב בית המשפט ואישר את עקרון "הדמוקרטיה המתגוננת", שנקבע כבר בפרשת ירדור משנת 1965. בפסק דין זה הכיר בית המשפט העליון בסמכותה של ועדת הבחירות לפסול השתתפות בבחירות של רשימה השואפת לחסל את מדינת ישראל, אף אם סמכות פסילה מפורשת כזאת אינה קיימת בחוק.⁴¹ בית המשפט העליון שב ואישר בשנת 1984 את הלכת ירדור, אך סירב להרחיבה גם למקרים של רשימת מועמדים גזענית או כזאת ששוללת את אופייה הדמוקרטי או היהודי של ישראל. בעקבות הסערה הציבורית שהתעוררה תיקנה הכנסת את חוק יסוד: הכנסת והוסיפה לו את סעיף 7א, שקבע כי "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי; (2) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה; (3) הסתה לגזענות".

מנוסח החוק המתוקן עולה שהכנסת החליטה שאין די בקביעה הכללית של בית המשפט בפרשת ירדור, אלא יש לקבוע במפורש כי "חיסול המדינה" משמעו חיסולה הפיזי, אך גם חיסולה הערכי כמדינה יהודית. עם זאת בממשלה, בכנסת ובמשרד המשפטים לא נחה דעתם של רבים משימוש בביטוי "מדינה יהודית" בחוק העוסק בפסילת רשימות לכנסת. הללו חששו שהביטוי העמום ילבה מתחים בין יהודים ללא יהודים (כלומר יצייר את ישראל כמדינה ליהודים בלבד), ובין היהודים לבין עצמם (בעניין הגדרת היהדות כדת או כתרבות לאומית).⁴² על כן נקבע בהתחלה בהצעת התיקון לחוק הנוסח "שלילת קיומה של המדינה כאמור בהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (זהו הנוסח שבו השתמש גם נשיא

40 ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985).

41 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).

42 ראו דבריו של שר המשפטים משה נסים בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 16.7.1985, פרוטוקול הוועדה, עמ' 17.

בית המשפט העליון שמעון אגרנט בפרשת ירדור), ורק לבסוף התקבל הנוסח "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי".⁴³

ספק אם ראוי שמדינה דמוקרטית תשלול את הזכות להיבחר מקבוצה המבקשת לשנות את אופייה ותרבותה של המדינה.⁴⁴ דיון זה אינו מענייני כאן. אני מבקש להראות שאפילו הכנסת, שהחליטה לאסור בחוק יסוד את ההשתתפות של מפלגה השוללת את קיומה של ישראל כ"מדינתו של העם היהודי" בבחירות, נמנעה בכוונה משימוש בביטוי "מדינה יהודית" בשל החשש שנוקו הפוטנציאלי של ביטוי טעון ומעורפל זה רב מתועלתו. בשנת 1985 עדיין חשו רבים כי עצם הכללת הביטוי "מדינה יהודית" בחקיקה לא תחזק את זהותה היהודית של המדינה או את עצמאותה וחוסנה, ולא זו בלבד אלא שגם יש חשש אמיתי שהביטוי הזה יהיה מקור לאי-הבנות ולמאבקי תרבות בין קבוצות יהודיות למיניהן ובין יהודים ללא יהודים במדינת ישראל. למרבה הצער בשנת 2002 שוב לא חששה הכנסת מן הסכנות שהטרידו אותה בשנת 1985, והיא שבה ותיקנה את סעיף 7א בהחליפה את הנוסח "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי" בנוסח "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". אך בל אקדים את המאוחר. הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" הפציע בשמי החקיקה הישראלית רק בשנת 1992 בדיון על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל חוק יסוד: חופש העיסוק. מדובר בצעד השני לקראת הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. אמנם בשנת 1985 שקלה הכנסת בקצרה את השימוש בביטוי "מדינה יהודית" אך פסלה אותו מן הטעמים שראינו, אך בראשית שנות התשעים היא כללה את הביטוי בחוקי היסוד. ההיסטוריה של הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" מזכירה במובנים רבים את ההיסטוריה של המושג "מורשת ישראל". כמו בהצעת חוק יסודות המשפט, גם במקרה של חוקי היסוד משנת 1992 לא כללו הצעות החוק המקוריות שום התייחסות לתרבותה של החברה הישראלית. זו הרי הייתה מדיניותו של משרד המשפטים מאז הקמת המדינה, והיא ביטאה מדיניות רבת שנים שימיה כימי התנועה הציונית עצמה

43 ראו פרטוקולים של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת מהתאריכים 16.7.1985 ו-23.7.1985.

44 לפיתוח טענה זו ראו מרדכי קרמניצר, פסילת רשימות, מחקר מדיניות 59, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005, עמ' 39-54.

ושהחזיקו בה, כאמור, בין היתר חובבי ציון, הרצל, אנשי הציונות הדתית, ז'בוטינסקי ובן-גוריון. אכן, ההצעה המקורית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעניינה זכויות האדם, נפתחה בסעיף חגיגי שקבע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"⁴⁵. כיצד אם כן הגיע אלינו הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית"?

ההצעות לשני חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 היו חלקים מתוך הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם, שגובשה לראשונה במשרד המשפטים כבר בכנסת השביעית ונדונה מאז בממשלה ובוועדות הכנסת. בכנסת השתים עשרה היא נוסחה מחדש, ושר המשפטים דן מרידור הביאה באפריל 1989 לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה. הוועדה דנה בהצעת החוק במשך 17 ישיבות, שהתפרשו על פני חצי שנה, אך לא הצליחה לקדם אותה לקראת דיון בכנסת בשל לחצים קואליציוניים שעיקרם סוגיות דת ומדינה. במצב דברים זה לקח חבר הכנסת אמנון רובינשטיין את הצעת החוק של משרד המשפטים והגישה כהצעת חוק פרטית בנובמבר 1989.⁴⁶ ההצעה אמנם עברה בהצבעה טרומית, אך מטעמים פוליטיים לא הגיעה לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט. תומכי החוק לא ויתרו. הם הבינו כי על אף המחלוקות הפוליטיות נוצרה שעת רצון לחקיקה – אפילו מצומצמת – שעניינה זכויות אדם. כדי להבטיח חקיקה כזאת נקט חבר הכנסת רובינשטיין שני צעדים: ראשית, הוא פירק את הצעת החוק של משרד המשפטים לרכיביה והרכיב מהם בחזרה ארבע הצעות חוק בעניינים שאינם שנויים במחלוקת: חופש העיסוק, חופש האספה, חופש הביטוי ועוד חוק כללי יותר שעסק בכבוד האדם וחירותו. שנית, כדי להפיס את דעתם של החוששים מפגיעה בסטטוס קוו בענייני דת, הוצאו מלשון ההצעות הסעיפים העוסקים בשוויון, בחופש הדת והאמונה ואף בחופש התנועה; הוצאה שאלת סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט; הוספה התייחסות כללית לתרבותה של ישראל ברוח הכרזת העצמאות; והובטחה שמירת דינים קודמים.

45 ראו יהודית קרפ, "חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח", משפט וממשל א (2) (תשנ"ג), עמ' 323-384, ובייחוד עמ' 341; אמנון רובינשטיין, "סיפורם של חוקי היסוד", משפט ואדם: משפט ועסקים יד (2012), עמ' 79-109, ובייחוד עמ' 83.

46 ראו דברי הכנסת 115 (תש"ן), עמ' 412; רובינשטיין, שם, עמ' 84.

סעיף 7 בהצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קבע: "אין שוללים ואין מגבילים זכויות יסוד של האדם אלא מכוח הוראת חוק ההולמת מדינה דמוקרטית ושנועדה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש". מטרתו של סעיף זה, שנוסח ברוח סעיף דומה מן החוקה הקנדית, הייתה לאפשר לכנסת להגביל במקרי הצורך זכויות אדם המנויות בחוק היסוד, אך להבטיח שהגבלה זו תיעשה רק בחוק מידתי בעל תכלית ראויה, ושכל מקרה הפגיעה בזכויות האדם לא תביא לפגיעה קשה באופייה הדמוקרטי של ישראל. הנוסח האמור היה מקובל על ועדת השרים לפנייני חקיקה ועל מרבית חברי הכנסת משום שמדובר בנוסחה המאפשרת התנהלות תקינה של מדינת חוק. היא מאפשרת למשל חקיקה של חוקים פליליים שמתירים למשטרה לעצור בתנאים מסוימים עבריינים. הגבלה כזאת של חירות הפרט עומדת במגבלות הסעיף ועל כן מותרת. עם זאת בדיון שנערך בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביולי 1991 הקשה חבר הכנסת יצחק לוי מהמפד"ל; הוא ביקש לדבר לא על המקרים הקלים והברורים דוגמת זה שמנתי עכשיו, אלא על המקרים הבעייתיים שעניינם פרקטיקות דתיות מפלות הנהוגות במדינת ישראל ואף מוגנות בחוקה:

אם חוק נישואין וגירושין יעמוד מול החוק הזה, אפשר יהיה לטעון שהוא לא הולם מדינה דמוקרטית. לאסור [למשל] על אדם שהוא כהן נישואין עם גרושה, אילו הייתי שופט ואילו לא הייתי אדם מאמין, הייתי אומר שזה לא הולם מדינה דמוקרטית. העניין הזה יעלה להרכב של תשעה שופטים. זה יקעקע דברים שאנחנו רואים בהם יסודות של מדינה יהודית, אף כי מדינת חוק חילונית. אנחנו הולכים על חבל דק. יש לנו חוקים מסוימים שמתאימים למדינה יהודית וישראל היא מדינה דמוקרטית. אנחנו תמיד נעים בשני צירים – מדינה יהודית ומדינה דמוקרטית. אפשר להוסיף ולומר: חוק ההולם מדינה יהודית ודמוקרטית. אם דעתי לא תתקבל, לקראת הקריאה השניה אולי אגיש הצעה זו כהסתייגות.⁴⁷

47 פרוטוקול ועדת חוקה חוק ומשפט, 1.7.1991, עמ' 15.

מציע הצעת החוק המקורית, חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, אז מסיעת שינוי, הביע חשש ש"מה שיפריע בתוספת [מדינה יהודית], מבחינת הצלצול, לא מבחינת התוכן, שאנחנו עוסקים בזכויות של כל התושבים וכל בני האדם בארץ ופתאום נראה כאילו זה חל רק על יהודים".⁴⁸ אבל לנוכח הצעות אחרות שהושמעו בדיון – למשל להשמיט לגמרי את הניסוח "ההולמת מדינה דמוקרטית" או את הביטוי "לתכלית ראויה" – הוא הסכים להצעת חבר הכנסת לוי כפשרה, או בלשונו: "עם התוספת הזאת אני יכול לחיות". לבסוף הוחלט כי הוועדה תגיש לכנסת לקריאה ראשונה שני נוסחים: את הנוסח המקורי ואת זה של חבר הכנסת לוי. אולם לא היה זה סוף פסוק.

על אף ויתורים רבים של תומכי מגילת הזכויות (למשל, הוצאת סעיפי השוויון, חופש הדת והאמונה ואף חופש התנועה מהצעות החוק) נותר הליך החקיקה תקוע בשל הקשר ההדוק שיצרו חברי המפלגות הדתיות בין השוויון לפני החוק ובין יהדותה של המדינה. הם לא היו מוכנים לקבל כלל ועיקר את נוסח סעיף 7 המוצע ("אין שוללים ואין מגבילים זכויות יסוד של האדם אלא מכוח הוראת חוק ההולמת מדינה דמוקרטית") ללא סייג שיצמצם או אף יבטל את המושג "דמוקרטיה" ויחריג במפורש מתחולת החוק עניינים החשובים להם, ובעיקר את דיני הנישואין והגירושין (דוגמת ההחרגה הנמצאת בסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951). אבל מציעי החוק לא היו מוכנים לקבל צמצום כה בוטה של ערכי הדמוקרטיה והשוויון לפני החוק, וכמעט הקיץ הקץ גם על הניסיון הזה לחוקק חוק יסוד שעניינו זכויות אדם. הפתרון נמצא בהעברת נושא יהדותה של המדינה ואופייה הדמוקרטי מסעיף 7 לסעיף הצהרתי שנקבע בפתח החוק (סעיף 1), שבו נאמר כי מטרת החוק "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁴⁹ את הנוסחה הזאת היו הדתיים מוכנים לקבל משום שהיא קבעה את היהדות כערך של המדינה, ונוסף על כך נעדרו ממנה המילה "שוויון" והביטוי "הוראת חוק ההולמת מדינה דמוקרטית"; ואילו תומכי החוק יכלו לחיות אתה משום

48 שם, עמ' 17.

49 סעיף 7 בהצעה המקורית הפך לסעיף 8, שקבע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל", כלומר, הפנה בעצם לסעיף 1 שדן במטרות החוק.

שהיא קובעת את הדמוקרטיה כערך ואינה קובעת במפורש את היהדות כסייג לדמוקרטיה ולשוויון לפני החוק. אחר כך ציין אמנון רובינשטיין שתי סיבות נוספות להסכמתו לביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית": ביטוי זה הבטיח שגם חוק השבות לא יותקף כבלתי חוקתי; והוא היה ביטוי מוסכם הן על הימין הן על השמאל, שמתנגד כל השנים לסיפוח השטחים, בין השאר מן הטעם שסיפוח מיליוני ערבים יפגע בדמותה של ישראל כמדינה יהודית ויעשה פלסטר את הרעיון הציוני.⁵⁰

כך, כמעט לא בכוונה, באה לעולם הנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית". בניגוד למפעל המשפט העברי היא לא נולדה מתוך רצון לומר אמירה חיובית על זהותה של המדינה, אלא כפתרון דחק – נוסחה עמומה דיה שאפשרה את הפשרה הפוליטית ביחסים שבין המדינה לממסד הדתי. אדרבה, הדבר האחרון שרצו חברי הכנסת השתים עשרה הוא לפתוח במלחמת תרבות שעניינה זהותה של מדינת הלאום של העם היהודי. נאמנים למסורת הציונית של הדמוקרטיה ההסדרית,⁵¹ הם רק ביקשו למצוא פתרון למחלוקת פוליטית, שתקעה את חקיקת מגילת זכויות האדם המקוטעת הישראלית. ההצלחה להעביר חוק יסוד (גם אם דל ומקוטע) הסתירה מעיני רבים את העובדה שכנסת ישראל חרגה ממדיניותה ארוכת השנים והגדירה את זהותה ו"ערכיה" של מדינת ישראל. הנוסחה שנמצאה – "מדינה יהודית ודמוקרטית" – נחשבה לנוסחה כללית ומופשטת המאפשרת לקבוצות שונות זו מזו לחסות בשלום תחת ההגדרה. ייתכן שהעובדה שהיהדות לא הוצגה בחוק כסייג לדמוקרטיה ולשוויון לפני החוק (כפי שהתכוונו המפלגות הדתיות⁵²) עוררה תקווה שהביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" ייקרא כביטוי ממלכתי המעורר הכלה, סולידריות ושותפות, ולא כחוק מסכסך המעמת את "היהדות" עם "הדמוקרטיה" ומחולל פולמוס זהות ישראלי כולל.

50 ראו רובינשטיין (לעיל הערה 45), עמ' 88.

51 דמוקרטיה הסדרית היא דגם של דמוקרטיה המבוסס על מארג הסכמים קואליציוניים גמיש. דגם זה מתאפיין בהימנעות מהכרעה ברורה בין חלופות המוציאות זו את זו ובשאיפה למצות את המכנה המשותף בין הצדדים הפוליטיים אגב שימור נבדלותם האידאולוגית.

52 ראו את דבריו של חבר הכנסת לוי בוועדת החוקה, חוק ומשפט שצוטטו לעיל ליד ההפניה להערה 47.

ואמנם נוסחה זו נחשבה אז מוצלחת, ולכן אומצה גם בסעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992, ועשר שנים אחר כך נכללה, כזכור, גם בנוסח המתוקן של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. במקור כללה הצעת חוק המפלגות נוסחה זהה לזו שהופיעה בסעיף 3 לחוק העמותות (נוסח משולב), התש"ם-1980: "לא תירשם עמותה אם מטרה ממטרותיה שוללת את קיומה של מדינת ישראל או את אופיה הדמוקרטי, או אם יש יסוד סביר למסקנה כי העמותה תשמש מסווה לפעולות בלתי חוקיות". כזכור, נוסחה דומה אומצה בתחילה גם בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, אבל בשני המקרים החליטה לבסוף הכנסת כי ראוי יותר לאסור את קיומן של מפלגות ורשימות לכנסת השוללות את "קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". כך נעשה אפוא בחוק המפלגות משנת 1992 ובתיקון לחוק יסוד: הכנסת בשנת 2002. וכאמור, בשנת 2011 הגיעה תופעה זו לשיא, כשהצעת חוק יסוד שלמה הוקדשה להגדרת זהותה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. הצעה זו כוללת אף היא, כמובן, את הביטוי העמום "מדינה יהודית ודמוקרטית", ובשדה המשפט היא שבה ועושה כמה מעקרונות מורשת ישראל לדין השיור הישראלי וגם קובעת את המשפט העברי לעיקרון מנחה למחוקקים הישראלים. הצעת חוק היסוד האחרונה מאיימת מבחינות רבות על הדמוקרטיה והממלכתיות בישראל.⁵³ בעמודים הבאים אבחן בעיקר את הסכנה שבליבוי שיח הזהות באמצעות שימוש בביטויים כלליים ותמימים לכאורה כגון "מורשת ישראל", "משפט עברי" ו"מדינה יהודית ודמוקרטית".

ניתן היה לקוות שהחוק יהיה חכם ממחוקקו, כלומר שהחברה תעניק לחוק פרשנות ממלכתית שתנטרל את העוקץ התרבותי שלו, אולם למרבה הצער ההפך קרה. כבר סמוך לחקיקתו בשנת 1992 נצבע הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" בצבעי מלחמת התרבות והזהות, בעקבות המחלוקות הפוליטיות הקשות שנכרכו בחוקי היסוד ובטענה שבארץ התרחשה "מהפכה חוקתית". באווירה המקוטבת והממוגזרת של שנות התשעים הפכו חוקי היסוד מיד עם חקיקתם למוקד של מחלוקת פוליטית, תרבותית ודתית.⁵⁴ באווירה רעילה זו – שהגיעה לשיאה

53 לביקורות על הצעת החוק ראו ההפניות לעיל בהערה 6.

54 ראו אשר כהן וברוך זיסר, מהשלמה להסלמה: השסע הדתי-החילוני בפתח המאה העשרים ואחת, ירושלים ותל אביב: שוקן, תשס"ג; גדעון ספיר, המהפכה החוקתית:

הטרגי ברצח ראש הממשלה יצחק רבין – קשה היה לצפות שהביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" ייתפס כהצהרה ממלכתית חוקתית חגיגית. ואמנם הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" נתפס כתיאור של החברה הישראלית המקוטבת או לכל היותר כניסיון סמלי לגשר על הבלתי ניתן לגישור. יתר על כן, ביטוי זה אף ניצב מאז כסמל לשיח הזהות הפוסט-ממלכתי שקנה שביתה בדיון החינוכי, התרבותי והמשפטי-חוקתי החדש.

דווקא השופטים הישראלים נמנעו ככל יכולתם מלדון בביטוי המעורפל "מדינה יהודית ודמוקרטית". ישנו פער גדול בין הדיון הציבורי הער (גם אם המבולבל) בסוגיית הזהות היהודית לבין שתיקתו הרועמת של בית המשפט בנושא הזה. אפילו בית המשפט העליון בסוף המאה העשרים ובראשית המאה העשרים ואחת, שהיה בית משפט אקטיביסטי שאינו חושש מדיונים ארוכים ומתהבטאויות בשאלות פוליטיות שנויות במחלוקת, נזהר מאוד שלא להיכנס לדיונים בדבר זהותה היהודית של ישראל. חוק יסודות המשפט היה כזכור לאות מתה כבר עם חקיקתו, ולמעט אזכורים מעטים אחר כך לא נעשה בו כל שימוש. גם הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית", ששגור בפהם של כל תלמידי התיכון בארץ, כמעט שאינו מופיע בפסקי הדין. אדייק: אמנם השופטים חוזרים ומכריזים בדיונים החוקתיים למיניהם, מצוות אנשים מלומדה, שישראל היא "מדינה יהודית ודמוקרטית". כדרכם של שופטים הם גם מקפידים לצטט פְּעִנִיין את הכרזת העצמאות וכן פסקי דין קודמים (תקדימים) שמהם עולה שישראל היא, אכן, "מדינה יהודית ודמוקרטית" (למשל את דבריו של הנשיא אגרנט בפרשת ירדור). אבל מעולם לא תרגם בית המשפט את ההכרזה להחלטות נורמטיביות קונקרטיות שנובעות מיהדותה (או יהודיותה) של המדינה דווקא, ומובן שמעולם לא הגדירו השופטים את יהדותה של המדינה. גם כאשר נדרש בית המשפט העליון במפורש להכריע אם, למשל, ראוי לפסול מפלגה משום שמצעה מנוגד להיותה של ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית", נמנעו השופטים מלברר את השאלה "מהי מדינה יהודית" ודאי שנמנעו מכל הכרעה בבעיית זהות זו. כדבריו הקצרים של השופט מישאל חשין בפרשת איזקסון: "לא יהיה זה ראוי אם נעסיק

עבר, הווה ועתיד, תל אביב, רמת גן וחיפה: ידיעות ספרים, אוניברסיטת בראילן
אוניברסיטת חיפה, 2010, עמ' 118-127.

עצמנו במקום זה בפירוש הביטוי 'מדינה יהודית', שאין אנו נדרשים לכך".⁵⁵ כל שהסכימו השופטים לעשות הוא לקבוע שיש לאזן בין הערך של "מדינה יהודית ודמוקרטית" לבין החופש להתאגר במפלגה. קביעה זו החזירה אותם משדה המוקשים של שיח התרבות והזהות אל הקרקע היציבה והמוכרת של הכרעה משפטית בין שתי נורמות מתנגשות, כלומר, מדיון מהותי בשאלה "מהי מדינה יהודית" לדיון פרוצדורלי בשאלה "מתי מופר איזון בין שני ערכים". השופטים קבעו בצדק כי לצורך האיזון הראוי אין הם צריכים להכריע מהי מדינה יהודית, אלא רק לבחון אם במצעה או במעשיה של המפלגה הנדונה יש משום פגיעה קשה ביהדותה של המדינה. כמובן, בכל המקרים שנדונו בבית המשפט העליון עד עתה מעולם לא מצאו השופטים – ובצדק! – איום המסכן בצורה קרובה לוודאי את יהדותה של המדינה. סוף-סוף קשה לראות כיצד יכול מצעה של מפלגה קטנה לסכן את תרבותם העברית יהודית התוססת של יותר משישה מיליון יהודים ישראלים. אדרבה, פסקי הדין שבהם נדונה בקשת הפסילה של מפלגות שמצען, כך נטען, איים על יהדותה של המדינה, מדגישים עד כמה מגוחכת התביעה לעגן את זהותה היהודית של ישראל ולהגן עליה בהכרזות משפטיות הגיגיות בחוקי יסוד. אילו פסל בית משפט באנגליה מפלגה הטוענת כי היא מתנגדת לאנגליותה של אנגליה ומכריזה בגאון כי היא תפעל למען הנחלתה של "תרבות אוניברסלית רב-לאומית" באנגליה, היה פסק דין כזה ללעג ולקלס בכל העולם. משום מה יש ישראלים שמצפים מבית המשפט העליון שלהם לפסול מפלגות שטוענות טענות מגוחכות דומות בישראל.

בפרשת איזקסון לפחות זיכה אותנו השופט חשין בקביעה חדר-משמעית שהביטוי "מדינת כל אזרחיה" בלא ספק אינו נוגד את היותה של ישראל "מדינה יהודית", ולמעשה הוא טאוטולוגיה ריקה; שכן מעצם הגדרתו של רעיון האזרחות

55 רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, 548 (1996). השו"ג רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45 (1996). עם זאת יש להכיר בכך שעל אף הרטוריקה הממלכתית שלה, מערכת המשפט תרמה למגוור החברה הישראלית ולחיווק שיח הזהות המפרק בעשותה את בתי המשפט לזירת התנגשות מרכזית של הקבוצות והמגורים בחברה הישראלית. ראו על כך דני גוטוויין, "מ'מהפכה חוקתית' ל'הפיכת נגד': ההיגיון המשפטי של משטר הפרטה הישראלי", מעשי משפט א (2008), עמ' 47-62.

עולה שכל מדינות העולם הן מדינות כל אזרחיהן, ובוודאי כל הדמוקרטיות, ומכאן שאין סתירה בין היותה של ישראל "מדינה יהודית" לבין היותה "מדינת כל אזרחיה". הוויכוח בין "מדינה יהודית" לבין "מדינת כל אזרחיה" הוא ויכוח מלאכותי וריק. במקום לרוש עד אינסוף בשאלה העקרה אם ישראל היא מדינה יהודית או מדינת כל אזרחיה, מן הראוי שנדון בחובותיה הפוליטיות-אזרחיות והאתיות של מדינת היהודים כלפי בני קבוצות המיעוט החיים בקרבה ובאפליה שבני קבוצות המיעוט סובלים ממנה. בין כך ובין כך גם הדיון של השופט חשין בפרשת איזקסון לא היה דיון שעניינו זהותה התרבותית של ישראל, אלא דיון שביקש להבהיר מושכלות ראשונים בתורת המדינה ולשרש טעות מצערת שנפוצה בשיח האזרחי הישראלי.

דבריו של השופט חשין מלמדים בכל זאת דבר חשוב. הם מראים שהדיון בעניין מדינה יהודית מתנהל למעשה בשתי רמות: רמה תאורטית כללית, שעניינה דיון ברעיון מדינת הלאום; ורמה יהודית "פנימית", שעניינה הגדרת היהדות, התרבות היהודית והמשפט היהודי (או העברי). גדעון כ"ץ ואנוכי עמדנו על כך שמשפטים, מנהיגי ציבור ואנשי רוח ישראלים דנים על פי רוב ב"מדינה יהודית" מן הזווית התאורטית-כללית של מדינת הלאום: הם דנים בהגדרתה, במתח הדיאלקטי הקיים בין "המדינה" ובין "הלאום" וביחס של מדינת הלאום לשאלות של הגירה, אזרחות, תקציב, חינוך, תרבות, שפה ודת. כך למשל, הדיונים הללו יכולים לעסוק במדיניות ההגירה של ישראל כמדינה יהודית, בשאלה אם ראוי שהעברית לכדה תהיה שפתה הרשמית של המדינה, או בסוגיות הנוגעות למערכת החינוך של ילדי המיעוט הערבי בישראל. אבל ההכרעה בבעיות אלה אינה נובעת מ"יהודיותה" של ישראל דווקא, אלא משיקולים מוסריים וערכיים כלליים שנכונים לכל מדינת לאום, ועל כן היא אינה מחייבת כלל בירור והגדרה של זהותה היהודית של ישראל.⁵⁶ התשובה על השאלה אם מדינת ישראל צריכה,

56 השוו רות גביון, ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטיה: מתחים וסיכויים, ירושלים: מכון ון ליר בירושלים והקיבוץ המאוחד, תשנ"ט; חיים גנן, מריכארד ואגנר עד זכות השיבה: ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות, תל אביב: עם עובד, 2006; גדעון כ"ץ וניר קידר, "יהדותה של מדינת ישראל בעיני אנשי רוח חילונים", בתוך: ידידיה צ' שטרן, בנימין בראון, קלמן נוימן, גדעון כ"ץ וניר קידר, כשיהדות פוגשת מדינה, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה (ברפוס).

למשל, לאפשר לבני קבוצת המיעוט הערבי שבה לחנך את ילדיהם בערבית ולהנחיל להם את התרבות הערבית נגזרת מדיון כללי בתורות המוסר והמדינה ובמדעי החברה ולא מדיון שעניינו יהודיותה של ישראל. אילו היינו מחליפים את המילים "מדינת ישראל", "מדינת צרפת" או "מדינת תאילנד", הנחות היסוד והערכים המנחים את הדיון לא היו משתנים. אם כן, גם כאשר נאלצו השופטים לדון בסוגיות הקשורות להיותה של ישראל מדינת לאום יהודית דמוקרטית (למשל בעיות אפליית המיעוט הערבי, או סוגיית הבחירות לכנסת), הם סירבו סירוב מוחלט להידרש להגדרת היהדות ולדון בזהותה או בתרבותה של מדינת היהודים ותחמו תחת זאת את החלטתם לשאלות משפטיות פורמליות. לעומת בית המשפט, שבצדק מנסה להימנע מדיון בזהות היהודית, האקדמיה הישראלית, מערכת החינוך, פורומים של החברה האזרחית ואפילו הצבא דנים ודשים בעשרים השנים האחרונות בזהותה של ישראל ובתוך כך גם בתוכן של המשפט הישראלי ובשאלה עד כמה הוא מייצג את התרבות הישראלית-יהודית.⁵⁷ אנשי הרוח המשתתפים בדיונים אלה דורשים מן הישראלים "להתמודד באומץ" עם זהותם ולצקת, למשל, תוכן ממשי בביטויים העמומים "מדינה יהודית ודמוקרטית" ו"מורשת ישראל".

57 ראו מתוך פרסומים רבים: מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** יז (3) (תשנ"ג), עמ' 659-688; אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ג: **פרשנות חוקתית**, ירושלים: נבו, תשנ"ד, עמ' 328-334, ובייחוד עמ' 332; הנ"ל, "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", בתוך: הנ"ל, **מבחר כתבים**, בעריכת חיים ה' כהן ויצחק זמיר, שריגים: נבו, תש"ס, עמ' 445-455; **עיוני משפט** יט (תשנ"ה), עמ' 477-758 (חוברת שלמה שהוקדשה לנושא "מדינה יהודית ודמוקרטית"); שלמה אבינרי, מנחם אלון, אהרן ברק, רות גביוון, רון מרגולין, אביעזר רביצקי ומאיר שמגר, **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: רב-שיח ומקורות נלווים** (רב-שיח שנערך במסגרת הקונגרס העולמי השנים-עשר למדעי היהדות, כ"ז תמוז תשנ"ז [1 באוגוסט 1997]), בעריכת רון מרגולין, ירושלים: האיגוד הלאומי למדעי היהדות, תשנ"ט; יוסי דוד (עורך), **מדינת ישראל – בין יהדות לדמוקרטיה: קובץ ראיונות ומאמרים**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2000; אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין, **ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם**, ירושלים ותל אביב: שוקן, 2003; שטרן (לעיל הערה 11).

התיעוד הרב והחשוב של המכון הישראלי לדמוקרטיה בעניין הניסיונות לכונן חוקה בשנות התשעים ובראשית שנות האלפיים מלמד כי הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" היה לכותרת הגג של הדיונים החוקתיים, לציר מרכזי שעליו נסבו הדיונים. אחת השאלות המרכזיות בדיונים אלה הייתה כיצד יתורגם הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" להסדרים חוקתיים ומשפטיים קונקרטיים. כלומר, כיצד תובטח זהותה היהודית של המדינה ויישמר הצביון היהודי של משפטה, מוסדותיה ומערכות החינוך והתרבות שלה.⁵⁸ שאלה זו עמדה גם במוקדם של "מפגשים אזרחיים" שביקשו לכוון "אמנות" בין קבוצות שונות זו מזו בחברה הישראלית: אמנת גביון-מדן ואמנת כינרת הן הידועות שבהן.⁵⁹ זו מהפכה של ממש בחשיבה הישראלית. דיונים דומים לא היו יכולים להתקיים כלל במוסדות התנועה הציונית, ביישוב היהודי או בישראל שלפני 1980. מובן שגם בשנות החמישים של המאה העשרים נשמעו קריאות "לחיזוק התודעה היהודית", אלא שאז פעלה העילית הפוליטית והמשפטית להשאיר את הדיון התרבותי בשדות החינוך והתרבות ולמנוע את חלחולו לדיון המשפטי.

58 ראו למשל סוגיית אופי המדינה והשלכותיה על החוקה: המבוא לחוקה, דברי המועצה הציבורית: הכינוס השישי, דצמבר 2001, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003.

59 ראו באתר אמנת גביון-מדן את האמנות האלה ואמנות נוספות.

פרק שלישי

אל תעירו ואל תעוררו: על הסכנות הכרוכות בניסיונות לעגן את הזהות הישראלית במשפט

הניסיונות החדשים לעגן את הזהות היהודית-ישראלית במשפט מיותרים ואף מסוכנים. ברור שזהות ותרבות אינן מותנות בהכרזות משפטיות חגיגיות. היהודים בישראל היו יהודים וציונים גאים גם לפני שנת 1992, שבה הכריז החוק הישראלי לראשונה כי ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, ויש להניח שהם היו ממשיכים לדבוק בזהותם היהודית גם אלמלא הכריז החוק על יהדותה של המדינה או חייב את השופטים לפנות במקרים מסוימים לעקרונות ממורשת ישראל. ברור שכלום לא ייגרע מזהותה היהודית של ישראל וברור שלא יאונה כל רע לתרבות היהודית גם אם חוקי היסוד של מדינת היהודים יתקו בשאלת הזהות. עדיין יהיו בישראל יותר משישה מיליון יהודים שיחיו חיים יהודיים מלאים ותוססים ומגוונים – עם חוק או בלעדיו.

אבל גם אם נסכים שזהות יהודית אינה תלויה בעיגונה במשפט המדינה, האם לא יהיה נכון לומר שעיון הזהות במשפט לפחות מחזק את הזהות היהודית, מעמיק אותה או מגן עליה מפני סכנות הדלדול והכלייה המאיימות עליה? גם כאן ברור שלא זה המצב. מלבד העובדה שהתרבות היהודית בישראל אינה נמצאת בסכנה (ההפך הוא הנכון!), ההיסטוריה מלמדת שעיון הביטויים "מורשת ישראל" או "מדינה יהודית ודמוקרטית" בחוק הישראלי לא חיזק כלל את זהותה היהודית של המדינה, לא קידם את "ישראליותו" של המשפט הישראלי וודאי שלא סייע למאמצים להשתית את המשפט הישראלי על תוכן יהודי מהותי. ראינו שחוק יסודות המשפט הוא אות מתה כמעט מאז חקיקתו, וכי לוויכוח על זהותה של מדינה יהודית אין משמעות מעשית במישור המשפטי. נמצא שהביטויים הללו הם לא יותר מסמלים. הם אינם מחזקים, מעגנים או מעמיקים את הזהות היהודית, ואפילו אינם מקדמים את פרויקט המשפט העברי או את התרבות העברית. זו נקודה שראוי שנזכיר ליוזמיה הנלהבים של הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

ועדיין יש מקום להקשות בשאלה: "מה רע בחוקים המכילים הצהרות כלליות כאלה?". על כך אענה שהצהרות אלו – ושיח הזהות והתרבות במשפט בכללותו – לא תרמו מאומה ליהדותה של ישראל או לעבריותו של משפט, ולא זו בלבד אלא שהם דווקא מסכנים את החברה הישראלית משום שהם יוצרים מתח מלאכותי בין יהדות לדמוקרטיה. ייתכן שמנסחי התבנית "מדינה יהודית ודמוקרטית" ביקשו בסך הכול לבטא את הרעיון של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, אבל הם התרשלו בניסוחם וטבעו ביטוי אומלל המעמת בין יהדות לדמוקרטיה כשני "ערכים" העומדים במתח זה עם זה. זו גם התפיסה העומדת ביסוד בקשתה של השרה ציפי לבני מפרופ' גביוון "לנסח הסדר חוקתי העוסק באופיה של מדינת ישראל ככזו ומעגן את מרכיבי זהותה באופן המאזן ומשלב ערכים אלה, הן היהודי והן הדמוקרטי", וביסוד הכרזתו הדומה של ראש הממשלה.⁶⁰ התפיסה הרואה בדמוקרטיה וביהדות "ערכים" שיש לאזן ולשלב ביניהם היא תפיסה בעייתית מאוד שעושה עוול לשני המושגים האלה. חמור יותר, הביטוי הלא מוצלח "מדינה יהודית ודמוקרטית" יוצר את ההרגשה שעלינו להתאמץ להחזיק יחד את שני הערכים המנוגדים לכאורה, פן יקרה למדינת ישראל את שקרה לרבקה אַמנו: "וְשֵׁנֵי לְאָמִים מִמְעַיֵךְ יִפְרְדוּ, וְלֹאִם מְלֹאִם יֵאָמֵץ".⁶¹ תפיסה בינארית זו, המציירת כבר במבט ראשון מתח בין יהדות לדמוקרטיה, מלכה את המגזור והמתחים בין קבוצות יהודיות למיניהן ובין הרוב היהודי למיעוט הלא יהודי בארץ, שהנוסחה הרשלנית הזאת מחזקת בקרבו את התחושה של "זר בביתו".

הצימוד של שני המונחים יוצר לא רק תמונה שגויה של שני ערכים סותרים שיש לאזן ביניהם, אלא גם את הרושם שהחברה בארץ מורכבת משני מחנות האוחזים כל אחד בחד־נס שלו: יהודים מול דמוקרטים, דתיים מול חילונים, שוחרי התרבות היהודית מול "מתיוונים" מודרניים המעדיפים ערכים אוניברסליים דוגמת אזרחות ודמוקרטיה. זו כמובן פֶּרְכָה עצובה ומסוכנת. אין באמת – ומעולם לא היו – שני מחנות כאלה בארץ. כל הישראלים היהודים – דתיים וחילונים – הם בעלי זהות יהודית הרואים ביהדותם תרבות לאומית (שסמליה נוצרו אי אז במסגרת דתית).

60 מכתב השרה לבני לפרופ' רות גביוון (לעיל הערה 2); דברי ראש הממשלה נתניהו, 1.5.2014 (לעיל הערה 3).

61 בראשית כה, כג.

יש בהם שמחזיקים בתפיסה סטטית יותר של התרבות; ולעומתם יש שמחזיקים בעמדה דינמית, פתוחה ואבולוציונית של התרבות. אבל העמדה השונה כלפי התרבות אסור שתסתיר מאתנו את העובדה שקרוב ל-100% מהיהודים בישראל מגדירים את עצמם יהודים (אף שרובם הגדול אינם דתיים כלל). ישנם רק ישראלים מעטים מאוד, דוגמת הכנענים וממשיכיהם, שחולמים לכונן מן המסד תרבות ישראלית-כנענית "חדשה" שאינה מבוססת כלל על סמלי תרבות יהודיים. ואולם נוסף על כך שמהלך מהפכני כביכול של בניית תרבות חדשה יש מאין אינו אפשרי כלל (כי אין תרבות שאינה מבוססת על שפה ותרבות קיימות), ברור לחלוטין שאופציה תרבותית זו נדחית על ידי הרוב הישראלי היהודי – החילוני והדתי.

באופן דומה רוב מוחלט של הישראלים – חילונים ודתיים, יהודים וערבים – הם גם בעלי "זהות דמוקרטית". העובדה המשמחת הזאת אינה עניין חדש אלא היא פרי של תהליכים עמוקים של מודרניזציה וחילון פוליטי ותרבותי שעברו על רוב הקהילות היהודיות באירופה ואף על חלק גדול של יהודי העולם המוסלמי.⁶² משמעותם של תהליכי חילון אלה הייתה ההפרדה שעשו היהודים המודרנים – גם הדתיים – בין אמונתם הדתית הפרטית לבין דבקותם (בזירה הציבורית-אזרחית) בדמוקרטיה, בשלטון החוק, בזכויות האדם וברעיון האזרחות האוניברסלית. כך בישראל וכך בעולם. זו עובדה חשובה שמסבירה את השתלבותם המהירה של המהגרים היהודים בקרב המעמד הבינוני במדינות המערב ובראשן ארצות הברית, והיא מסבירה גם את הצלחתה של החברה הישראלית להקים מדינת חוק דמוקרטית על אף הנסיבות הקשות שבהן הוקמה המדינה.⁶³ למרבה הצער הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" מסתיר או מעמעם את המציאות החברתית-אזרחית הזאת ומצייר במקומה (על אף הכחשותיהם של חלק מתומכיו) מציאות מקוטבת של "יהדות" ו"דמוקרטיה" המתחרות זו בזו.

הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" לא רק תורם למגזורה של החברה הישראלית ולהעמקת השסעים והמתחים התרבותיים, הדתיים והלאומיים בקרבה,

62 השוו גיא מירון, "מודרניזציה, אסימילציה, התחדשות תרבותית ומרחב ציבורי: נקודות ראות חדשות בחקר יהדות מזרח אירופה ומרכזה", עיונים בתקומת ישראל 22 (2012), והמקורות שם.

63 ראו אבי בראלי וניר קידר, ממלכתיות ישראלית, מחקר מדיניות 87, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011.

אלא הוא גם מעוות לאחור את ההיסטוריה הציונית. הוא יוצר את הרושם כאילו המתח בין "יהודית" ל"דמוקרטית" הוא מתח יסוד בתנועה הציונית ובחברה הישראלית, ולא היא. היהדות נתפסה בתנועה הציונית כרעיון לאומי מגשר ומשתף ולא כ"ערך" עצמאי המנוגד לדמוקרטיה או לרעיון המדינה (למעשה, המילה "יהדות" עצמה לא הייתה כמעט בשימוש עד לשנים האחרונות).⁶⁴ היהודים מעולם לא ראו סתירה בין דתם או תרבותם היהודיות לבין היותם אזרחיה של מדינת חוק.⁶⁵ אדרבה, דבקותם של הציונים בזהותם כיהודים היא שעשתה אותם ציונים, ובה בשעה ציוניותם נתנה משמעות חדשה-ישנה לזהותם כיהודים. הציונים גם מעולם לא התחבטו בסוגיית הדמוקרטיה, שכן גם זו נבעה מעצם תפיסתם הציונית – יצירת מסגרת ממלכתית לעם היהודי שתאפשר לו לחיות חיים יהודיים חופשיים. התנועה הציונית אכן הייתה דמוקרטית מראשיתה, וכך גם היישוב היהודי. נערכו בה ויכוחים רבים על ההליכים הדמוקרטיים בתוכה, על הבחירות ועל סדרי הדיונים בכינוסיה, אך מעולם לא דובר שם על מתח בין היהדות לבין הדמוקרטיה הציונית. גם הציונות הדתית לא עסקה ב"מתח" הזה. הטענה שיש מתח בין יהדות לדמוקרטיה נולדה רק בשלהי המאה העשרים והועצמה על ידי שיח הזהות והתרבות והדיון המיותר על מדינה יהודית ודמוקרטיה.

כאן מתגלה במלוא מערומיה התקווה שהביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" יהיה בעל משמעות ממלכתית או לאומית מכילה ומשתפת. למרבה הצער עשרים

64 המילה "יהדות" הושמה כאן בין מירכאות כיוון שהיא כמעט לא הייתה בשימוש בעברית הטרנס-מודרנית. היא הוחייתה במאה התשע עשרה בידי יהודים משכילים ואנשי הרפורמה כמקבילה של המילה הגרמנית Judentum, שנוצרה במדעי הרוח הגרמניים כמקבילה למושגים "נצרות" ו"אסלאם". והנה, מילה זו, שמעולם לא שימשה את היהודים כדי לתאר את "עם ישראל" או מורשתו, הפכה דווקא במדינת היהודים ממילה זניחה המתארת את התרבות (או הציוויליזציה) של היהודים ל"ערך" של ממש שיש לאזן בינו ובין "ערכים" אחרים. "ערך" זה אף משמש אמת מידה שבאמצעותה כוחנים טהרנים בני קבוצות דתיות או לאומניות מסוימות את מידת שייכותם של אנשים כאלה או אחרים לחברה הישראלית או לקולקטיב היהודי.

65 רק מיעוט קטנטן של אנשי רוח יהודים ראה ניגוד בין היהדות לבין ריבונות פוליטית. אמונה זו נבעה מתפיסתו את היהדות כמהות רוחנית אמורפית שאינה סובלת הגשמה מוסדית או פוליטית. ראו אלה בלפר, זהות כפולה: על המתח בין ארציות לרוחניות בעולם היהודי, רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ד, עמ' 57-77.

השנים שבהן הוחזו מחדש המאמצים להגדיר את היהדות והמדינה היהודית ולהעניק תוכן או צביון יהודי לתרבותה ולמשפטה הן התקופה שבה הגיעו לשיא ההפרדה, הבידול והמגזור בחברה הישראלית. ההפרדה היא קודם כול גאוגרפית: יהודים חרדים, דתיים לאומיים, חילונים, בני קבוצות ערביות שונות זו מזו והיום גם מהגרי עבודה חיים בדרך כלל ביישובים נפרדים או בשכונות נפרדות, הולכים לבתי ספר שונים ולאחרונה אף ליחידות נפרדות בצבא. "במדינה היהודית והדמוקרטית" נער או נערה ישראלים יכולים להגיע לבגרות – ואף לחיות חיים שלמים – בלי לנהל שיחה עמוקה עם בני או בנות גילם מקבוצות אחרות, קל וחומר בלי שהם נדרשים לחיות חיי שכנות ושיתוף אזרחיים. הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" אחראי לכך שבעשרים השנים האחרונות גדל בארץ דור המאמין שיש ניגוד – או לפחות מתח כואב – בין יהדות לבין דמוקרטיה; שמדובר בשני ערכים המייצגים עולמות שונים, שאף אם אינם סותרים זה את זה הם יוצרים מתח המחייב לכאורה לאזן ביניהם. הצורך באיזון בין יהדות לדמוקרטיה תופס מקום מרכזי גם בטיעוניהם של מציעי חוק הלאום. לדבריהם, המשפט העניק עד עתה הגנה חוקתית רחבה לערכים דמוקרטיים ואוניברסליים, לעתים אגב פגיעה ביהדות. לטענתם, חוק הלאום נחוץ על מנת לאזן את המציאות הזו ולהעניק ביטוי חוקתי דומה גם לערכי היהדות. באופן אירוני, או שמא טרגי, דווקא הדיון על "מדינה יהודית ודמוקרטית" מעוות את דמותה של היהדות, שכן הוא מצמצם אותה לכדי כת דתית מסתגרת הדבקה בכלליה העתיקים ומסרבת להכיר ברוחות השינוי שהביאה המודרנה. דווקא מדינת ישראל הריבונית חוקקה חקיקה פוסט-ציונית שחזרה בה מתפיסת היסוד הציונית האומרת שהיהודים הם אומה והיהדות היא תפיסה לאומית תרבותית רחבה (ודאי רחבה מן הדת!), המגשרת על מחלוקות הדת והתרבות בקרב היהודים המודרנים. ברור שבין תפיסה לאומית-תרבותית כזאת לבין דמוקרטיה אין כל סתירה, אלא הן דווקא חיות בסימביוזה: הדמוקרטיה מותנית הלכה למעשה בקשרי הזהות והתרבות ההדדיים שאזרחי המדינה חשים אלה כלפי אלה, והיא בתורה משמשת צורת שלטון הוגנת המאפשרת את ביטוייה של התרבות "הלאומית" בפועל. לכן ברור שהדיון הדמוקרטי, האזרחי והמשפטי אינו יכול להתעלם משאלות התרבות (הלאומית והאחרת), אך גם ברורה הסכנה שבהדגשת היתר של "הזהות" ו"התרבות" על חשבון הדיון האזרחי והדמוקרטי הממלכתי.

פרק רביעי

עיגון הזהות הישראלית במשפט הישראלי: מסקנות ומבט לעתיד

אף שאין כל איום על התרבות היהודית התוססת והמגוונת שהתפתחה בישראל, מתעקשים פוליטיקאים ואנשי רוח ישראלים שיש צורך לעגן את הזהות היהודית של ישראל במשפט. הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שהיא הביטוי הקיצוני ביותר לתביעה זו, מעידה כי לדעת החרדים לזהות הישראלית, ישראליותו של המשפט הישראלי צריכה להתבטא בהצהרות משפטיות, אולי אף חוקתיות, ובתוכן "יהודי-עברי-ישראלי" של המשפט. מאה שנות כישלון בעיצוב תוכן "עברי" מפותח כזה הביאו בשלהי המאה העשרים את הכנסת לנסות להעניק למשפט זהות יהודית בעזרת הצהרות משפטיות חגיגיות (הגם שהיו מעורפלות) האומרות שישראל היא "מדינה יהודית ודמוקרטית" ששופטיה צריכים לפסוק לפי עקרונות אתיים ופוליטיים מתוך "מורשת ישראל", וש"המשפט העברי" צריך להנחות את מחוקקה ורשויותיה. אבל גם הצהרות אלו והדיון הארוך ביהדותם של המדינה ומשפט לא הביאו לכך שהמשפט הישראלי נעשה "יהודי" (או "עברי") יותר, וספק אם הן סייעו לחזק או לעגן את הזהות היהודית של החברה הישראלית או של מדינת היהודים. יתר על כן, הדיון התרבותי המחודש הבלתי מאור את המחלוקות בין דתיים לחילונים שהדמוקרטיה ההסדרית הציונית ניסתה למתן במאה השנים האחרונות, והדגיש – ולעתים אף העצים באופן מלאכותי – מחלוקות של זהות ותרבות בחברה הישראלית: בקרב היהודים הישראלים וגם בינם ובין אזרחיה הלא יהודים של ישראל (ובעיקר המיעוט הילידי הערבי הגדול), ובינם ובין יהודי העולם. נשאלת אפוא השאלה כיצד אפשר למתן את השפעותיו המזיקות של הניסיון לעגן את הזהות היהודית במשפט ועם זאת להבטיח את "ישראליותו של המשפט הישראלי".

ברור שלא ניתן – ולא ראוי – להתעלם משיח הזהות והתרבות ומן הבעיות החברתיות והרצונות ששיח זה חשף. בארבעים השנים האחרונות הוביל שיח הזהות והתרבות מהפכה פוליטית חשובה מאוד. הוא נתן פתחון פה משמעותי

לקבוצות מושתקות שהודרו עד אז מן הדיון הפוליטי ועל כן גם מן הפוליטיקה הראלית, או למצער קיבלו זכות ביטוי בשוליה של הפוליטיקה: נשים, עניים, מיעוטים אתניים וקבוצות מיעוט אחרות בחברה המקומית והגלובלית. שיח הזהות נתן לקבוצות אלו קול וסייע לחבריהן להשתלב במוסדות השלטון והמשפט ובמוקדי הכוח של החברה ובתוך כך תרם ליצירת חברה שוויונית, פתוחה, מכילה ופלורליסטית יותר. שיח הזהות גם הדגיש את הרלוונטיות של סוגיות זהות ותרבות לכל דיון חברתי ופוליטי. הוכח כי אי-אפשר להסתפק בדיון פורמלי בסוגיות של משטר, משפט או כלכלה אלא יש להביא בחשבון את שאלות הזהות והתרבות המשוקעות בכל עשייה אנושית ולבחון אילו זהויות ואילו פרקטיקות תרבותיות באות לידי ביטוי ואילו מושתקות בדיון הפוליטי והכלכלי. אם כן, כיצד ראוי שנתקדם מכאן? מה ישראלי במשפט הישראלי?

צעד חשוב ראשון הוא הכרה בכך שהמאמצים לכוון משפט ישראלי אינם מחייבים מלחמת תרבות שעניינה התוכן היהודי-עברי-ישראלי של המשפט. יש להכיר בכך שהמשפט הישראלי הוא ישראלי בראש ובראשונה כיוון שמדובר במשפטה של מדינת ישראל העצמאית. באופן עמוק יותר מן המובן הפורמלי הזה, ישראליותו של המשפט נובעת מהיותו משפטם של הישראלים, שבמדינתם הריבונית הם חופשיים לעצב, לפרש ולהפעיל את משפטם באופן עצמאי לאור ערכיהם, צורכיהם והאינטרסים שלהם. לעניין זה לא משנה שבקרב הישראלים אין הסכמה על ההגדרה של תרבותם היהודית או הישראלית. גם לא רלוונטית לכאן השאלה הסוציולוגית איזו קבוצה חברתית בישראל דומיננטית בתהליך של יצירת המשפט (האם אלו המוסדות המחוקקים והשופטים היוצרים את התרבות "מלמעלה", האם אלה קבוצות עילית מסוימות, או האם החברה הרחבה היא שיוצרת את המשפט "מלמטה"?). העניין כאן הוא שישראליותו של המשפט הישראלי נובעת מכך שהישראלים העצמאים הם שיוצרים ומפעילים אותו, ועל כן ממילא – הן כעניין של הגדרה הן כעניין מהותי – זהו משפט ישראלי.

המאמצים לכוון משפט ישראלי אינם מחייבים מלחמת תרבות גם משום שאפשר לנקוט מדיניות תרבותית מתונה המשלבת במשפט סמלים וערכים מהמורשת היהודית ככל שאלה פונים למכנה משותף רחב ואינם שנויים במחלוקת. זוהי למעשה המדיניות של התנועה הציונית ושל מדינת ישראל ומשפטה מאז שלהי המאה התשע עשרה. על אף הטרוניות של חסידי הציונות הרוחנית-תרבותית והמטיפים ל"משפט עברי", המורשת היהודית נוכחת דווקא במשפט הישראלי

ככמה רבדים. המשפט הישראלי משמר רשמית נורמות מהמורשת המשפטית היהודית (המשפט העברי). מדינת ישראל היא המדינה היחידה בעולם שבה משפט המדינה הפוזיטיבי מבטא לעתים את נקודת המבט של הדין היהודי: בחקיקה, בפסיקה ובכתיבה המשפטית.⁶⁶ נורמות אלה פזורות בסעיפי חוק מחייבים, בהחלטות שיפוטיות או בהערות אגב מנחות, והן מופיעות בחוות דעת משפטיות ובכתיבה המשפטית האקדמית. מדינת ישראל היא גם המדינה היחידה בעולם שיש בה נושאי משרה שתפקידם לבטא את נקודת המבט של המורשת היהודית במשפט הפוזיטיבי: כך למשל, בבית המשפט העליון קיים מאז קום המדינה "כיסא משפט עברי" השמור לשופט הבקיא בהלכה הדתית ויכול לשלב את ערכיה וכלליה בפסיקותיו, גם אם כהערות אגב שאינן בעלות תוקף מחייב. נוסף על כך שופטים בכל הערכאות משלבים בפסיקותיהם כדבר שבשגרה את זווית הראייה של ההלכה היהודית. באופן דומה יש במשרד המשפטים מחלקה למשפט עברי. תפקידה של מחלקה קטנה זו הוא להגיש חוות דעת המביאות את עמדת ההלכה היהודית לוועדות החקיקה ולוועדות הכנסת, לבתי המשפט או למשרדי הממשלה. לכך יש להוסיף את הנוהג המקובל בכל בתי הספר והפקולטות למשפטים בארץ ללמד לפחות קורס חובה אחד במשפט עברי. ולבסוף, המורשת היהודית נוכחת במשפט הישראלי גם מהבחינה הלשונית והסמלית: בכותרות של חוקים (כגון חוק "לא תעמוד על דם רעך"), במושגי יסוד משפטיים ובעקרונות מנחים המופיעים בחקיקה ובהלכה הפסוקה.

חסיד המשפט העברי והקוראים לחיזוק הזהות היהודית (דוגמת מציעי הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי) נוטים לזלזל בדרכי הביטוי הללו של המורשת היהודית במשפט הישראלי ולראות בהן פשרה סמלית שנועדה להשתיקם ולמנוע ניסיונות "אמיתיים" ורציניים להטמיע את המשפט העברי במשפט הישראלי. ואולם אין טעות גדולה מזו. ראשית, זו טעות בהבנת ההיסטוריה – לא הייתה אפשרות מעשית מעולם להטמיע ללא כפייה את המשפט היהודי בצורה עמוקה יותר במשפט הישראלי (או במשפט של מדינה מודרנית אחרת). אין מדובר בחוסר רצון טוב גרדא, אלא בחוסר אפשרות של ממש: כיוון שאין כל הסכמה על הגדרתה של תרבות זו או על הדרכים לתרגומה

66 לסקירה של מקומות אלה ראו אלון (לעיל הערה 11), עמ' 1360–1383.

לנורמות משפטיות, כל ניסיון לעסוק בשאלות הזהות ברמה "משמעותית" או "אמיתית" יותר (כדרישת השווא של חסידי המשפט העברי או של הצינונת הרוחנית למשל) מאיים לגלוש לאלתר למחוזות המסוכנים של מלחמות התרבות והדת. שנית, מדובר בטעות בהבנת התרבות האנושית והדרכים שבהן היא משתנה ומתפתחת. התרבות והמשפט הם דינמיים משום שהמחשבה האנושית אינה קופאת על שמריה, והאדם משנה את עולמו התודעתי, התרבותי והפיזי ללא הפסק. המקוננים בנוסטלגיה על המורשת שאבדה לבלי שוב עיוורים להיותו של המשפט הישראלי ביטוי חי, תוסס ומתחדש של אותה תרבות יהודית. לכן הם עיוורים לאפשרויות החדשות הרבות והעשירות שמדינת היהודים הריבונית ומשפטה פותחים לפני המשפט העברי-יהודי, והם מתעלמים מכיווני ההתפתחות המגוונים והמלהיבים של המורשת היהודית.

ביטויים כמו "דיני ממונות", "לא תעמוד על דם רעך", "עשיית עושר ולא במשפט", "תקנת השבים" ודומיהם אינם סמלים ריקים, אלא מושגים חיים ופעילים. אדרבה, המשפט הישראלי מחלץ את הנורמות והביטויים הללו מן הטקסטים ההלכתיים ומוציא אותם לכיכר העיר הישראלית, ובכך מחיה ומשלב אותם בחיי המשפט והתרבות היהודיים התוססים שמתעצבים בארץ. הוא מאפשר להפוך את המשפט העברי מאות מתה לנורמה חיה הרלוונטית לחייו של ציבור יהודי ולא יהודי גדול, דינמי ומגוון. הסמלים והערכים שנולדו בעבר משתלבים כאבני בניין בתרבות היהודית החדשה-ישנה שנבנית בארץ ושמשכיכה להתפתח ללא הרף.

מלבד ההכרה בכך שהאמצעים לכונן משפט ישראלי אינם מחייבים מלחמת תרבות, יש להעמיק את המודעות לחסרונות ולסכנות שבשיח הזהות והתרבות, בפרט כאשר זה מגולם במשפט. בעוד המשפטנים מודעים לעמימות המסוכנת של ביטויים דוגמת "מורשת ישראל" ו"מדינה יהודית" ולחוסר האפשרות לכונן את המשפט הישראלי על המשפט העברי או אפילו להסכים על הגדרה של "המשפט העברי", רבים מאנשי הרוח, הפוליטיקאים והציבור הרחב אינם נותנים דעתם לבעיה זו. בעיקר חסרה בקרב רבים ההכרה בסכנות הגלומות בעצם פולמוס התרבות ובניסיון לעגנו במסמכים משפטיים.

מדובר בשלוש סכנות: הסכנה הראשונה, שעליה עמדתי בהרחבה בפרק הקודם, היא תרומתו של שיח הזהות והתרבות לעיצוב תדמיות שטחיות ופשטניות של זהויות מתנגשות (למשל "יהודים" מול "דמוקרטים"). תדמיות אלו יוצרות

בתורן מצג שווה של דיון פוליטי קרוע ומיוסר בלבטי זהות ותרבות יסודיים שכמעט אינם ניתנים לגישור, והתמונה הפוליטית השסועה והמפורדת הזאת מוקרנת על החברה בישראל ומעודדת הסתגרות, מגזור והפרדה בין קבוצות שונות זו מזו; הסכנה השנייה היא תרומתו של שיח הזהות והתרבות להחייאתן של פרקטיקות מפלות ופסולות של "נפרד אבל שווה", כלומר של הדרה, הפרדה ואפליה בשם הזכות לכאורה לבטא את הזהות והתרבות בקהילה נפרדת ומסתגרת; והסכנה השלישית היא תרומתו של שיח הזהות והתרבות להסחת הדעת מן הפגיעה בביטחון הכלכלי והתעסוקתי ובמדינת הרווחה, ולהסתרת האפליה המתמשכת והפגיעה הקשה דווקא בזכויות האדם והאזרח היסודיות של קבוצות מודרות כגון אזרחיה הערבים של מדינת ישראל (ופחות בזכויות התרבותיות והקבוצתיות שלהם).

הבעיה אינה רק ביצירת תרמית מעוותת של החברה הישראלית אלא גם בעיוות ההיסטוריה הציונית ובעמעום הצלחתה יוצאת הדופן לכונן מדינת חוק דמוקרטית וחברה אזרחית יצירתית ותוססת. בלהט הרצון להעניק למשפטנו ולתרבותנו תוכן וצביון יהודיים, אנו פוטרם את סמלי העצמאות והתרבות היהודיים הקיימים במשפט (ובשדות אחרים) כסמלים ריקים ולא מספקים ומתעלמים ממשקלם החשוב בכינונה של התרבות הישראלית התוססת ושל הדמוקרטיה האיתנה שלה. התעלמות זו משמעה דחייה של הציונות כתפיסה הרואה ביהדות רעיון לאומי – פלורליסטי בסופו של דבר – המגשר על הבדלי התרבות והדת בין היהודים; וזו גם דחייה של הממלכתיות הישראלית, כלומר, של הזיקה הרפובליקנית הקושרת את הישראלים בחברה אזרחית דמוקרטית על אף הבדלי התרבות ביניהם. התעלמות זו היא גם התעלמות מהצלחת התנועה הציונית לכונן חברה פתוחה ודמוקרטית ולהימנע ממלחמת תרבות הרסנית או מכפייה תרבותית אלימה בנוסח זו שהתרחשה בצרפת, ברוסיה ובסין המהפכניות, באיראן של השאה, בטורקיה הכמאליסטית ובעולם הערבי.

לכן יש להשלים את שיח הזהות בשיח אזרחי-ממלכתי. יש לחזור ולהזכיר שהאדם הוא חיה חברתית; כלומר, שמחוץ לחברה אין משמעות לחיים אנושיים ולתרבות אנושית, ועל כן יש לטפח את הזירה החברתית-ציבורית ולדאוג לאינטרס הציבורי. שיח הזהות והשיח האזרחי לא מוציאים זה את זה, אלא דווקא מזינים זה את זה הדדית. רכיבי הזהות המשותפים מחזקים את תחושת השותפות האזרחית שעליה מבוססים הדמוקרטיה, שלטון החוק ורעיון האזרחות האוניברסלית, ואילו

המסגרת הממלכתית מאפשרת לשמר את התרבות המשותפת ולפתחה. לכן כפי שאי־אפשר להתעלם מהשפעתן של סוגיות הזהות והתרבות על הכרעותינו הפוליטיות והכלכליות, אי־אפשר להתעלם משאלות אזרחיות וחברתיות; הן רלוונטיות בכל דיון שעניינו זהות. גם אם יחידת ההתייחסות שלנו לא תהיה החברה הישראלית בכללותה אלא ה"קהילות" או ה"שבטים" שכביכול מרכיבים אותה (למשל חרדים, מתנחלים, אנשי עיירות פיתוח, יושבי מרכז תל אביב וכיוצא באלה קבוצות מדומיינות יותר או פחות), ברור שגם "שבטים" אלה צריכים להתמודד עם שאלות אזרחיות של מרות, דרך קבלת החלטות או זכויות חברי השבט וחובותיהם; הם יצטרכו להכריע למשל מי ינהל את השבט, מי יקבע את חוקיו, על פי אלו קריטריונים ובאמצעות אילו פרוצדורות, מי יממן ויסדיר את איסוף האשפה, את שירותי הבריאות והחינוך ואת מכבי האש של השבט וכיוצא באלה שאלות. שיח הזהות והשיח האזרחי משלימים אפוא זה את זה. בדיוק משום כך הדגשת יתר של השוני התרבותי וההבדלים בין קהילות – בעיקר כשהיא מלווה בהצנעת השיח האזרחי־ממלכתי – עלולה להסתיר את הדמיון והשותפות האנושיים ולפגוע בחברה הפתוחה והממלכתית ובסופו של דבר גם ביחיד. דווקא מתוך הבנת הקשר ההדוק שבין חוסן אזרחי ובין שאלת הזהות והתרבות, עלינו להכיר בכך שלשיח הזהות והתרבות צריכים להיות מינונים שונים בתקופות שונות ובשדות שונים – לעתים יש להבליטו ולעתים דווקא להשתיקו.

המשפט הוא אחד השדות החברתיים שבהם ראוי למתן ולעמעם את שיח הזהות והתרבות. ישנן כמה סיבות לכך: ראשית, זהות ותרבות הן מושגים חמקמקים וקשים להגדרה ולביטוי. לעומת זאת המשפט הוא מערכת מכוונת התנהגות (מערכת נורמטיבית), וככזו עליה להיות ברורה, יציבה, וראית וקוהרנטית. ברור שמשפטה של חברה מושפע תמיד מתרבותה ומערכיה. שום חברה אינה יכולה לסבול פער גדול בין ערכיה ותרבותה לבין הנורמות המשפטיות הרשמיות שלה, והיא ממהרת לסגור פערים כאלה אם באמצעות שינוי המשפט ואם באמצעות חינוך החברה וסיגולה לנורמות החדשות (כפי שמלמדת הדוגמה של החוקים החשובים למניעת הטרדה מינית). אבל המשפט לעולם אינו משמש תמונת ראי של התרבות. הצורך להכריע עושה את המשפט למיטת סדום עבור התרבות; הוא מחייב, למשל, לאמץ סממנים תרבותיים אחדים ולהתעלם מאחרים. עצם התרגום של התרבות ל"משפטית" משנה את התרבות, משטיח ומעוות אותה. יתר על כן, בגלל כוחו המעצב של המשפט

הסכנה היא שהתמונה המעוותת של התרבות שנוצרת במשפט תוקרן בחזרה על החברה ותעודד את יצירתן של תדמיות מעוותות וסטראוטיפים ואף תלבה מלחמת תרבות. הסכנה למלחמת תרבות גדלה משום שכל המשתתפים בדיונים המשפטיים מכירים בכך שהנורמות המשפטיות לא רק משקפות את החברה אלא גם מעצבות אותה. ידיעה זו מעצימה את הוויכוח הפוליטי על עיצוב המשפט שמתנהל בין הקבוצות בחברה ועושה אותו למעין "משחק סכום אפס": במערכת יחסים כזאת כל קבוצה מבקשת להבטיח כי זהותה ותרבותה שלה יבוטאו היטב במשפט ובד בבד להישמר מפני ניסיונות דומים של קבוצות אחרות לעשות כן. הפולמוס הלוהט על חקיקת החוקה הישראלית הוא דוגמה עגומה לוויכוח כזה. שנית, הדגשת שיח הזהות והתרבות במשפט אינה עולה בקנה אחד עם תכליותיו החברתיות של המשפט וגם לא עם התאוריה הפוליטית המודרנית השמה דגש על רעיון שלטון החוק, כלומר בהחלה אוניברסלית, אחידה ושוויונית של נורמות משפטיות ניטרליות על כלל האוכלוסייה. לעומת התרבות, האמנות והספרות, למשפט אין מטרה אסתטית אלא מטרות מוסריות-חברתיות: הכוונת התנהגות ופתרון סכסוכים. אף שברור שהחלטותיהם של השחקנים בשדה המשפט מושפעות מאוד מהערכים, מהתרבות ומה"סיפורים" המקובלים באותה חברה, מטרתיו החברתיות של המשפט משפיעות על התנהלותו לא פחות – ואולי אף יותר – מהתוכן הערכי של התרבות שבתוכה פועלים המוסדות המשפטיים. ההיסטוריה מלמדת שהניסיונות הרומנטיים (תרתי משמע) להפנות עורף לממד האוניברסלי של המשפט ולבסס את התוכן של המשפט בחברה מסיימת בעיקר על המאפיינים התרבותיים-היסטוריים הספציפיים של אותה חברה היו מגושמים ומלאכותיים ונכשלו בסופו של דבר. זה היה למשל גורל הניסיון של האסכולה ההיסטורית הגרמנית של המשפט מיסודו של פרידריך קארל פון סאביני (von Savigny), שביקשה במאה התשע עשרה לעצב את המשפט הגרמני על אדני התרבות הגרמנית; זה היה גורלן של התנועות ההיסטוריות-תרבותיות האחרות שהתפתחו באירופה במחצית השנייה של המאה התשע עשרה; וזה גם היה גורלו של מפעל המשפט העברי, שהושפע מאוד מן התפיסות של סאביני ותלמידיו.⁶⁷

67 להשפעה של התפיסות ההיסטוריות של המשפט על עיצוב המשפט עברי ראו רדזינר (לעיל הערה 9), עמ' 105-106; אריה אדרעי, "מדוע לנו משפט עברי", עיוני משפט כה (תשס"ו), עמ' 467-487, ובייחוד עמ' 468-471.

קשה להאמין כי הניסיון המלאכותי להעניק תוכן יהודי מוסכם למשפט יצלח עתה במקום שבו כשלו הניסיונות האחרים.

חמושים בתפיסה פלורליסטית של המשפט עלינו לשרש תופעות פסולות של אפליה והדרה ולתרום לחלוקה הוגנת ושוויונית יותר של הטובין החברתיים. ואולם יש להיזהר שלא לעשות את המשפט לזירה לליכון שאלות של זהות ותרבות, שכן במקרה כזה המשפט עלול לחזק דווקא את הצדדים המפרקים בשיח הזהות והתרבות. לפיכך ראוי למתן מאוד את ביטויי שיח הזהות והתרבות במשפט הישראלי, מתוך הכרה במוגבלות של ביטויי שיח זה במשפט ובסכנות החברתיות והאזרחיות הטמונות בו.

אבל מיתון שיח הזהות ועמעומו אינם מחייבים כלל התעלמות ממנו. גם אם הניסיון לבסס באופן מלא את המשפט על "ערכי המורשת" נדון לכישלון, המשפט יכול בהחלט לתרום לפיתוח זהותה ותרבותה של החברה בדרכים אחרות, שאינן נוגעות בהכרח לתוכנו. קודם כול ראוי להוסיף להקפיד על עצמאותו הפורמלית והמחשבתית של המשפט הישראלי. שאלת כפיפותו הפורמלית של המשפט הישראלי למשפט זר (אנגלי, טורקי או אחר) אינה עומדת על הפרק מאז חקיקת חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. ואולם יש להקפיד גם להוסיף לעצב את המשפט הישראלי בעברית ועל פי מה שטוב ומתאים לישראלים החיים כאן ועכשיו, ולא על פי מה שהיה טוב ליהודים שחיו בדורות הקודמים או מה שמקובל במקומות אחרים בעולם. זו דרך ההתנהלות של המשפט הישראלי מאז הקמת המדינה; היא ראויה לגאווה ויש לדבוק בה. המשפט הישראלי היה פתוח תמיד לחוכמת העולם, אבל מעולם לא העתיק באופן עיוור את הפתרונות המשפטיים שהתפתחו במקומות אחרים, אלא תמיד לקח מהם בזהירות ומתוך בחינה של התאמתם לחיי החברה והכלכלה בארץ.⁶⁸ גם כאשר המחוקקים הישראליים האמינו שאימוץ כלים ומוסדות משפטיים ממדינות המערב יתרום ליצירת חברה מודרנית יציבה ומפותחת יותר, הם בחנו את הפתרונות המערביים למיניהם, השוו אותם לפתרונות אפשריים אחרים (למשל מההלכה היהודית), שקלו פתרונות ישראליים מקוריים ובכל מקרה העדיפו את הפתרון המתאים

68 השוו Nir Kedar, "Law, Culture and Civil Codification in a Mixed Legal System," *Canadian Journal of Law and Society* 22 (2007), pp. 177-195. בייחוד עמ' 184-186.

ביותר למציאות התרבותית והחברתית-כלכלית הישראלית. החלטת הכנסת הראשונה שלא לחוקק חוקה כתובה במסמך אחד – אף על פי שכך עשו רוב מדינות העולם – אלא לאמץ דרך ייחודית של חקיקת החוקה פרקים-פרקים, היא דוגמה מצוינת לעצמאות מחשבתית ולהתנהלות על פי הנסיבות המיוחדות לישראל. עצמאות מחשבתית גילו גם השופטים שיצרו במרוצת השנים תורת שיפוט ומשפט (יוריספרודנציה) מקורית ישראלית. אמנם שופטי ישראל מרכיבים לפנות למשפט זר, בעיקר אנגלו-סקסי, לשם השראה, השוואה ולימוד, אך אינם רואים את עצמם מחויבים למשפט הזר; אלא בדומה למחוקקים הם מעצבים את הפתרונות המשפטיים שלהם על פי המקרה שלפניהם ועל פי צורכי הכאן והעכשיו.⁶⁹

מלבד ההקפדה על עצמאותו של המשפט הישראלי יש להכיר בזכותנו לשמר ולטפח את מורשתנו (גם אם איננו מסכימים על תוכנה וגבולותיה). לכן אף שיש להיזהר מסכנותיו של שיח הזהות והתרבות, ראוי להוסיף ולתת ביטוי במשפט הישראלי לסמלים ולערכים מן ההיסטוריה המשפטית היהודית בדרך המתונה שהדבר נעשה בה מאז קום המדינה (כפי שהצגתי בפתח הפרק הזה), וככל שהדבר אינו מעורר מחלוקות קשות בחברה הישראלית ואינו מאיים על הדמוקרטיה ועל החברה הפתוחה בישראל. לפיכך אין כל פסול שסמלים וערכים מן המורשת היהודית יופיעו בביטויים, בכותרות של חוקים, בסעיפי חוק או בפסיקה. ראוי שחוקרי משפט יחקרו וילמדו את ההיסטוריה המשפטית של היהודים בבתי הספר למשפטים ויסייעו במחקריהם לכנסת, למחלקת החקיקה במשרד המשפטים ולבתי המשפט לבטא בדרך מוסכמת (ככל שהדבר אפשרי) את מורשתו התרבותית של הרוב היהודי במשפט. אין מניעה שהמחוקקים והשופטים הישראלים יחפשו השראה בכתיבתם של פוסקים יהודים מכל הדורות על סוגיות דומות לאלה שנדונות לפניהם בכנסת או בבית המשפט. היכרות של המשפטנים

69 המחקר מלמד גם שהשופטים הישראלים נוהגים להסתמך בעיקר על תקדימים מן המשפט הישראלי ולא על דין זר. ראו יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון: ניתוחים כמותיים", משפטים כז (תשנ"ו), עמ' 119-207; יורם שחר, "מרחב הסמך של בית המשפט העליון 1950-2004", הפרקליט נ 1 (תשס"ט), עמ' 29-69, ובייחוד עמ' 39-52; Halakha, ; Amihai Radzyner, "Mishpat Ivri and the State of Israel," *Justice* 45 (Spring 2008), pp. 8-13

הישראלים עם מכמני המשפט היהודי חשובה הן כיוון שהיא תעמיק את הידע וההכרה שלהם עם חלק חשוב במורשתם ההיסטורית הן מכיוון שהמשפט היהודי יכול לשמש מאגר של סמלים, ערכים ונורמות למשפט ולתרבות בארץ.

אבל כל הצעדים הללו ראויים רק כל כמה שאימוצן של נורמות משפטיות שמקורן בחברה דתית ובזמן אחר אכן מתאים לחברה חילונית, דינמית ודמוקרטית כמו החברה הישראלית, ובתנאי שאימוצן של נורמות כאלה לא יהיה כרוך במלחמת תרבות מסוכנת. יש להישמר מאוד מפני כפיית המשפט היהודי כמקור השראה מחייב למחוקק הישראלי (פרדוקסלי ככל שהדבר נשמע) או כמקור פרשנות המחייב את השופטים הישראלים, כפי שממליצה למשל הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. נוסף על כך שמדובר בהמלצה-הצהרה ריקה ולא ישימה, תפיסה סטטית כופה כזאת אינה יאה כלל לחברה דינמית דמוקרטית ופתוחה שהערך של ריבונות האדם הוא נר לרגליה. מדינת היהודים קיבלה מעצם הגדרתה את המורשת היהודית, אולם היא חופשית לעשות במורשת זו כרצונה ואינה כפופה לפרשנות מסוימת של אותה מורשת או אפילו לחובה לעשות בה שימוש. אין לתת ליד המתה של תרבות האתמול להכריע בעיצובו של ההווה. וחשוב מכול, אם החברה הישראלית חפצת חיים – אל לה ללבות את פולמוס התרבות, שמא ייעשה זה לאש זרה שתכלה אותה.

על אף הסכסוך הלאומי הארוך והאלים בין היהודים לערבים ראוי שקבוצת הרוב היהודית בישראל תבטא במשפט הישראלי גם את הכרתה בסמלים ובצרכים התרבותיים של המיעוט הערבי. אין הכוונה כאן לחובתה המוחלטת של מדינת ישראל שלא להפלות את אזרחיה ותושביה הלא יהודים ולשמור על זכויות האדם שלהם ובכלל זה גם על זכויותיהם הקבוצתיות-תרבותיות. זו הרי חובה מוסרית ומשפטית ברורה מאליה. כוונתי כאן לכך שמטעמים של שותפות וסולידריות ראוי שהמשפט הישראלי ימצא דרכים לבטא גם סמלי תרבות ומשפט של המיעוט הערבי הגדול במדינה: למשל שהמחוקק הישראלי יתייחס בתהליך החקיקה גם לשיטות המשפט הערביות – הדתיות והלא דתיות – או ששופטים יציגו באמרות אגב גם את העמדה של שיטות משפט אלה בסוגיות הנדונות בבית המשפט. גם כאן הביטוי של סמלי התרבות הערביים במשפט צריך להיעשות מתוך רצון טוב לשותפות ואחוזה ולא מתוך כפייה, ורק בדרך שלא תוביל למלחמות תרבות בין קבוצת הרוב היהודית לקבוצות המיעוט ובקרב קבוצות המיעוט עצמן.

המתווה שהצעתי אינו חדש, ואף על פי כן אין הוא משימה קלה לביצוע. מוזר ככל שהדבר עשוי להישמע, המכשול העיקרי העומד לפנינו הוא אנו עצמנו, או ליתר דיוק קבוצה של אנשי רוח מקרבנו הדבקים בגישה רומנטית, בלתי ישימה ומסוכנת בהשראת תפיסות דומות לאלו של אחד העם. הם מבקשים לשכנע אותנו שבירור הזהות היהודית והקניית תוכן יהודי למשפט ולתרבות הישראליים הם משימות חשובות שניתנות לעשייה אם רק נגלה מעט רצון טוב ושיתוף פעולה. יתר על כן, רומנטיקנים אלה מבקשים לשכנענו כי מדובר במשימה חשובה ורחופה, משום שהרוח והתרבות בישראל מתדרדרות, הדור הולך ופוחת ו"הברברים ניצבים בשער". כוונותיהם של אנשי הרוח הללו טובות ומפעליהם בשטח התרבות והחינוך חשובים מאוד, אך הם אינם ערים לתפיסת המציאות הפסימית והמעוותת שלהם, לקשיים שבתרגום רעיונותיהם למעשים ולסכנות החברתיות הטמונות במעבר של פולמוס התרבות משדות התרבות והספרות אל מערכות המשפט והפוליטיקה.

חסידי התרבות מגיעים מכל המחנות: דתיים וחילוניים, יהודים וערבים. אנו רגילים לראות בפולמוס התרבות מאבק בין קבוצות תרבותיות שונות זו מזו, אבל התבוננות נוספת בהיסטוריה היהודית המודרנית מלמדת שמדובר קודם כול בוויכוח מטה-תרבותי בין אותם משכילים מעטים המבקשים לתת קדימות לעשייה התרבותית לבין כל השאר. ויכוח מטה-תרבותי כזה התנהל בתקופת ההשכלה: בעוד המוני היהודים יצרו בפועל סינתזה בין מנהגיהם הקיימים לבין התרבות המודרנית, המשכילים מחו בקול על מה שהם תפסו כ"השכלה מזויפת" – על אימוץ התרבות המודרנית בלא דיון "ערכי" תרבותי מודע, כלומר בלי לתת את הדעת לשינוי הערכים שחייב להתלוות לאימוץ זה.⁷⁰ עם ראשית הציונות התנהל ויכוח דומה בין חסידי הציונות הרוחנית, שתבעו להקדים להגשמה הציונית פעולה תרבותית של "הכשרת לבבות", לבין הרוב הציוני, שהתמקד בהגשמה ובמציאת פתרון פוליטי לבעיות היהודים. בתקופת המנדט היה פער דומה בין הקבוצה הקטנה של המשפטנים ואנשי הרוח שביקשו להחיות את

70 ראו שמואל פיינר, "המאבק בהשכלה המזויפת וגבולותיה של המודרניזציה היהודית", בתוך: דוד אסף (עורך), מווילנה לירושלים: מחקרים בתולדותיהם ובתרבותם של יהודי מזרח אירופה, מוגשים לפרופסור שמואל ורסס, ירושלים: מאגנס, תשס"ב, עמ' 23-3.

המשפט העברי לבין היישוב היהודי בארץ, שתמך רעיונית במפעל המשפט העברי אך העדיף לעשות שימוש במשפט המנדטורי היעיל וההוגן. גם היום חרדת האינטלקטואלים היא כוח מניע עיקרי של הדין התרבותי העקר בדבר תוכנו של המשפט הישראלי. רבנים, סופרים, אקדמאים, מחנכים ואמנים חוברים יחדיו כדי להסביר לנו שאנו חוטאים לעצמנו ולילדינו על שאיננו "מבררים" את זהותנו ואיננו מעניקים "משמעות" לתרבות, למשפט ולמדינה היהודית שלנו. למרבה הצער, חוברות אליהם בשנים האחרונות קבוצות דתיות ולאומניות שבזות לציבור הישראלי "ששכח מה זה להיות יהודי". כל אלה עיוורים לעובדה שהציבור הישראלי דווקא אינו מתעלם – וכמו כל ציבור אחר אינו יכול להתעלם – מזהותו ומתרבותו. אין חברה אנושית ללא שפה, ללא תרבות וללא "סיפורים" מכוננים ומעניקי משמעות. גם התנועה הציונית משוקעת כל כולה בתרבות היהודית וכך גם התרבות העשירה והתוססת שהתפתחה בישראל. אלא שהתנועה הציונית והחברה הישראלית בחרו בהתרחקות מפולמוס התרבות והכפייה התרבותית וביצירת מסגרת דמוקרטית, חופשית, גמישה ודינמית המאפשרת לתרבות – היהודית! – להתפתח בכיוונים רבים ומגוונים.

בשנת 2006 פרסם ירידיה שטרן חיבור חשוב שכותרו "מה יהודי במשפט הישראלי".⁷¹ החיבור עסק באופציות לשילוב אפשרי של הדין הדתי היהודי במשפט הישראלי. שטרן פסל את התביעות של קבוצות חרדיות ודתיות לאוטונומיה משפטית ועמד על כך שאף שתביעות אלו מושמעות לכאורה בשם הפלורליזם התרבותי, הן מסכנות את הממלכתיות ובסופו של דבר את קיומה של החברה הריבונית בישראל. לאחר מכן הוא פסל באומץ את מה שהוא כינה "אופציית ההטמעה", קרי הניסיונות לכפות את הדין היהודי (או המשפט העברי) על המשפט הישראלי. אחת היא אם כפייה זו נעשית מתוך מוטיבציה דתית או תרבותית, מדובר בצעד מסוכן ולא ראוי מבחינה דתית ומוסרית, סיכם שטרן. עם זאת הוא הראה שכוחו של הרעיון הבעייתי הזה עדיין רב בקרב ההנהגה הרבנית והפוליטית של הציונות הדתית. דבריו על העילית האינטלקטואלית הדתית יפים גם לאנשי רוח חילונים "שוחרי תרבות":

71 שטרן (לעיל הערה 11).

בדרך כלל, אישי המפתח ברבנות ובפוליטיקה הדתית והחרד"לית (ובמידה מסוימת גם החרדית) סבורים שדגם ההטמעה הוא אידאל ראוי שיש להתמיד בו. גם אם חלקם מסכימים שהוא לא הניב הצלחות 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 ובוועטת. היא ממשיכה לפרנס את החזון המוליך של הציונות הדתית בדבר דרכי ביטויה של היהדות במדינת ישראל.⁷²

שטרן היטיב להבחין שהרבנות ברעיון של ביסוס המשפט הישראלי על תוכן עברי-יהודי מבוססת על תקווה מעין משיחית שהחברה הישראלית תצליח להתמודד "באומץ" עם זהותה ולעצב לעצמה תרבות גאה ומפוארת המשלבת את הטוב שבמורשת היהודית עם היפה שבתרבות המודרנית (כאילו מדובר בשתי מערכות תרבותיות נפרדות). התפיסה הכמעט משיחית מסתירה כמובן את המעקשים העומדים לפני מפעל זה ועושים אותו לבלתי אפשרי, והיא מסתירה את הנחת המוצא המופרכת שלו, שקיימת מהות יהודית כלשהי קבועה ובלתי משתנה השונה ונפרדת מן העולם המודרני הסובב אותה. אבל מהות כזאת אינה קיימת. אין כל הסכמה בקרב היהודים על הגדרתן של היהדות, התרבות היהודית או המשפט היהודי. למעשה, רוב החוששים לגורלה של התרבות היהודית חוששים באמת לגורל הדגם הדתי או התרבותי המסוים שהם מאמינים בו. גם אם הם מבינים תאורטית את האבולוציה הבלתי נמנעת של התרבות, השפה, הדת והמשפט, קשה להם לקבל את השתנותה הדינמית של תרבותם ואת התרחקותה

מן הדגם והמסורת שהם מכירים, והם מפרשים, כאמור, את האבולוציה הטבעית הזאת כתופעות של דלדול הרוח וירידת הדורות.

שטרן מאמין שהדרך הראויה – מבחינה מעשית וגם מבחינה ערכית (מוסרית ודתית) – לשילוב הדין היהודי במשפט הישראלי היא דרך ההשראה או הביקורת: הדין הדתי היהודי ישמש אמת מידה ערכית למשפט הישראלי. לא תהיה זו אמת מידה כופה כי אם מקור תרבותי-נורמטיבי רחב שכנגדו יבחנו הישראלים מתוך בחירה את משפטם. אם הדבר ייעשה ללא כפייה, באקלים פתוח וידידותי שבו נתפסת הדת היהודית כתרבות רחבה ולא רק כמערכת כללים צרה, ייתכן שייחסך פולמוס התרבות הכרוך בהשתלת נורמות שמקורן דתי במשפטה של חברה חילונית.⁷³ כדי שהצעתו של שטרן תוכל להצליח, לא רק שיש להכיר בריבוי ההגדרות של "יהדות", אלא שאין מנוס מלהגיע לרמות הפשטה גבוהות של היהדות; כלומר, מלראות בה בראש ובראשונה תרבות המבוססת על שורת עקרונות הומניסטיים-מוסריים דוגמת אלה שנוסחו בידי הנביאים המקראיים וששימשו לאורך ההיסטוריה היהודית מצפן ערכי-מוסרי לחברה היהודית. רק דגם ביקורתי-השראה כזה יוכל – אולי – להתקבל בהסכמה ולא יעורר פולמוס תרבות בחברה הישראלית. כל הגדרה צרה יותר של היהדות תעורר מיד התנגדות מצד קבוצות מסוימות ותוביל לפולמוס תרבות. גם במקרה כזה ראוי להימנע מניסיון לקבע את הדגם המוצע בחקיקה או בקביעה משפטית אחרת, שכן עצם הניסיון לקבע עקרונות אלו במסמך משפטי יעורר מאבק פוליטי ותרבותי עקר ומיותר בעניין התוכן המדויק של הערכים האתיים היהודיים ובעניין הדרך לתרגם לעקרונות משפטיים מנחים.

המשפט הישראלי אכן צריך להמשיך להיות מחויב לעקרונות היסוד ההומניסטיים. אמת, עקרונות אלה אינם נחשבים לעקרונות יהודיים דווקא אלא מקובלים כעקרונות אוניברסליים המנחים את האומות כולן וקבועים בחוקתיהן ובאמנות ובהצהרות בינלאומיות. ואולם אין בכל אלה דבר כדי לפגום ביהדותם: אלה עקרונות יסוד יהודיים שנוסחו בידי הנביאים המקראיים, עברו כחוט השני בכתבים יהודיים לאורך הדורות ונכללו שוב ובמפורש בהכרזה על הקמתה של מדינת ישראל (הכרזת העצמאות) ובמסמכים משפטיים אחרים. דווקא משום

שהמשפט הישראלי הוא חוליה נוספת בהיסטוריה המשפטית של היהודים, ניטיב לעשות אם במקום להשתמש במושגים מעורפלים ומעוררי מחלוקת (באשר לתוכן המדויק שלהם) כגון "מורשת ישראל" או "מדינה יהודית", ישוב המשפט הישראלי ויפנה לערכים היהודיים-אוניברסליים הללו; וחשוב יותר שנמשיך לחנך את ילדינו לאור ערכים הומניסטיים אלו ונרדק בהם באמת. כי זו, כפי שהורה לנו הלל הזקן, כל התורה כולה.

* * *

ומה נעשה בביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית"? כזכור, הביטוי עצמו יכול להיקרא בדרך ניטרלית המתארת את מדינת הלאום של העם היהודי. אלא שכבר ההיסטוריה של חקיקתו והדיון שהתפתח בעקבות החקיקה עשו את הביטוי לסמל של מחלוקת תרבותית בין יהודים לבין עצמם ובינם ובין המיעוט הלא יהודי. ככזה היה הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" לאחד מסמלי שיח הזהות ופולמוס התרבות בישראל. למרבה הצער את הנעשה אין להשיב; אין אפשרות מעשית שהביטוי יימחק מספר החוקים, וגם לא ברור כלל ועיקר שמחיקתו מספר החוקים תעלים אותו מן הדיון הציבורי. לו הייתה הכנסת שומעת בעצתי, היא הייתה לפחות מוחקת את ו"ו החיבור בין המילים "יהודית ו"דמוקרטית". התוצאה: "מדינה יהודית דמוקרטית" קרובה יותר לכוונת המחוקק המקורית – לבטא פשוט את העובדה שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי. תוצאה זו גם פחות מעוררת מחלוקת מכיוון שהיא אינה יוצרת רושם של התנגשות בין שני ערכים יסודיים ועמוקים שיש לאזן ביניהם, ולכן גם אין רושם של מאבק בין שני מחנות חברתיים: "היהודים" אל מול "הדמוקרטים-אוניברסליסטים".

אין צורך לחכות לשינוי הנוסח של הביטוי כדי לשנות את הדיון העוסק בו. ראשית, יש לשוב ולהזכיר לעצמנו ולילדינו שתרבות וזהות אינן מותנות בהכרזות חגיגיות על "מדינה יהודית ודמוקרטית" ובמסמכים משפטיים המעגנים אותן, אלא בקיומה החי של חברה תוססת וביצירת מסגרת פוליטית חופשית ודמוקרטית באמת המאפשרת לכל אדם לחיות חיים חופשיים בהתאם לתרבותו. שנית, יש להדגיש גם את הסכנות והבעיות הנחבאות בשיח הזהות ואפילו בביטויים כלליים כמו "מדינה יהודית ודמוקרטית": יש להסביר שאין סיכוי מעשי שהביטוי ישמש מנוף להחייאת מפעל המשפט העברי או "לחיזוק הזהות היהודית" (ביטוי מעורפל כשלעצמו); כמו כן יש להבהיר שעצם הוויכוח

התרבותי בשאלה מהי מדינה יהודית מאיים על המשפט, הממלכתיות והחברה בישראל; לבסוף, יש להודות באומץ שעל אף הכוונות הטובות של המחוקקים ושל אנשי רוח הומניסטים, הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" נוכס במידה רבה על ידי קבוצות דתיות ולאומניות. קבוצות אלה לא רק מציינות תמונה מעוותת של מתח ערכי הקיים כביכול בין "יהדות" ובין "דמוקרטיה", אלא גם עושות זאת מתוך תפיסת עולם המעניקה הלכה למעשה קדימות לתפיסתם הצרה של היהדות (כדת או כלאום) על פני הדמוקרטיה. לפי השקפה צרה זו, מוסדות מסוימים (דוגמת בית המשפט העליון) וחלקים בחברה הישראלית "שכחו מה זה להיות יהודים", או למצער – הדגישו את הדמוקרטיה על חשבון היהדות. הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי היא הביטוי האחרון של תפיסת העולם המסוכנת הזאת, שדווקא חורגת מן המורשת הדמוקרטית-ממלכתית העמוקה של התנועה הציונית ושל החברה הישראלית.

שלישית, צריך להתעקש על קריאה ציונית וממלכתית של הביטוי. עלינו להזכיר שהציונות ראתה בעצמה פתרון פוליטי – מדינת-ממלכתית-משפטית – לבעיות הזהות והקיום של היהודים המודרניים; שהציונות האמינה שרק מתן הגדרה עצמית ליהודים ומימושה במדינה ריבונית בארץ ישראל יאפשרו ליהודים להמשיך לקיים את תרבותם; ושהציונות ראתה ברעיון הלאומי, ואחר כך גם ברעיון האזרחי של הממלכתיות, רעיונות מחשקים המגשרים על מחלוקות התרבות שבין קבוצות יהודיות. לכן יש לקרוא את הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" לא כביטוי הכולל מתח (ובוודאי שלא סתירה) בין יהדות לבין דמוקרטיה ולא כביטוי הקורא לבידור נוקב של הגדרתה ומשמעותה של היהדות, אלא כתיאור ניטרלי (שניסוחו מרושל ולא מוצלח) של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. קריאה ציונית וממלכתית כזאת תבהיר שהביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" אינו טובע מאתנו לכסס את המשפט והתרבות בישראל על תוכן יהודי מסוים, וודאי שלא להיכנס לפולמוס תרבות שעלול להחליש את המשפט, הדמוקרטיה והממלכתיות בישראל. קריאה ציונית-ממלכתית מורה דווקא על השעיה של שיח הזהות והתרבות במשפט ועל הדגשת משפט המדינה כמסגרת שנועדה להבטיח את יכולתם של היהודים לקיים בחופשיות את תרבותם מתוך כיבוד קבוצות המיעוט שחיות עמם ושמידה על זכויותיהן ועל תרבותיהן. יהדותה של המדינה כאן אינה מתבטאת בתוכן ספציפי של המשפט, וכמובן לא בתפיסה סטטית מהותנית

של היהדות, אלא בקריאה ליהודים לכונן את משפטם הממלכתי בעצמם, על פי הערכים, הצרכים והאינטרסים שלהם כאן ועכשיו. המשפט שייצרו היהודים החופשיים במדינתם הריבונית יהיה יהודי ממילא. הציונות לא דרשה מהות יהודית אלא עצמאות יהודית. וכך ראוי לו גם למשפט במדינה היהודית הדמוקרטית. התפיסה הציונית הקלאסית בנוגע לשאלת התרבות צריכה להנחות בראש ובראשונה את השיח החוקתי שלנו. שיח זה מתנהל היום בארץ מתוך נקודת מבט תרבותית שכותרתה "מדינה יהודית ודמוקרטית". כמו בזמן הקמת המדינה, גם היום המחלוקת העיקרית הנושאה בקרב הישראלים אינה נוגעת להסדרים החוקתיים בעניין מבנה המשטר או זכויות האדם אלא לשאלות זהות. אמנם חוקה היא סמל חשוב של עצמאות וקדמה והיא כלי חינוכי בעל ערך, אבל יש לשקול את התועלת שבחקיקת חוקה כתובה אל מול הסכנה שבמלחמת תרבות הכרוכה במהלך החקיקה. למחוקקי החוקה אורבת גם הסכנה ההפוכה: כדי להימנע ממלחמת התרבות הם עלולים לחוקק חוקה מקוטעת המגלמת פשרה פוליטית עלובה. הדוגמה של חוקי היסוד החסרים שנחקקו בשנת 1992 צריכה לשמש לנו תמרור אזהרה מפני חקיקה כזאת. מדובר במגילת זכויות חסרה (ויש שיאמרו מבישה), ולא זו בלבד אלא שהיא ניצבת מאז חקיקתה בשנת 1992 במוקד ויכוח תרבותי ודתי עמוק. למקווים להשלים את חקיקת החוקה הכתובה כדאי אפוא לשוב למדיניות ההשתקה הציונית הוותיקה. כל עוד הכותרת "מדינה יהודית ודמוקרטית" מנחה את ההליכים החוקתיים קטן מאוד הסיכוי לחקיקת חוקה ראויה בישראל. עובדה היא שהצעת חוק היסוד היחידה שמקודמת באמת בשנים האחרונות היא הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. אותו חוק מצער ומביש אינו תורם דבר לזהות היהודית של ישראל, וחמור מזה – הוא אינו מקדם כהוא זה את הדמוקרטיה או זכויות האדם בישראל, אלא דווקא מגמד את מקומן המרכזי במורשת הציונית והישראלית. חמור לא פחות, החוק הזה גם עתיד להעמיק עוד יותר את המתחים התרבותיים בין הקבוצות בחברה הישראלית. נייחל אפוא שהכנסת המכהנת תגלה תבונה פוליטית דומה לזו שגילתה הכנסת הראשונה בהחלטתה שלא לחוקק מסמך חוקתי אחד בעל מבוא חגיגי אלא לפצל את החקיקה לפרקים (חוקי יסוד) שיחוקקו בסדר מדורג ("החלטת הררי"). החלטה זו מנעה את התדרדרותה של ישראל למלחמת תרבות שעניינה זהותה של המדינה. נקווה שגם עתה תימנע הכנסת מחקיקה של חוקים מיותרים שעניינם

"חיזוק הזהות היהודית" דוגמת הצעת חוק היסוד האחרון. הימנעות כזאת רק תתרום לחוסן הממלכתי של מדינת היהודים.

קריאה ציונית-ממלכתית של שאלת התרבות צריכה להנחות גם את היחס שלנו להתנהלותו של בית המשפט. עלינו לוודא ששיח הזהות הרבת-תרבותי המתעורר למשל כאשר עומד על הפרק הצורך למנות שופטים חדשים לבית המשפט העליון, או כאשר בית המשפט פוסק בשאלה המעוררת מחלוקת ציבורית קשה, יהיה שיח זהות ממלכתי ולא שיח זהות "לעומתי" לוחמני ומפרק. שיח הזהות והתרבות הגביר את מודעותנו לחשיבות זהותם של השופטים ולדרך שבה הם מממקים את החלטותיהם. אבל עלינו להקפיד על הממלכתיות של מוסדות השיפוט והמשפט שלנו. ישנה כמובן חשיבות למנות שופטים הבאים ממגוון קבוצות בחברה הישראלית, אך לא רק כדי ששופטים אלה "יילחמו בשביל המגזר שלהם", אלא מתוך תפיסה ממלכתית: כדי שגם בני אותה קבוצה ישתקפו וישתתפו בעשייה השיפוטית וכדי שחברי הקבוצה ירגישו שזהו בית משפט שלהם, כלומר שבאמת מכבדים ומשתפים אותם בחברה כאזרחים שווים זכויות.

ולבסוף, שיקולים דומים צריכים להיות מובאים בחשבון גם בוויכוח המתנהל על אופי האקדמיה המשפטית ועל ישראליותם של הלימוד והמחקר המשפטיים בארץ. הדיון על הוראת המשפט העברי צריך להיעשות מתוך גישה ממלכתית ולא מתוך גישה מגזרית המנסה להטמיע בכוח את ערכיה ולכפותם על הציבור. ראוי שמשפטני העתיד של ישראל יכירו את המורשת המשפטית הלאומית שלהם, אך יש להימנע מכפייה בעניין. לא ראוי, למשל, לחייב סטודנטים באוניברסיטה ממלכתית-ציבורית לקחת יותר מקורס חובה מבואי אחד בנושא. זו כפייה שאין לה הצדקה אקדמית והיא ביטוי לניסיון מגזרי לחנך בכוח. תחת זאת ראוי לתת אפשרות לתלמידי המשפטים הרוצים בכך להעמיק בנושא במגוון קורסי בחירה ובספרייה עשירה במקורות מן המשפט היהודי לדורותיו וגם במקורות ממשפטים של קבוצות אחרות שמרכיבות את החברה הישראלית. כמו כן יש ללמד את המשפט העברי לא רק כשיטה דתית שיש בה מאגר פוטנציאלי של סמלים וערכים שמהם המשפט הישראלי יכול ליטול לתועלתו, אלא גם כשיטה תרבותית דינמית שהתפתחה והשתנתה במרוצת הדורות ויכולה להוסיף ולהתפתח גם בסביבה החילונית הישראלית. תפיסה פדגוגית כזאת לא רק מגרה את הסטודנטים לחשוב בצורה פתוחה והשוואתית, היא יכולה גם לעורר אותם

להתבונן בדין היהודי בגישה דינמית – לא כעל דין סטטי וקפוא שעבר זמנו, אלא כעל מערכת משפט מתוחכמת שניתן לפתחה, לשנותה ולשלב נורמות, ערכים, מוסדות או דרכי מחשבה מתוכה גם במשפט הישראלי המודרני.⁷⁴ זהו התנאי לשילוב המשפט היהודי-עברי כמקור השראה ברוח הצעותיהם של אריה אדרעי וידידיה שטרן. נוסף על סוגיית המשפט העברי ראוי להזכיר כי ישראליותו של המשפט הישראלי צריכה להתבטא גם בעצמאות מחשבתית של חוקרי המשפט הישראליים ובמחקר נרחב ומעמיק של המשפט והחברה בישראל בלי להתעלם כמובן מן האנושות כולה, שאנו חלק ממנה.

בשולי הדברים ראוי לשוב ולהתריע על הצורך להיגמל מרגשות הבהילות והחרדה שמלווים את שיח הזהות והתרבות הישראלי בעשורים האחרונים. הרצון לבסס את המשפט הישראלי על תוכן ערכי יהודי-עברי או לחזק את הצביון היהודי של המשפט נובע פעמים רבות מחשש שווא שמעל התרבות היהודית מרחפת סכנת דלדול וכליה. חשש השווא הנוסטלגי הזה, שמבוטא בכל דור ודור בידי המחנכים ואנשי הרוח של התקופה, נשמע בישראל בעשרים השנים האחרונות גם מפי קבוצות דתיות ולאומניות פוסט-ציוניות שמנסות לכפות בכוח על החברה הישראלית את תפיסתן הלאומית או הדתית. אלא שבניגוד לנבואות הזעם המציאות דווקא הפוכה: למעלה משישה מיליון יהודים ישראלים מקיימים תרבות יהודית חופשית, רבגונית ותוססת. הם מדברים, קוראים וכותבים בעברית; מנהלים חיי אמנות, ספרות ותרבות עבריים עשירים. למעשה, מעולם בתולדות היהודים לא הייתה פריחה תרבותית יהודית בהיקף ובגיוון כה מרשימים כפי שיש היום בארץ. הדבר נכון הן לתרבות חילונית הן לתרבות דתית. בניגוד לקינותיהם של אנשי רוח ורבנים, מעולם בתולדות היהודים לא הייתה פריחה כזאת של תרבות דתית ותורנית. מעולם לא הייתה ליהודים רבים כל כך נגישות ל"ארון הספרים היהודי": שהרי ברוב קהילות ישראל רבות הנשים שלא קראו וכתבו כלל, וגם לרוב הגברים הייתה השכלה תורנית וכללית מוגבלת למדי; כמו כן מעולם בתולדות היהודים לא הייתה לתרבות היהודית סוכנת הפצה יעילה כמו המדינה המודרנית. היהודים הישראליים אכן מנצלים היטב את החופש שמעניקה להם המסגרת הריבונית כדי לעצב את תרבותם. הם עושים זאת במגוון דרכים

74 השווא אדרעי (לעיל הערה 67); שטרן (לעיל הערה 11).

תוססות ויצירתיות להפליא: באמצעות תרבות חילונית ודתית, תרבות גבוהה ועממית, שפה, ספרות, אמנות, תאטרון, מוזיקה וקולנוע. כמאה כותרים של ספרים בעברית מתפרסמים בארץ מדי שבוע: ספרי עיון, פרוזה ושירה, ספרי קודש וחול. היצירתיות התרבותית הזאת באה לידי ביטוי גם בתחום המשפט: ב-66 שנות עצמאותה נוצרו בישראל מפעלי חקיקה, פסיקה וספרות משפטית מרשימים בהיקפם, בעומקם ובעצמאותם המחשבתית. במצב זה נראה כי החשש לגורל התרבות והמשפט העבריים מופרך. אדרבה, התרבות והמשפט היהודיים-עבריים חיים, תוססים ומתפתחים לכיוונים חדשים ומרתקים.

פריחה תרבותית זו מעידה על צדקתה של טענת היסוד של הצינונות שבעולם המודרני הערובה הטובה ביותר (גם אם כמובן לא היחידה) להמשך קיומה ושגשוגה של התרבות היהודית היא יצירת מסגרת ריבונית יהודית, מדינה שבה יהיו היהודים רוב ויוכלו לקיים את תרבותם הן במרחב הפרטי הן במרחב הציבורי, ולא תהיה בה התנגשות בין הפרטי לאוניברסלי. בישראל אין צורך להכביר סמלים באופן מלאכותי – אין צורך לעגן את סמלי הזהות בהצהרות משפטיות חגיגיות ואין צורך ללמד את ילדי הגן על השואה. עצם החיים במדינה יהודית ריבונית מקיימים ומשמרים את הזיכרון ההיסטורי ואת התרבות של היהודים. שני מיליון וחצי ילדים שלומדים, שרים ומשחקים בעברית, כמו עשרות חוקים שנוסחו בעברית ונחקקו על ידי בית הנבחרים הישראלי העצמאי, מעידים על הצלחתה של הצינונות. דווקא לנוכח הצלחה זו ראוי להמשיך לחשוד ב"מחרתי התרבות" – במי שמבקשים לשכנע אותנו כי התרבות היהודית בישראל בסכנה ותובעים לעגן את זהותנו בהצהרות ריקות ומסוכנות ובנורמות משפטיות נעדרות כל תוקף מעשי. תחת זאת ראוי להעדיף את הדבקות במסגרת הממלכתית-משפטית ואת המדיניות התרבותית המתונה של אימוץ סמלי תרבות מוסכמים המתאימים לחברה הישראלית הדינמית ומקובלים על כלל הקבוצות המרכיבות אותה.

writing. These norms are found extensively in binding statutes, court rulings, legal opinions, and the academic legal literature.

3. As for the phrase, “Jewish and democratic state”: In my opinion, it would be appropriate to erase it from the law books, or at least revise it to “Jewish democratic state.” Though, obviously, were this to be done, it would be difficult to uproot the original phrase from public consciousness and discourse.
4. In the meantime, we must repeatedly remind ourselves and our children that culture and identity are not contingent upon formal declarations and legal documents that enshrine them, but rather in the living existence of a vibrant society and in the creation of a truly free and democratic political framework that enables each person to live a free life consonant with his/her culture. Beyond the debates over culture, Israeli law is Israeli first and foremost because it is the law of the independent State of Israel. More deeply than this formal sense, the law’s Israeliness stems from its being the law of the Israelis who, in their sovereign country, are free to shape, interpret and enforce their law independently, guided by their values, needs and interests. Law such as this already reflects the culture of the Jewish majority in the State of Israel.
5. Most importantly: The discourse on identity should be supplemented by a civic debate. The discourse on identity and the civic debate are not mutually exclusive but mutually nourishing. The shared components of identity reinforce the sense of civic partnership upon which democracy, the rule of law and the idea of universal citizenship are based, while the political framework facilitates preservation and development of the shared culture. Therefore, just as it is impossible to ignore the influence that issues of identity and culture have on our political and economic decisions, it is impossible to ignore civic and social questions: they are relevant to every discussion that concerns identity. Even culturally homogeneous communities (for example, ultra-Orthodox Bnei Brak, kibbutzim, or certain settlements over the Green Line) must cope with questions of civil authority, methods of decision-making, or the rights and obligations of community members. They must determine, for example, who will manage the community; who will set its rules,

Should Jewish Identity be Anchored in Israeli Law?

Nir Kedar

Policy Paper 107

May 2015



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE

Text Editor: Dafna Lavi
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda
Cover Design: Yossi Arza
Typesetting: Nadav Shtechman Polischuk
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN 978-965-519-155-4

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 (R. A.)
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: 1-800-20-2222, (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

This book is published with the generous support of the The Goldhirsh Foundation.

Abstract

This book examines the question of whether Jewish-Israeli identity should be anchored in law. The controversy surrounding this issue has been a feature of the Zionist movement since its inception and intensified in the late twentieth century and beginning of the twenty-first as a result of the Knesset's use of the phrase "Jewish and democratic state," and the requirement it imposed on judges to refer to principles of the "Jewish heritage" (*Moreshet Yisrael*) when hearing certain cases. Recently, the debate reached its peak with the political and public discussion regarding the draft of the proposed Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People, which was first brought before the Knesset in 2011.

The wish to anchor Jewish-Israel identity in the law seeks to achieve two objectives. The first is an external aim: Laws that pronounce Israel a "Jewish and democratic state" or declare it to be the Jewish people's nation-state are publicly perceived as a response to opponents of Zionism, that is, to those who oppose the legitimate right of the Jews to self-determination in a nation-state. In that sense, Israeli law fulfills a function similar to that of policy declarations and diplomatic documents. The second aim is intra-Jewish: Anchoring Jewish identity in written law is perceived to be a step that fortifies and intensifies it in light of, according to some, the threat of diminution and extinction that hovers over Jewish culture. In this sense, the law that declares Israel a "Jewish and democratic state" is the equivalent of the curricula, workshops and seminars whose focus is "strengthening Jewish identity" and Israel Radio's Reshet Gimel, which plays only "music with Hebrew lyrics."

* Translated by Judyth Eichenholz; Edited by Lenn Schramm.

The public discourse concerning the proposed law centers primarily on the need to respond to attacks regarding the Jews' legitimate right to self-determination in a nation-state. In contrast, this book does not at all deal with questions of how to best respond to these attacks and whether a Basic Law that declares Israel the nation-state of the Jewish people is a wise and appropriate response to attacks on Zionism. The book's focus is the law's intra-Jewish objective, that is, the desire to express Jewish-Israeli identity in law in order to enshrine and strengthen it. I would like to shed light on a perspective that has, until now, been played down in the debate on the proposed Basic Law and in the discussion on expressing Jewish culture in law. The perspective I am referring to is the difficulty, futility and danger inherent in the attempts to anchor identity in legal norms and the efforts to base the "Israeliness" of Israeli law on its Jewish content. The book demonstrates that Israeli society has found other ways of expressing its identity and establishing a vibrant and robust culture here, and explains why these ways are preferable to endeavors along the rocky road of infusing Jewish-Hebrew-Israeli content into law or including nebulous declarations with respect to the Jewishness of the state and its laws.

The wish to express identity and culture in law is understandable and accepted. However, when referring to Israeli law, this is not a simple task at all since it is unclear what makes Israeli law Israeli and what distinguishes it from the law of other societies: Are we talking about unique Israeli content that reflects the culture in Israel? Is the Israeliness of the law expressed in general Jewish-Israeli principles that guide the law? Is the said Israeliness expressed in a unique way in the law? Or, more simply, could it be that the law's Israeliness derives from its being the official law of the State of Israel? And perhaps, because it is the law of "Israeli society," it necessarily expresses its culture and is phrased in its language, Hebrew? The history of law in this country demonstrates that the answer most often given to this question is that Israeli law is Israeli because its substance in some way reflects Israeli identity and culture.

The book challenges this common answer and the call to base the Israeliness of Israeli law on "Jewish-Hebrew-Israeli content" and the attempts to "anchor" Israel's Jewish identity using legal texts such as the aforementioned proposed Basic Law. I argue that this is a vague and dangerous enterprise with no

practical possibility of being achieved and that its harm outweighs its benefits. It is a hopeless project for two reasons: First, there is no consensus—and it is doubtful that there ever will be—on Jewish culture and heritage; and, second, there is no consensus on the ways culture and heritage can be translated into the laws of a free and modern state.

History also shows that one hundred years of efforts to anchor Jewish identity in law with “Jewish content” have amounted to nothing. Intellectuals tend to think that a truer and more sincere effort would have resulted in the success of this enterprise. It appears that the members of Knesset proposing the Basic Law are of like mind. But the truth of the matter is that it is a failure foretold: Modern Jewish society—including the pre-State Yishuv and Israeli society—were divided as to the definition of “Jewishness,” “Jewish culture” and “Jewish-Hebrew law” and did not know how to translate these into the modern Israeli state’s law. In consequence, the Zionist movement and then the State of Israel have avoided entering into the cultural debate on the issue of the Jewish-Hebrew content of the law. As strange as it may sound to those few contemporary Knesset members and intellectuals, the leaders of the Zionist movement and the State of Israel never saw the need to codify their Jewish identity in laws and legal documents and did not even declare their own, or the State’s, Jewishness in law. Indeed, the Zionist premise was not that formal legal declarations would establish the Jewish national homeland, but rather Jewish immigration to Israel and the construction of a society and a sovereign state in which Jews were the majority. Furthermore, it was clear to them that preoccupation with the questions of identity and culture in law endangers *mamlakhtiyut* (the doctrine of democratic civic solidarity in a sovereign polity) in Israel because it threatens to hurl Israeli society into a raging culture war with the potential of degenerating into violence and civil war. This was the consistent position of the early Zionists (*Hovevei Zion*), and later of Theodor Herzl, Rabbi Isaac Jacob Reines, Ze’ev Jabotinsky, and David Ben-Gurion. In this sense, the attempt to formally anchor Jewish-Israeli identity in a Basic Law is a post-Zionist step.

The book confronts mainly the later attempts to anchor Jewish-Israeli identity in law. Until the 1980s, the few proponents of the idea of enshrining Jewish culture in law focused on fruitless ventures to endow Israeli law with a Jewish-Hebrew content (what came to be known as the “Hebrew Law project”:

the foundation of the law of the Jewish state on a modern—and mostly secular—reinterpretation of traditional Jewish law) or at least to endow it with a “Jewish character.” As mentioned, these efforts failed due to the lack of consensus in Israeli society with respect to the question of what constitutes the Jewish substance or character that could be imparted to Israeli law and how—if at all—culture can be translated into legal norms. Since the 1980s, the Knesset has chosen to pursue another path—formal (and vague) legal declarations that assert Israel to be a “Jewish and democratic state” whose judges must rule according to ethical and political principles taken from “Jewish heritage” and whose lawmakers and agencies are to be guided by “Hebrew law.” Apparently, the members of Knesset hoped that declarations of this kind would enable them to have it both ways, that is, to avoid the grim culture wars involved in the attempt to infuse Jewish-Hebrew-Zionist-Israeli content into Israeli law (no consensus on a precise title was ever achieved), and at the same time to somehow express the Jewish identity of the state in its laws.

The book demonstrates that these ventures are superfluous and even perilous. Clearly, identity and culture are not contingent upon formal legal declarations. The Jewish people in Israel are Jews and Zionists, and were proud of their identity even prior to 1992, the year in which Israeli law first declared Israel a Jewish and democratic state. It can be assumed that they would continue to adhere to their Jewish identity even were the law not to articulate the state’s Jewishness or obligate judges to refer to the principles of the Jewish heritage in certain cases. It is clear that nothing can detract from Israel’s Jewish identity and it is equally clear that no harm would come to Jewish culture were the Jewish state’s Basic Laws silent on the question of identity. Israel would still have more than six million Jews who would be living full, vibrant and diverse Jewish lives—with or without the law. It is also evident that enshrining identity in law does not reinforce Jewish identity and does not “intensify” it or protect it from the dangers of degeneration and extinction with which it is ostensibly threatened. Aside from the fact that Jewish culture in Israel is not in danger at all (the opposite is the case!), history shows that anchoring expressions of “Jewish heritage” or a “Jewish and democratic state” in Israeli law did not strengthen the state’s Jewish identity

in the least and did not further Israeli law's "Israeliness," and certainly did not help attempts to base Israeli law on vital Jewish content.

Moreover, such declarations actually endanger Israeli society in that they create an artificial tension between Judaism and democracy. Perhaps those who drafted the "Jewish and democratic state" formula sought only to express the idea of Israel as the nation-state of the Jewish people, but they were negligent in their terminology and coined an unfortunate phrase that seems to place Judaism and democracy in confrontation as two "values" in tension with each other. This luckless phrase—"Jewish and democratic state"—ignites societal tensions, rivalries and schisms because it creates the mistaken impression that Jewish society in Israel is composed of two camps (or sectors), each holding fast to its own banner: Jews versus democrats, religious versus secular, proponents of Jewish culture versus modern-day "Hellenists" who prefer universal values such as citizenship and democracy. This, of course, is a sad and hazardous fallacy. There are not two such camps in Israel—nor have there ever been. All Jewish Israelis—religious and secular—have a Jewish identity and see their Judaism as a national culture (whose symbols were once created within a religious framework). They may have different conceptions of Judaism, but the fact is that close to 100 percent of Jews in Israel define themselves as Jews. There are very few Israelis (the Canaanites and their successors, for example), who dream of establishing a "new" Israeli-Canaanite cultural base that would not be based on Jewish cultural symbols. However, aside from the fact that supposedly revolutionary steps to construct a new culture *ex nihilo* are not even possible (since there is no culture that is not based on existing language and culture), it is absolutely clear that this cultural option is rejected by the majority of Jewish Israelis—secular and religious alike.

Similarly, the overwhelming majority of Israelis—secular and religious, Jews and Arabs—also embrace a "democratic identity." This happy fact is not new, but rather is the fruit of the profound processes of modernization and political and cultural secularization that most of the Jewish communities in Europe and many of the Jews in the Muslim world underwent. The significance of these secularization processes was the separation these modern Jews—including the religious ones—made between their religious

beliefs and personal culture and their devotion (in the public-civic sphere) to democracy, the rule of law, human rights and the idea of universal citizenship. This is the case in Israel and around the world. It is an important fact that explains the rapid assimilation of Jewish, working- and middle-class immigrants into Western countries, and notably the United States. It also explains Israeli society's success in establishing a democratic country despite the difficult circumstances in which it was founded. Generations of Israelis—Jews and Arabs—were born and educated in the reality of a democratic country, so much so that it can be said that democracy is a central component of Israelis' identity.

The expression “Jewish and democratic state” not only contributes to the sectoralization of Israeli society and to the deepening of rifts and cultural tensions, among them religious and national, but it also distorts the perspective of Zionist history. It creates the impression that the tension between “Jewish” and “democratic” is a tension fundamental to the Zionist movement and Israeli society, which is not the case. The Zionist movement viewed Judaism as a bridging and shared national idea, not as an independent “value” opposed to democracy or the idea of the state. Actually, the word “Judaism” was practically absent from its lexicon until recent years. Jews never saw a contradiction between their Jewish religion or culture and being citizens of a democratic country. This destructive “tension” was contrived only during the 1990s.

Conclusions and Recommendations

The ongoing quest in recent years to convince us that it is appropriate to anchor Jewish identity and culture in Israeli law through formal declarations in Basic Laws demands consideration and comment.

1. First, the futility of such an enterprise and its dangers must be stressed, as well as the problems inherent in even such general expressions as “Jewish and democratic state.”
 - a. It must be explained that there is no practical chance that this expression will be transformed into the catalyst spurring the revival

of the Hebrew Law project or “strengthening Jewish identity” (itself a nebulous phrase).

- b. It should be made clear that the very existence of the cultural debate regarding the question of what is a Jewish state threatens the rule of law, democracy, civic virtues, and Israeli society in that it creates a distorted picture of cultural opposition and tension between the “Jewish” camp and the “democratic” camp and exacerbates sectorality and insularity.
 - c. Finally, it should be courageously admitted that despite legislators’ and intellectual humanists’ good intentions, the phrase “Jewish and democratic state” has to a large extent been appropriated by certain nationalist and religious groups. Not only do these groups draw a warped picture of an ostensible ethical tension between “Judaism” and “democracy,” but they also do so from a worldview that in practice gives priority to their narrow conception of Judaism (as a religion or a nationality) over democracy. The proposed Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People is the most recent expression of this dangerous and post-Zionist worldview which deviates from the democratic heritage shared by the Zionist movement and Israeli society.
2. Second, it should be made clear that efforts to consolidate Israeli law need not involve a culture war over the Jewish-Hebrew-Israeli substance of its legal system, because it is possible to adopt a “moderate” cultural policy that integrates symbols and values of Jewish heritage into the law, so long as they appeal to a broad common denominator and are not controversial. This, in practice, has been the policy of the Zionist movement and the State of Israel since the late nineteenth century. Despite the complaints of the proponents of spiritual-cultural Zionism and the advocates of “Hebrew Law,” the Jewish heritage is actually present in Israeli law on many levels: Israeli law officially preserves norms from the Jewish legal heritage (Hebrew Law); the State of Israel is the only country in the world in which the positive law at times manifests the perspective of Jewish law in legislation, rulings and legal

and according to which criteria and using which procedures; who will finance and organize the community's trash collection, health and education services, and fire department; and other similar questions.

6. And finally, it is fitting to once again warn of the need to free ourselves of the feelings of panic and anxiety that have accompanied the discourse on Israeli identity and culture during recent decades. The desire to base Israeli law on Jewish-Hebrew content or to strengthen the Jewish character of the law often stems from a baseless fear that the danger of degeneration and extinction hovers over Jewish culture. In contrast to these dire predictions, however, the reality is different: more than six million Jewish Israelis maintain a free, diverse and vital Jewish culture. They speak, read and write in Hebrew and conduct rich lives of Hebrew art, literature and culture. Actually, in the history of the Jewish people, there has never been a Jewish cultural blossoming of such impressive scope and diversity as there is today in the State of Israel. This is true of secular culture as well as of religious culture. And, despite the laments of intellectuals and rabbis, Jewish history has never seen such a flowering of religious and Torah culture, because never have so many Jews had access to the "Jewish bookshelf" and never before has Jewish culture had a distribution agent as effective as the modern State. Israeli Jews indeed take full advantage of the freedom to shape their culture granted them by the sovereign framework. They do so in diverse ways that are remarkably vibrant and creative: through secular and religious culture, high and popular culture, language, literature, art, theater, music and cinema; roughly a hundred Hebrew books are published in Israel every week: works of reference, prose and poetry, sacred and profane. This cultural creativity is manifest in the area of law: the 66 years of its independence have produced a legislative enterprise, legal rulings and literature impressive in their scope, depth and intellectual independence. In these circumstances, it would seem that fear for the fate of the Hebrew culture and law is unfounded. On the contrary, Jewish-Hebrew culture and law are thriving and developing in new and fascinating directions.

האם נכון לעגן את הזהות היהודית-ישראלית במשפט? זו השאלה שספר זה מתמודד אתה. זו אינה שאלה חדשה; הפולמוס בעניין מלווה את התנועה הציונית כמעט מאז הקמתה, והוא התעצם בשלהי המאה העשרים וראשית המאה העשרים ואחת בעקבות השימוש שעשתה הכנסת בכינוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" והחובה שהיא הטילה על השופטים לשפוט במקרים מסוימים לפי עקרונות מ"מורשת ישראל". הוויכוח הגיע בשנים האחרונות לשיאו עם הדיון הפוליטי והציבורי בהצעת "חוק הלאום", היא הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שהונחה לראשונה על שולחן הכנסת בשנת 2011.

האם אפשר לבסס את ישראליותו של המשפט הישראלי על "תוכן יהודי-עברי-ישראלי"? האם אפשר "לעגן" את זהותה היהודית של ישראל באמצעות טקסטים משפטיים כגון הצעת חוק היסוד האמורה?

הטענה המרכזית כאן היא שזהות ותרבות אינן מותנות בהכרזות משפטיות חגיגיות. תרבותה היהודית של ישראל לא תיפגע גם אם חוקי היסוד של מדינת היהודים ישתקו בשאלת הזהות. עדיין יהיו בישראל יותר משישה מיליון יהודים שיחיו חיים יהודיים מלאים, תוססים ומגוונים – עם חוק או בלעדיו. גם עיגון הזהות במשפט לא יחזק את הזהות היהודית ולא "יעמיק" אותה או יגן עליה מפני סכנות דלדול וכליה שלכאורה מאיימות עליה. אבל "הצהרות זהות" המנסות לעגן את הזהות והתרבות דווקא כן מסכנות את החברה משום שהן מלבנות מלחמת תרבות, אלימה לעתים, סביב הגדרת הזהות הישראלית. הן אף יוצרות מתח מלאכותי בין יהודים "אותנטיים" לבין "מתיוונים" מודרניים, המעדיפים לכאורה ערכים אוניברסליים דוגמת אזרחות ודמוקרטיה.

פרופ' ניר קידר, לשעבר חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה, הוא ראש בית הספר למשפטים במכללה האקדמית ספיר ומרצה למשפטים ולהיסטוריה של המשפט באוניברסיטת בר-אילן. תחומי המחקר העיקריים שלו הם היסטוריה של המשפט, משפט השוואתי, היסטוריה ישראלית ותורת המשפט והמדינה.

מחקר המדיניות רואה אור במסגרת תכנית המחקר "ישראל כמדינת לאום", בראשות פרופ' אניטה שפירא.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחיר מומלץ: 45 ש"ח
מאי 2015

מס'ת"ב: 4-155-519-965-978

www.idi.org.il



0 4500001137 3
דאנאקוד 450-1137

