

הקדמה: דרכים רבות לחשוב על-אודות מדינה "יהודית ודמוקרטי" / בל יוסף

קיומה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטי – גם יחד – הוא אחד ממאפייניה המובהקים של מדינת ישראל. הגם שיש רבות ורבים שחולקים על האופן בו יש להבין צימוד זה ואת היחס בין שני מרכיבים אלה,¹ נדמה כי אין ספק שאלו היסודות המרכזיים שעליהם שעונה הזהות הישראלית ועליהם שעון המשפט הישראלי.

כבר במגילת העצמאות,² כחלק מההכרזה על הקמת מדינת ישראל, נקבע מפורשות אופיה היהודי. בד בבד, ההכרזה אימצה מפורשות, באופן אופרטיבי, עקרונות המאפיינים מוסדות ממשל דמוקרטיים, בראש ובראשונה תוך מתן דגש ניכר על עקרונות השוויון; חירות; חופש דת ומצפון; והגנה על זכויות מיעוטים.³

על-בסיס עקרונות אלה פעלה שיטת המשפט בישראל בכלל, והמשפט הציבורי בפרט, כבר מעת הקמתה.⁴ עם כינון חוקי-היסוד של זכויות האדם בתחילת שנות התשעים, הצימוד "יהודית ודמוקרטי" הוטמע מפורשות לתוך חוקי-היסוד הן באמצעות סעיף עקרונות היסוד, אשר קובע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"⁵ והן באמצעות סעיף המטרה, בו מצוין כי ההגנה על זכויות אשר מוגנות בכל אחד מחוקי היסוד הינה במטרה "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטי".⁶ לעקרונות היסוד ולמטרה המונחים ביסוד חוקי-יסוד אלה ניתנה משמעות מעשית כאשר הביטוי "הולם את ערכיה של מדינת ישראל", תנאי המצוי בפסקת ההגבלה ומהווה את אחת מדרישות ההצדקה לשם פגיעה בזכות חוקתית, פורש ככולל את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטי.⁷

¹ כבר בשנים שלאחר כינון חוקי-היסוד נשל זכויות האדם קמו תהיות עקרוניות בשאלה זו. ראו למשל: חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטי – עיונים בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" בתוך הפרקליט – ספר היוכל 9 (ארנן גבריאל ומיגל דויטש עורכים, 1993); מנחם אלון "דרך חוק בחוקה – ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטי לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659 (1993); אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטי" עיוני משפט יט 547 (1995); אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטי: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרגע את המעגל?" עיוני משפט יט 479 (1995); אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטי – סקיצה פילוסופית" עיוני משפט י"ט 729 (1995); ובקובץ המאמרים: רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, 1998).

וראו גם מהעשור האחרון: אמנון רובינשטיין "המקרה המוזר של הדמוקרטיה היהודית" תכלת 41, 78 (2010); שחר ליפשיץ "רב תרבותיות ליברלית-פוליטית כתרופה ליחסי דת ומדינה בישראל" משפטים מ 887 (2011); רות גבזון ופניה עוז-זלצברגר "ישראל כמדינה לאומית וליברלית" משפט ועסקים יד 293 (התשע"ב); אבי שגיא "מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטי – עיון ביקורת" תרבות דמוקרטית 19 (התשע"ט). אלו כמובן דוגמאות בלבד שכן מדובר בשיח עשיר ומקיף, הן במישור הרחבי והן באשר לשאלות פרטניות הנובעות ממנו (כדוגמת חינוך, קהילה ומרחב כדוגמאות בולטות), בהן קיים קורפוס כתיבה משמעותי גם כן.

² ע"ר 1, ה' באייר תש"ח עמ' 1.
³ "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות". שם.

⁴ ראו פנינה להב "העוז והמשרה: בית-המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יח 479 (1989). ראו גם רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948–1977 פרק 2 (2014).

⁵ ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
⁶ ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

⁷ וראו אך לאחרונה בבג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת, פסי' 10 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 23.4.2020).

בשנת 2018 נחקק חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, אשר מעגן מפורשות את אופיה היהודי של מדינת ישראל על כל רבדיו המרכזיים – הגדרה עצמית, עלייה ושיבה, סמלי המדינה, ירושלים כבירתה, עברית כשפתה ועוד.

גם ברובד החקיקתי ניתן לכך ביטוי מפורש, כאשר בשנת 1980 נחקק חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, בו נקבע במקור כי מקור שיורי להשלמת המשפט הישראלי מצוי ב"עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל".⁸ בשנת 2018 נוסף להגדרה זו גם המשפט העברי כמקור שיורי.⁹ אך גם מעבר לתחולתו המפורשת של חוק זה, מלוא הארץ משפט יהודי ודמוקרטי. בחירות שוות,¹⁰ עצמאות השפיטה,¹¹ עצם ההכרה היסודית בזכויות האדם, ובפרט חוקי השוויון למיניהם,¹² חזקת החפות,¹³ דרישות למבחני תמיכה שוויוניים מהמדינה,¹⁴ חקיקה מוסדית המיועדת להילחם בשחיתות,¹⁵ מערך ביקורת מדינה ענף ופעיל¹⁶ – כל אלו ורבים אחרים משקפים היצמדות של המדינה לאופיה הדמוקרטי. כמובן, גם הרכיב היהודי מוצא ביטוי חזק בחוקי המדינה. כך למשל ניתן להדגיש היבטים יסודיים בליבה של המדינה כדוגמת חוק השבות ומדיניות ההגירה כולה,¹⁷ שיפוט דתי בענייני נישואין וגירושין,¹⁸ מדיניות הקרקעות,¹⁹ חינוך²⁰ וסמלי המדינה.²¹

ואכן, יש מפה ומפה. אך מה הדין, או מה ראוי שיהיה הדין, כשהתיבה "יהודית" והתיבה "דמוקרטי" אינן חופפות, או אף עולות לכדי התנגשות של ממש? כך למשל חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי מעגן את אופיה היהודי של המדינה, אך נטען כלפיו כי הוא חוטא באופן יסודי לרכיביה הדמוקרטיים של המדינה, עת הוא מדייר מתוכו הכרה בזכויות ובסמלים של מיעוטים משמעותיים החיים במדינת ישראל.²²

על-אף הליבתיות של נושא זה, הפסיקה אינה מרבה לעסוק בו. פעם אחר פעם נדמה כי בית המשפט העליון בפסיקותיו נשען על הבנה יסודית כי צימוד זה מצוי בה בעת בקונצנזוס ציבורי ובמחלוקת ציבורית, וכי המקום המתאים להכריע באשר להיקף התפרשותם של כל אחד מהערכים הוא הזירה הציבורית. על כן בהיבט המשפט הציבורי אין זה מפתיע כי מחקר אמפירי רחב-היקף שנערך באשר למבחני פסקת ההגבלה מצא כי דרישה זו ("הולם את ערכיה של מדינת ישראל") לא

⁸ ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980.

⁹ חוק יסודות המשפט (תיקון), התשע"ח-2018.

¹⁰ סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

¹¹ סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה.

¹² כדוגמת חוק שיורי זכויות האשה, התשי"א-1951; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

¹³ ס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹⁴ סעיף 3 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

¹⁵ ראו למשל ס' 290, 291 לחוק העונשין (עבירת השוחד לעובד ציבור); חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997.

¹⁶ למסגרת עקרונית ראו חוק-יסוד מבקר המדינה. עם זאת לפירוט ההסדרים השונים והיקפם ראו את חוק מבקר המדינה, התשנ"ח-1959. לאופן הפעולה בפרקטיקה של מוסד זה ראו את הסימפוזיון בבלוג ICON-S-IL בנושא מבקר המדינה.

¹⁷ חוק השבות, התשי"ו-1950. אך ראו גם את חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 הנבנה על עקרון השבות.

¹⁸ חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.

¹⁹ ראו בפרט בחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.

²⁰ ראו חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953 וחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008. גם בשלבים גבוהים יותר של הלימודים המדינה מעניקה הטבות כלכליות ייחודיות למי שמקצועם לימודי יהדות. ראו למשל החוק לסיוע לעידוד לומדי תורה וסטודנטים נזקקים התשע"ז-2016.

²¹ חוק הדגל והסמל, התשי"ט-1949.

²² בשנתיים האחרונות מונחת קבוצת עתירות בשאלה זו בפני בית המשפט העליון. ראו את העתירות הרבות שאוחדו בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (תלוי ועומד).

פותחה משמעותית בפסיקה, ולרוב עת מגיעים לשלב זה בבחינת פסקת ההגבלה בית המשפט נוטה להתעלם ממנו, לחלוף על פניו או למזג אותו עם דרישת התכלית הראויה.²³

אך פסיקת בית המשפט העליון, במיעוט המקרים בהם התייחסה לסוגיה, ביקשה (ועודה מבקשת) גם לרכז את החיכוך המצוי בצימוד. כך, למשל, בעניין **דיזיין 22**, שם נתקפה חוקתיות ההסדר הקובע את יום השבת כיום מנוחה, קבע הנשיא ברק כך, עת ביקש לבחון את עמידת החוק בתנאי "הולם את ערכיה של מדינת ישראל":

הפרשן החוקתי צריך לעשות מאמץ פרשני להביא להשלמה ולהרמוניה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. אכן, יש לראות בדיבור 'ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית' עילה אחת המורכבת משני מרכיבים (יהודית ודמוקרטית). בין שני אלה ראוי שישררו סינתזה והתאמה: 'על השופטים, כפרשנים נאמנים של הטקסט החוקתי, לעשות הכול כדי לקיים סינתזה זו' [...] על הפרשן לאתר את המשותף והמאחד.²⁴

הנשיא ברק קבע שם כי ההסדר אמנם פוגע בחופש העיסוק, אך תכלית ההסדר היא חברתית-סוציאלית לצד תכלית דתית-לאומית. ככזו, היא עולה בקנה אחד הן עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית והן עם ערכיה כמדינה דמוקרטית.²⁵

גם בפרשיות מרכזיות שהוכרעו בשנים האחרונות שהעמידו בליבן את המתח בין רכיבי היהודיים לרכיבי הדמוקרטיים של המדינה – כגון פתיחת עסקים בשבת בעיר תל-אביב והיתר לכשרות חלופית שאינה מטעם הרבנות – ניסתה דעת הרוב להלך בין הטיפות ולהורות על הסדרים המקפים הן את השמירה על ערכיה היהודיים של המדינה (כדוגמת שמירת השבת וכשרות) והן את האוטונומיה של הפרטים שאינם מבקשים להחיל על עצמם הסדרים אלה.²⁶ אלו מצטרפים לניסיונות קודמים ליישב מתח זה.²⁷ מקרים אלו כמובן זכו לביקורת רבה משני צדי המתרס, אך ביסודם הרצון להמשיך ולקיים את מוסדותיה של הדת היהודית, לצד שימור ערכי יסוד דמוקרטיים כשוויון, אוטונומיה וחירות. ניסיון זה בא לידי ביטוי לעיתים גם כאשר המתח קיים בין יהודים לבין ערבים. במקרים אלו בית המשפט עשה מאמצים לצמצם במידת מה את תחולת כל אחד מהרכיבים, גם כאן – במטרה לאפשר את הקיום של שניהם.²⁸

* * *

Talya Steiner, *Proportionality Analysis by the Israeli Supreme Court, in Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice* 285, 296 (Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner and Andrej Lang eds., 2020)

²⁴ בג"ץ 5026/04 **דיזיין 22** נ' רוזנצווייג, פ"ד ס(1) 38, 54 (2005).

²⁵ שם, בעמ' 55. וראו כיצד בהמשך הוא נשען על קביעה זו על-מנת לדחות את טיעון הכפייה הדתית. שם, בעמ' 60. ראו בהמשך תמיכה בדברים גם בפסק דינה של השופטת פרוקציה. שם, בעמ' 66.

²⁶ בג"ץ 6494/14 **גיני נ' הרבנות הראשית** (פורסם בנבו, 6.6.2016); דנג"ץ 5026/16 **גיני נ' הרבנות הראשית לישראל** (פורסם בנבו, 12.9.2017); בג"ץ 6322/14 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 19.4.2017); דנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 26.10.2017).

²⁷ ראו למשל בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1 (1997); בג"ץ 953/01 **סולודקין נ' עיריית בית-שמש**, פ"ד נח(5) 595 (2004).

²⁸ המקרה הבולט הוא בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000). ראו בהקשר זה גם את דעת המיעוט של השופט לוי בבג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2012). השופט לוי גזר את חובת השוויון מערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל גם יחד.

דברים אלו משקפים את קו המחשבה היסודי מאחורי חוברת מאמרים זו, המתפרסמת מטעם כתב העת הדיגיטלי HRN, במשותף עם המרכז למשפט יהודי ודמוקרטי באוניברסיטת בר-אילן. הבנה והכלה של הצימוד "יהודית ודמוקרטי" לצד המתח שהוא מעורר. המרכז למשפט יהודי ודמוקרטי – כשדה מחקרי – מבקש לתת בית לעמדות שונות בשאלה זו. המרכז אינו מחויב לעמדה אחת פרטנית, אלא לזהות הישראלית עצמה, זהות המורכבת מעולמות אידאולוגיים, תרבותיים וערכיים שונים, היוצרים מכלול שלם ומורכב. הוא מבקש לתת במה לשיח ביקורתי ואותנטי, אשר מסוגל ורוצה להכיל כל דעה מכל פרט וזרם בחברה הישראלית, כל עוד היא מכילה ומכבדת גם את הדעה האחרת.

גישה פלורליסטית ודליברטיבית זו, המבקשת להניע תהליך מחשבתי של בירור הזהות הישראלית, גם מכירה במורכבות של השיח, של הדעות ושל המטען שכל אחת ואחד נושאים עמם. על-כן היא מבינה כי השיח – הציבורי, הפוליטי, השיפוטי והאקדמי – על-אודות "מדינה יהודית ודמוקרטי" לא צריך להתקיים רק בהקשרים הרחבים והעקרוניים אלא גם כדיון "בחריצים"²⁹, בנקודות הצרות יותר. נקודות אלה לעיתים מאפשרות לנו להתנתק מאידאולוגיה רחבה ועקרונית ולבחון את העמדה שלנו ביחס לשאלות ממוקדות. וכאמור, זה קו המחשבה מאחורי חוברת זו.

החוברת מורכבת, מלבד הקדמה זו, מחמישה מאמרים שונים. כל אחד מהמאמרים נכתב מתוך הקשר אחר ולרוב גם מתוך נקודת מבט אידאולוגית וערכית שונה. ועל-אף השוני הניכר בין החמישה, הם מאפשרים – במכלול – להאיר באור נוסף את המורכבות של הצימוד "יהודית ודמוקרטי". את המקומות בהם הוא יכול להיות שלם ומיושב, ואת המקומות בהם המתח ניכר ומורגש. מכלול זה גם מאפשר להראות כמה חשוב הדיון "בחריצים" וכמה הוא עשוי להיות משמעותי להבנת המסגרת הרחבה. לבסוף, מכלול זה גם מאפשר להיפרד מתבניות קודמות ומקובעות כי "יהודית ודמוקרטי" מאפיין רק שאלות יסודיות כמו הפרדה בין דת ומדינה או גיוס בחורי ישיבות, ולהבין כי בנקודות ובאזורים רבים מחיינו במדינת ישראל, אנו נושאים עמנו את הצימוד "יהודית ודמוקרטי".

החוברת נפתחת במאמרם של פרופ' שחר ליפשיץ וד"ר אורי אהרונוסון, "יהודית ודמוקרטי" כמתודולוגיה"³⁰, אשר מציעים דרך חדשה לחשוב על הצימוד יהודית ודמוקרטי, כמתודולוגיה לזהות הישראלית, שבה בירור כל מחלוקת יתחשב בשני מאפייני היסודיים של המדינה. כך, בירור מחלוקות אזרחיות (כדוגמת הסדרי רווחה מדינתיים או הסדרים מוניטריים) יתחשב בתכנים השונים אותם גיבשה לעצמה המדינה היהודית; והכרעה בשאלות בעלות מאפיינים דתיים ולאומיים דומיננטיים (סמלי המדינה, מדיניות ההגירה שלה, מערכות הנישואין והגירושין ועוד) צריכות להתקבל תוך הבנה כי מדינת ישראל אינה מורכבת רק מיהודים, וכי גם ללא-יהודים שחיים בישראל יש חלק בהכרעה במחלוקות אלה.

מתודולוגיה זו נבדלת במידה רבה מהגישות המרכזיות הקיימות כיום להבין את, ולחשוב על, הצימוד מדינה יהודית ודמוקרטי: "יהודית תחילה", גישה הממקמת את ערכיה היהודיים של המדינה בראש ומעניקה להם עדיפות אינהרנטית; "דמוקרטי תחילה", גישה אשר מבקשת

²⁹ לצורת חשיבה זו ראו: Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian* Congress, 50 DUKE L.J. 1277, 1281–1282 (2001).

³⁰ שחר ליפשיץ ואורי אהרונוסון "יהודית ודמוקרטי" כמתודולוגיה "תרבות דמוקרטי" (טרם פורסם)

להימנע ממיסוד מדינתי של המרכיבים היהודיים של המדינה וכינון זהות מדינתית אזרחית, וכן לאפשר לכל פרט בחברה מימוש של זהותו במרחב הפרטי; ו"מודל ההפרדה" אשר כופר בעצם האפשרות לקיים משטר חוקתי דואלי ותומך ביצירת הסדרים נקודתיים לכל סוגיה המתאפיינים בהפרדה בין קבוצות שונות.³¹ מתודולוגיה זו, בשונה מהאחרות, אינה מונעת מהתפיסה הכמעט-מושרשת כי לאופי היהודי ולאופי הדמוקרטי יש מערכות ערכים מתחרות אשר באופן שיטתי מדרגות האחת את רעותה. חלף זאת, המתודולוגיה מאמצת אופי שיחני ודליברטיבי, בכך שהיא נותנת דגש על תהליך ההכרעה, שבו משתתפות כל הקבוצות, משמיעות את קולן, ונושאות עימן את עולם הערכים של כל קבוצה ושל חבריה. על-מנת להכריע בשאלות יסודיות בחברה הישראלית, בין אם הן בעלות אופי דתי ולאומי ובין אם לאו, מתודולוגיה זו מציבה דרישה יסודית של הכרה והתחשבות בזהויות שונות, כתנאי ללגיטימיות ההכרעה. הם מסבירים כי אלו בדיוק הערכים אשר עומדים ביסודו של מרחב יהודי ודמוקרטי: חיבור בין שונים, הכרה בתפיסות עולם שונות, באי-ההסכמה ובוויכוח, מבוסס-ידע ורציונליות, ובסופו של יום תוך חתירה לפתרונות שהם, במלותיהם המדויקות של ליפשיץ ואהרונסון, "רגישים לשונות, לאי-ודאות ולדינמיות של החיים החברתיים".

המאמר השני בחוברת הוא מאמר המרתק של פרופ' אמנון רובינשטיין וגל קלנר, "לאום לוט בערפל",³² העוסק ברישום הלאום בישראל. כבר בתחילת מאמרם, עת השניים מתארים את ההתפתחות ההיסטורית של רישום הלאום בישראל, ניתן לזהות מתח ואי-בהירות בין שאלות שעומדות ביסוד ערכי הדמוקרטיה לבין היבטים דתיים ויהודיים בפרט. החוק, שלכאורה ביסודו קיימת תכלית סטטיסטית, הוא בעל תכליות נוספות, בין אם ביטחוניות (בעבר) ובין אם דתיות (בעבר אך גם כיום). תוך פריטת התהליך שעברה הסוגיה בחקיקה ובפסיקה הם מתארים כיצד רישום הלאום הוביל לוויכוח היסודי "מיהו יהודי", וכיצד לא פעם התגלה מתח ניכר בין התכלית הדתית שמונחת ביסוד רישום הלאום לבין ערכים דמוקרטיים וזכויות יסוד.³³

ואכן, בהינתן כי המדינה כופה את רישום הלאום ובד בבד מונעת מפרטים בחברה את הבחירה החופשית לשנותו (אלא בהינתן תעודה ציבורית, הליך הכרוך במשאבי ידע, זמן וכסף), זכויות יסוד נפגעות. רובינשטיין וקלנר מצביעים בפרט על פגיעה בזכויות כגון רווחה ושלמות נפשיים, חופש המצפון, האוטונומיה, הזכות של אדם להגדיר את זהותו ו"לעצב את סיפור חייו" וכחוסה מעל כל אלה – כבודם כבני אדם.³⁴ מתח זה מתחזק בהינתן מבט השוואתי המעיד כי במרבית מדינות העולם הדמוקרטיות קיימת מגמה לבטל רישום זה או לחלופין לקיימו אך לתת לפרט את הבחירה אודות תוכנו.³⁵ הם עומדים מפורשות על כך שישראל "אינה מותאמת למגמה העולמית של ריכוך חובת רישום הלאום או של מתן בחירה חופשית בעת הרישום" וכי "נדמה כי אי התאמה זו עלולה להציג את ישראל באור שלילי בעיני יתר מדינות העולם הדמוקרטי, במיוחד בהקשר של הזכות להגדרה עצמית".³⁶

המצב עליו מצביעים המחברים הוא דוגמה נוספת למתח בין אופיה היהודי של המדינה לאופיה הדמוקרטי. אולם, בהקשר זה, כמו בהקשרים האחרים שמתארים במאמרים האסופים

³¹ לתיאור המודלים ראו שם, בעמ' 1-3.

³² אמנון רובינשטיין וגל קלנר "לאום לוט בערפל" משפט ועסקים כה (2019).

³³ שם, פרק א'.

³⁴ שם, בעמ' 25-27.

³⁵ שם, בעמ' 30.

³⁶ שם, בעמ' 36.

בחברת זו, מתח זה אינו מחויב המציאות. ואכן, מאמרם של רובינשטיין וקלנר מסתיים בהמלצה משמעותית ומבוססת לבטל את רישום הלאום, או למצער להסדיר אותו בחקיקה, באופן שוויוני וגלוי, אשר יותיר לפריטים בחברה את הזכות לשנותו.³⁷ בהיעדר הרישום אין כל פגיעה באופיה היהודי של המדינה. השניים אינם דנים בפגיעה באופי היהודי של המדינה או שינויו, אלא אך בהפרדות משאלת רישום הלאום, אשר לכל אורך מאמרם הם מצביעים על הקשיים הרבים הכרוכים בה ובאופן יישומה. בד בבד, ביטול הרישום מאפשר לחזק את יסודותיה הדמוקרטיים של המדינה, עת הוא מגביר את משקלן של זכויות יסוד ככבוד, אוטונומיה והזכות להגדרה אישית. בדרכם המרתקת והמעשירה, המחברים מאפשרים לראות המשגה נוספת של החיים במדינה יהודית ודמוקרטית, כיצד לעתים תכליות דתיות (יהודיות) באות על-חשבון ערכים דמוקרטיים, וכיצד מצב זה אינו מחויב המציאות – לא מהבחינה הערכית ולא מהבחינה הפרקטית.

המאמר השלישי בחוברת זו, מאמרו של ד"ר איתמר מן "אנו פליטים", או: מהו מרחב פוליטי יהודי?³⁸ מציע את החיבור בין ערכיה היהודיים של ישראל לערכיה הדמוקרטיים מנקודת מבט נוספת. באמצעות העמקה בכתבי חנה ארנדט, ובחיבורה "אנו פליטים"³⁹ בפרט, מן משרטט את מושג הפליטות היהודית, ואת ההשפעה שראוי שתהיה לו עם האופן שבו ישראל מתמודדת עם פליטים היום.

מן מתחקה גם אחר חיבורה המקיף של ארנדט, יסודות הטוטליטריות,⁴⁰ שם ארנדט מבקרת את מושג זכויות האדם, אשר לטענתה מבוסס על הנחות שאינן בעלות אחיזה. המציאות העידה לשיטתה כי זכויות האדם – עת עומדות למול גלי פליטים (בשנים שאחרי מלחמות העולם) – נסוגות בפני הלאום. ביקורת זו, לשיטתו של מן, קיימת במידה ניכרת גם כיום, אף לאחר התפתחות תפיסת זכויות האדם, המשפט הבינלאומי הפומבי ואמנת הפליטים⁴¹ שכן ההגנה המשפטית שמוקנית לפליט עודנה מושתתת על הלאום יותר מאשר על הזכות.⁴² הוא סובר כי דיני הפליטות מוטלים, גם היום, לטובת מדינות, לא פריטים. הסדר הפוליטי שבא לידי ביטוי בשילוש "מדינה-לאום-טריטוריה" הוא שבסופו של יום מכתוב את מידת ההגנה לפליטים.⁴³

קריאה מעמיקה זו של מן בכתביה של ארנדט מובילה אותו לסברה כי ניתן לפתח הבנה של מושג הפליטות "שאיננה נותרת עיוורת לזהויות פרטיקולריות של נשים וגברים בשר ודם"; שאינה מחמיצה את ההבניה ההיסטורית-ביוגרפית של מושג הפליטות.⁴⁴ ואכן, בשלהי חיבורו הוא טוען כי היחס של ישראל לפליטים צריך להיות נעוץ בחוזה בעבר ההיסטורי של הפליטות היהודית, ובהבנה היהודית של מושג הפליטות מהחוויה הלאומית המשותפת.⁴⁵ קריאה זו מתכתבת היטב עם פסקי הדין בעניין חוקתיות החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, אשר בהם אוזכרו לא פעם האופי היהודי של המדינה והיסטוריית הפליטות היהודית כגורמים משפיעים על

³⁷ שם, בעמ' 41 – 43.

³⁸ איתמר מן "אנו פליטים", או: מהו מרחב פוליטי יהודי? "תאוריה וביקורת" 37, 11 (2010).

³⁹ Hanna Arent, "We Refugees", in THE JEWS AS PARIAH: JEWISH IDENTITY AND POLITICS IN THE MODERN AGE (Jerome Kohn & Ron H. Feldman eds., 2010) (פורסם במקור בשנת 1943).

⁴⁰ חנה ארנדט יסודות הטוטליטריות עדית זרטל תרגמה וערכה, (2010) (פורסם במקור בשנת 1948).

⁴¹ האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, כ"א 65.

⁴² מן "אנו פליטים", לעיל ה"ש 38, בעמ' 23–24.

⁴³ שם, בעמ' 26.

⁴⁴ שם, בעמ' 31.

⁴⁵ שם, בעמ' 32–33.

האופן שבו יש להתייחס לפליטים.⁴⁶ היא משקפת באופן נוסף את יחסי הגומלין שבצימוד "יהודי ודמוקרטי" כאשר "היהודי" אינו נסוג בפני "הדמוקרטי", אלא משפיע עליו ומזין אותו.

נקודת מתח בולטת היא נושא ההפרדה המגדרית, אשר מהווה את אחת מנקודות המחלוקת הבולטות בציבוריות הישראלית. מהצד האחד מצויה תפיסה דתית-הלכתית באשר להפרדה בין נשים לגברים ומהצד האחר עומד עקרון השוויון, יסוד ומסד במדינה דמוקרטית, אשר דורש למנוע השלכות מפלות של הפרדה זו. מתח זה בא לידי ביטוי בשורה של אירועים בשנים האחרונות,⁴⁷ ובהקשר הנוכחי, בהפרדה מגדרית בלימודים אקדמיים. סוגיה זו המביאה לידי ביטוי את המתח ביתר שאת, מעוררת מחלוקת משמעותית לנוכח תמיכה של המועצה להשכלה גבוהה (להלן: המל"ג) בהפרדה זו, ואף בימים אלה מונחות עתירות בשאלה זו לפתחו של בג"ץ.⁴⁸ מאמרה של ד"ר נטע ברק-קורן, "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים"⁴⁹ מאפשר לראות, מזווית ראייה נוספת, כי בחינה ערנית של הסוגיה מעידה שהמתח אינו חד-וחרף כפי שניתן לחשוב בתחילה.

נקודת המוצא של ברק-קורן היא ממצאיו של סקר שהזמינה המל"ג, לצורך גיבוש תכנית רב-שנתית להשתלבות האוכלוסייה החרדית באקדמיה ובשוק התעסוקה. ממצאים אלה, כפי שברק-קורן מפרטת, מציירים תמונה שתומכת באופן ניכר בהפרדה מגדרית באקדמיה, שכן עולה מהם כי רק לחלק קטן מאוד מהחברה החרדית יש עניין בלימודים שאינם כרוכים בהפרדה מגדרית.⁵⁰ עם זאת, ברק-קורן טוענת במאמרה כי הסקר והאופן שבו נערך לוקים בפגמים מתודולוגיים חמורים. בין אלה היא טוענת כנגד מבנה השאלות בסקר וניסוחן, שימוש במונחים שאינם ברורים ופתוחים לפרשנות משתנה, ניתוח הממצאים ואופן הדיווח עליהם, איסוף הנתונים בסקר; וכן אופן פרשנות התשובות שניתנו במסגרתו.⁵¹

במאמרה היא מציעה סקר חלופי, אשר מבוסס על חלוקה שונה של מישורי ההפרדה המגדרית, אשר נפרדים זה מזה הן ברמה האנליטית והן ברמה המעשית: מישור המרצות/ים; מישור הסטודנטיות/ים ומישור הקמפוס. היא מוצאת כי בקרב המשתתפים בסקר (אשר השתייכו כאמור לאוכלוסייה החרדית) שהביעו עניין בלימודים אקדמיים, 16% הגדירו את מגדר המרצה כשיקול חשוב מבחינתם, 43.9% הגדירו את מגדר הסטודנטים לכיתה כשיקול חשוב, ו-23.4% הגדירו את ההפרדה המגדרית בקמפוס בכללותו כחשובה. שיקולים אלה גם לא היו ראשוניים בחשיבותם עבור הנסקרים, ועמדו לאחר היכולת לשלב משפחה ולימודים ויכולת כלכלית.⁵²

⁴⁶ ראו למשל: בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 16.9.2013); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 3 לפסק דינה של השופטת (בדימוש) ארבל (פורסם בנבו, 22.9.2014).

⁴⁷ למקרים בולטים ראו: בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 15.1.2011); ת"צ (מח' י-ם) 23955-08/12 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה (פורסם בנבו, 9.9.2014); עת"מ (מח' נצרת) 17029-08-19 שדולת הנשים בישראל נ' עיריית עפולה (פורסם בנבו, 11.8.2019).

לדיווחים נוספים ראו למשל: אמיר אלון "תיעוד: הפרדה בין גברים לנשים בחסות המדינה" Ynet (8.6.2019); עקיבא ווייס "נתניהו אישר הפרדת גברים ונשים בציבור בהסכמים הקואליציוניים" כאן (3.6.2019); יאיר אלטמן "היועמ"ש קבע: ניתן לקיים אירועים בהפרדה בין גברים לנשים – בתנאים מסוימים" ישראל היום (22.8.2019); אור קשתי "ההפרדה בין גברים לנשים עומדת במבחן חדר הכושר" הארץ (7.2.2020).

⁴⁸ בג"ץ 6500/17 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (תלוי ועומד); בג"ץ 8683/17 פורום קהלת נ' המועצה השכלה גבוהה (תלוי ועומד).

⁴⁹ נטע ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" משפטים מט 675 (התשע"ט).

⁵⁰ שם, בעמ' 677. לנתונים המלאים ראו: אסף מלחי בין השתלבות להיבדלות: עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים (2017).

⁵¹ ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית", לעיל ה"ש 49, בעמ' 684–694.

⁵² שם, בעמ' 700–701.

ממצאים אלה שונים מאוד מהערכת סקר המל"ג לפיה 79% מהחרדים לא יסכימו ללמוד במוסד שאינו תומך בהפרדה מגדרית בכל שלושת המישורים.⁵³

למאמרה של ברק-קורן ערך רב בהיבטים רבים בכל הנוגע למתודולוגיה ולאמפיריקה, וכן לעצם הדיון בהפרדה מגדרית, אשר כאמור מקבל נופך פרקטי מאוד בימים אלה. ממצאיה גם מאפשרים לראות – וכאן נעוצה תרומתה המרכזית לחוברת זו – כי את המתח בין "יהודית" ל"דמוקרטית", לעניינו בתצורתו הנוכחית של הפרדה מגדרית, אין לקבל כמובן מאליו. ברק-קורן הצליחה לאתגר את עצם התפיסה של המתח, ולהראות כי בחינה מזווית ראייה שונה מעידה על ממצאים שונים, שאינם חושפים מתח חריף אלא דווקא נכונות. ממצאים אלה מתקבצים לנתונים נוספים המעידים על תהליכי פתיחות וגיוון בחברה החרדית.⁵⁴ ממצאים אלה גם מראים – שוב – כי המחשבה האינטואיטיבית על ההתנגשות המתמדת שבין רכיביה היהודיים של מדינת ישראל לבין רכיביה הדמוקרטיים אינה הכרחית, והסתכלות פרקטית מראה כי התנגשות זו לא תמיד קיימת.

החוברת נחתמת במאמרו של פרופ' שחר ליפשיץ, "המוהיקני האחרון – על הומניזם, אחריות יהודית גלובאלית, וממלכתיות במשנתו של השופט רובינשטיין", המתאר את פועלו של המשנה לנשיאה (בדימוס) אליקים רובינשטיין.⁵⁵ פרופ' ליפשיץ מעמיד במרכז מאמרו שני פסקי דין מרכזיים שלהם היה שותף השופט רובינשטיין בשנתו האחרונה בשפיטה: עניין גז, אשר עסק בתקפות ומעמדן של סנקציות חברתיות שהוטלו על-ידי בתי הדין הרבניים כלפי סרבני גט;⁵⁶ ועניין רגצ'ובה,⁵⁷ אשר עסק בתוקפו של גיור שנערך בבית דין אורתודוכסי פרטי בישראל, לעניין חוק השבות. בבחינת עומק של אלו, לצד פסקי דין נוספים שלהם היה שותף, ליפשיץ מגלה מספר תמות המנחות את פסיקתו של השופט רובינשטיין. האחת היא הומניזם, המתבטא ברגישות ניכרת וגלויה לסבלו של הפרט שבמרכז הדיון. ההומניזם מתבטא בגילוי גמישות משפטית והלכתית גם יחד על-מנת לתת מענה לסבל זה. השנייה היא התפיסה של מערכת המשפט הישראלית, על רכיביה הדתיים, כבעלת אחריות יהודית גלובלית, הן לפיתוח היהדות באופן רוחבי והן כגילוי אחריות ליהודי העולם שאינם מצויים תחת חסותה של המערכת השיפוטית הישראלית. השלישית היא ממלכתיות. פעם אחר פעם השופט רובינשטיין מגלה העדפה לפתרונות רוחביים, מקובלים, שמנוסחים על-ידי המדינה, המקבלים על עצמם את התפיסה האורתודוכסית, אך מגלים נכונות "להושיט יד" גם לזרמים שאינם אורתודוכסיים. ליפשיץ מסביר כי בעוד שלתמה הראשונה שותפות ושותפים רבים משופטות ושופטי בית המשפט העליון, לתמה השנייה שותפים אך מעטים מהם, ואילו בתמה השלישית השופט רובינשטיין הוא ככל הנראה "המוהיקני האחרון".

בעוד שהמינוח וההמשגה הדמוקרטיים אינם בעלי מקום ניכר בחיבור זה – מהבחינה הפורמלית למצער – עקרונות היסוד של הדמוקרטיה שזורים לכל אורכו. עת פרופ' ליפשיץ מתאר את מחויבותו של השופט רובינשטיין להגנה על החלשים בחברה;⁵⁸ עת הוא נותן דגש על כבוד האדם;⁵⁹ עת הוא מדגיש את המחויבות העקרונית ליהודים באשר הם בעצם יצירת פתרונות לבעיות רוחביות הפוגעות

⁵³ להשלמת התמונה יש לציין כי לאחר פרסום ממצאי הסקר נערך סקר נוסף מטעם פורום קהלת, אשר תמך בממצאי הסקר הראשון. ראו: "סקר חדש: רוב החרדים לא מוכנים ללמוד במסגרת מעורבת באקדמיה" קהלת (10.1.2019).

⁵⁴ ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית", לעיל ה"ש 49, בעמ' 712.

⁵⁵ שחר ליפשיץ "המוהיקני האחרון – על הומניזם, אחריות יהודית גלובלית, וממלכתיות במשנתו של השופט רובינשטיין" בתוך ספר אליקים רובינשטיין 135 (עמיד להתפרסם ב-2020)

⁵⁶ בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 28.2.2017).

⁵⁷ בג"ץ 7625/06 רגצ'ובה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 31.3.2016).

⁵⁸ ליפשיץ "המוהיקני האחרון", לעיל ה"ש 55, בעמ' 141.

⁵⁹ שם, בעמ' 142.

בזכויות הפרט;⁶⁰ ועת הוא מוצא תועלת מיוחדת בהסדרה מדינתית של מוסד אשר מצוי במחלוקת, והפעלתו באופן שוויוני.⁶¹ גישה זו של השופט רובינשטיין מתחדדת עת ליפשיץ מעמת אותה (בהקשר הגיור והגירושים) לעמדת השופט הנדל החוגג דווקא את המימד הקהילתי המבוזר שביהדות. היא מתחדדת עוד יותר כאשר מונגדת לעמדת ארנדט: בעוד שארנדט ביקשה למצוא נקודת איזון בין "יהודית" ל"דמוקרטי", גישה רובינשטיין מתחמקת מהכרעה באמצעות מחיקת הבעיה.

דברים אלו ממחישים היטב את התמה העקרונית והרחבה ששזורה ביסוד חוברת זו: המחשבה על הצימוד "יהודית ודמוקרטי" אינה רק מחשבה של עיצוב הסדרים חוקתיים עקרוניים. הפגיעות הפוטנציאליות בסרבני הגט, ולמולן הפגיעות בעגונות שהם הותירו; הכרעה בהעדפה בין הסדרה קהילתית לממלכתית, לצד שאלות של פיקוח והשפעתן על מדיניות הגירה; אלו שאלות פרקטיות ששורשיהן בעולם היהודי, אך לרכיביה הדמוקרטיים של המדינה יש עברון מענה גם כן. הרכיבים בעלי האופי הדמוקרטי שתוארו כעת מתארים גם רבים מערכי הליבה של היהדות. בד בבד, יש לזכור כי השופט רובינשטיין פועל גם מתוך עולם היהדות. זה עולמו האישי, ואותו הביא עמו לכל שנות פעילותו בשירות הציבורי ובשפיטה. ניתוח הפסיקה המאלף, אותו פרופ' ליפשיץ מציע, מאפשר בבירור לראות עד כמה מלאכת השפיטה מאפשרת לחבר בין רכיבי היהודיים והדמוקרטיים של המדינה, ברגישות ונחישות גם יחד.

יתרה מכך, ובכך סיכומם של דברים, תפיסה זו מדגימה היטב את התפיסה המתודולוגית למחשבה על "יהודית ודמוקרטי" אותה הציעו ליפשיץ ואהרונסון במאמר הראשון בחוברת זו ומראה כיצד מבלי משים, בית המשפט העליון מיישם אותה לעיתים גם בחיי מעשה. ראוי כי היכולת לבחון סוגיות באמצעות שני כלים שונים, אשר כל אחד משקף עולם ערכים שלם (שלעיתים חופפים זה לזה), תמשיך ללוות את אופן ההכרעה בהסדרים הפרטניים אשר משפיעים על חיי הפרט ועל קיומנו כחברה ישראלית. תפיסה זו גם מאפשרת להבין כמה משמעותי הצימוד "יהודי ודמוקרטי" בחייה המשותפים של מדינת ישראל. כל אחד מהמאמרים בחוברת זו, אשר נבחרו בקפידה, מאפשר לחשוב באופן אחר על הצימוד "יהודית ודמוקרטי" ולהאיר אותו באור אחר. המכלול יוצר, כמו הצימוד עצמו וכמו החברה הישראלית על כל גווניה, תמונה מורכבת ומרובדת אשר ראויה לדיון ולליבון.

⁶⁰ שם, בעמ' 142-144.

⁶¹ שם, בעמ' 148.