

רב-תרבותיות ליברלית-פוליטית כתרופה ליחסי דת ומדינה בישראל

מאת

שחר ליפשיץ*

פרופסור מאוטנר מנתח בספרו משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת את המאבק המשפטי והתרבותי המתנהל בישראל של היום בין המדגישים את זיקתה של ישראל למערב ולליברליזם לבין המדגישים את זיקתה ליהדות ולהלכה, ומציע את הרב-תרבותיות הליברלית-פוליטית כמודל מנחה להסדרת היחסים שבין הקבוצות השונות בישראל. מאמר זה, הנכתב בעקבות הספר, מצביע על המסע האינטלקטואלי והתודעתי שעבר פרופסור מאוטנר בין ספרו הקודם, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, שבו תמך מאוטנר בבית המשפט העליון במאבקו להשלטת ערכי הליברליזם על החברה הישראלית, לספרו הנוכחי, וטוען כי המסע משקף תהליך קבוצתי רחב יותר שבו הקבוצות היהודיות המרכזיות בישראל מכירות בהיותה של ישראל חברה רב-תרבותית ומחפשות נוסחאות שייטיבו את החיים המשותפים של הקבוצות השונות בישראל. כהמשך לכך המאמר בוחן את טענתו המרכזית של הספר, לפיה המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי הוא המתאים ביותר לישראל, שכן הוא המודל היחיד שהקבוצות השונות בישראל עשויות וצריכות להסכים עליו. הדיון בנושא, המבוסס הן על ניתוח פילוסופי-פוליטי תאורטי והן על בחינת אופיין הייחודי של הקבוצות בישראל, מבהיר מדוע אין להעריך עובדתית ולצפות נורמטיבית כי הקבוצות הדתיות יאמצו את המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי במתכונת המוצעת בספר כמודל המנחה של המשפט והמשטר בישראל. בעקבות מסקנה זו בוחן המאמר את דרכי הפעולה הניצבות בפני הקבוצה הליברלית בהנחה שהמודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי לא יתקבל כמודל מוסכם. המאמר מעמת בהקשר זה בין החלופה הרובנית, הסבורה כי אין להשליט ערכים ליברליים בניגוד לעמדות הרוב, לגישה החוקתית, הדוגלת בהשלטה הליברלית החד-צדדית. בעקבות דיון חוקתי שימחיש את הקושי בשתי הגישות יסתיים המאמר בהצעת מתווה להשגת חוקה בהסכמה. ביסודו של מתווה זה עומדת גישה חוקתית שבה גבולות הגזרה ההכרחיים של הקבוצות השונות מוגנים, ואילו יתר התחומים והנושאים

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בראיילן. תודה לעדי אייל, לאורי אהרונסון, לאריאל בנדור, ליצחק בנבגי, לדפנה ברק-ארז, לחנוך דגן, לצילי דגן, לאודליה דנוך, ליפעת הולצמן-גזית, ליפה זילברשץ, לטלי מרגלית, לברק מדינה, לניר קידר, ליאיר לורברבוים, למנחם פינקלשטיין ולחברי המערכת של כתב העת משפטים על הערותיהם והארותיהם. תודה לנעמה הולצמן על עזרתה במחקר. תודה מיוחדת לפרופסור מני מאוטנר, מורי בקורס למשפט ותרבות, על ספר מעורר השראה.

כפופים להכרעות רובניות. על-פי גישה זו, יש להבחין בין "ציפורי הנפש" של כל קבוצה שיוגנו בהסדר חוקתי, לבין נושאים אחרים, חשובים ככל שיהיו, שיוכרעו בשיח הציבורי והפוליטי הרגיל. אע"פ כי במשא-ומתן כן ואותנטי בין הקבוצות השונות שיידונו במאמר קיים סיכוי להגיע להסדר חוקתי כאמור, וכי מכל מקום יתרונותיו של הסדר חוקתי מוסכם וחסרונותיהן של האלטרנטיבות האחרות מצדיקים את מיצוי הסיכוי להשגתו.

א. פתיחה. ב. מלוחם חופש חילוני לסוכן רב-תרבותי – "משפט ותרבות בישראל" כיומן מסע אישי וקבוצתי. ג. הליברליזם-הפוליטי הרב-תרבותי והקבוצות היהודיות דתיות בישראל. 1. רקע אינטלקטואלי ומבוא לפרק; 2. החרדים האשכנזים וגבולות האוטונומיה של קהילות המיעוט; 3. הציונים הדתיים והמרכז הליברלי; 4. הציבור הספרדי שומר המסורת ובעיית זיהוי הקבוצות; 5. סיכום הפרק; ד. כינון משטר ליברלי במצב של אי-הסכמה. 1. על הכרעות רוב ועל השלטה חד-צדדית של משפט ומשטר ליברלי; 2. ואולי בכל זאת חוקה בהסכמה; ה. סיכום.

א. פתיחה

ארון הספרים של המשפט הישראלי זכה לאחרונה בספר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (להלן: משפט ותרבות בישראל).¹ בספר זה שוזר פרופסור מנחם מאוטנר אתוס היסטורי מרתק עם פרוגרמה נורמטיבית. במישור ההיסטורי מחבר הספר את המאבק המשפטי והתרבותי המתנהל בישראל של היום בין המדגישים את זיקתה של ישראל למערב ולליברליזם לבין המדגישים את זיקתה ליהדות ולהלכה, לקבוצה של מאבקים תרבותיים המלווים את החברה הישראלית והיהודית במאות השנים האחרונות. במישור הנורמטיבי מציע הספר את הרב-תרבותיות הליברלית-פוליטית כמודל מנחה להסדרת היחסים שבין הקבוצות השונות בישראל. שלא כמו הליברליזם הקלאסי, אשר נטה להתעלם מן הקהילה כגורם מתווך בין הפרט למדינה,² המודל הרב-תרבותי הליברלי מייחס חשיבות רבה לקהילות ולהשפעתן התרבותית על פרטים. כפועל יוצא מכך מציע המודל עקרונות פעולה להסדרת היחסים בין פרטים לקהילות, בין הקהילות לבין עצמן ובינן לבין המדינה.³ בניגוד לזרמים ליברליים כוללניים הסבורים כי על המדינה הליברלית לקדם ערכים ליברליים כדוגמת ערך האוטונומיה בכל מישורי החיים,

- 1 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (אלי שאלתיאל עורך, 2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות בישראל).
- 2 שם, בעמ' 298 (הליברליזם המסורתי עוסק בבני אדם ומתעלם מהקבוצות שבני האדם משתייכים אליהן).
- 3 שם, בעמ' 299-300, המתארים את התפנית הרב-תרבותית בחשיבה הליברלית.

וצורות חיים הנגזרות מערכים אלו, הגרסה הפוליטית של המודל הליברלי מבקשת לעצב את התרבות הפוליטית של המדינה ללא התבססות על תפיסה כוללת של קיום אנושי ראוי. מאוטנר מנתח את העקרונות הפילוסופיים של המודל, מסביר מדוע הוא המתאים ביותר לחברה ולמשפט בישראל ומתווה את הדרך ליישום, באמצעות הצגתם של ציוויים נורמטיביים שאמורים להנחות את המשפט והמשטר בישראל.

משפט ותרבות בישראל הוא ספר מורכב ועשיר, המשלב סיפור היסטורי, ניתוח סוציולוגי, רגישות תרבותית, תאוריה פוליטית, מומחיות יוריספרודנטית והצעות נורמטיביות קונקרטיות. רשימה זו עוסקת בפן הנורמטיבי של הספר. אף-על-פי שמאוטנר מיישם את המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי הן ביחסי יהודים וערבים והן ביחסים הפנימיים בין יהודים בישראל,⁴ רשימה זו תתמקד בהשלכותיו של המודל המוצע בספר על שאלות דת ומדינה העוסקות ביחסים הפנימיים בין יהודים בישראל ותותיר את הדיון ביחסי יהודים וערבים להזדמנות אחרת.

בחלקה הראשון של הרשימה אתאר את המסע האינטלקטואלי והתודעתי שעבר פרופסור מאוטנר בין ספרו הקודם, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי,⁵ לספרו הנוכחי.⁶ אטען כי מסע זה משקף תהליך קבוצתי רחב יותר שבו הקבוצות היהודיות המרכזיות בישראל מכירות בהיותה של ישראל חברה רב-תרבותית ומחפשות נוסחאות שייטיבו את החיים המשותפים של הקבוצות השונות בישראל. על רקע זה אציג את הציוויים הנורמטיביים המוצעים במשפט ותרבות בישראל כניסיון נועז, יצירתי, חדשני ומקיף לגיבוש ולניסוח ההצעה החילונית-ליברלית להקמת משטר רב-תרבותי בישראל. כהמשך לכך אחשוף שני סוגים של שיח נורמטיבי המתקיימים בזמנית במשפט ותרבות בישראל:

ראשית, חלק ניכר מן הדיון הנורמטיבי בספר הוא למעשה שיח פנים-קבוצתי שבו פונה מאוטנר אל חברי קבוצתו, הליברלים החילוניים, ומשכנע אותם ביתרונות שיש במודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי לחברה הישראלית. מלבד זאת מאוטנר מפציר בחברי הקבוצה לשתף פעולה עם קבוצות ליברליות-דתיות. לבסוף פונה מאוטנר לבית המשפט העליון, שאותו הוא מציג כסוכן הקבוצה בחברה הישראלית, ומבהיר כיצד על בית משפט ליברלי לפעול בסביבה רב-תרבותית.

4 ספרו של מאוטנר עוסק גם ביחסי יהודים וערבים, אף כי הדיון ביחסים הללו מצומצם לדיון ביחסים הפנימיים בין יהודים ואינו כולל את ההיבטים ההיסטוריים והתרבותיים השזורים בדיון הפנים-יהודי.

5 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) (להלן: מאוטנר ירידת הפורמליזם).

6 לעמדה הסבורה כי על אף השינוי ברטוריקה, בסופו של דבר, לא חל שינוי מהותי משמעותי בעמדותיו של מאוטנר, ראו גדעון ספיר "בין ליברליזם לרב תרבותיות – בעקבות ספרו של מנחם מאוטנר: משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת" מחקרי משפט כו 311 (2010).

שנית, מאוטנר אינו מסתפק בשיח הפנים-קבוצתי, ובחלקים רבים בספר הוא פונה "החוצה" ומבקש לשכנע את הקבוצה הדתית כי גם מי שאינם חולקים את ההשקפות הליברליות והערכים הליברליים ברמה האישית עשויים וצריכים לאמץ את המודל כמודל המנחה את המשטר בישראל. לכן, לדעת מאוטנר, המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי הוא המתאים ביותר לסביבה התרבותית בישראל, ועל כן על החברה הישראלית לאמצו.

בחלק השני יעסוק בפנייה החיצונית של מאוטנר לקבוצות הדתיות ובניסיון לשכנע אותן שעליהן לתמוך במודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי כמודל המנחה את המשפט והמשטר בישראל. בחלק זה אבקש לבחון את התאמתם של הציוויים הנורמטיביים המוצעים בספר לאורח החיים, להשקפה ולאידאולוגיה של הקבוצה היהודית הדתית. לצורך זאת אחלק את הקבוצה הדתית-יהודית לשלוש קבוצות משנה: חרדים אשכנזים, ציונים דתיים והציבור הספרדי שומר המסורת. אנתח את ישימות הציוויים המוצעים בקבוצות המשנה הללו וביחסים שבינן לבין הקבוצה החילונית. הדיון בחלק זה יבהיר מדוע אין להעריך עובדתית ולצפות נורמטיבית כי הקבוצות הדתיות יאמצו את המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי במתכונת המוצעת בספר כמודל המנחה של המשפט והמשטר בישראל: ראשית, הדיון בפרק ימחיש כי חרף ניסיונו של המודל להבחין בין המרכז הליברלי לבין החיים הקהילתיים והפרטיים, בהקשרים רבים אימוץ המודל לא רק ישפיע על הספירה הציבורית והקהילתית אלא גם יאיים על יכולתם של דתיים לא ליברליים להמשיך באורח חייהם במישור הפרטי והקהילתי. נוסף על כך הדיון בפרק יצביע על הבעייתיות הטמונה במודל הליברלי-פוליטי מנקודת המבט של קבוצות דתיות הרואות ערך מרכזי בהשפעה על הצביון המדינתי הכללי ועל אי-התאמת השיח הרב-תרבותי למי שמבקש להגדיר מחדש את מבנה הקבוצות התרבותיות בישראל. מנגד יראה הדיון בחלק זה כי למרות היסודות הליברליים של המודל, יישומם של רכיבים מסוימים בו בישראל, טומן בתוכו סכנה דווקא לקבוצה החילונית-ליברלית.

לצד הדיון הענייני בתוכני המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי ובהתאמתם לישראל, הדיון בחלק זה יחשוף בעיה מתודולוגית עקרונית הקיימת בספר. הספר מבהיר בכמה הזדמנויות כי הבחירה בין הזרמים הליברליים השונים נעשית ללא התייחסות לוויכוח הפילוסופי הפנימי בדבר תקפותם המהותית אלא רק על יסוד התאמתם לישראל, ואילו הדיון בפרק זה יבהיר כי טענת ההתאמה לישראל אינה יכולה לעמוד בפני עצמה ללא ביסוס מהותי של עקרונות היסוד של המודל וההגנה עליהם מפני ההתקפות הפילוסופיות של המודלים המתחרים.

בחלק השלישי אבחן את דרכי הפעולה הניצבות בפני הקבוצה הליברלית החילונית ובפני שותפיה הדתיים הליברליים. אעשה זאת לאור מסקנות הדיון בחלק השני, שלפיהן לא סביר שהצעותיו של מאוטנר לכינון משטר ומשפט רב-תרבותי ליברלי יתקבלו על-ידי הקהילות השונות בישראל. בשלב הראשון יעומתו שתי חלופות שיכונן הרובנית וההשלטה הליברלית החד-צדדית. על-פי החלופה הראשונה, על ליברלים ישראלים

לבצר את המשטר הדמוקרטי במובנו הרחב ולפעול במסגרת הפוליטית כדי שההכרעות הדמוקרטיות שיתקבלו יתאימו למודל הרבותיות הליברלי. עם זאת על-פי חלופה זו על הקבוצה הליברלית לכבד גם הכרעות דמוקרטיות-רובניות לא ליברליות. על-פי החלופה השנייה, על הציבור הליברלי, ובייחוד על שופטי בית המשפט העליון, תוטל המשימה להשלטת משטר ליברלי באופן חד-צדדי. ניתוח משפט ותרבות בישראל בהקשר זה יחשוף מתח בין שתי עמדות המוצגות בספר: מחד מאוטנר מתנגד בחריפות למהלך החוקתי, המאפשר לבתי המשפט לבקר חוקים שהתקבלו בכנסת. הוא מתאר מהלך זה כמהלך חד-צדדי של בתי המשפט ללא שהתקבלה בישראל חוקה במובנה הממשי והעמוק. במישור הטקטי הוא חושש שמהלך זה יפגע בלגיטימציה הציבורית של בתי המשפט בישראל. מאידך מאוטנר עומד בתוקף על כך שלבית המשפט יתקבלו שופטים ליברליים בלבד ומצפה מן השופטים להפוך את בית המשפט לסוכן ליברלי בחברה ובציבוריות הישראלית. אטען כי תאוריה חוקתית "אנטי-רובנית" היא בסיס לכל מהלך של השלטה חד-צדדית ליברלית. אם מאוטנר תומך בתאוריה כזו, אין מובנת ביקורתו על הביקורת השיפוטית בישראל. לעומת זאת אם הוא מתנגד לה, נחלשת התמיכה במהלך של השלטה הליברליזם באמצעות מונוליותיות במינוי השופטים ובשיח המשפטי.

אוסף ואטען כי משפט ותרבות בישראל מהסס בצדק בהכרעה בין שתי החלופות (הרובנית המסתפקת במחויבות לדמוקרטיה מחד, וההשלטה החד-צדדית של ערכים ליברליים מאידך) משום ששתי החלופות אינן משביעות רצון; חוסר שביעות הרצון משתי החלופות הללו הוא שהולך את מאוטנר להציע את המודל הליברלי הרבותיות כמודל חוקתי מוסכם. ברם כפי שהדיון במאמר זה ימחיש, הצעות המוצעות בשם נציגי אחת מן הקבוצות, מורכבות והוגנות ככל שיהיו, אינן יכולות להחליף משא-ומתן ממשי בין נציגים אמתיים של הקבוצות השונות. לפיכך, אציע מתווה חליפי להשגת חוקה בהסכמה. המתווה שאציע יעסוק לא בתוכני ההסדר החוקתי אלא במתודה להשגתו, מתודה שאכנה אותה מתודת "גבולות הגזרה". ביסודו של מתווה זה עומדת גישה חוקתית שבה מוגנים גבולות הגזרה ההכרחיים של הקבוצות השונות, ואילו יתר התחומים והנושאים כפופים להכרעות רובניות. על-פי גישה זו יש להבחין בין "ציפורי הנפש" של כל קבוצה שיוגנו בהסדר חוקתי לבין נושאים אחרים, חשובים ככל שיהיו, שיוכרעו בשיח הציבורי והפוליטי הרגיל. אעריך כי במשא-ומתן כן ואוטנטי בין הקבוצות השונות שידונו במאמר קיים סיכוי להגיע להסדר חוקתי כאמור, וכי בכל מקרה יתרונותיו של הסדר חוקתי מוסכם והחסרונות של האלטרנטיבות האחרות מצדיקים את מיצוי הסיכוי להשגתו.

ב. מלוחם חופש חילוני לסוכן רב-תרבותי – "משפט ותרבות בישראל" כיומן מסע אישי וקבוצתי

היסטוריונים וחוקרי תרבות מציגים מפעם לפעם דמויות שעצמתן, השפעתן ואורח חייהן הופכים אותן למעין בבואה של התקופה שבה חיו ושל החברה שבמסגרתה פעלו. למשל, בישראל התפתחותו של דוד בן גוריון ממנהיג פועלים למנהיג הסוכנות היהודית ולראש ממשלה,⁷ מייצגת מהלך רחב יותר של הפיכת תנועת הפועלים לתנועה לאומית ולאחר מכן לתנועה המנהיגה מדינה ממוסדת.⁸ במישור המשפטי דמותו של אהרן ברק ופועלו כיועץ משפטי לממשלה, שופט ונשיא בית המשפט העליון⁹ הפכו בעיני רבים לסמל של התפקיד המרכזי שממלא המשפט במאבק החברתי בישראל בשלושים השנים האחרונות.¹⁰

אולם במקרים נדירים חוקרי התרבות והמשפט הופכים בעצמם למעין סמל של התהליכים שהם מתארים. דומה כי זהו המקרה של פרופסור מנחם מאוטנר. מאוטנר החל את דרכו המחקרית כחוקר משפט פרטי,¹¹ אולם החיבור המוכר והמפורסם ביותר של מאוטנר אשר מיצב אותו כאחד מהוגי המשפט החשובים ביותר בישראל הוא החיבור על ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי.¹²

7 ראו בנושאים אלו למשל ניר קידר ממלכתיות – התפיסה האזרחית של דוד בן-גוריון (2009); מיכאל בר-זהר בן גוריון – האיש מאחורי האגדה (1986); אברהם וולפנון דוד בן גוריון ומדינת ישראל (1974).

8 פרץ מרחב תולדות תנועת הפועלים הבינלאומית (1954); סנדרה ישמרני השמאל הציוני מול מפא"י, 1963-1948: מאבק הכוחות על הזקה הבינלאומית של ישראל (עבודה לתואר שלישי, אוניברסיטת בר-אילן – המחלקה ללמודי ארץ ישראל, 2007); אברהם וולפנון דוד בן-גוריון – מנהיג עם, מנהיג פועלים (עשור למותו) (1983); אברהם אביחי דוד בן-גוריון מעצב המדינה (1974). ראו גם את ספרו של בן גוריון עצמו: דוד בן-גוריון ממעמד לעם (1955).

9 ראו בנושא זה למשל ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (2002); אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים – דין ודברים עם אהרן ברק (2009).

10 שם, בעמ' 11-12, 292-293.

11 ראו למשל מנחם מאוטנר "שטר הבטחון: חווה הכפוף לתנאי מתלה, נכס ממושכן ובעיית התמורה והערך" עיוני משפט יב 205 (1987); מנחם מאוטנר "יוצרי סיכונים ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים טז 92 (1986); עם זאת כבר בכתיבתו המוקדמת, העוסקת לכאורה במשפט במובנו הצר, התבלט מאוטנר כחוקר בעל מבט רחב המקשר בין שאלות נקודתיות לסוגיות יוריספרודנטליות רחבות היקף. ראו בנושא זה גם מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1988).

12 מאוטנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 5.

בחיבור זה, אשר פורסם בראשית שנות ה-90 של המאה העשרים, תיאר מאוטנר את השינוי שעבר השיח בבית המשפט העליון בשנות ה-80 של מאה זו, משיח פורמליסטי, הרואה במשפט בעל היגיון סגור מדעי ומתמטי, לסגנון הנמקה חדש החושף את הממד הערכי של המשפט.¹³ בד בבד תיאר מאוטנר מהלך שבו בית המשפט העליון הופך לאקטיביסט במובן זה שהוא מקבל על עצמו תפקיד הולך וגדל בקביעת הערכים וההסדרים השוררים במדינה.¹⁴

אולם תיאור השינוי היוריספרודנטלי הוא רק המצע לתיאור של מהלך אחר, דרמטי לא פחות, הקשור בתוכן הערכים שבית המשפט מייצג ולמקומו במאבק התרבותי המתחולל בחברה הישראלית בין הקבוצה החילונית-ליברלית לבין הקבוצה הדתית-לאומית. הקבוצה הראשונה מבקשת לחזק את זיקתה של ישראל לליברליזם ואילו השנייה, הדתית-לאומית, מבקשת לחזק את זיקתה של ישראל להלכה וליהדות. על-פי מאוטנר, בית המשפט העליון – יותר מכל מוסד אחר במדינה – מזוהה עם הליברליזם המערבי. השיח הערכי של בית המשפט ופסיקותיו המעשיות נועדו לחזק את הקבוצה ה"ליברלית" בתקופה שבה קבוצה זו איבדה את ההגמוניה התרבותית ואף ירדה מנכסיה במישור הפוליטי.¹⁵

13 ניתוח זה הפך לסיפור הכמעט רשמי של ההיסטוריה המשפטית בישראל. כדרכם של סיפורים רשמיים הסיפור בוקר, הותקף ותוקן בחיבורים מאוחרים לו. ראו למשל לאחרונה, אסף לחובסקי "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת: הערות על ספרו של מנחם מאוטנר" המשפט 27, 89 (2009). ניר קידר "על הפורמליזם המחנך של בית-המשפט העליון המוקדם: עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'רנו ושייב" מחקרי משפט כב 423 (2006) (חושף את הפן המהותי בפסיקה המוקדמת); רון חריס "המשפט הישראלי" העשור הראשון תש"ח-תשי"ח 243, 260 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1998) ("לא ניתן לצבוע את פסיקת בית-המשפט העליון בעשור הראשון בצבעי איפיון חד-גוניים ועזים [...] ההנמקה ברבים מפסקי הדין היא פורמליסטית, אך באחדים יש דיון בערכים ובזכויות"); שוקי שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג 303 (2003). ראו גם את תגובתו של מאוטנר: מנחם מאוטנר "כיצד להבין את התפתחות המשפט החוקתי של ישראל?" מאזני משפט ה 11 (2006).

14 מאוטנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 5, בעמ' 101. וכן מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 124-145.

15 מאוטנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 5, בעמ' 119. וכן מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 202: "בית המשפט חבר אפוא לקבוצה היהודית-החילונית הליברלית – ההגמונים לשעבר הליברלים – ושיתף עמה פעולה באופן הדוק ועקבי לשם הגנת הערכים המשותפים לקבוצה ולו – ערכי הליברליזם המערבי – וכך הפך לזירה החשובה לקידום עמדותיה וערכיה של הקבוצה". הצגת בית המשפט העליון כנציג הקבוצה הליברלית וכמקדם האידיאולוגיה שלה רווחת מאד בספרות המחקר. ראו בהקשר זה למשל: רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות – שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489 (1998); אשר מעוז "על גבולות השיפוט – כנסת, ממשלה, בית-משפט" פלילים ח 389 (2000); רות גביוון "מדינה יהודית

מאוטנר אינו צופה ניטרלי ואף לא הציג את עצמו ככזה. מאוטנר הוא חלק מן האקדמיה המשפטית, חוד החנית של הקבוצה הליברלית-מערבית שנחרדה מפני עליית כוחה של הקבוצה הדתית הלא ליברלית.¹⁶ משום כך מאוטנר, כמו רבים מבני דורו האינטלקטואלי, כרת "ברית" עם בית המשפט העליון במאבקיו השונים עם הקבוצות הדתיות הלא ליברליות.¹⁷ ברוח זו האקדמיה בתקופה המדוברת, וכמוה גם העיתונות,¹⁸ סיפקה בסיס תמיכה מוסרי וחברתי לפסיקותיהם הליברליות של שופטי בית המשפט בנושאי דת ומדינה ונזפה בבית המשפט כאשר לא היה נחוש דיו במאבקו.¹⁹ מאוטנר הקדיש את ספרו על הפורמליזם לשלושת ילדיו, ובאקט כן, ולא שגרתו, הוא איחל להם בפתיח לספר שיזכו לחיות בחברה שבה יצליח בית המשפט במאבקו. בספרו החדש משפט ותרבות בישראל, מושא הרשימה הנוכחית, מעדכן מאוטנר²⁰ את התמות המרכזיות של עלייתו ונפילתו של הפורמליזם בדבר תפקידו של בית המשפט העליון בחיזוק הקבוצה היהודית-ליברלית-חילונית אל מול הקבוצה ה"יהודית-דתית",²¹ ומוסיף להן נופך היסטורי, תרבותי ואינטלקטואלי.²²

ודמוקרטיה – זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631 (1995); Gad Barzilai, *Courts as Hegemonic Institutions – The Israeli Supreme Court in a Comparative Perspective*, 5 ISR. AFF. 15 (1999) (להלן: Barzilai Courts as Hegemonic Institutions).

- 16 ראו מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645 (2003).
- 17 על הברית בין האקדמיה לבית המשפט ראו: מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 568-569, 587-589 (2003). מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי 44-46 (2002); וכן במאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 215-218 (מזכיר את התמיכה הגורפת לה זכה בית המשפט בזמנו).
- 18 על הגיבוי של עיתון הארץ לבית המשפט במאבקו, ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 215-216.
- 19 שם, בעמ' 216-218.
- 20 ראו למשל את ההתייחסות להתקפות על בית המשפט העליון החל מסוף שנות ה-90, שם, בעמ' 218-226.
- 21 שם, פרק 5, המתאר את המעבר מריסון שיפוטי לאקטיביזם שיפוטי. ושם, פרק 6, המתאר את ירידת הפורמליזם ועליית הערכים ואת הפיכת בית המשפט מגוף מקצועי לגוף פוליטי בשנות השמונים והתשעים.
- 22 מנקודת מבט של ההיסטוריה האינטלקטואלית, מרתקים במיוחד בהקשר זה הם הפרק השלישי לספר, העוסק במאבקים שהתחוללו כבר בראשית תנועת הציונות בין הזרמים התרבותיים השונים באשר למתח היהודי-ליברלי, והפרק הרביעי העוסק במאבקים התרבותיים על עיצוב המשפט של המדינה היהודית בארץ ישראל. מנקודת המבט הסוציולוגית מכיל הפרק השביעי ניתוח מרתק של תפקידו העולה של בית המשפט העליון על רקע שקיעת ההגמוניה של תנועת העבודה והמעבר למצב פוסט-הגמוני.

אולם חידושו המרכזי של הספר הוא בהצעת הרב-תרבותיות כתיאור המשקף את החברה הישראלית ואת הרב-תרבותיות הליברלית כמודל הנורמטיבי הראוי להסדרת היחסים בין הקבוצות השונות בחברה הישראלית.

השיח הרב-תרבותי הוא בעל השפעה עצומה, חברתית, אינטלקטואלית ומשפטית בעולם המערבי בעשורים האחרונים.²³ להבדיל מן השיח הליברלי האינדיבידואלי הממוקד ביחסי פרט-מדינה אך מתעלם מקבוצות התרבות שאליהן משתייך הפרט, השיח הרב-תרבותי ממוקד דווקא בקהילות המרכזיות שאליהן משתייכים הפרטים במדינה, וביחסים שבין הקהילות לפרטים המשתייכים אליהן מחד ובין הקהילות למדינה מאידך. כהמשך להתמקדותו בקבוצות ובקהילות התרבותיות השונות בחברה נתונה, השיח הרב-תרבותי עוסק בתביעות של קהילות לאוטונומיה מלאה או חלקית בניהול ענייניהן, בדרישתן לתמיכה מדינית בתרבותם וברצונן להשפיע על עיצוב המרכז המדינתי.²⁴ מאוטנר מבקש ליישם את השיח הרב-תרבותי בחברה הישראלית הן ברמה התיאורית והן כבסיס להסדרה נורמטיבית.

ברמה התיאורית הטענה היא שהחברה הישראלית אינה רק אוסף של אזרחים אלא גם אוסף של קבוצות תרבותיות מכוננות-זהות, שהישראלים משתייכים אליהן. מאוטנר מחלק את הישראלים בהקשר זה לשש קבוצות יסוד מרכזיות: יהודיים דתיים, יהודים חילוניים, ערבים חילוניים, ערבים מוסלמים, ערבים נוצרים ודרוזים.²⁵ על-פי מאוטנר, חלק ניכר מן ההוויה החברתית והמשפטית של ישראל נקבעת לאור המאבקים בין

23 ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23.

24 קיימת ספרות עצומה בהיקפה על המושג "רב-תרבותיות", על יחסו לליברליזם המערבי ועל יישומיו במשפט, ראו כדוגמה בלבד את הספרים האלה: WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE (1989) וכן בספרו המאוחר יותר: WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP (1995). עור ראו: AYELET SHACHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS (2001); Chandran Kukathas, *Liberalism and Multiculturalism: The Politics of Indifference*, WILLIAM (1998) 26 POL. THEORY 686 (להלן: *Kukathas Liberalism and Multiculturalism*); GALSTON, LIBERAL PURPOSES – GOODS, VIRTUES, AND DIVERSITY IN THE LIBERAL STATE (1991) (להלן: *GALSTON, LIBERAL PURPOSES*); (GALSTON, LIBERAL PURPOSES); THE LAW (2003); Jorgen Habermas, *Multiculturalism and the Liberal State*, 47 STAN. L. REV. 849 (1995). כן ראו את אסופת המאמרים: THE RIGHTS OF MINORITY CULTURES (Will Kymlicka ed., 1995). לגישה מסויגת יותר ראו Susan Muller Okin, *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, 108 ETHICS 661 (1998), ובעברית ראו את אוסף המאמרים: רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן צבי ז"ל (מנחם מאוטנר ואחר עורכים, 1998) (הספר להלן: רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית).

25 מאוטנר מודע לכך שגם עדה, מין או נטייה מינית הם מאפיין אישי ותרבותי, אולם לטענתו רק הלאום והדת מכוננים קבוצות יסוד תרבותיות. ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 284-289.

הקבוצות הללו.²⁶ ברמה הנורמטיבית מציע הספר להשתית את המשפט ואת המשטר בישראל על מודל ליברלי רב-תרבותי ופורס סדרה של ציונים נורמטיביים המשקפים את יישומו הראוי של המודל בישראל.

הציונים הללו עוסקים בשני היבטים מרכזיים:

1. היחסים שבין המרכז המדינתי לקבוצות התרבותיות השונות החיות במדינה.

2. המאבקים שבין הקבוצות על עיצוב המרכז המדינתי.

בהיבט הראשון תומך מאוטנר בהרחבת האוטונומיה הקהילתית, אך זאת בכפוף לנורמות אוניברסליות של שימור זכויות האדם וכבודו כבן אנוש.²⁷ נורמות שמאוטנר מפרשן בהרחבה. בהיבט השני תומך מאוטנר בביזור הסמכויות המדינתיות,²⁸ בדילול המרכז ככל האפשר²⁹ ובהשתתפות על ליברליזם "פוליטי". להבדיל מליברליזם כוללני המבקש להחיל על כלל האוכלוסייה ערכים ליברליים יסודיים, ובמיוחד את ערך האוטונומיה של הפרט,³⁰ הליברליזם הפוליטי מנסה לשמור על ניטרליות בין דפוסי חיים שונים ולא להעדיף ערכים מסוימים על פני ערכים אחרים.³¹ נוסף על כך מאוטנר קורא לטיפוח פטריוטיות חוקתית ולחינוך לכבוד הדדי בין הקבוצות השונות.³² מאוטנר מיישם את העקרונות הכלליים הללו בהקשרים שונים ומגוונים. הוא מתייחס לסוגיות הלוהטות ביותר המעסיקות את החברה הישראלית ומשרטט את קווי המתאר שלדעתו ישראל כחברה רב-תרבותית אמורה לאמץ.

26 לדיון התיאורי של מאוטנר בישראל כחברה רב-תרבותית, שם, פרק 9. רשימה זו מתמקדת בעמדותיו הנורמטיביות של מאוטנר ופחות במהלכים הסוציולוגיים המוצעים בספרו. עם זאת הדיון בחלקו השני של המחקר יבהיר כי ההבחנה בין דתיים לחילוניים היא כוללנית מדי, שכן קיימות קבוצות משנה – דתיות וחילוניות – הנבדלות זו מזו הבדל רב. מלבד זאת הבחנה זו מחמיצה את קבוצת המסורתיים, שיש לה מאפיינים ייחודיים שאינם תואמים לא את אלו של הדתיים ולא את אלו של החילוניים.

27 שם, בעמ' 410-419.

28 שם, בעמ' 320-332.

29 מאוטנר מכיר בכך שאי אפשר לדלל לחלוטין את המרכז, ועל כן הוא מציע כעיקרון משלים לעקרון הביזור את האקספרסיביות הרב-תרבותית שבמסגרתה קולן של הקבוצות השונות יישמע. שם, בעמ' 332-342.

30 להבחנה בין ליברליזם כוללני לליברליזם פוליטי ניטרלי, שם, בעמ' 301 ואילך. כן ראו William A. Galston, *Two Concepts of Liberalism*, 105 ETHICS 516 (1995) (להלן: Galston Two Concepts); Stephen A. Gardbaum, *Liberalism, Autonomy & Moral Conflict*, 48 STAN. L. REV. 385 (1996). השוואה גם GALSTON, LIBERAL PURPOSES, לעיל ה"ש 24, המציג עמדה ליברלית כוללנית, ל-John Rawls, *POLITICAL LIBERALISM* (1993) (המציג את הליברליזם הפוליטי הניטרלי לכאורה).

31 ראו מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 298-319.

32 שם, בעמ' 342-358. בכך מאוטנר מאמץ את עמדתו של הפילוסוף הגרמני הברמס, ראו: יורגן הברמס הקונסטלציה הפוסט לאומית (2001).

על רקע החשיבות העצומה שמייחס משפט ותרבות בישראל למאבקים בין הקבוצה היהודית-דתית לקבוצה החילונית-ליברלית אין זה מפתיע שחלק ניכר מן ההמלצות של הספר עוסק ביישום הראוי של המודל הרב-תרבותי לשאלות דת ומדינה וליחסים בין דתיים לחילוניים בישראל.

מאוטנר מציג בהקשר זה מערכת מורכבת של שיקולים ושיקולים נגדיים. אולם בניגוד למנהגם של תאורטיקנים, המסתפקים בשרטוט המתווה הנורמטיבי, מאוטנר אינו נרתע מהצעת עמדתו האישית בדבר האיוונים הראויים במקרים השונים. במקרים מסוימים מסקנותיו של הדיון הרב-תרבותי חופפות את העמדות הליברליות המקובלות. למשל, כליברל מאוטנר מחויב לחופש לדת ולחופש מדת ומשום כך הוא מתנגד לכפייה דתית דוגמת זו הקיימת בישראל בנושא נישואים וגירושים המכפפים באופן גורף בני זוג יהודים, לרבות יהודים חילוניים, לטקסים ולכללים דתיים.³³ בהקשר אחר מחויבותו של המודל הרב-תרבותי לדוקטרינות זכויות האדם האוניברסליות ולכבוד האדם מוליכה מודל זה לאמץ את המגבלות הליברליות המקובלות לשליטת קהילות בפרטים המשתייכים אליהן.³⁴ עם זאת, בנושאים אחרים ממחיש הדיון בספר כי להבדלים התאורטיים בין השיח הליברלי האינדיבידואלי הקונבנציונלי לבין השיח הליברלי הרב-תרבותי, השלכות מעשיות מרחיקות לכת. למשל, מאוטנר מצטרף לכותבים ליברליים אחרים שאימצו את השיח הרב-תרבותי,³⁵ ונכונים להכיר בזכותן של קהילות דתיות, להבדיל מקהילות חילוניות, להקצאת קרקעות ייחודיות,³⁶ מגנים על הפטור שניתן לבני ישיבות

33 ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 325-326, עם זאת כתומך ברב-תרבותיות מאוטנר נכון לתמוך בהסדר המקנה אוטונומיה שיפוטית בנושא נישואים וגירושים לעדות הדתיות השונות מבלי להעניק סמכות שיפוט לטריבונלים דתיים על בני זוג חילוניים.

34 שם, בעמ' 402-406.

35 ראו למשל ISSACHAR ROSEN-ZVI, TAKING SPACE SERIOUSLY: LAW, SPACE AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL 95-123 (2004) (עם זאת עמדתו של רוזן-צבי בנושא זה מורכבת. באשר לקהילה החרדית הוא תומך בזכותה למרחב מוגן ועל כן מבקר את בתי המשפט שאסרו סגירת רחובות בשבת. לעומת זאת אשר לקהילה הבודהיית, הוא מבקר את השיח הרב-תרבותי שהביא לדעתו להדרתה של אוכלוסייה זו מכלל החברה הישראלית. לביקורת על רוזן-צבי בשל אי-אחידות לכאורה בין עמדותיו בנושאים הללו ראו: ישי בלנק "קהילה, מרחב, סובייקט: תזות על משפט ומרחב בעקבות ספרו של יששכר (איסי) רוזן צבי" דין ודברים ב 19 (2005).

36 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 328-329. ראו גם אייל בנבנישתי "נפרד אבל שווה בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769 (1998) (להלן: בנבנישתי "נפרד אבל שווה"). אולם השוו יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית: האמנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו 87 (2001), הנכונה להגן גם על זכותו של הרוב למגורים קהילתיים נפרדים. וראו כמובן בהקשר זה גם את בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258 (2000).

משירות צבאי,³⁷ תומכים באוטונומיה חינוכית מסוימת למגזרים הדתיים,³⁸ בחסימת כבישים בשבת באזורים חרדיים,³⁹ ומצדיקים את האיסור על מכירת בשר לא כשר באזורים בעלי גוון דתי.⁴⁰ בהקשר שונה תומך מאוטנר בשימוש נרחב יותר במשפט העברי מהמקובל כיום,⁴¹ אף כי מיד לאחר מכן הוא מסתייג משימוש כזה אם יפגע בצביון הליברלי של המשפט הנוהג בישראל.⁴²

אולם השיח הרב-תרבותי מעניק לספר משפט ותרבות בישראל יותר מנקודת מבט תיאורית ומקור השראה אינטלקטואלי. אני סבור כי בזכותו של השיח הרב-תרבותי נושבת בין דפיו של משפט ותרבות בישראל רוח רעננה של סקרנות כלפי האחר, חיפוש המאחה והושטת יד לשלום. דומה כי גם בנושא זה כתיבתו של מאוטנר מגלמת ומשקפת לא רק תודעה נפשית אישית אלא גם רוח של תקופה וקבוצה חברתית הפועלת בה. אכן, כפי שמאוטנר עצמו היטיב לתאר, בסוף שנות ה-90 ובתחילת האלף השני, דווקא לאחר האירוע הטראומטי של רצח ראש הממשלה יצחק רבין השתחררה הקבוצה הליברלית החילונית, לפחות בחלקה, מן הגישה החרדה והמתגוננת שאפיינה אותה בשנות ה-80. במונחיו של מאוטנר הפנימה קבוצה זו את המצב הרב-תרבותי הפוסט-הגמוני שבו שרויה החברה הישראלית והחלה במהלך של התקרבות ליהדות⁴³ ולקבוצות אחרות

37 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 329. ראו גם גדעון ספיר "גיוס בחורי ישיבות לצה"ל – הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים" פלילים ט 217 (2001), והשוו לפסיקות בית המשפט העליון בעניינים הללו: בג"ץ 910/86 רסלר נ' משרד הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (1986); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 251 (2000).

38 משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 325, 328. להרחבה ראו אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 93 (מרגלית והלברטל מצדיקים את הזכות לאוטונומיה של קהילות חרדיות כחלק מהזכות לתמיכה בתרבות הסוציציפית שבה גדל אדם להבדיל מתמיכה בזכות הכללית לתרבות שהציע Kymlicka).

39 ראו דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 133 (דוחה את נימוק הפגיעה ברגשות בהקשר זה אך מציע הצדקה רב-תרבותית בנושא), והשוו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

40 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 327.

41 שם, בעמ' 336. לתמיכה חילונית קהילתית בשילוב המשפט העברי במשפט המדינה ראו גם חנוך דגן "דיני עשיית עושר – בין יהדות לליברליזם" משפט והיסטוריה 165 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999). כן ראו אריה אדרעי "מדוע לנו משפט עברי" עיוני משפט כה 467 (2001); ידידיה צ' שטרן "מדינה משפט והלכה: מה יהודי במשפט הישראלי" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה מס' 65, 2006).

42 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 337-338.

43 ראו רות קלדרון "על תלמוד תורה" אלפיים 18, 161 (1999). ראו גם מנחם מאוטנר "שנות התשעים שנות ההתקרבות" עיוני משפט כו 887, 930-931 (2003) (להלן: מאוטנר "שנות ה-90").

בחברה הישראלית.⁴⁴ לפחות חלק מן הקבוצות הדתיות נענו למגמת ההתקרבות,⁴⁵ ובעקבות זאת התפתחו מיזמים כגון אמנת כנרת,⁴⁶ אמנת גביון-מדן,⁴⁷ פרויקט חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה⁴⁸ והדיונים בחוקה בוועדת חוקה, חוק ומשפט, שבמרכזם הניסיון של נציגי קבוצות שונות בחברה הישראלית להגיע להסכמה ולפשרה בנושאי המחלוקת המסורתית שבין הקבוצה הליברלית ליהודית.⁴⁹ לטעמי, את הספר משפט ותרבות בישראל יש לקרוא ולהבין על רקע הדיאלוג המתחדש בין הקבוצות השונות בחברה הישראלית וכחלק מהן. מאוטנר מתכוון לאספה, במובן המטפורי כמובן, שבה ישתתפו נציגי קבוצות היסוד של החברה הישראלית וידונו ברצינות בשאלות יסוד משפטיות ומשטריות המעסיקות את החברה הישראלית.⁵⁰ הוא מבקש לשכנע את משתתפי האספה לאמץ את הציוויים הנורמטיביים המוצעים בספר כעסקת חבילה מורכבת ועדינה שעל בסיסה יגובש המשפט והמשטר בישראל במאה העשרים ואחת.

מאמצי השכנוע של מאוטנר פועלים הן כלפי פנים והן כלפי חוץ: כלפי פנים מאוטנר מנהל שיח עם הקבוצה הליברלית-חילונית שאליה הוא משתייך. לשיח זה כמה רבדים: ברמה האינטלקטואלית מאוטנר מזמין את חברי הקבוצה למסע מרתק בקרב ההוגים הליברלים הרב-תרבותיים בני זמננו ומציג בפניהם את ההבדלים שבין הגישות השונות.⁵¹ אולם חרף בקיאותו של מאוטנר בנבכי התאוריות הפוליטיות השונות, הוא מדגיש, כי אין בכוונתו לבחון את התאוריות הללו ו/או להכריע ביניהן

44 שם, בעמ' 928-930; מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 218-219; אולם השוו אשר כהן וברוך זיסר מהשלמה להשלמה השסע הדתי חילוני בפתח המאה העשרים ואחת (2003), המתארים תהליך של התחזקות הקיטוב.

45 ראו למשל אוריאל סימון "שותפות חילונית-דתית בבניית 'מדינה יהודית דמוקרטית'" אלפיים 13, 154 (1997) ואת האינדקסיות למגמות ההתקרבות בציבור הדתי המובאות אצל מאוטנר "שנות ה-90", לעיל ה"ש 43, בעמ' 920-928, ובמקורות המובאים בהערות השוליים שם.

46 ראו אמנת כנרת, הפורום לאחריות לאומית (נפתחה לחתימה ב-2001).

47 ראו רות גביון ויעקב מדן מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל (2003); יואב ארציאלי אמנת גביון-מדן: עיקרים ועקרונות (2003).

48 המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר (2005).

49 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 490 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 2 (9.3.2008).

50 מאוטנר משתמש במטפורה של אספה משפטית ומשטרית כאשר הוא דן בזהותן של הקבוצות היסודיות שיוזמו לאספה כזו. ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287-288: "משפטן העוסק ברב-תרבותיות של ישראל צריך לשאול את עצמו את השאלה הבאה: 'נניח שאני עורך כנס חוקתי לקביעת דמותה המשטרית והמשפטית של המדינה. נציגיהם של אילו קבוצות צריכים לשבת ליד 'השולחן החוקתי' ככנס כזה?'".

51 שם, בעמ' 301-310, לגבי שאלת המרכז, ושם, בעמ' 385-400, לגבי שאלת האוטונומיה של קהילות.

לגופן, אלא רק לבדוק את התאמתן לישראל.⁵² בעקבות בדיקה זו הוא מבקש לשכנע במסגרתו גם את חברי הקבוצה כי מבין מגוון האפשרויות והדעות הליברליות המודל הרב-תרבותי הליברלי-הפוליטי מבית מדרשו של רולס, הוא המתאים ביותר ליישום במציאות הישראלית.⁵³ הוא מתאר את צורת המשפט והמשטר הנגזרת מאימוץ מודל זה ומדגים את המשמעות המעשית של עמדותיו בכמה וכמה נושאים ומצבים. ברמה החברתית מתווה מאוטנר מעין מדריך לליברל בחברה הרב-תרבותית הישראלית.⁵⁴ הוא דוחק בחברי הקבוצה שלא להתנכר לקבוצות אחרות בחברה הישראלית. במיוחד הוא מפציר בהם לשתף פעולה עם היסודות הליברליים בציונות הדתית,⁵⁵ שלחזוקתם מייחס מאוטנר חשיבות עצומה. תשומת לב מיוחדת מוקדשת בספר לתפקידו של בית המשפט העליון. מאוטנר מבקש לשמר את בית המשפט העליון כסוכן הקבוצה הליברלית וערכיה בחברה הישראלית.⁵⁶ לפיכך הוא נחוש למנוע מינוי של שופטים לא ליברליים. עם זאת הוא מסתייג ממהלכים "אקטיביסטיים" דוגמת הרחבת זכות העמידה, צמצום דוקטרינת אי-השפיעות ואפילו מן המהלך החוקתי של הכפפת חוקי הכנסת לביקורת שיפוטית.⁵⁷ נוסף על כך הוא מבקר קשות את בית המשפט ואת חברי הקבוצה הליברלית המרבים לפנות אליו בשאלות טעונות על טעויות טקטיות שעשו לדעתו ביחסיהם עם הקבוצה הדתית. על רקע ההסתייגויות והביקורות הללו מאוטנר מנחה את בית המשפט כיצד עליו לפעול בסביבה רב-תרבותית במאה העשרים ואחת.⁵⁸

אולם מאוטנר אינו מסתפק בשיח הפנימי ומקבל על עצמו משימה נוספת – מאתגרת מאוד: לאחר ששכנע את הקבוצה החילונית להניח על שולחן האספה המכוננת את ההצעה להשתית את המשפט הישראלי על ליברליזם-פוליטי-רב-תרבותי, הוא פונה החוצה אל הציבור הדתי ומבקש לשכנע אותו לקבל את ההצעה. הוא טוען כי גם אם הפרטים המשותפים לקבוצות הדתיות אינם חולקים עם הציבור החילוני את הערכים

52 שם, בעמ' 300: "אין בכוונתי לבחון את התיאוריות לגופן, אלא את המידה שבה 'מיוזג אופקים' עמן עשוי להעשיר את החשיבה על הבעיות הייחודיות של ישראל". בהמשך הדברים אסתייג ממתודה זו ואטען שלעתים אי אפשר לבחון התאמה לחברה או לתרבות ללא דיון נורמטיבי פנימי בתוכני התאוריה, לרבות התמודדות עם הטיעונים הפילוסופיים נגד תקפותה.

53 שם, בעמ' 310-318.

54 חשבו בהקשר זה על הדמיון לספרו של יוסי ביילין מדריך ליונה פצועה (רמי טל עורך, 2001), שנכתב עם פרוץ האינתיפאדה השנייה כתגובה נגד לתחושה בציבור כי הסכמי אוסלו קרסו ולנוכח המבוכה שאחזה בעקבות זאת בציבור התומכים בהסכמים הללו ובדרך שאותם הם משקפים.

55 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 319.

56 שם, בעמ' 225 ("מובן שעל בית המשפט להמשיך למלא את תפקידו כסוכן חשוב של ערכי הליברליזם בין מוסדות המדינה ובתרבות הפוליטית").

57 שם, בעמ' 137-144. לדיונים נוספים בעניינים הללו ראו: רות גביוון, מרכזי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000).

58 שם, בעמ' 225-226.

הליברליים ברמה האישית, עדיין הם יכולים וצריכים לתמוך ברב-תרבותיות הליברלית-הפוליטית ברמה המשטרית והמשפטית.⁵⁹ על-פי מאוטנר, משטר המושגת על ערכים יהודיים-דתיים אינו מאפשר לקהילות החילוניות לקיים אורח חיים המבוסס על ערכים ליברליים. לעומת זאת משטר המושגת על ליברליזם ניטרלי יאפשר לדתיים לקיים במישור האישי והקהילתי אורח חיים המבוסס על ערכיהם. משום כך, לדעתו, על הדתיים להסכים להשתתף המשטר והמשפט בישראל על משטר רב-תרבותי המיוסד על אדני הליברליזם הפוליטי הניטרלי.

ג. הליברליזם-הפוליטי הרב-תרבותי והקבוצות היהודיות דתיות בישראל

1. רקע אינטלקטואלי ומבוא לפרק

המודל המשטרי המוצע במשפט ותרבות בישראל בשם הקבוצה החילונית-ליברלית מבוסס כאמור על שני אדנים מרכזיים: (1) גישה רב-תרבותית הדוגלת בהרחבת האוטונומיה של הקהילות השונות במדינה; (2) השתתפות המרכז המדינתי על ליברליזם פוליטי ניטרלי שאינו נוקט עמדה לגבי הערכים וצורות החיים הראויות במישור הקהילתי והאישי. אף אם נניח לרגע להקשר הישראלי, שני הרכיבים המרכזיים של המודל שנויים במחלוקת קשה בספרות המשפטית והפילוסופית בנושא, מחלוקת המתקיימת לא רק בין תומכי הליברליזם ומתנגדיו אלא גם בקרב המחנה הליברלי עצמו.

"עקרון הביזור", המרחיב את האוטונומיה של קהילות המשנה, מעורר במקרים רבים את החשש שאוטונומיה כזו תוליך לפגיעה בזכויות הפרטים המשתייכים לקהילות מיעוט לא ליברליות. בשל חשש זה השיח הרב-תרבותי הליברלי נחלק בנושא האוטונומיה של קבוצות מיעוט לא ליברליות בין גישות המכונות "רב-תרבותיות עבה" לגישות המכונות "רב-תרבותיות דקה".⁶⁰ ה"רב-תרבותיות עבה" מדגישה את חשיבות הגיוון החברתי, את התרומה של קהילה, לרבות קהילה לא ליברלית, לזהותו האישית של הפרט⁶¹ ואת

59 שם, בעמ' 312 ("אני סבור שליברלים ישראלים צריכים להציע לדתיים חיים במדינה את הליברליזם הפוליטי של רולס כמסגרת משותפת לחשיבה על הסדרי היסוד שיחולו במדינה ולכינונם"). במידה רבה המהלך שמאוטנר מקבל על עצמו בהקשר זה מזכיר את מהלכו של RAWLS בספרו, לעיל ה"ש 30, בו מבקש הפילוסוף לשכנע קבוצות לא ליברליות בחברה האמריקנית להסכים בכל זאת להשתתף המשטר האמריקני על ערכים ליברליים.

60 ראו יעל תמיר "שני מושגים של רב תרבותיות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 79. ראו גם SHACHAR, לעיל ה"ש 24.

61 מרגלית והלברטל, לעיל ה"ש 38.

החובה המוטלת על ליברלים לכבד תרבויות לא ליברליות ולא לשפוט אותן על-פי אמות מידה חיצוניות להן. לכן גישה זו נכונה לסבול נורמות לא ליברליות בקרב קבוצת המיעוט.⁶² לפיכך התומכים ברב-תרבותיות עבה נכונים בדרך כלל לאמץ מדיניות המרחיבה את האוטונומיה של קהילות המיעוט, לרבות קהילות מיעוט לא ליברליות, ובלבד שתשמר זכות הכניסה והיציאה מן הקהילות הללו.⁶³ לעומת זאת "רב-תרבותיות דקה" נתמכת בדרך כלל על-ידי ליברלים כוללניים, המכונים לעתים פרפקציוניסטים, הרואים באוטונומיה של הפרט ערך מרכזי,⁶⁴ ועל-ידי פמיניסטים, החוששים לגורלן של נשים בקבוצות המיעוט.⁶⁵ גישה זו דורשת מן המדינה להגן על זכויות הפרט של החברים בקבוצות המיעוט ועל זכותם לשוויון, לכבוד ולהתפתחות אישית, גם במחיר של התערבות באוטונומיה של הקהילות שלהן משתייכים הפרטים הללו.⁶⁶ לכן גישות אלו מתנגדות למגמות של ביזור והגברת האוטונומיה הקהילתית ככל שתוצאת המגמות הללו תאפשר פגיעה ישירה או עקיפה בפרטים המשתייכים לאותן קהילות. כפי שהדיון בהמשך פרק זה ימחיש, המציאות הישראלית בכלל ויחסי דת ומדינה בפרט מספקים שלל מצבים שבהם נדרשת הכרעה בין הגישות השונות לרב-תרבותיות ולאוטונומיה קהילתית.

הליברליזם הפוליטי, המבקש לדלל את המרכז המדינתי, מותקף משני כיוונים ראשיים: ראשית, הוגים רבים, למשל כאלו המשתייכים לזרמים הקהילתיים,⁶⁷ טענו נגד

62 ראו בנושא זה למשל גד ברזילי "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית" עיוני משפט כו 587 (2004); in THE RIGHTS OF MINORITY CULTURES 228 (Will Kymlicka ed., 1995) (להלן: *Kukathas Are There any Cultural Rights?*).

63 ראו למשל *Kukathas Liberalism and Multiculturalism*, לעיל ה"ש 24, התומך ברב-תרבותיות עבה בכפוף לשימור זכות יציאה פורמלית לפרטים המשתייכים לקבוצות השונות.

64 ראו JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986) והשוו לכתבתו המאוחרת של רז הן ברב-תרבותיות וביחסה לערך האוטונומיה. ראו: Joseph Raz, *Multiculturalism: A Liberal Perspective*, in ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN 155 (Joseph Raz ed., 1994). עם זאת לפחות חלק מן הליברלים הפרפקציוניסטים תומכים בכל זאת ברב-תרבותיות עבה בשל סיבות פרקטיות הקשורות במגבלות ההתערבות של קבוצה אחת בחייה של קבוצה אחרת.

65 ראו Okin, לעיל ה"ש 24.

66 ראו נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפלייה בין המינים" עלי משפט ג 99 (2003). ראו גם זיוזו ברונר ויואב פלד "על אוטונומיה יכולות ודמוקרטיה ביקורת הרב תרבותיות הליברלית" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 114. ברונר ופלד סבורים שאי אפשר להגן על תרבויות ופרקטיקות לא ליברליות מנקודת מבט ליברלית. עוד ראו בהקשר זה: Madhavi, *Cultural Dissent*, 54 STAN. L. REV. 495 (2001).

67 ראו על כך למשל Shlomo Avineri & Avner De-Shalit eds., 1992); LIBERALISM AND ITS CRITICS (Michael J. Sandel ed., 1984); THE

רעיון המדינה הניטרלית. לטענתם, לצד התפיסות האישיות של כל אדם ואדם על המדינה לקדם ולשקף טוב משותף המגלם הן ערכים אוניברסליים מוחלטים⁶⁸ והן את המסורת של הקהילות המרכיבות את המדינה.⁶⁹ יתרה מזו, בקרב החשיבה הליברלית עצמה התפתח הזרם הכוללני, המכונה לעתים גם הפרפקציוניסטי, המתנגד בתוקף לרעיון המדינה הניטרלית וסבור כי על המדינה הליברלית לפעול ולקדם ערכים ליברליים כגון אוטונומיה של הפרט, שוויון, חשיבה ביקורתית ואת צורות החיים הנגזרות מערכים אלה.⁷⁰ נוסף על כך נטען כי אפילו אם הרעיון של ליברליזם ניטרלי היה ראוי, הוא אינו ניתן ליישום, שכן בסופו של דבר כל משטר בנוי על הכרעות ערכיות ועל הנחות בדבר דרך החיים הנכונה. ודאי שהסדרים משפטיים מדינתיים אינם ממוקדים רק בספירה הציבורית והם משקפים הכרעות ערכיות מרחיקות לא רק לגבי הספירה הציבורית אלא גם לגבי ערכים המנחים בני אדם בחייהם האישיים.⁷¹ על רקע זה סבורים ליברליים כוללניים-פרפקציוניסטים כי יש לזנוח את אשליית הניטרליות ולהשתית את המשטר הליברלי על קידום הערכים הליברליים בכל מישורי החיים.

מאוטנר, הבקיא עד מאוד בספרות המחקר בנושאים אלה, פורס בפני הקוראים של משפט ותרבות בישראל מגוון רחב של דעות ועמדות פילוסופיות-פוליטיות הן בהקשר של האוטונומיה הקהילתית, והן בהקשר של הניטרליות המדינתית.⁷² עדיין הבחירה במודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי אינה נשענת על הכרעה פילוסופית פנימית אודות תקפותם ומשקלם של השיקולים השונים שהועלו, אלא על השיקול החיצוני לפיו משטר

COMMUNITARIAN CHALLENGE TO LIBERALISM (Ellen F. Paul et al. eds., 1996). עוד ראו

Michael Walzer, *The Communitarian Critique of Liberalism*, 18 POL. THEORY 6 (1990).

68 ראו למשל MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE (2nd ed. 1998).

וכן Michael J. Sandel, *Morality and the Liberal Ideal*, 190 THE NEW REPUBLIC 15 (1984).

69 ראו למשל ALASDAIR C. MACINTYRE, AFTER VIRTUE – A STUDY IN MORAL THEORY (2nd ed. 1994).

70 ראו למשל GALSTON, LIBERAL PURPOSES, לעיל ה"ש 24, בעמ' 79-162.

71 לטענה כי אפילו אם הייתה ניטרליות מטרה ראויה עדיין אין מדובר במטרה אפשרית ראו: Larry

Alexander, *Liberalism, Religion, and the Unity of Epistemology*, 30 SAN DIEGO L. REV.

(1993) 763, 764. ראו גם את הביקורות האלה של ליברלים כוללניים על הליברליזם הניטרלי:

Stephen A. Gardbaum, *Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All*, 104

P. De ; 30 (1991) Galston, *Two Concepts of Liberalism*; HARV. L. REV. 1350.

(1998) 99 Marneffe, *Liberalism and Perfectionism*, 43 AM. J. JURIS. עוד ראו בעניין זה דני

סטטמן וגידעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות הדתיים" מחקרי משפט כא 5

(2004).

72 בהקשר הראשון (האוטונומיה הקהילתית) מאוטנר אינו מסתפק בסקירת העמדות הקיימות ומציע אף

דרך ייחודית משלו המכירה באוטונומיה הקהילתית אך מכפיפה אותה לנורמות אוניברסליות של

זכויות האדם וכבודו. ראו בהרחבה להלן ה"ש 97-108.

רב-תרבותי המבוסס על ליברליזם פוליטי הוא המתאים לישראל. לדעת מאוטנר משטר ליברלי-פוליטי רב-תרבותי יאפשר לדתיים שאינם שותפים לערכים הליברליים לקיים במישור האישי והקהילתי אורח חיים המבוסס על ערכיהם. משום כך, לדעתו על הדתיים להסכים לאימוצו בישראל.⁷³

בחלק זה נבחן אם מוצדקת הציפייה⁷⁴ של מאוטנר כי הציוויים הנורמטיביים הנגזרים מן המודל הליברלי-פוליטי רב-תרבותי שהוא מציע בשם הקבוצה החילונית יתקבלו גם על-ידי הקבוצה הדתית. כדי לבדוק שאלה זו נתייחס לשלוש תתי-קבוצות מרכזיות בקרב הקבוצה היהודית הדתית: החרדים האשכנזים, הציונים הדתיים וקבוצת היהודים הספרדים שומרי המסורת.⁷⁵ הדיון בתתי-הקבוצות הללו יחשוף כי חלק ניכר מן הטענות האוניברסליות נגד המודל הליברלי-רב-תרבותי-הפוליטי – כגון אי-ההגנה על יחיד הקהילה, הרצון של קבוצות שונות להשפיע על המרכז המדינתי ואי-ההתכנות של רעיון הניטרליות – רלוונטיות גם בהקשר הישראלי. נוסף ונטען כי במקרים רבים הטענות שהוטחו במודל והפתרונות שהוצעו בעקבותיהן, למשל הדרישה להכפפת האוטונומיה הקהילתית לדוקטרינת זכויות האדם כפי שהיא מפורשת בספר, לא רק שהם מחלישים את התוקף הפילוסופי-מוסרי הפנימי של המודל הם גם חותרים תחת הציפייה ה"חיצונית" של מאוטנר מן הקבוצות הלא ליברליות לאמצו משום שהוא מאפשר להן להמשיך באורח חייהן. במקרים אחרים הדיון ביחסים שבין הקבוצה החילונית לבין תתי-הקבוצות הדתיות יחשוף מצבים שבהם המודל הליברלי-רב-תרבותי מעורר קושי דווקא מנקודת המבט של הקבוצה הליברלית-חילונית. משום כך נטען כי למרות הניסיון

73 ראו לעיל ה"ש 59.

74 שימו לב כי בפנייה החיצונית של מאוטנר לדתיים משולבת למעשה טענה נורמטיבית – על הקבוצה הדתית לקבל את ההצעה ואת ההערכה העובדתית שאמנם מבוססת על הטענה הנורמטיבית אך אינה נגזרת ממנה אוטומטית, ולפיה יש סיכוי סביר שהדתיים יסכימו להצעה להשתתף את המשטר המדינתי על הליברליזם הרולסינאי ומשום כך יש טעם לפנות אליהם בהצעה מסוג זה.

75 מובן מאליו כי חלוקה זו, כמו כל חלוקה אחרת, אינה הכרחית, וכי בכל אחת מתתי-הקבוצות הללו קיימים גוונים וגוני גוונים. ראו בנושאים אלה למשל: יאיר שלג הדתיים החדשים – מבט עכשווי על החברה הדתית בישראל (2000); אביעזר רביצקי הקץ המגולה ומדינת היהודים – משיחות, ציונות ורדיקליזם דתי בישראל (1993) (להלן: רביצקי הקץ המגולה). בכל זאת הקבוצות הללו נבחרו הן בשל מרכזיותן בחברה הדתית והן בשל העובדה שכל אחת מהן מייצגת בעיה ייחודית באימוץ המודל הליברלי-פוליטי רב-תרבותי לישראל. חשוב לציין בהקשר זה כי גם הקבוצה החילונית היא קבוצה מגוונת, וכי גם ההתייחסות לקבוצה זו כיחידה אחת מחמיצה את הגוונים הקיימים בה. לזיהוי תתי-הקבוצה הרוסית כקבוצה ייחודית בחברה החילונית בישראל בכל הקשור לשאלות של דת ומדינה ראו DAPHNE BARAK-EREZ, OUTLAWED PIGS 83 (2007), המתארת את התפקיד של העלייה הרוסית בנוגע למאבק על החזיר בישראל. ראו באופן כללי על מורכבותה של החברה הישראלית ועל הקבוצות המרכיבות אותה: SULTAN TEPE, BEYOND SACRED AND SECULAR: POLITICS OF RELIGION IN ISRAEL AND TURKEY (2008).

שובה הלב של משפט ותרבות בישראל לחמוק מהכרעה פילוסופית פנימית בין המודלים השונים אי אפשר לבסס טענת התאמה לישראל של מודל זה או אחר ללא התמודדות פילוסופית פנימית עם הביקורת על המודל.

לצד הדיון בביקורות האוניברסליות על המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי, הדיון בישימות המודל בקבוצות הדתיות בישראל יעורר שתי בעיות נוספות שהספרות המשפטית-פילוסופית-פוליטית הקיימת מיעטה לתת עליהן את הדעת: ראשית, נציע כי יש לבחון הגבלות מסוימות על אפשרות המיעוט להשפיע על חיי הרוב ולעצבן כתנאי למתן אוטונומיה למיעוט. נוסף על כך נטען כי השיח הרב-תרבותי מתאים ליחסים בין קבוצות מוגדרות היטב אך קשה ליישום כאשר הקבוצות אינן מאובחנות, ובמיוחד כאשר קיים ויכוח על צביוןן וזהותן.

2. החרדים האשכנזים וגבולות האוטונומיה של קהילות המיעוט

האידאולוגיה החרדית⁷⁶ אופיינה על-ידי אבי רביצקי כגלות בארץ הקודש.⁷⁷ לאמור, מנקודת המבט החרדית למדינת ישראל כמדינה יהודית אין ערך דתי. משום כך לחרדים, לפחות על-פי האידאולוגיה המסורתית שאפיינה אותם, אין עניין להשפיע על צביונה של המדינה ועל סמליה. במונחים של השיח הרב-תרבותי המרכז המדינתי אינו מעניינם של החרדים. לעומת זאת ליחסי מרכז ופריפריה חשיבות עצומה מנקודת המבט החרדית. החרדים מעוניינים לנהל את חייהם כקהילה סגורה, ומשום כך הסדר שיאפשר להם אוטונומיה קהילתית, ובכלל זה יאפשר להם מערכת חינוך ושפיטה עצמאית, הוא הסדר מבורך. באופן כללי החרדים מעוניינים למנוע ככל האפשר חשיפה חיצונית לנורמות חילוניות כגון חילול שבת בפרהסיה, אוכל לא כשר, תמונות לא צנועות ומגע אסור בין גברים לנשים. לכן הם יתעקשו על מגורים נפרדים, יבקשו למסד הסדרי תחבורה שנהוגה בהם הפרדה בין גברים לנשים, ידרשו לחסום כבישים בשבתות באזורי מגוריהם ויעמדו

76 כמו כל הקבוצות הנדונות במחקר כזה, גם תת-הקבוצה החרדית-אשכנזית, מורכבת מקבוצות משנה רבות כגון חסידים לסוגיהם, מתנגדים, העדה החרדית בירושלים ועוד. לצורכי הרשימה הנוכחית אני מתייחס בביטוי חרדי-אשכנזי לציבור המזוהה פוליטית עם אגודת ישראל ודגל התורה, המתאחד בדרך כלל בתלבושת ייחודית, נמנע ברובו המכריע משירות בצבא, וחלק נכבד ממנו אף אינו משתתף (לפחות באופן רשמי) בשוק העבודה. לדיונים מעמיקים יותר במאפייני החברה החרדית ראו רביצקי הקץ המגולה, לעיל ה"ש 75, פרק רביעי. מנחם פרידמן החברה החרדית – מקורות, מגמות ותהליכים 13-6 (1991) (להלן: פרידמן החברה החרדית) מתאר כמה מאפיינים של החברה החרדית ובכלל זה התבדלות, הקפדה בקיום מצוות, גאו שמרנות, התנגדות לצינונות החילונית וכיו"ב.

77 ראו רביצקי הקץ המגולה, לעיל ה"ש 75, פרק רביעי. ראו גם פרידמן החברה החרדית, לעיל ה"ש 76, בעמ' 9-10. לניתוח היסטורי מעמיק של קולות שונים ורבידים שונים ביחסה של אגודת ישראל למדינה ולצינונות ראו גם: יוסף פונד פרוד או השתתפות – אגודת ישראל מול הצינונות (1999); מנחם פרידמן "מדינת ישראל כדילמה דתית" אלפיים 24, 3 (1991).

על איסור על מכירת אוכל לא כשר באזורים חרדיים. ודאי וודאי שהם יתנגדו שילדיהם ישרתו בצבא וייחשפו לנורמות החילוניות השוררות בו.⁷⁸ אכן, כפי שראינו בדיוק בנושאים הללו, הליברליזם הרב-תרבותי חורג מן הליברליזם האינדיבידואלי ומאמץ את העמדות החרדיות.⁷⁹ העסקה שמציעה אפוא הרב-תרבותיות לחילונים ולחרדים היא חיה ותן לחיות! לאמור, החילונים יאפשרו לחרדים לקיים את אורחות חייהם, והחרדים יותירו את השליטה המרכזית במדינה בידי הקבוצה החילונית-ליברלית. לכן במבט ראשון נראה שהמודל הליברלי הרב-תרבותי מתאים מאוד ליחסים שבין הקבוצה החילונית לחרדים האשכנזים.⁸⁰

ברם, עיון מעמיק יותר יגלה שתי בעיות קשות באימוץ הליברליזם הרב-תרבותי כבסיס להסדרת יחסי חרדים וחילונים בישראל. בעיה אחת עוסקת במתח שבין האוטונומיה הקהילתית למחויבות הליברלית ליחיד הקהילה החרדית. הבעיה השנייה קשורה במצבים שבהם קהילת המיעוט דורשת אמנם אוטונומיה עבור עצמה אך לצד זאת מבקשת להשליט את ערכיה על הציבור הרחב.

(א) אוטונומיה קהילתית וזכויות יחיד הקהילה

הבעיה הראשונה שמעורר המודל הליברלי-הרב-תרבותי קשורה למידת האוטונומיה שתינתן לקהילות החרדיות. בעיה זו מתעוררת במיוחד כאשר הקהילות הללו יבקשו לאפשר להן לקיים פרקטיות לא ליברליות כגון חינוך חד-ממדי ולא סובלני, הדרת נשים מתפקידים בקהילה, שיפוט מפלה בענייני נישואים, דיני גירושים המגבילים את זכות היציאה הליברלית, הפרדה בין גברים לנשים בתחבורה הציבורית⁸¹ ועוד. כפי שראינו, השיח הרב-תרבותי הליברלי נחלק בנושא היחס לקבוצות מיעוט לא ליברליות בין גישות המכונות "רב-תרבותיות עבה", המכבדות גם את האוטונומיה של קהילות לא ליברליות,

78 על הדרכים שבהן מתבדלים החרדים ראו יוסף שלהב עירה בכרך, גיאוגרפיה של התבדלות והשלמה (1991); פרידמן החברה החרדית, לעיל ה"ש 76, בעמ' 115-161.

79 ראו לעיל ה"ש 36-40, שם דנתי בהבנה הליברלית הרב-תרבותית לדרישות החרדיות למגורים נפרדים, חסימת כבישים, שלילת אוכל לא כשר, אי-גיוס לצבא וכיו"ב. ראו גם אלון הראל ואהרון שנוך "הפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" עלי משפט ג 71 (2003), התומכים בעמדה החרדית גם בנקודה זו. אולם השוו רימלט, לעיל ה"ש 66, המתנגדת להפרדה בתחבורה הציבורית.

80 במובנים רבים דרישותיו וצרכיו של הציבור החרדי מזכירים את תביעותיהם של מיעוטים לאומיים, כגון המיעוט הקטלוני והבסקי בספרד, ושל עמים ילידים כגון אינדיאנים ואינואיטים בקנדה ואבוריג'ינים באוסטרליה, להכרה בתרבותם הייחודית ואפילו במתן שלטון עצמאי. הוגים רב-תרבותיים אכן מחילים את השיח הרב-תרבותי, על הדרישות הללו, ראו בעיקר KYMLICKA, לעיל ה"ש 24.

81 למחלוקת בעניין האחרון ראו לעיל ה"ש 79.

לגישות המכוננות "רב-תרבותיות דקה", שאינן מוכנות להפקיר את יחיד הקהילה בשם הזכות לאוטונומיה קהילתית.⁸²

בדונו בנושא זה כמשפט ותרבות בישראל מצביע מאוטנר על הקשיים המעשיים שבהכפפת הפרקטיקות התרבותיות של קבוצות מיעוט לתכנים השאובים מהתאוריה הליברלית שהיא חיצונית לקבוצות הללו.⁸³ מאוטנר מבקש לעקוף קושי זה באמצעות הצעתן של דוקטרינות אוניברסליות של זכויות אדם⁸⁴ ושל אנושיות,⁸⁵ שרק אותן יש לכפות גם על קהילות מיעוט לא ליברליות. הוא מדגים את משמעותה המעשית של עמדה זו בכך שהוא מציע להגביל את האוטונומיה הקהילתית חרדית במקרים שבהם זכויות האדם האוניברסליות נפגעות או במצבים שבהם האנושיות של המשתייכים לקהילה החרדית נפגעת.⁸⁶

מאוטנר סבור כי הצעותיו מכוננות גישת ביניים בין ה"רב-תרבותיות העבה" ל"רב-תרבותיות הדקה".⁸⁷ אולם בחינת היישומים הקונקרטיים המוצעים בספר בנושא זה מגלה כי בפועל הספר מאמץ רב-תרבותיות רזה,⁸⁸ הפוגעת מאוד ביכולתן של קהילות חרדיות לשמר את האוטונומיה שלהן ואת צורת חייהן. מאוטנר מציע למשל התערבות מדינתית בתוכני החינוך שמעניקות הקבוצות השונות, לרבות הקבוצה החרדית, תוך עמידה על חינוך להכרת האחר, מפגשים עמו וכיבוד עמדותיו.⁸⁹ נוסף על כך הוא דורש שילוב נשים כדיינות⁹⁰ וכחברות כנסת מטעם המפלגות החרדיות⁹¹ ומאיים להפסיק את ההכרה המדינתית במפלגות הללו אם הדרישות הללו יושבו ריקם.⁹²

באופן אישי אני תומך הן בחינוך דתי-ליברלי-פלורליסטי והן בשילוב נשים דתיות בתפקידי שפיטה והנהגה. עם זאת מנקודת המבט הרב-תרבותית השאלה איננה אם מהלך מסוים ראוי בעיני המדינה או בעיני ההוגים הליברליים שבה, אלא עד כמה נכונה קבוצת

82 ראו לעיל ה"ש 61-67.

83 ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 401.

84 שם, בעמ' 400-410.

85 שם, בעמ' 410-414.

86 שם, בעמ' 414-417.

87 שם, בעמ' 401.

88 השוו Hanoch Dagan, *A Liberal After All*, 9 THEORETICAL INQUIRIES L.F. 81 (2008).

services.bepress.com/tilforum/vol9/iss2/art5, הסבור כי ניסיונו של מאוטנר לבדל את דוקטרינת

זכויות האדם וכבודו מהחשיבה הליברלית הקלסית אינו עולה יפה, ושכסופו של דבר ההסדרים שמאוטנר מציע יחילו ערכים ליברליים גם על מי שאינם כאלה.

89 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 325.

90 שם, בעמ' 416.

91 שם.

92 שם.

הרוב לאפשר לקבוצת מיעוט לארגן את חייה על-פי ערכיה ותפיסותיה.⁹³ דרישותיו של מאוטנר מן החרדים בנושאים של חינוך פלורליסטי ושילוב נשים בתפקידי שפיטה והנהגה דתית חורגות חריגה דרמטית מן הדרך שבה קהילות חרדיות מנהלות כיום את חייהן, ומשום כך מנקודת המבט החרדית אימוץ ההצעות הללו הוא לא פחות מהכרזת מלחמה על זהותם הייחודית. למשל, חלק ניכר מן החינוך החרדי והדתי מבוסס על השרשת האמונה כי יסודות מסוימים, כגון קיום האל, מתן תורה מן השמים והחובה לשמוע בקול החכמים, הם אמיתות מוחלטות שאינן ניתנות לערעור. חינוך זה מציג את החילונים ואת החילוניות כביטוי לאפיקורסות⁹⁴ או לחוסר ידע (במונח ההלכתי "תינוק שנשבה")⁹⁵ אך לא כעמדה שוות ערך לעמדה החרדית. לכן הדרישה לשלב במערכת החינוך החרדית ערכים של סובלנות, פלורליזם וכבוד לדעותיו של האחר, כמו גם הדרישה למפגשים בין חרדים לקבוצות אוכלוסייה אחרות, חותרת תחת היסודות העמוקים ביותר של דרכי החינוך החרדי. בדומה לכך, הדרישה לשילוב נשים בתפקידי שפיטה והנהגה חורגת חריגה בוטה מחלוקת התפקידים המושרשת בין גברים ונשים בחברה החרדית.⁹⁶

ברמה הפילוסופית והאינטלקטואלית חורגת ההצעה שבספר משפט ותרבות בישראל בנושאים הללו מן הליברליזם הפוליטי ומעקרונות הביזור הניטרליים ומאמצת עמדה הקרובה בהרבה לעמדות הליברליות הכוללניות, הנכונות לכפות ערכים ליברליים לא רק במישור הציבורי אלא גם במישור הפרטי והקהילתי. כשלעצמי אינני משוכנע שהיישומים שמאוטנר מציע בדבר הקהילה החרדית משקפים איוון נכון בין ליברליזם

93 לתמיכה בהכרה נרחבת בזכויות של קהילות לנהוג על-פי הערכים שלהם ראו למשל: Barzilai, *Courts as Hegemonic Institutions*, לעיל ה"ש 15; CHARLES TAYLOR, *POLITICS OF* RECOGNITION (1994); *Kukathas Are There any Cultural Rights?*, לעיל ה"ש 62.

94 ראו יעקב מלכין "השפעת אפיקורוס היווני ואפיקורוסים יהודיים על היהדות" תרבות היהדות החילונית 91-153 (יעקב מלכין עורך, 2006).

95 ראו מנחם אדלר בינה ודעת: הלכות מחללי שבת בזמנינו, בירור גרדי תינוק שנשבה, הלכה והנהגה לבעלי תשובה (2008); אביעזר רביצקי חירות על הלוחות 229-232, 128-133 (1999); יואל בן נון "קהל שוגג ומי שחזקתו שוגג או טועה" אקדמות י' 225 (התשס"א).

96 ראו בלה ליוש בין שומרת סף לסוכנת שינוי: נשים חרדיות בתחומי השכלה, פרנסה ופנאי, באור התיאוריה המעוגנת בשדה (2007); הרצליה בר-און "משפט ותרבות בישראל: מעמדה של האשה החרדית – הלכה למעשה" חמדעת 1, 104 (התשנ"ז). מאוטנר מתפלמס בהקשר זה עם הרציונלים החרדיים להדרת נשים מן התפקידים הללו תוך שהוא מצביע על כישרונן המוכח של נשים בלימוד תורה כפי שהדבר בא לידי ביטוי באוניברסיטאות. ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 415. אולם סוג זה של פולמוס אובייקטיבי לכאורה עם הקהילה החרדית מנוגד לעצם החשיבה הרב-תרבותית, המכירה לא רק בטיעונים אנליטיים ואובייקטיביים מופשטים אלא גם בזהות התרבותית השונה של קהילות וחבריהן.

לרב-תרבותיות.⁹⁷ למשל, הניסיון לקעקע את דרכי החינוך החרדיות חותר תחת הרצון של הגישות הרב-תרבותיות לכבד את זכותו של כל אדם לשימור תרבותו הספציפית.⁹⁸ לכן בתחום החינוכי אפשר להסתפק בקביעת תכנית ליבה הכוללת מיומנויות שפתיות, מדעיות וטכנולוגיות ובדרישה להיכרות בסיסית עם ההיבטים הפרוצדורליים של הדמוקרטיה הישראלית.⁹⁹ הצעות אלה אינן חותרות תחת היסודות הערכיים של החינוך הדתי-חרדי, ומשום כך הן יעוררו התנגדות מעטה משיעורו ההצעות לשילוב ערכים ליברליים-פלורליסטיים ומפגשים עם קבוצות חיצוניות במסגרת החינוך החרדי. נוסף על כך, אם תתווסף להצעות הללו הכשרה מקצועית לחרדים המעוניינים להשתלב בשוק העבודה, הן יגשימו באופן טוב יותר את הדרישה הליברלית מן הרב-תרבותיות – לאפשר זכות יציאה מהותית לחברי הקהילות השונות – שכן במצב הקיים תלמיד במערכת הלימודים החרדית איננו מקבל כלים שיוכל בעזרתם להשתלב בעולם העבודה, ולפיכך, אפשרות היציאה הופכת לתאורטית בלבד בשבילו.¹⁰⁰ בדומה לכך, אני סבור כי זכותה של קהילה לבחור את נציגיה היא זכות יסודית של קהילה כמעט בכל דגם של חשיבה רב-תרבותית, ועל כן הגבלת זכות זו בעייתית אפילו מנקודת מבט דמוקרטית כללית, לא כל שכן מנקודת מבט רב-תרבותית. יתרה מזו, לטעמי, אם סמכות השיפוט של בתי הדין הדתיים הייתה מופנית רק לחברי קהילה דתית שהסכימו לכך,¹⁰¹ הרי שמנקודת המבט הרב-תרבותית אין להתנות את ההכרה המדינתית בפסקי הדין של טריבונלים קהילתיים הדנים בחברי קהילתם, בהסכמתם,¹⁰² בהתערבות בזהות השופטים היושבים בבתי הדין הללו.

לפיכך נראה לי כי תחת מודל רב-תרבותי על המדינה להתמקד בהגנה על זכות הכניסה והיציאה של הפרטים לקהילות הללו ולמנוע מצב של פגיעות חמורות ביחידים

97 לגישה התומכת בהרחבת האוטונומיה של הקהילה החרדית ראו ברוזילי, לעיל ה"ש 62.

98 ראו מרגלית והלברטל, לעיל ה"ש 38.

99 לגישה קרובה ראו: WILLIAM A. GALSTON, LIBERAL PLURALISM – THE IMPLICATION OF VALUE PLURALISM FOR POLITICAL THEORY AND PRACTICE (2002).

100 על זכות היציאה כזכות יסוד ליברלית ראו Kukathas Are There any Cultural Rights?, לעיל ה"ש 62; Hanoch Dagan & Michael Heller, *The Liberal Commons*, 110 YALE L.J. 549 (2001).

101 בנקודה זו חשוב להדגיש כי מאוטנר מציין את העובדה שבתי הדין הדתיים ממומנים על-ידי המדינה כסיבה להתערבות פנימית. לטעמי, לו הייתה סמכות בתי הדין הרבניים מוגבלת רק לבני קהילתם, כי אז מנקודת מבט רב-תרבותית עצם המימון לא היה סיבה מספקת להתערבות בזהות הדיינים. לעומת זאת, כפי שאסביר בהרחבה בחלק הבא, לדעתי אין הצדקה רב-תרבותית להכפפת בני אדם חילוניים לשיפוטם של בתי הדין הדתיים. הבעיה במצב הקיים אינה אפוא המימון אלא השלטת השיפוט הדתי על אנשים שאינם חברי קהילה דתית. בבעיה זו נעסוק בהרחבה בסעיף הבא.

102 לדין העקרוני בהכרת המדינה בטריבונלים משפטיים לא מדינתיים, סוגיה המוכרת כשאלת הפלורליזם השיפוטי, ראו להלן ה"ש 108.

הללו. לעומת זאת אל למדינה להתערב בזהות ההנהגה של קבוצות המיעוט בכלל ושל הקהילה החרדית בפרט.

עד כה טענתי כי היישומים המוצעים במשפט ותרבות בישראל בעניין דרכי החינוך ומינוי שופטות ונציגות פוליטיות הם בעייתיים אפילו מנקודת המבט הרב-תרבותית החילונית הפנימית.

אולם ודאי שההצעות הללו חותרות תחת הפנייה החיצונית של מאוטנר לחברה החרדית לאימוץ המודל הליברלי הרב-תרבותי. כזכור, טענתו של מאוטנר הייתה כי משטר ליברלי הוא היחיד המתאים לחברות רב-תרבותיות, שכן משטר ליברלי יאפשר לדתיים לקיים משטר קהילתי דתי, ואילו משטר דתי ימנע מאדם חילוני לנהל אורח חיים ליברלי. אולם בניגוד לטענה זו ההצעות הקונקרטיות של משפט ותרבות בישראל בתחום החינוך, השפיטה וההנהגה הפוליטית חושפות כי כשם שמשטר דתי מאיים על קיום אורח חיים חילוני, כך גם משטר ליברלי המחויב לערכים של אוטונומיה, זכויות הפרט ושוויון טומן בחובו איום ליכולת של קהילות חרדיות להמשיך ולהחזיק באורח חייהן. משום כך אין זה סביר לצפות שהצעות משפט ותרבות בישראל בתחומים הללו יהפכו לעיקרון משטרי מוסכם.

(ב) בין אוטונומיה קהילתית לכפיית הרוב על-ידי המיעוט

עד כה הצגתי את הקושי של קהילות מיעוט לא ליברליות בכלל ושל הקהילה החרדית בפרט לאמץ את המגבלות הליברליות המוטלות עליהן במסגרת המודל הליברלי הרב-תרבותי. כעת ברצוני לפנות לבעיה אחרת, הפוכה במידה רבה, החושפת את הסכנות שבמודל מנקודת מבטה של קבוצת הרוב – החילונית-ליברלית. סכנה זו קשורה במצבים שבהם קבוצת המיעוט מבקשת להשליט את ערכיה על קבוצת הרוב.

לצורך זאת ברצוני לשוב ולעיין בתיאור הקונבנציונלי של החברה החרדית-אשכנזית כחברה המרוכזת בניהול ענייניה הפנימיים אך אין לה עניין להשפיע על המרכז המדינתי בישראל. מסתבר כי תיאור זה אמנם משקף קולות מסוימים שהייתה להם דומיננטיות – אף כי לא בלעדיות – במסורת החרדית,¹⁰³ אך הוא רחוק מלשקף את ההתנהלות והתודעה החרדית כיום,¹⁰⁴ כמו גם את ההסדרים המשפטיים הנוהגים בישראל דהיום. אכן, גם כיום מבקשים החרדים לשמר את האוטונומיה הניתנת לחברי קהילתם. אולם לצד הדרישה העומדת בעינה לשימור האוטונומיה הקהילתית החרדית, חלק ניכר מן המאבקים החרדיים בישראל והישגיהם הפוליטיים בתחומים של נישואים וגירושים,

103 ראו פונד, לעיל ה"ש 77, המתאר את המתח בין ההשתתפות לפירוד בהנהגה החרדית החל מימי הציונות ועד הקמת המדינה.

104 ראו רביצקי הקץ המגולה, לעיל ה"ש 75, המתאר את המפנה בהתנהגות החרדית בעשורים האחרונים ואת המתח שבינו לבין ההשקפה האידאולוגית החרדית המסורתית. ראו עוד את אוסף המאמרים: חרדים בישראל – השתלבות בלא טמיעה? (עמנואל סיוון וקימי קפלן עורכים, 2003).

גיור, כשרות, שמירת שבת, מניעת הפלות וכיוצא באלו, אינם נוגעים להתנהלות הקהילות החרדיות אלא להשלטתן של נורמות דתיות על כלל הציבור בישראל. למשל: להלכה, אף כי לא תמיד למעשה, אסורה פתיחתם של בתי קולנוע, חנויות מסחריות ותחבורה ציבורית – לא רק בשכונות החרדיות אלא בכל רחבי המדינה. בתחום הנישואים והגירושים השיטה הנוהגת בישראל מחייבת כל יהודי, ולא רק אדם דתי או חרדי, להינשא ולהתגרש בנישואים/גירושים דתיים.¹⁰⁵ אינני חושב שחשיבה רב-תרבותית הממוקדת בזכותה של קהילה לאוטונומיה יכולה להצדיק מצב שבו אדם חילוני לא יוכל להתחתן בדרך חילונית, או שהזכות להינשא תימנע ממנו בשל איסורים דתיים שאינם חלק מאמונתו.¹⁰⁶ בדומה לכך, בתי הדין הרבניים בישראל שולטים לא רק בענייני הנישואים והגירושים של יהודים אלא גם באלה של חילונים. אמנם אפשר לטעון, ובצדק, כי ביקורת זו צריכה להיות מכוונת אל המצב המשפטי הנוהג בישראל אשר אינו משקף בנושא זה את התאוריה הליברלית הרב-תרבותית.¹⁰⁷ על-פי גישה זו, על המודל הרב-תרבותי לאפשר לקהילות חרדיות אוטונומיה, לרבות אוטונומיה שיפוטית לגבי חברי קהילתן,¹⁰⁸ אך אין הוא יכול לאפשר להן להשליט נורמות דתיות על חברי קבוצת הרוב.¹⁰⁹

אולם מנקודת המבט הרב-תרבותית, יחסי חרדים וחילונים בישראל מעוררים בעיה עמוקה יותר משאלת הכפייה הדתית במובנה הצר. לטעמי, לפחות בנושאים מסוימים דרישתה של קבוצת המיעוט מקבוצת הרוב לאוטונומיה קהילתית מחייבת הטלת מגבלות

105 לביקורת על מצב זה ולהצעת דרכים לפתרונן ראו שחר ליפשיץ ברית זוגיות (2006) (להלן: ליפשיץ ברית זוגיות); פנחס שיפמן מי מפחד מנישואים אזרחיים (2000).

106 ראו ליפשיץ ברית זוגיות, לעיל ה"ש 105.

107 על נושא זה מעיר גם מאוטר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 326. ראו עוד רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (1997) (להלן: הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל").

108 הגישה המכירה בטריבונלים משפטיים קהילתיים שאינם פועלים מכוח סמכות המדינה מכונה בעגה פלורליזם שיפוטי, ראו למשל Sally Engle Merry, *Legal Pluralism*, 22 L. & SOC. REV. 869 (1988); Ann Laquer Estlin, *Embracing Tradition: Pluralism in American Family Law*, 63 MD. L. REV. 540 (2004); ראו עוד הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל", לעיל ה"ש 107. אולם ראו אפילו בהקשר של האוטונומיה השיפוטית הפנימית את הוויכוח בין רות הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל (בעקבות מאמרו של יששכר רוזן-צבי 'סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי') עיוני משפט כג 559 (2000) לבין יששכר רוזן-צבי 'סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי' עיוני משפט כג 539 (2000). עוד ראו לאחרונה את ביקורתו של ידידיה שטרן על הרחבת סמכותם של בתי הדין הפרטיים: ידידיה שטרן "מאמר דעה: אוטונומיה משפטית לדתיים?" www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/168.aspx (2010).

109 השוו חיים כהן "כפייה דתית בישראל" ספר ברנזון כרך ב 297 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, (2000).

על כוחה של קבוצה המיעוט לפעול ולהשפיע בתחומים שיש להם נגיעה לכלל החברה.¹¹⁰ קחו למשל את נושא השירות הצבאי. מאוטנר וגם כותבים אחרים תומכים בפטור לבני ישיבות משירות צבאי מטעמים רב-תרבותיים.¹¹¹ אני נוטה לתמוך בפטור זה. עם זאת, לפחות בעבר מיקדו המפלגות החרדיות את פעילותן בצורכי קהילותיהן או בהגנת הדת באופן כללי. לעומת זאת, בשנים האחרונות רבנים ופוליטיקאים חרדים מביעים עמדות, ולעתים מכריעים באמצעות הנחיות לשלוחיהם, בנושאים צבאיים ומדיניים, ואינני סבור כי אפשר לשלול מהציבור החרדי את זכות ההשתתפות בהכרעות בנושאים הלאומיים הללו. אולם השילוב של פטור לציבור החרדי משירות צבאי מטעמי אוטונומיה קהילתית עם מעורבות גוברת של ציבור זה בקביעת היעדים הלאומיים והצבאיים של ישראל – עדיין צורם. לכן נדמה לי כי ההגבלות העצמאיות שהטיל על עצמו הציבור החרדי בעבר בנושא השתתפות בהכרעות לאומיות ביטחוניות, למשל באמצעות הדרה עצמית מישיבה בממשלה, תואמות את המודל הרב-תרבותי האוטונומי יותר מאשר את המצב הקיים. אולם גם אם נניח לקונפליקט הנקודתי בין היעדר שירות צבאי לבין מעורבות גוברת בנושאי ביטחון אני סבור כי מתעוררת שאלה כללית בדבר המתאם שבין דרישתה של קבוצת המיעוט לאוטונומיה, למשל באמצעות מגורים נפרדים וחינוך עצמאי, לבין יכולתה של קבוצה זו לפעול ולהשפיע על קבוצת הרוב, בין היתר באמצעות התפשטות חרדית לשכונות חילוניות¹¹² או באמצעות עיסוק ישיר ועקיף בהחזרה בתשובה. הספרות הקונבנציונלית בנושא רב-תרבותיות בארץ ובעולם ממעטת לעסוק בשאלות הללו, אולם לטעמי נדרשת חשיבה יסודית ומחודשת בנושא היחס שבין הדרישה של מיעוט לאוטונומיה לבין הגבלת יכולת השפעתו והתפשטותו.¹¹³

110 אולם השווה ANNA ELISABETTA GALEOTTI, TOLERATION AS RECOGNITION (2002) (תומכת בזכותה של קבוצת המיעוט להשפיע על המרכז המדינתי ולייצוג בו). עם זאת גלוטי מתמקדת בעיקר, אך לא רק, בהיבטים הסמליים. מלבד זאת היא לא דנה במתח שבין הדרישה לאוטונומיה והתנתקות לבין הדרישה להשפעה על הרוב.

111 ראו לעיל ה"ש 37.

112 ראו את תיאורם המרתק של יוסף שלהב ומנחם פרידמן התפשטות תוך הסתגרות: על הקהילה החרדית בירושלים (1985).

113 כך למשל מרבית הספרות העוסקת ברב-תרבותיות עוסקת בזכות של קהילות מיעוט למגורים נפרדים. ראו בנבישתי "נפרד אבל שווה", לעיל ה"ש 36. לעומת זאת מעטים הם הדיונים בשאלת יכולתו של הרוב לדרוש מגורים נפרדים. ראו בעניין זה זילברשץ, לעיל ה"ש 36. שאלה אחרת היא אם אפשר להשוות בין דרישה של בתי ספר דתיים ממורים לקיים אורח חיים דתי לדרישה דומה של בתי ספר חילוניים כי רק מורים חילוניים יתקבלו לעבודה. אינני משוכנע שבשני המקרים שאותם ציינתי (מגורים וחינוך) קיימת סימטריה מלאה בין צורכי הרוב והמיעוט ובין הצרכים הדתיים והחילוניים. אולם עדיין נדרשת מחשבה מעמיקה בשאלה מהן המגבלות שלגיטימי להטיל על קבוצת מיעוט המבקשת אוטונומיה קהילתית.

3. הציונים הדתיים והמרכז הליברלי

שלא כגישה החרדית המסורתית המתבודדת, הציונות הדתית¹¹⁴ הדגישה מאז ומעולם את השותפות שבינה לבין הציונות החילונית.¹¹⁵ ואכן, במשך שנים התקיימה ברית היסטורית בין תנועת העבודה לבין הציונות הדתית.¹¹⁶ ברית זו נסדקה בעשורים האחרונים, בין היתר, בשל עליית "גוש אמונים"¹¹⁷ ועליית הקו החרדי-לאומי¹¹⁸ בקרב הציונים הדתיים,¹¹⁹ ובד בבד היחלשות ההגמוניה של תנועת העבודה. עם זאת בני הציונות הדתית משרתים בצבא, רוכשים מקצועות חופשיים ומכירים ברמה זו או אחרת את העולם המערבי ואת הערכים שבבסיסו.¹²⁰ על רקע עניינים אלה תולה מאוטנר תקווה רבה בחידוש שיתוף הפעולה שבין החילונים הליברליים לבין חברי הציונות הדתית ובמיוחד עם הציונים הדתיים הליברליים.¹²¹

בדומה למאוטנר, רבים מן הציונים הדתיים מבקשים אף הם לחדש את שיתוף הפעולה או לפחות את הדיאלוג עם הקבוצה הליברלית החילונית.¹²² חרף הרצון המשותף אני חושש שבדומה לקבוצה החרדית, אף כי לא מסיבותיה, גם לקבוצה הציונית-דתית יהיה קשה לקבל את ההצעות הנורמטיביות של משפט ותרבות בישראל כבסיס מוסכם למשטר ולמשפט בישראל.

כזכור, משפט ותרבות בישראל מציע לחזק את האוטונומיה של הדתיים כקהילה באמצעות עקרון הביזור. לצד זאת מציע הספר לדלל ככל האפשר¹²³ את השפעתם של

114 על הציונות הדתית ראו 100 שנות ציונות דתית (אבי שגיא ודב שוורץ עורכים, 2004); דב שוורץ הציונות הדתית: תולדות ופרקי אידיאולוגיה (2003) (להלן: שוורץ הציונות הדתית); שלג, לעיל ה"ש 75; מיכאל צבי נהוראי למהותה של הציונות הדתית בשבילי התחייה ג (1989); דב שוורץ אמונה על פרשת דרכים: בין רעיון למעשה בציונות הדתית (1990) (להלן: שוורץ אמונה על פרשת דרכים).

115 שוורץ הציונות הדתית, לעיל ה"ש 114, בעמ' 18 וכן CHARLES LIEBMAN & ELIEZER DON, YEHIYA, CIVIL RELIGION IN ISRAEL (1983), המאפיינים את יחסה של הציונות הדתית לחילוניות בדפוס הסוציולוגי של התרחבות.

116 ראו שוורץ הציונות הדתית, לעיל ה"ש 114, בעמ' 99-114.

117 על עליית גוש אמונים ראו צבי רענן גוש אמונים (1980); דני רובינשטיין מי לה' אלי: גוש אמונים (1982).

118 לשורשים ההיסטוריים של הזרם החרדי-לאומי ראו שוורץ הציונות הדתית, לעיל ה"ש 114, בעמ' 48-40.

119 שם, בעמ' 125-136 וכן מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 185.

120 שם, בעמ' 339.

121 שם בעמ' 319.

122 על הדיאלוג המתהווה בישראל שלאחר רצח רבין בין דתיים לחילוניים ראו לעיל ה"ש 45-49.

123 עם זאת מאוטנר מכיר בכך שדילול מוחלט של המרכז אינו אפשרי ועל כן הוא מציע את ציווי האקספרסיביות שבמסגרתו על משפט המדינה לשקף בכל זאת ערכים של הקבוצות השונות במדינה.

הערכים היהודיים-דתיים על המרכז המדינתי, וחרף זאת להשתית את המרכז המשפטי והמשפטי על ליברליזם פוליטי "ניטרלי" מבית מדרשו של הפילוסוף ג'ון רולס.¹²⁴ במישור המשפטי מציע הספר אפוא לשמר את תפקידו של בית המשפט העליון כסוכן ליברלי¹²⁵ עד כדי חסימה מוחלטת של כניסתם של שופטים לא ליברליים לבית משפט זה.¹²⁶ מלבד זאת, לאור רצונו לחזק את זיקתו של המשפט הישראלי למשפט האנגלו-אמריקאי¹²⁷ מאוטנר מסתייג משילוב רב מדי של המשפט העברי במשפט המדינה,¹²⁸ ובמיוחד בפסיקות בתי המשפט.

הצעה זו מתאימה לגישתם המסורתית של החרדים, אשר לא ראתה במדינה היהודית ערך דתי ועל כן שאפה לשימור האוטונומיה הקהילתית החרדית. לעומת זאת הציונות הדתית מייחסת ערך דתי רב מעלה לציונות היהודית של המדינה, או במונחי הרב-תרבותיות – לשאלת המרכז המדינתי. וכך בציונות הדתית קיים תת-זרם משמעותי הרואה במדינת ישראל ביטוי לתהליך משיחי, או בלשון התפילה הנאמרת בבתי הכנסת הציוניים דתיים: "ראשית צמיחת גאולתנו".¹²⁹ זרם זה שואף לעצב את דמותה של מדינת ישראל ברוח חזון הגאולה.¹³⁰ אולם גם זרמים אחרים בציונות הדתית שאינם מדגישים את ההיבט המשיחי של מדינת ישראל עדיין רואים ערך חשוב בכך שהמדינה, משטרה ומשפטה ישקפו ערכים יהודיים, לאומיים ודתיים, או לפחות יושפעו מהם.¹³¹ משום כך גם הזרמים הללו יתנגדו בתוקף לדילול המרכז המדינתי ולהבחנה בין המישור הפרטי והקהילתי לבין זה הציבורי, שכן דילול כזה מרוקן מתוקף את המשמעויות

124 ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 312: "אני סבור שליברלים ישראלים צריכים להציע לדתיים החיים במדינה את הליברליזם הפוליטי של רולס כמסגרת המשותפת לחשיבה על הסדרי היסוד שיחולו במדינה ולכינונם".

125 שם, בעמ' 340: "יתר על כן בתנאים הייחודיים של ישראל קיימת חשיבות עליונה לכך שהמסורת הליברלית של בתי המשפט תשומר".

126 שם.

127 מאוטנר חולק בהקשר זה על דגן, לעיל ה"ש 41, המציג טיעון הפוך ולפיו יש לחזק את הזיקה למשפט העברי כמשקל נגד להתבססות המוחלטת הקיימת כיום על המשפט האמריקאי.

128 עמדתו של מאוטנר בנושא אמביוולנטית מאוד. מחד הוא: בהכירו בצורך של משפט המדינה לבטא השקפות של קבוצות שונות בחברה הוא מציע תמיכה בשילוב המשפט העברי בפסיקות בתי המשפט ואפילו בתכנית הלימודים באוניברסיטאות, ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 333-337. אולם מאידך, מיד לאחר מכן הוא מציע טיעון הפוך ולפיו שילוב המשפט העברי במשפט המדינה מסכן את הצביון הליברלי, אנגלו-אמריקאי של משפט זה.

129 זרם זה מזוהה מאוד עם תלמידי הרב קוק, ראו על כך רביצקי הקץ המגולה, לעיל ה"ש 75, בעמ' 111-200, המתאר את הציונות המשיחית.

130 על המתח שבין דטרמיניזם לאקטיביזם בחזון הגאולה הציוני דתי ראו רביצקי, שם, בעמ' 178-188.

131 במידה רבה זו הייתה העמדה המסורתית של תנועת המזרחי, ראו על כך שוורץ הציונות הדתית, לעיל ה"ש 114, בעמ' 21-30.

העמוקות ביותר של מדינת ישראל בעיניהם.¹³² בדומה לכך הם יבקשו להעשיר גם את המשפט הישראלי בתכנים המשקפים ערכים יהודיים תרבותיים, דתיים ולאומיים.¹³³ הקושי של הציונות הדתית עם דילול המרכז רלוונטי לא רק לפלגים הלא ליברליים בקרב הציונות הדתית אלא גם לחלקים הליברליים שבה.¹³⁴ אכן, רבים מבני הציונות הדתית אוחזים גם בהשקפה ליברלית ומבקשים למצוא את הנוסחה שתשלב את ערכיהם היהודיים והליברליים.¹³⁵ אולם השאיפה של חלק נכבד מקבוצת הציונים דתיים-ליברליים איננה דילול משפט המדינה מן הערכים שבהם הם מאמינים¹³⁶ אלא להפך, הם מבקשים

132 על חשיבותו של המשפט לזהות האישית והקבוצתית של האדם ראו אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" מחקרי משפט טז 37 (2000). על הגישה המבקשת לשלב בין יהדות ובין מודרנה בכלל ראו ידידה צ' שטרן מדינה, משפט והלכה ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית (2002) (להלן: שטרן עושר שמור לבעליו). לשילוב בין יהדות ומדינה במשנה הציונית הדתית ראו דברים ושברי דברים: על יהודיותה של מדינה דמוקרטית (אביעזר רביצקי וידידה צ' שטרן עורכים, 2007) (הספר להלן: דברים ושברי דברים).

133 לפרויקט המשפט העברי כחלק ממהלך שנועד לקבוע את צבינה הערכי של המדינה ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כך ג 1598 (מהדורה שלישית, 1998); אדרעי, לעיל ה"ש 41; עמיחי רדזינר "המשפט העברי" בין 'לאומי' ל'דתי': הדילמה של התנועה הדתית-לאומית" (עתיד להתפרסם במחקרי משפט וכן בקובץ המאמרים האתגר היהודי של המשפט הישראלי: חלומות, סיוטים וחזונות); שפה אחת ודברים אחדים? על אופייה היהודי של מדינת ישראל (אביעזר רביצקי וידידה צ' שטרן עורכים, 2006). לביקורת "דתית" על פרויקט המשפט העברי ראו: יצחק אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז 34 (1977); לעימותים הדתיים-חילוניים לגבי פרויקט המשפט העברי ראו עמיחי רדזינר ושוקי פרידמן "המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול" עיוני משפט כט 167 (2005); Asaf Lahovsky, *The Invention of 'Hebrew Law' in Mandatory Palestine*, 46 AM. J. COMP. L. (1998) 339; אסף לחובסקי "משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ ישראל המנדטורית" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 663.

134 אולם השוו מאוטר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 315, הסבור כי ליברלים ציוניים דתיים יאמצו את הצעותיו.

135 ראו למשל שטרן עושר שמור לבעליו, לעיל ה"ש 132; ראו גם ידידה שטרן "מהו יהודי במשפט הישראלי" דברים ושברי דברים, לעיל ה"ש 132, בעמ' 13. שטרן מציע מודל שבו ההלכה היא מקור השראה וביקורת למשפט הישראלי (המאמר להלן: שטרן "מהו יהודי במשפט הישראלי").

136 ראו שטרן עושר שמור לבעליו, לעיל ה"ש 132; שטרן "מהו יהודי במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 135. שלא כמו העמדה המשלבת או המשרה שבה תומך שטרן קיימים גם דתיים ליברליים, דוגמת הפרופסור ישעיהו ליבוביץ, המפרידים בין ערכיהם היהודיים לליברליים. בדומה לכך קיימים דתיים ואפילו חרדים המבחינים בין ההיבט הדתי הפרטי לבין ההיבט הליברלי הציבורי.

שמשפט המדינה ומשטרה ישקפו ערכים כוללים יהודיים וליברליים.¹³⁷ גישה משטרית המבוססת על ליברליזם ניטרלי נטול תפיסות יהודיות וליברליות בדבר "החיים הטובים" אינה הולמת את צורכיהם ואת ציפיותיהם של ציבור זה משתי הבחינות גם יחד. אולם מלבד הקושי הספציפי של בני הציונות הדתית, ההצעות של המודל הרב-תרבותי הליברלי-הפוליטי לדילול המרכז ולהבחנה בין הספרה המדינתית לספרה הפרטית-קהילתית מעוררות בעיה עמוקה יותר. מאוטנר, כזכור, נמנע מהכרעה מהותית בין התאוריות הפוליטיות השונות והוא מבסס את הבחירה ביניהן על התאמתן לישראל. הוא בוחר בליברליזם הפוליטי בשל הניטרליות הערכית של זרם זה לצורות חיים שונות ולתפיסות שונות של "החיים הנכונים". הוא סבור כי הניטרליות הזו תאפשר לדתיים לאמץ את המודל כמצע לשיתוף פעולה עם החילונים אף-על-פי שבמישור הפרטי הם אינם מאמצים את הערכים הליברליים הכוללניים, כלומר אלו המתייחסים לתפיסת "החיים הנכונים" גם ברמה הפרטית, כגון אינדיווידואליזם, אוטונומיה ופולרליזם. לכן, לדעתו, צודקים ליברלים ישראלים הדורשים גם מן הקבוצות הלא ליברליות לשמר את המשפט הדמוקרטי הליברלי ואת התרבות הפוליטית הליברלית שהתפתחו במדינה ולטפחם.¹³⁸ ברם, כפי שלמדנו מן המבוא לפרק זה, חלק ניכר מן הביקורת של הליברליזם הכוללני על הליברליזם הפוליטי גורס כי ניטרליות אינה אפשרית, וכי בסופו של דבר כל צורת משטר וכל הכרעה משפטית טומנת בחובן הכרעות ערכיות מרחיקות לכת המתייחסות לא רק לספרה הציבורית אלא גם לערכים האישיים.¹³⁹ אם צודקת הביקורת הכוללנית בביקורתה המהותית בנושאים הללו, אזי מתערערת גם הטענה בדבר יתרונן של המודל הליברלי הפוליטי ביחס למודלים של המשטרים הליברליים הכוללניים. משום כך, לפחות בנושא זה, אי אפשר להסתפק בטענת "ההתאמה לישראל" והיה צורך בביסוס פילוסופי מהותי של הטענה בדבר היתכנות הליברליזם הניטרלי וההבחנה בין הספרה הפרטית לציבורית. אולם ביסוס פילוסופי לרעיון הניטרליות וליכולת ההבחנה בין הספרה הפרטית לציבורית לא נעשה בספר. להפך, בדונו בסגנון ההנמקה הראוי של בתי המשפט מאוטנר מתנגד להצעתו של קאס סאנסטין כי בחברה מפוצלת רצוי שבתי המשפט ינקטו דרכי הנמקה שאינן חושפות את התאוריות הנורמטיביות העומדות ביסוד ההכרעה השיפוטית.¹⁴⁰ מאוטנר טוען, ובצדק רב, נגד הצעה זו כי הכרעות פורמליסטיות טעונות ערכים בדיוק כמו הכרעות המנומקות בדרך

137 במקרים רבים גם יהודים חילוניים חולקים רצון זה, ראו למשל רות גביון "הרהורים על המשמעות ועל ההשלכות של יהודית בביטוי מדינה יהודית ודמוקרטיה" דברים ושברי דברים, לעיל ה"ש 132, בעמ' 107. כן ראו דפנה ברק-ארוז "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?" משפטים לג 403 (2003).

138 ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 317.

139 ראו לעיל ה"ש 71.

140 ראו CASE R. SUNSTEIN, LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT (1996).

ערכית, וכי ההנמקה הפורמליסטית מסווה את המשמעויות הערכיות הללו.¹⁴¹ ברוך זו, בדונו במה שהוא מכנה "ציווי האקספרסיביות", מציין מאוטנר בכנות כי "ברור הוא שכל מדינה ליברלית חייבת לנקוט עמדה, פעמים רבות מדי יום, בשאלות נורמטיביות".¹⁴² בהמשך לכך הוא קובע ש"באמצעות המשפט שלה המדינה המודרנית מאמצת ואוכפת כל העת מספר רב של עמדות נורמטיביות".¹⁴³ הדברים הללו מעוררים שאלות לא פשוטות: ראשית – אם אכן הניטרליות שלה טוען הליברליזם הפוליטי היא אשליה בלבד, מדוע מאוטנר מעדיף בכל זאת ליברליזם זה? קשה עוד יותר יהיה להצדיק את התביעה הגורפת של משפט ותרבות בישראל לשליטה ליברלית מוחלטת בבית המשפט.¹⁴⁴ ובשופטיו.¹⁴⁵ אכן, למשפט המדינה השפעה דרמטית על כלל הקבוצות בישראל, ליברליות ולא ליברליות. אם צודק מאוטנר שהמשפט ובתי המשפט נדרשים בכל יום להחלטות המשקפות ערכים ותפיסות עולם, ואם מוסכם כי ליברליזם ככל תאוריה פוליטית אחרת מבוסס על ערכים ותפיסות עולם ספציפיות, מדוע מוצדק לצפות מבעלי ההשקפות הלא ליברליות להפקיר את הזירה המשפטית ולהותירה בידי בעלי ההשקפה הליברלית? ודאי שקשה להבין את הדרישה למונוליתיות ליברלית מוחלטת בבית המשפט.¹⁴⁶ עד כדי כך שלא יתאפשר אפילו מינוי אחד של שופט לא ליברלי.¹⁴⁷ מאוטנר סבור כי חסימת בית המשפט העליון בפני שופטים לא ליברליים תמנע את קבלתם של שופטים חרדיים אך לא את בני הציונות הדתית. לכאורה החרדים בכל מקרה אינם מעוניינים להשפיע על המרכז הישראלי ומשום כך הם לא ייפגעו מאיסור הכניסה לבית המשפט.

לכך יש להשיב בשלושה: ראשית, בניגוד לגישה החרדית המסורתית, עמדתי על כך שהעמדה החרדית עברה שינוי וכך חלק ניכר מן השיח ומהפעילות החרדיים כיום עוסקים במרכז הציבורי. אכן, עד היום משפטנים חרדים לא ביקשו להתמנות לבתי המשפט בכלל ולבית המשפט העליון בפרט. להפך, על-פי דיווחים שונים הוצע בעבר

141 ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 149-151, 340-341.

142 שם, בעמ' 332.

143 שם, בעמ' 333.

144 שם, בעמ' 338: "חשוב שמוסד מרכזי כמו בית המשפט העליון יחבר את התרבות הישראלית דווקא לשיטת משפט ולתיאוריה פוליטית ליברליות".

145 שם, בעמ' 340: "דתיים חרדים דוחים את הליברליזם וכל ערך מערבי אחר [...] כיוון שכך דתיים חרדים אינם יכולים לתפקד במסגרת המסורת הליברלית של בתי המשפט".

146 מאוטנר טוען בהקשר זה כי "שום בית משפט אינו יכול לפעול כאשר בין שופטיו מתרוצצות כמה מסורות נורמטיביות" (שם). הוא מציע לחרדים להסתפק ביכולת ההשפעה בכנסת. אולם חוקי הכנסת דרושים פרשנות. הפרשנות הזאת היא בידי בית המשפט העליון, והמילה האחרונה נתונה בסופו של דבר לבית המשפט. נדרשת הצדקה חזקה להדרתה של קבוצת אוכלוסייה מקביעת התכנים הנורמטיביים שיחולו על החברה בישראל.

147 ראו התנגדותו של מאוטנר למינוי שופט חרדי (שם).

לדין בבית הדין הרבני להתמנות לשופט בבית המשפט העליון ועל-פי הוראת רבניו הוא סירב להצעה.¹⁴⁸ עם זאת בהנחה שהמדיניות החרדית הפנימית בעניין זה תשתנה אינני חושב שמשפט ותרבות בישראל מספק הצדקה מספקת לדרישה להדרה מוחלטת של משפטים חרדים מבית המשפט. ודאי שהוא איננו משכנע בטענה כי גם על החרדים להסכים להדרה כזו משום שאינה פוגעת באורח חייהם ובהשקפתם.

שנית, לצערי חלק נכבד מן הציבור הציוני הדתי אינו מחזיק בהשקפת העולם הליברלית. ברמה האישית אני מצר על כך. עם זאת ההכרה בתופעה זו מבהירה כי בפועל משפט ותרבות בישראל מדייר מבית המשפט העליון לא רק את החרדים אלא גם חלק ניכר מן הציונות הדתית.

מכל מקום, כפי שהסברתי, התנגדותי להדרת לא ליברלים מבית המשפט העליון אינה ניטרלית והיא מבוססת על תפיסה ערכית שלפיה המשפט הוא כלי חברתי חשוב וטעון ערכים. על כן אין זה ראוי להדיר לחלוטין קבוצות משמעותיות בחברה הישראלית, לרבות קבוצות לא ליברליות, מהשתתפות בעיצוב ערכיה של החברה הישראלית. ודאי שאין זה סביר לצפות שחברי קבוצה זו יקבלו הדרה זו מרצונם החופשי.

4. הציבור הספרדי שומר המסורת ובעיית זיהוי הקבוצות

תת-הקבוצה הדתית השלישית שחשוב לעסוק בה, ושביכולתה לאמץ את המודל הרב-תרבותי הליברלי הפוליטי היא הציבור הספרדי שומר המסורת. מאוטנר מכנה קבוצה זו "החרדים הספרדים" והוא מתייחס למפלגת ש"ס¹⁴⁹ כנציגה הפוליטית של קבוצה זו.¹⁵⁰ אולם גם אם אפשר להתייחס להנהגה הרבנית של ש"ס כחרדית,¹⁵¹ הכינוי

148 נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) הפרופ' אהרן ברק חשף למשל כי ביקש למנות לשופט עליון את הדיין החרדי דיכובסקי אך זה סירב. ראו www.news1.co.il/Archive/001-D-195148-00.html?tag=10-33-45.

149 קיימת כתיבה אקדמית עשירה המנתחת את עלייתה של מפלגת ש"ס מנקודת המבט הסוציולוגית והרעיונית. ראו לדוגמה את קובץ המאמרים: ש"ס – אתגר הישראליות (יואב פלד עורך, 2001) (להלן: ש"ס – אתגר הישראליות), וכן ש"ס – היבטים תרבותיים ורעיוניים (אביעזר רביצקי עורך, 2006). ראו גם ריקי טסלר בשם-השם – ש"ס והמהפכה הדתית (2003).

150 ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 187-190.

151 על ההבדלים בין המסורת הספרדית לאשכנזית ביחסה למודרנה ראו צבי זהר "האורתודוקסיה אינה התגובה ההלכתית האוטנטית היחידה למודרנה או, התרבות הדתית-הלכתית הספרדית שונה מן האשכנזית" אקדמות יא 139 (התשס"ב) וכן אליעזר בן-רפאל וניסים ליאון "עדיות, דתיות ופוליטיקה – לשאלת מקורותיה של התנועה החרדית בקרב המזרחיים" ישראל והמודרניות – למשה ליסק ביובלו 285, 292-294 (אורי כהן ואח' עורכים, 2006) (הספר להלן: ישראל והמודרניות) (המאמר להלן: בן-רפאל וליאון "עדיות, דתיות ופוליטיקה"). עוד ראו בעניין זה לאחרונה בספרו המרתק של יעקב ידגר המסורתיים בישראל: מודרניות ללא חילון (2010) (הספר להלן: ידגר המסורתיים בישראל).

חרדים ספרדים רחוק מלשקף את מצביעי ש"ס או את הציבור הספרדי שומר המסורת בישראל.¹⁵² שלא כאשכנזים, המחולקים באופן כמעט דיכוטומי לחילונים, ציונים דתיים וחרדים, בציבור הספרדי ההבחנות הללו מטושטשות מאוד. למשל במקרים רבים ספרדים הנחזים כחרדים משרתים בצבא, מזדהים במידה זו או אחרת עם המדינה ומשולבים בשוק העבודה. נוסף על כך חלק ניכר מן החילונים הספרדים מכירים את ערכי המסורת היהודית ומזדהים עמם.¹⁵³ יתרה מזו, בציבור הספרדי דומיננטית מאוד קבוצת המסורתיים.¹⁵⁴ בקבוצה זו אנשים שיש להם עמדה מורכבת באשר לשאלות דת וחילוניות, מסורת ומודרנה. הם קרובים לדת וליהדות אף כי במקרים רבים הם אינם חובשים כיפה ואינם מקיימים מצוות באופן קונבנציונלי. הם מכירים במושגים של קדושה, מכבדים רבנים ורוחשים כבוד רב למסורת, אף כי אינם חשים מחויבות תמידית לציית לרבנים או לטקסטים דתיים.¹⁵⁵ משפט ותרבות בישראל אינו מגדיר את שומרי המסורת הספרדים או את היהודים המסורתיים באופן כללי כקבוצת יסוד תרבותית,¹⁵⁶ ובאופן כללי הוא מתעלם מן המסורתיים בישראל.¹⁵⁷

ההתמקדות בהבחנות האשכנזיות בין חילונים, דתיים וחרדים וההתעלמות מן היהודים המסורתיים הן בראש ובראשונה בעייתיות מנקודת המבט התאורטית המבקשת

152 על ההבדלים בין הנהגת ש"ס לציבור מצביעה ראו באום בנאי "תנועה חרדית ציונית" ש"ס – אתגר הישראלי, לעיל ה"ש 149, בעמ' 102. לעניין חרדיותם של המזרחים בישראל ראו בן-רפאל וליאון "עדיות, דתיות ופוליטיקה", לעיל ה"ש 151, בעמ' 285. וכן שלמה דשן "צמיחתה של תנועה חרדית מזרחית" ישראל והמודרניות, לעיל ה"ש 151, בעמ' 313 (המאמר להלן: דשן "צמיחתה של תנועה חרדית מזרחית").

153 לניתוח ההבדלים המשמעותיים בין אשכנזים לספרדים בהקשרים הללו ראו למשל: שלמה דשן "הדתיות של המזרחיים: ציבור, רבנים ואמונה" אלפיים 9, 44 (1994). עם זאת דשן "צמיחתה של תנועה חרדית מזרחית", לעיל ה"ש 152, מתאר בכל זאת מהלך שבו נוצרת קבוצת חרדית ספרדית המאמצת חלקים רבים מן ההתנהגות האשכנזית.

154 ראו מאמרם המכונן של יעקב ידגר וישעיהו ליבמן "מעבר לדיכוטומיה דתי-חילוני – המסורתיים בישראל" ישראל והמודרניות, לעיל ה"ש 151, בעמ' 337 (המאמר להלן: ידגר וליבמן "מעבר לדיכוטומיה דתי-חילוני"); ראו גם יעקב ידגר וישעיהו ליבמן "מסורתיות יהודית ותרבות פופולרית בישראל" עיונים בתקומת ישראל יג 163 (2003). עוד ראו לאחרונה ידגר המסורתיים בישראל, לעיל ה"ש 151.

155 ראו ידגר, שם; ידגר וליבמן "מעבר לדיכוטומיה דתי-חילוני", לעיל ה"ש 154. ראו גם מאיר בוזגלו "המסורת" רב תרבותיות במבחן הישראלי 153 (אהוד נחתומי עורך, 2003); יעקב כץ "חברה מסורתית וחברה מודרנית" יהודי המזרח עיונים אנטרופולוגיים על העבר וההווה 27 (שלמה דשן ומשה שוקד עורכים, 1998); משה שוקד "מצוות מול מסורת – מגמות בדתיות של יהדות המזרח" מגמות כח 250 (1984).

156 כזכור מאוטר מגדיר שש קבוצות יסוד תרבותיות. המסורתיים אינם נכללים בקבוצות הללו.

157 לביקורת נוקבת על ההתעלמות מן המסורתיים בשיח הציבורי בישראל ראו ידגר המסורתיים בישראל, לעיל ה"ש 151.

להבין את החברה ואת התרבות בישראל.¹⁵⁸ אולם מלבד הבעיה "התיאורית" אני סבור כי ההתעלמות מקבוצה זו טומנת בתוכה גם בעיה נורמטיבית הקשורה בישימותו של המודל הליברלי הרב-תרבותי בישראל.

השיח הרב-תרבותי עוסק כמעט תמיד בקבוצות מוגדרות היטב הנאבקות על שימור האוטונומיה הקהילתית שלהן או על יכולתן להשפיע על המרכז המדינתי. ברוח זו ראינו כי החרדים האשכנזים מתמקדים או התמקדו בעבר בדרישה לאוטונומיה קהילתית, ולעומתם הציונות הדתית התמקדה בהשפעה על המרכז המדינתי. אולם הציבור הספרדי שומר המסורת איננו קבוצה מוגדרת היטב לא מבחינת מיקומו הגאוגרפי ואפילו לא מבחינת זיהויו הפרסונלי, וכמו כן אין מדובר בציבור השואף לחיות את חייו בקהילה סגורה ומבודדת. לכן ש"ס לא תוכל להסתפק בדרישה החרדית האשכנזית לאוטונומיה קהילתית.¹⁵⁹ הוויכוח האמתי שבין הנהגת ש"ס לבין הקבוצה החילונית קשור בהגדרת הקבוצה הספרדית וחבריה. על-פי ש"ס, זהותו המקורית של הציבור הספרדי אוהד המסורת התערערה הן בגלל החילוניות והן בגלל הדתיים האשכנזים. כאשר ש"ס ומנהיגיה מדברים על החזרת עטרה ליושנה הם מנהלים מאבק בשני מישורים: במישור הפנים-דתי הם מבקשים לחזק את מעמדם ההלכתי של הפוסקים הספרדים יחסית לפוסקים האשכנזים.¹⁶⁰ אולם במישור היחסים שבין דתיים לחילוניים, הם מבקשים לשקם את הקשר שבין הציבור הספרדי לבין שורשיו הדתיים.¹⁶¹ ברוח זו כאשר תנועת ש"ס מקימה רשת חינוכית וחברתית דוגמת "אל המעיין" או נאבקת על הכשרת ערוצי התקשורת המכונים "ערוצי הקודש", מטרתה איננה לשמר האוטונומיה של קהילה קיימת דוגמת הקהילה החרדית האשכנזית ואף לא להשפיע על כלל החברה הישראלית, אלא להגדיר מחדש את מבנה הקהילות בישראל.

הצעותיו של משפט ותרבות בישראל, ובמידה רבה של השיח הרב-תרבותי הליברלי בכללותו, ממוקדות בשימור האוטונומיה של קהילה קיימת ובמידת השפעתה על המרכז המדינתי ואינן נותנות מענה לצרכים הללו.¹⁶² ההצעות הללו משמרות ומנציחות את

158 למשל, על-פי דוח גוטמן יותר משליש מן היהודים בישראל מגדירים את עצמם כמסורתיים. ראו שלומית לוי, חנה לוינסון ואליהוא כץ יהודים ישראלים – דיוקן אמונות שמירת מסורת וערכים של יהודים בישראל (2000); וראו בהקשר דומה גם ישעיהו ליבמן "מלחמת התרבות בישראל – מיפוי מחדש" מדינה בדרך – החברה הישראלית בעשורים הראשונים 249 (אניטה שפירא עורכת, 2001).
159 על ההבדלים בתפיסות, באידאולוגיה ובדרכי הפעולה בין החרדים הספרדים לחרדים האשכנזים בהקשר זה, ראו גם בן-רפאל וליאון "עדתי, דתיות ופוליטיקה", לעיל ה"ש 151, בעמ' 307-310.
160 ראו על כך למשל צבי זהר "להחזיר עטרה ליושנה" – חזונו של הרב עובדיה ש"ס – אתגר הישראלי, לעיל ה"ש 149, בעמ' 159. וכן בני לאו ממרן עד מרן: משנתו ההלכתית של הרב עובדיה יוסף (2005).

161 על היבט זה של החזרת עטרה ליושנה ראו למשל שלג, לעיל ה"ש 75, בעמ' 234-237.

162 עם זאת היבטים מסוימים של השיח הרב-תרבותי כגון הרגישות לעולמו התרבותי של האחר וקבלתו רלוונטיים מאוד ליחסי חילונים ומזרחים שומרי מסורת. ראו במיוחד בהקשר זה ברזילי, לעיל ה"ש

המבנה החברתי הקיים שבמסגרתו אין ביטוי הולם במערכות החינוך, הדת, המשפט, הכלכלה והתקשורת לזהותם הייחודית של ספרדים שומרי מסורת. משום כך, אני חושש שהצעות אלו לא יוכלו לשמש בסיס לשיח בין הקבוצה החילונית-ליברלית לבין הציבור הספרדי שומר המסורת.

5. סיכום הפרק

לסיכום, בחלק זה טענתי כי חילונים ליברליים אינם יכולים להעריך עובדתית ולצפות נורמטיבית שהמודל הרב-תרבותי הליברלי-פוליטי המוצע בספר משפט ותרבות בישראל יהיה מוסכם על הקהילות הדתיות בישראל כמודל המנחה את המשפט והמשטר בישראל.

הקהילה החרדית-האשכנזית צפויה לאמץ את עקרון הביזור שמציע המודל ואת האוטונומיה הקהילתית הנובעת ממנו. עם זאת קהילה זו לא תקבל את ההתערבות בתוכני החינוך החרדי ואת הדרישה שמפנה המודל על-פי מאוטר למינוי נשים לדיינות ולנציגות פוליטיות. מעבר לתחזיתנו שלפיה דרישות אלו יעוררו התנגדות בקרב הציבור החרדי, עמדנו על כך שגם במישור העקרוני הערכי דרישות אלו חותרות תחת הניסיון של משפט ותרבות בישראל לטעון כי על דתיים להסכים למשטר ליברלי במישור המדינתי, שכן משטר זה אינו מפריע להם להמשיך לקיים את אורח חייהם הקהילתי והאישי. מלבד זאת הגישה החרדית המודרנית אינה מסתפקת בשימור הקהילה המצומצמת, והפעילות הפוליטית החרדית מבקשת להשליט נורמות דתיות גם על פרטים שאינם משתייכים לקהילה החרדית. פעילות זו אינה מתיישבת עם המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי. נוסף על כך היא מחדדת את הסכנה הקיימת דווקא מנקודת המבט הליברלית-החילונית במתן אוטונומיה והטבות לקבוצות מיעוט ותרבותה ללא הגנה תואמת על תרבות הרוב ועל יכולתו להמשיך לקיים את אורחות חייו.

הקהילה הציונית-הדתית רואה במדינת ישראל ערך דתי. לכן קבוצה זו לא תסכים לביסוס המרכז המשפטי והמשטרי על הליברליזם הפוליטי הניטרלי לכאורה. חלק זאת היא תבקש להשפיע על המרכז הישראלי ולעצבו ברוח ערכיה. יתרה מזו, אפילו הציונים-הדתיים-הליברליים יבקשו להעשיר את המרכז הישראלי בתכנים ליברליים יהודיים ויסתייגו מן הניסיון לדלל את המרכז משני ההיבטים. נוסף על כך ראינו כי המשפט המדינתי אינו יכול לשמור על עמדה ניטרלית אמתית, וכי בסופו של דבר תפיסות בדבר דרך "החיים הטובים" משפיעות על החלטותיו גם במישור הפרטי והקהילתי. לכן אין זה סביר לדרוש מן הקבוצות הלא ליברליות להסכים להדרה מוחלטת של שופטים לא ליברליים מבתי המשפט המדינתיים.

62, המנתח את הדיון המשפטי בעניין הלגיטימיות של חלוקת בקבוקונים שעליהם בירך זקן המקובלים הרב כדורי במסגרת תעמולת בחירות.

תנועת ש"ס והקבוצה הספרדית של שומרי המסורת מתמקדת בהגדרה מחודשת של הקבוצות בישראל ובחידוש הזהות הספרדית-המסורתית. קבוצה זו מציבה אתגר מיוחד בפני המודלים הקיימים של השיח הרב-תרבותי, העוסקים בדרך כלל ביחסים שבין קבוצות מוגדרות היטב. ההצעות הקונקרטיות של משפט ותרבות בישראל לביזור המרכז ולשימור האוטונומיה הקהילתית של קהילות קיימות אינן נותנות מענה לצורך של קבוצה זו להתרחב ולהציע את מרכולתה לציבורים חדשים-ישנים באמצעות רשת חינוך, שירותי רווחה ודת וערוצי תקשורת ייחודיים. משום כך גם קבוצה זו לא תוכל להסכים על המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי כמודל מוסכם.

ד. כינון משטר ליברלי במצב של אי-הסכמה

1. על הכרעות רוב ועל השלטה חד-צדדית של משפט ומשטר ליברלי

בחלק הקודם טענתי כי אין זה סביר לצפות כי הקבוצות הדתיות בישראל יסכימו לאמץ את המודל הליברלי-הרב-תרבותי המוצע במשפט ותרבות בישראל בשמה של הקבוצה הליברלית. טענה זו לוותה גם בהערכות עובדתיות שלפיהן הקבוצות הדתיות השונות לא יאמצו את הצעותיו של מאוטנר כמודל משפטי ומשטרי מוסכם. מסקנות והערכות אלו מחזירות אותנו אל הדיון הפנימי הנערך בקרב חברי הקבוצה הליברלית בישראל בשאלה כיצד על ליברלים ישראלים לפעול בחברה רב-תרבותית שחלק ניכר ממנה אינו מקבל את העקרונות הליברליים הראויים להנחות את המשפט ואת המשטר בישראל.

עיון בשיח הדמוקרטי-הליברלי בישראל מגלה מחלוקת נוקבת בין שתי גישות: גישה דמוקרטית-פרוצדורלית שאפשר לכוונה הגישה הרובנית וגישה התומכת בהשלטה ליברלית חד-צדדית גם בהיעדרו של רוב דמוקרטי.

על-פי החלופה הרובנית, יש להבחין בין כללי המשחק הדמוקרטיים לבין התוכן הליברלי המהותי של המשפט והמשטר. כללי המשחק, במובן של קיום בחירות, הזכות לבחור ולהיבחר, השוויון בין הבוחרים ואפילו חופש הביטוי וההתאגדות ככל שנדרשים לקיום מהותי של בחירות, הם עקרונות מקודשים. לעומת זאת התכנים הליברליים של המשטר כפופים להכרעות הדמוקרטיות הרובניות, ועל כן חרף רצונם של ליברלים ישראלים לקדם עליהם להביא בחשבון גם את האפשרות של הכרעה דמוקרטית נוגדת שבמסגרתה רכיבים במשפט ובמשטר בישראל ישקפו נורמות לא ליברליות.¹⁶³

163 לתמיכה בגישה זו ראו רות גביון "ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631 (1995); אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט 471 (1995); דן אבנון "הציבור הנאור: יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי" משפט וממשל ג 417 (1996); אביעזר רביצקי "מדינת

אולם על-פי משפט ותרבות בישראל, בעשורים האחרונים של המאה העשרים העדיפה הקבוצה הליברלית-חילונית דרך פעולה שנייה, שאותה אפשר לכוון השלטה חד-צדדית של הליברליזם באמצעות המשפט. ברוח זו מאוטר מנתח את המהלכים הדומטיים שהתחוללו במשפט הישראלי בשנות ה-80 וה-90 ובכללם הגברת האקטיביזם השיפוטי; ירידת השיח הפורמלי ועליית השיח הערכי הליברלי; פתיחת שערי בית המשפט לעתירות פוליטיות באמצעות צמצום דוקטרינות זכות העמידה ואי-השפיטות; הגברת הפיקוח השיפוטי על רשויות הממשל באמצעות דוקטרינות הסבירות, והשיא: מתן אפשרות לפיקוח שיפוטי על חקיקת הכנסת, לרבות הסמכות לביטול חוקים.¹⁶⁴ מאוטר רואה במהלכים הללו ביטוי להיותם של המשפט ובית המשפט העליון כלי פוליטי בידי הקבוצה הליברלית-חילונית להנחלת ערכיה לאחר שנחלש כוחה בשדה הפוליטי. ובלשונו של מאוטר: "בשנותיו של מאוטר את תפיסת התפקיד שלו ממוסד מקצועני למוסד פוליטי, הפך בית המשפט למוכן מאליו את המצב שבו הכרעות פוליטיות (הכרעות בשאלות ערכיות וחלוקתיות) מתקבלות בישראל לא רק על-ידי בית הנבחרים של המדינה, הכנסת, אלא גם על-ידי בית המשפט העליון ושאר בתי המשפט של המדינה – מוסדות הפועלים במסגרת עולם הערכים הליברלי, עולמה של קבוצת ההגמונים לשעבר".¹⁶⁵

מהי דרך הפעולה הראויה על-פי משפט ותרבות בישראל? כזכור, המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי מוצג בספר כמודל שגם הקבוצה הדתית הלא ליברלית תוכל להסכים עליו כמודל המנחה של המשפט והמשטר בישראל. ייתכן שבשל כך הספר אינו מציג משנה סדורה בדבר דרכי הפעולה הראויות של החילונים-הליברלים במקרה שבו הצעות משפט ותרבות בישראל לא תאומצנה כפתרון מוסכם.¹⁶⁶ עם זאת אף-על-פי שרוב המאמץ בספר מוקדש לגיבוש המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי ולניסיון

ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" רב שיח ומקורות נלווים 8 (רון מרגולין עורך, 1999); שלמה

אבנרי "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", שם, בעמ' 79.

164 ראו מאוטר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, פרקים 5 ו-6.

165 שם, בעמ' 17-18 ובהרחבה בפרק השביעי של הספר.

166 בנקודה זו חשוב לחדד כי משפט ותרבות בישראל אינו מניח כי המצב הקיים בין הקבוצות השונות בישראל הוא מצב של הסכמה. להפך, הספר מניח כי כיום הקבוצות השונות בישראל מצויות באי-הסכמה, ועל כן הספר מנסה להציע את המודל הרב-תרבותי ליברלי כמודל משפטי ומשטרי שיאפשר לקבוצות לחיות יחדיו בתנאי אי-הסכמה (ראו בנושא זה בעיקר שם, בעמ' 320-325, שם מבחין הספר בין מצבים של אי-הסכמה טרגיים לבין מצבים של אי-הסכמה שאינם טרגיים). עם זאת הספר מציע את המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי כמודל שלמרות מקורותיו החילוניים יוכלו גם הקבוצות הדתיות להסכים עליו כמודל המשפטי והמשטרי המנחה. לכן, כפי שראינו, הספר ממוקד בשכנוע החילונים להציע את המודל ובשכנוע הדתיים לאמצו. לעומת זאת הספר אינו דן באופן שיטתי ונפרד במצב שבו המודל לא יהיה מוסכם על הקבוצות השונות בישראל. זהו תפקידו של החלק הנוכחי.

לשכנע מדוע על כלל הקבוצות להסכים עליו, הספר כולל בכל זאת התייחסות כלשהי לחלופות השונות העומדות בפני הקבוצה החילונית-ליברלית אם הצעותיה לא יאומצו כפתרון המוסכם.

תכנית הפעולה שמציע מאוטנר לקבוצה הליברלית-החילונית מתחילה בתהליכים דמוקרטיים מובהקים כגון שכנוע הקבוצות האחרות בדבר יתרונותיו של המשטר הליברלי.¹⁶⁷ כך גם מציע מאוטנר שיתוף פעולה עם דתיים ליברליים¹⁶⁸ כדי להשיג רוב דמוקרטי שיעמיק את זיקתו של המשפט והמשטר בישראל לליברליזם. עם זאת מאוטנר מתנגד נחרצות להתפשרות על דמוקרטיה פרוצדורלית ללא הרכיב הליברלי, והוא דורש לשמר את המסורת הליברלית של המשפט הישראלי ואת מחויבותו לזכויות האדם.¹⁶⁹ מלבד זאת הוא חושש שההתמקדות בפרוצדורה הדמוקרטית לא תהיה משקל נגד מספיק אל מול הצד היהודי בנוסחה יהודית ודמוקרטית.¹⁷⁰

לפיכך הוא מבהיר בספר שוב ושוב כי על בית המשפט העליון להמשיך ולשמר את המסורת הליברלית שהתפתחה בו, את תפקידו כסוכן המובהק של הערכים הליברליים-מערביים בישראל¹⁷¹ ואת האחידות הליברלית בין שופטיו,¹⁷² וזאת חרף הביקורת המוטחת בו מצד הקבוצות הלא ליברליות.¹⁷³ לכאורה בכך מצטרף מאוטנר בליט בררה לשורות המחנה התומך בהגבלת ההכרעות הרובניות ובהשלטה ליברלית חד-צדדית באמצעות המשפט. אולם למרבה ההפתעה מאוטנר מותח ביקורת קשה גם על יריבתה של הגישה הרובנית – הלא היא הגישה התומכת בהשלטה ליברלית חד-צדדית.

הוא סבור שגישה זו ומהלכים המזוהים עמה – כגון הרחבת זכות העמידה, צמצום דוקטרינת השפיטות והגברת האקטיביזם השיפוטי – הוליקה לביקורת הנוקבת המוטחת בבית המשפט העליון בשנים האחרונות ולהחלשת הלגיטימציה הציבורית שלו. הוא חושש שחלק מן המהלכים שנקט בית המשפט יוליכו בסופו של דבר לתגובת נגד שמרנית שתחתור אף היא תחת האופי הליברלי של בית המשפט.¹⁷⁴ ביקורת חריפה במיוחד מפנה מאוטנר כלפי פסק הדין בעניין בנק המזרחי, שבו נקבעה הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת.¹⁷⁵ על-פי מאוטנר, "הניסיון להפעיל את הוראות שני חוקי היסוד האלה [חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק – ש.ל.] כאמצעי

167 ראו שם, בעמ' 321.

168 על הצורך בחיזוק הקואליציה בין הציונות הדתית לחילוניים הליברליים ראו שם, בעמ' 226 ו-319.

169 שם, בעמ' 105-109 (מתנגד לצמצום העקרונות המשפטיים בישראל לעקרונות הדמוקרטיים ועומד על הצורך לשלב את זכויות האדם ואת האופי הליברלי של המשפט בישראל).

170 שם, בעמ' 108.

171 ראו למשל שם, בעמ' 316-319.

172 שם, בעמ' 340.

173 שם, בעמ' 226.

174 שם, בעמ' 142-144.

175 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

לפסילת חוקים של הכנסת אינו יכול להיחשב אלא כניסיון של קבוצה חברתית נסוגה להשליט את תפיסותיה המשפטיות על חברה רב-תרבותית מפולגת וזאת תוך שימוש בהילה של בית המשפט העליון ושל מערכת המשפט בכללותה.¹⁷⁶ אני חושש כי קיים מתח בין עמדותיו של מאוטנר בנושאים הללו: בשיח החוקתי בארץ ובעולם המתח בין עקרון הכרעת הרוב לבין הרצון להכפיף הכרעות אלו לנומרות ליברליות מהותיות¹⁷⁷ מבטא בדרך כלל באמצעות הדילמה האנטי-רובנית. זאת מבקשת להבין מהי הלגיטימציה של שופטים, אשר אינם נבחרים ציבור, לבטל הכרעות רוב של הנציגים הלגיטימיים של החברה העכשווית.¹⁷⁸ לצורך זאת מתבססים תומכי הביקורת השיפוטית על מגוון תאוריות חוקתיות ומשטריות.¹⁷⁹ חלק מן התאוריות הללו טוענות לתוקף האוניברסלי של זכויות האדם וערכי הליברליזם.¹⁸⁰ גישות אחרות מכחישות את העימות בין דמוקרטיה לליברליזם בטענה כי אין כל משמעות לדמוקרטיה ללא זכויות אדם.¹⁸¹ סוג אחר של הצדקות לפעילות

176 ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 144.

177 על המתח בין דמוקרטיה לליברליזם ראו יובל שטייניץ "דמוקרטיה – האיום הליברלי" מחקרי משפט יז 91 (2002); פניה עוז-זלצברגר "הדמוקרטיה הליברלית: מבט היסטורי על עניין לא פשוט" תרבות דמוקרטית 1, 97 (1999).

178 לניסוח הקלאסי של הדילמה האנטי-רובנית ראו: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST: DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962). ראו גם: Burton Caine, *Judicial Review – Democracy Versus Constitutionality*, 56 TEMP. L. REV.

JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999) עוד ראו 297 (1883).

179 לסקירה של התאוריות הללו ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149 (1997) (להלן: דותן "הדיאלוג הקונסטיטוציוני"); גרעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים לז 250 (2007) (להלן: ספיר "שלושה מודלים של חוקה"); ריבי וייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה להליכי תיקונה" משפט וממשל 2 י 2 (2007); עוד ראו את סקירת ההצדקות לביקורת שיפוטית על חוקה אצל אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג 403 (1996) (להלן: אהרן ברק "ביקורת שיפוטית"), וכן אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291 (2003) (להלן: רובינשטיין ומדינה "החוקה של מדינת ישראל"). לסקירה ביקורתית של התאוריות החוקתיות הקיימות ראו לאחרונה אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239 (2010). להצעת תאוריה נוספת על ביקורת שיפוטית, ראו לאחרונה אייל בנבנישתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצומם" עיוני משפט לב 277, 303 (2010).

180 ראו למשל: RONALD DWORKIN, A BILL OF RIGHTS FOR BRITAIN (1990).

181 זוהי התזה שבה תומך הפרופסור אהרן ברק "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 179. ברוח דומה ראו אייל גרוס "הפרדוקס של חוקה בהסכמה: בחינה דרך סוגיות השוויון, הנטיה המינית והזכויות החברתיות" הפרקליט מט 333 (2008). גרוס מתנגד לרעיון של חוקה בהסכמה, שכן לדעתו החוקה נועדה להגן על זכויות יסוד של מיעוטים מפני עריצות הרוב, ולכן חוקה איננה יכולה להתבסס על הסכמה.

אנטי-רובנית מתייחס לחוקה כהסכם מכונן של היחסים העתידיים בין הקבוצות בחברה,¹⁸² המשקף את ההסכמות החברתיות העמוקות ואת האינטרסים ארוכי הטווח של החברה. על-פי הסבר זה עליונות החוקה ומתן האפשרות לבתי המשפט לבטל החלטות רוב נובעים מהעדפתן של מטרות ארוכות טווח על פני מטרות קצרות טווח,¹⁸³ ובהקשר דומה על ההבחנה בין הסכמות חברתיות עמוקות המשקפות את המטרות החברתיות ארוכות הטווח של החברה לבין קונצנזוס רגעי.¹⁸⁴ לאחרונה היה גם מי שהצדיק את הזכות לביקורת חוקתית כחלק מזכות רחבה יותר לשימוע במובנו המהותי.¹⁸⁵ מלבד המחלוקות התאורטיות, הדיון החוקתי בארצות שונות מציב איזונים שונים בין הכרעות הרוב לבין ערכי החוקה, בין היתר באמצעות הגבלת שיקול הדעת של בתי המשפט,¹⁸⁶ פרוצדורות של מינוי שופטים¹⁸⁷ ומתן אפשרות לגוף הנבחר להגיב לפעולות הגוף השיפוטי.¹⁸⁸ ברוח הדיונים, ההצדקות לביקורת השיפוטית בישראל מבוססות הן על נימוקים דמוקרטיים וליברליים עקרוניים,¹⁸⁹ הן על נימוקים משפטיים העוסקים בכוחה של הכנסת לכונן חוקה והן על מעמד החוקתי של חוקי היסוד שהתקבלו.¹⁹⁰

182 על חשיבותו של המסמך המכונן ראו Cass R. Sunstein, *Constitutionalism and Secession*, 58 U. CHI. L. REV. 633 (1991); כן ראו BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* (1991); המדגיש את חשיבות המסמך המכונן כמו גם את ההסכמה הלאומית הרחבה. וראו עוד בעניין זה וייל, לעיל ה"ש 179.

183 ראו BICKEL, לעיל ה"ש 178.

184 ראו Charles Larmore, *Political Liberalism*, 18 POLITICAL THEORY 339 (1990), וכן ראו RAWLS, לעיל ה"ש 30.

185 ראו הראל, לעיל ה"ש 179.

186 ראו ספיר "שלושה מודלים של חוקה", לעיל ה"ש 179, הדין בין היתר בטכניקות פרשנות מינימליסטיות ובחוקות מפורטות כטכניקת הגבלה של שיקול הדעת השיפוטי.

187 ראו יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" משפט וממשל י 489 (2007) (להלן: דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה") (דן ביחס שבין שאלת מינוי השופטים להיקף הביקורת השיפוטית).

188 ראו פסקת ההתגברות בצ'רטר הקנדי (1982) The Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982) כמו גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 וחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114; ראו גם את מודל החוקה כדיאלוג שמציג LOIS FISHER, *CONSTITUTIONAL DIALOGUES: INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS* (1988), וכן Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993). לדיון בהקשר הישראלי ראו דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה", לעיל ה"ש 187. כן ראו את תיאור המודל אצל ספיר "שלושה מודלים של חוקה", לעיל ה"ש 179, בעמ' 376-371.

189 ראו ברק "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 179.

190 לטענה כי הכנסת – בכובעה כרשות מכוננת – הקנתה לחוקי היסוד הקיימים תוקף חוקתי ראו עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 175. לניתוח העמדות השונות בפסק הדין ראו אסף ברם "ביקורת שיפוטית

בניגוד לעמדות הללו משפט ותרבות בישראל מצטרף למבקרי המהלך החוקתי בישראל ומתנגד לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. אני חושש שההתנגדות למהלך החוקתי בישראל או למצער, חוסר הנכונות להגן עליו פילוסופית ומוסרית מפני הביקורת "הדמוקרטית הרובנית", שומטת את הקרקע מתחת לקריאות של משפט ותרבות בישראל לשמר באופן נוקשה את אופיו הליברלי הבלעדי של המשפט הישראלי ואת ההרכב האנושי של השופטים.

כזכור, לדעת מאוטנר בתי המשפט הנם מוסדות "פוליטיים"¹⁹¹ במובן זה שלתכניהם ולפעולותיהם השלכות ערכיות וחלוקתיות. אם בחברה נתונה יש לקבוע את ההחלטות הערכיות והחוקתיות באמצעות מנגנונים רובניים, לא ברורה ההצדקה לכך שהמשפט ובתי המשפט יישלטו על־ידי הקבוצה הליברלית – הלא נבחרת לבדה. לעומת זאת אם

על חוקים: נחוץ סיפור משכנע" המשפט ה 149 (2001); על המקורות השונים לחוקה הישראלית ראו גם: וייל, לעיל ה"ש 179. לסקירת המצב החוקתי הנוכחי ראו עוד: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (2005). ראו גם אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339 (2000) וכן רובינשטיין ומדינה "החוקה של מדינת ישראל", לעיל ה"ש 179 (דנים בתיאוריות השונות על מקור הסמכות של כתיבת החוקה בישראל לבין הליכי תיקונה). עוד ראו בנושא דותן "הדיאלוג הקונסטיטוציוני", לעיל ה"ש 179; אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי־יסוד" ספר ברנזון כרך ב 119 (א' ברק וח' ברנזון עורכים, 2000); אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי־היסוד" משפט וממשל ב 443 (1995); קלוד קליין "בעקבות פסק־הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית־המשפט העליון" משפטים כח 341 (1997). עוד ראו בנושא זה Daphne Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective*, 26 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 309 (1995). עוד ראו בנושאים הללו אצל גדעון ספיר המהפכה החוקתית, עבר הווה ועתיד (2011). אל מול הגישות הללו קיימות גישות אחרות המערערות על המהלך החוקתי שנערך בישראל. ראו והשוו רות גביון "המהפכה החוקתית: תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997); וכן רות גביון ואלן שפירא "מבוא" הפדרליסט 48 (2002) (להלן: גביון ושפירא "מבוא"); עוד ראו דן אבנון "ההיבט הלא־דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם" פוליטיקה 2, 53 (1999); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית־המשפט" משפט וממשל ג 697 (1996). ביקורת חריפה על המהלך החוקתי בישראל ועל המתודה של השלטת ערכים ליברליים באופן חד־צדדי מתח לאחרונה רוברט בורק "החרב והארנק" תכלת 27, 146 (2007); Richard A. Posner, *Enlightened*; Despot, THE NEW REPUBLIC (23.4.2007); ראו גם הלל סומר "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: דברים שרואים משם – לא רואים מכאן?" הפרקליט מט 8 (2008). אולם ראו ביקורתו של ברק מדינה על המבקרים: ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" דין ודברים ג 399 (2007).

191 חשוב להדגיש כי מאוטנר אינו מתכוון בביטוי "פוליטי" לכך שלבתי המשפט זיהוי מפלגתי במובן הצר אלא לכך שבתי המשפט הם בנושאים רבים סוכן של קבוצות מרכזיות ושל ערכים מסוימים בחברה.

קיימות הצדקות מהותיות ומשטריות להגבלת הכרעות לא ליברליות של הרוב, כי אז נחלשת הביקורת על המהלך החוקתי בישראל.

המסגרת הנוכחית אינה מתאימה לדיון מקיף בדילמה האנטי־רובנית הכללית וביישומה הספציפי בישראל, הן באשר לשאלת הביקורת השיפוטית והן באשר לשאלות מינוי השופטים והאקטיביזם השיפוטי.¹⁹² בקצרה אומר כי עמדתי האישית בנוגע למתודות האנטי־רובניות המתקיימות בישראל הפוכה מזו המוצעת במשפט ותרבות בישראל: מחד אני נוטה להשתכנע כי קיימים עקרונות דמוקרטיים מהותיים המצדיקים הגבלות ליברליות על שלטון הרוב הפורמלי. מלבד זאת אני סבור כי חוקי היסוד בישראל החלו בגיבוש מהלך חוקתי מסוים אף אם אינו שלם ומלא. לכן בלית ברירה גם אם לא יושלם המהלך החוקתי הפורמלי בישראל, הגבלות ליברליות מסוימות על שלטון הרוב מוצדקות, ואם המחוקק לא יכבדן נדרשת בכל זאת ביקורת שיפוטית על החקיקה. מאידך, כפי שהסברתי בהרחבה לעיל, אינני משתכנע מטיעוניו של מאוטנר כי יש לחסום באופן מוחלט את דרכם של שופטים לא ליברליים לבית המשפט העליון.¹⁹³ בעיניי, מינוי שופטים רצוי שיסתמך ככל האפשר על קריטריונים "מקצועיים" ועל אישיותם ויורשתם של המועמדים ולא דווקא על השקפת עולמם. אולם דווקא ההכרה של משפט ותרבות בישראל בהיבטים הלא "מקצועיים" של עבודת השופטים ובהשפעה של השקפת העולם על פסיקתם הייתה אמורה לפעול לטובת גיוון ההרכב האנושי של השופטים ונגד הפיכתו של בית המשפט העליון למונוליתי בהרכבו.¹⁹⁴ בדומה לכך אינני שותף לחששות של משפט ותרבות בישראל מפני העשרת הצביון הליברלי של המדינה בתכנים יהודיים לרבות כאלו שאובים מן המשפט העברי.¹⁹⁵ כפי שראינו, העמדה המקובלת במחקר היא שליברליזם ניטרלי אינו אפשרי. המשטר והמשפט רוויים בערכים המשפיעים השפעה מתמשכת על חיהם של בני אדם. משום כך לטעמי יש לעבות את המשפט הישראלי בתכנים יהודיים וליברליים ולא להשתיתו על ליברליזם פוליטי ניטרלי לכאורה. אולם גם מי שאינו מקבל את עמדתי בנושא זה וסבור כי ראוי להשתית את המשפט הישראלי על גישה ליברלית טהרנית, עדיין חייב לשכנע כי כינון המשטר הליברלי הישראלי יכול שיעשה על-ידי בתי המשפט וממני השופטים גם בדרכים לא

192 ראו על כך בהרחבה לעיל ה"ש 185-190.

193 ראו לעיל ה"ש 144-147.

194 ראו ברוך זו גם דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה", לעיל ה"ש 187. ראו עוד: הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים דו"ח הוועדה (2001) (להלן: "ועדת זמיר"). דיון מרחיב בנושאים אלה חורג מהיקפה של הרשימה הנוכחית.

195 ראו לעיל ה"ש 41-42, שם מתואר כיצד מיד לאחר שהציע מאוטנר להעשיר את המשפט הישראלי בתכנים הלוקחים מן המשפט העברי, מיהר הוא להסתייג מהצעה זו והסביר מדוע יש לשמר את אופיו הליברלי הטהור של המשפט הישראלי.

"רובניות". לשם כך נדרש מהלך חוקתי אנטי-רובני שלא חל בספר משפט ותרבות בישראל.¹⁹⁶

2. ואולי בכל זאת חוקה בהסכמה

בחלק הקודם הוצגה ועומתה הגישה הרובנית, הנכונה להנחיל ערכים ליברליים רק כאשר הם מאושרים במנגנוני הכרעות רוב, עם הגישה התומכת בהשלטה הליברלית החד-צדדית. כהמשך לכך ניתחתי את עמדת משפט ותרבות בישראל בהקשר של שתי החלופות הללו וחשפתי את המתח הפנימי המתקיים בין הרכיבים השונים של העמדה. אולם האמת חייבת להיאמר, באופן אמיתי ועמוק הספר משפט ותרבות בישראל מסויג משתי החלופות גם יחד:

מחד, כפי שראינו, משפט ותרבות בישראל מתנגד בתוקף לגישה דמוקרטית רזה שאינה משלבת ערכים ליברליים מהותיים. בה בעת הספר מסויג מהשלטה ליברלית חד-צדדית באמצעות אקטיביזם שיפוטי וביקורת שיפוטית על החקיקה. אני שותף להסתייגות הספר משתי הגישות. בעיניי, דמוקרטיה רזה, נטולת גבולות חוקתיים,

196 מאוטר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 316-319, מציג שלושה נימוקים מדוע על ליברלים ישראלים לפעול לשימור ולפיתוחו של המשטר הליברלי של ישראל. מדבריו לא ברור אם מדובר בנימוקים הכפופים להכרעות רוב או שמא מדובר במהלך ליברלי חד-צדדי. ככל שמדובר בנימוקים הכפופים להכרעת הרוב, אני מצטרף לטענה כי מהלך דמוקרטי המעבה את התכנים הליברליים של המשטר בישראל הוא ראוי ומבורך. עם זאת, אף כי מאוטר איננו אומר זאת במפורש, מדבריו משתמע בבירור כי המחויבות למשטר הליברלי הישראלי עשויה להיעשות על-ידי בתי המשפט וממני השופטים גם בדרכים לא "רובניות". אם זוהי הפרשנות הנכונה כי אז נימוקיו של מאוטר למהלך אינם יכולים לעמוד ללא בסיס חוקתי, אנטי-רובני: הטעם המרכזי על-פי מאוטר הוא שהדמוקרטיה הליברלית מגלמת ערכים הומניסטיים מרכזיים והיא צורת המשטר הראויה ביותר לגופה. אולם מאוטר נמנע מביסוס טענה זו בספר הנוכחי ורואי שאין הוא מבסס את הטענה כי איכויות המשטר הליברלי – גם אם אכן מדובר במשטר הראוי ביותר – מצדיקות פגיעה בעקרונות הדמוקרטיה הפרוצדורלית הנגזרת מאימוץ משטר כזה בדרך לא רובנית. שנית, מאוטר סבור כי הליברליזם הוא המשטר המתאים ביותר לחנאים של רבותיות משום שהוא יאפשר לדתיים לקיים את אורח חייהם לעומת מודלים לא ליברליים שלא יאפשרו זאת לליברלים. ברם כפי שהדיון בישימות המודל הליברלי הרבותיות בקבוצות הדתיות השונות הוכיח, טענה זו אינה עומדת במבחן המציאות שכן כמו המודלים הלא ליברליים גם המודל הליברלי שמציע מאוטר עלול לפגוע באורח החיים הדתי ובציפיותיהם המשטריות ומשום כך יש להבהיר מדוע אפשר לדרוש מהם לאמץ את המודל גם אם לא התקבל ברוב דמוקרטי. לבסוף הוא סבור שהמסורת הליברלית שכבר השתרשה במדינה הפכה את המשטר הליברלי לחלק מהזהות האישית של רוב אזרחי המדינה. טענה זו, גם היא נכונה, אינה יכולה לעמוד כנגד רצונן של קבוצות לא ליברליות שקולן יישמע במסגרת המשפט המדינתי. להפך, גישה כזו עלולה לעודד תפיסה שמרנית המנציחה את הדרתן של קבוצות שקולן לא זכה לייצוג הולם בשלבי ההקמה והכינון של המדינה.

בעייתית לא רק מנקודת מבט ליברלית אלא גם מנקודת מבט של קבוצות מיעוט אחרות משום שההסדרים המתקבלים על-ידי הרוב עלולים לפגוע פגיעה עמוקה ביכולתן לנהל את אורח החיים המועדף עליהן וביכולתם של חברי הקבוצות להזדהות עם מדינתם. יתרה מזו, בהיעדר גבולות גזרה חוקתיים גם קבוצת הרוב חיה בחשש מתמיד שמא ביום שבו יתהפך הגלגל והרוב יהפוך למיעוט, יבולע לה ולערכיה. באופן כללי דמוקרטיה נטולת גבולות חוקתיים עלולה להוביל לתוצאות לא מאוזנות ביחסים שבין קבוצות שונות בחברה, ונוסף על כך להוליך לחוסר יציבות משטרי, שכן הנושאים המשטריים היסודיים ביותר כפופים לקואליציות מזדמנות ולרוב נקודתי. לעומת זאת השלטה ליברלית חד-צדדית, גם אם אפשר להצדיקה באמצעות תאוריות חוקתיות אנטי-רובניות, היא בעייתית ביותר מנקודת מבטן של הקבוצות הלא ליברליות. נוסף על כך אני מסכים עם מאוטנר שהשלטה כזו עלולה עם הזמן לפגוע קשות בלגיטימציה של המשפט והמשטר בישראל.

אני סבור שהמתח בין אמונתו של מאוטנר כי משטר ליברלי הוא המשטר המתאים ביותר לישראל, לבין הסתייגותו מהשלטה חד-צדדית של משטר כזה באמצעות המשפט מסביר את הניסיון ההרואי של משפט ותרבות בישראל לגבש מודל ליברלי רב-תרבותי אשר יהיה מוסכם על כלל הקהילות בישראל, לרבות הקבוצות הלא ליברליות.¹⁹⁷ אולם הניתוח שנערך במאמר זה הולך למסקנה המצערת כי הקהילות הדתיות הקיימות בישראל לא יוכלו להסכים למודל הליברלי המוצע במשפט ותרבות בישראל. נדרשת אפוא תכנית פעולה חלופית למקרה שבו יהיה בלתי אפשרי להסכים על המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי המוצע בספר.

משום כך בשורות האחרונות של המאמר ברצוני לעודד מאמץ נוסף להשגת הסדר משטרי וחוקתי בהסכמה, לפחות בתחום הקשה של יחסי דת ומדינה שבהם עסק המאמר הנוכחי.

בניגוד למשפט ותרבות בישראל, העוסק בתוכני ההסדר המשפטי והמשטרי, הצעתי שלי אינה עוסקת בתוכני ההסדר אלא במתודה להשגתו, שאותה אכנה מתודת "גבולות הגזרה".

מתודה זו נובעת מכמה נקודות מוצא: ראשית, כל הסדר חייב להיות תוצר של משא-ומתן חוקתי בין נציגי הקבוצות השונות. לכן כפי שמאמר זה המחיש, הצעות המוצעות בשם נציגי אחת הקבוצות, מורכבות והוגנות ככל שיהיו, אינן יכולות להחליף משא-ומתן ממשי בין נציגים אמתיים של הקבוצות השונות. שנית, להערכתי, בהרכב

197 ואכן, מיד בסמוך לביקורתו על המהלך החוקתי החד-צדדי שהתרחש בישראל קורא מאוטנר לכינון אספה מכוננת שבה ישתתפו נציגי הקבוצות המרכזיות בישראל ויעצבו חוקה המוסכמת על נציגי הקבוצות הללו. ראו מאוטנר שם, בעמ' 144, 288-289. בכך מאוטנר מצטרף לעמדתם של גביון ושפירא וראו גביון ושפירא "מבוא", לעיל ה"ש 190. כן ראו לעיל ה"ש 46-50, שם דנתי ביזמות שונות לכינון חוקה מוסכמת בישראל.

הנוכחי של הקבוצות בישראל לא יהיה אפשר להסכים על הסדר חוקתי שיגשים את מרבית מאווייהן של מרבית הקבוצות המרכזיות בישראל, או בשפתו החוקתית של צ'רלס לרמור – בישראל אי אפשר לדבר על "קונצנזוס חופף", שיהווה בסיס לחוקה.¹⁹⁸ שונים הם הדברים כאשר מדובר על גבולות הגזרה של הקבוצות השונות. בדבריי על גבולות גזרה, אני מתכוון ל"ציפורי הנפש" של הקבוצות השונות, דהיינו אותם הנושאים שלגביהם הן חשות שלא יוכלו להפסיד בהם או להתפשר לגביהם, משום שנושאים אלו מגדירים באופן העמוק ביותר את זהותן האישית ואת יכולתן להשתתף במדינה עם הקבוצות האחרות יחדיו. להערכתי, בדיון פתוח וכן יהיה אפשר לשלב ולהגדיר את גבולות הגזרה שיאפשרו למרבית הקבוצות בישראל לחיות במדינה ולהשתתף בה. מכאן נגזרת ההבחנה בין החלקים החוקתיים המוגנים לבין החלקים הציבוריים שבהם שולטת הדמוקרטיה הפרוצדורלית ועקרון הכרעת הרוב. האזורים המצומצמים שיוגדרו כגבולות הגזרה של הציבורים השונים יסומנו כאזורים חוקתיים שעליהם לא יחולו הכללים הדמוקרטיים הרגילים. משום כך לא יהיה אפשר לשנות כללים אלה ברוב רגיל, וחוקים שיפגעו בהם יהיו נתונים לביקורת שיפוטית. לעומת זאת על התחומים האחרים יחולו ההסדרים הפוליטיים הרגילים ולא יהיה אפשר לפעול נגד החלטות הרוב בעניינם בפרוצדורות אנטי-רובניות. חשוב להדגיש כי המתודה המוצעת להשגת חוקה דורשת שני תהליכים שאינם טריוויאליים: ראשית נדרש הליך של בירור פנימי מהותי של כל קבוצה וקבוצה שבו תגדיר הקבוצה לעצמה את ערכיה ותבחין בין הערכים שעליהם תסכים להיאבק במישור הפוליטי לבין ערכי הליבה שבלעדיהם לא תוכל להשתתף במשטר הפוליטי. תהליך זה אינו טריוויאלי הן לדתיים והן לליברלים. הדתיים נוטים לעתים לתאר את מכלול עמדותיהם וערכיהם כמקודשים ובלתי ניתנים לפשרה. באופן מפתיע גם ליברלים מתקשים במקרים רבים להתפשר על ערכיהם.¹⁹⁹ ובכל זאת אני סבור כי דווקא הידיעה שוויתור על הגנת ערך מסוים כערך חוקתי אין משמעותו ויתור מוחלט, שכן יהיה אפשר בכל זאת להיאבק עליו במישור הציבורי הדמוקרטי, תאפשר בכל זאת לקבוצות השונות לערוך הליך של בירור פנימי שיעזור גם להן לגבש מדרג פנימי של ערכים והעדפות. למשל, בניגוד למודל הליברלי-פוליטי המוצע במשפט ותרבות בישראל, הדורש מליברלים לזנוח כליל את תפיסותיהם הכוללות לפחות ככל האמור בהשפעה על משפט המדינה, על-פי הצעתי ליברלים ישראלים לא יאלצו לזנוח את תפיסותיהם ה"כוללות". עם זאת ייתכן מאוד שהם יגדירו תפיסה ליברלית אנטי-רובנית

198 Larmore, לעיל ה"ש 184.

199 על הצורך של ליברלים ושל שמרנים להתפשר בנושאי דת ומדינה, ולהצעות קונקרטיות בדבר אופי הפשרה ראו: NOAH FELDMAN, DIVIDED BY GOD: AMERICA'S CHURCH-STATE PROBLEM – AND WHAT WE SHOULD DO ABOUT IT (2006). כן ראו Sahahr Lifshitz, A Potential Lesoon from the Israeli Experience for the American Same-sex Marriage Debate, 22 BYU J. PUB. L. 359 (2008).

רזה כדרישה הראויה להגנה חוקתית, ואילו את תפיסותיהם הכוללות הם יעמידו למבחן הציבורי והפוליטי.²⁰⁰

שנית, במישור החיצוני נדרשת כנות ביחסים שבין הקבוצות. לאמור, כל קבוצה תצטרך לחשוף ביושר על אילו עמדות שבהן היא אוהזת היא יכולה לוותר ולחיות בלעדיתה, ולו במחיר של אי-נוחות אישית או ערכית, ואילו עמדות הן בבחינת "ייהרג ואל יעבור". מובן כי עלול להיווצר שיח אסטרטגי שבו כל קבוצה תרחיב את מעגל העמדות מהסוג השני. שיח כזה יוליך לתגובת נגד שתמנע כל אפשרות להשגת הסדר חוקתי משטרי מוסכם. עם זאת חשוב לציין כי בשנים האחרונות התקיימו כמה ניסיונות להשגת הסכמים מכוונים בין דתיים לחילוניים בישראל. פרויקט חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה ואמנת גביון-מדן הם דוגמאות בולטות לניסיונות מוצלחים כאלה. עיון בדברי המבוא להסדרים אלו ובהסדרים עצמם מלמד כי ההסדרים התבססו על שיח כן, על אמון אישי ועל הבחנה בין ציפורי נפש לבין נושאים פריפריאליים הנתונים לפשרה.²⁰¹ בנקודה זו, חשוב להדגיש, קיים הבדל מהותי בין התאוריה החוקתית שהנחתה את האמנות וההסכמות הללו לבין התאוריה החוקתית המוצעת בחלק זה. למשל, על-פי פרויקט חוקה בהסכמה של המכון לדמוקרטיה, הסדרי הליבה אינם כפופים לביקורת שיפוטית, אלא להליך הדמוקרטי הציבורי הרגיל. בניגוד לכך, על-פי הצעת דווקא הסדרי הליבה, דהיינו ציפורי הנפש של הקבוצות השונות, יהיו מוגנים חוקתית ועל כן כפופים לביקורת שיפוטית, ואילו הנושאים האחרים יהיו כפופים למנגנוני ההכרעה הרובניים הרגילים. היכולת לנהל שיח כן, האפשרות להפריד בין

200 ההבחנה בין העמדות הליברליות הפוליטיות לבין העמדות הליברליות הכוללניות והטענה כי ליברלים ישראלים צריכים להתפשר על העמדות הכוללניות ולהסתפק בליברליזם הפוליטי, עומדות כזכור במרכז הספר משפט ותרבות בישראל. בדומה לכך, גם רות גביון תומכת בהבחנה. ראו את הקדמתה לאמנת גביון-מדן, לעיל ה"ש 47. עם זאת קיים הבדל ניכר בין הסדר שעשוי להתקבל מהמתודה החוקתית המוצעת בפרק זה לבין הצעותיהם של גביון ומאוטר. בהצעתי שלי הליברלים הישראליים מוותרים על הגנה חוקתית לערכים ליברליים כוללניים, אך יוכלו להילחם על ערכים אלו במישור הפוליטי והדמוקרטי. לעומת זאת על-פי ההצעות של גביון-מדן ושל מאוטר, ליברלים חילוניים יוותרו למעשה ויתור מלא על האפשרות שחלקים ממשטר המדינה יושתתו על ערכיהם הליברליים הכוללניים.

201 ראו למשל את הקטע הבא הלקוח מן ההקדמה לאמנת גביון-מדן, לעיל ה"ש 47: "האמון שנוצר בין שנינו הביא לנכונות של כל אחד מאתנו לעמוד רק על מה שנראה לו חיוני ביותר לקיומו, ולוותר על כל השאר למען ההסכמה המשותפת, וכך יכולנו להגיע להסכמה בעניינים רבים, גם בכללים וגם בפרטים שלהם, לחדור עד כמה שיכולנו אל תשתיתם וללבן אותם לפרטיהם בטיפול עומק ובלא להסתיר דבר". ההבחנה בין נושאי ליבה, או בלשון מאמר זה "ציפורי נפש", לבין נושאים אחרים הנחתה את פרויקט חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה. ראו למשל עמדתו של פרופסור ידידיה שטרן המוצגת אצל המכון הישראלי לדמוקרטיה המועצה הציבורית: לקראת פתרון הדיכוי החוקתי של יחסי דת ומדינה עמ' 252 (2001).

נושאי ליבה לבין נושאים אחרים, ובמיוחד העובדה שבניגוד לתחזיות הפסימיות "ציפורי הנפש" של הקבוצות השונות לא סתרו זו את זו, לפחות לדעת הנציגים שפעלו בשם הקבוצות במסגרת הפרויקטים המדוברים, מעוררים בכל זאת תחושה אופטימית כי אפשר להגיע לחוקה בהסכמה. אכן, אין כל הבטחה שתהליך מהסוג המוצע בשורות אלה יצליח. עם זאת לטעמי, בשל חסרונותיהן של דרכי הפעולה החלופיות והבעייתיות במצב הקיים הניסיון מוצדק.

לפני סיום אזכיר שוב כי מאמר זה התמקד ביחסים הפנימיים בין יהודים לבין עצמם וביכולתם להגיע להסכמות בנושאי דת ומדינה. אני חושש שבמציאות הפוליטית הקיימת השגת הסדר חוקתי מוסכם של הרוב היהודי עם המיעוט הלא יהודי עשויה להיות משימה מורכבת אף יותר מהשגת הסדר פנימי יהודי.²⁰² במשימה מורכבת זו ובהשפעתה האפשרית על היחסים הפנימיים בין היהודים לבין עצמם אני מקווה לעסוק בהזדמנות אחרת.

ה. סיכום

פרופסור מנחם מאוטנר התברך ביכולת להצביע על התהליכים המשמעותיים ביותר המתחוללים בחברה ובמשפט הישראלי ולשזור אותם יחדיו לסיפור חשוב וכולל. בספר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת מספר הפרופסור מאוטנר את סיפורו של המאבק התרבותי המתחולל בחברה היהודית החל מראשית הציונות בין הקבוצה החילונית-ליברלית לבין הקבוצה הדתית-לאומית, ומנתח את התפקיד החשוב של המשפט ושל בתי המשפט במאבק זה. לצד הסיפור ההיסטורי והניתוח המשפטי-תרבותי מבקש פרופסור מאוטנר להציע מודל משפטי וציוויים נורמטיביים שעליהם ראוי להשתית מכאן ולהבא את המשפט והמשטר בישראל.

בבואו לגבש את הצעתו מתמודד פרופסור מאוטנר עם משימה לא פשוטה: מחד, מאוטנר הוא ליברל המאמין כי יש להשתית את המשפט והמשטר בישראל על התאוריה והערכים הליברליים. ברוח השקפותיו הליברליות בכתבתו המוקדמת תיאר מאוטנר את בית המשפט העליון כראש החץ של הקבוצה הליברלית-חילונית במאבקה בקבוצה "היהודית-דתית" על צביונה של מדינת ישראל ואיחל לבית המשפט שיצליח במאבקו. מאידך מאוטנר המשתקף במשפט ותרבות בישראל, הוא לא רק ליברל אלא גם סוכן של השיח הרב-תרבותי. כסוכן השיח הרב-תרבותי מאוטנר רגיש לקבוצות השונות הקיימות

202 כך למשל אמנת גביון-מדין, לעיל ה"ש 47, שנערכה בין יהודים. למעשה, אפילו הצוות המוביל של פרויקט חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה לא כלל נציגים של המיעוט הערבי בעת שניסח את ההסדר החוקתי שהציע המכון. עם זאת במקרה האחרון כללה הוועדה המייעצת הרחבה של הפרויקט נציגים לא יהודים.

בחברה הישראלית, לחשיבות הקבוצה ותרבותה לזהות האישית של הפרט ולצורך של הקבוצות השונות לכבד זו את תרבותה של זו ולגבש יחדיו הסדר משפטי ומשטרי. כדי ליישב בין ערכיו כליברל וכסוכן הרב-תרבותיות ביקש מאוטנר להציע יסודות למשפט ולמשטר ליברליים שגם קבוצות לא ליברליות יוכלו להסכים להם. לצורך זאת הציע מאוטנר את הליברליזם-הפוליטי הרב-תרבותי כמודל מנחה למשפט ולמשטר בישראל. מודל זה עוסק הן ביחסים שבין המרכז המדינתי לבין הקבוצות השונות במדינה והן בעיצוב הנורמטיבי של המרכז עצמו. בהיבט הראשון דוגל המודל בהרחבת האוטונומיה הקהילתית אך בכפוף לנורמות אוניברסליות של שימור זכויות האדם וכבודו כבן אנוש, נורמות המפורשות פירוש נרחב. בהיבט השני תומך המודל בביזור הסמכויות המדינתיות, בדילול המרכז ככל שהדבר אפשרי ובהשתתפות על ליברליזם "פוליטי" המנסה לשמור על ניטרליות בין דפוסי חיים שונים ולא להעדיף ערכים מסוימים על פני ערכים אחרים.

מאוטנר הציע לבסס את המשטר הישראלי על מודל זה, משום שהוא סבור שגם אם הפרטים המשותפים לקבוצות הדתיות אינם חולקים עם הציבור החילוני את הערכים הליברליים ברמה האישית, עדיין הם יכולים וצריכים לתמוך ברב-תרבותיות הליברלית-פוליטית ברמה המשטרית והמשפטית. על-פי מאוטנר, משטר המבוסס על ערכים יהודיים-דתיים אינו מאפשר לקהילות החילוניות לקיים אורח חיים המבוסס על ערכים ליברליים. לעומת זאת משטר המבוסס על ליברליזם ניטרלי יאפשר לדתיים לקיים במישור האישי והקהילתי אורח חיים המבוסס על ערכיהם. משום כך לדעתו על הדתיים, לרבות הדתיים הלא ליברליים, להסכים להשתתף המשטר והמשפט בישראל על משטר רב-תרבותי המיוסד על אדני הליברליזם הפוליטי הניטרלי.

במאמר זה בירכתי על העשרתו של השיח הליברלי ברגישות רב-תרבותית ועל המעבר משיח של מאבק לשיח של אספה מכוונת המבקשת להשיג הסכמה בין הקבוצות השונות. טענתי כי מדובר במהלך המשקף תהליך קבוצתי רחב יותר, שבו הקבוצות היהודיות המרכזיות בישראל מכירות בהיותה של ישראל חברה רב-תרבותית ומחפשות נוסחאות שייטיבו את החיים המשותפים של הקבוצות השונות בישראל.

אולם חרף תמיכתי העקרונית בהצעת הסדרים משפטיים ומשטריים שיוכלו להתקבל על נציגי הקבוצות השונות, המאמר הטיל ספק בתחזית העובדתית ובציפייה הנורמטיבית כי הציוויים המוצעים במשפט ותרבות בישראל ויישומיהם יתקבלו על-ידי הקבוצות הדתיות בישראל.

לצורך הדיון חולקה הקבוצה הדתית-יהודית לשלוש קבוצות משנה: חרדים אשכנזים, ציונים דתיים והציבור הספרדי שומר המסורת. בחנתי אם מוצדק לצפות מן הקבוצות הללו לאמץ את המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי במתכונת המוצעת בספר כמודל המנחה של המשפט והמשטר בישראל:

ראשית, נדונה קבוצת החרדים האשכנזים. עמדנו על כך כי הגישה העקרונית של המודל, המרחיבה את האוטונומיה הקהילתית החרדית אך שומרת את צביונו הליברלי של המרכז, מתאימה לגישתם המסורתית של החרדים. ברם, בפועל לנוכח פרשנותו המרחיבה של הספר את הדוקטרינות האוניברסליות בדבר זכויות האדם ואנושיותו, מסייג המודל המוצע בספר באופן משמעותי את האוטונומיה המובטחת לחרדים ומציב בפניהם דרישות בתחום החינוך, השיפוט והנציגות הפוליטית, החורגות בהרבה מאורח חייהם והעשויות לערער את אושיות עולמם. משום כך מלבד תחזיתנו שלפיה דרישות אלו יעוררו התנגדות בקרב הציבור החרדי, עמדנו על כך שגם במישור העקרוני-ערכי הדרישות חותרות תחת הניסיון של משפט ותרבות בישראל לטעון כי על דתיים להסכים למשטר ליברלי במישור המדינתי, שכן משטר זה אינו מפריע להם להמשיך ולקיים את אורח חייהם הקהילתי והאישי.

לצד טענתנו כי החרדים לא יקבלו את המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי, הדיון בקבוצה החרדית חשף סכנה במודל – מנקודת המבט החילונית-ליברלית דווקא. במסגרת זו עמדנו על כך שבניגוד לגישה החרדית המסורתית הגישה החרדית המודרנית אינה מסתפקת בשימור הקהילה המצומצמת, והפעילות הפוליטית החרדית ממוקדת היום בניסיון להשליט נורמות דתיות גם על פרטים שאינם משתייכים לקהילה החרדית. פעילות זו מחדדת את הסכנה הקיימת דווקא מנקודת המבט הליברלית-חילונית במתן אוטונומיה והטבות לקבוצת מיעוט ולתרבותה ללא הגנה תואמת על תרבות הרוב ועל יכולתו להמשיך ולקיים את אורחות חייו.

שנית עסקנו בקבוצה הציונית-דתית ועמדנו על כך שקבוצה זו רואה ערך מרכזי בהשפעה על הצביון המדינתי הכללי ומשום כך היא לא תקבל את הדרישה לדילול המרכז המדינתי. יתרה מזו, טענו כי גם ציונים דתיים ליברליים יבקשו להעשיר את המרכז המדינתי בערכים יהודיים וליברליים ולא לנשלם משני התכנים גם יחד כפי שמוצע במשפט ותרבות בישראל. באופן מיוחד חלקנו על הדרישה של משפט ותרבות בישראל לשליטה ליברלית מוחלטת במשפט ובבתי המשפט עד כדי פסילה מוחלטת של אפשרות כהונתם של שופטים לא ליברליים, כגון שופטים חרדים או שופטים ציוניים-דתיים שאינם ליברליים בבית המשפט, והסתייגנו מן ההסכנות הרבה שמפגין הספר מפני שילוב המשפט העברי במשפט המדינה. הראינו כי בניגוד להצגה המקצוענית פורמלית של המשפט מאוטנר עצמו מכיר בכך שהמשפט ובתי המשפט מבססים ומתבססים על תפיסות ערכיות שיש להן השפעה דרמטית על חייהם של בני אדם. על רקע זה, לא מובנת דרישתו מן הקבוצות הלא ליברליות להסכים להדרתן המוחלטת מן המשפט ובבתי המשפט. הביקורת בנושא זה התחברה לביקורת מתודולוגית רחבה יותר על ניסיונו של משפט ותרבות בישראל שלא להכריע בין הזרמים הליברליים השונים לפי תוקפם הפילוסופי הפנימי אלא רק על יסוד התאמתם לישראל. עמדנו על כך שבניגוד ליומרה של הליברליזם הפוליטי לניטרליות כלפי צורות חיים וערכים שונים, בשיח

הפילוסופי-פוליטי שלטת כיום עמדה הפוכה דווקא ולפיה רעיון הניטרליות אינו אפשרי ובסופו של דבר כל משפט ומשטר מושתת על מגוון ערכים המתייחסים גם לחיים הציבוריים וגם לחיים האישיים. טענו כי אם צודקת הביקורת הכוללנית בביקורתה המהותית בנושאים הללו, אזי מתערערת גם הטענה בדבר יתרון של המודל הליברלי הפוליטי על פני המודלים המשטריים הליברליים הכוללניים. משום כך, לפחות בנושא זה, אי אפשר להסתפק בטענות "ההתאמה לישראל" והיה צורך בביסוס פילוסופי מהותי של הטענה בדבר היתכנות הליברליזם הניטרלי וההבחנה בין הספירה הפרטית לציבורית. הדיון בקבוצת הספרדים שומרי המסורת עורר שתי נקודות נוספות: במישור התיאורי ביקרנו את התעלמותו של משפט ותרבות בישראל מקבוצת המסורתיים, שהיא הקבוצה הדומיננטית בקרב היהודים הספרדים. הצבענו על המאפיינים הייחודיים של קבוצת המסורתיים שאינם הולמים את הקבוצות הנדונות במשפט ותרבות בישראל. במישור הנורמטיבי טענו כי תנועת ש"ס, המבקשת לייצג את הספרדים שומרי המסורת, מעמידה אתגר ייחודי בפני השיח הרב-תרבותי. המודלים הקיימים של השיח הרב-תרבותי עוסקים בדרך כלל ביחסים שבין קבוצות מוגדרות היטב, ואילו ש"ס מתמקדת בהגדרה מחודשת של הקבוצות בישראל ובהשבת הזהות הספרדית-המסורתית. ההצעות הקונקרטיות של משפט ותרבות בישראל לביזור המרכז ולשימור האוטונומיה הקהילתית של קהילות קיימות אינן נותנות מענה לצרכיה של קבוצה זו להתרחב ולהציע את מרכולתה לציבורים חדשים-ישנים באמצעות רשת חינוך, שירותי רווחה ודת וערוצי תקשורת ייחודיים. משום כך גם קבוצה זו לא תוכל להסכים על המודל הליברלי-פוליטי הרב-תרבותי כמודל מוסכם.

בהמשך לדברים הללו בחנו את דרכי הפעולה הניצבות בפני הקבוצה הליברלית החילונית כמו גם שותפיה הדתיים הליברליים לנוכח מסקנותיי שלפיהן לא סביר שהצעותיו של מאוטנר לכינון משטר ומשפט רב-תרבותי ליברלי יהיו מוסכמות על הקהילות השונות בישראל.

לצורך זאת עימתנו שתי חלופות שכונו הרובנית וההשלטה הליברלית החד-צדדית. על-פי החלופה הראשונה, על ליברלים ישראלים לבצר את המשטר הדמוקרטי במובנו הרחב ולפעול במסגרת הפוליטית כדי שההכרעות הדמוקרטיות שיתקבלו ישקפו ערכים ליברליים. עם זאת על-פי חלופה זו על הקבוצה הליברלית לכבד גם הכרעות דמוקרטיות-רובניות לא ליברליות. על-פי החלופה השנייה על הציבור הליברלי, ובמיוחד על ממני השופטים ועל שופטי בית המשפט העליון, תוטל המשימה להשלטת משטר ליברלי השלטה חד-צדדית. ניתוח משפט ותרבות בישראל בהקשר זה חשף מתח בין שתי עמדות המוצגות בספר: מחד מאוטנר מתנגד בחריפות למהלך החוקתי המאפשר לבתי המשפט לבקר חוקים שהתקבלו בכנסת. הוא מתאר מהלך זה כמהלך חד-צדדי של בתי המשפט מבלי שנתקבלה בישראל חוקה במובנה הממשי והעמוק. במישור הטקטי הוא חושש שמהלך זה יפגע בלגיטימציה הציבורית של בתי המשפט בישראל. מאידך,

מאוטנר עומד בתוקף על כך שלבית המשפט יתקבלו שופטים ליברליים בלבד ומצפה מן השופטים להפוך את בית המשפט לסוכן ליברלי בחברה ובציבוריות הישראלית. טענו כי תאוריה חוקתית "אנטי-רובנית" היא בסיס לכל מהלך של השלטה חד-צדדית ליברלית. אם מאוטנר תומך בתאוריה כזו, לא מובנת ביקורתו על הביקורת השיפוטית בישראל. לעומת זאת אם הוא מתנגד לה, נחלשת התמיכה במהלך של השלטת הליברליזם באמצעות מונוליתיות במינוי השופטים ובשיח המשפטי.

באופן אישי, למרות חשיבות ההכרעה הרובנית לכל שיטה דמוקרטית, אני מקבל את התאוריות החוקתיות המצדיקות – בנסיבות מסוימות ותוך קביעת מנגנוני איזון והיזון חוזר בין המחוקק לבתי המשפט – ביקורת שיפוטית על החקיקה. נוסף על כך אני נוטה לטובת העמדה כי גם אם לא תתקבל בישראל חוקה מלאה ופורמלית, המצב החוקתי הקיים בישראל מאפשר ביקורת שיפוטית גם במצב הנוכחי. עם זאת אני מצטרף לאי-הנוחות שחש מאוטנר מהמהלך החוקתי הלא בריא שהתרחש בישראל, וסבור כמוהו כי יש מקום לכינוסה של אספה מכוונת שבה ינסו נציגי הקבוצות המרכזיות בישראל להסכים על משפטה ומשטרה של ישראל.

ברם כפי שהדיון במאמר זה המחיש, הצעות המוצעות בשם נציגי אחת מן הקבוצות, מורכבות והוגנות ככל שיהיו, אינן יכולות להחליף משא-ומתן ממשי בין נציגים אמתיים של הקבוצות השונות. לפיכך נמנעתי מלהציע הסדרים חוקתיים מהותיים בתחום הדת והמדינה, וחלף זאת הצעתי מתווה פרוצדורלי להשגת חוקה בהסכמה. ביסודו של מתווה זה עומדת גישה חוקתית שבה מוגנים גבולות הגזרה ההכרחיים של הקבוצות השונות, לעומת יתר התחומים והנושאים הכפופים להכרעות רובניות. על-פי גישה זו, במשא-ומתן כן ואוטנטי בין הקבוצות השונות יוגדרו "ציפורי הנפש" של כל קבוצה ויוגנו בהסדר חוקתי. בניגוד לכך, נושאים אחרים, חשובים ככל שיהיו, יוכרעו בשיח הציבורי והפוליטי הרגיל. על סמך הניסיון החוקתי הלא פורמלי שהחל להיצבר בישראל הערכתי כי קיים סיכוי טוב להשיג הסדר חוקתי מסוג זה, לפחות בשאלות של דת ומדינה. לסיום, ברצוני לשוב ולברך את פרופסור מאוטנר על ספרו ולהמליץ בחום לכל מי שהחברה הישראלית ומורכבותה חשובה לו לקרוא בו ולהשכיל ממנו. מלבד החוויה האינטלקטואלית אין בעיניי ספק כי לספר משפט ותרבות בישראל ולתובנות הרבות והעמוקות המשוקעות בו תהיה השפעה רחבה על הדיונים וההסדרים באספה מכוונת כאמור, ועל כך תודת כולנו נתונה לפרופסור מאוטנר.