

## רציחות, ירושות וכל אשר בתנ"ך

על "הרצחת וגם ירשת — משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא"  
מאת דניאל פרידמן<sup>1</sup>

מאת: חיים ה' כהן \*

זהו ספר מקסים.

כמו ספרי מסעות הפותחים לעיניך נופים מתחלפים ומגוונים שלא שיערת יופיים, אם כי ידעת על קיומם, כך ספר זה לוקח אותך לטיולים מפתיעים אל שדות התנ"ך על גוניהם וצבעיהם, ואתה מתפעם מן היופי והעושר, החכמה והתושייה, הדרמה והשירה, כשם שאתה נבהל מן הרוע והאכזריות, אי-הצדק ואי-המוסריות, הנחשלות וההיוליות הנחשפים בכל מערומיהם. הפוך בו והפוך בו שהכול בו — אלא שבקריאה שטחית ובלמידה שגרתית, הדברים אינם מגיעים לתודעתך: אם מפני שמעלימים אותם ומדלגים עליהם, ואם מפני שמטייחים אותם בפרשנות טנדנציוזית. והנה לפניכם סיפורי התנ"ך — למרבה הצער, לא כולם — ללא כחל ושרק, בהטעמה ובהבלטה של ההיבטים המשפטיים והמוסריים המצויים בכל אחד מהם.

פריבילגיה, אך גם חולשה, של המשפטן היא לראות כל דבר באספקלריה משפטית. הוא קורא ספר — ומחפש את הבעיות המשפטיות העשויות להתגלות בו; הוא מסתכל במחזה או בסרט — ובודק סבירותם, ולעתים אף יופיים, באמות מידה משפטיות; כשהוא שומע חדשות, הוא שוקל השלכותיהן המשפטיות. דניאל פרידמן קרא את התנ"ך כמשפטן מובהק. יש להניח שכבר היו משפטנים שקדמו לו, אבל הוא הראשון שהביא רשמיו ושיקוליו לדפוס, על מנת לחלוק אותם עם קהל קוראים נרחב ולתת גם ללא משפטנים שביניהם לטעום טעמם של ניתוחים וסברות משפטיים. למדנותו המופלגת בכל ענפי המשפט, בקיאותו בהליכות העולם וחריפותו בניתוח אירועים ובחשיפת תכונותיהם וחולשותיהם של בני האדם, וכן

\* שופט בית המשפט העליון (בדימוס).

1 ד' פרידמן הרצחת וגם ירשת — משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא (2000).

השכלתו ההיסטורית, כולן חוברות יחדיו להכשירו, מאין כמותו, למבצע גדול זה שלקח על עצמו.

אין המחבר מתיימר להימנות עם חוקרי המקרא. הוא אינו בודק טקסטים על נאמנותם או מקורם או שינויים שחלו בהם. הוא לוקח את הכתוב בטקסט המסורתי כנתון הקבוע ועומד. אין הוא מעמיס על הכתוב לא עיקרי אמונה ולא ממצאי ביקורת המקרא – אך הוא מרבה להשוות, בטוב טעם ודעת, את המסופר במקרא עם סיפורים מקבילים במיתולוגיה היוונית ואף עם תופעות היסטוריות בתקופות מאוחרות. כך תגלו במפתח שמות של קיסרים ואפיפיורים, הוגים ומשוררים, שלכאורה אין להם ולא כלום עם מסורת התנ"ך. ואין צריך לומר שרבים עד מאוד הם האזכורים של חוקים מודרניים, טרום-מודרניים ועתיקים, ממדינות רבות ושוונות. אחת מתכונות היסוד של המשל, הוא שאינו דומה לנמשל בכל מאת האחוזים; אך מותר לה לדייקנות שבהקבלה להידחות מפני ההפתעה שבדמיון. יש שהמחבר סומך, או חולק, על הפרשנים הגדולים, כמו רש"י, הרמב"ן, הרד"ק, אבן עזרא; ולעתים (רחוקות) הוא מביא גם סימוכין מן הפרשנות התלמודית. את התייחסויותיו (הנדרות) למשפט העברי המאוחר, הוא מבסס בדרך כלל על פסיקת הרמב"ם; אך חקר הרציפות של המשפט המקראי והמשפט התלמודי, והרפורמות והתהפוכות שחלו בהם, חורג מן המסגרת אשר המחבר שם לו בספרו. אך גם חוקרי המשפט העתיק ימצאו בו חומר רב ומאלף, מעל ומעבר למצוי בספרים ובמאמרים הרבים שנכתבו על המשפט המקראי (שהמחבר מביא רק חלק קטן מהם).

סיפורי המקרא אינם באים בסדר כרונולוגי; אין המחבר מתחיל באדם וגומר בעזרא ונחמיה. הוא משלב את סיפורי המקרא, על תקופותיהם וגיבוריהם השונים, בדיוניו על נושאים ענייניים המוסדרים בשלושה חלקים גדולים: הראשון על "תפיסת האחריות והפעולה המשפטית", השני על "מלוכה ונבואה", והשלישי על "דיני אישות ומשפחה". ומאחר שברבים מאוד מסיפורי המקרא יש נגיעה לנושאים אחרים מביניהם, אין מנוס מלחזור מדי פעם על אותם הדברים עצמם. כך מופיע סיפור דוד ובת-שבע בשבעה-עשר הקשרים, סיפור דוד ומיכל בת שאול בשלושה-עשר, סיפור כרם נבות כחמישה-עשר, סיפורי אברהם ושרה בעשרה – ואלו רק הדוגמאות הבולטות. אך טוב עשה המחבר שלא הסתפק בהפניות לאזכורים קודמים, אלא ראה לרענן את זיכרון הקורא בחזרות (לפעמים הפנה אותו לפרק אחר שבו נדון הנושא בהרחבת יתר).

ומילה אחת על הלשון: לשונו של המחבר היא ברורה ובהירה ושווה לכל נפש. אין בה שמץ מליצה או גנדרנות, ואין בה שום יומרה של השפה המשפטית השגורה בפי אנשי המשפט – סימן וראיה שניתן לכתוב ספר משפטי גם בלשון בני אדם. אך מבקר אינו יוצא ידי חובתו בתשבחות כמו אלה שהרעפתי על המחבר וספרו: פטור בלי שום "ביקורת" אי-אפשר. אמרתי בלבי, אבחר לי מאוצרו הטוב של המחבר שתיים – שלוש סוגיות הראויות לדעתי לעיון נוסף, ואעיר עליהן הערות. טול גאולת הדם. המחבר מציג את גאולת הדם כ"דוגמה בולטת לסנקציה

שהוטלה במקורה ללא היזקקות להליך משפטי כלשהו לאחר מכן פורשה הוראה זו ככפופה לכלל שלפיו אין ממיתים עברייני ללא משפט<sup>2</sup>. אם כוונתו ברישא לדינים טרום-מקראיים, ניחא; אבל בדיני המקרא הייתה גאולת הדם מותנית מלכתחילה בהליך שיפוטי<sup>3</sup>, ולו רק כדי לקבוע אם המעשה נעשה בזדון או בשגגה, שאם נעשה בשגגה בית הדין החזיר את הנאשם לעיר מקלט, ושם גואל הדם לא היה עוד רשאי להמיתו. במקום אחר מודה המחבר, שמן הפסוק הזה עשוי להשתמע שיש לקיים הליך משפטי בין רוצח הטוען שפעל שלא במזיד, לבין גואל הדם — אך הוא רואה בכך "סברה" סתם, המוזמת למעשה על ידי תיאורי גאולת הדם המצויים בתנ"ך, שמהם עולה "שגואל הדם פעל על דעת עצמו ואין כל רמז שנוקק לפסק-דין"<sup>4</sup>. במיוחד בולט הדבר, לדעתו, בסיפור האישה מתקוע שנאומה לפני דוד המלך נוסח בקפדנות מראש<sup>5</sup>, ושאינו בו זכר להליך שיפוטי כתנאי מוקדם לגאולת הדם אשר ממנה היא חוששת; "ניתן גם להניח שלא היה צורך בהחלטה שיפוטית כזו, שאם לא כן מן ההכרח היה להתייחס לכך"<sup>6</sup>. טיעון זה אינו משכנע: הרי אמרה דבריה לפני דוד אשר לא רק היה מוסמך לשפוט אלא גם השופט העליון בממלכה, ברצותו מרשיע וממית, וברצותו מזכה ומשחרר<sup>7</sup>. ואשר לכל המקרים האחרים שבהם רואה המחבר "גאולת דם", ניתן לומר שאלה לא היו אלא מעשי נקם (פליליים), שמבצעהם לא העלו על דעתם שמקיימים הם מצוות גאולת הדם. ואם תאוריה זו נכונה היא, כי אז יוצא שאין לנו במקרא כל תיעוד של גאולת דם שבוצעה על פי דין תורה<sup>8</sup>.

כעיה אחרת היא אם לפי דין תורה גואל הדם חייב להמית את הרוצח, או שמא הרשות בידו לרחם עליו ולפטרו. המחבר רואה את גאולת הדם כרשות ולא כחובה: "השיטה של גאולת דם מותרת למעשה את הענישה בידי משפחת הקורבן, ובכך היא מקנה לה, למעשה אם לא להלכה, זכות חנינה, שהרי תמיד אפשר להימנע מביצועה של גאולת הדם (ולו תמורת פיצוי)"<sup>9</sup>. השאלה אם גאולת הדם מצווה היא או רשות, הייתה שנויה במחלוקת בין שני תנאים גדולים, רכי יוסי הגלילי ורכי עקיבא: זה אומר, מצווה היא, וזה אומר, רשות היא<sup>10</sup>. הסברה שמצווה היא, יש לה סימוכין בלשון המפורשת של הכתוב: "גואל הדם הוא ימית את הרוצח"<sup>11</sup>; אך הסברה שרשות היא נחשבה לניסיון של ליברליזציה של הדין הנוקשה<sup>12</sup>. הרמב"ם

2 שם, בע' 125.

3 במדבר, לה, כד.

4 פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 366 ראו הערת שוליים 346.

5 שמואל ב, יד, ה-ז.

6 פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 371.

7 "ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו"; שמואל ב, ח, טו.

8 למיטב ידיעתי אין תיעוד כזה גם בתלמוד.

9 פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 371.

10 משנה, מכות, ב, ז.

11 במדבר, לה, יט.

12 B. Cohen *Jewish and Roman Law* (1966) 626.

אמר לצאת ידי חובת שניהם; הוא פסק וזו לשונו: "מצווה ביד גואל הדם להרוג את הרוצח לא רצה גואל הדם או שלא היה יכול להמיתו בית דין ממיתין את הרוצח בסיף"<sup>13</sup> זהו מקרה נדיר ביותר של מצווה שהמצווה רשאי שלא לרצות לקיימה. אך דבר אחד ברור לכל הפרשנים, והוא שאף אם גואל הדם מחליט להימנע מלהמית את הרוצח, אסור לו לדרוש ולקבל פיצוי תמורת הימנעותו: "ולא תקחו כופר לנפש רוצח אשר הוא רשע למות"<sup>14</sup> — "ואפילו רצה גואל הדם לפטור, שאין נפשו של זה הנהרג קניין גואל הדם אלא קניין הקב"ה"<sup>15</sup>. נמצא שאין לגואל הדם זכות חנינה, ואין הוא זכאי לתמורה על כך; שאם הוא מסרב לעשות את שלו, הרוצח יומת מכל מקום.

לא דבר קל הוא להאיר את סיפורי המקרא באור מושגים משפטיים או מוסריים של ימינו. הפיתוי חזק — וטבעי — לשבץ התרחשות של הימים ההם בקטגוריות מודרניות הזרות לדעתם ולכוונותיהם של הנפשות שפעלו אז. ואם כי נודע לסיווגים שכאלה קסם, ולו רק אשלייתי או אגדתי, ההיסטוריון של המשפט ייזהר תמיד מלערבב מין בשאינו מינו. המחבר מצא את שביל הזהב: מחד גיסא, הוא מסיק מסיפורי המקרא את המסקנות המתבקשות לעניין המושגים המשפטיים והמוסריים של ימי קדם — ולא נרתע מלדחות ולפטול אותם במידה שאבד עליהם הכלח; ומאידך גיסא, הוא נוטל מושגי דהאידיא ומסווג בהם, ולו דרך השוואה בלבד, תופעות ואירועים של העולם העתיק. ויש שעצם האפשרות של סיווג כזה מפתה אותו ליישמו הלכה למעשה.

בעניין האחריות הפלילית למשל, הוא מניח, כמעט כדבר המובן מאליו, שהעונשים האלוהיים בשל עבירות שנעברו בתום לב, מעידים על קיום "אחריות מוחלטת", לפחות בעבירות שבין אדם למקום: לאמור, העונש — בדרך כלל, מוות — בא כתגובה על מעשה העבירה, בין אם נעשה בכוונה פלילית ובין אם נעשה בטעות או בשוגג. המחבר מביא כדוגמה בולטת את סיפור איש האלוהים שנטרף על ידי אריה מפני שנעברה עבירה<sup>16</sup>, ואין נפקא מינה שהעבירה נעברה בתום לב, ללא כל כוונה להפר את הצו האלוהי<sup>17</sup>. גם מקלל השם<sup>18</sup> ומקושש העצים ביום השבת<sup>19</sup>, נענשו בלי לברר תחילה אם הייתה להם כוונה פלילית<sup>20</sup>. עברייך אחר אשר גם אותו טרף אריה, נטרף על אשר נמנע מלהכות את הנביא כמצוות האל, ואין נפקא מינה שמניעיו היו אנושיים ומוסריים בעליל<sup>21</sup>. אחריות מוחלטת שכזאת, רואה המחבר גם בענישת שאול המלך את כוהני נוב שאחד מהם נתפתה במרמה

13 רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, א, ב.

14 במדבר, לה, לא.

15 רמב"ם, לעיל הערה 13, ד.

16 מלכים א, יג.

17 פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 146-163.

18 ויקרא, כד.

19 במדבר, טו.

20 פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 162.

21 מלכים א, יג.

לסייע בידי דוד המורד במלכות<sup>22</sup>. ואמנם ניתן להרכות בדוגמאות לכך שאנשים הומתו על לא עוול בכפם שלהם, רק משום שהופר צו אלוהי או מלכותי. חוששני שמה שנראה למחבר כ"אחריות מוחלטת" ניתן להסבר פשוט אחר. ונראה לי כי מציאת הסבר אחר היא מחויבת המציאות, שהרי נתקלים אנו במקרא בדינים מפורשים ובפרשיות אחדות המוכיחים שההבחנה בין זדון לבין שגגה בכיצוע עבירה, הייתה שגורה בפי קמאים – ושמענו אותה גם מפי הגבורה עצמה. המחבר מזכיר בקצרה את פרשת האהבים (שנקטעה באיכה) בין אבימלך מלך גרר לבין שרה אשת אברהם, שהציגה עצמה לפניו כאחותו<sup>23</sup>. אך משום מה מדלג המחבר על דו־השיח המאלף שעורך אלוהים עם אבימלך: "ויבוא אלוהים אל אבימלך בחלום הלילה ויאמר לו, הנך מת על האישה אשר לקחת והיא בעולת בעל. ואבימלך לא קרב אליה, ויאמר, אדוני, הגוי גם צדיק תהרוג? הלא הוא אמר לי אחותי היא, והיא גם היא אמרה אחי הוא, בתום לבבי ובנקיון כפי עשיתי זאת. ויאמר אליו האלוהים בחלום, גם אנוכי ידעתי כי בתום לבך עשית זאת, ואחשוך גם אנוכי אותך מחטוא לי, על כן לא נתתיך לנגוע אליה. ועתה השב אשת האיש כי נביא הוא ויתפלל בעדך וחייה; ואם אינך משיב, דע כי מות תמות אתה וכל אשר לך"<sup>24</sup>.

לא זו בלבד שהמלך ידע לטעון לפני אלוהים שהוא פעל בתום לב ובנקיון כפיים, אלא אלוהים בהתחשב בתום לבו, מנע בעד המלך מלבוא עליה, אף בטרם שמע טענתו. הוא מאיים בעונש רק למקרה שיסרב להשיבה לבעלה; ולא עלה על דעתו להענישו באשר "לקח" את שרה לאישה. הייתה זו הפעם השנייה שאברהם הציג את שרה כאחותו, על מנת שלא יהרגוהו כדי לזכות באלמנתו: בפעם הראשונה רימה כך את פרעה מלך מצרים, שגם הוא לקח את שרה לביתו<sup>25</sup>. אלא שלא כאבימלך, פרעה נענש חמורות, מסתמא על שום ששכב עם שרה (אם כי דבר זה אינו מפורש בטקסט). כל הסימנים מעידים שגם פרעה פעל בתום לב, בהאמינו שהיא פנויה ולא נשואה; אך הוא טען טענת תום לב לא לפני האלוהים אלא רק לפני אברהם, וזאת אחרי שכבר ספג את עונשו<sup>26</sup>. גם המחבר דגן מניח שפרעה פעל בתום לב אבל אין הוא דן באפליה הבוטה בינו לבין אבימלך<sup>27</sup>. העובדה שפרעה השלים את הנישואין במשגל אינה משנה את המצב המשפטי: כיוון שהניח בתום לב שאשתו היא הנשואה לו כדין, לא היה גם בביאה עליה עבירה מצידו, ומה גם שהיא הסכימה והייתה שותפה פעילה להטעייתו. הסבר אפשרי הוא, כאמור, שבעילת אשת איש היא עבירה אשר הנואף נושא בגינה כ"אחריות מוחלטת", בין שהנואף התכוון לדבר עבירה ובין אם פעל בתום לב: הסבר שאינו מניח את הדעת, שהרי הוא מחייב ענישתם של חפים מפשע.

22 שמואל א, כב; פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 164.

23 בראשית, כ, ב; פרידמן, שם, בע' 86, 274.

24 בראשית, כ, ג-ז.

25 בראשית, יב, יב-טו.

26 בראשית, יב, יח.

27 פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 86.

"ההסבר האחר" שאני מציע, עשוי לפתור כל הבעיות. בין אם המעניש הוא אלוהים, ובין אם המעניש הוא מלך בשר ודם, עילת העונש, טיבו ומידתו, נתונים לעולם לשרירות לבו: אין מי שיכול לפקח עליהם או לבקר אותם, ואין מי שצריך להבין או להצדיק אותם. המחבר אומר, בלשון המנומסת השגורה בפיו, כי "מסתבר שנפלאות דרכי האל. בן אדם מתקשה לעמוד עליהן"<sup>28</sup>. במקום אחר מדבר המחבר על "העובדה שנבצר מבשר ודם להבין את דרכי האל"<sup>29</sup>. ובלשון הנביא מפי האלוהים, "כי לא מחשבותי מחשבותיכם ולא דרכיכם דרכי כי גבהו שמיים מארץ, כן גבהו דרכי מדרכיכם ומחשבותי ממחשבותיכם"<sup>30</sup>. אם, לשם המחשה בלבד, מותר להשתמש באמות מידה אנושיות לתיאור סגולות אלוהיות, הרי ניתן לומר שבסיפורי המקרא מתגלה לנו אל קנא ונוקם, רגזן, אכזרי, חסר כל מידה סבירה בתגובותיו, קטנוני וקשוח, לא צודק ולא הוגן — אותו אל המסוגל להיות גם ארך אפיים, רב חסד ומתחרט על רעה שעשה. פשיטא שדרכי הענישה של אלוהים אינן ניתנות לפרוגנוזה ולא לקלסיפיקציה: הן מעל ומעבר לתפיסה אנושית. והוא הדין במלך אבסולוטי: כמידת עריצותו וחוסר מעצוריו, כן מידת אכזריותו והתעללותו כשופט או כשליט. שאול המלך הרג כל כוהני נוב, לא באשר הם נושאים באחריות "ציבורית" למעשה מנהיגם, אלא אף על פי שאינם נושאים בשום אחריות למעשיו. והאריה טרף את איש האלוהים, לא מפני שהלה נושא ב"אחריות מוחלטת", אלא אף על פי שאינו נושא בשום אחריות.

אני מודה, כי "ההסבר" שהצעתי הוא דרך קלה מאד — אולי קלה מדי — להתחמקות ממאמץ כן להגיע לידי רציונליזציה של אירועים אשר במבט ראשון נראים בלתי סבירים. מאמצים כאלה היו על סדר יומנו מאז מפעלו החלוצי של הרמב"ם, וחלילה לי מרפות ידי המתאמצים. אני רק תובע לעצמי זכות המבקר להביט מזווית אחרת, ולהאיר באור אחר, דברים אשר המחבר השקיף עליהם מנקודת ראות משלו.

המחבר העלים משום מה את עינו מפרשה אחרת של "אחריות מוחלטת" שאינה אלא אי-צדק אלוהי ושלפי הכתוב עוררה את חרונו של דוד המלך. מסופר על עוזה (או עוזא) בן אבינרב שהיכה אותו אלוהים למוות, על אשר שלח ידו ואחז בארון האלוהים<sup>31</sup>. דין התורה הוא שרק לכוהנים וללוויים מותר לנגוע בכלי המקדש<sup>32</sup>, והעברת כלי הקודש ממקום למקום תיעשה רק על כתפיהם של בני קהת<sup>33</sup>. דוד המלך "וכל העם אשר איתו" החליטו להעביר את ארון האלוהים מקריית יערים לירושלים: "הרכיבו" את הארון אל "עגלה חדשה" ורתמו אליה שוורים למשון אותה, "ועוזה ואחיו נוהגים את העגלה החדשה". בדרך "שמטו הבקר", כנראה

28 שם, כע' 25.

29 שם, כע' 241.

30 ישעיה, נה, ח-ט.

31 שמואל ב, ו, ג-ט.

32 במדבר, ד, טו.

33 במדבר, ז, ט.

מעדו (הרד"ק פירש: "נתפרקו איכריהם") — אם מפאת קדושת הארון (כדעת הרד"ק) ואם מחמת המשא הכבד ותלאות הדרך (כפשוטו). כדי שהארון לא ייפול חלילה ארצה, אחז בו עוזה והצילו מן הנפילה. מסתמא לא ידע שאסור לנגוע בארון; אך אפילו ידע, הניח, כדבר המובן מאליו, שהאיסור צריך להידחות מפני הצורך של מניעת נפילתו. הדעת הייתה נותנת שהוא ראוי לשכר ולשבח: מה פלא שהיטב חרה לו לדוד שאלוהים היכה אותו וימת שם עם ארון האלוהים. כתוב שם שאלוהים היכה אותו "על השל"; ונחלקו תנאים בדבר טיבו של "השל". אחד אומר, לשון רשלנות היא: עוזה נענש על שגגתו באידיעת החוק; ואחד אומר, לשון השלה היא, ועוזה נענש על אשר השיל (=הטיל) את צרכיו ליד הארון וגרם לביזויו<sup>34</sup>. עצם המצאת עילה שכזו משקפת אינוחות והסתייגות מענישת שגגה בתום לב. וממה שכתוב, שמת שם "עם ארון האלוהים", למדו חכמים שעל כל פנים יש לעוזה חלק בעולם הבא<sup>35</sup>.

את העבירה של הטענת ארון האלוהים על עגלה במקום על כתפי הלוויים, עבר המלך: עוזה רק "נהג" את העגלה. ברם, דוד יכול היה להישען על תקדים; כשנלקח ארון האלוהים בידי הפלשתים וכאשר הם רצו — מחמת הצרות שהביא עליהם — להיפטר ממנו, הורו "הכהנים והקוסמים" של ישראל לפלשתים לעשות "עגלה חדשה" ולאסור בה שתי פרות שלא עלה עליהן עול, וכך להשיב את הארון. לא עלה בדעת הכהנים לשגר לוויים שיישאו את הארון על כתפיהם; ולא שמענו שאלוהים העניש אותם על כך — כשם שלא העניש את דוד לאחר מכן. אלא שבלי כל ענישה אלוהית גם ההובלה הראשונה ההיא של ארון האלוהים לא נסתיימה: בדרך לקריית יערים, עוכב הארון בבית שמש; ופה נזכרים לראשונה הלוויים שהורידו את ארון האלוהים מן העגלה ושמו אותו על אבן גדולה. אנשי בית שמש "ראו" את הארון ושמחו לראותו — אך אלוהים היכה בהם "שבעים איש חמישים אלף איש"<sup>36</sup>. בין אם היו שבעים ובין אם היו חמישים אלף — על מה נענשו עונש מוות<sup>37</sup>? הגמרא כבר שואלת, משום שראו, היכה<sup>38</sup>? ושוב נחלקו התנאים: אחד אומר, "קוצרים ומשתחוים היו", לאמור שראו את ארון האלוהים אבל לא הפסיקו עבודתם בקציר; ואחד אומר, כמה שאמרו אנשי בית שמש לאחר מכן, "מי יוכל לעמוד לפני ה' האלוהים הקדוש הזה"<sup>39</sup>, יש לראות התוודות על חטאיהם. לא זו ולא זו עולה כדי הסבר סביר: למעשה, כפי שאמרנו, אין הסבר לעלילות האלוהית. בדומה לזה, מחיל המחבר על העבירות שבתנ"ך את החלוקה — העתיקה כשלעצמה — בין מעשים שהם רעים מטיבם וטבעם (malum per se), לבין

34 רש"י, סוטה, לה, א.

35 שם, שם; הסיפור מופיע גם בספר דברי הימים, א, יג, שם כתוב במפורש לאמור: "ויחר אף ה' בעוזה על אשר שלח ידו אל הארון, וימת שם לפני האלוהים".

36 שמואל א, ו, א-ט.

37 חכמי התלמוד פירשו שמתו שבעים שכל אחד היה שקול כחמישים אלף; הרד"ק סבור שחסר פה רק ו' החיבור, ומתו חמישים אלף ושבעים איש.

38 סוטה, לה, א.

39 שם, שם.

מעשים שלא היו רעים או פסולים אילולא נאסרו בחוק (malum prohibitum)<sup>40</sup>. העבירות שבין אדם למקום, המכוננות אצלו "עבירות פולחניות – היררכיות", שייכות לדעתו לקטיגוריה השניה, ואילו העבירות שבין אדם לחברו, המכוננות "עבירות מוסריות", צריכות היו להיכתב בחוק רק כדי לקבוע עונשיהן. משום מה מתעלם המחבר מפירוט המצוות – ועל כן גם העבירות – שבמקרא עצמו: "אלה העדות והחוקים והמשפטים אשר דיבר משה אל בני ישראל"<sup>41</sup>. מסורת עתיקת יומין היא, כי "עדות" הן מצוות הבאות להעיד על התרחשויות שבעבר, כמו השבת, פסח או סוכות; "חוקים" הם הגזירות האלוהיות שלא ידוע טעמן, כמו מילה או מאכלים אסורים; ואילו "משפטים" הם הדינים שגם אילולא נכתבו, היה כל אדם ישר מתנהג על פיהם, כמו איסורי גזל ושפיכות דמים. ההקבלה בין החלוקה שלנו לחוקים ולמשפטים, לבין החלוקה שלהם למעשים אסורים ולמעשים רעים, בולטת לעין.

בו בזמן שהמחבר מסווג עבודת אלילים עם העבירות שבגדר "חוקים", כלומר עם "העבירות הפולחניות – ההיררכיות", חכמי התלמוד סיווגו אותה עם "המשפטים", כלומר עם העבירות שהמחבר מכנה "מוסריות"<sup>42</sup>. מאידך גיסא, רואה המחבר בשבע מצוות בני נח "מעין דיני מוסר בסיסיים"<sup>43</sup>; אם כי הוא יודע כי עבודה זרה היא אחת המצוות האלו<sup>44</sup>, אך ראיית עבודה זרה כ"עבירה פולחנית-היררכית" מביאתו לידי המסקנה שהעונשין האלוהיים החמורים שנפלו על ראשי (המלכים) החוטאים, באו כתגובה על מעשים שמן הבחינה המוסרית אינם רעים, כמו עבודה זרה, ולא כתגובה על מעשי רצח שנעשו בידי אותם החוטאים למכביר<sup>45</sup>. אולי ניתן לטעון, שאם הענישה האלוהית באה דווקא בשל ההליכה אחר אלים אחרים והבגידה באלוהי ישראל, אין זאת אלא משום שהעזיבה הכללית של האלוהים גורפת הפרת כל מצוותיו, הפולחניות כמו המוסריות.

אך אין בדברים האלה כדי לגרוע במאומה מן "התהפוכה הגדולה" אשר חוללו הנביאים הגדולים בהעלותם את המוסר והצדק החברתי על ראש המעשים האלוהיים ובהכפיפם את המצוות הפולחניות למצוות המוסריות<sup>46</sup>. דא עקא שתורתם נשארה בגדר "ערכים אידיאליים", וספק הוא "אם הוגשמו אי-פעם בצורתם האידיאלית"<sup>47</sup>. ההיסטוריון המקראי ממשיך, גם בתקופתם וגם לאחריה, לתאר את המלכים כאלה שעשו את הרע בעיני ה' והלכו אחר אלים אחרים, או כאלה שעשו את הישר בעיני ה'. מה שהשתנה הוא, שבין אלה שעשו את הרע היו שהצליחו במלכותם, ניצחו במלחמותיהם ומתו מוות טבעי על משכבם, ואילו בין אלה שעשו את הישר היו

40 פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 226.

41 דברים, ד, מה.

42 יומא, סז, ב.

43 פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 227.

44 שם, בע' 12.

45 שם, בע' 230–231.

46 שם, בע' 232.

47 שם, בע' 243.



שסבלו מפלות ותבוסות ונפלו חללים. המחבר מטיב להראות כיצד חזון אחרית הימים שבפי הנביאים, תרם להרחקת השכר והעונש האלוהיים מן העולם הזה אל העולם הבא, וכן מראה כיצד ההיסטוריון המקראי דחה שכר ועונש מידי אלוהים משכם המבצעים עצמם לדורות הבאים של צאצאיהם.

"צידוק הדין" שהוא המאמץ להצדיק את הדין אשר אלוהים עושה בעולם, העטיק את מחשבת ישראל בכל הדורות; ולאחר השואה קיבל ממדים חדשים. אין בספר הזה תרומה למאמצים אלה; אבל יש בו כדי לשים את סיפורי ההתרחשויות של ימי קדם באור הלכי הרוח של גיבוריהם הקדמונים, והנסיבות החברתיות אשר הטביעו חותמן על מושגי מוסר ודיני משפט. יש שמושגים אלה זרים לנו; אך יש גם שהם פותחים לנו אשנב לעולם חדש, ארכיאולוגי, אשר היה פעם ואיננו עוד. עולמם של אבות אבותינו היה — ודי בכך שנרגיש אליהם קירבה וחיבה מעל פני הדורות או, אם מעשיהם והתנהגותם מעוררים בנו חלחלה — לפחות נשתדל להבינם בהקשר אותן הנסיבות החברתיות והמושגים המוסריים ששלטו בימיהם. זהו, בקליפת אגוז, כל המסר של הספר הזה.

## יצירת השופט בתחום השלישי

על "מבחר כתבים" מאת אהרן ברק (בעריכת חיים ה' כהן ויצחק זמיר)<sup>1</sup>

מרדכי בן דרור\*

ספר זה מיוחד הוא במינו: נקבצו בו מאמריו והרצאותיו של נשיא בית המשפט העליון, שנתפרסמו וראו אור בביטאונים שונים, וכמהלכה של תקופה ארוכה בשנים.

ספר זה (בשני כרכים) מחולק לשישה שערים: שער ראשון: שיטת המשטר בישראל; שער שני: חוקי-יסוד וערכי יסוד; שער שלישי: משפט ושיפוט; שער רביעי: דיני נזיקין; שער חמישי: דיני שטרות; שער שישי: דיני חברות. כלולים בו למעלה משבעים מאמרים בנושאים רבים ומגוונים המבטאים את דעותיו ועמדותיו של נשיא בית המשפט העליון כפי שאלה נתפרסמו בציבור במשך תקופה העולה על שלושים וחמש שנים (כך, למשל, ראה אור מאמרו על "האחריות בנזיקין של המעסיק למעשיו של קבלן עצמאי" בשנת 1964<sup>2</sup>).

במה ייחודו של ספר זה? בדרך כלל ניתן לומר כי פרי עבודתם של השופטים מוצא את ביטויו בפסקי הדין הניתנים על ידם. בשטח זה, העניק לנו השופט ברק מלוא חופניים והעשיר את הפסיקה בתחומים רבים ומגוונים, כפי שלא עשה זאת שופט לפניו. אולם השפיטה מוגבלת היא על פי טיבה ואופייה וכדי להסביר עניין זה אין טוב מאשר לצטט מדבריו של השופט ברק עצמו. וכך אמר: "שלא כמו חבר ברשות המחוקקת, אין השופט יכול ליזום חקיקה שיפוטית. הוא קשור ביזמתו של צד. כתוצאה מכך, שיקול הדעת השיפוטי מופעל בצורה ספורדית ובלתי שיטתית. קיימת סלקציה מקרית לגמרי של מה שמובא בפני בית המשפט. עשויות לחלוף עשרות שנים בהן בעיה, אשר יתכן שהיא מטרידה את הציבור, אינה מועלית כלל להכרעה, ועשויים להיות מצבים בהם בעיה אחת עולה תוך תקופה קצרה בהקשרים שונים ומגוונים, ללא כל תיאום... כתוצאה מכך, אי אפשר לתכנן מראש, בדרך כלל חקיקה שיפוטית, ואם מבקשים לכסות באמצעותה תחום שלם, צריך לעתים לחכות שנות דור"<sup>3</sup>.

כדי "לכסות תחום שלם", יש מבין השופטים המקדישים זמן נוסף ומשקיעים

\* שופט בדימוס, יושב ראש מערכת כתב העת המשפט, חבר ועדת ההוראה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

1 א' ברק מבחר כתבים (ח' ה' כהן ו' זמיר עורכים, תש"ס).

2 שם, בע' 1151.

3 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 245.

עבודה רבה וחשובה בכתיבת ספרי חוק ומשפט בתחומים מוגדרים. גם כאן, ניתן לציין את תרומתו הרבה של השופט ברק שהעמיד לרשות הקהילייה המשפטית ספרי מופת בתחומים שונים, ודי בכך אם נזכיר רובד צר מספריו על "חוק השליחות"<sup>4</sup>, "פרשנות במשפט"<sup>5</sup> ו"שיקול דעת שיפוטי"<sup>6</sup>.

כתיבת ספר בנושא מסוים אינה יכולה לתת מענה מספק לשופט המבקש לבטא עמדתו בנושא משפטי או להתייחס לבעיה משפטית ואינו מוכן להמתין שנות דור עד שבעיה זו תגיע לפניו (אם בכלל) בשבתו על כס המשפט. הספר שלפנינו משקף כהלכה את הבעיות השונות שאהרן ברק ראה לראוי להתייחס אליהן הן כאיש האקדמיה והן כשופט במשך השנים. ניתן, אולי, לננות פעילות יוצרת זו כ"תחום השלישי" של עבודת השופט, נוסף על כתיבת פסקי דין וחיבור ספרי חוק ומשפט.

המאמרים עצמם אינם דומים זה לזה, וכותרת הספר "מבחר כתבים" נועדה להסביר שהכוונה היא לאוסף שחשיבותו היא דווקא ברב-גוניותו. כך, למשל נכללו בספר דברים שנשא השופט ברק בטקס שופטים חדשים בבית הנשיא על "אתיקה שיפוטי"<sup>7</sup>, ולעומתם מאמרו המקיף על "מהותו של שטר"<sup>8</sup>. אולם תהיה זו טעות להתייחס על פי השוואה זו לחומר הכלול בספר זה. אדרבא, חשיבותו של הספר היא בכך שכל מאמר ומאמר עומד הוא לעצמו ותרומתו לחשיבה המשפטית אינה יכולה להימדד על פי קריטריון מעין זה.

הבאתו לדפוס, בצורה מרוכזת, של חומר עשיר זה, יש לה פנים לכאן ולכאן. יש כאלה שיאמרו כי היה מקום אולי, לצמצם את המאמרים ולבחור מתוכם, על פי תבחינים אלו או אחרים, רק את הראויים ביותר. לטעמי, טוב עשו העורכים שהביאו לדפוס ביד רחבה ובנפש חפצה חומר רב ומגוון זה. ראשית, זהו ספרו של אהרן ברק, וחשוב שירוכזו בו, במידה רבה ככל האפשר, מחשבות ודעות שהביע בהזדמנויות שונות ובנושאים רבים. שנית, ואולי בכך טמונה חשיבות נוספת לספר זה, האוסף הרחב של המאמרים, שיצאו לאור בתקופה ארוכה בשנים, מעניק לנו הזדמנות בלתי רגילה לגלות את הלך מחשבתו של נשיא בית המשפט העליון והתפתחותם והתגבשותם של דעות ורעיונות שליוו אותו מתחילת דרכו ועד הנה. גם בעניין זה ארשה לעצמי להביא מדבריו של השופט ברק כפי שהעיד על עצמו ועל דרכו במשפט. וכך אמר: "אך מעבר לכל אלה, חל שינוי בי. את המהדורה הראשונה כתבתי כאיש צעיר בתחילת דרכו במשפט. נקודת המוצא שלי הייתה חוק השליחות. ממנה פניתי לעבר המשפט. את המהדורה השנייה הנני כותב כבעל בעמיו, המתקרב לסוף דרכו במשפט. נקודת המוצא שלי עתה הנה המשפט. ממנו אני חוזר לחוק השליחות. אכן, עולמי שלי נשתנה. שוב אינני מה שהייתי. הנני

4 א' ברק חוק השליחות (תשנ"ו).

5 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ב).

6 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז).

7 ברק, לעיל הערה 1, בע' 1027-1023.

8 שם, בע' 1255-1419.

משקיף על המשפט בכלל ועל השליחות בפרט בדרך שונה מזו שהשקפתי עליהם לפני עשרים שנה"<sup>9</sup>.

ראויים לכוא על הברכה עורכי הספר: השופט ח' ה' כהן, המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס והשופט י' זמיר, שופט בית המשפט העליון. ראויים הם לברכה כפולה ומכופלת לא רק על עריכתם אלא גם על יזמתם להוציא לאור ספר זה. מדברי ההקדמה לספר, שנכתבה על ידי השופט ח' ה' כהן, אנו למדים כי "עם מינויו של אהרן ברק לנשיא בית המשפט העליון, הצענו לו, יצחק זמיר ואנוכי, שנקבץ יחדיו את כתביו והוצאותיו שטרם פורסמו או שהם מפוזרים בכתבי עת שונים, ולהוציאם לאור בחטיבה אחת"<sup>10</sup>. בהקדמה זו מכנה השופט ח' ה' כהן את מאמריו של השופט ברק כ"פנינים יקרות". בטוחני כי כל מי שיקרא הקדמה זו יסכים עמי כי למחרוזת זו ניתן לצרף גם את דבריו של השופט ח' ה' כהן.

9 א' ברק חוק השליחות (תשנ"ו, כרך א) 52 בדברי ההקדמה לספרו.  
10 ברק, לעיל הערה 1, בע' 35.

## בדרך לאמנה חברתית חדשה?

על "ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים" מאת פרופ' רות גביון<sup>1</sup>

ברק מדינה \*

### הקדמה

ספרה של פרופ' רות גביון הוא, בראש ובראשונה, קריאה לקיום דיון ציבורי בשורה ארוכה של הסדרים, המגדירים את אופייה של המדינה. הספר נכתב מתוך "רצון לשמר את ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"<sup>2</sup>. המחברת עומדת על כך שהמושג "מדינה יהודית ודמוקרטית" אינו בעל משמעות אוניברסלית, ממנו מתחייבים הסדרים קונקרטיים<sup>3</sup>. לשיטתה, יש להעדיף דיון בהסדרים הקונקרטיים אותם מוטב לאמץ, כך שישאל אכן תהא ראויה לתיאור שבחברה לעצמה, כ"מדינה יהודית ודמוקרטית". לטעמי, הדיון המובא בספר בעניין זה הוא מרתק ומעורר מחשבה. הוא מחייב את הקורא לבחון מחדש תפישות מושרשות באשר להסדרים יסודיים במדינה.

הספר נכתב אמנם מתוך מחויבות לתת "משמעות להעדפתם הברורה של רוב תושבי ישראל כי מדינתם תהיה דמוקרטית, אך תתייחד גם ביהדותה"<sup>4</sup>, אך גם על רקע דאגה עמוקה מניכור גובר כלפי המדינה מצדן של שתי קבוצות המיעוט העיקריות בישראל – המגזר הערבי והמגזר החרדי: "המדינה חסרה את מידת הלכידות הטבעית והמיידית, המאפשרת קיום יציב של דמוקרטיה משותפת"<sup>5</sup>. הספר הוא לכן קריאה להעשרת הזיקה האזרחית המשותפת, החיונית לעצם קיומה של המדינה. עם זאת, אין הוא מסתפק בקריאה להשגת "הסכמה מחודשת בין כל חלקי החברה, על העקרונות המשותפים של חייהם בצוותא במסגרת מדינית אחת"<sup>6</sup>. עיקרו הוא, כאמור, דיון מפורט בעקרונות היסוד הללו, כמתווה אפשרי

\* דוקטור למשפטים, מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

1 ר' גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים (תשנ"ט).

2 שם, בע' 7.

3 פרופ' גביון מבקרת לכן את שני הצדדים לוויכוח באשר לאיזון הראוי בין "יהודיות" ל"דמוקרטיות", הנערך באופן כללי ומופשט. ראו, למשל, שם, בע' 82: "החלטות שיפוטיות מתייחסות למקרים ספציפיים, והכרעות ספציפיות אינן נובעות באופן מחייב מאיזון נכון בין 'יהודיות' ל'דמוקרטיות'. מבחינה זו, הוויכוח בין ברק ובין אלון הוא מטעה, שכן הוא מרמז שניתן ללמוד מסקנות שיפוטיות מחייבות מפירוש הביטוי 'מדינה יהודית ודמוקרטית' בחוקי היסוד".

4 שם, בע' 150.

5 שם, בע' 89.

6 שם, בע' 154.

להשגת אותה "הסכמה מחודשת", שתבטא, ברוח משנתו של רולס, את "תפיסת הצדק הפוליטי" במדינת ישראל.<sup>7</sup>

הספר כולל שני חלקים עיקריים. החלק הראשון מוקדש לדיון עקרוני בקיומה של אפשרות מושגית לכך שמדינה תהא, בה בעת, "יהודית" ו"דמוקרטית", ובהצדקות לקיומה של מדינת ישראל ככזו. החלק השני, שהוא בעצם עיקרו של הספר ומשתרע על פני שלושת הפרקים האחרונים, הוא דיון בהשלכות המעשיות הנובעות מן המצב הנתון, לפיו ישראל היא (או, למצער, שואפת להיות) "מדינה יהודית ודמוקרטית". בסקירה זו אפסע בעקבות ארבעת פרקי הספר, תוך שימוש בכותרות המקוריות.

#### פרק ראשון:

התיישבות מושגית והצדקה עקרונית של מדינה יהודית ודמוקרטית הפרק הראשון של הספר מוקדש לדיון עקרוני, בשאלה האם מדינה יכולה להיות יהודית ודמוקרטית. פרופ' גביון מציעה מענה חיובי לשאלה זו, הן במישור המושגי והן במישור המוסרי, בהינתן הגדרות מסוימות של "יהודיות" ושל "דמוקרטיה" של מדינה.<sup>8</sup> לשיטתה, ההכרה בזכותה של לאום להגדרה עצמית מחייבת גם הכרה בכך שמימוש הזכות הזו, באמצעות הקמת "מדינת לאום", היא לגיטימית. כדי שהמדינה תיחשב ל"דמוקרטית" די בכך שיתקיים בה התנאי של שלטון בהסכמת הנשלטים. לפיכך, אם הרוב הניכר של האזרחים תומך בקיומה של "מדינת לאום" יהודית, תוך מחויבות עקרונית לדמוקרטיה, השילוב של "יהודיות" ו"דמוקרטיה" הוא אפשרי.<sup>9</sup>

המחברת מדגישה עם זאת, כי ההתיישבות המושגית של השילוב האמור, כמו גם ההצדקה האפשרית שלו, מותנים במובן שניתן בפועל למושג "מדינה יהודית". לגישתה, "מובנים חשובים של 'יהודיות' – כגון זה של קיום זיקות חלקיות ומוגבלות לדת היהודית – יכולים להתיישב עם דמוקרטיה. לפיכך, מדינה המקיימת את תנאי היסוד של משטר דמוקרטי, הנגזרים מן העיקרון של שלטון בהסכמת הנשלטים – ובכלל זה, כיבוד הזכות לבחור ולהיבחר, חופש ביטוי

7 ראו: J. Rawls *Political Liberalis* (New-York, 1993) בספרו עומד רולס על ההכרה של הדמוקרטיה הליברלית לחתור אל יציבות פוליטית, המאופיינת בכך שמקור הלגיטימיות של המדינה אינו בכוחה הפיסי לאכוף את הסדרי הממשל שלה על קבוצות הדוחות הסדריים אלה, אלא בתפיסה פוליטית של צדק, המשותפת לכלל הציבור. הנקודה המרכזית אותה מדגיש רולס היא כי קיומם של חילוקי דעות בין האזרחים באשר להשקפת העולם הכוללת – המוסרית, הדתית, החברתית-כלכלית וכדומה – אינו צריך למנוע את האפשרות לזהות הסכמה רחבה באשר ל"תפיסה פוליטית של צדק", המקנה למדינה הדמוקרטית את בסיס הלגיטימיות שלה, ולכן גם את יציבות קיומה: "[One may look at] the public culture itself as the shared fund of implicitly recognized basic ideas and principles": *Ibid.*, at p. 8.

8 אגב, מעניין לציין כי בעוד שכותרתו של הספר בעברית מנוסחת בלשון נחרצת – "ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" – הרי שבתרגום לאנגלית נבחר נוסח ספקני יותר – "Can

Israel be Both Jewish and Democratic

9 גביון, לעיל הערה 1, בע' 36.

והתאגדות ומחויבות לשוויון, לפחות מבחינת ההשתתפות הפוליטית – יכולה, עקרונית, להיות מזוהה עם קבוצה אתנית-תרבותית מסוימת, בלא שיהא בכך כדי לשלול את אופייה כמדינה דמוקרטית<sup>10</sup>.

חשוב לשים לב כי תוצאה זו מושגת במחיר מתן משמעות מוגבלת ל"יהודיותה" של המדינה. לשיטתה של פרופ' גביון, מדינה יכולה להיות "יהודית ודמוקרטית" אם עמדת הרוב היא כי ראוי שהמדינה אכן תהא "יהודית". כלומר, לפי פירוש זה, ה"יהודיות" של המדינה אינה מוסיפה נדבך משמעותי להגדרתה כ"דמוקרטית". ממילא, מדינה דמוקרטית היא מדינה בה מסור לרוב הכוח לקבוע את אופייה של המדינה. הגדרתה כ"יהודית" מתפרשת לכן כתוצאה של בחירה קונקרטית של אזרחיה, ולא כנתון יסודי, הקודם לבחירה של האזרחים. "יהודיות" של המדינה, כנפרד מהגדרתה כ"דמוקרטית", יכולה להתבטא, למשל, בהכרה בלגיטימיות שבנקיטת צעדים לשם הנצחת הרוב היהודי או בהענקת מעמד ריבוני בישראל גם למי שאינם אזרחי המדינה אך נמנים עם העם היהודי. אולם, נראה שהמחברת מסתייגת מדרכים אלה<sup>11</sup>. המעמד השונה הניתן לשני המאפיינים של המדינה מתבטא גם בעמדתה של פרופ' גביון כאשר להגבלת הזכות להיבחר: מצד אחד, היא מכירה בלגיטימיות של מניעת ההשתתפות בבחירות מרשימה השוללת את אופייה הדמוקרטי של המדינה: "המסגרת הדמוקרטית עצמה אינה אמורה להיות פתוחה לאותם סוגים של מאבק, של עיון ושל ביקורת, המותרים בתוכה"<sup>12</sup>. לעומת זאת, "מדינה השוללת מאזרחיה את הזכות להתארגן ולפעול לחשיבה-מחדש על האופן שבו הם מבקשים להגדיר את מדינתם"<sup>13</sup>, ובכלל זה את הגדרתה כמדינת לאום יהודית, אינה יכולה להיחשב מדינה דמוקרטית, ולפיכך הגבלה שכזו אינה לגיטימית. לפיכך, ההערכה כי "ישראל תוכל להיות מדינה בעלת מאפיינים יהודיים, וגם דמוקרטיה, רק כל עוד הרוב הגדול של אזרחיה ירצה בכך"<sup>14</sup>, היא בעלת משמעות נורמטיבית ולא רק מעשית.

פרופ' גביון אמנם אינה מסתפקת בהסתמכות על בחירתו של רוב הציבור בישראל להעניק למדינה צביון "יהודי", ומבקשת להוסיף גם הצדקה מוסרית לכך. הצדקה זו מבוססת על זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית: "ליהודים החיים (בארץ-ישראל) יש זכויות לגיטימיות לביטחון אישי, כמו גם לחיים מלאים של

10 לפי גישה מסוימת, תנאי להכרה בשלטון כדמוקרטי הוא גם קיומם של גבולות גיאוגרפיים ברורים, היוצרים "דמוס" (עם) בר זיהוי. לעומת זאת, שלטון בו מסור כוח ההכרעה לקבוצה אתנית, עמה נמנים גם מי שאינם תושבי המדינה, הוא בבחינת "אתנוקרטיה" ולא דמוקרטיה. ראו א' יפתחאל "אתנוקרטיה", גיאוגרפיה ודמוקרטיה: הערות על הפוליטיקה של יהוד הארץ" אלפיים 19 (2000) 78.

11 המחברת מציינת כי "נקיטת צעדים להנצחת הרוב היהודי יוצרת בעיות ממשיות בכל הנוגע לשוויון זכויותיהם של אזרחים לא-יהודים במדינה": גביון, לעיל הערה 1, בע' 26. ראו בעניין זה גם בפרק השלישי, להלן.

12 שם, בע' 89.

13 שם, בע' 91.

14 שם, בע' 92.

השתייכות קהילתית"<sup>15</sup>. אולם, פרופ' גביון עצמה מסתייגת מקביעה זו: "הרצון לממש את זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית אינו מחייב קיום מדינה יהודית, והוא יכול בהחלט להתיישב עם חיים של קהילה יהודית גדולה ואוטונומית במסגרת יישות רב-לאומית או ניטרלית מבחינה לאומית"<sup>16</sup>; "הגדרה עצמית" אינה בהכרח מדינית, וברור כי לא כל קבוצה שיש לה זכות לחיים ציבוריים משמעותיים תוכל לייסד מדינה"<sup>17</sup>. לפיכך, בסופו של דבר אין מסופקת הצדקה עצמאית להגדרתה של המדינה כ"מדינת לאום" דווקא. ההצדקה היחידה היא זו הנגזרת מהגדרתה של המדינה כ"דמוקרטיה" — בחירתם של רוב האזרחים באפיון זה של המדינה. עמדתה של פרופ' גביון היא לפיכך כי מדינה יכולה להיות "יהודית ודמוקרטית", כלומר מדינה אתנית יכולה להיות דמוקרטית, ובלבד שהיסודות האתניים מוגבלים בהיקפם, כך שיקוימו התנאים הנחוצים לקיום דמוקרטיה. לשיטתה, דמוקרטיה אינה מחויבת לניטרליות תרבותית. במדינה כזו, תחושת הניכור של מי שאינם נמנים עם הקבוצה האתנית עמה מזוהה המדינה היא אמנם בלתי נמנעת, אך בכך אין כדי לשלול את אופייה הדמוקרטי של המדינה.

#### פרק שני: כמה הסדרים מרכזיים

בפרק השני פונה פרופ' גביון לסקירת האופן בו מוסדרות בישראל סוגיות קונקרטיות, כדי להעריך, האמנם ראוייה ישראל לכינוי "מדינה יהודית ודמוקרטית". פרופ' גביון דנה בשני השסעים המרכזיים של החברה בישראל — השסע היהודי-ערבי והשסע הפנים-יהודי. במישור הראשון, היא דנה בהגבלת זכות ההשתתפות בבחירות מרשימות המבקשות לשנות את אופייה היהודי של המדינה; במידת השוויון בהקצאת משאבים ובחלוקת הנטל בין אזרחי המדינה היהודים והערבים; ובמידת האוטונומיה ממנה נהנית מערכת החינוך במגזר הערבי. במישור השסע הפנים-יהודי מובאת סקירה של המחלוקת בסוגיית "מיהו יהודי" לצורכי שבות ומרשם, גיור, מעמדן של הקהילות היהודיות הלא-אורתודוקסיות, הסדרים בתחום הנישואין והגירושין ועוד. המחברת עומדת על כך ש"בין הסדרים אלה עובר כחוט השני הוויכוח הגדול על היחסים בין המדינה לבין הזהות היהודית שלה ושל האנשים החיים בה"<sup>18</sup>. הזיקה שבין זהות לבין תוצאות ביצועיות המופעלות על ידי המדינה, מחייבת יצירת קני מידה לקביעת זהויות, ועמה הכרעות אידיאולוגיות קשות. נכונותו הגוברת של בית המשפט להכריע בסוגיות של זהות מעצימה את התביעה לקבלת "הכרעה אידיאולוגית מוסמכת"<sup>19</sup>, המכבירה על דרך הפשרה שהייתה מקובלת בעבר.

מסקירה זו עולה תמונה בלתי מחמיאה במיוחד. במיוחד מטריד התיאור של

15 שם, בע' 44.

16 שם, בע' 153.

17 שם, בע' 42.

18 שם, בע' 58.

19 שם, בע' 160.



מערכת החינוך: האוטונומיה ממנה נהנים המגזר הערבי והמגזר החרדי מביאה לכך ש"35 אחוז מילדי ישראל אינם מקבלים במערכת החינוך מסר פשוט של השתייכות לקהילה האזרחית וחברות מלאה בה. אם מוסיפים לכך אי-שוויון בולט בהקצאת משאבים וברמת כוח-ההוראה והייעוץ – מתקבלת תמונה שאינה מבשרת טובות לדמוקרטיה יציבה"<sup>20</sup>. המחברת גם עומדת על כך שהיעדר חובת שירות לאומי – כתחליף לשירות הצבאי – על בני וכנות המגזר הערבי והמגזר החרדי מעיד לא רק על חוסר שוויון בחלוקת הנטל. יש בכך גם כדי להצביע על תחושת הניכור של בני מגזרים אלה למדינה<sup>21</sup>. לכך ניתן להוסיף גם את הניכור הפיסי הקיים בין הקהילות השונות. התלמידים במערכות החינוך הממלכתית, החרדית והערבית אינם מקיימים ביניהם שיח כלשהו; כמעט שאין מתקיימת פעילות חינוכית ותרבותית משותפת, החיונית כל כך להיכרות הדדית וליצירת בסיס לתקווה להנמכת חומות האיבה.

#### פרק שלישי: אתגרים וכיוונים

הפרק השלישי הוא בעצם לכוון של הספר. בפרק זה מתווה פרופ' גביון קווים להסדרים אליהם על המדינה לשאוף, כדי לפתור את בעיות היסוד הנובעות מהיעדר לכידות ומחוסר שוויון בזיקה האזרחית, וכדי שאכן תבטא את השילוב "יהודית ודמוקרטית". המחברת עומדת על כך ש"תחושת הריחוק – מרצון מן המדינה היהודית היא יסוד משותף, מטעמים שונים, לערבים ולחרדים"<sup>22</sup>. במצב הקיים, "המדינה חסרה את מידת הלכידות הטבעית והמיידית, המאפשרת קיום יציב של דמוקרטיה משותפת"<sup>23</sup>. אלו הן בעיות מטרידות, שכן "זיקת אזרחות וזיקת השתייכות משמעותית"<sup>24</sup> של כלל האזרחים נחוצות הן כדי להצדיק את עצם קיומו של המשטר והן כדי להגביר את סיכוייו ליציבות.

פרופ' גביון מקבלת כנתון את העובדה ש"מדינת ישראל אינה מקלה על האוכלוסיות המתקשות להזדהות עמה, שכן היא מדינה 'אידיאולוגית' מאוד, והדבר בא לידי ביטוי בתכני החינוך הממלכתי, בחגים ובסמלי המדינה והמנונה"<sup>25</sup>. היא אמנם מכירה בכך שאין זה מצב רצוי: "מדינה שרבע מאזרחיה אינו מזדהה עם דגלה ועם המנונה צריכה לחשוב על דרכים להעשרת הזיקה האזרחית המשותפת"<sup>26</sup>, אך אינה מוכנה להסיק מכך את המסקנה כי לפיכך יש מקום, במסגרת "אמנה חברתית" חדשה, להגדיר מחדש יסודות אלה.

פרופ' גביון דנה בשורה ארוכה של הסדרים קונקרטיים. בגדר זאת, מוכא דיון בהיקף הראוי של מניעת השתתפות בבחירות לכנסת. כאמור, המחברת שוללת הטלת הגבלות על רשימות המבקשות לשנות את אופייה של המדינה כמדינה

20 שם, בע' 76.

21 שם, בע' 14.

22 שם, בע' 88.

23 שם, בע' 89.

24 שם, בע' 86.

25 שם, בע' 89.

26 שם, שם.

יהודית. אף שבפועל אכן נמנע בית המשפט העליון, מאז 1965, מלשלול מרשימות מסוג זה את הזכות להשתתף בבחירות, הרי לרוב מבוססת ההכרעה על נימוקים "טכניים", ולא על הכרה מפורשת בזכות לפעול לשינוי אופייה של המדינה.<sup>27</sup> כפי שמציינת פרופ' גביון, ספק אם מדינה בה מוחלת גישה זו — אף אם היא מוגבלת לתחום הרטורי — "יכולה להיחשב מדינה דמוקרטית"<sup>28</sup>. המחברת מצדת גם ביחס סובלני כלפי רשימות דתיות, שמצען עשרי להתפרש כמחייב מתן ביטוי ל"יהודיותה" של המדינה באופן שאינו מתיישב עם "דמוקרטיה". לשיטתה, אף ש"האיום הפוטנציאלי של הדת על הדמוקרטיה הוא אימננטי, שכן עליונות הציווי הדתי או ההלכתי יכולה בהחלט להניב מתן חירות או הטלת חובה לפעול כנגד ההחלטות המוסמכות של המוסדות הנבחרים"<sup>29</sup>, יש לדרוש "דבר מה נוסף — כגון שימוש בכוח או לגיטימציה לשימוש כזה בהליכים פוליטיים"<sup>30</sup> כדי להצדיק פסילה מהשתתפות בבחירות. החשש הוא כי "בישראל של היום פסילת רשימות דתיות תיצור תחושות של איום והדרה"<sup>31</sup>.

בתחום ההגירה, פרופ' גביון סבורה כי גם אם ניתן להצדיק העדפה מסוימת של יהודים, יש לצמצם באופן ניכר את חוק השבות, תש"ו–1950. לשיטתה, "דמוקרטיה, כמוכן הצר שאימצתי, אמנם אינה מחייבת תשובה מסוימת לשאלות מדיניות ההגירה, אך חברה שבה הרוב משתלט על מנגנוני ההגירה ועושה בהם שימוש לשם הגדלת כוחו היחסי, מעוררת ברגיל תחושות קיפוח והתקוממות בקרב המיעוט"<sup>32</sup>. היא מציעה הסדר מפורט, לפיו "תהיה מדיניות ברורה ושיוויונית של איחוד משפחות, עם העדפה לאנשים בעלי זיקה לשטחים שבתחום ישראל. תהיה העדפה מוסכמת לקליטת פליטים, עם עדיפות לפליטים בעלי זיקה לעם היהודי. תהיה גם היענות, על בסיס מוסכם, לבקשות כניסה לישראל ולהתאזרחות של אנשים בעלי זיקה לעם היהודי"<sup>33</sup>.

הצעה זו מבטאת גם קריאה להקטין ככל האפשר את המעורבות של המדינה בקביעת זהויות, המחייבת, כאמור, הכרעות אידיאולוגיות: "המדינה צריכה להתנער מן התפקיד של קביעה מוסמכת בעניינים אידיאולוגיים מפלגים, ולאפשר פיתוח ושימורה של זהות יהודית בלי לנקוט עמדה ממלכתית ורשמית לטובת פרשנות זו או אחרת של זהות זו"<sup>34</sup>.

27 פרופ' גביון מפנה (שם, בע' 56) אל ההנמקה שניתנה בע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, שם ניכרת נכונות רבה יותר להכיר בזכותה של רשימה לפעול להפיכת המדינה ל"מדינת כל אזרחיה". עם זאת, בפסק דין שניתן לאחר פרסום הספר — ע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 38 — ניכרת חזרה לגישה הקודמת, המתבטאת בהתייחסות עוינת לרשימה כאמור.

28 גביון, שם, בע' 91.

29 שם, בע' 92.

30 שם, שם.

31 שם, בע' 94.

32 שם, בע' 106.

33 שם, בע' 160.

34 שם, בע' 112.

בספר מובא דיון מרתק גם בסוגיות רבות נוספות, ובהן: המחויבות הנדרשת לשוויון בהקצאת משאבים ובשילוב בני המגזרים השונים בשירות הציבורי; שלילת ההצדקה לכפות שילוב (אינטגרציה) על בני קבוצות שאינן חפצות בכך, מטעמי חופש דת או שאיפה לשימור זהות נבדלת; ההכרח בחיזוק המחויבות הדמוקרטית והאזרחית בישראל באמצעות מערכת החינוך, באמצעות הגבלת היקפה של האוטונומיה ממנה נהנות מערכות החינוך העצמאיות; הימנעות ממאבקים סימליים ועקרוניים באשר לאופי של החיים הציבוריים, תוך העדפת הסדרים של פשרה ונכונות לכבוד הדדי, ועוד.

#### פרק רביעי:

##### מדינה יהודית ודמוקרטיה – סיכום ביניים

בפרק האחרון מדגישה פרופ' גביון את ההכרח להשיג "הסכמה מחודשת בין כל חלקי החברה, על העקרונות המשותפים של חייהם בצוותא במסגרת מדינית אחת"<sup>35</sup>. לשיטתה, יש להימנע מהכרעה במחלוקות בדרך של "שיח של זכויות", המחייב את בית המשפט להכרעות אידיאולוגיות. מוטב להן להכרעות אלה להיות מוכרעות במסגרות פוליטיות-ציבוריות, כחלק מ"עסקת חבילה"<sup>36</sup>, שתשוויין באמצעות ניסוח של "חוקה אמיתית, שתתבסס על אמנה חברתית של כל הקבוצות החיות בארץ"<sup>37</sup>.

אף שהמחברת מודעת כמובן לאפשרות שלא תושג הסכמה שכזו, נראה כי היא אופטימית למדי. תקווה זו מבוססת על הערכה פוליטית, כי השגת הסכמה מחודשת על אופייה של המדינה תשרת את האינטרסים של כל הצדדים: "הערכים צריכים להשלים עם העובדה, כי בעתיד הנראה לעין הם יחיו כמיעוט במדינה שתרכותה הציבורית יהודית. אבל, הם יכולים לדרוש – דרישה שעשויה להיענות – כי הרוב יכיר בלאומיותם, בייחודם, במחיר הכבד ששילמו עקב הקמת המדינה, בזכותם לשותפות בקבלת החלטות ולשותפות הוגנת במשאבי המדינה, ובזיקתם הלאומית והתרבותית לפלסטינים. הרוב, שאינו שומר מצוות אורתודוקסי, צריך להיגמל מן השאיפה ליצירת מנגנון קבלת החלטות רובני בעניין הזהות הקולקטיבית. המיעוט הדתי צריך לזכור כי לא לעולם חוסן: רצוי שהוא יקבע את שותפותו בקבלת החלטות, ואת זכויותיו היסודיות, בלי להסתמך על כך שתמיד יהיה לשון המאזניים"<sup>38</sup>.

קשה לחלוק על ההערכה בדבר הצורך בהשגת הסכמה רחבה, לאמנה חברתית חדשה. אכן, "רק יצירת זיקה אזרחית משמעותית ומכובדת ללא-יהודים תאפשר המשך קיומה של מדינה, שתשמור על זיקה ייחודית ליהדות ותהיה דמוקרטית

35 שם, בע' 154.

36 שם, בע' 158.

37 שם, בע' 155.

38 שם, בע' 161-162.

וצודקת" <sup>39</sup>. הדברים היו נכונים בעת שנאמרו לראשונה ב-1996, ובעת שפורסמו בכתב ב-1999. נכונותם שבה ונתאשרה, בצורה כואבת, עם פרוץ המהומות הקשות ביישובי המגזר הערבי בישראל בראש השנה תשס"א, ולהבדיל, בתגובה הציבורית ליזמתו של ראש הממשלה ברק בדבר "מהפכה אזרחית". מאידך גיסא, נראה כי ניתן להטיל ספקות משמעותיים באשר להערכה כי יש בכלל בסיס סביר להשגת הסכמה שכזו. אני שותף בעניין זה להערכתו של פרופ' יוסי יונה, בדבר חוסר אפשרות מעשית לגבש אמנה חברתית שכזו: "ראשית, הציבור היהודי עצמו חלוק עמוקות בשאלת התכנים המשותפים שתפיסה זו צריכה לכלול. רובו של הציבור היהודי-דתי שואף לכוונן מדינת הלכה שמקור סמכותה הוא דתי, ואילו הציבור היהודי-הלא-דתי שואף לשמר ולפתח את אופייה היהודי של המדינה כאשר מקור סמכותה הוא חילוני. שנית, תכני המינימום המשותפים לציבור היהודי על קהילותיו השונות אינם מקובלים על אזרחי ישראל הפלסטינים" <sup>40</sup>.

כמו כן, נראה לי כי הכרה בצורך החיוני "לעשות מאמץ מירבי לחיזוק הזיקה האזרחית השוויונית בין כל האזרחים למדינתם" <sup>41</sup> יכולה להוליך לציפייה כי הרוב היהודי יהיה נכון לפשרות עמוקות יותר מאלה שנדרשות ממנו על פי הצעותיה של פרופ' גביון. המחברת מציינת כי בחירתה לעסוק בשילוב בין דמוקרטיה ליהודיות "מבוססת על ניתוח פוליטי המראה כי השילוב אפשרי, ועל המסקנה הנורמטיבית כי הוא ניתן להצדקה, ואולי אף עדיף — בטווח הנראה לעין — על חלופות סבירות" <sup>42</sup>. כאמור, במישור הראשון, איני שותף להערכה כי השגת הסכמה על שילוב זה היא אמנם אפשרית במציאות הישראלית. ביחס למישור השני, ספק בעיני האמנם נשאה פרופ' גביון בנטל להוכיח כי שילוב זה הוא אכן העדיף. היא עצמה שבה ומציינת כי "הרצון לממש את זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית מדינית אינו מחייב קיום מדינה יהודית, והוא יכול בהחלט להתיישב עם חיים של קהילה יהודית גדולה ואוטונומית במסגרת יישות רב-לאומית או ניטרלית מבחינה לאומית" <sup>43</sup>. בסופו של דבר, מסתמכת פרופ' גביון על הצורך לתת "משמעות להעדפתם הברורה של רוב תושבי ישראל כי מדינתם תהיה דמוקרטית אך תתייחד גם ביהדותה 'פתרון', המסכל את מאווייהם של רוב האוכלוסייה, הוא מרשם ברוק לתוואי של אלימות ומאבק" <sup>44</sup>. בכך יש בעצם חזרה לאותה תפיסה המבוססת על הכרעה רובנית, ממנה מסתייגת המחברת במפורש. נראה לי כי נכונות לפשרה צריכה לבוא לידי ביטוי גם בבחינה יסודית של האפשרות ליצור מסגרת מדינית "רב-תרבותית" <sup>45</sup>.

39 שם, בע' 162.

40 "יונה" יחסי דת ומדינה — גבולות הדמוקרטיה הליברלית בישראל ומגבלות הליברליזם הפוליטי" עיון מט (תש"ס) 185, 213–214.

41 גביון, לעיל הערה 1, בע' 162.

42 שם, בע' 151.

43 שם, בע' 153.

44 שם, בע' 150.

45 בשנים האחרונות גוברת באופן ניכר התמיכה בחלופה זו. כך, למשל, טען פרופ' יונה כי יש

בכל מקרה, תהא העמדה באשר להסדר הפשרה הראוי אשר תהא, כמו גם באשר לסיכויי קבלתה, יש לקבל את הערכתה של פרופ' גביון כי עצם הפעלתו של תהליך המשא ומתן להשגת אמנה חברתית, בו יבטא הרוכ נכונות להימנע מקבלת החלטות תוך שימוש בכוחו, "עשוי לספק תנופה עצומה לכיידות האזרחית בישראל"<sup>46</sup>. ספרה של פרופ' גביון הוא בוודאי אבן יסוד של מהלך זה.

להעדיף הקמתה של "דמוקרטיה רב־תרבותית", שהסדריה "מציעים פשרה הוגנת וסבירה": יונה, לעיל הערה 40, בע' 217. לשיטתנו, אף אם שינויים אלה "אינם אפשריים באקלים התרבותי־פוליטי הנוכחי", יש לפעול לקידומן, מתוך הערכה כי התמיכה הציבורית תבוא בעקבות השינוי: שם, בע' 218. לסקירה מקיפה של הדיון בסוגיית הלגיטימיות שבאופי הלאומי־אתני של מדינת ישראל ראו א' גרוס "דמוקרטיה, אתניות וחוקתיות בישראל: בין 'המדינה היהודית' ו'המדינה הדמוקרטית'", סוציולוגיה ישראלית ב (תש"ס) 647, 647–658. 46 גביון, לעיל הערה 1, בע' 159.