

מלכוד יהודי-דמוקרטי: מחשבות מוסדיות ופרוצדורליות

בעקבות ספרו של מיכאיל קרייני

אורי אהרונסון*

האם מדינה יהודית ודמוקרטית יכולה להיות יותר מאשר "דמוקרטית ליהודים ויהודית לערבים"? את השאלה הזו מציב פרופ' מיכאיל קרייני בלב ספרו החשוב A MULTICULTURAL ENTRAPMENT משנת 2021. תשובתו, ככלל, שלילית. הספר מאפיין את המשטר החוקתי הישראלי כסובל משניות מבנית: מצד אחד, הוא עוסק בהגנה על זכויות ליברליות עבור היהודים בישראל; ומצד אחר, הוא כופה על המיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל קיבוע במסגרות קהילתיות שמרניות ולא אחת דכאניות. מאמר ביקורת זה מציע לבחון דרכים שבאמצעותן חשיבה מחדש על הצימוד "יהודית ודמוקרטית" יכולה להתניע תהליך של חילוץ הערבים-הפלסטינים בישראל מן המלכוד הרב-תרבותי שהם מצויים בו. זאת, הן באמצעות הגדרת החיבור בין שני עולמות הערכים ("יהודית" ו"דמוקרטית") כנתון הכרחי בכל החלטות מדיניות, שמשמעותו קול ערבי-פלסטיני סביב כל שולחן ציבורי; והן באמצעות פיתוחים מוסדיים שיבטיחו קשר נמשך בין האליטות המשפטיות של הקהילות השונות בישראל, ויעילו בכך לפרימה מסוימת של הגבולות הנוקשים המפרידים ביניהן.

א. ארבע תרומות מרכזיות. ב. "יהודית ודמוקרטית" – בעיה או פתרון? ג. סמכויות השיפוט – מבעיה לפתרון? ד. סיכום.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. ori.aronson@biu.ac.il. תודה לג'וליאן חדר על עזרה במחקר.

א. ארבע תרומות מרכזיות

ספרו של פרופ' מיכאל קרייני A MULTICULTURAL ENTRAPMENT: RELIGION AND STATE AMONG THE PALESTINIAN-ARABS IN ISRAEL, שיצא בשנת 2021 בהוצאת אוניברסיטת קיימברידג',¹ תורם ארבע תרומות משמעותיות למחקר בנושאים שהוא עוסק בהם. ראשית, מדובר בסקירה מקיפה, עשירה ומרתקת של מערכת היחסים המורכבת בין מדינת-ישראל לאזרחיה הערבים-הפלסטינים, כפי שהיא ניבטת מן ההסדרה המשפטית של פרקטיקות דתיות, ובפרט ממשטר המילת ישראל עודנה מחילה על תחום המעמד האישי של תושביה. הספר פורש יריעה רחבה וממצה של הדינים השונים החלים על העדות הדתיות בישראל, ובפרט על אלה הלא-יהודיות, ושל מערך הסמכויות הסבוך המקנה לבתי-הדין הדתיים סמכויות מגוונות על מי שכפופים להם. הוא ממקם את מערכת הדינים בהקשר ההיסטורי של המשטר העות'מאני, של המנדט הבריטי ואז של משפטה של מדינת-ישראל, ומנתח הן את האידיאולוגיות שהנחו את יצירת הדינים והן את הקטגוריות הדוקטרינריות והתנאים המוסדיים שבמסגרתם הם התפתחו – בחקיקה, בפסיקה ובשיח של האליטות המשפטיות והאינטלקטואליות. לרכיב התיאורי של הספר יש ערך משמעותי במיוחד בגלל המחסור הקיים בכתיבה עדכנית – בוודאי לקהל זר – על היבטים המערכתיים והציבוריים של השיפוט הדתי בקרב העדות הלא-יהודיות בישראל, ובפרט של העדות הנוצריות, אשר בתי-הדין שלהן מנוהלים מבחינה מעשית במנותק ממשפט המדינה וממוסדותיה.

שנית, הספר מעלה תרומה חשובה לשיח העיוני על הרב-תרבותיות כתיאוריה נורמטיבית ליברלית לארגון של חברות שמתקיים בהן גיוון תרבותי משמעותי, ובפרט כאלה עם מיעוטים המקיימים מסורות לא-ליברליות. הספר הוא ראיה משכנעת לחיוניותו של רכיב הקשרי בכל תזה רב-תרבותית נורמטיבית. רכיב זה ייתן משקל ליסודות האידיאולוגיים המורכבים המייחדים כל משטר משפטי, כמו-גם להיסטוריה הפוליטית, הכלכלית והחברתית של המרחב שהפרויקט הרב-תרבותי מיושם בו. הבאת נתונים אלו בחשבון מצריכה מה שניתן לכנות "רב-תרבותיות מסדר שני" (באופן מעשי, "רב-תרבותיות של הרב-תרבותיות"): הכרה בכך שפרויקט רב-תרבותי מצריך התמודדות עם תנאי-רקע מקומיים, כדי לוודא שהטיעונים המוסריים שבבסיסו אינם נהפכים למכלאות-זהב, או חמור מכך – לאמצעי לשליטה ולהכפפה. כמובן, הספרות העשירה הקיימת על-אודות רב-תרבותיות אינה עיוורת להבדלים בין הקשרים קולוניאליים להקשרים הגירתיים, בין קהילות דתיות לקהילות אתניות, ועוד. אך הספר מתייחד בהצביעו על החשיבות שבהבנה פרטנית של היסודות התרבותיים של קבוצת הרוב – בהקשר הישראלי מדובר בדיון הפנים-יהודי על מהותה של מדינה יהודית – כתנאי לפיתוח מהלך רב-תרבותי ברי-הצדקה מנקודת-המבט של קהילות המיעוט.

MICHAEL KARAYANNI, A MULTICULTURAL ENTRAPMENT: RELIGION AND STATE 1
 .AMONG THE PALESTINIAN-ARABS IN ISRAEL (2021)

שלישית, וזו אולי תרומתו החשובה ביותר של הספר, הוא נוקט מהלך ביקורתי נוקב בנוגע לשיח הליברלי המתקיים במיינסטרים האינטלקטואלי והפוליטי – כלומר, במשתמע, היהודי – בישראל. הספר עשיר בקריאות ביקורתיות ממוקדות של כללים משפטיים נקודתיים ושל פסיקות מגוונות של בית-המשפט העליון לדורותיו, אך המהלך המרכזי בו נוגע ביחס השנוי במחלוקת של הליברליזם הישראלי לאתגר המכונן של יחסי דת ומדינה. בקצירת האומר, הספר מאשים את הליברליזם הישראלי בדור-פרצופיות (ומעטר את כריכתו בפניו של יאנוס): עבור היהודים הוא נאבק נגד כפייה דתית, בעוד עבור הערבים הוא פועל למען כפייה דתית. פער זה נוצר כתוצאה מכך שהמרחב הציבורי היהודי משחזר שני ויכוחים קלסיים מתרבות המערב על השלטת נורמות דתיות במרחב חילוני – ויכוחים שהליברלים ניהלו בנפרד ומבלי לתת דין-וחשבון על הפער בין עמדותיהם בכל אחת מהחזיתות.

הוויכוח האחד עניינו מידת נוכחותן של מסורות יהודיות-דתיות-אורתודוקסיות במרחב הציבורי ומידת הכפפתם של יהודים לא-אורתודוקסים למסורות אלו. בוויכוח זה – שמתנהל על מדרגות הרבנות, ברחבת הכותל, במתחמי עסקים ובצומתי תחבורה בשבתות, במטבחי צה"ל ובאתרים רבים נוספים – הליברלים מזוהים עם הצד החילוני, אשר שולל כפייה של תכנים דתיים על מי שאינם בוחרים בהם מרצונם, ובגרסאות מסוימות גם מתנגד לזיקה כלשהי של המדינה לתכנים דתיים. השיח הליברלי בוויכוח הזה עניינו אוטונומיה אישית, חופש מצפון, ולעיתים גם חשד ממוקד בדתיות אורתודוקסית כמקור לפגיעה בזכויות ולגרסיביות מוסרית, במיוחד בכל הנוגע ביחסי מגדר.

הוויכוח האחר עניינו מידת החירות שתינתן לקהילות דתיות לשמר את המסורות הייחודיות שלהן, גם כאשר הן ממוקמות במרחב ציבורי שהרוב הדמוגרפי, ולעיתים גם האתוס החוקתי, מקנים לו אופי חילוני (בין היתר כתוצאה מנצחון העמדה הליברלית בוויכוח הראשון). בוויכוח זה, שמתנהל הן ביחס לקהילות ילידיות שאיבדו את בכורתן והן ביחס לקהילות מהגרות שמציבות אתגרים זהותיים לאוכלוסיות ותיקות, הליברלים מזוהים עם הצד התומך בזכותן של קהילות מיעוט, ובמיוחד של קהילות מיעוט ילידיות, לשמר את זהותן ולא להיות כפופות לאידיאולוגיה מוניסטית מאחידה וממשטרת. השיח הליברלי בוויכוח זה עניינו רב-תרבותיות, זכות לתרבות, ולעיתים גם עמדה עקרונית בזכות פלורליזם ועמדה ספקנית ביחס לאורח החיים הנכון.

חיבור שתי העמדות האלה מביא את סוכני הליברליזם הישראלי, כמו-גם את מתעדיה ומגיניה של שיטת המשפט הישראלית לפני קהלים ליברליים זרים, לידי סתירה, שהנפגעים העיקריים ממנה הם ערבים-פלסטינים אזרחי ישראל שאינם שותפים לפרויקט השמרני של האליטות הדתיות בקהילותיהם. מצד אחד, סוכני הליברליזם הישראלי פעילים בעיצוב מרחב ציבורי חילוני, פלורליסטי וסובלני, אך כזה המתאפיין בדומיננטיות יהודית-עברית מובהקת (בין כתוצאה מובנית מפערי המשאבים הכלכליים, המרחביים והסימבוליים בין רוב למיעוט, ובין כעיצוב משפטי מכוון, כמו בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי). מצד אחר, הם פעילים – בשם ערכי הסובלנות, כיבוד המיעוט והכרה בעוולות שנעשו לו בהקמת המדינה (ואולי, בפועל, מתוך אוריינטליזם מהותני כלפי האחר

הערבי) – בדחיקת לא־יהודים חילונים וליברלים למובלעות השמרניות הכופות של האליטות הדתיות בקהילותיהם. בהעדר מרחב ציבורי אזרחי שוויוני אותנטי, שבו לזהות הכיתתית אין תפקיד בהערכתם של אנשים, אותו "מיעוט בתוך מיעוט" נותר ב"מלכוד רב-תרבותי", ככותרת הספר.

הספר מראה בפירוט כיצד סתירה זו באה לידי ביטוי בעמדותיהם של מחוקקים, שופטים, פעילים משפטיים, חוקרים ומעצבי שיח במגוון ההקשרים שבהם המדינה מוצאת את עצמה עוסקת בפירוש או באכיפה של נורמות דתיות, באסדרה או בהספקה של שירותי דת, וכן במינוי או בביקורת של נושאי משרות דתיות.

יתרה מזו, מעבר לסתירה הליברלית המרכזית שהניתוח חושף, הוא מאפשר גם לנסח תובנות ביקורתיות על התנאים האידיאולוגיים שמנציחים את הסתירה הזו באופן מיוחד במדינה יהודית. כך, הספר מדגים באופן משכנע כיצד הפרויקט הציוני הלאומי עוצב, מתחילתו, מתוך זיקה מובנית לפרקטיקות יהודיות דתיות. זיקה זו, כך נטען, אינה מאפשרת ניתוק ממשי בין משפט המדינה הדמוקרטית לבין נורמות מן הספרה הדתית, וככזו היא חותרת תחת האפשרות לדמיין מרחב ציבורי אזרחי-חילוני ממשי בישראל.² כמו־כן, הספר מאמץ את התזה בדבר האסטרטגיה של "הפרד ומשול" שהמדינה היהודית אימצה ביחס למיעוטים הלא־יהודים בקרבה. כדי לשמר את הלא־יהודים מפורדים, וכך לצמצם את האיום הזהותי שהם מציבים לה, העדיפה מדינת־ישראל לקיים את משטר המילת, המבודד קבוצות נשלטות זו מזו, תוך שהיא מחליפה, באופן מעשי, את הדומיננטיות המוסלמית של המשטר העות'מאני בדומיננטיות היהודית של המשטר הציוני.³

רביעית, אף שהספר מצהיר כי מטרתו העיקרית היא תיאורית־אנליטית־ביקורתית, הוא מציע לקראת סופו גם שורה של מחשבות פרסקריפטיביות ראשוניות על הדרכים למתן את התוצאות הפוגעניות של המלכוד הרב־תרבותי שבו מצוי המיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל, גם אם לא לבטלן כליל.⁴ בין משום שאין זה הפרויקט המרכזי של הספר ובין משום שכותבו ספקן בנוגע לאפשרות של שינוי מהותי בעתיד הנראה לעין, חלק זה מתון ביותר מבחינת היומרות המבוטאות בו להניע תהליכי רפורמה או חידוש שיחלצו את ישראל ואת אזרחיה השונים מן הסתירה והמלכוד שהם נתונים בהם.⁵

אכן, הספר קובע מפורשות כי אין היתכנות לחקיקה של דיני מעמד אישי אזרחיים עבור המיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל – הן בגלל התנגדותן של האליטות השמרניות של קהילות אלו והן בגלל חששן של האליטות הדתיות היהודיות מפני יצירת תקדים שסופו מי ישרונו. הוא גם שולל את הפנייה לכלי האכיפה הפלילית כדי לבער פרקטיקות

2 שם, בעמ' 47–60.

3 שם, בעמ' 161–169.

4 שם, בעמ' 241–272.

5 ראו Gideon Sapir, *Book Review: A Multicultural Entrapment: Religion and State Among the Palestinian-Arabs in Israel*. By Michael Karayanni, 36 J.L. & RELIG. 583, 586 (2021).

פוגעניות בקרב קהילות המיעוט, בעיקר משום שבפועל אלה נותרים עלי ספר בלבד, ואולי אף פוטרים את המערכות מפיתוח כלים מתוחכמים יותר, בעוד המשפט בפעולה נעשה שותף להנצחת היחסים ההיררכיים באותן קהילות (למשל, בהקשר של ההתעלמות מפוליגמיה בקהילה הברווית).⁶

מהלכי התיקון המינוריים – "feeble measures"⁷ – שהספר נכון לשקול פותחים צוהר לדיון עשיר שנדרש עוד לנהל במענה לקריאת ההשקמה שעולה ממהלכי הביקורתיים. המהלכים עשויים גוונים שונים: חלקם מבטאים אסטרטגיות פרוגרסיביות מובהקות, ואילו אחרים הם תוצאה צפויה – אם כי לא מכוונת בהכרח – של מגמות כלליות במשפט הישראלי; חלקם מצופים מן האליטות (היהודיות) המעצבות את המשפט הישראלי, ואילו אחרים נדרשים מסוכני שינוי בתוך הקהילות הערביות-הפלסטיניות בישראל.

כך, הספר מברך על יישומם של מהלכים ליברליים שעוצבו לפי מידותיהם של מוסדות הדת היהודיים גם באלה של הקהילות הלא-יהודיות (למשל, הקמת יחידות הסיוע שליד בתי-הדין הדתיים וקביעת מערך הסמכויות שבין בתי-הדין הללו לבין בתי-המשפט לענייני משפחה);⁸ מזהה פוטנציאל בזליגה של מגמות שיפוטיות חילוניות וזכותניות גם לתחומים שנוגעים בפרקטיקות לא-ליברליות בקרב הקהילות הלא-יהודיות (כמו בפסיקה שחייבה מינוי בוררת אישה בסכסוך בין בני-זוג מוסלמים);⁹ תומך בהרחבת פטורים לערבים-פלסטינים מדינים שנוסחו בתחולה כללית אף שהאטיולוגיה שלהם היא בטרדות פנים-יהודיות ייחודיות (כפי שנעשה בדיני הפונדקאות), או בפרשנותם בדרך שתהא רגישה לשונות בין קהילות (דוגמת היישום השיפוטי הדיפרנציאלי של חוק יחסי ממון);¹⁰ מציע לדייני בתי-הדין הדתיים של הקהילות הערביות-הפלסטיניות בארץ לאמץ פיתוחי הלכה פרוגרסיביים שנעשו בקהילות ערביות אחרות במרחב;¹¹ וקורא להגברת הפומביות והאחריות של בתי-הדין הללו – במיוחד אלה הנוצריים, שפועלים במחשכים ממש מבחינת משפט המדינה.¹²

בפסקאות שלהלן אתייחס, ראשית, לטענה הביקורתית של הספר על המלכוד הרב-תרבותי שמדינה המגדירה את עצמה "יהודית ודמוקרטית" יוצרת לאזרחיה הלא-יהודים, ואחרי כן אצטרף לדיון שהספר יוזם בחלקו האחרון על הדרכים האפשריות לתיקון מלכוד זה.

6 Karayanni, לעיל ה"ש 1, בעמ' 241–243.
7 שם, בעמ' 244.
8 שם, בעמ' 245–254.
9 שם, בעמ' 254–261.
10 שם, בעמ' 261–266.
11 שם, בעמ' 266–268.
12 שם, בעמ' 269–271.

ב. "יהודית ודמוקרטית" – בעיה או פתרון?

כאמור, הספר מציג טיעון משכנע שלפיו האידיאולוגיה הציונית לא יכלה להימנע מלכלול בהבנת הדיבור "מדינה יהודית", ובהשתמעויות הנורמטיביות והמוסדיות שלו במשפט המדינה, היבט של דתיות יהודית. משמעות הדבר הייתה מיסוד מדינת של פרקטיקות דתיות מסוימות, לצד הענקת תמיכה לפרקטיקות דתיות נוספות המתקיימות במישור הקהילתי או לפחות גילוי סובלנות כלפיהן. בתנאים אלו, אימוץ משטר המילת למשפט הישראלי היה מהלך מתבקש, כי הוא אפשר להנציח את הדתיות היהודית במשפט המדינה, אך תוך כדי כך להבטיח שהאירוע המהפכני של הקמתה יתפס לא כפרויקט פרטיקולרי ליהודים בלבד, אלא כהמשך של מסגרת חיים מכילה שמאפשרת גם ללא-יהודים לשמר את תרבותם במרחב הציבורי, ולו זה הקהילתי. אלא שברגע שמשפט המדינה נהיה שחקן בזירה הדתית – קרי, משוננחת המחויבות של עידן הנאורות, המגולמת במודל החוקתי המערבי, להפרדת המדינה מהדת – מופיעה בהכרח הפונקציה שרוברט קאבר כינה "הורגת-משפט" (jurispathic):¹³ המשפט חייב ליצור הבחנות בין המותר לאסור, בין הנכלל למודר. אידיאות נורמטיביות חלופיות של דת, תרבות וקהילה אינן יכולות להיכלל בסדר פוליטי שמושתת על המוחלטות האלימה של האכיפה המדינתית.¹⁴ התוצאה היא כבילה של היחיד למסגרות קהילתיות כופות, מבלי שיהיה לו מפלט במרחב אזרחי משותף.

גישה זו מגלמת תפיסה בעלת אופי דטרמיניסטי לגבי גורלו של המיעוט הערבי-הפלסטיני במדינה המגדירה את עצמה "יהודית ודמוקרטית": הזיהוי היהודי מחייב מרחב ציבורי יהודי הכבול לדתיות, והמרב שהזיהוי הדמוקרטי יכול לעשות הוא לכבול כל אחד לדתיות של עדתו. בתנאים אלו השתחררות מהמלכוד הרב-תרבותי אינה אפשרית, ולכל-היותר ניתן לנסות לחלץ תועלות מאותם רגעים ליברליים נדירים שמתרחשים בתוך הפרדיגמה היהודית או באורתודוקסייה הדתית של העדות הלא-יהודיות. במילים אחרות, לפי הבנה זו, הזהות המכוננת של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית" – זהות שהוכרה לאחרונה באופן מפורש גם על-ידי בית-המשפט העליון כנורמה הבסיסית המתקפת את חוקי-היסוד כולם¹⁵ – היא מיצוי המכשול שמונע מאזרחי ישראל הערבים-הפלסטינים את האפשרות ליהנות ממרחב ציבורי אזרחי ליברלי.

אמת, במשפט הישראלי – ובהלימה לכך גם בפרקטיקות המבניות של הרב-תרבותיות הישראלית – הצימוד "יהודית ודמוקרטית" נקרא בדרך-כלל באופן סטטי ובינרי: כל אחד מחלקי הצימוד (ה"יהודי" וה"דמוקרטי") נתפס כעומד בפני עצמו וכמייצג סל ידוע ונפרד

13 Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term, Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 53 (1983).

14 Robert C. Post, *Who's Afraid of Jurispathic Courts?: Violence and Public Reason* ראו *in Nomos and Narrative*, 17 YALE J.L. & HUMAN. 9 (2005).

15 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 16–18 לפסק-הדין של הנשיאה חיות (נבו) 8.7.2021.

של ערכים, אמונות ופרקטיקות, והמדינה שחיברה אותם יחדיו נדונה לחיים של מאבקי כוח, סתירות, הפרדות ומלכודים.¹⁶ במובן זה הספר מקבל על עצמו את פרדיגמת המתח האימננטי שמאפיינת את רוב זרמי השיח על-אודות הצימוד "יהודית ודמוקרטית", ובתוכה הוא פועל כדי לחשוף ולמתן את תוצאות המתח מבחינתם של אזרחי המדינה הערבים-הפלסטינים.

אך אין זו הקריאה היחידה האפשרית של נוסחת הזהות החוקתית הישראלית, ודומני שניתן להציע קריאה חלופית שתסמן אולי גם פתח יציאה מן המלכוד היסודי שהספר מאבחן. לפי הקריאה החלופית,¹⁷ החיבור של "יהודית" ו"דמוקרטית" נועד לא להנציח את התוכן הפנימי הידוע של שני המושגים, כי אם לערער את הבנתנו בדבר שני המושגים באמצעות עימותם זה עם זה. זו תפיסה דינמית של הזהות הישראלית, המציגה אידיאל חוקתי שאיפת¹⁸ שתוכנו אינו ידוע ואשר משימת האזרחות הישראלית היא לברר את האפשרויות הגלומות בו. אכן, במודל חוקתי שאיפתי כל האפשרויות ביחס להסדרים שיתקבעו בהמשך הדרך הן "על השולחן", כך שהנוסחאות הקיימות אינן מגבילות את התוצאות שאליהן יוביל תהליך הבדיקה, אלא רק מציינות רכיבים שחיוני שינכחו בשיח על-אודות ההסדרים המקובלים על הכלל.¹⁹ במילים אחרות, היות שאין בנמצא מודל ידוע של משטר פוליטי יהודי-דמוקרטי, אין אלא להבין את ההגדרה החוקתית כמשימת פיתוחו של מודל שיכיל את השניות הזו באופן אותנטי.

אימוץ תפיסה תהליכית-שאיפתית כזו כפרויקט המכונן של משפט המדינה יכול להוביל למסקנות רדיקליות, בין היתר בהקשרים שנוגעים במהלכו של הספר. כך, נדרש שההליך של בירור המשמעויות האפשריות לזהות המדינה יכיל באופן משמעותי את כל אזרחי המדינה. כעניין משפטי פוזיטיבי, ישראל היא מדינה "יהודית ודמוקרטית" לאזרחיה היהודים ולאזרחיה הערבים-הפלסטינים כאחד. נתון זה מקנה זכות לאזרחים הערבים-הפלסטינים – וגם מטיל עליהם אחריות, במובנה הרפובליקאי – להיות סביב כל שולחן שבו מתקבלות החלטות בנוגע למגוון התכנים הערכיים של המדינה, כולל כאלה שהיה מקובל לתופסם כמשתייכים לתווך ה"פנים-יהודי" ולכן אינם כביכול מעניינם של הלא-יהודים במדינה. הספר משמש ראיה ניצחת לכך שאין נושאים כאלה: כל הכרעה במישור הפנים-יהודי יוצרת החצנות גם לקהילות הערביות-הפלסטיניות בישראל, לעיתים

16 ראו, למשל, א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, פס' 12 ("מדינה יהודית") ופס' 14 ("מדינה דמוקרטית") לפסק-הדין של הנשיא ברק (2003).

17 ראו, למשל, שחר ליפשיץ ואורי אהרונוסון "הקדמה: יהודית ודמוקרטית" כמתודולוגיה **תרבות דמוקרטית** 19, 9 (2020).

18 לביאור המושג ראו Michael C. Dorf, *The Aspirational Constitution*, 77 GEO. WASH. L. REV. 1631 (2009).

19 ראו אורי אהרונוסון ומשואה שגיב "מדינה יהודית ודמוקרטית – אתגר מורכב אך לא בלתי אפשרי / מאמר תגובה לרב יובל שלוו" **שקוף** (10.12.2019) <https://shakuf.co.il/10693>, נגיש גם בכתובת <https://ssrn.com/abstract=3980558>.

רגרסיביות ולעיתים פרוגרסיביות.²⁰ האזרחים הערבים-הפלסטינים הם אפוא בעלי-עניין (stakeholders) מובהקים במחלוקת הפנים-יהודיות הישראליות. יתרה מזו, הזהות, הערכים והאינטרסים של הקהילות הלא-יהודיות בישראל הם חלק מובנה והכרחי מן הסיפור הישראלי השלם, אשר פענחוהו הוא המשימה החוקתית של המדינה. משכך, זהות חוקתית ישראלית שנעדרת תשומות מן הנומאי של הקהילות הערביות-הפלסטיניות היא חסרה ברמת ההגדרה, ולכן לא תצלח; והיא גם רדודה, בוותרת על ניסיון תרבותי ומשפטי עשיר שיכול להזין את החוקתיות הישראלית בתוכן חדשני, ביקורתי ומגוון. מעורבות קבועה של נציגי האזרחים הערבים-הפלסטינים – על מגוון הזרמים הקיימים בקהילותיהם – בדיונים הציבוריים, הפוליטיים והמשפטיים על-אודות תכניה ה"יהודיים" של המדינה היא אפוא אחד הביטויים להבנה אינטגרטיבית של "יהודית ודמוקרטית" כמתודולוגיה של החוקתיות הישראלית. יש לקוות שהיא אף תגדיל את הסיכוי שגם אינטרסים של לא-יהודים חילונים – ובאופן כללי יותר, שגם קריאות ליברליות של התרבויות הערביות-הפלסטיניות – יישקלו בעת קבלת החלטות בסוגיות של דת ומדינה עבור כלל אזרחי ישראל.

מחויבות למעורבות כזו מטילה אחריות הן על מעצביהם של הליכי קבלת ההחלטות בדמוקרטיה הישראלית, הן על המופקדים על איוש גופי החלטה ועל מינוי המחליטים, והן על סוכני דעת ונציגי ציבור מן הקהילות הערביות-הפלסטיניות השונות בישראל. במישור עיצובם של הליכי קבלת ההחלטות נדרש לוודא שהערכת ההשפעות של כל החלטה שלטונית תכלול התייחסות למגוון האוכלוסיות במדינה, שבדיונים המתקיימים לפני כל החלטה תובטח שמיעת קולם של נציגי רוב ונציגי מיעוט כאחד, ושנגנון ההכרעה עצמו יכלול אפשרות של נציגי הקהילות הערביות-הפלסטיניות להטיל וטו, ולו ראשוני. במישור האיוש והמינוי נדרש לוודא שגופים קולגיאליים קובעי מדיניות – כגון ועדות כנסת, אורגנים שיפוטיים, ועדות תכנון, ועדות איתור ומינוי, מועצות ציבוריות ודירקטוריונים בתאגידים ציבוריים – יכללו נציגות קבועה ומגוונת של הקהילות הערביות-הפלסטיניות, וזאת לא רק באותם תחומים שנוגעים ישירות באותן קהילות: נדרשים נציגים ערבים-פלסטינים מרקעים שונים במועצה הארצית לתכנון ולבנייה, כמו-גם בוועדת החוץ והביטחון, במועצה להשכלה גבוהה, בדירקטוריון חברת החשמל, בוועדה לבחירת דיינים ואף בקרן למורשת הכותל. במישור הנציגות הקהילתית נדרשת נכונות של האליטות החברתיות, התרבותיות, הכלכליות, הפוליטיות, האינטלקטואליות והדתיות שבקרב הערבים-הפלסטינים בישראל לתבוע את מקומן סביב כל שולחן ציבורי – בין כזה העוסק בנושאים "ערביים" ובין כזה העוסק בנושאים "יהודיים".

20 ראו, למשל, את הדיון של קרייני בהשלכות של פסיקות בג"ץ שהגבירו את הפיקוח הליברלי על פעילותם של מוסדות הדת היהודיים (כחלק מהפוליטיקה החוקתית הפנים-יהודית) על תפקודם של מוסדות הדת המוסלמיים: KARAYANNI, לעיל ה"ש 1, בעמ' 256–261. כן ראו חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" פלילים ט 53, 64–70, 78–83 (2000) (המבקר את ההתעלמות מנקודת-המבט הערבית-הפלסטינית במסגרת השיח המשפטי והפוליטי בישראל על-אודות שילוב נשים בתפקידי לחימה בצה"ל וגיוס חרדים לצבא).

ספרו של קרייני אומנם פסימי באשר לאפשרות שבעתיד הנראה לעין ייפתח בישראל הליך דליברטיבי מכיל ואותנטי על עקרונות-היסוד של המרחב הציבורי, בדרך להבניית זהות אזרחית משותפת. הקואליציה שכינה בכנסת העשרים וארבע, שבה מפלגה המייצגת ציבור בוחרים ערבי-פלסטיני הייתה לשון-המאזניים, סיפקה ניסיון מלמד מבחינה זו. מצד אחד, בדמיון הפוליטי הישראלי נחקקה לראשונה מציאות חוקתית שבה מפלגות שעיקר בוחריהן ערבים-פלסטינים הן שותפות רלוונטיות להסכמות פוליטיות, כמו-גם ידיים נדרשות בהצבעות, המצדיקות תן וקח חוצה-עדות על מכלול הסוגיות. זו בשורה יוצאת-דופן לתומכי הקריאה השאיפתית של אידיאל המדינה היהודית-הדמוקרטית. מצד אחר, המפלגה שבפועל מימשה את הפוטנציאל הזה – רע"ם – מייצגת כידוע אליטה דתית-שמרנית מובהקת מקרב הקהילה המוסלמית בישראל,²¹ וככזו היא לא אתגרה רכיבים מרכזיים במלכוד הרב-תרבותי שבלב הספר – למשל, ביחסה לקהילת הלהט"ב הערבית-הפלסטינית.²² ימים יגידו אם התנסות זו תתרום לשינוי ארוך-טווח באופי הברור של מחלוקות ציבוריות בישראל.

ג. סמכויות השיפוט – מבעיה לפתרון ?

המנגנון המוסדי המרכזי המשמש להנצחת משטר המילת הישראלי הוא הביטוי הוותיק ביותר שלו: סמכויות השיפוט הייחודיות המוקצות לבתי-הדין הדתיים בתחומי המעמד האישי של בני העדות השונות בישראל. מנקודת-המבט של הספר דומה שהפתרון הראוי למלכוד הרב-תרבותי של הערבים-הפלסטינים בישראל הוא אפוא יצירת חלופה אזרחית מלאה למעמד האישי של לא-יהודים בישראל. ככל שלמדינה היהודית לא אמור להיות עניין במידת הדתיות של העדות הלא-יהודיות החיות בקרבה, לא צריכה להיות לה סיבה להתנגד להסדר של נישואים וגירושים אזרחיים עבור מי שאינו יהודי. אך כאמור, הספר מכיר בכך שלא סביר שהסדר כזה יאומץ בפועל,²³ ולכן פונה לבחינת ההיתכנות של תהליכי תיקון המבוססים על המשטר המשפטי הקיים, ולא על ערעורו. דומני שבתווך הזה – שבין רפורמה מבנית מרחיקת-לכת במשטר המעמד האישי בישראל, מצד אחד, לבין קבלה של המשטר הקיים תוך ניסיון עדין להטותו לטובת תוצאות פרוגרסיביות, מן הצד האחר – יש מקום לשקילה של מהלכים מוסדיים ודינוניים נוספים, אשר ימצו ממבנה הסמכויות הסבוך של השפיטה הישראלית תועלות חדשות.

21 מיכאל מילשטיין "רע"מ: מהפכנות שמרנית בחברה הערבית בישראל" **אוניברסיטת רייכמן – המכון למדיניות ואסטרטגיה** (10.3.2021) <https://www.runi.ac.il/research-institutes/government/ips/activities/newsletter/michael-milshtein-10-3-21>

22 ראו, למשל, מוחמד מג'אדלה "התנגדות רע"ם ללהט"ב הכשירה את הקהילה בחברה הערבית" **גלובס** (4.2.2022) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001401099>

23 כאשר כבר עברה חקיקה ברוח זו, היא מוקדה בווגות של חסר-ידת בלבד. ראו חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010.

ברוח זו, הספר מתאר בפירוט את הדרך שעברו בתי-הדין של העדות הלא-יהודיות לאורך שנות המדינה – תהליך של פורמליזציה והגברת אחריותות, שבצידו יצירה או הרחבה של סמכויות במישורים מסוימים וצמצום או גריעה של סמכויות באחרים. אחד הרכיבים המרכזיים שהשפיעו על אופיו של משטר המילת לאורך השנים היה תחרות הסמכויות עם בתי-המשפט לענייני משפחה, אשר הוקמו בשנת 1995 וקיבלו בהמשך סמכות מקבילה לזו של בתי-הדין הדתיים בשורה של נושאים. הספר מתאר את הרגע הזה כמשמעותי בפיתוח מה שניתן לכנות "תודעת שירות" בקרב בתי-הדין השרעיים, המשרתים את הרוב הגדול של הערבים-הפלסטינים בישראל,²⁴ ורואה בכך פתח של תקווה להשפעות רצויות נוספות על בתי-הדין הללו באמצעות חשיפה לחלופות אזרחיות אטרקטיביות.

הספר אומנם אינו מפתח את המהלך הזה, ומציג אותו בעיקר כדי להדגים את האופן שבו רפורמות שמרוכזות במתח הפנים-יהודי מקרינות על השדה הערבי-הפלסטיני, מבלי שיונעו מתוך דאגה אותנטית למלכוד של המיעוטים בתוך שדה זה. אולם ייתכן שבדוגמה הזו מצוי רמז לפוטנציאל של חדשנות מוסדית שראוי להעמיק בו. העובדה שקיימים בישראל פורומים שונים הנסמכים על מסורות משפטיות שונות אך עוסקים באופן חופף בנושאים דומים של מעמד אישי היא נתון-יסוד שמבטיח מגוון ערכי ואידיאולוגי בתוצאות המשפטיות של המערכת בראייה כוללת (אגרגטיבית). לגבי מי שאינו סבור כי המסורות הדתיות שמקבלות ביטוי במשטר המילת הן פסולות מניה וביה, פלורליזם תוצאתי כזה הוא ממצא בעל ערך. הוא מאפשר שימור וכיבוד של יסודות תרבותיים ואידיאולוגיים שונים בתוך המרקם המשפטי האחיד; הוא יוצר פתח ללמידה, לחידושים נורמטיביים ולהתנסות עימם בנסיבות משתנות; והוא גם מספק זירה לתפעול של אינטרסים מגוונים של יחידים וקהילות אשר חסרים לעיתים גישה למרחב הפוליטי.²⁵

כמובן, כל בעל-דין יחיד אינו נהנה באופן אישי מן המכלול הפלורליסטי, אלא כפוף לתוצאה המסוימת בהליך שאליו נכבל מכוח דיני הסמכות הכופים (וההפעלה האסטרטגית שלהם על-ידי בעל-דין מתוחכמים). האתגר של עיצוב מוסדי אשר רגיש למלכוד הרב-תרבותי הזה הוא אפוא לפתח כלים של שיח חוצה-ערכאות, הזנה הדדית ופעפוע (דיפוזיה) של התכנים הנוצרים בפורומים השונים, כך שלאורך זמן יוכלו אותם פורומים – ובעלי-הדין המוצאים את עצמם בשעריהם – להרוויח מן הידע המשותף שנוצר כתוצאה מן הפלורליזם של המערכת כולה, ויהיו כפופים פחות מבעבר למלכוד שבכבילה לסמכות דתית ייחודית. כלים אלו צריכים אם כן ליצור חיבורים בין הפורומים השונים, אך מבלי להוביל לטשטוש הייחודיות התוכנית של כל אחד מהם. זהו אתגר של מיטוב (אופטימיזציה) של פלורליזם הסמכויות הישראלי. הוא חיוני במיוחד כאשר הערכאות השונות נדרשות ליישם דינים דומים שפיתוחם האורגני נעשה בערכאה המתחרה: דין דתי

24 Karayanni, לעיל ה"ש 1, בעמ' 252–253.

25 ראו Robert M. Cover, *The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation*, 22 Wm. & Mary L. Rev. 639 (1981).

שמישם על ענייני מעמד אישי בבתי-המשפט לענייני משפחה;²⁶ ודין אזרחי שמישם על סוגיות מן המשפט הפרטי והציבורי בבתי-הדין הדתיים.²⁷ ניתן לחשוב על מהלכים מוסדיים שונים שיקדמו את המטרה של יצירת אפיקי שיח והזנה בין הפורומים המתחרים מבלי לאיין את הייחודיות התרבותית של כל אחד מהם. אציין להלן שלושה כאלה. כפי שיהיה אפשר לראות, כולם מצריכים מידה נדיבה, יותר או פחות, של דמיון מוסדי ונכונות למתן מחויבות למושכלות-יסוד מערכתיות. אולם בה-בעת אין בהם מהפכה מוחלטת, וההיתכנות שלהם נסמכת על הידיעה שגם מוסדות יציבים וותיקים, ואף כאלה שעיצובם משקף אורתודוקסיות תרבותיות, דתיות או מקצועיות, ניתנים לעדכון ולשינוי אם הדברים נעשים באופן מדוד ומתוך שילוב של הפעלת "מקלות" ו"גזרים" פוליטיים, כלכליים וסימבוליים.²⁸

א. **סבכים שיפוטיים וגיוון הרכבים** – הרעיון הוא ליצור מפגש כפוי בין הגורמים המחליטים מן הפורומים השונים ומן המעגלים התרבותיים שהם מייצגים. דרך אחת לעשות זאת היא באמצעות ניווד תקופתי של שופטים ודיינים מערכאותיהם לערכאות מקבילות, כך שישבו בדין יחד עם שופטים פנימיים לפורום. חֶשְׁבוּ, למשל, על שופט משפחה אזרחי שמצורף להרכב שיפוטי בבית-דין שרעי, נוצרי או דרוזי; או על דיין שרעי שמצורף להרכב אזרחי בבית-משפט לענייני משפחה או בבית-משפט מחוזי הדן בערעור משפחה.²⁹ שופטים מבקרים אלו יחשפו לנעשה בערכאות המקבילות, מה שיכול להועיל בארבעה: ראשית, תהא זו דרך להכיר את הנומוי האחרים המתקיימים בשדה המשפט הישראלי, ללמוד מן הגישות הקיימות בשיטות מקבילות לשאלות משותפות, ולמצות את יתרונות הפלורליזם של סמכויות השיפוט; שנית, וביקרה לפתרונות שהספר מציע, תהא זו דרך נוספת לפתוח ערוצי ליברליזציה של השיפוט הדתי בישראל באמצעות שילוב קולות שיפוטיים הנסמכים על המסורת החילונית של דיני המשפחה הישראליים; שלישית, המפגש יחשוף שופטים אזרחיים הנדרשים

26 ראו ע"א 436/01 **רכאב נ' רכאב**, פ"ד נח(6) 913, 926–927 (2004); ויג'דאן חליחל, קארין כרמית יפת ועידו שחר "דיני מזונות אישה בין בית הדין השרעי לבית המשפט לענייני משפחה: סיפורה של מהפכה שמרנית במחלצות ליברליות" **משפטים** נב (צפוי להתפרסם ב-2023).

27 ראו מוסה אבו רמדאן ודניאל מונטרסקו "שיפוט אסלאמי במדינה יהודית ודמוקרטית": קואופטציה ואסלאמיזציה של שדה הדין השרעי" **משפט וממשל** יא 433 (2008); אבישלום וסטרייך "שלושה צמתים ביחסי בית הדין הרבני ובית המשפט האזרחי: מזונות ילדים, שיתוף רכושי והחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה" **משפטים** נב 217 (2022).

28 השוו, למשל, עמיחי רדזינר "הרב עוזיאל, רבנות תל-אביב-יפו ובית-הדין הגדול לערעורים: מחזה בארבע מערכות" **מחקרי משפט** כא 129 (2004) (על הוספת ערכאת ערעור מעל בתי-הדין הרבניים בתקופת המנדט, בניגוד למסורת המקובלת של השיפוט הרבני); מוסה אבו רמדאן "היברידיזציה משפטית וליברליזם פטריארכלי: האישה כבוררת בבתי הדין השרעיים" **משפחה במשפט** ח 53 (2016–2017) (על הכללת האפשרות למנות בוררת בסכסוכי משפחה בין בני-זוג מוסלמים).

29 השוו אריה אדרעי "חלום המשפט: הרב הרצוג והרב גורן על יחסי משפט והלכה בישראל" **דיני ישראל** לה-לו 31, 66–67, 78 (2021) (על הצעתו של הרב יצחק הרצוג לכלול בכל הרכב שיפוטי אזרחי שופט אחד הבקיא בהלכה היהודית).

ליישם דין דתי בערכאותיהם לגיוון המתודולוגי המאפיין את השיפוט הדתי עצמו, כך שהם לא ייגררו רק לגרסאות השמרניות שלו או לאנלוגיות שגויות לדין העברי;³⁰ רביעית, המפגש יקשה על נציגי האליטה השיפוטית (היהודית) מן הערכאות האזרחיות, שינכחו בבתי-הדין של העדות הדתיות, לרחוץ בנקיון-כפיהם ולהמשיך להתעלם מן המלכוד שנוצר למיעוט הלא-דתי בקרב הקהילות הלא-יהודיות בארץ. במובן אחרון זה, זהו מהלך ששותף להנניעה (למוטיווציה) הביקורתית-החשיפתית של הספר עצמו.

באשר למעמדם של השופטים המצטרפים, כעיקרון ניתן להגדירם כבעלי סמכות שיפוטית מלאה, כפי שנעשה כיום, למשל, לגבי שופטים הממונים לכהונה בפועל בערכאות האזרחיות.³¹ אמת, כהונה בפועל בדין הישראלי משמשת בעיקר למילוי מקומות חסרים בערכאות הזקוקות לכוח אדם שיפוטי, אך אין לשלול את הערך שלה גם בחשיפה של השופטים השונים לתרבות המוסדית וההליכית בערכאות אחרות ובמקומות שונים בארץ. אכן, במסגרת הסדר דומה בבתי-המשפט הפדרליים בארצות-הברית, שופטים מתניידים לכהונה בערכאות מקבילות מתוך מטרה גלויה לגוון את הניסיון השיפוטי בערכאה נתונה ולחשוף את השופטים לפרקטיקות שיפוטיות שונות המתקיימות במחוזות אחרים.³²

מודל קרוב אך אולי מציאותי יותר בהקשר הישראלי הוא לאפשר לשופטים המבקרים להשתתף בניהול ההליך, בשמיעת הראיות ובליבון הפסיקה, אך מבלי שיוקנה להם קול מחייב בפסיקת הדין. מודל זה מתאים בפרט להליכים שמנוהלים בדין יחיד, שאז הוספת שופט שני בעל סמכות שיפוטית מלאה להרכב תשבש את מנגנון ההחלטה הרגיל בשיטה הישראלית. יתרונו של מודל זה נעוץ כמובן גם בכך שיקל על הקהילות המיוצגות במוסדות השונים לקבלו, משום שהוא משמר את סמכות ההחלטה הסופית בידי השופט/הדיין המקורי.

גרסה מעט שונה של רעיון הציבור בין מחליטים מזירות שונות היא מיסוד רכיב של נציגי ציבור בבתי-הדין הדתיים ובבתי-המשפט לענייני משפחה, ברוח מה שנעשה בבתי-הדין לעבודה. כידוע, בבתי-דין אלו מכהנים, לצד השופטים המקצועיים, גם נציגים של המגזרים העיקריים המופיעים בהם – עובדים ומעבידים. הם אינם נדרשים לשלוט בהיבטים המשפטיים, ואמורים לתרום בעיקר בהבנת הרקע הכלכלי, המוסדי והחברתי של הסכסוכים, ולשפר את הלגיטימציה של בית-הדין בעיני קהל נמעניו. גם אם קשה לאמוד את השפעתם המוחשית של נציגי הציבור על ההליכים או על תוצאותיהם, השחקנים השונים בבתי-הדין מוצאים טעם בשימורם.³³ באופן דומה ניתן לקבוע כלל שלפיו לצד הרכבי הדיינים בבתי-הדין הדתיים של העדות השונות

30 לאפיון ערכני של הדינמיקות האלה ראו חליחל, יפת ושחר, לעיל ה"ש 26.

31 ס' 10 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

32 ראו Marin K. Levy, *Visiting Judges*, 107 CAL. L. REV. 67 (2019).

33 ראו גיא דוידוב ורעות בגס שמר "נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה: תפקידם ותורמתם הלכה למעשה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 185 (סטפן אדלר ואח' עורכים 2012).

ובבתי-המשפט לענייני משפחה יכהנו נציגי ציבור, שמטרתם תהא להוסיף לשולחן היכרות עם המערכות הנורמטיביות והתרבותיות של השדה המקביל (אזרחי/דתי). בבתי-דין שבהם אין ממנים לפי שעה נשים למשרות שיפוט, הדבר יכול גם להוות תחילתו של פתרון להפליה המגדרית, אשר זועקת במיוחד לנוכח העובדה שתחום הסמכות נוגע כל-כולו ביחסי מגדר.³⁴

אין ספק שהערכאות השונות לא ישמחו, מראש, במינוי שחקני חוץ לעמדות שיפוטיות או כעין-שיפוטיות בתוך בתי-המשפט ובתי-הדין של קהילותיהן. בחלק מן ההקשרים הדבר עשוי אף להתפס כסותר מסורות דתיות מחייבות באשר למתכונת השיפוט המותרת בקהילה. אולם, כפי שהספר מתאר, יש לשים לב שמפעם לפעם אכן שולבו רכיבים "חילוניים" בפעילותם של בתי-הדין הדתיים, ולעיתים הם אף נקלטו בהצלחה. המקרה הבולט ביותר בהקשר זה בשנים האחרונות הוא הקמת יחידות הסיוע ליד בתי-הדין הדתיים,³⁵ ודוגמה ראשונית נוספת היא שילובם של עוזרים משפטיים (ועוזרות משפטיות) לדייני בתי-הדין הרבני.

לבסוף, יש לזכור שהמשפט הישראלי כבר מכיר בערכאה שיפוטית המחברת בין שופטים אזרחיים לדיינים דתיים: זהו בית-הדין המיוחד, שמקורו בחקיקה המנדטורית ואשר מצוי עדיין איתנו מבחינה רשמית, אף אם באופן מעשי הוא אינו מתכנס כבר שנים רבות.³⁶ בית-הדין המיוחד נועד אומנם רק לפתרון מחלוקות בדבר סמכותם הייחודית של בתי-הדין הדתיים, אך הוא מהווה ראייה להיתכנות המוסדית – אפילו בדמיון החי של המשפט הישראלי הפוזיטיבי – של מושב שיפוטי שיחבר בין השדות התרבותיים השונים.

ב. **ניהול מתוחכם של ניתוב התיקים** – אפשרות אחרת ליצור אינטראקציה כפויה בין הפורומים השונים, ובדרך זו למתן את עוצמת הלכידה של חילונים בפורום הדתי, היא באמצעות בקרה על אופן חלוקת התיקים בין הפורומים במצבים של חפיפה בסמכות. אף שהחוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, התשע"ה–2014, מיתן במידת-מה את הדינמיקה האסטרטגית שהייתה כרוכה בתחרות הסמכויות בין בתי-המשפט לענייני משפחה לבין בתי-הדין הדתיים,³⁷ המשטר הנוכחי מפקיד עדיין בידי בעלי-הדין עצמם את רוב הכוח להחליט איזה מן הפורומים המוסמכים ידון בסכסוכים סביב רכוש, משמורת וכדומה. לכאורה הסדר זה מעצים את בעלי-הדין הפרטיים, כי הוא נותן בידיהם את הבחירה, אך בפועל הוא מטיל עליהם את האחריות לבחור פורום גם

34 השוו הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים) (תיקון – מינוי נציגות ציבור), התשפ"א–2021, פ/24/2091 (ח"כ מירב בן ארי).

35 חוק בתי דין דתיים (יחידות סיוע), התשע"א–2011.

36 ראו ס' 55 סיפא לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947; שמחה מירון "בית הדין המיוחד לפי סימן 55 לדבר המלך ותעלומת נדירותו" דיני ישראל י-א 219 (התשמ"א–התשמ"ג); אשר מעוז "רקוויאם לבית הדין המיוחד" ספר טירקל: פרקי הגות, עיון ומשפט 479 (אהרן ברק, קארין כרמית יפת ואליקים רובינשטיין עורכים) (2020).

37 ראו יחיאל קפלן "הסדר התדיינות בסכסוכי משפחה – דיני משפחה מנקודת מבט המייחסת חשיבות לשיתוף פעולה והסכמה" דין ודברים טו 231, 361–376 (2021).

בתנאים שבהם בחירתם אינה חופשית. בנסיבות רבות, כפי שגם מודגם בספר, צדדים מוחלשים במערכות יחסים זוגיות – במילים אחרות, בוודאי בחברות מסורתיות: נשים – עשויים להיות כפופים לכוחות משפחתיים וקהילתיים שינטרלו את הבחירה שדיני הסמכות מקנים להם לכאורה. התוצאה היא שבמקום שאפשרות הבחירה בין פורומים תהיה מקור להעצמת המיעוט שבתוך המיעוט, היא מהווה למעשה לעג לרש, בהדגישה את המלכוד שבו מצויים מי שאינם מעוניינים בכפיפות להגמוניה הדתית בקהילותיהם.

פתרון לא-אינטואיטיבי למצב זה הוא דווקא להפחית את הבחירה של בעלי-הדין עצמם ולהפקידה בידי הדין או המערכת, אשר רגישים למלכוד האמור. קיימים מנגנוני ניתוב אפשריים שונים, שחלקם מבוססים על הפעלת שיקול-דעת פרטני באשר לפורום המתאים, וחלקם מבוססים על כלל ברירה נוקשה ואפילו שרירותי. כך, למשל, במקום אחר בחנתי בפירוט את היתרונות והחסרונות של מנגנון ניתוב אקראי של תיקים בין פורומים עם סמכויות חופפות.³⁸ מנגנון כזה יבטיח שסוגים שונים של תיקים ושל בעלי-דין יגיעו לפורומים השונים. כך יושג יתרון החשיפה השיפוטית למציאויות החיים המגוונות, ותמותן יכולתם של בעלי-דין חזקים ושל אליטות קהילתיות להשפיע על מיקום הליטיגציה באמצעות הפעלת כוח כלכלי או תרבותי. ניתוב אקראי מתייחס מראש לפורומים החלופיים השונים כשקולים מבחינה מוסרית, ולכן מוכן באופן עקרוני שכל אחד מהם ידון בכל תיק שהוא. הממצא שבהקשרים מסוימים בתי-הדין הדתיים ליברליים לא פחות מבתי-המשפט לענייני משפחה³⁹ מחזק גישה זו. אך ניתן גם לקבוע כללי בררת-מחדל שיעדיפו את הפורום החילוני על זה הדתי בנסיבות מתאימות – למשל, אם שני בני-הזוג קיימו חיים חילוניים עד פרוץ הסכסוך. גרסה תקיפה עוד יותר תקנה זכות וטו לבן-הזוג התובע התדיינות בפורום החילוני, ללא קשר לשאלה מי תבע קודם והיכן. אולם כלל כזה יבטא עמדה של עדיפות אפירורית לפורום החילוני על זה הדתי, באופן שסותר את העמדה הרב-תרבותית הלכאורית של הדין הישראלי הנוכחי, ולכן צפוי גם לעורר את ההתנגדות העזה ביותר בקרב האליטות הדתיות של העדות הלא-יהודיות.

ג. **דמיון מחדש של תפקיד בית-המשפט העליון** – הספר מברך על התופעה של חשיפת השיפוט הדתי בקרב העדות הלא-יהודיות למגמות של ליברליזציה במשפט הישראלי הכללי ובדין הדתי במדינות אחרות. אך הוא מבכה את העובדה שמדובר לכל-היותר בתוצאות-לוואי של תהליכים חברתיים ומוסדיים, אשר אינן מספיקות לשינוי התמונה, ולא בתוכנית מגובשת ומכוונת לחילוף הערכים-הפולסטינים מן המלכוד הרב-תרבותי. מבין הגופים השונים שעשויים ליטול חלק מרכזי בתוכנית כזו, נראה שבית-המשפט

38 אורי אהרונסון "שיהיה במזל: על אקראיות בסדרי הדין" פרוצדורות 135 (משפט, חברה ותרבות, טליה פישר ואיסי רוזן-צבי עורכים 2014).

39 ראו חליחל, יפת ושחר, לעיל ה"ש 26. כן ראו אבישלום וסטרייך ועמיחי רדזינר "מהפכנות ושמרנות בפסיקת בית-הדין הרבני – על אכיפת גירושים בטענת 'מאיס עלי'" עיוני משפט מב 685–686 (2020).

העליון הוא שחקן-מפתח: בשבתו כבית-משפט לערעורים, הוא מוסמך לבקר את תפקודם של בתי-המשפט לענייני משפחה, ובשבתו כבג"ץ בכוחו לבקר את תפקודם של בתי-הדין הדתיים. מעמדה כפולה זו, בית-המשפט העליון יכול לאמץ תפקיד של מתווך ידע בין המוסדות, כלומר, גוף שמרכז ומתכלל את התכנים המשפטיים שנוצרים בכל אחד מן הפורומים, משתף אותם עם האחרים, ומוודא שמתקיימת אינטראקציה טרנספורמטיבית כנה בין המערכות הנורמטיביות המשוקפות בעבודתם.

התפיסה המוצעת כאן סוטה מן הגישה המקובלת לתפקידו של בית-המשפט העליון כמתקן הטעויות של ערכאות הדיון באמצעות ערעור או עתירה וכמורה הדין באמצעות קביעת תקדימים בעלי תחולה כללית. אם לגיוון פורומים יש ערך שרצוי לשמרו בהתנסויות הליכיות שונות ובתוצאות משפטיות מגוונות, אך הוא מייצר עלות בדמות תחרות כוחנית בין הפורומים ורתיעה מהשפעה הדדית, אזי השירות שנדרש ממאסדר מערך הפורומים אינו בהכרח ביטול החלטות והאחדת הדין, אלא מְרוּב (מקסום) הטובין הפלורליסטיים שמיוצרים במערכת תוך הפחתת נזקי התחרות וההתקפדות. את זאת בית-המשפט העליון יכול לעשות באמצעות פיתוח דוקטרינות שמטרתן לנסח בצורה בהירה ונגישה את החידושים הרעיוניים המופיעים בפסיקתם של הפורומים השונים ולוודא שאלה אכן מובאים בחשבון במסגרת הדמיון הנורמטיבי של הפורומים המתחרים במערכת. בדרך זו יובטח קיומו של "שוק דעות" מתפקד בקרב הפורומים השיפוטיים, המעודד דיאלוג שיפוטי וחיפה הדדית למבני הניתוח, למחויבויות הערכיות ולמודלים המשפטיים שמייחדים כל אחד מן הפורומים.

כדי לשמש בתפקיד זה, בית-המשפט העליון נדרש להזנה מדגמית של מספר גדול מספיק של החלטות מן הפורומים השונים, הדתיים והאזרחיים. במילים אחרות, נדרש שינוי גם במגמות קביעת סמכותו של בית-המשפט העליון בדיני המעמד האישי: מאז הוקמו בתי-המשפט לענייני משפחה, כמעט כל הליטיגציה האזרחית בתחום המעמד האישי נפתחת בבתי-משפט השלום, מה שאינו מאפשר למעשה את הבאת העניינים הללו לבית-המשפט העליון אלא בערעור נדיר ב"גלגול שני". במקביל, לבית-המשפט העליון אין סמכות ערעורית על פסיקותיהם של בתי-הדין הדתיים, וביקורתו עליהם בבג"ץ מצומצמת לעילות מנהליות וחוקתיות; כך במיוחד בעתירות נגד החלטות בתי-הדין של העדות הלא-יהודיות, שבהן בג"ץ זהיר מלהתערב אף יותר מאשר בעתירות נגד בתי-הדין הרבניים. כדי לגייס את נקודת-המבט הייחודית של בית-המשפט העליון על כל מערכות השיפוט הללו, לצורך חיפה הדדית אינטנסיבית יותר של התכנים הנוצרים בהן, יש אפוא לפתח כלים שיטתיים של הבאת מקרים מגוונים לעיונו, אף לא בהכרח ביוזמתם של בעלי-הדין, אשר האינטרס הפרטי שלהם בהבאת תיקים לבית-המשפט העליון אינו חופף לרוב את האינטרס הציבורי בפלורליזם מערכתי מתפקד.⁴⁰ ראוי שמהלך כזה יעוגן בחקיקה ייעודית, אך הפרויקט יכול להינקט גם על-ידי שופטי בית-המשפט העליון עצמם, במסגרת שיקול-הדעת הפרטני שהם מפעילים בבואם

40 ראו Steven Shavell, *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, 26 J. LEGAL STUD. 575 (1997).

להכריע אם לאפשר גישה לבג"ץ בעתירות נגד בתי-הדין הדתיים ואם לתת רשות ערעור על פסקי-דין בערעורים על פסיקותיהם של בתי-המשפט לענייני משפחה: התיקים הראויים להתייחסות יהיו אלה שהציעו פיתוח משפטי מעניין, מועיל או מוקשה של מערכות הדינים השונות, ולא דווקא אלה אשר מעלים סוגיה עקרונית הצריכה הכרעה סופית או מעוררים חשש לעוול מוסרי, שהוא לא אחת בעיני המתבונן. גישה כזו תמצב את בית-המשפט העליון יותר כבונה גשרים בין עולמות נורמטיביים, ופחות כמצביא במלחמת-התרבות שהמלכוד היהודי-הדמוקרטי מזמן.

ד. סיכום

המלכוד הרב-תרבותי שהספר חושף מציב אתגר נורמטיבי ואינטלקטואלי עמוק לכל מי שטרוד בהבאת המשפט הישראלי למקום שהוא בר-הגנה מבחינה מוסרית, ואף יותר מכך למי שמעוניין לשמר מחויבות לפרדיגמה של הזהות החוקתית הישראלית כמדינה יהודית ודמוקרטית. קשה לחלוק על האבחנה הבסיסית של הספר, שלפיה בישראל – המדינה היהודית – אין הפרדה בין דת למדינה, והדת שאין הפרדה ממנה, ואשר ביחס אליה מנוהל לכן המאבק על "דת ומדינה", היא היהדות; בעוד ישראל – המדינה הדמוקרטית – מתבשמת במחויבות לחופש הדת ולאוטונומיה הקהילתית של המיעוטים הלא-יהודים, תוך הפקרת היחידים שבאותן קהילות לנפשם. קשה לחלוק גם על הצפי המרכזי של הספר, שלפיו מיתון התוצאות הפוגעניות של המלכוד יתרחש בעיקר כתוצאה ממהלכים משפטיים בזירת הסמכויות של בתי-הדין הדתיים ובתרבות השיפוט שלהם. תובנות אלו מזמינות שאלות בשני המישורים: האם יש דרך לדמיין זהות "יהודית ודמוקרטית" שהיא מקור ליציאה מן המלכוד, ולא רק להנצחתו? והאם יש דרך להעצים את התהליכים המשפטיים לתיקון המלכוד באמצעות יצירתיות מוסדית ופרוצדורלית? אני סבור שיש ערך במאמץ לנסות להשיב בחיוב על שתי השאלות, ורשימה זו נועדה להציע כיווני חשיבה על-אודות תכניו האפשריים של מענה כזה. אני תקווה שזו תחילתה של שיחה חדשה על יחסי רוב ומיעוט ועל יחסי דת ומדינה בישראל – שיחה שספרו של קרייני הוא בגדר קריאת-חובה לכל מי שמבקש להשתתף בה.