

## בית-המשפט העליון – שלוש תקופות: "זרות", "עימות", "הכלה"

מנחם מאוטנר\*

מאמר זה מחלק את ההיסטוריה של בית-המשפט העליון לשלוש תקופות. התקופה הראשונה, "תקופת הזרות", היא זו של שלוש שנותיו הראשונות של בית-המשפט. בתקופה זו התאפיינה הפסיקה בריסון שיפוטי, בסגנון הנמקה פורמליסטי ובתפיסה של בית-המשפט את עצמו כמוסד מקצועני, שעיקר תפקידו להכריע בסכסוכים. בתקופה זו הגיע בית-המשפט להישגים גדולים מבחינת השרשתם של ערכי הליברליזם בתרבות הפוליטית של המדינה, שהייתה חלק מתרבות לאומית קולקטיביסטית. התקופה השנייה, "תקופת העימות", היא זו של שלוש שנותיו האחרונות של בית-המשפט. בתקופה זו התחוללו בפסיקה שלושה שינויים גדולים: עלייתו של אקטיביזם גורף; מעבר לסגנון הנמקה המבסס הכרעות משפטיות על טעמים ערכיים; ומעבר של בית-המשפט לתפיסה שעל-פיה הוא מוסד פוליטי, הנוטל חלק, לצד הכנסת, בתהליכים שבהם נקבעים הערכים החלים במדינה ומחולקים המשאבים החומריים במדינה. המפתח להבנתם של שינויים אלה הוא תהליך ירידת ההגמוניה הפוליטית והתרבותית של תנועת העבודה במחצית השנייה של שנות השבעים של המאה העשרים. התקופה השלישית היא זו של העשורים הבאים. תקופה זו מכונה במאמר "תקופת הכלה". המאמר טוען כי בתקופה זו על בית-המשפט לפעול מתוך הבנה שישראל עברה למצב בתר-הגמוני, אשר מומשג יותר ויותר כמצב של רב-תרבותיות שבו החברה הישראלית מורכבת משלוש קבוצות תרבותיות עיקריות: יהודים חילוניים, יהודים דתיים וערבים. המאמר טוען כי מצב חדש זה מחייב איתור מסגרות חשיבה חדשות באשר לדרכי פעולתו של בית-המשפט העליון. המאמר מבקש להציע באופן ראשוני כמה מסגרות כאלה.

\* פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה למשפט אזרחי השוואתי ולתורת המשפט ע"ש דניאל רובינשטיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

## מבוא

פרק א: התקופה הראשונה – "תקופת הזרות"

פרק ב: התקופה השנייה – "תקופת העימות"

פרק ג: התקופה השלישית – "תקופת ההכלה"

1. מבוא – כיצד בית המשפט העליון צריך לפעול בעשורים הבאים?

2. הפעלת המשפט העברי – "ציווי האקספרסיביות"

(א) ציווי האקספרסיביות ויהודים דתיים

(ב) ציווי האקספרסיביות והאזרחים הערבים

3. הפעלת המשפט העברי – חזרה לעמדותיה של התנועה להחייאת

המשפט העברי

## מבוא

ברשימה זו אחלק את ההיסטוריה של בית המשפט העליון לשלוש תקופות. התקופה הראשונה היא שלושים שנותיו הראשונות של בית המשפט, שאתן אכנה "תקופת הזרות". התקופה השנייה היא שלושים שנותיו האחרונות של בית המשפט, ואתן אכנה "תקופת העימות". התקופה השלישית היא העשורים הבאים. לתקופה זו אקרא "תקופת ההכלה".

### פרק א: התקופה הראשונה – "תקופת הזרות"

שאיילה היא דרך חשובה להתפתחות תרבות ולשינוי תרבות.<sup>1</sup> אחת הדרכים לשאיילה תרבותית היא מגע בין תרבויות במסגרת כיבוש צבאי. במהלך שלושים שנות שלטונו של המנדט הבריטי בארץ-ישראל חל תהליך נרחב של שאילה תרבותית בין המשפט של ארץ-ישראל לבין המשפט האנגלי: המשפט והקהילה המשפטית של ארץ-ישראל עברו תהליך עמוק של אנגליפיקציה.<sup>2</sup>

1 A. Maritz, *Cultural Contact: Archaeological Approaches*, 5 INT'L ENCYC. SOC. & BEHAV. SCI. (2001); ARJUN APPADURAI, GLOBAL ETHNOSCapes — NOTES AND QUERIES FOR A TRANSNATIONAL ANTHROPOLOGY, IN RECAPTURING ANTHROPOLOGY — WORKING THE PATRICK: PRESENT (Richard G. Fox ed., 1991). על שאילה תרבותית בתחום המשפט ראו: H. GLENN, LEGAL TRADITIONS OF THE WORLD: SUSTAINABLE DIVERSITY IN LAW (2000); רון חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?" עיוני משפט כה 443, 459-458, 465-464 (2001); ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" עיוני משפט כה 523 (2001).

2 מי שהשתמש לראשונה במושג "אנגליפיקציה של המשפט הארצישראלי" היה אליעזר מלחי,

בעקבות תהליך האנגליפיקציה, להיות משפטן בישראל פירושו להיות מחובר באופן עמוק לא רק לדוקטרינה המשפטית של ארצות המשפט האנגלו-אמריקאי, אלא גם לתיאוריה הפוליטית של הליברליזם, אשר עומדת ביסודו של משפט זה ומגולמת בכל אות ואות שלו. להיות משפטן בישראל פירושו להפנים – ובה-כמידה גם להפעיל באופן מעשי, יומיומי ומתמשך – תרבות משפטית המגלמת את עקרונות התיאוריה הפוליטית הליברלית, כפי שאלה משוקעים בדוקטרינה של המשפט האנגלו-אמריקאי.

בהמשך לכך, אף שאין ספק שלמן קום המדינה ראה עצמו בית-המשפט העליון, בראש ובראשונה, כאורגן של המדינה הציונית,<sup>3</sup> תרומתו ההיסטורית הגדולה הייתה בהשרשת כמה מערכיו המרכזיים של הליברליזם במדינה ובחברה של ישראל. שופטי בית-המשפט לא עשו זאת בהכרח מתוך החלטה יוזמה ומודעת; הם פשוט עשו כמיטב יכולתם במסגרת התרבות המשפטית שבגדרה פעלו.

בשנות החמישים עמדו הערכים הליברליים של בית-המשפט בסתירה לערכים מרכזיים של התרבות ההגמונית של אותו זמן. על-פי תרבות זו, האזרחים היו אמורים להכפיף את תפיסות הטוב שלהם לתפיסת הטוב של המדינה ולתרום לקידומה. ערך מרכזי בתרבות של שנות החמישים היה "הגשמה", דהיינו, תרומה של תקופת החיים למען הכלל בתחומים כגון התיישבות, ביטחון, קליטת עלייה וכולי, ואפילו, במידת הצורך, "הקרבה" של החיים למען הכלל.<sup>4</sup> בשנות החמישים לא שלטה אפוא בישראל תרבות ליברלית, אלא תרבות קולקטיביסטית, שעל-פיה המדינה ניצבה לפני האזרח בסדר הקדימויות, והאזרח היה אמור לשמש מכשיר בידיה לשם הגשמת מטרותיה.<sup>5</sup>

3 שדן בתהליכים אלה בהרחבה בספרו תולדות המשפט בארץ-ישראל (תשי"ב-תשי"ג). ראו

גם מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 88-91 (2008).

3 גד ברזילי "מי מפקח מבית המשפט העליון" פנים 1, 36, 39-40 (1997).

4 CHARLES S. LIEBMAN & ELIEZER DON-YEHYA, CIVIL RELIGION IN ISRAEL chs. 4, 5

(1983); Daniel Gutwein, *Left and Right Post-Zionism and the Privatization of Israeli*

*Collective Memory*, 20 J. Isr. Hist. 9, 37 (2001); עוז אלמוג הצבר – דיוקן (1997);

אברהם שפירא "דור בארץ ומורשת התרבות היהודית" אתגר הריבונות – יצירה והגות

בעשור הראשון למדינה 167 (מרדכי בר-און עורך, 1999); גדי יציב החברה הסקטוראלית

(1999); עמוס עוז באור התכלת העזה 125-133 (1978); נורית גרין חירבת חיזוה והבוקר

שלמחרת (1984); יונתן שפירא עילית ללא ממשיכים 73-83 (1984).

5 לאפיון התרבות השלטת בשנות החמישים כתרבות קולקטיביסטית ראו אניטה שפירא "בין

יישוב למדינה: הרכיבים שלא עברו" לאומיות ופוליטיקה יהודית פרספקטיבות חדשות

253 (יהודה ריינהרץ, יוסף שלמון ואניטה שפירא עורכים, 1997); פנינה להב ישראל

במשפט שמעון אגרנט והמאה הציונית 134, 169-170 (1999); רונן שמיר "חברה, יהדות

ופנדרמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" עיוני משפט

יט 699, 703 (1995). התפיסה הקולקטיביסטית ששלטה בישראל בשנות החמישים הלכה יד

ביד עם התפיסה שהייתה שלטת באותו זמן באשר למקומם היחסי של המשק הציבורי והמשק

הפרטי במדינה. בשנות החמישים התקיימו בקרב מקבלי ההחלטות בישראל חוסר אמון בשוק

ואמונה במעורבות ממשלתית נרחבת בכלכלה ובקיומו של משק ציבורי רחב-היקף. ראו: Yair

עם זאת, תרבות היא מערכת עשירה בתכנים, אשר לא אחת מתקיימת ביניהם סתירה. כמו־כן, המידה שבה התרבות ההגמונית מצליחה להשליט את תכניה על הכפופים לה אינה אחידה (מה־גם שבכל מצב הגמוני נמצאים גם אזרחים שחיהם עוברים עליהם מחוץ לתרבות ההגמונית; בישראל של שנות החמישים היו אלה החרדים והערבים). אין להתפלא אפוא על כך שבתרבות של שנות החמישים נמצאו גם רכיבים הפוכים מאלה של התרבות ההגמונית הקולקטיביסטית, דהיינו, רכיבים של אינדיווידואליזם, מימוש עצמי, קידום עצמי וכולי.<sup>6</sup> מקומם של ערכים אלה בתרבות הישראלית התגבר מאוד בשנות השישים והשבעים, על־חשבון הערכים המסורתיים – הערכים הקולקטיביסטיים של התרבות. ככל שהתגברו תהליכים אחרונים אלה כן הצטמצם הפער בין הערכים המרכזיים שעמדו ביסוד פסיקתו של בית־המשפט העליון לבין הערכים השליטים בתרבות ההגמונית של המדינה. מכיוון שכך, הכינוי שבהרתי לתקופת שלושים השנים הראשונות בפסיקת בית־המשפט – "תקופת הזרות" – מתאר נכונה את מצבם של בית־המשפט העליון ופסיקתו בשנות החמישים; ככל שאנו מתרחקים משנים אלה ועוברים לשנות השישים והשבעים, אפיון זה הולך ומאבד מתוקפו.

באפיון רחב וכוללני, ניתן לאתר בפסיקה של שלושת העשורים הראשונים שלושה

מאפיינים:<sup>7</sup>

1. תפיסה של ריסון שיפוטי – העותרים לבג"ץ נדרשו להצביע על "זכות עמידה", עתירות נדחו מכיוון שהן נחשבו בלתי־שפיטות, וכאשר פיקה בית־המשפט על החלטותיו של המנהל הציבורי, הוא בדק אם הן התקבלו בגדר סמכותו של המנהל, ולא בחן אותן לגופן.
  2. סגנון הנמקה פורמליסטי – פסיקתו של בית־המשפט התבססה על קריאה צמודה של תקדימי העבר, וההצדקות להכרעות השיפוטיות נשענו על טעמים לשוניים וקונספטואליים.
  3. תפיסה של בית־המשפט את עצמו כמוסד מקצועני, שעיקר תפקידו להכריע בסכסוכים.
- שלושת המאפיינים האלה של הפסיקה אפשרו לבית־המשפט להגיע להישגים גדולים מבחינת השרשתם של ערכי הליברליזם בתרבות הפוליטית של המדינה. בצדק כתב מנחם אלון, בעקבות השימוש במושג "מהפכה חוקתית" במשפט הישראלי בשנות התשעים, כי –

Aharoni, *The Changing Political Economy in Israel*, in 555 ANNALS OF AAPSS 127 (1998).

6 לדיון נרחב ראו אורית רוזין "המאבק על ה'צנע': עקרונות הבית והממשלה" ישראל 1, 81 (2002); אורית רוזין חובת האהבה הקשה (2008).

7 לדיון נרחב ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, פרקים 5, 6; רון חריס "השנים הפורמטיביות" העשור הראשון, תש"ח־תשי"ח 244 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1997); רון חריס "המשפט הישראלי: דרכי התמודדותו עם מתחי יסוד בחברה הישראלית" העשור השני: תשי"ח־תשכ"ח 125 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 2000).

"אם הייתי רואה צורך להשתמש בביטוי מהפכני של מהפכה, הרי כתר המהפכה ראוי הוא שיוכתרו בו האבות המייסדים של בית המשפט העליון. אלה יצרו וביססו עקרונות יסוד של כבוד האדם וחירותו בפסיקה גדולה ונועזת, בחינת יש מאין, מכוח 'אני מאמין' ויצירה מופלאה, ובעקבותיהם המשיכו במלאכת יצירה זו שופטי הדור השני של בית המשפט העליון."<sup>8</sup>

### פרק ב: התקופה השנייה – "תקופת העימות"

בשלושת העשורים האחרונים לפעולתו של בית-המשפט העליון התחוללו בפסיקתו שלושה שינויים גדולים:<sup>9</sup>

1. עלייתו של אקטיביזם גורף – האקטיביזם התבטא בפתיחה נרחבת של שערי בית-המשפט בפני עתירות, באמצעות הרחבתה של דוקטרינת זכות העמידה וצמצומה של דוקטרינת אי-השפיות. כמו-כן פיתח בית-המשפט את מבחן הסבירות כעילה המרכזית לפיקוח על מעשי המנהל הציבורי של המדינה. עילה זו מאפשרת לבית-המשפט לבחון החלטות של המנהל הציבורי לגופן, גם אם על-פי אמות-מידה משפטיות. שיאו של האקטיביזם היה ההלכה שבה נטל לעצמו בית-המשפט את הכוח לפסול חוקים של הכנסת אם ימצא כי תוכנם סותר את הוראות חוקי-היסוד של המדינה.<sup>10</sup>
  2. מעבר מסגנון הנמקה פורמליסטי, הממקם את ההנמקה ברובד הלשוני והקונספטואלי של המשפט, לסגנון הנמקה המבסס הכרעות משפטיות על טעמים ערכיים ועל שיקולים בדבר השלכותיהן של ההכרעות על דרכי חלוקת המשאבים החומריים במדינה.
  3. מעבר מתפיסה של בית-המשפט את עצמו כמוסד מקצועני, שעיקר תפקידו להכריע בסכסוכים, לתפיסה שעל-פיה הוא מוסד פוליטי, הנוטל חלק, לצד הכנסת, בתהליכים שבהם נקבעים הערכים החלים במדינה ומחולקים המשאבים החומריים במדינה. כיצד ניתן להבין את השינויים הנרחבים האלה? המפתח הוא השינוי ההיסטורי הגדול שהתחולל בישראל בסוף שנות השבעים: ירידת ההגמוניה של תנועת העבודה.<sup>11</sup>
- הגמוניה היא מצב שבו קבוצה חברתית מצליחה לשלוט במוסדות הפוליטיים המרכזיים של המדינה, במוסדות המרכזיים של החברה האזרחית, ובעיקר במוסדות אשר מייצרים

8 מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253, 256-257 (1995). ראו גם עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "גרמניותו הנסתרת של בית המשפט העליון בישראל" משפט והיסטוריה 357 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).

9 לדיון נרחב ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, פרקים 5, 6.

10 רע"א 1908/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

11 לדיון נרחב ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, פרק 7.

ומפצים כמדינה תרבות, תרבות פוליטית וזיכרון היסטורי. משנות השלושים עד סוף שנות השבעים התקיים בישראל מצב הגמוני. במרכז ההגמוניה עמדה תנועת העבודה, שעזמה נמנו יהודים שהגיעו לישראל לפני קום המדינה וצאצאיהם. התרבות ההגמונית הושתתה על תפיסה של ישראל כמדינה דמוקרטית וחילונית, המקיימת זיקה תרבותית הדוקה וזיקה כלכלית הדוקה למדינות המערב. כפי שציינתי קודם, בשנות השישים והשבעים התחזק מאוד משקלם של הערכים הליברליים במסגרת התרבות ההגמונית, על-חשבון משקלם של הערכים הקולקטיביסטיים.

מעמדה של הקבוצה ההגמונית נפגע באופן משמעותי החל בסוף שנות השבעים של המאה העשרים. בעשורים שחלפו מאז הצליחו אומנם אנשי הקבוצה להפוך את השוק לזירה מרכזית לחלוקת משאבים חומריים ולהפצת תכנים תרבותיים, תוך שהם צוברים במסגרת פעילותם בשוק הון עתק, אולם במקביל, באותן שנים עצמן, איבדה הקבוצה את שליטתה הקודמת בכנסת, בממשלה ובמנהל הציבורי הכפוף להן. כמו-כן, תפיסתה של הקבוצה באשר לזהותה התרבותית של המדינה אותגרה בעקבות התחזקות הפוליטית והחברתית הניכרת של שתי קבוצות דתיות: הקבוצה הדתית הציונית והקבוצה החרדית. חוגים חשובים בשתי הקבוצות הדתיות האלה החלו מקדמים תפיסה חלופה של המדינה, שעל-פיה יש להשתית את התרבות הישראלית על הציוויליזציה של היהדות וההלכה.<sup>12</sup>

בשנות השמונים והתשעים, אלה הנמנים עם הקבוצה שאני מכנה "ההגמונים-לשעבר הליברלים" צפו בחרדה בהתגברות כוחה של הקבוצה הדתית בפוליטיקה ובמנהל הציבורי של המדינה. בעיתונות ובספרות של קבוצת ההגמונים-לשעבר הליברלים – בעיקר בעיתון הארץ – ניתן למצוא בשנות השמונים, וגם בשנות התשעים, אזהרות חוזרות ונשנות שישראל עומדת להישלט על-ידי "אייטולות", "חומייניזם", "תיאוקרטיה", "שלטון חשוך", "נבערות", "חוסר רציונליות" ו"ריאקציה"; שערכי הליברליזם, ההומניזם, הנאורות, המודרניות, המערב, הקדמה והחופש מועמדים בסכנה; ושישראל עומדת ליהפך ממדינת-חוק למדינת-הלכה, ומנשלטת על-ידי בג"ץ לנשלטת על-ידי רבנים.

אצל ההגמונים-לשעבר הליברלים התעוררה חרדה גם לנוכח עלייתם של חוגים לאומניים – חילוניים ודתיים כאחד – שנדמו בעיניהם כמי שעומדים להפוך את ישראל למדינה אשר בשמם של אינטרסים קולקטיביים תפגע במשטר הדמוקרטי שלה ובזכויות-היסוד של אזרחיה. בעיתונות ובספרות של הקבוצה הופיעו באותן שנים, שוב ושוב, אנלוגיות בין המצב הישראלי לבין מצבן של גרמניה, איטליה וספרד בשנות השלושים, ונשמעו שוב ושוב אזהרות שהדמוקרטיה הישראלית עומדת להתערער, ושישראל עומדת ליהפך ממדינה דמוקרטית ל"מדינה טוטליטרית", ל"מדינה אוטוריטרית", ל"מדינה דיקטטורית" או ל"מדינה פשיסטית".

התהליך של ירידת ההגמוניה ופתיחתו מחדש של המאבק על עיצוב התרבות הישראלית הוא שצריך לעמוד במרכז הבנתנו לגבי השינויים הנרחבים שחלו בפסיקתו של בית-המשפט

12 המאבק התרבותי שהתעורר בישראל בעשורים האחרונים של המאה העשרים הוא גלגול נוסף של המאבק התרבותי המלווה את העם היהודי בתקופת המודרנה, ואת הציונות למן יומה הראשון. ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, פרק 3.

העליון בשנות השמונים והתשעים. ההגמונים-לשעבר הליברלים הפכו את בית-המשפט לזירה חשובה לפעילותם הפוליטית והתרבותית, תוך שהם זוכים בשיתוף-פעולה הדוק מצידו של בית-המשפט. שיתוף-הפעולה נשען על הזהות בין הערכים המרכזיים בתרבותה של הקבוצה ההגמונית-לשעבר לבין הערכים המרכזיים של המשפט שנוצר והופעל על-ידי בית-המשפט למן קום המדינה.

במסגרת שיתוף-פעולה זה, אפשר האקטיביזם של בית-המשפט להגמונים-לשעבר הליברלים להתערב בהחלטות שהתקבלו בממשלה, בכנסת ובמנהל הציבורי – גופים שההגמונים איבדו את שליטתם הקודמת בהם. חשיפת הערכים הליברליים בפסיקה ציידה את ההגמונים-לשעבר הליברלים בטקסטים המגלמים את התיאוריה הפוליטית שלהם, ואילו מיצובו של בית-המשפט כשחקן פוליטי, לצד הכנסת, הפך זאת לטבעי שהחלטות פוליטיות יתקבלו לא רק בכנסת ובממשלה, אלא גם בבית-המשפט העליון – גוף המזוהה בכירור עם ההגמונים-לשעבר הליברלים.<sup>13</sup>

## פרק ג: התקופה השלישית – "תקופת ההכלה"

### 1. מבוא – כיצד בית-המשפט העליון צריך לפעול בעשורים הבאים?

העידן ההגמוני בהיסטוריה של ישראל הסתיים. ישראל עברה למצב בתר-הגמוני, אשר מומשג יותר ויותר כמצב של רב-תרבותיות.<sup>14</sup> מצב חדש זה מחייב איתור של מסגרות חשיבה חדשות גם באשר לדרכי פעולתו של בית-המשפט העליון בעשורים הבאים. דפוסי החשיבה שנוצרו בבית-המשפט בתגובה על התהליך של ירידת ההגמוניה – במה שכינית "תקופת העימות" – אינם מתאימים למצב הצפוי בעשורים הבאים. עלינו להבין כי איננו נמצאים עוד בתקופת המעבר שבין המצב ההגמוני למצב הבתר-הגמוני, אלא במצב שבו הבתר-הגמוניות כבר התבססה ונהפכה לשגרה. עלינו להכיר בגיוון התרבותי של החברה הישראלית, המורכבת משלוש קבוצות תרבותיות גדולות: יהודים חילונים, יהודים דתיים וערבים, אשר כל אחת מהן נחלקת למספר רב של קבוצות-משנה. עלינו לגזור מהרב-תרבותיות של ישראל את המסקנות הנורמטיביות המתחייבות.<sup>15</sup>

על בית-המשפט העליון להבין כי תחושת החרדה בקרב ההגמונים-לשעבר הליברלים

13 בשנים האחרונות, הביקורת העיקרית על בית-המשפט העליון באה דווקא מקרב קבוצת ההגמונים-לשעבר הליברלים. לדיון בתופעה מרתקת זו ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 218-226.

14 למחברים המתייחסים לישראל כאל מדינה רב-תרבותית ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 274-277.

15 לדיון נרחב במסקנות הנורמטיביות ראו שם, פרקים 10, 11.

מפני שינויים באופייה של המדינה בעקבות התגברותן של הדתיות והלאומיות התעמעמה, ועימה הסתיימה ההגנה האוטומטית שבה זכה בית-המשפט מצד קבוצה זו. על בית-המשפט להבין גם כי אין הוא יכול לתפקד עוד באופן שיוצר בקרב קבוצות גדולות בציבור תחושה כי הוא פועל כסוכן של קבוצה חברתית אחת. על בית-המשפט להבין כי המצב שבו הקבוצה היהודית הדתית חשה כלפיו ניכור, ואפילו עוינות, הוא בעייתי. על בית-המשפט לנקוט צעדים שיאפשרו לקבוצה זו "להרגיש בבית" בפסיקתו. דרך חשובה לגרום לכך היא הפעלה נרחבת יותר של המשפט העברי בפסיקתם של בית-המשפט העליון ושל שאר בתי-המשפט של המדינה, תוך ראיית המשפט אשר נוצר ומופעל בבתי-המשפט כאתר חשוב להמשך פיתוחו של המשפט העברי, כחלק מהמשך פיתוחו של משפט המדינה במתכונתו הדמוקרטית-הליברלית.<sup>16</sup>

ראוי לזכור כי רוב אנשי הציונות הדתית מחויבים לא רק להלכה ולציוויליזציה של היהדות, אלא גם למורשת של התרבות המערבית, ובכלל זה לערכי הליברליזם והדמוקרטיה. הם שולחים את בנותיהם ובניהם ללמוד באוניברסיטות, לרבות בפקולטות למשפטים, המלמדות בעיקר את המשפט הליברלי של מדינת-ישראל, בזיקה הדוקה למשפט האנגלו-אמריקאי. רבים מהם עוסקים במקצועות חופשיים; רבים מהם מתעניינים בספרות, בתיאטרון, בקולנוע, במוזיקה, באופרה ובאומנות מערביים וישראליים; ורבים מהם פעילים מאוד ביצירת ספרות, שירה, תיאטרון, קולנוע, טלוויזיה ותקשורת. התנהגותם

16 דרך אחרת היא הכנסת שינוי בדוקטרינת זכות העמידה. סקירה של העתירות שהוגשו לבג"ץ על-ידי חברי-כנסת משנת 1977 ועד שנת 2005 מגלה כי בראש רשימת העותרים עומדים חברי-הכנסת יוסי שריד, רן כהן, אברהם פורז, מוחמד ברכה, אמנון רובינשטיין וחיים אורון, דהיינו, בעיקרו של דבר, חברי-כנסת היכולים להיחשב כנציגים הפוליטיים של קבוצת ההגמונים-לשעבר הליברלים. אכן, חברי-הכנסת יוסי שריד – אחד הדוברים הבולטים ביותר של הקבוצה, ומי שהגיש עתירות לבג"ץ יותר מכל חברי-כנסת אחר – תיאר את התהליך בגילוי-לב במאמר ששמו מעיד על תוכנו: "הכל השלכנו על בג"ץ" הארץ 25.8.2004. סקירת העתירות שהוגשו על-ידי חברי-כנסת מגלה גם כי העתירות שהגישו חברי-הכנסת המזוהים עם ההגמונים-לשעבר הליברלים הוגשו כחלק מפעילותם הפוליטית, דהיינו, בעניינים שלא נגעו בהם באופן אישי. לעומת זאת, עתירות שהוגשו על-ידי חברי-כנסת ממפלגות אחרות, כגון ש"ס, כוונו במקרים רבים נגד החלטות של רשויות השלטון שעמדו לפגוע בחברי-הכנסת העותרים באופן אישי. ראוי לשים לב גם לטיעונם של יואב דותן ומנחם הופנונג, שלפיו סיבה חשובה להגשת עתירות על-ידי חברי-הכנסת הייתה רצונם לזכות בחשיפה תקשורתית, במסגרת המעבר של הפוליטיקה בישראל מפוליטיקה "מפלגתית" לפוליטיקה "אישית". ראו: Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Legal Defeats – Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?* 38 COMP. POL. STUD. 75 (2005). אכן, לעתירותיהם של חברי-הכנסת נלוותה בדרך-כלל חשיפה תקשורתית נרחבת. אני סבור שהזיהוי בין בית-המשפט העליון לבין חברי-הכנסת המייצגים את קבוצת ההגמונים-לשעבר הליברלים מזיק לבית-המשפט. לפיכך אני סבור כי על בית-המשפט להכניס שינוי בדוקטרינת זכות העמידה, באופן שחברי-כנסת לא יוכלו להגיש עתירה לבג"ץ בעניין המהווה חלק מפעילותו הפוליטית. לא למותר לציין כי יש לשמר את זכותם של חברי-הכנסת להגיש עתירות נגד החלטות של רשויות השלטון הפוגעות בהם באופן אישי.



הפוליטית דומה לזו של החילונים, ונבדלת מזו של החרדים – הם אינם מכפיפים את עצמם לציוניים של "דעת תורה" או של "מועצת חכמים". מחברים הנמנים עם הקבוצה מציגים את עצמם כמי שזהותם מכוננת באופן עמוק הן על-ידי המסורת וההלכה היהודיות והן על-ידי התרבות המערבית, וכמי שמחויבים באופן עמוק לדמוקרטיה. הם עוסקים באופן נרחב בשאלת היקף תחולתה של ההלכה בחייו של היהודי הדתי, בשאלת מעמדה של ההלכה בחיי המדינה ובשאלת היחס שבין ההלכה והדמוקרטיה.<sup>17</sup> יתר על כן, בשנים האחרונות מתקיים בקבוצה זו דיון ער וגלוי בתופעת ההומוסקסואליות, קיימת בקבוצה תופעה של מגורים יחד לפני הנישואים, קיימת תופעה של חד-הוריות, מתקיים דיון בפגעים של נישואי-בוסר, ופסיכולוגים תופסים את מקומם של רבנים כיועצים לענייני זוגיות ומשפחה.

עם זאת, במקביל, למן שנות השמונים מתגברת בקרב הציונות הדתית תופעת ההתחרדות. הדבר בא לידי ביטוי באימוץ פרקטיקות התנהגות ועמדות הלקוחות מהקבוצה החרדית (אשר משתמשת בכל הטכנולוגיה המערבית אך אינה מוכנה לייחס ערך כלשהו לתוצרי הרוח של המערב). דומה שהציונות הדתית נקרעת בין שני קטבים מנוגדים. אם תגבר ההשפעה החרדית על הציונות הדתית, ייחלש מעמדו של הליברליזם בישראל, אולי ללא תקנה. לעומת זאת, אם תחבור הציונות הדתית להגמונים-לשעבר הליברלים, ישרוד הליברליזם בישראל, ואף יתחזק.

כאמור, אחת הדרכים להקטנת הניכור בין הציונות הדתית לבין בית-המשפט העליון היא הפעלה נרחבת יותר של המשפט העברי בפסיקת בית-המשפט. אולם, כפי שאראה בהמשך, קיימים גם טעמים עקרוניים התומכים במהלך של הרחבת השימוש במשפט העברי בפסיקה, בלא קשר לשאלת היחסים שבין בית-המשפט לבין היהודים הדתיים החיים במדינה. עם זאת, עלינו להביט נכוחה במצב הרב-תרבותי של ישראל: מאפיין חשוב של מצב זה הוא שתגבור מעמדם של הרכיבים היהודיים בתרבות ובמשפט של המדינה עשוי להיתמך על-ידי יהודים דתיים, אך בה-במידה הוא עלול להיתפס על-ידי האזרחים הערבים כפוגע בהם. לעומת זאת, החלשת מעמדם של הרכיבים היהודיים בתרבות ובמשפט של המדינה עשויה להיתמך על-ידי האזרחים הערבים, אך בה-במידה היא עלולה להיתפס על-ידי יהודים דתיים כפוגעת בהם. זהו ה"משחק סכום אפס" של המצב הרב-תרבותי של ישראל.<sup>18</sup> תיקון מסוים לפגיעה באזרחים הערבים בעקבות תגבור מעמדם של הרכיבים היהודיים בתרבות ובמשפט של המדינה יכול להימצא בדרך של נקיטת שורה של צעדים (אשר למעשה יש לנקוט אותם בכל מקרה, קרי, באופן עצמאי ובלי קשר למידה שבה יתוגבר מעמדם של הרכיבים היהודיים בתרבות ובמשפט של המדינה):<sup>19</sup> ביטול הפלייתם של האזרחים הערבים בהקצאת משאבי המדינה; שילובם בחברה האזרחית היהודית; שילוב

17 לדיון נרחב ראו מנחם מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות?" עיוני משפט כו 887 (2003).

18 נחשוב על שתי דוגמות-קצה: הפיכת ישראל ל"מדינה יהודית" תיתמך על-ידי יהודים דתיים אך תיתפס כפוגעת באזרחים הערבים; ואילו הפיכת ישראל ל"מדינת כל אזרחיה" תיתמך על-ידי האזרחים הערבים אך תיחשב כפוגעת ביהודים דתיים (ולא רק בהם, כמובן).

19 לדיון נרחב ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, פרק 10.

מוגבר של נציגיהם הפוליטיים בתהליכי קבלת ההחלטות במערכת הפוליטית; שינוי הגדרת המדינה ושינוי הימנון המדינה באופנים שיינתנו ביטוי לעובדה שכחמישית מאזרחי המדינה נמנים עם המיעוט הלאומי הערבי; חיווק של רכיב הישראליות בזהות המדינה ובהות אורחיה לצד רכיב היהודיות בזהותם של המדינה ושל רוב אזרחיה (הישראליות, בניגוד ליהודיות או לערביות, היא רכיב זהות "מכליל", אשר יכול להכיל אזרחים יהודים ואזרחים ערבים כאחד); והפצה של "המידות הטובות של הרב-תרבותיות" בקרב כל אזרחי המדינה (בעיקר סובלנות, כבוד לאָר ולתרבותו, הכרה בעושר התרבותי היכול לצמוח מהמפגש הבין-תרבותי, והבנת הסכנות הכרוכות במפגש הבין-תרבותי). "הכלה" של יהודים דתיים על-ידי בית-המשפט העליון צריכה להיות מלווה על-ידי הכלה מקבילה של האזרחים הערבים על-ידי מוסדות המדינה והחברה האזרחית של ישראל, גם אם דרך ההכלה בכל אחד מהמקרים עשויה להיות שונה.

עלינו להבין את המשמעות הקשה של הדרת בני-אדם וקבוצות. יעקב טלמון רואה בהדרה מפתח לצמיחת הלאומיות;<sup>20</sup> תומס מאן, בספרו טוניו קרגר, רואה בה מפתח ליצירתיות האומנותית;<sup>21</sup> ואילו אצל דוסטויבסקי, בספרו הכפיל, ההדרה מובילה לשיגעון.<sup>22</sup> אם להשתמש בדוגמות קרובות יותר אלינו, ההדרה עומדת בשורש צמיחתה של הציונות וכן בשורשן של כמה מההתפתחויות החשובות ביותר בתולדות מדינת-ישראל – התהוות "גוש אמונים", "המהפך" של 1977 ועלייתה של תנועת ש"ס.

### הפעלת המשפט העברי – "ציווי האקספרסיביות"

המדינה הרב-תרבותית צריכה להתור לכך שלא יתקיים בה מצב שבו ההסדרים הנורמטיביים שהיא מקדמת משקפים באופן מתמשך את התפיסות הנורמטיביות של חלק בלבד מן הקבוצות התרבותיות העיקריות החיות בה. בניסוח אחר, המדינה הרב-תרבותית צריכה להתור לכך שלא תמצא קבוצה תרבותית חשובה אשר באופן מתמשך התפיסות הנורמטיביות הייחודיות לה אינן באות לידי ביטוי בהסדרי המדינה. אני מכנה ציווי זה "ציווי האקספרסיביות".<sup>23</sup> אזרחים אשר לאורך זמן אינם מסוגלים לאתר את תפיסותיהם הנורמטיביות הייחודיות במשפט המדינה שלהם יחשו ניכור כלפי מדינתם. במקרים קיצוניים אזרחים כאלה עשויים לנקוט אמצעים – אולי אפילו אלימים – לשינוי המשטר של המדינה.

20 יעקב טלמון "ההתעוררות הלאומית" חידת ההווה ועורמת ההיסטוריה 68, 69 (דוד אוחנה עורך, 2000).

21 תומאס מאן טוניו קרגר (י' ליכטנבוים מתרגם, 1973).

22 פיודור מיכאילוביץ דוסטויבסקי הכפיל (דינה מרקון מתרגמת, 2008). אריך אוארבך מציג את שיילוק, גיבור "הסוחר מוונציה", כ"מנודה". ראו אריך אוארבך מימיזיס – התגלמות המציאות בספרות המערב פרק 13 (ברוך קרוא מתרגם, 1983).

23 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 332–342.

**(א) ציווי האקספרסיביות ויהודים דתיים**

כאשר מדובר ביהודים דתיים, ראוי לזכור שחלק מהתכנים התרבותיים שבגדרם הם חיים (במינונים משתנים) הינם תוכני התרבות הישראלית (לרבות תוכני הלאומיות היהודית) ותוכני התרבות המערבית, קרי, אותם תכנים המהווים מקורות מרכזיים לקביעת ההסדרים הנורמטיביים של משפט המדינה בכלל ושל המשפט אשר נוצר ומופעל בבתי-המשפט בפרט. כאשר מדובר אפוא בתכנים אלה, ציווי האקספרסיביות מתקיים בכל הנוגע בזיקתם של היהודים הדתיים למשפט המדינה.

מאידך גיסא, בכל הנוגע בתכנים הנורמטיביים הייחודיים ליהודים דתיים – קרי, תוכני המשפט העברי – ברור שציווי האקספרסיביות אינו מתקיים במשפט אשר נוצר ומופעל על-ידי בתי-המשפט (או אינו מתקיים במידה מספקת). מציווי האקספרסיביות מתחייב אפוא שבעשורים הבאים יפעילו בתי-המשפט העליון ושאר בתי-המשפט של המדינה את המשפט העברי באופן נרחב בהרבה מכפי שנעשה בשישים שנותיה הראשונות של המדינה. מימושו של חזון נורמטיבי זה אין פירושו בהכרח הפיכת ההלכה למקור משפטי מחייב בפסיקתם של בתי-המשפט. כל שהוא מחייב הוא שהשופטים ישלטו באופן נרחב יותר בתוכני המשפט העברי, ושתכנים אלה יהוו מקור השראה ומקור השוואה חשובים במסגרת הפעלת המשפט על-ידי בתי-המשפט.<sup>24</sup>

**(ב) ציווי האקספרסיביות והאזרחים הערבים**

הדיון בשאלת הקשר שבין ציווי האקספרסיביות לבין היהודים הדתיים החיים במדינה מעורר את השאלה באיזו מידה ציווי זה יכול וצריך להתקיים גם ביחס לאזרחיה הערבים של המדינה. חלק מתוכני התרבות שבתוכה חיים האזרחים הערבים הם תכנים של התרבות הישראלית, ואחרים לקוחים מהתרבות המערבית. תכנים תרבותיים אלה מהווים מקור לקביעת חלק משמעותי מההסדרים הנורמטיביים של משפט המדינה, לרבות המשפט אשר נוצר ומופעל בבתי-המשפט. כאשר מדובר אפוא בתכנים תרבותיים כאלה, ציווי האקספרסיביות מתקיים בכל הנוגע בזיקתם של האזרחים הערבים למשפט המדינה.

אבל האזרחים הערבים משתייכים גם ללאום הערבי, וכן לדת המוסלמית או לדת הנוצרית, והתכנים התרבותיים הייחודיים האלה אינם באים לידי ביטוי במשפט המדינה. סיבה אחת לכך היא מעמדם השולי של האזרחים הערבים בפוליטיקה הישראלית והעובדה שהם חיים בחברה אזרחית אשר נבדלת במידה רבה מהחברה האזרחית של האזרחים היהודים. סיבה נוספת – הסיבה העיקרית – היא שהערבים מהווים מיעוט לאומי ומיעוטים דתיים במדינה שהיא מדינת-הלאום של העם היהודי. מכיוון שכך, קשה לראות כיצד ניתן ליצור מצב שבו התרבות הלאומית והתרבויות הדתיות הייחודיות שלהם יזכו באקספרסיביות

24 לגישה דומה ראו רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631, 676-677 (1995); חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" משפט והיסטוריה 165 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999); ידידיה צ' שטרן מדינה, משפט והלכה – ד. מה יהודי במשפט הישראלי נייר-עמדה מס' 65 (2006).

משמעותית במשפט המדינה.<sup>25</sup> מה שהאזרחים הערבים יכולים לצפות לו הוא שתפיסותיהם הנורמטיביות הייחודיות ימומשו בעיקר ברמה התת-מדינית (ברשויות מוניציפליות, בקהילות תרבותיות ובהתאגדויות).<sup>26</sup>

עם זאת, החל בשנת 2004 מכהן בבית-המשפט העליון, במינוי קבוע, שופט ערבי, וניתן להניח שמכאן ואילך יכהן בכל עת שופט ערבי אחד לפחות בבית-המשפט העליון. ניתן לשער ששופט זה יחדיר אל פסיקותיו את הפרספקטיבה הייחודית של הקבוצה הלאומית והדתית שהוא משתייך אליה. אם כך אכן יקרה, כפי-אז המסורת הליברלית של בית-המשפט תועשר בפרספקטיבה נוספת, ונוסף על כך יוכלו האזרחים הערבים למצוא ביטוי כלשהו לתפיסותיהם הנורמטיביות הייחודיות בפסיקותיו של בית-המשפט העליון. גם בבתי-המשפט האחרים מכהנים שופטים ערבים, וגם הם יכולים לתת ביטוי בפסיקותיהם לפרספקטיבות הייחודיות להם – הלאומיות והדתיות כאחד.

### 3. הפעלת המשפט העברי – חזרה לעמדותיה של התנועה להחייאת המשפט העברי

שאלת הזהות התרבותית של המשפט הישראלי נידונה לאורך כל המאה העשרים. משנות העשרים ועד סוף שנות הארבעים של המאה פעלו אנשי התנועה להחייאת המשפט העברי להפיכת המשפט הישראלי לזירה להחייאת המשפט העברי, כחלק מהתחייה הלאומית של העם היהודי. זאת, ברוח האסכולה ההיסטורית של המשפט וברוחה של גישת התחייה התרבותית בציונות (שדוברה המובהק ביותר היה אחד העם). מפעלה של התנועה להחייאת המשפט העברי נכשלה: בעקבות תהליכי האנגליזציה הנרחבים שעבר המשפט של ארץ-ישראל בתקופת המנדט, התפתח משפט המדינה מתוך זיקה הדוקה למשפט האנגלו-אמריקאי, תוך שמירה על זיקה מועטה בלבד למשפט העברי.

לאורך כל שנות קיומו של משפט המדינה ניצב אומנם המשפט העברי בשוליים, כמציע אפשרות תרבותית חלופית, ומפעם לפעם אף נשמעו קולות שקראו לתת לו מעמד מרכזי במשפט המדינה. אולם לקולות אלה, שבאו בעיקר מהחוגים הדתיים, הייתה השפעה מועטה בלבד על התפתחות המשפט. במשך שנים רבות נראתה שאלת הזהות התרבותית של המשפט הישראלי כמי שהוכרעה ללא עוררין: המשפט הישראלי פעל והתפתח כחלק מהמשפט האנגלו-אמריקאי.

אולם שאלת הזהות התרבותית של המשפט הישראלי התעוררה בכל-זאת מחדש בעקבות חקיקה של הכנסת – חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ושני חוקי-היסוד של 1992. הצירוף "מורשת ישראל" המופיע בחוק יסודות המשפט והצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית" המופיע בשני חוקי-היסוד עוררו באחת את שאלת מקומו של המשפט העברי בהמשך התפתחותו של משפט המדינה. באותן שנים עצמן, שנות השמונים והתשעים,

25 לעמדה דומה ראו גביוון, שם, בעמ' 674.

26 על "עקרון הביזור" ועל מקומו החשוב במדינה רב-תרבותית ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 320-331.

בעקבות ירידת ההגמוניה התרבותית של תנועת העבודה, התעוררה מחדש גם שאלת זהותה של התרבות הישראלית בכללותה. לאחר כשלושה עשורים שבהם נראָה כי אופייה המערבי של ישראל נקבע ללא עוררין, ניצרה האפשרות של קשירת התרבות הישראלית באופן הדוק להלכה ולציוויליזציה של היהדות.

בעקבות חקיקת חוק יסודות המשפט ושני חוקי-היסוד של 1992 ניהלו השופטים ברק ואלון ויכוח בן "שני סיבובים" בשאלת מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה. העובדה שהוויכוח התנהל באותן שנים עצמן שבהן התעוררה מחדש שאלת זהותה של התרבות הישראלית בכללותה השפיעה על האופן שבו התנהל הוויכוח. שני השופטים נקטו עמדות מרחיקות-לכת, ונראָה כי כל אחד מהם מנסה להקנות לעמדתו תחולה נרחבת ככל האפשר ותחולה צרה ככל האפשר לעמדה האחרת.

כיום – דור אחד לאחר ששאלת זהותה של התרבות הישראלית התעוררה במלוא עוזו, ולאחר שהתפוגגה מעט החרדה שתקפה את הקבוצה שאני מכנה "ההגמונים-לשעבר הליברלים" – אפשר לנהל את הדיון בצורה רגועה יותר ומתוך פתיחות רבה יותר. העובדה שקבוצות חברתיות משמעותיות מבקשות זה שנות דור לחזק את מקומם של ההלכה ותוכני הציוויליזציה של היהדות בתרבות הישראלית מחייבת דיון מחדש גם בשאלת מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה.

ראוי לשים לב לכך שבמקביל קיימת פעילות ערה גם בקרב יהודים חילונים בישראל לתגבור מעמדם של התכנים היהודיים ההיסטוריים בתרבות המדינה ובחיים האישיים. זאת, ברוח גישתו של אחד העם, שתפס את הציונות כתנועה להחייאת התרבות היהודית המסורתית, תוך המרתה מדתיות ללאומיות. במילים אחרות, הקריאה לחיזוק מעמדם של ההלכה ותוכני הציוויליזציה של היהדות בתרבות הישראלית אינה מוגבלת רק לחוגיהם של היהודים הדתיים; גם חילונים לא-מעטים שותפים לה, אף שאלה, כאמור, תופסים את ההלכה ואת הציוויליזציה היהודית כמושגים תרבותיים, ולא כמושגים דתיים.<sup>27</sup>

אני מציע אפוא שקהילת המשפטנים של ישראל תדון מחדש במצעה של התנועה להחייאת המשפט העברי. כשלעצמי, אני סבור שעיקריו של מצע זה ראויים לאימוץ. מדינת-ישראל צריכה לשמש לא רק "מקלט-לילה" ליהודים, אלא גם – ואולי בעיקר – מסגרת למוסדות מדינה ולמוסדות של חברה אזרחית שיפעלו להמשך פיתוחן של התרבויות היהודיות (הדתיות והחילוניות כאחד). מוסדות המדינה המופקדים על המשפט צריכים לעסוק אפוא בפיתוח המשפט העברי – היצירה המשפטית ההיסטורית של העם היהודי – כחלק מהמשך פיתוחו של משפט המדינה במתכונתו הדמוקרטית-הליברלית הנוכחית. זאת, על-ידי שימוש בתובנות הלקוחות מהמשפט העברי כמקור השראה לצורך הכרעותיהם של בתי-המשפט – פרטיקה אשר מקובלת בקרב שופטים דתיים המכהנים בבית-המשפט העליון ובשאר בתי-המשפט של המדינה.

השיקול העיקרי שיש להביא בחשבון נגד מהלך כזה הוא שכחמישית מאזרחי המדינה הם ערבים.<sup>28</sup> לשיקול זה צריך להינתן משקל נגד ההצעה להפיכת המשפט הישראלי לאתר של

27 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 17; מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 61-62.

28 משה זילברג התייחס לנקודה זו במאמר שפרסם בשנת 1938. זילברג כתב כי עובדת קיומה של אוכלוסייה ערבית במדינה היהודית תיצור קושי מוסרי בהפיכת ההלכה למשפט המדינה. משה

החייאת המשפט העברי. עם זאת, בנקודה זו ניתן להציע את שיקולי-הנגד שלהלן:  
ראשית, הערבים הם מיעוט לאומי במדינה שיש בה התגלויות רבות של החייאת התרבות  
הלאומית היהודית. לפיכך הכפפתם למשפט שישמש אף הוא אתר להחייאת תרבות זו לא  
תהיה חוויה יוצאת-דופן מבחינתם.

שנית, הימנעות מהפיכת המשפט הישראלי לאתר להחייאת המשפט העברי רק משום  
שבמדינה חי מיעוט לאומי ערבי פירושה מתן זכות וטו למיעוט על המידה שבה יוכל הרוב  
במדינה לממש את לאומיותו. אין הצדקה לקיומה של זכות וטו כזו. אולם כנגד זה מתעוררת  
השאלה אם הרוב אינו צריך להגביל את המידה שבה הוא פועל למימוש לאומיותו, מתוך  
התחשבות באזרחי המדינה שאינם נמנים עם קבוצת הרוב.

שלישית, ראוי לשים לב כי בתחום המשפחה אזרחי המדינה אינם מוכפפים למשפט  
מדינתי אחר, אלא למשפט של העדות הדתיות השונות שהם משתייכים אליהן. משמע,  
בתחום בעל חשיבות רבה במיוחד לגבי כל אדם, המדינה מאפשרת לאזרחיה לחיות במסגרת  
משפט שאמור להיות חלק מתרבותם הייחודית. מנקודת-ראותם של האזרחים הערבים,  
הבעייתיות שבהפיכת המשפט הישראלי לאתר של החייאת המשפט העברי היא אפוא חלקית  
- היא מתעוררת רק בנוגע למשפט האזרחי ולמשפט הפלילי.

רביעית, כפי שכבר הוזכר, זה שנים אחדות שבכית-המשפט העליון מכהן שופט ערבי,  
וניתן להניח כי מכאן ואילך ימשיך לכהן בו שופט ערבי. נוסף על כך, בבתי-המשפט  
האחרים של המדינה מכהנים עשרות רבות של שופטים ערבים. במצב זה, כשם שהשופטים  
היהודים של בתי-המשפט יפעילו את המשפט העברי, יוכלו גם השופטים הערבים של  
בית-המשפט העליון ושאר בתי-המשפט להביא בפסיקותיהם תובנות הלקוחות מהמשפט  
המוסלמי ומהמשפט הנוצרי (הפעלת משפט משווה, בדרך של הבאת תובנות משיטות  
משפט רבות, אשר לא אחת רחוקות משיטת המשפט הנוהגת בארץ, היא פרקטיקה מקובלת  
בפסיקתם של בתי-המשפט של ישראל). בכך יינתן ביטוי בפסיקתם של בתי-המשפט של  
ישראל גם לעולם הנורמטיבי הייחודי שבגדרו חיים רוב אזרחיה הערבים של המדינה.

אולם אין ספק שאנו נתקלים כאן במה שכיניתי קודם לכן ה"משחק סכום אפס" של  
המצב הרב-תרבותי של ישראל: פעולה לחיזוק מעמדם של רכיבים יהודיים בתרבות  
ובמשפט של המדינה עלולה לפגוע באזרחים הערבים, אך הימנעות מכך עלולה לפגוע  
ביהודים דתיים.

---

זילברג "באין כאחד - אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט" כתבי משה זילברג (צבי  
טרלו ומאיר חובב עורכים, 1998). נקודה זו הועלתה גם על-ידי רות גביוון בעקבות חקיקתו  
של חוק יסודות המשפט. לדבריה, מכיוון שבישראל חיים שני לאומים, "לא צריכה המערכת  
המשפטית, הנשענת על הכוח המופעל על ידי המדינה שכל האנשים האלה הם אזרחיה, לאמץ  
באופן בלעדי עקרונות של דת או מורשת לאומית של חלק מן האוכלוסייה". גביוון טענה  
כי חוק יסודות המשפט מגביר את תחושת חוסר השוויון של אזרחי המדינה הערבים, משום  
שהוא מתעד את הזהות הלאומית-היהודית של המדינה. ראו רות גביוון "מבוא" זכויות אזרח  
בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן 9, 33-34 (רות גביוון עורכת, 1982).