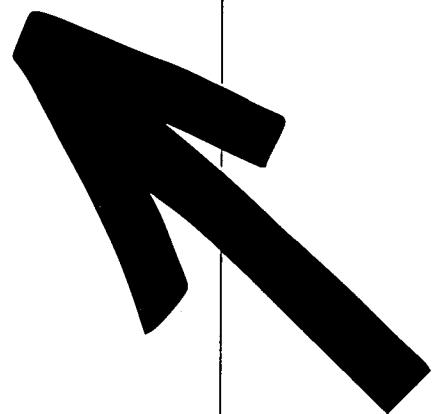


# **בין שלוש רשות מאנן זכויות האזרח בענייני דת בישראל**

**שמעון שטרית**



**מכון פלורסה היימר למחקרים מדיניות**

**מכון פלורסהיימר למחקרים מדיניות**

**בין שלוש רשויות**

**מאזן זכויות האזרח בענייני דת בישראל**

**משמעותו שטרית**

**ירושלים, נובמבר 1998**

**THE FLOERSHEIMER INSTITUTE FOR POLICY STUDIES**

**Between Three Branches of Government  
The Balance of Rights in Matters of Religion in Israel**

**Shimon Shetreet**

הדברים המובאים בפרסום זה הם על דעת המחבר בלבד

עריכת לשון : שרה חסן  
עורכת אחורית : שונמיה קריין  
הכנה לדפוס : זהבה דזון  
הדפסה : דפוס אחווה בע"מ

© 1998 מכון פלורטהיימר למחקרים מדיניות בע"מ  
רחוב דיסקין 9 א', ירושלים 96440 טל' 02-5666243 פקס :  
e-mail: floerins@internet-zahav.net

ISSN 0792-6251

## **על המחבר**

פרופ' שמעון שטרית הוא מרצה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ובעל תואר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו. פרופ' שטרית עוסק בתחום המשפט הציבורי והמערכת השיפוטית. הוא מילא תפקידים מקצועיים וציבוריים רבים וכיום בכנסת ובממשלה.

## **על המחבר**

המחקר מנטח את AMAZON ההגנה על זכויות האזרח בענייני דת. הוא מתייחס לשולש רשותות השלטון: הרשות המחוקקת, הרשות השופטת והרשות המבצעת. מן הניתוח משתקפת תרומה חיובית של הרשות השופטת ותרומה חיובית פחותה של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת.

חקיקת הכנסת צמצמה לרוב את זכויות האזרח בענייני זה, הן בחקיקה יזומה של הכנסת וחן בתגובה לפסיקה של בתיה המשפט. ואולם חל שינוי בPGA שלילית זו והוא ניכר בעיקר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, שנחקקו ב-1992, וכן בחוק הקבורה האזרחי החלופית, התשנ"ו-1996.

הרשות המבצעת תרמה אף היא תרומה שלילית לAMAZON זכויות האזרח בענייני דת בתקופתנו של רוב ממשלה ישראלי.

מבין שלוש הרשותות בולט בית המשפט העליון בתרומתו החיובית במשך שנים ארוכות לשיפור זכויות האזרח בענייני דת. פסיקתו היא תוצאה של תהליך חברתי, המונה את דפוסי ההתנהגות הציבורית בתחוםים שונים.

## **על מכון פלורסתהיימר למחקרים מדיניות**

בשנים האחרונות גוברת בישראל המודעות לחשיבותו של מחקר המכון לסוגיות של מדיניות. ד"ר סטיבן ה' פלורסתהיימר יוסם את יסודותיו של מכון שיתרכז בסוגיות-מדיניות ארוכות טווח. מטרתו הבסיסית של המכון היא לחקור תהליכיים יסודיים שייעסקו את קובעי המדיניות בעtid, לנתח את המגמות ואת ההשלכות ארוכות הטווח של תהליכיים אלה ולהציג לקובעי המדיניות חלופות של מדיניות ואסטרטגיה.

חברי הוועד המנהל של המכון הם: ד"ר סטיבן ה' פלורסתהיימר (יו"ר), עו"ד י' עמיhow בן-פורת (сан יו"ר), מר דוד ברוחט, לשעבר מנכ"ל משרד האוצר, ומר הייש גוזמן, העורך-מייסד של היגיוסלם ריפורט' וсан נשייא של היגיוסלם פוסטי. ראש המכון הוא פרופ' עמירם גונן, מן המכלה לאוגרפיה באוניברסיטה העברית בירושלים.

**מכון פולורטהיימר למחקרים מדיניות**  
**רשימת פרסומים בתכנית המחקרים על דת, חברה ומדינה**

1. **המאבק על צביונה התרבותי של ירושלים**  
שלמה חסון, 1996

2. **הפוליטיקה של ההסדרה: יישוב סכטומים בנושאי דת בישראל**  
אליעזר דון-ייחיא, 1997

3. **המתח התרבותי בין יהודים מירושלים**  
שלמה חסון ועמרם גון, 1997

4. **דת וdemokratia בישראל**  
בנימין נויברג, 1997

5. **מנהיג וმמשל בעיר חרדיות**  
יוסף שלחוב, 1997

6. **מערכת החינוך החרדי: תקצוב, פיקוח ובקרה**  
ורדה שיפר, 1998

7. **בין שלוש רשויות: מאزن זכויות האזרח בענייני דת בישראל**  
שמעון טרורית, 1998

## **תוכן העניינים**

7	<b> מבוא</b>
9	<b> פרק ראשון: מאzn ההגנה על זכויות בענייני דת</b>
9	1. הזכות למשואין
11	2. פסולין חיתון
12	3. שירותי
14	4. קבורה אורתודוקסית
15	5. הזכות לגירושין
19	6. גיור
21	7. גבולות סמכוותיה של המערכת הדתית היהודית במדינת ישראל
21	(א) מעמד הרבנות הראשית
21	(ב) מעמד הדייניסטים
22	(ג) מעמד בתי הדין הרבוניים
24	8. שבת
24	(א) פתיחת עסקים בשבת
25	(ב) תחבורה ותחנות דלק בשבת
25	(ג) טלויזיה בשבת
26	(ד) טיגרת וחובות בשבת
27	9. מעמדן של נשים בגופים ציבוריים הנוגעים לענייני דת
28	10. מעמדם של הלא-אורתודוקסים בגופים ציבוריים הנוגעים לענייני דת
30	<b> פרק שני: זפости הפעולות השלטונית והשפעתם על זכויות האזרח בענייני דת - הערבה</b>
30	1. דפוס הפעולות השלטונית של הכנסת: حقיקה
32	2. השפעת הפסיקה על זכויות האזרח בענייני דת
33	3. דפוס הפעולות השלטונית של הרשות המבצעת: ביצוע ואכיפת פסיקה
36	<b> פרק שלישי: זרבי התמודדות עם זפости פעילות שלטונית הפוגעת בזכויות האזרח בענייני דת</b>
36	1. ההתמודדות במישור החוקתי
39	2. מדיה דמוקרטיבית יהודית-מסורתית
47	3. התמודדות במישור המשפטיאלי להגנת היחיד מפני אי-אכיפת פסיקה
47	(א) קציבת זמן לביצוע פסיקת בתי המשפט
48	(ב) ציבוריות חזות ל佗בת האזרח במרקחה של עיכוב, של הימנעות או של סרבנות באכיפת פסיקה
48	(ד) הייקות ל佗פות ביוזן בית המשפט נגד וושא משורה ממונים ונבחרים
52	(ה) הפסיקת תוקףם של מוסדות המשפטיאליים לשכב חברים על-פי פסיקת בתי המשפט
52	(ו) ביצוע עצמי
53	(ז) ביצוע על-ידי גורם אחר
54	<b> סיכום</b>
58	<b> מקורות</b>

## מבוא

בחינה של דפוסי הפעולות השלטונית של שלוש הרשותות: חקיקה של הרשות המחוקקת, פסיקה של הרשות השופטת, וביצוע ואכיפה של הרשות המבצעת, לרבות מינהל, ביוווקרטיה, ומדיניות, מורה על תרומה שלילית יחסית של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת ועל תרומה חיובית של הרשות השופטת במגוון רחב של נושאים. זו היא המשקנה העולה מביקורת דפוסי הפעולות השלטונית ביחס לנושאים הנוגעים לענייני דת, וביניהם: שבת, כשרות, קבורה, נישואין וגורושים ומעודם של לא אורתודוכסים.

חקיקת הכנסת צמצמה את זכויות האזרח בענייני דת בשורה ארוכה של נושאים הן בחקיקה יזומה של הכנסת והן בתגובה לפסיקה של בתי המשפט. לאחרונה ניכר שינוי במגמה באמצעות חוקים מס' 1, שהבולטים ביניהם הם: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, (1992) וכן חוק הקברורה האזרוחית החלופית תשנ"ו-1996. חוקי היסוד החדשים מהווים מפנה טוזי בהגנה על זכויות האזרח בישראל ויש להם השלוות נבדות משקל על ההגנה על זכויות האזרח גם בענייני דת. אמנם הזכות לחופש הדת והמצוון לא נמנתה במפורש בחוקי היסוד, אך עדמת הפסיקה והמלומדים היא כי בזכות זו, כמו זכויות אחרות, נכלגת בכבוד האדם ומתוקף זה מוגנת על-ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

גם הרשות המבצעת תרומה שלילית למאזן זכויות האזרח בענייני דת ברוב תקופות הכהונה של ממשלה ישראל, למעט תקופות קצרות וחירוגות. גישתה של הרשות המבצעת מתבטאת בовичוק ובקביעות מדיניות. לעיתים, בהשפעת האקלים החברתי והפוליטי, נוקטת הרשות המבצעת במדיניות אי-אכיפה, המיטיבה עם זכויות האזרח בענייני דת, למשל, בסוגיות סגירות עסקים בשבת, אם כי לאחרונה חלה נסיגה מסוימת בתחום זה. ואולם התופעה הבולטת היא של סיור לביצית לפסיקת בתי המשפט המיטיבה עם האזרחים בענייני דת. סרבנות זו, שאינה מכירה בעליונות מערכת המשפט הכללית, קיימת במערכות השיפוט הדתי וגם בקרב רשותות המדינה, הנשלטות על-ידי ממשד דתי-פוליטי. תופעה זו אינה ייחודה רק לפסקי דין של בית המשפט בענייני דת, אולם בהקשרים אחרים היא אינה משקפת מגמה מתמדת בכוונת מכוון, כפי שהדבר מצטיר בסוגיות הנוגעות לענייני דת.

הרשות המחוקקת והרשות המבצעת השפיעו, בעיקרו של דבר, באופן שלילי על זכויות האזרח בענייני דת. שונה המצב בראשות השופטת ובעיקר לגבי בית משפט העליון. בין שלוש רשותות השלטון בולט בבית המשפט העליון בתורומתו החיובית במשך שנים ארוכות לשיפור זכויות האזרח בענייני דת. פסיקתו היא תוצאה של תהליך חברתי, המשנה את דפוסי ההתנהלות הציבורית בתחוםים שונים. בעקבות השינויים החברתיים הוגש תביעות ועתרות לבית המשפט העליון, וזה

נענה להן, וננתן גושנקא שיפוטית להתפתחויות שייפורו את זכויות האזרח. כך, למשל, פסקו בתאי המשפט כי הטלויזיה הכללית תופעל בשבתו, נסלח חוק עוז שאשר על הקרנת סרטים שבתאי, הוכרה הזכות לקבורה חילונית שנים לפני שהכנסת עיננה זכות זו בחוק, הוכרו נישואין של תושבי הארץ בחו"ל, והוכר גיר לא אורתודוכסי בחו"ל על-ידי בית המשפט העליון. אלו רק מקרים הדוגמאות של פסיקת בית המשפט העליון המשפרת את זכויות האזרח בענייני דת.

תהליך שייפור זכויות האזרח באמצעות השפיטה היה הדרמטי. ראשיתו בהתפתחויות חברותיות, ואחריתו בעתרויות ובתביעות בבית המשפט, שבקבותיהם נפלקו הלות המעניקות הגנה לזכויות הארץ. פסיקות אלה נתנו גושנקא משפטית להתפתחויות חברותיות. תחילה זינמי זה החל חן בהליכים בפני עצמו וכן בהכרעות שיפוטיות של בתי המשפט ובית המשפט העליון בהליכים אזרחיים או פליליים.

הכלות בית המשפט העליון, התורמות לשיפור זכויות האזרח בענייני דת, ערוו בזורך כלל תגבות גומליין מצד הממשלה שיזמה הצעות חוק, ומצד הכנסת שאישרה אותן. לעיתים יצרה חקיקת הכנסת נסיגת מפסיקת בית המשפט, שייפורה את זכויות הארץ. לעיתים חוקקה הכנסת חוק, שהטמייך את הרשויות לבטל את השיפור על-פי פסיקת בית המשפט העליון, אולם בפועל לא ניתן האקלים החברתי והלחץ הציבורי נסיגת מלאה מפסיקת בית המשפט. כך היה כאשר בתאי המשפט פסלו חוק עוז עירוני האוסר על הקרנת סרטים בשבתו. הכנסת הגינה בחקיקה, אך בפועל לא מומשה הפסילה ברשויות המקומיות השונות, גם בעקבות חוק תיקון פקודת הערים (ספר 40), תשנ"א-1990, שהסמיך את הפסילה. לעיתים ווחוקות הנשיכה החקיקה במגמת השיפור, כפי שקרה בחקיקת הכנסת שהמשיכה את מגמות הפסיקה בנוגע לזכויות היחידים ביצירוף.

במחקר זה מוצג ניתוח מאון ההגנה על זכויות הארץ בענייני דת של כל רשות השלטון. סוגיה זו והמסקנות שייגזורו ממנה משפיעות על אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הפרק השני והשלישי של המחבר יוקדשו לנרטו ההיסטוריה המשפטיים של הגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, תוך דיוון בהבדלי העמדות האידיאולוגיות בין הכוחות החברתיים השונים במדינת ישראל. עדמות אלה הן המונחות בסיס הנטחאות המשפטיות שייצגו.

מסקנות המחבר מוליכות לשולש המלצות עיקריות. המלצת הראשונה היא כי יש לבש פרשה כלפי תפיסת מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית: ישראל אינה מדינת הלהקה או מדינת דתית, אך גם לא מדינה חילונית לחלוטין כי אם מדינה יהודית-מסורתית. תפיסה זו צריכה להוות הסכמה חברתיות-פוליטית וגם הנחה חוקתית משפטית, שתנתחה את בתי המשפט בהכרעה בסוגיות של ענייני דת. המלצת השנייה היא כי יש לעגן בחקיקה את ההגנה על מעמדה וアイ-תולתה של המערכת השיפוטית. החוצה השלישיות היא שיש הכרח לגבש אמצעים חוקיים ומשפטיים שונים להבטחת אכיפת פסקי דין של בית המשפט העליון.

# פרק ראשון: מאזן ההגנה על הזכויות בענייני דת

## 1. הזכות לנישואין

במסגרת בוחנת תפקודן של כל אחת מרשותות המדינה בקשר לזכויות האורח בענייני דת ינבחנו פעולותם של הכנסת, של הממשלה ושל בית המשפט בנושאים מסוים, ובכלל זה: נישואין, כשרות, קבורה, גירוש ושבות. על יסוד הסכם הטעטוטס קוו השזרה המחוקק היישראלי ביזמות הממשלה את סוגיות נישואי יהודים בישראל. ההסדר עוגן בחוק שיפוט בת דין ובניים (ניסיונו וגירושו), תש"ג-1953.<sup>1</sup> סעיף 2 לחוק קובע כי נישואין וגירושין של יהודים בישראל ייעשו על-פי דין תורה. מכאן שהחוקיק היישראלי הנהיג ביזמות הממשלה, הסדר בלאדי של נישואין ذاتים לייהודים. מצב משפטן דומה הונาง לבני עדות ذاتות אחרות.

לדעת פרופ' איי רובינשטיין, בוחנת הממשלה והחוקיק בהסדר בלאדי של נישואין ذاتים פגעה בזכות לנישואין בשני אופנים מרכזיים: ראשית, הזכות לנישואין בין ذاتים הוגבלה רק למקרים שבהם שתי הדעות מוכנות להכיר בנישואין אלה. שנית, הזכות לנישואין צומצמה על-פי מגבלות הדין הדתי. דוגמה לכך היא האיסור על נישואי כהן-గיורת בדין היהודי.<sup>2</sup>

בוחנת החוקיק בהנוגת נישואין ذاتים עלולה להיתפס גם כפגיעה בחופש הדת, שאחת משלוחותיו העיקריים הוא החופש מדת, בשל חובה להיזקק לרשות ذاتית דזוקא לשם יצירת קשר אינטימי מובהק בקשר לנישואין.<sup>3</sup>

שונה יחסה של הרשות השופטת לסוגיית הנישואין מזו של הרשות החוקיקת והמבצעת. בית המשפט העליון לקח חלק בפיתוח מוסדות משפטיים לשם עקיפת מגבלות הדין הדתי, והקל על מצוקתם של אלה שאינם יכולים או אינם רוצחים להינשא על-פי הדין הדתי. מוסדות משפטיים אלה כללו הכרה ברישום נישואין אזרחיים שנערך בחו"ל וכן הכרה ברישום נישואין פרטיים של פסולין חיוני.

ראשית ההכרה של בית המשפט העליון בנישואין אזרחיים של יהודים בחו"ל נעשתה בפרשת פונק-שלזינגר.<sup>4</sup> במקרה זה חייב בג"ץ את משרד הפנים לרשום נישואים ישראליים שנישאו בנישואין

<sup>1</sup> איי רובינשטיין, *המשפט הקונSTITUTIONAL של מדינת ישראל*, 1997, כרך א', עמ' 196.

<sup>2</sup> פי שיפמן, *מי מפחד מנישואין אזרחיים?* 1995 עמ' 5, וכן שי שטרית, "חופש המצען והԶות: החופש מפני כפיפות נורמות דתיות, קביעת חובת היזקוק לרשויות דתיות והטלת תגבורות מטמוני דת", *משפטים ג'* (תשס"ב-ב' 1971/2), עמ' 467.

ازורתיים בחו"ל. בג"ץ פסק כי אין זה מעניינו של פקיעת הרישום לבחון את תוכופם של הנישואין האזרחיים, וכי בכך שהזוג המצא ראהה לכארה לאמתות הרישום. תעודות נישואין של מדינה זורה מהוועה ראהה כזו. בהמשך הסכים בית המשפט העליון לפ██וק מזונות לאישה הנשואה בנישואין אזרחיים. זאת על-ידי השימוש בكونסטטורקציה משפטית של הרכבת הדין עלי גבי הדין האזרחי. על-פי דרכן זו, בית המשפט מגע למסקנה כי הזוג נשוי מבחינת המשפט הבינלאומי הפרטני, ועל בסיס זה מחייב את הדין היהודי לעניין המזונות.<sup>4</sup> בעורת הלכות מרכזיות אלה אישר בית המשפט העליון ערכית נישואין וירושין מחוץ לישראל. יתר על כן, בפרקטייה הנוכחית יכולים אין חובה לצאת לחו"ל, וניתן להינשא על-ידי שליח, במה שמכונה "נישואי מקסיקו" או "נישואי פרגוואאי", שבם זוכים בני הזוג בתעודות הנישואין המבוקשת באמצעות הדואר, ללא צורך בהופעה אישית במדינה אחרת.

דרך נספת לעקבות הצורך נקבעה על-ידי בית המשפט העליון בפרש שגב.<sup>5</sup> על-פי הדין היהודי נישואין כהן עם גיורת, עם חלצה או עם גירושה אסורים מלכתילה, אך תופסם בדיעד. במקרים כאלה מסרבים בתוי הדין הרבניים להשיא את בני הזוג. בעיתם עשויה להיפטר על-ידי נישואין פרטניים. בג"ץ אישר רישום של נישואין פרטניים אלה בכל הנוגע לזוגות פסולין חיתון. יש לציין, לעומת זאת, כי בג"ץ סירוב להושיט סעד לזוגות פנווי-חיתון שנישאו בנישואין פרטניים, עקב הדעה שהדבורה מהווה עקיפה שלא לצורך של הסדר הנישואין הדתיים ועל כן מנוגד לתקנת הציבור.

בעוד שבתחום ההכרה בנישואין אזרחיים ובניסיונו פרטניים תפקדו של בית המשפט העליון מצעריך וייחודי, שונה המצב לגבי ההכרה במעמדם המשפטי ובזכויותיהם של בני-זוג המוכנים "ידעוים הציבור כNYSE". בעניין זה ניתן להבחין בתהיליך מעניין: ראשית ההכרה בתופעה של "ידעוים הציבור כNYSE" נушתה על-ידי המחוקק דזוקא, ולבית המשפט העליון יותר רק להשלים את התהיליך לשם עיבוי זכויותיהם של הידעוים הציבור.

תחלת ההכרה של המחוקק במושג "הידעוים הציבור" נעשתה בחוק משפחות חיללים שנספר במערכה (תגמולים תש"י 1950),<sup>6</sup> בחוק שיקום ותגמולים בו הוגדרה "אישה" ככללת גם את מי שגרה עם פלוני ו"הידעוה הציבור כאישתו". הגדרה דומה מצויה בחוקים חברתיים נוספים. בהמשך נחקק סעיף 55 לחוק היורשה, תשכ"ה-1965 המכיר בזכויות היורשה של אישה החיה עם גבר חי משפחה בבית. ניתן אם-כך להיווכח כי המחוקק תרם תרומה חיובית בכך שהחל בתמונת הכללה בתופעה של ידעווים הציבור.

בית המשפט העליון החלים את התהיליך שהחל המחוקק, ועיבוה את זכויות הידעוים הציבור בכמה היבטים. ראשית, נפסק כי ה"ידעוה הציבור" עשויה להיות גם אשות-איש.<sup>7</sup> על-ידי כך ניתנה פרשנות ליברלית למונח. בהמשך הכיר בית המשפט העליון ברוב דעות בתוקפו של הסכם לתשלום

<sup>3</sup> בג"ץ 143/62 פונק-שליאנגר י' שור הפנים, פ"ד יז 225.

<sup>4</sup> ע"א 566/81 שמותלני שמואל, פ"ד לט 399 (4).

<sup>5</sup> בג"ץ 130/66 שגב נ' בית הדין הרבני, פ"ד תא (2) 505.

<sup>6</sup> סי' תש"י, 172, סעיף התקורת בן משפטה.

<sup>7</sup> ע"א 394/61 מא"י י' פסלר, פ"ד טו 102.

משמעותה של ידועה הציבור.<sup>6</sup> מלבד זאת החיל בית המשפט על היזעים הציבור את הלכת השיתוף של בני זוג בנכיסים.<sup>7</sup>

ניתן לסכם ולומר כי בסוגיות הזכות לנישואין מילא המחוקק בדרך כלל תפקיד שאינו תומך בזכויות האזרח בענייני זה. בית המשפט העליון הוא שובל בתורומו החזיבתי לשיפור המצב. ויצאת זו אף היא ההכרה ביזעים הציבור. בעניין זה אנו מוצאים זוגמה לשיתוף פעולה פורה וחובי בין המחוקק לבין בית המשפט העליון, שיתוף פעולה זה תרם לשיפור זכויות האזרח בענייני זה.

## 2. פסולין חיתון

ב-1975 פנה הייעץ המשפטי לממשלה דאו, הפרופ' אהרון ברק, לבחון את חוקיותן של רשיומות פסולין החיתון. בחוץ-דעתוקבע ברק כי רשיומות פסולין החיתון נערכות ללא בסיסו ראייתי, ועל כן הן אינן חוקיות. הוא קבע כי יש להסדיר את נושא ניהול הרשימות באופן שיאפשר זכות טיעון לנכללים בהן, תוך הנהגת פיקוח על הוצאה או הכנסת שמות חדשים לרשיומות.

המערכת המשפטית תרומה לזכויותיהם של פסולין החיתון, בכך שהתורעה על אי-החוקיות קיימת. עם זאת, לא יושם בפועל של חוות דעתו של הייעץ המשפטי לממשלה על-ידי הרשות המבצעת לא ניתן היה לשיג שיפור ממשי במצבם של פסולין החיתון ובאיכותם זכויותיהם. ואכן, בדוח מבקר המדינה שפורסם ב-1990<sup>8</sup>, נקבע כי חוות דעתו של הפרופ' ברק לא יושמה, וכי רשיומות פסולין החיתון ממשיכות להתנהל באופן לא חוקי, ללא זכות טיעון ולא פיקוח נאות. דוח מבקר המדינה מעיד כי הרשות המבצעת תרומה שלילית לאיכות זכויות פסולין החיתון, בכך שנקטה גישה של "שב ואל תעשה".

ניסيون לשיפור המצב על-ידי הרשות המבצעת נעשה ב-1995 (בעת כהונתו של כותב שורות אלה כשר הדתות). אז גובשו עקרונות חדשים לניהול רשיומות פסולין החיתון. עקרונות אלה עוצבו בתיאום עם נשיא בית הדין הרכני הגדול, הרב הראשי הראשון לציון הרב אליהו בSKI דודון, על-בסיס חוות דעתו של הייעץ המשפטי לממשלה מ-1975 וכן בהתאם להוראות חוק הגנת הפרטיות. בראשית התהליך בוצע מיין חדש של הרשימות הקיימות באמצעות מנהל בתי הדין הרכניים ובבחנית נשיא בית הדין הרכני הגדול. בתום המיין פחתה רשיימת פסולין החיתון מ-200, 5,200 לכ-5,500. העיקרון המרכזי שליפוי מנהלת הרשימה כוים מחייב כי הכללת אדם ברשימה תהיה לפי פסק דין בלבד, תוך מסירת הודעה לאדם על הכללתו samo ברשימה. הכנסת שם והוצאתו מהרשימה או הכנסת שם חדש ממבצעות רק על-ידי הייעץ המשפטי של משרד הדתות ומנהל בתי הדין הרכניים יחד.

מניתו סוגיית פסולין החיתון עולה כי הרשות המשפטית, בראשות הייעץ המשפטי לממשלה, תרמה תרומה חיובית לשיפור זכויותיהם של פסולין החיתון במדינת ישראל. ואולם, מרובה הפעם,

<sup>6</sup> עייא 563/65 יגור (פלביץ) נ פלביץ, פ"ד (3) 224.

<sup>7</sup> עייא 52/80 שחר נ פרידמן, פ"ד לח (1) 443.

<sup>8</sup> דוח ביקורת המדינה, מס' 40 (1990).

עם חילופי השלטון בשנת 1996, החלו שוב נסיגת מסויימת בעמדות הרשות המבצעת כלפי עניין זה, וההסדר שוגש ואף הוחל בביבטוואו במשרד הדותות איננו מופיע כראוי כיום. עם זאת מן הראו לציין כי הישג אחד בהקשר זה הוא בלבתי הפיך: הקטנות מספר השמות שנכללו בראשימת פסולי החיתון לכ-200 בלבד.

### 3. **שירותות**

בסוגיות השרותות ניתן למצוא יחסיו גומלין מגוונים בין שלוש הרשותות: המחוקקת, המבצעת והשופטת. כדי לעמוד על טיבם נתח שני תחומים: הוצאה תעוזות הקשר והגבילות על ייבוא ומכירתו בשער חזיר.

פסק הדין הראשון שעסוק בשאלת סמכות הרכבות הראשית להנפקת תעוזות הקשר ניתן בפרשנות מורבך.<sup>11</sup> בג"ץ פסק כי הרכבות הראשית כפופה לביקורת בג"ץ,<sup>12</sup> וכי על הרכבות הראשית להחיליט על תעוזות כשרות על-פי "הגרעין הקשה"<sup>13</sup> של דיני הרכבות החקלאיים. בכך צמצם בג"ץ את יכולתה של הרכבות הראשית לשקל שיקולי מדיניות הלכתית, שאינם קשורים לכשרות המזון עצמו.

עד 1983 הוסדר נושא הנפקת תעוזות הקשר על-פי פסיקת בג"ץ, ללא עיגונים בחקיקה הראשית. השינוי נוצר ביוזמת הממשלה, שהגישה הצעת חוק להסדרת נושא הנפקתן של תעוזות הקשר. בעקבות יוזמה זו חוקקה הכנסת את חוק איסור הונאה בשרותות-1983, הקובע כי מותן תעוזות הקשר יעשה על-פי דיני הרכבות בלבד. ניתן לראות בכך אליה תרומה חיובית של המחוקק ושל הממשלה, הבאים להגביל ולפקח על שיקול-דעתה של הרכבות הראשית בהנפקת תעוזות הקשר. בג"ץ שלילם את המגמה החיובית זו על-ידי כך שפריש את חוק איסור הונאה בשרותות באופן האוסר על הרכבות לשקל שיקולים שאינם הגעוני הקשה של דיני השרותות.<sup>14</sup>

מניתוח סוגיית הנפקת תעוזות הקשר ניתן להסיק כי המגמה החיובית של שיפור איצות זכויות האזרח התחלה עם פסיקת בג"ץ בנושא בשנות ה-60, נמשכה בעוררת יוזמת הרשות המבצעת וחיקיקות הכנסת והשלמה בעוררת פרשנות בג"ץ לחוק.

לענין הגבלות על ייבוא ועל מכירתו בשער חזיר, ניתן לומר כי העניין אינו נוגע לסוגיית חופש המცפון והדעת, אלא להתייחסות על בסיס לאומי-תרבותי, וכך גרטטי בזמנו.<sup>15</sup> גישתי היא כי יש להבחין בין נורמות דתיות שאכיפתן מהוות פגעה בחופש המცפון והדעת, ובין נורמות שמקורן בדת, ואולם בהמשך זכו לתמיכת לאומי-תרבותית רחבה, שאכיפתן מותרת ומוסדרת. כזו היא הנורמה של איסור גידול חזיר על-ידי יהודים. איסור זה איננו נורמה דתית בלבד, אלא זו נורמה לאומיות, זאת על שם שהחזיר סימל במשך דורות את שנות ישראל. עם זאת מגבלות יש להנaging בחקיקה ראשית ולא בחקיקה משנה.

<sup>11</sup> בג"ץ 195/64 החרבה הדורמיה נ' מועצת הרכבות הראשית.

<sup>12</sup> על החרפותות שלמה במעוזה של הרכבות הראשית ראו בהמשך.

<sup>13</sup> בג"ץ 465/89 רסלון נ' המועצה הדתית ירושלים.

<sup>14</sup> ראה שטרית, לגל התורה 2, "חוופש המცפון והדעת".

בשנות ה-50 נחקקו בשלטון המקומי כמה חוקי עזר עירוניים שנועדו להטיל הגבלות על מכירתבשר חזיר. בಗ'ץ החליט לפסול את חוקי העזר העירוניים משנה נימוקים: האחד, לא נמצא הסמכה לעירייה לחוקק חוקי עזר עירוניים המצדירים מכירות בשר מסויים; השני, חוקיקת העזר היא בעלת אופי ذاتי, ונעשתה תחת מסווה של הסדרת מכירות בשר. לדעת השופטים, שאלת הסדרת מכירות בשר חזיר היא בעיה ذاتית, החורגת ממסגרת עניין מקומי, ותפקיד הסדרותה מוטל על הכנסת ולא על הרשות המקומית.<sup>15</sup> בג'ץ תרם אם כן להגנת הזכויות בבטלו חוקיקת משנה המשתתפת על שיקולים ذاتיים ובcheinו את המחוקק הראשי לטפל בהסדרת הנושא.

ואמנם בمعנה להנויות הבג'ץ הסדרת המחוקק את הנושא על-ידי חוקיקת חוק הרשותות המקומיות (הסמכה מיוודת), תש"ז-1956. חוק זה הסמיך רשות מקומית להתקין באזורי שיפוטה חוקי עזר, שיגבילו או יאסרו מכירות בשר חזיר ומוצריו הנउדים לאכילה.<sup>16</sup> על-ידי הסדרת הנושא בחוק פעל לכאורה המחוקק לפי הנחות גביש, אך באופן התמודדו עמו הנושא פגע בחופש המצפן והזת של אלה הרואים בכך הגבלה מטעה מזעקה ליברלית.

ב-1992 נחקק חוק יסוד: חופש העיסוק. הכנסת תרומה בחוק החדש תרומה חיובית לשיפור זכויות האזרח בענייני ذات בכלל ובענייני מגבלות מטעמי כשרות בפרט. הנושא עלה לדין שיפוטי בפרשת מיטראל. באותו מקרה לא קיבלת חברת מיטראל רישון לייבוא בשר קופא לא כשר. באותה עת לא הייתה חוקיקה של הכנסת בנושא, והסוגיה הוסדרה על-ידי שר התעשייה והמסחר וה ממשלה בהחלטות וב מדיניות מכוח פקודות הייבוא והייצוא. בג'ץ ענה לעתירת החברה וקבע כי סירוב הממשלה להעניק רישון הוא פסול, שכן נבע משיקולים ذاتיים לפקודות הייבוא והייצוא. השופט אור העיר אגב אורחא כי חוקיקה שתתנה ייבוא בשר לכך שהיא כשר, היא חוקיקה המגבילה את חופש העיסוק שלא על-פי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: חופש העיסוק, ועל כן יהיה הכרח לקבללה בכנסת ברוב של 61 חברי, כפי שקבע סעיף 7 לחוק יסוד.<sup>17</sup>

לאחר פסקת בית המשפט בפרשת מיטראל הראשונה הוחק ב-1994.3.1994. תיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק, שהוסיף את סעיף 8. הטעיף החדש מאפשר לנגוד את פסקות ההגבלה של חוק היסוד בחוק או לפיו, כמשמעותו התקבל "על-אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק" וברוב של 61 חברי. לאור התקון נחקק בכנסת חוק ייבוא בשר קופא, תשנ"ד-1994. לפי החוק לא ייבא אדם בשר קופא, אלא אם כן קיבל לפחות תעוזת הכלש על-ידי הרבנות הראשית, או מי שהטמיכה לעניין זה.

ניתן לטעון כי תיקון חוק יסוד: חופש העיסוק וחוקיקתו חוק ייבוא בשר קופא מעמידים על פגיעה הרשות המחוקקת באיכות זכויות האזרח בענייני ذات בכלל, ובסוגיה של ייבוא ומכירת שר לא כשר בפרט. תיקונו ולמעשה כתיבתו מחדש של חוק יסוד: חופש העיסוק, ושילוב מושך ה-Override בתוכו, אינם פסולים כשלעצמם; רעיון ה-Override, אשר מקורו בקנדיה הוא לגיטימי. השאלה היא רק מהו השימוש הנעשה בו. יחד עם זאת ניתן לומר כי המחוקק רק השיב את המצב לקדמותו טרם חוקיקת חוק היסוד; ובכך יש כדי למתן את הביקורת על הכנסת.

<sup>15</sup> בג'ץ 177/55; 72/55 זיגפריד אברהס פריזי נ' עיריית תל אביב-יפו ואחרים, שמואל מנדלבו נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ'יך .734.

<sup>16</sup> ר' סעיף 1 לחוק.

<sup>17</sup> בג'ץ 3872/93 מיטראל בע'מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות (לא פורסם).

פרשת מיטראל עלתה שוב לדין ברגע'ץ לאחר חקיקת חוק ייבוא בשור קפוא. החברה עתרה שוב לבג'ץ<sup>18</sup>, לאור סירוב מועצת הרבנות הראשית לשראל לסת לה תעוזת הקשר, כתנאי לקבלת רישיון לייבוא בשור קפוא. הרבנות קבעה כי הוואיל והעורת מייבאת גם בשור לא כשר, אין לתות לה תעוזת הקשר לבשר אחר שהוא מייבאת, באשר אין היא נאמנה לכשרותו. חברת מיטראל טענה מנגד כי היא ניאוותה להבטיח לרבות שהבשר הקשור ייובא על-פי כל הנחיות הרבנות הראשית וגחת פיקוחה המלא. לטעתה החברה, בסיסו סירוב הרבות עמדים שיקולים זרים: כל כוונות הרבנות היא להכתיב לעותרת לעוטרת לעוטרת לייבוא בשור כשר בלבד.

בית המשפט קיבל את העיטה. לדעתו, לאור הבתוות העותרת ועובדות הפרשה, אין כל חשש שהבשר שהעותרת מבקשת לייבא לא יהיה כשר בחגינו ארצה. בסירוב הרבות יש ניסיון להכתיב לייבואן אורח התנהגות בעסקי האחרים, אף כאשר אין בהם כדי להשפיע על כשרות הבשר שאותו הם מעוניינים לייבא. ניסיון כזה הוא פסול. על כן הורה בית המשפט לרבות לחתת לעותרת אישור כשרות עקרוני, כך שהעותרת תוכל לקבל רישיון לייבוא על-פי החוק.

ניתן לראות שהרשות המבצעת וכן המחוקק תרמו תרומה שלילית בנושא ההגבלות על הייבוא והמכירה של בשר לא כשר בשל שיקולים ציבוריים כלליים. בג'ץ הוא הרשות היחידת שתרומה תרומה חיובית בעניין, אם כי פסיקתו התערערה פעמים לא מעטות על-ידי חקיקה עוקפת בג'ץ.

#### 4. קבורה אזרחית

עד שנות ה-90 התמהמהו שר הדתות ומינהל מקרקעי ישראל בטיפול בבקשת לרישונות קבורה ולהקצת מקרקעין לשם קבורה אזרחית. הרשות המבצעת תרמה עד אז באופן שלילי לזכות האזרח לקבורה חלופית על-ידי מדיניות של "שב ואל תעשה".

השינוי החל בפסקת בג'ץ בפסקת "מנוחה נכונה".<sup>19</sup> כוונתה של העמותה העותרת הייתה לאפשר קבורה חילונית עירונית. הן שר הדתות והן מינהל מקרקעי ישראל התמהמהו בטיפול בבקשתם. שmag, הנשיא דאז, הצהיר כי העותרתoca את לקבל רישיון קבורה ללא שהיות משר הדתות עם הקצת מקרקעין עבורה מ민הלה מקרקעי ישראל. בשלב זה סירב שmag להתערב מעבר לכך, שכן הן שר הדתות והן המינהל הודיעו לבג'ץ שיש להם כוונות עקרונית לספק את בקשה העותרת. משמעות הצהרתנו של השופט שmag הייתה הכרה שיפוטית בזכות האזרח לקבורה חילונית.

בין השנים 1995-1996 בולטות מדיניות חיובית כלפי קבורה חלופית גם מצד הרשות המבצעת. הדבר התבטא בעריכת מכרזים והענקת זיכיונות ל-8 חברות קבורה חלופית בהתחם לעקרונות שהותכו בג'ץ "מנוחה נכונה" ועל-פי מדיניות כוללת רחבה יותר שנקבעה לגבי קבורה אזרחית חלופית בישראל.

הרשות המחוקקת תרמה אף היא תרומה חיובית בחוקקה את חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו-1996.<sup>20</sup> סעיף 1 לחוק מגדיר "בית עלמין אזרחי חלופי" כבית עלמין אזרחי

<sup>18</sup> בג'ץ 5009/94 מיטראל בעמ' מ' מועצת הרבנות הראשית לשראל ושר המשחר והתעשייה (לא פורסם).

<sup>19</sup> בג'ץ 397/88. מנוחה נכונה ל' השר לענייני דתות (לא פורסם).

<sup>20</sup> ס"ח תשנ"ו, 249.

שהקבורה בו תיעשה על-פי השקפותו של אדם. סעיף 2 קובע כי אדם זכאי להיקבר על-פי השקפותו בבית עליון אזרחי חלופי, אם בחר בכך. סעיפים 4 ו-6 מסמיכים את שר הדתות לקבוע מוקומות שישמשו בתים עליונים אזרחיים חלופיים באזורי הארץ השונים, ולהתקין תקנות לביצוע החוק.<sup>21</sup>

עד 1996 הייתה סוגיות הקבורה האזרחית החלופית דוגמה טובעה, אם כי נדירה, לשיטות פועלות מוצלח בין שלוש הרשויות לשם שיפור איכות הזכות לקבורה חילונית: בגין היה הראשון להריץ עליה בפסקתו, משרד הדתות המשיך בעריכת מכרזים ובhzאת זיכיונות, והכנסת נענתה לאתגר ותרמה תרומה חיובית על-ידי עיגון הזכות לקבורה אזרחית בחוק החירות.

המצב השתנה לאחר הבחירות של 1996. לאור שיקולים של מדיניות שונה נוקטת הרשות המבצעת במדיניות של "שב ואל תעשה": שר הדתות מנע מלתקין תקנות להפעלת חוק הזכות לקבורה אזרחית. מלבד זאת ניכרת הכבדה על הקצת קרקע לשימוש כבתי עליון אזרחיים חלופיים. התוצאה היא חזרה לכ戎ינקה היוזעה: הרשות המבצעת תורמת תרמלה שלילית בדרך של נקיטת במדיניות של היעדר ביצוע.

## 5. הזכות לגירושין

בחקוק שיפוט בתי דין ובנינים (ニישואין ונירושין), תש"ג-1953 אישץ המחוקק והסדר של גירושין דתיים, המבוססים על דין תורה.<sup>22</sup> על-פי דין תורה זה, בני זוג יכולים להתגרש אם רצונם בכך,อลם בהיעדר הסכמה בין הצדדים, על בן הזוג התובע גירושין להוכיח לפחות אחת מעילות הגירושין ההלכתיות. המאפיין את עלות הגירושין הলיל הוא קיומו של שם בהטענות או באישיות של בן הזוג הנتابע.

הגישה ההלכתית של גירושין על-בסיס שם טומנת בחובה חסרונות בולטים. ראשית, כאשר הקראע בין בני הזוג אינו ניתן לאיחוי, עדיף לאפשר להם להתגרש ללא צורך בחיפוי אשימים, שהרי אין טעם להגן על קליפת הנישואין כשו התירוקנה מתוונה. שנית, ברוב המקרים קשה ליחסשמה לאחד מבני הזוג בלבד. בדרך כלל, שני בני הזוג תרמו, במודע ושלא במודע, לכישלון הנישואין. זאת ועוד, ניתן לטעון כי מחייב בדיקת השאלה אם בן-הזוג הנتابע אכן שם בגירושין הוא כמובן. החיתוט בפרטים האינטימיים של יחסיו רך מגביר את האיבה ביניהם וגורם להליך גירושין קשה עוד יותר.<sup>23</sup>

מכאן מובנת תמיינתו של פרופ' פנחס שיפמן בגישת ה"גירושין ללא שם". לפי גישה זו, היסוד המכריע המKENה לבן הזוג זכות לדריש גירושין אינו הוכחת אשמה, אלא הוכחת התמוטטות יחסיו הנישואון ללא תקנה ואבדן הסיכוי להחזרת שלום-הבית.<sup>24</sup>

יש לציין בהקשר זה כי במשפט הקיימים של דיני הנישואין בישראל עשוי להיווצר מצב שבני זוג נשואים (לבני זוג אחרים) יקיים חיים משותפים: מכיוון ש מרבית האוכלוסייה היהודית נישאת

<sup>21</sup> תקנות אלה טרם הותקנו.

<sup>22</sup> לבי הוכחה לנישואין - ר לולע, עמ' 9-11.

<sup>23</sup> פ. שיפמן, *דין המשפט בישראל*, 1995, עמ' 422-423.

<sup>24</sup> שם, 422, עמ' 424-426.

בנישואין כדת משה וישראל, נוצרים עיכובים ומכתולים מפני גירושין, ואלו יוצרים מכתבים שבהם חיים בני זוג שהם נשואים הכלכליות ואף רשומים כנשואים על-פי החוק האזרחי חי בבית משותפים בידועם ב眦ור עם בני זוג אחרים. במקרה כזה ילדיה של בת הזוג, שגירושה נמנעים או מעוכבים, עשויים להיות מוגדרים כממזרים על-פי ההלכה.

גישה הירושין ללא שם היא גישה חדשה יחסית בדיני המשפחה, והיא מסתמנת בשיטות המשפט המערביות. בישראל בחר המחוקק בגישה ההלכתית המבוססת על אשם. השאלה שעלתה במהלך השנים היא: האם עולה בידי בית המשפט העליון לגייס את כוחותיו השיפוטיים כדי ליצור תחולפים אזרחיים, שיאפשרו לנשאת הגירושין ללא שם לחזור למשפט הישראלי "בדלת האחורייה"?

התשובה לשאלת זו אינה חד משמעית. ישנו מקרים שבהם גילתה בית המשפט העליון היסוס בנסיבות ותחליפיגט. ניתן להסביר היסוס זה בחששו של בית המשפט העליון להיתפס כעוקף את ההלכה היהודית ואת מערכת בתי הדין הרבניים, המופקדים על-פי חוק על ערכיות גירושין בין יהודים. מנגד, ישנו מקרים אחרים שבהם תרם בית המשפט העליון תרומה משמעותית לעיצוב תחליפי-גירושין אזרחיים.

ניתוח ההחלטה במהלך השנים מלמד כי בית המשפט העליון היסס לעיתים במתן גיבוי לזכותם לירושין על-ידי מציאות תחולפים אזרחיים. דוגמה לכך ניתן למצוא בסוגיות צוויי ההרחקה:<sup>25</sup> בשנים המוקדמות של ההחלטה נאות בית המשפט העליון להגן על זכות האישה והילדים למגורים בדירה חלק מן הזכות למצוות, על-ידי מתן צוויי הרחקה של בן הזוג מדירת המגורים. נכונות בית המשפט להוציא צוויי הרחקה הייתה כה רבה, עד שנפסק כי יתכן צו הרחקה נגד בעל, בגין אלומות נפשית או רוחנית, ולאו דווקא פיזית.<sup>26</sup> הוצאה צוויי הרחקה אפשרה לאישה שבעל מתעלל בה לחסיג ממונו הפרדה פיזית, אף אם הוא מסרב לתת לה גט.

בהמשך חלה נסיגה בפסקה, ובית המשפט העליון הגביל את הוצאות צוויי הרחקה למקרים אלימים בלבד.<sup>27</sup> הנסיגה יכולה להיות מוסברת בכך שבית המשפט העליון החל לחושש מהלך על חבל דין מדי, עד שהוא פולש לתחומו של בית הדין הרבני הדן על-פי חוק בנושא גירושין.<sup>28</sup>

סוגיות צוויי הרחקה ממחישה את היסוסו של בית המשפט העליון להתעורר ולגבש תחליפיגט אזרחי. עם זאת קיימים בפסקה מקרים אחרים שבהם נאות בית המשפט לפתח תחליפי גירושין בהיעדר גט. על-ידי כך תרם בית המשפט העליון לשיפור אינכות הוצאות גירושין במדינת ישראל.

אפשרות אחרת לצרפת תחליפיגט היא פירוק השיתוף בדירת המגורים כפירוק שיתוף במרקען. בתיי הדין הרבניים היו הראשונים לנוקוט בזורך זו, והיא מאפשרת לכל אחד מבני הזוג לדרש את פירוק השיתוף במרקען בדירה, כאשר השני לא נמצא בה, באמצעות מכירתה. זורך זו יכולה להוות במקרים לא מועטים תחליפיגט גט, כאשר בן הזוג הוא סרבן גט. כיום נראה כי בתיי דין

<sup>25</sup> שם, עמי 428-431.

<sup>26</sup> עיין 458/79 מיר' פ' מיר, פ"ד לה (1) 518.

<sup>27</sup> עיין 192/82 סzn' י' סzn' פ'יד לה (4) 169.

<sup>28</sup> לאירועה נתקק החוק למשמעות אלומות במשפטה, תשמ"א-1990. החוק נטאשר הוצאות צוויי הגנה למיניהם כיטהה לחיות מגורים או הורות בן משפטה. פרופ' שיפמן סבור כי נטיית בית המשפט תהיה לckett בתלים ופסקה הממצמצמות. פ' שיפמן, *מי מפחד מנישואין אזרחיים?* 1995, עמ' 38.

הרבנים ניחמו על יוזמתם הראשונה בעניין זה, והם מקשים על מימוש אפשרות זו, בין היתר באמצעות הטלת עיקול על הדירה במסגרת הליכי שלום בית כדי למנוע את מכירתה.<sup>29</sup>

אפשרות אחרת ליצירת תחilibfi-גט היא, כמובן, הקמת משפחחה חדשה ללא גט. בתחום זה נאות בית המשפט העליון ליתן הכרה רחבה לכך כי ישיתת להכרה במסוד הידועים הציבור. מוגמה מעניינת המצביעת היבט הכרה זו היא ההכרה בזוכותה של האישה לבחור את שם משפחחתה כרצונה, לרבות את שיניוו והתאמתו לשם משפחתו של הגבר שעמו היא חיה כידועה הציבור.<sup>30</sup>

דוגמה לתרומה החיובית של בית המשפט העליון ניתן למצוא בפסקתו, שלפיה עזיבת האישה את בית המגורים אינה מקנה לבעל הנשאר בדירה זכויות של דייר מוגן על-פי סעיף 33 לחוק הגנת הדייר.<sup>31</sup> דוגמה נוספת למציאת תחilibfi-גט על-ידי בית המשפט העליון היא חקיקתו השיפוטית בסוגיית חזקת השיתוף בנכסיים של בני הזוג.

חזקת השיתוף היא פרי יצירתו של בית המשפט העליון. חזקה מוקמת בין בני זוג מעולם המאנץ המשותף בחווים הזוגיים, ללא צורך בהוכחות כוונת שיתוף מיוחדת ביחס לנכס מסוים. בית המשפט העליון קבע אמנס כי נטל השכנוע הוא על הטוען לקיום החזקה, אך עם זאת הוא הקל את הנלע על בני הזוג הטוען לקיום חזקת השיתוף, והחמיר את הדרישות כלפי הטוען לסתורתה. כתוצאה לכך הפכה חזקת השיתוף לחקיקה שיפוטית מבורכת. היתרון בחזקה טמון ביכולתו של כל אחד מבני הזוג לتبיע פירוק שיתוף בדירה שהוא שeria בנסיבות המשפט. על-ידי כך מושגת בין בני-הזוג הפרדה אף בהיעדר גט.<sup>32</sup>

החקיקה השיפוטית הענפה בסוגיות חזקת השיתוף מהוות דוגמה יפה לתרומתו החיובית של בית המשפט העליון במציאות תחilibfi-גירושין אזרחים בהיעדר גט. עם זאת, פועלם של מערכות בתי הדין הרבניים ושל הרשות המחוקקת הביא במקרים מסוימים לנסיגת מההלהcha השיפוטית, ולפגיעה מעצרת ביכולתו של בן-זוג להתבסס על חזקת השיתוף.

כך למשל, בפרשת **בבלי**.<sup>33</sup> שם פסק הנשיא ברק כי חזקת השיתוף האזרוחית מחייבת את בתי הדין הרבניים כאשר עניין הרכוש נכרך בדיון בתביעת הגירושין. אף-על-פי-כן עוקף בית הדין הрабני למעטה את פסיקת בגין על-ידי הפניות בני-הוג להדיון בין עצם על אונן חלוקת רכושם המשותף. בדרך זו מנע בית הדין מישום חזקת השיתוף המונגdot להסדר הרשמי על-פי דין תורה. התוצאה המעשית היא החלשת יכולתו של בן הזוג המעווני בט ללחוץ להשגתו על-ידי תבעה לפירוק השיתוף בדירת המגורים. מכאן שא-אי-אכיפה פסיקת בגין על-ידי בית הדין הרבני פוגעת באיכות הזכות להתגרש. העובדה כי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת אין פועלות נגד אי-אכיפה פסיקת בגין בבתי הדין הרבניים מעידה על תרומה שלילית שלhon לשוגיה.

פגיעה נספת ביכולתו של האזרוח להתבסס על חזקת השיתוף שיעצב בcourt בית המשפט העליון נעשתה על-ידי המחוקק בחוק יחס ממון בין בני זוג, תשלי'ג-1973. חוק זה הוא בבחינת צעד אחד קדימה ושני צעדים אחרים: אחד גיסא - נתנה מוסגרת סטטוטורית ליחסים הממון בין בני זוג. מאידך גיסא

<sup>29</sup> פ' שופמן, שם, 41-40.

<sup>30</sup> שם, 43-42, קרואוי קמיר, "לכל אישת שם", משפטים כ"ז (1996) 327.

<sup>31</sup> עי"א 752/82 פלמ"ת נ' פלאו, פ"ד ל' (4) .626.

<sup>32</sup> פ' שופמן, זימן המשפט בישראל, עמ' 433-434.

<sup>33</sup> בגין 1000/92 בבל' נ' בית הדין הומיי המזרחי, פ"ד מה' (2) 221.

- החוק מאפשר הפעלת הסדר איזון המשפטאים רק עם פקיעת הנישואין. הדבר פוגע ביכולת של בן הזוג המעווניין בגירושין להשיג הפרדה מבן זוגו אף בהעדר גט.

בפרשת יעקובי<sup>34</sup> ניסה בית המשפט העליון לפרש את חוק יחסית ממון באופן שיתון מזרר לבן זוג המעווניין בהסדר רכושי טרם השגת גט. השופטים הציגו דעתות שונות: השופטים שמנור ודונר פסקו כי הזכות השיתונית ממשיכה לחול בנסיבותיה הראשית הרוחבה אינה ממשיכה לחול וטרוסרברג-כהן גרטו שניהם כי חזקת השיתונית במוגבלותה השיפוטית לאינה ממשיכה לחול לאחר החוק, אולם שניהם מכירים באפשרות להוכיח שיתנה שיטוף בנסיבות ספציפיות. השופטות שטרוסרברג-כהן אף הוויקירה לנתק וקבעה כי לדעתה ניתן להקדים את מועד איזון המשפטאים למקרה שבו התערערו יחסיו בני הזוג ללא תקנה.<sup>35</sup>

התלבטוויות השופטים בפרשת יעקובי והפתרונות המגוונים שאיליהם הגיעו השופטים השונים מגדישיםשוב את תפוקתו המרכזי של בית המשפט העליון בפרשנות החקיקה לשיפור של אינטואציות זכויות האזרח במידת האפשר.

לסיכום מסקנותינו בסוגיית הזכות לגירושין ניתן לומר כי בית המשפט העליון והוא הרשות המרכזית שסייע להתמודד עם הבעייתיות שיצר המחוקק כאשר קבע הסדר דתי לגירושין. בחלק מן המקרים נרגע בית המשפט מלהציג על סמכותו של דין רבני. כך קרה בסוגיות הוצאה צווי הרכקה. במקרים אחרים פימתה בית המשפט העליון תחליפי-גט אוחריים, ובכך שיפור את אינטואציות הזכות לגירושין. תרומתו החזותית נבלמה לעיתים על-ידי המערצת הרובנית או המחוקק. כך קרה בסוגיות חזקת השיתונית. הדבר מחזק את מסקנתנו שלפיה בית המשפט העליון הוא שטרם את התוומה החזותית לשיפור אינטואן של זכויות האזרח בענייני דת, ואילו הרשות המבצעת והרשות המחוקקת נשאות מצדן תשומה שלילית.

ראוי לציין עם זאת, כי מלומדים הבינו אכזבה מעמדת בית המשפט העליון על שהגן פחות על הזכות לגירושין מאשר על הזכות לנישואין, בעוד שבראייה ליברלית רואה רצוי היה לבסס תחליפי-גט לא פחות ממה שנעשה כדי לבסס תחליפי נישואין.<sup>36</sup>

יש להזכיר בקשר לזכות הנישואין והגירושין כי הכנסת חוקקה ב-1995 הוראות רדי킬יות לסיעוע לעגונות נגד רבני גט, ובכלל זה הוענקה סמכות להגבלת חשבון בנק, להגבלת יציאה מן הארץ.<sup>37</sup> החוק הביא ישועה וסיעוע לעגונות, אך הוא נזקק לאמצעי הגבלה חמורים המוטלים על-ידי בתיהם הדין הדתיים, ובכך הוא פוגע בזכויות האדם.

<sup>34</sup> ע'IA 1915/91 יעקובי י' יעקובי, פ'יד מט (1) 529.

<sup>35</sup> נסוחה זו מזכיר את גישות הגירושין ללא אשם, עליה פורט קומס למן.

<sup>36</sup> פ' שיפמן, לילhash 2, עמ' 33-34.

<sup>37</sup> חוק בגין דין רבנים (קיים פ. קרין של גירושין והוראת שעה) תשמ"ה 1995, מותק עדנות לחומרת ההגבלות תוקף החוק הוגבל ל-4 שנים.

## 6. גיור

שאלת תוקף הגיור עלתה לראשונה בפסקה הישראלית בפרשנת מילר.<sup>38</sup> דובר בעותרת שעברת תħaliċi גיור בAKEROT HEBRAIC, וקיבלה תשודת גיור מטעם התנוועה ליהדות מתקדמת (הפרומרית). שר הפנים החליט כי בתעודה זהה של העותרת תירשם המילה "נתגירה" לצד המילה "יהודיה" ברישום פרט הלאום.

בג"ץ פסק כי הפרטים הנוגעים ללاءם ולדת לפि חוק מרשם האוכלוסין נרשמים על-פי הזדעת הנרשם באפנן האמור בסעיף 19 בחקוק. לפחות הרישום אין סמכות להוסיף פרטים שלפי מוחותם אינם הנושא שהוא בגדיר פרט הרישום. התוצאה היא שבית המשפט פסק כי על העותרת להירשם כיהודיה במרשם האוכלוסין, ללא ציון המילה "נתגירה".

חיזוק נוסף להלכת מילר, ניתן בג"ץ תנוועת ש"ס נ' מנהל מינהל מרשם האוכלוסין.<sup>39</sup> הנשיא דאז שmag קבע כי גיור של עולה יירשם במרשם האוכלוסין לפי הזדעתו. יחד עם ההזדעה יוגש, אם ידרש, מסמך או תעודה ציבורית המעידים על הגיור. לפי הנשיא שmag, הזדעה בלויו מסמך המעיד על גיור בקהילה כלשייה בחו"ל, ذי בהם כדי לחייב רישומו של אדם כיהוד. לעניין זה אין נפקא מינה אם הקהילה היא או רשות זכויות או רפורמיות.

מפרשנת מילר וכן מפרשנת תנוועת ש"ס עולה כי בג"ץ פעל כדי לספק הגנה אזרחית לגיור לא אורחותoxic שנעשה בחו"ל. בפסקה זו יש כדי לתروس תרומה חיובית לשיפור זכויות האזרה בענייני דת במדינת ישראל.

בהמשך עמדה לדין בפני הבג"ץ סוגיות תוקפו של גיור לא אורחותoxic שנעשה בארץ. השאלה עלתה ב-1993 בפסקת פסרו,<sup>40</sup> ונעה לתקוף גיור רפורמי שנעשה בישראל, לעניין חוק מרשם האוכלוסין וחוק השבות. שר הפנים דאז טען כי סעיף 2 לפקודת העדה הדתית (המורה) אינו מאפשר להכיר בגיור לא אורחותoxic שנעשה בארץ. הנשיא שmag קבע מנגד כי אין הכרה לפרש את הפקודה כבעל נפקות חוקית - אזרחית כללית, אלא ניתן לפרש כבעל נפקות לצורכי תחומי סמכויות השיפוט בענייני המழמ האישי בלבד. לפי הנשיא שmag, בפרשנות פקודת העדה הדתית (המורה) יש לחתחשב בעקרונות השוויון, חופש המיצפון והזדה. על כן יש לפרש את הפקודה בנסיבות, כך שאין היא שוללת הכרה בגיור לא אורחותoxic באופן לצורכי רישום. מכיוון שכן, ממשיא אין זה תנאי כי "ראש העדה" ייתן אישור להמרת הדת כדי לתת לה "נקות חוקית". הנשיא שmag התייחס בפסק דין גם לחוק השבות. הוא הצהיר כי פקודת העדה הדתית (המורה) חלה רק על נושאים שבسمכות בתי הדין הרבניים, ועל כן מקל וחומר אין הפקודה רלוונטית לנושא חוק השבות.

השופט (כתוארו אז) ברק, שהצטרכן בהסתכמה לפסק-דין של הנשיא, הבהיר שככל אשר נקבע על ידם בפרשנת פסרו הוא כי ההכרה בגיור הנערך בישראל לצורכי חוק השבות ומרשם האוכלוסין אינה מותנית במילוי דרישות פקודת העדה הדתית (המורה). השופט ברק הדגיש כי אין הם

<sup>38</sup> בג"ץ 230/86 מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ (4) 436.

<sup>39</sup> בג"ץ 264/87 הוואחוות הספדיים שומרי תורה - תנוועת ש"ס נ' להנה - מנהל מינהל מרשם האוכלוסין משרד הפנים, פ"ד מג (2) 730.

<sup>40</sup> בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מ"ט (4) עמ' 661.

מחליטים מעבר לכך, ככלומר - אין הם נוקטים דעה לגבי השאלה מהו התחילה בישראל המשכלה גיור לצורכי חוק השבות או מושם האוכולוסין. אך לא ניתן במקורה זה צו להכרה בעותרת כיהודיה לצורכי חוק השבות, ואף לא ניתנה הוראה לרשומה כיהודיה במרשם האוכולוסין.<sup>41</sup> התוצאה היא כי פרשת פסרו קבעה את ה"איין" זהינו אין תחולת פקודת העדה הדתית (המורה) מוחץ לענייני המעמד האישי אך לא נקבע ה"יש", התוכן המזוייק של מחות הגיור בישראל. נפסק כי ה"יש" ראוי שייקבע על-ידי המחוקק. עם זאת, השופט ברק ציין בפסק-דין כי אם המחוקק לא יגיד דברו, לא יהיה מנוס מהכרעה שיפוטית בעניין זה. בית המשפט העליון, בדעת רובו, היה, אס-כך, מעוניין באותו הקשור לשכלל את ההגנה על חופש הדת ולהחילת גס על רומייה השונים של היהדות. עם זאת, הוא העדיף להשאיר את השאלות האידאולוגיות למחוקק, תוך שהוא מזהיר כי אם לא יעשה כן, יטול בית המשפט את התפקיד על עצמו.

אותות פרשת פסרו ניכרו במסגרת החטכים הקואלייציוניים המפלגות הדתיות, לאחר בחירות 1996. בהסתמם זה נכללה התחייבותelman מוכחת החוק את ההכרה בגויים לא אורתודוקסים שנעשו בארץ לצורכי הרישום כיהודי.<sup>42</sup> לאור זאת יזמה הממשלה את הצעת חוק ההמרה הקובעת כי בישראל יעיר גיור אורתודוקסי בלבד. הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה בכנסת. הדבר עורר מאבק נמרץ של התנועות הרפורמיות והקונסרבטיביות. תנועות אלה גייסו מנהיגים ומוסדות בעלי השפעה רבה ביוזמות התפוצות, ובמיוחד בארצות הברית. הללו איימו בהפסקת התמיכה הכספית והפוליטית במדינת ישראל ובניתו הקשיים עמה, אס אכן יתקבל חוק ההמרה. בימים אלה עוסקת ועדת נאמן בגיבוש פשרה בנושא, שתהיה מקובלת על שלושת הזרים היהודים.

מן הצד לעיל ניתן להיווכח כי בעוד שבג"ץ היה מעוניין לשכלל ולהרחיב את ההגנה על חופש הדת, על רומייה השונים, תרמו הממשלה והכנסת תרומה שלילית לעניין. ועדת נאמן,<sup>43</sup> שהוקמה על-ידי הממשלה כדי להמליץ על הדרכיס לפטור את הסוגיה, גיבשה נוסחה טובה, לדעתו. הועודה קבעה כי יש להקים מכון גיור שבו ישותפו גם הזרים הלא אורתודוקסים, ואולם הליך הגיור הסופי ייערך רק במתכונות המקובלת על הרבנות האורתודוקסית, זהינו גיור אחד בלבד. ועדת נאמן מקובלת על הזרים הלא אורתודוקסים, ויש בכך משום פתרון ראוי לסוגיה מורכבת. יש להמתין להחלטת הכנסת והממשלה בנושא זה.

<sup>41</sup> השופט צבי כל, בדעת מילוט, קבע כי בפקודת העדה הדתית (המורה) יש כדי להשפיע גם על מושאים אחרים מוחץ לענייני המעמד האישי. אך לשינוי, הפקודה לרוניות גם לגבי חוק המרטדים וחוק השבות. לאחר שייראש העדה הדתית" ולא הרבעות הראשית והיא בלבד, רק על-פה יוכר מעשה הגיור. יוצא שעיל-פני השופט צבי-טל שנו הבל מוחוט בין גיור שערך בחיליל (אלו מתייחסות הלבת מיל"ר ולכנת התאזרחות ש"ס) לבין גיור שערך בארץ (לביו) - על פקידי הרישום לטרב לרשות יהוזתו של אדם על סמך עדות גיור שהוצאה בארץ, אס של ישוד סביר להניח כי התעודה לא הוצאה על-ידי מי שהוסמך לכך).

<sup>42</sup> א. דון-יחיא, *המדיניות של ההסדרה: יישוב סכזבומים בנושאי דת בישראל*, 1997, עמ' 60.

<sup>43</sup> דין וחשבון והמלצות הוועדה למשפט רعيות והצעות בקשר לגיור בישראל (בראשות יעקב טאגן, 1998).

## 7. גבולות סמכיותו של המרכיב הדתית יהודית במדינת ישראל

### (א) מעמד הרבנות הראשית

עד 1980 לא הוסדר מעמדה של הרבנות הראשית בחוק כלל, והוא פעל לפי מערכת דין ווחיקת תקציב, שלא הסדרו בפיו את סמכותיה ואת דרכי פעילותה. הכנסת חוקה בכל שנה את חוק התקציב, ובמסגרתו הוקזו כספים למימון פעילות הרבנות הראשית וגופיה. פסק הדין הראשון שדן במעמד הרבנות הראשית היה בפרשת מרבק.<sup>44</sup> בית המשפט העליון שבתו כבג"ץ פסק כי הרבנות הראשית כפופה לביקורתו. כן נפסק כי הנפקת תעוזות הכלור תישנה על-פי "הgrünין הקשה" של דיני הנסיבות בהלכה. בכך הגביל בג"ץ את שיקול דעתה של הרבנות הראשית.

בשלב הבא יזמה הממשלה הצעת חוק לעיגון מעמדה של הרבנות הראשית בחוק ראשי. בעקבות יוזמה זו חוקה הכנסת את חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ס-1980 המסדיר את מעמדה, את סמכותיה ואת תפקידיה של הרבנות הראשית. מעבר לכך חוק אישר הונאה בנסיבות-1983, הקובע כי מתן תעוזות הכלור על-ידי הרבנות הראשית יעשה על-פי דיני הנסיבות בלבד. בית המשפט פירש את חוק אישור הונאה בנסיבות באופן האוסר על הרבנות לשקל שיקולים שאינם ה"grünין הקשה" של דיני הנסיבות.<sup>45</sup>

ניתן ללמוד כי בסוגיות מעמד הרבנות הראשית תרם המחוקק תרומה חיובית בכך שהציג כי הרבנות הראשית היא גוף ציבורי הפועל מטעם המדינה ובמסגרת חוקיה, כפי שקבע בג"ץ מרבק. בכך השלים את המלוכה בכך שהבהיר כי הרבנות הראשית היא גוף ציבורי-מינלי, המוקם מכוח חוק המדינה וממומן על-ידה, ועל כן כפוף ומוגבל לסמכויותיו על-פי חוק.

### (ב) מעמד הדיינים

עוד בשנותיה הראשונות של המדינה יזמה הממשלה הצעת חוק לשם עיגון תפקדים ומעמדם של הדיינים בחוק המדינה. בעקבות יוזמה זו חוקה הכנסת את חוק הדיינים, תש"ו-1956. החולשה בחוק הדיינים היא שלא ברור מהו מעמדם של הדיינים כאנשי דת, מעבר לסתמוכיותם בחוק הדיינים.

השאלה התעוררה בפרשת צבן.<sup>46</sup> השופט (כתוארו או) ברק פסק כי מעמדו של דין שווה למעמדו של שופט, ועל כן אל דין (הרבי עובדיה יוסף) לעסוק בפוליטיקה. בפרשת צבן הבהיר כי"  
בפרשנותו לחוק הדיינים כי הדיינים הם נושאי משרות שיפוטיות על-פי דין, ולכן חלות עליהם נורמות מן המשפט הציבורי, לרבות כללי האתיקה בזומה לכללים הולמים על שופטים.

<sup>44</sup> ר' ליל – עיא 52/80 שחרר פידמן, פ"ד הל' (1).

<sup>45</sup> ר' פרשטיין וסדרת מיטואל, לעיל – סעיף 3.

<sup>46</sup> בני"ץ 732/84 צט' י' שר לעניין דתות, פ"ד מ (4).

#### (ג) מעמד בתי הדין הרכניים

החוקיקה הקיימת בישראל אינה מסדרה באופן שלם את מעמדם ואת סמכויותיהם של בתי הדין הרכניים. חוק שיפוט בתי הדין הרכניים (ניסיawan וגורושין) תש"ג-1953, מסדיר את סמכות בתי הדין הרכניים רק בנושאי גירושין ונישואין. חוק שירות הדת היהודים (נוסח משולב) תש"ל-1971 ותקנות הרבנות הראשית תש"מ-1980 אינם עוסקים בסוגיה. חלשות ההסדרים החוקייםקיימים היא בא-יבחים הרכנות הקיימת לגבי מעמדם של הגופים ההלכתיים ולגבי השאלה אם הם רשאים ומוסמכים לפעול מעבר לסתמכויותיהם הקבועות בנסיבות החקיקה.

שאלה זו עלתה ב-1972 בפרשת חזוי. הפרשה התעוררה על ריק פסק-הלהכה, שקבע כי אסור לבנות לשורת ביצה או בשירות לאומי. אותה עת עסקה ועדת ממשלתית בשאלת חיובן של בנות לשורת שירות לאומי. השר חזמי מסיעת המפ"ל היה חבר באותה הוועדה. הרוב רזונTEL תבע את חזמי בבית הדין הרכני האזרחי על היותו פועל בניגוד לפסק-הלהכה. בית הדין הרכני האזרחי סירב לדון בעניין. לעומת זאת קבע בית הדין הרכני הגבוה לעורורים כי בתי הדין הרכניים בישראל יונקים את סמכותם מן התורה ודיניה. לפי דין התורה יש לבית הדין סמכות לחיבב היהודי להופיע בפניו, אף אם מדובר במלך או בשליט. מכאן שהופעתו של השר חזמי בבית הדין הרכני נדרשת לא מכוח החוק החילוני, אלא מכוח דין התורה, שבית הדין רואה עצמו מוחובי להם. היוזץ המשפטי לממשלה החזק בדעה אחרת. לגישתו - מכיוון שהמדינה היא שהעניקה לבתי הדין הרכניים את סמכויותיהם על-פי חוק, עליהם להיות מוגבלים לסתמכויות אלה בלבד. פרשׂת חזמי והשאלות שהעלתה לא ניזנו בטופו של דבר בפניו בג"ץ בשל פיזור הוועדה הממשלתית וסיום העניין בפשרה. עם זאת ברור ששאלת מעמדם של בתי הדין הרכניים נותרה בעינה.

שאלת חירותם של בתי הדין הרכניים לפעול כרשות דתית-רוחנית מעבר לסתמכויות הקבועות בחוק, התעוררה מחדש בפרשת צץ.<sup>47</sup> הרקע לפרשה הוא העובדה שא-על-פי שהרבנות הראשית וגופיה מכירות במדינת ישראל, הם עדין רואים עצם כפופים בראש ובראשונה לדין תורה. על כן הם רואים בערכאות האזרחיות-החילוניות של המדינה "ערכאות גוים". השאלה הספציפית שלulta בפרשיה הייתה האם לבתי הדין סמכות להוציא כתבי סירוב נגד המסרבים להתדיין בו, אף-על-פי שסמכות זו אינה מעוגנת בחוק המדינה. הכוונה, כמובן, למקרים שבהם אין בתי הדין הרכניים פעילים מכוח סמכותם על-פי החוק (כגון נישואין וגורושים), שכן במקרים אלה נתונה להם סמכות אכיפה של ממש מכוח חוק בתי דין ורבניים (כפיית צוות), תשט"ז-1957.<sup>48</sup>

השופטים זמיר ודורהNDER בדעתם רוב פוסקים כי מאחר שבית הדין הרכני מכוון חוק וושאוב ממנו סמכויותיו, הוא אינו מפעיל אלא אותן סמכויות שניתנו לו על-פי חוק. לפי חוקי המדינה אין בבית הדין סמכות להוציא כתבי סירוב. ומה על סמכויות בית הדין על-פי דין תורה? על-כך עונה השופט זמיר כי בית הדין הרכני איינו גוף פרטני, אלא גוף ציבורי. כמו כל מוסד שלטוני הוא כפוף לעקרון החוקיות. מכיוון לכך אין הוא יכול לפגוע באזרחות, לרבות על-ידי נידי וחרם, ללא הסמכה לכך בחוק. הסמכה כזו חסורה בעניינו. השופט המלומד אף ذוחה ניסיון לראות בבית הדין הרכני

<sup>47</sup> בג"ץ 3269/95 צץ י' בת הדין הרכני האזרחי בירושלים (לא פורסם). הפרשה עסקה בהחצאת מכתב סירוב על-ידי בית דין רבני נסudge שシリב לחדין מפני בית הדין בעניין אזרחי על-פי ובעה שהוגשה לפני דין תורה.

<sup>48</sup> סי' התשפי'ז, ע. 40.

גוף הפעיל כבית דין פרטיו בשבתו כבורר בענייני ממונות; גם אז פועל בית הדין כשמאחוריו סמל המדינה, ולכן הוא מחויב לפעול בהתאם לעקרון החוקיות שלה.<sup>49</sup>

המסקנה המרכזית מפסקות אלה היא שלבית המשפט העליון תפקיד מכרייע בהברחות מעמד הגופים הרבניים במדינת ישראל ובתיום סמכויותיהם. לאחר שהוחק בשאלת סמכותם של מוסדות חזת היהודים לפעול כרשות רותניות-דתיות אינו ברור דין, נפל בית המשפט העליון את המשימה וקבע בדעת רוב כי בת הדין הרבניים הם גופים ציבוריים-שיתופתיים, הcpfios לעניין סמכויותיהם לחוק המדינה, ولو בלבד.

<sup>49</sup> השופט צבי טל היה בדת מיעוט. לגישתו בית הדין הרבני, בחזאיו כתבי סיור, פעל לא כמוסד שלטוני של המדינה אלא כבית דין חזן תורה. השאלה אותה מתמודד השופט צבי-טל הנה האס רשי בית הדין לפעול מוחש לסממותו על-פי חוק שיפוט בת הדין רבניים (נישואין וירושין), והתשניג-1953? השופט ענה על שאלה זו בתשובת לדענו, כדי שמעשי בית הדין הרבני יהיו מוכרים ומקובלים על הכל, גם על החודדים הקיצוניים, בין ההכרח שבית הדין הרבני יהיה בית דין כל דבר עניין, הפעיל על-פי דין תורה, לא רק בענייני המעמד האיש. אם לא - תחפוץ מערכת בית הדין רבניים לרבות מטעם, והיא ת Abed את מעמדו בקרב עם ההללה והעלם הדעת בארץ ועלם. לגישת השופט צבי-טל, בית הדין הרבני לא חוקם על-ידי המחוקק החלוני, אלא נעל על-ידי ממשר למדיניות. מכאן שום בהיעדר הסכמה לבורות, בית הדין טקק לתביעה בעניין ממון כבנאיי קחול מכוח דין תורה, על כל הסמכויות הנלוות לכך, לרבות הסמכות להוציא כתבי סיור.

## 8. שבת

### (א) פתיחת עסקים בשבת

עד שנת 1990 הסמיך סעיף 249 (20) לפקודות העיריות את העירייה להסדיר את פתיחותם וסגירותם של חנויות, בתים מלאכה, בתים קולנוע ומקומות אחרים של עיונג ציבורי ולבקווע שעות סגירה ופתיחה בימי מנוחה. על-פי חוק זה הותקנו חוקי עיר שונים, המצדירים פתיחת עסקים וסגירותם בשבת, ביןיהם חוק הoor לירושלים (פטיחת עסקים וסגירותם), תש"ו-1955, האוסר על פתיחת עסקים בשבת. בפרשת קפלן<sup>50</sup> העמדו הנאמנים לדין בגין הפעלת בתים קולנוע בשבת, בגיןו לאיסור שנקבע בסעיף 3 (ז) לחוק הoor לירושלים (פטיחת עסקים וסגירותם), תש"ו-1955.<sup>51</sup> הנאמנים טענו שהחוק הoor נחקק ללא סמכות, ועל כן הואبطل. השופטת ד"ר אילה פרוקציה קיבלה את הטענה: היא קבעה שהחופש בענייני ذات ואמונה כולל גם את החופש שלא להאמין. כדי להסביר חירות יסוד זו על מהחוק המשנה להציג על הסמכתו בחוק ראשי. בעניינו - המחוקק הראשי לא הסמיך את העירייה, במפורש או במשמעו, לעצב בחיקקת משנה את צבון האוכלוסייה בעיר בשבת. סעיף 249 (20) לפקודות העיריות נוגע רק להסדרת פתיחה וסגירה של בתים עסק, כדי להגשים מטרות של סדר ציבורי וחמי עיר תקינים, ולא כדי לקבוע לתושבי העיר תוכני חיים. מכאן שהחוק הoor בטל.<sup>52</sup>

בפני המחוקק העמדו שתי אפשרויות: להשאיר את סעיף 249 (20) לפקודות העיריות כפי שהוא, ועל-ידי כך לנתת תוקף לפ██יתתה של השופטת פרוקציה בפרשת קפלן, או לתקן את סעיף 249 לפקודות העיריות באופן שישם עיריות ורשות מקומיות לסתור עסקים בשבת. הכרעתו של המחוקק בין שתי האפשרויות השפיעה מהאקלים החברתי-הפוליטי שנוצר לאחר מתן פסק-הדין: ב-11 מרץ 1990 נפלה ממשלה האחדות. ב-5.3.90 ניסה שמעון פרס להקים ממשלה בראשותו, אך ניסיונו נכשל והוביל לכך שביוני 1990 הוקמה ממשלה ליכוד בראשות יצחק שמיר. ממשלה זו נשענה על קואליציה, שהסתמכה על קולות המפלגות הדתיות. נסיבות אלו הובילו לכך שב-1990 נחקק חוק לתיקון פקודות העיריות (מספר 40), תשנ"א-1991, שהוסיף לטעיף 249 לפקודה את סעיף-קטן (21). לפי תיקון זה, העירייה תוכל להפעיל סמכותה לגבי מי המנוחה בסעיף-קטן (20) בתחום שיפוטה, ובהתחשב בטעמים שבמסורת דתית. עוד הוסיף תיקון זה סעיף 267, שলפיו בית משפט יכול להורות לבעל עסק, שיפתח עסקו בשבת בגיןו לחוק הoor שהתקינה העירייה, להימנע מפתיחתו.

בתהום פתיחת עסקים בשבת ורט המחוקק תרומה שלילית בכך שחוק תיקון העוקף את פ██יתות השופטת פרוקציה. הרשות המבצעת תרומה חיובית בסוגיה. עקב לחץ ציבורי אין הרשות אוכפות בדרך-כלל חוקי עיר האוסרים על פתיחת עסקים בשבת. בכך מאפשרת הרשות המבצעת לצקת בשבת תנאים - איש על-פי השקפת עולם. החיסרון של מצב זה טמון בכך שהמשמעותה או אי

<sup>50</sup> תיע' (ויס) *%;">מחינת ישראל' / קפלן, פסימן תשנ"ה (ב)*. 265

<sup>51</sup> מלבד זאת מציינת השופטת המלומדת כי חוק הoor בטל בעילת חוסר סבירות, שכן לא ניתן כראוי בין האינטואיטים של תלקי הציבור החילוני בעיר.

השומרה על השבת הופכים להיות תלויים באופי הקואליציה ברשות המקומית וביחסי הכוחות השוררים בה.<sup>52</sup>

#### (ב) תחבורה ותחנות דלק בשבת

כioms אין מקימים שירותים אוטובוסיים עירוניים ובינויוניים בשבות, למעט בחיפה ובאלת. לעומת זאת מותרת תחבורה ציבורית פרטית ומוניות. הסדר זה מהו נוגג מוסכם, שאינו מעוגן בחוק או בתקנה. חרף העובדה בסיס חוקי להסדר, הוא אפקטיבי לפחות הפיקוח הממשלה על הקואופרטיבים לתחבורה.<sup>53</sup>

נושא הפעלת תחנות דלק בשבת מוסדר בפסיכה מפורשת של בית המשפט העליון: בפרשנות יוראמקס<sup>54</sup> נפסק כי אין לרשות מקומית הסמכה בחוק הראשי לטענת תחנות דלק בשבת. בכך תרם בית המשפט העליון לחיזוק האופי האזרחי-תרבותי, ולא רק הדגמי, של יום השבת.

#### (ג) טלוייזיה בשבת

ב-30 בספטמבר 1969, החליט הוועד המנהל של רשות השידור לקיים שידורי טלוייזיה שבעה ימים בשבוע, פרט ליום הכיפורים. החלטה זו הסתמכה על החלטות ממשלה בגין, ומאותר יותר או שורה על-ידי מלאת רשות השידור.

בסוף אוקטובר 1969, לאחר הבחירות לכנסת השביעית וערוב הקמת הממשלה החדשה, חזר העניין על שולחן הממשלה הייצאת. זו פונחה לרשות השידור כדי להשעות את השידורים בשבת עד שהממשלה הנכנתת תזוזן בעניין. פניה זו נדחתה על-ידי מלאת רשות השידור ב-6 בנובמבר 1969. מלאת רשות השידור קיבלה בעניין זה שתי החלטות: בהחלטה הראשונה הביעה הממשלה את תミニכתה בשידורי טלוייזיה שבעה ימים בשבוע; בהחלטה השנייה החלטה המלאה ברוב דעתה שלא להיענות להמלצת הממשלה להשעות את שידורי הטלוויזיה בלבד בשבת. על ההחלטה השנייה ערعرو שנים-עשר חברי הממשלה, בהם ראש הממשלה, בהסתמיכם על סעיף 12 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965. בהתאם לטענה זו, ההחלטה הראשונה עצמה לעכב את ביצוע ההחלטה הממשלה בדבר השידורים בשבת, עד להחלטות הממשלה החדשה בעניין.

עד כפלן עתר לבג"ץ עקב צעד זה בבקשתה להוציא צו על תנאי כדי להבטיח שידורי טלוייזיה גם בשבות.<sup>55</sup> השופט ברנזון קיבל את העטירה, ופסק כי לראש הממשלה אין סמכות על-פי סעיף 12 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965 לחיבר את מלאת רשות השידור להיענות להמלצת הממשלה. בכך תרם בית המשפט העליון תרומה חיובית, שאפשרה שידורי טלוייזיה בשבת ובוגר.

<sup>52</sup> דון-יחיא, לעל-הערה 35, עמ' 49.

<sup>53</sup> שם, שם.

<sup>54</sup> ע"א 217/68 יוראמקס בע"מ נ' מ"י, פ"ד

<sup>55</sup> המי 708/69 עדי כפלן נ' ראש הממשלה ורשות השידור - ירושלים, פ"ד כ(2) 394.

## (ד) סגירות רחובות בשבת

כבר ב-1961 התקין שר התובורה את תקנות התעבורה תשכ"א-1961 מכוח פקודה התעבורה (נוסח חדש). תקנות אלה הסמכו את רשות התמורה המרכזית להוראות לרשויות התמורה המקומית על קביעת הסדר תנוועה, שינווי, ביטולו או דריך החוקתו.

בתקנות אלה נעשה שימוש ברבעים בעלי אוכלוסייה דתית צפופה בירושלים ובבני-ברק. כך למשל החלטה מועצת עיריית ירושלים, רשות התמורה המרכזית, על סגירות קטיעים של רחובות המלך ג'ורג' ושמואל הנגיד בשבת התפילה בבית הכנסת "ישורון". בג"ץ דחה את העתירה שהוגשה נגד החלטה זו, וקבע כי האיזון שעשתה מועצת העירייה בהחלטה על סגירת הרחובות בזמן התפילה הוא ראוי.<sup>56</sup> הלכה דומה נפסקה לגבי סגירות קטע ברוחב השומר בבני-ברק ביום שבת ובמועד יישראלי.<sup>57</sup>

הסכסוכים בין דתאים לחילוניים בנושא סגירות רחובות בשבת מחריפים כאשר מדובר ברחוב שבו מתגוררת אוכלוסייה שהיא בעיירה חרדית, בעוד הרחוב עצמו מהווע עריך תחבורה מרכזית. דוגמה למצב כזה מהווע כביש בר-איילן בירושלים.<sup>58</sup>

בפרשת בר-איילן עסקו שתי עדות, שהמליצו על סגירות הרחוב למשך שעות התפילה בשבתות ובחגים. הוועדה הראשונה הייתה בראשות אלעזר שטרום. המלצותיה בדבר סגירתה הקבש למשך שעות התפילה עוררו התנגדות עזה מצד חילונים, שעתרו לבג"ץ נגד ביצוע המלצות.<sup>59</sup> בג"ץ נמנעו מהחכרייע בעניין והמליץ למונות ועדת ציבורית לבדיקת העניין. המלצת בג"ץ הייתה כי הוועדה תכלל חברים שישקפו בצורה מאוננת את מגוון הדעות וההשפות ביחס לדתים-חילוניים בירושלים ומהוצאה לה. המלצות הוועדה היו אמורות להשקל על-ידי רשות השטון, ולהיליך בחשבו בגיבוש מדיניותן הכלול בענייני תחבורה, לרבות בעניין כביש בר-איילן. הדיוון בעיירה נדחה לחודשים ימים על-מנת לאפשר לוועדה לפעול. בתוקופת זמן זו קבע צו בניינים של בג"ץ כי כביש בר-איילן ימשיך להיות פתוח לתנוועה ללא הגבלה.

בעקבות המלצת בג"ץ מינה שר התחבורה ועדת שנייה, בראשות צבי צמרת. גם ועדת זו המליצה על סגירות הרחוב בשעות התפילה, תוך הבטחת הסדרו-ニידות של הציבור החילוני בנסיבות הסטטוס-קוו הקיימים. כמו כן הציעה ועדת צמרת להסכמה על פתיוח ורחובות אחרים לתנוועה בשבת. שר התחבורה, על-בסיס המלצות ועדות שטרום וצמרת, החליט על סגירתה כביש בר-איילן ובמני התפילה בשבתות ובחגים. בזמן זה יישארו פתרומים לתנוועה כביש ומנוח, הכנסות לריאליים, ורחוב יפו.

עם קבלת ההחלטה של שר התחבורה חדש הדיוון בעיירות. בג"ץ פסק ברוב דעתו כי בכל הנוגע להסדרות התנוועה מקצה העיר לפחות כנאה נמצאה לכביש בר-איילן חלופה סבירה. בנסיבות אלה סגירותו החקלית של כביש בר-איילן בשעות התפילה, כפי שנקבע בהחלטות השר, מאוננת כראוי בין חופש התנוועה לבין גשות הדות ואורח החיים הדתי של התושבים החזרדים,

<sup>56</sup> בג"ץ 174/62 הליגה למינעת מפני דתית נ' מועצת עיריות ירושלים, פ"ד טו 2665.

<sup>57</sup> בג"ץ 531/77 'המקפח על התעבורה במזוזות תל אביב ומוליכ' ושות התמורה המרכזית, פ"ד לט (2) 160.

<sup>58</sup> דון-חייאן, לעיל-הערה 35, עמ' 50-51.

<sup>59</sup> בג"ץ 5434/96, 5090/96, 5025/96, 5016/96 'רחוב אחד' נ' שר התחבורה ואח' (טרם פורסם).

הגרים בשכונות הסובבות את כביש בר-אילן. עם זאת החלטות השר לא התייחסה כלל לצורך להסדיר את תנאים התושבים החלילוניים המתווררים בשכונות החרדיות. لكن פוסק הנשיא ברק כי החלטות השר, ככל שהיא נוגעת אליהם, התקבלה תוך פגיעה בסדרים הרואים של ההליך המינרלי. בשל בעיה זו פסק בג"ץ בדעת רוב כי החלטת שר התכנורה לטעור חלקית את כביש בר-אילן בתבטל, והענין יוחזר אליו עד לקבלת החלטה חדשה, שתתחשב באינטרסים של התושבים החלילוניים הגרים בשכונות העוטפות את כביש בר-אילן ושל מבקריםם.

ניתן להיווכח כי הנושא של הסדרי תחבורה בשבת תלוי באופי היישוב ובנסיבות הנסיבות שלבי.<sup>60</sup> הרשויות המקומיות הן שמהלילות על סיגרת הcabishim בשבת. בג"ץ היא הרשות המבקרת החלטות אלה. פרשת בר-אילן מהוועה דוגמה לכך: בתחילת העדיף בג"ץ להעביר את הדין לוועדה ציבורית, שתבחן את בעיית בר-אילן בפרט ואת בעית טగירת הcabishim בירושלים בכלל. משיקיבל שר התכנורה החלטה שkipha את המיעוט החלילוני ברוחב, התערב בג"ץ ופסל את ההחלטה השר. רק משנתקבלה החלטה מאוזנת יותר (סגירה רക בשעות התפילה, תוך קביעת הסדרים לכניות תושבים חילוניים של השכונה הזקוקים לרוחב) אישר אותה בית המשפט.

הכרעה זו במישור השיפוטי אינה מעניקה משקל נאות לצורכי התכחורה של התושבים החלילוניים שאינם גרים ברוחב עצמו, אלא נזקקים לו כורך ראשי בירושלים, וכורך בין-עירוני ראשי. בניגוד למשור השיפוטי, שהיה חייב לחתום בחשבו שיקול זה, נראה לי התוצאה רואה כפשרה חברתית. פשות חברותיות מוקדם בתחום היזכרים הסכמתה רחבה, ולא בהכרה שיפוטית. בהליך שיפוטי היה על השופטים ליחס משקל רב בהרבה מזה שניתן לעובדה שבר-אילן הוא כורך תחבורה עירוני ובין-עירוני ראשי. על כן לא רק הרגשות הלגיטימיים של התושבים הדתיים וצורכי תושבי הרוחב החלילוניים הם שצרכיים לעצב את התוצאה, אלא היה צריך לשקל גם את הצרכים של תושבי מדינת ישראל כורך בין-עירוני ראשי וצורכי שכונות צפון ירושלים כבדר הדרך החלופית, לא עסקה כורך ראשי מוכז כי כמו כביש בר-אילן. בכך שונה מקרה בר-אילן מהmarker שנדונו בהלכו הבודדות של בית המשפט.

קבלת הגישה המוצעת של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית יהודית-מסורתית לאפשר להטמע את הפעלה התרבותית כהנחה חוקתית-משפטית, ואז תהא הצדקה שיפוטית לתוצאה שהתקבלה.<sup>61</sup>

## **9. מעמדן של נשים בגופים ציבוריים הנוגעים לענייני דת**

דוגמה נוספת לתרומות בית המשפט העליון לשיפור איזotas זכויות האזרח בענייני דת ניתן למצוא בסוגיות מעמדן של נשים בגופים ציבוריים הנוגעים לענייני דת.

<sup>60</sup>

<sup>61</sup> דון יהיא, ליל-הערה 35, עמ' 48.

<sup>62</sup> דיוון בסוגיות מדינה יהודית-מסורתית - ראה להלן.

ההסדר החקיקי הקיים פוגע בשוויון הנשים. חוק שוויון זכויות האישה קובע שי"דין אחד יהיה לאישה ולאיש לכל פעולה משפטית...". עיקרו זה מופר בהפיקת דין האישות הדתיים לדיני האישות הממלכתיים, על אף היעדר השוויון בין גברים לנשים בעניין זה. נשים מכונות כתוענות רבניות אין ממשות כדיניהם בbatis הדין. עד שנות התשעים נשלמה מנשים הזכות לכהן במועצות דתיות וב"גוף הבוחר" את הרבנים הראשיים ואת הרבנים המקומיים.<sup>62</sup> השינוי בא בעקבות התרבות בג"ץ.

בפרשת שקייאל<sup>63</sup> טענה ועדת השרים, לפי סעיף 5 לחוק שירוטי הדות היהודים [נוסח משולב], תשס"א-1971, כי בשנות קיומה של המדינה נוצר נהוג שלפנוי אין להציג נשים כמעמדות לחברות במועצה דתית, לאור הקשר האמיץ בינה לבני הרובנות והחלכה המנחה אותה. החשש היה כי חברותה של העותרת במועצת הדתית תשבע את סדרי עבדותה של המועצה. השופט אלון הגיע למסקנה כי הנימוק לפסילתמה של העותרת היה עצם הייתה אישה, דבר הנוגד את עקרון השוויון במערכת המשפט הישראלית. על כן החלות ועדת השרים היא פסולה.

בפרשת פוז'ו<sup>64</sup> התעוררה שאלה דומה: האם רשות רשות מקומית, שהיא אחד משלושת הגוף המרכיבים את האסיפה הבוחרת את רב העיר, להימנע מבחרת אישה כנציגה באסיפה הבוחרת אך ורק בשל הייתה אישה? השופט (כתוארו אז) ברק קובע כי מועצת העיר זנהה בחאלתה את עקרון השוויון מבלי שבוחנה כלל את היקף הפגיעה בתפקודו של רב העיר בעקבות בחירות נשים לאסיפה הבוחרת. על כן נשללה החלטות הרשות.

לבית המשפט העליון היה תפקוד חשוב מטעם מועד האישה בגופים העוסקים במתן שירוטי דת או בבחירה נושא משרות דתיות, ואסיפה בוחרת לרבניים. פסיקה זו של בית המשפט העליון הופכת לעקרה, שכן הגוף הדתי נמנעים מלכיזה לה. גם הרשות המבצעת אינה עשויה מאמצים לאכוף את פסיקת בג"ץ בעניין. התוצאה היא שעל-אף התרומה החיוותית של בית המשפט לשיפור מעמדו של נשים בגופים העוסקים בעניינים דתיים אין השיפור ניכר בפועל, בשל אזלת ידה של הרשות המבצעת, או סיורבה המכון לקיום פסקי דין.

## **10. מעמדם של הלא-אורתודוכסים בגופים ציבוריים לענייני דת**

הכרה הבלתי ניתונה לרבות האורתודוכסית בישראל בענייני דת וההימנעות מלהעניק מועד לרבנים לא אורתודוכסים פוגעת בעקרון דמוקרטטי של שוויון כל הדתות וכל הזרמים הדתיים בפני החקוק. בישראל אין רבנים לא אורתודוכסים ורשאים על-פי הדין לעורך טקסי נישואין או לעורך גירוש. עד כה נמנעה מהם גם הכנסתה בפועל למועצות הדתיות אף כי נפלק שאין צדוק דין לפסילותם מחברות במועצות דתיות. גם הקצתה משרד הדתות לתרבות תורנית ופרומת וكونסרבטיבית היא מזערית.

<sup>63</sup> ב'נייבורג, *דת וחמקנות בישראל*, 1997, עמ' 33.

<sup>64</sup> ב'ג'ץ 153/87 שקייאל נ' השר לענייני דתות, פ'יד מב (2) 221.

<sup>65</sup> ב'ג'ץ 953/87 פוז'ו נ' מועצת עיריית תל-אביב, פ'יד מב (2) 309.

ענין חברות של לא אורתודוקסים במועצה דתית נידון בג"ץ הופמן.<sup>65</sup> העותרים טענו כי מועצת העירייה עיכבה באופן לא סביר את הצגת המועמדים למועצה הדתית, ונמנעה מהצעה את העותרים כמועמדיה למועצה עקב השתייכותם לזרמים הלא אורתודוקסים. עד לבירור העתירה ערכה המועצה את הבחירה. הרשות א' אפ-על-גביי מחייבת את המשיבים בהוצאות תוך קביעה כי המועצה פעלת זאת לא התקיימו בחירות חדשות למועצה. פנינו דוגמה לתרומה שלילית של הרשות המבצעת לアイcot זכויות האזרח בענייני דת תוך התעלמות מפסיקות בג"ץ.

לאחרונה מתאפיינת גישתו של בית המשפט העליון בהתמודדות נחרצת יותר עם סרבנותה של הרשות המבצעת (בעיקר המשרד לענייני דתות) לפעול בהתאם להלכות ולהנחיות שנקבעו בפסקתו, כאשר שוב ושוב נוקטים סחבת והשחיה בשילובם של נציגי הזרמים הלא אורתודוקסים במועצות הדתיות. כך, למשל, אילע לפניה הוודים מספר בפרש ג'ויס ברונץ, אשר בית המשפט העליון הורה בצו מוחלט לשבל את העותרת, גויס ברונץ, שאינה אורתודוקסית בהשპחתה, במועצה הדתית נתניה, על חשבונו כהונתו של חבר אחר.<sup>66</sup> בתגובה הממשלה הנמלה מצומצמת של המועצה הדתית לאחר ישיבה אחת, שבה השתתפה הגבי ברונץ, ורק היא מתכנסת, ובכך נמנעים מלבשת עם חברת המועצה הדתית, ברונץ.

**בג"ץ התנועה ליהדות מתקדמת**<sup>67</sup> נידונה תعروכה שהייתה אמורה להיערך במסגרת "שבוע השירותים הדתיים היהודיים", שארגן על-ידי משרד הדתות והרבנות הראשית. התנועה ליהדות מתקדמת ביקשה להתיר גם להציג דוכן, במסגרת האירוע המתויר. הוועדה המסדרית סייבנה לבקעה שבזעם השירותים היהודיים נועד להציג את שירותי הדת היהודיים כפי שהם ניתנים על-ידי גופים המתוקצבים על-ידי משרד הדתות, בפיקוח הרבנות הראשית. התנועה ליהדות מתקדמת אינה עונה על קритריונים אלה. לאור החלטה זו עטרה התנועה לבג"ץ. הנשיא שmagר פוסק כי חופש המცפן והדת מחייב את רשותות השלטון לנוהג כלפי המאמינים במידה שווה, בלי להבחין בין הזרמים השונים. לגופו של ענין פוסק הנשיא כי לאחר שהעתירה הוגשה יומיים בלבד לפני פתיחת התערוכה, לא נותר זמן לbijורים עובדיתיים, ועל כן העתירה נדחתה.

פרשה זו מהוות דוגמה לכך שבירוקרטיה לבדה עלולה לפגוע באיך זכויות האזרח בענייני דת. שלילת סיוע ממשלת מהיהדות הרפורמית והקונסרבטיבית בישראל מהוות לא רק פגיעה בשווון, אלא גם פגיעה בחופש הזוג והפלchan, שקשה לקיים ללא תקציבים להקמת בתים תפילה ותשלום משכורות לרבניים ולחזינים.

<sup>65</sup> בג"ץ 4560/94 הופמן ג' אהוד אלמרט ומועצת עליונות ירושלים (טרם פורסם).

<sup>66</sup> בג"ץ 3551/97 ג'ויס גליה ברונץ / תעדות שהרים לפי חוק שירות הדת (טרם פורסם), והוא גם בג"ץ 7237/95 שוש ערבי ישר הזונות (טרם פורסם).

<sup>68</sup> בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת ג' השר לענייני דתות, פ"ד מב (3) 378.

## פרק שני:

# דפוסי הפעולות השלטונית והשפעתם על זכויות האזרח בענייני דת - הערכה

בפרק הקודם עסקנו בניתוח סוגיות מרכזיות הקשורות למאבק על צביונה היהודית-דמוקרטי של המדינה. ניסינו לעורך מАЗ של תרומות כל אחת מהרשויות למצב זכויות האזרח בכל סוגיה. פרק זה ינתח ממבט על את תרומתה של כל אחת מן הרשויות לאיכות זכויות האזרח, תוך עמידה על דפוס פעלתה ועל הרקע לכך.

## 1. דפוס הפעולות השלטונית של הכנסת: חקיקה

חקיקת הכנסת בעירה גורמה לצמצום זכויות האזרח בענייני דת. הדבר נכון הן ביחס לחקיקה יוזמה של הכנסת והן ביחס לחקיקה הבאה כתגובה לפסיקת בית המשפט. תוצאה זו נובעת מכח שהכחון המניע את הכנסת הוא בעיקרו כוח פוליטי. על כן נחקקים חוקים בלחץ של קבוצות כוח בפוליטיקה הישראלית, אף אם הן אין מייצגות בהשquette כללן את רוב החברה הישראלית.

חלק מהחוקים נובע מההסכם החברתי שגבש בין-גוריון ערב הקמת המדינה. נחקק חוק בגין דין ובנינים (ניסיונו וגירושין), תש"ג-1953, הקובלע כי נישואין וגירושין בין יהודים בישראל ייעשו על-פי דין תורה בלבד. חוק זה אמן שולל את האפשרות לנישואין ולגירושין אזרחיים במדינת ישראל, ומהיג הסדר ذاتי על כל אזרח המדינה, אף על אלה שאינם מעוניינים או אינם יכולים להינשא בטקס ذاتי; ואולם החוק זכה להסכמה חברתיות, למעט היבט של שלילת זכות הנישואין ממונעי חיתון ומפסולי חיתון.

רבבות הן הדוגמאות לניסיונה שיצרה הכנסת באיכות זכויות האזרח בענייני דת במדינת ישראל, על-ידי חקיקת חוקים העוקפים פסיקה מיטיבה של בית המשפט. בוג"ץ פְּרִיאַרְיָה נפללו חוקי עזר עירוניים המגבילים מכירות חזיר. שנה לאחר מכן השיב המחוקק את המצב לקדמותו כאשר חוקק את חוק הרשותות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תש"ז-1956.<sup>69</sup>

דוגמה נוספת לניסיונה שיצר המחוקק מצויה בסוגיית פטיחת בתיה הקולנוע ועסקים בשכט. לאחר שבפרשת קפלן נפלל חוק העזר לירושלים (פטיחת עסקים וסגורותם), תש"ו-1955, תיקו המחוקק

<sup>69</sup> ח' ליל-פרק שני, סעיף 3. כאמור לנשא מכירות חזיר, יש היבטים לאומיים ותרבותיים יהודים ולא רק דתיים. עמדתי היאשו אינה פגיעה בחופש המיצפון, מדובר בנסיבות לאומיות דתיות. ר' שטרית, עarra 2 לעיל.

את סעיף 249 לפקודות העיריות, באופן שיסמיך עיריות ורשויות מקומיות לסגור עסקים בשבת. תגובת המחוקק נבעה מכך ש הממשלה הליכוד שהוקמה ביוני 1990, נשענה על קואליציה שהסתמכה על קולות המפלגות הדתיות.<sup>69</sup> דוגמה אחרת להיות חוקי הכנסת כליל לעקיפת פסיקה מיטיבה של בית המשפט העליון מצויה בסוגיית הגיור: לאור הנסיבות הקואלייציוניים של בחירות 1996 הועברה בכנסת בקריאה ראשונה הצעת חוק ההמרה, הקובעת כי בישראל יתאפשר גיור אורתודוכסי בלבד.<sup>70</sup>

על-אף המגמה השלילית המסתמנת מותוֹן חקיקות הכנסת ניתן למצוא לאחרונה גם דוגמאות להקיקה התוממת תרומה חיובית ומשמעות את איקות זכויות האזרח בענייני דת. דוגמה כזו היא חוק הזכות לקבורה אזרחית חולופית, תשנ"ו-1996, שהכיר בחתפותחוות החברתיות בדבר קבורה אזרחית, ויען בחוק ראשי את פסיקת בג"ץ בפרשנות מנוחה נכונה.<sup>71</sup>

لتרכומו החיויבית של המחוקק יש להוסיף כמובן, את חקיקות שני חוקי היסוד החדשים - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכן חוק יסוד: חופש העיסוק.<sup>72</sup> ייחודה של חוקי יסוד אלה הוא בעיגון חלק מזכויות האדם בחוק יסוד, תוך יצירת הגבלות עתידיות על הכנסת כרשות מוחזקת במסגרת פסקת ההגבלה. על-ידי כך צומצם הכוח של גופים דתיים בקשרו של חוקי רשות פרשנות ורבה של חוקי עוקפי בג"ץ. גם זכויות שלא הוזכרו במפורש מתקבלות הגנה במסגרות כבוד האדם, ובשלו של היסוד לרعيון המטריה של "כבוד האדם". גם חופש הדת נכלל במסגרות כבוד האדם, עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש מקום לראות בו חלק מכבוד האדם.<sup>73</sup>

הਪתרון לקושי שעמד בפניו הגופים הדתיים לאחר חקיקות חוקי היסוד וביטול מגבלות על חקיקה הסותרת את חוק היסוד, נמצא בתיקון חוק יסוד: חופש העיסוק בפרשנות מיטראל.<sup>74</sup> תיקון זה הוסטף את סעיף 8 המאפשר לפגוע בזכויות על-פי חוק יסוד: חופש העיסוק, בחוק או לפיו, מבלי לעומת בדרישות פסקת ההגבלה. זאת ברוב של 61 חברי, ובתנאי שיצוין שהחוק התקבל: "על-אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק". תיקון זה הביא לקבלה חוק יבואה בש"ר קפוא, תשנ"ד-1994. מכאן שתיקון חוק יסוד: חופש העיסוק מהוות נסיגה ביחס לחקיקת שני חוקי היסוד החדשים, כתוצאה מרצון הממשלה לרצות את הכוחות הדתיים בכנסת, מה גם שלפני חקיקת היסוד הייתה מקובלות מדיניות שלא ליבא בש"ר קפוא לא כשר, והחקיקה החזירה את המצב לקדמותו.

חקיקת חוקי היסוד והשלכותיהם ולימוד משקלן החשוב של זכויות המונוגנות בחוקי היסוד והשפעתן על הסדרים קיימים בענייני דת מעוררים את התנגדותם של החוגים החזרדים המסתווים לחלוtin מכל חקיקת יסוד. במשא ומתן פוליטי בדרך כלל מבקשים חוגים אלו התהייבויות לחקיקה, שתבטל החלות שיפוטיות המשנות מהדין הקיים. בפרשנות ולנו, למשל, נתפס הנסכם קואלייציוני בין מפלגת העבודה ותנועת ש"ס, אשר על-פיו תפעל סיעת העבודה בכנסת

<sup>70</sup> ר. ליל-פרק ראשון, סעיף 8 א, עמ' 24.

<sup>71</sup> ר. ליל-פרק ראשון, סעיף 6, עמ' 19.

<sup>72</sup> ר. ליל-פרק ראשון, סעיף 4, עמ' 14.

<sup>73</sup> לבני אום חקיקותם של חוקי היסוד החדשים ומוחלט של חקיקה מופצלת, ר. להל-פרק 4.

<sup>74</sup> אחריו בתק. פרשנות במשפט כך שלישי: פרשנות חוקית, 1994, עמ' 225 וכן הלו סומר, "יזמיות הבלטי מוניות" על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כ"ח (תשנ"ז 1997), עמ' 257, עמ' 324-326.

<sup>75</sup> ר. ליל-פרק ראשון, סעיף 4, עמ' 13.

לחקיקה מותקנת, המחזירה את המצב החוקי לקדמותו בתגובה לכל חקיקה שיפוטית של בג"ץ בענייני דת.<sup>75</sup>

## 2. השפעת הפסיקה על זכויות האזרח בענייני דת

מניתוח מאZN ההגנה על זכויות האזרח בענייני דת בפרק 2 לעיל עולה כי הרשות השופטת, ובראש בית המשפט העליון היא התורמת העיקריים המשקפת את זכויות האזרח בענייני דת במדינת ישראל. פסיקותיו של בית המשפט העליון בעיקר בשיבתו בג"ץ, הן תוצאה של תהליכי שהתרחשו בחברה הישראלית במשך שנים, אשר שינו את דפוס ההתנהגות הציבורית בתחוםים שונים. כתוצאה השינויים החברתיים הושגו עדירות לבית המשפט העליון על-ידי גופים ציבוריים או עותרים פרטיים. לעומת זאת תפקיד השופט בשיפור זכויות האזרח בענייני דת, שהרי בזכותם הגיעו הסוגיות השונות לדין בג"ץ, לשם מתן גושפנקה שיפוטית לאוֹת התפתחותם של חברות חברתיות חייבות. התהילה הדינמי של מתן גושפנקה שיפוטית לתהליכיים חברתיים המשפרים את זכויות האזרח בענייני דת החל לא רק בג"ץ אלא גם בהכרעות שיפוטיות של בתי המשפט ושל בית המשפט העליון בתחוםים אזרחיים או פליליים.

ישנן דוגמאות רבות לפסיקה מיטיבה של בית המשפט העליון, התורמות לשיפור זכויות האזרח בענייני דת, לאור תהליכי שהתרחשו בחברה הישראלית קודם לכן. כך, למשל, הוכרו נישואין בחו"ל של תושבי הארץ וכן נישואין פרטיים של פטולי חיתונו;<sup>76</sup> נפסק כי הנפקת תעוזות הקשר על-ידי הרבנות הראשית תישא על-פי "הירען הקשה" של דיני ההלכה, ועל-פי בלבד, ונפסק חוקי עזר עירוניים שאסרו על מכירת חזיר.<sup>77</sup> בית המשפט העליון הכיר גם בזכות לקבורה חלופית, שנים לפני שהכנסת קבעה זכות זו בחוק.<sup>78</sup> בית המשפט העליון היה גם הרשות שהבהירה כי הרבנות הראשית וגופיה, לרבות הדינגים ובתיהם הדין הרבניים, הם מוסדות ציבור, המכופים לעקרון החוק ולביבורתו בג"ץ.<sup>79</sup> בפרשנות קפלן פסק בית המשפט העליון כי הטלויזיה הכלכלית תופעל בשבת.<sup>80</sup> לפחות כי לבית המשפט העליון היה תפקיד מרכזי גם בהגנה על מעמדן של נשים בגופים ציבוריים הקשורים לדת.<sup>81</sup>

למרות המגמה החביבית בכך כלל בפסקות בית המשפט העליון לקידום איכות זכויות האזרח בענייני דת ניתן למצוא גם מקדים שבهم היסס בית המשפט העליון להתערב, והעדיף להשאיר את ההכרעה בזכויות בענייני דת בידי גופים אחרים. דוגמה לכך ניתן למצוא בסוגיית הגירוש. כאשר עלתה בפני בג"ץ שאלת ההכרה בגירוש רפורמי שנערך בארץ, העדפו שופטי ההורב להשאיר למוחוק את השאלות האידיאולוגיות בקביעת תוכן מהות הגירוש בישראל.<sup>82</sup> דוגמה נוספת להיסוסיו של בית

<sup>76</sup> בג"ץ/94 עיר'ץ אב ולוד' נ' "המעוד" מפלגת העבודה, פ"ד מט (1), 758.

<sup>77</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 2, עמ' 11.

<sup>78</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 3, עמ' 13.

<sup>79</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 4, עמ' 14.

<sup>80</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 7 א, עמ' 23-21.

<sup>81</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 8 ג, עמ' 25.

<sup>82</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 9, עמ' 27.

<sup>83</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 6, עמ' 19-19.

המשפט העליון מפסיק בסוגיות הנוגעות לזכויות בענייני דת ניתן למצוא בפרשת כביש בר-אילן. כפי שראינו, בית המשפט העליון מנע בתחילת מפסיק בעניין והמליץ על הקמת ועדת ציבוריות לביציקת הנושא.<sup>83</sup>

היסוי של בית המשפט העליון לפסק במקרים הללו נובעים, לדעתנו, מהיות השאלות הללו טענות מבחינה חברתית ופוליטית. הן שאלות הגיור הלא אורתודוקסי בתהומי ישראלי והן שאלות סגירותו של כביש בר-אילן הן שאלות הנוגעות לאופיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מצד אחד, ויהודית מצד אחר. אלה שאלות שיש להן תוצאות פוליטיות וחברתיות. לשאלות הגיור מתווסף פן נוסף של אהדותה של היהדות מול החשש מפיזולו לששות זרמיה. על כן כל הכרעה של בית המשפט עלולה להיות להיתפס על-ידי חלקים שונים בציבור כהחלטה פוליטית. בית המשפט, העדי למשוך ידו מן העניין בשל חשש מיצירת רושם מוטעה.

בסוגיות אלה קיים חשש נוסף: כל פסיקה שבית המשפט העליון היה פוסק ושהיתה נטפסת על-ידי הציבור הדתי-חרדי כפוגעת באינטרסים שלו, עלולה להיות להיעף על-ידי חקיקת חוק על-ידי הכנסת בלחץ הנסיבות הדתיות בכנסת. הדבר עלול להיות לעודד מתקפות חדשות על בית המשפט העליון, ולהחליש את כוחו של בג"ץ בענייני חלקיים מן הציבור. יתרון שבלבם של השופטים קיין חשש ממשמעותי הרבה יותר והוא סכנת חקיקה הממצמצמת את סמכויותיו של בית המשפט העליון באופן כללי. מתוך חשש שהוא ייתפס על-ידי הציבור הדתי כשוקל שיקול מדיניות שאינם מקובלים עליו ומתוך רצון למנוע את החלשתו על-ידי חוקים עוקפיים בג"ץ ניסה בית המשפט העליון להימנע מוחכראה בעניין.

### 3. דפוס הפעולות השלטונית של הרשות המבצעת: ביצוע ואכיפת פסיקה

הרשות המבצעת תרמה בכך לכל תרומה שלילית למאזן זכויות האזרח בענייני דת ברוב תקופות הכהונה של מושלות ישראל. הדבר מתבטא בכך בתחום הביצוע, הן בתחום האכיפה והן בתחום קביעת מדיניות. הסיבה לכך היא העובדה שההרשאות המבצעת מושפעת מ��ואליציות המבוססות על סיבות דתיות. הללו מנצלות את היעונן לשון מאזינים כדי לקדם את האינטרסים הנראים בעיניהם חיוניים.

דוגמה לתרומה השלילית של הרשות המבצעת ניתן למצוא בתחום הקבורה האזרחית. על-அ שbag"ץ הכיר בזכות לקבורה אזרחית, ועל-אף שהכנסת עינה את הזכות לקבורה אזרחית חלופית לא הותכו תקנות להפעלת החוק לקבורה אזרחית. נוסף על כך ישנה הcadha על הקצת קרונות ועל מימון פיתוח הקרקעות לצורך שימוש כבתי עלימי אזרחיים חולפיים. על-ידי כך מונעת הרשות המבצעת את שיפור זכויות האזרח במדיניות של "شب ולא תעשה".

תרומה שלילית במיחוד לאיכות זכויות האזרח בענייני דת תורמים הגופים הדתיים השונים. גופים אלה נוטים להתעלם מפסיקת בג"ץ, המיטיבה עם זכויות האזרח. היעדר אכיפה של פסיקה זו מביא לכך שזכויות האזרח בענייני דת יוצאות חסרות. לשם הדגמה טענה זו ניתן להביא את הלכת

<sup>84</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 84, עמ' 27-26.

בבלי, שקבעה כי בתי הדין הרבניים מחויבים להלכת השיתוף האזרחי.<sup>84</sup> בפועל נמנע בית הדין הרבני מימוש החלטת בבלי. אי-אכיפת פסיקת בג"ץ בעניין זה פוגעת באיכות הזכות להtagרש.<sup>85</sup> עוד דוגמה לכפירה בוטה בסמכות בג"ץ הינה התנגדות הרבניות הראשית בעקבות החלטת בג"ץ ב-1994 לאפשר לחברת מיטריאל ליבאبشر כשר, אף-על-פי שהחברה מייבאת גם בשר לא כשר. מועצת הרבנות הראשית החליטה להעתלם מפסקת בג"ץ תוך התרסה שלא תקבל פסיקות בג"ץ בעניינים הלכתיים.<sup>86</sup>

בפרש וסקין קבע בג"ץ במפורש כי אין לשול תעודת הכלור מלוון רק משום שמתיקיותם בו הופעות של רקדנית בטן. בפועל אין פסיקת בג"ץ מובצעת, והרבנות מתנה את אישורי הכלורות בכך שבתי המלוון לא יעסקו פקידי יהודים בשבת, לא יגבו כסף בשבת אלא לאחרי הפרוגז, לא ישמעו מוסיקה בשבת, לא ישכירו אולם ליהודיים משיחיים וכדומה. כמו כן שכליים אלה מנוגדים לפסיקת בג"ץ ולהזק, נעשים הדברים בעקבין: בעלי אולמות יודעים שם מופיעה רקדנית בטן המשגיח לא יישאר במקום, ולמהרת יהיה צורך להזכיר את כל הכלים מחדש כי היו ללא השגחה.<sup>87</sup>

על-אף המגמה השלילית בפועלות, או במקרים של הרשות המבצעת וגופיה ניתן למצוא דוגמאות חריגות שבهن ורימה הרשות המבצעת תרומה חיובית לשיפור זכויות האזרה בענייני דת. דוגמה לכך מהוות הניסיון ב-1995 לגבות עקרונות חדשים לניהול רשיונות פסולין חיתון.<sup>88</sup> דוגמה אחרת ניתן למצוא בא-אכיפה חוק עזר האסורים על פתיוח עסקים בשבת. אי-אכיפה חיובית זו נובעת מתרגם האקלים החברתי למדייניות אי-אכיפה בנסיבות שבתם רוב האוכלוסייה היא חילונית. מדיניות זו של אי-אכיפה מטيبة בוטלה בעקבות חילופי הגברי במשרד העבודה והרווחה לאחר בחירות 1996.

עם זאת ישן מגמות בפסקת בית המשפט העליון הממצמצמות את היקף ההגנה החוקתית של זכויות גם בהקשר של ענייני דת. לאחרונה עلتה בבית המשפט העליון שאלת היחס בין זכויות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין זכויות לפי חוק יסוד: חופש העיסוק. השאלה עلتה במהלך דיון בגלגול נוסף של פרשנות חוק הבשר. לאחר שחוק יסוד: חופש העיסוק וחוק בעקבות פסק הדין הראשון בפרשת מיטריאל,<sup>89</sup> עטרה חברת מיטריאל בע"מ לבית המשפט העליון נגד תוקפו של חוק ייבוא בשער קפוא, תשנ"ד-1994,<sup>90</sup> בטענה שחוק זה בטל בהיותו פוגע בזכותה לחופש העיסוק, וזאת על-אף שהחוק והעובר בנסיבות של חוק חורג (Override) שביבולתו לגבור על חוק יסוד<sup>91</sup> לפי חוק יסוד.<sup>92</sup> מכוון שלעונת הרוור כי סיכוןה של העוניה להתקבל, ככל שהדברים נוגעים לחוק יסוד: חופש העיסוק, הם נמנעים, וזאת לנוכח לשונו הברורה של חוק יסוד, תקפה העונתית את תוקפו של חוק ייבוא בשער קפוא גם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. העונת טעונה כי חוק

<sup>85</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 5, עמי 15-18.

<sup>86</sup> ר' ליל-פרק ראשון, סעיף 5, וכן ב' ניברג, *דת וdemokratia בישראל*, 1997, 28.

<sup>87</sup> ר' ניברג, ליל-עה 62, עמי 28.

<sup>88</sup> שם, עמי 27.

<sup>89</sup> ר' ליל,פרק ראשון, סעיף 2, עמי 11.

<sup>90</sup> ביש' 3872/83 מיטריאל בע"מ נ' איש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מו (5), 485.

<sup>91</sup> סי' ח' התשנ"ד, עמי 104.

<sup>92</sup> בג"ץ 94/4676 מיטריאל בע"מ נ' בנט שטרל (טרם פורסם, ניתן ביום 15.5.95).

יבוא בשר קפוא פוגע בזכות לחופש הדת והמצפון ובזכות לשוויון, המעווגנים בחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, והחוק פוגע גם בזכותו של קניין. בית המשפט העליון דחה טענה זו מבלתי היכנס לעומק הנימוח של הפגיעה הנטענת בזכויות היסוד לפי חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו. בג'ץ נימק את הדחיה על יסוד הטעם המרכזי, שעיקר הפגיעה בחוק ייבוא בשר קפוא היא בחופש העיסוק, והפגיעה בזכויות היסוד המוגנות בחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו היא משנית לפגיעה בחופש העיסוק. בכך צמצם בית המשפט העליון למעשה את היקף ההגנה על זכויות האדם הנפגעות מטעמי דת, כאשר פגיעה זו מתווספת לפגיעה בזכויות אחרות.

## **פרק שלישי:**

### **דרכי התמודדות עם דפוסי פעלות שלטונית הפוגעים בזכויות האזרח בענייני דת**

הפרקים הקודמים במחקר זה מצביעים על כך שהן הרשות המחוקקת והן הרשות המבצעת השפיעו פעמים רבות מדי באופן שלילי על זכויות האזרח בענייני דת. שונה המובן לגבי בית המשפט העליון, אשר בולט בתרומתו להגנה ולקידום זכויות האזרח בענייני דת. יחד עם זאת פועלתו מוגבלת על-ידי קשיים ומכשולים המוצבים בדרכו.

ישנם שלושה מישורים שבהם יש צורך להנaging שינויים כדי לאפשר לבית המשפט להמשיך ולהגן על זכויות האזרח הן בענייני דת והן בנושאים אחרים. ראשית, במישור החוקתי: לרשות השופטת חסירה הגנה נאותה הן במישור המהותי והן במישור המינורי והתקציבי. שנייה, במישור הנורמטיבי: נדרשת הבהיר לשאלת מה הוא ההיקף הרואיו להטענותו של בית המשפט בנושאי דת ומדינה. כאן יש צורך במתן כלים פרשנאים ביידי בית המשפט לצורך הכרעתו הנגועות במחולוקות אידאולוגיות, תוך שימת דגש על שאלת הנוסחה מדינה יהודית-דמוקרטית. שלישיית, במישור האכיפה: נדרשים הבהיר והזוק יכולתו של בית המשפט במישור האכיפה וההגנה ליהודי מפני אי-ציותות לפסיקה של בגין המשפט.

#### **1. ההתמודדות במישור החוקתי**

בעבר, לפני חקיקת חוקי היסוד, עמדו בפני המערכת הפליטית הצורך לבטל פסיקה של בית המשפט בדרך של חקיקה או בדרך של מדיניות ביצוע, החומרה מacistsה של פסיקת בית המשפט. במצב משפטו זה המערכת הפליטית והגורמים המעווניינים בביטול פסיקה של הרשות השופטת לא נחשפו לתהיליך קשה של התגברות על הוראות חוקי היסוד, תהיליך המחייב רוב מיוחד, וחושף לתקיפה חוקתית בבית המשפט העליון. לפיכך במצב הקודם הסתפקה המערכת בהליך החוקיקתי לביטול פסיקת בית המשפט, וכן באמצעות המינימליים הנלוויים שעמדו לרשות הרשות המבצעת כדי להימנע מacistsה פסיקה של בית המשפט.

כיום מסתבר למערכת הפליטית ולגורמים המעווניינים לבטל פסיקה כי נוצרו דרישות חוקתיות מיוחדות לעניין ביטול פסיקת בגין, מה שמכונה בלשון הפליטית "חוק עוקף בגין".

מודעות זו של האורמים הפליטיים המעוניינים במניעת הרחבת ההגנה החוקתית והשיפוטית על זכויות האזרח הובילו להטעניות הוגברת בבית המשפט העליון עצמו. הם החלו בגלות עניין בעורבות בהרכבו, בדרכי בחירת השופטים ובחתיכחותם להיקף ההפיקד השיפוטי, שבאה לידי ביטוי בפסקתו. כאן חלה מערכת כבודה של התומכים במצב המשפט הבודד נגד בית המשפט העליון. לפני בחריות<sup>91</sup> כינה ראש מפלגה חשובה בישראל את בית המשפט העליון "סניף של מר'ץ". מיד לאחר הבחירות החלה מתתקפה קשה, הכוללת איום בפגיעה אישת כלפי נשיין בית המשפט העליון ושופטיו, הפגנות בבית המשפט העליון, וمرة אחד שבו נכנסו מפגינים לתוך כותלי בית המשפט במחאה על מדיניותו השיפוטית. חציה של מתתקפה נספת כוונו כלפי בית המשפט בטעון מהותי, שאל לו לעסוק בערכיהם. כמו כן הועלו העוזות לשינוי דרכי הבחירה של שופטי בית המשפט העליון, ובכלל זה הצעה שהשופטים יבחרו לתקופה קצרה על-ידי הכנסת. כל ההצעות וההשתיגויות הללו נעשו לצורך לחץ על בית המשפט העליון כדי שיקנה משקל רב יותר לשיקולים דתיים מכפי שעשה עד כה.

סדרת המתפקידות פגעה בא-תלוותו של בית המשפט העליון בעיקר בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בעשיית הצדקה, ובמלאת השפיטה. בעינוי של הנתקפות הללו היססו הוגים הדמוקרטיים במדינת ישראל מלמותוח בикורת על בית המשפט העליון כאשר ייחס מסקל גדול יותר לשיקולים דתיים מאשר ייחס בעבר, מושם שחששו להציגם כמצטרפים למתקפה למתתקפה על בית המשפט העליון.<sup>92</sup> כתוצאה לכך נוצר חוסר איזון בגורם השיטה, המשפיעים על עשיית הצדקה בבית המשפט.

לאור ההתקפות הלו עולה וניצבת ביתר שאות השרiron של חוק יסוד: השפיטה, והעיגון בחוק של ההגנה על אי-התלות השיפוטית. גם ללא ההתקפות הלו יש צורך לשרין את חוק יסוד: השפיטה כדי להן עליו מפני שנויים בחקיקה רגילה. זה יסוד חוקתי מרכזי, שיש הכרח לכלול אותו בחוקה של כל מדינה מותקנת.

מערכת המשפט בנויה על כמה ערכי יסוד ואלו הם (לא לפי סדר עדיפות): צדק והגינות מהותיות ודינוניות, יעילות השפיטה, נגישות למערכת הצדקה מבחינה גאוגרפית וככלכלית, אמון הציבור במערכות בת המשפט וערך היסוד א-תלות שיפוטית.

ערci היסוד הלו, עליהם נשענת מערכת הצדקה, חשובים כולם ויש בהם יחסינו גומלין, ולעתים אפילו מתחווות. אין ספק, למשל, שהרשעתו של אדם על יסוד ראיות שהסתברו כמוטעות (כפי שקרה לנאים ברגע שההורשע ברצח הקבן שלום כהן, ולאחר שלוש שנים הסתבר, לפי ראיות, שלא הוא ביצע את הרצח), פוגעת פגעה חמורה באמון הציבור בתבティ המשפט. הוא הדבר העומס הגורם לעניין דין ולהתמכחות רבת שנים של הטיפול בתיקים בתבティ המשפט. עניין הדין פוגע באמון הציבור במערכות השיפוטית.

יש להציג על כך שביצומו של ויכוח ציבוררי על מעמד בית המשפט העליון הוחמזה הזדמנות היסטורית לשרין את חוק יסוד: השפיטה. כך ניתן היה להעניק לו מעמד וורטיבי גבוה מחקיקה רגילה, לשרין את מעמד השופטים ובתי המשפט וסמכויותיהם ולהעניק לרשות השופטות הגנה חוקתית מפני ניסיונות לנקץ בסמכיותו, או לשנות את הלכי הבחירה של שופטיה. יש לפעול

---

S. Shetreet, *Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary*, 1994, pp. 497-521 <sup>93</sup>

ליצירת הסכמה לאומית רחבה לשריון חוק יסוד: השפיטה. חשוב מאוד שהמערכת השיפוטית תפעל במסגרת יציבות חוקתית ולא תהיה תלולה ומוספעת מניסכויות חברותית פוליטית.

אכן, לנגד עני בית המשפט עומדים לא רק שיקולי המשפט האינדיבידואלי העומד לדין ולהכרעה בפניו, אלא גם שיקולי שיטה כוללים, המתייחסים לנסיבות חברותיות לאומיות ומשמעותם על ההכרעה השיפוטית הן בתיקים פליליים, הן בתיקים אזרחיים והן בתיקים ציבוריים, שבהם הסתסוך הוא בין האזורה לשלטונו.

המתקפות הבאות מצד גורמים שונים על בית המשפט העליון המערערות על הלגיטימיות של בית המשפט, ולפעמים תוך כדי הצמתה כינויים כגון: 'סיניר של מר'ץ', יוצרות השפעה מצננת (Chilling Effect) על אי-התלות השיפוטית. שומה על הקהילה המשפטית ועל האליטות החברתית והמקצועית ועל המנהיגות הפוליטית להיות ערים להשפעה המצתנת זו וליטן את ההתבטאות היוצרות אותה. ההיסטוריה השיפוטית של מדינת ישראל ידעת עימותים בין ראש המנהיגות הפוליטית ובין ראש המערכת השיפוטית. היו עימותים בתקופות בן-גוריון ובגין; כגון על עונשי מינימום ועל חנינה בן ציון.<sup>93</sup> אולם לאחרונה חרגו המתקפות על בית המשפט העליון מעלה ומעבר לכל מה שהיינו עדים לו בעבר.

המערכת השיפוטית היא אחת משלוש הרשויות החוקתיות של המדינה. חיוני שלרשות זו תוענק ההגנה החוקתית הנדרשת לה לשם שמירה על עצמאותה. במצב המשפט כיום חוק יסוד: השפיטה אינו מעניק הגנה מספקת, וגם מחייבת החוקים המצב לocket בחסר. שכן בעודו שחוק יסוד: השפיטה מגן על המערכת השיפוטית מפני התערבות הרשות המבצעת באמצעות פרסום תקנות לשעת חירום,<sup>94</sup> החוק אינו שונה מכל חוק רגיל אחר, ואינו מקנה הגנה כלשהי מפני הרשות המחוקקת, דהיינו, הכנסת. זו רשאית לשנות את מעמד הזורע השיפוטית באמצעות חקיקה רגילה ובדרישות הקבועות לגבי הילicity החקיקה.

הגנה חוקתית ראוייה מחייבת שריון של עקרונות מסווג על מנת להגן על נורמות בסיסיות ואלה הם:<sup>95</sup>

העיקרון הראשון הוא איסור הקמת בתי דין מיוחדים (בית דין אד-הוק) לשימוש סכסוכים מסוימים. ללא הגנה מעין זו ניתן לעקור בקלות את כל המערכת השיפוטית. אמן סעיף 1 (א) לחוק יסוד: השפיטה כולל איסור זה, אך ללא כל שריון (פורמלי או מהותי).

העיקרון השני הוא הגנה חוקתית של הוצאה לפועל אפקטיבית של החלטה שיפוטית. זו אחת מנקודות החולשה הגדולות ביותר של מערכת המשפט הישראלית. אמן בעבר רווה מסורות של ציאות להחלטות שיפוטיות, אולם אין בה כדי לספק כלל ועקר, במיעוד לאור העובדה שمتרבבים המקרים בהם אין היא נשמרת, דוגמת החלטת בבל שאותכה לעיל.

העיקרון השלישי הוא הענקת עצמאות מינימלית לרשות השופטת, ובכלל זה הנהגת הפרדה מוחלטת בין שופטים ועובדיה הרשות השופטת לבין עובדי המדינה המהווים חלק מהרשota המבצעת, ויצירת הבנה חזקה וברורה ביניהם.

<sup>94</sup> עין חנית יהושע בן-צין בתק. 1994, *Justice in Israel*.

<sup>95</sup> ראו סעיף 22 לחוק יסוד: השפיטה.

<sup>96</sup> S. Shetreet, *Justice in Israel*, pp. 516-519.

העיקרונו הרביעי הוא איסור על שינוי תנאי הכהונה של השופטים. אמנם אין זה רצוי להעניק לשופטים שליטה מלאה על תנאים, שכן מבח זה יש בו כדי להוות הפרה של האיזון, אולם כוון עלילות הזורע המחוקקת והזרוע המבצעת לנסות לשנות את תנאי הכהונת השופטים או את זרכיו בחירותם על מנת ללחוץ עליהם לשנות את מדיניותם או להציגו על כך שהיא אינה מקובלת עליהם. תיכנן אפילו השפעה על החלטות שיפוטיות קונקרטיות. אמנם סעיף 10 (ב) לחוק יסוד: השפיטה מונע הפחתת שכרם של השופטים בלבד, אך אם מפחיתים שכר ומשנים תנאים למוצר נוסף, יתכן כי יצוץ גם בשכרם של שופטים ולא דזוקא משיקולים כלכליים.

העיקרונו החמישי הוא עיקרונו "השופט הניטרלי". בוגוד לעיקרונו החללי האוסר משוא פנים המוכר במשפט הישראלי, וועל-פיו שופט נפלט רק עקב חש למשוא פנים או לניגוד עניינים, עיקרונו השופט הניטרלי הוא כלל חיובי, המחייב הנהגת תכנית קבועה מראש לחלוקת תיקים בתביעת משפט. כלל זה מבטיח הגינות וניטרליות מלבתיה באשר להרכבת בית המשפט.

ניתן לראות, אם כן, שמדינת ישראל עוד רוחקה מהשלמות ההגנה החוקתית על עצמאותה של המערכת השיפוטית.

## 2. מדינה דמוקרטית יהודית-מסורתית

הגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כאחד הופיעה לראשונה בחוק יסוד: חופש העיסוק וב חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>96</sup> זאת על רקע הניסיון לספק בישראל הגנה לזכויות האדם בחוק.

העמדות האידיאולוגיות של הכוחות החברתיים במדינת ישראל הן שעומדות בסיס הנוסחאות והתהליכי המשפטיים שניתחנו עד כה. מטרתו של פרק זה היא לבדוק את הזרמים העיקריים בחברה הישראלית בכלל הקשור לשאלות ذات מדינה, תוך ניתוח היבטים המשפטיים של הגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בית המשפט נזקק מעט לעת לדין בסוגיות אופייה היהודית והדמוקרטי של ישראל, והוא נדרש להכיר בשאלות שיש להן זיקה הדוקה לפרשנות נאותה של הנוסחאות הללו. כדי שבית המשפט יוכל להמשיך ולמלא תפקיד חיובי בתורמתו לזכויות האזרח בענייני ذات, נדרשת הגדרה בהירה יותר של היסוד "יהודית" בנוסחה "מדינה יהודית דמוקרטית".

באופן כללי ניתן לומר כי הציבור היהודי בארץ מוחלק לארבע קבוצות עיקריות בשאלת היהדות. כ-40 אחוז מן הציבור מגדרים עצם חילונים גמורים. כ-12 אחוז מגדר עצמו דתי. 4 אחוזים מהציבור מגדרים עצם חרדים. 40 אחוז הנוצרים רואים עצם מסורתיים. היהודי המסורתני, כמו עמיותו הדתי מכבד ומקיים את המסורת היהודית, אולם מתנגד לכփיה דתית. הוא שומר מסורת מותק תחושת מחויבות למנהיגי אבותיו ולהיסטוריה של העם היהודי, אך לא מתוך גישה נוקשה. ניתן להגדיר את המסורתני כיהודי המאמץ חופש בחירה מודע בשמירת ההלכות ומתיר לעצמו חירות מסוימות שלא יעלו על דעתו של יהודי דתי. באופן ציורי ניתן לתארו כמי

<sup>97</sup> במשמעות העכמאות הגדולה המונית כיהודית, אך לא נאמר במפורש כי זו מהיה גם דמוקרטית. כל שטامر בפרק השלישי להכרה הוא כי: "ניתן שוויון זכויות חברתי ומדיני גם לכל אזרחיה בלבד, נועומי".

שבشبת בבוקר הולך להתפלל בבית הכנסת, ואחרי הצהרים נסע במכונית למגרש הcadogel. הוא שומר כשרות ב ביתו, בונה סוכה ונוהגמנהגי אבלות מקובל בהלכה היהודית. שילוב של מסורת וחופש בחירה באורח החיים המסורתני נכו גס במישור החברתי-פוליטי, ובריה כי יש לך נפקות גם במישור המשפט, כפי שיתואר להלן. הטעם החברתי לכך טמון בעצם הצורך למציאות מכנה משותף רחוב ככול הניתן בין המגורים בחברה היהודית.

במישור החברתי ניתן להשיג מטרה זו אך ורק בדרך של שילוב ומיוזג בין הכוחות המתונינים הפעילים בחברה, זהינו: בין החלונים הליברלים, שאינם דוגלים בஸר של פירוד ומקרים בחשיבותה התרבותית של חזות היהדות בעיצובה תרבותה של מדינת ישראל, ובין המסורתיים ואך הדתיים המכבדים את הדמוקרטיה וזכויות האזרח, אך מעוניינים גם בכיווצה של המסורת היהודית ושמירה על זיקה ותרבותות הדזוקה למסורת ההיסטורית היהודית.

<sup>97</sup> בציור היהודי ישן אידיאולוגיות נוספות, המנסות לתת מענה אחר לשאלות היסוד היהודי. הצייבור היהודי בישראל מורכב משני מחנות: החוגים הרדייקליים והזרם העיקרי ביהדות החרדית. החוגים הרדייקליים ("נוטורי קרטא") מסרבים להתאפשר עס אופיה החלוני של המדינה ועם היותה מעשה ידי אדם. لكن מיד עם קום המדינה, הטילו חוגים אלה חרם על השתתפות בבחירות לכנסת, על קבלת כספים מן המדינה ומשלוחותה ועל כל מגע אחר עם מוסדות השלטון והמדינה. לגישתם, מדינת ישראל היא מעשה שטן לא רק בשל אופיה החלוני, אלא בעיקר משום שהיא בעצם קיומה דחיקת הקץ. הצעונות בכל ולמדינת ישראל בפרט מצטיירות בעיני חוגים חרדים קיצוניים אלה כהפרה בוטה של שביעת האמונים שנשבעו ישראל להמתין לכך וכפהורה של הנורמה הדתית המובהקת של תקופת הגלות.<sup>98</sup>

החלק העיקרי בציור היהודי רואה במדינת ישראל ניטרלית מבחינה דתית, המתקיימת בתחום החלין ושרויה בדיון הגלוות. הורתה ולידתה של המדינה אינה בטומאה ואנייה בקדושה - היא מהוות תופעה היסטורית גרידא. הקבוצה החברתית הקרויה בשם "יהדות חרדיות" בנוייה מksamימות רבות באשר ליחסן לעולם המודרני, למשל "כל ישראל", לציונות ולמדינת ישראל. המכנה המשותף לכל הזרמים הוא הראייה את החווים במדינת ישראל בזמנם זהה כగותה במובנה המטפיסטי-תיאולוגי ("גילות ישראל בארץ הקודש"). עיקר העימות עם מדינת ישראל מבוססת על שאלת החלון הלאומי. העמדה השלטת בקרב רוב החוגים חרדים במדינת ישראל כיוום מכירה דה-FACTO במדינה יהודית, אינה מכירה דה-IORAH במדינה יהודית-חילונית. נציגיה נוקטים שיתוף פעולה מסויג ופורמלי עם מוסדות המדינה, אך שוללים את האידיאולוגיה הלאומית ואת ההזדהות עמה. התוצאה היא שנקיטת העמדה כלפי המדינה ופועלותיה נעשית א-ד-הוק, כמו כלפי כל תופעה ארצית אחרת: אם המדינה, מוסדותיה ותקציביה תומכים בבני התורה והישיבות, יש לדzon אותם לכף זכות. מנגד, אם הם מתנגדים לעולם התורה יש לדzon אותם לכף חובה.<sup>99</sup>

וזם אחר בחברה הישראלית משתמשו על משנתו של הרב צבי יהודה הכהן קוק. זום זה רואה בציונות ובמדינת ישראל בבחינת מהלך משיחי: הצעונות היותה "אטחלטה דגאולה", ואילו מדינת ישראל מהוות כבר את אמצע הגאולה. יתר על כן, זום זה רואה את הצעונות ואת

<sup>98</sup> ראה דיוון בהרבה: שי שטרית, הארץ הטוגה: בין בוחות, 1998, פרק 13.

<sup>99</sup> ארבעען, הקץ המגללה ומצוות היהודים - משיוחות, ציונות ואדיילז'ז דז'י בישראל, 1994, עמ' 29, 94.

<sup>100</sup> שם, עמ' 200-225. וכן: צ'שוווץ, אמונה על פרישת דרכם - בין דיעון למעשה בציונות המשיחית, 1996.

מדינת ישראל לא רק כאמצעים לתחייה ארצית-מדינית אלא אף לתחייה דתית-רוחנית מרחיקת לכת.

ורם זה נתקל במציאות סרבנית-חילונית. היחס למציאות זו הוא מורכב: מצד גיסא, הרב קוק ייעד תפקיד חשוב לכוחות החילוניים בתפקיד התחייה הלאומית. מאידך גיסא, משנותו של הרב קוק לא הותירה מקום למציאות יהודית-חילונית מתמשכת לאורך ימים.

כיום חלק גדול מן הציבור היהודי במדינת ישראל מגדר עצמו חילוני גמור. ואכן, התנועה הציונית בראשיתה הגדרה עצמה כתנועה סוציאליסטית-חילונית. היא בiska להעניק אדם יהודי עברי חזש ומרדה בגלויות. שלילת הגלות קיפה בתוכה גם שלילת אורתח חיים הדתי של הגלות.<sup>100</sup>

זהרומים הראשונים ביחס הדת והמדינה מחזירים את השאלה כיצד הנעו לטוטוס קו בענייני דת כפי שהוא ביום. התשובה לכך טמונה בשורה של כל אחד מן הזרומים עם המזיאות. כשקמלה התנועה הציונית החלוצית הסוציאליסטית, וחבריה עלו לארכ' להגשים הלכה למעשה את מצוות הציונות ובנין הארץ, הייתה זו תנועה חילונית. עם הגיעם לארץ ישראל בראשית המאה גילו מנהיגי התנועה הציונית הסוציאליסטית כי אינם יכולים להתנקק מהшибיות הדתיות. ראשית, המשטר המשפטי שהייתה קיים בארץ בתקופת העותמאנית ואחר כך בידי המנדט היה מבוסס על שיפוטו המשפטי, הדתי-האיסטי של כל אדם. לפי השיקות הדתית נקבעו הדינים החלים בתחום המעד האיש, נישואין, גירושין, ירושה או אפוטרופסות. שנית, היו מוסדות נבראים, שהוחכו על ידי השלטונות, שנבחרו על בסיס שיקות דתית, כמו "כנסת ישראל" ומוסדותיה.

הפגש בין הוגשה הסוציאליסטית החילונית ובין המזיאות המשפטי שנזקקה לפרמטרים של שיקות דתית אילץ את מנהיגי התנועה הציונית החילונית להתאים את תפיסתם לנסיבות. لكن נזנחה התפיסה המבוססת על חילוניות גמורה ועל ניטוק גמור מן הזות, והתקבלה תפיסה הרואה בדת מרכיב הכרחי בתודעת הזהות הציונית של היישוב היהודי לפני פניה המדינה ובאורח החיים של המדינה היהודית לאחר כינונה. ההכרה המלאה בשורה קיבלה ביטוי במכבבים של בן-גוריון, הרב פישמן ויצחק גרינבוים בשם הנהלת הסוכנות היהודית למנהיגי אגודות ישראל בהסתדרות אגדות ישראל העולמית בספטמבר 1947, המכונה מכתב הסטטוס קו. במכבב זה התחייב בן-גוריון כי ישמר אורח חיים ציבורי יהודי במדינה שתקים, ובכלל זה שמירת השבת, נישואין לפי דין תורה, שירות, ואוטונומיה בחינוך. בכך הצרפה בהמשך ובפרט ההתחייבות למתן פטור מגיסוס לחורי ישיבה.

הrukע המיידי למכבב טמון בהגעתו ועדת האו"ם לארץ ביוני 1947, לשם הגשת המלצות, שלימים קראו לחלוקת ארץ-ישראל ולהקמת מדינה יהודית. בראשי הסוכנות, וביניהם דוד בן-גוריון, היה חשוב מאד להציג בפני הוועדה עדשה מאוחצת בשם היישוב היהודי כולם. החשש היה שהחוגים האורתודוקסים יתנגדו להקמת מדינה ציונית-חילונית, لكن הוחלט לנקט בדרך הפשרה כדי לווכות בתמיכה הפוליטית של החוגדים.

גדולי התורה, מצדם, נענו מლפרנס את דעתם בדבר מדיניות הלכה, ואף יעזו לאגודות ישראל להימנע מהבעות דעה בפורמי לטוב ולרע, אך שלא יושמו בכך שחייבו בהקמת המדינה, ובה בעת ישמרו על כוח השפעתם עם הקמתה.

<sup>101</sup> אשפרא, דבר/ionה, 1992, עמ' 28.

על יסוד ההסכם שבוטאה במכבת הפטוטוס קוו בענייני דת ומדינה הצליח בן-גוריון לבסס גם את הלגיטימציה של הציונות הדתית להצטוף למפעל הציוני. הדבר אפשר את צמיחת הברית בין הציונים הסוציאליסטיים לבין הציונים הדתיים המתוונים, ובראשם הרב מימון.<sup>101</sup>

הנהגה הציונית קיוותה כי תוכל להשתמש בתנאות המזרחי כדי לקרב את הדתיים אל החזון הציוני, אף אם מדובר תקופה בחזון ציוני-דתי, ההנחה הייתה כי הם יתרכזו למאם' הציוני, או לפחות לא יתנגדו לו בחזיות אנטי-ציונית, שולולה הייתה להחליש את האחדות מול ממשלה בריטניה. בן-גוריון לא הפריד את הדת מן המדינה. יש הגורסים כי לא עשה כן כי רצה לשלוט בדת ולהשתמש בה לצורכי. הוא סבר כי דרך מילונה ושילובה במערכות החיים החילוניות יכול לחשילה ולשלוט עליה.

על יסוד התcheinיות בן-גוריון למנהגי אגדות ישראל חתמו כל הסקטורים על הכרזות העצמאיות, ויצרו את ההסכם הלאומי הנחsett לעקרונות היסוד של המדינה. הכרזות העצמאיות נסחה תוך אזכור המאפיין היהודי של המדינה וכן הקשרים ההיסטוריים של מדינת ישראל עם היהודי, להיסטוריה היהודית ולמורשת הרוחנית היהודית.

נוסח הכרזות העצמאיות משקף את גישת הפשרה שעלייה עמלו עד לרגע ההכרזה עצמה. האזכור של "צורך ישראלי" הוא פשרה בין החילונים והדתיים. בשיבת מועצת העם שקדמה להכרזה על הקמתה המדינה והסתדרימה שעה אחת בלבד לפני טקס הכרזות המדינה, התעורר פעם נוספת וכיום על הניסות "מתוך ביטחון בצור ישראלי". אחרון ציזלינג, חבר בועדת הניסוח, מתח על נוסח זה שחייב את החותמים, לטענתו, להצהיר על "אני מאמין" שלא כרוצנים. דוד צבי פנקס הגן על נוסח זה בנימוק שהוא מאחד סביבו את רוב העם בישראל. בן-גוריון תמן אף הוא בנוסח של צור ישראל.

הנוסח הסופי שהתקבל היה אם כן: "מתוך ביטחון בצור ישראל הננו חותמים בחותמת ידינו לעדות על הצהרה זו, במושב מועצת המדינה הזמנית, על אדמות המולצת, בעיר תל-אביב, היום הזה, ערב שבת, ה' באיר תש"ח, 14 במאי 1948".<sup>102</sup>

על יסוד התcheinיות נתנו בן-גוריון כמעט לסתוטוס קוו ולאור ההסכם הכלליים אימצה הכנסת לאחר הקמות המדינה חקיקה, שהבטיחה אופי יהודי למדינה באורה החיים הציורי. חקיקה זאת אומצה בשורה של נושאים, וביניהם: חקיקה הקובעת באופן בלעדי נישואין וגיורשין דתיים יהודים ולבני דתות אחרות, חקיקה המנigua כשרות בצבא ההגנה לישראל ובמוסדות ממלכתיים. בהמשך נחקקו חוקים האוסרים על גידול חזיר, נחקק חוק הקובע את השבת ביום המנוחה של היהודים, נבחרו הרבנים הראשיים למדינה וכן הוקמו מועצות דתיות למטען שירותם דת היהודים. מערכת הסדרים זו בענייני דת הושתתה על תפיסת שלפיה יש לשמור על המאפיינים היהודיים של המדינה בתחוםי הקשרות, השבת, החינוך, הנישואין והגיורשין, הרבות והפטור מגיוס לבחורי היישבה.

<sup>102</sup> ביתין זו והחוקה מעמד גם לאחר הקמת המדינה, ומזה שהה תנעת הפעלת מורה רפק' ברבות הימים למפדייל, שביריתה עם מטא"י עד 1977 היא מן המפורטים.

<sup>103</sup> י"שרף, שלושה ימים ומס' ג', ז', ה' באיר התש"ח, 1965, עמ' 214-226.

קו פשרה זה נמשך לארוך השנים וקיבל את ביטויו בחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980.<sup>104</sup> חוק זה קבע כי כאשר אין תשובה בדיון, בחוק, בהיקש, או בגזירה שווה, יזקק בית המשפט לעקרונות המשפט והיושר של מורשת ישראל. הנוסח של המונח "מורשת ישראלי" מהווה פשרה בין הגדרה המפנה במישרין למשפט העברי לבין מי שシリבו לחלוון להפניה כזו. המונח "מורשת ישראלי" הוא התיאxisות כלפי מכלול הערכיים התרבותיים היהודיים, לאו דוקא במובנים ההלכתי הצר. בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980 התקבל לבסוף הנוסח הבא: "ראאה בית המשפט שאליה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכירע בה לאור עקרונות החירות, הצדקה, היסוד והשלום של מورשת ישראל".

פרשנות המונח העמוס של "מורשת ישראלי" נותרה בידי הפסיכיקה. השאלה עלתה בפרשנת הנזלט.<sup>105</sup> השופט (כתוארו אז) אהרון ברק קבע כי ניתן לפני משפט העברי לצורך לימוד, כאשר של מחשבה משפטית שמננה מתבקשת השראה. מדובר בפניה ל"משפט" במובנו התרבותי אך לא הנורמטיבי. לגישת השופט ברק, המשפט העברי אינו "דין" החל בישראל, אלא מדובר בשיטת משפט לשם משפט השוואתי. לעומתו סבר השופט אלון, בדעת מעיווט, כי החוק מפנה למשפט העברי לשם הבחרות ספקות מתוך תוכנו. המשפט העברי אינו מקור מחייב, אך יש בו כדי להנחות את בית המשפט בבעיה שלפניו.

ראשיתו של התרבותי התרחשה בכנסת הראשונה, שאמורה הייתה להיות האסיפה המכוננת נוגנתה החוקה, ובכללן פרק על זכויות האדם. הרעיון נזחה, ובמקומו קיבלת הכנסת הראשונה ב-13 ליוני 1950 את "החלטה הרורי" בדבר חיבור חוקה באמצעות חוקי יסוד. ההתנגדות לעיצוב חוקה באח מצד המפלגות הדתיות בכנסת, שטענו כי התורה היא חוקתו הבלעדית של העם היהודי ואין להMRIה בחוקה חילונית. נראה כי המפלגות הדתיות חששו כי חוקה, המושתתת על עקרונות דמוקרטיים-ליברליים של מגילות העצמאויות וערער על חוקיותם של דיני האישות הדתיים ותפרק את האיזון העדין בין דת למדינה.<sup>106</sup>

כאשר היה ברור בכנסת החמישית כי לא תועלה יוזמת חוק יסוד שיעסוק בזכויות האדם, לא עליידי ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ולא עליידי הממשלה, הbia ח'כ פרופ' הנס קלינגהופר הצעת חוק פרטית בשם חוק יסוד: מגילות זכויות היסוד של האדם. הצעת חוק זו כללה בצד חירות פוליטיות גם זכויות סוציאליות וקבעה כי האבלת זכויות אלה תיעשה רק "בתנאים של משטר דמוקרטי". ההצעה נזחתה על-ידי הממשלה, ובראשה שר המשפטים דב יוסף.

בכנסת השביעית הצלחה ועדת משנה בראשותו של ח'כ בנימין הלווי ובשותוף פעולה עם משרד המשפטים לנוכח הצעת חוק יסוד: זכויות האזרח. באוגוסט 1972 הובאה ההצעה לקריאה ראשונה בכנסת. אישורה עורר ביקורת של משפטנים ואנשי ציבור. הטענה הייתה כי בינוי ההצעה ח'כ פרופ' קלינגהופר, לא הגבילה הצעת חוק יסוד: זכויות האזרח את יכולת המחוקק לבטל את החירות בחוק המוצע. עוד קבעה הצעת החוק כי בהוראת השווין ואיסור ההפלה אין כדי לפגוע "בכל הוראת חוק הנובעת ממנהטה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". נוסה זה קמה התנגדות עזה. הכנסת השביעית סיימה כהונתה בלי להביא את ההצעה לקריאה שנייה ושלישית.

<sup>104</sup> בנק קוחות עם בע"מ כי המלט, פיד לד (3).<sup>57</sup>

<sup>105</sup> ב נירוגר, *דת וחוקראות בישראל*, 1997, עמ' 33.

בכנסת העשרית יום ח"כ פروف' אמנון רובינשטיין הצעת חוק, שאותה הגיש לקריאת טרומית בינוי 1982. הצעת חוק זו חזרות מילה במליה על הצעת החוק שהגיש ח"כ פروف' הנס קלינגהופר בכנסת החמשית. ההצעה עברה כמעט ללא התנגדות את הדיוון המוקדם והובאה לקריאת ראשונה בפברואר 1983 תוך השמת חלק העוסק בזכויות סוציאליות. בסופו של דבר קמה להצעה התנגדות בממשלה כי אינה מבטאת את עמדות הממשלה.

בכנסת השתיים-עשרה חלה תפנית של ממש: שר המשפטים דאז, דן מרידור, הגיש לממשלה הצעת חוק יסוד: זכויות האדם, שלא כללה הוראה המסיגת את דין השוויון, וככלא את שריון החוק וכן ביקורת שיפוטית. כן הוצע להשאר על כנו את הדין הקיים, ולבסוף כי "חוק אין חל על דין איסור והיתר לנישואין וגירושין". בנובמבר 1989 פרשה "אגודת ישראל" מהקוואליציה. ראש הממשלה דאז, יצחק שמיר, רמז כי חוק היסוד שי"האגודה" התנגדה לו לא התקבל בוועדת השרים לענייני חוקיקה. הסיעות הדתיות והחרדיות עשו כל אשר בידן כדי לשלל את קבלתו של חוק יסוד זה או דומים לו.<sup>105</sup>

כדי להציג את הצעת זכויות האדם הצעה ח"כ פروف' אמנון רובינשטיין לפצל את ההצעה להצעות חוק נפרדות, שככל אחת תבטיח אחד אחר של זכויות יסוד. בהתאם לגישה זו התקבלו בקריאת מוקדמת הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באפריל 1991 והצעת חוק יסוד: חופש העיסוק במאי 1991. קבלת ההצעות הייתה יוצאת דופן לא רק עקב ניסיון העבר, אלא גם לאור העובדה הצעות חוק פרטיות, שלא צבו לתמיכה ממשלתית. סוד ההצלחה טמון בפיצול הצעת החוק המקורית למרכיביה השונים, דבר שאפשר לחברו הכנסת להתייחס לכל נושא באופן נפרד ועצמאי. החשש העיקרי של הסיעות הדתיות בכנסת היה כי הצעת החוק תביא לשינוי באופיה של המדינה, שהרי חוקי היסוד, כמו כן חוקוני, תכליותם להגביל את הכנסת כרשות מחוקקת. המשמעות הפוליטית של הגבלה זו היא כי כוח המיקוח של הסיעות הדתיות בכנסות יוגבל, שהרי חוקי היסוד עשויים להגביל את האפשרות להטוט את הסטטוס קוו לכיוון הדתי על חשבון זכויות הפרט.

כדי לטפל בקושי זה הוסיף חוקי היסוד סעיף "שמירת הדינים", שלפיו אין בחוק היסוד כדי לפגוע בדי שהיה קיים ערב תחולתו של חוק היסוד. בכך לא תמו הקשיים, שכן הסיעות הדתיות חששו מפני האבלת האפשרות לקבל חוקים חדשים, המחזקים את מעמדה של הדת על חשבון זכויות הפרט. הפתרון שנמצא לשם כך הוא הגדרת המדינה בחוקי היסוד החדשניים כ"יהודית ודמוקרטיבית". הגדרה זו התקבלה בהסכמה כללית: הסיעות הדתיות ראו בה הגדרה שתאפשר זיקה של המדינה ליהדות, ואילו השמאלי החילוני ראה בהגדירה משומם הגנה על חופש הדת.

מלבד זאת תואמים חוקי היסוד את רוח עקרונות מגילת העצמאות. זו קובעת את אופיה היהודי של המדינה, ויחד עם זאת מבטיחה שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור. הרגדרה שהתקבלה אינה מכרעה בשאלת היחס בין אופיה היהודי של המדינה לאופיה הדמוקרטי.<sup>106</sup> היא אינה מכרעה אם וכייד יש לשמור על הסטטוס קוו בענייני דת, הנוגג בשנים האחרונות במדינת ישראל.

ראוי לציין כי גם בשאלת היקף התערבותם של בתי המשפט ובראשם בית המשפט העליון קיימים חילוקי דעת וגישה מסווג בקשר המלומדים השונים. כך, למשל, סבורה הפרופ' גביזון כי לא ראוי

<sup>106</sup> איי רובינשטיין, *המשפט הקונSTITוציוני של מדינת ישראל*, 1997, כרך ב, עמ' 910-914.

<sup>107</sup> שם, עמ' 914-918.

ולא מועיל שניות מושגי ייבוא במקום בירור פוליטי-נורטביבי-אידיאולוגי, או במקומות טענות אמפיריות והעמדתן בהקשר הנוטן להן פשר. לשיטתה, מערכות של מושגים צריכות לסייע לנו לדבר זה עם זה, ולא מעבר לזה. במסגרת זו יכול הדין המושגי להנחותנו ורק בהקשר של מונחי הבסיס, ועל השאלות האידיאולוגיות לקבל פתרון במישור הפוליטי-החברתי.<sup>107</sup> גם הפרופ' רוזן-צבי זיל' סבר כי על בית המשפט להימנע מהכרעה אידיאולוגית אם כי מנומוקים אחרים.agi לגישתו, כאשר נוצר מצב שבו אין מנוס מהכרעה חיונית, עדיפה הגישה הקוראת לבית המשפט להשאיר את הסוגיה במישור החברתי-הפוליטי.<sup>108</sup>

הדין בשאלת היסוד היהודי<sup>109</sup> בנוסחת המדינה היהודית-דמוקרטיית מעורר תיחום ופלוגתא בלתי נמנעת בין חלקיו השונים של העם היהודי. ברי כי אין נסחה אחת המוסכמת על הכל, ואף לא ראוי שזו תיעשה למטרה נשבבת בעניין המחוקק או המשפטן. במקרים רבים לא ניתן ליישב מחלוקת אידיאולוגיות באופן מוסכם על הכל, ולעתים הפלוגתא שركעה אידיאולוגי-דתית מחלחלת לרבדים חברתיים-פוליטיים, הרבה מעבר להיוותה שללה דתית גרידא. כך, למשל, שאלת ייבוא בשר לא-כשר לישראל, או סוגיות של דיני ה联系方式 הופכות לשאלות סוציאולוגיות, שנתפסות לאחרונה יותר כ"מאבק תרבותות" מאשר כסוגיות משפטיות גרידא. מציאות זו אינה מותירה בידי בית המשפט אלא ברירה אחת. זו היא בריית הגישור והפישור בין הכוחות המוכנים לכך, תוך התבססות על המכנה המשותף המוסכם על הרוב המכירע.<sup>110</sup>

כאמור, למסקנה זו במישור החברתי-פוליטי צריך שתהא נפקות גם במישור המשפטן.<sup>111</sup> לשם כך נדרשת בראש ובראשונה הבחנה בין נורמה אשר טרם היפה לנורמה פוזיטיבית בחברה, ואשר אין הצדקה לכפופה על הכלל, לבין נורמה פוזיטיבית בחברה שאוותה רשות המדינה לכפות על הכלל, כגון יום מנוחה, כפי שהוזכר בחוק שעות העבודה ומנוחה שח התקבל בכנסת. הטלת איסור מכוון של חוק זה ניתנת להצדקה משפטית מסוימת השתרשותה של השבת כיום שבו חידל המשך מליצר, כמקובל במסורות הלאות של העם היהודי וכמקובל על רוב בני החברה היהודית: חלק ניכר מהחילונים, המסורתיים וכמוון גם הדתיים והמגור החזרדי.

לפי גישה המדגישה את המסורתיות כתוכן לישود "יהדות" בנוסחה יהודית דמוקרטיית, ניתן להצדיק את חוק איסור פתיחת בתים עיגוניים בתשעה באב התשנ"ח-1997, מושם שתשעשה באב איננו רק יום זיכרון דתי לחורבן בית המקדש, אלא יום זיכרון לאומי על חורבן הממלכתויות והרבינוות היהודית וחורבן בית המקדש. לפיכך מוצדק לראות בכך חקיקה של נורמה לאומית, וכבר בעבר תמכתי במשפטן בגישה זו.<sup>112</sup> באותה רוח מוצדק לחיבר מוסדות מלכתיים וממשלתיים להו סיר את התאריך העברי למסמכים היוצאים מתחת ידם נוסף על התאריך הגיגוריاني.

<sup>108</sup> ר' גיזון "מדינה יהודית דמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", *עיפוי משפט* יט (3), 1995, עמ' 682-631, עמ' .635

<sup>109</sup> אי רוזן-צבי, "מדינה יהודית דמוקרטית": אבותות ורוחנית, ניכור וסימביוזה - האפשר לרבע את המגעל!", *עיפוי משפט* יט (3), 1995, עמ' 519-479, עמ' 489.

<sup>110</sup> לעון כללי בגיטות אחרות ראה גם: ר' גיזון צבי, "מדינה יהודית דמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", *עיפוי משפט* יט (3), 1995, עמ' 631-682. וכן, אי רוזן צבי, "מדינה יהודית דמוקרטית": אבותות ורוחנית, ניכור וסימביוזה - האפשר לרבע את המגעל!", *עיפוי משפט* יט (3), 1995, עמ' 519-479, עמ' 489.

<sup>111</sup> ראה בהרחבה דין בסוגיה: שי שטרית, *הארץ הטובה: בין מוח וחת*, 1998.

<sup>112</sup> ראה שטרית, *הארץ*, 2.

כדי להסביר על השאלה בדבר היקפה של הפרשנות ההלכתית יש לאמץ את שביל הזוחב של היהדות כמסורתיות. פירוש זה אינו מחייב יתר על המידה, ועשוי להפוך לנורמה מקובלת על הציבור בכללותו ולפיקח אין בו פגיעה בחופש הדת והמצפון. יחד עם זאת אין הוא מקל יתר על המידה ואינו שם לעיג ולקלס את אושיות היהדות בפרישחה ובתפיסתה המסורתית. כך, למשל, לא ראוי לבטל את מוסד שמירת ה联系方式 במובנו הממלכתי, דהיינו במוסדות ממלכתיים, ממשלטים ובמתקני צה"ל, שכן ביטול זה יגע פגעה גסה ברוח היהדות והמסורת. כך גם אים ייאלצו רבני לערוך טכסי נישואין באולם אירועים שנמיגשים בו מאכלוי חזרה, או תוך חשש לסתירה עם חוקי הלכה אחרים למשל, כשהחלה נחשבת טמאה ואסורה לנישואין, ימצאו עצם הרובנים מחללים כל הלכתיא אחר.

לעומת זאת על-פי גישת היהדות כמסורתית גם לא ראוי, למיטב הכרתי, להישען על הפרשנות המרחביה ההלכתית במובנה האורתודוכסי, דהיינו פרשנות הכלולות במושג השירות, בלבד, לא רק את גרעין המושג, אלא גם את קליפתו וגם את מה שביניהם. כך, למשל, אין לקבוע כי על מנהליה של מסעדה המבוקשים תשודת כשרות להוכיח כי הם שומרו שבת או שומרו מצוות. גם פרשנות כזו תפגע בחופש הדת והמצפון של מי שרואים עצם מופלים לרעה על רקע דתי, שכן במקרה מעוותת ייכפו על הציבור היהודי כולם נורמות שאין נובעות ממנה ולפיכך הן גם פסולות בעיניו.

יש לאמץ את הגישה המקובלת את ההלכה ודיניה, כגון מושג ה联系方式, במובנה הבסיסי והעיקרי, דהיינו פרשנות המכירה בחשיבות התרבותנית והדתית של המושג ההלכתי במובנו הגרעיני, ואני גולשת לפגיעה בחופש הדת והמצפון של כלל החברה על רוב זרמיה. כשרות זו נובעת מעיקרי היהדות הן במובנה הדתי המסורתית והן במובנה התרבותית ואינה נכפית על בנייה.

בהתאם לגישה זו יש לשמר על עקרונות הסטטוס quo, כפי שהתגבש והתפתח באופן דינמי במהלך השנים, תוך שמירה על האופי הציוני-יהודי-מסורתי של מדינת ישראל. כך יש לפרש גם את הביטוי "מדינה יהודית וodemocratic" בחוקי היסוד החדשניים. הנחה חוקתית זו צריכה להוביל למסקנות הן במשור החקיקתי והן במישור השיפוטי. חקיקת חוק חדש לעקבות פסיקת בג"ץ ולחזק את מעמד הדת במדינה על- חשבון זכויות הפרט בה, צריכה להיפסל על-ידי בית המשפט בהתאם לחוקי היסוד החדשניים. יחד עם זאת חקיקה חדשה בענייני דת בישראל תוכל גם תוכל לשמר על זיקה חזקה לתורות ולמסורת היהודית, אך יהיה עליה לשמור גם על חופש הבחירה ועל הערכיהם הדמוקרטיים הליברליים.

בעניין זה נראה שגישתו של פרופ' ברק תומכת בעמדתנו זו, ואלה דבריו:<sup>112</sup>

"מדינה יהודית" היא אפוא מדינתו של העם היהודי; "זהחי זכותו הטבעית של העם היהודי להיוות ככל עם ועם עומד בראשות עצמו במדינתו הריבונית". מדינה שלכל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ גלויות הוא מערכיה הבסיסיים. "מדינה יהודית" היא מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושותפה בהיסטוריה של העם היהודי, שפתה עברית, שעיקרו חגיה משקפים את תקומה הלאומית. "מדינה יהודית" היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדוותה, בעיריה, ובמושבותיה היא בראש דאנוגטיה. "מדינה יהודית" היא מדינה המנציחה את זכרם של היהודים שנטבחו בשואה, ואשר נעודה להוות "פטרון בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על-ידי חידוש המדינה

<sup>113</sup> אי. ברק, *פרשנות במשפט - כך שלישי: פרשנות חוקתית*, 1994, עמ' 332.

היהודית בארץ ישראל". מדינה יהודית היא מדינה המפתחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי. "מדינה יהודית" היא "הגשمت שאיפת הדורות לאולת ישראל". מדינה יהודית היא מדינה שערכיה החירות, הצדק, היסוד והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. "מדינה יהודית" היא מדינה שאוביים מסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיס שבספריה ובבאי ישראל הם יסוד מוסריותה. "מדינה יהודית" היא מדינה שהמשפט העברי מלא בה תפקיד חשוב, ועניןינו נישואין וגירושין של יהודים מוכרים על-פי דין תורה. "מדינה יהודית" היא מדינה שבה ערכיה של תורה ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים.

### 3. התמודדות במישור המשפטי להגנת היחיד מפני אי-אכיפת פסיקה

מן ההכרה להתמודד עם התופעה של הימנעות מתמדת והתקממות חזורת מקרים פסקי דין. תופעה זו קיימת בתחום ענייני הדין אך גם בהקשרים אחרים, לפחות במנוגנים נוטפים שישפו את קיום הפסיקה ויצמצמו את האפשרות בה נוהגות הרשות בעניין אכיפת פסיקת בית המשפט. ברוי כי אי-אכיפת פסקי דין אינה רק נחלתם של פסקי הדין העוסקים בענייני דין, כי אם גם בתחוםים אחרים, כגון בתחוםי ביטחון, כמו בפרש כתף ובסיה שבו סוכל ביצוע פסק דין של בית המשפט העליון.<sup>113</sup>

להלן הצעות אחדות לשיפור האכיפה של פסקי דין, ובכלל זה בתחוםים ענייני דין. בין ההצעות ידועו ההצעות לקציבת זמן לביצוע פסיקת בני המשפט, ההצעות ליעירות חזקות לטובת האזרוח במקרה של עיכוב, הימנעות או סרבנות באכיפת פסיקה, כן תוכג האפשרות לשימוש בתרופות של פיזויים אישיים כנגד נושאי משרה, להיזקקות לתרופת ביזון בית המשפט נגד נושאי משרה ממונעים ונחרים והפסקת תוקפם של מוסדות המסרבים לשלב חברי על-פי פסיקת בני המשפט. לבסוף תוכג אפשרות ביצוע עצמי, או ביצוע על-ידי גורם אחר כדרך לאכיפת פסיקה במקרה של אי-ציותות.

#### (א) קביעת זמן לביצוע פסיקת בני המשפט

אחת הדרכים להבטחת אכיפת פסק דין היא שבית המשפט יתבקש להפעיל את שיקול דעתו לצוות על פעולה תוך זמן קצר. מקרה כזה קרה בפרשת פראנגו, בה עתרו העותרים על אי-התקנת תקנות בעניין זיהום אוויר שמקורו באבק הנפלט מבית חרושת "עשר". ארבע שנים לאחר תקיקת החוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961, אשר ביקש להגביל זיהום אוויר, ציווה בג"ץ בפרשת אופנהיימר 108 על השירותים הממוניים על ביצוע החוק להתקין תקנות, אך אלו התמהמהו עוד שבע שנים עד לקבלת פסק דין בעניין פראנגו. לאחר התקמהות של אחת עשרה שנים בהתקנת תקנות מגבלות זיהום אוויר נדרש בחוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961, הורה השופט ויתקון ממשיבים, דהיינו לשרים הממוניים, להתקין תוך שישה חודשים ותקנות בדבר איכות האוויר והגבלת פליטת האבק ולהפעיל את התקנות מיד לאחר שייתקנו לגבי המפעל האמור.<sup>114</sup> על יסוד גישה זו יכול בית המשפט לקצוב זמן לביצוע פסק דין בהתאם לנסיבות.

<sup>114</sup> בימי' 51/64 דוח נ', שר הביטחון, פ"ד ה(2) 1117 בימי' 51/220 אסל' ואחרים נ', המשל העבאי של בגליל, פ"ד ה 1480.

<sup>115</sup> בימי' 71/372 פראנגו אה' נ' שר הבריאות אה' פ"ד כיו'(1) 802.

**(ב) יצירות חזקות לטובת הארץ במקרה של עיכוב, של הימנעות או של סרבנות באכיפת פסיקה**

הסדר משפטית ראוי למקרים של עיכוב, הימנעות או סרבנות באכיפת פסיקה ניתן להקיש מהחוק לתיקון סדרי המינהל (החלות והנקודות), תש"י-1958.<sup>115</sup> חוק זה מושך מקור השראה להטלת נטל משפטי על רשות שלטונית או גוף מנהלי אשר מתהמנים או אף נמנעים מלמדו בדרישות החוק. כך למשל, קבוע החוק חזקה ראייתית, שפיה משנמנע עובד ציבור מלנקם כאמור בהוראות החוק, הרו שבכל הליך משפטי תהא עליו הראייה כי החלטה או פעולה שלא ניתן לגיבתו תשבה או הוודעה כאמור, נעשו كذلك.<sup>116</sup> חוק זה מהווה דוגמה ליכולתו של המשפט להגן על האוצרת וכן מניעת עיוות דין בדרך של הטלת סנקציה על בסיס חזקות משפטיות לטובת הארץ.

**(ג) שימוש בתרופות של פיצויים אישיים נגד נושא משרה**

ניתן להציג שינויים מסוימים אשר יקלו את מלאכת האכיפה ואולי אף ימראיצו ונגעים לבקשת מבית המשפט להטיל פיצויים אישיים על נושא משרת שלא יקיים את פסק הדין. פרטן אפשרי אחד, שכבר זכה ליישום מסוימים במשפטנו, הוא פסקת פיצויים לנפגע על-ידי בג"ץ, בכל מקרה של הפרה. פסיקה זו היא במסגרת סמכותו הטעבית של בית המשפט.<sup>117</sup> עם זאת, נראה שפרטן זה, אף שהוא יעיל במידה מסוימת במניע הפרת צוותים בזורך כלל, אינו מתאים במיוחד שכן אנו עומדים, היהות שהנפגע בעניינו מצפה לפחות אופרטיבי ולא לפיזי. לחופין, אפשר להטיל ערובה על החייב. סכום הערובה יחולט אם החייב יפר את הצו בעתיד. וזהו עשוי למונע הפרות של צוותים על-ידי רשויות "מועדות". יתרונה של הצעה זו הוא בכך שהיא שנסקציה אינה מותנית בבקשת נוספת של הנפגע, אלא די שבעת מותן הצו הראשון יתבקש בבית המשפט להטיל את הערובה, או לחליט לעשות כן במסגרת שיקול דעתו לאור הנסיבות עם הרשות הרכוננטית ועם הסכטוך העומד לפניו.

**(ד) הייזקיות לרופת ביוזן בית המשפט נגד נושא משרה ממוגנים ונבחרים**

בישראל ישנן שתי דרכי עיקריות לאכוף פסקי דין: אחת ישירה, ואחת עקיפה. הראשונה היא לפי חוק החזאה לפועל תשכ"ז-1976, חוק החזאה לפועל אינו חל על המדינה. חשיבותו של אמצעי זה בכך שהוא מאפשר ביצוע פסק הדין ללא שימוש בסנקציות ישרות כלפי האדם אשר עליו הוטלה חובת הביצוע. הדרך השנייה כוללת שתי אפשרויות אכיפה - ביוזן אזרחי וביזון פלילי. באשר לביזון אזרחי, לפי סעיף 6 לפકודת ביוזן בית המשפט ניתן לאכוף אדם בקשר או במאסר לצטיית כל צו שניין על-ידי בית המשפט המצווה לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה. מטרת הביזון האזרחי היא לסייע לנפגע מא-קיום הצו על-ידי כפיית המפר לקיומו. סעיף 6 צופה פני עתיד, ואני באה להעניש בדיעבד את המפר על מעשה ההפרה.

צוין כי לפי פקודות הפרשנות (נוסח חדש) המילה "אדם" כוללת גם חבר בני אדם, ולפיכך הסעיף חל על כפיית צוות על מועצת עיר או מועצה דתית. סעיף 6 חל על פסקי דין של בג"ץ ובכלל זה על צווי בגיןים.<sup>118</sup> לצורך החרכעה אם לכפות צו על אדם או חבר בניו בחילו בבית המשפט מסטר

<sup>115</sup> חוק לתיקון סדרי המינהל (החלות והנקודות), תש"י-1958, סעיף 6.

<sup>116</sup> במצ' 101/74 ביןוי ו夥תו נ' שר הביטחון פ"ד ס"ד (2) 450.

<sup>117</sup> הר חוזב סדר הדין בבית המשפט המטה לתק', (תשמ"א) 123.

עקרונות. העיקרון הראשון הוא כי סעיף 6 חל רק במקרים שנייתן לקיום את צו בית המשפט. אם הtagלו הדברים לידי כך שאי אפשר עוד לקיימו, הרי שאנו מוקם לשימוש בביון אזרחי, אלא יש להיזק לביזון פלילי. העיקרון השני הוא כי על הנפגע מי-הציגות לבקש במפורש פעולה לפי סעיף 6 לפוקודת ביון בית המשפט. במקרה אחד שבו ביקשו העותרים מבג"ץ צו שיחייב את שר הביטחון לקיים צו קודם נתנן בית המשפט, מבלי שנותבקש לכוף את הsher במאסר או בקשר, דחה בגין'צ את הבקשה, ופסק שאין זו הדרך המתאימה להביא לצוות.<sup>118</sup> העיקרון השלישי הוא כי ביון בית המשפט יכול רק לגבי צו אופרטיבי. פסק דין הצהרתי של בג"ץ או של בית משפט אחר אשר אין בו הוראה ממשית ובורורה לפעול או להימנע מפעולה אינה יכולה להיות בסיס לביזון בית משפט. אם בגין'צ הסתפק בפסק דין הצהרתי, אין אפשרות לכפות צוות. צו הצהרתי הוא צו שבו קבוע בבית המשפט כי הרשות אינה רשאית לבצע דבר מה. כך היה כאשר פסק בגין'צ כי יויר הכנסת איינו רשאי לא להניא את הצעת החוק של ח"כ כהנא על שולחן הכנסת.<sup>119</sup>

רוב הצוויים הנוגעים להרכבת המועצות הדתיות הם אופרטיביים ולא הצהוריים. כך למשל היה בעניין הופמן (החלטה כי הצבאות במועצות העיר ירושלים ותל אביב בטלו, וכי יש לערכן מחדש), בעניין שקדיאל (ההחלטה כי העותרת תיכל בהרכבה של המועצה הדתית, וכי אחד מאربעת הנציגים שנבחרו על-ידי ועדת השרים לכהן במועצה הדתית יפנה למקום לטובתה) וכך היה בעניין נאות (ההחלטה כי במועצות, שבוחן הפסילה נבעה בבירור מושקולים הקשורים בהשקפת העולם של המועמדים, יוכרו המועמדים הפסולים כמועמדים שנבחרו).

הбиון האזרחי חל על רשותות שלטונו. במקרים מסוים קבוע בגין'צ כי ניתן לכוף רשותות שלטונית, אך בגין'צ העדיף שלא לעשות כן מטעמים שונים. בגין'צ מלמד<sup>120</sup> מלהיעתר לבקשתם לפי סעיף 6 נגד ראש רשות מקומית, משום שבינתיים מולא הצו. בגין'צ חייל מרות זהה בגין'צ בקשה לכוף את ראש הרכזיה אליו לנדו, משום שסביר כי החלטה שלא לצוית לצו הייתה סבירה, בשים לב לשינויים בעמדות מנהל המחו.<sup>121</sup> טענת איני-ציוות מניעים דתיים, מצפוניים או מוסריים היא בלתי לגיטימית לדעת תלמידים.<sup>122</sup> לצד ביון אזרחי קיימים כאמור גם ביון פלילי. סעיף 287 לחוק העונשין תשל"ז-1977<sup>123</sup> קובע כי "המפר הוראה שניתנה כשרה מאת בית המשפט או מאות פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לוותו עניין, דינו מאסר שנתיים". הוראה זו באה להעניש את המפר על מעשהו בעבר ולא להביא לציוות בעtid. המחלוקת במקרה זה היא בין המפר לבין המדינה, ולא בין המפר לנפגע מן החפירה. השימוש בחוראה זו הוא אך ורק במקרים שלא ניתן עוד להביא לביצוע הפסק.

נראה על כן כי הנפגע מן החפירה תלוי בהחלטת המשתרעה אם להגיש כתב אישום, ואיינו יכול להגיש קובלנה פרטית לפי סעיף 287. ביום אין המשתרעה חוקורת כלל במקרים של הפרת צווי בית המשפט.

<sup>119</sup> בגין'צ 238/51 חנא דאהר נ' שר הביטחון פ"ד (2) 1658.

<sup>120</sup> בגין'צ 306/85 כהנא נ' שלמה היל אהוי פ"ץ לט (4) 485.

<sup>121</sup> בגין'צ מלמד נ' יטאל יסף ואה' (לא פורסם).

<sup>122</sup> בגין'צ 436/88 חייל מרות נ' ד"ר יוסף לו ואה' (לא פורסם).

<sup>123</sup> אי הרטן, ביון בית המשפט על-ידי איני-ציוות (1965), עמ' 297.

בעיה אחרת עלולה להתעורר באשר לשימוש בסעיף 287 כלפי נושאי משרה ומוסדות רשמיים. באופן עקרוני תאגיד נושא אחריות בפלילים,<sup>123</sup> אך לא ברור מה יפסוק בית המשפט כאשר יהיה עליו להכריע אם מועצת עיר או מועצה ذاتית כפופה לשיפוט פלילי.

אשר לאנשים העשויים להיות נאשמים בעבירה לפי סעיף 287, הרי שכולם, כמובן, יכולים לעמוד לדין, להוציא את שר הדתות, אשר בטרם העמדתו לדין יהיה צריך להסיר את חסינותו. עם זאת השר עשוי לטעון כי המעשים נעשו במסגרת תפקידו, ולפיכך הוא מוגן בחסינות מהותית. דומה שrok בנסיבות יוצאות דופן יוכל שר להראות כי תפקידו, חייב אותו שלא לציית להחלטות בית המשפט.

סוגיה משפטית קרובה היא זו של מניעת ביקורת שיפוטית עוד לפני קבלת צו של בית המשפט. על-פי מהותו אין בית המשפט יוזם דין משפטי. תכונה זו של בית המשפט שוללת מראש אפשרות של דין משפטי בסוגיה מסוימת. בכך למעןת מסקל הממשל ביקורת שיפוטית על מעשיו. הסכנה הגדולה מפעולה כזו ברורה: הרשות המבצעת תנקוט דרך של סיכול הכרעה שיפוטית דוקא במקרים שחוקיות פעולות הרשות מוטלת בספק גדול, והרשויות המבצעת חוששת שיש סיכוי סביר שבית המשפט יפסול את פעולתה. פעמים מספר בתולדות מדינת ישראלمنع הרשות המבצעת הכרעה על תוקף מעשה מהשש שהם לא יעדמו בביטחון שיפוטית.

מקרה אחד של מניעת הכרעה שיפוטית, אשר תוכאותיו היו מצערות ביותר, הוא פרשת גירושו של ד"ר סובלן. מדובר ביוזדי אמריקאי אשר הורשע שם בעוון ריגול, שוחרר בערבות עד שמיעת ערעורו ונמלט בעורת זרכון לא שלו לישראל. ד"ר סובלן נעצר, ולפרקתו נמסר שהענין ייוזם במשפטה ב-6.6.29. חותם שר הפנים על צו לגירוש ד"ר סובלן מהארץ על-פי סמכותו לפי סעיף 13 לחוק הכנסה לישראל, התשי"ב-1952, וכבר למשך הוא הועלה על מטוס שבו המתינו לו נציגי ארצות הברית. ד"ר סובלן ניסה להתחשב על המטוס, הורד מן מטוס בלונדון לשם קבלת טיפול רפואי, ושם שם קץ לחיו.<sup>124</sup>

חוקיות פעולתו של שר הפנים מוטלת בספק, והוא שטענו שמדובר באקט של הסגרה בנסיבות של גירוש, צעד זה אינו חוקי לאור בלעדיו ההסדר שנקבע להסגרה על-פי חוק ההסגרה.<sup>125</sup> אלם החפזה שבה פעלת הממשלה, לצד מידע מוטעה שנמסר לפרקתו של ד"ר סובלן מנעו את העברת צו הגירוש תחת ביקורת שיפוטית, ולמעשה שללו את כוחו של בית המשפט להתעורר בפרשה. בעקבות הפרשה והსערה שעוררה נקבע בסעיף 21 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974 כי מי שנמסר לו צו גירוש יגורש רק בעבר שלושה ימים מיום מסירת הצו לידי. בדרך זו מובטח כי יוכל לעתור לבג"ץ.

אותה פרשה בשינוי אדרת אירעה בדצמבר 1988, כאשר נחת בישראל מטוס רוסי ובו חמישה עבריאנים רוסים, אשר קיבלו את המטוס בתמורה לבני ערובה שעלהם השתלטו. הפעם השתמש שר הפנים בטכנית של צו הרחקה, בהתאם לסעיף 10 לחוק הכניסה לישראל, והחזיר לאחר יממה את החמשה לרוסיה, זאת לאחר שהתקבל מכתב התchingות מברית המועצות שלא יוצא ס

<sup>124</sup> יי"פ 3027/90 מחייבים בניו ופיתוח נ' מדינת ישראל פ"ד מה (4).

<sup>125</sup> מגוטמן, טליתה בשב"כ: היטש המשפט נגד הממשלה, 1995, עמ' 142.

<sup>126</sup> שי ז' פלר, "פרשת החולופים הטוביים - פרשת ד"ר סובלן - מוחזרת שנייה" משפטים יט (1990-89), עמ' 41.

להורג.<sup>126</sup> צו הרחקה אינו דורש תקופת המתנה עד לביצועו, ובדרך זו הצליח שר הפנים למהר ולבצע את הפעולה בטרם יגע העניין לבית המשפט. כך נשלל שוב כוחו של בית המשפט לדון בחוקייתה של הסגורה מוסווית על-ידי קביעת עובדה מוגמרת.

מקרה אחר שבו מנעה הרשות המבצעת אפשרות של ביקורת שיפוטית הוא פרשת "גירוש חבירון" - גירושם של ד"ר חמאدة נאטשה וד"ר אל-חאג' אחמד בשנת 1975. השניים עמדו להתמודד בבחירות לרשות המקומית של חבירון ואל-בירה, שהיו צפויות להיערך בפעם הראשונה באוטה תקופה. ד"ר נאטשה היה יריב מסוכן של ראש עיריית חבירון שיק עלי ג'עברי, אשר ממשלה ישראל תמכה בבחירהו מחדש. צו הגירוש ניתן על-ידי שר הביטחוןתו תוקף ותקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, והתבסס על ראיות שקשרו את השניים בפעולות עונתיות.

ד"ר נאטשה עתר לבג"ץ בבקשת לביטול צו הגירוש. העתירה הוגשה ביום שבת, והשופט עזיזוני שתהיה שופטת תורן הורה על שמיעת טענות הצדדים בביתו באותו יום במשך ארבעה שעות. השופט עזיזוני לא התבקש להוציא צו בגיןם וכברע שעה לפני موعد הדיון המשפטיגירש הממשלה הצבאי את השניים לבנון. בהגיע מועד הדיון בביתו של השופט הודיעו נציגי הממשלה על הגירוש והדיון בוטל.

בטרם הגירוש התיעצו גורמי ביטחון עם הייעץ המשפטי דוז, פרופ' אהרון ברק, וזה נתן חוות דעת שלפיה הגשת העתירה שלעצמה, כל עוד לא יצא צו בגיןם, אינה מהוות מחסום בפני הגירוש. התשובות בממשלה, בכנסת ובכלי התקשורות היו חריפות מאוד. הממשלה הטילה את מרבית האחריות על חותם דעתו של הייעץ המשפטי. בהסביר שניתן כעבור חודש לשופט עזיזוני, הסכים פרופ' ברק עם העיקרונו שיש להשעות הлик גירוש אם הוגשה עתירה לבג"ץ, אולם טען שבמקרה זה עיקוב הגירוש אף ביום מס' ספר היה מעורר תסיסה עקב הקרבה למועד הבחירות. לימים הודה ברק כי הגירוש היה שגיאה.<sup>127</sup>

אין ספק כי חותם דעתו של הייעץ המשפטי הייתה מוצדקת מבונן זה שהagation העתירה אינה פוגמת בחוקיות הגירוש, אולם במשורר העקרוני הפגש שבגירוש בוטל על פניו. הגירוש, בעיתוי שבו נערך, היה הת硕קות של הרשות המבצעת מהעמדת החלטה ל מבחון בנסיבות שיפוטית. צעד מעין זה, השולל אפשרות להכרעה שיפוטית על-ידי הרשות השופטת, מהוות פגיעה בא-התלות השיפוטית ובאופן כללי יותר בעקבו שלטון החוק, והדבר חמור במיוחד כאשר מדובר באקט של גירוש על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום), צעד קיצוני המערב שליליה חמורה של זכויות אזרח.

פרשת קריוקעות הבזואים באלאגיה היא דוגמה נוספת לחוסר שיתוף הפעולה של הרשות המבצעת עם בית המשפט. ב-1977 החליטה מינהל מקרקעי ישראל להפקיע שטח קרקע, שעליו ישבו כ-30 משפחות בודאיות, לשם הקמת עיריה בודאיות. המשפחות ערכו לbijת המשפט המחויז עלי הפקעה, ובמקביל עתרו לבג"ץ בבקשת לאסור ביצוע עבודות בשטח. נציג המינהל הבהיר במהלך הדיון שלא תבוצע כל עבודה בשטח, כל עוד לא הסתיים הדיון בבית המשפט המחויז. בעקבות הבהיר העתירה. העותר חזר ונפה לבג"ץ. בית המשפט קבע בדיון זה כי זהו המקורה החמור ביותר של הפרת הבטחה ממשلتית שניתנה בפני בית המשפט, הורה ליעץ המשפטי להעמיד את

<sup>127</sup> ההתייחסות מוגנת בהתערבות גורמים משפטי, וביניהם כותב שוות אלה, או חבר נשפט.

<sup>128</sup> גוטמן, שם, עמ' 278-282.

האחוואי לביזיון בית המשפט לדין פלילי והטיל על המדינה בראשונה בתולדות המשפט בארץ תשלים הוצאות הן בשלב של צו על תנאי והן בשלב הפיכת הצו למוחלט.<sup>128</sup>

סיכון הכרעה שיפוטית אינו תופעה נדירה במדינת ישראל, אולם די במקרים ספורים אלו כדי להתריע בפני האפשרות ממשית הקיימת לניצול כוחה של הרשות המבצעת לשם סיכון הביקורת השיפוטית על מעשי הממשלה.

באנגליה נקבע כי טענת החסינות המהותית של עובדי ציבור, ובכללם שרים, אינה עומדת במקורה של מניעת ביקורת שיפוטית. היה זה בעניינו של בחור זאיiri שביקש מקלט מדיני באנגליה ובקשותו נדחתה. האיש ערער לבית המשפט על דחיתת בקשתו, ושר הפנים הורה לדוחותו עוד לפני הדיון בבית המשפט. בית המשפט לערעורים מצא את الشر אחראי לביזיון בית המשפט. השופטים הדגישו כי الشر אחראי לביזיון אישית, כאדם ולא כשר. זו הייתה הפעם הראשונה שבה הורשע שר בביוזן בית המשפט באנגליה. עם זאת השופטים נמנעו מהטלות עונש.<sup>129</sup>

בית הלורדים שדן בעניין ב-1993 אישר את התקדים שקבע בית המשפט לערעורים וחוסיף ממד מרוביב. נשיא בית המשפט לערעורים, הלורד ולף, קבע כי الشر אחראי לביזיון בית המשפט מותוקן ופקידו הרשמי כשר ולא כאדם פרטני. השופט קבע כי במצב זה, בניגוד למצב בוشرع מושר אשית בביוזן, אין אפשרות להטיל על השר סנקציות חמאסר או Kens. בית המשפט ציין כי הקביעה כי الشر בזיה את בית המשפט מהווה אמצעי מספק וחשוב מאוד כנוהג, והפרלמנט הוא ש策יך להשתמש בקביעה החזרתית של בית המשפט כדי לחיבב את الشر.

יתכן שגם בישראל יש לאמצץ את הגישה שלפיה ذי בהצהרוו של בגין' על עצם ההפרה, ואין צורך בהטלת עונש ממשי. ואולם אל מול מגמה מותמדת בכוונות מכוון של אי-קיים פסיקה ייתכן שהמודל ההצהרתי לא יספק להתמודדות.

#### (ה) הפקת תוקףם של מוסדות המסתබים לשלב חברים על-פי פסיקת בתי המשפט

הרעيون המונח בסיס המודול של הפקת תוקף המוסד הוא כי לעיקרו הרציפות המוסדית שמננו הנה גוף שלטוני כיום, יש לקבוע סיג' מאון, דהיינו: כאשר גופים מינהליים מפרים צו בית משפט תוך מעבר זמן קבוע לצורך ביצוע צו זה, עולה הצורך להפסיק תוקףם של מוסדות אלה. כך, למשל, ניתן לקבוע כי סיורוב של מועצה ذاتית לקיים פסק דין אופרטיבי של בית משפט יגרום לכך שהמועצה תחדל להיות תקפה.

#### (ו) ביצוע עצמי

ביצוע עצמי של פסק דין על-ידי בית המשפט הוא פרקטיקה משפטית נוספת לעגן בחוק. משמעותה היא מתן הconnexion בית המשפט לתת תוקף מעשי לפסק דין שהתקבל וטרם בוצע על-ידי רשות המינהל המוסמכות. דרך שנייה הדיין המ מצוי היא להורות בזורך חקיקה שהחלטת בגין' למנוגות אדם לתפקיד כמוות כפרסום ברשותות. הוראה כזו תעשה את בית המשפט

<sup>128</sup> בגין' 217/79 סלימאן נ', מנהל מקרקעי ישראל, פ'יד נ' [2] 250.

<sup>130</sup> M. v. Home Office [1993] 3W.L.R.433 H.L.

לבתני תלוי בגורמים אחרים בכל הקשור להוצאה הפסק אל הפועל. כך, למשל, ניתן לקבל כפולה חוקית וסבירה אישור על מתן גט שניtan במעטם צד אחד על-ידי מזקיר בית המשפט במקרה של סירוב לבצע את פסיקת הבג"ץ.

#### (ב) ביצוע על-ידי גורם אחר

דרך נוספת למתן מענה להימנעותן של רשותות מינהליות ונושאי משרה בהן מבוצע פסק דין שנטקלו בבית המשפט היא עוד תיקון בחוק, שיאפשר לנושא משרה בכיר וממונה לפעול במקומות זה הממן או מועלכט במוגן מלבצע פסק דין כאמור.

מעניין לציין כי בדיון הקיימים ישן הוראות אשר ניתן להיעזר בהן במקרים אי-ציזות. לפי סעיף 10א לחוק שירוטי הדת היהודים יכול שר הדות למנות אדם שימלא חובה אשר הייתה מוטלת על המועצה הדתית, מקום שהמועצה מסרבת למלאה. לפי סעיף 12א לחוק רשאי שר להגיש קובלנה על רב מקומי לבית הדין המשמעתי לרבניים. השר עשוי להשתמש בסמכות זו במקומות שרבנים רפורמיים מסרבים לציית לפסיקת בג"ץ. סוגיה זו קיבלה משנה וזקוף בפרשת מינוחה של אישה לפני סיום כהונתו ולא לחותום על צו הבג"ץ. יש להזכיר את האפשרות של שר לותר על סמכותו לטובת ראש הממשלה, אשר ימלא אד-הוק את מקומו של השר בקבלת החלטה מינילת, זאת אף ללא הצורך בהתפטרותו של השר.<sup>130</sup>

---

<sup>131</sup> ראה למשא ביצוע על-ידי אחר בארץות הברית: *Gilbert v Johnson* 490 F. 2d 827 (1974).

מאז הקמתה של מדינת ישראל מתנהל מאבק על צבינה בין תפיסה המדגישה את הערכים של זכויות האזרח ובין זו הרואה בדת את הקודח הרואוי, לרבות לצורך הסדרת החווים הציוריים במדינה. כותב שורות אלה מאמין שהמפתח לפתרון שיבטיה המשך חיים יהודים דמוקרטיים במדינה הוא גיבוש נסחה חוקתית, היוצקת תוכן דמוקרטי מסורתי לטיבה "מדינה יהודית וdemocratic" במסמכתה החוקתית. נסחה זו היא הכרה בעובדה שלא ניתן להגיע ליישוב מוחלקות אידאולוגיות באופן מוסכם על הכל, וכי יש להתבסס על המכנה המשותף המוסכם על הרוב. היא שואבת את השראתה מטופשת היהדות המסורתית, המכבדת את הדת ואת המסורת, אך מחויבת לדמוקרטיה ומונגדת לכפייה הדתית. שמירת המסורת נובעת מtower כיבוד המסורת ומנהגי אבות, ולא מtower לשתייה את חוקת המדינה על יסודות זהות. לפיכך, לפי גישה זו, הפרשנות הרואיה היא שביל הזוחב שיתקבל על רוב רובו של הציבור במדינה ישראל: פירוש שאינו מחמיר יתר על המידה בזכותו הדת, אלא מסמל הזדהות עם מורשת ישראל באופן שייפך לנורמה מקובלת על הציבור ולא יפגע בחופש הדת והמצפון.<sup>131</sup>

חילוקי הדעות סביר צבינה של המדינה התבאו גם בפעולות הרשוויות השונות, כאשר אחת מהן תורמת בפועלותיה תרומה חיובית או שלילית לצבעון הדמוקרטי היהודי המסורתני, תוך שהיא מגינה על זכויות האזרח, או פוגעת בהן. בחנו את דפוסי הפעולות של שלוש הרשוויות תוך ניתוחamazon החגנה על זכויות האזרח בנושאי דת בסוגיות המרכזיות במאבק ההיסטורי על הצבעון היהודי דמוקרטי.

בסוגיות זכות הנישואין ראיינו, כי על-פי ההשערה הליברלית הרוים המחוקק תרומה שלילית לרוב לamazon החגנה על הזכויות האזרחיות. ביזמות הממשלה הוא הנציג הסזר בעלדי של נישואין זתים בהתאם לטוטוס קוו שקבע נישואין זתים, ובכך יצר מציאות קשה בערך למי שמנועים או פסולים מהeingang על-פי הדין ההלכתי. חריגה מדין מודיניות זו התבטאה בהכרת המחוקק במועד הידועים הציבור. בית המשפט תרם להרחבת חירות האדם ביצירת מוסדות משפטיים לשם עקיפה או מיתון הבעיות המעיקות שייצר דין הדת וכן ביסס את מוסד הידועים הציבור.

בסוגיות פסולי החיתון פולח המערכת המשפטית בדרך של ביקורת הצהרתית על דרך ניהול הרשימות על-ידי הרשות המבצעת בעניין שנוגע להגבלת הזכות הבסיסית, הזכות להינשא. על-אף

<sup>132</sup> ר' מדיניות דמוקרטית יהודית-MESSORAH ליל, פרק 3.

שהרשות המבצעת הchallenge לנכונות מדיניות לצמצום דרישות של הרשינה (מ-200, 5 פסולי חיתון ל-200), החלה נסיגה בהפעלת מדיניות זו על-ידי הרשות המבצעת בהמשך.

בסוגיות הקשורות ניתן להבחין בין תחומי הנפקת תעוזות הקשורות לבין תחומי איסור על ייבוא ומכירתו בשחזר. בתחום הנפקת התעוזות הניתנה הפסיקה הראשונה לתרומות לשיפור המצב. המחוקק המשיך בכיוון זה בחוק איסור ההונאה בכספיות, חוק שפושר בהרחבה על-ידי הפסיקה. בתחום הגבלת ייבוא ומכירתו בשחזר פעל הרשות המבצעת על יסוד השקפה הזוכה לתמייה של ציבור רחב בשל משמעותו של החזיר כסמל לשנאית ישראל. איסור זה הוא בעל ממד לאומי ולא רק דתי. הרשות השופטת פעלה בעקבות להגן על זכויות האזרח, ואילו המחוקק ה策ך לרשות המבצעת על-ידי حقיקת חוקים "עויקפי בגין"<sup>132</sup>, דבר שגרם לרשوت השופטת לצמצם את מידת ההגנה על זכויות האזרח בתחום זה.

בסוגיות הקבורה האזרחית שתקה הרשות המחוקקת במשך שנים, ואילו הרשות המבצעת נקבעה מדיניות של "שב ואל תעשה" אשר ליצירות מסוימות שיבטיחו זכות קבורה נאותה לכל האזרחים. בגין הבא לשינוי בפסק דין המצהיר על חובת הרשות לדאוג למימוש זכות זו. בין השנים 1995-1996 בולט גם שינוי מדיניות מצד הרשות המבצעת שהתבטא בעריכת מכירות והענתק זכויות.<sup>133</sup> המחוקק מענה גם הוא לאתגר ותרם באופן חיובי על-ידי עיגון הזכות לקבורה אזרחית בחוק. כיום חלה נסיגה במדיניות החיובית של הרשות המבצעת. ניתן לראות בתקופה המוזכרת דוגמה חיובית לשיטות פעה רעיוני בין הרשותות השונות לפתרון מצוקה אנושית.

בסוגיות הזכות לירושין החיל המחוקק את הדין הדתי על כלל האזרחים. דין ההלכה בעניין הגירושין עומד בינו לבין תפיסות של גירושין ללא שם הרוחות בחברה המודרנית ובארצאות מערביות. בית המשפט פעל לביסוס הזכויות, אם כי במסוג, על-ידי יצירת תחליף גט, כגון הכרה רחבה במוסד היוזעים בצד וחזקת השיתוף. בעניין זה נתקל בית המשפט העליון בהתנגדות עזה של הממסד הרבני שפעל לעקיפת הפסיקה של בית המשפט העליון. בית המשפט העליון נמנע מהתעמת עם בית הדין הרבני על מרותו.

בסוגיות הגירוש תרימה הפסיקה להרחבת ההגנה על חופש הדת בהכירה בגיןם לא אורתודוקסים שערכו בחו"ל. המחוקק והרשות המבצעת תרמו לכך תרומה שלילית. בועדת נאמן הפעלת בימים אלה ניסיון להתמודד עם הבעייה של גירוש לא אורתודוקסי בארץ. יש להמתין ולראות מה יהיה התוצאות.

בסוגיות סמכויות רשות הדת ניתן להבחין בדוגמה של בית המשפט להשווות את מעמד הרשותות הדתיות לעומת כל הרשותות בישראל. מגמה זו זכתה בשיטות פعلاה מצד המחוקק בתחום מעמד הרבנות הראשית ומעמד הדיינים. לעומת זאת בתחום מעמד בתיהם הרבניים לא הגיע המחוקק על אי-כפיפותם של בתיהם הרבניים להלכות בגין. בתחום זה בולטות הבעייה החריפה של אי-כפיפות לצווים בבית המשפט, שלא נמצא לה פתרון הולם.

בסוגיות השבת פעולה הרשות השופטת להגנה על חירות הפרט בפסקה הגבלות של רשותות מקומיות על פתיחת בתיהם עסק, על תחבורת ציבורית ועל הפעלת תחנות דלק וטליזיה בשבת.

<sup>132</sup> ר' חוק הבשר ורטש מיטו אל-על, שם, עמ' 11.

<sup>133</sup> ר' לעל, פקרא ראשון, עמ' 14-15.

בתחום בניי העסק התרבותה הרשות המחוקקת בהסמכה את הרשותות המקומיות לsegueר עסקים בשבת, אך הרשות המבצעת מנעה מאכיפת חוקי עזר עירוניים לsegירת עסקים בשבת. לאחרונה חל شيء עניין זה, וניכרת מוגמה של הגברת האכיפה של חוק שעוטה בעודה ומונחת, האוצר העסקות יהודים בשבת ללא היתר, גם בתחוםי המועצות האזוריות. לעניין סגירות רחובות בשבת ניסתה הרשות השופטת לשמר על אייזון בין תושבים דתיים לבין חופש התנועה של תושבים יהלומיים. לאחרונה נאלצת הרשות המבצעת להעינות לחץ גובר לsegueר רחובות נוספים בשבת. בית המשפט העליון נודה לפשרה חברתיית, אך זו מצטיירות יותר כהענות לתביעות הציבור הדתי מאשר כישום ראוי של עקרונות משפטיים כפי שניתן היה לעשות במסגרת אימוץ הגישה הדמוקרטיבית יהודית-מסורתית.

בסוגיות מעמדן של נשים בגופים דתיים ומעמדם של יהודים לא אורחותודוכיסים בגופים אלה פועלת הרשות השופטת להגן על זכויות אזרח. הרשות המחוקקת הגנה בחקיקה על מעמד האישה, אולם בתנום מעמד היהודים לא אורחותודוכיסים שמר המחוקק על שתיקה. דפוסי פולתה של הרשות המבצעת בענייני דת מצטיירים כהימנעות מיישום החלטות בתי המשפט.

לטיכום, ניתן לאפיין את דפוסי פעלתו של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בעיקרים כמרמים תרומה שלילית למאזן זכויות האזרח בענייני דת. בניגוד להן פועל בית המשפט יותר להגנת זכויות אלה, ובכך תרום תרומה חייבות למאזן.

ניתחנו את דפוסי הפעולה השונים של הרשותות השונות ואת מה שעומד מאחוריהם: הרכב הכנסת והמבנה הקואליציוני של המשטר במדינת ישראל מחייבים לגשב שירותים בין חלקי הציבור השונים, ובמיוחד בין הרוב החילוני והמוסריני לבין גורמים חרדיים דתיים.

בית המשפט מעסם מהותו הוא המגן על זכויות האדם. הוא נחלץ להגנת הזכויות גם בנושא דת. בית המשפט התמודד עם בעיות שבוחן בחר המחוקק שלא להכריע. בית המשפט נאלץ גם להתמודד עם המציאות המשפטית שנוצרה בעקבות כפיפות נורמות דתיות על כלל האוכלוסייה בידי המחוקק.<sup>134</sup>

בית המשפט מהלך על חבל דק. הוא משתמש להימנע מלהריכיע בסוגיות טעונות מבחינה פוליטית וחברתית. בעוד שב עבר יומו הטיות הדתיות חקיקה שביטה או מיתנה פסיקה של בגין, שידועם הייתה מנוגדת לאיינטנסיס הדתיים, הרי כיום בעקבות קבלת חוקי היסוד החדשים המכפפים גם את החקיקה לביקורת בית המשפט, הגיעו גורמים חרדיים דתיים להכרה, כי יש להפעיל השפעה גם על בית המשפט העליון עצמו. הם עושים זאת באמצעות השפעה על מינוי השופטים ובהפעלת לחץ והשמעת ביקורת על בית המשפט כדי למנוע ממנו לקבל הכרעות שיפוטיות המגנוות על זכויות האזרח בענייני דת.

ניתן לומר כי הרשות המבצעת נתונה במיעוד להשפעה פוליטית של סיעות דתיות. זאת בשל המבנה הקואליציוני והופה הפוליטית בישראל, המקיימים למפלגות הדתיות כוח חשוב מהיוון לשון המזוניים.

בשל החשיפה של בית המשפט לחץ גדול יותר נדרש מאיץ להעניק לו הגנה חזותית.

<sup>135</sup> להזמנה, החלטת דין תווה בנישואין וגירושין.

במחקר מוצעות שלוש המלצות עיקריות, ואלו הן: הראשונה במישור החוקתי: שריון מעמד השופטים ובתי המשפט, הגנה חוקתית מפני ניסיונות לקטץ בסמכויותיהם, ופעולה ליצירת הסכמה לאומית לשריון חוק יסוד: החלטה השנייה היא גיבוש נוסחה חוקתית היוזמת תוכן יהודי מסורתי לתיבה "יהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד. הנוסחה צריכה להתבסש על-ידי הכוחות המתוונים בישראל, ועל בית המשפטugas בין כוחות המוכנים לכך. ההחלטה השילשית היא התמודדות במישור המשפטי להגנת היחיד מא-אכיפת פסיקה. תופעת אי-ציותות של רשויות לפתק דין הנה תופעה חמורה, הדורשת התמודדות נמרצת. הבאנו הצעות שונות לשיפור אכיפת הפסיקה של בתי המשפט: להעניק לבית המשפט שיקול דעת לפחות לקצוב זמן לביצוע פסק דין, חזות לטובת האזרח הנפגע מא-ציותות במהלך דין עתידי, שימוש בתروفת מותן פיזויים אישיים נגד נושא משרה, היוזקנות לרופת ביזון בבית המשפט נגד נושא משרה ממונחים וນבחרים, הפסקת תוקפים של מוסדות סרבניים, ביצוע עצמי של פסקי הדין על-ידי בית המשפט וביצוע על-ידי גורם אחר.

## מקורות

- ברק, א', **פרשנות במשפט – כרך 3: פרשנות חוקתית**, ירושלים: הוצאה נבו, 1994.
- גביזון, ר', "מדינה יהודית ודמוקרטיבית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", **עינוי משפט** י"ט (3) (תשנ"ה/1995), עמ' 631-682.
- גולמן, י', **טללה בשב"כ - הייעוץ המשפטי נגד הממשלה**, תל אביב: ידיעות אחרונות, 1995.
- דו-יהי, א', **הפוליטיקה של הסתדרות: יישוב סטטוכיסטי בושאי דת בישראל**, ירושלים: מכון פלוטשטיימר למחקר מדיניות, 1997.
- דין וחשבון והמלצות הוועדה לגיבוש רعيונות והצעות בנושא הגירוש בישראל (בראשות יעקב נאמן), 1998.
- הר זהב, ר', **סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק**, תל אביב: בורטי, 1991.
- הרנון, א', **ביזון בית המשפט על-ידי-ציות**, ירושלים: מפעל השכפל, 1965.
- מזכיר המדינה, **זוח ביקורת המדינה**, מס' 40, ירושלים: משרד מזכיר המדינה, 1990.
- נויברגר, ב', **דת וdemocracy בישראל**, ירושלים: מכון פלוטשטיימר למחקר מדיניות, 1997.
- סומר, ח', "הזכויות הבלתי מוניות על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כ"ח (2-1) (תשנ"ז/1997), עמ' 257-340.
- פלר, ש', "פרשת החוטפים הסובייטים – פרשת ד"ר סובלן – מהזרה שנייה" **משפטים** י"ט (תשמ"ט/1989-90), עמ' 41-46.
- קמיר, א', "לכל אישה יש שם", **משפטים** כ"ז (תשנ"ו/1996), עמ' 327-382.
- רביצקי, א', **הकץ המגולה ומדינת היהודים – משיחיות ציונות וఆידיקליות דתית בישראל**, תל אביב: עם עובד, 1994.
- רוזנשטיין, א', **המשפט הקונSTITוציוני של מדינת ישראל**, תל אביב: שוקן, מהזרה חמישית מרווחת, 1997.
- רוזן צבי, א', "מדינה יהודית ודמוקרטיבית: אבותות רוחניות, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעלג?" **עינוי משפט** י"ט (3) (תשנ"ה/1995), עמ' 479-519.
- שורץ, ד', **אמונה על פרשת דרכים – בין רעיון למעשה בציונות המשיחית**, תל-אביב: עם עובד, 1996.
- שי שטרית, "חוופש המცפון והדזה: החופש מפני כפיית נורמות ذاتיות, קביעת חובה היזקקות לרשויות ذاتית והטלת הגבלות מטعمי דת", **משפטים ג** (תשלי"א-ב-2/1971) עמ' 467-493.
- שטרית, שי, **הארץ הטובה: בין כוח וחת**, תל אביב: ידיעות אחרונות, 1997.
- שיפמן, פ', **מי מפחד מנישואין אזרחים?** ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 1995.

שייפמן, פ', *דין המשפחה בישראל*, ירושלים: המכון למחקרים חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, מהדורה שנייה, 1995.

שפירא, א', *חרב היונה תל אביב*: עם עובד, 1992.

שרף, ז', *שלושה ימים והם ג'*, ז' באירוע התש"ח, תל אביב: עם עובד, 1965.

Shetreet S., *Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

---

**מכון פלורסה היימר למחקרים מדיניים**