

מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות

**בין שלוש רשויות
מאזן זכויות האזרח בענייני דת בישראל**

שמעון שטרית

ירושלים, יוני 1999

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 חסון
עורכת אחראית : שונמית קרין
הכנה לדפוס : זהבה דדון
הדפסה : דפוס אחוה בע"מ

ISSN 0792-6251

© 1999 מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות בע"מ
רח' דיסקין 9 א', ירושלים 96440 טל' 02-5666243 פקס : 02-5666252
office@fips.org.il
www.fips.org.il

© The Floersheimer Institute

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 וכיהן בכנסת ובממשלה.

על המחקר

המחקר מנתח את מאזן ההגנה על זכויות האזרח בענייני דת. הוא מתייחס לשלוש רשויות השלטון: הרשות המחוקקת, הרשות השופטת והרשות המבצעת. מן הניתוח משתקפת תרומה חיובית של הרשות השופטת ותרומה חיובית פחות של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת.

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

הרשות המבצעת תרמה אף היא תרומה שלילית למאזן זכויות האזרח בענייני דת בתקופתן של רוב ממשלות ישראל.

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

על מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות

בשנים האחרונות גוברת בישראל המודעות לחשיבותו של מחקר המכוון לסוגיות של מדיניות. ד"ר סטיבן ה' פלורסהיימר יזם את ייסודו של מכון שיתכזז בסוגיות-מדיניות ארוכות טווח. מטרתו הבסיסית של המכון היא לחקור תהליכים יסודיים שיעסיקו את קובעי המדיניות בעתיד, לנתח את המגמות ואת ההשלכות ארוכות הטווח של תהליכים אלה ולהציע לקובעי המדיניות חלופות של מדיניות ואסטרטגיה. תחומי המחקר המתנהל במכון הם: יחסי דת, חברה ומדינה בישראל; ממשל ופיתוח מקומי בישראל; תכנון מרחבי בישראל.

חברי הוועד המנהל של המכון הם: ד"ר **סטיבן ה' פלורסהיימר** (יו"ר), עו"ד י' **עמיהוד בן-פורת** (סגן יו"ר), מר **דוד ברודט**, לשעבר מנכ"ל משרד האוצר, ומר **הירש גודמן**, העורך-מייסד של ה'גירוסלם ריפורט' וסגן נשיא של ה'גירוסלם פוסט'. ראש המכון הוא פרופ' **עמירם גונן**, מן המחלקה לגאוגרפיה באוניברסיטה העברית בירושלים.

מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות

רשימת פרסומים בתכנית המחקרים על דת, חברה ומדינה

1. **המאבק על צביונה התרבותי של ירושלים**
שלמה חסון, 1996
2. **הפוליטיקה של ההסדרה: יישוב סכסוכים בנושאי דת בישראל**
אליעזר דון-יחיא, 1997
3. **המתח התרבותי בין יהודים בירושלים**
שלמה חסון ועמירם גוטן, 1997
4. **דת ודמוקרטיה בישראל**
בנימין נויברגר, 1997
5. **מינהל וממשל בעיר חרדית**
יוסף שלהב, 1997
6. **מערכת החינוך החרדי: תקצוב, פיקוח ובקרה**
ורדה שיפר, 1998
7. **בין שלוש רשויות: מאזן זכויות האזרח בענייני דת בישראל**
שמעון שטרית, 1999

תוכן העניינים

7	מבוא
9	פרק ראשון: מאזן ההגנה על הזכויות בענייני דת
9	1. הזכות לנישואין
11	2. פסולי חיתון
12	3. כשרות
14	4. קבורה אזרחית
15	5. הזכות לגירושין
19	6. גיור
21	7. גבולות סמכויותיה של המערכת הדתית היהודית במדינת ישראל
21	(א) מעמד הרבנות הראשית
21	(ב) מעמד הדיינים
22	(ג) מעמד בתי הדין הרבניים
23	8. שבת
23	(א) פתיחת עסקים בשבת
24	(ב) תחבורה ותחנות דלק בשבת
24	(ג) טלוויזיה בשבת
25	(ד) סגירת רחובות בשבת
27	9. מעמדן של נשים בגופים ציבוריים הנוגעים לענייני דת
28	10. מעמדם של הלא-אורתודוקסים בגופים ציבוריים הנוגעים לענייני דת
	פרק שני: דפוסי הפעילות השלטונית והשפעתם על זכויות האזרח בענייני דת - הערכה
29	1. דפוס הפעילות השלטונית של הכנסת: חקיקה
29	2. השפעת הפסיקה על זכויות האזרח בענייני דת
31	(א) פסיקת בית המשפט העליון
33	(ב) פסיקת ערכאות ראשונות בסוגיות דומות
33	3. דפוס הפעילות השלטונית של הרשות המבצעת: ביצוע ואכיפת פסיקה
	פרק שלישי: דרכי התמודדות עם דפוסי פעילות שלטונית הפוגעים בזכויות האזרח בענייני דת
36	1. ההתמודדות במישור החוקתי
36	2. מדינה דמוקרטית יהודית-מסורתית
39	3. ההתמודדות במישור המשפטי להגנת היחיד מפני אי אכיפת פסיקה
47	(א) קציבת זמן לביצוע פסיקת בתי המשפט
47	(ב) יצירת חזקות לטובת האזרח במקרה של עיכוב, של הימנעות או של סרבנות באכיפת פסיקה
48	(ג) שימוש בתרופות של פיצויים אישיים כנגד נושאי משרה
48	(ד) היזקקות לתרופת ביזיון בית המשפט נגד נושאי משרה ממונים ונבחרים
52	(ה) הפסקת תוקפם של מוסדות המסרבים לשלב חברים על-פי פסיקת בתי המשפט
53	(ו) הטלת הוצאות אישיות על נושאי משרה סרבנים
53	(ז) ביצוע עצמי
54	(ח) ביצוע על-ידי גורם אחר
55	סיכום
60	מקורות

מבוא

בחינה של דפוסי הפעילות השלטונית של שלוש הרשויות: חקיקה של הרשות המחוקקת, פסיקה של הרשות השופטת, וביצוע ואכיפה של הרשות המבצעת, לרבות מינהל, ביורוקרטיה, ומדיניות, מורה על תרומה שלילית יחסית של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת ועל תרומה חיובית של הרשות השופטת במגוון רחב של נושאים. זו היא המסקנה העולה מבדיקת דפוסי הפעילות השלטונית ביחס לנושאים הנוגעים לענייני דת, וביניהם: שבת, כשרות, קבורה, נישואין וגירושין ומעמדם של לא-אורתודוקסים.

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 מספר, שהבולטים ביניהם הם: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, (1992) וכן חוק הקבורה האזרחית החלופית תשנ"ו-1996. חוקי היסוד החדשים מהווים מפנה יסודי בהגנה על זכויות האזרח בישראל ויש להם השלכות כבדות משקל על ההגנה על זכויות האזרח גם בענייני דת. אמנם הזכות לחופש הדת והמצפון לא נמנתה במפורש בחוקי היסוד, אך עמדת הפסיקה והמלומדים היא כי זכות זו, כמו זכויות אחרות, נכללת בכבוד האדם ומתוקף זה מוגנת על-ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

גם הרשות המבצעת תרמה תרומה שלילית למאזן זכויות האזרח בענייני דת ברוב תקופות הכהונה של ממשלות ישראל, למעט תקופות קצרות וחריגות. גישתה של הרשות המבצעת מתבטאת בביצוע ובקביעת מדיניות. לעתים, בהשפעת האקלים החברתי והפוליטי, נוקטת הרשות המבצעת במדיניות אי-אכיפה, המיטיבה עם זכויות האזרח בענייני דת, למשל, בסוגיית סגירת עסקים בשבת, אם כי לאחרונה חלה נסיגה מסוימת בתחום זה. ואולם התופעה הבולטת היא של סירוב לציית לפסיקת בתי המשפט המיטיבה עם האזרחים בענייני דת. סרבנות זו, שאינה מכירה בעליונות מערכת המשפט הכללית, קיימת במערכת השיפוט הדתי וגם בקרב רשויות המדינה, הנשלטות על-ידי ממסד דתי-פוליטי. תופעה זו אינה ייחודית רק לפסקי דין של בית המשפט בענייני דת, אולם בהקשרים אחרים היא אינה משקפת מגמה מתמדת בכוונת מכוון, כפי שהדבר מצטייר בסוגיות הנוגעות לענייני דת.

הרשות המחוקקת והרשות המבצעת השפיעו, בעיקרו של דבר, באופן שלילי על זכויות האזרח בענייני דת. שונה המצב ברשות השופטת ובעיקר לגבי בית משפט העליון. מבין שלוש רשויות השלטון בולט בית המשפט העליון בתרומתו החיובית במשך שנים ארוכות לשיפור זכויות האזרח בענייני דת. פסיקתו היא תוצאה של תהליך חברתי, המשנה את דפוסי ההתנהגות הציבורית בתחומים שונים. בעקבות השינויים החברתיים הוגשו תביעות ועתירות לבית המשפט העליון, וזה

נענה להן, ונתן גושפנקא שיפוטית להתפתחויות ששיפרו את זכויות האזרח. כך, למשל, פסקו בתי המשפט כי הטלוויזיה הכללית תופעל בשבתות, נפסל חוק עזר שאסר על הקרנת סרטים בשבת, הוכרה הזכות לקבורה חילונית שנים לפני שהכנסת עיגנה זכות זו בחוק, הוכרו נישואין של תושבי הארץ בחו"ל, והוכר גיור לא אורתודוקסי בחו"ל על-ידי בית המשפט העליון. אלו רק מקצת הדוגמאות של פסיקת בית המשפט העליון המשפרת את זכויות האזרח בענייני דת.

תהליך שיפור זכויות האזרח באמצעות השפיטה היה הדרגתי. ראשיתו בהתפתחויות חברתיות, ואחריתו בעתירות ובתביעות לבתי המשפט, שבעקבותיהן נפסקו הלכות המעניקות הגנה לזכויות האזרח. פסיקות אלה נתנו גושפנקא משפטית להתפתחויות חברתיות. תהליך דינמי זה חל הן בהליכים בפני בג"צ והן בהכרעות שיפוטיות של בתי המשפט ובית המשפט העליון בהליכים אזרחיים או פליליים.

הלכות בית המשפט העליון, התורמות לשיפור זכויות האזרח בענייני דת, עוררו בדרך כלל תגובות גומלין מצד הממשלה שיזמה הצעות חוק, ומצד הכנסת שאישרה אותן. לעתים יצרה חקיקת הכנסת נסיגה מפסיקת בתי המשפט, ששיפרה את זכויות האזרח. לעתים חוקקה הכנסת חוק, שהסמך את הרשויות לבטל את השיפור על-פי פסיקת בית המשפט העליון, אולם בפועל לא איפשרו האקלים החברתי והלחץ הציבורי נסיגה מלאה מפסיקת בית המשפט. כך היה כאשר בתי המשפט פסלו חוק עזר עירוני האוסר על הקרנת סרטים בשבת. הכנסת הגיבה בחקיקה, אך בפועל לא מומשה הפסילה ברשויות המקומיות השונות, גם בעקבות חוק תיקון פקודת העיריות (מספר 40), תשנ"א-1990, שהסמך את הפסילה. לעתים רחוקות המשיכה החקיקה במגמת השיפור, כפי שקרה בחקיקת הכנסת שהמשיכה את מגמת הפסיקה בנוגע לזכויות הידועים בציבור.

במחקר זה מוצג ניתוח מאזן ההגנה על זכויות האזרח בענייני דת של כל רשויות השלטון. סוגיה זו והמסקנות שייגזרו ממנה משפיעות על אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הפרק השני והשלישי של המחקר יוקדשו לניתוח ההיבטים המשפטיים של הגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, תוך דיון בהבדלי העמדות האידאולוגיות בין הכוחות החברתיים השונים במדינת ישראל. עמדות אלה הן המונחות בבסיס הנוסחאות המשפטיות שיוצגו.

מסקנות המחקר מוליכות לשלוש המלצות עיקריות. ההמלצה הראשונה היא כי יש לגבש פשרה כלפי תפיסת מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית: ישראל איננה מדינת הלכה או מדינה דתית, אך גם לא מדינה חילונית לחלוטין כי אם מדינה יהודית-מסורתית. תפיסה זו צריכה להוות הסכמה חברתית-פוליטית וגם הנחה חוקתית משפטית, שתנחה את בתי המשפט בהכרעה בסוגיות של ענייני דת. ההמלצה השנייה היא כי יש לעגן בחוקה את ההגנה על מעמדה ואי-תלותה של המערכת השיפוטית. ההצעה השלישית 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 בחינת תפקודן של כל אחת מרשויות המדינה בקשר לזכויות האזרח בענייני דת ייבחנו פעולתם של הכנסת, של הממשלה ושל בית המשפט בנושאים מספר, ובכלל זה: נישואין, כשרות, קבורה, גיור ושבועות. על יסוד הסכם הסטטוס קוו הסדיר המחוקק הישראלי ביוזמת הממשלה את סוגיית נישואי יהודים בישראל. ההסדר עוגן בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. סעיף 2 לחוק קובע כי נישואין וגירושין של יהודים בישראל ייעשו על-פי דין תורה. מכאן שהמחוקק הישראלי הנהיג ביוזמת הממשלה, הסדר בלעדי של נישואין דתיים ליהודים. מצב משפטי דומה הונהג לגבי עדות דתיות אחרות.

לדעת פרופ' א' רובינשטיין, בחירת הממשלה והמחוקק בהסדר בלעדי של נישואין דתיים פגעה בזכות לנישואין בשני אופנים מרכזיים: ראשית, הזכות לנישואין בין דתיים הוגבלה רק למקרים שבהם שתי הדתות מוכנות להכיר בנישואין אלה. שנית, הזכות לנישואין צומצמה על-פי מגבלות הדין הדתי. דוגמה לכך היא האיסור על נישואי כהן-גרושה או כהן-גירות בדין היהודי.¹

בחירת המחוקק בהנהגת נישואין דתיים עלולה להיתפס גם כפוגעת בחופש הדת, שאחת משלוחותיו העיקריות הוא החופש מדת, בשל חובה להיזקק לרשות דתית דווקא לשם יצירת קשר אינטימי מובהק כקשר נישואין.²

שונה יחסה של הרשות השופטת לסוגיית הנישואין מזה של הרשות המחוקקת והמבצעת. בית המשפט העליון לקח חלק בפיתוח מוסדות משפטיים לשם עקיפת מגבלות הדין הדתי, והקל על מצוקתם של אלה שאינם יכולים או שאינם רוצים להינשא על-פי הדין הדתי. מוסדות משפטיים אלה כללו הכרה ברישום נישואין אזרחיים שנערכו בחו"ל וכן הכרה ברישום נישואין פרטיים של פסולי חיתון.

ראשית ההכרה של בית המשפט העליון בנישואין אזרחיים של יהודים בחו"ל נעשתה בפרשת פונק–שלזינגר במקרה זה חייב בג"צ את משרד הפנים לרשום כנשואים ישראלים שנישאו בנישואין

¹ א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, 1997, כרך א', עמ' 196.

² פ' שיפמן, **מי מנכחד מנישואין אזרחיים?** 1995 עמ' 5, וכן ש' שטרית, 'חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות דתית והטלת הגבלות מטעמי דת', **משפטים ג'** (תשל"א/ב-1971/2), עמ' 467.

אזרחיים בחו"ל.³ בג"צ פסק כי אין זה מעניינו של פקיד הרישום לבחון את תוקפם של הנישואין האזרחיים, ודי בכך שהזוג המציא ראיה לכאורה לאמיתות הרישום. תעודת נישואין של מדינה זרה מהווה ראיה כזו. בהמשך הסכים בית המשפט העליון לפסוק מזונות לאישה הנשואה בנישואין אזרחיים. זאת על-ידי השימוש בקונסטרוקציה משפטית של הרכבת הדין הדתי על גבי הדין האזרחי. על-פי דרך זו, בית המשפט מגיע למסקנה כי הזוג נשוי מבחינת המשפט הבינלאומי הפרטי, ועל בסיס זה מחיל את הדין היהודי לעניין המזונות.⁴ בעזרת הלכות מרכזיות אלה אישר בית המשפט העליון עריכת נישואין וגירושין מחוץ לישראל. יתר על כן, בפרקטיקה הנהוגה כיום אין חובה לצאת לחו"ל, וניתן להינשא על-ידי שליח, במה שמכונה "נישואי מקסיקו" או "נישואי פרגוואי", שבהם זוכים בני הזוג בתעודת הנישואין המבוקשת באמצעות הדואר, ללא צורך בהופעה אישית במדינה אחרת.

דרך נוספת לעקיפת הצורך בנישואין דתיים נקבעה על-ידי בית המשפט העליון בפרשת **שגב**.⁵ על-פי הדין היהודי נישואי כהן עם גיורת, עם חלוצה או עם גרושה אסורים מלכתחילה, אך תופסים בדיעבד. במקרים כאלה מסרבים בתי הדין הרבניים להשיא את בני הזוג. בעייתם עשויה להיפתר על-ידי נישואין פרטיים. בג"צ אישר רישום של נישואין פרטיים אלה בכל הנוגע לזוגות פסולי חיתון. יש לציין, לעומת זאת, כי בג"צ סירב להושיט סעד לזוגות פנוי-חיתון שנישאו בנישואין פרטיים, עקב הדעה שהדבר מהווה עקיפה שלא לצורך של הסדר הנישואין הדתיים ועל כן מנוגד לתקנת הציבור.

בעוד שבתחום ההכרה בנישואין אזרחיים ובנישואין פרטיים תפקידו של בית המשפט העליון מצטייר כמכריע וייחודי, שונה המצב לגבי ההכרה במעמד המשפטי ובזכויותיהם של בני-זוג המכונים "ידועים בציבור כנשואים". בעניין זה ניתן להבחין בתהליך מעניין: ראשית ההכרה בתופעה של "ידועים בציבור כנשואים" נעשתה על-ידי המחוקק דווקא, ולבית המשפט העליון נותר רק להשלים את התהליך לשם עיבוי זכויותיהם של הידועים בציבור.

תחילת ההכרה של המחוקק במושג "הידועים בציבור" נעשתה בחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים) תשי"א 1950,⁶ בחוק שיקום ותגמולים בו הוגדרה "אישה" ככוללת גם את מי שגרה עם פלוני ו"הידועה בציבור כאשתו". הגדרה דומה מצויה בחוקים חברתיים נוספים. בהמשך נחקק סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 המכיר בזכויות הירושה של אישה החיה עם גבר חיי משפחה במשק בית. ניתן אם-כך להיווכח כי המחוקק תרם תרומה חיובית בכך שהחל במתן הכרה בתופעה של ידועים בציבור.

בית המשפט העליון השלים את התהליך שהחל המחוקק, ועיבה את זכויות הידועים בציבור בכמה היבטים. ראשית, נפסק כי ה"ידועה בציבור" עשויה להיות גם אשת-איש.⁷ על-ידי כך ניתנה פרשנות ליברלית למונח. בהמשך הכיר בית המשפט העליון ברוב דעות בתוקפו של הסכם לתשלום

³ בג"צ 143/62 פונק-שליינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225.

⁴ ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט (4) 399.

⁵ בג"צ 130/66 שגב נ' בית הדין הרבני, פ"ד כא (2) 505.

⁶ סי"ח תשי"א, 172, סעיף הגדרת בן משפחה.

⁷ ע"א 394/61 מ"י נ' פסלר, פ"ד טז 102.

מזונוניה של ידועה בציבור.⁸ מלבד זאת החיל בית המשפט על הידועים בציבור את הלכת השיטות של בני זוג בנכסים.⁹

ניתן לסכם ולומר כי בסוגיית הזכות לנישואין מילא המחוקק בדרך-כלל תפקיד שאינו תומך בזכויות האזרח בענייני דת. בית המשפט העליון הוא שבלט בתרומתו החיובית לשיפור המצב. יוצאת דופן היא ההכרה בידועים בציבור. בעניין זה אנו מוצאים דוגמה לשיתוף פעולה פורה וחיובי בין המחוקק לבין בית המשפט העליון, שיתוף פעולה זה תרם לשיפור זכויות האזרח בענייני דת.

2. פסולי חיתון

ב-1975 פנה היועץ המשפטי לממשלה דאז, הפרופ' אהרון ברק, לבחון את חוקיותן של רשימות פסולי החיתון. בחוות-דעתו קבע ברק כי רשימות פסולי החיתון נערכות ללא ביסוס 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 הוצאת או הכנסת שמות חדשים לרשימות.

המערכת המשפטית תרמה תרומה חיובית לזכויותיהם של פסולי החיתון, בכך שהתריעה על אי-החוקיות הקיימת. עם זאת, ללא יישום בפועל של חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה על-ידי הרשות המבצעת לא ניתן היה להשיג שיפור ממשי במצבם של פסולי החיתון ובאיכות זכויותיהם. ואכן, בדוח מבקר המדינה שפורסם ב-1990,¹⁰ נקבע כי חוות דעתו של הפרופ' ברק לא יושמה, וכי רשימות פסולי החיתון ממשיכות להתנהל באופן לא חוקי, ללא זכות טיעון וללא פיקוח נאות. דוח מבקר המדינה מעיד כי הרשות המבצעת תרמה תרומה שלילית לאיכות זכויות פסולי החיתון, בכך שנקטה גישה של "שב ואל תעשה".

ניסיון לשיפור המצב על-ידי הרשות המבצעת נעשה ב-1995 (בעת כהונתו של כותב שורות אלה כשר הדתות). אז גובשו עקרונות חדשים לניהול רשימות פסולי החיתון. עקרונות אלה עוצבו בתיאום עם נשיא בית הדין הרבני הגדול, הרב הראשי הראשון לציון הרב אליהו בקשי דורון, על-בסיס חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מ-1975 וכן בהתאם להוראות חוק הגנת הפרטיות. בראשית התהליך בוצע מיון מחדש של הרשימות הקיימות באמצעות מנהל בתי הדין הרבניים ובהנחיית נשיא בית הדין הרבני הגדול. בתום המיון פחתה רשימת פסולי החיתון מ-5,200 לכ-200. העיקרון המרכזי שלפיו מנוהלת הרשימה כיום מחייב כי הכללת אדם ברשימה תהיה לפי פסק דין בלבד, תוך מסירת הודעה לאדם על הכללת שמו ברשימה. הכנסת שם והוצאתו מהרשימה או הכנסת שם חדש מתבצעות רק על-ידי היועץ המשפטי של משרד הדתות ומנהל בתי הדין הרבניים יחד.

מניתוח סוגיית פסולי החיתון עולה כי הרשות המשפטית, בראשות היועץ המשפטי לממשלה, תרמה תרומה חיובית לשיפור זכויותיהם של פסולי החיתון במדינת ישראל. ואולם, למרבה הצער,

⁸ ע"א 563/65 יגור (פלביץ') נ' פלביץ', פ"ד כ (3) 224.

⁹ ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח (1) 443.

¹⁰ דוח ביקורת המדינה, מס' 40 (1990).

עם חילופי השלטון בשנת 1996, חלה שוב נסיגה מסוימת בעמדת הרשות המבצעת כלפי עניין זה, וההסדר שגובש ואף הוחל בביצועו במשרד הדתות איננו מופעל כראוי כיום. עם זאת מן הראוי לציין כי הישג אחד בהקשר זה הוא בלתי הפיך: הקטנת מספר השמות שנכללו ברשימת פסולי החיתון לכ-200 בלבד.

3. כשרות

בסוגיית הכשרות ניתן למצוא יחסי גומלין מגוונים בין שלוש הרשויות: המחוקקת, המבצעת והשופטת. כדי לעמוד על טיבם ננתח שני תחומים: הוצאת תעודות הכשר וההגבלות על ייבוא ומכירת בשר חזיר.

פסק הדין הראשון שעסק בשאלת סמכות הרבנות הראשית להנפיק תעודות הכשר ניתן בפרשת **מרבק**.¹¹ בג"צ פסק כי הרבנות הראשית כפופה לביקורת בג"צ,¹² וכי על הרבנות הראשית להחליט על תעודות כשרות על-פי "הגרעין הקשה" של דיני הכשרות ההלכתיים. בכך צמצם בג"צ את יכולתה של הרבנות הראשית לשקול שיקולי מדיניות הלכתית, שאינם קשורים לכשרות המזון עצמו.

עד 1983 הוסדר נושא הנפקת תעודות הכשר על-פי פסיקת בג"צ, ללא עיגונים בחקיקה הראשית. השינוי נוצר ביוזמת הממשלה, שהגישה הצעת חוק להסדרת נושא הנפקתן של תעודות ההכשר. בעקבות יוזמה זו חוקקה הכנסת את חוק איסור הונאה בכשרות-1983, הקובע כי מתן תעודות הכשר ייעשה על-פי דיני הכשרות בלבד. ניתן לראות בצעדים אלה תרומה חיובית של המחוקק ושל הממשלה, הבאים להגביל ולפקח על שיקול-דעתה של הרבנות הראשית בהנפקת תעודות הכשר. בג"צ השלים את המגמה החיובית הזו על-ידי כך שפירש את חוק איסור הונאה בכשרות באופן האוסר על הרבנות לשקול שיקולים שאינם הגרעין הקשה של דיני הכשרות.¹³

מניתוח סוגיית הנפקת תעודות הכשר ניתן להסיק כי המגמה החיובית של שיפור איכות זכויות האזרח החלה עם פסיקת בג"צ בנושא בשנות ה-60, נמשכה בעזרת יוזמת הרשות המבצעת וחקיקת הכנסת והושלמה בעזרת פרשנות בג"צ לחוק.

לעניין ההגבלות על ייבוא ועל מכירת בשר חזיר, ניתן לומר כי העניין אינו נוגע לסוגיית חופש המצפון והדת, אלא להתייחסות על בסיס לאומי-תרבותי, וכך גרסתי בזמנו.¹⁴ גישתי היא כי יש להבחין בין נורמות דתיות שאכיפתן מהווה פגיעה בחופש המצפון והדת, ובין נורמות שמקורן בדת, ואולם בהמשך זכו לתמיכה לאומית-תרבותית רחבה, ושאיפתן מותרת ומוצדקת. כזו היא הנורמה של איסור גידול חזיר על-ידי יהודים. איסור כזה איננו נורמה דתית בלבד, אלא זו נורמה לאומית, זאת על שום שהחזיר סימל במשך דורות את שנאת ישראל. עם זאת מגבלות יש להנהיג בחקיקה ראשית ולא בחקיקה משנית.

11 בג"צ 195/64 **החברה הדתית נ' מועצת הרבנות הראשית**.

12 על ההתפתחות שחלה במעמדה של הרבנות הראשית ראו בהמשך.

13 בג"צ 465/89 **רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים**.

14 ראה שטרית, לעיל הערה 2, "חופש המצפון והדת".

בשנות ה-50 נחקקו בשלטון המקומי כמה חוקי עזר עירוניים שנועדו להטיל הגבלות על מכירת בשר חזיר. בג"צ החליט לפסול את חוקי העזר העירוניים משני נימוקים: האחד, לא נמצאה הסמכה לעירייה לחוקק חוקי עזר עירוניים המסדירים מכירת בשר מסוים; השני, חקיקת העזר היא בעלת אופי דתי, ונעשתה תחת מסווה של הסדרת מכירת בשר. לדעת השופטים, שאלת הסדרת מכירת בשר חזיר היא בעיה דתית, החורגת ממסגרת עניין מקומי, ותפקיד הסדרתה מוטל על הכנסת ולא על הרשות המקומית.¹⁵ בג"צ תרם אם כן להגנת הזכויות בבטלו חקיקת משנה המושתתת על שיקולים דתיים ובחייבו את המחוקק הראשי לטפל בהסדרת הנושא.

ואמנם במענה להנחיות הבג"צ הסדיר המחוקק את הנושא על-ידי חקיקת חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תשי"ז-1956. חוק זה הסמיך רשות מקומית להתקין באזור שיפוט חוקי עזר, שיגבילו או יאסרו מכירת בשר חזיר ומוצריו הנוגעים לאכילה.¹⁶ על-ידי הסדרת הנושא בחוק פעל לכאורה המחוקק לפי הנחיות בג"צ, אך אופן התמודדותו עם הנושא פגע בחופש המצפון והדת של אלה הרואים בכך הגבלה מטעמי דת על-פי השקפה ליברלית.

ב-1992 נחקק חוק יסוד: חופש העיסוק. הכנסת תרמה בחוק היסוד החדש תרומה חיובית לשיפור זכויות האזרח בענייני דת בכלל ובענייני מגבלות מטעמי כשרות בפרט. הנושא עלה לדיון שיפוטי בפרשת **מיטראל**. באותו מקרה לא קיבלה חברת מיטראל רישיון לייבוא בשר קפוא לא כשר. באותה עת לא הייתה חקיקה של הכנסת בנושא, והסוגיה הוסדרה על-ידי שר התעשייה והמסחר והממשלה בהחלטות ובמדיניות מכוח פקודת הייבוא והייצוא. בג"צ נענה לעתירת החברה וקבע כי סירוב הממשלה להעניק רישיון הוא פסול, שכן נבע משיקולים דתיים הזרים לפקודת הייבוא והייצוא. השופט אור העיר אגב אורחא כי חקיקה שתתנה ייבוא בשר בכך שיהיה כשר, היא חקיקה המגבילה את חופש העיסוק שלא על-פי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: חופש העיסוק, ועל כן יהיה הכרח לקבלה בכנסת ברוב של 61 חברים, כפי שקובע סעיף 7 לחוק היסוד.¹⁷

לאחר פסיקת בית המשפט בפרשת מיטראל הראשונה הוחק ב-1994.9.3 תיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק, שהוסיף את סעיף 8. הסעיף החדש מאפשר לנגוד את פסקת ההגבלה של חוק היסוד בחוק או לפיו, כשמצוין שהחוק התקבל "על-אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק" וברוב של 61 חברים. לאור התיקון נחקק בכנסת חוק ייבוא בשר קפוא, תשנ"ד-1994. לפי החוק לא ייבא אדם בשר קפוא, אלא אם כן קיבל לגביו תעודת הכשר על-ידי הרבנות הראשית, או מי שהסמיכה לעניין זה.

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

¹⁵ בג"צ 177/55; 72/55 זיגפריד אברהם פריידי נ' עיריית תל אביב-יפו ואחרים, שמואל מנדלסון נ' עיריית

תל-אביב-יפו, פ"ד י 734.

¹⁶ ר' סעיף 1 לחוק.

¹⁷ בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות (לא פורסם).

פרשת מיטראל עלתה שוב לדיון בבג"צ לאחר חקיקת חוק ייבוא בשר קפוא. החברה עתרה שוב לבג"צ,¹⁸ לאור סירוב מועצת הרבנות הראשית לישראל לתת לה תעודת הכשר, כתנאי לקבלת רישיון לייבוא בשר קפוא. הרבנות קבעה כי הואיל והעותרת מייבאת גם בשר לא כשר, אין לתת לה תעודת הכשר לבשר אחר שהיא מייבאת, באשר אין היא נאמנה לכשרותו. חברת מיטראל טענה מנגד כי היא ניאומה להבטיח לרבנות שהבשר הכשר ייובא על-פי כל הנחיות הרבנות הראשית ותחת פיקוחה המלא. לטענת החברה, ביסוד סירוב הרבנות עומדים שיקולים זרים: כל כוונת הרבנות היא להכתיב לעותרת לעסוק בייבוא בשר כשר בלבד.

בית המשפט קיבל את העתירה. לדעתו, לאור הבטחות העותרת ועובדות הפרשה, אין כל חשש שהבשר שהעותרת מבקשת לייבא לא יהיה כשר בהגיעו ארצה. בסירוב הרבנות יש ניסיון להכתיב לייבואן אורח התנהגות בעסקיו האחרים, אף כאשר אין בהם כדי להשפיע על כשרות הבשר שאותו הם מעוניינים לייבא. ניסיון כזה הוא פסול. על כן הורה בית המשפט לרבנות לתת לעותרת אישור כשרות עקרוני, כך שהעותרת תוכל לקבל רישיון ייבוא 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"צ הוא הרשות היחידה שתומה תרומה חיובית בעניין, אם כי פסיקתו התערערה פעמים לא מעטות על-ידי חקיקה עוקפת בג"צ.

4. קבורה אזרחית

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

השינוי חל בפסיקת בג"צ בפרשת "מנוחה נכונה".¹⁹ כוונתה של העמותה העותרת הייתה לאפשר קבורה חילונית עירונית. הן שר הדתות והן מינהל מקרקעי ישראל התמהמהו בטיפול בבקשות. שמגר, הנשיא דאז, הצהיר כי העותרת זכאית לקבל רישיון קבורה ללא שהיות משר הדתות עם הקצאת מקרקעין עבורה ממינהל מקרקעי ישראל. בשלב זה סירב שמגר להתערב מעבר לכך, שכן הן שר הדתות והן המינהל הודיעו לבג"צ שיש להם נכונות עקרונית לספק את בקשות העותרת. משמעות הצהרתו של השופט שמגר הייתה הכרה שיפוטית בזכות האזרח לקבורה חילונית.

בין השנים 1995-1996 בולטת מדיניות חיובית כלפי קבורה חלופית גם מצד הרשות המבצעת. הדבר התבטא בעריכת מכרזים והענקת זיכיונות ל-8 חברות קבורה חלופית בהתאם לעקרונות שהותוו בבג"צ "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-1996.²⁰ סעיף 1 לחוק מגדיר "בית עלמין אזרחי חלופי" כבית עלמין אזרחי,

¹⁸ בג"צ 5009/94 מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל ושר המסחר והתעשייה (לא פורסם).

¹⁹ בג"צ 397/88 מנוחה נכונה נ' השר לענייני דתות (לא פורסם).

²⁰ ס"ח תשנ"ו, 249.

שהקבורה בו תיעשה על-פי השקפתו של אדם. סעיף 2 קובע כי אדם זכאי להיקבר על-פי השקפתו בבית עלמין אזרחי חלופי, אם בחר בכך. סעיפים 4 ו-6 מסמיכים את שר הדתות לקבוע מקומות שימשו בתי עלמין אזרחיים חלופיים באזורי הארץ השונים, ולהתקין תקנות לביצוע החוק.²¹

עד 1996 היוותה סוגיית הקבורה האזרחית החלופית דוגמה טובה, אם כי נדירה, לשיתוף פעולה מוצלח בין שלוש הרשויות לשם שיפור איכות הזכות לקבורה חילונית: בג"צ היה הראשון להכריז עליה בפסיקתו, משרד הדתות המשיך בעריכת מכרזים ובהוצאת זיכיונות, והכנסת נענתה לאתגר ותרמה תרומה חיובית על-ידי עיגון הזכות לקבורה אזרחית בחוק החרות.

המצב השתנה לאחר הבחירות של 1996. לאור שיקולים של מדיניות שונה נוקטת הרשות המבצעת במדיניות של "שב ואל תעשה": שר הדתות נמנע מלהתקין תקנות להפעלת חוק הזכות לקבורה אזרחית. מלבד זאת ניכרת הכבדה על הקצאת קרקעות לשימוש כבתי עלמין אזרחיים חלופיים. התוצאה היא חזרה לכרוניקה הידועה: הרשות המבצעת תורמת תרומה שלילית בדרך של נקיטה במדיניות של היעדר ביצוע. עם זאת עלו יפה המאמצים לפתיחת בית עלמין אזרחי חלופי ראשון בבאר שבע, והוא החל לפעול בראשית 1999. עמותת 'מנוחה נכונה' באר שבע קיבלה רישיון מדי שר הדתות, החתום מטה, בראשית 1996.

5. הזכות לגירושין

בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 אימץ המחוקק הסדר של גירושין דתיים, המבוססים על דין תורה.²² על-פי דין תורה זה, בני זוג יכולים להתגרש אם רצונם בכך, אולם בהיעדר הסכמה בין הצדדים, על בן הזוג התובע גירושין להוכיח לפחות אחת מעילות הגירושין ההלכתיות. המאפיין את עילות הגירושין הללו הוא קיומו של אשם בהתנהגות או באישיות של בן הזוג הנתבע.

הגישה ההלכתית של גירושין על-בסיס אשם טומנת בחובה חסרונות בולטים. ראשית, כאשר הקרע בין בני הזוג אינו ניתן לאיחוי, עדיף לאפשר להם להתגרש ללא צורך בחיפוש אשמים, שהרי אין טעם להגן על קליפת הנישואין כשזו התרוקנה מתוכנה. שנית, ברוב המקרים קשה לייחס אשמה לאחד מבני הזוג בלבד. בדרך-כלל, שני בני הזוג תרמו, במודע ושלא במודע, לכישלון הנישואין. זאת ועוד, ניתן לטעון כי מחיר בדיקת השאלה אם בן-הזוג הנתבע אכן אשם בגירושין הוא כבד. החיטוט בפרטים האינטימיים של יחסי הזוג רק מגביר את האיבה ביניהם וגורם להליך גירושין קשה עוד יותר.²³

מכאן מובנת תמיכתו של פרופ' פנחס שיפמן בגישת ה"גירושין ללא אשם". לפי גישה זו, היסוד המכריע המקנה לבן הזוג זכות לדרוש גירושין אינו הוכחת אשמה, אלא הוכחת התמוטטות יחסי הנישואין ללא תקנה ואבדן הסיכוי להחזרת שלום-הבית.²⁴

²¹ תקנות כאלה טרם הותקנו.

²² לגבי הזכות לנישואין - ר' לעיל, עמ' 11-9.

²³ פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, 1995, עמ' 422-423.

²⁴ שם, 422, עמ' 424-426.

יש לציין בהקשר זה כי במשטר הקיים של דיני הנישואין בישראל עשוי להיווצר מצב שבני זוג נשואים (לבני זוג אחרים) יקיימו חיים משותפים : מכיוון שמרבית האוכלוסייה היהודית נישאת בנישואין כדת משה וישראל, נוצרים עיכובים ומכשולים מפני גירושין, ואלו יוצרים מצבים שבהם חיים בני זוג שהם נשואים הלכתית ואף רשומים כנשואים על-פי החוק האזרחי חיי בית משותפים כידועים בציבור עם בני זוג אחרים. במצב כזה ילדיה של בת הזוג, שגירושה נמנעים או מעוכבים, עשויים להיות מוגדרים כממזרים על-פי ההלכה.

גישת הגירושין ללא אשם 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 יעלה בידי בית המשפט העליון לגייס את כוחותיו השיפוטיים כדי ליצור תחליפים אזרחיים, שיאפשרו לגישת הגירושין ללא אשם לחדור למשפט הישראלי "בדלת האחורית"?

התשובה לשאלה זו אינה חד משמעית. ישנם מקרים שבהם גילה בית המשפט העליון היסוס ביצירת תחליפי-גט. ניתן להסביר היסוס זה בחששו של בית המשפט העליון להיתפס כעוקף את ההלכה היהודית ואת מערכת בתי הדין הרבניים, המופקדים על-פי חוק על עריכת גירושין בין יהודים. מנגד, ישנם מקרים אחרים שבהם תרם בית המשפט העליון תרומה משמעותית לעיצוב תחליפי-גירושין אזרחיים.

ניתוח הפסיקה במהלך השנים מלמד כי בית המשפט העליון היסס לעתים במתן גיבוי לזכות לגירושין על-ידי מציאת תחליפים אזרחיים. דוגמה לכך ניתן למצוא בסוגיית צווי ההרחקה²⁵ : בשנים המוקדמות של הפסיקה נאות בית המשפט העליון להגן על זכות האישה והילדים למגורים בדירה כחלק מן הזכות למזונות, על-ידי מתן צווי הרחקה של בן הזוג מדירת המגורים. נכונות בית המשפט להוצאת צווי ההרחקה הייתה כה רבה, עד שנפסק כי ייתכן צו הרחקה נגד בעל, בגין אלימות נפשית או רוחנית, ולא דווקא פיזית.²⁶ הוצאת צווי ההרחקה אפשרה לאישה שבעלה מתעלל בה להשיג ממנו הפרדה פיזית, אף אם הוא מסרב לתת לה גט.

בהמשך חלה נסיגה בפסיקה, ובית המשפט העליון הגביל את הוצאת צווי ההרחקה למקרי אלימות קשים בלבד.²⁷ הנסיגה יכולה להיות מוסברת בכך שבית המשפט העליון החל לחשוש שהוא מהלך על חבל דק מדי, עד שהוא פולש לתחומו של בית הדין הרבני הדן על-פי חוק בנושא הגירושין.²⁸

סוגיית צווי ההרחקה ממחישה את היסוסיו של בית המשפט העליון להתערב ולגבש תחליף-גט אזרחי. עם זאת קיימים בפסיקה מקרים אחרים שבהם נאות בית המשפט לפתח תחליפי גירושין בהיעדר גט. על-ידי כך תרם בית המשפט העליון לשיפור איכות הזכות לגירושין במדינת ישראל.

25 שם, עמ' 428-431.

26 ע"א 458/79 ניר נ' ניר, פ"ד לה (1) 518.

27 ע"א 192/82 סדן נ' סדן, פ"ד לו (4) 169.

28 לאחרונה נחקק החוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991. החוק מאפשר הוצאת צווי הגנה למניעת כניסה לדירת מגורים או הטרדת בן משפחה. פרופ' שיפמן סבור כי נטיית בתי המשפט תהיה ללכת בתלם הפסיקה המצמצמת. פי שיפמן, מי מנחם מנישואין אזרחיים : 1995, עמ' 38.

אפשרות אחרת ליצירת תחליף גט היא פירוק השיתוף בדירת המגורים כפירוק שיתוף במקרקעין. בתי הדין הרבניים היו הראשונים לנקוט בדרך זו, והיא מאפשרת לכל אחד מבני הזוג לדרוש את פירוק השיתוף במקרקעין בדירה, כאשר השני לא נמצא בה, באמצעות מכירתה. דרך זו יכולה להוות במקרים לא מועטים תחליף גט, כאשר בן הזוג הוא סרבן גט. כיום נראה כי בתי הדין הרבניים 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.²⁹

אפשרות אחרת ליצירת תחליף-גט היא, כמובן, הקמת משפחה חדשה ללא גט. בתחום זה נאות בית המשפט העליון ליתן הכרה רחבה יחסית להכרה במוסד הידועים בציבור. מגמה מעניינת המציינת היטב הכרה זו היא ההכרה בזכותה של האישה לבחור את שם משפחתה כרצונה, לרבות את שינוי והתאמתו לשם משפחתו של הגבר שעמו היא חיה כידועה בציבור.³⁰

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

חזקת השיתוף היא פרי יצירתו של בית המשפט העליון. החזקה מוקמת בין בני זוג מעצם המאמץ המשותף בחיים הזוגיים, ללא צורך בהוכחת כוונת שיתוף מיוחדת ביחס לנכס מסוים. בית המשפט העליון קבע אמנם כי נטל השכנוע הוא על הטוען לקיום החזקה, אך עם זאת הוא הקל את הנטל על בן הזוג הטוען לקיום חזקת השיתוף, והחמיר את הדרישות כלפי הטוען לסתירתה. כתוצאה מכך הפכה חזקת השיתוף לחקיקה שיפוטית מבורכת. היתרון בחזקה טמון ביכולתו של כל אחד מבני הזוג לתבוע פירוק שיתוף בדירה שהיא בבעלותם המשותפת. על-ידי כך מושגת בין בני-הזוג הפרדה אף בהיעדר גט.³²

החקיקה השיפוטית הענפה בסוגיית חזקת השיתוף מהווה דוגמה יפה לתרומתו החיובית של בית המשפט העליון במציאת תחליף-גירושין אזרחיים בהיעדר גט. עם זאת, פועלם של מערכת בתי הדין הרבניים ושל הרשות המחוקקת הביא במקרים מסוימים לנסיגה מההלכה השיפוטית, ולפגיעה מצערת ביכולתו של בן-זוג להתבסס על חזקת השיתוף.

כך למשל, בפרשת **בבלי**.³³ שם פסק הנשיא ברק כי חזקת השיתוף האזרחית מחייבת את בתי הדין הרבניים כאשר עניין הרכוש נכרך כדין בתביעת הגירושין. אף-על-פי-כן עוקף בית הדין הרבני למעשה את פסיקת בג"צ על-ידי הפניית בני-הזוג להדיין בינם לבין עצמם על אופן חלוקת רכושם המשותף. בדרך זו נמנע בית הדין מיישום חזקת השיתוף המנוגדת להסדר הרכושי על-פי דין תורה. התוצאה המעשית היא החלשת יכולתו של בן הזוג המעוניין בגט ללחוץ להשגתו על-ידי תביעה לפירוק השיתוף בדירת המגורים. מכאן שאי-אכיפת פסיקת בג"צ על-ידי בתי הדין

²⁹ פי שיפמן, שם, 40-41.

³⁰ שם, 42-43 כן ראו אי קמיר, "לכל אישה יש שם", **משפטים** כ"ז (1996) 327.

³¹ ע"א 752/82 **פלוגי נ' פלוגי**, פ"ד לו (4) 626.

³² פי שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, עמ' 433-434.

³³ בג"צ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מוח (2) 221.

הרבניים פוגעת באיכות הזכות להתגרש. העובדה כי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת אינן פועלות כנגד אי-אכיפת פסיקת בג"צ בבתי הדין הרבניים מעידה על תרומה שלילית שלהן לסוגיה.

פגיעה נוספת ביכולתו של האזרח להתבסס על חזקת השיתוף שעיצב בית המשפט העליון נעשתה על-ידי המחוקק בחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973. חוק זה הוא בבחינת צעד אחד קדימה ושני צעדים אחורה: מחד גיסא - ניתנה מסגרת סטטוטורית ליחסי הממון בין בני זוג. מאידך גיסא - החוק מאפשר הפעלת הסדר איזון המשאבים רק עם פקיעת הנישואין. הדבר פוגע ביכולת של בן הזוג המעוניין בגירושין להשיג הפרדה מבן זוגו אף בהיעדר גט.

בפרשת **יעקובי**³⁴ ניסה בית המשפט העליון לפרש את חוק יחסי ממון באופן שיתן מזור לבן זוג המעוניין בהסדר רכושי טרם השגת גט. השופטים הציגו דעות שונות: השופטים שמגר ודורנר פסקו כי חזקת השיתוף ממשיכה לחול במתכונתה הישנה לצד החוק. השופטים טל ושרטרברג-כהן גרסו שניהם כי חזקת השיתוף במתכונתה השיפוטית הרחבה אינה ממשיכה לחול לאחר החוק, אולם שניהם מכירים באפשרות להוכיח שיתוף בנכסים ספציפיים. השופט שטרסברג-כהן אף הרחיקה לכת וקבעה כי לדעתה ניתן להקדים את מועד איזון המשאבים לזמן שבו התערערו יחסי בני הזוג ללא תקנה.³⁵

התלבטויות השופטים בפרשת יעקובי והפתרונות המגוונים שאליהם הגיעו השופטים השונים מדגישים שוב את תפקידו המרכזי של בית המשפט העליון בפרשנות החקיקה לשיפור של איכות זכויות האזרח במידת האפשר.

לסיכום מסקנותינו בסוגיית הזכות לגירושין ניתן לומר כי בית המשפט העליון הוא הרשות המרכזית שסייעה להתמודד עם הבעייתיות שיצר המחוקק כאשר קבע הסדר דתי לגירושין. בחלק מן המקרים נרתע בית המשפט מלהשיג על סמכויותיו של בית הדין הרבני. כך קרה בסוגיית הוצאת צווי הרחקה. במקרים אחרים פיתח בית המשפט העליון תחליפי-גט אזרחיים, ובכך שיפר את איכות הזכות לגירושין. תרומתו החיובית נבלמה לעתים על-ידי המערכת הרבנית או המחוקק. כך קרה בסוגיית חזקת השיתוף. הדבר מחזק את מסקנתנו שלפיה בית המשפט העליון הוא שתרים את התרומה החיובית לשיפור איכותן של זכויות האזרח בענייני דת, ואילו הרשות המבצעת והרשות המחוקקת נושאות מצדן תשומה שלילית.

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

יש להזכיר בקשר לזכות הנישואין והגירושין כי הכנסת חוקה ב-1995 הוראות רדיקליות לסיוע לעגונות נגד סרבני גט, ובכלל זה הוענקה סמכות להגבלת חשבון בנק, להגבלת יציאה מן הארץ.³⁷ החוק הביא ישועה וסיוע לעגונות, אך הוא נזקק לאמצעי הגבלה חמורים המוטלים על-ידי בתי הדין הדתיים, ובכך הוא פוגע בזכויות האדם.

34 ע"א 1915/91 **יעקובי נ' יעקובי**, פ"ד מט (1) 529.

35 ניסוח זה מזכיר את גישת הגירושין ללא אשם, עליה פורט קודם לכן.

36 פ' שיפמן, לעיל ה"ש 2, עמ' 33-34.

37 חוק בתי דין רבניים (קיום פ. קרדין של גירושין הוראת שעה) תשנ"ה 1995, מתוך ערנות לחומרת ההגבלות תוקף החוק הוגבל ל-4 שנים.

6. גיור

שאלת תוקף הגיור עלתה לראשונה בפסיקה הישראלית בפרשת **מילר**.³⁸ דובר בעותרת שעברה תהליכי גיור בארצות הברית, וקיבלה תעודת גיור מטעם התנועה ליהדות מתקדמת (הרפורמית). שר הפנים החליט כי בתעודת הזהות של העותרת תירשם המילה "נתגיירה" לצד המילה "יהודיה" ברישום פרט הלאום.

בג"צ פסק כי הפרטים הנוגעים ללאום ולדת לפי חוק מרשם אוכלוסין נרשמים על-פי הודעת הנרשם באופן האמור בסעיף 19ב לחוק. לפקיד הרישום אין סמכות להוסיף פרטים שלפי מהותם אינם הנושא שהוא בגדר פרט הרישום. התוצאה היא שבית המשפט פסק כי על העותרת להירשם כיהודיה במרשם האוכלוסין, ללא ציון המילה "נתגיירה".

חיזוק נוסף להלכת מילר, ניתן בבג"צ **תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל מרשם האוכלוסין**.³⁹ הנשיא דאז שמגר קבע כי גיור של עולה יירשם במרשם האוכלוסין לפי הודעתו. יחד עם ההודעה יוגש, אם יידרש, מסמך או תעודה ציבורית המעידים על הגיור. לפי הנשיא שמגר, הודעה בליווי מסמך המעיד על גיור בקהילה כלשהי בחו"ל, די בהם כדי לחייב רישומו של אדם כיהודי. לעניין זה אין נפקא מינה אם הקהילה היא אורתודוקסית, קונסרבטיבית או רפורמית.

מפרשת מילר וכן מפרשת תנועת ש"ס עולה כי בג"צ פעל כדי לספק הגנה אזרחית לגיור לא אורתודוקסי שנעשה בחו"ל. בפסיקה זו יש כדי לתרום תרומה חיובית לשיפור זכויות האזרח בענייני דת במדינת ישראל.

בהמשך עמדה לדיון בפני הבג"צ סוגיית תוקפו של גיור לא-אורתודוקסי שנעשה בארץ. השאלה עלתה ב-1993 בפרשת **פסרו**,⁴⁰ ונגעה לתוקף גיור רפורמי שנעשה בישראל, לעניין חוק מרשם האוכלוסין וחוק השבות. שר הפנים דאז טען כי סעיף 2 לפקודת העדה הדתית (המרה) אינו מאפשר להכיר בגיור לא אורתודוקסי שנעשה בארץ. הנשיא שמגר קבע מנגד כי אין הכרח לפרש את הפקודה כבעלת נפקות חוקית - אזרחית כללית, אלא ניתן לפרשה כבעלת נפקות לצורך תחומי סמכויות השיפוט בענייני המעמד האישי בלבד. לפי הנשיא שמגר, בפרשנות פקודת העדה הדתית (המרה) יש להתחשב בעקרונות השוויון, חופש המצפון והדת. על כן יש לפרש את הפקודה בצמצום, כך שאין היא שוללת הכרה בגיור לא אורתודוקסי בארץ לצורכי רישום. מכיוון שכך, ממילא אין זה תנאי כי "ראש העדה" ייתן אישור להמרת הדת כדי לתת לה "נפקות חוקית". הנשיא שמגר התייחס בפסק דינו גם לחוק השבות. הוא הצהיר כי פקודת העדה הדתית (המרה) חלה רק על נושאים שבסמכות בתי הדין הרבניים, ועל כן מקל וחומר אין הפקודה רלוונטית לנושא חוק השבות.

השופט (כתוארו אז) ברק, שהצטרף בהסכמה לפסק-דינו של הנשיא, הבהיר שכל אשר נקבע על ידם בפרשת פסרו הוא כי ההכרה בגיור הנערך בישראל לצורכי חוק השבות ומרשם האוכלוסין אינה מותנית במילוי דרישות פקודת העדה הדתית (המרה). השופט ברק הדגיש כי אין הם

³⁸ בג"צ 230/86 **מילר נ' שר הפנים**, פ"ד מ (4) 436.

³⁹ בג"צ 264/87 **התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס נ' כהנא - מנהל מינהל מרשם האוכלוסין משרד**

הפנים, פ"ד מג (2) 730.

⁴⁰ בג"צ 1031/93 **פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים**, פ"ד מ"ט (4) עמ' 661.

מחליטים מעבר לכך, כלומר - אין הם נוקטים דעה לגבי השאלה מהו התהליך בישראל המשכלל גיור לצורכי חוק השבות או מרשם האוכלוסין. לכן לא ניתן במקרה זה צו להכרה בעותרת כיהודיה לצורכי חוק השבות, ואף לא ניתנה הוראה לרושמה כיהודיה במרשם האוכלוסין.⁴¹ התוצאה היא כי פרשת פסרו קבעה את ה"אין" דהיינו אין תחולה לפקודת העדה הדתית (המרה) מחוץ לענייני המעמד האישי אך לא נקבע ה"יש", התוכן המדויק של מהות הגיור בישראל. נפסק כי ה"יש" ראוי שייקבע על-ידי המחוקק. עם זאת, השופט ברק ציין בפסק-דינו כי אם המחוקק לא יגיד דברו, לא יהיה מנוס מהכרעה שיפוטית בעניין זה. בית המשפט העליון, בדעת רוב, היה, אם-כך, מעוניין באותו הקשר לשכלל את ההגנה על חופש הדת ולהחילה גם על זרמיה 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 ההסכם הקואליציוני עם המפלגות הדתיות, לאחר בחירות 1996. בהסכם זה נכללה התחייבות למנוע מכוח החוק את ההכרה בגיורים לא אורתודוקסיים שנעשו בארץ לצורך הרישום כיהודי.⁴² לאור זאת יזמה הממשלה את הצעת חוק ההמרה הקובעת כי בישראל ייערך 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 ביהדות התפוצות, ובמיוחד בארצות הברית. הללו איימו בהפסקת התמיכה הכספית והפוליטית במדינת ישראל ובניתוק הקשרים עמה, אם אכן יתקבל חוק ההמרה. בימים אלה עוסקת ועדת נאמן בגיבוש פשרה בנושא, שתהיה מקובלת על שלושת הזרמים ביהדות.

מן הדיון לעיל ניתן להיווכח כי בעוד שבג"צ היה מעוניין לשכלל ולהרחיב את ההגנה על חופש הדת, על זרמיה השונים, תרמו הממשלה והכנסת תרומה שלילית לעניין. ועדת נאמן,⁴³ שהוקמה על-ידי הממשלה כדי להמליץ על הדרכים לפתור את הסוגיה, גיבשה נוסחה טובה, לדעתי. הוועדה קבעה כי יש להקים מכון גיור שבו ישותפו גם הזרמים הלא-אורתודוקסים, ואולם הליך הגיור הסופי ייערך רק במתכונת המקובלת על הרבנות האורתודוקסית, דהיינו גיור אחד בלבד. ועדת נאמן מקובלת על הזרמים הלא-אורתודוקסים, ויש בכך משום פתרון ראוי לסוגיה מורכבת. יש להמתין להחלטת הכנסת והממשלה בנושא זה.

⁴¹ השופט צבי טל, בדעת מיעוט, קבע כי בפקודת העדה הדתית (המרה) יש כדי להשפיע גם על נושאים אזרחיים מחוץ לענייני המעמד האישי. לכן לדעתו, הפקודה רלוונטית גם לגבי חוק המרשם וחוק השבות. מאחר ש"ראש העדה הדתית" היא הרבנות הראשית והיא בלבד, רק על-פיה יוכר מעשה הגיור. יוצא שעל-פי השופט צבי טל ישנו הבדל מהותי בין גיור שנעדר בחו"ל (אליו מתייחסות הלכת מילר והלכת התאחדות ש"ס) לבין גיור שנעדר בארץ (לגבי - על פקיד הרישום לסרב לרשום יחדותו של אדם על סמך תעודת גיור שהוצאה בארץ, אם יש לו יסוד סביר להניח כי התעודה לא הוצאה על-ידי מי שהוסמך לכך).

⁴² א' דון-יחיא, הפוליטיקה של ההסדרה: יישוב סכסוכים בנושאי דת בישראל, 1997, עמ' 60.

⁴³ דין וחשבון המלצות הוועדה לגיבוש רעיונות והצעות בנושא הגיור בישראל (בראשות יעקב נאמן, 1998).

7. גבולות סמכויותיה של המערכת הדתית היהודית במדינת ישראל

(א) מעמד הרבנות הראשית

עד 1980 לא הוסדר מעמדה של הרבנות הראשית בחוק כולל, והיא פעלה לפי מערכת דינים וחקיקת תקציב, שלא הסדירו בפירוט את סמכויותיה ואת דרכי פעילותה. הכנסת חוקקה בכל שנה את חוק התקציב, ובמסגרתו הוקצו כספים למימון פעילות הרבנות הראשית וגופיה. פסק הדין הראשון שדן במעמדה של הרבנות הראשית היה בפרשת **מרבק**.⁴⁴ בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ פסק כי הרבנות הראשית כפופה לביקורתו. כן נפסק כי הנפקת תעודות הכשר תיעשה על-פי "הגרעין הקשה" של דיני הכשרות בהלכה. בכך הגביל בג"צ את שיקול דעתה של הרבנות הראשית.

בשלב הבא יוזמה הממשלה הצעת חוק לעיגון מעמדה של הרבנות בחוק ראשי. בעקבות יוזמה זו חוקקה הכנסת את חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ס-1980 המסדיר את מעמדה, את סמכויותיה ואת תפקידיה של הרבנות הראשית. מעבר לכך נחקק חוק איסור הונאה בכשרות-1983, הקובע כי מתן תעודות הכשר על-ידי הרבנות הראשית ייעשה על-פי דיני הכשרות בלבד. בית המשפט פירש את חוק איסור הונאה בכשרות באופן האוסר על הרבנות לשקול שיקולים שאינם "הגרעין הקשה" של דיני הכשרות.⁴⁵

ניתן ללמוד כי בסוגיית מעמד הרבנות הראשית תרם המחוקק תרומה חיובית בכך שהדגיש כי הרבנות הראשית היא גוף ציבורי הפועל מטעם המדינה ובמסגרת חוקיה, כפי שקבע בג"צ מרבק.

בג"צ השלים את המלאכה בכך שהבהיר כי הרבנות הראשית היא גוף ציבורי-מינהלי, 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 תפקידם ומעמדם של הדיינים בחוק המדינה. בעקבות יוזמה זו חוקקה הכנסת את חוק הדיינים, תשט"ו-1956. החולשה בחוק הדיינים היא שלא ברור מהו מעמדם של הדיינים כאנשי דת, מעבר לסמכויותיהם בחוק הדיינים.

השאלה התעוררה בפרשת **צבן**.⁴⁶ השופט (כתוארו אז) ברק פסק כי מעמדו של דיין שווה למעמדו של שופט, ועל כן אל לדיין (הרב עובדיה יוסף) לעסוק בפוליטיקה. בפרשת צבן הבהיר בג"צ בפרשנותו לחוק הדיינים כי הדיינים הם נושאי משרות שיפוטיות על-פי דין, ולכן חלות עליהם נורמות מן המשפט הציבורי, לרבות כללי האתיקה בדומה לכללים החלים על שופטים.

44 ר' לעיל – ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח (1) 443.

45 ר' פרשת רסקין ופרשת מיטראל, לעיל – סעיף 3.

46 בג"צ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ (4) 141.

(ג) מעמד בתי הדין הרבניים

החקיקה הקיימת בישראל איננה מסדירה באופן שלם את מעמדם ואת סמכויותיהם של בתי הדין הדתיים. חוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953, מסדיר את סמכות בתי הדין הרבניים רק בנושאי גירושין ונישואין. חוק שירותי הדת היהודיים (נוסח משולב) תשי"ל-1971 ותקנת הרבנות הראשית תשי"מ-1980 אינם עוסקים בסוגיה. חולשת ההסדרים החוקיים הקיימים היא באי-הבהירות הקיימת לגבי מעמדם של הגופים ההלכתיים ולגבי השאלה אם הם רשאים ומוסמכים לפעול מעבר לסמכויותיהם הקבועות במסגרת החקיקה.

שאלה זו עלתה ב-1972 בפרשת חזני. הפרשה התעוררה על רקע פסק-הלכה, שקבע כי אסור לבנות לשרת בצבא או בשירות לאומי. אותה עת עסקה ועדה ממשלתית בשאלת חיובן של בנות לשרת שירות לאומי. השר חזני מסייעת המפד"ל היה חבר באותה הוועדה. הרב רוזנטל תבע את חזני בבית הדין הרבני האזורי על היותו פועל בניגוד לפסק-הלכה. בית הדין הרבני האזורי סירב לדון בעניין. לעומת זאת קבע בית הדין הרבני הגבוה לערעורים כי בתי הדין הרבניים בישראל יונקים את סמכותם מן התורה ודיניה. לפי דיני התורה יש לבית הדין סמכות לחייב יהודי להופיע בפניו, אף אם מדובר במלך או בשליט. מכאן שהופעתו של השר חזני בבית הדין הרבני נדרשת לא מכוח החוק החילוני, אלא מכוח דיני התורה, שבית הדין רואה עצמו מחויב להם. היועץ המשפטי לממשלה החזיק בדעה שונה. לגישתו - מכיוון שהמדינה היא שהעניקה לבתי הדין הרבניים את סמכויותיהם על-פי חוק, עליהם להיות מוגבלים לסמכויות אלה בלבד. פרשת חזני והשאלות שהעלתה לא נידונו בסופו של דבר בפני בג"צ בשל פיזור הוועדה הממשלתית וסיום העניין בפרשה. עם זאת ברור ששאלת מעמדם של בתי הדין הרבניים נותרה בעינה.

שאלת חירותם של בתי הדין הרבניים לפעול כרשות דתית-רוחנית מעבר לסמכויות הקבועות בחוק, התעוררה מחדש בפרשת כץ.⁴⁷ הרקע לפרשה הוא העובדה שאף-על-פי שהרבנות הראשית וגופיה מכירים במדינת ישראל, הם עדיין רואים עצמם כפופים בראש ובראשונה לדין תורה. על כן הם רואים בערכאות האזרחיות-החילוניות של המדינה "ערכאות גויים". השאלה הספציפית שעלתה בפרשה הייתה האם לבית 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 הרבניים פועלים מכוח סמכותם על-פי החוק (כגון נישואין וגירושין), שכן במקרים אלה נתונה להם סמכות אכיפה של ממש מכוח חוק בתי דין רבניים (כפיית ציות), תשט"ז-1957.⁴⁸

השופטים זמיר ודורנר בדעת רוב פוסקים כי מאחר שבית הדין הרבני מוקם מכוח חוק ושואב ממנו סמכויותיו, הוא אינו מפעיל אלא אותן סמכויות שניתנו לו על-פי חוק. לפי חוקי המדינה אין לבית הדין סמכות להוציא כתבי סירוב. ומה על סמכויות בית הדין על-פי דין תורה? על-כך עונה השופט זמיר כי בית הדין הרבני אינו גוף פרטי, אלא גוף ציבורי. כמו כל מוסד שלטוני הוא כפוף לעקרון החוקיות. מכיוון שכך אין הוא יכול לפגוע באזרח, לרבות על-ידי נידוי וחרם, ללא הסמכה לכך בחוק. הסמכה כזו חסרה בענייננו. השופט המלומד אף דוחה ניסיון לראות בבית הדין הרבני

⁴⁷ בג"צ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים (לא פורסם). הפרשה עסקה בהוצאת כתב סירוב על-ידי בית דין רבני נגד אדם שסירב להדיין בפני בית הדין בעניין אזרחי על-פי תביעה שהוגשה לפי דין תורה.
⁴⁸ ס"ח התשט"ז, ע' 40.

גוף הפועל בבית דין פרטי בשבתו כבורר בענייני ממונות ; גם אז פועל בית הדין כשמאחוריו סמל המדינה, ולכן הוא מחויב לפעול בהתאם לעקרון החוקיות שלה.⁴⁹

המסקנה המרכזית מפסיקות אלה היא שלבית המשפט העליון תפקיד מכריע בהבהרת מעמד הגופים הרבניים במדינת ישראל ובתיחום סמכויותיהם. מאחר שהחוק בשאלת סמכותם של מוסדות הדת היהודיים לפעול כרשויות רוחניות-דתיות אינו ברור דיו, נטל בית המשפט העליון את המשימה וקבע בדעת רוב כי בתי הדין הרבניים הם גופים ציבוריים-שיפוטניים, הכפופים לעניין סמכויותיהם לחוק המדינה, ולו בלבד.

8. שבת

(א) פתיחת עסקים בשבת

עד שנת 1990 הסמיך סעיף 249 (20) לפקודת העיריות את העירייה להסדיר את פתיחתם וסגירתם של חנויות, בתי מלאכה, בתי קולנוע ומקומות אחרים של עינוג ציבורי ולקבוע שעות סגירה ופתיחה בימי מנוחה. על-פי חוק זה הותקנו חוקי עזר שונים, המסדירים פתיחת עסקים וסגירתם בשבת, ביניהם חוק העזר לירושלים (פתיחת עסקים וסגירתם), תשט"ו-1955, האוסר על פתיחת עסקים בשבת. בפרשת **קפלן**⁵⁰ הועמדו הנאשמים לדין בגין הפעלת בתי קולנוע בשבת, בניגוד לאיסור שנקבע בסעיף 3 (ד) לחוק העזר לירושלים (פתיחת עסקים וסגירתם), תשנ"ו-1955. הנאשמים טענו שחוק העזר נחקק ללא סמכות, ועל כן הוא בטל. השופטת ד"ר איילה פרוקציה קיבלה את הטענה: היא קבעה שהחופש בענייני דת ואמונה כולל גם את החופש שלא להאמין. כדי להגביל חירות יסוד זו על מחוקק המשנה להצביע על הסמכתו בחוק ראשי. בענייננו - המחוקק הראשי לא הסמיך את העירייה, במפורש או במשתמע, לעצב בחקיקת משנה את צביון האוכלוסייה בעיר בשבת. סעיף 249 (20) לפקודת העיריות נוגע רק להסדרת פתיחה וסגירה של בתי עסק, כדי להגשים מטרות של סדר ציבורי וחיי עיר תקינים, ולא כדי לקבוע לתושבי העיר תוכני חיים. מכאן שחוק העזר בטל.⁵¹

בפני המחוקק עמדו שתי אפשרויות: להשאיר את סעיף 249 (20) לפקודת העיריות כפי שהוא, ועל-ידי כך לתת תוקף לפסיקתה של השופטת פרוקציה בפרשת קפלן, או לתקן את סעיף 249 לפקודת העיריות באופן שיסמיך עיריות ורשויות מקומיות לסגור עסקים בשבת. הכרעתו של

⁴⁹ השופט צבי טל היה בדעת מיעוט. לגישתו בית הדין הרבני, בחוציאו כתבי סירוב, פועל לא כמוסד שלטוני של המדינה אלא כבית דין הדן בתורה. השאלה איתה מתמודד השופט צבי טל הינה האם ראוי בית הדין לפעול מחוץ לסמכותו על-פי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשנ"ג-1953? השופט עונה על שאלה זו בחיוב. לדעתו, כדי שמועשי בית הדין הרבני יהיו מוכרים ומקובלים על הכל, גם על החרדים הקיצוניים, מן ההכרח שבת הדין הרבני יהיה בית דין לכל דבר ועניין, הפועל על-פי דין תורה, לא רק בענייני המעמד האישי. אם לא - תהפוך מערכת בתי הדין הרבניים ל"ירבנות מטעים", והיא תאבד את מעמדה בקרב עולם החלכה והעולם הדתי בארץ ובעולם. לגישת השופט צבי טל, בית הדין הרבני לא חוקם על-ידי המחוקק החילוני, אלא נוצל על-ידו כמכשיר למדיניותו. מכאן שגם בהיעדר הסכמה לבוררות, בית הדין נזקק לתביעה בענייני ממון כבענייני קהל מכוח דין תורה, על כל הסמכויות הנלוות מכך, לרבות הסמכות להוציא כתבי סירוב.

⁵⁰ ת"פ (י"ם) **מדינת ישראל נ' קפלן**, פס"מ תשמ"ח (ב) 265.

⁵¹ מלבד זאת מציינת השופטת המלומדת כי חוק העזר בטל בעילת חוסר סבירות, שכן לא איזן כראוי בין האינטרסים של חלקי הציבור החילוני בעיר.

המחוקק בין שתי האפשרויות הושפעה מהאקלים החברתי-הפוליטי שנוצר לאחר מתן פסק-הדין : ב-11 מרץ 1990 נפלה ממשלת האחדות. ב-5.3.90 ניסה שמעון פרס להקים ממשלה בראשותו, אך ניסיונו נכשל והוביל לכך שביוני 1990 הוקמה ממשלת ליכוד בראשות יצחק שמיר. ממשלה זו נשענה על קואליציה, שהסתמכה על קולות המפלגות הדתיות. נסיבות אלו הובילו לכך שב-1990 נחקק חוק לתיקון פקודת העיריות (מספר 40), תשנ"א-1991, שהוסיף לסעיף 249 לפקודה את סעיף-קטן (21). לפי תיקון זה, העירייה תוכל להפעיל סמכותה לגבי ימי המנוחה בסעיף-קטן (20) בתחום שיפוט, ובהתחשב בטעמים שבמסורת דתית. עוד הוסיף התיקון את סעיף 267א, שלפיו בית משפט יכול להורות לבעל עסק, שיפתח עסקו בשבת בניגוד לחוק העזר שהתקינה העירייה, להימנע מפתירתו.

בתחום פתיחת עסקים בשבת תרם המחוקק תרומה שלילית בכך שחוקק תיקון העוקף את פסיקת השופטת פרוקצ'יה. הרשות המבצעת תרמה תרומה חיובית בסוגיה. עקב לחץ ציבורי אין הרשויות אוכפות בדרך-כלל חוקי עזר האוסרים על פתיחת עסקים בשבת. בכך מאפשרת הרשות המבצעת לצקת לשבת תכנים - איש על-פי השקפת עולמו. החיסרון של מצב זה טמון בכך שהשמירה או אי השמירה על השבת הופכים להיות תלויים באופי הקואליציה ברשות המקומית וביחסי הכוחות השוררים בה.⁵²

(ב) תחבורה ותחנות דלק בשבת

כיום אין מקיימים שירותי אוטובוסים עירוניים ובינעירוניים בשבתות, למעט בחיפה ובאילת. לעומת זאת מותרת תחבורה ציבורית פרטית ומוניות. הסדר זה מהווה נוהג מוסכם, שאינו מעוגן בחוק או בתקנה. חרף היעדר בסיס חוקי להסדר, הוא אפקטיבי למדי בשל הפיקוח הממשלתי על הקואופרטיבים לתחבורה.⁵³

נושא הפעלת תחנות דלק בשבת מוסדר בפסיקה מפורשת של בית המשפט העליון : בפרשת **יזראמקס**⁵⁴ נפסק כי אין לרשות מקומית הסמכה בחוק ראשי לסגירת תחנות דלק בשבת. בכך תרם בית המשפט העליון לחיזוק האופי האזרחי-תרבותי, ולא רק הדתי, של יום השבת.

(ג) טלוויזיה בשבת

ב-30 בספטמבר 1969, החליט הוועד המנהל של רשות השידור לקיים שידורי טלוויזיה שבעה ימים בשבוע, פרט ליום הכיפורים. החלטה זו הסתמכה על החלטת ממשלה בנידון, ומאוחר יותר אושרה על-ידי מליאת רשות השידור.

בסוף אוקטובר 1969, לאחר הבחירות לכנסת השביעית וערב הקמת הממשלה החדשה, חזר העניין ועלה על שולחן הממשלה היוצאת. זו פנתה לרשות השידור כדי להשעות את השידורים בשבת עד שהממשלה הנכנסת תדון בעניין. פנייה זו נדחתה על-ידי מליאת רשות השידור ב-6 בנובמבר 1969. מליאת רשות השידור קיבלה בעניין זה שתי החלטות : בהחלטה הראשונה הביעה

⁵² דון-יחיא, הפוליטיקה של ההסדרה : יישוב סכסוכים בנושאי דת בישראל, 1997, עמ' 49.

⁵³ שם, שם.

⁵⁴ ע"א 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מ"י, פ"ד

המליאה את תמיכתה בשידורי טלוויזיה שבעה ימים בשבוע; בהחלטה השנייה החליטה המליאה ברוב דעות שלא להיענות להמלצת הממשלה להשעות את שידורי הטלוויזיה בליל שבת. על ההחלטה השנייה ערערו שנים-עשר חברי המליאה, ובהם ראש הממשלה, בהסתמך על סעיף 12א לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965. בהתאם לסעיף זה, החליט ראש הממשלה בעצמו לעכב את ביצוע החלטת המליאה בדבר השידורים בשבת, עד להחלטת הממשלה החדשה בעניין.

עדי קפלן עתר לבג"צ עקב צעד זה בבקשה להוציא צו על תנאי כדי להבטיח שידורי טלוויזיה גם בשבתות.⁵⁵ השופט ברנזון קיבל את העתירה, ופסק כי לראש הממשלה אין סמכות על-פי סעיף 12 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965 לחייב את מליאת רשות השידור להיענות להמלצת הממשלה. בכך תרם בית המשפט העליון תרומה חיובית, שאפשרה שידורי טלוויזיה בשבת ובחג.

(ד) סגירת רחובות בשבת

כבר ב-1961 התקין שר התחבורה את תקנות התעבורה תשכ"א-1961 מכוח פקודת התעבורה (נוסח חדש). תקנות אלה הסמיכו את רשות התמרור המרכזית להורות לרשות התמרור המקומית על קביעת הסדר תנועה, שינוי, ביטול או דרך החזקתו.

בתקנות אלה נעשה שימוש ברבעים בעלי אוכלוסייה דתית צפופה בירושלים ובבני-ברק. כך למשל החליטה מועצת עיריית ירושלים, כרשות התמרור המרכזית, על סגירת קטעים של רחובות המלך גיורג' ושמואל הנגיד בשבת בשעות התפילה בבית הכנסת "ישורון". בג"צ דחה את העתירה שהוגשה נגד החלטה זו, וקבע כי האיוון שעשתה מועצת העירייה בהחליטה על סגירת הרחובות בזמן התפילה הוא ראוי.⁵⁶ הלכה דומה נפסקה לגבי סגירת קטע ברחוב השומר בבני-ברק בימי שבת ובמועדי ישראל.⁵⁷

הסכסוכים בין דתיים לחילוניים בנושא סגירת רחובות בשבת מחריפים כאשר מדובר ברחוב שבו מתגוררת אוכלוסייה שהיא בעיקרה חרדית, בעוד הרחוב עצמו מהווה עורק תחבורה מרכזי. דוגמה למצב כזה מהווה כביש בר-אילן בירושלים.⁵⁸

בפרשת בר-אילן עסקו שתי ועדות, שהמליצו על סגירת הרחוב למשך שעות התפילה בשבתות ובחגים. הוועדה הראשונה הייתה בראשות אלעזר שטורם. המלצותיה בדבר סגירת הכביש למשך שעות התפילה עוררו התנגדות עזה מצד חוגים חילוניים, שעתרו לבג"צ נגד ביצוע ההמלצות.⁵⁹ בג"צ נמנע מלהכריע בעניין והמליץ למנות ועדה ציבורית לבדיקת העניין. המלצת בג"צ הייתה כי הוועדה תכלול חברים שישקפו בצורה מאוזנת את מגוון הדעות וההשקפות ביחסי דתיים-חילוניים בירושלים ומחוצה לה. המלצות הוועדה היו אמורות להישקל על-ידי רשויות השלטון, ולהילקח בחשבון בגיבוש מדיניותן הכוללת בענייני תחבורה, לרבות בעניין כביש בר-אילן. הדיון בעתירה נדחה לחודשיים ימים על-מנת לאפשר לוועדה לפעול. בתקופת זמן זו קבע צו ביניים של בג"צ כי כביש בר-אילן ימשיך להיות פתוח לתנועה ללא הגבלה.

המ' 708/69 עדי קפלן נ' ראש הממשלה ורשות השידור - ירושלים, פ"ד כב (2) 394.

בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טז 2665.

בג"צ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל אביב והמרכז רשות התמרור המרכזית, פ"ד לב (2) 160.

דון-יחיא, הפוליטיקה של ההסדרה: יישוב סכסוכים בנושאי דת בישראל, 1997, עמ' 50-51.

בג"צ 5016/96, 5025/96, 5090/96, 5434/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח' (טרם פורסם).

55

56

57

58

59

בעקבות המלצת בג"צ מינה שר התחבורה ועדה שנייה, בראשות צבי צמרת. גם ועדה זו המליצה על סגירת הרחוב בשעות התפילה, תוך הבטחת הסדרי-ניידות של הציבור החילוני במסגרת הסטטוס-קוו הקיים. כמן כן הציעה ועדת צמרת להגיע להסכמה על פתיחת רחובות אחרים לתנועה בשבת. שר התחבורה, על-בסיס המלצות ועדות שטורם וצמרת, החליט על סגירת כביש בר-אילן בזמני התפילה בשבתות ובחגים. בזמן זה יישארו פתוחים לתנועה כביש רמות, הכניסות לירושלים, ורחוב יפו.

עם קבלת ההחלטה של שר התחבורה חודש הדיון בעתירות. בג"צ פסק ברוב דעות כי בכל הנוגע להסדרת התנועה מקצה אחד של העיר לקצה השני נמצאה לכביש בר-אילן חלופה סבירה. בנסיבות אלה סגירתו החלקית של כביש בר-אילן בשעות התפילה, כפי שנקבע בהחלטת השר, מאזנת כראוי בין חופש התנועה לבין רגשות הדת ואורח החיים הדתי של התושבים החרדים, הגרים בשכונות הסובבות את כביש בר-אילן. עם זאת החלטת השר לא התייחסה כלל לצורך להסדיר את תנועת התושבים החילוניים המתגוררים בשכונות החרדיות. לכן פוסק הנשיא ברק כי החלטת השר, ככל שהיא נוגעת אליהם, התקבלה תוך פגיעה בסדרים הראויים של ההליך המינהלי. בשל בעיה זו פסק בג"צ בדעת רוב כי החלטת שר התחבורה לסגור חלקית את כביש בר-אילן תתבטל, והעניין יוחזר אליו עד לקבלת החלטה חדשה, שתתחשב באינטרסים של התושבים החילוניים הגרים בשכונות העוטפות את כביש בר-אילן ושל מבקריהם.

ניתן להיווכח כי הנושא של הסדרי תחבורה בשבת תלוי באופי היישוב ובמסורות הספציפיות שלו.⁶⁰ הרשויות המקומיות הן שמחליטות על סגירת הכבישים בשבת. בג"צ הוא הרשות המבקרת החלטות אלה. פרשת בר-אילן מהווה דוגמה לכך: בתחילה העדיף בג"צ להעביר את הדיון לוועדה ציבורית, שתבחן את בעיית בר-אילן בפרט ואת בעיית סגירת הכבישים בירושלים בכלל. משקיבל שר התחבורה החלטה שקיפחה את המיעוט החילוני ברחוב, התערב בג"צ ופסל את החלטת השר. רק משנתקבלה החלטה מאוזנת יותר (סגירה רק בשעות התפילה, תוך קביעת ההסדרים לכניסות תושבים חילוניים של השכונה הזקוקים לרחוב) אישר אותה בית המשפט.

הכרעה זו במישור השיפוטי אינה מעניקה משקל נאות לצורכי התחבורה של התושבים החילונים שאינם גרים ברחוב עצמו, אלא נזקקים לו כעורק ראשי בירושלים, וכעורק בין-עירוני ראשי. בניגוד למישור השיפוטי, שהיה חייב לקחת בחשבון שיקול זה, נראית לי התוצאה ראויה כפשרה חברתית. פשרות חברתיות מקומן בתהליכים קהילתיים היוצרים הסכמה רחבה, ולא בהכרח שיפוטית. בהליך שיפוטי היה על השופטים לייחס משקל רב בהרבה מזה שניתן לעובדה שבר-אילן הוא עורק תחבורה עירוני ובין-עירוני ראשי. על כן לא רק הרגשות הלגיטימיים של התושבים הדתיים וצורכי תושבי הרחוב החילוניים הם שצריכים לעצב את התוצאה, אלא היה צריך לשקול גם את הצרכים של תושבי מדינת ישראל לעורק בין-עירוני ראשי וצורכי שכונות צפון ירושלים כעורק עירוני ראשי. יש לציין כי ההנמקה, הנשענת על הלכות קודמות של בית המשפט העליון בדבר הדרך החלופית, לא עסקה בעורק ראשי מרכזי כמו כביש בר-אילן. בכך שונה מקרה בר-אילן מהמקרים שנדונו בהלכותיו הקודמות של בית המשפט.

דון יחיאל, הפוליטיקה של ההסדרה: יישוב סכסוכים בנושאי דת בישראל, 1997, עמ' 48.

קבלת הגישה המוצעת של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית יהודית-מסורתית תאפשר להטמיע את הפשרה התרבותית כהנחה חוקתית-משפטית, ואז תהא הצדקה שיפוטית לתוצאה שהתקבלה.⁶¹

9. מעמדן של נשים בגופים ציבוריים הנוגעים לענייני דת

דוגמה נוספת לתרומת בית המשפט העליון לשיפור איכות זכויות האזרח בענייני דת ניתן למצוא בסוגיית מעמדן של נשים בגופים ציבוריים הנוגעים לענייני דת.

ההסדר החוקי הקיים פוגע בשוויון הנשים. חוק שוויון זכויות האישה קובע ש"דין אחד יהיה לאישה ולאיש לכל פעולה משפטית..."⁶². עיקרון זה מופר בהפיכת דיני האישות הדתיים לדיני האישות הממלכתיים, על-אף היעדר השוויון בין גברים לנשים בעניין זה. נשים מכהנות כטוענות רבניות אינן משמשות כדיינים בבתי הדין. עד שנות התשעים נשללה מנשים הזכות לכהן במועצות דתיות וב"גוף הבוחר" את הרבנים הראשיים ואת הרבנים המקומיים.⁶³ השינוי בא בעקבות התערבות בג"צ.

בפרשת **שקדיאל**⁶⁴ טענה ועדת השרים, לפי סעיף 5 לחוק שירותי הדת היהודים [נוסח משולב], תשל"א-1971, כי בשנות קיומה של המדינה נוצר נוהג שלפיו אין להציג נשים כמועמדות לחרות במועצה דתית, לאור הקשר האמיץ בינה לבין הרבנות וההלכה המנחה אותה. החשש היה כי חברותה של העותרת במועצה הדתית תשבש את סדרי עבודתה של המועצה. השופט אלון הגיע למסקנה כי הנימוק לפסילתה של העותרת היה עצם היותה אישה, דבר הנוגד את עקרון השוויון במערכת המשפט הישראלית. על כן החלטת ועדת השרים היא פסולה.

בפרשת **פורז**⁶⁵ התעוררה שאלה דומה: האם רשאית רשות מקומית, שהיא אחד משלושת הגופים המרכיבים את האסיפה הבוחרת את רב העיר, להימנע מבחירת אישה כנציגה באסיפה הבוחרת אך ורק בשל היותה אישה? השופט (כתוארו אז) ברק קובע כי מועצת העיר זנחה בהחלטתה את עקרון השוויון מבלי שבחנה כלל את היקף הפגיעה בתפקודו של רב העיר בעקבות בחירת נשים לאסיפה הבוחרת. על כן נפסלה החלטת הרשות.

לבית המשפט העליון היה תפקיד חשוב בשיפור מעמד האישה בגופים העוסקים במתן שירותי דת או בבחירת נושאי משרות דתיות מועצות דתיות, ואסיפה בוחרת לרבנים. פסיקה זו של בית המשפט העליון הופכת לעקרה, שכן הגופים הדתיים נמנעים מלציית לה. גם הרשות המבצעת אינה עושה מאמצים לאכוף את פסיקת בג"צ בעניין. התוצאה היא שעל-אף התרומה החיובית של בית המשפט לשיפור מעמדן של נשים בגופים העוסקים בעניינים דתיים אין השיפור ניכר בפועל, בשל אזלת ידה של הרשות המבצעת, או סירובה המכוון לקיים פסקי דין.

⁶¹ לדיון בסוגיית מדינה יהודית-מסורתית - ראה להלן.

⁶² ב' טיברגר, **דת ודמוקרטיה בישראל**, 1997, עמ' 33.

⁶³ בג"צ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב (2) 221.

⁶⁴ בג"צ 953/87 **פורז נ' מועצת עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד מב (2) 309.

10. מעמדם של הלא-אורתודוקסים בגופים ציבוריים הנוגעים לענייני דת

ההכרה הבלעדית הנתונה לרבנות האורתודוקסית בישראל בענייני דת וההימנעות מלהעניק מעמד לרבנים לא-אורתודוקסים פוגעת בעיקרון דמוקרטי של שוויון כל הדתות וכל הזרמים הדתיים בפני החוק. בישראל אין רבנים לא-אורתודוקסים רשאים על-פי הדין לערוך טקסי נישואין או לערוך גיור. עד כה נמנעה מהם גם הכניסה בפועל למועצות הדתיות אף כי נפסק שאין צידוק בדין לפסילתם מחברות במועצות דתיות. גם הקצבת משרד הדתות לתרבות תורנית רפורמית וקונסרבטיבית היא מזערית.

עניין חברות של לא-אורתודוקסים במועצה דתית נידון בבג"צ **הופמן**.⁶⁵ העותרים טענו כי מועצת העירייה עיכבה באופן לא סביר את הצגת המועמדים למועצה הדתית, ונמנעה מלהציע את העותרים כמועמדיה למועצה עקב השתייכותם לזרמים הלא-אורתודוקסים. עד לבירור העתירה ערכה המועצה את הבחירות. הרשמת א' אפעל-גבאי מחייבת את המשיבים בהוצאות תוך קביעה כי המועצה פעלה שלא כדין. למרות זאת לא התקיימו בחירות חדשות למועצה. לפנינו דוגמה לתרומה שלילית של הרשות המבצעת לזכויות האזרח בענייני דת תוך התעלמות מפסיקת בג"צ.

לאחרונה מתאפיינת גישתו של בית המשפט העליון בהתמודדות נחרצת יותר עם סרבנותה של הרשות המבצעת (בעיקר המשרד לענייני דתות) לפעול בהתאם להלכות ולהנחיות שנקבעו בפסיקתו, כאשר שוב ושוב נוקטים סחבת והשהייה בשילובם של נציגי הזרמים הלא אורתודוקסיים במועצות הדתיות. כך, למשל, אירע לפני חודשים מספר בפרשת **ג'ויס ברנר**, כאשר בית המשפט העליון הורה בצו מוחלט לשלב את העותרת, ג'ויס ברנר, שאיננה אורתודוקסית בהשקפתה, במועצה הדתית נתניה, על חשבון כהונתו של חבר אחר.⁶⁶ בתגובה הוקמה הנהלה מצומצמת של המועצה הדתית לאחר ישיבה אחת, שבה השתתפה רק הגב' ברנר.

בבג"צ **התנועה ליהדות מתקדמת**⁶⁷ נידונה תערוכה שהייתה אמורה להיערך במסגרת "שבוע השירותים הדתיים היהודיים", שאורגן על-ידי משרד הדתות והרבנות הראשית. התנועה ליהדות מתקדמת ביקשה להתיר גם לה להציג דוכן, במסגרת האירוע המתואר. הוועדה המשרדית סירבה לבקשה בטענה כי שבוע 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 קריטריונים אלה. לאור החלטה זו עתרה התנועה לבג"צ. הנשיא שמגר פוסק כי חופש המצפון והדת מחייב את רשויות השלטון לנהוג כלפי המאמינים במידה שווה, בלי להבחין בין הזרמים השונים. לגופו של עניין פוסק הנשיא כי מאחר שהעתירה הוגשה יומיים בלבד לפני פתיחת התערוכה, לא נותר זמן לבירורים עובדתיים, ועל כן העתירה נדחת. פרשה זו מהווה דוגמה לכך שבירוקרטיה לבדה עלולה לפגוע באיכות זכויות האזרח בענייני דת. שלילת סיוע ממשלתי מהיהדות הרפורמית והקונסרבטיבית בישראל מהווה לא רק פגיעה בשוויון, אלא גם פגיעה בחופש הדת והפולחן, שקשה לקיימו ללא תקציבים להקמת בתי תפילה ותשלום משכורות לרבנים ולחזנים.

⁶⁵ בג"צ 4560/94 הופמן נ' אהוד אולמרט ומועצת עיריית ירושלים (טרם פורסם).

⁶⁶ בג"צ 3551/97 ג'ויס גילה ברנר נ' ועדת השרים לפי חוק שירותי הדת (טרם פורסם), וראה גם בג"צ 7237/95 שויט

ערער נ' שר הדתות (טרם פורסם).

⁶⁷ בג"צ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (3) 378.

פרק שני: דפוסי הפעילות השלטונית והשפעתם על זכויות האזרח בענייני דת - הערכה

בפרק הקודם עסקנו בניתוח סוגיות מרכזיות הקשורות למאבק על ציונה היהודי-דמוקרטי של המדינה. ניסינו לערוך מאזן של תרומת 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 פעולתה ועל הרקע לכך.

1. דפוס הפעילות השלטונית של הכנסת: חקיקה

חקיקת הכנסת בעיקרה גרמה לצמצום זכויות האזרח בענייני דת. הדבר נכון הן ביחס לחקיקה יזומה של הכנסת והן ביחס לחקיקה הבאה כתגובה לפסיקת בתי המשפט. תוצאה זו נובעת מכך שהכוח המניע את הכנסת הוא בעיקרו כוח פוליטי. על כן נחקקים חוקים בלחץ של קבוצות כוח בפוליטיקה הישראלית, אף אם הן אינן מייצגות בהשקפת עולמן את רוב החברה הישראלית.

חלק מהחוקים נובע מההסכמה החברתית שגיבש בן-גוריון ערב הקמת המדינה. נחקק חוק בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, הקובע כי נישואין וגירושין בין יהודים בישראל ייעשו על-פי דין תורה בלבד. חוק זה אמנם שולל את האפשרות לנישואין ולגירושין אזרחיים במדינת ישראל, ומנהיג הסדר דתי על כלל אזרחי המדינה, אף על אלה שאינם מעוניינים או אינם יכולים להינשא בטקס דתי; ואולם החוק זכה להסכמה חברתית, למעט ההיבט של שלילת זכות הנישואין ממנועי חיתון ומפסולי חיתון.

רבות הן הדוגמאות לנסיגה שיצרה הכנסת באיכות זכויות האזרח בענייני דת במדינת ישראל, על-ידי חקיקת חוקים העוקפים פסיקה מיטיבה של בית המשפט. בבג"צ פריידי נפסלו חוקי עזר עירוניים המגבילים מכירת חזיר. שנה לאחר מכן השיב המחוקק את המצב לקדמותו כאשר חוקק את חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תשי"ז-1956.⁶⁸

⁶⁸ ר' לעיל - פרק שני, סעיף 3. כאמור לנושא מכירת חזיר, יש היבטים לאומיים תרבותיים יהודיים ולא רק דתיים.

עמדתו

היא שזו אינה פגיעה בחופש המצפון, מדובר בערמה לאומית דתית. ר' ש' שטרית, הערה 2 לעיל.

דוגמה נוספת לנסיגה שיצר המחוקק מצויה בסוגיית פתיחת בתי הקולנוע ועסקים בשבת. לאחר שבפרשת **קפלן** נפסל חוק העזר לירושלים (פתיחת עסקים וסגירתם), תשט"ו-1955, תיקן המחוקק את סעיף 249 לפקודת העיריות, באופן שיסמך עיריות ורשויות מקומיות לסגור עסקים בשבת. תגובת המחוקק נבעה מכך שממשלת הליכוד שהוקמה ביוני 1990, נשענה על קואליציה שהסתמכה על קולות המפלגות הדתיות.⁶⁹ דוגמה אחרת להיות חוקי הכנסת כלי לעקיפת פסיקה מיטיבה של בית המשפט העליון מצויה בסוגיית הגיור: לאור ההסכמים הקואליציוניים של בחירות 1996 הועברה בכנסת בקריאה ראשונה הצעת חוק ההמרה, הקובעת כי בישראל יתאפשר גיור אורתודוכסי בלבד.⁷⁰

על-אף המגמה השלילית המסתמנת מתוך חקיקת הכנסת ניתן למצוא לאחרונה גם דוגמאות לחקיקה התורמת תרומה חיובית ומשפרת את איכות זכויות האזרח בענייני דת. דוגמה כזו היא חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו-1996, שהכיר בהתפתחויות החברתיות בדבר קבורה אזרחית, ועיגן בחוק ראשי את פסיקת בג"צ בפרשת **מנוחה נכונה**.⁷¹

לתרומתו החיובית של המחוקק יש להוסיף כמובן, את חקיקת שני חוקי היסוד החדשים - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכן חוק יסוד: חופש העיסוק.⁷² ייחודם של חוקי יסוד אלה הוא בעיגון חלק מזכויות האדם בחוק יסוד, תוך יצירת הגבלות עתידיות על הכנסת כרשות מחוקקת במסגרת פסקת ההגבלה. על-ידי כך צומצם הכוח של גופים דתיים בקואליציה להביא לחקיקת חוקים עוקפי בג"צ. גם זכויות שלא הוזכרו במפורש מקבלות הגנה במסגרת פרשנות רחבה של חוקי היסוד לרעיון המטריה של "כבוד האדם". גם חופש הדת נכלל במסגרת כבוד האדם, ובלשונו של פרוף' אהרן ברק: "בעבר לא היה לחופש הפולחן והדת מעמד חוקתי על-חוקי. עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש מקום לראות בו חלק מכבוד האדם".⁷³

הפתרון לקושי שעמד בפני הגופים הדתיים לאחר חקיקת חוקי היסוד וביטול מגבלות על חקיקה הסותרת את חוק היסוד, נמצא בתיקון חוק יסוד: חופש העיסוק בפרשת מיטראל.⁷⁴ תיקון זה הוסיף את סעיף 8 המאפשר לפגוע בזכויות על-פי חוק יסוד: חופש העיסוק, בחוק או לפיו, מבלי לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. זאת ברוב של 61 חברים, ובתנאי שיצוין שהחוק התקבל: "על-אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק". תיקון זה הביא לקבלת חוק ייבוא בשר קפוא, תשנ"ד-1994. מכאן שתיקון חוק יסוד: חופש העיסוק מהווה נסיגה ביחס לחקיקת שני חוקי היסוד החדשים, כתוצאה מרצון הממשלה לרצות את הכוחות הדתיים בכנסת, מה גם שלפני חקיקת היסוד הייתה מקובלת מדיניות שלא לייבא בשר קפוא לא כשר, והחקיקה החזירה את המצב לקדמותו.

חקיקת חוקי היסוד והשלכותיהם ולימוד משקלן החשוב של זכויות המעוגנות בחוקי היסוד והשפעתן על הסדרים קיימים בענייני דת מעוררים את התנגדותם של החוגים החרדיים

69 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 8 א, עמ' 24.

70 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 6, עמ' 19.

71 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 4, עמ' 14.

72 לגבי אופן חקיקתם של חוקי היסוד החדשים והמודל של חקיקה מפוצלת, ר' להלן - פרק רביעי.

73 אהרן ברק, **פרשנות במשפט** כרך שלישי: **פרשנות חוקתית**, 1994, עמ' 225 וכן הלל סומר, "הזכויות הבלתי

מנויות" על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כ"ח (תשנ"ז 1997), עמ' 257, עמ' 324-326.

74 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 4, עמ' 14.

המסתייגים לחלוטין מכל חקיקת יסוד. במשא ומתן פוליטי בדרך כלל מבקשים חוגים אלו התחייבויות לחקיקה, שתבטל החלטות שיפוטיות המשנות מהדין הקיים. בפרשת **ולנר**, למשל, נחתם הסכם קואליציוני בין מפלגת העבודה ותנועת ש"ס, אשר על-פיו תפעל סיעת העבודה בכנסת לחקיקה מתקנת, המחזירה את המצב החוקי לקדמותו בתגובה לכל חקיקה שיפוטית של בג"צ בענייני דת.⁷⁵

2. השפעת הפסיקה על זכויות האזרח בענייני דת

(א) פסיקת בית המשפט העליון

מניתוח מאזן ההגנה על זכויות האזרח בענייני דת בפרק 2 לעיל עולה כי הרשות השופטת, ובראשה בית המשפט העליון היא התורמת העיקרית במשך השנים לשיפור איכות זכויות האזרח בענייני דת במדינת ישראל. פסיקותיו של בית המשפט העליון בעיקר בשיבתו כבג"צ, הן תוצאה של תהליכים שהתרחשו בחברה הישראלית במשך שנים, אשר שינו את דפוסי ההתנהגות הציבורית בתחומים שונים. בעקבות השינויים החברתיים הוגשו עתירות לבית המשפט העליון על-ידי גופים ציבוריים או עותרים פרטיים. לעותרים אלה תפקיד חשוב בשיפור זכויות האזרח בענייני דת, שהרי בזכותם הגיעו הסוגיות השונות לדיון בבג"צ, לשם מתן גושפנקא שיפוטית לאותן התפתחויות חברתיות חיוביות. התהליך הדינמי של מתן גושפנקא שיפוטית לתהליכים חברתיים המשרים את זכויות האזרח בענייני דת חל לא רק בבג"צ אלא גם בהכרעות שיפוטיות של בתי המשפט ושל בית המשפט העליון בהליכים אזרחיים או פליליים.

ישנן דוגמאות רבות לפסיקה מיטיבה של בית המשפט העליון, התורמת לשיפור זכויות האזרח בענייני דת, לאור תהליכים שהתרחשו בחברה הישראלית קודם לכן. כך, למשל, הוכרו נישואין בחו"ל של תושבי הארץ וכן נישואין פרטיים של פסולי חיתון;⁷⁶ נפסק כי הנפקת תעודות הכשר על-ידי הרבנות הראשית תיעשה על-פי ה"גרעין הקשה" של דיני ההלכה, ועל-פיו בלבד, ונפסלו חוקי עזר עירוניים שאסרו על מכירת חזיר.⁷⁷ בית המשפט העליון הכיר גם בזכות לקבורה חלופית, שנים לפני שהכנסת קבעה זכות זו בחוק.⁷⁸ בית המשפט העליון היה גם הרשות שהבהירה כי הרבנות הראשית וגופיה, לרבות הדיינים ובתי הדין הרבניים, הם מוסדות ציבור, הכפופים לעקרון החוק ולביקורת בג"צ.⁷⁹ בפרשת קפלן פסק בית המשפט העליון כי הטלוויזיה הכללית תופעל בשבת.⁸⁰ למדנו כי לבית המשפט העליון היה תפקיד מרכזי גם בהגנה על מעמדן של נשים בגופים ציבוריים הקשורים לדת.⁸¹

בג"צ 5364/94 עז"ז זאב ולנר נ' "המעמד" מפלגת העבודה, פ"ד מט (1), 558.

75 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 2, עמ' 11.

76 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 3, עמ' 13.

77 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 4, עמ' 14.

78 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 7 א-ג, עמ' 21-23.

79 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 8, עמ' 25.

80 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 9, עמ' 27.

81

למרות המגמה החיובית בדרך כלל בפסיקת בית המשפט העליון לקידום איכות זכויות האזרח בענייני דת ניתן למצוא גם מקרים שבהם היסס בית המשפט העליון להתערב, והעדיף להשאיר את ההכרעה בזכויות בענייני דת בידי גופים אחרים. דוגמה לכך ניתן למצוא בסוגיית הגיור. כאשר עלתה בפני בג"צ שאלת ההכרה בגיור רפורמי שנערך בארץ, העדיפו שופטי הרוב להשאיר למחוקק את השאלות האידאולוגיות בקביעת תוכן מהות הגיור בישראל.⁸² דוגמה נוספת להיסוסיו של בית המשפט העליון מלפסוק בסוגיות הנוגעות לזכויות בענייני דת ניתן למצוא בפרשת כביש בר-אילן. כפי שראינו, בית המשפט העליון נמנע בתחילה מלפסוק בעניין והמליץ על הקמת ועדה ציבורית לבדיקת הנושא.⁸³

בהמשך למגמה זו, נמנע בית המשפט העליון מהכרעה ברורה גם בשאלת גיוס בחורי הישיבות שהועלתה בפניו פעם נוספת בשנת 1999.⁸⁴ שופטי בית המשפט העליון קבעו כי ההסדר הנוכחי אינו סביר, אך נמנעו מצעד נוסף של הכרזה על ההסדר כבטל. הם הסתפקו בקציצת זמנה של הכנסת לשנה כדי להסדיר את הנושא בחוק, בניגוד למצב כיום בו נושא הפטורים לבחורי הישיבות מוסדר בהחלטת שר הביטחון. רבים ראו בפסק הדין ניצחון לדרישה של הציבור האזרחי לביטול הפטור הגורף לבחורי הישיבות מגיוס לצה"ל, אך לדעת המחבר פסק הדין מהווה דוקא נסיגה מבחינת נכונות בית המשפט העליון להכריע בסוגיות שנויות במחלוקת ציבורית, ובייחוד כאלה הנוגעות לסכסוך בין הציבור החילוני והציבור החרדי, והשאת ההכרעה לממשלה ולכנסת. יסוד ההסתייגות מדרך השפיטה בעניין גיוס בחורי הישיבות הוא בכך שההסדר אינו מבוסס על חקיקה שבית המשפט היה צריך לפסלה כאשר קבע שההסדר הוא בלתי סביר, אלא מבוסס על הסדר מינהלי פרי החלטה של שר הביטחון. זאת בשונה מפרשת פסרו, שם בית המשפט נמנע מלפסול חקיקה והפנה את העניין לכנסת. כאן בית המשפט נמנע מלפסול הסדר המבוסס על החלטה מינהלית של שר בשל אי רצונו להתערב בסוגיה שנויה במחלוקת.

היסוסיו של בית המשפט העליון לפסוק במקרים הללו נובעים, לדעתנו, מהיות השאלות הללו טעונות מבחינה חברתית ופוליטית. הן שאלת הגיור הלא אורתודוכסי בתחומי ישראל והן שאלת סגירתו 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. לשאלת הגיור מתווסף פן נוסף של אחדותה של היהדות מול החשש מפיצולה לשלושת זרמיה. על כן כל הכרעה של בית המשפט עלולה הייתה להיתפס על-ידי חלקים שונים בציבור כהחלטה פוליטית. בית המשפט, העדיף למשוך ידיו מן העניין בשל חשש מיצירת רושם מוטעה.

בסוגיות אלה קיים חשש נוסף: כל פסיקה שבית המשפט העליון היה פוסק ושהייתה נתפסת על-ידי הציבור הדתי-חרדי כפוגעת באינטרסים שלו, עלולה הייתה להיעקף על-ידי חקיקת חוק על-ידי הכנסת בלחץ הסיעות הדתיות בכנסת. הדבר עלול היה לעודד מתקפות חדשות על בית המשפט העליון, ולהחליש את כוחו של בג"צ בעיני חלקים מן הציבור. ייתכן שבלבם של השופטים קינן חשש משמעותי הרבה יותר והוא סכנת חקיקה המצמצמת את סמכויותיו של בית המשפט העליון באופן כללי. מתוך חשש שמא ייתפס על-ידי הציבור הדתי כשוקל שיקולי מדיניות שאינם

82 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 6, עמ' 19-20.

83 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 8, עמ' 26-27.

84 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון (טרם פורסם).

מקובלים עליו ומתוך רצון למנוע את החלשתו על-ידי חוקים עוקפי בג"צ ניסה בית המשפט העליון להימנע מהכרעה בעניין.

(ב) פסיקת ערכאות ראשונות בסוגיות דומות

באחרונה התעוררו סוגיות של דת ומדינה בערכאה ראשונה. אחת מהן עסקה בבקשה לרישום של גיור במרשם האוכלוסין. בעניין מעמדו של רישום גיור לא-אורתודוכסי בפני בית המשפט העליון, קבע בית המשפט העליון, בשבתו כבית דין גבוה לצדק, כי פקודת העדה הדתית (המרה) חלה רק נושאים של מעמד אישי, ולא על רישום אוכלוסין שהוא עניין אזרחי.⁸⁵ כתוצאה מהכרעתו, העניק בית המשפט העליון ארכה של שנה לכנסת לקבוע את עמדתה בסוגיה ולהסדיר את הנושא בחקיקה ראשית. ארכה זו שניתנה בשנת 1993 התארכה בינתיים, והפקודה עדיין לא תוקנה.

חודשים לאחר פרסום החלטת בית המשפט העליון הובא מקרה דומה בפני בית המשפט המחוזי.⁸⁶ השאלה שהתעוררה היא האם על בית המשפט המחוזי לתת ארכה בזיקה לפסיקת בית המשפט העליון או שמא הוא בין-חורין לפסוק באופן עצמאי במנותק מהארכה שנתן בג"ץ לכנסת.

לשאלה זו שני היבטים, האחד עקרוני והשני פרגמטי. במישור העקרוני, השאלה היא האם מוסמך וראוי כי בית המשפט המחוזי ישקול את אותם שיקולים ששוקל בית המשפט העליון כבג"ץ בקשר ליחסי הגומלין בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת ראוי שיישאו בסמכותו הבלעדית של בית המשפט העליון.

במישור הפרגמטי, יש לבחון את המשמעות המעשית של כל חלופה. בפועל, כל החלטה של בית המשפט המחוזי תגיע במסגרת ערעור להכרעת בית המשפט העליון. לא סביר ששופטי בית המשפט העליון יתעלמו מפסיקותם הקודמות בעניין הארכה שניתנה לכנסת באותה סוגיה, ולכן צפוי שיכריעו בזיקה לארכה שניתנה על ידם לכנסת לקבוע הסדר בדרך של חקיקה. על כן, אם נקבע כי בית המשפט המחוזי אינו רשאי להתחשב בשיקולים חוקתיים כגון יחסי הגומלין בין הרשויות, הרי שלא נשנה את התוצאה הסופית אלא רק נגרום לסרבול ולדין כפול בסוגיה. מאחר שיודעים אנו כי שיקולים אלו יישקלו בסופו של דבר על ידי בית המשפט העליון כערכאות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, יש לאפשר לשופטי הערכאה הראשונה לשקול את כל השיקולים שבסמכות בית המשפט העליון.

בפרשת גיגי העדיף בית המשפט המחוזי להתעלם מהארכה שנתן בית המשפט העליון בפרשת פסרו, והעניק לתובע בהליך סעד אופרכיטי בכך שהורה לפקיד הרישום לרשום אותו כיהודי לאלתר. פסק הדין ניתן לא מזמן, וראוי לעקוב אחרי גורלו בערכאת הערעור, אם ערעור אכן יוגש.

3. דפוס הפעילות השלטונית של הרשות המבצעת: ביצוע ואכיפת פסיקה

הרשות המבצעת תרמה בדרך כלל תרומה שלילית למאזן זכויות האזרח בענייני דת ברוב תקופות הכהונה של ממשלות ישראל. הדבר מתבטא הן בתחום הביצוע, הן בתחום האכיפה והן בתחום

⁸⁵ בג"ץ 1031/93 פסרו לעיל הי"ש 40.

⁸⁶ הי"פ 64/96 גיגי נ' משרד הפנים בפני השופט זיילר.

קביעת מדיניות. הסיבה לכך היא העובדה שהרשות המבצעת מושפעת מקואליציות המבוססות על סיעות דתיות. הללו מנצלות את היותן לשון מאזניים כדי לקדם את האינטרסים הנראים בעיניהם חיוניים.

דוגמה לתרומה השלילית של הרשות המבצעת ניתן למצוא בתחום הקבורה האזרחית. על-אף שבג"צ הכיר בזכות לקבורה אזרחית, ועל-אף שהכנסת עיגנה את הזכות לקבורה אזרחית חלופית לא הותקנו תקנות להפעלת החוק לקבורה אזרחית. נוסף על כך ישנה הכבדה על הקצאת קרקעות ועל מימון פיתוח הקרקעות לצורך שימוש כבתי עלמין אזרחיים חלופיים. על-ידי כך מונעת הרשות המבצעת את שיפור זכויות האזרח במדיניות של "שב ואל תעשה".

תרומה שלילית במיוחד לאיכות זכויות האזרח בענייני דת תורמים הגופים הדתיים השונים. גופים אלה נוטים להתעלם מפסיקת בג"צ, המיטיבה עם זכויות האזרח. היעדר אכיפה של פסיקה זו מביא לכך שזכויות האזרח בענייני דת יוצאות חסרות. לשם הדגמת טענה זו ניתן להביא את הלכת בבלי, שקבעה כי בתי הדין הרבניים מחויבים להלכת השיתוף האזרחית.⁸⁷ בפועל נמנע בית הדין הרבני מיישום הלכת בבלי. אי-אכיפת פסיקת בג"צ בעניין זה פוגעת באיכות הזכות להתגרש.⁸⁸ עוד דוגמה לכפירה בוטה בסמכות בג"צ הייתה התנהגות הרבנות הראשית בעקבות החלטת בג"צ ב-1994 לאפשר לחברת מיטראל לייבא בשר כשר, אף-על-פי שהחברה מייבאת גם בשר לא כשר. מועצת הרבנות הראשית החליטה להתעלם מפסיקת בג"צ תוך התרסה שלא תקבל פסיקות בג"צ בעניינים הלכתיים.⁸⁹

בפרשת **רסקין** קבע בג"צ במפורש כי אין לשלול תעודת הכשר מבית מלון רק משום שמתקיימות בו הופעות של רקדנית בטן. בפועל אין פסיקת בג"צ מבוצעת, והרבנות מתנה את אישורי הכשרות בכך שבתי המלון לא יעסיקו פקידים יהודים בשבת, לא יגבו כסף בשבת אלא מאחורי הפרגוד, לא ישמיעו מוסיקה בשבת, לא ישכירו אולם ליהודים משיחיים וכדומה. כיוון שכללים אלה מנוגדים לפסיקת בג"צ ולחוק, נעשים הדברים בעקיפין: בעלי אולמות יודעים שאם מופיעה רקדנית בטן המשגיח לא יישאר במקום, ולמחרת יהיה צורך להכשיר את כל הכלים מחדש כי היו ללא השגחה.⁹⁰

על-אף המגמה השלילית בפעולות, או במחדלים של הרשות המבצעת וגופיה ניתן למצוא דוגמאות חריגות שבהן תרומה הרשות המבצעת תרומה חיובית לשיפור זכויות האזרח בענייני דת. דוגמה לכך מהווה הניסיון ב-1995 לגבש עקרונות חדשים לניהול רשימות פסולי חיתון.⁹¹ דוגמה אחרת ניתן למצוא באי-אכיפת חוקי עזר האוסרים על פתיחת עסקים בשבת. אי-אכיפה חיובית זו נובעת מתרגום האקלים החברתי למדיניות אי-אכיפה במקומות שבהם רוב האוכלוסייה היא חילונית. מדיניות זו של אי-אכיפה מטיבה בוטלה בעקבות חילופי הגברי במשרד העבודה והרווחה לאחר בחירות 1996.

87 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 5, עמ' 15-18.

88 ר' לעיל - פרק ראשון, סעיף 5, וכן ב' נויברגר, **דת ודמוקרטיה בישראל**, 1997, 28.

89 ר' נויברגר, לעיל - הערה 62, עמ' 28.

90 שם, עמ' 27.

91 ר' לעיל, פרק ראשון, סעיף 2, עמ' 11.

עם זאת ישנן מגמות בפסיקת בית המשפט העליון המצמצמות את היקף ההגנה החוקתית של זכויות גם בהקשר של ענייני דת. לאחרונה עלתה בבית המשפט העליון שאלת היחס בין זכויות לפי חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו לבין זכויות לפי חוק יסוד : חופש העיסוק. השאלה עלתה במהלך דיון בגלגול נוסף של פרשת חוק הבשר. לאחר שחוק יסוד : חופש העיסוק תוקן בעקבות פסק הדין הראשון בפרשת מיטראל,⁹² עתרה חברת מיטראל בע"מ לבית המשפט העליון נגד תוקפו של חוק ייבוא בשר קפוא, תשנ"ד-1994,⁹³ בטענה שחוק זה בטל בהיותו פוגע בזכותה לחופש העיסוק, וזאת על-אף שהחוק הועבר בכנסת במתכונת של חוק חורג (Override - שביכולתו לגבור על חוק יסוד) לפי חוק היסוד.⁹⁴ מכיוון שלעותרת היה ברור כי סיכוייה של העתירה להתקבל, ככל שהדברים נוגעים לחוק יסוד : חופש העיסוק, הם נמוכים, וזאת לנוכח לשונו הברורה של חוק היסוד, תקפה העותרת את תוקפו של חוק ייבוא בשר קפוא פוגע בזכות לחופש הדת והמצפון ובזכות לשוויון, המעוגנים בחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, והחוק פוגע גם בזכותה לקניין. בית המשפט העליון דחה טענה זו מבלי להיכנס לעומק הניתוח של הפגיעה הנטענת בזכויות היסוד לפי חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו. בג"צ נימק את הדחייה 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.

בג"צ 3872/83 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז (5), 485.

סי"ח התשנ"ד, עמ', 104.

בג"צ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 15.5.95).

92

93

94

פרק שלישי: **דרכי התמודדות עם דפוסי פעילות 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 המצב לגבי בית המשפט העליון, אשר בולט בתרומתו להגנה ולקידום זכויות האזרח בענייני דת. יחד עם זאת פעולתו מוגבלת על-ידי קשיים ומכשולים המוצבים בדרכו.

ישנם שלושה מישורים שבהם יש צורך להנהיג שינויים כדי לאפשר לבית המשפט להמשיך ולחגן על זכויות האזרח הן בענייני דת והן בנושאים אחרים. ראשית, במישור החוקתי: לרשות השופטת חסרה הגנה נאותה הן במישור המהותי והן במישור המינהלי והתקציבי. שנית, במישור הנורמטיבי: נדרשת הבהרה לשאלה מה הוא ההיקף הראוי להתערבותו של בית המשפט בנושאי דת ומדינה. כאן יש צורך במתן כלים פרשניים בידי בית המשפט לצורך הכרעותיו הנגועות במחלוקות אידאולוגיות, תוך שימת דגש על שאלת הנוסחה מדינה יהודית-דמוקרטית. שלישית, במישור האכיפה: נדרשים הבהרה וחיזוק יכולתו של בית המשפט במישור האכיפה וההגנה ליחיד מפני אי-ציות לפסיקה של בתי המשפט.

1. ההתמודדות במישור החוקתי

בעבר, לפני חקיקת חוקי היסוד, עמדה בפני המערכת הפוליטית הדרך לבטל פסיקה של בית המשפט בדרך של חקיקה או בדרך של מדיניות ביצוע, החומקת מאכיפה של פסיקת בית המשפט. במצב משפטי זה המערכת הפוליטית והגורמים המעוניינים בביטול פסיקה של הרשות השופטת לא נחשפו לתהליך קשה של התגברות על הוראות חוקי היסוד, תהליך המחייב רוב מיוחד, והחשוף לתקיפה חוקתית בבית המשפט העליון. לפיכך במצב הקודם הסתפקה המערכת בהליך החקיקתי לביטול פסיקת בית המשפט, וכן באמצעים המינהליים הנלווים שעמדו לרשות הרשות המבצעת כדי להימנע מאכיפת פסיקה של בית המשפט.

כיום מסתבר למערכת הפוליטית ולגורמים המעוניינים לבטל פסיקה כי נוצרו דרישות חוקתיות מיוחדות לעניין ביטול פסיקת בג"צ, מה שמכונה בלשון הפוליטית "חוק עוקף בג"צ".

מודעות זו של הגורמים הפוליטיים המעוניינים במניעת הרחבת ההגנה החוקתית והשיפוטית על זכויות האזרח הובילה להתעניינותם הגוברת בבית המשפט העליון עצמו. הם החלו לגלות עניין

במעורבות בהרכבו, בדרכי בחירת השופטים ובהתייחסות להיקף התפקיד השיפוטי, שבאה לידי ביטוי בפסיקתו. כאן החלה מערכה כבדה של התומכים במצב המשפטי הקודם נגד בית המשפט העליון. לפני בחירות 96' כינה ראש מפלגת חשוכה בישראל את בית המשפט העליון "סניף של מר"ץ". מיד לאחר הבחירות החלה מתקפה קשה, הכוללת איום בפגיעה אישית כלפי נשיא בית המשפט העליון ושופטיו, הפגנות בבית המשפט העליון, ומקרה אחד שבו נכנסו מפגינים לתוך כותלי בית המשפט במחאה על מדיניותו השיפוטית. חצייה של מתקפה נוספת כוונת כלפי בית המשפט בטיעון המהותי, שאל לו לעסוק בערכים. כמו כן הועלו הצעות לשינוי דרכי הבחירה של שופטי בית המשפט העליון, ובכלל זה הצעה שהשופטים ייבחרו לתקופה קצובה על-ידי הכנסת. כל ההצעות וההסתייגויות הללו נועדו ליצור לחץ על בית המשפט העליון כדי שיקנה משקל רב יותר לשיקולים דתיים מכפי שעשה עד כה.

סדרת המתקפות פגעה באי-תלותו של בית המשפט העליון בעיקר בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בעשיית הצדק, ובמלאכת השפיטה. בעטיין של המתקפות הללו היססו החוגים הדמוקרטיים במדינת ישראל מלמתוח ביקורת על בית המשפט העליון כאשר ייחס משקל גדול יותר לשיקולים דתיים מאשר ייחס בעבר, משום שחששו להצטייר כמצטרפים למתקפה על בית המשפט העליון. כתוצאה מכך נוצר חוסר איזון בגורמי השיטה, המשפיעים על עשיית הצדק בבית המשפט.⁹⁵

לאור ההתפתחויות הללו עולה וניצבת ביתר שאת שאלת השריון של חוק יסוד: השפיטה, והעיגון בחוק של ההגנה על אי-התלות השיפוטית. גם ללא ההתפתחויות הללו יש צורך לשריין את חוק יסוד: השפיטה כדי להגן עליו מפני שינויים בחקיקה רגילה. זהו יסוד חוקתי מרכזי, שיש הכרח לכלול אותו בחוקה של כל מדינה מתוקנת.

מערכת המשפט בנויה על כמה ערכי יסוד ואלו הם (לא לפי סדר עדיפות): צדק והגינות מהותיים ודיוניים, יעילות השפיטה, נגישות למערכת הצדק מבחינה גאוגרפית וכלכלית, אמון הציבור במערכת בתי המשפט וערך היסוד אי-תלות שיפוטית.

ערכי היסוד הללו, שעליהם נשענת מערכת הצדק, חשובים כולם ויש ביניהם יחסי גומלין, ולעתים אפילו מתיחות. אין ספק, למשל, שהרשעתו של אדם על יסוד ראיות שהסתברו כמוטעות (כפי שקרה לנאשם בנגייב שהורשע ברצח הקבצן שלום כהן, ולאחר שלוש שנים הסתבר, לפי ראיות, שלא הוא ביצע את הרצח), פוגעת פגיעה חמורה באמון הציבור בבתי המשפט. הוא הדין לגבי העומס הגורם לעינוי דין ולהתמשכות רבת שנים של הטיפול בתיקים בבתי המשפט. עינוי הדין פוגע באמון הציבור במערכת השיפוטית.

יש להצטער על כך שבעיצומו של ויכוח ציבורי על מעמד בית המשפט העליון הוחמצה הזדמנות היסטורית לשריין את חוק יסוד: השפיטה. כך ניתן היה להעניק לו מעמד נורמטיבי גבוה מחקיקה רגילה, לשריין את מעמד השופטים ובתי המשפט וסמכויותיהם ולהעניק לרשות השופטת הגנה חוקתית מפני ניסיונות לקצץ בסמכויותיה, או לשנות את הליכי הבחירה של שופטיה. יש לפעול ליצירת הסכמה לאומית רחבה לשריין חוק יסוד: השפיטה. חשוב מאוד שהמערכת השיפוטית תפעל במסגרת יציבות חוקתית ולא תהיה תלויה ומושפעת מנסיבות חברתיות פוליטיות.

⁹⁵ S. Shetreet, *Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary* 1994, pp521-497.

אכן, לנגד עיני בית המשפט עומדים לא רק שיקולי המשפט האינדיבידואלי העומד לדיון ולהכרעה בפניו, אלא גם שיקולי שיטה כוללים, המתייחסים לנסיבות חברתיות לאומיות ומשפיעים על ההכרעה השיפוטית הן בתיקים פליליים, הן בתיקים אזרחיים והן בתיקים ציבוריים, שבהם הסכסוך הוא בין האזרח לשלטון.

המתקפות הבוטות מצד גורמים שונים על בית המשפט העליון המערערות על הלגיטימיות של בית המשפט, ולפעמים תוך כדי הצמדת כינויים כגון: 'סניף של מר"צ', יוצרות השפעה מצננת (Chilling) על אי-התלות השיפוטית. שומה על הקהילה המשפטית ועל האליטות החברתיות והמקצועיות ועל המנהיגות הפוליטית להיות ערים להשפעה המצננת הזו ולרסן את ההתבטאויות היוצרות אותה. ההיסטוריה השיפוטית של מדינת ישראל ידעה עימותים בין ראשי המנהיגות הפוליטית ובין ראשי המערכת השיפוטית. היו עימותים בתקופות בן-גוריון ובגין; כגון על עונשי מינימום ועל חנינת בן ציון.⁹⁶ אולם לאחרונה חרגו המתקפות על בית המשפט העליון מעל 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 המשפטי כיום חוק יסוד: השפיטה אינו מעניק הגנה מספקת, וגם מבחינת מערכת החוקים המצב לוקה בחסר. שכן בעוד שחוק יסוד: השפיטה מגן על המערכת השיפוטית מפני התערבות הרשות המבצעת באמצעות פרסום תקנות לשעת חירום,⁹⁷ החוק אינו שונה מכל חוק רגיל אחר, ואינו מקנה הגנה כלשהי מפני הרשות המחוקקת, דהיינו, הכנסת. זו רשאית לשנות את מעמד הזרוע השיפוטית באמצעות חקיקה רגילה ובדרישות הקבועות לגבי הליכי החקיקה.

הגנה חוקתית ראויה מחייבת שריון של עקרונות מספר על מנת להגן על נורמות בסיסיות ואלה הם:⁹⁸

העיקרון הראשון הוא איסור הקמת בתי דין מיוחדים (בית דין אד-הוק) לשמיעת סכסוכים מסוימים. ללא הגנה מעין זו ניתן לעקוף בקלות את כלל המערכת השיפוטית. אמנם סעיף 1 (ג) 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. אמנם בעבר רווחה מסורת של ציות להחלטות שיפוטיות, אולם אין בה כדי לספק כלל ועיקר, במיוחד לאור העובדה שמתרבים המקרים בהם אין היא נשמרת, דוגמת הלכת בבלי שאזכרה לעיל.

העיקרון השלישי הוא הענקת עצמאות מינהלית לרשות השופטת, ובכלל זה הנהגת הפרדה מוחלטת בין שופטים ועובדי הרשות השופטת לבין עובדי המדינה המהווים חלק מהרשות המבצעת, ויצירת הבחנה חדה וברורה ביניהם.

העיקרון הרביעי הוא איסור על שינוי תנאי הכהונה של השופטים. אמנם אין זה רצוי להעניק לשופטים שליטה מלאה על תנאיהם, שכן מצב זה יש בו כדי להוות הפרה של האיזון, אולם כיום

⁹⁶ עיין חנינת יהושע בן ציון בתוך: S, Shetreet Justice in Israel, 1994, pp. 374-373.

⁹⁷ ראו סעיף 22 לחוק יסוד: השפיטה.

⁹⁸ S, Shetreet Justice in Israel, 1994, pp. 519-516.

עלולות הזרוע המחוקקת והזרוע המבצעת לנסות לשנות את תנאי כהונת השופטים או את דרכי בחירתם על מנת ללחוץ עליהם לשנות את מדיניותם או להצביע על כך שהיא אינה מקובלת עליהם. תיתכן אפילו השפעה על החלטות שיפוטיות קונקרטיות. אמנם סעיף 10 (ב) לחוק יסוד: השפיטה מונע הפחתת שכרם של השופטים לבדם, אך אם מפחיתים שכר ומשנים תנאים למגזר נוסף, ייתכן קיצוץ גם בשכרם של שופטים ולא דווקא משיקולים כלכליים.

העיקרון החמישי הוא עיקרון "השופט הנייטרלי". בניגוד לעיקרון השלילי האוסר משוא פנים המוכר במשפט הישראלי, ושעל-פיו שופט נפסל רק עקב חשש למשוא פנים או לניגוד עניינים, עיקרון השופט הנייטרלי הוא כלל חיובי, המחייב הנהגת תכנית קבועה מראש לחלוקת תיקים בבתי משפט. כלל כזה מבטיח הגינות ונייטרליות מלכתחילה באשר להרכב בית המשפט.

ניתן לראות, אם כן, שמדינת ישראל עוד רחוקה מהשלמת 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 ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁹ זאת על רקע הניסיון לספק בישראל הגנה לזכויות האדם בחוק.

העמדות האידאולוגיות של הכוחות החברתיים במדינת ישראל הן שעומדות בבסיס הנוסחאות והתהליכים המשפטיים שניתחנו עד כה. מטרתן של פרק זה היא לבחון את הזרמים העיקריים בחברה הישראלית בכל הקשור לשאלת דת ומדינה, תוך ניתוח ההיבטים המשפטיים של הגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בית המשפט נזקק מעת לעת לדיון בסוגיית אופיה היהודי והדמוקרטי של ישראל, והוא נדרש להכריע בשאלות שיש להן זיקה הדוקה לפרשנות נאותה של הנוסחאות הללו. כדי שבית המשפט יוכל להמשיך ולמלא תפקיד חיובי בתרומתו לזכויות האזרח בענייני דת, נדרשת הגדרה בהירה יותר של היסוד "יהודית" בנוסחה "מדינה יהודית דמוקרטית".

באופן כללי ניתן לומר כי הציבור היהודי בארץ מחולק לארבע קבוצות עיקריות בשאלת היחס לדת. כ-40 אחוז מן הציבור מגדירים עצמם חילונים גמורים. כ-12 אחוז מגדיר עצמו דתי. 4 אחוזים מהציבור מגדירים עצמם חרדים. 40 אחוז הנותרים רואים עצמם מסורתיים. היהודי המסורתי, כמו עמיתו הדתי מכבד ומקיים את המסורת היהודית, אולם מתנגד לכפייה דתית. הוא שומר מסורת מתוך תחושת מחויבות למנהגי אבותיו ולהיסטוריה של העם היהודי, אך לא מתוך גישה נוקשה. ניתן להגדיר את המסורתי כיהודי המאמץ חופש בחירה מודע בשמירת ההלכות ומתיר לעצמו חירויות מסוימות שלא יעלו על דעתו של יהודי דתי. באופן ציורי ניתן לתארו כמי שבשבת בבוקר הולך להתפלל בבית הכנסת, ואחרי הצהרים נוסע במכונית למגרש הכדורגל. הוא שומר כשרות בביתו, בונה סוכה ונוהג מנהגי אבלות כמקובל בהלכה היהודית. שילוב של מסורת

⁹⁹ במגילת העצמאות הוגדרה המדינה כיהודית, אך לא נאמר במפורש כי זו תהיה גם דמוקרטית. כל שטאמר בפרק השלישי להכרזה הוא כי: "ייתן שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".

וחופש בחירה באורח החיים המסורתי נכון גם במישור החברתי-פוליטי, וברי כי יש לכך נפקות גם במישור המשפטי, כפי שיתואר להלן. הטעם החברתי לכך טמון בעצם הצורך למציאת מכנה משותף רחב ככול הניתן בין המגזרים בחברה היהודית.

במישור החברתי ניתן להשיג מטרה זו אך ורק בדרך של שילוב ומיזוג בין הכוחות המתונים הפועלים בחברה, דהיינו: בין החילונים הליברלים, שאינם דוגלים במסר של פירוד ומכירים בחשיבותה התרבותית של הדת היהודית בעיצוב תרבותה של מדינת ישראל, ובין המסורתיים ואף הדתיים המכבדים את הדמוקרטיה וזכויות האזרח, אך מעוניינים גם בכיבוד של המסורת היהודית ובשמירה על זיקה תרבותית הדוקה למורשת ההיסטורית היהודית.

בציבור היהודי ישנן אידאולוגיות נוספות, המנסות לתת מענה אחר בשאלת היסוד היהודי.¹⁰⁰ הציבור החרדי בישראל מורכב משני מחנות: החוגים הרדיקאליים והזרם העיקרי ביהדות החרדית. החוגים הרדיקאליים (שהבולט בהם הוא עדת "נטורי קרתא") מסרבים להתפשר עם אופיה החילוני של המדינה ועם היותה מעשה ידי אדם. לכן מיד עם קום המדינה, הטילו חוגים אלה חרם על השתתפות בבחירות לכנסת, על קבלת כספים מן המדינה ומשלוחותיה ועל כל מגע אחר עם מוסדות השלטון והמדינה. לגישתם, מדינת ישראל היא מעשה שטן לא רק בשל אופיה החילוני, אלא בעיקר משום שהיא מהווה בעצם קיומה דחיקת הקץ. הציונות בכלל ומדינת ישראל בפרט מצטיירות בעיני חוגים חרדים קיצוניים אלה כהפרה בוטה של שבועת האמונים שנשבעו ישראל להמתין לקץ וכהפרה של הנורמה הדתית המובהקת של תקופת הגלות.¹⁰¹

החלק העיקרי בציבור החרדי רואה במדינת ישראל תופעה ניטרלית מבחינה דתית, המתקיימת בתחום החולין ושרויה בעידן הגלות. הורתה ולידתה של המדינה אינה בטומאה ואינה בקדושה - היא מהווה תופעה היסטורית גרידא. הקבוצה החברתית הקרויה בשם "יהדות חרדית" בנוייה מקבוצות רבות באשר ליחסן לעולם המודרני, למושג "כלל ישראל", לציונות ולמדינת ישראל. המכנה המשותף לכל הזרמים הוא הראייה את החיים במדינת ישראל בזמן הזה כגלות מבונה המטפיסי-תיאולוגי ("גלות ישראל בארץ הקודש"). עיקר העימות עם מדינת ישראל מבוסס על שאלת החילון הלאומי. העמדה השלטת בקרב רוב החוגים החרדיים במדינת ישראל כיום מכירה דה-פקטו במדינה יהודית, אינה מכירה דה-יורה במדינה יהודית-חילונית. נציגיה נוקטים שיתוף פעולה מסויג ופרגמטי עם מוסדות המדינה, אך שוללים את האידאולוגיה הלאומית ואת ההזדהות עמה. התוצאה היא שנקיטת העמדה כלפי המדינה ופעולותיה נעשית אד-הוק, כמו כלפי כל תופעה ארצית אחרת: אם המדינה, מוסדותיה ותקציביה תומכים בבני התורה והשיבות, יש לדון אותם לכף זכות. מנגד, אם הם מתנכרים לעולם התורה יש לדון אותם לכף חובה.¹⁰²

זרם אחר בחברה הישראלית משתית את תפיסתו על משנתו של הרב צבי יהודה הכהן קוק. זרם זה רואה בציונות ובמדינת ישראל בבחינת מהלך משיחי: הציונות היוותה "אתחלתא דגאולה", ואילו מדינת ישראל מהווה כבר את אמצע הגאולה. יתר על כן, זרם זה רואה את הציונות ואת מדינת ישראל לא רק כאמצעים לתחייה ארצית-מדינית אלא אף לתחייה דתית-רוחנית מרחיקת לכת.

100 ראה דיון בהרחבה: ש' שטרית, **הארץ הטובה: בין כוח ודת**, 1998, פרק 13.

101 א' רביצקי, **הקץ המגולה ומדינת היהודים - משיחות, ציונות ואדיקליזם דתי בישראל**, 1994, עמ' 29, 94.

102 שם, עמ' 225-200. זכך: צ' שוורץ, **אמונה על פרשת דרכים - בין רעיון למעשה בציונות המשיחית**, 1996.

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

כיום חלק גדול מן הציבור היהודי במדינת ישראל מגדיר עצמו חילוני גמור. ואכן, התנועה הציונית בראשיתה הגדירה עצמה כתנועה סוציאליסטית-חילונית. היא ביקשה לעצב אדם יהודי עברי חדש ומרדה בגלותיות. שלילת הגלות קיפלה בתוכה גם שלילת אורח החיים הדתי של הגלות.¹⁰³

הזרמים השונים ביחסי הדת והמדינה מחדדים את השאלה כיצד הגענו לסטטוס קוו בענייני דת כפי שהוא כיום. התשובה לכך טמונה בפשרה של כל אחד מן הזרמים עם המציאות. כשקמה התנועה הציונית החלוצית הסוציאליסטית, וחבריה עלו לארץ להגשים הלכה למעשה את מצוות הציונות ובניין הארץ, הייתה זו תנועה חילונית. עם הגיעם לארץ ישראל בראשית המאה גילו מנהיגי התנועה הציונית הסוציאליסטית כי אינם יכולים להתנתק מהשייכות הדתית. ראשית, המשטר המשפטי שהיה קיים בארץ בתקופת העותמאנית ואחר כך בימי המנדט היה מבוסס על שייכותו המשפטית, הדתית-האישית של כל אדם. לפי השייכות הדתית נקבעו הדינים החלים בתחום המעמד האישי, נישואין, גירושין, ירושה או אפטרופסות. שנית, היו מוסדות נבחרים, שהוכרו על-ידי השלטונות, שנבחרו על בסיס שייכות דתית, כמו "כנסת ישראל" ומוסדותיה.

המפגש בין הגישה הסוציאליסטית החילונית ובין המציאות המשפטית שנוקקה לפרמטרים של שייכות דתית אילץ את מנהיגי התנועה הציונית החילונית להתאים את תפיסתם לנסיבות. לכן נזנחה התפיסה המבוססת על חילוניות גמורה ועל ניתוק גמור מן הדת, והתקבלה תפיסה הרואה בדת מרכיב הכרחי בתודעת הזהות הציבורית של היישוב היהודי לפני קום המדינה ובאורח החיים של המדינה היהודית לאחר כינונה. ההכרה המלאה בפשרה קיבלה ביטוי במכתבם של בן-גוריון, הרב פישמן ויצחק גרינבוים בשם הנהלת הסוכנות היהודית למנהיגי אגודת ישראל בהסתדרות אגודת ישראל העולמית בספטמבר 1947, המכונה מכתב הסטטוס קוו. במכתב זה התחייב בן-גוריון כי יישמר אורח חיים ציבורי יהודי במדינה שתקום, ובכלל זה שמירת השבת, נישואין לפי דין תורה, כשרות, ואוטונומיה בחינוך. לכך הצטרפה בהמשך ובנפרד ההתחייבות למתן פטור מגיוס לבחורי ישיבה.

הרקע המיידי למכתב טמון בהגעת ועדת האו"ם לארץ ביוני 1947, לשם הגשת המלצות, שלימים קראו לחלוקת ארץ-ישראל ולהקמת מדינה יהודית. לראשי הסוכנות, וביניהם דוד בן-גוריון, היה חשוב מאד להציג בפני הוועדה עמדה מאוחדת בשם היישוב היהודי כולו. החשש היה שהחוגים האורתודוקסים יתנגדו להקמת מדינה ציונית-חילונית, לכן הוחלט לנקוט בדרך הפשרה כדי לזכות בתמיכה הפוליטית של החרדים.

גדולי התורה, מצדם, נמנעו מלפרסם את דעתם בדבר מדינת הלכה, ואף יעצו לאגודת ישראל להימנע מהבעת דעה בפומבי לטוב ולרע, כך שלא יואשמו בכך שחיבלו בהקמת המדינה, ובה בעת ישמרו על כוח השפעתם עם הקמתה.

אי שפירא, **חרב היונה**, 1992, עמ' 28.

על יסוד ההסכמה שבוטאה במכתב הסטטוס קוו בענייני דת ומדינה הצליח בן-גוריון לבסס גם את הלגיטימציה של הציונות הדתית להצטרף למפעל הציוני. הדבר אפשר את צמיחת הברית בין הציונים הסוציאליסטים לבין הציונים הדתיים המתונים, ובראשם הרב מימון.¹⁰⁴

ההנהגה הציונית קיוותה כי תוכל להשתמש בתנועת המזרחי כדי לקרב את הדתיים אל החזון הציוני, אף אם מדובר תחילה בחזון ציוני-דתי, ההנחה הייתה כי הם יתרמו למאמץ הציוני, או לפחות לא יתנגדו לו בחזית אנטי-ציונית, שעלולה הייתה להחליש את האחדות מול ממשלת בריטניה. בן-גוריון לא הפריד את הדת מן המדינה. יש הגורסים כי לא עשה כן כי רצה לשלוט בדת ולהשתמש בה לצורכיו. הוא סבר כי דרך מימונה ושילובה במערכות החיים החילוניות יצליח להחלישה ולשלוט עליה.

על יסוד התחייבות בן-גוריון למנהיגי אגודת ישראל חתמו כל הסקטורים על הכרזת העצמאות, ויצרו את ההסכמה הלאומית הנחשבת לעקרונות היסוד של המדינה. הכרזת העצמאות נוסחה תוך אזכור המאפיין היהודי של המדינה וכן הקשרים ההיסטוריים של מדינת ישראל לעם היהודי, להיסטוריה היהודית ולמורשת הרוחנית היהודית.

נוסח הכרזת העצמאות משקף את גישת הפשרה שעליה עמלו עד לרגע ההכרזה עצמו. האזכור של "צור ישראל" הוא פשרה בין החילונים והדתיים. בישיבת מועצת העם שקדמה להכרזה על הקמת המדינה והסתיימה שעה אחת בלבד לפני טקס הכרזת המדינה, התעורר פעם נוספת ויכוח על הניסוח "מתוך ביטחון בצור ישראל". אהרון ציזלינג, חבר בוועדת הניסוח, מחה על נוסח זה שחייב את החותמים, לטענתו, להצהיר על "אני מאמין" שלא כרצונם. דוד צבי פנקס הגן על נוסח זה בנימוק שהוא מאחד סביבו את רוב העם בישראל. בן-גוריון תמך אף הוא בנוסח של צור ישראל.

הנוסח הסופי שהתקבל היה אם כן: "מתוך ביטחון בצור ישראל הננו חתומים בחתימת ידינו לעדות על הצהרה זו, במושב מועצת המדינה הזמנית, על אדמת המולדת, בעיר תל-אביב, היום הזה, ערב שבת, ה' באייר תש"ח, 14 במאי 1948".¹⁰⁵

על יסוד ההתחייבות שנתן בן-גוריון כמצע לסטטוס קוו ולאור ההסכמה הכללית אימצה הכנסת לאחר הקמת המדינה חקיקה, שהבטיחה אופי יהודי למדינה באורח החיים הציבורי. חקיקה דתית אומצה בשורה של נושאים, וביניהם: חקיקה הקובעת באופן בלעדי נישואין וגירושין דתיים ליהודים ולבני דתות אחרות, חקיקה המנהיגה כשרות בצבא ההגנה לישראל ובמוסדות ממלכתיים. בהמשך נחקקו חוקים האוסרים על גידול חזיר, נחקק חוק הקובע את השבת כיום המנוחה של היהודים, נבחרו הרבנים הראשיים למדינה וכן הוקמו מועצות דתיות למתן שירותי דת ליהודים. מערכת הסדרים זו בענייני דת הושתתה על תפיסה שלפיה יש לשמור על המאפיינים היהודיים של המדינה בתחומי הכשרות, השבת, החינוך, הנישואין והגירושין, הרבנות והפטור מגיוס לבחורי הישיבה.

¹⁰⁴ ברית זו החזיקה מעמד גם אחרי הקמת המדינה, ומה שהיה תנועת הפועל מזרחי הפך ברבות הימים למפד"ל, שבריתה עם מפא"י עד 1977 היא מן המפורסמות.
¹⁰⁵ ז' שרף, **שלושה ימים והם ג', ד', ה' באייר התש"ח**, 1965, עמ' 214-226.

קו פשרה זה נמשך לאורך השנים וקיבל את ביטוייו בחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980. חוק זה קבע כי כאשר אין תשובה בדין, בחוק, בהיקש, או בגזירה שווה, ייזקק בית המשפט לעקרונות המשפט והיושר של מורשת ישראל. הנוסח של המונח "מורשת ישראל" מהווה פשרה בין הגרסה המפנה במישור למשפט העברי לבין מי שסירבו לחלוטין להפניה כזו. המונח "מורשת ישראל" הוא התייחסות כלפי מכלול הערכים התרבותיים היהודיים, לאו דווקא במובנם ההלכתי הצר. בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980 התקבל לבסוף הנוסח הבא: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

פרשנות המונח העמום של "מורשת ישראל" נותרה בידי הפסיקה. השאלה עלתה בפרשת **הנדלס**¹⁰⁶. השופט (כתוארו אז) אהרן ברק קבע כי ניתן לפנות למשפט העברי לצורך לימוד, כאל אוצר של מחשבה משפטית שממנה מתבקשת השראה. מדובר בפנייה 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 מיעוט, כי החוק מפנה למשפט העברי לשם הבהרת ספקות מתוך תוכנו. המשפט העברי אינו מקור מחייב, אך יש בו כדי להנחות את בית המשפט בבעיה שלפניו.

ראשיתו של התהליך התרחשה בכנסת הראשונה, שאמורה הייתה להיות האסיפה המכוננת נותנת החוקה, ובכללה פרק על זכויות האדם. הרעיון נדחה, ובמקומו קיבלה הכנסת הראשונה ב-13 ליוני 1950 את "החלטת הררי" בדבר חיבור חוקה באמצעות חוקי יסוד. ההתנגדות לעיצוב חוקה באה מצד המפלגות הדתיות בכנסת, שטענו כי התורה היא חוקתו הבלעדית של העם היהודי ואין להמירה בחוקה חילונית. נראה כי המפלגות הדתיות חששו כי חוקה, המושתתת על עקרונות דמוקרטיים-ליברליים של מגילת העצמאות תערער על חוקיותם של דיני האישות הדתיים ותפר את האיזון העדין בין דת למדינה.¹⁰⁷

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

בכנסת השביעית הצליחה ועדת משנה בראשותו של ח"כ בנימין הלוי ובשיתוף פעולה עם משרד המשפטים לנסח הצעת חוק יסוד: זכויות האזרח. באוגוסט 1972 הובאה ההצעה לקריאה ראשונה בכנסת. אישורה עורר ביקורת של משפטנים ואנשי ציבור. הטענה הייתה כי בניגוד להצעת ח"כ פרופ' קלינגהופר, לא הגבילה הצעת חוק יסוד: זכויות האזרח את יכולת המחוקק לבטל את החירויות בחוק המוצע. עוד קבעה הצעת החוק כי בהוראת השוויון ואיסור ההפליה אין כדי לפגוע "בכל הוראת חוק הנובעת ממהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". לנוסח זה קמה התנגדות עזה. הכנסת השביעית סיימה כהונתה בלי להביא את ההצעה לקריאה שנייה ושלישית.

¹⁰⁶ **בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס**, פ"ד לד (3) 57.
¹⁰⁷ ב' נויברגר, **דת ודמוקרטיה בישראל**, 1997, עמ' 33.

בכנסת העשירית יזם ח"כ פרופ' אמנון רובינשטיין הצעת חוק, שאותה הגיש לקריאה טרומית ביוני 1982. הצעת חוק זו חוזרת מילה במילה על הצעת החוק שהגיש ח"כ פרופ' הנס קלינגהופר בכנסת החמישית. ההצעה עברה כמעט ללא התנגדות את הדיון המוקדם והובאה לקריאה ראשונה בפברואר 1983 תוך השמטת החלק העוסק בזכויות סוציאליות. בסופו של דבר קמה להצעה התנגדות בממשלה בטענה 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 המסייגת את דין השוויון, וכללה את שריון החוק וכן ביקורת שיפוטית. כן הוצע להשאיר על כנו את הדין הקיים, ולקבוע כי "החוק אינו חל על דיני איסור והיתר לנישואין וגירושין". בנובמבר 1989 פרשה "אגודת ישראל" מהקואליציה. ראש הממשלה דאז, יצחק שמיר, רמז כי חוק היסוד ש"האגודה" התנגדה לו לא יתקבל בוועדת השרים לענייני חקיקה. הסיעות הדתיות והחרדיות עשו כל אשר בידן כדי לסכל את קבלתו של חוק יסוד זה או דומים לו.¹⁰⁸

כדי להציל את הצעת זכויות האדם הציע ח"כ פרופ' אמנון רובינשטיין לפצל את ההצעה להצעות חוק נפרדות, שכל אחת תבטיח אגד אחר של זכויות יסוד. בהתאם לגישה זו התקבלו בקריאה 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 היותן הצעות חוק פרטיות, שלא זכו לתמיכה ממשלתית. סוד ההצלחה טמון בפיצול הצעת החוק המקורית למרכיביה השונים, דבר שאפשר לחברי 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, כמסמך חוקתי, תכליתם להגביל את הכנסת כרשות מחוקקת. המשמעות הפוליטית של הגבלה זו היא כי כוח המיקוח של הסיעות הדתיות בכנסת יוגבל, שהרי חוקי היסוד עשויים להגביל את האפשרות להטות את הסטטוס קוו לכיוון הדתי על חשבון זכויות הפרט.

כדי לטפל בקושי זה הוסף לחוקי היסוד סעיף "שמירת הדינים", שלפיו אין בחוק היסוד כדי לפגוע בדין שהיה קיים ערב תחולתו של חוק היסוד. בכך לא תמו הקשיים, שכן הסיעות הדתיות חששו מפני הגבלת האפשרות לקבל חוקים חדשים, המחזקים את מעמדה של הדת על חשבון זכויות הפרט. הפתרון שנמצא לשם כך הוא הגדרת המדינה בחוקי היסוד החדשים כ"יהודית ודמוקרטית". הגדרה זו התקבלה בהסכמה כללית: הסיעות הדתיות ראו בה הגדרה שתאפשר זיקה של המדינה ליהדות, ואילו השמאל החילוני ראה בהגדרה משום 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. ההגדרה שהתקבלה איננה מכריעה בשאלת היחס בין אופיה היהודי של המדינה לאופיה הדמוקרטית.¹⁰⁹ היא אינה מכריעה אם וכיצד יש לשמור על הסטטוס קוו בענייני דת, הנוהג בשנים האחרונות במדינת ישראל.

א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, 1997, כרך ב, עמ' 910-914.
שם, עמ' 914-918.

108

109

ראוי לזכור כי גם בשאלת היקף התערבותם של בתי המשפט ובראשם בית המשפט העליון קיימים חילוקי דעות וגישות מספר בקרב המלומדים השונים. כך, למשל, סבורה הפרופ' גביון כי לא ראוי ולא מועיל שניתוח מושגי ייבוא במקום בירור פוליטי-נורמטיבי-אידיאולוגי, או במקום טענות אמפיריות והעמדתן בהקשר הנותן להן פשר. לשיטתה, מערכות של מושגים צריכות לסייע לנו לדבר זה עם זה, ולא מעבר לזה. במסגרת זו יוכל הדיון המושגי להנחותנו רק בהקשר של מונחי הבסיס, ועל השאלות האידיאולוגיות לקבל פתרון במישור הפוליטי-החברתי.¹¹⁰ גם הפרופ' רוזן-צבי ז"ל סבר כי על בית המשפט להימנע מהכרעה אידיאולוגית אם כי מנימוקים אחרים. לגישתו, כאשר נוצר מצב שבו אין מנוס מהכרעה חזיתית, עדיפה הגישה הקוראת לבית המשפט להשאיר את הסוגיה במישור החברתי-הפוליטי.¹¹¹

הדיון בשאלת היסוד היהודי¹¹² בנוסחת המדינה היהודית-דמוקרטית מעורר תיחום ופלוגתא בלתי נמנעת בין חלקיו השונים של העם היהודי. ברי כי אין נוסחה אחת המוסכמת על הכל, ואף לא ראוי שזו תיעשה למטרה נשגבת בעיני המחוקק או המשפטן. במקרים רבים לא ניתן ליישב מחלוקות אידיאולוגיות באופן מוסכם על הכל, ולעתים הפלוגתא שרקעה אידיאולוגי-דתי מחלחלת לרבדים חברתיים-פוליטיים, הרבה מעבר להיותה שאלה דתית גרידא. כך, למשל, שאלת ייבוא בשר לא-כשר לישראל, או סוגיות של דיני הכשרות הופכות לשאלות סוציולוגיות, שנתפסות לאחרונה יותר כ"מאבק תרבות" מאשר כסוגיות משפטיות גרידא. מציאות זו אינה מותירה ביד בית המשפט אלא ברירה אחת. זו היא ברירת הגישור והפישור בין הכוחות המוכנים לכך, תוך התבססות על המכנה המשותף המוסכם על הרוב המכריע.

כאמור, למסקנה זו במישור החברתי-פוליטי צריך שתהא נפקות גם במישור המשפטי.¹¹³ לשם כך נדרשת בראש ובראשונה הבחנה בין נורמה אשר טרם הפכה לנורמה פוזיטיבית בחברה, ואשר אין הצדקה לכפותה על הכלל, לבין נורמה פוזיטיבית בחברה שאותה רשאית המדינה לכפות על הכלל, כגון יום מנוחה, כפי שגם הוסדר בחוק שעות עבודה ומנוחה שהתקבל בכנסת. הטלת איסור מכוחו של חוק זה ניתנת להצדקה משפטית משום השתרשותה של השבת כיום שבו חדל המשק מלייצר, כמקובל במסורת הלאומית של העם היהודי וכמקובל על רוב בני החברה היהודית: חלק ניכר מהחילונים, המסורתיים וכמובן גם הדתיים והמגזר החרדי.

לפי גישה המדגישה את המסורתיות כתוכן ליסוד "יהודית" בנוסחה יהודית דמוקרטית, ניתן להצדיק את חוק איסור פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב התשנ"ח-1997, משום שתשעה באב איננו רק יום זיכרון דתי לחורבן בית המקדש, אלא יום זיכרון לאומי על חורבן הממלכתיות והריבוניות היהודית וחורבן בית המקדש. לפיכך מוצדק לראות בכך חקיקה של נורמה לאומית, וכבר בעבר תמכתי במפורש בגישה זו.¹¹⁴ באותה רוח מוצדק לחייב מוסדות ממלכתיים

¹¹⁰ ר' גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", עיוני משפט יט (3), 1995, עמ' 631-682, עמ' 635.

¹¹¹ א' רוזן צבי, "מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה - האפשר לרבע את המעגל? עיוני משפט יט (3), 1995, עמ' 479-519, עמ' 489.

¹¹² לעיון כללי בגישות אחרות ראה גם: ר' גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", עיוני משפט יט (3), 1995, עמ' 631-682, וכן, א' רוזן צבי, "מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה - האפשר לרבע את המעגל? עיוני משפט יט (3), 1995, עמ' 479-519.

¹¹³ ראה בהרחבה דיון בסוגיה: ש' שטרית, הארץ הטובה: בין כוח ודת, 1998.

¹¹⁴ ראה שטרית, "חופש המצפון והדת", הערה 2 לעיל.

וממשלתיים להוסיף את התאריך העברי למסמכים היוצאים מתחת ידם נוסף על התאריך הגריגוריאני.

כדי להשיב על השאלה בדבר היקפה של הפרשנות ההלכתית יש לאמץ את שביל הזהב של היהדות כמסורתיות. פירוש זה אינו מחמיר יתר על המידה, ועשוי להפוך לנורמה מקובלת על הציבור בכללותו ולפיכך אין בו פגיעה בחופש הדת והמצפון. יחד עם זאת אין הוא מקל יתר על המידה ואינו שם ללעג ולקלס את אושיות היהדות בפירושה ובתפיסתה המסורתית. כך, למשל, לא ראוי לבטל את מוסד שמירת הכשרות במובנו הממלכתי, דהיינו במוסדות ממלכתיים, ממשלתיים ובמתקני צה"ל, שכן ביטול כזה יפגע פגיעה גסה ברוח היהדות והמסורת. כך גם אם ייאלצו רבנים לערוך טכסי נישואין באולם אירועים שמגיישים בו מאכלי חזיר, או תוך חשש לסתירה עם חוקי הלכה אחרים למשל, כשהכלה נחשבת טמאה ואסורה לנישואין, ימצאו עצמם הרבנים מחללים כלל הלכתי אחר.

לעומת זאת על-פי גישת היהדות כמסורתיות גם לא ראוי, למיטב הכרתי, להישען על הפרשנות המרחיבה ההלכתית במובנה האורתודוקסי, דהיינו פרשנות הכוללת במושג כשרות, למשל, לא רק את גרעין המושג, אלא גם את קליפתו וגם את מה שביניהם. כך, למשל, אין לקבוע כי על מנהליה של מסעדה המבקשים תעודת כשרות להוכיח כי הם שומרי שבת או שומרי מצוות. גם פרשנות כזו תפגע בחופש הדת והמצפון של מי שרואים עצמם מופלים לרעה על רקע דתי, שכן במציאות מעוותת ייכפו על הציבור היהודי כולו נורמות שאינן נובעות ממנו ולפיכך הן גם פסולות בעיני.

יש לאמץ את הגישה המקבלת את ההלכה ודיניה, כגון מושג הכשרות, במובנה הבסיסי והעיקרי, דהיינו פרשנות המכירה בחשיבות התרבותית והדתית של המושג ההלכתי במובנו הגרעיני, ואינה גולשת לפגיעה בחופש הדת והמצפון של כלל החברה על רוב זרמיה. כשרות זו נובעת מעיקרי היהדות הן במובנה הדתי המסורתי והן במובנה התרבותי ואינה נכפית על בניה.

בהתאם לגישה זו יש לשמור על עקרונות הסטטוס קוו, 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 ודמוקרטית" בחוקי היסוד החדשים. הנחה חוקתית זו צריכה להוביל למסקנות הן במישור החקיקתי והן במישור השיפוטי. חקיקת חוק חדש שנועד לעקוף את פסיקת בג"צ ולחזק את מעמד הדת במדינה על-חשבון זכויות הפרט בה, צריכה להיפסל על-ידי בית המשפט בהתאם לחוקי היסוד החדשים. יחד עם זאת חקיקה חדשה בענייני דת בישראל תוכל גם תוכל לשמור על זיקה הדוקה לתרבות ולמסורת היהודית, אך יהיה עליה לשמור גם על חופש הבחירה ועל הערכים הדמוקרטיים הליברליים.

בעניין זה נראה שגישתו של פרופ' ברק תומכת בעמדתנו זו, ואלה דבריו:¹¹⁵

"מדינה יהודית" היא אפוא מדינתו של העם היהודי; "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית". מדינה שלכל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ גלויות הוא מערכה הבסיסית. "מדינה יהודית" היא מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושזורת בהיסטוריה של העם היהודי, ששפתה עברית, שעיקרי חגיה משקפים את תקומתה הלאומית. "מדינה יהודית" היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה, ובמושבותיה היא

א' ברק, **פרשנות במשפט** - כך שלישי: **פרשנות חוקתית**, 1994, עמ' 332.

בראש דאגותיה. "מדינה יהודית" היא מדינה המנציחה את זכרם של היהודים שנטבחו בשואה, ואשר נועדה להוות "פתרון בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על-ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל". מדינה יהודית היא מדינה המטפחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי. "מדינה יהודית" היא "הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל". מדינה יהודית היא מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. "מדינה יהודית" היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. "מדינה יהודית" היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים על-פי דין תורה. "מדינה יהודית" היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים.

3. התמודדות במישור המשפטי להגנת היחיד מפני אי אכיפת פסיקה

מן ההכרח להתמודד עם התופעה של הימנעות מתמדת והתחמקות חוזרת מקיום פסקי דין. תופעה זו קיימת בתחום ענייני הדת אך גם בהקשרים אחרים, לפיכך יש צורך במנגנונים נוספים שישפרו את קיום הפסיקה ויצמצמו את הגמישות בה נהוגות הרשויות בעניין אכיפת פסיקות בית המשפט. ברי כי אי-אכיפת פסקי דין אינה רק נחלתם של פסקי הדין העוסקים בענייני דת, כי אם גם בתחומים אחרים, כגון בתחומי ביטחון, כמו בפרשת כפר רבסיה שבו סוכל ביצוע פסק דין של בית המשפט העליון.¹¹⁶

להלן הצעות אחדות לשיפור האכיפה של פסקי דין, ובכלל זה בתחום ענייני דת. בין ההצעות יידונו ההצעות לקציבת זמן לביצוע פסיקת בתי המשפט, הצעות ליצירת חזקות לטובת האזרח במקרה של עיכוב, הימנעות או סרבנות באכיפת פסיקה, כן תוצג האפשרות לשימוש בתרופות של פיצויים אישיים כנגד נושאי משרה, להיזקקות לתרופת ביזיון בית המשפט נגד נושאי משרה ממונים ונבחרים והפסקת תוקפם של מוסדות המסרבים לשלב חברים על-פי פסיקת בתי המשפט. לבסוף תוצג אפשרות ביצוע עצמי, או ביצוע על-ידי גורם אחר כדרך לאכיפת פסיקה במקרה של אי-ציות.

(א) קציבת זמן לביצוע פסיקת בתי המשפט

אחת הדרכים להבטחת אכיפת פסק דין היא שבית המשפט יתבקש להפעיל את שיקול דעתו לצוות על פעולה תוך זמן קצוב. מקרה כזה קרה בפרשת פראניו, בה עתרו העותרים על אי-התקנת תקנות בעניין זיהום אוויר שמקורו באבק הנפלט מבית חרושת "נשר". ארבע שנים לאחר חקיקת החוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961, אשר ביקש להגביל זיהום אוויר, ציווה בג"צ בפרשת אופנהיימר 108 על השרים הממונים על ביצוע החוק להתקין תקנות, אך אלו התמהמהו עוד שבע שנים עד לקבלת פסק הדין בעניין פראניו. לאחר התמהמהות של אחת עשרה שנים בהתקנת תקנות מגבילות זיהום אוויר כנדרש בחוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961, הורה השופט ויתקון למשיבים, דהיינו לשרים הממונים, להתקין תוך שישה חודשים תקנות בדבר איכות האוויר

¹¹⁶ בג"צ 64/51 דאוד נ' שר הביטחון, פ"ד ה' (2) 1117 בג"צ 220/51 אסלן ואחרים נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה' 1480.

והגבלת פליטת האבק ולהפעיל את התקנות מיד לאחר שיותקנו לגבי המפעל האמור.¹¹⁷ על יסוד גישה זו יכול בית המשפט לקצוב זמן לביצוע פסק דין בהתאם לנסיבות.

(ב) יצירת חזקות לטובת האזרח במקרה של עיכוב, של הימנעות או של סרבנות באכיפת פסיקה

הסדר משפטי ראוי למקרים של עיכוב, הימנעות או סרבנות באכיפת פסיקה ניתן להקיש מהחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. חוק זה משמש מקור השראה להטלת נטל משפטי על רשות שלטונית או גוף מינהלי אשר מתמהמהים או אף נמנעים מלעמוד בדרישות החוק. כך למשל, קבע החוק חזקה ראייתית, שלפיה משנמנע עובד ציבור מלמק כאמור בהוראות החוק, הרי שבכל הליך משפטי תהא עליו הראייה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור, נעשו כדין.¹¹⁸ חוק זה מהווה דוגמה ליכולתו של המחוקק להגן על האזרח תוך מניעת עיוות דין בדרך של הטלת סנקציה על בסיס חזקות משפטיות לטובת האזרח.

(ג) שימוש בתרופות של פיצויים אישיים כנגד נושאי משרה

ניתן להציע שינויים מספר אשר יקלו את מלאכת האכיפה ואולי אף ימריצו נפגעים לבקש מבית המשפט להטיל פיצויים אישיים על נושאי משרות שלא יקיימו את פסק הדין. פתרון אפשרי אחד, שכבר זכה ליישום מסוים במשפטנו, הוא פסיקת פיצויים לנפגע על-ידי בג"צ, בכל מקרה של הפרה. פסיקה זו היא במסגרת סמכותו הטבעית של בית המשפט.¹¹⁹ עם זאת, נראה שפתרון זה, אף שהוא יעיל ביותר במקרי הפרת צווים בדרך כלל, אינו מתאים במיוחד למצב שבו אנו עומדים, היות שהנפגע בעניינו מצפה לסעד אופרטיבי ולא לפיצויים. לחלופין, אפשר להטיל ערובה על החייב. סכום הערובה יחולט אם החייב יפר את הצו בעתיד. נוהג זה עשוי למנוע הפרות של צווים על-ידי רשויות "מועדות". יתרונה של הצעה זו הוא בכך שהסנקציה אינה מותנית בבקשה נוספת של הנפגע, אלא די שבעת מתן הצו הראשוני יתבקש בית המשפט להטיל את הערובה, או יחליט לעשות כן במסגרת שיקול דעתו לאור היכרותו עם הרשות הרלוונטית ועם הסכסוך העומד לפניו.

(ד) היזקקות לתרופת ביזיון בית המשפט נגד נושאי משרה ממונים ונבחרים

בישראל ישנן שתי דרכים עיקריות לאכוף פסקי דין: אחת ישירה, ואחת עקיפה. הראשונה היא לפי חוק הוצאה לפועל תשכ"ז-1976, חוק ההוצאה לפועל אינו חל על המדינה. חשיבותו של אמצעי זה בכך שהוא מאפשר ביצוע פסק הדין ללא שימוש בסנקציות ישירות כלפי האדם אשר עליו הוטלה חובת הביצוע. הדרך השנייה כוללת שתי אפשרויות אכיפה - ביזיון אזרחי וביזיון פלילי. באשר לביזיון אזרחי, לפי סעיף 6 לפקודת ביזיון בית המשפט ניתן לאכוף אדם בקנס או במאסר לצייט לכל צו שניתן על-ידי בית המשפט המצווה לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה. מטרת הביזיון האזרחי היא לסייע לנפגע מאי-קיום הצו על-ידי כפיית המפר לקיימו. סעיף 6 צופה פני עתיד, ואינו בא להעניש בדיעבד את המפר על מעשה ההפרה.

¹¹⁷ בג"צ 372/71, פראגוי ואח' נ' שר הבריאות ואח', פ"ד כ"ו (1), 802.
¹¹⁸ חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, סעיף 6.
¹¹⁹ בג"צ 101/74, בינוי ופיתוח נ' שר הביטחון פ"ד כח (2), 450.

יצוין כי לפי פקודת הפרשנות (נוסח חדש) המילה "אדם" כוללת גם חבר בני אדם, ולפיכך הסעיף חל על כפיית ציות על מועצת עיר או מועצה דתית. סעיף 6 חל על פסקי דין של בג"צ ובכלל זה על צווי ביניים.¹²⁰ לצורך ההכרעה אם לכפות צו על אדם או חבר בני אדם החילו בתי המשפט מספר עקרונות. העיקרון הראשון הוא כי סעיף 6 חל רק במקום שניתן לקיים את צו בית המשפט. אם התגלגלו הדברים לידי כך שאי אפשר עוד לקיימו, הרי שאין מקום לשימוש בביזיון אזרחי, אלא יש להיזקק לביזיון פלילי. העיקרון השני הוא כי על הנפגע מאי-הציות לבקש במפורש פעולה לפי סעיף 6 לפקודת ביזיון בית המשפט. במקרה אחד שבו ביקשו העותרים מבג"צ צו שיחייב את שר הביטחון לקיים צו קודם שנתן בית המשפט, מבלי שנתבקש לכוף את השר במאסר או בקנס, דחה בג"צ את הבקשה, ופסק שאין זו הדרך המתאימה להביא לציות.¹²¹ העיקרון השלישי הוא כי ביזיון בית המשפט יחול רק לגבי צו אופרטיבי. פסק דין הצהרתי של בג"צ או של בית משפט אחר אשר אין בו הוראה ממשית וברורה לפעול או להימנע מפעולה אינו יכול להיות בסיס לביזיון בית משפט. אם בג"צ הסתפק בפסק דין הצהרתי, אין אפשרות לכפות ציות. צו הצהרתי הוא צו שבו קובע בית המשפט כי הרשות אינה רשאית לבצע דבר מה. כך היה כאשר פסק בג"צ כי יו"ר הכנסת אינו רשאי שלא להניח את הצעת החוק של ח"כ כהנא על שולחן הכנסת.¹²²

רוב הצווים הנוגעים להרכב המועצות הדתיות הם אופרטיביים ולא הצהרתיים. כך למשל היה בעניין **הופמן** (החלטה כי ההצבעות במועצות העיר ירושלים ותל אביב בטלות, וכי יש לערכן מחדש), בעניין **שקדיאל** (החלטה כי העותרת תיכלל בהרכבה של המועצה הדתית, וכי אחד מארבעת הנציגים שנבחרו על-ידי ועדת השרים לכהן במועצה הדתית יפנה מקומו לטובתה) וכך היה בעניין **נאות** (החלטה כי במועצות, שבהן הפסילה נבעה בבירור משיקולים הקשורים בהשקפת העולם של המועמדים, יוכרזו המועמדים הפסולים כמועמדים שנבחרו).

הביזיון האזרחי חל על רשויות שלטון. במקרים מספר קבע בג"צ כי ניתן לכוף רשות שלטונית, אך בג"צ העדיף שלא לעשות כן מטעמים שונים. בבג"צ **מלמד**¹²³ נמנע בג"צ מלהיעתר לבקשה לפי סעיף 6 נגד ראש רשות מקומית, משום שבינתיים מולא הצו. בבג"צ **חגי מרום** דחה בג"צ בקשה לכוף את ראש עיריית הרצליה אלי לנדאו, משום שסבר כי ההחלטה שלא לציית לצו הייתה סבירה, בשם לב לשינויים בעמדת מנהל המחוז.¹²⁴ טענת אי-ציות ממניעים דתיים, מצפוניים או מוסריים היא בלתי לגיטימית לדעת מלומדים.¹²⁵ לצד ביזיון אזרחי קיים כאמור גם ביזיון פלילי. סעיף 287 לחוק העונשין תשל"ז-1977 קובע כי "המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית המשפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו עניין, דינו מאסר שנתיים". הוראה זו באה להעניש את המפר על מעשהו בעבר ולא להביא לציות בעתיד. המחלוקת במקרה זה היא בין המפר לבין המדינה, ולא בין המפר לנפגע מן ההפרה. השימוש בהוראה זו הוא אך ורק במקום שלא ניתן עוד להביא לביצוע הפסק.

120 ר' הר זתב **סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק**, (תשי"א) 123.
 121 בג"צ 238/51 **חנא דאוד נ' שר הביטחון** פ"ד ה (2) 1658.
 122 בג"צ 306/85 **כהנא נ' שלמה הלל ואח' פ"ד** לט (4) 485.
 123 בג"צ 436/88 **מלמד נ' יגאל יוסף ואח' (לא פורסם)**.
 124 בג"צ 3723/90 **חגי מרום נ' ד"ר יוסף לוי ואח' (לא פורסם)**.
 125 א' הרטון, **ביזיון בית המשפט על-ידי אי-ציות**, (1965), עמ' 297.

נראה על כן כי הנפגע מן ההפרה תלוי בהחלטת המשטרה אם להגיש כתב אישום, ואינו יכול להגיש קובלנה פרטית לפי סעיף 287. כיום אין המשטרה חוקרת כלל מקרים של הפרת צווי בית המשפט.

בעיה אחרת עלולה להתעורר באשר לשימוש בסעיף 287 כלפי נושאי משרה ומוסדות רשמיים. באופן עקרוני תאגיד נושא באחריות בפלילים,¹²⁶ אך לא ברור מה יפסוק בית המשפט כאשר יהיה עליו להכריע אם מועצת עיר או מועצה דתית כפופים לשיפוט פלילי.

אשר לאישים העשויים להיות נאשמים בעבירה לפי סעיף 287, הרי שכולם, כמובן, יכולים לעמוד לדין, להוציא את שר הדתות, אשר בטרם העמדתו לדין יהיה צורך להסיר את חסינותו. עם זאת השר עשוי לטעון כי המעשים נעשו במסגרת תפקידו, ולפיכך הוא מוגן בחסינות מהותית. נדמה שרק בנסיבות יוצאות דופן יוכל שר להראות כי תפקידו, חייב אותו שלא לציית להחלטת 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 דיון משפטי. תכונה זו של בית המשפט שוללת מראש אפשרות של דיון משפטי בסוגיה מסוימת. בכך למעשה מסכל הממשל ביקורת שיפוטית על מעשיו. הסכנה הגדולה מפעולה כזו ברורה: הרשות המבצעת תנקוט דרך של סיכול הכרעה שיפוטית דווקא במקרים שחוקיות פעולת הרשות מוטלת בספק גדול, והרשות המבצעת חוששת שיש סיכוי סביר שבית המשפט יפסול את פעולתה. פעמים מספר בתולדות מדינת ישראל מנעה הרשות המבצעת הכרעה על תוקף מעשיה מחשש שהם לא יעמדו בביקורת שיפוטית.

מקרה אחד של מניעת הכרעה שיפוטית, אשר תוצאותיו היו מצערות ביותר, הוא פרשת גירושו של ד"ר סובלן. מדובר ביהודי אמריקאי אשר הורשע שם בעוון ריגול, שוחרר בערבות עד שמיעת ערעורו ונמלט בעזרת דרכון לא שלו לישראל. ד"ר סובלן נעצר, ולפרקליטו נמסר שהעניין יידון בממשלה ב-1.7.62. אף-על-פי-כן ב-29.6.62 חתם שר הפנים על צו לגירוש ד"ר סובלן מהארץ על-פי סמכותו לפי סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, וכבר למחרת הוא הועלה על מטוס שבו המתינו לו נציגי ארצות הברית. ד"ר סובלן ניסה להתאבד על המטוס, הורד ממנו בלונדון לשם קבלת טיפול רפואי, ושם שם קץ לחייו.¹²⁷

חוקיות פעולתו של שר הפנים מוטלת בספק, והיו שטענו שמדובר באקט של הסגרה במסווה של גירוש, צעד זה אינו חוקי לאור בלעדיות ההסדר שנקבע להסגרה על-פי חוק ההסגרה.¹²⁸ אולם החפזה שבה פעלה הממשלה, לצד מידע מוטעה שנמסר לפרקליטו של ד"ר סובלן מנעו את העברת צו הגירוש תחת ביקורת שיפוטית, ולמעשה שללו את כוחו של בית המשפט להתערב בפרשה. בעקבות הפרשה והסערה שעוררה נקבע בסעיף 21 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974 כי מי שנמסר לו צו גירוש יגורש רק בעבור שלושה ימים מיום מסירת הצו לידי. בדרך זו מובטח כי יוכל לעתור לבג"צ.

ע"פ 3027/90 מדינת ישראל נ' מדינת ישראל פ"ד מה (4) 64.

י' גוטמן, טלטלה בשב"כ: היועץ המשפטי נגד הממשלה, 1995, עמ' 142.

ש' ז' פלר, "פרשת החוטפים הסובייטים - פרשת ד"ר סובלן - מהדורה שנייה" משפטים יט (89-1990), עמ' 41.

126

127

128

אותה פרשה בשינוי אדרת אירעה בדצמבר 1988, כאשר נחת בישראל מטוס רוסי ובו חמישה עבריינים רוסים, אשר קיבלו את המטוס בתמורה לבני ערובה שעליהם השתלטו. הפעם השתמשו שר הפנים בטכניקה של צו הרחקה, בהתאם לסעיף 10 לחוק הכניסה לישראל, והחזיר לאחר יממה את החמישה לרוסיה, זאת לאחר שהתקבל מכתב התחייבות מברית המועצות שלא יוצאו שם להורג.¹²⁹ צו הרחקה אינו דורש תקופת המתנה עד לביצועו, ובדרך זו הצליח שר הפנים למהר ולבצע את הפעולה בטרם יגיע העניין לבית המשפט. כך נשלל שוב כוחו של בית המשפט לדון בחוקיותה של הסגרה מוסווית על-ידי קביעת עובדה מוגמרת.

מקרה אחר שבו מנעה הרשות המבצעת אפשרות של ביקורת שיפוטית הוא פרשת "גירוש חברון" - גירושם של ד"ר חמאדה נאטשה וד"ר אל-חאג' אחמד בשנת 1975. השניים עמדו להתמודד בבחירות לרשויות המקומיות של חברון ואל-בירה, שהיו צפויות להיערך בפעם הראשונה באותה תקופה. ד"ר נאטשה היה יריב מסוכן של ראש עיריית חברון שיד עלי ג'עברי, אשר ממשלת ישראל תמכה בבחירתו מחדש. צו הגירוש ניתן על-ידי שר הביטחון בתוקף תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, והתבסס על ראיות שקשרו את השניים בפעילות עוינת.

ד"ר נאטשה עתר לבג"ץ בבקשה לביטול צו הגירוש. העתירה הוגשה ביום שבת, והשופט עציוני שהיה שופט תורן הורה על שמיעת טענות הצדדים בביתו באותו יום בשעה ארבע אחר הצהריים. השופט עציוני לא התבקש להוציא צו ביניים וכרבע שעה לפני מועד הדיון המשפטי גירש הממשל הצבאי את השניים ללבנון. בהגיע מועד הדיון בביתו של השופט הודיעו נציגי הממשל על הגירוש, והדיון בוטל.

בטרם הגירוש התייעצו גורמי ביטחון עם היועץ המשפטי דאז, פרופ' אהרון ברק, וזה נתן חוות-דעת שלפיה הגשת העתירה כשלעצמה, כל עוד לא הוצא צו ביניים, אינה מהווה מחסום בפני הגירוש. התגובות בממשלה, בכנסת ובכלי התקשורת היו חריפות מאוד. הממשלה הטילה את מרב האחריות על חוות דעתו של היועץ המשפטי. בהסבר שנתן כעבור חודש לשופט עציוני, הסכים פרופ' ברק עם העיקרון שיש להשעות הליך גירוש אם הוגשה עתירה לגביו, אולם טען שבמקרה זה עיכוב הגירוש אף בימים מספר היה מעורר תסיסה עקב הקרבה למועד הבחירות. לימים הודה ברק כי הגירוש היה שגיאה.¹³⁰

אין ספק כי חוות דעתו של היועץ המשפטי הייתה מוצדקת במובן זה שהגשת העתירה אינה פוגמת בחוקיות הגירוש, אולם במישור העקרוני הפגם שבגירוש בולט על פניו. הגירוש, בעיתוי שבו נערך, היה התחמקות של הרשות המבצעת מהעמדת החלטה למבחן ביקורת שיפוטית. צעד מעין זה, השולל אפשרות להכרעה שיפוטית על-ידי הרשות השופטת, מהווה פגיעה באי-התלות השיפוטית ובאופן כללי יותר בעקרון שלטון החוק, והדבר חמור במיוחד כאשר מדובר באקט של גירוש על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום), צעד קיצוני המערב שלילה חמורה של זכויות אזרח.

פרשת קרקעות הבדואים באל-לאגיה היא דוגמה נוספת לחוסר שיתוף הפעולה של הרשות המבצעת עם בית המשפט. ב-1977 החליט מינהל מקרקעי ישראל להפקיע שטח קרקע, שעליו ישבו כ-30 משפחות בדואיות, לשם הקמת עיירה בדואית. המשפחות ערערו לבית המשפט המחוזי

ההתחייבות ניתנה בהתערבות גורמים מספר, וביניהם כותב שורות אלה, אז חבר כנסת.
י' גוטמן, שם, עמ' 278-282.

129
130

על ההפקעה, ובמקביל עתרו לבג"צ בבקשה לאסור ביצוע עבודות בשטח. נציג המינהל הבטיח במהלך הדיון שלא תבוצע כל עבודה בשטח, כל עוד לא הסתיים הדיון בבית המשפט המחוזי. בעקבות ההבטחה בוטלה העתירה. ההבטחה, שניתנה בפני בית המשפט לא קוימה, והמינהל חידש את העבודות בשטח. העותר חזר ופנה לבג"צ. בית המשפט קבע בדיון זה כי זהו המקרה החמור ביותר של הפרת הבטחה ממשלתית שניתנה בפני בית המשפט, הורה ליועץ המשפטי להעמיד את האחראי לביזיון בית המשפט לדין פלילי והטיל על המדינה לראשונה בתולדות המשפט בארץ תשלום הוצאות הן בשלב של צו על תנאי והן בשלב הפיכת הצו למוחלט.¹³¹

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

באנגליה נקבע כי טענת החסינות המהותית של עובדי ציבור, ובכללם שרים, אינה עומדת במקרה של מניעת ביקורת שיפוטית. היה זה בעניינו של בחור זאירי שביקש מקלט מדיני באנגליה ובקשתו נדחתה. האיש ערער לבית המשפט על דחיית בקשתו, ושר הפנים הורה לדחותו עוד לפני הדיון בבית המשפט. בית המשפט לערעורים מצא את השר אחראי לביזיון בית המשפט. השופטים הדגישו כי השר אחראי לביזיון אישית, כאדם ולא כשר. זו הייתה הפעם הראשונה שבה הורשע שר בביזיון בית המשפט באנגליה. עם זאת השופטים נמנעו מהטלת עונש.¹³²

בית הלורדים שדן בעניין ב-1993 אישר את התקדים שקבע בית המשפט לערעורים והוסיף ממד מרחיב. נשיא בית המשפט לערעורים, הלורד וולף, קבע כי השר אחראי לביזיון בית המשפט מתוקף תפקידו הרשמי כשר ולא כאדם פרטי. השופט קבע כי במצב זה, בניגוד למצב בו השר מורשע אישית בביזיון, אין אפשרות להטיל על השר סנקציות כמאסר או קנס. בית המשפט ציין כי הקביעה כי השר ביזה את בית המשפט מהווה אמצעי מספיק וחשוב מאין כמוהו, והפרלמנט הוא שצריך להשתמש בקביעה ההצהרתית של בית המשפט כדי לחייב את השר.

ייתכן שגם בישראל יש לאמץ את הגישה שלפיה די בהצהרתו של בג"צ על עצם ההפרה, ואין צורך בהטלת עונש ממשי. ואולם אל מול מגמה מתמדת בכוונת מכוון של אי-קיום פסיקה ייתכן שהמודל ההצהרתי לא יספיק להתמודדות.

(ה) הפסקת תוקפם של מוסדות המסרבים לשלב חברים על-פי פסיקת בתי המשפט

הרעיון המונח בבסיס המודל של הפסקת תוקף המוסד הוא כי לעיקרון הרציפות המוסדית שממנו נהנה גוף שלטוני כיום, יש לקבוע סייג מאזן, דהיינו: כאשר גופים מינהליים מפרים צו בית משפט תוך מעבר זמן קצוב לצורך ביצוע צו זה, עולה הצורך להפסיק תוקפם של מוסדות אלה. כך, למשל, ניתן לקבוע כי סירוב של מועצה דתית לקיים פסק דין אופרטיבי של בית משפט יגרום לכך שהמועצה תחדל להיות תקפה.

במ"צ 217/79 סלימאן נ', מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לג [2] 250.
M.v. Home Office[1993] 3.W.L.R.433.H.L.

131
132

(ו) הטלת הוצאות אישיות על נושאי משרה סרבנים

דרך נוספת, חריפה פחות, לאכיפת פסקי הדין היא פסיקת הוצאות אישיות נגד נושאי המשרה הציבורית שהישהו את ביצוע החלטת בית המשפט ללא הצדקה ממשית. בית המשפט העליון החל להשתמש בכלי זה רק לאחרונה וגם אז רק בזירות רבה. נגד ראש המועצה הדתית ירושלים, הרב רלב"ג, פסק בית המשפט העליון הוצאות אישיות בסך 30,000 ש"ח על שעיכב את כינוס המועצה הדתית בהרכבה החדש.¹³³ העיכוב נבע מצירופו של הנציג הרפורמי, הרב בנדל, שנכפה עליו השופט דורנר קבעה בהחלטתה על פסיקת ההוצאות כי לא הייתה כל סיבה ממשית לעיכוב מילוי חובתו של ראש המועצה על-פי הדין, ועל כן ראוי כי יישא בהוצאות המשפט.

במקרה קודם דחה בית המשפט העליון בקשה לפסוק הוצאות אישיות נגד ראש עיריית נשר על אף שראש העיר עיכב שלא כדין את כינוס המועצה הדתית בהרכבה החדש מעבר למועד הקבוע בחוק.¹³⁴ בית המשפט נימק את החלטתו שלא לחייב את ראש העיר בהוצאות אישיות משום שהוא תיקן את הטעון תיקון וכינס את המועצה מיד לאחר הגשת העתירה, ללא גרימת נזק ממשי לעותרים.

פסיקת ההוצאות נגד הרב רלב"ג, ראש המועצה הדתית ירושלים, הראתה בצורה הטובה ביותר את הבעייתיות הרבה שבפסיקת הוצאות אישיות ככלי לאכיפה. כינוס המועצה הדתית לרבות החברים הרפורמים שהצטרפו אליה על פי פסיקת בית המשפט העליון ובניגוד גמור לעמדת המועצה הדתית, הפכה את עניינו של הרב רלב"ג לעניין פוליטי נגד בית המשפט העליון. בעקבות החלטת בית המשפט העליון שלחו שני הרבנים הראשיים מכתב לנשיא בית המשפט, הפרופ' אהרון ברק, ובו ביקשו לבטל את ההחלטה נגד ראש המועצה הדתית. בית המשפט העליון דחה את הבקשה, וההחלטה נותרה על כנה. בהפגנת החרדים נגד בית המשפט העליון שנערכה זמן קצר לאחר מכן, גויס הכסף מהמשתתפים הרבים במטבעות של 10 אגורות לאות מחאה נגד ההחלטה. ספק אם דרך זו של פסיקת הוצאות אכן הביאה במקרה זה למטרה אותה ביקש בית המשפט העליון להשיג.

(ז) ביצוע עצמי

ביצוע עצמי של פסק דין על-ידי בית המשפט הוא פרקטיקה משפטית נוספת שיש לעגן בחוק. משמעותה היא מתן הכשר חוקי לבית המשפט לתת תוקף מעשי לפסק דין שהתקבל וטרם בוצע על-ידי רשויות המינהל המוסמכות. דרך אחרת לשינוי הדין המצוי היא להורות בדרך חקיקה שהחלטת בג"צ למנות אדם לתפקיד כמוה כפרסום ברשומות. הוראה כזו תעשה את בית המשפט לבלתי תלוי בגורמים אחרים בכל הקשור להוצאת הפסק אל הפועל. כך, למשל, ניתן לקבל כפעולה חוקית וסבירה אישור על מתן גט שניתן במעמד צד אחד על-ידי מזכיר בית המשפט במקרה של סירוב לבצע את פסיקת הבג"צ.

¹³³ בג"ץ 415/99 סיעת מר"ץ במועצת עיריית ירושלים נ' המועצה הדתית ירושלים וראש המועצה, הרב רלב"ג (לא

פורסם).

¹³⁴ בג"ץ 5140/97 יחיאל אדרי ואח' נ' שר הפנים וראש עיריית נשר תק-על 97 (3), 574.

(ח) ביצוע על-ידי גורם אחר

דרך נוספת למתן מענה להימנעותן של רשויות מינהליות ונושאי משרה בהן מביצוע פסקי דין שנתקבלו בבית המשפט היא עוד תיקון בחוק, שיאפשר לנושא משרה בכיר וממונה לפעול במקום זה הממאן או מתעכב במופגן מלבצע פסק דין כאמור.

מעניין לציין כי בדין הקיים ישנן הוראות אשר ניתן להיעזר בהן במקרי אי-ציות. לפי סעיף 10א לחוק שירותי הדת היהודיים יכול שר הדתות למנות אדם שימלא חובה אשר הייתה מוטלת על המועצה הדתית, מקום שהמועצה מסרבת למלאה. לפי סעיף 12א לחוק רשאי השר להגיש קובלנה על רב מקומי לבית הדין המשמעתי לרבנים. השר עשוי להשתמש בסמכות זו במקום שהרבנים המקומיים מסרבים לציית לפסיקת בג"צ. סוגיה זו קיבלה משנה תוקף בפרשת מינויה של אישה רפורמית, ד"ר ג'ויס ברנר, למועצה דתית. שר הדתות אלי סוויסה העדיף להתפטר ימים אחדים לפני סיום כהונתו ולא לחתום על צו הבג"צ. יש להזכיר את האפשרות של שר לוותר על סמכותו לטובת ראש הממשלה, אשר ימלא אד-הוק את מקומו של השר בקבלת החלטה מינהלית, זאת אף ללא הצורך בהתפטרותו של השר.¹³⁵

סיכום

מאז הקמתה של מדינת ישראל מתנהל מאבק על צביונה בין תפיסה המדגישה את הערכים של זכויות האזרח ובין זו הרואה בדת את הקוד הראוי, לרבות לצורך הסדרת החיים הציבוריים במדינה. כותב שורות אלה מאמין שהמפתח לפתרון שיבטיח המשך חיים יהודיים דמוקרטיים במדינה הוא גיבוש נוסחה חוקתית, היוצקת תוכן דמוקרטי מסורתי לתיבה "מדינה יהודית ודמוקרטית" במסמכיה החוקתיים. נוסחה זו היא הכרה בעובדה שלא ניתן להגיע ליישוב מחלוקות אידאולוגיות באופן מוסכם על הכל, וכי יש להתבסס על המכנה המשותף המוסכם על הרוב. היא שואבת את השראתה מתפיסת היהדות המסורתית, המכבדת את הדת ואת המסורת, אך מחויבת לדמוקרטיה ומתנגדת לכפייה הדתית. שמירת המסורת נובעת מתוך כיבוד המסורת ומסנהגי אבות, ולא מתוך רצון להשתית את חוקת המדינה על יסודות הדת. לפיכך, לפי גישה זו, הפרשנות הראויה היא שביל הזהב שיתקבל על רוב רובו של הציבור במדינת ישראל: פירוש שאינו מחמיר יתר על המידה בציוויי הדת, אלא מסמל הזדהות עם מורשת ישראל באופן שיהפך לנורמה מקובלת על הציבור ולא יפגע בחופש הדת והמצפון.¹³⁶

חילוקי הדעות סביב צביונה של המדינה התבטאו גם בפעולות הרשויות השונות, כשכל אחת מהן תורמת בפעולותיה תרומה חיובית או שלילית לצביון הדמוקרטי היהודי המסורתי, תוך שהיא מגינה על זכויות האזרח, או פוגעת בהן. בחנו את דפוסי הפעילות של שלוש הרשויות תוך ניתוח מאזן ההגנה על זכויות האזרח בנושאי דת בסוגיות המרכזיות במאבק ההיסטורי על הצביון היהודי דמוקרטי.

בסוגיית זכות הנישואין ראינו, כי על-פי ההשקפה הליברלית דמוקרטית הרים המחוקק תרומה שלילית לרוב למאזן ההגנה על הזכויות האזרח. ביוזמת הממשלה הוא הנהיג הסדר בלעדי של נישואין דתיים בהתאם לסטטוס קוו שקבע נישואין דתיים, ובכך יצר מציאות קשה בעיקר למי שמנועים או פסולים מלהינשא על-פי הדין ההלכתי. חריגה ממדיניות זו התבטאה בהכרת המחוקק במוסד הידועים בציבור. בית המשפט תרם להרחבת חירות האדם ביצירת מוסדות משפטיים לשם עקיפה או מיתון הבעיות המעיקות שיוצר הדין הדתי וכן ביסס את מוסד הידועים בציבור.

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

ר' לעיל פרק שלישי, סעיף 2, עמ' 39 ואילך.

שהרשות המבצעת החלה לנקוט מדיניות לצמצום דרסטי של הרשימה (מ-5,200 פסולי חיתון ל-200), חלה נסיגה בהפעלת מדיניות זו על-ידי הרשות המבצעת בהמשך.

בסוגיית הכשרות ניתן להבחין בין תחום הנפקת תעודות הכשרות לבין תחום איסור על ייבוא ומכירת בשר חזיר. בתחום הנפקת התעודות הייתה הפסיקה הראשונה לתרום לשיפור המצב. המחוקק המשיך בכיוון זה בחוק איסור ההונאה בכשרות, חוק שפורש בהרחבה על-ידי הפסיקה. בתחום הגבלת ייבוא ומכירת בשר חזיר פעלה הרשות המבצעת על יסוד השקפה הזוכה לתמיכה של ציבור רחב בשל משמעותו של החזיר כסמל לשנאת ישראל. איסור זה הוא בעל ממד לאומי ולא רק דתי. הרשות השופטת פעלה בעקביות להגן על זכויות האזרח, ואילו המחוקק הצטרף לרשות המבצעת על-ידי חקיקת חוקים "עוקפי בג"ץ",¹³⁷ דבר שגרם לרשות השופטת לצמצם את מידת ההגנה על זכויות האזרח בתחום זה.

בסוגיית הקבורה האזרחית שתקה הרשות המחוקקת במשך שנים, ואילו הרשות המבצעת נקטה מדיניות של "שב ואל תעשה" באשר ליצירת מסגרות שיבטיחו זכות קבורה נאותה לכלל האזרחים. בג"ץ הביא לשינוי בפסק דין המצהיר על חובת הרשות לדאוג למימוש זכות זו. בין השנים 1995-1996 בלט גם שינוי מדיניות מצד הרשות המבצעת שהתבטא בעריכת מכרזים והענקת זיכיונות.¹³⁸ המחוקק נענה גם הוא לאתגר ותרם באופן חיובי על-ידי עיגון הזכות לקבורה אזרחית בחוק. כיום חלה נסיגה במדיניותה החיובית של הרשות המבצעת. ניתן לראות בתקופה המוזכרת דוגמה חיובית לשיתוף פעולה רעיוני בין הרשויות השונות לפתרון מצוקה אנושית.

בסוגיית הזכות לגירושין החיל המחוקק את הדין הדתי על כלל האזרחים. דין ההלכה בעניין הגירושין עומד בניגוד לתפיסות של גירושין ללא אשם הרווחות בחברה המודרנית ובארצות מערביות. בית המשפט פעל לביסוס הזכויות, אם כי במסויג, על-ידי יצירת תחליפי גט, כגון הכרה רחבה במוסד הידועים בציבור וחזקת השיתוף. בעניין זה נתקל בית המשפט העליון בהתנגדות עזה של הממסד הרבני שפעל לעקיפת הפסיקה של בית המשפט העליון. בית המשפט העליון נמנע מלהתעמת עם בית הדין הרבני על מרותו.

בסוגיית הגיור תרמה הפסיקה להרחבת ההגנה על חופש הדת בהכירה בגיורים לא-אורתודוקסים שנערכו בחו"ל. המחוקק והרשות המבצעת תרמו לכך תרומה שלילית. בוועדת נאמן הפועלת בימים אלה ישנו ניסיון להתמודד עם הבעיה של גיור לא אורתודוקסי בארץ. יש להמתין ולראות מה יהיו התוצאות.

בסוגיית סמכויות רשויות הדת ניתן להבחין במגמה של בית המשפט להשוות את מעמד הרשויות הדתיות למעמדן של כלל הרשויות בישראל. מגמה זו זכתה בשיתוף פעולה מצד המחוקק בתחום מעמד הרבנות הראשית ומעמד הדיינים. לעומת זאת בתחום מעמד בתי הדין הרבניים לא הגיב המחוקק על אי-כפיפותם של בתי הדין הרבניים להלכות בג"ץ. בתחום זה בולטת הבעיה החרפה של אי-ציות לצווי בית המשפט, שלא נמצא לה פתרון הולם.

בסוגיית השבת פעלה הרשות השופטת להגנה על חירות הפרט בפוסלה הגבלות של רשויות מקומיות על פתיחת בתי עסק, על תחבורה ציבורית ועל הפעלת תחנות דלק וטלוויזיה בשבת.

¹³⁷ ר' חוק הבשר ופרשת מיטראל לעיל, שם, עמ' 11.
¹³⁸ ר' לעיל-פרק ראשון, עמ' 14-15.

בתחום בתי העסק התערבה הרשות המחוקקת בהסמיכה את הרשויות המקומיות לסגור עסקים בשבת, אך הרשות המבצעת נמנעה מאכיפת חוקי עזר עירוניים לסגירת עסקים בשבת. לאחרונה חל שינוי בעניין זה, וניכרת מגמה של הגברת האכיפה של חוק שעות עבודה ומנוחה, האוסר העסקת יהודים בשבת ללא היתר, גם בתחומי המועצות האזוריות. לעניין סגירת רחובות בשבת ניסתה הרשות השופטת לשמור על איזון בין רגשות הדת של תושבים דתיים לבין חופש התנועה של תושבים חילוניים. לאחרונה נאלצת הרשות המבצעת להיענות ללחץ גובר לסגור רחובות נוספים בשבת. בית המשפט העליון נוטה לפשרה חברתית, אך זו מצטיירת יותר כהיענות לתביעות הציבור הדתי מאשר כיישום ראוי של עקרונות משפטיים כפי שניתן היה לעשות במסגרת אימוץ הגישה הדמוקרטית יהודית-מסורתית.

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

לסיכום, ניתן לאפיין את דפוסי פעילותן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בעיקרם כמרימים תרומה שלילית למאזן זכויות האזרח בענייני דת. בניגוד להן פעל בית המשפט יותר להגנת זכויות אלה, ובכך תרם תרומה חיובית למאזן.

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

בית המשפט מעצם מהותו הוא המגן על זכויות האדם. הוא נחלץ להגנת הזכויות גם בנושאי דת. בית המשפט התמודד עם בעיות שבהן בחר המחוקק שלא להכריע. בית המשפט נאלץ גם להתמודד עם המציאות המשפטית שנוצרה בעקבות כפיית נורמות דתיות על כלל האוכלוסייה בידי המחוקק, לדוגמה בהחלת דין תורה על נישואין וגירושין.

בית המשפט מהלך על חבל דק. הוא משתדל להימנע מלהכריע בסוגיות טעונות מבחינה פוליטית וחברתית. בעוד שבעבר יזמו הסיעות הדתיות חקיקה שביטלה או מיתנה פסיקה של בג"ץ, שלדעתם הייתה מנוגדת לאינטרסים הדתיים, הרי כיום בעקבות קבלת חוקי היסוד החדשים המכפיפים 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 המגיינות על זכויות האזרח בענייני דת.

ניתן לומר כי הרשות המבצעת נתונה במיוחד להשפעה פוליטית של סיעות דתיות. זאת בשל המבנה הקואליציוני והמפה הפוליטית בישראל, המעניקים למפלגות הדתיות כוח חשוב מהיותן לשון המאזניים.

בעניין המועצות הדתיות בית המשפט נמנע במשך תקופה ארוכה מלהפעיל תרופות אכיפה כלפי תופעות של אי ציות לפסיקותיו, דבר שגרם להתמשכות של יותר מעשור בהרכבת מועצות דתיות למשל בחיפה ובירושלים. כאשר החלה מגמה של בית המשפט העליון לאכוף את פסיקותיו, המגזר

החרדי החליט להחריף את המאבק. המאבק התנהל בכמה מישורים במקביל. ראשית, במישור החקיקתי, בלחץ הסיעות החרדיות תוקן חוק המועצות הדתיות. התיקון חייב את חברי המועצות למסור הצהרת אמונים לרבנות הראשית ומטרתו הייתה לחסום כניסת יהודים רפורמים וקונסרבטיבים למועצות הדתיות.¹³⁹ במקביל, הסלימו החרדים את המאבק גם במישור הציבורי לכדי עימות חזיתי עם בית המשפט העליון. בהמשך להתקפות מילוליות חריפות של ראשי הציבור החרדי¹⁴⁰ נשמעו לראשונה ביטויים חריפים נגד המוסד עצמו ושופטיו, בייחוד הנשיא ברק, כגון "צוררי יהודים" ו"פתיחת מלחמה".

הנימוק להחרפה במאבק היה הבנת הציבור החרדי שלבית המשפט העליון כוח פסיקטי ומלבד זאת כוח אפקטיבי לאכוף את פסיקותיו. המשמעות עבורם היא שלא ניתן עוד להתחמק מביצוע פסיקות בדרך של עיכובים והתחמקות, אי ציות ואף לא באמצעות חקיקה רטרואקטיבית, שכן זו דורשת רוב מיוחד לאחר חקיקת חוקי היסוד ב-1992, כפי שנדרש ב"חוק הבשר" לאחר פסק דין מיטראל.

עליית כוחו של בית המשפט העליון גובתה בשינוי שחל ביחסה של החברה הישראלית לפעולות הציבור החרדי. לא רק שדרישת הרוב המיוחד לאחר חקיקת היסוד של 1992 מקשה על חקיקה המבטלת פסקי דין, אלא שהציבור האזרחי בישראל גילה התנגדות לחקיקה רטרואקטיבית, כפי שהוכח במאבק על הצעת החוק בעניין חוק ההמרה.¹⁴¹

מאבק זה של הציבור החרדי נגד בית המשפט העליון נשא אופי של ערעור מוחלט על סמכותו לפסוק בענייני דת ומדינה. הדבר בא לידי ביטוי באי נכונות גוברת והולכת לקבל את מרותו בביקורת שיפוטית על מעשים של מוסדות דת הפועלים במימון המדינה ומכוח הדין הכללי, ובפיקוח על פסיקות בתי הדין הרבניים.

מנהיגי הציבור החרדי מסתמכים על ביקורות חריפות מצד אנשי אקדמיה שהובעו נגד גישת בית המשפט העליון ומעורבותו הגוברת בענייני דת ומדינה, אך חשוב לשמור על הבחנה ברורה בין ביקורת לגיטימית על מדיניות האקטיביזם השיפוטי והגברת המעורבות של בית המשפט העליון בחברה, לבין ערעור על סמכותו של בית המשפט העליון כמוסד חיוני בדמוקרטיה הישראלית.¹⁴²

בשל החשיפה של בית המשפט ללחץ גדול יותר נדרש מאמץ להעניק לו הגנה חוקתית. במחקר מוצעות שלוש המלצות עיקריות, ואלו הן: הראשונה במישור החוקתי: שריון מעמד השופטים ובתי המשפט, הגנה חוקתית מפני ניסיונות לקצץ בסמכויותיהם, ופעולה ליצירת הסכמה לאומית לשריון חוק יסוד: השפיטה. ההמלצה השנייה היא גיבוש נוסחה חוקתית היוצקת תוכן יהודי מסורתי לתיבה "יהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד. הנוסחה צריכה להתגבש על-ידי הכוחות המתונים בישראל, ועל בית המשפט לגשר בין כוחות המוכנים לכך. ההמלצה השלישית היא

¹³⁹ חוק שירותי הדת היהודיים (תיקון מס' 10) התשנ"ט-1999 סה' 1703, עמ' 86. החוק קבע את חובתו של חבר המועצה הדתית לחרום על הצהרת אמונים, וכן קובע את חובת חבריה לפעול לפי פסיקת הרבנות המקומית והרבנות הראשית בכל עניין שבתחום תפקידיה וסמכויותיה של המועצה הדתית.

¹⁴⁰ ראה ח"כ דוד טל בשיבה 217 של הכנסת ה-14 מיום כ"ג סיון התשנ"ח (17.6.1998); וח"כ יצחק דהן בשיבה 274 של הכנסת ה-14 מיום ז' שבט התשנ"ח (3.2.1998).

¹⁴¹ הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (תיקון) (גיור), התשנ"ו-1996.

¹⁴² ר' גבזון "והעיקר, לא לסטות מהעיקר" ידיעות אחרונות ז' באדר תשנ"ט (13.2.1999), מוסף 24' שעות' עמ' 5.

התמודדות במישור המשפטי להגנת היחיד מאי-אכיפת פסיקה. תופעת אי-ציות של רשויות לפסקי דין הנה תופעה חמורה, הדורשת התמודדות נמרצת. הבאנו הצעות שונות לשיפור אכיפת הפסיקה של בתי המשפט: להעניק לבית המשפט שיקול דעת לקצוב זמן לביצוע פסק דין, חזקות לטובת האזרח הנפגע מאי-ציות במהלך דיון עתידי, שימוש בתרופת מתן פיצויים אישיים כנגד נושאי משרה, היזדקקות לתרופת ביזיון בית המשפט נגד נושאי משרה ממונים ונבחרים, הפסקת תוקפם של מוסדות סרבניים, ביצוע עצמי של פסקי הדין על-ידי בית המשפט וביצוע על-ידי גורם אחר.

אנו מצויים כיום בעיצומו של מאבק על שמירת המצב הקיים, ובמאבק זה פועלים כוחות חברתיים ופוליטיים, ולא רק כוחות משפטיים. עד העת האחרונה לא יצא הציבור הדמוקרטי להפגנה ממשית של תמיכה בבית המשפט העליון. ואולם בפברואר 1999, נערכה הפגנת נגד כתשובה לעצרת התפילה של הציבור החרדי. מכיוון שחוקי היסוד החדשים, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, הכבידו על תיקוני חקיקה רטרואקטיביים במטרה להפוך פסיקות של בית המשפט צפוי שיימשך הלחץ על בית המשפט, והמאבק ברחוב הדמוקרטי לא יפחת כי אם ילך ויגבר. מלבד הפעלת כוחות חברתיים ופוליטיים מצד שני המחנות, ראוי גם להשקיע יותר בהידברות הדדית בין מנהיגי שני המחנות במטרה לגבש קווי מתאר לתשתית חיים משותפת המבוססת על כבוד הדדי. אולם הידברות כזו אפשרית רק מתוך מאמץ מקביל ומאוזן לשמירה על האיזונים, גם במישור המאבק ברחוב הדמוקרטי.

שתי ההפגנות, של עולם התורה והממסד החרדי ועצרת שלטון החוק בגן סאקר בירושלים, מייצגות זו מול זו את מערכת שלטון החוק האזרחי אל מול ההלכה במדינת ישראל. המאבק על ישראל יהודית ודמוקרטית עבר מהיכל בית המשפט העליון בגבעת רם אל הרחוב הדמוקרטי. האתגר הגדול הוא להבטיח את השמירה על האיזון שבבסיסו התפיסה של קיום הדמוקרטיה ושלטון החוק ובמקביל הכבוד למסורת ולתרבות היהודית.

מקורות

- ברק, א', **פרשנות במשפט – כרך 3: פרשנות חוקתית**, ירושלים: הוצאת נבו, 1994.
- גביון, ר', "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", **עיוני משפט י"ט** (3), תשנ"ה/1995, עמ' 631-682.
- גוטמן, י', **טלטלה בשב"כ - היועץ המשפטי נגד הממשלה**, תל אביב: ידיעות אחרונות, 1995.
- דון-יחיא, א', **הפוליטיקה של ההסדרה: יישוב סכסוכים בנושאי דת בישראל**, ירושלים: מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1997.
- דין וחשבון והמלצות הוועדה לגיבוש רעיונות והצעות בנושא הגיור בישראל (בראשות יעקב נאמן), 1998.
- הר זהב, ר', **סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק**, תל אביב: בורסי, 1991.
- הרנון, א', **ביזיון בית המשפט על-ידי אי-ציות**, ירושלים: מפעל השכפול, 1965.
- מבקר המדינה, **דוח ביקורת המדינה, מס' 40**, ירושלים: משרד מבקר המדינה, 1990.
- נויברגר, ב', **דת ודמוקרטיה בישראל**, ירושלים: מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1997.
- סומר, ה', "הזכויות הבלתי מנויות" על היקפה של המהפכה החוקתית "משפטים כ"ח (1-2)", תשנ"ז/1997, עמ' 257-340.
- פלר, ש' ז', "פרשת החוטפים הסובייטים – פרשת ד"ר סובלן – מהדורה 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', **הקץ המגולה ומדינת היהודים - משיחיות ציונות וראדיקליזם דתי בישראל**, תל אביב: עם עובד, 1994.
- רובינשטיין, א', **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, תל אביב: שוקן, מהדורה חמישית מורחבת, 1997.
- רוזן צבי, א', "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" **עיוני משפט י"ט** (3), תשנ"ה/1995, עמ' 479-519.
- שוורץ, ד', **אמונה על פרשת דרכים - בין רעיון למעשה בציונות המשיחית**, תל-אביב: עם עובד, 1996.
- ש' שטרית, "חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות דתית והטלת הגבלות מטעמי דת", **משפטים ג'**, תשל"א/ב'-1971/2, עמ' 467-493.
- שטרית, ש', **הארץ הטובה: בין כוח ודת**, תל אביב: ידיעות אחרונות, 1997.
- שיפמן, פ', **מי מפחד מנישואין אזרחיים?** ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 1995.
- שיפמן, פ', **דיני המשפחה בישראל**, ירושלים: המכון למחקרי 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', ד', ה' באייר התש"ח**, תל אביב: עם עובד, 1965.

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

