

בג"ץ או בד"ץ? מעורבות שיפוטית בסוגיות הלכתיות – מגבלותיה, היקפה ותוצאותיה

אביעד הכהן*

דת ומדינה לעת עתה הן כשתי שכנות שאינן נוחות זו לזו. ואתה ששלוש המדינה וטובת המדינה תלויים כך, כדאי שתמשוך ירך מלדון בענייני דת בין טוב בין למוטב, כדי שתהא דעתך פנויה לענייני המדינה.¹

למרות הצהרותיו החוזרות ונשנות בשער בת רבים כי הוא נמנע עקרונית מלהתערב בסוגיות הלכתיות, לא אחת מוציא בית-המשפט מתחת ידיו פסקי-דין שנוגדים – ברב או במעט – את עקרונות ההלכה היהודית. לעיתים הוא גם מבקש לכפות רבנים ומורי הוראה הנושאים במשרה ממלכתית לפעול בניגוד לצו מצפונם ולמה שנראה בעיניהם כמחייב מבחינת ההלכה היהודית. עימות זה מצטרף לחיכוך שהולך ומתעצם בעשור האחרון בין המערכת השיפוטית, ובמיוחד בית-המשפט הגבוה לצדק לבין הציבור הדתי בכלל והציבור החרדי בפרט.

המאמר בוחן את הגישות השונות בשאלת התערבותו של בית-המשפט בסוגיות הלכתיות, החל בגישה הרואה את הדין הדתי כ"חסין" וכ"משורין" לחלוטין מפני ביקורת שיפוטית, ומותירה אותה רק למקרים של חריגה מסמכות, פגיעה בכללי הצדק הטבעי ועיוות דין ממשי, ועד לגישה הרואה היתר, בתנאים ובנסיבות מסוימים, לבקר את המסקנה ההלכתית לגופה. המאמר מצביע על היתרונות והחסרונות הגלומים בכל אחת מן הגישות, מנקודות-מבט תיאורטיות ומעשיות, ומציע את הדרך הראויה להילוך בסוגיות אלה.

* דקן מכללת שערי משפט; מרצה בכיר למשפט חוקתי ולמשפט עברי במכללת שערי משפט ובפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים; עמית-מחקר, מכון ון ליר בירושלים. תודתי נתונה לחברי מערכת **משפט ועסקים**, ובמיוחד לעורכת ליעד טץ ולחברי המערכת עומר הלביא ודורית שפיר-מילר, אשר הערותיהם המצוינות סייעו בשיפור המאמר ובטיובו. 1 מכתב תשובה מש"י עגנון לדוד בן-גוריון בעניין "מיהו יהודי" **מעצמי אל עצמי** 420 (1976).

אקדמות מילין

פרק א : גבולות הגזרה של הסוגיה

פרק ב : ייחודה של הסוגיה

פרק ג : הנחות היסוד

פרק ד : ההיבט התיאורטי

1. צידוק להתערבות שיפוטית בשאלות שבהלכה

(א) סמכות וחובה

(ב) ההיבט המהותי

(1) עקרון היסוד הכללי של שלטון החוק

(2) הפניה פרטנית וישירה של המחוקק ל"דין תורה" או

ל"הלכה"

(3) הכרעה "מנהלית": האם הייתה חריגה מסמכות?

(4) התערבות ב"ענייני הלכה" למען עשיית "צדק ומשפט"

(5) בקרה ואיזון

(6) הפן התרבותי: ההלכה כחלק מ"מורשת ישראל" וכיסוד

מיסודות המשפט הישראלי

(7) ההתערבות היא "לטובת ההלכה עצמה"

2. צידוק להימנעות מהתערבות שיפוטית בשאלות שבהלכה

(א) מנקודת מבט הלכתית

(1) הפן המוסדי: בית משפט אינו בית מדרש, ושופט אינו פוסק

(2) הפן המהותי: "חילונה" של ההלכה

(ב) מנקודת מבט משפטית

(1) פגיעה בחופש הדת, בחופש הביטוי, בחופש המצפון ובחופש

המדע והדעת

(2) עצמאותה של הפסיקה ההלכתית

(3) "חוסר ידע" ו"חוסר בקיאות"

(4) דיסהרמוניה הלכתית

(5) הרמוניה משפטית

(6) מתח חברתי מיותר

(7) אי-כיבוד הפסיקה: "יצא שכרו בהפסדו"

פרק ה : ההיבט המעשי: "לא פוסק ולא בן פוסק אנכי" – רטוריקה מתנצלת

בדיוניו של בית המשפט בסוגיות "הלכתיות"

פרק ו : העמדה החולקת: "עניין שבהלכה" אינו מילת-קסם המונעת ביקורת

שיפוטית

פרק ז : גשר ההלכה ודרך השלום

אקדמות מילין

במאמרו "שקיעתה, אך לא מותה של הרב תרבותיות"², מנתח פרופ' אמנון רובינשטיין, בבחירות ובצורה מקיפה כדרכו, את דפוסיה השונים של הרב-תרבותיות ואת שקיעתה במדינות המערב, לפני המשבר האסלאמי ובעקבותיו, ולבסוף מציע – בדרכו השקולה, שנהייתה למסורת מבורכת בכתובתו – פתרון מאוזן להחלת הרב-תרבותיות בישראל, על מאפייניה המיוחדים.

להבדיל מרבים אחרים, פרופ' רובינשטיין לא הסתפק רק בישיבה בקתדרה ובכתיבת מאמרים אקדמיים, אלא ניסה, בדרכו שלו, לתרום לעיצובם של יחסי דת ומדינה הלכה למעשה. כך בפעילות עתירת מעש בכנסת ובממשלה, וכך בהגשת עתירות לבג"ץ בסוגיות אשר נושקות לממשק העדין שביחסי הדת והמדינה בישראל או מעורבות בו באופן עמוק.³

דברים הבאים, שבהם בחרנו לכבד את פרופ' רובינשטיין, ביקשנו להתחקות אחר אחת הסוגיות המאפיינות את נושא הרב-תרבותיות במדינת-ישראל: התערבותו של בית-המשפט ב"ענייני הלכה".

עוד לפני כארבעים וחמש שנה (!) נזקק פרופ' רובינשטיין לסוגיה זו במאמר-יסוד שפרסם ב-*Israel Law Review*.⁴ עמדתו ניצבה בניגוד לעמדתם של מלומדים אחרים,⁵ אך כדרכו, עמד רובינשטיין על שלו. מני אז זרמו מים רבים בנהרות השפיטה בישראל. דומה כי בחלוף כמעט יובל שנים מאז עלתה סוגיה זו על שולחנו של המשפט הישראלי, הגיעה העת לבחון מחדש את הסוגיה ולהרהר בה שנית.

ביטוייה של סוגיה זו מרובים, בתחומי משפט שונים, ויש לה השלכות-רוחב גם על הממשק העדין והשברירי שבין הדת והמדינה, ובפרט בין בית-המשפט הישראלי,

2 אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה של הרב תרבותיות" הפרקליט מט 47, 88 (2006). ראו גם בהרחבה מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (2008); וכן את הביקורת עליו – אמנון רובינשטיין "על הספר 'משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת'" הפרקליט נ 653 (2010). ראו גם אמנון רובינשטיין "הלאה: בית משותף ולא בית מקודש" **מהרצל עד רבין והלאה** 283 (1997).

3 ראו, למשל, את עתירתו בעניין הפטור הניתן לבחורי ישיבה שתורתם אומנותם מגיוס לצה"ל – בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: עניין **הפטור לבחורי ישיבה**) – או את עתירתו האחרונה בעניין הפטור הניתן לישיבות החרדיות מלימודי-הליבה: בג"ץ 3752/10 **רובינשטיין נ' הרב ליברמן** (כתבי טענות מיום 15.3.2011) (למען הגילוי הנאות אציין כי בעתירה זו אני מייצג את המשיבים).

4 Amnon Rubinstein, *Law and Religion in Israel*, 2 *ISR. L. REV.* 380 (1967).

5 הבולט מביניהם הוא יצחק אנגלרד, אשר באורח שיטתי נטה לשמר את האוטונומיה של מערכות הדין הדתיות, והסתייג מהחלת ביקורת שיפוטית עליהן. ראו יצחק אנגלרד "על מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כב 68 (1966) (להלן: אנגלרד "על מעמדה של מועצת הרבנות הראשית").

ובמיוחד בית-המשפט העליון, לבין ההלכה היהודית ובני המגזר היהודי⁶ הגדול יחסית⁷ שרואים את עצמם כפופים לה.

כפי שיתואר להלן, למרות הצהרותיו החוזרות ונשנות בשער בת רבים כי הוא נמנע עקרונית מלהתערב בסוגיות הלכתיות, לא אחת מוציא בית-המשפט מתחת ידיו פסקי-דין שנוגדים – ברב או במעט – את עקרונות ההלכה היהודית, ולעיתים הוא אף מבקש לכפות רבנים ומורי הוראה לנהוג בניגוד לצו מצפונם ולהכרעתם ההלכתית. עימות זה מצטרף להיכוך שהולך ומתעצם בעשור האחרון בין המערכת השיפוטית, ובמיוחד בית-המשפט הגבוה לצדק (להלן: בג"ץ), לבין הציבור הדתי בכלל⁸ והציבור החרדי בפרט.

למן ראשית ימיה של המדינה היו השתיים צרות זו לזו, אך בשנים האחרונות קיבל העימות ביניהן פנים חדשים, שמבטאים הסלמה ועלייה ברמת העוינות. לתופעה זו יש סממנים שונים ומגוונים. בין היתר הם מתבטאים בהחלטות שיפוטיות רבות יותר שמתערבות לא רק בשאלות מוסדיות, כגון חריגה מסמכות של אחד ממוסדות הדת הקשורים לציבור הדתי ויקרים בעיניו (כגון בתי-הדין הדתיים, הרבנות הראשית, מערכת החינוך הדתית, מועצות דתיות, מערכות כשרות), אלא גם בסוגיות הלכתיות ודתיות⁹

6 לא למותר לומר כי בחינה מקבילה צריכה להיעשות ביחס להתנגשות האפשרית שבין הלכה לא-יהודית, אשר מגזרים גדולים בחברה הישראלית – בעיקר הציבור הערבי – רואים את עצמם כפופים לה, לבין פסיקת בית-המשפט. מפאת קוצר היריעה לא הרחבנו בסוגיה זו כאן.

7 על גודלו של מגזר זה חלוקות הדעות. בכל מקרה, גם המרבה וגם הממעיט מודים כי מדובר בפלח אוכלוסייה משמעותי. לא למותר לומר שקיימים גם הבדלים בין שיעורי הרואים את עצמם כפופים בענייני הלכה שונים (כגון נישואים וגירושים, גיור, קבורה, כשרות) להלכה בפרשנותה המקילה, להלכה בפרשנותה המחמירה או ל"מסורת" (וכל אחד ממונחים אלה טעון הגדרה, שאינה קלה). לנתונים בדבר מידת דבקם של היהודים תושבי ישראל ב"הלכה" וב"מסורת" ראו שלומית לוי ואליהוא כ"ץ **יהודים וישראלים – דיוקן: אמונות, שמירת מסורת וערכים של יהודים בישראל 2000** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, דוח גוטמן-אבי חי השני, 2002) www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/BOOK_10004/Publications_Catalog_10004.aspx; אשר אריאן ואיילה קיסר-שוגרמן **יהודים וישראלים – דיוקן: אמונות, שמירת מסורת וערכים של יהודים בישראל, 2009** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, דוח גוטמן-אבי חי השלישי, 2011) www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/Book_7123/Main.aspx.

8 בדברינו כאן התמקדנו בציבור הדתי היהודי, אך מובן שחלק מן הטיעונים שבאו כאן יפים גם לציבור הדתי הלא-יהודי: מוסלמים, נוצרים, דרוזים, צ'רקסים ובני דתות אחרות.

9 ההבחנה בין נושא "דתי" לבין נושא "הלכתי" אינה ברורה תמיד כל-צורכה, שכן גבולות ההלכה עצמה אינם ברורים תמיד. בעיני רבים מחכמי-ההלכה, ההלכה היא מערכת חובקת-כל, מקיפה זרועות עולם, ו"לית אתר דפנוי מינה". ראו, למשל, את דבריו של השופט אלון בבג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מח(1) 749, 767 (1991): "אכן, ההלכה היא מערכת של איסורים והיתרים, ההלכה מתייחסת היא לכל פעולותיו של האדם. על כל פעולה ניתן לומר ויש להינה מותרת או אסורה בעולמה של הלכה, ולא קיים 'חלל הלכתי'. משום כך מערכת ההלכה, לפי עצם מהותה, משתרעת היא – גם מבחינת היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו – על ענייני משפט ומוסר, על תחומי חברה ומדינה, והמערכת המשפטית, כפי שמושג זה מקובל אצלנו כיום, מבחינת התייחסותה ואי-התייחסותה לתחומים השונים, מהווה חלק ממכלול מערכת ההלכה. בעולמה של

מהותיות שנושקות לתחום ההלכה או חותכות בבשרה החי ממש, כגון שאלות של כשרות, גיור, "מיהו יהודי" ועוד.

כפי שיבואר להלן, ההבחנה בין שאלות "מוסדיות" לבין שאלות "הלכתיות" אינה ברורה תמיד, ויש לה שולי עמימות רחבים למדי. באופן כללי ניתן לומר כי בעוד השאלות ה"מוסדיות" מתמקדות בשאלות ה"מי" – מיהו המוסד שראוי כי יכריע בשאלה מסוימת (למשל: האם הרב המקומי יקבע אם מוצר מסוים "כשר" או שמא בית-המשפט? האם בית-הדין הרבני מוסמך לדון בשאלת חינוך הילדים או שמא בית-המשפט לענייני משפחה? האם פקיד הרישום במשרד הפנים יקבע את יהדותו של אדם או שמא הדיין?) – השאלות המהותיות מתמקדות בשאלת ה"מה": מהי "טובת הילד"? מהו "גיור"? מהם הפרמטרים שעל-פיהם מגדירים אדם מסוים כ"נאמן על כשרותו של בית אוכל"? הקושי להבחין בין סוגיות ה"מהות" לבין סוגיות ה"מוסד" נובע מכך שמנקודת-מבטה של ההלכה, גם ה"מי" (הגורם המוסמך והקובע) הוא חלק מה"מה" (המהות). כך, למשל, לשיטת בית-הדין הרבני, הוא (ולא אחר) מוסמך מבחינה **מהותית** – ולא רק "טכנית" – מנהלית – לקבוע "טובת ילד" מהי.

ביטוי חיצוני למתח הגובר ועולה ביחסי הדת והמדינה בזיקתו למשפט ניתן למצוא בהפגנות ובביטויים חריפים שנשמעים, השכם והערב, מפי רבנים ואנשים המשתייכים לציבור הדתי נגד מרותה של מערכת המשפט ונסיונה להתערב בשאלות הלכתיות מהותיות, ולא רק בשאלות ממוסדות ופרוצדורליות.

אחד השיאים הבולטים של תופעה זו בשנים האחרונות היה הפגנה של מאות אלפי חרדים נגד מעצרו של הורי בנות בית-הספר בעמנואל בגין בזיון בית-המשפט,¹⁰ שבמהלכה הועמדה שאלת הנאמנות לבית-המשפט מול הנאמנות לתורה במלוא חריפותה. הפגנה זו הייתה מעין המשך ל"הפגנת חצי המיליון" בשערי בית-המשפט העליון בראשית שנות התשעים, שמפגיניה ביקשו להעביר אותו מסר בדיוק: חוקי התורה עומדים מעל חוקי המדינה, שלטון שמים גובר על שלטון בג"ץ, ושום בית-משפט לא יוכל לכפות עליהם מה שנראה בעיניהם כ"גזרות שמד" ו"העברה על דת". אכן, לצד מאורעות פומביים אלה היו בשנים האחרונות מקרים רבים אחרים שבהם

מחשבת היהדות קיים המושג של 'לית אתר דפנוי מיניה, לא בעילאין ולא בתתאין' (אין מקום שפנוי הימנו, לא במה שלמעלה ולא במה שלמטה – תקוני הזוהר, תיקונא חמשיין ושבע). אבל עולמו של המשפט, בתפיסת עולמנו דהאידינא – עולם זה מצומצם הוא, במודע ובכוונה מראש, לפעולות שהן בעלות משמעות משפטית נורמטיבית בלבד. לעומת זאת, יש המגבילים את ההלכה לתחומים מצומצמים הרבה יותר. ראו ידידיה שטרן "נגישות הלכתית לסוגיות מדיניות" בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל 218 (זאב ספראי ואבי שגיא עורכים, 1997). ראו גם ידידיה שטרן **מדינה, משפט והלכה** כרך ד – מה יהודי במשפט הישראלי (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2006); ידידיה שטרן "פתחים להתחדשות הלכתית בנושאי דת ומדינה" **מסע אל ההלכה: עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי** 438 (עמיחי ברהולץ עורך, 2003). ראו גם להלן את המקורות הנזכרים בה"ש 25 ואת הטקסט שלידיה.

10 על פרשה זו ראו גם מאמרי: אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" (לא משלנו) – אפליה עדתית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות במגזר החרדי" **מעשי משפט** ג (2010).

סירבו למעשה רבנים להכיר במרותו של החוק או במרותה של המערכת השיפוטית, וסירוב זה נומק בנימוקים הלכתיים של העדפת דין תורה, כביכול, על חוק המדינה. כך, למשל, סירבו רבנים לאפשר לנציגים דתיים לשבת במועצה דתית עם נשים¹¹ או עם לא-אורתודוקסים¹², או לתת תעודת הכשר לבית-מלון¹³, למוצרי מזון¹⁴ או לבתי-עסק¹⁵, אף שבית-המשפט הורה להם לעשות כן; לרשום לנישואים גרים שגיורם הוכר על-ידי רשויות המדינה; להתייצב לחקירת משטרה¹⁶; להתיר לחיילים לציית לפקודה לפינוי יישובים¹⁷ או להיות נוכחים באירוע צבאי שבמהלכו מושמעת שירת נשים¹⁸ ועוד.

- 11 ראו בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לעניני דתות**, פ"ד מב(2) 221 (1988).
- 12 ראו, למשל, בג"ץ 415/99 **סיעת מרץ במועצת עיריית ירושלים נ' המועצה הרתית לירושלים** (לא פורסם, 3.2.1999). בעקבות החלטת בג"ץ לחייב את ראש המועצה הדתית לכנס את המועצה בהשתתפות הנציג הלא-אורתודוקסי, סירב ראש המועצה הדתית, בהוראת רבני העיר, לעשות כן, והוטלו עליו הוצאות חריגות בסך 30,000 ש"ח. רבני העיר פנו במכתב אישי (!) לנשיא בית-המשפט העליון בבקשה לשנות את החיוב, ולבסוף נאסף הכסף מכספי תרומות. בשל החלטת בג"ץ שותק למעשה תפקודה של המועצה הדתית, פסק-הדין לא כובד למעשה, ובמקום הרכב נבחר מונתה "מועצה דתית ממונה", שבה לא נכללו, כמובן, נציגים שאינם אורתודוקסים. בכך סוכלה מבחינה מהותית פסיקת בג"ץ.
- 13 בג"ץ 465/89 **רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים**, פ"ד מד(2) 673 (1990).
- 14 בבג"ץ 7203/00 **מעדני אביב אוסובלנסקי נ' מועצת הרבנות הראשית**, פ"ד נו(2) 196 (2001), הוצא צו מוחלט שהיב את הרבנות לתת הכשר למוצריה של העותרת. הרב סירב, ובעקבות זאת ניתן פסק-דין נוסף: בג"ץ 77/02 **מעדני אביב אוסובלנסקי נ' מועצת הרבנות הראשית**, פ"ד נו(6) 249 (2002) (להלן: **עניין אוסובלנסקי**). גם כאן, בסופו של דבר, הוצאה הודעה לציבור שמשמעותה היא שההכשר הוא רק "בהכשר בג"ץ", ולא בהכשר הרבנות.
- 15 בבג"ץ 8735/06 **קומפורטי נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל** (טרם פורסם, 29.6.2009) (להלן: **עניין קומפורטי**) הוצא צו מוחלט שהורה לרבנות המקומית להימנע מהסרת תעודת הכשר מקונדיטוריה שבעליה השתייכו לכת היהודים המשיחיים. גם לאחר מתן הצו סירב הרב המקומי לתת את תעודת ההכשר. בקשת הרבנות לקיים דיון נוסף בהחלטה זו נדחתה. ראו דנג"ץ 5766/09 **הרבנות הראשית נ' קומפורטי** (טרם פורסם, 9.11.2009). אכן, לימים קיבל בית-המשפט את טענת הרב שלפיה התנאים שהציב לעותרת לא חרגו מן התנאים שהוצבו לבתי-אוכל אחרים בעיר (ראו החלטה מיום 23.3.2010).
- 16 המקרה המפורסם ביותר היה של הרב דב ליאור, רבה של קרית-ארבע, אשר סירב להתייצב לחקירת משטרה בשל מתן "הסכמה" לספר "תורת המלך", שנחשד כ"פרסום מסית". בעקבות הסיור הוצא נגד הרב צו מעצר, אך במשך תקופה ממושכת לא נאכף הצו. רק לאחר שהתגברה הביקורת הציבורית על אי-פעולתה של המשטרה בעניין זה נעצר הרב והובל לחקירה. ראו, למשל, יאיר אלטמן וואלי סניור "הרב דב ליאור, מבכירי רבני הימין, נעצר ושוחרר" **ynet** 27.6.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4087793,00.html. צו דומה הוצא נגד הרב יעקב יוסף, אך גם הוא סירב להתייצב לחקירה, והמשטרה נאלצה לעצרו לשם חקירה. ראו יאיר אלטמן וואלי סניור "הרב יעקב יוסף נחקר ושוחרר תוך פחות מחצי שעה" **ynet** 3.7.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4090119,00.html.
- 17 בג"ץ 588/94 **שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מח(3) 40 (1994).
- 18 ראו בג"ץ 6556/11 **גליקמן נ' אלוף סמי תורג'מן** (טרם פורסם, 5.10.2011).

תופעה זו אינה ייחודית לישראל, והיא מוכרת גם ממדינות אחרות. כך, למשל, סירבה חברת פרלמנט בטורקיה להסיר מעליה את הרעלה כתנאי להשבעתה כחברה בפרלמנט;¹⁹ ואוכלוסייה לא-קטנה של נוצרים פונדמנטליסטים אינה מקבלת עליה את החקיקה הליברלית המתירה הפלות, ונאבקת נגדה, לעיתים באמצעים אלימים, עד כדי רצח ממש.²⁰

מציאות זו טומנת בחובה סכנה גדולה הן במישור המשפטי והן במישור החברתי. מעבר לפן המוסדי, שעניינו בהתנגשות שבין שני "דינוזאורים" אלה – המשפט מזה וההלכה מזה – קיים גם פן אישי, המתבטא במיוחד בקושי שיש לאותם שופטים אשר רואים את עצמם כפופים למערכת ההלכה²¹ לקבל הכרעות שיפוטיות הניצבות בניגוד לעמדת ההלכה.

במאמר זה נבקש לעמוד על דרכי הכרעה שיפוטיות בסוגיות המקיימות השקה לשאלות הלכתיות. ענייננו יתמקד בשאלות העקרוניות שעולות בסוגיה זו, ולא בדיון מעמיק בכל דוגמה פרטנית. אומנם, כדי לתמוך את דברינו, נסתייע כמובן גם בהבאת דוגמות, אך זאת מבלי לרדת לעומקה של כל אחת מהן – מעשה שהיריעה הנוכחית אינה מאפשרת אותו.

בחלקו הראשון של המאמר נבקש להציע סקירה מייצגת של סוגיות "הלכתיות" שבאו לפני בית-המשפט, תוך ניסיון להבחין בין התערבות ישירה לבין התערבות עקיפה, ובין מעורבות בשאלות-ליבה הלכתיות לבין מעורבות בסוגיות-שוליים הלכתיות.

"התערבות ישירה" היא מקרה שבו בית-המשפט פוסק באופן מהותי וישיר בסוגיה, כגון באמצעות קביעה שיפוטית, בפסק-דין שיוצא מבית-המשפט, שיהודי אשר המיר את דתו לנצרות עדיין יהודי הוא,²² שהליך גיור מסוים תקף מבחינה הלכתית, שמקווה טהרה הבנוי בצורה מסוימת כשר, שהכרעת ה"מרא דאתרא" היא המחייבת מבחינה הלכתית,²³ או שפעולה מסוימת אינה פוגמת בכשרותו של מאכל או משפיעה עליה. "התערבות עקיפה" חלה במקרים שבהם בית-המשפט אינו נכנס לעומקה של

19 ראו: *Headscarf Deputy Stripped of Turkish Citizenship*, BBC NEWS (15.5.1999), available at news.bbc.co.uk/2/hi/europe/344787.stm.

20 ראו, למשל, "ארה"ב: רופא שביצע הפלות נורה למוות בכנסייה" *ynet* 31.5.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3724074,00.html.

21 כידוע, לפי הפרשנות המחמירה של ההלכה, אסור לשופטים אלה לשבת בדין בערכאות משפט שאינן מתנהלות לפי "דין תורה". על סוגיה זו ועל הגדרת "ערכאות של עכו"ם" נכתבה ספרות ענפה, ולא כאן מקום להרחיב בה. לדוגמה, בעלמא, ראו הרב יעקב אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" *תחומין* א 319 (התש"ס). ראו גם, לאחרונה, את עדותו של השופט צבי טל בעניין התלבטותו בסוגיה זו, בתוך צבי א' טל *עד בוא השמש: פרקי חיים של שופט לשעבר* 140 (2010).

22 בג"ץ 72/62 *רופאין נ' שר הפנים*, פ"ד טז 2428, פסק-דינו של השופט זילברג (1962).

23 ראו, למשל, בג"ץ 2957/06 *חסן נ' משרד הבינוי והשיכון – האגף לפיתוח מבני דת* (לא פורסם, 16.7.2006).

הסוגיה ההלכתית, אך הכרעתו השיפוטית מובילה מאליה לתוצאה שיש לה השלכות הלכתיות.²⁴

לאחר הגדרת גבולות הגזרה של הסוגיה ובחינת הקווים המייחדים אותה, נבקש לעמוד על יתרונותיה וחסרונותיה של מעורבות זו, ולבסוף נציע דגם שיאפשר לדעתנו להקטין את החיכוך בין שתי המערכות תוך שמירה על מירב היתרונות האפשריים בממשק זה שבין דת, משפט, הלכה ומדינה.

פרק א: גבולות הגזרה של הסוגיה

השאלה מהי סוגיה "דתית" בכלל, או "הלכתית" בפרט, עשויה לשמש בעצמה כנרחב למחקר. כסוגיות משפטיות רבות אחרות, גם גבולות הגזרה שלה אינם חדים וברורים תמיד. כך, למשל, לא אחת ניתן לתהות מהי בכלל "הלכה",²⁵ אם היא קיימת בסוגיה מסוימת, מהם גבולותיה ומיהו זה שיכריע בעניינה.²⁶

לעיתים קרובות הסוגיה שמגיעה לפתחו של בית-המשפט היא סוגיה מורכבת, שאין לראותה בהכרח כסוגיה של "דת ומדינה" בלבד, אלא יש להבינה כסוגיה שמעורבות בה שאלות משפטיות, בדרך-כלל חוקתיות, לצד שאלות "הלכתיות" מובהקות. לא אחת השאלות מעורבות זו בזו עד כדי כך שקשה, אם לא בלתי-אפשרי, לנתק את חלקיה השונים של הסוגיה – ה"הלכתיים" וה"לא-הלכתיים" – זה מזה.

כזו היא, למשל, הסוגיה הקלסית של מתן פטור לבחורי ישיבות מגיוס לצה"ל.²⁷ לצד השאלה הדתית הכרוכה בעקביה, בדבר הפטור של מי שתורתו אומנותו מליטול חלק בהבטחת צורכי הרבים בכלל וצורכי הביטחון בפרט, בולט בה עניין השוויון כעניין המרכזי בפסק-הדין. כאלה הן גם סוגיית שיתופן של נשים כחברות שוות-זכויות

24 כך, למשל, קביעה כי בית-דין אינו מוסמך לבטל גיור, שבעקבותיה ממשיכים להתייחס לגר כאל יהודי, הרשאי לשאת אישה יהודייה, או כאשר בית-המשפט קובע כי ההכרעה בסוגיית חינוך הילדים והמשמורת עליהם תיעשה בבית-המשפט, וכתוצאה מכך הילדים מועברים ממשגרת חינוך דתית למסגרת חינוך חילונית.

25 בסוגיה זו השתברו קולמוסים רבים, ולא כאן המקום להרחיב בה. ראו, למשל, הרב אליעזר ברקוביץ **ההלכה – כוחה ותפקידה** (התשמ"א); אפרים אלימלך אורבך **ההלכה – מקורותיה והתפתחותה** (1984).

26 כמו בסוגיות אחרות, הרווחות לרוב בתחום המשפט הבינ-לאומי הפרטי (אך גם בתחומי משפט אחרים), ראוי להבחין בין שאלת ה"דין" לבין שאלת ה"דיין". ייתכן שסוגיה מסוימת תוגדר כשאלה "הלכתית", אך הסמכות להכריע בה תימסר לידי רשות "חילונית", ולא דווקא לידי הסמכות הדתית המסורתית. כך קורה לרוב בעניינים הקשורים לדיני המשפחה, אשר נידונים, מכוח החוק, לפי הדין הדתי אך מוכרעים על-ידי שופטי הערכאה האזרחית.

27 ראו עניין **הפטור לבחורי ישיבה**, לעיל ה"ש 3, והפסיקה הקודמת שנוכרה שם.

במועצות דתיות,²⁸ סוגיית הסמכתן של נשים כטוענות בית-דין וסוגיית ההפרדה בין נשים וגברים ברחבת הכותל²⁹ או בתחבורה הציבורית³⁰ – סוגיות שעניינן בעקרונן השוויון המגדרי, אך יש להן השלכות גם על סוגיות הלכתיות; וכזו היא גם סוגיית ההפרדה בין בנות המצויות ברמה דתית שונה.³¹ לסוגיה של שידור תוכנית טלוויזיה שמשתתפים בה אנשים שומרי מצוות ביום השבת יש השפעה הלכתית מובהקת, אך יכול שייטען כי עיקרה נטוע בכלל בשדה חופש הביטוי.³² גם לסוגיות הקלסיות בענייני משפחה וקביעת מעמדו האישי (סטטוס) של אדם (בנושאי גיור, קביעת אבהות, אימוץ ילדים וכיוצא בהם) יש השלכות רחבות-היקף בתחום ההלכה, אך גם כאן ייתכן שמוקדן מבחינה משפטית הוא בשאלת הזכות לנישואים ולניהול חיי משפחה.

גם להתערבותו של בג"ץ בחריגה מסמכות של רשות מנהלית דתית (כגון בתי-הדין הרבניים, הרבנות הראשית או רב הנותן הכשר) עשויה להיות השלכה הלכתית. לכאורה, התערבות זו אינה שונה במאום במהותה מהתערבות של בג"ץ במקרים של חריגה מסמכות של רשויות "אזרחיות-חילוניות", דוגמת רשויות מקומיות. אולם בעוד ההשלכה בהתערבות מן הסוג האחרון מתבטאת ומתמקדת בדרך-כלל במישור המנהלי-האזרחי, להתערבות בהחלטתה של רשות הממלאה גם תפקיד דתי עשויה להיות השלכה גם בתחום הדתי המהותי.

אשר על-כן, הגדרת מעורבות שיפוטית בעניין "הלכתי" או "דתי" תלויה פעמים רבות בנקודת-מבטו של המתבונן. לענייננו, ולצורכי הנוחות, נגדיר סוגיה כסוגיה "דתית" או "הלכתית" כאשר אחד ממרכיביה המרכזיים – ולא רק פרט שולי שלה – הוא מרכיב דתי או הלכתי, בין בהיבט המוסדי ובין בהיבט המהותי.

פרק ב: ייחודה של הסוגיה

עד שאנו באים לדון בסוגיה, יש מקום לתהות אם אומנם יש צידוק לדון בנושא ההתערבות השיפוטית בסוגיות "דתיות" או "הלכתיות" דווקא, ובמה התערבות זו נבדלת, אם בכלל, מהתערבות בסוגיות אחרות – חברתיות, כלכליות, חינוכיות וכיוצא בהן.

שאלה זו מתקשרת לתחומים אחרים שבהם המחוקק או בתי-המשפט התייחסו באופן שונה לעניינים שבדתי, ויצרו לגביהם נורמות נבדלות. כך, למשל, בתחום הפלילי,

28 עניין שקדיאל, לעיל ה"ש 11.

29 בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994) (להלן: עניין נשות הכותל).

30 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (טרם פורסם, 5.1.2011).

31 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 6.8.2009) (הפליה על רקע דתי ועדתי בבית-ספר "בית יעקב" בעמנואל).

32 בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נה(4) 267 (2001).

בקביעת פרק מיוחד בחוק העונשין שעניינו פגיעה ברגשי דת ומסורת;³³ כך בתחום האזרחי, במתן פטור למוסדות דת מתשלומי מיסים שונים;³⁴ וכך בתחום המנהלי-המוסדי, בקביעת מעמד סטטוטורי למוסדות דת³⁵ ולאנשי דת – מעמד שלא תמיד ניתן גם לאנשים ולמוסדות הפועלים בתחומים אחרים. לטענתנו, ייחוד זה מתבטא הן ברמה המהותית והן ברמה המעשית-השימושית-המציאותית.

ברמה המהותית, רוב המדינות בעולם המערבי, ומדינת-ישראל בכלל זה, רואות בדת מרכיב ייחודי, המצריך הסדרה משפטית מיוחדת ונבדלת מתחומי חיים אחרים.³⁶ מסיבה זו, אף שמבחינה תיאורטית אמונה דתית ופולחן דתי יכולים להיכלל כאחד מהתת-פרקים של הזכות לחירות הביטוי, רוב מערכות המשפט בעולם מכירות בקיום נפרד ועצמאי של "חופש הדת" (ושל הנגזרת שלו – החופש מדת). יתר על כן, מערכות משפט רבות, והמשפט הישראלי בכלל זה, מציבות נורמות מיוחדות למוסדות ולהסדרים משפטיים שכרוכים בחיי הדת. בראש ובראשונה קיימת הכרה נורמטיבית של המדינה במוסדות דת – הן לצורך קביעת מעמדם, סמכויותיהם ותקצובם, והן לצרכים אחרים (כגון פטור ממיסים). כמו-כן קיימת הכרה של המדינה באנשים דתיים³⁷ כמגזר מיוחד המצדיק קביעת נורמות משפטיות מיוחדות. כך, למשל, יש נורמות מיוחדות שמיועדות

33 ס' 170–174 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. כן ראו דני סטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 133–188 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, 1999); דני סטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת ופגיעה ברגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004).

34 בהקשר זה קיימת לעיתים זהות בין מוסדות דת לבין מוסדות חינוך ותרבות. ראו, למשל, ס' 46 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], שהוסף בחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 65). התשמ"ד-1984, ס"ח 1121, ואת הגדרת "מטרה ציבורית" בס' 9(2)(ב) לפקודת מס הכנסה, שהוסף במסגרת פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 93), התשנ"ג-1993, ס"ח 1417.

35 בישראל קיבלה מגמה זו חיזוק מנהלי בדמות הקמתו של משרד הדתות (או לימים, בגלגוליו המאוחרים – המשרד לענייני דת). משרד ממשלתי זה אינו קיים ברובן המכריע של מדינות העולם המערבי-הדמוקרטי-הליברלי.

36 בעניין זה ראו בנימין נויברגר דת ודמוקרטיה בישראל (1997); בנימין נויברגר "דת ומדינה – הסדרים ומגמות במדינות דמוקרטיות" שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 3 (מרדכי בר-און וצבי צמרת עורכים, 2002).

37 ושוב, במאמר זה איננו נכנסים לשאלה מה מגדיר אדם כ"דתי". למעשה, במקרים לא-מעטים דווקא בתי-המשפט מקילים ראש בשאלה זו, ונוטים אחר דרך "ההגדרה העצמית", הסובייקטיבית, מבלי לבדוק אם אותו אדם הוא אכן "דתי" ו"שומר מצוות" מבחינה אובייקטיבית. ביטוי חריף לכך ניתן לראות בזכויות המוקנות לאסירים "דתיים", אף שלגבי רבים מהם קיים ספק רב אם הם זכאים לשאת בתואר זה. דווקא בתי-הדין הרבניים הסתייגו בכמה מקרים מההגדרה הסובייקטיבית, וביקשו לקבוע הגדרה אובייקטיבית יותר. פסק-דין חשוב בעניין זה, שניתן על-ידי הרב שלמה דיכובסקי בבית-הדין הגדול לערעורים, שלל מסרבן-גט זכויות הניתנות ל"חרדים", וקבע כי מי שמעגן את אשתו אינו יכול להתחזות לצדיק האוכל רק מזון בהכשר "גלאט". ראו תיק (גדול) 1-64-8455 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 17.9.2008). לעניין זה ראו מאמרי: אביעד הכהן "אם תרצו – אין זו עגונה" להיות אשה יהודיה כרך חמישי 122 (טובה כהן עורכת, 2009).

רק לחיילים או לאסירים שומרי מצוות. בדומה לכך יש נורמות הפוטרות בנות משירות צבאי בשל טעמים שבשמירת דת ומסורת.³⁸ גם החוק הפלילי מכיר בייחודה של הדת לעומת תחומי חיים אחרים. לפיכך קבועות בו עברות מיוחדות של "ניאוף דת" ו"פגיעה ברגשי דת", שאינן קיימות לגבי כל הערכים המקודשים האחרים.³⁹

ברמה המעשית-המציאית עובדה היא שהמגזר הדתי מגובש, מלוכד ונאבק על מימוש זכויותיו (או מה שנראה בעיניו כ"זכויותיו") הרבה יותר מציבורים אחרים.⁴⁰ כך, באמצעות שליחיו בכנסת, וכך, ובעוצמה גדולה פי כמה, בהתארגנויות אד-הוק שנועדו לשמור על זכויותיו ולקרוא תיגר על כל מי שמאיים עליהן, ובראשם בית-המשפט. ספק רב אם קיימת קבוצה כלשהי נוספת בארץ שמסוגלת – כפי שעשו החרדים בפרשת עמנואל – לארגן בתוך ארבעים ושמונה שעות הפגנת-ענק של מאות אלפי איש, בשתי ערים שונות (ירושלים ובני-ברק במקרה של החרדים), שהסדר נשמר בה למופת ואשר כל הכרזות המונפות בה אל על הן רק כאלה שקיבלו אישור מראש של הנהגת הקבוצה. עוצמה רבה זו מתבטאת גם בכוח הקנייה הגדול של הציבור החרדי וביכולתו "להחרים" מוצרים או שירותים שנראים בעיניו "טרפה". ביטוי לכך הוא פנייתם ההולכת וגוברת של קונצרנים ענקיים לייצור אוכל, בארץ ובחוץ-לארץ, לקבלת ההכשר של גופי הכשרות החרדיים, ובראשם הבר"ץ (בית-דין צדק) של העדה החרדית, שהינו גוף אנטי-ציוני בעליל. לכידותו של ציבור זה, לפחות כלפי חוץ, עשויה ליצור איום של ממש כלפי המערכת השלטונית והמשפטית. כפי שנוכחנו בפרשת עמנואל, החלטה גורפת של מנהיגיו ללכת לכלא ולא לקיים צו של בית-המשפט מקוימת ללא סייג ושארית, ועלולה להעמיד את ההחלטה השיפוטית ואת מערכות האכיפה שלה באור מגוחך. כך גם סירובם של רבנים לתת הכשר למוצרים אף שבג"ץ חייבם לעשות כן.⁴¹

אי-אפשר – ולא יהיה זה חכם – לעצום עיניים ולהתעלם ממצאות אלו.⁴² בשל כך, גם אם הדבר אינו רצוי מלכתחילה, ראוי שהרשות השופטת תכיר במציאות, ותמצא פתרונות מעשיים שיובילו להקטנת המתח או ל"עקיפתו" בדרכים יצירתיות.⁴³

38 ראו דפנה ברק-ארוז "על טייסות וסרבניות מצפון: מאבק אחד או מאבקים שונים?" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 65 (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגין' עורכות, 2007).

39 אך גם כאן קיימים תחומים נוספים אשר הוחרגו מכלל הערכים וניתנה להם חשיבות מיוחדת. ראו, למשל, חוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986, ס"ח 196; ס' 121, 165-168 לחוק העונשין, שנועדו להגן על מנהיגים ואנשי שירות החוץ של מדינות אחרות.

40 תופעה זו בולטת עוד יותר לנוכח המגוון העצום של תת-מגזרים בתוך הציבור הדתי גופו – חסידים, ליטאים, ספרדים ואשכנזים – אשר בתוך כל אחד מהם קיימים עוד תת-מגזרונים לעשרות.

41 עניין **רסקין**, לעיל ה"ש 13; עניין **נשות הכותל**, לעיל ה"ש 29, וההליך לפי פקודת בזיון בית משפט שהתקיים בעקבותיו; עניין **אוסובלנסקי**, לעיל ה"ש 14; עניין **קומפורטי**, לעיל ה"ש 15.

42 לעניין זה ראו מאמרי "נישט פון אונזערע", לעיל ה"ש 10.

43 דוגמה לפתרון יצירתי שבמסגרתו נוצר שיתוף-פעולה בין ערכאות וסמכויות משפטיות בכירות, ונעשה שימוש מושכל בשילוב של גישות הלכתיות ומשפטיות, ניתן למצוא בבג"ץ 2232/03 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי תל אביב-יפו**, פ"ד סא(3) 496 (2006) (להלן: **בג"ץ בני נח**). לניתוחה של פסיקה זו ראו: Adam S. Hofri-Winogradow, *The Muslim-Majority Character of Israeli*

פרק ג: הנחות היסוד

כל דיון בסוגיה זו אינו יכול להתנהל כראוי מבלי להציב תחילה כמה הנחות יסוד – הן כאלה הנוגעות בתחום הדתי והן כאלה הנוגעות בתחום המשפטי והמדינתי.

הנחת היסוד הראשונה היא ששלטון החוק ומרות המשפט מחייבים את הכל. בהעדר מוראה של מלכות, "איש את רעהו חיים בלעו".⁴⁴ אי-ציות לחוק מוביל לאנרכייה. מנקודת מבט זו, גם ציבור דתי הרואה את עצמו כפוף למרות ההלכה – ובכלל זה הרבנים, מורי ההוראה של ההלכה היהודית – אינו פטור מעולו של החוק. משכך, כל אימת שקיים חשש לפגיעה בזכויות בכלל, ובזכויות חוקתיות בפרט, מעורבותו של בית המשפט נדרשת ומתבקשת מאליה. השאלה אינה אפוא אם בית המשפט רשאי ומוסמך להתערב כאשר קיימת פגיעה ממשית בזכות יסוד, או אפילו אם רצוי שבית המשפט יתערב במצב כזה, אלא מהו היקף ההתערבות הרצוי. פתרון אפשרי הוא איוון בין הגנה על הזכות הנפגעת לבין התערבות פחותה ככל האפשר בגופי הלכה דתית.

הנחת יסוד שנייה היא שקיים עימות בלתי-פתיר, ולו בהקשרים מסוימים, בין ערכים דתיים לבין דמוקרטיים. עימות כזה קיים, בראש ובראשונה, בעניין הריבון שיש לסור למרותו. בדתות המונותאיסטיות המרכזיות, ובוודאי כך בדת היהודית, האל הוא הריבון. בעולמה של יהדות, הקב"ה הוא נותן התורה, ואחד מעיקרי האמונה שכל יהודי מצווה להאמין בהם הוא ש"זאת התורה לא תהא מוחלפת ולא תהא אחרת מאת הבורא יתברך שמו".⁴⁵ לפיכך תורה ומצוות שניתנו בסיני אינן ניתנות לשינוי, אלא לכל-היותר עשויות להתפרש בדרכים שונות על-ידי בני הדורות הבאים. לא כן בדמוקרטיה, שבה העם הוא הריבון, וחוקיה נקבעים בפרלמנט על-ידי נציגיו. חוקים אלה עשויים להשתנות מזמן לזמן, כאשר פיו של המחוקק שאסר יכול גם להתיר, ולהפך.

מכוח עקרונות יסוד אלה עלול להיווצר לעיתים קרובות עימות בין ערכים יהודיים – בפרשנותם הדתית-האורתודוקסית – לבין ערכים דמוקרטיים. כך, למשל, הדת היהודית אוסרת באיסור חמור נישואי-תערובת או נישואים של כהן וגרושה. לעומת זאת, עקרונות היסוד הדמוקרטיים של שוויון ו"חירות הנישואים" מחייבים את התרתם. הוא הדין גם לגבי חופש המרת הדת. חופש זה מוכר במערכות דמוקרטיות כזכות יסוד ראשונה במעלה, הנובעת הן מהאוטונומיה של האדם והן מזכותו לחירות, לחופש דת ולחופש מדת. לא כן על-פי ערכיה של תורת ישראל או אלה של דתות אחרות.⁴⁶ עימות

Constitutional Law, 2(1) MIDDLE EAST LAW & GOVERNANCE 43 (2010), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1521605

44 משנה, אבות ג, ב.

45 יג עיקרי האמונה של הרמב"ם, משנה עם פירוש רבינו משה בן מימון, נזיקין, סנהדרין, פרק י, קמא – קמה (יוסף דוד קאפח מתרגם מערבית, מהדורת מוסד הרב קוק, התשכ"ח).

46 על סוגיה זו ראו בהרחבה: Aviad Hacohen, *Proselytism and the Right to Change Religion in Israel*, in *LAW AND RELIGION IN THE 21ST CENTURY: RELATIONS BETWEEN STATES AND RELIGIOUS COMMUNITIES* 261 (Silvio Ferrari & Rinaldo Cristofori eds., 2010)

חזיתי בין שתי המערכות נוצר גם בשדה השוויון: בדת היהודית האישה, וכמוה מי שאינו יהודי, אינם שווים לגבר יהודי לכל פעולה משפטית, ואילו בשדה הדמוקרטי עקרונות יסוד בתורת השוויון מציבים את איסור ההפליה על רקע מגדרי או דתי כעיקרון ראשון במעלה.⁴⁷

הנחת יסוד שלישית היא שהמשפט והמערכת המשפטית, בכל מקום שהוא וגם בישראל, אינם כל-יכולים. במילים פשוטות: "לא הכל משפט". גם לנורמות משפטיות, ובוודאי לאכיפתן ולכפייתן, יש גבולות ומגבלות, הן מרצון ומדעת והן מכוח. משפט יכול וצריך להכווין התנהגות, אך אין הוא יכול לכפות תמיד את הנורמות שהוא מבקש להחיל על כלל הציבור. תמיד יהיו אנשים שלא יצייתו לחוק כזה או אחר, וככל שמספרם של אלה ילך ויגבר, כן תגבר הסכנה לשלטון החוק ולאכיפת מרותו. בהקשר זה יש חשיבות רבה לאמון הציבור בחוק ובמערכת המשפט. ככל שהמשפט יבקש לכפות את עצמו על אנשים דתיים שרואים את צו האל כגורם עליון הגובר על צו המחוקק, כן יגדל העימות בין שתי המערכות. עימות זה יכול להוביל ל"כיפוף ידיים" ולדחיקת המערכת האחת מפני חברתה, אך בהקשרים מסוימים הוא עלול להביא עימו שבר אשר תיקונו, אם אפשרי בכלל, עלול לארוך זמן רב.

מהנחות היסוד הנזכרות עולה המסקנה כי מבחינת המצב הרצוי, לאו דווקא המצוי, חברה אשר מבקשת לגונן על עצמה ולהביא לידי כך שרוב אזרחיה – אם לא כולם – יצייתו לחוק צריכה לעשות מאמץ עילאי להקטין עד כמה שניתן את נקודת החיכוך שבין הדת והמדינה. הקטנת החיכוך תסייע הן למערכת השיפוטית והן לחברה כולה. כידוע, המערכת השיפוטית ניזונה מאמון הציבור בה. ככל שהמערכת השיפוטית תרבה להתערב ב"ענייני הלכה", כן ילך ויפחת אמונו של הציבור שומר ההלכה במוסדות המשפט.⁴⁸

47 ראו, למשל, ס' 1-2, 5 ו-7 (ג) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. כן ראו ס' 3 (א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, והשוו לס' 3 (ד) (3) שם.

48 אמון זה נשחק עד-מאוד בשנים האחרונות, וגם כיום מידת האמון שהציבור ה"דתי" רוחש כלפי מוסדות המשפט קטנה באופן משמעותי מזו שהציבור ה"כללי" רוחש כלפיהם. לעניין זה ראו אריה רטנר **מדר שלטון החוק 2000-2010** (2010) actveng.haifa.ac.il/PDF/ ; תומר זרחין "דו"ח חושף: ירידה חדה באמון הציבור במערכת בתי המשפט" **הארץ** 22.6.2010 www.haaretz.co.il/hasite/pages/1175551.html.

פרק ד: ההיבט התיאורטי

1. צידוק להתערבות שיפוטית בשאלות שבהלכה

(א) סמכות וחובה

בית-המשפט חייב לתת סעד לפונים אליו. לשם כך הוא קיים. היה אם יימנע ממילוי חובתו זו, ימעל בתפקידו. אשר על-כן, כאשר אדם פונה לבית-המשפט בבקשת סעד בעניין שמעורבת בו גם שאלה הלכתית, אין לבית-המשפט בררה אלא להיזקק גם לסוגיה ההלכתית.

כך, למשל, מקרה של גר שגויורו בוטל או אינו מוכר על-ידי רשות ממלכתית,⁴⁹ כגון רשם נישואים או בית-דין רבני, בטענה שהוא נעשה לא כדין, מחייב לכאורה את בית-המשפט להיכנס בעובי הקורה על-מנת להכריע אם אותה רשות ממלכה אכן פעלה כדין או שמא נשאה את שם ההלכה לשווא ועשתה את ההלכה קרדום לחפור בו מטרות זרות ושוונות לחלוטין לתחומי סמכותה. הוא הדין גם לגבי בעל עסק שתעודת הכשרות נשללה ממנו בתואנה שהוא אינו עומד בדרישות ההלכה היהודית.⁵⁰ על-מנת לבחון את השאלה אם שיקולים זרים הם שהכריעו את הכף או שיקולים שלעניין, בית-המשפט חייב להידרש גם לסוגיה ההלכתית.

בעניין זה ראוי להבחין בין עתירות שבהן העותר עצמו תובע מבית-המשפט מעין "פסק-דין" הצהרתי בדבר עמדתו בשאלה שיש לה השלכות הלכתיות ישירות (כגון מעמד הגיור שלו והיותו "יהודי", היות המוצר שהוא מוכר "כשר", מעמדה של "מצוות" עלייה לקבר האב ביום השנה (יארצייט) לפטירתו,⁵¹ כשרותו של מקווה טהרה⁵²) לבין עתירות שבהן בית-המשפט נדרש להכריע בשאלה עקיפה (כגון סמכותה של הרבנות להתנות מתן "תעודת הכשר" בתנאים מסוימים), שבהן יש לפסק-הדין משמעות הלכתית רק בדרך עקיפה, ולא במישרין.

לטעמנו, אי-אפשר לקבוע מראש כי דרך "ההתערבות הישירה" פסולה תמיד, בשל ההתנגשות החזיתית שלה עם הנורמה הדתית, ולעומתה הדרך ה"עקיפה" טובה תמיד, בשל אי-התערבותה הישירה במהותן של הנורמות הדתיות. כמו החיים, גם המציאות בתחום זה מורכבת. דרך ההתערבות ("ישירה" או "עקיפה"), היקפה ועוצמתה צריכים להיקבע לדעתנו ממקרה למקרה – בכל מקרה על-פי נסיבותיו המיוחדות. כאשר החלת ה"הלכה" במקרה מסוים פוגעת פגיעה קשה ביותר בזכויות אדם, בהיקף ובעוצמה

49 בג"ץ 2448/09 פלונית נ' בית הדין האזורי באשדוד (טרם פורסם, 19.3.2009), אוחד עם הדין בבג"ץ 5079/08 פלונית נ' הדיין הרב שרמן (טרם פורסם, 25.4.2012) (להלן: עניין הרב שרמן; גילוי נאות: בעתירה זו ייצגתי את העותרת).

50 עניין קומפורטי, לעיל ה"ש 15.

51 רע"ב 6687/09 אביטל נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 24.8.2009).

52 עניין חסן, לעיל ה"ש 23.

שעשויים להשפיע בצורה ניכרת על זכויות אדם,⁵³ יש מקום גם ל"התערבות ישירה". לעומת זאת, כאשר הפגיעה בזכויות אדם קטנה בהיקפה ובעוצמתה, והתערבות בית המשפט בנורמה שנקבעה על-ידי הסמכות הרבנית עלולה להוליד תוצאות-לוואי קשות, ייתכן שיש להימנע אפילו מהתערבות "עקיפה".⁵⁴

מבחינת המסגרת הפורמלית, בג"ץ מוסמך להתערב בכל עניין שהוא רואה צורך לתת בו סעד למען הצדק, ואשר אינו בסמכותו של בית-משפט או בית-דין אחר, וכן לתת צווים לרשויות ציבוריות ולאנשיהן הממלאים תפקיד על-פי דין.⁵⁵ מכאן שרוב רשויות הציבור הדתיות – ובכלל זה בתי-הדין הרבניים, הרבנות הראשית לישראל והרבנויות המקומיות, המועצות הדתיות, גופי הכשרות הממלכתיים וכיוצא בהם – כפופות לסמכות בג"ץ ולהתערבותו. היה אם סבר בית-המשפט כי התערבות זו דרושה "למען הצדק" או לשם הגנה על זכויות, הוא רשאי – ויש שיאמרו כי הוא אף חייב במקרים מסוימים – להתערב בעניין, גם אם יש בהכרעתו משום פגיעה, גדולה או קטנה, בהכרעות הלכתיות.

לא למותר לציין שגם בתי-המשפט הרגילים מוסמכים וחייבים לדון – במתחם הגבולות שהקנה להם המחוקק – בכל עניין שבתחום סמכותם העניינית והמקומית, גם אם לתוצאות דיונם עשויה להיות השלכה על ענייני הלכה. מכאן שכאשר בית-משפט נדרש להכריע בעניין חוקיות פניו (או אפילו הריסתו) של בית-כנסת, הוא חייב לעשות כן מכוח מצוות המחוקק – בין מכוח חוק-יסוד: השפיטה ובין מכוח חוקי התכנון והבנייה – גם אם תוצאת פסק-דינו עשויה להיות מנוגדת להלכה.⁵⁶

בית-משפט חייב להכריע בעניין המונח לפתחו, ואינו רשאי "לחשוך עצמו מן הדין". כמאמר המשנה לנשיא השופט חשין: "שלא הרי יורה כהרי ידין. שיורה – יורה או שלא יורה, וידין חייב שידין. כפו עלינו הר כגיגית ולא הותרנו שלא לדין ולהכריע. מוסר חכמים 'למד לשונך לומר איני יודע שמא תתבדה ותאחז' (ברכות ד ע"א) – לא אלינו כיוון. ואף אם חלילה נתבדה ונאחז; וגם אם לאוזני השומע לא ינעם; בכל-זאת חייבים אנו לומר דבר. ומלאכת יום-יום היא לנו."⁵⁷

53 כך, למשל, במקרה שבו גיור מבוטל למפרע, לאחר חמש-עשרה שנים, באופן שעלול להשפיע על זכויותיהם של ילדים שנולדו לאחר שהגיור קיבל תוקף במוסד רשמי של מדינת-ישראל. ראו עניין הרב שרמן, לעיל ה"ש 49.

54 במקרים אלה יוכל בית-המשפט הגבוה לצדק להסתמך על הוראת ס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78, שלפיה חובתו לתת סעד אינה מוחלטת, אלא תחולתה היא רק במקרים ש"הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק", ולומר כי המקרה הנידון אינו נמנה עימם. ראו, למשל, את פסק-דינו של השופט מלצר בבג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 6.7.2008) (להלן: עניין בד"ר).

55 ס' 15 לחוק-יסוד: השפיטה.

56 ראו, למשל, בג"ץ 7710/05 הרב בר חן נ' אריאל שרון (לא פורסם, 23.8.2005). ראו גם ת"א (חיפה) 10-12-25468 א.ש נ' ל.ב. (טרם פורסם, 19.12.2010).

57 בג"ץ 5070/95 נעמת נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721, 760 (2002).

(ב) ההיבט המהותי*(1) עקרון היסוד הכללי של שלטון החוק*

יסוד מוסד בעקרון שלטון החוק המהותי הוא ש"הכל כפופים לחוק"⁵⁸ "הכל" – לרבות רבנים, שומרי מצוות, בתי דין רבניים, מועצות דתיות ושאר מוסדות. מחובת כפיפות זו נובעת חובת הציות של שומרי מצוות ומוסדות דת לא רק לחוקי המדינה, אלא גם למוסדותיה, ובראשם מוסדות המשפט, הפועלים מכוח החוק. מכאן שפסיקת בית משפט מחייבת את הכל. הפרה של חובת ציות זו, עלולה להוביל לאנרכייה, וכבר אמרו חכמינו הקדמונים על כגון דא כי "הוי מתפלל בשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה – איש את רעהו חיים בלעו"⁵⁹.

אומנם, גם חובת הציות לחוק מוגבלת במקרים מסוימים, אך אלה הם חריגים שבחריגים, כאשר מדובר בחוק או בפסק דין אשר "דגל שחור מתנוסס מעליהם" – הגדרה שקשה לראותה כשיימה ברוב המקרים שבהם בית המשפט מתערב, הלכה למעשה, בנושאים שבהלכה. כך בוודאי כאשר פסיקת בית המשפט אינה מכוונת ישירות להלכה, אלא יש לה השלכות הלכתיות רק בעקיפין (כגון פסיקה של בית משפט כי על שומר מצוות להתגייס לצה"ל או לציית לפקודה צבאית), וכך אפילו כאשר בית המשפט נדרש מפורשות ובמישרין להוראה הלכתית ומפרש אותה לפי שיקול דעתו.⁶⁰

(2) הפניה פרטנית וישירה של המחוקק ל"דין תורה" או ל"הלכה"

מעבר לפן הפורמלי, מנקודת מבט משפטית, גם מבחינה מהותית, ולא רק פורמלית, בית המשפט יכול – ואף חייב – להתערב במקרים מסוימים בשאלות "הלכתיות". בעניין זה ראוי להבחין בין מקרים שבהם בית המשפט חייב לכאורה להיכנס לדיון ב"גופי הלכות" כדי להכריע בשאלה המצויה לפניו לבין מקרים שבהם ראוי שהוא יתערב בפן ההלכתי אף שהוא אינו חייב לעשות כן.

מקרים מן הסוג הראשון הם עניינים שבהם החוק עצמו קובע כי סוגיה מסוימת תוכרע "על-פי דין תורה". בהיתקלם בסוגיה כזו, בית הדין ובתי המשפט חייבים, מכוח הפניה ישירה ומחייבת של המחוקק,⁶¹ לעיין באותו "דין תורה" – שפורש כזה עם ההלכה היהודית האורתודוקסית, ה"שולחן ערוך"⁶² – כדי להכריע בה. הדוגמה

58 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 265–317 (2005).

59 משנה, אבות ג, ב.

60 כך, למשל, פסיקת בית המשפט המתירה הספד נשים בבית-ההלויים בפתח תקוה, בניגוד לפסיקת הרב המקומי. ראו בג"ץ 6526/05 בר נ' הרבנות הראשית פתח תקווה (טרם פורסם, 16.4.2007).

61 לעניין זה ראו מנחם אלון חקיקה דתית 34, 76–98 (התשכ"ח).

62 מבחינה פרשנית טהורה אין הכרח ליצור זיקה בין "דין תורה" לבין "שולחן ערוך" דווקא, אך בית-המשפט האזרחי-החילוני הכריע בדבר זהות זו כבר בימיו הראשונים של החוק, ובכך קבע את גורלו לשנים רבות. על זיהוי ה"הלכה" עם ה"שולחן ערוך" דווקא ראו משה אידל, ירון בן-נאה ואביעד הכהן מרן – רבי יוסף קארו (צפוי להתפרסם בהוצאת מרכז זלמן שזר, התשע"ג).

הבולטת והידועה היא "עניני נישואין וגירושין", מכוח סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953. בעוצמה פחותה נמצאות הפניות להלכה היהודית אשר מוזכרות בחוק אך מכוונות כלפי רשויות אחרות, דוגמת רב הנותן הכשר.⁶³ במקרה זה הרב הוא הגורם שהוסמך בחוק לתת תעודת הכשר, אך בבוא בית-המשפט לבקרו, עליו להיכנס בעובי הסוגיה ההלכתית על-מנת שיוכל לידע ולהיודע אם הגורם המוסמך אכן פעל בגדרי סמכותו או שמא חרג ממנה ושקל שיקולים שלא היו מסורים לו בד' אמותיו.

כך גם בעניינים שבהם על בית-המשפט להכריע בעניינו של סעיף 6א לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971, אשר קובע לאמר: "המועצה הדתית וחבריה יפעלו לפי פסיקת הרבנות המקומית והרבנות הראשית לישראל בכל ענין שבתחום תפקידיה וסמכויותיה של המועצה הדתית". באותם מקרים שחוק זה חל עליהם,⁶⁴ בית-המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית צריך לבחון בשלב הראשון מהי "פסיקת הרבנות המקומית והרבנות הראשית לישראל", ולאחר-מכן לבחון אם "המועצה הדתית וחבריה" סטו ממנה במידה המצדיקה התערבות שיפוטית אם לאו. מקרים אלה נעשים סבוכים יותר כאשר הרבנות הראשית עצמה מדברת ב"שני קולות", ולא ברור מהי "פסיקתה". הוא הדין לאותם מצבים שבהם קיימת מחלוקת בין הרבנות הראשית לבין רבנות מקומית.⁶⁵

(3) הכרעה "מנהלית": האם הייתה חריגה מסמכות?

אחד הצידוקים החזקים לכניסתו של בית-המשפט אל תוככי עולם ההלכה מעוגן בתורת הביקורת השיפוטית על החלטותיהן של רשויות ציבור. ככלל, בית-המשפט מכיר בכך שסמכות הפסיקה ב"ענייני הלכה" מסורה לרבנות, הראשית או המקומית, ולא לו. אולם כדי לדעת אם פסיקת ההלכה נעשתה בתוך ד' אמות הסמכות שהקנה המחוקק לרבנות אם לאו, בית-המשפט אנוס לצלול לעומקה של הלכה ולבחון אם הרבנות אכן שמרה על הגבולות שהותוו לה בדרך שבה פסקה את ההלכה. צידוק זה בולט באותן הכרעות

63 ס' 11 לחוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983. ראו גם פקודת מטכ"ל 34.0101 "כשרות", שבה נקבע כי "המזון המסופק לצבא יהיה כשר. מזון נחשב לכשר אם אינו אסור על פי תורת ישראל". כן ראו מאמרי: אביעד הכהן "לא בחיל ולא בכוח" – דת ומדינה בצה"ל" **ספרא וסיפא – ספר היובל לרב מרדכי פירון** (צפוי להתפרסם בשנת התשע"ג).

64 למגבלות החלתו של הסעיף הנזכר על עניינים שאינם בתחום סמכויותיה הישירות של המועצה הדתית ראו את פסק-דינו של השופט הנדל בעת"מ (מחוזי ב"ש) 276/05 **שנה נ' חזיוה** (לא פורסם, 6.7.2005).

65 לעניין זה ראו בהרחבה אביעד הכהן "הרבנות הראשית לישראל: היבטים משפטיים" **הרבנות הראשית לישראל: שבעים שנה לייסודה, תרפ"א-תנש"א: סמכותה, פעולותיה, תולדותיה** 159 (איתמר ורהפטיג ושמואל כ"ץ עורכים, 2002) (המאמר להלן: הכהן "הרבנות הראשית לישראל"; הספר להלן: **הרבנות הראשית לישראל: שבעים שנה לייסודה**); איל ינון ויוסי דוד **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2000).

הלכתיות שבהן קבע בית-המשפט כי הרב פוסק ההלכה "חרג מסמכותו". כך היה בעניין **רסקין**,⁶⁶ וכך היה במקרים רבים נוספים.⁶⁷

(4) *התערבות ב"ענייני הלכה" למען עשיית "צדק ומשפט"*

סוג נוסף של מקרים שבהם יש הצדקה להתערבות של בית-המשפט ב"ענייני הלכה" הוא מקרים שבהם עשיית צדק ומשפט, שהיא הבריה התיכון שעליו נשענים בתי-המשפט בכלל, ובג"ץ בפרט, מחייבת אותם להימנע מלהשוך עצמם מן הדין ולהיכנס בעובי הסוגיה כדי "להציל עשוק מיד עושקו".⁶⁸

יתר על כן, ככל שמדובר בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, הידרשותו לעניין מסוים תחומה ל"אותם ענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק".⁶⁹ במקרים אלה החלטתו של בית-המשפט אם להיכנס בעובי הקורה אם לאו מתקבלת במידה רבה לפי פרמטרים **סובייקטיביים**, ומושפעת מן האופן שבו העוול ועוצמתו נתפסים על-ידיו. גישה זו דוגלת בהתערבות של בית-המשפט מקום שנעשה עוול ונפגעות זכויות, גם אם הכרעתו תפגע – ולו לכאורה – בגופי הלכה, באופן ישיר או בעקיפין.⁷⁰

צידוקה הפורמלי של התערבות זו נסמך על חובתו של בית-המשפט לעשות צדק, ועל כך ש"בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".⁷¹ יתר על כן, כל שופט מצהיר עם מינויו אמונים "למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים",⁷² וחובת אמונים זו לחוקיה של מדינת-ישראל, לעשיית צדק ולא-הכרת פנים קודמת לחובת הציות של

66 עניין **רסקין**, לעיל ה"ש 13.

67 ראו, למשל, בג"ץ 7120/07 **אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' הרבנות הראשית לישראל** (טרם פורסם, 23.10.2007) (להלן: **עניין אסיף ינוב**).

68 ראו משנה תורה, סנהדרין, פרק ב, הלכה ז.

69 ס' 15 (ג) לחוק-יסוד: השפיטה. לעניין זה ראו עניין **בד"ר**, לעיל ה"ש 54, פסק-דינו של השופט מלצר. ראו גם רע"א 8256/99 **פלונת נ' פלוני**, פ"ד נח(2) 213 (2003); בג"ץ 5416/09 **פלונת נ' פלוני** (טרם פורסם, 10.2.2010); יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" **הפרקליט** כו (1970) 212.

70 ראו, למשל, את דבריו הנרגשים של השופט ברק בבג"ץ 113/84 **בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פ"ד לט(3) 365, 380 (1985), אשר נחלץ בעניין זה – כך מנקודת-מבטו שלו – "להציל עשוקה אחת מיד עושקיה" בבית-הדין הרבני: "איני יכול שלא להביע את הזודעזעותי העמוקה מגישתו של בית הדין הרבני האזורי, אשר על יסוד מספר קטן של תשובות לשאלות, שאותן יום הוא עצמו ('אני אוכלת טריפה, לא הולכת למקווה ולא שומרת שבת'), היה הוא מוכן לפסוק, כי אין 'קבלת גיורה והסתפחותה למשפחה הישראלית שרירה וקיימת וזאת מפני שקבלתה והתחייבותה היה במרמה', ועל כן – גם גיורה בטל ומבוטל... האם כך ניתן לקבוע ממצא עובדתי, והאם כך ניתן להכריע בגורלו של אדם? הרי עניין לנו בדיני נפשות ממש."

71 ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה.

72 ס' 6 לחוק-יסוד: השפיטה.

השופט להלכה היהודית או לניסיון להגיע לתוצאה שתעלה עימה בקנה אחד ולא תסתור אותה.

אמרו מעתה: אם קיימת "הלכה" אשר בעיני השופט – והרי "אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות"⁷³ – מנוגדת לחוק של מדינת-ישראל או לעשיית הצדק, הוא חייב לכאורה להכריע בעניין שלפניו בניגוד להלכה, שאם לא כן יימצא חוטא לחובת האמונים שעליה הצהיר. כך, למשל, כאשר אישה מודרת מתפקיד ציבורי רק בשל מינה;⁷⁴ כאשר גיורו של אדם בטל כעבור שנים רבות;⁷⁵ כאשר מונעים מאדם את האפשרות לרשום את שמות יקיריו בלשון לע"ז או לציין את תאריך פטירתם לא לפי הלוח העברי;⁷⁶ כאשר אישה מופלית לרעה בחלוקת הרכוש בעת הגירושים;⁷⁷ או כאשר איש מעגן את אשתו ללא כל סיבה מוצדקת, תוך התעללות נפשית ופיזית בה.⁷⁸

במקרים אלה על בית-המשפט לעשות כל שביכולתו – כמובן, במסגרת החוק ובגבולות שהתווה לו המחוקק – למלא את חובתו "לעשות צדק ומשפט" גם-יחד. אשר על-כן, במקרה דוגמת איש המעגן את אשתו, אם התרת הנישואים אינה מנוגדת לדיני ישראל (והלא אלה הדינים המחייבים, מכוח החוק, בענייני "נישואין וגירושין של יהודים" בישראל),⁷⁹ בית-המשפט צריך לעשות את המיטב כדי לקדם פתרון משפטי שיקל על האישה להשתחרר מכבלי עגינותה.⁸⁰

בפועל בית-המשפט נוקט פעמים רבות גישה שמרנית ומתונה ביותר במקרים אלה. כך, במיוחד, כאשר מדובר ב"הלכה" שנקבעה בבית-הדין הרבני. באורח שיטתי, ולאורך שנים רבות, נמנע בג"ץ כמעט תמיד מלהתערב באופן ממשי בגופי הלכות שנפסקו

73 בבלי, סנהדרין ו, ע"ב.

74 עניין שקדיאל, לעיל ה"ש 11.

75 עניין הרב שרמן, לעיל ה"ש 49.

76 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון לציון, פ"ד נג(3) 600 (1999). לעניין זה ראו גם גדעון ספיר "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו" עיוני משפט כה 189 (2001).

77 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מח(2) 221 (1994).

78 בג"ץ 631/96 אבן צור נ' בית-הדין הרבני הגדול, אוחד עם בשג"ץ 1803/96 פלוני נ' בית-הדין הרבני הגדול (לא פורסם, 1.4.1996).

79 ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953. על הרקע לחקיקת חוק זה ועל הכפפת כל דיני הנישואים והגירושים בישראל רק ל"דין תורה" ראו אביעד הכהן "נישואין כדת משה ו(מדינת) ישראל: חוק שיפוט בתי דין רבניים" צומחי הכרעות ופרשיות מפתח בישראל 40 (דבורה הכהן ומשה ליסק עורכים, 2010).

80 למשל, בדרך של הפעלת אמצעי אכיפה המצויים בדין ("הרחקות דרבנו תם") או באמצעות חיוב האיש בתשלום פיצויים נזיקיים לאישה כל עוד לא נתן לה גט. כידוע, בפתרון אחרון זה נעשה שימוש נרחב בעת האחרונה. ראו מאמרי "אם תרצו – אין זו עגונה", לעיל ה"ש 37, וההפניות המופיעות שם.

בבית-הדין הרבני.⁸¹ התערבותו מצטמצמת רק ל"פריפריה" של פסקי-הדין הרבניים, ואינה מתייחסת בדרך-כלל לגופם.⁸²

על-דרך הכלל, בג"ץ מתערב בפסיקתם של בתי-הדין הרבניים רק כאשר בית-הדין חורג מסמכותו או כאשר ההליך שהתקיים בו מנוגד לכללי הצדק הטבעי. לא כן כאשר בית-הדין מוציא מתחת ידו פסק-הלכה שאינו הולם את עקרונות-היסוד של משפטה של מדינת-ישראל. בג"ץ מדגיש פעם אחר פעם כי אפילו יתברר לו שבית-הדין טעה בפרשנותה של ההלכה היהודית, לא יתערב בג"ץ בהחלטתו.

הסיבה להימנעות זו אינה נעוצה רק ב"כבוד ההדדי" שהרשויות השונות מחויבות בו, ובוודאי לא בפן הפורמלי. מבחינה פורמלית, ומכוח חוק-יסוד: השפיטה, בג"ץ רשאי לבקר את פסקי-הדין של בית-הדין הרבני כשם שהוא מבקר הלכות שיוצאות מבית-הדין לעבודה. הימנעותו של בג"ץ מהתערבות ב"גופי הלכות" נובעת ממדיניות שיפוטית שבג"ץ קיבל על עצמו מרצון. תכליתה של מדיניות זו היא הרצון – שניתן להבנה כשלעצמו – להימנע מעימות מיותר עם הממסד הרבני.

לפיכך, גם כאשר הוא מצביע על עוולות שונות שיוצאות מבית-הדין הרבני, בית-המשפט נוטה "לעצום עיניים" במקרים אלה, ולהסתפק בהנמקה פורמליסטית שלפיה "הסמכות לא נמסרה לו" במקרים אלה. במקום לנקוט גישה מהותית, אשר יורדת לשורשו של עניין ומבקשת לעשות צדק במקרה שבו ה"הלכה" שיצאה מבית-הדין הולידה תוצאה שגורמת עוול,⁸³ בית-המשפט מסתפק בדרך-כלל באמרות-אגב המביעות מעין "מחאה" על החלטות של בתי-הדין הרבניים ועל פסיקת ההלכה שלהם.⁸⁴

81 במשך השנים הוגשו מאות רבות של עתירות נגד בית-הדין הרבני, אך רק אחוז קטן מאוד שלהן התקבל. דווקא החריגים, כגון עניין בבלי, לעיל ה"ש 77, עשויים ללמד על הכלל. ראו גם בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006); בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453 (1998).

82 ראו, למשל, בג"ץ 6124/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (טרם פורסם, 22.11.2007); בג"ץ 6473/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (טרם פורסם, 15.11.2007); בג"ץ 4360/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים (לא פורסם, 12.7.2006); בג"ץ 6250/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב (טרם פורסם 28.6.2007); בג"ץ 6299/07 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים (טרם פורסם, 8.8.2007); בג"ץ 323/81 וילוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(2) 733 (1982).

83 לא למותר לומר כי להגדרות של המונחים "צדק" ו"עוול" עשויות להיות פרשנויות שונות. דברינו מכוונים לאותן דוגמות-קצה שבהן דומה כי רבים יודו שנעשה עוול ושמידת הצדק לקתה באופן משמעותי.

84 לעיתים קרובות גם הביקורת נאמרת בשפה רפה. גם כאן, דווקא החריגים מלמדים על הכלל. לדוגמה חריגה ראו, למשל, את דבריו הנוקבים של השופט חשין בבג"ץ 816/98 אמינוף נ' אלטלף, פ"ד נב(2), 769, 786 (1998): "בית-הדין הרבני הינו אבר בגופה של המדינה, שלוחה-בין-שלוחות במערכת החוק והמשפט. ואל לה לשלוחתה של המדינה כי תתגדל על המדינה ותצבור לעצמה און ותילים שהמדינה לא העניקה לה כלל. מי שפנו לבית-הדין הרבני בעתירה כי יעשה לעצירת הליכי הבחירות, ידעו את אשר הם עושים. לא בכדי מצאו הם לנכון לפנות לבית-הדין הרבני ולא לבית-

דוגמות לכך יש למכביר. נביא רק שתיים מהן, משני פסקי-דין שניתנו לאחרונה. בראשון מביניהם⁸⁵ הופנתה שימת-ליבו של בית-המשפט לתופעה משונה של קיום מעין "קופה קטנה" בהנהלת בתי-הדין הרבניים, המשמשת את בתי-הדין, במקרים מסוימים, לתשלום כסף – מעין "כופר נפש" – לסרבני-גט המוכנים לשחרר את נשיהם מעגינותן רק אם יינתן להם סכום כסף משמעותי בעבור הסכמתם לתת את הגט.

לא למותר לומר כי הסכמה להליך זה עלולה לעודד סרבני-גט להגביר את סחטנותם. והנה, אף שמדובר בכספים שנתרמים על-ידי גורמים פרטיים עלומי-שם, ואף שאין אמות-מידה ברורות לחלוקת הכספים, נמנע בית-המשפט מלהתערב ב"הלכה"⁸⁶ שיצאה מבתי-הדין הרבניים והכשירה למעשה פרקטיקה זו. נקל לשער שתגובתו של בית-המשפט הייתה שונה לחלוטין אילו דובר ב"קופה ב" שהייתה מתקיימת בהנהלת בתי-המשפט ומאפשרת לשופט, ללא אמות-מידה ברורות, לתת סכום כסף לאחד מבעלי-הדין על-מנת לשכנעו להגיע לפשרה ולסיים את התיק. אומנם, במקרה זה אין מדובר בעניין "הלכתי" מובהק, אך הוא משקף היטב את חוסר האקטיביזם שבית-המשפט נוקט כל אימת שמדובר בסוגיה שמועלים בה נימוקים שבהלכה.

במקרה השני⁸⁷ מדובר בסוגיה שנשענה על יסודות הלכתיים מובהקים. במקרה זה נדרשה האישה "לקנות את הגט בכסף". בעקבות הסכם שעשתה, כדי לקבל את הגט מבעלה, ניאותה האישה לשלם לבעל "פיצוי תמורת הסכמתו להתגרש לאלתר". לאחר קבלת הגט ביקשה האישה להשתחרר מחיובה, אשר כאמור לא נעשה על-ידיה אלא לשם קבלת הגט. בית-הדין הרבני קבע כי מנקודת-מבט של ההלכה ההסכם בין השניים מחייב, ובג"ץ נדרש להכריע אם הכרעה הלכתית זו תקפה.

נקל לשער כי אילו דובר בהליך אזרחי רגיל, בחוזה שנעשה בין איש לאשתו, אפילו כזה שאושר בערכאה נמוכה, לא היה בית-המשפט העליון מהסס לבטל את החיוב בשל כך שהוא "בלתי-מוסרי" או "סותר את תקנת הציבור", לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק

המשפט הגבוה לצדק, כפי שראוי היה כי יעשו במהלך הדברים הרגיל. הכל ידעו ויודעים היטב: הסמכות בענייננו לצוות על ועדת הבחירות או על השר לענייני דתות כי יעשו מעשה או יימנעו מעשות מעשה נתונה לבית-המשפט הגבוה לצדק – לו, ולו בלבד. אלא שהתובעים בבית-הדין הרבני ידעו גם זאת, כי אם ילכו בדרך המלך יצאו מלפני בית-המשפט ריקם... אמרו אפוא התובעים אל לבם: הבה נתחכמה לו – ופנו לבית-הדין הרבני. ובית-הדין הרבני, תחת אשר ימשוך את ידו מן העניין, ראה לנכון להידרש לתביעה ופסק את פסקו. כך יצא בית-הדין מגבוליו וכך פסק בנושא שאין הוא מוסמך לפסוק בו. המסקנה הנדרשת מכאן אחת היא: הכרעתו של בית-הדין הרבני אין נודע לה כל תוקף משפטי שהוא... לו גופי-משפט אחרים במדינה היו נוהגים כמעשה בית-הדין הרבני בענייננו, כ-אז היתה מתבקעת האדמה עליה עומדים אנו כולנו. ותוקף משפטי כי ניתן להכרעתו של בית-הדין הרבני בענייננו, תהא הכרעתנו שקולה כנגד הקריאה: 'איש לאוהליך ישראל'. זו הדרך הברוקה להקמתה של מדינה-בתוך-מדינה. זו הדרך לפירוד ולהתפוררות. הדרך דרך עקלקלות היא. דרך רעה היא. המעשה הזה אל-נא נעשנו, לא טוב הוא."

85 בג"ץ 3625/06, 104/06 "מרכז צדק לנשים" נ' הנהלת בתי הדין הרבניים (טרם פורסם, 19.9.2010).

86 קיים בעניינו ספק אם יש כאן בכלל עניין "הלכתי", אך הדבר תלוי בהגדרת ה"הלכה" וגבולותיה, כפי שהבהרנו בראש הדברים.

87 בג"ץ 2609/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (טרם פורסם, 31.5.2011).

כללי), התשל"ג-1973, כפי שעשה במקרים אחרים. אף-על-פי-כן, במקרה זה נמנע בית-המשפט מלעשות כן. בג"ץ אומנם מעיר כי "הצורך 'בקניית' גט בכסף מעוררת [כך במקור] תחושת התנגדות ואי נוחות", ואף מוסיף כי "עם כל אי הנחת מן הרעיון של קניית גט בכסף, נראה כי למרבה הצער מדובר במעשה הקורה בדרך זו או אחרת יום יום".⁸⁸ אולם בית-המשפט קובע כי שאלת עילת החיוב בגט במקרה זה היא שאלה הלכתית מובהקת, שמצויה בסמכותם של בתי-הדין הרבניים, ובג"ץ לא יתערב בשיקול-דעתם בעניין זה.

השופט י' עמית, שהצטרף לעמיתיו והסכים עם תוצאתו הסופית של פסק-הדין, רמז – בלשון עדינה ומתונה – כי אילו נכנס בית-המשפט בעובי הקורה ובחן את ההלכה לגופה, הוא היה עשוי לגלות כי בהלכה יש עמדה שונה לחלוטין מהתוצאה שאליה הגיע בית-הדין. וכך הוא כותב: "כשלעצמי, אני סבור כי ההלכה היהודית מעמידה ארגז כלים מרשים דיו כדי לחלץ אשה מעולו של בעל סרבן גט מקום בו הנישואין הם קליפה ריקה מתוכן. כך לגבי העילה הנדרשת לשם חיוב וכפיית גט וכך על מנת לזרו בעל סרבן במתן גט (לדוגמה, חיוב במזונות מוגברים מכוח הכלל 'מעוכבת מחמתו להינשא'). הכלים בנמצא וכל שמתבקש הוא, כי בית הדין הרבני יושיט היד ויטול את הכלי המתאים."⁸⁹ אולם בסופו של דבר, כאמור, למרות ביקורתו על התופעה הבויה של "קניית גט בכסף", נמנע בית-המשפט מלבקר את העמדה⁹⁰ שיצאה מבית-הדין הרבני לגופה, וכדרכו מימים ימימה, קיבל את עמדת בית-הדין הרבני בעניין זה ללא עוררין וללא הפעלת ביקורת מהותית של ממש על "מסקנת ההלכה".

הימנעות זו מובילה לא אחת לתוצאות קשות ביותר. בית-המשפט יכול לכאורה להדוף את הביקורת על-ידי הטענה כי המחוקק – ולא הוא – הותיר את ההכרעה לבית-הדין הרבני. אולם גישה זו מבטאת גישה פורמליסטית שאינה עולה בקנה אחד עם התערבותו המסיבית של בית-המשפט בהחלטותיהן של רשויות אחרות, כאשר אין מדובר ב"ענייני הלכה". במקרים אלה אין הוא מסתפק בסמכותו הפורמליסטית, אלא נוקט "אקטיביזם שיפוטי", מבקר את המסקנה שאליה הגיעה הרשות המוסמכת מנקודת-מבט מהותית, ומפעיל ביקורת שיפוטית חדשות לבקרים בענייני צבא וביטחון, בענייני חברה וכלכלה, בסוגיות חינוכיות ועוד.

(5) בקרה ואיזון

מעבר לפן הפורמלי, יש יתרון למערכת של "איזונים ובלמים" שתופעל גם על חכמי-ההלכה, ובעיקר על אלה הנושאים את שם ההלכה לשווא. כבכל מערכת אחרת, גם בעולם ההלכה יש העושים שימוש בשם ההלכה להשגת מטרות שעשויות להיות ראויות לעצמן אך שאין בינן לבין "עמדת ההלכה" דבר וחצי דבר. הדבר בולט בעיקר בסוגיות

88 שם, פס' 13 לפסק-הדין.

89 שם, פסק-דינו של השופט עמית.

90 גם כאן קיים בעינינו ספק אם מדובר ב"הלכה" גרידא או במתן פסק-דין שמושפע לא מעט מ"מדיניות שיפוטית" שנועדה לשמר את כוחו של בית-הדין הרבני במאבק הסמכויות שבינו לבין בית-המשפט האזרחי.

"פוליטיות-ציבוריות", דוגמת "מיהו יהודי" ו"גיור כהלכה", שנת השמיטה, היחס למיעוטים והחזרת שטחים, חפירות ארכיאולוגיות בשטחי קבורה,⁹¹ הכללת אישה בהרכבה של מועצה דתית או תפילת נשים ברחבת הכותל.⁹² בכל אלה מגויסים "פסקי-הלכה", מימין ומשמאל, כדי לתמוך בדעה זו או אחרת.

בעולם ההלכה עצמו אין מערכת ביקורת מובנית על "פסקי-הלכה" מעין אלה, ופרט לדעת-הקהל – אשר לא אחת נוטה לצד זה או אחר במחלוקת לפי עמדותיה הרעיוניות – אין ביקורת אמיתית לא על תוכנם של פסקי-הלכה ולא על מידת תקפותם וביסוסם. ניתן אפוא לטעון כי לטובת ההלכה עצמה ראוי כי יתקיים מנגנון ביקורת חיצוני, אשר על פני הדברים אינו כבול לשיקולים "הפוליטיים-החברתיים" הפנים-דתיים, ועשוי להעביר תחת שבט ביקורתו את העמדות שמוצגות בשם ההלכה ומטעמה כביכול.

שאלה עצמאית ושונה היא אם ראוי שדווקא בית-המשפט – ובמיוחד בג"ץ – יהיה הגורם שימש כמנגנון הביקורת החיצוני, או שמא עדיף למסור תפקיד זה לגורם אחר, דוגמת ועדה ציבורית שתוקם לצורך זה.⁹³ ניתן להעלות טיעונים בזכות הפנייה לבג"ץ דווקא, כגון מקצועיותם ונסיונם הרב של השופטים היושבים בו בפתרון בעיות סבוכות, מעמדם בעיני הציבור והעובדה שהם "משקפים" – אם כי לא דווקא "מייצגים" – את הציבור בישראל. לצד זה ניתן למנות גם את הכלים והמנגנון המנהליים העומדים לרשותם בכל עת ואת זמינותם הגבוהה יחסית. כנגד זאת ניתן להעלות טיעונים כגון ה"משפטיזציה" היתרה המאפיינת מטבע הדברים את הדיון בבית-המשפט, אשר אינה יפה תמיד – בשל אופייה הבינרי והגיליוטיני של ההכרעה השיפוטית – לפתרון בעיות חברתיות מורכבות, עדינות וסבוכות; ואת חוסר האמון של חלק מהציבור, ובמיוחד של הציבור החרדי, בטיב הכרעותיו של בית-המשפט ובשיקולים המנחים אותן.

(6) הפן התרבותי: ההלכה כחלק מ"מורשת ישראל" וכיסוד מיסודות המשפט הישראלי

ניתן להעלות טיעון נוסף בזכות התערבות שיפוטית בעניינים שבהלכה, והוא הפן התרבותי. כידוע, ההלכה היהודית אינה "נטע זר" במשפט הישראלי, אלא "בת-בית" בו. מכוח היותה חלק מרכזי של המשפט העברי,⁹⁴ ומכוח היות המשפט העברי יסוד

91 ראו, למשל, בג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית, ירושלים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה(4) 533 (1981). כן ראו בהרחבה במאמרי: אביעד הכהן "התחינה העצמות האלה?" – חופש המדע הארכיאולוגי, חופש הדת וכבוד האדם: עיונים בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" מאזני משפט ד 219 (2005).

92 עניין נשות הכותל, לעיל ה"ש 29.

93 דוגמת ועדת נאמן, שהוקמה לעניין הגיור; ועדת צמרת, שהוקמה לעניין הסדרי התנועה בכביש "בר אילן"; וועדת טל, שהוקמה לעניין גיוס בחורי הישיבות לצה"ל.

94 על היחס שבין "המשפט העברי" וה"הלכה" השתברו קולמוסים רבים, ולפיכך לא נאריך בסוגיה זו כאן. בקצירת האומר, ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א 83, 100–124 (1998); מיכאל אברהם "האם ההלכה היא 'משפט עברי'? על דת, מוסר ומשפט" אקדמות טו 141 (2004); עמיחי רדזינר "המשפט העברי" איננו הלכה (ובכל זאת יש בו ערך): הרהורים בעקבות מאמרו של הרב מיכאל אברהם (אקדמות טו) "אקדמות טז 139 (2005).

מיסודות המשפט במדינת-ישראל,⁹⁵ ראוי שבדרך הילוכו ובדיוניו יזדקק בית-המשפט לעיין לא רק במקורות "זרים" של שיטות משפט זרות – אשר העיקריות מבין אלה שביית-המשפט בישראל נזקק אליהן הן המשפט האנגלו-אמריקאי והמשפט הקונטיננטלי – אלא גם במקורות המשפט של המדינה היהודית, וביניהם ההלכה היהודית.⁹⁶ מטבע הדברים, עיון מעין זה עשוי להניב תוצרים בדמות מסקנות באשר ל"עמדת ההלכה" בסוגיה מסוימת העומדת על שולחנו וסדר-יומו של בית-המשפט.⁹⁷

(7) ההתערבות היא "לטובת ההלכה עצמה"

עד כמה שהדבר עשוי להישמע משונה, גישה אחת גורסת כי הפעלת ביקורת שיפוטית על הכרעות הלכתיות עשויה לתרום לעולם ההלכה עצמו. זאת, לא רק משום שהביקורת החיצונית שתופעל עליה בדרך זו עשויה – ככל הליך ביקורת – לחדרה, להעשירה ולטייבה, אלא גם משום שהדבר ישמר אותה כגוף חי ורענן, ולא יניח לה ליהפך למאובן עתיק שאבד עליו כלח. היטיב לבטא את הדברים השופט אלון, בכותבו:

"גם מבחינת עולמה של הלכה יש חשיבות מכרעת לקשר ולשילוב שבין ההלכה והמדינה... אם נפריד בין ההלכה והמדינה, אם לא תהיה חקיקה דתית, יקטן הלחץ שבחיי היום יום ויגדל חוסר המעש והיציירה בעולם ההלכה. אם אנחנו רוצים שההלכה תמשיך בדרכה ההיסטורית, שהיא תהיה הלכה הולכת, דינמית, כפי שכך הייתה במשך כל הדורות, הרי חיוני הוא לה שתעמוד בהתמודדות גלויה ומתמדת עם החיים ועם הבעיות המתעוררות מתוכם."⁹⁸

2. צידוק להימנעות מהתערבות שיפוטית בשאלות שבהלכה

לצד היתרונות שבביקורת שיפוטית על עניינים שבהלכה, קיימים לא מעט טיעוני-נגד הקוראים לביית-המשפט להימנע מכך כליל או למצער למעט ולמזער את מעורבותו בעניינים אלה. להלן נציג כמה מטיעונים אלה.

(א) מנקודת-מבט הלכתית

(1) הפן המוסדי: בית-משפט אינו בית-מדרש, ושופט אינו פוסק

בית-המשפט אינו בית-מדרש, ושופטים אינם פוסקי הלכה.⁹⁹ אשר על-כן, מנקודת-מבט

95 ראו חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, ס"ח 163. כן ראו מאמרי: אביעד הכהן "עשיית עושר ולא במשפט העברי" **משפט ועסקים** י' 183 (2009) והמקורות הרבים הנוכחים בו.

96 לעניין זה ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 75-123, והמקורות הרבים הנוכחים שם.

97 למשל, בסוגיות של "המתת-חסד", "אינוס אישה על-ידי בעלה", "תקפותו של הסכם קואליציוני" ועוד כהנה וכהנה.

98 מנחם אלון "בעיות ומגמות ביחסי הלכה ומדינה" **עמודים** כב 212, 264 (התשל"ד).

99 מבחינה לשונית יש לתת את הדעת לשימושה המרתק של הלשון המשפטית הישראלית במונחים "הלכה" ו"פסיקת הלכה", ולהעתקם מעולם הנורמות הדתיות אל עולם הנורמות האזרחיות-

הלכתית אין כל משמעות ל"הלכה" היוצאת מבין כותלי בית-המשפט. אפילו ישב בו חכם-הלכה מובהק,¹⁰⁰ לדברים שיכתוב בפסק-הדין בשבתו על מדין לא יהיה מן הסתם "תוקף הלכתי" כפי שהיה להם אילו כתב "תשובה" ופרסמה בספר הלכתי.¹⁰¹

(2) הפן המהותי: "חילונה" של ההלכה

בדומה להערות שנשמעו גם באשר לרציונה של חקיקה דתית, מנקודת-מבט הלכתית הניסיון "לפסוק הלכה" בבית-המשפט עלול להיתפס לא רק כמהלך-סרק ניטרלי, חסר כל משמעות הלכתית, אלא אפילו כמהלך שלילי, שמביא לידי "חילונה" של ההלכה.¹⁰² לפי גישה זו, שיצאו עליה גם עוררין, העיסוק בשאלות הלכתיות בערכאה חילונית (ומקל וחומר – בערכאה שאנשי הלכה מסוימים תופסים אותה כ"ערכאות של עכו"ם" ורואים את שופטיה כמי ש"מרימים יד בתורת משה") מוביל להוזלת ערכה של ההלכה ול"חילונה".

(ב) מנקודת-מבט משפטית

(1) פגיעה בחופש הדת, בחופש הביטוי, בחופש המצפון ובחופש המדע והדעת

בהיות הציות לפסק-הלכה חלק מהנורמות שיהודים שומרי מצוות רואים את עצמם כפופים להן, התערבות של בית-משפט בפסקי-הלכה וכפיית נורמות אנטי-הלכתיות על שומרי מצוות יש בהן משום כפייה אנטי-דתית ופגיעה קשה בזכותם של שומרי מצוות לחירות ולחופש הדת. טענה זו עלתה הן בפרשת אנגלוביץ, שבה ציווה בית-המשפט על החזרת גופתה של אישה נוצרייה לבית-קברות יהודי,¹⁰³ הן בפסקי-דין רבים שבהם בית-המשפט מצווה על רב לתת למוצר או למקום מסוים תעודת הכשר אף שהדבר מנוגד

החילונית. "גירום" של מונחים אלה והעתקתם לשיח המשפטי האזרחי-חילוני הם פרק נוסף בנוסח "חילונה" של "לשון-הקודש" – השפה העברית. ראו אביעד הכהן "מדינת ישראל, כאן מקום קדוש! – עיצוב רשות רבים יהודית" במדינת ישראל "שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל" 152 (מרדכי בר-און וצבי צמרת עורכים, 2002).

100 סיטואציה כזו אינה דמיונית. מלבד שופטים שהיו בעלי סמיכה פורמלית לרבנות (דוגמת הרב שמחה אסף ז"ל ויבלחט"א מנחם אלון), בפסקי-דין שיצאו מ"בית-הדין המיוחד" נכללו, לצד השופטים בהרכב, גם דיניי בית-הדין הגדול לערעורים, שהיו חכמי-הלכה מובהקים, דוגמת הרבנים יוסף קאפח ואליעזר גולדשמידט.

101 סוגיה זו כרוכה בסוגיה המסובכת והמורכבת מהו "פסק-הלכה" וכיצד – בהעדר גוף סמכותי אחד המקובל על הכל (דוגמת "סנהדרין") – ניתן לבדלו מסתם מאמר אקדמי. להבדיל מהמישור התיאורטי הסבוך, במישור המעשי התקבלותו כ"פסק-הלכה" נקבעת במידה רבה באופן וולונטרי על-ידי הציבור שסר למרותו. ציבור זה יסכים לקבל "פסק" מרב בשבתו כפוסק הלכות בבית-המדרש, אך ספק אם יקבל "פסק" שניתן על-ידי אותו רב בשבתו כשופט בבית-המשפט.

102 ראו יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב 268 (חלק א) 510 (חלק ב) (1970) (להלן: אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי").

103 לעניין זה ראו בג"ץ 637/85 חברה קדישה גחש"א נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מ(3) 785 (1986), ואת מאמרו של אליאב שוחטמן "פסיקת בג"ץ בפרשת קבורתה של תרזה אנגלוביץ – מתן יד לכפייה אנטי-דתית? (בשולי בג"ץ 637/85, פ"ד מ(3) 785) "דיני ישראל טו קעט (התשמ"ט-התש"ן).

לחווה-דעתו ההלכתית של הרב,¹⁰⁴ הן באשר לכיתוב על-גבי מצבות, והן באשר להוראות המופנות לבתי-דין דתיים לנהוג בניגוד למה שנראה בעיניהם כצו הלכתי, כגון הכרה בגיורו של אדם שמנקודת-מבטם אינו "יהודי" או רישומו לנישואים.¹⁰⁵ יתר על כן, "חווה-דעת הלכתית" בוודאי חוסה תחת כנפיהם הרחבות של חופש הביטוי, חופש המצפון, חופש המדע וחופש הדעת, שהם זכויות-יסוד במשטר דמוקרטי.¹⁰⁶ נסיונו של בית-המשפט לכפות עמדה הלכתית מסוימת הניצבת בניגוד להשקפת-עולמו ולדעתו של רב פוסק הלכה פוגעת בערכים אלה כולם.¹⁰⁷

(2) עצמאותה של הפסיקה ההלכתית

מלכות המשפט ומלכות ההלכה הן שתי ישויות נפרדות. בדומה ליחס שבין פוליטיקה ומשפט, הרי הן "כשמן וכמים", דהיינו, ראוי שהן יימנעו מלבוא – ויש שיהדרו ויאמרו כי אסור להן לבוא – האחת בגבולה של האחרת.¹⁰⁸ אשר על-כן מוטב להן שלא יקרבו זו לזו, וכלל גדול בדינו ש"אין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלא נימא [=הנימה]."¹⁰⁹

ההלכה היא מערכת שיצירתה והורתה בתוך מערכת של נורמות דתיות. הכפיפות לה אינה נקנית מכוח סמכות פורמלית, מכוחו של חוק מדינה, אלא באופן וולונטרי, על-ידי אנשים הרואים את עצמם כפופים לה ומבקשים לחסות בצילה. ככזו, יש להלכה מנגנוני הכרעה וסמכות משלה, השואבים את כוחם מתוכה ובה. לעומת ההלכה, יצירתן והורתן של הנורמות המשפטיות מתרחשות בתוך מערכת של נורמות אזרחיות-חילוניות. כוחן נובע מכוחה של סמכות פורמלית – מכוח הדין, אשר קובע הן את אופן יצירתן של

104 ראו עניין רסקין, לעיל ה"ש 13; עניין אוסובלנסקי, לעיל ה"ש 14; עניין קומפורטי, לעיל ה"ש 15 ועוד.

105 ראו בג"ץ 2532/10 עמותת "עתים" נ' הרבנות הראשית לישראל (פסק-הדין בעתירה זו (שבה אני מייצג את העותרים) טרם ניתן).

106 לא למותר לציין כי אין בכך כדי לקבוע שלזכויות אלה אין גבולות. על מגבלות חופש הביטוי בהקשר ההלכתי ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996); בג"ץ 6702/05 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 16.3.2009); בג"ץ 9290/10 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר המשפטים (טרם פורסם, 16.3.2011) (גילוי נאות: בשני התיקים האחרונים ייצגתי את אחד המשיבים – רב עיר שנחשד בעברות הסתה בשל דברים שהשמיע בכובעו ה"רבני").

107 ראו את עמדת המיעוט של השופט אנגלרד בעניין שביט, לעיל ה"ש 76, בעמ' 645.

108 מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל והרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט 15 491 (2003). ראו גם דברים שכתב יצחק אנגלרד לפני עשרות שנים, בעקבות פרשת "מרבק" (בג"ץ 195/64 החברה הדרומית בע"מ ו"מרבק" בית מטבחיים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית והמועצה הדתית תל-אביב-יפו, פ"ד יח(2) 324 (1964)), במאמרו "על מעמדה של מועצת הרבנות הראשית", לעיל ה"ש 5. עמדה זו באה לידי ביטוי גם בפסקי-הדין שנתן בסוגיות דת ומדינה בשבתו כשופט בבית-המשפט העליון. ראו, למשל, את דעת המיעוט שלו בפרשת שביט, לעיל ה"ש 76, בעמ' 633–646.

109 בבלי, שבת ל, ע"א.

נורמות חדשות והן את מגבלותיהן. הציות לנורמות אלה נעשה מכוחו של החוק, והמדינה יכולה וצריכה לאוכפן באמצעות מערכות הכפייה שבידיה. לפיכך הניסיון להרכיב זו על זו שתי מערכות אשר שונות מהותית זו מזו הינו מעשה-כלאיים, ולא יצלח. מבחינה מהותית אין זה ראוי להחיל על ההלכה מערכת סמכות חיצונית – מכובדת ככל שתהיה – העומדת בניגוד לעקרונותיה.

כפי שציין השופט רובינשטיין בפסק-דין חסן, אפשר שרוח זו של הימנעות מהתערבות בשיקולי הלכה עולה גם מסעיף 4(א) לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000, שלפיו סמכותו של בית-המשפט לדרון בעתירה מנהלית חלה גם על "החלטה של מועצה דתית או של נושא משרה או תפקיד בה, למעט רב מקומי".¹¹⁰ סייג זה אינו שולל אומנם את סמכותו של בית-משפט זה, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, לדרון כנדרש בסמכויותיו של כל גוף מנהלי הפועל על-פי דין, והרבנות הראשית והמקומית והמועצה הדתית בכלל זה, והוא אף עושה כן לפי הצורך המשפטי, אך ניתן לראות בדברים אלה מעין "קריאת כיוון" לגבי היקף ההתערבות בתחום שהוא הלכתי באופיו.

(3) "חוסר ידע" ו"חוסר בקיאות"

ככל מערכת נורמות, ההלכה היא עולם ענקי, מרובה סעיפים ושוורשים, וכדי להתמצא במבוכיה דרוש ידע רב. דברים אלה נכונים לכל מערכת משפט, אך נכונים הם שבעתיים לעולם ההלכה, אשר נוצר במשך אלפי שנים בכל קצווי העולם. את תחושת חוסר האונים (ויש שיאמרו אף תחושת תסכול מסוימת) של העומד בשערי המשפט העברי בכלל, וההלכה בפרט, אך מתקשה להיכנס בהם, היטיב לבטא השופט חשין. וכך הוא כותב:

"עד שנפרוש כנף ונדאה אל על, עד שנעזוב לצמיחות קן ופנינו מועדות אל עולם חדש-קדמוני, ראויים אנו שנדע מהו אותו עולם אליו נבוא ומה מדרך כף-רגל נמצא לנו... על היקפו האדיר של משפט עברי ידענו כולנו, מקרא ומפרשיו, משנה וגמרא, ראשונים ואחרונים, רמב"ם וטור, שולחן ערוך ונושאי כלים, ספרות אדירה של שאלות ותשובות, וכל אלה שולחים פארתיהם ומתפרשים על פני מאות בשנים ומלוא ארץ כבודם, מקצה עולם ועד קצהו... אחר שומענו דברים אלה, חיל ורעדה יאחזו בנו, נעתקו מלים מלב, היינו לאבן. אכן, כחוק הנסתר הוא המשפט העברי, לא ידענו מבואיו ומוצאיו, קשה הוא בהשגה תרתי משמע, ובחלקים ניכרים בו אף שפתו – שפת שנער – לא ידענו."¹¹¹

אך גם שופטים המצויים ומעורים היטב בהוויה ההלכתית מצביעים על הקושי להיכנס לנבכייה, כביכול בשל "חוסר מומחיותם". כך, למשל, כתב השופט אליקים רובינשטיין בפסק-דין חסן:

110 עניין חסן, לעיל ה"ש 23, פס' י לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

111 מישאל חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן 67-68 (רות גביון עורכת, 1982).

"ההלכה, ככל שיטה משפטית, היא מערכת מורכבת הכוללת איזונים וחילוקים דקים, עד שהמשנה, חיבור יסוד הלכתי, אומרת על חלק מתחומי ההלכה כי 'הם כהררים התלויין בשערה שהן מקרא מועט והלכות מרובות' (משנה, חגיגה, א' ח'), ואלה מסורים לחכמי ההלכה ולא לחכמי המשפט...¹¹² הדעת נותנת, כי ככלל יימנע בית המשפט מהתערבות במערכת עדינה זו, שאינה בתחום מומחיותו (בכפוף לעיסוקו – למשל – בדיני המשפחה באותם תחומים שבהם ישנה התערבות של בג"ץ). כשלעצמי, אינני מביע כמוכן דעה הלכתית; העובדה היא גם שלא תמיד בידי בית המשפט הכלים אף להעריך את המשמעות ההלכתית המלאה של כל אחת מהחלופות המוצעות."¹¹³

על פני הדברים, בית המשפט מודה כי מנקודת־מבטו הסובייקטיבית, אין הוא "בר הכי" אשר יכול ומסוגל להתמצא כראוי במקורות ההלכתיים. אכן, ענווה ו"נמיכות קומה" זו, ולו למראית־עין, אשר יסודה כביכול ב"חוסר ידע", אינה באה לידי ביטוי כאשר בית המשפט מכריע בתחומי ידע אחרים, דוגמת רשלנות רפואית, דיני פטנטים או זכויות יוצרים בהמצאות מדעיות. זאת, אף שבדרך־כלל אין הוא בקי בתחומים אלה יותר מאשר בענייני הלכה. ניתן אפוא לתהות אם בהבעת אמירות אלה בית המשפט אכן מבטא את "חוסר יכולתו" האובייקטיבי להתמודד עם "שאלות הלכתיות" או שמא את "חוסר רצונו" הסובייקטיבי לעסוק בהן, מסיבות של "מדיניות משפטית" ורצון למנוע חיכוך עם המערכת הדתית.

מכל מקום, הליכה בנתיבות ההלכה ללא הידע הנדרש עלולה להביא את המהלך בשבילי ההלכה לכלל טעות ונפילה בבורות, ולמצער להובילו למבוי סתום. אכן, כדרכו בתחומי ידע אחרים שאין הוא בקי בהם תמיד (דוגמת חישובים אקטואריים, שאלות של רשלנות רפואית, מדע פורנזי וכיוצא בהם), בית המשפט עשוי להיעזר במומחים ובכלי־עזר שונים ומגוונים, אך בשל העדר סמכות אחת מכריעה בעולמה של הלכה עצמה, לא תמיד ניתן לעשות זאת. דברים אלה נכונים, מקל וחומר, כאשר חלק ניכר של חכמי ההלכה רואים בבית המשפט מוסד שלילי, ה"מרים יד בתורת משה", ואינם ששים לשתף עימו פעולה.

בנסיבות אלה בית המשפט עשוי לבחור באחת משלוש דרכים:

א. להיעזר ב"גורם רשמי" שמצוי בהלכה, כגון הרבנות הראשית לישראל או בתי־הדין הרבניים;¹¹⁴

112 השופט רובינשטיין מפנה כאן לדבריו של השופט העליון האמריקאי ברגר (Burger) בפסק־הדין *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982), שלפיהם פירוש כתבי־קודש אינו בגדרי התפקיד והיכולת השיפוטיים.

113 עניין **חסן**, לעיל ה"ש 23, פס" יג לפסק־דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשות הוספו).

114 לכאורה, יש לכך עיגון אפילו בלשון ס' 2 לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ס-1980, אשר מגדיר (בס"ק 1) את אחת מסמכויותיה של הרבנות הראשית כ"מתן תשובות וחוות דעת בענייני הלכה לשואלים בעצתה". על פרשנותו של סעיף זה ועל מכלול סמכויותיה של הרבנות הראשית לישראל ראו בהרחבה הכהן "הרבנות הראשית לישראל", לעיל ה"ש 65.

- ב. להיעזר במומחים "מן השורה השנייה", אשר אינם בעלי תפקיד רשמי במערכות ההלכה אך בקיאים באורחותיה;
ג. לנסות להגיע בכוחות עצמו לידע הנדרש לשם בירור הסוגיה הניצבת לפניו.

לכל אחת מדרכים אלה יש יתרונות וחסרונות. היעזרות בגורם "רשמי" מעניקה מעין גושפנקה להכרעת בית-המשפט, ומעבירה את האחריות להכרעה ההלכתית מכתפיו שלו אל אלה של המוסד שעליו הוא נסמך. חסרונה הגדול של דרך זו הוא שאותם מוסדות "רשמיים" אינם מוכרים תמיד בהלכה עצמה,¹¹⁵ ורבים מאלה הרואים את עצמם כפופים להלכה אינם סרים למרותם ואינם מקבלים את סמכותם.¹¹⁶

היעזרות במומחים חיצוניים מורידה את רמת ההסתמכות של בית-המשפט. מומחים אלה, גם אם הם בקיאים בעולם ההלכה, אינם נהנים מהכרה הלכתית רשמית בתוך עולם ההלכה. זאת ועוד, כדרכם של מומחים, פעמים הרבה יש ביניהם חילוקי-דעות בשאלה "מהי עמדת ההלכה". אימוץ אחת העמדות מעניקה אולי פתרון מעשי, אך לא פעם אין בה כדי לשכנע שזו אכן עמדת ההלכה.¹¹⁷

במבט ראשון, האפשרות שבית-המשפט יגיע בכוחות עצמו אל הידע הנדרש שובה את הלב, שכן דרך זו מאפשרת לו עצמאות מלאה בהסקת המסקנות ובחינה של המקורות ההלכתיים בעין "בלתי-משוחדת", ללא "סינון" מוקדם שלהם על-ידי גורם שלישי. דא עקא, שבשל העומס המוטל על כתפי בית-המשפט, דרך זו אינה ישימה הלכה למעשה. אפילו היה בידי בית-המשפט די זמן וידע לעשות כן, קיים חשש שבשל המהמורות הניצבות בפני כל המהלך בדרכי ההלכה, ייכשל גם בית-המשפט באחת מהן ולא יגיע אל הפתרון הנכון מנקודת-המבט ההלכתית.

אפשר שהדרך הראויה היא דרך המשלבת את שלוש הדרכים שהוצעו לעיל – לא הסתמכות "עיוורת" על הרבנות הראשית או על גורם מתווך אחר, אך גם לא הסתמכות בלעדית על "חוש המומחיות ההלכתית" של השופטים. שילוב שלוש הדרכים והיעזרות בהן במקביל עשויים ליצור את האיזון והבקרה הנדרשים בין בחינה ביקורתית ומעמיקה של הסוגיה לבין אי-נפילה בפחים היקושים הצפויים להולך בדרכי ההלכה היהודית.

115 לעניין מעמדה ה"הלכתי", אם בכלל, של הרבנות הראשית לישראל, ראו הרב אהרן ליכטנשטיין "הרבנות הראשית לישראל: מבט הלכתי עכשווי" הרבנות הראשית לישראל: **שבעים שנה לייסודה**, לעיל ה"ש 65, 67.

116 ראו מנחם פרידמן "הרבנות הראשית – דילמה ללא פתרון" **בעיות של זהות ולגיטימציה בחברה הישראלית** (ראובן כהנא ושמחה קופשטיין עורכים, 1980).

117 כדוגמה לכך ניתן להביא את שתי חוות-הדעת הסותרות שהוגשו לבית-המשפט בפרשת **נשות הכותל**, לעיל ה"ש 29, על-ידי שני מומחים למשפט עברי ופרופסורים למשפטים באותה פקולטה – פרופ' אליאב שוחטמן ופרופ' שמואל שילה. ראו שמואל שילה "תפילת נשים בצוותא ברחבת הכותל" **תחומין** יז 160 (התשנ"ז); אליאב שוחטמן "מנייני נשים בכותל" **תחומין** טו 161 (התשנ"ה). ראו גם את תגובתו של האחרון על עמדת שילה – אליאב שוחטמן "עוד לשאלת מנייני נשים (תגובה לתגובה)" **תחומין** יז 168 (התשנ"ז).

ייתכן שמלאכת בית-המשפט בבג"ץ בני נח שנזכר לעיל¹¹⁸ עשויה לשמש דוגמה טובה למקרה שבו "שילוב ידיים" בין הגורמים השונים לשם פתרון שאלה הלכתית הוביל לתוצאה טובה. בעניין זה פנה בית-המשפט לסמכות הלכתית וקיבל מענה הלכתי מבוסס לשאלתו בסוגיית הנישואים האזרחיים. דוגמה נוספת מצויה בסעיף 28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000, הקובע מנגנון שלפיו על בית-המשפט לענייני משפחה לפנות לנשיא בית-הדין הרבני הגדול לשם קבלת חוות-דעת לגבי כשירותו של קטין להינשא.

(4) דיסהרמוניה הלכתית

אכן, לצד תחושתו הסובייקטיבית בדבר "חוסר יכולתו" להתמודד עם סוגיות הלכתיות, כפי שבאה לידי ביטוי בדבריו של בית-המשפט, אפשר שגם מנקודת-מבט אובייקטיבית בית-המשפט מתקשה לקבוע מהי "ההלכה". זאת, כאמור, בשל אופייה המורכב והלא-קוהרנטי של מערכת ההלכה היהודית.¹¹⁹ עולם ההלכה היהודית אינו משקף יחידה אורגנית "סגורה", שיטתית וסדורה, אלא מקבץ של הוראות אשר לעיתים קרובות סותרות זו את זו. גם ליודעי ח"ן, הבקיאים בעולמה של הלכה, קשה להתמצא בכל נתיבותיה. על אחת כמה וכמה שהדבר קשה למי שאינו מצוי בעולם ההלכה ומבקש להיכנס בשעריו כאורח לשעה.

(5) הרמוניה משפטית

הצד האחר של מטבע "הדיסהרמוניה ההלכתית" הוא הרצון להגיע ל"הרמוניה משפטית".¹²⁰ ביטוי זה מהלך קסם על משפטנים, ומשקף רצון של רבים מהם ליצור אחדות במשפט, עד שכל הארץ תדבר "שפה אחת ודברים אחדים".¹²¹ הדבר ניכר היטב גם ברצון לעצב קודיפיקציה משפטית ישראלית חדשה.

לנוכח זאת קיים חשש בבית-המשפט כי צלילתו למקורות ההלכתיים תביא לידי כך שהדגים שהוא יעלה בחכתו כ"עמדת ההלכה היהודית" יהיו שונים מאלה שיעלו בחכתם בתי-הדין הרבניים או חכמי-ההלכה, ושוני זה ייצור דיסהרמוניה ובלבול גדול באשר לעמדת ההלכה ה"אמיתית". ביטוי לסכנה הטמונה בכך ניתן בדברים שכתב יצחק אנגלרד לפני שנים רבות: "כאשר השופטים משתמשים באפשרויותיהם לעצב באופן עצמאי את הנורמות הדתיות, יוזמתם זו עשויה להביא לידי שוני בין הפתרונות

118 ראו לעיל ה"ש 43.

119 לעניין זה ראו אביעד הכהן "אלה החקים והמשפטים והתורות": קודיפיקציה במשפט – בין מורשת ישראל לבין הצעת חוק דיני ממונות" דף פרשת השבוע 210 (משרד המשפטים, אייר התשס"ה) נגיש בכתובת www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/210-1.htm.

120 על מרכיב זה במשפט ראו את דבריו של אהרן ברק: "שיטת משפט אינה רק חוקים והלכות. שיטת משפט היא מערכת החייבת לתפקד תוך הרמוניה וסינכרוניזציה ותוך עקביות, קוהרנטיות והתפתחות טבעית." אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 164–165 (1992).

121 ראו בראשית יא 1. וראו לעניין זה אביעד הכהן "שפה אחת ודברים אחדים" – האמנם? ריבוי דעות וזכות האדם לדבר בלשונו" דף פרשת השבוע 94 (משרד המשפטים, תשרי התשס"ג) נגיש בכתובת www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/94-2.htm.

המהותיים בבית המשפט האזרחי ובין אלה של מערכת השפיטה הדתית... ככל שתפקיד השופט הוא בעל משקל רב יותר בהליך הפסיקה, כך סיכויי הסטייה הם גדולים יותר.¹²²

אולם גם חשש זה, המובן כשלעצמו, אינו מקבל עוצמה דומה כאשר מדובר בהיזקקותו התדירה של בית-המשפט למשפט השוואתי ולעיון בשיטות משפט אחרות. גם כאן דומה כי יותר משמדובר בחשש אמיתי, מדובר ב"כסות עיניים" לנימוק האמיתי של הימנעות בית-המשפט בעיסוק בשאלות הלכתיות, שיסודו לא ב"דיסהרמוניה" גרידא, אלא ברצון למעט את החיכוך בין המערכת הדתית לבין זו האזרחית.

(6) מתח חברתי מיותר

סוד גלוי הוא שבין נושאי נס המשפט ונושאי דגל ההלכה קיים מתח חברתי, שעל שורשיו רמזנו בתחילת הדברים. מכאן שכל ניסיון לכפות על ההלכה קביעות שהורחן בבית-המשפט יעצים מתח זה ללא צורך. משטר דמוקרטי, הדוגל ברב-תרבותיות ובסובלנות כערך, צריך לנסות לתת למגזרים השונים בתוכו אוטונומיה ועצמאות, כל עוד אלה אינם פוגעים בערכי-היסוד של המדינה והקבוצות האחרות שנמצאות בה. נסינו של בית-משפט להורות הלכה פוגע באוטונומיה זו לא לצורך, ועלול להיתפס – גם אם לא זו הייתה כוונת עושייו – כפלישה לטריטוריה לא לו. כל עוד אין הכרח בדבר, ראוי להימנע מכך.

(7) אי-כיבוד הפסיקה: "יצא שכרו בהפסדו"

ההלכה עצמה, וקרוב לוודאי שגם האנשים הרואים את עצמם כפופים לה, אינם רוצים לקבל עליהם את עול מלכותה של מרות חיצונית; קל וחומר כאשר מדובר במרות אזרחית-חילונית, שכלליה שונים לחלוטין מאלה של ההלכה. על-כן ניסיון "להורות הלכה" בבית-משפט הוא ניסיון עקר, וסופו כישלון. אנשי ההלכה לעולם לא יקבלו עליהם הלכה שמקורה חיצוני, והכרעת בית-המשפט תהא כחרס הנשבר וכעפר הארץ.

תוצאה מסתברת של ניסיון לכפות הלכה שמקורה בבית-המשפט, ולא בבית-המדרש, היא אי-ציות לה. מעבר למקרה הספציפי, תופעה רחבה של אי-ציות המוני פוגעת, כידוע, במערכת השפיטה ובאמון שהציבור רוחש לה, ונזקה מרובה. אי-ציות במקרה זה עלול לגרום עימו סרבנות ציות גם במקרים אחרים, וכדור-שלג זה עלול לגדול ולהתעצם.

122 אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי", לעיל ה"ש 102, בעמ' 528 (ההדגשה הוספה).

פרק ה: ההיבט המעשי: "לא פוסק ולא בן פוסק אנכי" – רטוריקה מתנצלת בדיוניו של בית-המשפט בסוגיות "הלכתיות"

כאמור לעיל, מבחינה תיאורטית אין מלכות המשפט נוגעת במלכות ההלכה כמלוא נימה. לכל אחת מהן מרחב מחיה משלה, ולכאורה כל אחת מהן פועלת במישור שונה ועל-פי כללים שונים. המשפט פועל מכוחן של נורמות משפטיות, חוקים ופסקי-דין, ואילו ההלכה פועלת מכוח כלליה שלה, כפי שפותחו במשך אלפי שנים. כמו-כן, קהל הנמענים של המשפט וההלכה שונה לחלוטין. תחולתו של המשפט היא טריטוריאלי, והוא חל על כל בני המדינה הנמצאים בתחומיה.¹²³ לעומת זאת, תחולתה של ההלכה היהודית היא פרסונלית, והיא חלה על כל היהודים באשר הם, ללא קשר למיקומם הגיאוגרפי או לזיקתם למדינה. גם אופי תחולתן של שתי המערכות שונה לכאורה במהותו. המשפט חל על הכפופים למרותו מכוחו של חוק כופה ומצווה, אשר ניתן לאכיפה על-ידי מוסדות שלטוניים. לעומת זאת, ההלכה מחילה את עצמה רק על הכפופים לה מרצונם, באופן וולונטרי,¹²⁴ ואין בידה אמצעי כפייה שלטוניים, אלא לכל-היותר אמצעים חברתיים.¹²⁵

שוני מהותי זה לא נעלם כמובן מעיניו של בית-המשפט. לא ייפלא אפוא שבמהלך שישים שנות קיומו ויותר, התבטא בית-המשפט הישראלי לא אחת בעניין הימנעותו העקרונית מהתערבות בדבר הלכה.

בימים קדמונים עוד נטתה המטוטלת בעניין זה מצד לצד. השופט חיים כהן, למשל, ביקש להדגיש את חובתו של בג"ץ לנהוג איפוק בביקורתו על ההלכה שנפסקת בבתי-הדין הרבניים, וטעמו ונימוקו עימו. וכך הוא כותב:

"הלכה פסוקה היא ונוהג קבוע הוא בבית משפט זה מימים ימימה, שאין אנחנו יושבים בערעור על בתי דין דתיים; כל אשר פוסקים הם, הרי הוא הדין הדתי שלהם, ואין לו לבית משפט אזרחי להרהר אחר מידותיהם לעניין מהותו וטיבו של דין דתי זה. 'הנקל לתאר לאיזה סיבוכים וסתירות נגיע, אם למשל, בית המשפט הגבוה לצדק יראה 'חריגה מסמכות' בכך, שבית הדין הרבני הכריע בענין מסוים כדעת התשב"ץ בניגוד לדעתו של הריב"ש?' (כלשון השופט

123 למעט עברות אקס-טריטוריאליות חריגות, שתחולתן אוניוורסלית, כגון פשעי מלחמה, פשעים נגד העם היהודי, עברות סמים וכיוצא בהם.

124 מנקודת-מבט הלכתית עשויה להיות כמובן גישה הרואה חיוב בכפייה דתית, ובמקרים מסוימים אף ניתן לאכוף קיומן של מצוות. לעניין אי-רצינותה של כפייה מעין זו ראו יעקב לוינגר "כפייה דתית" דעות א 19 (התשי"ז); מיכאל צבי נהוראי "האם אפשר לכפות על מעשה דתי" דעת יד 21 (התשמ"ה).

125 אחד הכלים החברתיים היעילים לאכיפת נורמות דתיות הוא ה"חרם" או ה"נידוי". ביטוי "מעין-משפטי" שלו הוא הוצאת "כתב סירוב" למי שמסרב לקבל על עצמו את עולו של בית-הדין הדתי. ראו, למשל, בג"ץ 3269/95 כץ נ' ביה"ד הרבני האזורי בירושלים פ"ד נ(4) 590 (1996).

זילברג בספרו **על המעמד האישי בישראל**, ע' 174) וכבר מצוים אנו ועומדים מקדמת דנא, שהדיינים 'אשר יהיו בימים ההם' אפילו מראין בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם (ספרי, דברים, יז, יא).¹²⁶

כיוצא בו כתב אף השופט משה זילברג:

"אין בית-משפט זה קובע הלכות בדיני ישראל. יודע הוא כי זו היא עטרה שאינה הולמתו."¹²⁷

כפי שיפורט להלן, באותם ימים נשמעו גם קולות אחרים, שונים לחלוטין, בבית-המשפט העליון, אך אלה, כך דומה, הלכו והשתקעו ברבות השנים, ותחתיהם התקבעה הגישה ה"שמרנית", אשר מונעת את עצמה – הן במישור ההצהרתי והן, ובעיקר, במישור המעשי – מכניסה לעולמה של הלכה. ביטוי יפה לכך ניתן בפרשת **שקדיאל**, שבה מדגיש המשנה לנשיא השופט אלון:

"לא פוסק ולא בן פוסק אנוכי, וידעתי גם ידעתי, שאיצטלה זו אינה הולמתני. אך תורה היא, וללמוד אני צריך. ולא כתבתי מה שכתבתי במשא ומתן של הלכה אלא כדי להתלמד וכדי לשאוב ממעייניהם של חכמינו, שמימיהם אנו שותים ומפיהם אנו חיים. ואף אני אילו היה הדבר לאל ידי, נוהג הייתי כמנהגו של רבנו הרב הראשי עוזיאל ז"ל, ומניח דברים שכתבתי לעצמי, ומפרסמם לעת מצוא, אך מה אעשה, והפסיקה בנושא הרגיש והמורכב שלפנינו כרוכה היא במשא ומתן של הלכה ובבירור דעתם של רבותינו בנושא זה, שאינו יורד מסדר יומנו. ואשר-על-כן לא שעה של 'מגילת סתרים' היא שעה זו."¹²⁸

למקרא הדברים הקורא התמים עשוי לחשוב לרגע שבכותבו דברים אלה היה השופט אלון "אנוס על-פי הדיבור" להיכנס למשא-ומתן ההלכתי. אך קריאת הדברים המאלפים

126 בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 608 (1964) (ההדגשה הוספה). אכן, לימים התבטא השופט חיים כהן ברוח אחרת לחלוטין: "מסכים אני, עם כל הכבוד והיקר, שהעובדה שנתמעטו הדורות אינה גורעת מסמכותם ומכוחם של בתי-הדין שבדורנו; אלא הכלל של סמכות אותו השופט אשר יהיה בימים ההם (דברים, י"ז, 9), חל לא על בתי-דין רבניים בלבד כי אם על כל שופט בישראל; והא ראייה ששלושה 'קלי עולם', ירובעל ובדן ויפתח, שקולים 'כשלושה חמורי עולם, משה ואהרן ושמואל; לומר לך: ירובעל בדורו כמשה בדורו, בדן בדורו כאהרן בדורו, יפתח בדורו כשמואל בדורו. ללמדך שאפילו קל שבקלים ונתמנה פרנס על הציבור, הרי הוא כאביר שבאבירים' (ראש השנה, כ"ה, ב'). והתורה לא בשמיים היא, לאמור, זקוקים אנו לבית דין רבני שיעלה לנו השמימה ויקחה לנו וישמיענה לנו." ד"נ 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד(1) 792, 809 (1970) (ההדגשה הוספה). ראו גם אלון, לעיל ה"ש 98, בעמ' 260–261.

127 בג"ץ 164/67 היועץ המשפטי לממשלה נ' אברהם, פ"ד כב(1) 29, 47 (1968) (ההדגשה הוספה).

128 עניין שקדיאל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 265 (ההדגשה הוספה).

שהוציא מתחת ידיו מלמדת שגם אם נכתבו על-גבי דפים שבכותרתם מוטבעת הכותרת "בית-המשפט העליון" מתחת לסמלה של מדינת-ישראל, מצד תוכנם מדובר ב"פסק-הלכה" למהדרין מן המהדרין. הרטוריקה, הלשון והסגנון הלכתיים המה, והמקורות הם הלכתיים, והרי לפנינו מעין "פסק-הלכה" הבנוי לתלפיות. מה היה לו אפוא לבית-המשפט שמצא צורך להקדים לראש דבריו ולחתום סופם ב"התנצלות המחבר"? אין זאת אלא שנפל עליו כביכול מוראם של חכמי-ההלכה, והוא חשש פן יראו בדבריו משום הסגת גבולם של בעלי-הלכה.

"התנצלות" זו בולטת במיוחד לנוכח מקרים אחרים שבהם בית-המשפט דן ומכריע בסוגיות המחייבות מידה לא-פחותה של ידע מקצועי ספציפי – כגון רשלנות רפואית, דיני פטנטים וכיוצא בהם דברים שבמומחיות – אך אינו מוצא מקום להדגיש כי "אין הוא מדען ולא בן מדען".

על הצהרה מעין זו חוזר השופט אלון גם בפסק-דין **נשות הכותל**:

"אין אני מתימר לפסוק את הדין בשאלה זו או אחרת המובאת בפנינו מבחינת עולמה הפסיקתי של ההלכה. לא פוסק ולא בן פוסק אנוכי; מעיין אני בדבריהם של חכמים ופוסקים, והוגה אני בהגותם והגיגיהם של בעלי מחשבה והוגים, ומביע אני את דעתי אני בנדון."¹²⁹

והרי כלל גדול נקוט בידינו מקדמת דנא – שמקום שבית-המשפט (ולא רק הוא) מוצא צורך להצהיר הצהרות רמות, עלינו לבחון את יישומן בשבע עיניים, שכן אם הדבר ברור לכל, מה צורך יש בהצהרה? ושמה אין ההצהרה באה אלא להסתיר את הפער שבין הפרקטיקה והתיאוריה?¹³⁰

דברים דומים, שמקצתם הובאו לעיל, כתב גם השופט אנגלרד בדעת המיעוט שלו בפסק-דין **שביט**:

"בעניין הנדון, אין בית-משפט זה רשאי להרהר אחר נכונותה של ההלכה שנפסקה על-ידי המוסד המוסמך על-פי הדין הדתי. אין בית-המשפט פוסק הלכה דתית, והשקפתו האישית של השופט על טיב האמונה ועל טיב פסק ההלכה – דהיינו: אם הם עקביים או תואמים את רוח הזמן – השקפה זו אינה רלוונטית..."¹³¹

129 עניין **נשות הכותל**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 298 (ההדגשה הוספה).

130 על פער גדול זה בכל הנוגע ביישומם ובהטמעתם של עקרונות המשפט העברי במשפט של מדינת-ישראל ראו בהרחבה במאמרי "עשיית עושר ולא במשפט העברי", לעיל ה"ש 95.

131 עניין **שביט**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 646 (ההדגשה הוספה). השופט רובינשטיין חזר על אמירה דומה בפסק-דינו בעניין "היתר המכירה" בשנת השמיטה: "אין צריך לומר, ודברים בחינת פשיטא, שעניינינו כבית משפט הוא תקפותן של ההחלטות נשוא העתירות במשפט המינהלי ואיננו פוסקי הלכה". עניין **אסיף ינוב**, לעיל ה"ש 67, פס' ת.

והוסיף עליהם השופט רובינשטיין בפסק-דינו בעניין **חסן**:

"ההלכה, ככל שיטה משפטית, היא מערכת מורכבת הכוללת איזונים וחילוקים דקים, עד שהמשנה, חיבור יסוד הלכתי, אומרת על חלק מתחומי ההלכה כי 'הם כהררים התלויין בשערה שהן מקרא מועט והלכות מרובות' (משנה חגיגה א' ח'), ואלה מסורים לחכמי ההלכה ולא לחכמי המשפט (ראו דברי Chief Justice Burger בפסק הדין האמריקני United States v. Lee 455 U.S. 252 (1982), בעניין פירוש כתבי קודש...)... הדעת נותנת, כי ככלל יימנע בית המשפט מהתערבות במערכת עדינה זו, שאינה בתחום מומחיותו".¹³²

אכן, דומה שאין זה מקרה שאמירות אלה יצאו כולן מתחת ידיהם של שופטים שומרי מצוות הרואים את עצמם כפופים להלכה. בשל המתח המובנה בין כפיפותם כשופטים למרותו של הדין שעל-פיו הם שופטים לבין כפיפותם הדתית כשומרי מצוות למרותם של חכמי-ההלכה, בולט אצלם הרצון להדגיש את הימנעותם מנטילת השרביט של פסיקת ההלכה לידיהם, ואת הסתפקותם בכתר המשפט שעל ראשם. אולם למרות הצהרות אלה, אשר לא אחת נשמעו ברמה, הלכה למעשה נכנסו שופטים אלה בעובי הקורה ההלכתית, שחו ביס התלמוד והפוסקים, והעלו משם מסקנות אשר עמדו לא אחת בניגוד לעמדתם של פוסקי ההלכה ה"רשמיים"¹³³ והמוכרים.

בהקשר זה יש לציין כי פסיקתו של השופט אלון בעניין **שקדיאל**¹³⁴ הובילה למעשה – ולו למראית-עין – לשינוי ה"הלכה" הדתית עצמה. בעוד שעובר לפסיקה הוציאה הרבנות הראשית "פסק-הלכה" שלפיו אסור לאישה לכהן כחברה במועצה הדתית, מייד לאחריה החלו נשים לכהן במועצות דתיות ברחבי הארץ, וישבו בהן בצוותא חדא עם רבנים, ואין פוצה פה ומצפצף. תמורה זו רק הבליטה עוד יותר את הצורך בביקורת שיפוטית על החלטות אשר נחזות כ"הלכה" אך למעשה אינן אלא "הבעות דעה", שאינן נשענות בהכרח על הלכה מוצקה, אלא על פסיקה "מעין-"

¹³² עניין **חסן**, לעיל ה"ש 23, פס' יג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשות הוספו). על עמדה זו חזר השופט רובינשטיין גם בפסק-דין שנתן ממש לאחרונה בסוגיית ביטול גיור למפרע. ראו עניין **הרב שרמן**, לעיל ה"ש 49, פס' לג. ראו גם את הצהרתו, בעקבות פסיקה קודמת, שלפיה "בית משפט זה לא ישים עצמו פוסק בענייני הלכה". בג"ץ 8872/06 **פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול**, פס' ד (לא פורסם, 20.12.2006).

¹³³ השאלה מיהו הגורם ה"מוסמך" בענייני הלכה אינה פשוטה כלל ועיקר מנקודת-מבטה של ההלכה היהודית. ביסודה, ההלכה היא מערכת וולונטרית, ולא ממסדית, וסמכותו של חכם-הלכה נקנית בעיקר מכוח צייתם הוולונטרי של בני הציבור לפסיקותיו, ולא מכוחו של ממסד רבני זה או אחר. מכל מקום, מדינת-ישראל הכירה, לפחות בעניינים מסוימים ולצרכיה שלה, ברבנות הראשית לישראל וברבנים המקומיים כגורמי הכרעה הלכתיים.

¹³⁴ עניין **שקדיאל**, לעיל ה"ש 11.

פוליטית", שמונעת לא אחת משיקולים מִטְּ-הלכתיים¹³⁵ וממניעים של מדיניות הלכתית המיועדים להשיג תכלית שיפה בעיני הרבנים.

פרק ו: העמדה החולקת: "עניין שבהלכה" אינו מילת-קסם המונעת ביקורת שיפוטית

לצד העמדה המבליטה את הימנעותו של בית-המשפט מ"הסגת גבולם" של חכמי-ההלכה, נגלית בפסיקת בתי-המשפט, זעיר פה זעיר שם, גישה שונה לחלוטין ולפיה בית-המשפט אינו צריך לחשוש יתר על המידה מפני "ההלכה". לפי גישה זו, במקרים ראויים, גם אם לא כדבר שבשגרה, על בית-המשפט להיכנס לנבכי ההלכה, לבחון אותה באופן עצמאי, ולהעביר את "פסק-ההלכה" שיצא מתחת ידיהם של הרבנים ובתי-הדין תחת שבט ביקורתו השיפוטית העצמאית, כפי שהוא עושה להחלטות של פורומים אחרים. זאת, לא כדי "להתחרות" בחכמי-ההלכה בתחום מומחיותם, אלא כדי לוודא שאין הם נושאים את שם ההלכה לשווא, ולהבטיח שנושאי דגל ההלכה ברמה אינם עושים כן משיקולים זרים.

בהעבירו את נימוקי ההלכה תחת שבט ביקורתו, בית-המשפט הולך בדרך שכבש לו בסוגיות אחרות – מדיניות, פוליטיות ובעיקר בטחוניות. כידוע, במשך שנים רבות משך בג"ץ את ידו מעיסוק בסוגיות אלה, בטענה שהן "אינן שפיטות". אולם למן שנות השמונים ואילך חל שינוי גדול בעניין זה, ובית-המשפט החל להכניס את ראשו "בין ההרים הגדולים" ולבחון כל מקרה לגופו, ולא הסתפק עוד במילות-הקסם "שיקולים של בטחון המדינה", אשר די בהן, כביכול, להסיר מעל שיקולים אלה כל שמץ של ביקורת שיפוטית.¹³⁶

כך עשה, לעניין "שיקולי ההלכה היהודית", השופט ויתקון בפרשת גיתיה,¹³⁷ שעניינה היה הכרה ביהדותו של בן העדה האתיופית ("פלשי") שהרבנות סירבה לרשום

¹³⁵ על שיקולים אלה ויחסם להלכה ה"רגילה" ראו אביעד הכהן "שיקולים מטא-הלכתיים בפסיקת ההלכה – מתווה ראשוני" עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה 279 (אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק עורכים, 2008).

¹³⁶ ראו, למשל, בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006): "הטענה כי הפגיעה בזכויות אדם נעשתה משיקולי ביטחון אינה שוללת ביקורת שיפוטית. 'שיקולי ביטחון' או 'צורך צבאי' אינן מילות קסם...". ראו עוד בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 375, 352 (2002); בג"ץ 619/78 "אל טליעה" שבועון נ' שר הביטחון, פ"ד לג(3) 505, 512; בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאנוניה אלמחדודה אלמסאוליה – אגודה שיתופית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 809, 785 (1983); בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 16 (2002).

¹³⁷ בג"ץ 359/66 גיתיה נ' הרבנות הראשית והמועצה הדתית, ירושלים, פ"ד כב(1) 290 (1968).

אותו לנישואים בטענה שהוא אינו "יהודי". בג"ץ דחה את העתירה לגופה פה אחד, אולם השופט ויתקון – אף שהסכים לתוצאה, ודבריו לא נצרכו לגוף הכרעת הדין – מצא לנכון לומר דברים נוקבים בעניין יכולתו של בג"ץ להתערב בגופי הלכה. אמרת-האגב שלו מקבלת משנה חשיבות על רקע פסקי-דינו הקצרים בדרך-כלל, שאינם נוטים להרבות באמרות-אגב לא לצורך.

השופט ויתקון פותח בהצגת עמדתו של בא-כוח הרבנות, שלפיה "לעצם העניין, הקביעה, מי הוא יהודי ומי לא, נפסקה על-פי ההלכה והיא נתונה אך ורק לבית-הדין הרבני, ורק הוא מוסמך לפסוק על-פי דיני תורה. ומיותר להוסיף כי אין גוף אשר יכול לכפות על בית-הדין דעה שנוגדת את ההלכה, ואף לא להורות לו, מה ההלכה בנדון". השופט ויתקון ממחר להסתייג מעמדה זו בחריפות:

"כאן יש, קודם כל, כפירה מוחלטת בסמכותנו לפסוק בעניין של הלכה. להשקפה זו יש מהלכים אצלנו... [אך] לדעתי, לא ייתכן שיהא בית-משפט בישראל שעניין שבהלכה יהיה לפניו מעין שטח סגור.

כמובן, גם אני סבור שהמקרים שבהם יחלוק בית-משפט זה על בתי-דין רבניים בעניין שבהלכה יהיו נדירים ביותר. בתי-דין אלה מוחזקים מומחים בתחום ההלכה. וכמו בתחומים אחרים הדורשים בקיאות מיוחדת, אף כאן לא נמחר לחלוק על דעת מומחים. בתי-דין דתיים דינם בנדון זה כדין בתי-דין וטריבונלים אחרים. כך אני מפרש את אמרות השופטים, שגילו בעבר חוסר רצון לעסוק בשאלות של הלכה. מקום שהשאלה שנויה במחלוקת המומחים, לא ימצא בית-המשפט, על-פי רוב, שהצדק דורש את התערבותו.

אך אין בכך כדי לשלול או לסייג את עצם סמכותנו. דין דתי, בין שבכתב ובין שבעל-פה, אף הוא בגדר המונח "דין"¹³⁸ וחזקה על בית-משפט שבמדינת ישראל, העוסק בדינים מארצות שונות, שאף דין יהודי אינו זר בעיניו... 'עניין שבהלכה' אינו מלת קסם המונעת את הדיון על הסף.¹³⁹

והחרה-החזיק אחריו השופט צבי ברנזון:

"הדעת נותנת כי בית-משפט חילוני, בכואו להחליט בעניין שיש בו הלכה פסוקה של בית-דין דתי, יתן לה משקל רב ביותר ובדרך כלל יונחה על-ידה. אני עצמי, בפסק-דיני שהוא נשוא דיון נוסף זה, הסתמכתי על פסקי-דין של בתי-הדין הרבניים והלכתי בעקבותם. עם זאת, ברור לי כי פסקי-הדין של בתי-הדין הדתיים אינם קושרים ואינם מחייבים את בתי-המשפט של המדינה בכואם להחליט בעניין הנתון להכרעתם, אף שההכרעה צריכה ליפול לפי הדין הדתי.

138 ס' 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], נ"ח התשי"ד 238.

139 עניין גיחיה, לעיל ה"ש 137, בעמ' 297–298 (ההדגשות הוספו).

לא אחת קורה שבענין פלוני אין הלכה מגובשת ואחידה ויש דעות לכאן ולכאן, והבא להחליט בו צריך לפלס לו דרך בין הדעות השונות. עד כמה שידוע לי, אף בבתי-הדין הרבניים עצמם אין בית-דין אחד רואה עצמו קשור בהלכה שנפסקה על-ידי בית-דין אחר. לא-כל-שכן ביחסים שבין בית-משפט חילוני ובית-דין דתי. אם כי, כאמור, בית-משפט חילוני יתייחס בכל הכבוד הראוי לפסק הלכה של בית-דין דתי בענין הנתון להכרעתו, הוא מוסמך לחתוך את הדין באופן בלתי-תלוי לפי מיטב ידיעתו והבנתו. והלוואי שבענינים הבאים לפני בתי-הדין הרבניים, שחל בהם חוק המדינה או שישנה הלכה פסוקה על-ידי בית-משפט מוסמך, ינהגו בהם בתי-הדין לפי אותו יחס של כבוד וחובת ציות המוטלת עליהם על-פי החוק.¹⁴⁰

לעמדה זו היו מהלכים גם בשנים מאוחרות יותר. כך, למשל, אימץ אותה הנשיא שמגר בפרשת ענף האטליזים.¹⁴¹ בעניין זה נידונה הלכה אשר מנעה הכנסת "בשר שחוטי חוץ" לירושלים, וקבעה כי אם בשר כזה ייכנס לתחומי העיר, לא תינתן לו תעודת הכשר. גם כאן דחה בית-המשפט את העתירה, אך הנשיא שמגר נדרש לבחון את גוף ההלכה, ומעיר שאין לקבל את העמדה הגורסת כי בענייני הלכה בית-המשפט חייב לאמץ בכל מקרה את עמדתה ההלכתית של הרבנות ולראות בה "סוף פסוק אשר אין מהרהרים אחריו; כאילו אין אחרי תגובתן ולא כלום, ומשהשמיעו תגובתן, כי עניין שבהלכה הוא היסוד והמניע להחלטתן, אין אלא לקבל דבריהן, שהרי הן אלו שהופקדו על-פי דין על כל עניין שבהלכה". וכך כותב הנשיא שמגר:

"לו נתקבלה גישה זו, הייתה נחסמת בכך הדרך בפני כל בדיקה עניינית של המחלוקת על-ידי בית-משפט זה, מן העת שהוענקה לתגובת המשיבות הגושפנקא של דבר הלכה.

אינני סבור, כי יש לקבל פרשנות זו בעניין סמכויותיו של בית המשפט הגבוה לצדק בתחום אשר עליו הופקד לפי האמור והמותווה בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה.

כבודן של המשיבות [=מועצת הרבנות הראשית והמועצה הדתית לירושלים] במקומו מונח, ואין חולק על מומחיותם של רבני העיר בכל דבר הלכה. יתרה מזאת, נכון אני להניח... כי המקרים בהם יחלוק בית המשפט על עניין שבהלכה יהיו נדירים, שהרי לא נמהר לחלוק על דעת מומחים בענייני דין דתי. אולם, יחד עם זאת, אין להתעלם מכך, שאנו עוסקים בעניין שבדין, כהגדרתו כיום בסעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, וכל הכלול בגדר הגדרתו של מונח זה אינו מחוץ

140 עניין יוסף, לעיל ה"ש 126, בעמ' 810 (ההדגשות הוספו).

141 בג"ץ 44/86 ענף האטליזים של מחוז ירושלים נ' מועצת הרבנות הראשית לירושלים, פ"ד (מ) 1 (1986).

לתחום ההכרעה של בית המשפט, על-פי כל מובניו, זוויותיו והיבטיו של מטבע הלשון 'הכרעה'.

זאת ועוד, יש שעניין שבהלכה אינו לובש לבוש חד-משמעי ומונוליטי. גלוי וידוע הוא, שיש דברים אשר להם הרבה פנים, ויכולות להיות לגביהם גישות שונות. דוגמה לכך יכול לשמש עניין מתן ההכשר לפסח של סוגי מזון מסוימים, נושא אשר בו אין, למשל, גישה אחידה בכל עדות ישראל. אך מובן, שאין האמור כאן אלא בגדר דוגמה, ולא ביקשתי למצות את הנושא על כל צורותיו ודוגמאותיו.¹⁴²

עמדתו הנחרצת של הנשיא שמגר, אף שהובעה במסגרת אמרת-אגב בלבד, עוררה גלים. לאחר שנים רבות שבהן נמנע בית-המשפט בעקביות מלערער או להרהר אחר "דבר הלכה", נשמעו לפתע במסדרונותיו זמירות חדשות.

מעניין שבעוד שבעולם המשפט לא עוררו הדברים שימת-לב מיוחדת, דווקא בעולם החרדי הכירו בפוטנציאל המהפכני (והמסוכן, לטעמם של חכמי-ההלכה) הגלום בהעברת פסקי-הלכה תחת שבט ביקורתו של בג"ץ. בעמודו הראשון של העיתון יתד נאמן, בטאונה של תנועת "דגל התורה",¹⁴³ הותקף בחריפות פסק-הדין של בג"ץ, שכונה "התבטאות מתנשאת נוספת של בית המשפט". בסמוך לדברים הובאו דבריו של הרב הראשי לירושלים דאז, הרב יצחק קולייץ ז"ל, שפסיקת ההלכה שלו הועברה תחת שבט ביקורתו של בג"ץ. בדבריו אלה הכריז הרב כי "אין לתאר שבג"ץ יתערב בשיקולי הלכה". במאמר המערכת של העיתון, תחת הכותרת "קובעי' ההלכה בישראל", נכתב: "בית המשפט העליון העניק 'מתנה' לכבוד יום הדין הקרב ובא. הוא הביע פעם נוספת את עמדתו כלפי ההלכה וכיצד היא נראית בעיניו. לפי טעמו, מעמדה במדינת ישראל כמעמדה של השפחה המשרתת את גברתה – החוק. פעם אחר פעם מתייצב בית המשפט בנושאים הלכתיים ומתייצב נגד פסיקה של רבנים היושבים על מדין." כעבור כמה ימים, למחרת יום הכיפורים, הצטרף גם בטאונה של "אגודת ישראל" למתקפה,¹⁴⁴ ובמאמר המערכת שלו, תחת הכותרת "בית המשפט וההלכה", התקיף את פסק-הדין: "מה אפוא עניינו של שופט בערכאה אזרחית לבוא ולהתערב בענייני הלכה ועוד להתיימר בניסיון לבוא ולהכריע במקום שיש בו גישות שונות."

דומה שכמה שנים מאוחר יותר הגיעה התערבותו של בית-המשפט בגופי ההלכות לשיאה. בפסק-דין רסקין¹⁴⁵ נידונה שאלת כשרותו של מלון שהאוכל שהוגש בו היה כשר מצד מרכיביו, אך לצד האוכל נהגו בו מופעים של ריקודי-בטן. אכן, במקרה זה החוק עצמו מפנה ל"דיני הכשרות", אך השאלה מה נכלל בהם ומה היקפם הייתה שנויה במחלוקת בין פוסקי ההלכה – שני רבני העיר ירושלים, שאף צורפו כמשיבים לעתירה –

142 שם, בעמ' 6 (ההדגשה הוספה).

143 יתד נאמן, ערב שבת שובה, 10.10.1986, 1.

144 המודיע 14.10.1986.

145 עניין רסקין, לעיל ה"ש 13.

לבין בית-המשפט. המעיין בפסק-הדין יראה שלצורך ההכרעה בעניין נכנס בית-המשפט לתוך גופי הלכות, תוך שהוא מנסה לצייר את גבולותיהם של "דיני כשרות". יש לציין כי הגבולות שהותוו על-ידי עשויים להיות תקפים מנקודת-מבט הלכתית, אך אין להם בסיס בעולם ההלכה עצמו. שניות זו באה לידי ביטוי גם בפסק-דין מאוחרים יותר, כגון פסק-דין קומפורטי.¹⁴⁶

תחום נוסף שבו הדגיש בית-המשפט, פעם אחר פעם, את יכולתו להתערב בגופי הלכות הוא שאלת כיתובו של תאריך גרגוריאני ("לועזי") על-גבי מצבה בבית-קברות יהודי, על גלגוליה השונים. עניין זה עלה לראשונה בפרשת גדעון.¹⁴⁷ אף שעיקר הדיון המשפטי באותו מקרה נסב על שאלת היות ההסכם בין הצדדים "חווזה אחיד", ועל פרשנות תניותיו, התייחס השופט ויתקון גם לטענתה ההלכתית של החברה קדישא שלפיה כתיבת התאריך הגרגוריאני מנוגדת להלכה היהודית. וכך הוא כותב:

"נראה לי שכנגד המשיבה [=החברה קדישא – א' ה'] אין למערער פתחון-פה. היא מנהלת את עניניה ברוח השקפתה וקובעת מה שנאה בעיניה לגבי המצבות שבבית-העלמין שבהנהלתה. אין נפקא מינה, אם נסכים או אם לא נסכים להשקפה זו. לא בידינו להתווכח עמה, אם השקפתה מעוגנת בדין או בהלכה או ברוח הדת היהודית בת זמננו."¹⁴⁸

אכן, למרות הצהרה רמה זו שלפיה "לא בידינו להתווכח עמה", בית-המשפט ממשיך מייד ומצביע על הקושי שבגוף ההלכה, תוך שהוא מעלה ספקות ביחס לנכונותה:

"נכון הדבר, איסור הלוח הכללי אינו אחד מתרי"ג המצוות, וייתכן שהמשיבה מחמירה יתר-על-המידה. נכון גם שחוות-דעתו של כבוד הרב הראשי, הרב עובדיה יוסף, שעליה מסתמכת המשיבה, אף היא נושאת תאריך לפי הלוח הכללי, ולא זו בלבד שנהוג לציין תאריכים לפי לוח זה בכל מסמך רשמי וטקסי הנערך במדינת ישראל, אלא שאף במסמכים היוצאים מתחת ידי הרבנות מוצאים אותו לעתים קרובות."¹⁴⁹

גם השופט עציוני, שהצטרף לתוצאה, מביא דברים מפסק-ההלכה שכתב בעניין הרב עובדיה יוסף, רבה הראשי דאז של העיר תל-אביב, אך חולק עליהם לגופם:

¹⁴⁶ עניין קומפורטי, לעיל ה"ש 15.

¹⁴⁷ ע"א 280/71 גדעון נ' חברה קדישא גחש"א, פ"ד כז(1) 10 (1973).

¹⁴⁸ שם, בעמ' 15 (ההדגשה הוספה).

¹⁴⁹ שם (ההדגשה הוספה).

"...בחוות-דעת זו כותב כבוד הרב כי 'יש לאסור בהחלט העמדת מצבה בתאריך לועזי, כי יש בזה איסור תורה, שנאמר: 'בשם אלוהים אחרים לא תזכירו', שעל-ידי המנין הלוועזי עולה בזכרונו מחשבת מספר שנות לידת הנוצרי'. עם כל הכבוד הראוי לחוות-דעת זו ובלי להיכנס לשאלה באיזו מידה היא מחייבת את המערער או כל מי שרוצה להעמיד מצבה על קברו של קרובו, הרי היא עצמה נושאת נוסף לתאריך העברי, כ' בכסלו תש"ל, גם את התאריך הלוועזי – 30.11.69 – אותו תאריך ממש העלול כדברי חוות-הדעת להעלות בזכרונו את מספר שנות לידת הנוצרי... ברור איפוא, שהטענה כאילו ציון תאריכים כלליים בבתי-קברות יהודיים עלול לפגום בהלכה או לפגוע ברגשותיהם הדתיים של יהודים, היא מחוסרת כל יסוד ומופרכת מעיקרה."¹⁵⁰

בית-המשפט אינו מסתפק אפוא בעמדה ש"זוהי ההלכה", אלא בוחן אותה לגופה, מביע ספקות ותהיות באשר לנכונות הקביעה כי "זוהי ההלכה ואין בלתה", ואחד השופטים אף קובע בנחרצות כי הקביעה ש"זוהי ההלכה" היא לא פחות מאשר קביעה "מחוסרת כל יסוד ומופרכת מעיקרה".

כך עשה בית-המשפט גם בפרשת קסטנבאום. בית-המשפט המחוזי התייחס לסוגיה ההלכתית, אך סירב לקבל את עמדתה ה"הלכתית" של החברה קדישא. וכך כתב השופט זיילר:

"כזכור הצהירה המשיבה כי הטעם לאי רישום 'התאריך האזרחי' הוא טעם שבהלכה. התנהגותה של המשיבה בעבר, כשהתירה את רישום התאריך הזה על-גבי מצבת קברו של פרופ' אטינגר, אם כי כשתאריך זה מצוין באותיות עבריות ובמלים עבריות שלמות, משמיטה את הטעם הזה. חזקה על המשיבה שלא היתה פועלת בניגוד להלכה. ודוק, אין מדובר במקרה חד פעמי של הסכמה בהיסח הדעת, משום שגם בענינו הסכימה המשיבה שהתאריך האזרחי ייחרט על המצבה באותו אופן. אמור מעתה שבין תודה המשיבה, בין לאו, לא 'טעם הלכתי' עומד מאחורי סירובה לרישום של התאריך האזרחי בספרות, אלא טעם אחר. אני מוכן להניח שאין מדובר בשרירות לב של המשיבה: אם כך הוא הדבר, אני מניח ש'טעם לאומי' הוא הטעם העומד ביסוד סירובה של המשיבה לרישום התאריך האזרחי בספרות."¹⁵¹

הנה כי כן, בית-המשפט אינו מקבל את השימוש ב"הלכה" כמילת-קסם המונעת את ביקורתו השיפוטית. תחת זאת, הוא בוחן את ה"הלכה" לגופה, ואם השתכנע כי ההלכה

150 שם, בעמ' 19 (ההדגשות הוספו).

151 ה"פ (מחוזי י"ם) 2116/89 קסטנבאום נ' חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים, פ"מ התשנ"א(1) 122, 127 (1990) (ההדגשות הוספו).

אינה תואמת את ה"הלכה" כפי שהוצגה על-ידי המשיבה, הוא פוסק נגדה. עמדה זו אומצה מאוחר יותר בבית-המשפט העליון.¹⁵² במקרה דומה נוסף, שנידון בפסק-דין **שביט**,¹⁵³ פסק רב העיר ראשון-לציון כי מנקודת-מבטה של ההלכה אסור לחרוט תאריך לועזי על מצבה. השופט חשין אינו מסתפק בבחינה "מנהלית", המתמקדת בסמכותו של רב העיר, אלא יורד לעומק העניין, דן בגוף ההלכה, ומגיע למסקנה כי מבחינה הלכתית אין כל איסור בדבר. בדרך אגב הוא מערער גם על הלכה יהודית נוספת, מתחום שונה לחלוטין, הקובעת כי בכגון דא קובעת עמדתו של ה"מרא דאתרא" – רב העיר. וכך כותב השופט חשין:

"הלכה זו, ההלכה המקנה לרב המקום סמכות-על על תחום-שיפוטו – הילכת המרא דאתרא – כוחה-עימה כלפי מי שהם שומרי-מיצוות או על-פי דין מפורש של המדינה. בימים שמכבר, ובקהילות ישראל שהיו מפורזות בין העמים בכל המדינות, זו היתה ההלכה ואין בילתה. זו ההלכה, כמסתבר, בקהילות ישראל בעולם גם בימינו-אנו..."¹⁵⁴

לא כן בישראל, שנקבצנו אל ארצנו, ולא נמצא לי טעם טוב – מבחינת דין המדינה – להשליט את הילכת המרא דאתרא על הכל – על שומרי-מיצוות ועל מי שאינם שומרי-מיצוות – כמו היתה חוק המדינה. אכן, החלטת הרב של החברה קדישא – המבקש להשליט את סברתו על כל הקהילה, על שומרי-מיצוות ועל מי שאינם-שומרי-מיצוות – אינה מקובלת עלינו מכל-וכל.

הבה נקרב ראשינו ונתמה: הנה הן רחובות ונס-ציונה, תל-אביב ויפו, רמת-גן וגבעתיים, חולון ובתי-ים, חיפה והקריות; מצבות אשר הוצבו בכל אחת מאלו ניתן לחרוט עליהן, כמסתבר, את יום הלידה ואת יום המוות לפי הלוח הכללי; כך בכל אלו, ואילו בראשון-לציון נאסר הדבר – כיום – באיסור חמור. ביודענו כי הגבולות של כל מקומות-ישוב אלה נתחמו בידי המדינה ולא בידי ההלכה; כי תחום שלטונו של המרא דאתרא נקבע על-פי דין המלכות; נעמוד אנו ונשאל: מה בין מינסק לבין פינסק, שכאן יותר וכאן ייאסר? אף אתה אמור: החברה קדישא מבקשת להשליט את החלטת המרא דאתרא על תושבי ראשון-לציון; לכפות את איסוריו על כל תושבי העיר; כי כך קובעת ההלכה. ואילו אנו, אנו לא מצאנו לא דין ולא צדק כי נאכוף על בני-העיר את איסוריו על המרא דאתרא...

152 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 76. כן ראו את דבריו של השופט אלון, בדעת מיעוט (שם, בעמ' 489), הנכנס לדון בגוף ההלכה וקובע כי לדעתו ה"הלכה" שקבעו רבני החברה קדישא בטעות יסודה מבחינה הלכתית. ראו גם את ביקורתו של השופט אנגלרד, גם-כן בדעת מיעוט, בעניין **שביט**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 641, שכדי לחזקה הוא מצטט בהרחבה את פסק-ההלכה של הרב עובדיה יוסף.

153 עניין **שביט**, לעיל ה"ש 76.

154 ראו בהקשר זה אלון, לעיל ה"ש 94, בעמ' 547 ואילך; עניין **חסן**, לעיל ה"ש 23, פסק-דינו של השופט רובינשטיין והמקורות הנזכרים שם.

המרא דאתרא – באשר הוא – אין הוא נעלה על כל רשות ציבור אחרת, וכמותו של המרא דאתרא כן הן החלטותיו, שאין הוא רשאי לכפותן על הציבור אם פוגעות הן בעיקרי-יסוד של חיינו. לא בשמיים היא.¹⁵⁵

למרות דבריו הנכוחים של בית-המשפט בפרשיות אלה, ניתן להצביע על מקרים שבהם פסיקת בית-המשפט משקפת נסיגה ורתיעה משיקוע רגליו ב"ביצת ההלכה", והימנעות מלבחון בחינה מדוקדקת של שיקולי ההלכה לגופם.¹⁵⁶ דוגמה חריפה לכך ניתן להביא מפסק-דין לקוני, סתום לחלוטין כמעט, שנתן בית-המשפט העליון בפרשת בר.¹⁵⁷ בפרשה זו נידון איסור שהטיל רב העיר של פתח-תקוה על נשים לשאת הספדים בבית-ההללויות העירוני, תוך הישענות על נימוקים הלכתיים. אף שבית-המשפט הוציא צו מוחלט וקיבל את העתירה, לאחר שבחן לגופם נימוקים הלכתיים אלה ומצא כי אין בהם ממש, נמנע בית-המשפט מלתת ביטוי מפורש לעמדתו בפסק-דינו, והותיר אחריו פסק-דין שאומנם הוציא מלפניו צו מוחלט בעתירה אך נותר סתום, עמום ומעורפל לחלוטין.

פסק-הדין כולל ארבע שורות בלבד: "לאחר חילופי דברים בין באי כוח הצדדים, ובהמלצת בית המשפט, ניתן בזה בהסכמת המשיבה 3 [=החברה קדישא] צו מוחלט המורה לה לפעול כאמור בסעיפים: 29, 35 ו-48 לכתב התשובה מטעמה מיום 17.5.2006. הא ותו לא. מאחורי ניסוח עמום זה עומדים סעיפים בכתב תשובתה של החברה קדישא, אשר משראו פרנסיה כי "כלתה אליהם הרעה" ובג"ץ עומד להתערב בהחלטתם למנוע נשים מלהספיד את יקיריהן, ניאותו לאפשר פרקטיקה זו לבקשת החפצים בכך.

הסיבות להימנעותו של בג"ץ מנקיטת עמדות ברורות ביחס ל"הלכות" המובאות לפניו אינן רק חוסר ידע ובקיאיות (שעליו עמדנו לעיל) או ענווה וצניעות יתרה. הסיבות רבות ומגוונות, ודומה כי אין הן פרי המקרה, אלא פרייה של "מדיניות משפטית" מכוונת, שנועדה לשכך במעט את המתח שבין בית-המשפט לבין ציבור שומרי המצוות.¹⁵⁸ אולם מנקודת-מבטו של שלטון החוק, ואף מנקודת-מבטם של נמעני בית-המשפט, יש להימנעות זו, לא אחת, מחיר גבוה ביותר. ראוי אפוא להרהר פעם נוספת בכדאיותה של נקיטת מדיניות זו, ולשקול את שכרה כנגד הפסדה.

155 עניין שביט, לעיל ה"ש 76, בעמ' 622–623, 632 (ההדגשות הוספו).

156 למקצת דוגמות למגמה זו ראו לעיל ליד ה"ש 126–132.

157 עניין בר, לעיל ה"ש 60.

158 לעניין זה ראו מאמרי "נישט פון אונזערע", לעיל ה"ש 10, והמקורות הנזכרים שם. ראו גם בג"ץ 7521/11 עזריה נ' משטרת ישראל (טרם פורסם, 16.10.2011) (גילוי נאות: בעתירה זו ייצגתי את העותרת).

פרק ז: גשר ההלכה ודרך השלום

התבוננות על התמונה רחבת-היריעה שצוירה לעיל מלמדת כי בכואו לדון ב"עניינים שבהלכה", בית-המשפט נוקט כמה גישות חלופיות.

א. בקוטב האחד מצויה גישה שנמנעת כליל מלעסוק בענייני הלכה, ורואה אותם כניצבים "מחוץ לתחום".

ב. בקוטב האחר נמצאת גישה שאינה רואה ב"עניינים שבהלכה" כל דבר מיוחד, ומעבירה את פסקי-ההלכה השונים תחת שבט ביקורתו הרגיל של בית-המשפט.

בתווך ניתן להצביע על כמה גישות-ביניים:

ג. גישה הדוגלת בבחינת פסקי-ההלכה לגופם, אך נזהרת בהם זהירות יתרה, ומפעילה לגביהם אמות-מידה שונות של ביקורת שיפוטית מאלה שהיא מפעילה כלפי החלטות של רשויות ממשל וגופים אחרים;

ד. גישה של "בעזרת השם", אשר מעבירה בפועל את פסקי-ההלכה במסגרת הביקורת השיפוטית של בית-המשפט, אך מצהירה בשער בת רבים כי אין היא עושה כן;¹⁵⁹

ה. גישה שאינה שוללת עקרונית את בחינת פסקי-ההלכה לגופו, אך באופן מעשי סוללת דרכי מעקף שיאפשרו לה להגיע לתוצאה שיפוטית רצויה מבלי להיכנס לתוכני פסקי-ההלכה.¹⁶⁰

מהי הדרך הראויה שיבור לו בית-המשפט בעניין זה? דומה בעניינינו שכמו בסוגיות אחרות, אין זה מן הראוי – אף שהדבר אפשרי – לקבוע מראש מסמרות בעניין זה. ביקורת שיפוטית חיונית כמובן לשמירה על זכויות האדם ולקיום מנהל תקין, אולם דרכים רבות לה. כשם, להבדיל, שיש "שבעים פנים לתורה", וכולם אהובים, כולם ברורים, כך גם בביקורת השיפוטית. יש מקרים שבהם ראוי – ואף חובה – שבית-המשפט ייכנס בעובי הקורה ההלכתי, ולו על-מנת לקיים מצוות חכמים "להציל עשוק מיד עושקו" ולמנוע פגיעה בעיקרי הצדק והמשפט; ויש מקרים שבהם ראוי לו לבית-המשפט כי ינהג מתונות בדין ולא ימהר, גם אם לגוף העניין היה ביכולתו להסיג את גבולם של בעלי-ההלכה, לבוא בתחומם וליטול לעצמו את כתרם.

159 ראו, למשל, את עמדותיהם של "השופטים הדתיים" שהובאו לעיל בפרק ה.

160 "גישת מעקף" אחרונה זו מאפיינת מאוד את פסיקתו של הנשיא ברק. ראו, למשל, את פסק-דינו בעניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 76 – בהשוואה לעמדתו של השופט אלון באותו עניין – וכן את הכרעתו בעניין בבלי, לעיל ה"ש 77, בעניין חלוקת הרכוש השוויונית הראויה בין בני-זוג. לגישת ה"הלכה" בעניין זה ראו הרב אברהם חיים שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפט התורה "תחומין יח 32 (התשנ"ח); אברהם חיים שרמן "הלכת השיתוף" – אינה מעוגנת כדיני ישראל "תחומין יח 205 (התשנ"ט). השוו לעמדתו ההלכתית החולקת של הרב דיכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? "תחומין יח 18 (התשנ"ח).

כמו תמיד, ההכרעה בכל מקרה ומקרה צריכה להיעשות לפי נסיבותיו המיוחדות, וראוי שינהגו בתחום זה "השכל הישר" והתבונה, ולא רק מידת הדין והפורמליזם. יש להדגיש כי באמירה זו אין משום המלצה לבית-המשפט כי ימנע עצמו מעיון ומעיסוק במקורות ההלכתיים. פסיקת הלכה לחוד, ועיון הלכה לחוד. באשר לעיון ההלכה, ראוי אף ראוי לו לבית-המשפט שיעסוק בכך תדיר, כחלק מחובתו – ולא רק רשותו – להטמיע את ערכיה של "מדינה יהודית ודמוקרטית" במשפטה של מדינת-ישראל. בעניין זה אפשר שראוי אף לקיים את ההבחנה – אם כי היא עלולה להיראות מלאכותית-משהו – בין עיסוקו של בית-המשפט ב"משפט העברי", כיצירה תרבותית עשירה, לבין עיסוקו ב"הלכה" ובפסיקת הלכה. כאמור לעיל, בעניינו, העיסוק במשפט העברי והטמעת ערכיו במשפטה של מדינת-ישראל הוא לא רק אפשרות, אלא אף חובה. חובה זו נגזרת הן מכוח חוק יסודות המשפט והן מכוח היותה של מדינת-ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית". קולמוסים רבים השתברו על כך, ומה לנו כי נאריך בעניין זה.¹⁶¹

לא כן עיסוקו של בית-המשפט בשאלות "הלכתיות". כבעניינות אחרים, דומה שגם כאן ראוי לנהוג במידת הכלל והפרט היוצא מן הכלל. על-דרך הכלל, ולנוכח שלל הנימוקים שהועלו לעיל, דומה כי ראוי לו לבית-המשפט שינסה – עד כמה שניתן – למשוך את ידיו מעיסוק ב"הלכה". בוודאי אל לו להתיימר לעסוק ב"פסיקת הלכה" במשמעותה הדתית. זאת, לאו דווקא משום שהוא אינו ראוי או אינו כשיר לכך, אלא בעיקר מפני שהדבר "אינו כדאי", וראוי שבית-המשפט יתנהל בדרך שתהא גם חכמה, ולא רק צודקת מבחינה עיונית-משפטית.

בדומה לעניינים ש"אינם שפטים" מכוחו של חוק (דוגמת סכסוכים בענייני המקומות הקדושים או חוזה שעניינו קבלת פרס או הגרלה) או מכוחה של פסיקה רבת שנים (דוגמת סוגיות מדיניות או בטחוניות-צבאיות), גם כאן ראוי לו לבית-המשפט שינהג מתינות רבה קודם ש"יכניס את רגליו לבקעת (ושמא נאמר: לביצת) המחלוקת". אולם באותם מקרים יוצאים-מן-הכלל שבהם דרושה התערבות שיפוטית למען השלטת צדק ושמירה על זכויות אדם, ראוי אף ראוי לו לבית-המשפט שייכנס בעובי הקורה, יעסוק "בשפיר ובשליה" ההלכתיים, ויוביל לתוצאה שתעשה גם צדק גם משפט, אפילו יהא הדבר כרוך בפלישה מסוימת לעולמה של ההלכה ושל נושאי דגלה. אכן, עיסוקו של בית-המשפט בענייני הלכה הינו לעיתים בלתי-נמנע. בין משום מצוות המחוקק ובין משום טיב העניין שהוצב לפתחו, בית-המשפט מוצא את עצמו לעיתים אנוס, בעל-כורחו, "לעסוק בדברי תורה" ולהתייחס לעמדת ההלכה. אך מכאן ועד פרישת מסכת הלכתית בניסיון לשכנע את מי שממילא סיכוייו להשתכנע שואפים לאפס – המרחק גדול. בית-המשפט יכול וצריך לקבל את המשפט העברי ולהכניסו אל ביתו במאור-פנים, אך בעשותו כן עליו להיזהר שמא מתוך חיבה יתרה שאוהב הוא את המקורות היהודיים העתיקים, תתקלקל השורה, ובמקום להסתפק בתפקידו המסורתי,

161 ראו לעניין זה את מאמרי "עשיית עושר ולא במשפט העברי", לעיל ה"ש 95, והספרות הנוכרת שם.

יבקש להתהדר באצטלה שאינה תמיד יפה לו, ואשר אף עלולה להשיג את התוצאה הפוכה מזו שקיווה לה.

בהליכתו בדרך-חתחתים זו ראוי לו לבית-המשפט כי ישם עיניו וליבו לא רק ל"גשר ההלכה", אלא גם ל"דרך השלום", ויוציא מלפניו פסקי-דין שיש בהם גם דין, גם אמת וגם שלום, והלא המה שלושת עמודי-התווך שעליהם עומד העולם כולו.¹⁶²

162 ראו משנה, אבות א, יח; מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה (על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה)" **מחקרי משפט** יד 341 (1998); אלישבע ואביעד הכהן "ולא יכלו דברו לשלום" – גישור, פישור ויישוב סכסוכים" דף פרשת השבוע 54 (משרד המשפטים, כסלו התשס"ב) נגיש בכתובת www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/54-2.htm.