

חופש הדת בישראל - במה נשתנה ה"סטטוס קוו"?

פרופ' מיכאל קוריןאלדי*

"הסטטוס קוו" ביחסי דת ומדינה עבר שינויים מהפכניים בפסיקה, שפתרה את השאלות שהתעוררו על ידי ריכוך חלק מההשלכות הנוקבות של הדין הדתי. הפסיקה האזרחית מתמודדת, חדשים לבקרים, בשאלות של פגיעה בחופש הדת או בחופש מדת, תוך פרשנות ליברלית, המבוססת על סימן 83 לדבר המלך במועצתו, 1922, ועל עקרונות הכרות העצמאות שאומצו בחוקי היסוד. אולם, חלק מהשינויים הרדיקליים שבפסיקה תוקנו בחקיקה, וזאת תוך פשרה פרגמטית, בין הגישה החילונית (המבקשת לקיים את התוצאה האופרטיבית שבפסקי הדין) לבין התפיסה הדתית. הדוגמאות הבולטות למגמה זו, שידונו במאמר, הן:

- א. **חופש התפילה בכותל**: הפסיקה אישרה את חופש התפילה לחוגים המבקשים לסטות מן המנהג האורתודוקסי ("נשות הכותל") באתר נפרד ליד הכותל ("קשת רובינסון"), או אם לא יוכשר אתר זה תוך תקופה קצובה, להסדר תפילה מיוחד ברחבת הכותל. מסקנת המאמר היא, כי לאור התנגדות חוגים ארכיאולוגיים, בשל הנזק הארכיאולוגי שייגרם על ידי הכשרת האתר לתפילה, צפוי כי הממשלה תעשה לביצוע הסדר התפילה האלטרנטיבי לנשות הכותל ברחבת הכותל. אולם לאור חילוקי הדעות בין החוגים והגופים המעורבים בכך, ביחס ליישום הסדר התפילה המיוחד, ועל אף מאבק משפטי של 15 שנה, שנסתיים בפסק דין בדיון נוסף (בהרכב של תשעה שופטים), הפרשה לא תמה ולא נשלמה - הפשרה הפרגמטית הדרושה טרם הושגה.
- ב. **חופש הגישה של יהודים להר הבית**. קיים פער בין הזכות העקרונית, המוכרת בחקיקה ובפסיקה, ובין האפשרות להגשמתה מטעמי ביטחון, ולמעשה, אין בעת הזאת סיכויים למימוש זכות התפילה בהר הבית. ככל הנראה פשרה פרגמטית אינה אפשרית בעתיד הנראה לעין.
- ג. **שבת**. "חוק ההסמכה" (1990) הסמיך רשות מקומית לקבוע שעות פתיחה וסגירה של עסקים בתחום שיפוטה "בהתחשב בטעמים של מסורת דתית". עם זאת, חובת שבתון ואיסור מסחר בחנויות בימי מנוחה לא חלים על אגודה שיתופית וחבריה או אף על כל תאגיד אחר (הלכת קיבוץ צרעה). בינתיים, נוצר "סטטוס קוו" חדש בדבר קיום מסחר בשבת בקניונים ומרכזי קניות מחוץ לתחום הערים והצעות חוק שהועלו בכנסת ה-15 לתיקון המצב לא עברו את שלבי החקיקה הדרושים. הפשרה הפרגמטית היא דינמית, והתמקדה עד עתה בכך שמוותרים מופעי תרבות, בידור ופתיחת מסעדות בשבת, תוך חתירה לאיסור פתיחת עסקים אחרים בשבת.

* פרופ' מיכאל קוריןאלדי, עו"ד, דיקאן הפקולטה למשפטים, שלוחת אוניברסיטת מנצ'סטר בישראל. מרצה בדיני משפחה וירושה ואתיקה מקצועית, בקריה האקדמית קרית-אנוו ובאוניברסיטת בר אילן. מחבר הספרים: "דיני אישים, משפחה וירושה" (הוצאת נבו, תשס"ד), "חידת הזהות היהודית" (הוצאת נבו, תשס"א) ו-"Jewish Identity" (הוצאת מאגנס - האוניברסיטה העברית, תשנ"ט).

אני מודה לעורכי הדין גלעד קוריןאלדי וטליה גרינשטיין על הסיוע במחקר ובעריכה של מאמר זה.

ד. גיור לא-אורתודוכסי. הלכת נעמ"ת, בדבר רישום במרשם האוכלוסין של גיור לא-אורתודוכסי בישראל, "תוקנה" על ידי כך שכלפי חוץ נמחק פרט הלאום בתעודת הזהות. ואולם, מחיקה זו אינה חלה על רישום פרטי הלאום והדת של הגרים בתיקי מרשם האוכלוסין. מחיקת סעיף הלאום בתעודת הזהות היא טלאי שאין בו כדי פתרון הבעיה. מרשם האוכלוסין נושא היבט ציבורי רחב, ובניגוד להלכת נעמ"ת אין לראות את רישום הדת כעניין טכני בלבד. לפיכך מן הראוי כי נושא בעל אופי חוקתי כזה, היורד לשורשה של המדינה כמדינה יהודית, יוסדר בחוק. גאווה כל יהודי היא על יהדותו ואין למנוע ממנו במדינה יהודית את הרישום בתעודת הזהות כיהודי, שהוא בעל ערך לאומי-סמלי מרכזי.

עם זאת, בעיית ההכרה המהותית בגיור הרפורמי או הקונסרבטיבי בישראל (להבדיל מענייני מרשם אוכלוסין), עדיין תלויה ועומדת בבית המשפט העליון בייחוד בשאלה אם הם יוכרו כיהודים לצורכי חוק השבות. צפוי כי הפסיקה תרחיב בקרוב את ההכרה בגיור לא-אורתודוכסי גם לצורכי חוק השבות. בעבר, הושגה, בעקבות הלכת שליט, "פשרת חקיקה" (תיקון חוק השבות, 1970), לפיה אומצה הגדרת הזהות היהודית לפי ההלכה ("נולד לאם יהודיה" וכו') ובמקביל הורחבה זכות השבות לבני משפחה של יהודי עד "נכד של יהודי" ובת זוגו. לעומת זאת, אם בית המשפט העליון, כצפוי, יכיר בגיור לא-אורתודוכסי, כאמור, השאלה "מיהו גר" תעמוד בכל חריפותה על הפרק.

ה. נישואין של חסרי הדת. בעיית הסדר נישואין אזרחיים בישראל לחסרי דת היא נושא אנושי-חוקתי המתייחס לאוכלוסיית עולים המונה למעלה מ-300,000 נפש ומשווע לפתרון מהיר. יש להניח כי בתקופה הקרובה, בעקבות ההסכם הקואליציוני (פברואר 2003), הבעיה תבוא על פתרונה בדרך חקיקה שתסדיר נישואין אזרחיים לחסרי דת (לפחות בינם לבין עצמם).

בשל ניגוד הדעות וההשקפות הקוטבי בחברה הישראלית קשה, בשלב זה של חיינו הלאומיים, להשיג קונסנזוס בבעיות חופש הדת והמצפון. הכנסת נמנעה מהכרעות עקרוניות כלליות. עם זאת, בדומה לקונסנזוס שהושג בעת הכרות העצמאות (1948) ובעת תיקון חוק השבות (1970), צפוי פתרון בעיות המעמד האישי של חסרי הדת. התפתחות הדברים מצביעה על כך, שבסופו של דבר, ניתן למצוא אף בענייני חופש הדת "פשרה חוקתית". ראוי להשלים את חוקי היסוד ולקוות כי בקרוב נברך על המוגמר: חוקה לישראל.

1. מבוא

2. חופש הדת לפי סימן 83 לדבר המלך במועצתו, 1922

3. חופש התפילה בכותל המערבי ("נשות הכותל")

4. חופש הגישה של יהודים להר הבית

5. איסור עבודה בשבת

6. סגירת עסקים בשבת

7. זכות השבות והמרשם כיהודי

8. חופש הדת של זרמים ועדות בעם ישראל

א. גיור לא-אורתודוכסי

ב. רישום נישואין

ג. המעמד האישי של היהודים הקראים

ד. חסרי דת

9. סיכום ומסקנות

1. מבוא

במאמר זה נברר את השינויים העיקריים שחלו ב"סטטוס קוו", לעניין חופש הדת של יהודים וחסרי דת במדינת ישראל,¹ בחקיקה ובפסיקה, תוך הדגשת השינויים בעשור האחרון (1992 – 2002). יודגש, בפתח הדברים, השוני בין ענייני מעמד אישי לבין עניינים אחרים, כדברי השופט זילברג:

"מדוע נדונים ענייני המצב האישי על פי החוק הדתי או הלאומי של בעלי הדין? על שום שהסדרם אינו דבר השווה לכל נפש; על שום שעניינים אלה, חוט של הווי ומסורת משוך עליהם, והם שונים ומשתנים עם הבדלי השקפת העולם – השקפות דת, מוסר, תרבות מסורת, מנהגים וכו' – של הנוגעים בדבר".²

לפיכך, ערב קום המדינה (1947) נוסדה הפשרה הפוליטית של ה"סטטוס קוו" וזאת על-מנת להפיג מתחים בין אידיאולוגיות נוגדות וכיוונים דתיים סותרים בין יהודים בישראל. הסדר ה"סטטוס קוו" הועלה על הכתב במכתבו של דוד בן גוריון אל אגודת ישראל העולמית (1947).³ מכתב זה כלל הבטחות בדבר שמירת הצביון היהודי של המדינה; שבת כיום מנוחה (ליהודים); כשרות המטבח הממלכתי בצה"ל; אישות על-פי ההלכה ("למנוע, חלילה, את חלוקת בית ישראל לשניים") וכן חינוך אוטונומי לזרמים השונים. במקביל לכך, הצהרת ה"סטטוס קוו" הבטיחה "חופש המצפון", וזו לשונה:

- 1 על יסודות חופש הדת בישראל, ראו: ח' פ' שלח חירות המצפון והדת במשפט הישראלי (עבודת דוקטור, אדר תשל"ח) (להלן: חירות המצפון והדת במשפט הישראלי). פרקים מעבודה זו פורסמו בקבצים הבאים: "על חירות המצפון וחירות הלב" זכיות אזרח בישראל (קובץ מאמרים לכבודו של ח' פ' כהן) (תשמ"ב) 85-116 (להלן: על חירות המצפון וחירות הלב) וכן חירות המצפון והדת – אסופת מאמרים לזכרו של חמנ' פ' שלח (רות גביוון עורכת, תש"ן) 23-96 (להלן: חירות המצפון והדת), וראו גם פרסומי של י' אנגלרד, כמפורט להלן הערה 8. עיינו גם הצעת האמנה להסדר יחסי דת ומדינה, שפורסמה בצירוף דברי הסבר מקיפים, על ידי פרופ' גביוון והרב יעקב מדין מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל (הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה וקרן אביחי, תשס"ג). על חופש הדת של בני דתות אחרות, ראו: R. Lapidot & M. Corinaldi "Freedom of Religion in Israel" *Israeli Reports to the XIV International Congress of Comparative Law 1994* p.273. (להלן: ר' לפידות ומ' קורינאלדי).
- 2 ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה' 1341, 1345.
- 3 ראו צילום המכתב (שיקרא להלן "הצהרת הסטטוס קוו") משטר מדינת ישראל ספר מקורות (י' גלנור ומ' הופנונג וורכים, תשנ"ד) 272.

"הקמת המדינה זקוקה לאישור האו"ם, וזה לא יתכן אם לא יובטח חופש המצפון... שוויון זכויות מלא לכל האזרחים והעדר כפייה או אפליה בענייני דת או בעניינים אחרים".⁴

ואכן בעקבות מכתב "הסטטוס קוו" הובטחו חופש הדת והמצפון בהכרזת העצמאות:

"מדינת ישראל...תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות...".⁵

קו זה של שמירת המצב המשפטי הקיים בענייני דת ("סטטוס קוו") הנחה את ממשלת ישראל מאז קום המדינה. בהתאם לכך, הודיע דוד בן גוריון בכנסת (1950), כי:

"ממשלה זו תעשה כל אשר ביכולתה לעקור כל הפליה וכפייה בענייני כלכלה, חינוך, תרבות ודת - מאיזה צד שלא תבוא. הממשלה תקים ועדת שרים... ועד אשר יושג סידור בשאלות הללו יישאר הסטטוס-קוו לגבי ענייני הדת".⁶

לאחר מכן, עקרון "הסטטוס קוו" נכלל, בדרך כלל, בהסכמים הקואליציוניים.⁷ אולם, למעשה, חלו בו שינויים על ידי חקיקה דתית בתחומים שונים, כפי שיפורט בהמשך. מאידך גיסא, "הסטטוס קוו" עבר שינויים מהפכניים בפסיקה, שפתרה את השאלות שהתעוררו על ידי ריכוך חלק מההשלכות הנוקבות של הדין הדתי.⁸ יודגש, כי עיקרון "הסטטוס קוו" הוא עקרון פוליטי שאינו מעוגן במשפט המדינה ואינו מחייב את בתי המשפט.⁹

4 הצהרת "הסטטוס קוו", שם.

5 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר, תש"ח, בע' 1, פסקה 13.

6 ד"כ 7 (תשי"א) 102.

7 ראו, לדוגמא, נוסח ההסכמים הקואליציוניים (1955-1966), המובא אצל מ' אלון חקיקה דתית (תשכ"ח) 192 - 201 (להלן: חקיקה דתית), ועיינו שם בעמ' 55 - 56.

8 I. England "Law and Religion in Israel" *American Journal of Comparative Law* vol. 35 (1987) p. 185 ; idem "Religious Freedom and Jewish Tradition in Modern Israeli Law A Clash of Ideologies" *Religion an Law-Biblical-Judaic and Islamic Perspectives* (edited by Edwin B. Firmage, Bernard G. Weiss & John W. Welch, Eisenbrauns, Winona Lake, 1990) pp. 365-375;

I. England "The Conflict between State and Religion in Israel: Its Ideological Background" *International Perspectives on Church an State* (edited by Menachem Mor, Creighton University Press (1993) pp. 219-237. וראו גם י" אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (תשל"ל) חלק א 268-316, חלק ב 510-552 וחלק ג משפטים ד (תשל"ב) 31-62.

9 לעומת זאת, במקומות הקדושים לנוצרים קיים "סטטוס קוו" עותומני, הנמשך עד עצם היום הזה ראו: ש' ברקוביץ *מלחמת המקומות הקדושים* (תש"ס) 25-14 (להלן: ש' ברקוביץ). לגבי המקומות הקדושים ליהודים, רלוונטי, בהקשר זה, מושג אחר, "מנהג המקום", ראו לדוגמא: בג"צ 257/89, 2410/90 ענת הופמן ואח' נ' הממונה על הכותל המערבי ואח', פ"ד מח(2) 265 (להלן: הלכת הופמן (1994)) וכן להלן סעיף 4.

לחופש הדת והמצפון, ארבעה פנים:

- א חופש הדת, המתייחס בעיקרו ל"חופש הפולחן".
ב מניעת הפליה על רקע דתי, כגון בתעסוקה¹⁰ או במוסדות להשכלה גבוהה.¹¹
ג "חופש המצפון" – כולל חופש מדת ומניעת "כפייה דתית" (כפיית התנהגות דתית על הזולת),¹² כגון, חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו – 1996.¹³
ד שמירה על המקומות הקדושים של כל הדתות.

הכרות העצמאות אינה בגדר חוקה ואף לא בגדר חוק רגיל, ועקרונותיה, שהיו בתחילה בעלי אופי דקלרטיבי,¹⁴ אומצו בפסיקה. לענייננו, נציין לדוגמא את דברי השופט לנדוי:

"חופש הדת והמצפון מובטח לכל ממילא בעקרונות היסוד של משטרנו המשפטי
הטבועים במגילת העצמאות...".¹⁵

עקרונות הכרות העצמאות עוגנו בתיקון לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק (סעיף 1) (1994)¹⁶ ופרשנות חוקי יסוד אלו כוללת השלכות גם לגבי החופש מדת.¹⁷ החקיקה בנושא המאמר כוללת חקיקה כללית להגנת חופש הדת, וחקיקה מיוחדת, שיש בה מניע או עניין דתי, מבחינת הדת היהודית (שתכונה להלן: "חקיקה דתית").

-
- 10 סעיף 42א) לחוק שירות תעסוקה, תשי"ט – 1959, ס"ח 270, בע' 32 (איסור הפליה בשל גיל, מין, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או מפלגה).
- 11 כלל 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), תשכ"ד – 1964 (איסור הפליה לעניין קבלת תלמידים ומינוי סגל אקדמי בשל גזע, מין, דת, לאומיות או מעמד חברתי). כללים אלה הותקנו לפי חוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח – 1958, ס"ח 261, בע' 191. ראו: א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, 1991, כרך א) 293. (להלן: א' רובינשטיין).
- 12 על ההבחנה בין חופש דת וחופש מדת, ראו: צ' ברנזון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" עיוני משפט ג (תשל"ג) 405 (להלן: צ' ברנזון); א' רובינשטיין שם, בעמ' 176 – 191. S. Shetreet "Some Reflections on Freedom of Conscience and Religion in Israel" *Israel Yearbook of Human Rights* vol. 4 (1974) pp. 219-249; S. Shetreet "A Rejoinder" *Israel Yearbook of Human Rights* vol. 4 (1974) pp. 241-244. ראוי לציין, כי תחילה שימש המונח "כפייה דתית" כהיפוכו של חופש הדת (צ' ברנזון שם בע' 407 וע"פ 112/50 יוספוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1) 481, 494, אך למעשה, מבטא מונח זה את כפיית מצוות הדת על לא-מאמינים (השוו "הליגה למניעת כפייה דתית").
- 13 ס"ח 1584, בע' 249.
- 14 עיינו א' רובינשטיין, לעיל הערה 11, בעמ' 45-55.
- 15 בג"צ 866/78 משה מורד ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(2) 657, 663 (להלן: הלכת מורד).
- 16 ס"ח 1391, תשנ"ב, בע' 150 (להלן: ח"י: כבוד האדם וחירותו); ס"ח 1454, תשנ"ד, בע' 90 (להלן: ח"י: חופש העיסוק).
- 17 בג"צ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(5) 485 (להלן: הלכת מישראל 1).

בראשית דרכה של המדינה (1948 - 1953) עוגן הסדר "הסטטוס קוו" בחקיקה דתית בעניינים הבאים: שבת,¹⁸ מטבח כשר בצה"ל,¹⁹ נישואין וגירושין,²⁰ חוקי החינוך הממלכתיים²¹ ועליהם נוספו חוקים בענייני דת שיפורטו בהמשך. החקיקה הדתית נחלקת לארבעה סוגים. הסוג הראשון היא חקיקה הקובעת את הצביון של מדינת ישראל כמדינה יהודית,²² כגון: שבת כ"יום מנוחה שבועי" ליהודים²³ וכן חוק השבות.²⁴ הסוג השני היא חקיקה המתחשבת במנהגי דת. הדוגמא העיקרית מתייחסת לנושאי קבורה והגבלות על ניתוח מתים: חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג - 1953,²⁵ המבוסס על הסכם בין הרבנות הראשית לבין בית החולים "הדסה".²⁶ דוגמא אחרת היא חוק הסדרת מקומות רחצה, תשכ"ד - 1964,²⁷ המסדיר קביעת מקום ומועד רחצה נפרדים לשומרי דת וחוקים אחרים. הסוג השלישי של חקיקה דתית, היא חקיקה שבאה להבטיח שירותי דת, למי שרוצה ומעוניין בהם, כגון: חוק שירותי הדת היהודיים (נוסח משולב), תשל"א - 1971²⁸ וכן חוק איסור הונאה בכשרות, תשמ"ג - 1983.²⁹

- 18 פקודת ימי מנוחה, תש"ח - 1948. ששולבה בסעיף 18א, לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תשי"ט - 1948, ע"ד 2, תוס' א, בע' 1. לא-יהודים יכולים לבחור כיום מנוחה שבועי את יום ראשון או את יום שישי, במקום יום שבת. ראו להלן סעיף 6.
- 19 פקודת מאכל כשר לחיילים, תש"ט - 1949, ע"ד, תוס' א, 62.
- 20 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג - 1953, ס"ח 134, בע' 165 (להלן: חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין)).
- 21 חוק לימוד חובה, תש"ט - 1949, ס"ח 26, בע' 287. וחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג - 1953, ס"ח 131, בע' 137. לענייני חינוך, ראו: S. Goldstein "The Teaching of Religion in Government Funded Schools" *Israel Law Review* vol. 25 (1992) pp. 36-64. הורים רשאים לשלוח את ילדם לבי"ס ממלכתי-חילוני, לבי"ס ממלכתי-דתי או לבי"ס דתי-פרטי. ישראל אישרה (1991) את אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, כתבי אמנה 1038, בע' 221, אך עד היום טרם נחקק חוק ליישום אמנה זו.
- 22 על המאבק של הציבור הדתי לעיצוב רשות רבים יהודית במדינת ישראל ראו: א' הכהן "מדינת ישראל, כאן מקום קדוש" שני עברי הגשר (ירושלים, תשס"ב) 172-144.
- 23 ראו החקיקה, לעיל הערה 18 ועליה יש להוסיף את חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א - 1951, ס"ח 76, בע' 204, (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה).
- 24 חוק השבות, תש"י - 1950, ס"ח 51, תשי"ג, בע' 159. ראו לציין כאן גם את ימי הזיכרון הממלכתיים, כגון: חוק יום הזיכרון לחללי מלחמת הקוממיות וצבא ההגנה לישראל, תשכ"ג - 1963, ס"ח 393, בע' 72 והטקסים הכרוכים בהם, המבוססים על מורשת ישראל. וכן ראו פקודות מטכ"ל המאמצות את נוסחי התפילה המסורתי "אל מלא רחמים" ו"זיכור" ("זיכור אלוקים") ראו: מ' עזריהו "המסורת היהודית ועיצובם של פולחני הריבונות" שני עברי הגשר (ירושלים, תשס"ב) 290-287; א' שמיר שינויים בנוסח ה"זיכור" (תל אביב, 1999) 38 - 44. עם זאת, יש להעיר כי ימי זיכרון אלה כוללים גם סממנים אזרחיים, כמו הצפירה והדומייה.
- 25 ס"ח 134, בע' 162. ראו לדוגמא סעיף 6 לחוק בתי קברות צבאיים, תשי"ג - 1950, ס"ח 55, בע' 258. וראו גם א' הכהן "משפט ורפואה ב"מדינה יהודית ודמוקרטית": בין אנטומיה של חוק לפתולוגיה של יחסי דת ומדינה" שערי משפט ב (תש"ס) 189-222.
- 26 ראו דברי הסבר להצעת חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג - 1953, ה"ח 162, בע' 183.
- 27 ס"ח 434, בע' 172.
- 28 ס"ח 628, בע' 130. נוסח משולב זה בא במקום חוק תקציבי שירותי הדת היהודים, תש"ט - 1949, ס"ח 19, בע' 150, על כל תיקוניו.
- 29 ס"ח 1088, בע' 128.

הסוג הרביעי של חקיקה דתית היא חקיקה הקובעת "נורמה דתית כחובה על הכל, אם בצורה של לא תעשה ואם בצורה של עשה".³⁰ דוגמאות לחקיקה בצורת לא תעשה הם איסור עבודה במנוחה השבועית ("לגבי יהודים...יום השבת"),³¹ חוק איסור גידול חזיר, תשכ"ב - 1962³² וחוק חג המצות (איסורי חמץ), תשמ"ו - 1986.³³ דוגמא לחקיקה בצורת עשה היא החובה כי "נישואין וגירושין של יהודים בישראל ייערכו לפי דין תורה",³⁴ המחייבת את כלל הציבור היהודי, לרבות יהודים לא-מאמינים.

2. חופש הדת לפי סימן 83 לדבר המלך במועצתו, 1922

עד היום טרם נחקקה על ידי הכנסת הוראה מפורשת לעניין חופש הדת ונותרה בעינה, כמסד בתחום זה, הוראת סימן 83 לדבר המלך במועצתו, 1922, שזו לשונה:

"כל האנשים בפלשתינה (א"י) יהנו מחופש מצפון מוחלט ויוכלו לקיים את צורות פולחנם באין מפריע ובלבד שהסדר הציבורי והמוסר יהיו נשמרים. כל עדה דתית תהנה מעצמאות בעניינים הפנימיים בהתחשב בכל פקודה או צו שיצאו מאת הנציב העליון".³⁵

סימן זה כולל בחובו שלוש חירויות:

- א. חופש המצפון - "Full liberty of conscience";
- ב. חופש הפולחן - "Free exercise of forms of worship";
- ג. אוטונומיה דתית לכל "עדה דתית" - "Each religious community Autonomy for the internal affairs of the community"³⁶

30 מ' אלון חקיקה דתית, לעיל הערה 7, בע' 5.
31 חוק שעות עבודה ומנוחה, לעיל הערה 23, סעיפים 7 ו-9א.
32 ס"ח 377, בע' 106.
33 ס"ח 1191, בע' 220.
34 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), לעיל הערה 20, סעיף 2.
35 סימן 83 לדבר המלך במועצתו, 1922, כפי שהוסף ב-1939 (Drayton, *Laws of Palestine*, vol. III, p. 2587). הנוסח המקורי באנגלית הוא כדלקמן: "All persons in Palestine shall enjoy full liberty of conscience, and the free exercise of their forms of worship subject only to the maintenance of public order and morals. Each religious community shall enjoy autonomy for the internal affairs of the community subject to the provisions of any Ordinance or Order issued by the High Commissioner"
36 השלטון העותמני (1918 - 1517), העניק אוטונומיה לעדות הדתיות בענייני המעמד האישי. שיטה זו אומצה על-ידי השלטון המנדטורי: רשימת העדות הדתיות המוכרות נכללה בתוספת השנייה לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 - 1947, שנוספה בדבר המלך במועצה (תיקון), *Palestine Gazette*, 898, 1939, תוספת 2, עמ' 459. רשימה זו כוללת 9 עדות נוצריות, וכן העדה היהודית, ועליהם יש להוסיף את הדתות המוכרות בצורות חוק שונות, בראש ובראשונה העדה המוסלמית, העדה הדרוזית (משנת 1962), העדה האפיסקופלית-אוונגלית (משנת 1970) והעדה הבהאית (משנת 1971).

הוראת סימן 83 לדבר המלך, הפרידה בין האספקט המצפוני לבין האספקט הדתי של חירות היחיד. אולם, ח' פ' שלח אומר כי "כיום אין להבחין בין חירות המצפון לבין חירות הדת והאבחנה המילולית ביניהן נובעת מהתפתחות היסטורית".³⁷ טשטוש זה של ההבחנה בין "חופש המצפון" ל"חופש הדת" אינו במקומו, שכן "חופש המצפון" מדגיש את החירות האישית דווקא, להבדיל מחירות הדת, התלויה בהשתייכות היחיד לעדה דתית. כדוגמא ליישום "חופש המצפון", אפנה לדברי השופט לנדוי, בעניין איסור נישואי כהן וגרושה לפי ההלכה:

"מדינתנו מבטיחה לכל אזרחיה את חופש המצפון. המבקשים אינם שומרים את מצוות הדת, ולפי חוקי המדינה הם חופשיים לנהוג כן. ברצונם לחיות חיי משפחה... הם מוצאים עצמם נוכח איסור שכולו דתי-פולחני... הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו".³⁸

בייחוד הדברים אמורים מאז שנות ה-90, כאשר נוספה ליהודים הלא-מאמינים אוכלוסיית עולים גדולה של חסרי דת.³⁹ עם זאת, הפסיקה קבעה לגבי יהודים לא-מאמינים כי חוק השיפוט הרבני "עדיף על עיקרון חופש המצפון".⁴⁰ יודגש, כי חובת הנישואין והגירושין הדתיים וסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים כורכים, מטבע הדברים, את תחולת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין.⁴¹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא שינה את המצב המשפטי, מכוח עיקרון שמירת דינים.⁴² מאידך גיסא, הפסיקה הגבילה את תחולת הדין הדתי לענייני תוקף הנישואין, להבדיל מקליטת איסורים דתיים, כלשון השופט לנדוי:

"אין לקרוא את הסעיף 2 [לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין)], תשי"ג - 1953] כמטיל איסור, שהינו דתי גרידא במקורו ובמהותו על כלל היהודים בישראל... יש להבחין בין כללים הקובעים התנהגות אדם כלפי חברו ואלה הנוגעים ליחס בין אדם למקום. איסור נישואי כהן וגרושה, הינו מצוות לא תעשה דתית השייכת איפוא לסוג השני".⁴³

37 ראו חירות המצפון והדת במשפט הישראלי, לעיל הערה 1, בע' 165.

38 בג"צ 80/63 גורפינקל ו-חקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז(3) 2048.

39 על מעמד חסרי הדת ראו להלן סעיף 76.

40 ע"א 450/70 רוגזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 135 (להלן: הלכת רוגזינסקי).

41 ראו, לדוגמא, חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), לעיל הערה 20. סעיף 2 לחוק זה מחיל במפורש את דין תורה (נישואין וגירושין יערכו בישראל לפי דין תורה), אך מעבר לכך, הדין הולך אחר הדין. כמו כן ראו חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט - 1959, ס"ח 276, בע' 72 (להלן: חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות)), המפנה ל"דין האישי", שהוא, כמובן, לגבי יהודים, ההלכה.

42 ח"י: כבוד האדם וחירותו, לעיל הערה 16, סעיף 10.

43 בג"צ 51/69 א' רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים ואח', פ"ד כ"ד(1) 704, 712 (להלן: הלכת רודניצקי).

זוג העובר על איסור נישואי כהן וגרושה - הנישואין תופסים לפי הדין הדתי, ועל כן הם תקפים לפי חוקי המדינה. לפיכך, נפסק כי יש לרשום במרשם האוכלוסין נישואין פרטיים של כהן וגרושה, על אף שבתי הדין הרבניים, על שתי דרגותיהם, לא אישרו, בייחוד מטעמי מדיניות הלכתית, מתן פסק דין הצהרתי על תוקף הנישואין הללו.

חופש הפולחן כולל, לדוגמא, את חירות הפרט לנהוג על פי דיני אמונתו ודתו,⁴⁴ כגון חופש התפילה; הגנה מפני כפייה אנטי-דתית (זכותו של אדם שלא יכפו עליו לפעול בניגוד לדתו);⁴⁵ חופש לשאת לבוש מתאים לעקרונות דתו;⁴⁶ ואין זו רשימה סגורה.⁴⁷ עם זאת, חופש הפולחן מוגבל, כאמור בסימן 83 לדבר המלך, מטעמי "שמירת הסדר הציבורי והמוסר".

חופש הפולחן מוגן גם על-ידי דיני העונשין. חוק העונשין, תשל"ז - 1977 קובע סדרה של עבירות לעניין "פגיעות ברגשות דת ומסורת" כגון, עלבון דת, הפרעה לפולחן, כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה, פרסום או השמעת דברים שיש בהם לפגוע בפגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים.⁴⁸ כיוצא בזה, חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה - 1965 אוסר פרסום העלול "לבזות אדם בשל... מוצאו, דתו...".⁴⁹

כל אלה הם מעשים של הפרעה לקיום מצוות הדת או פגיעה ברגשות הדת. חופש הדת מוגן בפני פגיעה שאינה מאפשרת לפרט לקיים מצוות דתו ולנהל את אורח חייו הדתי. אולם, חופש הדת אינו משתרע עד כדי התערבות באורח חיים לא-דתי של הפרט (כגון אי שמירת שבת), וזאת אפילו אם נפגעים בכך רגשות הדת של בני הציבור הדתי. התערבות מעין זו, יש בה משום פגיעה בחופש מדת, שכמוה ככפייה דתית כלפי אחרים.⁵⁰

כיוצא בזה נפסק בעניין רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים⁵¹ כי מתן תעודת הכשר מוגבל ל"דיני הכשרות בלבד" [כשרות המזון],⁵² ולא לכשרותה ואופייה של האכסניה (מופעים בלתי צנועים) מצד ההלכה: "על היקפה של הסמכות המוענקת... יש ללמוד מתוך החוק, ועל פי כללי פרשנות, המקובלים בפירוש חוק חילוני".⁵³ כמו כן נפסק - קודם תיקון חוק יסוד: חופש העיסוק⁵⁴ - כי

44 ראו בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב(3) 377, 381; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 528; צ' ברנזון, לעיל הערה 12; ר' גביון "דת ומדינה - הפרדה והפרטה" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 55, 59; ח' כהן "על חופש-הדת ושלוה-הדת עיונים בהיסטוריה של המשפט ספר לנדוי ב (תשנ"ה) 813.

45 בג"ץ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1, 140 (להלן: הלכת חורב).

46 ראו בג"ץ 4298/93 ג'בארין ואח' נ' שר החינוך ואח', פ"ד מח(5) 199, 203.

47 בג"ץ 1514/01 יעקב גור אריה ואח' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ואח', פ"ד נ"ה(4) 267, 277 (להלן: הלכת גור).

48 סעיפים 170-173 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, ס"ח 864, בע' 226. (להלן: חוק העונשין).

49 סעיף (4) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה - 1965, ס"ח 464, בע' 240. (להלן: חוק איסור לשון הרע).

50 חירות המצפון והדת, לעיל הערה 1, בע' 43, 89.

51 בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים ואח', פ"ד מד(2) 673 (להלן: הלכת רסקין).

52 חוק איסור הונאה בכשרות, לעיל הערה 29, סעיף 11.

53 הלכת רסקין, לעיל הערה 51, בע' 678.

54 סעיף (א8) לחוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון), תשנ"ח - 1998, ס"ח 1663, בע' 178. לפי תיקון זה תוקפו של חוק חורג הוגבל עד 4 שנים מיום תחילתו, אך הגבלה זו אינה חלה על חוקים שנתקבלו תוך שנה מתיקון החוק. כמו כן, חוקק, בהתאם, חוק בשר ומוצריו, תשנ"ד - 1994 (ס"ח 1456, בע' 104). השם הנוכחי של החוק הוא לפי תיקון לחוק, ס"ח 1499, בע' 92. עתירה נגד חוקתיות פיסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק נדחתה (בג"ץ 4676/94) מיטראל בע"מ ואח' נ' נכסת ישראל ואח', פ"ד נ(5) 15.

יבוא בשר לא כשר, מוגן מכוח חוק יסוד: חופש העיסוק⁵⁵ ואינו בגדר פגיעה בחופש הדת של יהודים דתיים.⁵⁶ אף כאן היסוד לכך היא ההבחנה בין פגיעה ישירה באורח החיים של הפרט (המהווה פגיעה בחופש הדת שלו) לבין פגיעה ברגשות של הפרט, עקב מעשיו של אחר, שאינה בגדר פגיעה בחופש הדת. עם זאת, במקרים מיוחדים התנהגות בפרהסיא שאינה מתחשבת ברגשות הדת, מגעת עד כדי פגיעה ישירה באורח החיים הדתי. לדוגמא, אושרו הגבלות תנועה בהתחשב ברגישותם של באי בית כנסת בירושלים.⁵⁷

האוטונומיה הדתית של עדה דתית מבטיחה את ניהול "ענייניה הפנימיים כרצונה ללא התערבות מחוץ על ידי השלטון או מישהו אחר וולתה".⁵⁸ דברים אלה נאמרו בהקשר לעתירה של העדה הקראית להכרה כ"עדה דתית".⁵⁹ נפסק על דחיית העתירה בהנמקה כי לצורך האוטונומיה הדתית של העדה, אין צורך בהכרה רשמית של העדה כ"עדה דתית", אלא העדה הקראית יכולה לנהל את ענייני הדת שלה, לרבות ענייני שחיטה וקבורה, על בסיס וולונטרי ללא מיסוד בחוק. רק השיפוט בענייני המעמד האישי מצריך הסמכה חוקית, ובית המשפט המליץ על חקיקה זו. על מנת לבחון את שינוי ה"סטטוס קוו" לעניין חופש הדת במדינת ישראל, נבדוק את יישומו בחופש התפילה בכותל המערבי (בקשת "נשות הכותל" לתפילה בדרך), חופש הגישה של יהודים להר הבית, איסור עבודה וסגירת עסקים בשבת, זכות השבות והמרשם כיהודי וחופש הדת של זרמים ועדות בעם ישראל (גירור לא אורתודוכסי, רישום נישואין והמעמד האישי של היהודים הקראים ושל חסרי הדת). יש להוסיף ולציין את השינוי הרחב והעמוק ב"סטטוס קוו", שחל, במרוצת הזמן, בהיקף סמכויות השיפוט של בתי הדין הרבניים בענייני מעמד אישי, שהגיע לשיאו עם חקיקת חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה – 1995,⁶⁰ וזאת אף על פי שחוק זה כולל סעיף של שמירת סמכויות (סעיף 25).⁶¹ נושאי סמכויות השיפוט, הדין החל בבתי הדין הרבניים

55 ח"י: חופש העיסוק, לעיל הערה 16.

56 ראו הלכת מישראל 1, לעיל הערה 17.

57 בג"צ 174/72 הליגה למניעת כפייה דתית ואח' נ' מועצת עיריית ירושלים ואח', פ"ד תז(4) 2665. על הפרובלמטיקה של המתח בין חופש הדת לחופש מדת בענייני איסור עבודה ומסחר בשבת, ברשות הרבים, נעמוד להלן בסעיף 6-7.

58 הלכת מורד, לעיל הערה 15, בע' 663.

59 על היהודים הקראים, ראו להלן סעיף 39 ועל המושג "עדה דתית" בדבר המלך במועצתו, 1922, לעיל הערה 36.

60 ס"ח 1537, בע' 393.

61 על נושא זה ראו ספרו של מחבר מאמר זה, דיני אישים משפחה וירושה-בין דת ומדינה (הוצאת נבו, 2003) (כדפוס), פרק ח'. על ההשלכות של חוק זה לעניין מרוץ הסמכויות, ראו, לדוגמא, בקשה ליישוב סכסוך, תקנות 258 י"ט - 258 כ"א לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד - 1984, ק"ת 4685, בע' 2220; מ' קורינאלדי "ההשלכות של חידושי החקיקה לעניין מרוץ הסמכויות בין ביהמ"ש לענייני משפחה לבין ביה"ד הרבני" קובץ דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה ג (מהדורה 1 2000) 1185 - 1190. לעומת זאת, מ' שאוה כתב כי תקנות אלו הותקנו תוך חריגה מסמכות (ultra vires) (מ' שאוה "היחס בין סמכותו של בית-המשפט לענייני משפחה לבין סמכותו של בית הדין הרבני" הפרקליט מד (תשנ"ח) 44). דוגמא אחרת היא סעיף 7(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה - 1995, ס"ח 1537, בע' 393, בדבר מעמד הקטין כבעל דין וראו מ' קורינאלדי "מגמות חדשות בדיני החזקת ילדים" המשפט ז (תשס"ב) 283. מאידך גיסא, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 אושרה על-ידי ישראל (1991) תוך הסתייגות: "ככל שהחוק [הדת של הצדדים] איננו מתאים להתחייבויות ע"פ האמנה, לישראל שמורה הזכות ליישם את החוק". כמו כן, ישראל הצהירה כי מצב החירום השורר במדינה מהווה "מצב חירום ציבורי", ע"פ ההגדרה של סעיף 1(4) לאמנה וכך יכולה מדינת ישראל להימנע מקיום התחייבויותיה לפי סעיף 9 לאמנה.

והתערבות בג"צ בפסיקה הרבנית לא יכללו, מקוצר היריעה, במאמר זה.⁶² כמו כן, לא נעסוק כאן, מעבר לצריך לשם בירור נושאי המשנה של המאמר, בניית החוקים השונים בענייני דת ומדינה.

3. חופש התפילה בכותל המערבי ("נשות הכותל")

המקומות הקדושים מוגנים על-ידי חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז - 1967,⁶³ וכן על ידי חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל.⁶⁴ מדינת ישראל מקפידה, הלכה למעשה, בכיבוד המקומות הקדושים לכל הדתות. בפתח כל מקום קדוש הציב משרד הדתות מודעות בשפות שונות, המבקשות מהציבור שלא לחלל את המקום, להתלבש באופן הראוי ולהתנהג בהתאם. חופש הפולחן במקומות הקדושים כפוף למגבלות הכרחיות של שמירה על ביטחון וסדר ציבורי, תוך איזון מתאים בין הענקת אוטונומיה למנהלי המקומות הקדושים לבין סידורי ביטחון ראויים. ההגנה על המקומות הקדושים באה לביטוי באיסור חילול המקומות הקדושים ובחופש הגישה למקומות הקדושים, כלשון סעיף 1 לחוק המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967:

"המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות הקדושים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות".

בתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים (תיקון), תש"ן - 1989, הותקן איסור "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום".⁶⁵ חופש התפילה בכותל המערבי התעורר בקשר לדרכי התפילה של הקבוצה הידועה כ"נשות הכותל". קבוצה זו, בראשות הגב' ענת הופמן, עתרה לבג"צ (1989) להתיר להן לשאת בכותל ספרי

62 כאן אסתפק באיזכור בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מח(2) 221 (הדין המחייב בבתי הדין הרבניים, בענייני מומן, הוא החוק האזרחי הכללי, בייחוד מטעמי מניעת פיצול קניין) וראו גם בג"צ 2222/99 גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד נד(5) 401. דברי ביקורת על הלכת בבלי ראו בפרסומים הבאים: מ' אלון, "אלה הן אמרות אגב...בטעות יסודן ומן הראוי לסטות מהן, ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות לב ובבלי", רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל ת"א, תשנ"ח) 361; ר' הלפרין - קדרי "פלורליזם משפטי במדינת ישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 683 - 647. ועיין גם המאמר המקיף של א' מעוז "הרבנות ובתי הדין - בין פטיש החוק לסדן ההלכה" שנתון המשפט העברי ט"ז - י"ז (תש"ן - תשנ"א) 289 - 416.

63 ס"ח 499, בע' 78. וזאת בהמשך למגמה של השלטון המנדטורי, שראשיתה, בהצהרה של גנרל אלנבי (1917): "כל בניין מקודש, מצבת זיכרון, מקום קדוש... אתר מסורתי, הקדש, עיזבון צדקה או מקום תפילה קבוע של כל נוסח מנחוסי שלוש הדתות יקוימו ויוגנו בהתאם למנהגים הקיימים ולאמונותיהם של אלו אשר לדתם הם מקודשים" (ועדת החקירה האמריקאית לענייני ארץ ישראל, בעריכת ע' קרליבך), כרך ב', בע' 730, בע' 24-26. וראו גם דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) המקומות הקדושים, 1924 דרייטון, חוקי א"י, ג', בע' 2805. ועיינו ש' ברקוביץ, לעיל הערה 9.

64 ס"ח 980, התש"ם, בע' 186.

65 ק"ת 5237, בע' 190, לפיהן הוספה לתקנה (א) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א - 1981 ק"ת 4252, בע' 1212, תקנת משנה (א1), הנידונה כאן. (להלן: תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים).

תורה ולקראו מתוכם בקול או להתעטף בטלית.⁶⁶ בפסק הדין (1994) נחלקו הדעות. השופט מנחם אלון קבע כי התקנה בדבר איסור "עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום", אינה חורגת מגדר חוק השמירה על המקומות הקדושים שכן היא מבטאת כלשונו: "את עיקרון השמירה על סטטוס קוו; 'מנהג המקום' והסטטוס קוו חד הם".⁶⁷ לשיטתו, "מנהג המקום" מבטא את המכנה המשותף הרחב ביותר לכל המתפללים במקום. נשים, לפי המנהג הקיים בכותל, אינן נוהגות להתעטף בטלית או לשאת ולקראו בספר תורה. קיום טכס התפילה המבוקש, יש בו משום פגיעה קשה וחמורה ברגשות הרוב המכריע של ציבור המתפללים בכותל.

נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט מ' שמגר, קבע כי "אין להכריע בסוגייה שלפנינו בשלב הנוכחי, בדרך שבה נחתך סכסוך משפטי מן השורה". לפיכך, הסכים לתוצאה בפסק הדין של השופט אלון בדבר דחיית העתירות "בשלב הנוכחי", בכפוף להמלצה כי הממשלה תמנה ועדה לבדיקת הנושא "כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים". עם זאת, השופט שמגר הכיר עקרונית בכך ש"חופש הגישה" לכותל, כולל את הזכות להתפלל ליד הכותל, בדרכו ובסגנונו המיוחדים של המבקש לעשות כן, כלשונו:

"המכנה המשותף לכל היהודים באשר הם מקובל עלי; המכנה המשותף משמעו, לטעמי, הסתפקות בעיקרי ההסדרים המבטיחים חופש גישה וחופש תפילה לכל אחד, ללא כפיית אורח התנהגות ייחודי על מי שאינו רוצה בכך וללא פגיעה ברגשות המאמינים. אין משמעו כפיית הגישה המחמירה ביותר... לטעמי, יש להוסיף ולחפש אחר דרכים מעשיות, שלפיהן כל אדם המבקש לפנות לבוראו בתפילה יהיה רשאי לעשות כן בסגנונו ובדרכו, ובלבד שלא יהא בכך כדי להוות פגיעה של ממש בתפילתם של אחרים. נקודת המוצא המשפטית היא אכן המצב הקיים. אך אין לסגור את הדלת בפני קיומה של זכותו בתום-לב של כל מי שמבקש לשטוח תפילתו בדרכו...".⁶⁸

לעומת זאת, השופט ש' לוין (דעת מיעוט), צידד במימוש לאתגר של חופש התפילה בכותל, וקבע – כנגד עמדת השופט אלון – כי "מנהג המקום" (במובן תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים) אינו צריך להתפרש דווקא "על יסוד שיקולי הלכה" או לפי המנהג הקיים. מדובר בחוק חילוני ואת המונחים הכלולים בו יש לפרש לפי המכנה המשותף המקובל על הציבור [היהודי] בישראל בכללותו. טיבו של מנהג שהוא משתנה לפי שינויי העיתים ובגדרו יש ליתן ביטוי לגישה פלורליסטית וסובלנית לדעותיהם ולמנהגיהם של אחרים, כלשונו:

66 הלכת הופמן (1994), לעיל הערה 9.
67 שם, בע' 344. עתירה מתוקנת של הופמן, שהוגשה לאחר התקנת התקנות מתש"ן (לעיל הערה 58), תקפה את חוקיות התקנות החדשות.
68 שם, בע' 355.

”מצד אחד, לזכות לחופש הפולחן והדת, כפי שהוא מקובל בחברה דמוקרטית ו’נסבל בה’, ומצד אחר, לשמירה על אינטרסים של שלום הציבור ופגיעה ב’בלתי נסבלת’ ברגשות הזולת כמקובל באותה חברה... אין להציב איסור טוטאלי על קיום טקסי תפילה באתר הכותל אך בשל כך שקיימים חוגים המתנגדים לקיומם, ואין שיקולים של סכנה ודאית וקרובה של הפרת השלום חייבים, בהכרח, להצדיק הטלת איסור כאמור.”⁶⁹

בעקבות פסק הדין מונתה ועדת מנכ”לים של משרדי הממשלה הנוגעים בדבר, בראשות מנכ”ל משרד ראש הממשלה. בשל התארכות דיוני הוועדה ”נשות הכותל” חידשו את עתירתן (1995). הוועדה הגישה המלצותיה (1996), והפנתה לחוות דעת המשטרה, כי מימוש זכות ”נשות הכותל” לתפילה כמנהגן ברחבת הכותל (כגון על ידי חלוקת זמני התפילה) ”תגרום פגיעה בסדר הציבורי בוודאות קרובה ביותר”. מסקנות הוועדה, בהתחשב באיזון הנדרש בין חופש הגישה לכותל לבין צמצום הפגיעה ברגשות המתפללים, כי טרם ”בשלה העת לאפשר תפילה ברחבת הכותל המערבי גופה, אשר היא שונה מהתפילה המסורתית המקובלת בו”. עם זאת, הוועדה הציעה לאתר מקום תפילה חלופי בסביבת הכותל. הממשלה הסמיכה את ועדת השרים לענייני ירושלים לבחון את ההמלצות ודרכי יישומן (1996). ועדת השרים אימצה את המלצות הוועדה (1997), ובהסתמך על ”סטטוס קוו” בנוגע להסדרי התפילה, החליטה ”להשאיר, בשלב הנוכחי את המצב הקיים על כנו”, תוך בחינת אתר חלופי. בכך ממשלת ישראל התייחסה ל”סטטוס קוו” בהסדרי התפילה ברחבת הכותל, אך כאמור, לדעת הרוב בהלכת הופמן (1994) ”מנהג המקום” מבוסס על המכנה המשותף, כאמור לעיל, ולא על בדיקה עובדתית של ה”סטטוס קוו”. יודגש, כי ה”סטטוס קוו” הוא עיקרון פוליטי ולא משפטי.

לאחר מכן, הוסמכה ועדה בראשות השר י’ נאמן (שבה השתתפו נציגי התנועה הרפורמית והקונסרבטיבית), שהמליצה (1998) לאפשר לעותרות תפילה כמנהגן, במתחם ”קשת רובינסון”, שבפינה הדרום-מערבית של הכותל המערבי. העותרות הודיעו על התנגדותן לכך ובקשו לקצוב להן לפחות זמן קבוע בכל ראש חודש של שעה אחת לתפילה ברחבת הכותל המערבי. מאחר שוועדת נאמן דחתה את בקשתן, כאמור, הנושא חזר להכרעת בג”צ.

בשלב זה בית המשפט העליון פסק (2000) כי התוצאה האופרטיבית בהלכת הופמן (1994) נועדה לאפשר לממשלה לחתור לפתרון מקובל, אך באין פתרון, יש ליישם את העמדה העקרונית המשותפת העולה מדעת הרוב בהלכת הופמן (1994) כי: ”לעותרות עומדת זכות להתפלל, כמנהגן גם ברחבה שלידי הכותל המערבי”. בית המשפט קבע:

69 שם, בעמ' 357-356. יש להוסיף כי הוגשה בקשה לדיון נוסף בהלכת הופמן (1994) (דנג”צ 882/94 סוון אלטר ואח’ נ’ השר לענייני דתות ואח’, (לא פורסם)). בקשה זו נדחתה בנימוק כי יש להמתין להמלצות הוועדה הממשלתית שתבדוק את הנושא ואם ההמלצות לא יראו לעותרות ”שערי בית המשפט פתוחים תמיד”. ואכן ב-1995 כבר הוגשה עתירה נוספת שפרטיה נידונים בהמשך.

”אין להשלים עם מצב, שחשש מפני תגובה אלימה מצד מיגזר כלשהו של הציבור יביא לשלילת האפשרות של מיגזר אחר לממש זכות הנתונה לו. לא מן הנמנע אמנם, שבנסיבות נתונות עשויה המשטרה למנוע מאדם, או מקבוצה, לממש זכות הנתונה להם, אם קיים יסוד ממשי לחשש שמימוש הזכות יגרור התפרצות אלימה העלולה להפר את שלום הציבור, וכשאינן בידי המשטרה למנוע באמצעים סבירים תוצאה קשה כזאת.”⁷⁰

לפיכך, ניתן צו מוחלט:

”המורה לממשלה לקבוע [תוך ששה חודשים] את ההסדרים והתנאים המתאימים, בגדרם תוכלנה העותרות לממש את זכותן לתפילה כמנהגן ברחבת הכותל המערבי... כגון המקום והמועדים בהם תוכלנה לעשות כן, תוך מיתון הפגיעה ברגשותיהם של מתפללים אחרים ותוך קיום סידורי האבטחה הנדרשים.”⁷¹

צו מוחלט זה, המאשר עקרונית את חופש הפולחן והתפילה בכותל המערבי, כפוף להגבלות הבאות לעניין תפילה החורגת מן המנהג האורתודוכסי:

1. הגבלה לעניין מקום התפילה.
2. הגבלה לעניין מועדי התפילה.
3. מיתון הפגיעה ברגשות מתפללים [לפי המנהג האורתודוכסי], כלומר סידורים מתאימים ברחבת התפילה.
4. סידורי אבטחה [הכוונה למניעת התנגשות עם המתפללים האורתודוכסים].

התוצאה היא כי בהלכת הופמן (2000) הוכר עקרונית הפלורליזם היהודי-דתי, מבחינת חופש הפולחן ברחבת הכותל המערבי, תוך הפרדה בין קבוצות המתפללים השונות (קביעת מקום, מועדים, נהלים וסידורי אבטחה לקבוצות המתפללים המבקשות חופש תפילה, הסוטה מן המנהג האורתודוכסי).

הלכת הופמן (2000), הניחה כי הייתה הכרעת רוב קודמת בהלכת הופמן (1994) בדבר חופש התפילה של ”נשות הכותל” ברחבת הכותל המערבי. אכן תקנות המקומות הקדושים ליהודים, תש”ן - 1990, כוללים יסוד של ”מנהג המקום” ולדעת כל שופטי ההרכב בהלכת הופמן (1994), התקנה בדבר ”מנהג המקום”, אינה חורגת מגדר חוק המקומות הקדושים. עם זאת, השופטים נחלקו, כאמור לעיל, בפרשנות המושג ”מנהג המקום”. לדעת השופט אלון (דעת המיעוט), ”מנהג המקום” מבטא את ה”סטטוס קוו”, תוך התייחסות למכנה המשותף הרחב ביותר לכל המתפללים במקום, דהיינו: המנהג האורתודוכסי. לעומת זאת, השופט שמגר פירש את ”מנהג המקום” על פי ”המכנה המשותף לכל היהודים באשר הם”, תוך שמירה על חופש תפילה ”לכל מי שמבקש לשטוח

70 בג”ץ 3358/95 ענת הופמן ואח’ נ’ מנכ”ל משרד ראש הממשלה ואח’, פ”ד נ”ד(2) 345 (הלן: הלכת הופמן(2000)).
71 שם, שם.

תפילתו בדרכו" מחד, וללא פגיעה ברגשות המאמינים מאידך גיסא. לפי הדעה השלישית של השופט ש' לוי, "מנהג המקום" מבטא מכנה משותף המקובל על הציבור היהודי בישראל בכללותו, בגישה פלורליסטית, המצדיקה את עתירת "נשות הכותל". יוצא, איפוא, כי בנקודה העיקרית של פרשנות "מנהג המקום", חלוקות הדעות בהלכת הופמן (1994). לעומת זאת, הלכת הופמן (2000) לפיו "תוכלנה העותרות לממש את זכותן לתפילה כמנהגן... תוך מיתון הפגיעה ברגשותיהם של מתפללים אחרים", מאמצת, בהקשר זה, את פסק דינו של השופט שמגר, על אף שזו הייתה דעה אחת מבין שלוש הדעות בהלכת הופמן (1994). בכך הפך פסק דינו של השופט שמגר לתשתית נוסחת האיזון, שעל פיה יוסדר חופש התפילה בכותל המערבי, שעומדת בעינה גם בפסק הדין שניתן בדיון הנוסף, כמפורט בהמשך.

בדיון הנוסף, לבקשת המדינה, בהרכב של תשעה שופטי בית המשפט העליון, בראשות כב' הנשיא א. ברק, שינה בית המשפט העליון, ברוב דעות, לאחר מסע ארוך של הליכים משפטיים שנמשכו כ-14 שנה (מאז 1989), את הלכת הופמן (1994) בכך שהורה על הכשרת אתר מיוחד (אתר "קשת רובינסון") לתפילת "נשות הכותל".

ראוי לציין כי בהחלטת ביניים של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרון ברק (יולי 2002), נתבקשו הצדדים להודיע אם מקובלת עליהם האפשרות של תפילה ליד "קשת רובינסון" (תוך סידורים טכניים לגישה נוחה). אולם, "נשות הכותל" השיבו על כך בשלילה. בסופו של ההליך נפסק להכשיר "כראוי וכיאות" את אתר "קשת רובינסון" לתפילת נשות הכותל, וזאת בתוך 12 חודשים. עם זאת, הוסיף בית המשפט, כי אם לא יוכשר המקום במועד כאמור, על הממשלה "לקבוע הסדרים ותנאים מתאימים שבגידרם תוכלנה נשות הכותל לממש את זכותן לתפילה כמנהגן...". ולהקצות להן "דלת" אמות לתפילתן כמנהגן" ברחבת הכותל המערבי, במשך שעה אחת מדי ראש חודש (סעיף 48 לפסק הדין).

פסק הדין, מפי השופט ד"ר מישאל חשין, נימק את נוסחת האיזון של חופש התפילה של "נשות הכותל" במילים אלה:

"ככל זכות במשפט, אין היא זכות ללא גבולות. זכות היא... נמוד אותה ונשקלנה כנגד זכויות אחרות הראויות להגנה אף-הן. אכן עלינו לעשות כיכולתנו למזער את הפגיעה ששומרי מצוות אחרים חשים בשל אורח תפילתן של נשות הכותל... [ו]אף למנוע אירועים חמורים בהתנגשות שבין המחנות הניצים".⁷²

פסק דין הרוב שינה את הלכת הופמן (1994) בכך שהורה על הכשרת "קשת רובינסון" כאתר תפילה, אך לגבי נוסחת האיזון של תפילת "נשות הכותל" ברחבת הכותל, פסק הדין אימץ הן את ההנחיות של הנשיא שמגר בהלכת הופמן (1994), שכבר הפכו חלק מהרציונל של הלכת הופמן (2000), והן את ההנחיות, ההסדרים והתנאים של הלכת הופמן (2000), הכל על מנת להבטיח "מיתון הפגיעה, ככל הניתן, ברגשותיהם של מתפללים אחרים תוך קיום סידורי אבטחה נדרשים". למעשה, על אף שההליכים המשפטיים הסתיימו, נראה כי הפרשה לא הגיעה לסימומה, ויש מקום לביקורת על הלכת הופמן (2003). התוצאה של הלכה פסוקה אחרונה זו היא שבמקום מציאת מכנה

72 דנג"צ 4128/00 (פסק דין מיום 6.4.2003, טרם פורסם) (להלן: הלכת הופמן (2003)).

משותף לכל, ברחבת הכותל, נקבע הסדר תפילה נפרד לנשות הכותל, ב"קשת רובינסון" תוך הכשרת האתר לכך. על כך נמתחה ביקורת מחוגי הארכיאולוגים. כאן יש להסביר כי "קשת רובינסון" היא אתר בקצה הדרומי של הכותל המערבי, באורך 80 מטר, המכונה על שם החוקר האמריקאי אדוארד רובינסון, שחקר את המקום (1838). האתר משמש כיום, כפי שציין השופט חשין:

"גן ארכיאולוגי יחיד ומיוחד במינו, המצוי באחריותה של רשות העתיקות ורשות העתיקות אינה מסכימה כי יערכו באתר שינויים כלשהם להכשרתו למקום תפילה" (סוף סעיף 44 לפסק הדין).

גם המשנה לנשיא השופט ש' לוי (אחד משופטי המיעוט), המתמקד בנימוקיו בנושא זה כתב:

"איני רואה מקום להורות, שלא על דרך של פשרה, על הכשרת אתר קשת רובינסון, המשמש כיום כגן ארכיאולוגי יחיד ומיוחד במינו, כאתר תפילה, כנגד חוות דעתה של רשות העתיקות".

על אף הקביעה הזו כי האתר הוא "גן ארכיאולוגי יחיד ומיוחד במינו", דחתה דעת הרוב את עמדת רשות העתיקות, ללא הנמקה מפורטת בהקשר הזה. לדעתנו עמדת הארכיאולוגים ראויה לעיון וליתר התחשבות, וראוי להביא בשלמות חוות דעת מומחה מיום 28.1.2000, שהוגשה במהלך הדיון הנוסף.⁷³ נוסח חוות דעת זו, ככתבה וכלשוונה, הוא כדלקמן (בשלמות):

הרחוב ההרודיאני שלמרגלות "קשת רובינסון"

בחפירות הארכיאולוגיות, שנערכו בראשותו של פרופ' בנימין מזר ז"ל, בשנים 1968-1978, נחשפו בחלקו הדרומי של הכותל המערבי שרידי ארכיטקטורה מונומנטלית מימי הבית השני. נחשף קטע מן הרחוב המרוצף אשר שימש עורק חיים ראשי של העיר ולאורכו נחשפו חנויות אשר שימשו בעיקר את באי בית המקדש. החנויות מצידו המזרחי של הרחוב נבנו צמודות אל הכותל המערבי. מעל הרחוב התנשאה קשת ענקית שהיוותה חלק ממבנה מדורג של קשתות שנשא מעליו גרם מדרגות עצום ומפותל שהוביל מן הרחוב אל רחבת הר הבית אל הסטיו המלכותי ואל בית המקדש. כל המכלול הזה חרב בשנת 70 לספירה, כאשר החריבו הליגיונות הרומיים את בית המקדש, את הר הבית ואת בתי ירושלים.

73 חוות דעת מאת הד"ר איילת מזר, מנהלת פרויקט פרסום הממצאים מחפירות הר הבית (המכון לארכיאולוגיה, האוניברסיטה העברית, ירושלים). וראו גם א' מזר המדריך השלם לחפירות הר הבית (הוצאת שוהם, 2000) וכן ר' רייך "הדגם הוירטואלי שבמרכז דוידסון (ליד הר הבית) ושיחזור הסטיו המלכותי" קדמוניות ל"ה (חוברת 123), (תשס"ב), 48.

בשנים האחרונות השלימה רשות העתיקות את החפירות בחלקו הדרומי של הרחוב ההרודיאני. בכך מתאפשר כיום הביקור באתר הייחודי הזה הממחיש את עוצמתו של חורבן הר הבית בשנת 70 לספירה. מאות אבני ענק נפלו בעוצמה מראש הכותל ומ"קשת רובינסון", כל אבן במשקל של עשרות טונות, ונעזרו על הרחוב, תוך ניפוץ אבני הריצוף הגדולות ומעיכת החנויות שנבנו לאורכו. הרחוב ההרודיאני שעבר בימי הבית השני לכל אורכו של הכותל המערבי וירד דרומה לעבר עיר-דוד, נחשף כאן לעין המבקר במראהו המקורי לאורך של כ-80 מ' (מתוך 485 מ' כלל אורכו של הכותל המערבי). בחלקו הצפוני הותירו החופרים במתכוון את מפולות החורבן באתר כעדות לעוצמת ההרס ולמימדי החורבן. בחציו הדרומי של הרחוב הוסרו המפולות וכעת ניתן לחזות ברחוב עצמו, הבנוי מאבני ריצוף גדולות במיוחד, ובחנויות שמשני עבריו. אין במקום זה אפשרות גישה ונגיעה בכותל המערבי עצמו.

המרחק בין הכותל המערבי לציידו המערבי של הרחוב הוא 12.5 מ'. מתוכם 2.5 מ' רוחב החנויות הצמודות אל הכותל ו-5-6 מ' רוחב חלקו המזרחי של הרחוב, המגודר שלא למעבר כיוון שמרצפותיו הרוסות ומנופצות. לפיכך השטח המיועד למעבר הקהל מצטמצם ב-4-5 מ' בלבד בחלקו המערבי של הרחוב. הרחוב ההרודיאני שלמרגלות "קשת רובינסון" הינו אתר היסטורי נדיר בחשיבותו בתולדות העם היהודי בארצו ובתולדות ירושלים. רק בשנה האחרונה נפתח הרחוב לקהל אחרי שנות חפירה ארוכות. יש לשמרו מכל משמר כאתר היסטורי ייחודי ולאפשר ביקורי קהל: בודדים ובקבוצות קטנות ומאורגנות בלבד. כל שימוש אחר באתר חשוב זה יפגע בו ללא תקנה (ההדגשות שלי - מ.ק.).

חוות דעת חשובה זו מדברת בעד עצמה. יש להוסיף כי הרכב בית המשפט בהלכת הופמן (2003) (שמנה, כאמור, תשעה שופטים), ביקר באתר וקבע כי "מצבו הפיזי של האתר כיום אינו מאפשר לקיים בו תפילה כראוי, והמתפלל אף אינו יכול לגעת בכותל, כדרכם של מתפללים ליד הכותל" (סעיף 47 לפסק הדין). על מנת להכשיר את האתר לתפילת נשות הכותל ולאפשר, כאמור, גישה ומגע של המתפללים בקצה הדרום-מערבי של הכותל, יהא צורך, כפי שקבעה הדין איילת מזר, לפנות את שרידי החורבות העתיקות באתר, שהם העדות לחורבן ירושלים, תוך גרימת נזק לאתר בעל חשיבות ארכיאולוגית רבה.

עם זאת, בית המשפט פסק כי אם לא יוכשר האתר בתוך 12 חודש, יינתן לנשות הכותל הסדר תפילה מיוחד ברחבת הכותל. זהו פתרון "על תנאי", יוצא דופן בפסיקה, שאינו מחייב החלטית את הממשלה לבצע את הכשרת האתר. עמדת רשות העתיקות וחוגי הארכיאולוגים (אף שדעת הרוב פסקה כנגד עמדה זו), וכן סיבות אחרות יגרמו, כצפוי, לדחיית הכשרת "קשת רובינסון". במקום זאת, נראה כי הממשלה תיזקק להסדר החלופי, באופן שיעמוד על הפרק ביצוע ההסדר המיוחד לתפילת נשות הכותל ברחבת הכותל המערבי. אולם, ההנחיות שניתנו להסדר זה בהלכת הופמן (2003), המורכבות משני פסקי הדין הקודמים, אינן מוגדרות כל צורך. לפיכך, יש לצפות כי הסדר תפילת נשות הכותל ברחבת הכותל יחדש את המחלוקת המשפטית, בחינת "הדרא קושיא

לדוכתא" [חזרה הקושיה למקומה] והנושא יחזור ויעלה לדיון בבג"צ.
נוסף על כך, תקדים האתר הנפרד לנשות הכותל, עשוי לגרום לכך שקבוצות נוספות יבקשו הסדרי תפילה מיוחדים לעצמם (ובינתיים התנועה הקונסרבטיבית מקיימת הסדר תפילה מיוחד באתר "רובינסון") ופרסום הפולמוס עלול לעורר "התגודדות תפילה נפרדת בכותל" של קבוצות וזרמים נוספים בעם היהודי. השופט חשין כותב כי:

"ממשלה נבראה כדי שתמשול, אשר על כן ממשלה תיקרא. וכחובתה על פי דין, שומה עליה... לאפשר לנשות הכותל לקיים בתום לב את תפילתן, כדרכן, ברחבת הכותל המערבי" (סוף סעיף 48 לפסק הדין).

בעניינינו ברור, כי על אף שורת ההנחיות, התנאים וההסדרים, המורכבות עתה משלושה פסקי דין שונים וחשובים, לא תוכל הממשלה, ככל הנראה, בקונסטלציה של ההתנגשות בין הקבוצות השונות, לקבוע תנאים קונקרטיים לתפילת נשות הכותל ברחבת הכותל, שיהיו מקובלים כביצוע, "כיאות וכנדרש" של הלכת הופמן (2003). הממשלה יכולה לקבוע את המועד והמקום, אך נותרה פתוחה שאלת מנהגי התפילה המיוחדים ל"נשות הכותל" המעוררים את שאלת "הפגיעה ברגשות המאמינים". לפיכך, שומה היה על בית המשפט בהלכת הופמן (2003) להכריע בדבר המכנה המשותף שעומו חייבים להיות הגופים הניצים בהתחשב במעשים האסורים בתחומי המקומות הקדושים מבחינת הדין והמנהג הדתי.⁷⁴ אין ספק כי בית המשפט יידרש לכך כעבור השנה שקצב לביצוע הפתרונות שנקבעו, ויהא עליו להשלים את מלאכתו.

אכן, חופש התפילה בכותל המערבי כפוף לסדר הציבורי (סימן 83 לדבר המלך במועצות) ולמבחן הפגיעה ברגשות המתפללים כלפי המקום (חוק המקומות הקדושים והתקנות שהותקנו על פיו). עדיין אין הכרעה ברורה כיצד ליישם את המבחנים שבפסק דינו של השופט שמגר בהלכת הופמן (1994), לחופש תפילה, מחד, מבלי לפגוע ברגשות המאמינים, ומאידך, מבלי לכפות את הגישה המחמירה ביותר. מתן חופש תפילה ל"נשות הכותל", עלול להיתקל בהפרעות מצד המתפללים המחמירים, ואי אפשר ליישם ולפקח על חופש התפילה, בעזרת שוטרים. ראוי כי כל הגורמים ינהגו בסובלנות, ככל האפשר, מבחינת ההלכה והחוק, על מנת להביא לפתרון הסכסוך. הלכת הופמן (2003) שקדה על כך, אך רק העתיד יוכיח אם הצליחה ליישם את דברי השופט חשין כי "הכותל הוא לעם ישראל כולו ולא אך לחלק בו". קשה וחרیפה מאה מונים היא בעיית הסכסוך הבין-דתי על גישת יהודים להר הבית.

74 ראו גם תקנה 2 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, לעיל הערה 65.

4. חופש הגישה של יהודים להר הבית

המקרה היחיד של מניעת הגישה למקום קדוש במדינת ישראל מתייחס לגישה יהודים להר הבית. הר הבית הוא מקום מקודש ליהודים, שאינו תלוי בזמן או בשלטון כלשהו ואין חולק על זכותם הלאומית וההיסטורית של יהודים להתפלל בהר הבית.⁷⁵ אולם, קצרה ידו של בית המשפט העליון מהתערבות למימוש הזכות, הלכה למעשה, וזאת מן הטעמים העיקריים הבאים:

1. אין לבית המשפט סמכות לדון במימוש זכות התפילה על הר הבית, לאור דבר המלך במועצתו על פלשתינה (א"י) (המקומות הקדושים), 1924.⁷⁶
 2. היעדר תקנות להגשמת חוק השמירה על המקומות הקדושים, לעניין הר הבית; ועתירה לחייב את שר הדתות להתקין תקנות להסדר הנושא נדחתה, בנימוק של אי שפיות.⁷⁷
 3. מניעת גישה ותפילה של יהודים כקבוצה (מניין), וזאת מטעמי הביטחון והסדר הציבורי. יש להוסיף כרקע להגבלת הגישה של יהודים להר הבית, את פסק ההלכה של הרבנות הראשית לפיו אסורה כניסת יהודים להר הבית.⁷⁸ עם זאת, מועצת הרבנות הראשית, בהרכב אחר, הכריזה כי "זכותו של עם ישראל על הר הבית היא זכות נצחית בלתי מעורערת ואינה ניתנת לויתורים", וזאת מבלי להיכנס לשאלת היתר הכניסה לתחום כלשהו בהר הבית.⁷⁹ אומנם, בתחילה, בתקופה לאחר שחרור הר הבית, נהג הרב ש' גורן (מאז 1969) להתפלל במניין בהר הבית בתשעה באב וביום הכיפורים וזאת בבניין המחכמה, סמוך לשער השלשלת.⁸⁰ אולם, בשלב מאוחר נאלצה משטרת ישראל להפסיק גם מנהג זה מטעמי ביטחון.
- לאחר הלכת חוגים לאומיים (1968), ניסו קבוצות שונות של יהודים, מפעם לפעם, להתפלל בהר הבית. קבוצת בית"רים, שלא צייתה להוראות המשטרה, הועמדה לדיון וזכתה.⁸¹ לעומת זאת, בג"צ אימץ עקרונות את הודעת פרקליטות המדינה כי תפילת יהודי יחיד בהר הבית מותרת ובלבד

75 בג"צ 223/67 בן דוב נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 440; בג"צ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141 (להלן: הלכת חוגים לאומיים); בג"צ 537/81 שטנגר נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לה(4) 673 (להלן: הלכת שטנגר). וראו את סקירתו המקיפה של השופט מ' אלון (מ"מ נשיא בית המשפט העליון כתוארו אז), על תולדות הר הבית וקדושתו לישראל, בג"צ 4185/90 נאמני הר הבית - עמותה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מז(5) 221.

76 דרייטון, חא"י, ג', בע' 2805.

77 הלכת שטנגר, לעיל הערה 75. יצוין גם כי הר הבית לא נכלל ברשימת המקומות הקדושים ליהודים.

78 ראו: ש' ברקוביץ, לעיל הערה 6, בע' 268. לעומת זאת, הרב ש' גורן, הרב הראשי לישראל, ציין בשטח הר הבית "תחום מותר" לכניסת יהודים. (ש' גורן משיב מלחמה - שאלות ותשובות בעניני צבא, מלחמה וביטחון הר הבית (חלק ד, תשנ"ב), שע"ג, שע"ה-שע"ז).

79 ראו: ש' ברקוביץ, לעיל הערה 9, בע' 87.

80 ש' גורן, לעיל הערה 78, בע' כ"ה.

81 ת"פ (שלום, ירושלים) 1448/75 (1976). ערעור המדינה לבית המשפט המחוזי התקבל, בין היתר, בנימוק שמימוש זכות התפילה ללא הסדר בתקנות "טומן בחובו סכנה חמורה לשלום הציבור" (ע"פ 51/76 מדינת ישראל נ' חנן, פסקים מחוזיים, תשל"ז (א) 293, 297). ערעור על פסק דין זה בבית המשפט העליון הסתיים בהסכמה בביטול פסק הדין בימ"ש מחוזי והזיכוי חזר לכנו. ראו גם בג"צ 267/88 רשת כוללי האירא, עמותה ואח' נ' בית המשפט לעניינים מקומיים ואח', פ"ד מג(3) 728, 742.

שאינו זו תפילה הפגנתית "העלולה לגרום להפרת הסדר הציבורי". אולם, למעשה, נדחתה העתירה לתפילת יחיד על הר הבית, מחשש שתפילת העותר היא הפגנתית גרידא.⁸² גם עתירות אחרות (כגון של גרשון סלומון) לעלות להר הבית ביום ירושלים ובתשעה באב נדחו.⁸³ בעתירה נוספת של נאמני הר הבית (1994),⁸⁴ נפסק כי "ההכרעה בעתירה זו מחייבת איזון עדין בין האינטרסים השונים המעורבים בה תוך מתן משקל נאות לסכנות... ולזכותם של יהודים להיכנס ביום תשעה באב למתחם". ברוח זו, אושרה זכותם של יהודים להיכנס להר הבית בתשעה באב, תוך הטלת סייגים: מספר אנשים מוגבל, זמן מוגבל ושטח מוגדר. בנוסף לכך, נאסר על העולים להר הבית: "לשאת תפילה... והכניסה תהיה שקטה ללא תשמישי קדושה וללא אבזרים נלווים (למשל דגלים או רמקולים)". עם זאת, המפקח הכללי של משטרת ישראל הוסמך לאסור כניסת יהודים להר הבית, אם יגיע לידו מידע חדש "המעיד על קיומה של סכנה קרובה ומיידית של התלהטות יצרים העשויה להביא להתלקחות". למעשה, מכוח הסמכה זו, מנעה המשטרה את הכניסה להר הבית באותה שנה (1994), בהסתמך על סכנות לביטחון ושלום הציבור. מאז ועד היום, הזכות העקרונית של יהודים לחופש הגישה והתפילה בהר הבית, אינה מקוימת הלכה למעשה.⁸⁵ להיפך, בשנים האחרונות החמירה הסכנה הכרוכה בגישת ובתפילת יהודים על הר הבית, באופן שלמעשה המשטרה מונעת מיהודים לחלוטין את התפילה בהר הבית. עם זאת לאחרונה (קיץ, תשס"ג) התירה המשטרה, מפעם לפעם, לקבוצות של יהודים לבקר בהר הבית בליווי משטרתית.⁸⁶ אולם, הזכות של יהודים לתפילה בהר הבית נותרה כזכות תיאורטית, הרשומה עלי נייר בלבד, שאינה ניתנת לביצוע, מטעמי ביטחון, כדברי היועץ המשפטי לממשלה, מר אליקים רובינשטיין:

"זכותם של יהודים - אחרי אלפיים שנות גלות וכיסופים - לשאת תפילה על הר הבית. קיומה העקרוני של הזכות, הוא דבר אחד; חוששנו כי מימושה - לעת הזאת הוא עניין אחר בנסיבות ביטחון בעייתיות מאוד".⁸⁶

מחופש התפילה נעבור לנושאים של חופש מדת, לדוגמא בענייני איסור עבודה ועסק בשבת.

82 בג"צ 99/76 כהן נ' שר המשטרה, פ"ד (2) 505 וראו גם בג"צ 67/93 תנועת כץ ואח' נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מ"ז(2) 1.

83 בג"צ 2725/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל ואח', פ"ד (5) 366; בג"צ 4044/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל ואח', פ"ד (5) 617; בג"צ 3374/97 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', תק-על (2) 97/43.

84 בג"צ 3995/94 נאמני הר הבית נ' ניצב אריה עמית ואח', תק-על (2) 94/699.

85 ש' ברקוביץ, לעיל הערה 9, בע' 268-269.

86 א' רובינשטיין והשופט נ' סולברג "דת ומדינה בישראל בשנת היובל - תמונת מצב מלשכת היועץ המשפטי לממשלה" מנחה ליצחק - קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בנבחרותיו (1999) 339, 366.

5. איסור עבודה בשבת

"שבת ומועדי ישראל ... הם ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל"⁸⁷. חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א - 1951⁸⁸ הוסיף איסור העסקת עובד (שכיר) במנוחה השבועית,⁸⁹ שהיא, לגבי יהודים, יום השבת דווקא.⁹⁰ בתיקון לחוק (1969) האיסור הורחב גם על "בעל בית מלאכה או מפעל תעשייה או חנות".⁹¹ יחד עם זאת, החוק הסמיך את שר העבודה ליתן היתרי "העבדה במנוחה השבועית", מטעמים שונים של ביטחון, "פגיעה רבה בכלכלה... או בסיפוק צרכים... חיוניים לציבור...".⁹² אכן בעקבות הוראות חוק אלה, הכירה הפסיקה כי שמירת השבת היא "קניין לאומי של העם היהודי שיש לשמור עליו במדינת ישראל".⁹³ יצוין, כי הציונות החילונית תמכה בהנהגת השבת כיום המנוחה השבועי, ואסתפק באזכור דברי אחד העם:

"אין צורך להיות ציוני או מדקדק במצוות בשביל להכיר את ערך השבת. מי שמרגיש בליבו קשר אמיתי עם חיי האומה בכל הדורות, הוא לא יוכל בשום אופן, אפילו אם אינו מודה לא בעולם הבא ולא במדינת היהודים, לצייר לו מציאות עם ישראל בלי 'שבת מלכתא'. אפשר לאמר בלי שום הפרזה כי יותר משישראל שמרו את השבת שמרה השבת אותם...".⁹⁴

עוד נציין (מפי השופט שמגר, נשיא בית המשפט העליון, כתוארו אז), כי:

"המחקר ההיסטורי מלמד, כי קביעת יום מנוחה היא בגדר חידוש של האמונה והתרבות היהודית שהונחלה על ידיהן לעולם הרחב. בעת שהתגבש בעמנו רעיון יום המנוחה, לא היה דומה לרעיון זה באף מקום ידוע אחר בתרבות העולם העתיק. יום המנוחה כקניין דתי ורוחני יהודי הפך במהלך ההיסטוריה והתפתחות התרבות האנושית לערך חברתי אוניברסלי".⁹⁵

-
- 87 פקודת ימי מנוחה, תש"ח - 1948 ששולבה בסעיף 18(א) בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948, ע"ר, התש"ח, תוס' א, בע' 1.
- 88 חוק שעות עבודה ומנוחה, לעיל הערה 23.
- 89 שם, סעיף 9.
- 90 שם, סעיף 7(ב1). לא יהודי רשאי לבחור בין יום השבת או יום ראשון או יום שיש בשבוע, הכל לפי המקובל עליו, כיום המנוחה השבועית שלו; סעיף 7(ב2) לחוק.
- 91 שם, סעיף 9.
- 92 שם, סעיף 12(א) - "היתר מיוחד", להבדיל מ"היתר כללי", שלא יינתן אלא על פי החלטת ועדת שרים המורכבת מראש הממשלה, שר הדתות ושר העבודה; סעיף 12(ב) לחוק.
- 93 בג"צ 287/69 שמחה מירון נ' שר העבודה ואח', פ"ד כ"ד(1) 337, 349 (להלן: הלכת מירון).
- 94 אחד העם "שבת וציונות" השילוח ג' (תרנ"ח) חוברת ו', מובא גם בכל כתבי אחד עם (ת"א, תשכ"א), רפ"ו. והשוו מקורות חז"ל כגון: "שקולה שבת כנגד כל המצוות" שמות רבה ווילנא, פרשה כה, טז.
- 95 בג"צ 5073/91 תיאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה ואח', פ"ד מז(3) 192, 206 (להלן: הלכת תיאטראות ישראל).

כמו כן, הוסיף השופט שמגר את שילוב המטרות הסוציאליות ומסורת ישראל, של המנוחה בשבת:

“ראשית, מטרה חברתית, לפיה ראוי לייחד יום מנוחה שבועי לכל אדם ... שנית, הועדת יום המנוחה בשבת נעשתה על רקע ציווי ההלכה ומסורת ישראל”⁹⁶.

היתרי עבודה בשבת לפי חוק שעות עבודה ומנוחה ניתנו, בין היתר, לעובדי קול ישראל, ואף גלי זה”ל, משרדים, כידוע, גם בשבת וכן הטלוויזיה הישראלית משרדת, מאז פתיחתה (1969), גם בשבת, וזאת בהתערבות בית המשפט העליון.⁹⁷ העילה לפסיקת בג”צ התייחסה להחלטת מליאת רשות השידור לקיים את שידורי הטלוויזיה במשך כל ימי השנה “כולל שבתות, פרט ליום הכיפורים” ובהחלטה שנייה, סירבה להיענות להמלצת הממשלה להשהות את ביצוע ההחלטה. על החלטה שנייה זו הוגש ערר שבו החליט השר המוסמך לעכב את ביצוע ההחלטה (השנייה) עד להכרעה בממשלה. כנגד החלטת השר הוגשה עתירה שכללה בקשה לצו ביניים. צו הביניים ניתן על ידי השופט צבי ברנזון בליל שבת. לאחר מכן, בג”צ דחה את הבקשה לביטול צו הביניים, בנימוק “שרק פעולה חיובית ניתנת לעיכוב. אין אתה יכול לעכב ההחלטה... של גוף משפטי שלא לעשות פעולה”⁹⁸.

סמוך לאחר מכן, הוגשה עתירה נגד חוקיות היתרי עבודה שניתנו לעובדים היהודים של הטלוויזיה הישראלית.⁹⁹ דעת הרוב (מפי השופט אגרנט),¹⁰⁰ הכירה בלגיטימיות האינטרס של הציבור הדתי, כקולקטיבי, למניעת עבודה בשבת, אך דחתה את העתירה מחוסר זכות עמידה של עותר יחיד בנושא ציבורי מסוג זה. לעומת זאת, השופט צבי ברנזון (דעת המיעוט) נימק את דחיית העתירה בהיעדר לגיטימיות של אינטרס דתי “למנוע מהזולת, בניגוד לרצונו, ולהכרתו, לקיים אורח חיים שונה משלו וליהנות משידורי טלוויזיה בשבת...”¹⁰¹.

יש לציין כאן את הביקורת של ח’ פ’ שלח על אימרת האגב של השופט אגרנט (שהכירה בלגיטימיות של אינטרס הציבור הדתי למנוע שידורים בשבת), מאחר שדעה זו “עומדת בניגוד לחירות המצפון והדת, בהיותה כפייה אמונתית, המכוונת כלפי אחרים”¹⁰².

היבט אחר של שידורי הטלוויזיה בשבת נידון בהלכת גור.¹⁰³ שומרי שבת השתתפו בכתבה בערוץ שתיים ועתרו לבג”צ למניעת שידור הכתבה בשבת. בית המשפט קבע כי “רק פגיעה שאינה מאפשרת לפרט לקיים את מצוות הדת והאמונה שלו, או לנהל את אורח חייו כדתי, תחשב לפגיעה בחופש הדת”. מקום בו אדם נפגע ממעשיו של אחר שהם בניגוד לדת, הטענה אינה של

96 הלכת תיאטראות ישראל, שם.

97 בג”צ 281/69 עדי קפלן נ’ ראש הממשלה ואח’, פ”ד כג(2) 394.

98 שם, בע’ 397. ראוי לציין שטענה נגד חוקיות צו הביניים מפני שניתן בליל שבת, נדחתה כשאלה אקדמית, כיוון שצו הביניים אושר לאחר מכן בדיון בהרכב.

99 הלכת מירון, לעיל הערה 93.

100 שם, בע’ 355.

101 שם, בע’ 364 וראו גם חירות המצפון והדת במשפט הישראלי, לעיל הערה 1, בע’ 371.

102 חירות המצפון והדת במשפט הישראלי, לעיל הערה 1, בע’ 372 (הדגשה שלי - מ.ק.).

103 ראו לעיל הערה 47.

פגיעה בחופש הדת אלא ברגשות הדת של הזולת.¹⁰⁴ עם זאת, בית המשפט הכיר בקיום החובה שלא לפגוע ברגשי הדת של הזולת,¹⁰⁵ ה"נובעת במישרין מחובת הסובלנות ההדדית בין אזרחים חופשיים בעלי אמונות שונות".¹⁰⁶ אולם, כנגדה, עומד הצורך להגן על חופש הביטוי. "נוסחת האיזון" (האנכית) היא זו: ידו של חופש הביטוי על העליונה, אלא אם כן הפגיעה ברגשות הדתיים היא ממשית וקשה וקרובה לוודאי.¹⁰⁷ מסקנת השופט א' ברק כי על מנת להכיר בפגיעה ברגשות הדת כפגיעה בחופש הדת: "נדרש כי הפגיעה תהא מעבר לסף הנסבל של החברה הישראלית".¹⁰⁸ בית המשפט פסק (ברוב דעות) כי שידור הסרט, שבו השתתפו העותרים, בשבת, אינו פוגע בחירות העותרים להאמין ובחופש הפולחן שלהם. פעולתו של הערוץ השני בניגוד למצוות הדת אינה מהווה פגיעה בחופש הדת של העותרים, כשם שקיום שידורי טלוויזיה בשבת אינו מהווה פגיעה בחופש הדת של הפרט שאינו צופה בטלוויזיה בשבת.¹⁰⁹ על פי מבחן דומה שלל השופט ברק את הדעה כי "נסיעה בשבת ברחוב בר-אילן פוגעת בזכות החוקתית של כל אחד מבני השכונה לחופש דת. חופשיים בני השכונה לקיים את מצוות הדת. תנועת המכונות בשבת אינה שוללת מהם חופש זה, ואינה פוגעת בו".¹¹⁰ דעה זו שונה מהלכה פסוקה קודמת לפיה תנועת מכונות בשבת באזור של תושבים שומרי שבת בבני ברק היא "פגיעה קשה" ברגשות הדת, באופן שהותר למפקח על התעבורה להגביל את התנועה.¹¹¹

6. סגירת עסקים בשבת

נושא אחר של ענייני השבת הוא פתיחת וסגירת עסקים פרטיים בשבת. חקיקת הרשויות המקומיות, הסמיכה אותן לקבוע בחוקי עזר את שעות פתיחתם וסגירתם של עסקים.¹¹² הלכה פסוקה היא כי אין רשות מקומית רשאית לחוקק חוקי עזר למטרה דתית, ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.¹¹³ עם זאת, הרשויות המקומיות, שרוב תושביהן יהודים, חוקקו חוקי עזר שאסרו

-
- 104 ראו: א' כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 289.
- 105 ראו בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים ואח', פ"ד מה (4) 683, 690; בג"ץ 2888/97 נוביק ואח' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ואח', פ"ד נא (5) 193, 202; הלכת מירון, לעיל הערה 93, בע' 363; הלכת חורב, לעיל הערה 45; ד' סטמנן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מ' מאוטנר, א' שיגא, ר' שמיר עורכים, 1998) 133.
- 106 בג"ץ 351/72 קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו (2) 811, 814; בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיו אינק ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מג (2) 22, 30 (להלן: הלכת יוניברסל סיטי); ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (3) 289, 307 (להלן: הלכת סוסצקין).
- 107 ראו בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נא (2) 509; הלכת יוניברסל סיטי, שם, בע' 31; הלכת סוסצקין, שם, בע' 308.
- 108 ראו בג"ץ 243/81 חברת יקי ישע בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לה (3) 421, 425. זוהי פגיעה המזעזעת את "אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית" (הלכת חורב, לעיל הערה 45, בע' 47).
- 109 הלכת מירון, לעיל הערה 93, בע' 363.
- 110 הלכת חורב, לעיל הערה 45, בע' 58.
- 111 בג"ץ 531/77 ברוך ואח' נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל אביב ואח', פ"ד לב (2) 160.
- 112 פקודת העיריות [נוסח חדש], נ"ח 8, בע' 197. סעיף 249 וסמכות דומה ניתנה למועצות המקומיות והאזוריות בצווים שונים של שר הפנים.
- 113 בג"ץ 122/54 אקסל ואח' נ' ראש העיר נתניה ואח', פ"ד ח (2) 1524; בג"ץ 72/55 פריידי ואח' נ' עיריית תל אביב-יפו ואח', פ"ד (1) 734 וראו בהמשך לפסקי הדין אלו הלכת מישראל 1, לעיל הערה 17.

פעילות עסקית של יהודים בימי מנוחה (שבתות ומועדי ישראל). יצוין כי חוקי העזר התחשבו ב"סטטוס קוו". לדוגמא, האיסור לא כלל תחרויות ספורט, כגון כדורגל, שהתנהלו מאז קום המדינה בשבת.

לבחינת חוקיות חוקי העזר אימצה הפסיקה את מבחן המטרה העיקרית, כלשון השופט ברנזון:

"התחשבות ברגשות הדת, שהם נחלתם של חוגים רחבים בציבור, אינה פסולה כשלעצמה, אם השימוש בסמכות חוקית אינו מסווה להשגת מטרה דתית גרידא"¹¹⁴.

במילים אחרות: חוק עזר לסגירת עסקים בשבת, שמטרתו העיקרית חברתית (יום המנוחה השבועי), לא ייפסל אפילו אם בציודו מטרה נוספת של התחשבות ברגשות הדת של הציבור הדתי. לעומת זאת, חוק עזר ייפסל במקרה שאינו אלא "מסווה להשגת מטרה דתית גרידא". עם זאת, דברים אלה בהלכת יוראמקס¹¹⁵ הם אימרת אגב, שכן באותו עניין בעלי תחנת הדלק שפעלה בשבת זוכו בנימוק שתחנת דלק איננה "חנות", וממילא אינה נופלת בגדרו של חוק העזר לרמת גן (פתיחת עסקים וסגירתם)¹¹⁶.

בשלב מאוחר יותר (1988), בית המשפט המחוזי בירושלים (מפי כב' השופטת איילה פרוקצ'יה), זיכה נאשם מאישום בגין הפעלת בית קולנוע בליל שבת, ופסק כי חוק העזר לירושלים (פתיחת עסקים וסגירתם), תשט"ו - 1955 בטל מעיקרא. עילות הבטלות, בלשון בית המשפט, הן "היעדר סמכות של מחוקק המשנה לחוקק איסור מעין זה" ו"היעדר סבירות לאיסור"¹¹⁷. השופטת פרוקצ'יה עמדה על:

"מחלוקת אידיאולוגית הנעוצה בהבדלי השקפה ואמונה על השאלה אילו תכנים יש לצקת ליום המנוחה... מול התפיסה הדתית של קדושת השבת וציוויה ההלכתיים, ניצבת תפיסת הציבור החילוני המבקש למלא בתכנים משלו את יום השבת באופן שיהלום את דעותיו ודרך חייו"¹¹⁸.

מסקנת השופטת פרוקצ'יה כי חופש הפרט פירושו, גם "חופש לעצב את תכני החיים" ואין להגביל חופש זה [חופש מדת], אלא בחקיקה ראשית. לפיכך, עיריית ירושלים לא הייתה מוסמכת

114 ע"פ 217/68 יוראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343, 362 (להלן: הלכת יוראמקס).

115 שם, בע' 362.

116 ע"פ (ת"א) 1925/86 עיריית ת"א - יפו נ' קולנוע דקל, פסקים מחוזיים, תש"ן, 138. אולם, בית המשפט העליון עיכב את ביצוע גזר הדין, בש"פ 738/89 קולנוע דקל בע"מ נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד מג(3) 759. לעומת זאת, לעניין פתיחת בית קולנוע בשבת בת"א, בניגוד לחוק עזר, נפסק ע"י בית המשפט המחוזי בת"א כי חוק העזר עומד במבחן המטרה העיקרית, ונחקק לאו דווקא "מתוך מניעים דתיים גרידא".

117 ת"פ (י-ם) 3471/82 מדינת ישראל נ' קפלן, פסקים מחוזיים, התשמ"ח (2) 265, 271 (להלן: הלכת קפלן).

118 שם.

"המחוקק הראשי לא הסמיך את העירייה לעצב בדרך חקיקה את צביון חיי האוכלוסייה בעיר בשבת בין ברוח ההלכה ובין בדרך אחרת. בסמכותה להסדיר פתיחה או סגירה של בתי עסק או בתי עינוגים כדי להגשים מטרות של סדר ציבורי וחיי עיר תקינים ולא לקבוע לתושבי העיר תכני חיים".¹¹⁹

ניתן להבהיר את הלכת קפלן על פי מבחן המטרה העיקרית שבהלכת יוראמקס. השימוש בסמכות החוקית של עיריית ירושלים לסגירת בתי עינוגים בשבת היה, כלשון הלכת יוראמקס, "מסווה להשגת מטרה דתית גרידא", כי אין בסגירת בתי עינוגים מטרה חברתית אלא מטרה דתית בלבד ועירייה אינה מוסמכת להתקין חוק עזר למטרה דתית, ללא הסמכת הכנסת.

לתיקון המצב שנוצר בעקבות פסק דין זה ועל מנת להבטיח את תוקפם של חוקי העזר בעניין סגירת עסקים בשבת, הכנסת חוקקה "חוק הסמכה" (1990), לפיו רשות מקומית מוסמכת לקבוע שעות פתיחה וסגירה של עסקים בתחום שיפוטה, בימי מנוחה, "בהתחשב בטעמים של מסורת דתית".¹²⁰

מטרת "חוק ההסמכה", כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק, "לשמר את היסודות קווי בעניין".¹²¹ (ההדגשה שלי - מ.ק.). "חוק ההסמכה" הוסיף מפורשות כי יראו את חוקי העזר הקיימים כאילו הותקנו על פי "חוק ההסמכה" ובכך הוכשרו חוקי עזר אלו.¹²²

לאחר מכן, גופים עסקיים הוסיפו לתקוף, מפעם לפעם, את חוקיות חוקי העזר והדוגמא האחרונה שהגיעה לשערי בית המשפט העליון היא הלכת **תיאטראות ישראל**.¹²³ העתירה נסבה על החלטת עיריית נתניה לסגור בשבת את בית הקולנוע "חן" (1991). למעשה, בנתניה, בתי קולנוע היו סגורים בשבת עד להשגת העתירה, אך משנפתח קניון חדש, הופעל בית הקולנוע שבו, גם בליל שבת. העירייה סגרה, כאמור, קולנוע זה בשבת, בהסתמך על חוק עזר קיים לנתניה.¹²⁴ חוק עזר זה אוסר פתיחת "בית עינוג" בימי מנוחה אלא לצורך "פעולות תרבות וחינוך". הגדרת "בית עינוג" כוללת בית קולנוע.

השופט מ' שמגר פסק כי "פעולות תרבות וחינוך" כוללות, בהיעדר הגדרה בחוק העזר, "משמעות מקובלת בין בני אדם בני חברתנו", לרבות הצגת קולנוע והוסיף כי יש לפרש חוק עזר מסוג זה, הבא להגביל את זכות הפרט, פרשנות מצמצמת ודווקנית. לפיכך, ניתן צו מוחלט נגד עיריית נתניה, האוסר את הגבלת פתיחתו של בית הקולנוע "חן" בימי מנוחה.¹²⁵ ראוי לציין כי

119 שם, בע' 272.

120 סעיף 249 (21) לפקודת העיריות [נוסח חדש], שהוסף לפי חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), תשנ"א - 1990, ס"ח 1336, בע' 34. סעיף 3 לחוק המתקן החיל את התיקון גם על מועצות מקומיות.

121 ה"ח 1872, התשמ"ח, עמ' 134.

122 סעיף 4 ל"חוק ההסמכה", שם.

123 לעיל הערה 95.

124 חוק העזר לנתניה (פתיחת עסקים וסגירתם), תשי"ח - 1957.

125 יש להעיר כי קודם הגשת העתירה עיריית נתניה התקינה חוק עזר נוסף, שהסמיך להוציא מההגבלות על פתיחת עסקים בימי מנוחה אזור מוגדר (חוק עזר לנתניה (פתיחת עסקים וסגירתם) (תיקון), התשנ"ב - 1991). אולם, בית המשפט העליון סבר כי אין בכך לגרוע מפרשנות חוק העזר הקיים..

באמנה החברתית שנערכה על ידי הפרופ' רות גביוון והרב יעקב מידן הוצע כי "לא ייאסר על מסעדות ובתי בילוי לפעול בשבת, בהקפדה על מסגרות של מיקום ושל רעש מתאימים".¹²⁶ פירצה אחרת ב"סטטוס קוו" בעניין השבת נפרצה עם הקמת קניונים ומרכזי קניות מחוץ לתחומי הערים, כגון מרכז ביל"ו (1994). במרכזי קניות אלו מתנהל מאז ועד היום מסחר בשבת, כשבתחילה הועסקו עובדים לא-יהודים, אך בינתיים הורחבה התופעה והמעבידים אינם מקפידים על דתם של העובדים ומעסיקים בשבת גם עולים חסרי דת. שלב נוסף בשינוי ה"סטטוס קוו" בעניין פתיחת עסקים בשבת, נוצר בעקבות פסק דין בית הדין לעבודה ירושלים (1998) בעניין מדינת ישראל נ' קיבוץ צרעה, אגודה שיתופית (להלן: הלכת קיבוץ צרעה).¹²⁷ פסק דין זה דן באישום פלילי נגד קיבוץ צרעה וכמה מחבריו שסחרו בחנויות בתחום הקיבוץ בשבת. השופט תיבון זיכה את הקיבוץ מהעבירות שיוחסו לו, בנימוק כי:

"לא ניתן להגדיר מה היא דתה של אגודה שיתופית ועל כן לא ניתן להגדיר מה הוא יום המנוחה הקבוע לה".

כמו כן, זיכה בית הדין לעבודה את הנאשמים - חברי האגודה השיתופית שסחרו בחנויות הקיבוץ בשבת, כי לעניין איסור עבודה במנוחה השבועית של חבר אגודה שיתופית, יש הוראה מיוחדת שאינה כוללת איסור מסחר בחנות,¹²⁸ וזאת להבדיל מהאיסור הכללי המתייחס לבעל בית מלאכה או מפעל תעשייה או חנות, הכולל מפורשות איסור מסחר בחנות ("לא יסחר בעל חנות בחנותו").¹²⁹

בעקבות הלכת קיבוץ צרעה, הורחב המסחר בשבת, במתחמים של קיבוצים ואגודות שיתופיות, כגון געש. פסק דין זה משמש "כיסוי" בפני האיסור הפלילי לכל התאגידים לסוגיהם, שלא ניתן להגדיר את דתם, וכן עולה ממנו לגיטימציה לפתיחת עסקים בשבת באמצעות תאגידים, באזורים שאין בהם חוקי עזר.

על הלכת קיבוץ צרעה הוגש ערעור בחתימת היועץ המשפטי לממשלה, מר אליקים רובינשטיין,

126 פרופ' רות גביוון והרב יעקב מידן מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל (הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה וקרן אביחי, תשס"ג), 223. יצוין כי בגירסה קודמת של האמנה הנ"ל, הוצאת מרכז יצחק רבין ומכון שלום הרטמן, תשס"א, בעמ' 97 הוצע נוסח אחר כי "מסעדות ובתי בילוי יורשו לפעול בשבת". שוני הנוסח מצביע על רגישות הנושא מבחינת שמירת שבת בפרהסיה שהסתיימה כנראה בפשרה על נוסח מתוקן המתיישב עם רצון למצוא "מודוס ויונדי" שלא יתנגש בהלכה ועיינו גם "אמנת כינרת", תשס"ב. הנושא מעורר את שאלת השניות התרבותית והנורמטיבית בחברה הישראלית, ראו נייר עמדה מאת "צ' שטרן" עושר שמור לבעליו לרעתו - מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית" מדינה משפט והלכה, ב' (הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה מס' 31 וראו גם נייר עמדה מס' 22 מאת המחבר הנ"ל).

127 ע"פ 1043/98 (לא פורסם).

128 חוק שעות עבודה ומנוחה, לעיל הערה 23, סעיף 9א(ב) "בימי מנוחה כאמור, לא יעבוד חבר של אגודה שיתופית בבית מלאכה או במפעל תעשייה של האגודה; בבית מלאכה או מפעל תעשייה של אגודה שיתופית חקלאית לא יעבוד חבר אלא אם העבודה קשורה לשירותים הנחוצים למשק שלה".

129 שם, סעיף 9א(א) "בימי המנוחה הקבועים, כמשמעותן בפקודת סדרי שלטון ומשפט, 1948 לא יעבוד בעל בית מלאכה בבית מלאכתו, ולא בעל מפעל תעשייה במפעלו, ולא יסחר בעל חנות בחנותו".

שעדיין תלוי ועומד. הביקורת על פסק הדין היא רבה. ראשית, נקודת המוצא היא תכלית חוק שעות עבודה ומנוחה, שהטיל חובת מנוחה שבועית על כל בעל בית מלאכה, מפעל תעשייה או חנות. "בעל", בהקשר זה, כולל גם בעל שליטה בתאגיד, המקיים עסקים כאלו. כל אדם, לרבות תאגיד, חייב לקיים "ימי מנוחה", ואין מקום לפרשנות המוציאה תאגיד מחובת יום המנוחה השבועית. שנית, "ימי המנוחה הקבועים" כמשמעותם בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח - 1948, הם שבת ומועדי ישראל; "לשאינם יהודים הזכות לקיים ימי מנוחה בשבתם וחגיהם" (סעיף 18א). כלומר, הכלל הוא כי "ימי המנוחה הקבועים", הם שבת ומועדי ישראל, אך לא יהודי רשאי לבחור ימי מנוחה אחרים. חוק שעות עבודה ומנוחה מוסיף כי "יום המנוחה", לגבי מי שאינו יהודי, "הכל לפי המקובל עליו כיום המנוחה השבועי"¹³⁰. הוא הדין לגבי הוראות איסור עבודה בחגים ש"יחולו לגבי מי שאינו יהודי - על מועדי ישראל או על חגי עדתו, הכל לפי המקובל עליו" (הדגשות שלי - מ.ק.).¹³¹ שילוב שני החוקים (פקודת סדרי שלטון ומשפט וחוק שעות עבודה ומנוחה) או חוק שעות עבודה ומנוחה, כחוק מאוחר ומיוחד, קובע כי לא-יהודי אינו מוגבל בבחירת יום השבתון על ידי השתייכותו הדתית, אלא הוא רשאי לקיים את חובת ימי המנוחה בשבת ומועדי ישראל או ביום "המקובל עליו". ההוראה לגבי לא-יהודים חלה אף לגבי חסרי הדת, אוכלוסייה המונה כיום כ-300,000 נפש, ופרשנות חקיקה היא דינמית ואין להוציא חסרי דת מחובת המנוחה השבועית. שלישי, תאגיד, שהוא אכן חסר דת, יכול לבחור ימי מנוחה אחרים (ולא שבת ומועדי ישראל), לפי המקובל על אורגני התאגיד. ודוק: האחריות הפלילית של תאגיד נקבעת לפי מעשיהם ומחשבתם של אורגני התאגיד.¹³² כל תאגיד, נוהג למעשה לשבות מעבודה ביום מסוים. קיבוץ צרעה, לפי נוהג אורגני הקיבוץ, שובת בשבת, באופן ששבת הוא יום המנוחה המחייב את קיבוץ צרעה, ללא צורך בהגדרת הדת של הקיבוץ והוא הדין לכל אגודה שיתופית. על כל פנים, יש מקום להפעיל במקרה זה, לשם הגשמת תכלית החוק, את החריג של "הרמת המסך" החוצץ בין האגודה לבין חבריה.¹³³ רביעית, האיסור הכללי של עבודה במנוחה שבועית שווה לכל אדם (בשבת או ביום "המקובל עליו") ואין מקום לפירוש החוק באופן שיוצר אפליה בין חבר באגודה שיתופית למי שאינו כזה. חמישית, חוק שעות עבודה ומנוחה, לפי פרשנות הלכת קיבוץ צרעה, נותן גושפנקה לתחרות בלתי הוגנת לטובת אגודה שיתופית או תאגיד אחר, כך שמותר להם לסחור בחנותם בימי מנוחה ואין צריך לומר כי פרשנות זו אינה מתיישבת עם עקרונות כלליים של פרשנות חקיקה. שישי, הסעיף המיוחד לגבי חבר אגודה שיתופית בא, ככל הנראה, להכניס את חברי האגודה השיתופית, שאינם עובדים שכירים ואינם בעלים של העסק, לתחום איסור העבודה בשבת. עם זאת, ניסוח החוק לקוי בכך שסעיף 9א(ב) לחוק לעניין חבר אגודה שיתופית, דן "בבית מלאכה או מפעל תעשייה" ולא בחנות, וזאת, מפני שהמחוקק לא צפה אפשרות שהקיבוצים יפתחו חנויות למסחר במתחמי הקיבוץ.

שביעית, איסור הפעלת בית עסק בשבת אינו איסור פרסונלי החל על בעל העסק, אלא האיסור חל

130 שם, סעיף 7(ב)2.

131 פקודת סדרי שלטון ומשפט, לעיל הערה 18, סעיף 18א.

132 חוק העונשין, לעיל הערה 48, סעיף 23; ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בניו ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364.

133 ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שדה יעקב-מושב עובדים של הפועל מזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח', פ"ד מה(4) 529, 540. שם הופעל החריג, "בעיקר כאשר הדבר נדרש לשם הגשמת תכליתה של נורמה משפטית...".

על הפעלת בית העסק, כלומר האיסור חל גם על הפעלת העסק בשבת, באמצעות עובדים לא יהודים. לבסוף, יש לומר כי הלכת קיבוץ צרעה מוגבלת לחברי אגודה שיתופית דווקא, שבעניינם יש הוראת חוק מיוחדת, אך איסור העסקת עובדים שכירים יהודים במנוחה השבועית, ללא היתר כחוק, עומד בתוקפו המלא, ללא סייגי הלכת קיבוץ צרעה. עם זאת, התפיסה שביסוד הלכת קיבוץ צרעה לפיה תאגיד, כחסר דת, אינו כפוף לאיסור עבודה ביום מנוחה שבועי, אינה תלויה בהוראת החוק המיוחדת כלפי חברי אגודה שיתופית.

לתיקון המצב שנוצר בעקבות הלכת קיבוץ צרעה, העומדת בתוקפה מזה כארבע וחצי שנים (כשעדיין תלוי ועומד, כאמור, ערעור של היועץ המשפטי), הוגשה על ידי חבר הכנסת מ' גפני, הצעת חוק שעות עבודה ומנוחה (תיקון מס' 12) (עבודה בימי מנוחה בחנות של אגודה שיתופית), תשס"ב - 2001.¹³⁴ הצעת חוק פרטית זו הציעה להוסיף בסעיף 9א(ב) לחוק שעות עבודה ומנוחה, איסור על חבר אגודה שיתופית לסחור בחנות של האגודה במנוחה השבועית ובכך להשוות את דינו של חבר אגודה שיתופית לכל בעל חנות, כלשונה: "ולא יסחר חבר האגודה או אדם אחר בחנות השייכת לאגודה".

הצעת חוק זו, המיועדת להשוות את דינו של חבר אגודה שיתופית לכל בעל חנות, מחטיאה את מטרותיה. אפילו אם תקבל הצעת חוק זו, יעמוד בתוקפו היסוד שבהלכת קיבוץ צרעה, לפיו לא ניתן ליישם את האיסור הפלילי כלפי תאגיד, מאחר שלא ניתן להגדיר מה היא דתו של תאגיד ועל כן לא ניתן להגדיר מה הוא יום המנוחה הקבוע לו. מעבר לכך, קבלת הצעת החוק בנוסח המוצע, לאחר שהתעוררה במלוא חריפותה שאלת תחולת איסור הפעלת בית עסק ביום המנוחה השבועי על תאגיד, פירושה, בדרך מכלל לאו אתה למד הן, כי אם תקבל הצעת החוק, תינתן לגיטימציה מכללית בחקיקה להוצאת תאגיד מגדר האיסור הפלילי המחייב סגירת עסקים בשבת. במקביל, הוצע תזכיר חוק לתיקון חוק שעות עבודה ומנוחה (2002, מאת משרד העבודה והרווחה) לפיו, לעניין ההבחנה בין יהודי ולא יהודי, "יהווה פריט הלאום במרשם האוכלוסין ראיה לכאורה" וכן כי איסור העבודה ביום מנוחה יחול גם על תאגיד. אף הצעת חוק זו אינה פותרת את הפרובלמטיקה שנוצרה בעקבות הלכת קיבוץ צרעה, באשר רבים רשומים במרשם האוכלוסין כחסרי דת ו/או חסרי לאום (משבצת ריקה). נוסף לכך, חסר בתזכיר חוק זה מבחן מפורש לקביעת יום המנוחה של כל תאגיד. החוק מבחין בין יהודי ללא-יהודי ותאגיד אינו נכלל באף אחד מסוגים אלו ואין צריך לומר כי אין לתאגיד זהות לאומית או זכר כלשהו במרשם האוכלוסין.

7. זכות השבות והמרשם כיהודי

נושא תשתית אחר בעניין חופש הדת הוא זכות השבות והמרשם כיהודי. הכרזת העצמאות הצהירה כי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליית יהודים ולקיבוץ גלויות...". זכות העלייה עוגנה בחוק השבות, תשי"א-1950 "כל יהודי זכאי לעלות ארצה...".¹³⁵ על פי חוק האזרחות, תשי"ב - 1952,¹³⁶ עולה לפי חוק השבות, רוכש אזרחות ישראלית אוטומטית, אלא אם כן הוא מוותר על

134 ה"ח 3038, בע' 4, שהוגשה בכנסת ה-15.

135 סעיף 1 (להלן: חוק השבות), ס"ח 51, בע' 159. עם זאת ניתן לשלול זכות שבות מיהודי במקרה שהוא פועל נגד העם היהודי, או עלול לסכן את בריאות הציבור או את ביטחון המדינה או בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור.

136 ס"ח 95, בע' 146. ראו: C. Klein "La Nationalite Israelienne" *Juriscleuseurs*, (1983).

כך.¹³⁷ ואולם, אין בזכות השבות והזכויות הכרוכות בה, בכדי להוות אפליה על בסיס דתי. זכות היתר הניתנת בחוק זה ליהודים לעומת לא-יהודים היא לגיטימית, שכן היא באה להגשים שבות (repatriation) ומהווה העדפה מתקנת ולא אפליה.¹³⁸ כל יחיד המשתייך לעם מוזמן להשתקע במדינה של אותו עם, כשהעם מגשים את תקוותו לעצמאות מדינית.¹³⁹ ואכן, מדינות רבות מעניקות אזרחות לאנשים בעלי זיקה חברתית, תרבותית או אתנית למדינה, כגון: גרמניה וברית המועצות לשעבר.¹⁴⁰ יודגש, כי חוק השבות אינו נועל את שערי המדינה בפני לא-יהודים; חוקי ההגירה במדינת ישראל דומים לחוקים הקיימים במדינות אחרות וכל אדם, כולל לא-יהודי, רשאי להגיש בקשה לכניסה לישראל ולהתאזרחות, הנתונה לשיקול דעת שר הפנים. לעניין איחוד משפחות, כגון: בן זוג בעל אזרחות אחרת, נקבעו נוהלים מתאימים.¹⁴¹

ראוי להזכיר את האמנה הבינלאומית למיגור כל צורות האפליה הגזעית (1965).¹⁴² האמנה דנה באפליה על בסיס גזעי, אך יש לה השלכות, בדרך ההיקש, גם לגבי אפליה על בסיס דתי. האמנה קובעת כי בענייני לאומיות, אזרחות והתאזרחות, מדינה רשאית להעדיף אנשים מסוימים וזאת בתנאי שאין בכך הפלייה נגד קבוצה מסוימת (סעיף 3(1) לאמנה). חוקי השבות והאזרחות אינם גורמים הפליה מסוג זה ואינם סותרים את האמנה. יתירה מזאת, זכויות השבות חלות גם על בני זוג וצאצאי משפחות גישואי תערובת שאינם יהודים, עד דור שלישי ("נכד של יהודי").¹⁴³ נוסף על כך, האמנה מתירה, על-מנת לתקן אפליה, העדפה מתקנת (סעיף 4(1) לאמנה). לענייננו, שערי העלייה היהודית לארץ ישראל, שננעלו על-ידי השלטון המנדטורי (1939), נפתחו עם הקמת מדינת ישראל, ועליית יהודים היא בגדר העדפה מתקנת.

137 חוק האזרחות, שם, סעיף 2 (ג) (2).

138 ראו: ח' ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ז) 491. הפרק בספר המשפט לקוח ממאמרו של ח' ה' כהן "חוק השבות" גשר, שנה 18 (1972) 96, 111. המאמר נכלל גם בקובץ המאמרים של ח' ה' כהן מבחר כתבים (א' ברק ור' גביון עורכים, תשנ"ב) 312-337. וראו גם ז' ורהפטיג חוקה לישראל דת ומדינה (תשמ"ח) 140-141 (להלן: ז' ורהפטיג); א' כשר רוח איש (2000) 73; ר' לפידות ומ' קורניאלדי, לעיל הערה 2, בע' 281-279 וכן C. Klein, *Le Caractere Juif de l'Etat d'Israel* (Ed. Cujas, 1977) 35; N. Lerner, "Equality of Rights Under Israeli Law" *Patterns of Prejudice*, vol. 9 no. 6 (1975), p. 1-4. וראו גם בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד(1) 58 (שויון זכויות גמור בין אזרחי ישראל (יהודים ולא יהודים), להוציא את חוק השבות שהוא "מפתח מיוחד לכניסה לבית שניתן לבני העם היהודי").

A. Kasher "Justice and Affirmative Action: Naturalization and the Law of Return" *Israel Yearbook of 139 Human Rights* vol. 15 (1985) pp. 101-112, 110-112.

140 ראו: ר' לפידות ומ' קורניאלדי, לעיל הערה 2, בע' 280. וכן פירוט המדינות בפרסום: Laws Concerning De Castro "Nationalite, double כן ראו Nationality, United Nations Legislative Series, ST/LEG/SER. B/4 Nationalite et supra Nationalite" *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* vol. 102 (1961) p. 521, 566-568.

141 ראו נוהל התאזרחות לבני זוגם של ישראלים, לפי חוק האזרחות, לעיל הערה 137, סעיף 7 (1999). נוהל זה שהוצא בעקבות בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג(2) 728, מובא אצל מ' קורניאלדי חיות הזרות היהודית, חוק השבות - הלכה למעשה (נבו הוצאה לאור בע"מ, 2001) 227-233 (להלן: קורניאלדי - 2001).

142 International Convention of Elimination of all forms of Racial Discrimination 142

143 סעיף 4 לחוק השבות, תשי" - 1950, שהוסף בחוק השבות (תיקון מס' 2, תשל"ו-1970, ס"ח 586, בע' 34. (להלן: חוק השבות (תיקון מס' 2)).

מייסדי המדינה לא ראו צורך, בעת הקמת המדינה או אף בעת חקיקת חוק השבות, בהגדרה מפורשת של הזהות היהודית. השופט מ' זילברג הסביר, כי לעניין "יהודי" בחוק השבות:

"אין נודעת חשיבות מרובה כל-כך לדיוק ההגדרה המשפטית. כי חוק השבות, סוף סוף לא לסכסוכים ולמשפטים נוצר. מטרתו היא שיבת בנים לגבולם, ואם אדם הרואה עצמו יהודי מבקש לעלות ארצה, ושלטונות העלייה ישוכנעו, על פי כל ראייה סבירה שהיא, כי אומנם יהודי הוא, ודאי לא ינעלו את שערי הארץ בפניו".¹⁴⁴

עם זאת, ברור, כי הנסיבות מאז קום המדינה השתנו לבלי הכר, וסברתו של השופט זילברג התנפצה. חוק השבות ושאלת הזהות היהודית הפכו מוקד לסכסוכים ולמשפטים בעלי השפעה מכרעת על אופי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. התפיסה המשפטית, בענייני חוק השבות, עברה כמה וכמה שינויים, הנמשכים עד עצם היום הזה וזאת משום שמדובר בנושא שהוא בנשמת אפה של מדינת ישראל.

מוקד הפולמוס "מיהו יהודי", נסב תחילה על ענייני מרשם הזהות היהודית, בעקבות ההנחיות של שר הפנים דאז, ישראל בר יהודה, שהורה לרשום במרשם האוכלוסין, לפי בקשת ההורים, ילדים מנישואי תערובת (אם נוכרייה ואב יהודי) כיהודים. ממשלת ישראל בראשות דוד בן-גוריון החליטה לשמוע את "חוות דעת של חכמי ישראל בארץ ובחו"ל בנידון זה", ופנתה לחמישים חכמי ישראל (1958). נוסח המכתב איזכר את החלטת הממשלה "שדתו או לאומו של אדם מבוגר יירשמו כיהודי אם הצהיר בתום לב שהוא יהודי ואינו בן דת אחרת", אך בקשת חוות הדעת הוגבלה לשאלת רישום ילדים מנישואי תערובת.¹⁴⁵ בעקבות התשובות של חכמי ישראל, שרובם תמכו במסורת הרבנית, חזרה בה הממשלה מההנחיות של שר הפנים ואף מהחלטתה בעניין רישום מבוגר כיהודי לפי הצהרתו.¹⁴⁶

תוצאה זו תאמה את המצב המשפטי בענייני נישואין וגירושין. אומנם, אין בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 הגדרה של "יהודי", אך חוק זה מאמץ, מכללא, את המבחן ההלכתי של הזהות היהודית.¹⁴⁷ "יהודי" בחוק השיפוט הרבני, פירושו "יהודי על פי ההלכה של דיני ישראל",¹⁴⁸ כלומר, מי שנולד לאם יהודייה או מי שנתגייר כהלכה.

144 מ' זילברג המעמד האישי בישראל (תשכ"ה) 349.

145 נוסח השאלה מיום 27 באוקטובר 1958 והתשובות פורסמו בקובץ מיהו יהודי (תשי"ט) (להלן: מיהו יהודי).

146 על השתלשלות החלטות הממשלה והרקע להן, ראו ז' ורהפטיג, לעיל הערה 138, בע' 179.

147 על הגדרת הזהות היהודית בהלכה ראו מ' קוריאלי - 2001, לעיל הערה 141, בעמ' 41-25, 72-51.

148 בג"צ 72/62 רופאין נ' שר הפנים, פ"ד טז(4) 2428, 2437 (להלן: הלכת רופאין).

ההגדרה ההלכתית אינה תולה את הזיקה היהודית בהרגשה הסובייקטיבית ובדרכי ההתנהגות של האדם מישראל. גם מנהג בדרכי ישראל, שהוא מסימני ההיכר של קביעת יהדות, אינו תנאי מספיק, שהרי מתייחד, שנולד לאם שאינה יהודייה, ולא התגיר - אינו יהודי. לעומת זאת, מי שנולד יהודי, מעמדו כיהודי אינו משתנה גם אם בבגרותו הוא כופר ואינו נוהג בדרכי ישראל: "ישראל - אף על פי שחטא - ישראל הוא".¹⁴⁹ מימרה זו, בגלגולה האחרון, זכתה "בתפקיד חדש בעקבות הפילוג הפנימי ביהדות בין שומרי מצוות לפורקי עולן", והכירה ביהודים שאינם שומרי מצוות, כיהודים לכל דבר.¹⁵⁰ עם זאת, הגדרת הזהות היהודית בחוק השבות, כפירושה בפסיקת בית-המשפט העליון, שונה מההגדרה ההלכתית:

"לא הרי היהודי האמור בחוק השבות כהרי היהודי האמור בחוק שיפוט בתי דין רבניים. האחרון מובנו דתי כהוראה המוקצית לו בדיני ישראל, הראשון מובנו חילוני כהוראתו הרגילה בלשון בני אדם... בפי גוברין יהודאין".¹⁵¹

התפתחות זו נוצרה, באופן מפתיע, על רקע עניינו של יהודי מלידה - רופאיזן, שהתנצר והפך להיות כומר ("האח דניאל"). רופאיזן, שחירף נפשו בשנות השואה למען הצלת יהודים, ביקש הכרה כעולה לפי חוק השבות בטענה כי התנצרותו, מבחינת ההלכה, אינה מפקיעה את יהדותו. בית-המשפט העליון (בפסק-דין מפי השופט מ' זילברג) סבר כי הטענה נכונה מצד ההלכה, שכן "ישראל - אף על פי שחטא ישראל הוא", אך דחה את העתירה בנימוק שחוק השבות סוטה מן ההלכה ומבוסס על מבחן חילוני-לאומי, לפיו אדם שנולד לאם יהודיה, והמיר דתו, אינו יהודי.¹⁵² "יהודי" ו-"נוצרי" הינם מונחים סותרים המוציאים אחד מכללו של השני.¹⁵³ השופט זילברג בא להחמיר לעומת ההלכה ולשלול מן המומר זכויות שבות, אך הרצינול בדבר מבחן חילוני-לאומי, גרם בשלב מאוחר (אף שהשופט זילברג לא נתכוון לכך) להקל ולהרחיב את הגדרת הזהות היהודית.¹⁵⁴ אכן מאז הלכת רופאיזן ואילך, גבר המבחן החילוני-הלאומי על המבחן ההלכתי. שאלת המבחן למרשם אדם כ"יהודי" עלתה שוב על הפרק בעניין בנימין שליט נ' שר הפנים (1969),¹⁵⁵ שבו נידונה שאלת רישום הלאום היהודי של ילדים מנשואי תערובת. יהודי (רב סרן

149 סנהדרין, מד, א (להלן: סנהדרין). על התפתחות מימרה זו ממדרש אגדה בתלמוד למשמעות הלכתית מעשית ראו: "כ"ץ אף על פי שחטא ישראל הוא" הלכה וקבלה (תשמ"ד) 255 (המאמר פורסם קודם לכן בספר היובל לגרושום שלום (ירושלים, תשי"ח)).

150 "כ"ץ, שם, בעמ' 269-270. כ"ץ מביא בתור אסמכתאות לכך את דבר ר' יחיאל מיכל פינס (1843-1913), מחלוצי הציונות הדתית, ילדי רוחי (מינץ, 1872) 27, ומ"ל ליליינבלום קהל רפאים (אוריסה) 144. על כך יש להוסיף, כי המימרה שגורה, בספרות הרבנית בימינו, ביחס לציבור החילוני ראו לדוגמא, הרב יחיאל י' וינברג שרידי אש (חלק רביעי) "לשאלת מיהו יהודי", שעי"ה, בע' שע"ח (להלן: הרב יחיאל י' וינברג) וראו גם מיהו יהודי, לעיל הערה 146.

151 הלכת רופאיזן, לעיל הערה 148, בע' 2437, 2440.

152 שם, בע' 2439.

153 שם, שם ובהמשך (עמ' 2446-2445, 2453), מצוטטים דברי היסטוריונים יהודים וראשי הציונות.

154 ראו השופט ברק, בג"צ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793 (להלן: הלכת ברספורד).

155 בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים ואח', פ"ד כג(2) 477 (להלן: הלכת שליט).

שליט) ואשתו הלא-יהודיה עתרו לרישום ילדיהם במרשם האוכלוסין כבני הלאום היהודי וחסרי דת. העתירה ביקשה להפריד בין הזהות הלאומית של ילדי שליט כיהודים, לבין זהותם הדתית, ולא נתבקש בה לקבוע כי ילדי שליט הם יהודים לפי דתם.

בג'צ פסק בבקשת שליט לרישום ילדי שליט בפרט הלאום "יהודי" ובפרט הדת "חסרי דת". בית-המשפט דחה ברוב דעות - חמישה לעומת ארבעה - את המבחן האובייקטיבי של ההלכה היהודית (נולד לאם יהודיה) ואימץ במקומו, מבחן סובייקטיבי-חילוני, שלפיו מספיקה, לצורך רישום הלאום כיהודי במרשם האוכלוסין, הצהרה בתום לב של ההורים. הגישה העיקרית בנימוקי הרוב נשענה על סמכויותיו המוגבלות של פקיד הרישום, יותר מאשר על אנליזה של מורשת היהדות.¹⁵⁶ המבחן הסובייקטיבי-חילוני מבוסס על הזדהות אישית והגדרה עצמית. במבחן זה נעדר היסוד הדתי-הלכתי והדגש מופנה אל ההרגשה הסובייקטיבית, בליווי סימני היכר אובייקטיביים, חיוביים ושלייליים. דוגמא לסייג אובייקטיבי שלילי הסותר הצהרה בתום לב על יהדות היא השתתפות בתפילה בכנסיה. במשפט שליט נתמלאו יסודות המבחן הסובייקטיבי-חילוני הודעה בתום לב של שני ההורים על לאום יהודי של ילדיהם, המבוססת גם על נתונים אובייקטיביים: אב יהודי; אם ממשפחה חסרת דת, שהשתלבה, חרף מוצאה הלא-יהודי, בתרבות ישראל; הילדים נולדו ונתחנכו בישראל - משפחה ישראלית-יהודית לכל דבר (פרט למוצא האם).

הביקורת על דעת הרוב בהלכת שליט נסבה לא רק על אימוץ המבחן הסובייקטיבי-חילוני והסטייה מהמבחן ההלכתי-אובייקטיבי (יוחסין לפי האם היהודיה) אלא גם על הפרדה במושג "יהודי" בין לאום ודת. בהלכת שליט ניתנה גושפנקא להפרדה בין רישום הלאום היהודי לבין רישום הדת היהודית, בכך שילדי שליט נרשמו כיהודים לפי לאומם ולא לפי דתם (=חסרי דת). הפרדה זו אינה תואמת את האופי הדואלי של היהדות כדת ולאום כאחד. "יהודי" הוא מושג הכורך לאום ודת. יהדות, מעצם טיבה וטבעה, אינה ניתנת להפרדה ופיצול בין דת ולאום: "עמך עמי ואלהיך אלהי".¹⁵⁷ תורת ישראל ועם ישראל, מהות אחת הם, כדברי רבי סעדיה גאון: "לפי שאומתנו בני ישראל אינה אומה אלא בתורותיה"¹⁵⁸ וראו גם דברי הרב יחיאל י' וינברג, בתשובתו לפניית ממשלת ישראל:

"שאנו מבחינים בין ישראל לעמים ביחס הדת או הלאומיות. אצלם אין הדת קשורה בלאומיותם... אצלם אין ייחודם הלאומי קשור בדתם, כי אם בסגולת הגזע והדם והשפה וההיסטוריה המשותפת. הדת הנוצרית או האיסלאמית איננה נחלתו של עם מיוחד. הן כוללות במסגרתן הכנסייתית עמים שונים ואפילו שונאים זה לזה... אצלנו זהה הדת עם לאומיותנו. כל מי שיוצא מן הדת הישראלית, הוא מודח בכך מעם ישראל".¹⁵⁹

156 הלכת שליט, שם, בע' 504, מפי השופט זוסמן וראו בייחוד בע' 507: "רק סייג אחד נקבע לסדר רישום זה... והוא, כאשר פרט מן הפרטים מיניה וביה לא היה אמת והדבר גלוי לעין, כגון שאדם בגיר מתייצב בפני הפקיד ומבקש להירשם כבן... 5 במקרה כזה יסרב הפקיד לרשום את גילו, שכן אין הוא חייב ליתן יד לביצועו של רישום כוזב".

157 רות, א, טז, וראו גם רות, ב, יא - יב "ויען בועז ויאמר לה... ותעזבי אביך ואמך וארץ מולדתך ותלכי אל עם אשר לא ידעת תמול שלשום. ישלם ה' פעלך ותהי משכורתך שלמה מעם ה' אלהי ישראל אשר באת לחסות תחת כנפיו".

158 ספר האמונות והדעות, מאמר שלישי (תרגום הרב י' קאפח, הוצאת סורא קל"ב).

159 הרב יחיאל י' וינברג, לעיל הערה 150, בע' שע"ז-שע"ח.

כמו כן, הוסיף הרב וינברג כי הגירות בהלכה איננה רק גירות דתית, אלא גם גירות לאומית: "הגירות הדתית היא בישראל התייחדות גמורה אף מבחינה לאומית".¹⁶⁰

כיוצא בזה, חידש י' הרצוג את האימרה:

"מלבד העם היהודי, אין לך עם בעולם שיש לו דת אחת, ואין לך דת אחת בעולם שיש לה עם אחד".¹⁶¹

לשם שינוי הלכת שליט חוקקה הכנסת, כפתרון פשרה בין המגמה החילונית לבין התפיסה הדתית, תיקון לחוק השבות (להלן: "תיקון חוק השבות, 1970").¹⁶² "הפשרה" כללה "סעיף עקרוני", בדבר הגדרת "יהודי" מול "סעיף מעשי", שהעניק לבני משפחה של יהודי (כגון מנישואי תערובת) זכויות עלייה שוות (למעט רישום כיהודי).¹⁶³

תיקון חוק השבות, 1970 הפך את המצב המשפטי (כפי שנקבע בהלכת שליט) והחזיר לכנו, בדרך הגדרה "מעין דתית" של הזהות היהודית, את המבחן הדתי-האובייקטיבי, המבוסס על ההלכה ("נולד לאם יהודיה"). מאידך, תיקון זה הרחיב את מעגל זכאי השבות על ידי תוספת זכות שבות לגבי בני משפחה לא-יהודים.

הגדרת "יהודי" בתיקון חוק השבות, 1970, אינה מבחינה בין דת ולאום וחלה במפורש, גם לצורכי מרשם אוכלוסין.¹⁶⁴ לפיכך, לגבי יהודי, רישום הדת והלאום הוא אחיד, כפי שעולה גם מהוראה נוספת שנכללה בתיקון חוק השבות, 1970:

"לא יירשם אדם כיהודי לפי לאומו או דתו אם הודעה לפי חוק זה או רישום אחר שבמרשם או תעודה ציבורית מראים כי הוא אינו יהודי..."¹⁶⁵.

160 הרב יחיאל י' וינברג, שם. על גווני הסינתזה בין דת ולאום בציונות הדתית, ראו גם א' רביצקי "העגלה המלאה והעגלה הריקה: הציוני החילוני והמחשבה האורתודוקסית" חרות על הלוחות (תל אביב: עם עובד, 1999) 222, 237-254. ראו גם מ' בובר "הומאניות עברית" תעודה וייעוד (ירושלים: הספרייה הציונית, תשכ"ד) 130.

161 י' הרצוג עם לבדד ישכון (1975) 68. יש חולקים על ייחודיות הגדרה זו לעם היהודי, שכן מצויים גם עמים אחרים, שבהם הלאום והדת כרוכים והם, לדוגמא, הקתולים באירלנד והאיסלאם בפקיסטן, ראו: B. Akzin, *States and Nations* (New York, 1966) 36.

162 חוק השבות (תיקון מס' 2), לעיל הערה 143. לאחר תיקון חוק השבות, 1970, ניסה שליט לרשום ילד שנולד לו לאחר התיקון כ"עברי" ועתירתו נדחתה (בג"צ 18/72 שליט נ' שר הפנים ואח', פ"ד כו(1) 334).

163 ראו דברי ח"כ ד"ר משה סנה, ד"כ 57 (תשל"ל) 1133 ועיינו א' מעוז "הבן הנשכח: על סעיף 4 א (א) לחוק השבות ועל השמטה שבהיסח הדעת" הפרקליט לח (תשמ"ט) 637.

164 סעיף 3א (ב) לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה - 1965, ס"ח 466, בע' 270. (כתיקונו בחוק השבות (תיקון מס' 2), לעיל הערה 144. (להלן: חוק מרשם האוכלוסין).

165 חוק מרשם האוכלוסין, שם, סעיף 3א (א) (כתיקונו בחוק השבות, שם).

יתירה מזאת, כאמור לעיל, זכויות עולה ניתנות אף לבני משפחה של יהודי עד "נכד של יהודי" ובת זוגו (אף אם הם עצמם אינם יהודים). חוץ מבני משפחה שהיו יהודים והמירו את דתם מרצון.¹⁶⁶ מכאן, שהמבחן החילוני-לאומי המתוקן הינו פשרה בין התפיסה הדתית לבין התפיסה הסובייקטיבית, והיקף זכאי חוק השבות הרחב לבני זוג לא יהודים ולצאצאי משפחות נשואי התערובת (עד "נכד של יהודי"). הגדרת יהודי בחוק השבות כוללת גם אלמנט של אקסקלוסיביות – "אינו בן דת אחרת".¹⁶⁷ דוגמא לשלילת יהדות מכוח אלמנט זה היא עתירת היהודים המשיחיים לזכויות שבות, שנדחתה בנימוק שעל אף מוצאם היהודי (דרך האם היהודיה), יש להתייחס אליהם כנוצרים ולא כיהודים, עקב אמונתם בישו ובכרית החדשה.¹⁶⁸ קביעה זו, מהווה סטייה מהעיקרון ההלכתי כי "ישראל – אף על פי שחטא – ישראל הוא",¹⁶⁹ אך תואמת את המדיניות ההלכתית שלא להעניק זכויות למומרים.¹⁷⁰

שאלת מיהו יהודי משתרעת גם לנושא "מיהו גר" ותלויה בבעיית חופש הדת של זרמים ועדות בעם ישראל.

8. חופש הדת של זרמים ועדות בעם ישראל

בהצהרת "הסטטוס קוו" ובהכרזת העצמאות, מנהיגי המדינה לא נתנו דעתם לנושא הפלורליזם הדתי בתוך העם היהודי. העיקרון הכללי של חופש דת ופולחן, כגון בענייני תפילה, חל גם על עדות וזרמים לא-אורתודוקסים.¹⁷¹ אולם מערכת מוסדות הדת היהודית (בתי הדין הרבניים והרבנות הראשית) נוסדה ומנוהלת על ידי הרבנות האורתודוקסית (ולא אכנס כאן לנושא צירוף לא-אורתודוקסים להרכב המועצות הדתיות). בתי הדין הרבניים מוסמכים לדון בענייני נישואין וגירושין של כל יהודי, לרבות יהודים בני זרמים ועדות לא-אורתודוקסיות, ולהוציא יהודים קראים (כשאחד מבני הזוג מתנגד לסמכות בית הדין הרבני, כפי שיפורט בהמשך). הרפורמים, הקונסרבטיבים ובני עדות וזרמים יהודיים אחרים, להוציא הקראים כאמור, אינם זוכים ליהנות מחופש דת בענייני נישואין וגירושין, אלא עליהם לפנות לשירותי בתי הדין הרבניים והרבנות האורתודוקסית.¹⁷²

166 תיקון חוק השבות, 1970, לעיל הערה 143, סעיף 4 (כפי שתוקן בשנת 1970).

167 על הרקע, המשמעות וההשלכות של תיקון חוק השבות, 1970, ראו: א' ח' שאקי מיהו יהודי בידי מדינת ישראל (חלק א' תשל"ז) 173 (להלן: א' ח' שאקי); M. Shava "Comments on the Law of Return (Amendment no. 2), 5730-1970 (Who is a Jew), Tel Aviv University Studies in Law, vol. 3 (1977) p. 140.

168 השופט אלון, הלכת ברספורד, לעיל הערה 154.

169 סנהדרין, לעיל הערה 149.

170 אלמנט זה מבוסס על הלכת רופאין, לעיל הערה 148. וראה דברי השופט אלון בהלכת ברספורד, לעיל הערה 154, שאקי, לעיל הערה 167, בע' 155, 165-164, וראו מ' קוריןאלדי המעמד האישי של הקראים (תשמ"ד) 157 (להלן: קוריןאלדי-תשמ"ד). לעניין מעמדו של המומר לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), לעיל הערה 20, ראו הרב ש' ישראלי "חוק הנשואין והגירושין במבחן המציאות" גוילין כא-כב (1965) 3 וכן א' מעוז "מעמד המומר" משפטים (1977) 442, 449.

171 ראו בג"צ 262/62 פריץ ואח' נ' חברי המועצה המקומית כפר שמריהו ואח', פ"ד טז(2) 2101 (המועצה חויבה להשכיר ליהדות המתקדמת אולם השייך למועצה, לצורכי תפילה) וכן הלכת מורד, לעיל הערה 15.

172 ראו בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל ואח' נ' שר הדתות ואח', פ"ד מג(2) 661; מ' קוריןאלדי יהדות אתיופיה: זהות ומסורת (1988) (להלן: יהדות אתיופיה).

בירור נושא חופש הדת של הזרמים והעדות הלא-אורתודוקסיות, בענייני מעמד אישי, מצריך להתייחס למצב המשפטי הנוגע לכל אחת מהן. נושא זה נידון בהרחבה בספרי חידת הזהות היהודית.¹⁷³ במאמר זה, אתמקד בהתפתחות המשפטית בעניין גיור לא-אורתודוקסי, ששינתה, למעשה, את ה"סטטוס קוו", בהארות והערות בעניין רישום נישואין וכן בפירוט המצב המיוחד של היהודים הקראים ושל עולים חסרי דת.

א. גיור לא-אורתודוקסי

המרת דת היא נושא חקיקה מיוחדת בתקופת המנדט (1927) – פקודת העדה הדתית (המרה).¹⁷⁴ לפי פקודה זו אדם שהמיר את דתו [לרבות נוכרי שהתגייר] ומבקש ליתן נפקות חוקית לאותה המרה, צריך לקבל מאת ראש העדה הדתית המקבלת, תעודת אישור המעידה שנתקבל לאותה עדה דתית (סעיף 2). ראש העדה הדתית היהודית הוא הרב הראשי לישראל המשמש כנשיא מועצת הרבנות הראשית לישראל.

בהגדרת הזהות היהודית לפי תיקון חוק השבות, 1970, הוסף כי יהודי הוא, כמובן, גם מי "שנתגייר", אך החוק אינו מגדיר את טיבו של הגיור הנדרש. בית המשפט העליון הכיר, תחילה, לצורכי מרשם אוכלוסין, בגיור בחוץ לארץ שאינו לפי ההלכה הרבנית:

"הודעה בלווית מסמך המעיד על גיור בקהילה יהודית כלשהי בחוץ לארץ, די בהם כדי לחייב רישומו של אדם כיהודי. לעניין זה, אין נפקא מינה, אם הקהילה היא אורתודוקסית, קונסרבטיבית או רפורמית."¹⁷⁵

הבסיס החוקי להחלטה זו מבוסס על גבולות סמכויות פקיד מרשם האוכלוסין:

"איננו בודק את תוקפו או את חוסר תוקפו של טקס גיור, שנערך בקהילה יהודית בחוץ לארץ עליו מעיד המסמך שהוגש לו. לדידו משקפת תעודה המעידה על פניה על כך שנערך טקס גיור בקהילה יהודית כנ"ל, כי אכן קויים טקס כאמור המחייב רישום."¹⁷⁶

173 קורין אלדי 2001, לעיל הערה 141.

174 קובץ דרייטון, חוקי א"י, כרך ב', עמ' 1294.

175 השופט שמגר בבג"צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה ומצוות – תנועת ש"ס ואח' נ' ממונה על מרשם האוכלוסין ואח', פ"ד מג(2) 723 (להלן: הלכת ש"ס). בבג"צ 230/86 מילר נ' שר הפנים ואח', פ"ד מ(4) 436 (להלן: הלכת מילר), בוטלה החלטת שר הפנים להוסיף במרשם האוכלוסין את המילה "נתגייר" לרישום של גרים. כתוצאה מכך, הוכר, לצורכי רישום במרשם האוכלוסין, גיור רפורמי בחו"ל. ראו גם בה"ג 1/72 וידה ושמעון הולצמן, פ"ד כו(2) 85, 90 ובג"צ 482/71 קלרק ואח' נ' שר הפנים ואח', פד כו(1) 113 (הכרה אזרחית בגיור מחייבת, לפחות, אקט של קבלת היהדות והזדהות עם העם היהודי).

176 הלכת ש"ס, שם, לפי האמור בסעיף 19 לחוק מרשם האוכלוסין, לעיל הערה 164, וכן בסעיף 3 לחוק זה, לפיו רישום ה"לאום" אינו ראייה לכאורה לנכונות המידע.

פקיד המרשם הוא רושם ולא פוסק או שופט וחובתו לרשום במרשם האוכלוסין נישואין אזרחיים שנערכו בחו"ל, ואין לו סמכות לבדוק את תוקף הנישואין האזרחיים בחו"ל.¹⁷⁷ כך אין לפקיד המרשם סמכות לבדוק את תוקף הגיור.

לאחר מכן נפסק כי לצורכי החקיקה האזרחית (חוקי השבות ומרשם אוכלוסין) אין צורך באישור הרבנות הראשית לגיור שנעשה בישראל. האישור הנדרש על פי פקודת העדה הדתית (המרה), מתייחס לכפיפות אדם שהמיר דתו לסמכות השיפוט של בית הדין הדתי של הדת המקבלת ולא לענייני מרשם אוכלוסין או שבות.¹⁷⁸

לאור הלכה פסוקה זו, על שלושת אדניה [הלכת פונק שלזינגר, הלכת ש"ס והלכת פסרו (גולדשטיין)], הוכר לצורכי מרשם אוכלוסין גם גיור לא אורתודוכסי של קהילה יהודית במדינת ישראל, בהליכי גיור "המקובלים על-ידיה", כדברי השופט ברק:

"ביהדות ישנם זרמים שונים הפועלים בישראל ומחוצה לה... לכל יהודי בישראל... חופש דת... באשר להשתייכותו לזרם זה או אחר..."¹⁷⁹

עם זאת, השופט ברק הוסיף כי הגיור בישראל הוא אקט ש"יש לו השלכה ציבורית. מכוחו מצטרף אדם לעם ישראל, בעקבותיו ניתן לרכוש אזרחות ישראלית", אך הפיקוח הממלכתי על הגיור, הוא עניין למחוקק:

"הפיקוח הממלכתי על ההיבט הציבורי של הגיור - מעבר לפיקוח על הרישום במרשם - צריך להיקבע על-ידי הכנסת."¹⁸⁰

לפי הלכת נעמ"ת, עצם העובדה שהגיור הוא רפורמי או קונסרבטיבי אינו יוצר ספק, הן לעניין גיור שנעשה בארץ והן לעניין גיור שנעשה מחוץ לישראל. לפיכך, בית המשפט הורה על רישום העותרים (ילדי אימוצים) כיהודים בדתם ובלאומיותם.

ודוק: הלכת נעמ"ת מתייחסת לרישום ראשון כיהודי במרשם האוכלוסין (כגון לילדי אימוצים), ואילו לגבי שינוי רישום במרשם האוכלוסין, נדרשת תעודה ציבורית.¹⁸¹ פסק הדין של נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים שימש כתעודה ציבורית מתאימה.¹⁸²

הלכת נעמ"ת הכירה, כאמור, בעקבות הלכת ש"ס, בפלורליזם הדתי שבעם היהודי, בארץ ובתפוצות, לצורכי מרשם אוכלוסין. פקיד המרשם חייב לרשום הודעת אדם כי הוא "יהודי",

177 ראו בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד (1) 225 (להלן: הלכת פונק שלזינגר).

178 בג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מט(4) 661 (להלן: הלכת פסרו (גולדשטיין)).

179 בג"צ 5070/95 נעמ"ת, תנועת נשים עובדות ומתנדבות התנועה המסורתית ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נו(2) 721 (להלן: הלכת נעמ"ת).

180 שם, בע' 753.

181 חוק מרשם האוכלוסין, לעיל הערה 164, סעיפים 19(ג) ו-19(ד).

182 ה"פ (י-ם) 621/96 גיגי נ' שר הפנים (לא פורסם); (ערעור המדינה על פסק דין זה נידון במאוחד עם הלכת נעמ"ת, לעיל הערה 179).

כשהודעה נתמכת בתעודת גיור של קהילה יהודית כלשהי. אומנם, הלכת נעמ"ת דנה בתעודת גיור של בית דין קונסרבטיבי או רפורמי, בחו"ל או בישראל, אך גם בית דין של קהילה יהודית אחרת, בחו"ל או בישראל, יוכל לעסוק בגיור. אציין זרמים אחרים ביהדות כגון הזרם הריקונסטרוקציוניסטי (Reconstructionist) בארה"ב או הזרם הניאולוגי בהונגריה, וכן את הקסים של יהודי אתיופיה. כמו כן, אין כל מניעה במסגרת חופש הדת, שהוכר כאמור, להתארגנות קהילות יהודיות נוספות בארץ שיעסקו בגיור.

לפיכך, למעשה, ההשלכות של הלכת נעמ"ת, עשויות להיות רחבות, מעבר לאמור בפסק הדין. ראשית, עולי חבר העמים חסרי הדת, שמשבצת הדת והלאום שלהם ריקה בתעודת הזהות ובמרשם, והמונים כשלוש מאות אלף נפש, רשאים לפנות להליכי גיור בארץ באמצעות בית דין קונסרבטיבי או רפורמי או בית דין של קהילה יהודית אחרת. על פי הלכת נעמ"ת, פקיד המרשם יהא חייב לרשום הודעה של חסר דת כי הוא יהודי, בהסתמך על גיור שבוצע בארץ, ללא התייחסות לטיבו ההלכתי של בית הדין המגיייר, ובלבד שקיימו עקרונות יסוד של הגיור במורשת ישראל.¹⁸³

שנית, לרישום אדם כיהודי במרשם האוכלוסין יש השלכה מעשית, אפילו לעניין רישום נישואין. בשיטת הנישואין הדתיים-אורתודוקסיים הנהוגה בישראל,¹⁸⁴ אדם שאינו רשום כיהודי, אינו יכול להינשא בארץ, אלא אם כן יתגייר על פי ההלכה הרבנית. ואכן, בהתאם לחוק מרשם האוכלוסין, רישום הגיור אינו נחשב כראיה לכאורה לנכונות הרישום ואינו פוגע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין.¹⁸⁵ יתר על כן, הרבנות הראשית לישראל אינה סומכת על רישום יהודי במרשם האוכלוסין.¹⁸⁶ אולם, אדם שהצליח להשיג רישום כיהודי על פי תעודת גיור של קהילה יהודית כלשהי, בארץ או בתפוצות, יוכל להתייצב בפני רבנים רושמי נישואין, שבידם נתון עתה שיקול הדעת לעניין ההכרה בגיור או השלמת הליכי גיור, כפי שיראה לרב רושם הנישואין. התוצאה היא הרחבת אפשרות הנישואין ללא צורך באישור יהדות של בית דין רבני ממלכתי.

שלישית, בשלב זה בית המשפט הכריע רק על רישום יהודי במרשם האוכלוסין, אך צפויה, בזמן הקרוב, הכרעה נוספת של בג"צ בשאלה אם גיור רפורמי בארץ מזכה את הגר בזכות שבות ואזרחות כיהודי. אזכיר כי כבר נפסק שגיור רפורמי בחוץ לארץ מזכה את הגר בזכות שבות ואזרחות כיהודי,¹⁸⁷ ואכן מאות גרים רפורמים שהתגיירו בחו"ל כבר קיבלו זכויות עולה בהתאם לחוק השבות. לפיכך, אם הלכת נעמ"ת אכן תורחב כאמור, מי שעבר או יעבור גיור על-ידי קהילה כלשהי בישראל, יהיה זכאי לזכויות עולה ואזרחות כיהודי.

183 ראו גם חוק יסודות המשפט, התש"ם - 1980 והלכת קלרק, לעיל הערה 175.

184 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), לעיל הערה 20, סעיף 2.

185 חוק מרשם אוכלוסין, לעיל הערה 164, סעיף 40.

186 הרבנות הראשית הורתה, לדוגמא, בהנחיות לרושמי נישואין (תשנ"ח), כי אין להשיא עולים חדשים שעלו לארץ לאחר 1990 אלא לאחר בירור יהדותם. חוקיות הנחיה זו הותקפה בעתירה לבג"צ (בג"צ 5/02 משפחה חדשה נ' מועצת הרבנות הראשית) ובעקבותיה נמחקה הוראה זו והרבנות הראשית מסתפקת בבירור כשירות הנישואין של כל יהודי.

187 הלכת ש"ם, לעיל הערה 175.

רביעית, משרד הפנים מעכב הכרה בגיור בארץ במקרים שהגר המיועד אינו שווה כחוק בישראל או בגיור בחו"ל כאשר מדובר (במונחים של משרד הפנים) ב"גיור קפיצה". חוקיות מדיניות זו, על שני חלקיה, תלויה ועומדת בעתירות לבג"צ. שלילת גיור בארץ של אדם שאינו תושב ישראל, אינה מוצדקת אלא יש לבחון לגופו של עניין האם מדובר בגיור כן ובתום לב, שנעשה בהתאם ליסודות הגיור כמקובל במורשת ישראל. והוא הדין לעניין "גיור קפיצה". הקשר בין הקהילות והרבנים הוא אוניברסלי, ואין עילה לפסול גיור אך ורק משום שנעשה בחו"ל.

עם זאת, יש מקום לביקורת על הלכת נעמ"ת בכך שאף לעניין בקשת חסר דת לרישום ראשון כיהודי אין די בהודעת המבקש בצירוף תעודת גיור כלשהי, אלא צריך תעודה ציבורית של בית משפט מוסמך, כשם שנקבע לגבי שינוי דת או לאום במרשם האוכלוסין.¹⁸⁸ יצוין, כי ילדי אימוצים שבית משפט אישר את רישומם הראשון כיהודים, נולדו להורים בני דת אחרת, ועל כן, אין מקום לאבחנה בין ילדי אימוצים המבקשים רישום ראשון כיהודים, על יסוד גיור, לבין מבקשים אחרים העותרים לשינוי רישום הדת והלאום במרשם האוכלוסין. ברור כי בשני המקרים המבקשים הם במקור בני דת אחרת או רואים עצמם כחסרי דת. על כן גם לגבי ילדי אימוצים יש מקום לחייב תעודה ציבורית: פסק דין של בית משפט מוסמך.¹⁸⁹ דרישה זו מבטיחה פיקוח ממלכתי מסוים על מעמדו היהודי-דתי של בית הדין המגייר, ועל קיום יסודות גיור מקובלים, אפילו אם הרבנים המגיירים אינם רבנים אורתודוקסים.¹⁹⁰

אכן הפתרון הראוי של הבעיה הוא על ידי פיקוח ציבורי על גיור, בדרך תיקון חקיקה, לפיו תנאי לרישומו של אדם כיהודי הוא תעודה ציבורית - פסק דין של גוף שיפוטי מוסמך.¹⁹¹ לדעתנו, ראוי כי הפיקוח הציבורי יופעל על-ידי פורום שיפוטי מיוחד שיכלול רבנים ושופטים, בהרכב שייקבע בחוק, וזאת בדומה לסמכות הנתונה למוסד שיפוטי קיים - "בית דין מיוחד".¹⁹² מחיקת סעיף הלאום בתעודת הזהות¹⁹³ היא טלאי שאין בו כדי פתרון הבעיה. מרשם האוכלוסין נושא היבט ציבורי רחב, ובניגוד להלכת נעמ"ת אין לראות את רישום הדת כעניין טכני בלבד. לפיכך מן הראוי כי נושא בעל אופי חוקתי כזה, היורד לשורשה של המדינה כמדינה יהודית, יוסדר בחוק. עברו הימים שיהודים הסתירו את זהותם היהודית, כמו ברוסיה הסובייטית. רישום יהודי במרשם הוא מנשמת אפה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. גאוות כל יהודי היא על יהדותו ואין למנוע ממנו במדינה יהודית את הרישום בתעודת הזהות כיהודי, שהוא בעל ערך לאומי-סמלי מרכזי.

188 ראו לעיל הערה 181.

189 חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה - 1965 (סעיפים 19(ג) ו-19(ד)), לעיל הערה 164.

190 ראו הלכת קלרק, לעיל הערה 175.

191 ראו גם הלכת נעמ"ת, לעיל הערה 179.

192 סימן 55 (סיפא) לדבר המלך במועצתו, 1922 בית דין מיוחד מוסמך להכריע במקרים של ספקות לעניין סמכות בתי דין רבניים בענייני מעמד אישי.

193 תקנות מרשם האוכלוסין, תשס"ב - 2002.

יצוין, כי דוד בן גוריון התנגד, בשעתו, למחיקת רישום לאום יהודי בתעודת הזהות ואמר:

“נולד פה דור חדש שברובו הגדול איננו דתי. אם יהיה רק ישראלי – ולא יהודי, ישנה סכנה. צריך שידע שהוא יהודי... צריך לנטוע בליבות ההכרה שאנו קודם כל יהודים בני העם היהודי... לכן אי אפשר לכתוב בתעודת הזהות רק ‘ישראלי’. צריך לכתוב ‘יהודי’”¹⁹⁴.

יודגש, כי מחיקת סעיף הלאום בתעודת הזהות אינה גורעת מרישום הדת והלאום בתיק המרשם. המרשם ותעודת הזהות הם שני דברים נפרדים, ועל אף מחיקת סעיף הלאום בתעודת הזהות, רישום הדת והלאום במרשם נשאר בעינו. לפיכך, מחיקת סעיף הלאום בתעודת הזהות היא פעולה “קוסמטית”, חסרת תועלת, היוצרת מצב שהלאום אינו חשוף בתעודת הזהות, שעה שכאמור, הלאום רשום במרשם האוכלוסין, ואף פרט הדת, שלא היה כלול בתעודת הזהות, רשום כחוק במרשם האוכלוסין. לפיכך, המחיקה לא השיגה את שלילת מילוי הוראת בג”צ לרישום גרים לא אורתודוקסים כ”יהודים בפריט הלאום והדת במרשם”. מאידך גיסא כל אדם, לרבות גר רפורמי, יוכל גם להבא לקבל תמצית מרשם שבו יצוינו הלאום והדת שלו כיהודים. זאת ועוד: מחיקת רישום הלאום בתעודת הזהות גורמת לפיחות בערך תעודת הזהות, וסביר להניח כי יתפשט עתה מנהג של שימוש בתמצית המרשם, שם מצוינים כאמור, סעיפי הלאום והדת. יצוין כי מפכ”ל המשטרה התנגד למחיקה בנימוק כי סעיף הלאום בתעודת הזהות דרוש מסיבות ביטחוניות. נוסף על כך, מחיקת סעיף הלאום בתעודת הזהות אינה פותרת את הבעיה העקרונית של “מיהו גר”.

כדי למנוע את ההתנגשות והמתיחות בשאלות “מיהו יהודי” ו”מיהו גר”, הועלתה הצעה למחוק את פרטי הלאום והדת במרשם האוכלוסין. אולם מחיקת פרטי הלאום והדת לא תפתור את הבעיה, שכן זכות אדם לתעודת עולה מכוח חוק השבות, בטענת יהדות, מצריכה החלטה מנהלית לגבי נכונות הטענה.

יחד עם זאת, אין מקום לרשום בצורה כלשהי מידע על מקור או נתוני הגיור. ניסיון כזה נדחה ע”י ביהמ”ש העליון בהלכת מילר,¹⁹⁵ בנימוק שאין לשר הפנים סמכות לכך וכי רישום כזה מפלה לרעה את הגר. לפי ההלכה, אסור להזכיר לגר את מעמדו הקודם ומצווים אנו על שוויון הגר, כדברי הרמב”ם: “שאינו שום הפרש כלל בינינו ובינם לכל דבר”.¹⁹⁶ כל תוספת רישום לגבי הגר בכל צורה שהיא לוקה באפליה בלתי חוקתית של הגר ופסולה בעליל. עקרון אהבת ישראל ואהבת הגר מחייב קירוב לבבות ולא ניסיון להכתים גרים שמדינת ישראל קיבלה אותם כעולים, בתווית נחותה.

למעשה, אין צורך בהוראה כלשהי לרישום נתוני הגיור, שהרי ברור כי לשם רישום אדם שהתגייר כיהודי, עליו להציג בפני פקיד מרשם האוכלוסין תעודת גיור של קהילה יהודית כלשהי בארץ או בחו”ל, והתעודה תישאר בתיק האישי במרשם האוכלוסין, ואפשר לעיין בה במקרה

194 ראו א’ דון יחיא “דת, זהות לאומית ופוליטיקה” שני עברי הגשר (לעיל הערה 22) 96-97.

195 הלכת מילר, לעיל הערה 175.

196 שו”ת הרמב”ם, סימן שס”ט.

הצורך, כגון לעניין בדיקת כשירות נישואין כדת משה וישראל של המועמד לנישואין, מבחינת גיורו. כל רושם נישואין ראשי לעיין בתיק האישי (כדוגמת עיון רושם נישואין בפנקס האימוצים, כשהעיון דרוש למילוי תפקידו).¹⁹⁷

הצעת פתרון אחרת מבוססת על אבחנה בין לאום לדת: לדוגמא, גרים שעברו גיור לא-אורתודוכסי ירשמו כיהודים בפרט הלאום במרשם, ופרט הדת יישאר ריק.¹⁹⁸ הצעה זו, כגון לרישום ילדי אימוצים כיהודים בפרט הלאום, ולא בפרט הדת, לא נתקבלה ע"י פרקליטות המדינה, ובצדק, שכן כמוה כרישום לא ראוי של "יהודים לחצאין" או "יהודים על-תנאי".¹⁹⁹

ב. רישום נישואין

לפי פקודת הנישואין והגירושין (רישום), "הרשות הרושמת" לעניין נישואי יהודים היא "הרב בנישואין לפי דיני ישראל".²⁰⁰ מינוי רבנים כרושמי נישואין במובן "רשות רושמת" לפי פקודה זו, נעשה מאז קום המדינה על ידי שר הדתות,²⁰¹ כמו כן, אושר בפסיקה המינוי שניתן ע"י שר הדתות לרב הראשי לעדה הקראית כרושם נישואין,²⁰² כפי שיפורט בהמשך.

התנועה ליהדות מתקדמת ביקשה כי שר הדתות ימנה רבנים המוסמכים על ידה כרושמי נישואין ושר הדתות דחה את בקשתה. עם זאת, כדי לקדם פני אפשרות של עתירה לבג"צ, נקבעה בחוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם – 1980,²⁰³ הוראה לפיה תפקידי מועצת הרבנות הראשית כוללים "מתן כשירות לרב לכהן כרב רושם נישואין".²⁰⁴

התנועה ליהדות מתקדמת ביקשה ממועצת הרבנות הראשית להסמיך רבנים מתאימים מבין רבני התנועה כרושמי נישואין, אולם, מועצת הרבנות הראשית דחתה את הבקשה. בעקבות סירוב מועצת הרבנות הראשית ושר הדתות, עתרה התנועה ליהדות מתקדמת לבג"צ.²⁰⁵ העתירה נדחתה ברוב דעות, בין היתר, בנימוק שרבני התנועה הרפורמית אינם עורכים את הנישואין כדין תורה,

197 חוק אימוץ ילדים, תשמ"א – 1981, סעיף 30, ס"ח 1028, בע' 293.

198 לדוגמא, ביהמ"ש העליון הורה למדינה, בהחלטת ביניים בהלכת נעמי"ת, לעיל הערה 179, להשיב להצעת פתרון לפיה ילדי אימוצים ירשמו כיהודים בסעיף הלאום במרשם, וסעיף הדת יישאר ריק (החלטה מנובמבר 1999, שלא פורסמה). פרקליטות המדינה, לא קיבלה הצעה זו. ראוי להזכיר כאן את הדעה בדבר זהות לאומית ישראלית, תוך הפרדה כללית בין דת ולאום: "אגסי בין דת ולאום לקראת זהות לאומית ישראלית (תל-אביב: פפירוס, אוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ד).

199 השו"ב בג"צ 3023/90 פלונית (קטינה) נ' ביה"ד הרבני האזורי, רחובות ואח', פ"ד מה(3) 808 (מפי השופט אהרון ברק), שביטל פס"ד רבני שהתייחס לגיור ילדה מאומצת כגיור על-תנאי (שמירת מצוות בגרות), וזאת בנימוק שאין "יהודים על-תנאי".

200 סעיף 2 לפקודת נישואין וגירושין (רישום), 1919, חא"י, כרך ב', (ע) 876, (א) 903 (להלן: פקודת נישואין וגירושין (רישום)).

201 בג"צ 156/50 הדסאי נ' שר הדתות ואח', פ"ד ה(1) 167, 169.

202 בג"צ 35/70 מרוזק נ' שר הפנים פקיד רישום ראשי ואח', פ"ד כד(2) 628 (להלן: הלכת מרוזק) כיוצ"ב מינה שר הדתות כהן של השומרונים כרושם נישואין על השומרונים ומעמדם האישי בישראל. ראו קוריאנאדי 2001, לעיל הערה 141, בעמ' 123 – 136.

203 ס"ח 965, בע' 90 (להלן: חוק הרבנות הראשית לישראל).

204 שם, סעיף 62.

205 בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות ואח', פ"ד מג(2) 661 (להלן: הלכת קרן התנועה ליהדות מתקדמת).

כנדרש בסעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג - 1953, שכן לדוגמא, התנועה הרפורמית מתירה נישואי כהן וגרושה, האסורים בתורה.²⁰⁶ ראוי להוסיף כי בתי הדין הרבניים סוברים כי נישואין כמנהג היהדות הרפורמית הם חסרי נפקות לפי דין תורה, כגון: בגלל פסלות העדים, כתובה שאינה לפי המסורת הרבנית וכן העובדה שלפי המנהג הרפורמי גם האישה עונדת לבעל טבעת, ובכך הופכת את החלפת הטבעות בחופה למתנה לעלמא, בניגוד להלכה הרבנית.²⁰⁷

כתוצאה מהלכת קרן התנועה ליהדות מתקדמת,²⁰⁸ רבני התנועה ליהדות מתקדמת והתנועה ליהדות מסורתית, אינם מוסמכים לרישום נישואין. גם ה"קסים" של יהודי אתיופיה, שלא הוסמכו כרבנים, עתרו לבג"צ ליתן להם סמכות לרישום נישואין, בטענה שיהודי אתיופיה שלא עברו גיור לחומרא אינם יכולים להינשא במוסדות הרבנות. בג"צ פסק, בהסכמת הרבנות הראשית, על נוהל לפיו מונה הרב ח"ד שלוש, רב העיר נתניה, כרושם נישואין ארצי של יהודי אתיופיה.²⁰⁹ עתה נושא בתפקיד הרב יוסף הדנה, שהוא בן עדת ביתא ישראל, שהוסמך על ידי הרבנות הראשית כרב אורתודוכסי וכתב ליהודי אתיופיה וכן במקומות שונים. למעשה, זוגות של יהודים המעוניינים בנישואין לא-אורתודוכסיים, נישאים בנישואין אזרחיים בחו"ל, כגון בקפריסין (אשר מוכרים לצורכי מרשם אוכלוסין),²¹⁰ ובסמוך לכך, מסדרים, נישואין דתיים לא-אורתודוכסיים, באמצעות רבנים רפורמים או קונסרבטיבים. נישואין אלה הם, בדרך כלל, חסרי נפקות מבחינת בתי הדין הרבניים,²¹¹ אף כי הם נכונים להיזקק לענייני גירושין של בני זוג יהודים שנישאו אזרחית כאמור.²¹²

העדה היהודית היחידה שרבניה מוסמכים כרושמי נישואין, באמצעות מינוי של שר הדתות, היא העדה היהודית הקראית.

206 ויקרא, כא, ז. יצוין, כי בג"צ הורה למרשם האוכלוסין לרשום נישואין פרטיים של כהן וגרושה: ראו הלכת רודניצקי, לעיל הערה 43, שכן לפי ההלכה נישואי כהן וגרושה, אף שהם נישואי עבירה, תופסים בדיעבד.

207 ראו למשל פסק דין של בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, בהרכב בראשות הרב מ' מ' מאזוז - אב"ד, מיום כ"ה ניסן תשס"ב, תיק מס' 64-2. פסק דין זה מסתמך, בין היתר, שו"ת אגרות משה, אעה"ז, חלק ג, כה ועיינו גם שו"ת בית זבול, סימן כ"ו, ואין צריך להאריך.

208 לעיל הערה 200.

209 בג"צ 521/85 הרב ("קס") מנשה איילין אדגואיצ'ו נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל ואח', פ"ד מג(2) 152 לענין המעמד האישי של יהודי אתיופיה ותפקיד "הקסים" ראו יהדות אתיופיה, לעיל הערה 172; M. Corinaldi Jewish Identity: The Case of Ethiopian Jewry, Magnes Press, Hebrew University, (Jerusalem 1988).

210 הלכת פונק שלינגר, לעיל הערה 177.

211 ראו לדוגמא המקורות המובאים לעיל הערה 202.

212 השאלה אם יש תוקף סובסטנטיבי לנישואים אזרחיים בחו"ל של בני זוג יהודים, להבדיל מרישום הנישואין במרשם האוכלוסין, תלויה ועומדת בערעור ברשות בפני בית המשפט העליון, רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני. בענין זה בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי (בערעור) פסקו כי אין תוקף סובסטנטיבי לנישואין אזרחיים בפראגואי. יצוין, כי היועץ המשפטי לממשלה, שנתבקש, על פי החלטת בית המשפט העליון מיום 15.2.2001 בתיק הנ"ל, להודיע את עמדתו בעניין, תמך בפסק הדין נשוא הערעור, בנימוק כי "זהו עניין שראוי להסדירו באמצעות הרשות המחוקקת ולא הרשות השופטת, וכי במקרים הראויים ניתן יהיה להעניק סעד, על פי קונסטרקציה משפטית של הסכם מפורש או מכללא, על בסיס שוויוני והדדי".

ג. המעמד האישי של היהודים הקראים

עם קום המדינה ביקשה הקהילה הקראית במצרים, שבניה היו פעילים בתנועה הציונית, לעלות לישראל. ראשי הסוכנות פנו לרבנות הראשית, והראשון לציון דאז, הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל, פסק, על אף השיטה ההלכתית האוסרת חיתון עמם, "להרשות את כניסתם לארץ בתור בני מקרא"²¹³. בהתאם לכך, היהודים הקראים זכו לעלות לארץ כיהודים לפי חוק השבות ובמרשם האוכלוסין הם רשומים כיהודים או כ"יהודים קראים". על רישום זה ("יהודי קראי") יש להעיר כי בספרות הרבנית מצינו, לעיתים, כדי להבדיל בין יהודים לקראים, כי נהגו "לקרות לכל אחד מישראל רבני, אף על פי שיהא עם הארץ"²¹⁴. משנתבטל מנהג זה, אין מקום להפוך את היוצרות ולהוסיף לתואר "יהודי" את השייכות העדתית.

בארץ, היהודים הקראים המשיכו במסורתם הנפרדת, לא רק בענייני פולחן דתי כמו תפילה, שחיטה וקבורה, אלא גם בענייני נישואין וגירושין, אך העדה הקראית לא הוכרה כ"עדה דתית" נפרדת.²¹⁵ בשנת 1967, ועדה ציבורית בראשות השופט מ' זילברג, שהוקמה לבחינת המעמד האישי של הקראים, חוותה דעתה כי:

"דבר אחד ברור, ובכך איש לא יכפור, המצב הנוכחי אינו יכול להמשך בשום פנים ואופן לא לאורך ימים ולא לקוצר ימים, כי לא יתכן שצבור אנשים גדול המונה כ-8,000 איש יחיו ללא חוק ומשפט בענייני המעמד האישי: נישואיהם לא נישואין, גירושיהם לא גירושין, ואין מי שידון ויחליט בסכסוכי האישות שלהם"²¹⁶.

ועדת זילברג ציינה סיבה נוספת לחוסר התוקף המשפטי של פסק גירושין של טריבונל קראי, מאחר שהקראים, כחלק מהעם היהודי, כפופים לחוק השיפוט הרבני. "יהודי" על פי חוק זה "כולל גם יהודים קראים"²¹⁷. לפיכך, ועדת זילברג הוסיפה כי "ברור הוא שמאז 1953 [שבה נחקק חוק זה], יהודי, כולל יהודי קראי, אינו יכול לערוך נישואין או גירושין תקפים על פי חוקי המדינה, אלא בהתאם להלכה הרבנית".

213 הפסק פורסם בספרו של יצחק רפאל לא זכיתי באור מן ההפקר (הוצאת עידנים, ירושלים: תשמ"א) 111.

214 רבי אברהם זכות ספר יחסין (הוצאת פיליפובסקי, לונדון, 1857), ראש מאמר ג'.

215 העדה הקראית איננה נכללת ברשימת העדות הדתיות ואף לא הוספה לרשימה על-ידי חקיקה ישראלית. לעומת זאת, בתקופה העותמנית "הקראים הוכרו בנפרד על-ידי השלטון העותמני" G. Young, *Corps de Droit Ottoman* [Oxford, 1905] II, 142. ראה גם: A. Galante *Histoire des Juifs d' Istanbul* (Istanbul, 1942) II, 180. וכן קורינאלדי-תשמ"ד, לעיל הערה 170, ואסמכתאות שם. המספר המשוער של הקראים בישראל הינו 15,000.

216 ראה דו"ח ועדת זילברג (1967), מובא בקורינאלדי-תשמ"ד, לעיל הערה 170, בע' 226, 239. כפתרון למבוי סתום זה, הציעה הוועדה לחוקק חוק שיפוט בתי הדין הקראים (נישואין וגירושין). בעקבות המלצות אלה, הצעת חוק שיפוט בתי דין יהודים קראים (נישואין וגירושין), התשל"א - 1971, ה"ח 923, בע' 101, עברה בקריאה הראשונה בכנסת השביעית, אך נפלה בהצבעה בכנסת השמינית. להערות נוספות בעניין הצעת חוק זו ראו מ' קורינאלדי "על הצעת חוק שיפוט בתי דין יהודים קראים" משפטים ג (תשל"ג) 407-413.

217 ראו גם הלכת מרוזק, לעיל הערה 197202, בע' 633 וכן א' ח' שאקי, לעיל הערה 170, כרך ב', 333.

עם כל הכבוד, דברי חוות הדעת של ועדת זילברג (שנישואי קראים אינם תקפים) מתעלמים מכך שהרב הראשי הקראי הוסמך "כרשות רושמת" על פי פקודת הנישואין וגירושין (רישום),²¹⁸ לצורכי רישום נישואין של בני העדה. לפיכך, טקסי הנישואין על פי המסורת הקראית, הנערכים בישראל, נרשמים כחוק במרשם האוכלוסין.

ועדת זילברג המליצה כי הכנסת תחוקק חוק מקביל לחוק השיפוט הרבני בשם "חוק שיפוט בתי-דין קראים (נישואין וגירושין)".²¹⁹ הצעת החוק של ועדת זילברג הועלתה בכנסת ונפלה, ועד היום אין הכרה חוקית במעמד של בית-הדין היהודי הקראי.

באשר לענייני גירושין, בית המשפט העליון קבע כי בית הדין הדתי הקראי חסר סמכות לפי חוקי המדינה, שכן העדה הקראית אינה עדה דתית מוכרת על פי דבר המלך במועצתו, 1922.²²⁰ אולם, למעשה, בית הדין הקראי ממשיך לפעול עד היום כבית דין פרטי, ללא סמכות חוקית מטעם המדינה. עם זאת, משרד הדתות מעמיד לרשות העדה היהודית הקראית לא רק טפסי תעודות נישואין רשמיים, אלא גם טפסים רשמיים של תעודות גירושין. הרב הראשי של העדה חותם על תעודות גירושין בעקבות מעשה בית דין של בית הדין הדתי הקראי, ועל פי התעודות החתומות כאמור, על ידי הרב הראשי הקראי, הגירושין נרשמים במרשם האוכלוסין (פרט למקרים שבהם יש התנגדות של אחד מבני הזוג). בכך המדינה מכירה, *דה פקטו*, גם בפעולות הגירושין של מוסדות העדה הקראית.

השופט לנדוי חלק על עמדת ועדת זילברג וקבע כי חוק השיפוט הרבני אינו חל על הקראים, שכן אין לייחס למחוקק כוונה לכפות -

"את השיפוט הרבני על אלפי קראים גם נגד רצונם ונגד אמונתם הדתית אם כי ההלכה הרבנית... רואה בכל הקראים ספק ממזרים ופוסלת אותם לעדות".²²¹

לעומת זאת, השופט שרשבסקי, כתב כי המונח "יהודי" בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג - 1953, כולל:

"כל מי שהוא יהודי... אין מקום להבדיל... בין אלה שסוברים כי רק דין תורה שבכתב מחייב אותם. מאחר שהקראים אינם יהודים, אם כי הם פסולי חיתונם... אין, איפוא על פי החוק, כל יסוד להוציאם מהכלל הנ"ל של הסמכות הייחודית של בית הדין הרבני".²²²

218 קובץ דרישות, ח"א, כרך ב', פרק 88, עמ' 903 (1919).

219 חוות-הדעת פורסמה בקורניאלדי - תשמ"ד, לעיל הערה 170, בע' 253-226 וכן בקובץ מאמריו של השופט מ' זילברג באין כאחד (תשמ"ב) 304-291.

220 בג"צ 30/76 סיהו נ' בית הדין הדתי לעדת היהודים הקראים ואח', פ"ד לא(1) 13, 17 (להלן: הלכת סיהו). וכן ראו B. Bracha "Personal Status of Persons Belonging to a non Recognized Religious Community" *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 5 (1975) p. 88, 115 (להלן: B. Bracha).

221 הלכת סיהו, שם, בע' 21.

222 שם, שם.

מחלוקת זו בין שופטי בית המשפט העליון לא הוכרעה בהלכת סיהו, שכן אף השופט השלישי שישב בדין (השופט י' כהן), הסכים כי בית הדין הקראי חסר סמכות, אך השאיר את השאלה של כפיפות היהודים הקראים לבית הדין הרבני, שנידונה אגב אורחא, לעת מצוא. בתחילת שנות התשעים הוגשה בפני בית-דין רבני תביעת גירושין על-ידי יהודי קראי נגד אשתו הקראית. האישה התנגדה לסמכות, אך בתי-הדין הרבניים, בערכאה הראשונה ובערעור, דחו את ההתנגדות. האישה עתרה לבג"צ, ומנהל בתי-הדין הרבניים השיב: "בית-הדין הרבני לא יזקק לדיון בענייני נישואין וגירושין של יהודים קראים בלא הסכמה של שני הצדדים". בעקבות הודעה זו בוטלו החלטות הסמכות של בתי-הדין הרבניים. בית-המשפט העליון הוסיף בפסק דינו (1995) כי: "העמדה הנקוטה בידי המשיב 3 (מנהל בתי-הדין הרבניים)... יש בה עמדה מעשית למקרים דומים שיתעוררו בעתיד", ועל כן בג"צ לא ראה צורך להידרש לשאלה העקרונית בדבר סמכות בתי-הדין הרבניים על היהודים הקראים.²²³ עם זאת, נתגבשה בכך הלכה פסוקה שאין לבתי-הדין הרבניים סמכות שיפוט בענייני נישואין וגירושין של קראים אלא בהסכמת שני הצדדים.

הצורך בהסכמת שני בני הזוג הקראים מקורו בכך, שמצד אחד הנישואין ביניהם נערכו באמצעות רושם נישואין קראי ומצד שני כדי למנוע, באין הסכמה, כפייה דתית של ההלכה הרבנית וסמכות השיפוט הרבני כלפיהם. עם זאת, העובדה שבתי-הדין הרבניים נכונים לדון בעניינם של בני זוג קראים, בהסכמת שני הצדדים, מעידה על גישה המכירה ביהדותם של הקראים. גישה זו מחזקת, גם מבחינת ההלכה הרבנית, את תחולת חוק השבות על הקראים. כאמור, קהילות קראים ממצרים ותפוצות אחרות עלו לישראל ועליית קראים בודדים נמשכת עד עצם היום הזה. יצוין, כי מי שרשום במדינות חבר העמים בלאום "קראי" מוכר כיהודי על-ידי משרד הפנים בנוהל הטיפול הקונסולרי במועמדים לעלייה.²²⁴

השופט לנדוי עמד על הכפייה הדתית כלפי הקראים והסתמך על דעת הרמ"א, לפיה "הקראים אסור להתחתן בהם וכולם הם ספק ממזרים ואין מקבלים אותם אם רוצים לחזור".²²⁵ היסוד לחשש ממזרות, נובע מכך שהגט הקראי אינו כמנהג ההלכה הרבנית. לפיכך, אישה אפילו נישאה כמנהג הקראים, ולאחר מכן התגרשה כמנהג הקראים, נותרת אשת איש לפי ההלכה הרבנית. על כך יש להעיר כי פסק הרמ"א מקובל ביהדות האשכנזית, אך השיטה ביהדות הספרדית היא בדרך כלל שונה וכפי שפסק הרדב"ז (מגדולי הפוסקים במצרים וארץ ישראל סמוך לתחילת המאה ה-16):

"שכל הקידושין שלהם [קידושי הקראים] הם בעדים פסולים מן תורה ואין כאן קידושין כלל, והבא על אחת מנשותיהם אינו כבא על אשת איש הילכך אף על פי שאין גיטין גט אין כאן חשש ממזרות שהרי אין אישות שלהם אישות אלא כזנות בעלמא".²²⁶

223 בג"צ 6673/93 היינה נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח' (לא פורסם).

224 נוהל הטיפול הקונסולרי במועמדים לעלייה, המתייחס לארצות חבר העמים, פורסם אצל קוריאנאדי 2001, לעיל הערה 142, בעמ' 254-245 ולענייננו ראו בע' 249: "קראי - מוכר כיהודי".

225 רמ"א, שו"ע אבה"ז, ד, לו (להלן: שו"ע).

226 שו"ת רדב"ז, חלק א, סימן עג, וראו גם חלק ב, סימן תשצו וחלק ד, סימן רי"ט וכן קונטרס ר' שמואל אבן חכים הלוי על הקראים, יצא לאור בשלמות לראשונה בספרו של קוריאנאדי - תשמ"ד, לעיל הערה 170, נספח א, בע' 178.

לשיטת הרדב"ז אין תוקף לנישואין כמנהג הקראים, כי קידושיהם הם בעדים פסולים (הקראים פסולים לעדות מבחינת ההלכה הרבנית, בהיותם כופרים בתורה שבעל פה), ואין תוקף לקידושין שנערכים בפני עדי קידושין קראים. במילים אחרות, כלשון הרדב"ז, "קלקלתם היא תקנתם": קלקלתם בכך שהם פסולים לעדות, בהיותם כופרים בתורה שבעל פה – היא תקנתם, באופן שאין תוקף לקידושין הנערכים בפני עדים קראים ואין בהם חשש ממזרות, אף על פי שהגט הקראי פסול. לפיכך, אישה שנתקדשה בפני עדים קראים אינה מקודשת כדת משה וישראל ואינה זקוקה כלל לגט. הרדב"ז נימק את שיטתו גם בכך, שעריכת הנישואין כמנהג היהודים הקראים אינה ממלאת אחר יסודות הנישואין כדת משה וישראל.²²⁷

ראוי להוסיף כי היחס כלפי הקראים היה מקל בארצות המזרח, עד כדי נישואין בין-עדתיים, בייחוד במצרים.²²⁸ שטרי כתובה מן הגניזה בקהיר, מעידים על נישואין "מעורבים" בין קראים ורבניים (המאה ה-11 וה-12), על דעת ראשי שתי העדות.²²⁹ הרמב"ם פסק וזה לשונו:

"... אבל בני התועים האלה ובני בניהם שהדיחו אותם אבותם ונולדו בין הקראים וגדלו אותם על דעתם. הרי הוא כתינוק שנשבה ביניהם וגדלוהו ואינו זריז לאחוז בדרכי המצוות שהרי הוא כאנוס. ואף על פי ששמע אח"כ שהוא יהודי וראה היהודים ודתם, הרי הוא כאנוס שהרי גדלוהו על טעותם. כך אלו שאמרנו האוחזים בדרכי אבותם הקראים שטעו לפיכך ראוי להחזירן בתשובה ולמשכם בדברי שלום עד שיחזרו לאיתן התורה".²³⁰

לעומת זאת, במזרח אירופה הגיעו הדברים עד כדי קרע היסטורי בין היהודים הרבניים לבין הקראים, שמצא את ביטויו החריף באימרה הידועה "הקראים אינם מתאחים לעולם" ובאיסור חיתון, כמפורש בפסק הרמ"א.²³¹ אולם, בארצות המזרח, כגון במצרים המשיכו לנהוג הלכה למעשה כשיטת הרדב"ז.

בארץ, הפתרון לנישואין בין יהודים "רבניים" וקראים, באמצעות מוסדות הרבנות הראשית הוא בכך שהרבנים הראשיים הספרדיים, מפנים זוגות אלה לרבנים אורתודוקסים רושמי נישואין, המתירים נישואין של יהודי קראי כדת משה וישראל (לדוגמא, הרב דוד חיים שלוש, הרב הראשי לנתניה והרב ניזרי מיד רמב"ם). רבנים אלה עורכים נישואין בין-עדתיים אלה, בתנאי שבן הזוג

227 ראו תשובת הרב עובדיה יוסף, שפורסמה לראשונה אצל קורינאלדי-תשמ"ד, לעיל הערה 170, בעמ' 112-110 וראו גם יביע אומר, חלק ו' ועיינו "חוות דעת של נשיא בית הדין הרבני הגדול בעניין היתר נישואין לבת לאם יהודיה ואב קראי מרוסיה", פד"ר י"ז, 105-111. וראו גם השתלשלות ההלכה הרבנית בעניין זה, קורינאלדי – תשמ"ד, שם, בע' 113 ואילך.

228 ראו בהרחבה קורינאלדי – תשמ"ד, לעיל הערה 170, בעמ' 101-142, וכן י' שפירא "התייחסות ההלכה לקראים – מדיניות ומוסורת הלכתית" מחקרי משפט יט(1) (תשס"ב) 285 (להלן: י' שפירא).

Mann Text and Studies II 1931-35 (2nd ed., New York) pp. 173 229

230 רמב"ם, הלכות ממרים, ג, ו' ועיינו י' בלידשטיין "הגישה לקראים במשנת הרמב"ם עקרונות והשלכות" תחומין ח (תשמ"ז) 501-510.

231 שו"ע, לעיל הערה 220.

הקראית/מקבלת/עליו/ה "דברי חברות" (את ההלכה הרבנית).²³² זוהי דוגמא מעניינת לכך שריבוי הגוונים (פלורליזם) במסגרת ההלכה הרבנית מאפשר, ללא הכרעה בין השיטות החולקות בהלכה, פתרון הלכה למעשה, אף כי פתרון זה אינו מקובל על חוגים חרדיים ביהדות האשכנזית. לאור יחס ההלכה לקראים כינויים בימינו כ"ספק ממזרים" הוא הוצאת לשון הרע על ציבור.²³³ אפנה גם לדברים שאמר הרב הראשי, הראשון לציון, הרב אליהו בקשי-דורון, המפרש את דברי הרמ"א כי: "אין הכוונה שאין מקבלים אותם רק מטעם ספק ממזרים אלא משום שהתרחקו מדת ישראל ובנוסף לריחוק זה יש להם איסור חיתון משום ממזרות ולא שעצם הריחוק היה מטעם ספק ממזרות".²³⁴ אכן, התייחסות ההלכה לקראים נובעת גם משיקולי מדיניות הלכתית,²³⁵ ובזמננו, בדרך כלל, הרבנים הראשיים הספרדים מקלים עמם.²³⁶

לבסוף נציין כי בעבר העדה הקראית לא התירה נישואין בין-עדתיים (עם יהודים "רבניים"),²³⁷ אולם, לאחרונה, החליטה המועצה הדתית של היהודים הקראים להתיר נישואין עם יהודים "רבניים", בתנאי שהיהודי/ה "רבנית" מקבל על עצמו את ההלכה הקראית, וכבר נערכו מספר נישואין בין-עדתיים אצל היהודים הקראים.

232 קורניאלדי - תשמ"ד, לעיל הערה 170, בעמ' 134 - 142, וראו תשובת הראשון לציון, הרב עובדיה יוסף, שפורסמה על ידי קורניאלדי, שם, בעמ' 140-139 וכן הרב דוד חיים שלוש בני צמי (ירושלים, תשכ"ז), קמ"ז - קצ"ח.

233 חוק איסור לשון הרע לעיל הערה 49.

234 הרב א' בקשי דורון, "בת לאם יהודיה ולאב קראי מרוסיה (תגובה)" תחומין כ' (תש"ס) 221 ועיינו פסק הדין שניתן ברוב דעות, פד"ר יז, 99, בע' 104.

235 ראו י' שפירא, לעיל הערה 228.

236 יש לציין כי גם לשיטת הפוסקים האשכנזים יש נסיבות של היתר. ראו שו"ת נודע ביהודה (מהדורה קמא), אה"ע, סימן ה' (היתר קראי שפרש ממקום קביעות הקראים מדין "כל דפריש מרובא פריש [כל שפורש, מהרוב פורש]" (כתובות, ט"ו, א'). וראו גם פסק דין הרב י' אליעזרוב, תיק 311 / תשמ"ו, פד"ר י"ז, 99, 105-103.

237 בהלכה הקראית מקדמת דנא לא היה איסור על נישואין עם יהודים רבניים ורק בתחילת המאה שעברה החליטה הועדה הקראית לאסור נישואין אלו. ראו קורניאלדי - תשמ"ד, לעיל הערה 170, בע' 47-45 ובייחוד התשובה של החכם הקראי שריה שפשל מוילנא (1935) והמנשר (1936), של החכם טוביה שמחה לוי בבוביץ, החכם הראשי של הקראים במצרים, שם. יצוין כי החכם שריה שפשל כותב כי "נישואין מעורבים בין קראים לרבניים נאסרו לחלוטין מאז המאה ה-8, כלומר מאז הולדת הקראות...". אולם, דברים אלה אינם עומדים במבחן הביקורת לפי מקורות הקראים, שכן החכם אהרון בן אליהו האחרון כותב על שבעות הנישואין לפי מנהג הקראים: "טעם השבועה הוא בעבור שנחלקו ישראל קראים ורבניים ואפשר שיקח קראי רבנית או רבן קראית, בעבור שלא יניחו דתם לוקחים מהם קניין לעמוד בדת הקראים" (גן עדן, נשים, פרק י' וראו גם כתר תורה, שמות כה, ד). עתה לאור החלטת המועצה הדתית העליונה של היהודים הקראים הוחזר המצב לקדמותו.

ד. חסרי דת

ספרות המשפט הישראלי דנה במעמדם של היהודים הלא-מאמינים. השופט צבי ברנזון כותב:

”אין כופים אדם בארץ בשום צורה שהיא להשתייך לדת כלשהיא... ואין מונעים ממנו מלכפור במצוות הדת, של כל דת, ולהכריז על כך בראש חוצות בלי לשאת בתוצאה עונשית או אזרחית. אדם המכריז על עצמו כבן בלי דת גם רשאי להופיע בתור שכזה במרשם התושבים, אם כי אין בכך כדי לקבוע מבחינה משפטית את מעמדו האישי...”²³⁸.

יצוין, כי בהלכת רופאיזן נקבע כי האח דניאל, שוויתר על אזרחותו הפולנית ונדחתה בקשתו להכיר בו כיהודי, הוא ”בן בלי לאום” ומשבצת הלאום תישאר ריקה, והשופט מ’ זילברג ציין כלל את האפשרות הקיימת, של ”בן-בלי-דת”.²³⁹ עם זאת, כדברי השופט ברנזון, ההגדרה העצמית של אדם שנוגד לאם יהודיה כ”בן בלי דת”, אינה משחררת אותו מן הכפיפות בענייני מעמד אישי לבית דין רבני. לעניין זה החוק וההלכה הם הקובעים את מעמדו האישי. כפיפות זו של יהודי לא-מאמין לבית דין רבני סותרת את חופש המצפון והחופש מדת, אך הלכה פסוקה כי חוק הכנסת²⁴⁰ ”עדיף על עיקרון חופש המצפון”.²⁴¹ בכך שונה יחס החוק ליהודים הלא-מאמינים לעומת היהודים הקראים. מסקנת השופט לנדוי, בהתאם לעיקרון חופש הדת, היא, כלשונו:

”הכפפתם לשיפוט הרבני נגד רצונם... פירושה כפיה מצפונית קיצונית וחמורה בהרבה מזו הכרוכה בהשלטת סמכותו של בית הדין הרבני על יהודי לא מאמין ממוצא רבני”.²⁴²

ההבדל בין הקראים לבין היהודים הלא-מאמינים לעניין מניעת כפייה דתית, אינו רק בדרגת החומרה של הכפייה הדתית (כדברי השופט לנדוי, כאמור) אלא יש להוסיף על כך את ההבחנה עקרונית בין הגישה הארגונית-קבוצתית להגנה על פעילות ”דתית” לבין הגישה האישית-אינדיבידואלית להגנה על חופש המצפון האישי-סובייקטיבי. לפי הגישה הארגונית-קבוצתית המבחן לחופש הדת הוא אובייקטיבי – השתייכות ארגונית-קבוצתית של הפרט לעדה דתית, ואילו לפי הגישה האישית-אינדיבידואלית המבחן הוא סובייקטיבי – העמדה האישית של האדם הנוגע בדבר. המשפט הישראלי העדיף את הגישה הארגונית-קבוצתית:

238 צ’ ברנזון, לעיל הערה 12, בע’ 407. לעניין החופש שלא להשתייך לשום דת, ראו גם בג”צ 130/66 שגב נ’ בית הדין הרבני האזורי, צפת, פ”ד כא(2) 505 והלכת רוגוזינסקי, לעיל הערה 40, בע’ 134.

239 הלכת רופאיזן, לעיל הערה 148, בע’ 2440.

240 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), לעיל הערה 20.

241 הלכת רוגוזינסקי, לעיל הערה 40, בע’ 135 (לעניין יהודים לא מאמינים) וראו רשימת המקורות בהערה 8 לעיל.

242 הלכת סיהו, לעיל הערה 220, בע’ 19.

”הקראים הם בפועל עדה מאורגנת שלה הלכה ברורה. הוצאתם מסמכות השיפוט הרבני לא תביא לתוהו ובוהו המשפטי שעשוי היה להיווצר אילו הזהות היהודית הייתה וולונטרית.”²⁴³

כאן מתעוררת, מבחינת חופש הדת, שאלת תחולת חוק השיפוט הרבני על זרמים אחרים ביהדות, כגון: על היהודים הרפורמים. לפי הגישה הארגונית-קבוצתית ניתן לומר כי נתמלא לגבי יהודים רפורמים המבחן האובייקטיבי בדבר השתייכותם לזרם ממוסד נפרד. בכל אופן, מעמד היהודים הרפורמים לעניין תחולת חוק השיפוט הרבני שווה למעמד היהודים הלא-מאמינים ולא למעמד היהודים הקראים ומן הראוי להסביר את היסוד להבדל זה.

היסוד לכך הוא כי ליהודים הרפורמים, כפרטים, יש בענייני נישואין וגירושין, בדרך כלל, פתרון במסד הרבני-אורתודוכסי של מדינת ישראל. מנהגיה של היהדות הרפורמית והקונסרבטיבית בעניינים אלה שונים, אך זרמים אלה מכירים בפעולות הנישואין והגירושין של הממסד הרבני והטקסים הדתיים האורתודוכסים, אינם סותרים את עקרונותיהם. בקשת היהדות הרפורמית לאישור רושמי נישואין נפרדים נדחתה, והתקדים הקראי לא הורחב לגביהם.²⁴⁴ לעומת זאת, לא התעוררה בפסיקה טענת כפייה דתית כלפי היהודים הרפורמים בכך שהם זקוקים לצורך גירושין לגט רבני, שכן מצד אחד, ההלכה הרבנית, על כל גווניה, מקילה עימם בהשוואה לקראים, ומצד שני גם היהודים הרפורמים נכונים, למעשה, להתיישר לפי הקו המחמיר (מבחינתם) של היהדות האורתודוכסית.

אשר לנישואין אזרחיים, בני זוג יהודים שאינם רוצים כברית נישואין דתית או בני זוג מעורבים או חסרי דת אינם יכולים להינשא כחוק בישראל אלא עליהם לפנות לנישואין אזרחיים בחו"ל. אין הרשות האזרחית מוסמכת לערוך נישואין של בני זוג, שאחד מהם או שניהם אינם משתייכים לעדה דתית מוכרת.²⁴⁵ לעומת זאת, בכל הקשור להתרת נישואיו (שאינם בסמכות הייחודית של טריבונל דתי מסוים), לבית משפט אזרחי סמכות, במקרים של בני זוג בני דתות שונות או חסרי דת,²⁴⁶

בעשור האחרון גברה, בעקבות העלייה מארצות חבר העמים, בעיית חסרי הדת. מדובר במשפחות תערובת של בני משפחה של יהודים עד "נכד של יהודי". בני קבוצה זו אינם יהודים, אך הם זכאי שבות מכוח יוחסין לפי האב (patrilineal descent), כבנים או נכדים של יהודי - הם ובני זוגם (תיקון חוק השבות מ-1970).

243 ח' פ' שלה על חירות המצפון וחירות הלב, לעיל הערה 1, בע' 112.

244 הלכת קרן התנועה ליהדות מתקדמת, לעיל הערה 205

245 ראו B. Bracha, לעיל הערה 220; M. Shava "Matters of Personal Status of Israeli Citizens no Belonging to a Recognized Community" *Israel Yearbook of Human Rights* vol. 11 (1981) 238-255

246 חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט - 1969, סי"ח 573, בע' 248.

לפי הנתונים שפורסמו על-ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, מספר הזוגות המעורבים בין עולי חבר העמים הוא כדלקמן:²⁴⁷

33,500	זוגות בהם שני בני זוג לא-יהודים
50,368	זוגות בהם האישה אינה יהודיה
<u>83,868</u>	סה"כ זוגות שילדיהם לא ייחשבו יהודים

הסטטיסטיקה מוסיפה זוגות בהם האישה יהודיה והגבר אינו יהודי שמספרן 35,746, אך ילדי זוגות אלה נרשמים, באין התנגדות של ההורים, כיהודים.

מספר העולים חסרי דת מארצות חבר העמים, הוא כדלקמן:

בשנת 2000 - 14,982; בשנת 1999 - 31,643; ובשנת 1998 - 18,003. ההערכה לגבי השנים 2001-2002 היא בסדר גודל של 15,000 לשנה. עליהם יש להוסיף את העולים חסרי הדת מ-1990 עד 1997 וכן את הילודה בארץ, סה"כ אוכלוסיית חסרי הדת בישראל מונה כיום למעלה מ-300,000 נפש.

לעניין מבקשי העלייה מארצות חבר העמים, ההנחיות מורות שאין לסמוך על עדויות ואף לא על אישורי יהדות של קהילות או רבנים,²⁴⁸ וזאת מחשש לאישורי שווא. במקום זאת, הקונסול מופנה לתיעוד הסובייטי. אולם, הרישום הסובייטי כיהודי לפי לאומו אינו משקף נכונה את המוצא היהודי לפי האם. בהתאם לחוק הרוסי, במקרים של נישואי תערובת בין בני לאומים שונים, הילד נרשם בתעודת הלידה לפי לאום אחד ההורים. לכן במקרים רבים בן לאם יהודיה ואב רוסי - נרשם כ-"רוסי" (רישום שאינו משקף נכונה את המוצא היהודי לפי האם). ובמקרים אחרים, אפשר כי בן לאב יהודי ואם נוכריה יירשם כיהודי, אך מצב זה נדיר יותר, כי יהודים רבים העדיפו להעלים מהשלטונות הסובייטים את מוצאם היהודי אפילו מצד האב.

לפיכך, במקרים שאין למבקש הוכחה חותכת על יהדותו, מעניק הקונסול למבקש אשרת עולה כבן משפחה של יהודי (לפי האב), והמבקש נרשם במרשם אוכלוסין כחסר דת (משבצת ריקה בפרטי הלאום והדת). רישום זה אינו ניתן למילוי אלא על פי ראיות מתאימות ופקיד הרישום מפנה בדרך כלל את המבקש לבית משפט מוסמך. ביחס לרישום הראשון, בית המשפט המוסמך הוא בית המשפט הגבוה לצדק או בית המשפט המחוזי ומדובר בהליכים יקרים ומסובכים.²⁴⁹ למעשה, בירור טענת יהדות של עולים הרשומים כחסרי דת נדחה לשלב של רישום אחד מבני המשפחה לנישואין, וזאת באמצעות מוסדות הרבנות, לרבות בתי הדין הרבניים.

מרשם האוכלוסין של חסרי הדת במשבצת ריקה כאמור, יוצר כתם או סטיגמה לגביהם, אך מחיקת פריט הלאום מתעודת הזהות (בתעודות זהות חדשות) מונעת חשיפת הדברים. אולם, המחיקה בתעודת זהות אינה גורעת מהרישום הריק של עולים אלה במרשם האוכלוסין, בפרט הדת והלאום, שהרי עומדת בעינה החובה החוקית לרשום במרשם את הדת והלאום של כל תושב.

247 ד"ר אשר כהן, עפי' נתוני משרד הפנים, מארס 2002 (הרצאה בכנס "התבוללות ישראלית", אוניברסיטת בר-אילן, יוני 2002).

248 ראו סעיף 5 לנהל הטיפול הקונסולרי במועמדים לעלייה, לעיל הערה 224.

249 שינוי רישום במרשם האוכלוסין הוא בסמכות בית המשפט המחוזי בהתאם לסעיפים 19(ג) ו-19(ד) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה - 1965, לעיל הערה 164, אך במקרה של סירוב פקיד הרישום למלא בקשה לרישום ראשון (במקום משבצת ריקה), הביקורת השיפוטית על כך היא בסמכות בג"צ (חוק יסודי: השפיטה, סעיף 15).

לפתרון המשבצת הריקה במרשם האוכלוסין של חסרי הדת מוצע תיקון לחוק מרשם האוכלוסין לפיו ירשם בפרט הלאום, הקרבה של אדם חסר דת ליהודי, כגון: "אב יהודי", "בת זוג של יהודי" וכיוצא בזה.

לעניין נכד של יהודי, קבלת זכויות השבות והאזרחות מכוח זכות אבות אינה כפופה לתקופת הכשרה כלשהי, ואילו התאזרחות, כולל לגבי בני זוג של ישראלים, כפופה לתקופת הכשרה ולהצהרת נאמנות למדינת ישראל. בכנסת עלתה לאחרונה, על רקע היקף העלייה של זכאי שבות נכרים, הצעת חוק להגבלת עליית משפחות "נכד של יהודי" בתנאי שהסב "היהודי שמכוחו נתבעת הזכות עודו בחיים ועלה ארצה, או אם יוכיח הנכד או בן זוגו כי נרדף על רקע מוצאו היהודי".²⁵⁰ הצעה זו מרוקנת מתוכנה כמעט לחלוטין את זכות השבות של "נכד של יהודי", ומתעלמת מרעיון "זכות אבות" שבמורשת ישראל, העומד ביסוד זכות זו. במקרים רבים הסב היהודי אינו מסוגל לעלות לארץ או שהוא אינו בחיים, לעיתים מאחר שנטבח או נרדף בשואה, ואין להפלות במקרים אלו את הנכד לרעה.

לעומת זאת, אני מציע, לתיקון של המצב הנוכחי, שתידרש מלא-יהודי זכאי שבות, מכוח זכות אבות, שימלא גם מבחן סובייקטיבי מתאים של השתייכות לעם היהודי, כגון, שהמבקש יצהיר בתום לב על רצונו להסתפח לעם היהודי ונאמנות למדינת ישראל, ותהא לו ידיעה מינימלית במורשת ישראל. יצויין כי דרישות מסוג זה קיימות בהתאזרחות לפי חוק האזרחות: הצהרת נאמנות למדינת ישראל וידיעת מה את השפה העברית.²⁵¹

לעניין קליטת העולים חסרי הדת, יש לומר כי אף על פי שאינם יהודים לפי דתם, הם אזרחי ישראל, ויש לדאוגם כחלק מהעם היושב בציון ולפעול לגיורם ולאיינטגרציה שלהם בחברה היהודית. אולם, חסרי הדת מתקשים לעמוד בדרישות המחמירות של הרבנים המגיירים, ולמעשה, ככל שעובר הזמן, הם נקלטים בארץ ללא גיור. בייחוד ראויים מאמצים לגיור קטינים שהוריהם מעוניינים בכך, שכן על פי ההלכה, ניתן לגיירם על דעת בית דין, כפי שאנו גורסים בתלמוד:

"אמר רב הונא: גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין...דזכות הוא לו, וזכין

לאדם שלא בפניו".²⁵²

לא אכנס כאן לפרטי סוגיית נוהלי הגיור באמצעות בתי דין רבניים ממלכתיים ובתי דין רבניים הפועלים במסגרת מינהל הגיור במשרד הדתות וכן בתי דין רבניים פרטיים (המוכרים ע"י הרבנות הראשית). אולם, אוסיף כי אין להסתפק במערכות הקיימות, אלא יש לאפשר גם לרבני הערים לטפל בהליכי גיור, בפרט במקרים שמתייצבים בפניהם זוגות מעורבים ובן הזוג הנוכרי מבקש להתגייר כדין. כדוגמה לפעולה מסוג זה (לאו דווקא לצורך נישואין) אציין את הרבנות הצבאית, אשר עוסקת, למעשה, גם בגיור. יש להגביר פעולה זו בצה"ל ולהקים אולפני גיור לכל חייל המעוניין בכך, ולאפשר לו, ככל שניתן, לסיים שירותו כיהודי.

250 ראו הצעת חוק השבות (תיקון - זכויות בן משפחה של יהודי), התש"ס - 1999 (הצעת חוק של קבוצת חברי כנסת בראשות ח"כ מ' קליינר).

251 חוק האזרחות, לעיל הערה 137, סעיפים 5(א), 5(ג).

252 כתובות, יא, א. על גיור קטנים ראו קוריאלידי - 2001, לעיל הערה 141, בעמ' 84 - 93.

לעניין נישואין אזרחיים של חסרי דת יש לציין את האפשרות הקיימת לנישואין קונסולריים, במקרה "שלפחות אחד מן הצדדים הוא אחד מנתיבי הקונסול".²⁵³ אולם, דרך זו נחסמה על ידי חוזר שהוציא משרד החוץ לקונסוליות הזרות בישראל, וזו לשונו:

As legal doubts exist, concerning the validity under Israeli law of marriage ceremonies performed in Israel by Consular Officials, between an Israeli citizen and a foreign citizen, or between two Israeli citizens, the Ministry requests that Consular Officials refrain from performing such ceremonies.²⁵⁴

ובתרגום:

כיון שקיימים ספקות משפטיים, בדבר תקפותם בחוק הישראלי של טקסי נישואין הנערכים בישראל על ידי קונסולים, בין אזרח ישראלי לבין אזרח זר או בין שני אזרחים ישראליים, המשרד מבקש כי הקונסולים ימנעו מעריכת טקסים כאלה. (תרגום שלי - מ.ק.)

שאלת תוקפו המשפטי של חוזר זה תלויה ועומדת בעתירה לבג"צ לביטול החוזר.²⁵⁵ למעשה, חסרי דת המבקשים להינשא, מופנים לנישואין אזרחיים בארצות זרות, כגון נישואין קפריסין. אין צריך לומר כי הדבר כרוך בהוצאות ניכרות וכדי ביזיון וקצף שמדינת שולחת את אזרחיה להינשא בחו"ל. נוסף על כך, הפנייה זו מטעה. אומנם, נישואין אזרחיים בחו"ל בין בני זוג תושבי או אזרחי מדינת ישראל, נרשמים במרשם האוכלוסין.²⁵⁶ אך לפי הפסיקה הקיימת, הם חסרי תוקף מהותי.²⁵⁷ כתוצאה מכך, תביעת מזונות של אישה יהודיה תושבת או אזרחית ישראל, שנישאה לבן זוגה בנישואין אזרחיים, נדחתה.²⁵⁸

253 תקנה 4(ב) לתקנות בדבר סמכויות הקונסולים בישראל, חוקי ארץ ישראל, כרך ג', ע' 2604 וראו סימן 67 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 וכן ראו הלכת פסרו (גולדשטיין), לעיל הערה 178, שהורתה לרשום במרשם האוכלוסין נישואין קונסולריים הממלאים אחר התקנות, אך לא הכריעה בדבר הספק לעניין החריגה מסמכות של תוקפם של תקנות הנישואין הקונסולריים. על ספק זה בספרות המשפטית ראו דוגמא: מ' שאוה הדין האישי במדינת ישראל (מהדורה רביעית, תשמ"א) 617; מ' שאוה "לשאלת תוקפם ורישומם של נישואי תערובת שנערכו בפני קונסול זר בישראל" הפרקליט מב (תשנ"ה) 188 ואסמכתאות אחרות המפורטות בהלכת פסרו (גולדשטיין).

254 חוזר מס' 819/95 מיום 13.8.1995.

255 בג"צ 827/00 משפחה חדשה נ' שר החוץ, תק-על 2002(1) 6 העתירה, שניתן בה צו על-תנאי, תלויה ועומדת.

256 הלכת פונק שלוינגר, לעיל הערה 177.

257 ע"מ (ת"א) 1044/99, מפי השופט חיים פורת, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב, לא פורסם.

258 שם, יש להוסיף כי תלוי ועומד ערעור על פסק הדין הנ"ל.

אוכלוסיית חסרי הדת כלל אינה יכולה לבוא בברית הנישואין בתחומי מדינת ישראל ואין הדבר מתיישב עם עקרונות הזכות להינשא ולהקים משפחה והשוויון. בית המשפט העליון הפנה עותרים, ובכלל זה חסרי דת, שביקשו לחייב את המדינה להסדיר נישואין אזרחיים למחוקק.²⁵⁹ אולם, החוגים הדתיים חוששים כי חוק נישואין אזרחיים לחסרי דת יגרום לפריצת מערכת הנישואין הדתיים, אך אין מניעה להגביל את הסדר הנישואין לחסרי הדת בינם לבין עצמם. עם זאת, יש מקום לומר כי היעדר האפשרות החוקית לחסרי הדת להינשא אינה הסדר שלילי אלא לקונה, הטעונה פתרון על פי מקורות משלימים. יתכן שבכנסת ה-16 הממשלה תיזום, בעקבות ההסכם הקואליציוני, חקיקה מתאימה לנישואין אזרחיים של חסרי דת, ואם לאו יהא מקום להתערבות בג"צ, על בסיס זכות חוקתית פוזיטיבית לנישואין (status positivus).²⁶⁰

9. סיכום ומסקנות

העיקרון המקובל, מאז קום המדינה, של "סטטוס קוו" לענייני דת ומדינה הוא עיקרון פוליטי, שאינו מעוגן, בדרך כלל, במשפט המדינה ואינו מחייב את בתי המשפט. כמו כן, ה"סטטוס קוו" אינו ניתן ליישום בהתפתחות החברתית, התרבותית והכלכלית הדינמית בישראל. למעשה, חלו ב"סטטוס קוו" שינויים על ידי חקיקה דתית בתחומים שונים. כמו כן, ה"סטטוס קוו" עבר שינויים מהפכניים בפסיקה, שפתרה את השאלות שהתעוררו על ידי ריכוך חלק מההשלכות הנוקבות של הדין הדתי. הפסיקה האזרחית מתמודדת, חדשים לבקרים, בשאלות של פגיעה בחופש הדת או בחופש מדת, תוך פרשנות ליברלית, המבוססת על סימן 83 לדבר המלך במועצתו, 1922, ועל עקרונות הכרות העצמאות שאומצו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. יחד עם זאת, חלק מהשינויים הרדיקליים תוקנו בחקיקה ואף הפרשנות בפסיקה מבוססת על איוון בין הגישה החילונית לבין התפיסה הדתית. הדוגמאות הבולטות למגמה זו, שנידונו לעיל, הן:

1. **חופש התפילה ככותל.** הפסיקה אישרה את חופש התפילה לחוגים המבקשים לסטות מן המנהג האורתודוקסי ("נשות הכותל") באתר נפרד ליד הכותל ("קשת רובינסון"), או אם לא יוכשר אתר זה תוך תקופה קצובה, על ידי הסדר תפילה מיוחד ברחבת הכותל. מסקנתנו היא, כי לאור התנגדות חוגים ארכיאולוגיים, בשל הנזק הארכיאולוגי שייגרם על ידי הכשרת האתר לתפילה, צפוי כי הממשלה תעשה לביצוע הסדר התפילה האלטרנטיבי לנשות הכותל ברחבת הכותל. לאור חילוקי דעות בין החוגים והגופים המעורבים בכך, ביחס ליישום הסדר התפילה המיוחד, ועל אף מאבק משפטי בן 14 שנה, שנסתיים בפסק דין בדיון נוסף (בהרכב של תשעה שופטים), הפרשה לא תמה ולא נשלמה והפשרה הפרגמטית הדרושה טרם הושגה.

259 אמנם, פקודת הנישואין והגירושין (רישום), לעיל הערה 200. קובעת כי הרשות הרושמת "פירושה גם הפקיד המסדר את הקידושין אם היו נישואין אזרחיים...". אך נפסק כי פקודת הנישואין והגירושין (רישום) אינה קובעת דין מהותי אלא עוסקת בהיבט המנהלי בלבד ואין לראות בה מקור לסמכות לעריכת נישואין אזרחיים, ראו: בג"צ 4058/95 יוסף בן מנשה, ע"ד נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876, וכן א' רובינשטיין, לעיל הערה 11, בע' 307 ולענין יהודים ראו חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), לעיל הערה 20, סעיף 2. לענין שוויון הזכות לנישואין ראו בהרחבה: פרופ' פ' שיפמן כדת או כדין: חלופות נישואין בישראל – שינוי חינוי ואפשרי, האגודה לזכויות האזרח, יולי 2001.

260 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ה, כרך ג) 364.

ז. שבת. "חוק ההסמכה" (1990) הסמיך רשות מקומית לקבוע שעות פתיחה וסגירה של עסקים בתחום שיפוטה "בהתחשב בטעמים של מסורת דתית". הפשרה הפרגמטית היא דינמית, והתמקדה עד עתה בכך שמותרים מופעי תרבות, בידור ופתיחת מסעדות בשבת. עם זאת, חובת שבתון ואיסור מסחר בחנויות בימי מנוחה, לא חלים על אגודה שיתופית וחבריה או אף על כל תאגיד אחר (הלכת קיבוץ צרעה). בינתיים, נוצר "סטטוס קוו" חדש בדבר קיום מסחר בשבת בקניונים ומרכזי קניות מחוץ לתחום הערים והצעות חוק שהועלו בכנסת ה-15 לתיקון המצב לא עברו את שלבי החקיקה הדרושים.

ח. גיור לא-אורתודוכסי. הלכת נעמ"ת, בדבר רישום במרשם האוכלוסין של גיור לא-אורתודוכסי בישראל, "תוקנה" על ידי כך שנמחק פרט הלאום בתעודת הזהות. ואולם, מחיקה זו אינה חלה על רישום פרטי הלאום והדת של הגרים בתיקי מרשם האוכלוסין. עם זאת, בעיית ההכרה המהותית בגיור הרפורמי או הקונסרבטיבי בישראל (להבדיל מענייני מרשם אוכלוסין), עדיין תלויה ועומדת בבית המשפט העליון בייחוד בשאלה אם הם יוכרו כיהודים לצורכי חוק השבות. צפוי כי הפסיקה תרחיב בקרוב את ההכרה בגיור לא-אורתודוכסי גם לצורכי חוק השבות. בעבר הושגה, בעקבות הלכת שליט, "פשרת חקיקה" (תיקון חוק השבות, 1970), לפיה אומצה הגדרת הזהות היהודית לפי ההלכה ("נולד לאם יהודיה" וכו') ובמקביל הורחבה זכות השבות לבני משפחה של יהודי עד "נכד של יהודי" ובת זוגו. לעומת זאת, אם בית המשפט העליון, כצפוי, יכיר בגיור לא-אורתודוכסי, כאמור, השאלה "מיהו גר" תעמוד, בכל חריפותה, על הפרק.

ט. נישואין של חסרי הדת. בעיית הסדר נישואין אזרחיים בישראל לחסרי דת היא נושא אנושי-חוקתי המתייחס לאוכלוסיית עולים המונה למעלה מ-300,000 נפש ומשווע לפתרון מהיר. יש להניח כי בתקופה הקרובה, בעקבות ההסכם הקואליציוני (פברואר 2003), הבעיה תבוא על פתרונה בדרך חקיקה שתסדיר נישואין אזרחיים לחסרי דת (לפחות בינם לבין עצמם).

לסיום מאמר זה ייאמר, כי בשל ניגוד הדעות וההשקפות הקוטבי בחברה הישראלית קשה, בשלב זה של חיינו הלאומיים, להשיג קונסנזוס עקרוני כללי בבעיות חופש הדת והמצפון. עם זאת, בדומה לקונסנזוס שהושג בשאלות יסוד עת תיקון חוק השבות (1970), צפוי פתרון חקיקתי לבעיות המעמד האישי של חסרי הדת. עקרונות הכרות העצמאות (1948), שעוגנו גם בחוקי היסוד, הם המסד להשלמת חוקי היסוד אף בנושאים של חופש הדת, ויש לקוות ל"פשרה חוקתית", ולהשלמת חוקי היסוד כך שיהא ניתן, אולי בקדנציה של הכנסת ה-16, לברך על המוגמר: חוקה לישראל.