

**חופש המצפון והדת : החופש מפני כפיית נורמות דתיות,
קביעת חובת היוזקות לרשות דתית, והטלת הגבלות
מטעמי דת ***

מאת

שמעון שטרית

הקדמה

ברשימה זו נבדוק באספקלריה של המשפט הישראלי את העקרונות והיסודות של אספקט אחד של חופש המצפון והדת: זכותו של היחיד להגנה מפני פגיעה בחופש המצפון והדת שלו ע"י קביעת חובת היוזקות לרשויות דתיות, כפיית נורמות דתיות והטלת הגבלות מטעמי דת. לשם הדגמת העקרונות והבהרתם נביא מקצת מההסדרים הספציפיים בענייני דת במשפט הישראלי.

א. החופש מפני כפיית נורמות דתיות : מהות הזכות וגדרה

חופש המצפון והדת מחייב לשם הגשמתו המלאה שלא יכפו על אדם נורמות דתיות, ולא יטילו עליו הגבלות מטעמי דת.¹ על כפיית נורמה דתית על מי שאינו רוצה בה – כפיית האיסור על כהן לישא גרושה – אומר השופט לגדוי:

"מדינתנו מבטיחה לכל אזרחיה את חופש המצפון. המבקשים אינם שומרים את מצוות הדת, ולפי חוק המדינה הם הופשיים לנהוג כן. ברצונם להיות חיי משפחה ולהעמיד ולדות, שלא ידבק בהם הפסול החברתי של "מתוך לנשואין". הם מוצאים עצמם נוכח איסור שכולו דתי פולחני, בהיותו מבוסס על מושגים עתיקי יומין של

* רשימה זו היא עיבוד של פרק מתוך עבודה לשם קבלת התואר מוסמך למשפטים, שהוגשה לפקולטה למשפטים בירושלים ביוני 1970. העבודה נכתבה בהדרכת פרופ' יצחק קלינגהופר. Morris B. Abram, "Freedom of Thought, Conscience and Religion," *Journal of Int. Commission of Jurists*, Vol. VIII, No. 2, p. 40, at p. 41; Declaration of Religious Freedom of the Vatican Council, Abram, *op. cit.*, at p. 45; G. Hausner, "Individual Rights in the Courts of Israel," *International Lawyers Convention in Israel*, 1958, p. 201, at p. 212 et seq.; A. Rubinstein, "Law and Religion in Israel," *2 Is. L.R.* 380, at p. 401 (1967).

רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, תל-אביב, תשכ"ט עמ' 90. וראה גם סעיף 23 להצעת החוקה של פרופ' קלינגהופר, נידונה בכנסת, דברי הנכנסת, כרך 38, עמ' 784 ואילך, וסעיף 23(ג) להצעת החוקה של פרופ' אקצין, הוצאת "בני ברית", 1965. בארה"ב יש הגורסים כי כל פעולה של המדינה, שיש בה משום יצירת סכנה של כפיית נורמה דתית או סיוע לכפיית מנגד לחוקה בהיותה פוגעת בחופש הדת המובטח בה: Schwartz, "No Imposition of Religion: The Establishment Value," *77 Yale L.J.* 692 (1968).

מעמד הבכורה של הכהן בעבודת הקודש. הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו.²
 אין המדינה רשאית לכפות על אדם ליטול חלק בפולחן דתי או בטכס דתי נגד רצונו וקל וחומר בן בנו של קל וחומר שאינה רשאית לכפות עליו אמונה כלשהי.³ בפסק דין רופאיון קבע השופט לגדוי:

"מדינתנו מושתתת על חופש המצפון ועל כן אין לכפות על שום יהודי, שאינו מאמין, להכריז על עצמו כמחזיק בעקרונות הדת".⁴
 והשופט זוסמן קובע בפס"ד שגב: "אין לך חופש דת, אם אין האזרח חופשי שלא להשתייך לשום דת".⁵

המדינה אינה רשאית לקבוע ליחיד כיצד לקיים את הפולחן הדתי, ואינה רשאית לפעול לשם כך בין במישרין ובין בעקיפין.⁶ בענייני חופש המצפון והדת – חופש הבחירה

2 בג"צ 80/63 גורשינקל ויחקלאי נ. שר הפנים, י"ז פד"י, 2048, 2059. וראה גם דברי השופט לגדוי בבג"צ 51/69 רודניצקי נ. ביה"ד הרבני הגדול לערעורים ואח', כ"ד פד"י (1), 704, 712: "בשביל מי שאינו מאמין, יש בו, באיסור זה (איסור נישואי כהן וגרושה) לא רק כפייה מצפונית אלא גם הפלייה בין כהן ובין סתם יהודי מטעמים שבדת".

3 Article 18 (2) of the International Covenant on Civil and Political Rights 1966, 61 *Am. J. of Int. Law* 870 (1967), provides:

"No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice."

Article III (1) (a) of the Draft International Convention of the Elimination of all Forms of Religious Intolerance, 6 *J. of I.C.J.* 312, provides that the right of thought, conscience and religion includes:

"freedom to adhere or not to adhere to any religion or belief... in accordance with the dictates of his conscience without being subjected either to any of the limitations referred to in Article XII (Public Order) or to any coercion likely to impair his freedom of choice or decision in the matter..."

and clause 2(h) of the said Article provides that:

"State Parties shall in particular ensure to everyone within their jurisdiction freedom from compulsion to take an oath of a religious nature."

and see also 16 *Am. Jur.* 2d. p. 648

בארצות הברית נפסק כי אין המדינה רשאית להנהיג תפילות בבתי הספר הממלכתיים (הציבוריים) משום שהנהגת תפילה, אפילו היא נייטרלית ("האל הגדול, אנו תולים בך את מבטחנו, ואנו מבקשים כי תשים את ברכותיך עלינו, על תורינו ועל המדינה") אינה מצדדת בדת מסוימת, ואפילו ההשתתפות בה היא וולונטרית, יש בה משום כפיית גורמה דתית על-ידי המדינה המנוגדת לחוקה (הכפייה כאן מתבטאת בכך שכופים את התלמיד לבחור בין הישארות בכתה ובין עזיבת הכתה בעת התפילה). *Engel v. Vitale* 370 U.S. 421, 8 L. ed. 601 (1962).

4 בג"צ 72/62 רופאיון נ. שר הפנים, ט"ז פד"י, 2428, 2447.

5 בג"צ 32/66 – 130, שגב ואח' נ. בית הדין הרבני והרבנות הראשית לצפת, כ"א פד"י (2), 551, 505.

6 טרובה של המועצה המקומית כפר שמריהו להשכיר אולם שבבעלותה לעדה הרפורמית במטרה למנוע עריכת תפילה בנוסח רפורמי בתחומיה, נפסל בהיותו מנוגד לחופש הדת, והשופטים, כולם כאחד, קבעו בתוקף כי פעולות כגון אלו פוגעות בצפור הנפש של חופש הדת והפולחן. בג"צ 262/62 פריץ נ. כפר שמריהו, ט"ז פד"י, 2101. ר' דברי השופט כהן, שם, עמ' 2107; דברי השופט ויתקון, בעמ' 2113, ודברי השופט זוסמן, בעמ' 2116.

והתחלטה לעולם צריך להיות בידי היחיד, וכל פעולה של המדינה שיש בה כדי לפגוע בו, מהווה פגיעה שלא כדין בחופש המצפון והדת.⁷
האיסור לכפות גורמות דתית או פולחן דתי חל הן לגבי כפיית גורמה דתית או פולחן דתי על אדם שהוא בן הדת, שהגורמה או הפולחן שאובים ממנה,⁸ והן לגבי כפיית גורמה או פולחן, שמקורם בדת אחת, על בן דת אחרת.⁹

חופש המצפון והדת מחייב כי לאדם תהא אפשרות משפטית ומעשית להגשים את זכויותיו — כגון זכות הנישואין — ולקבל שירותים ציבוריים¹⁰ — כגון שירותי קבורה — מבלי שיאלץ להיזקק לגורמות דתיות, לטכסים דתיים ולרשויות דתיות.¹¹

לענין הוראת ס' 2 לחוק שיפוט בתי"ד רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953, ה' קובעת כי נישואין וגירושין של יהודים בישראל ייערכו ע"פ דין תורה, ואמר השופט זוסמן: " — אין להרחיב את משמעותה של הוראה זו, אלא מן הראוי להתחשב גם בהשקפתו של אדם שאינו חפץ להתייצב לפני רשות דתית. דת היא ענין שבאמונה, והיא מעלה את נפשו של אדם מאמין. מה טעם התייצבותו של אדם שאינו מאמין בפני רשות דתית? — — — הרשות החילונית באה לעזרתו של אדם אשר מטעמים מצפוניים לא שעה אל איסור ההלכה. מה רבותא יש לנישואי כהן וגרושה דווקא? מדוע לא נכבד את חופש מצפנו של אדם במקרה אחר — וקל הימנו — שלא חפץ להיזקק לרשות הדתית? סבורני שבכגון דא עלינו להיות כשאר המדינות הנאורות.¹²

7 ראה סעיף 10(א) לטיוטת האמנה הבינלאומית בדבר חיסול כל צורות אי הסובלנות הדתית המצוטט לעיל, הערת שוליים 3. לנימוקה של המועצה המקומית כפר שמריהו שסרובה להשכיר אולם לרפורמים נבע מרצון לשמור על "אחדות בחיי הציבור" דהיינו: אחדות התפילות, ואמר השופט ויתקון: "כסבור הייתי כי ענינו של כל פרט ופרט הוא לעשות את חשבון הגנש להחליט, מה היא עבודת הקודש וצורת התפילה, בהן ימצאו סיפוק נפשי והתרוממות הרוח. ואם לאחדות בחיי הציבור שואפת המועצה, ולמניעת פלוג, הרי לא בכפייה ניתן להשיג מטרות אלו, ולא על חשבון חופש המצפון והדת". בג"צ 262/62 פרץ הג"ל, בעמ' 2113.

8 בין שהוא לא דתי כלל ובין שהוא מקבל עליו את דיני הדת באופן שונה מהקבוע בגורמה הדתית שכפוף עליו. ראה דברי השופט לגדוי המצוטטים לעיל המסתמכים על הערות שוליים 2 ו'4, וראה פס"ד פרץ לעיל, הערות שוליים 6—7. דוגמא לכפיית שלא כדין של גורמה על אדם שהוא בן הדת, ממנה שאובה הגורמה ראה בע"פ 9/36 ש"נמ" ג. היועץ המשפטי, 37 אל"ר 31, בו אושרה הרשעתו של מוסלמי על פי חוק עותמני על הפרת צום הרמדאן בפומבי. ראה, למשל, פסק דינו של בית המשפט לערעורים של קוויבק שבקנדה, אשר קבע כי יש לבטל תוקפו של חוק הכופה חינוך קתולי-דתי על ילדי כת "עדי ה'": *Jehova Witnesses — Chabot v. School Commissioners of Lamorandiere*, 12 D.L.R. 2d 796 Can. (1957).
10 למעט שירותי דת הניתנים ע"י המדינה שמטבעם שהם מסופקים באמצעות רשויות דתיות. כגון, רב צבאי או כהן דת בבית הסוהר: תקנות בתי הסוהר תשכ"ז—1967, תקנה 40—42; תקנה 28 לתקנות בתי הסוהר הצבאיים תשט"ז—1955.

11 ראה את ההצעות השונות שהובאו ע"י ועדת המשנה וע"י מספר מדינות בדיוני הוועדה לזכויות האדם של האו"ם על טיוטת האמנה לחיסול כל צורות אי הסובלנות הדתית, שמטרתן לאסור קיום טכס נישואין דתי כאפשרות יחידה לנישואין כ" *E/CN, E/4042*, 4/891, p. 51 et seq., para. 234. הצעת ועדת המשנה צוטטה ע"י השופט זוסמן בפס"ד שגב הג"ל, עמ' 551. וראה דיון בהצעות אלו מבחינת חופש הדת במאמרו של ד"ר בלום "דיני הנישואין בישראל וזכויות האדם", הפרקליט, כרך כ"ב, 214.

12 בג"צ 130—32/66 שגב הג"ל, עמ' 555. והשווה דברי השופט לגדוי בבג"ץ 51/69 ורדיצקי

בכל הכבוד, אין אנו מסכימים עם דברי השופטים זילברג ולנדוי בפסק הדין יוסיפוף¹³, שמהם משתמע כי אין כל פגיעה בחופש הדת בכך שכופים על אדם גורמה השאובה מדתו הוא והמופעלת ע"י רשות המשתייכת לדתו.

בישראל, בהעדר חוקה, אין להטיל ספק בתוקפו של חוק, הקובע חובת היזקקות לרשות דתית או הכופה גורמה דתית¹⁴. אולם, מבחינת הדין הרצוי העולה בקנה אחד עם זכויות היסוד של האדם ומבחינת שלטון החוק המהותי¹⁵, אין ספק שקביעת חובת היזקקות של יהודים לרשות דתית אפילו היא יהודית, ואפילו הגורמת, שעל פיה דנה ומחליטה אותה רשות, היא גורמה השאובה מהדת היהודית, מנוגדת לחופש המצפון והדת.

אספקט זה של חופש המצפון והדת, דהיינו: הזכות שלא יכפו על אדם גורמות דתיות, פולחן דתי, טכס דתי או חובת היזקקות לרשויות דתיות, אינו ניתן להגבלה מטעמי סדר ציבורי, שכן מטבען של הגבלות מסוג זה הבאות לכפות גורמה דתית שאין הן משרתות את הציבור, אלא את הדתות שמהן שאובים הטכסים, הגורמות והפולחנים, ולהן שייכות הרשויות הדתיות, שכופין את האזרח להיזקק להן¹⁶.

הנ"ל שם: "השלטת דין התורה על עריכת נישואין וגירושין, לפי הסעיף 2 (לחוק שיפוט בת"ד רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953), אינה דווקא עם הפעלה מלאה של כל דיני ההלכה הנוגעים לנישואין ולגירושין". "... אין לקרוא את הסעיף 2 כמטיל איסור שהינו דתי גרידא במקורו ובמהותו על כלל היהודים בישראל, כולל גם אלה שבשבילם שמירת איסור דתי אינה עניין של אמונה דתית... " "הוא לא בא לפגוע בתופש המצפון המובטח לכל אזרח במדינתנו ולכפות קיום מצוות דתיות על הציבור הבלתי דתי". "שומה עלינו לנקוט פירוש של החוק כתשי"ג שיש בו כדי למנוע סתירה כזאת לעקרונות יסוד של חוק המדינה".

13 בע"פ 112/50 יוסיפוף נ. היועץ המשפטי, ה' פד"י, 481, 495, אימר השופט לנדוי, לענין היתר נישואין שניים: "דאם יחשב הדבר כפגיעה בדת, שלהשגת ההיתר הנחוץ לכל הדעות מפנים את המבקש לבתי הדין של כנסת ישראל ולרבנים הראשיים? טענה כזו אין לקבלה, כשם שלא היתה מתקבלת טענה של אדם האומר, כי מטעמי מצפון אינו מכיר כלל בסמכות של בית המשפט של המדינה — "ההשואה בין רבנים ובתי דין דתיים — רשויות דתיות — ובין בית המשפט של המדינה — רשויות חילוניות, מתעלמת, לעניות דעתנו ממהות הענין. והשופט זילברג קובע: "גם אם נניח כי אדם שחשקה נפשו באשה שניה יהא נאלץ, אם יאבה ואם ימאן להיכנס כחבר לכנסת ישראל — מה כל החרדה הזאת? הלזה ייקרא התערבות בחופש הדת? וכלום טונה דתו של חבר הכנסת מדתו של מי שאינו חבר בדת? שם, עמ' 498. כאמור, לא זוהת הדתות קובעת, אלא השקפתו של היחיד, ור' לעיל הדברים המסתמכים על ה"ש 8.

14 בישראל כך הוא המצב, כל עוד אין חוקה המגבילה את המחוקק, ואילו בארצות הברית חוק הכופה גורמה דתית — דהיינו גורמה שלא זכתה להסכמה חברתית — מנוגד לחוקה ופסול.

15 וראה לענין שלטון החוק המהותי, רובינשטיין, "שלטון החוק — התפיסה הפורמלית והמהותית", הפרקליט, כרך כ"ב, 453.

16 גם טיוטת האמנה לחיסול כל צורות אי הסובלנות הדתית קבעה כי אין להצדיק כפיית גורמה דתית מטעמי סדר ציבורי. ר' סעיף (1)(a) וזו המצוטטת לעיל הערת שוליים 3. אולם לעתים מוטלת הגבלה מטעמי דת על כלל הציבור כדי לאפשר הגשמת חופש הדת של חלק אחד מהציבור, ובנידון זה אי אפשר לקבוע דין אחד של פסול וכשר, אלא הדבר תלוי בנסיבות הענין. למשל, סגירת כביש, הסמך לבית הכנסת, בשבת בשעות התפילה, אף

בשני פסקי דין¹⁷ קבע בית המשפט העליון כי "חופש הדת אין פירושו לעשות מה שהדת מתירה, אלא החופש למלא את אשר הדת מצווה"¹⁸, ו"כפיה דתית יכולה להיות רק במקום שהדת מצווה או אוסרת עשיית פעולה מסויימת, ובא המחוקק החילוני וכופה את הפרת הצו או האיסור. אין לדבר על כפיה ביחס לפעולות אשר הדת רק מתירה אותן ללא צו או איסור מוחלט"¹⁹.

לכאורה עולה מפסקי דין אלו כי אין לראות בכפיית גורמה דתית או בהטלת הגבלות מטעמי דת משום פגיעה בחופש הדת, אלא אם כן מצפוננו של האדם מצווה עליו לעשות את המעשה שנאסר בתוקף הגורמה הדתית שנכפתה, או להימנע מעשות מעשה שהוא מחוייב לעשותו על פי הגורמה הדתית שנכפתה, ולא היא.

אין להבין את ההלכה, שפסק בית המשפט בענין יוסיפו ומלחם, אלא כחלה על מקרה בו אדם טוען כי הוא זכאי לפטור מטעמי דת או מצפון מאיסור מן הדין, שאז יש לדרוש כי אמונתו הדתית תצווה עליו לעשות את המעשה האסור בחוק או תאסור עליו ביצועה של חובה מן החוק כדי שיהא ראוי לפטור מן האיסור או מהחובה²⁰. אולם אין הלכה זו חלה בכל האספקטים האחרים של חופש המצפון והדת, כגון איסור כפיית גורמה דתית ואיסור הטלת הגבלות מטעמי דת או הוכות להפיץ את הדת או להמירה²¹. במקרים אלו אין לדרוש מהיחיד שיוכיח כי דתו או מצפוננו מצווים עליו לעשות את המעשים כדי לזכות בהגנת הדין, שהרי אין לשער שבית המשפט התכוון שכל מי שמבקש לזכות בסעד מבית המשפט בגין הגבלות מטעמי דת שהוטלו עליו שלא כדין, יהא עליו להוכיח כי מצפוננו מצווה עליו לפעול בניגוד להגבלות. זוהי תוצאה שאין הדעת

שהיא הגבלה מטעמי דת, בנסיבות מסויימות מוצדקת וכשרה על פי הדין. ראה בג"צ 174/62 הליה נגד כפייה דתית ואח' נ. מעצת עיריית ירושלים ואח', ט"ז פד"י, 2665. הדיון בשאלה באילו נסיבות יש להכשיר או לפסול הגבלה מסוג זה חורג ממסגרת עבודה זו. בקיצור נציין שהעקרון שיופעל במקרים אלו עליידי בית המשפט הוא עקרון איוון האינטרסים. בענין סגירת כביש למשל, אם סגירת הכביש מוגבלת בזמן, אינה גוררת עקיפה ארוכה מדי, בבית הכנסת מבקרים מתפללים רבים, ביהמ"ש ייטה לקיים את תוקפה, משום שהנזק הנגרם לציבור בכללו (בשל מתן אפשרות לתפילה בשקט ומבלי פגיעה ברגשות המתפללים) אינו ניכר.

17 ע"פ 112/50 יוסיפו הג"ל ; בג"צ 49/54 מלחם נ. בית הדין השרעי של עכו, ה' פד"י, 910.

18 בג"צ 49/54 מלחם, ע' 913, דברי השופט זילברג.

19 ע"פ 112/50 יוסיפו, 494, דברי השופט לנדוי, וראה דברי השופט זילברג בעמ' 496.

20 חיווק לדברינו ניתן למצוא בעובדה שהשאלה שעמדה לדיון ביוסיפו ובמלחם היתה האם האיסור לישא אשה שניה פוגע בחופש הדת, ועל כך אומר השופט זילברג: "כדי שאיוו תוראת חוק אוסרת תיראה כפוגעת בחופש הדת, אין די להוכיח כי הדת אינה אוסרת את המעשה, אלא צריך להוסיף ולהוכיח כי אותה עבירה — מצווה היא בעיני הדת, וכי הדת מצווה ומחייבת עשיית המעשה ההוא", יוסיפו, שם, עמ' 496. ועוד, הוראת החוק האוסרת היתה לכולי עלמא גורמה חילונית והדיון נסב על השאלה האם תוראת איסור חילונית פגעה בחופש הדת. ובכגון דא רק כאשר קיים צו חיובי המחייב את היחיד לפעול על פיו ראוי הוא לפטור.

21 על הוכות להפיץ את הדת ולהמירה אומר השופט ה. כהן: "אין ספק בכך שכשם שזכותו של כל אדם בישראל להמיר את דתו כך זכותו של כל אדם בישראל, תהא דתו אשר תהא, להטיף לדתו להפיצה ברבים בכל הדרכים החוקיות הנראות בעיניו, לרבות חינוך ותוראה", בג"צ 103/67 בית אל מיטן נ. שר הפקר, כ"א פד"י (2), 325, 333.

סובלתה. שער בנפטר, עומד אורח לפני בית המשפט ומבקש סעד נגד כר הפנים, שחייבו לחבוש כיפה לראשו בשעות העבודה במשרד, האם בטרם יקבע בית המשפט כי הדרישה בלתי חוקית, יבדוק את השאלה האם מצפוננו או דתו של האזרח הטוען מחייבים אותו להימנע מלחבוש כיפה? האם לא די בכך שזו גורמה דתית?

ואמנם בית המשפט העליון לא נזקק להגדרת חופש הדת כפי שהובעה בפסקי הדין יוסיפוף ומלחם בסוגיות חופש הדת שנידונו לפניו. ההכרעה בענין הגבלות מטעמי דת שהועלו בענין גידול חזיר, מכירת בשר חזיר, ייבוא ושיווק, נפלה ללא היוזקות לשאלה האם בעל הדין המבקש סעד, מצווה על פי דתו או אמונתו לאכול בשר חזיר או למכרו²². גם בדונו בהגבלות שהוטלו על הינוך דתי במסיון²³ ועל מסחר בשבת²⁴ הכריע בית המשפט בשאלות שעמדו לפניו מבלי שנוקק לשאלה האם הוכיח האזרח המבקש סעד כי דתו או מצפוננו מצווים עליו להפיץ דתו או לפתוח את תחנת הדלק בשבת²⁵. זאת ועוד, אפילו כאשר האזרח אמנם מצווה על פי דתו או מצפוננו לעשות מעשה האסור ע"י המחוקק אין בכך בלבד כדי לראות באיסור זה פגיעה בחופש הדת²⁶. לפיכך דומה כי האבחנה שנעשתה בפסקי הדין יוסיפוף ומלחם בין מעשים שהדת מצווה עליהם, ואיסור עשייתם מהווה פגיעה בחופש הדת, ובין מעשים שהדת רק מתירה אותם, ואיסור עשייתם אינו מהווה פגיעה בחופש הדת, אינה חלה אלא לגבי מקרה של אדם הטוען לפסור מטעמי דת או מצפון, ואילו בכל האספקטים האחרים של חופש המצפון והדת אין נזקקים להבחנה מעין זו²⁷.

22 בג"צ 122/54 אקל נ. ראש עיריית נתניה, י"ח פד"י, 1524; בג"צ 72-117/55 פירי נ. עיריית תל-אביב-יפו, י' פד"י, 734; בג"צ 231/63 רמף הספקת מזון כע"מ נ. שר המבחן והתעשייה, י"ז פד"י, 2730; ע"א 6/66 קאלו נ. ראש עיריית בת ים, כ"י פד"י (2), 327; בג"צ 98/54, 100 לזרובין ואח' נ. המפקח על המזונות ירושלים, י' פד"י, 40.

23 בג"צ 103/67 בית אל מיטנ נ. שר הסער, כ"א פד"י (2), 325.

24 ע"פ 217/68 יוראמקס נ. מדינת ישראל, כ"ב פד"י (2), 343.

25 יתרה מזאת, השופטים זילברג ולנדוי שמפיהם נפסקה ההלכה בענין מלחם ויוסיפוף, שישבו בדין כאשר דן בית המשפט בהגבלות מטעמי דת ובכפיית גורמות דתיות, אף הם לא עוררו את השאלה האם המעשה, שנגדו טוען האזרח, מחייב תוא ע"פ דתו או מצפוננו. בבג"צ 80/63 גורשינקל ורחקלאי הנ"ל קבע השופט לנדוי על איסור החיתוך בין כהן וגרושה: "הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו". שם, עמ' 2069. השופט לנדוי, טרם הגיע למסקנתו זו, לא בדק האם הכתן מחייב על פי דתו או מצפוננו לישא גרושה. גם השופט זילברג מודה בע"פ 217/68 יוראמקס הנ"ל, כי כפיית גורמה דתית "שמעית" פוגעת בחופש הדת, מבלי להיזקק לשאלה אם האדם עליו כפו את הגורמה הוא מחייב על פי מצפוננו או דתו לעשות את המעשה האסור בתוקף הגורמה הדתית, שנכפתה עליו.

26 אין עוררין כי ניתן להגביל את חופש המצפון והדת לשמירת הסדר הציבורי, בריאות הציבור, בטחון ולהגנה על זכויותיהם של אחרים. ר' למשל, ע"פ 112/50 יוסיפוף הנ"ל, בעמ' 499.

27 לאור מסקנתו זו, אף כי מסכימים אנו לתוצאת פסק הדין, אין אנו מסכימים, בכל הבבד, עם הדברים שאמר בית המשפט בבג"צ 174/62 הלינה נגד כפיית דתית ואח' נ. מועצת עיריית ירושלים ואח', ט"ז פד"י, 2665, 2668 על צו לסגירת קטע כביש הסמוך לבית כנסת: "למותר להטעים כי אין בהוצאת הצו משום כפיית דתית כלשהי, שכן לא אולץ המבקש, בגלל הצו, לעשות פעולה הנוגדת את השקפותיו בעניני דת". כאמור בתחום זה של חופש הדת – איסור הטלת הגבלות מטעמי דת וגורמות דתיות – אין מקום לבדוק האם ההגבלה נוגדת את השקפתו או מצפוננו של האזרח הטוען כנגדה. והשווה רובינשטיין, שם, עמ' 85 הערת שולים 14.

מפתיע הדבר שהשופט לנדוי, בדונו באיסור נישואי כהן וגרושה בבג"ץ 51/69 רודניצקי נ. ביהמ"ד הרבני הגדול לערעורים ואח"כ²⁸, חוזר שוב על הדברים שאמר בפסק הדין יוסיפוף. השופט לנדוי קבע כי "בשביל מי שאינו מאמין, יש בו, באיסור זה, לא רק כפייה מצפונית אלא גם הפלייה בין כהן ובין סתם יהודי מטעמים שבדת". והוסיף: "כמו שאמרתי בענין יוסיפוף (שם, בעמ' 494): 'כפייה דתית יכולה להיות רק במקום שהדת מצווה או אוסרת עשיית פעולה מסויימת' "²⁹.

בכל הכבוד, התקשינו להבין מה טעם ראה השופט לנדוי לצטט דברים אלו מתוך פסק דינו בענין יוסיפוף. יוסיפוף טען שהאיסור מן החוק לישא אשה שניה פוגע בחופש הדת שלו משום שעל פי דתו מותר לישא אשה שניה. ועל כך ענה השופט זילברג: "כדי שאיוז הוראת חוק אוסרת תיראה כפוגעת בחופש הדת, אין די להוכיח כי הדת (של יוסיפוף) אינה אוסרת את המעשה, אלא צריך להוסיף ולהוכיח כי אותה עבירה — מצווה היא בעיני הדת, וכי הדת מצווה ומחייבת עשיית המעשה ההוא"³⁰, והשופט לנדוי השיב: "כפייה דתית יכולה להיות רק במקום שהדת (דתו של יוסיפוף) מצווה או אוסרת עשיית פעולה מסויימת"³¹.

בענין רודניצקי דן ביהמ"ש באיסור דתי שנכפה ע"י המחוקק החילוני, ובענין זה, כאמור, אין להבחנה שנכבדה ביוסיפוף כל מקום.

כפייתה בחוק של נורמה דתית "במקורה ובמהותה"³², בין שהיא אוסרת או מצווה לעשות מעשה, ובין שאינה אוסרת את המעשה אלא רק מתירה אותו, מנוגדת היא לחופש המצפון והיא בבחינת כפייה דתית ומצפונית. משעה שאין חולקין על מקורה ומתוהה הדתיים של הנורמה, אין צורך עוד לבדוק את תוכנה כדי לברר האם היא מטילה איסור, חובה, או שמה רק קובעת כי מותר לעשות מעשה³³.

ב. איזוהי נורמה דתית, שכפייתה פוגעת בחופש המצפון והדת

לצורך ההכרעה, אם כפיית נורמה, שמקורה בדת, על חברה מסויימת, פוגעת בחופש המצפון והדת, יש להיזקק להבחנה בין נורמה, שמקורה בדת ואשר טרם הפכה לנורמה פוזיטיבית בחברה, ובין נורמה, שמקורה בדת, ואשר מהווה נורמה פוזיטיבית באותה חברה. בעוד שכפיית נורמה מן הסוג הראשון — כגון תחלת הדין הדתי על נישואין וגירושין — יש בה משום פגיעה בחופש הדת, הרי כפיית נורמה מן הסוג השני — כגון קביעת יום מנוחה — אין בה משום פגיעה בחופש הדת והמצפון³⁴, שכן במקרה זה הנורמה שנכפתה דינה כדין כל נורמה, יהא מקורה אשר יהא, שנחקבלה על בני החברה, והמדינה רשאית לכפותה באמצעות חוקים. על כך אומר הנשיא אגרנט:

28 כ"ד פד"י (1), 704.

29 שם, 712, ור' בענין זה להלן, פרק ד'.

30 ע"פ 112/50 יוסיפוף, בעמ' 496.

31 שם, בעמ' 494.

32 השופט לנדוי מסכים כי הטלת "איסור דתי גרידא במקורו ובמהותו" (ההדגשה שלנו) פוגעת בחופש המצפון. בג"ץ 51/69 רודניצקי בעמ' 712.

33 על ההימנעות מבדיקת תוכנה של הנורמה, ראה גם להלן פרק ב', טקסט והערות שוליים 44—46 ב' לענין ההבחנה בין מצוות "שמעיות" ו"שכליות" וההבחנה בין כללי התנהגות בין אדם למקום לעומת כללים שבין אדם לחברו.

34 השווה, רובינשטיין שם, בעמ' 91.

"תפקידה של המדינה הוא התפקיד – כך מלמדת התורה הדימוקרטית – למלא את רצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרטים, אשר העם חפץ ביקרם. העולה מכאן, כי דרוש שיתקיים קודם תהליך של השתכנונות משותפת (common conviction) אצל בני החברה הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם הנורמות והסטנדרטים, לפני שנוכל לומר כי גוצר בקרבם רצון כללי (general will) שהם יהפכו בעלי כח מחייב וישאו את הגושפנקה והסנקציה של המשפט הפוזיטיבי".³⁵

דיונונו מתקשר למחלוקת שזכתה לשם Hart Devlin Debate. חכמי המשפט נחלקו בדעותיהם באשר לנורמה המוסרית שהמדינה רשאית לכפות על כלל החברה. הלורד דבלין סבור שהחברה רשאית לכפות על הכלל נורמות מוסריות משום, שלדעתו, חברה מיוסדת לא רק על אוסף רעיונות פוליטיים אלא גם על רעיונות בדבר הדרך המוסרית שבה צריכים ללכת בני אותה חברה. לפיכך, סבור לורד דבלין, שהמדינה רשאית לכפות על הכלל נורמות מוסריות המהוות נורמות פוזיטיביות דה-פקטו של החברה, וזאת לשם הגנת מוסדות וערכים חברתיים החיוניים לקיומה של החברה החיה באותה מדינה.³⁶

כנגד גישה זו ניתן להזכיר את גישתו של המלומד Hart, *Law Liberty and Morality*, שנועד למעשה לבקר את גישתו של דבלין. הרט סבור שגישתו של דבלין היא פשטנית בקבעו שכל מעשה בלתי מוסרי ואפילו נעשה בצינעה יכול לאיים על החברה. לדעת הרט רשאית החברה לכפות נורמות מוסריות רק כאשר הן באות להגביל את האדם מפני מעשים הפוגעים בבני החברה האחרים באופן מעשי.³⁷ מלומד אמריקאי הביע את הדעה כי כפיית נורמות מוסריות באמצעות חוקים כדי להגן על ערכים שמקורם בדת, אף כי נתמכים על ידי הרוב, פוגעת בחופש המצפון והדת במובן זה שיש בכך משום כפיית נורמה דתית על כלל הציבור.³⁸ כדי להימנע מפגיעה כזו סבור מלומד זה כי יש לכפות נורמות מוסריות באמצעות חוקים רק להבטחת ההגנה על מסורות חברתיות ברורות, הגיוניות ותועלתיות.³⁹

אין לקבל דעה זו, שכן לכל חברה מן הדין שתהא הזכות להגן על ערכי יסוד המהווים את מסגרת פעולתה. ואם ערכי יסוד אלו, המקובלים על בני החברה, מקורם בדת, אין בכך כדי לשלול מהחברה את הזכות להגן עליהם, אפילו אין ערכים אלו תועלתניים, שכן לא תמיד המטרות התועלתניות הן המנחות את החברה.⁴⁰

35 בג"צ 58/68 שליש ואח' נ. שר הפנים ואח', כ"ג פד"י (2), 471, 602.
36 Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965, p. 7, 17;
ור' גם הערת שוליים 38, להלן.

37 Rostow, "The Enforcement of Morals: A Critique of the Moralistic Approach to the Criminal Law," 18 *Camb. L.J.* 174 (1960); Hughes, "Morals and the Criminal Law," 71 *Yale L.J.* 662 (1961); Mitchell, *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, Oxford University Press, 1967.

38 Louis Henkin, "Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity," 63 *Columb. L. Rev.* 391 at p. 411 (1963).

39 *Op. cit.*, p. 402.

40 על זכות החברה להגן על ערכי תרבותה אומר השופט זילברג: "המלה 'סדר' (האמורה בסימן 83 לדבר המלך במועצתו 1922) פירושה לאו דווקא: מניעת מהומות. היא כוללת גם שמירה והסדר של צורות חיים וערכי תרבות מסוימים אשר אותו חלק ציבור מיוחד מעוניין בהם וחפץ ביקרם," ע"פ 112/50 יוסיפז' הנ"ל, בעמ' 499. וראה בענין זכותה של

על הנורמות הדתיות, שנאכפו ע"י המחוקק בישראל, טרם שזכו להיות נורמות פוזיטיביות בחברה, אומר פרופ' אנגלרד:

"המציאות מוכיחה כי החוקים השונים, שנחקקו על רקע דתי, בהמלצת המפלגות הדתיות, לא הביאו לידי שינוי בדרך החיים של האוכלוסייה. ללא הכרה מרצון בערכי הדת מצד הציבור הרחב, לא ישאו נסיונות הכפייה פרי".⁴¹

לדעת פרופ' נתן רוטנשטריך כפיית נורמות דתיות, שאינן פוזיטיביות בחברה, וקביעת היוקקות חובה לרשות דתית שאינה מקובלת על הציבור, ואין כלפיה הערכה מצדו, היא בבחינת מעשה צביעות מצד החוגים הדתיים ומצד המדינה עצמה.⁴² הוא הוסיף כי מעשי החקיקה, מן הדין שמקורם יהיה בהחלטות אנושיות של המחוקקים, ולא במילוי צוים אלוהיים על-אנושיים, וכי הפצת האמיתות הדתיות צריכה להיעשות בדרך של שכנוע ולא בדרך של שימוש בכוח של המחוקק החילוני.⁴³

בפסק דין יוראמקס מבחין השופט זילברג בין מצוות "שכליות" ומצוות "שמעיות" בדת היהודית. בעוד שאת הראשונות מוצדק, לדעתו, לכפות על הכלל, ואין בכך פגיעה בחופש הדת, הרי כפייתן של המצוות מן הסוג השני, פוגעת בחופש הדת.⁴⁴ בכל הכבוד, אין אנו מסכימים להבחנה זו. העובדה כי נורמה דתית היא "שכלית", רציונלית, עדיין אין בה הצדקה לכפייתה על הכלל, כל עוד לא זכתה נורמה זו להסכמה חברתית הדרושה להפיכתה לנורמה מחייבת בחברה. אין כל חשיבות לתוכנה של הנורמה, שזכתה להסכמה חברתית, ואפשר שנורמה מסוימת שאינה רציונלית — דהיינו "שמעית" — תזכה להסכמה חברתית, ואין בכך כדי לשמש מגיעה להפיכתה לנורמה מחייבת בחברה. כללו של דבר — המבחן להצדקת כפיית נורמה הוא מידת ההסכמה החברתית, שלה זכתה הנורמה, ולא תוכנה של הנורמה. זאת ועוד, השופט זילברג בדק את מהותה של מצות השבת בדיני ישראל. האם יש ללמוד מכאן שהרשות, בטרם תחליט אם לכפות נורמה כלשהי, וביהמ"ש בדונו בכשרות הפעולה, מחויבים לבדוק את דיני ישראל ולהכריע אם הנורמה היא "שכלית" או "שמעית" או שמא מן הדין לבדוק — כדעת הגסיא

חברה להגן על ערכי יסוד : Giannella, "Religious Liberty, Nonestablishment, and Doctrinal Development," 80 (1967) *Harv. L. Rev.* 1381 at p. 1404.
 41 ד"ר אנגלרד, "היחס בין ההלכה והמדינה", *מילר*, כרך כ"ב 702, בעמ' 711. וכן : England, "The Relationship between Religion and State in Israel," 16 *Sc. Haier*. 257 at p. 274.
 פרופ' אהרן ליכטנשטיין קבע, אף הוא, כי לאור העובדה כי הרוב בישראל אינו דתי, כפיית נורמות דתיות בנסיבות אלו אינה יכולה להועיל ולהצליח, אלא להזיק גם לענין הדתי. Aharon Lichtenstein, "Religion and State, The Case for Interaction," *Judaism* (1966), Vol. 15, p. 378 at p. 403.
 משפטי בחקיקה הישראלית בשאלות שונות ראה: מ. אלון, חקיקה דתית, תשכ"ח; M. Elon, "The Sources and Nature of Jewish Law and its Application in the State of Israel," 2 (1967) *Is. L. R.* 515; 3 (1968) *Is. L. R.*, 88; 4 (1969) *Is. L. R.* 80.
 J. M. Albert, "Constitutional Adjudication Without a Constitution, The Case of Israel," 82 *Harv. L. Rev.*, p. 1245 at p. 1257 et seq.
 Nathan Rotenstreich, "Secularism and Religion in Israel," *Judaism* Vol. 15 42 at p. 267 (1966).
 הדברים נאמרו לגבי קביעת נשואין דתיים יחודיים והכפפת כל היהודים לשיפוט רבני ייחודי.
 Rotenstreich, *op. cit.*, at p. 272 43
 ע"פ 217/68 יוראמקס הנ"ל, עמ' 354 ואילך. 44

אגרטל⁴⁵ — האם קיים רצון כללי בחברה שאותה נורמה תהפוך לגורמה בעלת כח מחייב בחברה. לדעתנו הדרך השנייה היא היחידה.

במלים אחרות, המבחן אם נורמה מסוימת, שמקורה בדת, ראוי להפוך לגורמה מחייבת בחברה, אינו יכול להיות מבחן דתי, האם דת ישראל מגדירה את הנורמה כ"שכלית" או "שמעית", אלא המבחן היחיד לכך הוא האם הנורמה זכתה להסכמה חברתית בחברה של היום⁴⁶.

בבג"ץ 51/69 ורדיניצקי, הציע השופט לנדוי, לגבי המשפט העברי, להבחין בין "כללים הקובעים התנהגות אדם כלפי חברו ואלה הנוגעים ליחס בין אדם למקום", שהראשונים — כפייתם על יהודים לא מאמינים אינה פוגעת בחופש המצפון והדת, ואילו כפייתם של האחרונים מנוגדת לחופש המצפון והדת⁴⁷. בכל הכבוד, אין אנו יכולים לקבל הבחנה זו. מהבחנה זו משתמע כאילו אין פגם בכפיית כלל התנהגות דתי במקור ובמהותו ובלבד שהוא נוגע ליחסים שבין אדם לחברו. למשל חוק הכופה על האזרחים לשלוח מנות בפורים או לפתוח את ביתם לעניי העיר בפסח, בחינת "כל דכפין ייתי ויכול", או לנחם אבלים, אף כי הוא כופה נורמה דתית במקורה ובמהותה, כיון שהוא קובע "התנהגות אדם כלפי חברו" כסדר הוא ואין בו מום. זאת ועוד; ההבחנה בין כללים שבין אדם למקום ובין כללים שבין אדם לחברו, אינה ענין חד וחלק. על פי איזו אמת מידה ייקבע אם הכלל עוסק בהתנהגות שבין אדם לחברו או בין אדם למקום? אמת מידה דתית? חילונית? ואם הכלל עוסק בעת ובעונה אחת ביחסים שבין אדם למקום ובין אדם לחברו, ידו של מי תהא על העליונה?⁴⁸

מסכימים אנו שכפייתם של כללים שבין אדם למקום היא פגיעה המורה יותר בחופש המצפון, אולם אין זאת אומרת שכפיית כללים דתיים הקובעים התנהגות שבין אדם לחברו, שלא זכו להסכמה החברתית הדרושה להצדקת כפייתם, אין בה משום פגיעה בחופש המצפון. עם זאת יש להוסיף ולהבהיר שהוראות מהמשפט הפרטי השאובות מהמשפט העברי, כגון דיני השומרים, ערבות, השוכר, המפקד וכיו"ב, כפייתן אינה פוגעת בחופש הדת ובלבד שאספקטים דתיים המשורבבים בהם נופו וסוננו. אם לכך התכוון השופט לנדוי בדיבור "כללים שבין אדם לחברו", מסכימים אנו לכך בכל הכבוד. כאשר עומדת להכרעה השאלה האם הטלת חובה על אזרח לעשות מעשה או איסור לעשות מעשה מנוגדת לחופש הדת והמצפון, לא די בבדיקה כוללת של מהות הנורמה, שהחוק כפה אותה, שכן אפשר שהנורמה הדתית בכללותה היא נורמה פוזיטיבית בחברה, אבל המעשה, עליו נטוש הויכוח, אף כי הוא נכנס לגדר גבולותיה הכלליים של הנורמה הדתית, לא זכה להסכמה החברתית הדרושה להצדקת כפייתו על הכלל. נסביר את

45 ראה בג"ץ 58/68 שליט, בעמ' 602, הדברים צוטטו לעיל בטקסט הצמוד להערת שולים 35.

46 אפילו היינו מקבלים את ההבחנה המוצעת, אין היא מעשית ולא תמיד יכולה להועיל להצדקת כפיית נורמות. אף השופט זילברג מתקשה בבדיקת מהותה של מצות השבת ומוצא בה יסודות "שכליים" ו"שמעיים", הורים בה בכפיפה אחת. הוא אף התקשה להצדיק סגירת עסקים בימי מועדי ישראל, והוא נזקק לשם הצדקתה לעובדת היותם ערכים לאומיים. ר' ע"פ 217/68 יוראמקס, בעמ' 356—358 סעיפים 18 ו-20 לפסק דינו של השופט זילברג.

47 שם, עמ' 712.

48 הבקורת שמתחנו על ההבחנה, שהוצעה ע"י השופט זילברג בין נורמות "שכליות" ו"שמעיות" יפה גם להבחנה המוצעת ע"י השופט לנדוי וראה לעיל בטקסט והערות שוליים 43—46.

דברינו. אין חולק כי הנהגת יום מנוחה בשבת, אף כי מקורה בדת, היא נורמה חברתית פוזיטיבית⁴⁹. אולם אין ללמוד מכאן, שכל הגבלה, שתוטל על אזרחים או על חיילים האוסרת עשיית מעשה במשך יום המנוחה, מוצדקת היא בשל כך, ואין בה משום פגיעה בחופש הדת, שכן הנורמה שהתקבלה על החברה אינה זהה לנורמה הדתית.

בהוראות הפיקוד העליון בדבר שבתות ומועדי ישראל בצה"ל נקבע כי "פעולות בידור בשבתות ובמועדי ישראל ביהדות צה"ל תערכנה כך שהמנוחה חילוץ שבת וחג"⁵⁰. גלוי וברור כי הנראה זו אין לה דבר עם הנורמה הפוזיטיבית של יום מנוחה בעל ערך סוציאלי-חברתי, אלא היא קשורה באיסור "חילוץ שבת" שהוא מושג הלכות מדיני ההיתר והאיסור על פי דיני ישראל. לפיכך אין מקום ללמוד מהעובדה ששמירת יום מנוחה בשבוע היא נורמה פוזיטיבית, לגבי ההכרעה האם ההוראה האמורה מנוגדת לחופש הדת אם לא.

והיפוכו של דבר: כאשר דנים באיסור המוטל על-ידי נורמה דתית אין בכך בלבד כדי לפסול אותו. שכן אפשר שהנורמה הכללית, שאלה הוא משתייך, היא דתית, ולא התקבלה על רוב בני החברה, ומשום כך אינה ראויה לקבל גושפנקה של נורמה מחייבת בחברה. אולם האיסור, שעליו מתקיים הדיון, דווקא הוא נתקבל על כל בני החברה. דרך משל: הדין הדתי אוסר נישואי אח ואחות, האם בשל כך בלבד שמקור האיסור הוא בדין הדתי יש לקבוע כי הוא פסול ופוגע בחופש הדת? ! כאמור, התשובה לכך שלילית.

המשפט הישראלי עסיר בדוגמאות של כפיית נורמות דתיות, שטרם הפכו לנורמות פוזיטיביות בחברה, ובלשון הנשיא אגרנט: טרם נוצר בקרב בני החברה הנאורים רצון כללי בדבר צדקתן ואמיתותן של נורמות אלו, המחייב הפיכתן למשפט פוזיטיבי. החלת הדין הדתי על דיני הנישואין וגירושין והכפפת אורחי המדינה ותושביה לשיפוט ייחודי של בתי דין דתיים היא כפיית של נורמה דתית, שלא כדין⁵¹.

בשל העובדה שהצבא שולט בחייו של היחיד המשרת בשורותיו, יותר משהמדינה שולטת בחייו של האזרח, נכפו נורמות דתיות על היחיד בצה"ל יותר משנכפו על האזרח מחוץ למסגרת צה"ל. להלן נבדוק, לאור העקרונות שקבענו לעיל, שתיים מן הנורמות הדתיות, שנכפו במסגרת צה"ל.

פקודת מטכ"ל בדבר הימים הנוראים קובעת כי ההשתתפות במסע התעוררות, הנערך

49 ראה, למשל, 366 U.S. 420 (1961) *McGowan v. Maryland* וראה גם ע"פ 217/68 יוראמקס הנ"ל, והשווה רובינשטיין, עמ' 91, עמ' 91.

50 הפ"ע 3.0903 – שבתות ומועדי ישראל בצה"ל, סעיף ח', פקודות והוראות בנושאי דת, הנצאת הרבנות הצבאית הראשית, המטה הכללי, חשון תשכ"ט – אוקטובר 1968 (בלמ"ס), עמ' 24. בתוקף הוראה זו נאסר בעבר על חיילי צה"ל להאזין למקלטי רדיו ופסיפונים במועדוני התרבות ובחדרי האוכל. ר' דברי הכנסת, כרך 39 ע' 1090 (תשובת שר הבטחון לשאלתא מס' 1670 של ח"כ א. תלמי). האיסור בוטל בראשית 1970, ראה דברי הכנסת, ישיבה מ"ח של המושב הראשון של הכנסת השביעית מיום 4.3.70, עמ' 1018 (תשובת שר הבטחון לשאלתא מס' 339). להפ"ע 3.0903 הנ"ל הוספו המילים "אולם לא תיאסר על חייל קליטת שידורי הרדיו והטלוויזיה הישראלים בשעות פעולתם". ראה שם.

51 ראה, למשל, דברי השופט לגדוי בפס"ד גורפינקל ורחקלאי המצוטטים לעיל בה"ש 2. וראה דברי השופט זוסמן בפס"ד שגב המצוטטים אף הם לעיל בה"ש 12. החלת הדין הדתי על דיני הנישואין והגירושין גוררת אחריה פגיעות רבות בחופש הדת לבד מהפגיעה

סמוך לימים הנוראים ע"י הרבנות הצבאית של צה"ל, היא חובה על כל חיילי צה"ל⁵². בתשובה לשאלתא בכנסת אם אין בכך משום פגיעה בחופש המצפון והדת השיב שר הבטחון:

1. הפקודה אינה מחייבת את החייל לנקוט כל פעולה שהיא פרט לשמיעת הסבר על ערכי הימים הנוראים ומועדי ישראל.
2. פעולת הסברה זו הינה מקבילה לפעולות ההסברה הנערכות בנושאים אחרים על ידי קצין חינוך ראשי ואף בהן הלה חובת השתתפות על כל חיילי צה"ל⁵³.

בכל הכבוד, אין הראיה דומה לנידון. ואינה דומה פעולת הסברה של קצין חינוך ראשי למסע התעוררות של הרבנות הצבאית.

לצורך ניתוח מסע התעוררות נדון בבעיה דומה המתעוררת בלימוד ספרי קודש בבתי הספר הממלכתיים⁵⁴. אינו דומה שימוש בתנ"ך ובספרי קודש יהודיים אחרים "ככלי של הדת" במסגרת תפילה או הטפה דתית, האסור מכח היותו גוגר את חופש המצפון והדת, ובין שימוש בספרי הקודש ללימוד "ערכי תרבות ישראל", ולצורך לימוד ערכי דת ומוסר ותורמתם לתרבות⁵⁵.

הנכרת מעצם הצורך להינשא לפני רשות דתית ובטקס דתי. ונה מקצת מהוגבלות מטעמי דת ומקצת מהכפיות המצפונית הכרוכות בכך: אשה הממירה את דתה מפסידה זכויות ממוניות, שרשבסקי, דיני משפחה, (1967) מהדורה שניה, עמ' 305–308 (דין "עוברת על דת יהודית", "עוברת על דת משה"), אשה פסולה לעדות, מחללי שבת פסולים לעדות, (ראה על כך בג"צ 51/69 רודניצקי הנ"ל עמ' 709, 718); ממזר אינו יכול להינשא כלל (מלבד לממזרת ולגיוורת); איסור נישואי כהן וגרושה, איסור נישואי יכמה הזקוקה לחליצה. כמו כן (כך הוא המצב לפחות בירושלים) כופות מחלקות וישום הגישואין של המועצות הדתיות על הכלה ללכת למקוה, כופים על בני הזוג לקיים את טקס הגישואין באולם כשר, וכופים עליהם לערוך את הגישואין רק בימים שאינם ימי נידתה של הכלה. במקום אחר (בפרק אחר של עבודת המוסמך שהגשתי למקלטה למשפטים בירושלים) הבעתי את הדעה ששלושה נוהגים אלה אין להם כל בסיס בחוק. בג"צ 51/69 רודניצקי הנ"ל, בעיקר הדברים המצוטטים לעיל בהערת שוליים 12, מהווים, לעניות דעתי, אסמכתא ברורה לכך, בנוסף על נימוקים אחרים התומכים במסקנה זו, שהדיון בהם חורג ממסגרת רשימה זו.

52 פקודת מטכ"ל 34.0203 ימים נוראים.

53 א.ב. מסע התעוררות

1. מדי שנה בשנה ייערך בכל יחידה בצה"ל מסע התעוררות ע"י הרבנות הצבאית הראשית בתקופה שבין ראש חודש אלול ויום הכפורים, בו יוסברו ערכי הימים הנוראים ומועדי ישראל.

2. ההשתתפות במסע התעוררות חובה על כל חיילי צה"ל.

ר' פקודות והוראות בנושאי דת, שהוצא ע"י הרבנות הצבאית הראשית, המטה הכללי, חשון תשכ"ט–אוקטובר 1968 בעמ' 28.

53 ר' דברי הכנסת, כרך 41, עמ' 363.

54 סעיף 2 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג–1953, קובע: "מטרת החינוך הממלכתי היא להשתית את החינוך היסודי במדינה על ערכי תרבות ישראל והישגי המדע, על אהבת המולדת ונאמנות למדינה ולעם ישראל — — —" (ההדגשה שלי).

55 על ההבחנה בין הסבר על ערכי דת במסגרת שיעור בבית הספר ובין הטפה לדת ראה גם: Giannella, "Religious Liberty, Nonestablishment And Doctrinal Development," *Abington School District v. Schempp* (1963) 374 U.S. 203 at 224–6. בפסה"ד האמריקאי *Abington School District v. Schempp* (Part II), 81 *Harv. L. Rev.* 513, p. 534 נקבע כי יש להבחין בין

אף כי הבחנה זו בין שימוש בספרי קודש ככלי של דת ובין שימוש בהם ללימוד ערכי תרבות ומוסר, אינה קלה, שכן קשה לקבוע קו גבול מדויק מאימתי עובר אדם מהטפה לדת להסבר על ערכי מוסר הטמונים בדת.⁵⁶ הרי שאלת טיבו וטבעו של מסע ההתעוררות אינה מקרה גבולי, וכחה יפה להכריע לפסילתו משום פגיעתו בחופש הדת. מסע ההתעוררות נערך ע"י רשות דתית, שכן הרבנות הצבאית, למרות היותה שייכת לצה"ל מבחינה ארגונית, היא רשות דתית, כשם שדיינים בבית דין דתי או רבנים המעניקים היתר נישואין שניים, אף הם רשויות דתיות, אף אם הם פועלים מכחה של המדינה. מסע ההתעוררות נערך סמוך לימים הנוראים – חגים דתיים, שלפי האמונה היהודית הם ימי תשובה. בנסיבות אלו נודף מטעם ההתעוררות ריח הזק של הטפה דתית, ואין כל מקום להשוותן להרצאות הניתנות מטעם קצין חינוך ראשי. פקודת המטכ"ל הגדונה פסולה מטעם גוסף, והוא, שהיא כופה את החובה להשתתף במסע ההתעוררות על "כל חיילי צה"ל", דהיינו: גם הדרוזים, הצ'רקסים ושאר חיילי צה"ל לא-יהודים.⁵⁷

דוגמא אחרת לכפיית נורמה דתית שלא כדין במסגרת צה"ל היא קביעת טכס דתי להלוויה צבאית, המנוהלת ע"י רב וחזן ואשר בה מתקיימות תפילות.⁵⁸ מבחינת מצבו הנפשי של אדם האבל על מות קרובו או נפילתו בקרב, ניתן לכפות עליו דברים שבדרך כלל יתקומם כנגדם ויסרב לעשותם; כאשר מתו מוטל לפניו אין כחו עמו לבוא בדיון דברים עם מי שמבקש לכפות עליו דברים שאינם לרוחו והנוגדים להשקפת עולמו. יתרה מזו, מחשש לדעת הציבור העשוי לראות בהתנגדותו להסכים למעשים מסוימים, משום פגיעה בכבוד קרובו הנפטר, בדרך כלל לא יתנגד לאותם מעשים, אף כי יש בהם משום כפייתו לקיים נורמה דתית שלא כדין. למרות זאת, לא אחת אירעו תקריות בהן התנגדו הורים שכולים לקיים תפילות וקדיש בלווית בנם שנפל.⁵⁹ גראה שהוראות אלו פסולות בהיותן מנוגדות לחופש המצפון והדת.

הוראות החוק החלות על קבורה בישראל, להוציא לוויה צבאית, כאמור, אין בהן כל קביעה שחברה לעניני קבורה תקבור בטכס לפי הדין הדתי או שתהא בעלת אופי דתי.⁶⁰

שימוש בתנ"ך ובספרי קודש אחרים "as an instrument of religion" המנוגד לחופש הדת, ובין שימוש בהם - teach-moral inspiration for non-religious subjects" שאינו מנוגד לחופש הדת.

Note, Defining Religion: Of God, The Constitution and the D.A.R., 32 (1965) 56 U. Chi. L. Rev. p. 553 at p. 554 n. 102.

57 לאור סעיף 125 ו-133 לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו-1955 גראה שחייל לא יוכל לסרב להשתתף במסע ההתעוררות, והדרך לתקיפת פקודת מטכ"ל זו היא כגראה ע"י פס"ד הצהרתי. לענין תקיפת חקיקת משנה ר' ברק, "פיקוח בתי המשפט על חקיקת משנה", הפרקליט, כ"ב 214.

58 ר' פק' מטכ"ל 33.0902 וראה נספח מס' 51 לפקודות המטה הכללי, ר' פקודות והוראות בנושאי דת, שם, עמ' 61 ואילך.

59 היו גם מקרים, שבהם סרבו להתיר לרב לא-אורתודוקסי, שהמנוח ומשפחתו גמנו על קהילתו, לשאת דברי הספד, בהסתמכם על פקודות מטכ"ל. ר' אלי לנדאו, הזכות שלאחר המוות, "מעריב" מיום 6.5.70.

60 סעיף 2(8) לחוק השרותים הדתיים תש"ט-1949, כפי שתוקן, מסמך את שר הדתות להתקין תקנות "לרישוי חברות לעניני קבורה של יהודים, ובלבד שיובטח כי לא יינתן רשיון, אלא לגוף שהוכיח שיש בידיו לעשות את הסידורים המינהליים והמספיים הדרושים לשם מילוי

ומבחינה משפטית פורמלית על פי ההסדר המשפטי אין כל פגיעה בחופש הדת. בתחום זה השאיר המחוקק את קבורת המתים כפוף להגבלות מעטות, ל"יוזמה פרטית", שסופה שהביאה בתחום הערים, בהן כמעט ואין קיימות חברות חילוניות לעניני קבורה המקיימות טכסי הלוויה שלא לפי הדין הדתי, לכפיפות של כל האזרחים לחברות הקדישא הדתיות.

ניתן לומר כי שירותי קבורה הם שרות ציבורי, שעל המדינה להסדירו ולספקו לאזרחיה, ואשר אינו פחות חשוב מקצבת זיקנה ודמי קבורה⁶¹, ואין היא רשאית להשאיר את התחום הזה בשליטתן של חברות קדישא, דבר הגורר אחריו למעשה כפיית האזרח להיוקק לשירותי של מוסד דתי ולנורמות דתיות המופעלות על ידו⁶². כאמור לעיל, כפיית נורמות דתיות ומוסדות דת, אם לא על פי דין הרי למעשה, היא חמורה במיוחד במקרה של אדם שמתו מוטל לפניו.

היוקק לדעה זו כי על המדינה למנוע מצב מעשי של פגיעה בחופש הדת ניתן למצוא בטיטת האמנה לחיסול כל צורות אי הסובלנות הדתית המטילה על המדינות חובה לנקוט במדיניות מתאימה ליצירת התנאים החברתיים והכלכליים להגשמת חופש הדת⁶³. לפיכך שומה על המדינה לסקוד על מגיעת מצב ששירותי ציבורי חיוני יהיה בידי מוסד דתי המפעיל נורמות דתיות, וכל עוד לא עשתה כן, אין היא עומדת ברמה המקובלת על אומות בנות התרבות לגבי שמירת חופש הדת, בתחום סדרי הקבורה.

ג. דרגות חומרה בכפיית נורמה דתית והיוקקות לרשות דתית

ניתן להבחין בדרגות חומרה שונות של פגיעה בחופש המצפון והדת ע"י כפיית נורמה דתית⁶⁴, וקביעת היוקקות חובה לרשות דתית מכח חוקי המדינה. ההבחנה בין

תפקידו" ואינו מעמיד כל הנאי שהחברה תקיים טכס דתי או על פי ההלכה. וראה גם תקנות חברות לעניני קבורה של יהודים תשכ"ז-1966, אשר אף הן אינן קובעות כל הגבלה שהחברה תהיה בעלת אופי דתי או טכס הקבורה יהיה דתי. ואמנם שר הדתות נתן 98 רשיונות לחברות קבורה, שאינן נותנות בהתאם להלכה. זאת אישר מנהל לשכת שר הדתות במכתב אלינו מיום 3.5.1970, באיתו מכתב נקבע: "הכרעות משרד הדתות לגבי מתן רשיון אינן קשורות בנכונות הפונים לקיים טכס דתי, השיקול היחיד הוא האם יש צורך מעשי בהקמת החברה הפונה או לא".

61 סעיף 29 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב) תשכ"ח-1968.

62 כשם שהמדינה משקיעה הוצאות בבתי כנסת וצרכי דת אחרים, כך עליה לדאוג לכך שמי שאינו רוצה להיוקק למוסד דתי ונורמות דתיות לצורך קבלת שרות ציבורי, לא יאלץ לכך. זוהי בדרך כלל ההנמקה של "הדתיים" כנגד הטוענים שיש להפריד דת ממדינה, אולם ההנמקה, שתי פנים לה. ראה, למשל, דברי שר הדתות בכנסת על תקציב משרד הדתות לשנת 1966/67, בחוברת בעיות הדת בישראל – עובדות ומספרים, שדעצאה ע"י שר הדתות, ספטמבר 1966, בעמ' 5-24.

63 ראה למשל סעיף 11 לטיטת האמנה הנ"ל והשווה: Abram, "Freedom of Thought, Conscience and Religion," J. of I.C.J., Vol. 8, p. 40 at p. 41, וראה סעיף 53 לחוקת שווייץ הקובע כי בתי הקברות ושירותי הקבורה יהיו בידי רשויות אזרחיות שעליהן הוטל להבטיח קבורה מכובדת לכל אדם. ר' A. Peaslee, *Constitutions of Nations*, 3rd ed. rev., vol. 3, p. 952.

64 לענין היחס בין הדין הדתי והמשפט הכללי במשפט הישראלי מבחינה יוריספרודנטית ראה את מאמרו המצויין של פרופ' אגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי",

חופש המצפון והדת

דרגות החומרה מבוססת על מספר יסודות מבחינים: מהותה של הנורמה, שנאכפה על ידי החוק על כלל הציבור, טיבה של הרשות, המפעילה ואוכפת את הנורמה, וטיב סמכותה של הרשות המפעילה.

על פי יסודות אלו ניתן להבחין במספר דרגות חומרה של פגיעה בחופש המצפון והדת:

1. רשות דתית, בעלת סמכות ייחודית, מפעילה נורמה דתית, הניתנת לשינוי גם מכח המשפט הדתי עצמו, ללא פעולת המחוקק (להלן – נורמה דתית).
2. רשות דתית בעלת סמכות מקבילה, התלויה ברצונו של צד אחד בלבד, מפעילה נורמה דתית.
3. רשות דתית, בעלת סמכות ייחודית, מפעילה נורמה חילונית, שנקבעה ע"י המחוקק.
4. רשות חילונית, בעלת סמכות ייחודית או בעלת סמכות מקבילה, התלויה ברצונו של צד אחד, מפעילה נורמה דתית.
5. רשות דתית בעלת סמכות מקבילה, התלויה בהסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר, מפעילה נורמה דתית או נורמה חילונית.

להלן נייחד את הדין בכל אחת מהדרגות האמורות.

1. יש והמחוקק מעניק סמכות ייחודית לרשות דתית להפעיל נורמה דתית, אשר אותה הוא כופה על כל הציבור, על קרבה ועל כרעית, והוא משאיר את הכח לשנות את הנורמה הדתית בידי המשפט הדתי עצמו, אם כי אין הוא שולל מעצמו לחלוטין את הכח להטיל הגבלות מסוימות על תחולתה של הנורמה הדתית⁶⁵. זוהי הדרגה החמורה ביותר של כפיית נורמה דתית וקביעת היוקקות חובה לרשות דתית. מצב זה קיים בדיני הגישואין והגירושין בישראל. החוק מעניק סמכות ייחודית לשיפוט בעניני גישואין וגירושין ולעריכת טכסי גישואין לרשויות דתיות ומחיל במלואם את דיני הגישואין והגירושין הדתיים על כל הציבור, כאשר הכח לשנות את הדינים הללו נתון בידי המשפט הדתי עצמו⁶⁶.

מספסיב, כרך ב', עמ' 268, 510. יחס כזה נוצר כאשר המחוקק עושה שימוש בנורמה דתית באמצעות קליטה ישירה על-ידי הפנייה וכיו"ב.

65 כך, למשל, ביטל המחוקק בסעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א–1951, את זכותו של הבעל לאכילת פירות גכסי מלוג של אשתו, הנתונה לו על פי דיני ישראל: בג"צ 202/57 סידים נ. סידים, י"ב פד"י, 1528; ע"א 426/65 רינת נ. רינת, כ' פד"י (2), 21. בע"א 313/55 בלבן נ. בלבן, י"ד פד"י, 285, שדן בתוצאות ביטול זכותו הנ"ל של הבעל אומר הנשיא אולשן: "איני מוצא כל אסמכתא לאמירה, שהמחוקק החילוני אינו יכול לבטל נורמה של החוק הדתי. בהעדר חוקה, הרי המחוקק החילוני הינו כלי יכול", שם, 291. דוגמא אחרת לשינוי של נורמות דתיות ע"י חוק חילוני: חוק גיל הגישואין, תשי"א–1950, הקובע גיל מינימלי לגישואי נערה – 17 שנה, דבר המשנה את הוראות הנורמה הדתית. וראה לאחרונה גם סעיף 9 לחוק התרת גישואין (מקרים מיוחדים) תשכ"ט–1969, הקובע כי הסכמת בני הזוג לעולם תשמש עילה לגירושין, דבר המשנה את הנורמה הדתית, למשל, על פי הדין האישי של קתולים.

66 ראה חוק שיפוט בתי דין רבניים (גישואין וגירושין) תשי"ג–1953, חוק בתי הדין הדרוזיים תשכ"ג–1962; סימן 53–54 לדבה"מ 1922 (נצורים ויהודים). סימן 52 לדבה"מ הנ"ל מעניק לבתי הדין המוסלמיים סמכות ייחודית בכל עניני המעמד האישי. ור' סימן 51 לדבה"מ הקובע ומפרט את עניני המעמד האישי בהם חל הדין הדתי של העדה אלית שייך המתדיין. הביטוי

ניתן לומר שהנורמות הדתיות השואבות את כחן הפוזיטיבי מהמחוקק החילוני הופכות לנורמות חילוניות⁶⁷, אולם כך הוא המצב רק מבחינה פורמלית, שכן מעניננו הוא לדון בדין מבחינה מהותית. לפיכך העובדה שנורמה כלשהי, שמקורה בדת, ולא הפכה לנורמה פוזיטיבית של החברה, נכפית ע"י החוק, אינה נהפכת, בשל כך בלבד, לנורמה חילונית. כאשר המחוקק מעניק סמכות ייחודית לרשות דתית להפעיל נורמה דתית הניתנת לשינוי מעצמה ללא פעולתו של החוק, אין בכך משום מתן עצמאות מוחלטת לרשות הדתית ולנורמה הדתית מכפיפות לנורמות ורשויות חילוניות, אלא עדיין כפופות הן בדרכים שונות לרשויות המדינה החילונית⁶⁸.

בתי הדין הדתיים כפופים לפיקוחו של בית המשפט הגבוה לצדק מכח סעיף 7 לחוק בתי המשפט תשי"ז-1957. בית המשפט הגבוה לצדק קבע כי בתי הדין הדתיים מחויבים לנהוג על פי כללי הצדק הטבעי⁶⁹, שהם נורמה חילונית. בית המשפט אף קבע כי מוסמך הוא לבחון את סמכותו של בית הדין הרבני בין אם הוא נוטל לעצמו סמכות על מי שאינו כפוף לו על פי הדין, ובין אם הוא חורג מגבולות ההלכה. לשם כך, לעתים, על בית המשפט לבדוק את ההלכה עצמה ולקבוע האם בית הדין לא חרג מגבולותיה⁷⁰. "כמו כן אם מסרב ביה"ד הדתי להשתמש בסמכותו, ביהמ"ש הגבוה לצדק ימלא בעצמו את אשר החסיר בית הדין"⁷¹.

"עניני נישואין וגירושין" משמעותו רחבה וכוללת הן את תוקפם של הנישואין והן חובות וזכויות הנובעות מיהסי האישות של בני זוג, שהמחוקק לא קבע לגביהם הוראה אחת: זילברג, *המעבר האישי בישראל*, עמ' 348, זר' את האסמכתאות המצוטטות שם.

67 אנגלרד, "היחס בין הלכה והמדינה", *"מילר"*, כרך כ"ב, 702, 703; ליבוביץ, "דין תורה כמשפט למדינת ישראל", ג', *פורא ע'* 495, 496. וראה בענין זה גם: Englard, "The Relationship between Religion and State in Israel," *n. Sc. Haier*, Vol. 16, p. 257 at p. 262. מבחינת הנורמה הבסיסית שואבות הנורמות הדתיות את כחן מהמחוקק החילוני: "— כל משפט דתי בארץ נובע מדברי המחוקק החילוני — בחינת הנורמה היסודית לפי ההלכה של קלון, וכמוהו הוא שואב את כחו", ע"א 191/51 פקורניק נ. פקורניק, ח' פד"י, 141, דברי השופט ויתקון בעמ' 179-180.

68 השווה אקצין, בעיות במשפט הקונסטитуציוני והמנהלי, כנס המשפטנים הבינלאומי בישראל 1958, עמ' 161, 186 (אנגלית).

69 בג"צ 10/59 לוי נ. בית הדין הרבני, י"ג פד"י, 1182; בג"צ 32/62 ט"ז פד"י, 1945. Cf. M. Chigier, "The Rabbinical Courts in the State of Israel," 2 (1967), *Is.L.Rev.* 147, 176; Falk, "Jurisdiction of the Rabbinical Courts," 6 (1970) *Is.L.Rev.* 115.

70 "לא ייתכן שיהא בית משפט בישראל, שענין שבהלכה יהיה לפניו מעין שטח סגור... בתי דין אלה (הדתיים) מחוקקים מומחים בתחום ההלכה, וכמו בתחומים אחרים הדורשים בקיאות מיוחדת, אף כאן לא נמנהר לחלוק על דעת מומחים. בתי דין דתיים דינם בנידון זה כדין טריבונלים אחרים — וחוקה על בית משפט במדינת ישראל, העוסק בדינים מארצות שונות שאף דין יהודי אינו זר בעיניו — — מוכנים אנו להגיד לבית הדין, היכן גבולות ההלכה, ושאלת יהדותו של אדם נתונה לתחום סמכותנו", דברי השופט ויתקון, בג"צ 359/66 ניתיה נ. הרבנות הראשית ואח', כ"ב פד"י (1), 290, 297-8. וראה גם בג"צ 214/64 כהן נ. בית הדין הרבני הגדול לערעורים, י"ח פד"י (4), 309, בו ביטל בית המשפט פסק דינו של בית הדין הרבני מהטעם שמקום שקיים ספק ביהדותו של אדם אין לבית הדין סמכות עליו. הוא הדין לגבי הרבנות הראשית המפעילה נורמה דתית — כגון מתן תעודות כשרות או רשום נישואין — אף היא כפופה לביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק, והוא מוסמך לבחון האם שיקוליה היו הלכתיים ולא חרגו מגבולות ההלכה.

ההוצאה לפועל של פסקי דין של בתי הדין הדתיים⁷² היא בידי משרד התוצאה לפועל האזרחי⁷³, ואשר אף הוא כפוף לביקורתו של בג"צ⁷⁴. בתי הדין הדתיים אינם יכולים לענוש בזיון בית משפט מי שמפר צו שלהם, שכן הסמכות הנתונה לבתי המשפט להטיל קנס או מאסר מכת סעיף 6 לפקודת בזיון בית המשפט, אינה נתונה לבתי הדין הדתיים⁷⁵. ההכרעה בדבר כפיית אדם במאסר ליתן גט או לחלוץ על פי פסק דין של בית דין רבני נתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה⁷⁶.

בתי הדין הדתיים כפופים לפיקוח אזרחי-חילוני גם בדרכי מינויים של השופטים היושבים בבתי הדין הדתיים⁷⁷.

2. יש והמחוקק נותן לרשות דתית סמכות מקבילה התלויה ברצונו של צד אחד בלבד, להפעיל גורמה דתית. סעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953 נתן בידי האשה זכות להגיש תביעת מזונות⁷⁸ שלא אגב גירושין, לפי בחירתה, לבית המשפט המחוזי או לבית הדין הרבני⁷⁹. עצם הגשת תביעה האמורה של

ר' בג"צ 359/66 ניתיה הנ"ל ור' 195/64 החברה הדתית בע"מ וימ"ב בע"מ נ. מועצת הרבנות הראשית, י"ח פד"י (2), 324. פרופ' אנגלרד סבור כי "גישה זו היא סתירה בולטת לעצם מושג של גוף הלכתי עליון. מבחינה הלכתית פנימית כל החלטה של סמכות הלכתית נעשית הלכה, יהיו המניעים מאחורי ההחלטה אשר יהיו, ויחא תחומה מה שיהא". אנגלרד, כולר, כ"ב, עמ' 710. ור' גם אנגלרד, "מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בג"צ", הפרקליט, כ"ב, 68. כאמור, דעה זו נדחתה ע"י בית המשפט העליון הן באשר לבתי הדין הרבניים והן באשר לרבנות הראשית.

71 ראה בג"צ 130-132/66 ש"נ הנ"ל בעמ' 553 (השופט זוסמן) ובעמ' 556 (השופט לנדוי). גישה זו אומצה ע"י ביהמ"ש בבג"צ 51/69 רודניצקי הנ"ל, ר' שם, עמ' 715.

72 הכוונה לפסקי דין הטעונים הוצאה לפועל, שכן יש החלטות של ב"ד דתי שאינן טעונות ביצוע כגון פסקי דין הצהרתיים. וראה בענין זה גם M. Chigier, op. cit., at p. 171-2.

73 סעיף 1 לחוק ההוצאה לפועל תשכ"ו-1967 קובע: "בית משפט בענין אזרחי... דתי... פסק דין" - פסק דין או החלטה אחרת של בית משפט בענין אזרחי...".

74 ראה למשל בג"צ 4/49 גליקסברג נ. יו"ר משרד התוצאה לפועל תל-אביב, ב' פד"י, 168.

75 ראה הגדרת "בית משפט" בסעיף 2 לפקודה. אבל מוסמכים בתי הדין לקנוס מי שמפריע לדיוני ביה"ד: חוק בתי דין דתיים (מניעת הפרעה) תשכ"ה-1965, או מי שמסרב להעיד, להתייצב וכיו"ב: חוק בתי דין דתיים (הזמנה לבית הדין) תשט"ו-1956.

76 ראה סעיף 6 ר"ל לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953. לאור זאת נקבע כי אין ב"ד רבני רשאי להטיל "מזונות הפחדה" כדי לכוף על הבעל לחת גט: זילברג, המעמד האישי בישראל, תשכ"ה, עמ' 388.

77 ראה, למשל, סעיפים 3-4 לחוק הקאדים, תשכ"א-1961, הקובע כי הקאדים (שופטי בית הדין השרעי) יתמנו על ידי נשיא המדינה על פי המלצת ועדת מינויים המורכבת משני קאדים, שר הדתות, המשמש יו"ר הוועדה, וחבר ממשלה נוסף, שלשה חברי כנסת, ששניים מהם מוסלמים, ושני עורכי דין - שאחד מהם מוסלמי. וראה גם סעיפים 5-6 לחוק הדיינים תשט"ו-1955 הקובע כי הדיינים יתמנו ע"י נשיא המדינה על פי המלצת ועדת מינויים, המורכבת משני הרבנים הראשיים, משני דיינים, שר הדתות (יו"ר הוועדה), וחבר ממשלה אחר, שני חברי כנסת, ושני עורכי דין.

78 מזונות האשה עצמה ולא מזונות ילדיה: בג"צ 170/56 רחמני הנזכר להלן, ה"ש 79.

79 ודוק: לאשה ניתנה הבחירה בין ביהמ"ש מחוזי וב"ד דתי, לבעל לא ניתנה הבחירה, והוא מחויב להגיש בבית הדין הדתי. בג"צ 170/56 רחמני נ. רחמני, י"א פד"י, 247, 248-9, ור' זילברג, המעמד האישי בישראל, תשכ"ה, עמ' 377.

האשה לבי"ד דתי יוצרת את סמכותו של בית הדין הדתי גם על הבעל. מבחינת האשה אין כאן פגיעה בחופש הדת שלה באשר לכפייתה להיזקק לרשות דתית⁸⁰, שהרי ברצותה – פונה לרשות דתית, וברצותה – פונה לבית משפט אזרחי. אולם מבחינת הבעל יש ויש כאן פגיעה בחופש המצפון והדת, הן באשר לכפייתו להיזקק לרשות דתית, והן באשר לכפיית הדין הדתי על הענין.

3. צורה אחרת של פגיעה בחופש המצפון והדת ע"י קביעת היוזקות חובה לרשות דתית היא הענקת סמכות ייחודית לרשות דתית להפעיל נורמה, שהמחוקק קבעה וגדר לה גדרות ברורים.

כך נהג המחוקק בישראל לענין התגנה מפני אישום של ריבוי נישואין של לא יהודים⁸¹. החוק קובע כי אדם שנישואי אשה שניה הותרו לו כדין בתוקף פסק דין סופי של בי"ד דתי (לא רבני) מוסמך בגין מחלת נפש של בן הזוג מנישואיו הראשונים או העדרו בנסיבות מסוימות, לא יורשע בעבירה של ריבוי נישואין⁸².

אך טבעי הדבר שסמכות זו נמסרה ע"י המחוקק לבי"ד דתי, שכן הוא המוסמך לדון בעניני נישואין וגירושין על פי השיטה המשפטית הישראלית. שלמות בשיטה המשפטית יש כאן, אולם אף פגיעה בחופש המצפון והדת יש כאן. אם כי הפגיעה חמורה פחות, שכן הגורמה המופעלת ע"י בית הדין הדתי היא נורמה חילונית, שנקבעה ע"י המחוקק. במקום זה מן הראוי לציין כי אינו דומה בי"ד דתי המפעיל נורמה חילונית לבימ"ש אזרחי המפעיל נורמה חילונית, וכן אינו דומה בית משפט אזרחי המפעיל נורמה דתית לבית דין דתי המפעיל נורמה דתית. קיימים הבדלים המשפיעים על תוצאות פסקי הדין

80 לעומת זאת, באשר לכפיית נורמה דתית קיימת פגיעה, שכן בין שהוא פונה לבימ"ש מחוזי ובין שהוא פונה לבי"ד דתי, הנורמה הדתית תחול על הענין. וראה בענין זה להלן.

81 באשר ליהודים, הכפופים לסמכות השיפוט הייחודית של בתי הדין הרבניים, לא הגביל המחוקק, לפי לשון החוק, את העילות שעל פיהן רשאים הרבנים הראשיים ליתן היתר נישואי אשה שניה, וניתן לפרש את החוק כבלתי מגביל, דהיינו כמחיל נורמה דתית הנקבעת ומשתנה מתוך המשפט הדתי עצמו. (סעיף 5 לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), השי"ט-1959); וכך נקבע בד"ב 10/69 ר' ב' נ. הרבנים הראשיים לישראל, כ"ה פד"י (1), 7. לפי פירוש זה ייכנס המקרה לגדר סוג 1 של כפיית נורמה דתית ע"י רשות בעלת סמכות ייחודית. לעומת זאת ניתן לפרש את סעיף 5 בכפוף לעילות שנקבעו בסעיף 6 לחוק לגבי לא-יהודים שלא כדין: בג"צ 301/63 ר' ב' נ. הרב הראשי לישראל ואח', י"ח פד"י (1), 598, ואזי ייכנס מקרה זה לגדר סוג 3: נורמה חילונית המופעלת ע"י רשות דתית בעלת סמכות ייחודית.

82 סעיף 6 לחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין) תשי"ט-1959.

83 ע"א 26/51 קוטיק נ. וולכסון, ח' פד"י, 1341, 1344-5; ע"א 275/61 פלתי נ. אלמזנית, ט"ו פד"י 2300.

84 ע"א 191/51 סקורניק נ. סקורניק, ח' פד"י, 141. זילברג, המעמד האישי בישראל, תשכ"ה, עמ' 175, 211; אנגלרד, "מעברו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים, כרך ב', עמ' 268, 510, בעמ' 529 ואילך.

85 ע"א 258/53 כהן-בופליק נ. הירשן המזפטי, ח' פד"י, 4, 19.

86 בג"צ 163/57 לובין נ. עזרית תליאביב, י"ב פד"י, 1041.

87 פקודת מטכ"ל 34.0101 – כשרות, קובעת בסעיף ב': "מזון נחשב לכשר אם הוא אינו אסור על פי תורת ישראל". ראה גם פקודות מטכ"ל 34.2102 ו-54.0118. וראה בספרים מס' 52 ו-53 לפק' מטכ"ל, פקודות ותוראות בנושאי דת הנ"ל, עמ' 7 ואילך.

ותוכנם. דיני הראיות שונים⁸³, השקפת העולם שונה, ובבתי המשפט האזרחיים חלים עקרונות משפטיים, שאינם חלים בבית דין דתי, כגון: עקרונות המשפט הבינלאומי הפרטי⁸⁴.

על כך אמר השופט זילברג:

"היה מי שטען: 'מאי נפקא מינה, מי ידון בעניני הנישואין של האורת, אם החוק המסריאלי, שידונו על פיו יהיה החוק היהודי הדתי?' אך טענה זו לא נתקבלה — — — ובצדק גמור! כי לא הרי דיני ישראל הגידונים בבית הדין הדתי... שונה הגישה, שונות דרכי הדיון ושונה לפעמים גם התוכן המעשי של הפסק"⁸⁵.

מכאן שמסירת סמכות ייחודית לרשות דתית להפעיל נורמה חילונית גוררת אחריה לא רק פגיעה בחופש המצפון והדת בחייבה את האזרח להיזקק לרשות דתית, אלא גם שוני מסויים וממשי בתוצאת פסקי הדין ובתוכנם.

4. יש והמחוקק מסמך רשות חילונית לאכוף נורמות דתיות, שנכפו על ידו על כל אזרחי המדינה. רשויות המדינה החילונית מפעילות ואוכפות את הנורמות חוק איסור גידול החזיר, תשכ"ב—1962, שאימץ נורמה דתית ונתן לה גושפנקה של חוק מחייב במדינה. שר הבטחון ושר הדתות באמצעות רשויות צה"ל מפעילים ואוכפים את דיני הכשרות על כל חיילי צה"ל על פי הנורמות פקודת מאכל כשר להיילים, תש"ט—1948. חוקים אלו אינם עוסקים בשיפוט, אלא בכפייתן הלכה למעשה של נורמות דתיות. הדיבור "חזיר" פורש על ידי בית המשפט במשמעותו בהלכה היהודית⁸⁶, ודיני הכשרות בצה"ל מוחלים על כל דקדוקיהם ותגיהם⁸⁷.

לבית המשפט המחוזי ניתנה סמכות מקבילה, התלויה ברצונה של האשה, לדון בתביעתה של אשה יהודיה למוזנות שלא אנב גירושין. בדונו בתביעה זו מהחייב בית המשפט המחוזי להחיל את הדין הדתי, באשר לשאלות המהותיות הנוגעות לחובת הבעל במוזנות⁸⁸. במקרה זה מבחינת הרשות אין פגיעה בחופש הדת, אולם מבחינת הנורמה הדתית החלה, קיימת פגיעה בחופש הדת.

בארה"ב נזקקו בתי המשפט לנורמות דתיות כדי להכריע בסכסוכים בקשר לבעלות על רכוש הכנסיות. היוזקות כזו לנורמות דתיות ע"י הרשות החילונית מתחייבת מאופי המיוחד של הסכסוך ומובן שאין בה משום פגיעה בחופש המצפון והדת של אנשי הכנסיות המתדיינים⁸⁹. אולם לעתים מגלה בית המשפט העליון בארצות הברית סלידה מהצורך להכריע בחילוקי דעות בעניני דת. מטעם זה סרב בית המשפט לאחרונה להכריע בסכסוכים דוגמטיים שהתעוררו בקשר לסכסוכי בעלות על רכוש הכנסיה⁹⁰.

5. לעתים מעניק החוק לרשות הדתית סמכות מקבילה להפעיל נורמה חילונית, או נורמה דתית המוגבלת במקצת על-ידי המחוקק, ובלבד שהצדדים הנוגעים בדבר הביעו את הסכמתם לסמכות השיפוט של הרשות הדתית. החוק מסמך את בית הדין ליתן צו אימוץ לפי הנורמות החוק החילוני ובלבד

88 חוק לתיקון דיני המשפחה (מוזנות) תשי"ט—1959 לא יחול על תביעה למוזנות שלא אנב גירושין של אשה נגד בעלה. ר"ס' 2(א) לחוק הנ"ל.

89 Note, Judicial Intervention in Disputes over the Use of Church Property, 75 *Harv. L. Rev.* 1142 (1962).

90 *Presbyterian Church in United States v. Mary Elizabeth Blue Hill* (1969) 393 U.S. 440.

שהמאמצים והמאומץ הסכימו לשיפוטו של בית הדין הדתי, ואם היה המאומץ קטן משלוש עשרה או לא מבין, דרושה הסכמתם של פקד סעד ושל היועץ המשפטי לממשלה.⁹¹

חוק הירושה מסמך בית דין דתי לדון לפי גורמות דתיות אם כל הצדדים הנוגעים בדבר הסכימו לכך בכתב, אולם החוק מגביל את תחולת הנורמה הדתית, במקרה שבין המתדיינים מצוי קטין או פסול דין, באופן שלעולם לא יפחתו זכויותיו למוננות מן העזבון וזכויות הירושה על פי דין או על פי צוואה, מן הזכויות שהיה זכאי להם לפי הנורמה החילונית.⁹²

במקרים האלו פתוחה לפני האזרח הדרך לבחור בין רשות דתית ובין רשות אזרחית, ואם הוא בוחר ברשות דתית המחילה את הנורמה החילונית כאופן שונה במקצת מהרשות האזרחית,⁹³ או המחילה גורמה דתית בהגבלות מסוימות, סימן הוא כי הדבר רצוי ומקובל בעיניו מטעמי דת, ואם כך נמצא שהמדינה בתיתה בידו זכות בחירה, מסייעת לו להגשים את חופש הדת שלו.

חוק שיווי זכויות האשה תשי"א—1951 גותן בידי הצדדים לדיון לפני בית דין דתי את הבחירה בין תחלת הוראות החוק החילוני על ידי בית הדין הדתי ובין דחיית הנורמות החילוניות הקבועות בחוק, והחלת הנורמה הדתית במקומן, ובלבד שניתנה לכך הסכמת כל הצדדים מרצונם הטוב, והצדדים אינם בני למטה משמונה עשרה שנה.⁹⁴

ד. מבחן המטרה העיקרית החילונית

ההבחנה בין גורמה דתית, שלא זכתה להסכמה חברתית, ובין גורמה שררית דתית, אך התקבלה על בני החברה, ומשום כך הפיכתה לגורמה מחייבת אינה מהווה פגיעה בחופש המצפון והדת, לובשת מבחינה טכנית-משפטית צורה של מבחן המטרה העיקרית החילונית, דהיינו: אם המטרה העיקרית, שהחוק בא לשרתה, היא חילונית — לאמר: מקובלת על בני החברה הנאורים — אזי אין בכך משום כפיית גורמה שלא כדין, אפילו מקורה של הנורמה הוא דתי ואפילו מטרת החוק כתוצאת לוואי גם מטרה דתית.⁹⁵

91 סעיף 24 לחוק האימוץ תש"ך—1960, וראה סעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב—1962 המחיל הוראות החוק גם כאשר בי"ד דתי דן בענין שבסמכותו המקבילה (בהסכמת כל הצדדים). וראה גם סעיף 5 לחוק בתי דין דתיים (הזמנה לבתי הדין) תשס"ו—1956 הקובע כי מי שמסרב לבסור עדות ולהשיב על שאלה או להגיש מסמך רשאי בית הדין לקנסו. אך בית הדין לא יהיה מוסמך לקנס או להחייב אדם על שלא השיב או שלא הגיש מסמך שלדעת בית הדין לא היה חייב להשיב או להגיש על פי הדין המחייב בבית המשפט, ואף כאן על בית הדין הדתי להפעיל גורמה חילונית. וראה גם סעיף 2(א), 3(א) ו-19 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט—1959. יושם לב שהמחוקק קבע הגנות לקטין ולפסולי דין מחשש שהדין הדתי או הדיינים לא יגנו על האינטרסים שלהם כדבעי. ר' בענין אימוץ, לעיל; בענין ירושה, ר' טקסט וה"ש 92, עפ"י חוק שיווי זכויות האשה, ר' טקסט וה"ש 94 להלן.

92 סעיף 155 לחוק הירושה תשכ"ה—1965.

93 ראה לעיל פסקה 3 בסעיף זה.

94 סעיף 7 לחוק. ר' גם סעיף 9 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953.

95 למשל קביעת יום א' כיום מנוחה כללי בארה"ב לכאורה יש בו כפיית גורמה דתית נוצרית על כלל תושבי ארה"ב, אולם, מכיון שהמטרה העיקרית של החוק היא ליצור יום מנוחה אחיד — מטרה חילונית, העובדה שכתוצאת לוואי נאכפת גורמה דתית של הנצרות, אינה

חופש המצפון והדת

מבחן המטרה העיקרית החילונית מקובל על בתי המשפט בישראל, בין שהם מפרשים בשמו ובין שאינם עושים כן. בפסק דין יוראמקס קובע השופט זילברג כי אם המטרה הדתית אינה המטרה העיקרית של החוק, אלא ניתן להצדיק את הוראות החוק ע"י המטרה החילונית המושגת על ידה, אין בכך משום פגיעה בחופש הדת, אפילו אם אותה הוראת חוק מגשימה, בנוסף על כך, איזו מטרה דתית.⁹⁶

באותו פסק דין קבע השופט ברנזון כי העובדה שהוראות חוק עור עירוני, העוסקות בפתיחתם וסגירתם של עסקים, מתאימות לדרישות הדת אין בה כדי לפסול את חוק העור כולו או סעיף ממנו "אם המטרה העיקרית אותה ביקשו להשיג באמצעותם אינה מטרה דתית".⁹⁷ השופט ברנזון מוסיף כי התחשבות ברגשות הדת של חוגים נרחבים בציבור אינה פסולה, אלא אם כן נעשה שימוש בסמכות חוקית כמסווה להשגת מטרה דתית גרידא.⁹⁸

מעשה חקיקה או פעולה מינהלית המשרתים מטרה דתית, אשר נעשו על ידו רשות מינהלית,⁹⁹ הם תקפים רק כאשר הם נעשים כמסגרת סמכותה החוקית של הרשות, ורק כאשר המטרה הדתית היא גלויה וצדדית למטרה העיקרית החילונית.

לאור זה פסק בית המשפט העליון בישראל כי קביעת תנאי ברשיון יבוא אשר על פיו על היבואן להמציא תעודת כשרות מאת הרבנות לשם שחרור הסחורה מהמכס, אינה משרתת את המטרות הכלכליות של חוקי הגבלת היבוא שעל פיהם ניתן הרשיון. לפיכך, בהטילה הגבלה מעין זו, השתמשה הרשות בסמכותה החוקית שלא כדין, להשגת מטרה דתית, ומשום כך בטולה ההגבלה תוקף חוקי.¹⁰⁰

כמו כן פסל בית המשפט תוקפו של צו של המפקח על המזונות, האוסר גידול חזיר באזורים מסויימים בארץ בתוקף סמכותו הכללית להסדרת הפיקוח על המזונות מהטעם ש"הנימוקים המגובשים היחידים, או לפחות העיקריים יהמכריעים, לפעולתו האדמיניסטרטיבית ותחזיקתית של המפקח על המזונות בענין זה, היו נימוקים דתיים-לאומיים ולא נימוקים כלכליים-משקיים הנוצצים במטרות הפיקוח על המזונות".¹⁰¹

ה. כפיית נורמות לאומיות-דתיות בישראל¹⁰²

בעייה מיוחדת מתעוררת בישראל לגבי נורמות לאומיות-דתיות. אין חולקין כי אין כל פגיעה בחופש הדת בכפיית נורמות לאומיות, הבאות לקשור חברה מסויימת עם ערכיה ההיסטוריים ועם מורשת התרבות שלה. ואולם בשל מהותה המיוחדת של היהדות,

פוסלת את תוקפו של החוק. ראה: *McGowan v. Maryland* (1961) 366 U.S. 420.

96 ע"פ 217/63 יוראמקס, עמ' 353, שם מסכם השופט זילברג, מתוך הסכמה, את מבחן המטרה

העיקרית החילונית שנתקבל בארצות הברית. *Abington School Dist. v. Schempp* (1963) 374 U.S. 203, 222.

97 ע"פ 217/68 יוראמקס, עמ' 362.

98 שם.

99 וגבולות על חופש המצפון והדת שהוטלו ע"י המחוקק הראשי בישראל, או ע"י רשות מינהלית שהוסמכה לכך באופן חד-משמעי, אפילו פוגעות בו באופן המור, תקפות, ואין על המחוקק אלא תרעומת. וראה להלן.

100 בג"צ 231/63 רמף הפסקת מזון בע"מ נ. שר המסחר והתעשייה, י"ז פד"י, 2730.

101 בג"צ 105/54, 98/54 לזרוביץ נ. המפקח על המזונות, י"ז פד"י, 40, 55, דברי השופט ברנזון.

102 המבחן המוחל כאן הוא אותו מבחן שדובר בו לעיל בפרק ב'.

שיסודות לאומיים ודתיים משמשים בה בערבוביה, לא תמיד ניתן להבחין בנקל בין נורמה לאומית, שההגבלות החלות על כפיית נורמות דתיות, אינן חלות עליה, ובין נורמה דתית, שכפייתה על-ידי החוק פוגעת בחופש הדת.

לפיכך, בבואנו להכריע אם כפיית נורמה דתית מסוימת בישראל מגודת לחופש הדת, יש לבדוק אם אין הנורמה הדתית הנדונה מהווה גם נורמה לאומית בעיני רוב הציבור.¹⁰⁴ שאם כן הדבר יוצא הדיון מתחום חופש המצפון והדת, ואין לדבר על פגיעה בחופש המצפון והדת בשל כפייתה של נורמה לאומית כזאת.¹⁰⁵

אולם, אם ימצא כי הנורמה הדתית הנדונה יש בה אספקטים לאומיים, אך בעיני רוב בני החברה אינה מהווה נורמה לאומית מקובלת, אין מקום להצדיק כפייתה על כל בני החברה.¹⁰⁶

103 "הדת היהודית היא דת לאומית, ובה נספנו כל התכנים ההיסטוריים של עם ישראל מאז היותו ועד היום. ולא קל להפריד בין הצד הלאומי ובין הצד הדתי... חגי ישראל יש להם משמעות כפולה: גם רליגיוזית-קוסמית וגם היסטורית-לאומית". דוד בן גוריון, נצח ישראל, עמ' 154-5. "המשפט העברי הוא החוק הדתי-הלאומי. יש בו גם מזה וגם מזה יחד". זילברג, המקדש הארצי בישראל, עמ' 2-241.

104 לגבי שבת וחגי ישראל הלאומיים הובעה הדעה ע"י אנשי רוח, מדינאים ושופטים בישראל כי הם נורמה לאומית בעיני רוב הציבור:

"כל חג הוא מעין מסגרת טבעית והיסטורית לדמותם של הדקים סוציאליים ורוחניים הפועלים בעם והמקשרים את בניו בקשרים בל יינתקו ומלכדים אותם לחטיבה לאומית-תרבותית מיוחדת". בן ציון דינור, ישראל כנולה, כרך א', ספר ד', הוצאת "דביר" תשכ"ג, עמ' 87. "ואין יתדי מחוייב להיות דווקא אדוק — למען יראה הערך הרב שיש בקיום השבת ומועדי ישראל — כימי מנוחה וחגים היסטוריים המנחילים צביון יהודי ורציפות היסטורית לחיינו הציבוריים". דוד בן-גוריון, נצח ישראל, שם.

"החגים הלאומיים, שהנם רגעים שבהם כרגישה האומה את עצמה כעין נפש קיבוצית אחת הקשורה בנפש העולם כולו, שהינם כעין רגעים של עליית נשמה לאומית", א. ד. גורדון, האדם והשבט, עמ' 123. "שלושת החגים הקלאסיים שלנו, פסח, שבועות, סוכות, הם חגים עממיים — הראשון — חג החירות הלאומית, השני — חג הקציר (שמות, כ"ג, 16), השלישי — חג האסיף (שם, שם)". ע"פ 217/68 יוראמיק, בעמ' 358, דברי השופט זילברג. השופט זילברג סבור שגם יום הכיפורים הוא בבחינת חג לאומי: "חומרתו הדתית של יום הכיפורים הדרה כל כך עמוק לחיי היהודי בכל אתר ואתר, עד שהדת הפכה כאן חלק אינטגרלי של התודעה הלאומית, החברתית, של העם. מסופקני מאוד אם יהיו מישוהו לחלוק על הצדקת סגירת החנויות ביום שבת שבתון זה" (שם). לגבי החגים הלאומיים ניתן לומר כי הם נכנסים לגדר ערכי התרבות היהודיים המקובלים על כל הקבוצות, שהזכיר הגנסי אגרגט בפסק דינו בענין שליט: הציונות הדתית האדוקה, בעלי האוריינטציה הלאומית הסהורה, והקבוצה האמצעית. בג"צ 58/68 ילוי, בעמ' 588-9.

105 הנמקה דומה משמשת לקליטת המשפט העברי בתחום המשפט הפרטי. ראה על כך: פ. דייקן, לעתידו של המשפט העברי, המשפט העברי ומדינת ישראל, בעריכת יעקב בזק, עמ' 75 בעמ' 80; יצחק אנגלרד, "שילוב הדיון היהודי במערכת המשפט הישראלית", שם, עמ' 110.

106 כפיית הנורמה של איסור גידול חזיר על כלל הציבור, יהודים ולא יהודים, אין לה כל הצדקה, כי זוהי כפייה שלא כדין של נורמה דתית-לאומית, שלא זכתה להסכמה חברתית ואינה מהווה נורמה לאומית בעיני רוב הציבור. כנגד זה ניתן לומר כי הטלת איסור גידול חזיר לגבי יהודים הוא מוצדקת משום שאיסור החזיר השתרש במסורת הלאומית של העם היהודי. כך למשל אומר השופט הלוי: "מטרת החוק האוסר גידול, החזקה ונחירה של חזירים ברוב חלקי הארץ היא למנוע דריסת רגלו של החזיר, בבהינת 'בל יראה ובל ימצא' וטעמו: הסלידה העמוקה של רוב תושבי הארץ מפני החזיר, ששימש

משום כך אין אנו מסכימים, בכל הכבוד, עם דברי הנשיא אגרנט, כי אין בהחלת דיני ישראל על עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, משום פגיעה בחופש הדת מהטעם שלדעתו המשפט העברי איננו משפטם הדתי של היהודים, אלא משפטם הלאומי.¹⁰⁷ לעניות דעתנו, דיני הנישואין והגירושין לפי ההלכה אינם מהווים נורמה לאומית המקובלת על רוב בני החברה, לפיכך כפייתם על הכלל מנוגדת לחופש המצפון והדת.

עד כאן דנו בכפיית נורמה לאומית-דתית על יחידים. באשר להנהגת נורמות לאומיות-דתיות במוסדות רשמיים של המדינה, יש להחיל עקרונות שונים. מעצם היותה של ישראל מדינה יהודית¹⁰⁸ מתחייב כי ערכים וסמלים יהודיים, אף כי לא זכו להסכמה חברתית שתצדיק את הפיכתם לנורמה שתחייב את כל האזרחים במדינה, מן הדין שיישמרו על ידי מוסדותיה השלטוניים של המדינה¹⁰⁹ ונציגיה הרשמיים במילוי תפקידם.¹¹⁰

מימי קדם סמל לסומאה ושנאת ישראל". בג"צ 103/65 גורנשטיין ואח' נ. שר הפנים, י"ט פד"י (2), 618. החלת הדין הדתי בעניני נישואין וגירושין, והנהגת שיפוט רבני ייחודי בענינים אלו אף היא פוגעת בחופש המצפון והדת.

107 בע"א 191/51 סקורניק נ. סקורניק, ח' פד"י, 141, 175, דחה הנשיא אגרנט את התפיסה כי המשפט העברי הוא משפט דתי משום "שזוהי תפיסה מלאכותית, בלתי מציאותית, הואיל ולפיה יוצא שכופים על יהודים שאינם "מאמינים" – וישנם כאלה – ציות לחוק העברי, אך ורק משום שזהו, כביכול, חוקם "הדתי", והלא זה לא ייתכן. אכן, סבור אני – כי החוק העברי הנורו חוקם הלאומי של יהודים חסרי הנתיבות, לא פחות מהיותו חוקם הלאומי, בשטח עניני המעמד האישי של יהודים אזרחי מדינת ישראל". בבג"צ 58/68 שלום הנ"ל, אומר הנשיא אגרנט כי בענינים שאין עליהם הסכמה ציבורית מן הדין שהשופט ירסן עצמו ולא יכריע בהם (עמ' 600–601). נראה שקביעתו זו יפה גם לענין זה. בכל הכבוד, בענין נישואין וגירושין נוטים אנו לדעה שרוב בני הציבור מתנגדים להחלת הדין הדתי, אפילו תקרא לו לאומי, כדין ייחודי כפוי.

108 "לאומיות יהודית, שאין בה שום רושם מכל אותם הדברים, שהיו גשמת חייה של האומה במשך אלפי שנה ושעל ידם קנתה לה מקומה המיוחד בהתפתחות הקולטורה של כל המין האנושי – בריה משונה כזו אין אדם יכול לצייר לו במוחו, אלא אם כן רחוק הוא מרוח עמנו מהלך ת"ק פרסה", אחד העם, על פרישת דרכים, תוצאת דבר, תשי"ט, עמ' רצ"א, צוטט בבג"צ 72/62 רופאייזן, בעמ' 2446. "דבר אחד משותף לכל העם היושב בציון (חוץ ממעטים מעטים) והוא: אין אנו מנתקים את עצמנו מן העבר ההיסטורי ואין אנחנו מתכחשים למורשת אבות", השופט זילברג, בג"צ 72/62 הנ"ל, עמ' 2438. השופט כהן הסכים לדבריו אלו, ר' שם, עמ' 2441. "שאיפתו המרכזית של העם בכל הדורות היתה להתחזר עטרת קוממיות העם היהודי ליושנה על-ידי קיבוץ גלויות וחידוש החיים הלאומיים העצמאיים שלנו בארץ האבות, ערש הלאומיות היהודית והדת היהודית", השופט ברנזון, בג"צ 72/62 הנ"ל, עמ' 2454. הכרזת העצמאות המדברת על "מדינה יהודית" שימשה בסיס למסקנה משפטית חשובה בע"ב 1/65 ירדור נ. יח"ר ועדת הבחירות לכנסת המרכזית, י"ט פד"י (3), שם אומר הנשיא אגרנט כי מדברי ההכרזה על הקמת מדינה יהודית לעם היהודי בארץ ישראל מכח זכותו הטבעית ההיסטורית משתמע "שדבר המשכיות, ואם תמצ' לומר, נצחיותה של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית" (שם 385'6).

109 הכוונה, למשל, שלא יתקיימו פעולות רשמיות בשבת. לפיכך מתדקקות הוראות החוק השונות האוסרות קיום בחירות לכנסת, יום הזכרון, יום העצמאות וכי"ב ביום שבת. ראה סעיף 1 לחוק יום העצמאות, תש"ט–1949, כפי שתוקן בתש"י, תשי"א ותשי"ד; בסעיף 1 לחוק יום הזכרון לחללי מלחמת הקוממיות וצבא הגנה לישראל, תשכ"ג–1963; סעיף 12 לחוק יסוד

מטעם זה יש להצדיק את הנהגת הכשרות בצה"ל¹¹¹. לא רק שלא רצוי מבחינה מעשית ומטעמי אחדות צבאית ואחדות לאומית ליצור שני מטבחים בכל מתקן צבאי, ולא רק שהחיילים שאינם שומרי כשרות יכולים לאכול אוכל כשר בעוד שההיפך אינו אפשרי, אלא שמירת הכשרות בצה"ל יוצרת קשר עם העבר ההיסטורי של העם היהודי, באמצעות אחד הסמלים היותר בולטים של היהודי.

ו. מיהו המוסמך לכפות נורמה פוזיטיבית

עניני דת הם מן הענינים שרק המחוקק הראשי או רשות אחרת שהוסמכה לכך במפורש ובאופן חד משמעי ע"י המחוקק, יכולים להסדירם¹¹². לפיכך כשמדובר על הצדקה להפוך נורמה המקובלת על בני החברה לגורמה מחייבת בחברה, הכוונה היא שהמחוקק הראשי יחוקק חוק אשר יתן לגורמה הפוזיטיבית בחברה תוקף מחייב. בהעדר חוק כזה, העובדה שגורמה מסוימת היא פוזיטיבית בחברה אינה מצדיקה את כפייתה על ידי רשות מינהלית, שאם לא תאמר כן, נתת בידי השלטון את הסמכות להכריע האם גורמה מסוימת היא פוזיטיבית, דבר שהוא בסמכותו הייחודית של המחוקק.

והוא הדין אפילו נמצא הדבר לכאורה במסגרת סמכות הכללית של הרשות, שכן בענינים אלו לא די בהסכמה כללית. בדברים אלה "על בית המחוקקים להעניק את הכח הזה במפורש ובדברים שאינם משתמעים לשתי פנים", "ואין ללמוד על הענקת כח כזה מכללל, אלא אם כן הכוונה להעניק כח זה בולטת באופן ברור בנוסח החוק או במטרתו המפורשת"¹¹³.

הכנסת (ש"ח תשי"ח, 63). אולם אין כוונה שמתוך עקרון זה כל חברה ממשלתית הפועלת כפיסקוס כלכלי תחוייב לנהוג לפי עקרונות אלו, והשמור על אופיי-מיוחד הנדרש ממוסדות שלטוניים.

110 כגון: שגרירים ונציגים רשמיים של ישראל בארצות חוץ. נראה שוהי המדיניות המקובלת במשרד החוץ. וראה בענין זה דברי הכנסת, כרך 28, עמ' 514, שם נאשרת טרת התוך כי נדרש מנציגי ישראל שלא לחלל שבת בפרהסיא ליד בית כנסת ונדרש מהם לשלוט בברכות העלייה לתורה, וכן כי הכשרות נשמרת בנציגויות ישראל בחוץ לארץ ככל שהדבר אפשרי בתנאי הארץ בה הן מצויות.

111 ר' פקודת מאכל כשר לחיילים תש"ט-1948. ור' פק' מטכ"ל 34.0101 34.0102 וראה פק' מטכ"ל נספח מס' 52 ו-53. פקודות והוראות בנושאי דת הנ"ל, ע' 5 ואילך.

112 על התנאות מתן רשיון לממכר נקניקים בתנאי של איסור מכירת בשר חזיר אומר הנשיא אולסון: "הבעיה הזאת היא לדעתנו בעיה כללית וארצית, שאינה מיוחדת למקום מסוים. ופתרונה נתון לסמכותו הייחודית של המחוקק הארצי, אלא אם כן מצא המחוקק הארצי לנכון להעביר את כח ההחלטה בענין זה לסמכויות המקומיות... במקרים כאלה שואבת הרשות המוסמכת את הכח הזה בעקיפין מרצון האומה. לכן על בית המחוקקים להעניק את הכח הזה במפורש ובדברים שאינם משתמעים לשתי פנים, ובעיקר כאשר הענין נוגע לבעיה שהיא ארצית הרבה יותר משהיא מקומית. במקרה האחרון אין ללמוד על הענקת כח כזה מכללל, אלא אם כן הכוונה להעניק כח זה בולטת באופן ברור, בנוסח החוק או במטרתו המפורשת". בג"צ 122/54 אקל נ. ראש עיריית נתניה, ח' פד"י, 1524, 1531. על דברים אלו חזר בית המשפט העליון פעמים רבות, וראה למשל, בג"צ 105, 89/54 לורנצין, בעמ' 56; ע"פ 217/68 יוראמקס, עמ' 3-362. והשווה דברי השופט גויטיין בבג"צ 177/55 פרידי נ. עיריית תל-אביב, י' פד"י, 734, 752.

113 ר' ה"ש הקודמת. משום כך תולקים אנו, בכל הכבוד, על דברי מ"מ הנשיא השופט זילברג: "מצות השבת — עד כמה שהיא מחייבת להימנע ממלאכה ועיסוק המתישים את כחו של

להבדיל מכפיית נורמות דתיות, רשאית הרשות המינהלית במסגרת סמכותה הכללית להביא בכלל שיקוליה הכלכליים, הכספיים, הפסיכולוגיים וכיוצא בזה, גם שיקולים דתיים.

"כאשר, למשל, המפקח על המזונות דואג לאספקת מנות קצובות של מצות בפסח לאוכלוסייה היהודית, הוא בלי ספק מביא אז בחשבון ענינים וצרכים שמקורם בדת — — — ברור שמעשים אלה ודומיהם אינם פסולים והטעם הוא שהמעשים מכוונים בכנות ובנאמנות למילוי תפקידיו הלגיטימיים של המפקח על המזונות להסדרת התצרוכת של המזונות"¹¹⁴.

והוא הדין לגבי סגירת קטע כביש הסמוך לבית כנסת בשעות התפילה: "בתיתו ערך לשיקול, כי תנועת המכוניות ברחובות הנדונים בימי מועדי ישראל ובשבחות מפריעה להתרכזות המתפללים בבית הכנסת "ישורון" בתפילתם ומונעת בעדם להתפלל בנחת, התחשב (המפקח על התעבורה) באינטרס שהוא בעל אופי דתי אך אין פסול בכך, כשם שלא היה כל פסול אילו התחשב באינטרס תרבותי, מסחרי, בריאותי וכיוצא באינטרסים כאלה"¹¹⁵.

התחשבות באינטרסים בעלי אופי דתי ובשיקולים דתיים מוצדקת, "ובלבד שהם נוגעים לחלק ניכר מבני הציבור"¹¹⁶, ואינם מטילים על הציבור "נטל כבד מנשוא"¹¹⁷. ההצדקה להתחשבות בשיקולים דתיים ואינטרסים בעלי אופי דתי, כאמור לעיל, נובעת מהעובדה שהשיקולים הדתיים נכנסים לקטגוריה רחבה יותר של שיקולים שמוצדק להביאם בכלל השיקולים לצורך הפעלת הסמכות¹¹⁸.

אדם ומדריכים את מנוחתו הפריונית, היא מצוה שכלית, חברתית, שהמחוקק העירוני מוסמך לטפל בה במסגרת סמכותו הכללית", ע"פ 217/68 יוראמקס, בעמ' 357 (ההדגשה שלנו). באותו פסק-דין הצדיק השופט ברנזון את סמכותו של המחוקק העירוני להסדיר סגירת חנויות ועסקים בשבת לאור העובדה שבמקרה זה "כבר קבע חוק המדינה את ימי המנוחה ומתקין חוק... רק אימץ לעצמו קביעה זו בשינויים ובתיאומים הדרושים. אין לך דבר יותר סביר ומתאים מזה שרשות מקומית מהכנסת תראה וכמוה תעשה". שם, עמ' 362. מסכימים אנו, בכל הכבוד, לכך, שכן במקרה זה קיומו של חוק המדינה בתחום זה שקול כנגד הסמכה מפורשת של הרשות המינהלית לפעול ברוח החוק במסגרת סמכותה הכללית.

114 בג"צ 105/54, 98/54, לזרוביץ, בעמ' 55.

115 בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפיית דתית ואח' נ. מועצת עיריית ירושלים, ט"ו פד"י, 2665, 2668.

116 שם.

117 "דבר שניתן לעשותו בדרך אחת תוך התעלמות משיקולים דתיים ובדרך אחרת בהתחשב עם שיקולים דתיים אבל בלי להטיל על הציבור נטל כבד מנשוא, ודאי שהדרך השניה עדיפה", ע"פ 217/68 יוראמקס, דברי השופט ברנזון, עמ' 362.

118 הנמקה דומה משמשת בארה"ב הצדקת פעולות שלטוניות שיש בהן משום סיוע לדת. אף פרופסור Kurland הנוקט בגישה דווקנית באשר לפירוש החוקה האמריקאית (Establishment clause) דהיינו: שאין הדת צריכה לשמש כבסיס להבחנה בין למתן פטור או יתרון או להטלת הגבלה, מסכים שכאשר ההתחשבות בדת נכנסת לגדר קטגוריה רחבה יותר של שיקולים, אזי מוצדק הדבר וכשר ואינו מנוגד לחוקה. ראה P. Kurland, *Law and Religion* (1962), pp. 18, 122.

ז. סיכום

ההופש מפני כפיית נורמות דתיות על מי שאינו רוצה בהן הוא מן הזכויות היחיד חיוניות בחברה חופשית. על המדינה לא רק מוטל איסור שלא להטיל על היחיד הגבלות מטעמי דת, או לכפותו ליטול חלק בטכסים דתיים. אנו מרהיבים עוז לצעוד צעד נוסף ולטעון כי על המדינה מוטלת חובה ליצור את התנאים המתאימים שיאפשרו ליחיד להגשים את זכויותיו ולקבל שירותים ציבוריים מבלי שיהא נאלץ כנגד אמונתו ומצפנו להיוקק לרשויות דתיות הכופות נורמות דתיות. והוא הדין בין שהמצב נוצר עקב חקיקה ישירה של המדינה הקובעת כי האזרח חייב להיוקק לרשות דתית¹¹⁹ או עקב כך שבפועל ואף ללא חקיקה כזו מטעם המדינה, היחיד נאלץ להיוקק למוסדות דתיים הזוכים בסיוע מטעם המדינה¹²⁰. הצעד הנוסף הזה לעניות דעתנו, איננו קפיצת דרך, הוא התפתחות המתחייבת מעצם טיבה וטבעה של מדינת הסעד המודרנית. כאמור לעיל, גישה זו קיבלה הכרה בטיטוט האמנה הבינלאומית למניעת כל צורות הפליה דתית¹²¹. אם נרכז, לרגע, את תשומת לבנו לבעיית שירותי הקבורה, נראה שגישתו הכללית של המהוקק בנושא זה מכירה בתפקידה המיוחד של המדינה¹²². בענין זה מן הראוי לאמץ את ההוראה הקבועה בחוקת שווייץ אשר לפיה בתי הקברות ושירותי הקבורה יהיו בידי רשויות אזרחיות שעליהן הוטל להבטיח קבורה מכובדת לכל אדם¹²³.

אספקט זה של הופש הדת – החופש מפני כפיית נורמות דתיות – מחייב עיון זהיר בכל הקשור לנורמות דתיות לאומיות. טיבה המיוחד של היהדות, שיסודות של דת ולאום שזורים בה לעתים מבלי אפשרות הפרדה, עורמים קשיים לפני המנסה לבחון את הבעיה במבטנים עיוניים המקובלים בארצות שהדת היא דת בלבד. לפיכך הקדשנו פרק מיוחד להארת הבעיות, בעוד שלגבי כפייה כללית של נורמות דתיות לאומיות על כל האזרחים אין מקום למבחן שונה. והמבחן לעולם יהא האם הנורמה הדתית-לאומית, לרבות האספקטים הדתיים שבה, התקבלה על רוב בני הציבור. תשובה חיובית לשאלה זו תצדיק כפייתה על הכלל, ותשובה שלילית תחייב דחיית כל הצעה לכפות אותה נורמה על הכלל. המבחן, לעומת זאת, שונה באשר לנורמות דתיות-לאומיות, שאם כי לא התקבלו על בני הציבור ואין הצדקה לכפותן על כל הציבור, הרי העם כגוף ומוסדותיו הרשמיים מן הדין שיהיו זהירים בכבודם, להיזהר סמל וביטוי לערכים ההיסטוריים והתרבותיים הקושרים את העם היהודי במדינתו למורשת האבות.

הקביעה, איוו נורמה ראויה לכפייה ואיוו אינה ראויה לכפייה, געשית במסגרת התהליך הפוליטי ע"י נבחרי העם. העובדה שהמפלגות הדתיות שימשו לשון מאזנים כמעט בכל הממשלות שקמו מאז נוסדה המדינה, מוצאת את ביטוייה בהוראות חוק ובגוהגים הכופים שלא כדין נורמות דתיות, חובת היוקקות לרשויות דתיות ובתגבלות מטעמי דת. כמובן זה התהליך הפוליטי האמור להביא לקביעה תקפה של דעתם של רוב בני הציבור נפגם ע"י נסיבות פוליטיות. אם כי אין אנו מתיימרים שיש בידינו הוכחות ברורות כי רוב הציבור מתנגד לנישואין דתיים ייחודיים, לסמכות שיפוט ייחודית של ב"ד רבני,

119 כגון בעניני נישואין.

120 כגון בעניני קבורה.

121 ר' לעיל טקסט וה"ש 63.

122 ר' לעיל טקסט וה"ש 61.

123 ר' לעיל ה"ש 63.

להכרזת קבורה דתיות, וכיצא בזה, הרי יש ויש לדעתנו מקום לסענה שגורמות אלו רחוקות מרחק ת"ק פרסה מאותה דרגה של הסכמה חברתית המצדיקה כפיית גורמה על כלל החברה.

הערה אחרונה נוגעת לענייני דת בצה"ל. אין ספק שאינו דומה צה"ל לישראל האזרחית בענין כשרות למשל, הצדקנו את שמירת הכשרות בצה"ל¹²⁴, אבל לא יעלה על דעתו של איש כי ניתן להצדיק כפיית שמירת כשרות על כל אזרח בישראל. יהא זה חטא גדול לאמת אם יטען משהו שיש הסכמה חברתית לכפות גורמה כזו. אפילו איסור החזיר חל על גידולו ולא על אכילתו¹²⁵. גם בצה"ל, אם חייל יביא בתרמילו כריך של חמאה ונקניק, אין כל סמכות לאיש לאסור עליו לאכול את הכריך בתחומי המתקן הצבאי, אפילו יכריזו על כך, בחינת "אוכל נבלות לתאבון"¹²⁶. אולם הגימוקים המצדיקים שמירת כשרות במתקני צה"ל אינם יכולים לעמוד לעזר להוראות אחרות כגון אלו העוסקות באיסור חילול שבת על ידי חיילים, או בלווייה צבאית בטקס דתי. יש לציין שהממשלה ריכזה את ההוראות בענין איסור חילול שבת והתירה הפעלת רדיו וטלוויזיה בשבת במתקני צה"ל¹²⁷. יש בכך לפחות משום הודאה במקצת בבסיס הרעוע שעליו מבוססות הוראות אלו מבחינה עניינית.

124 ר' לעיל טקסט הצמוד לה"ש 111.

125 ר' חוק איסור גידול חזיר, תשכ"ב–1962.

126 לעומת זאת, כנראה לא יוכל חייל כזה להשתמש בכלי האוכל של המתקן הצבאי.

127 ר' לעיל ה"ש 50.