

# הנעת שינוי חברתי בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי על ידי בית המשפט העליון – תקווה חלולה בגרסה ישראלית

מאת

בנימין בקרמן\*

”בדברים הנוגעים לציפור נפשה של היהדות החרדית, אין לכם חלק!”  
[הרב יוסף אפרתי בעצרת מחאה נגד בג”ץ עמנואל]<sup>1</sup>

מגמת התעצמותו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים הודת למהפכה החוקתית ונכונותו לרדת אל זירת המחלוקת הציבורית הפכו אותו לאמצעי אטרקטיבי בעיני הפעילים הליברליים המבקשים להניע שינוי חברתי בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי, ההולך ומתעצם הן מבחינה דמוגרפית והן מבחינת כוחו הפוליטי. המאמר בוחן אם הבחירה במסלול המשפטי להנעת השינוי החברתי בחברה החרדית היא בחירה מושכלת מנקודת המבט של שיקולי היעילות, דהיינו אם עומדת לבית המשפט העליון יכולת להניע שינוי חברתי בציבור המדובר. המאמר משיב לשאלה זו תוך התבססות על טיעונו המפורסם של המלומד האמריקאי ג'רלד רוזנברג, אשר הגיע למסקנה כי יכולתו של המוסד השיפוטי להניע שינויים חברתיים ליברליים נגזרת מכמה תנאים הנוגעים לתמיכה שהשינוי המונע על ידי בית המשפט זוכה לה מצד השחקנים הלא-שיפוטניים. המאמר מראה כי בחינה אמפירית של השתלשלות העניינים בפרשות הנוגעות ללב האוטונומיה של המגזר החרדי – החינוך החרדי וקיומה של חברת הלומדים – מלמדת על אי-שיתוף פעולה ואף על התנגדות מצד השחקנים הלא-שיפוטניים, וממילא על היעדר יכולת להניע שינוי חברתי בתחומים אלה באמצעות בית המשפט. בהמשך לכך המאמר טוען כי בשל מאפייניו הייחודיים של הציבור החרדי

\* סטודנט שנה ד בתכנית משולבת לתואר ראשון במשפטים ותואר שני במנהל עסקים באוניברסיטה העברית בירושלים. גרסה ראשונה של המאמר נכתבה כעבודה סמינריונית בקורס “ביקורת שיפוטית” בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בהנחיית ד”ר מרגית כהן. תודתי נתונה לדניאל מרשלסקי ולדניאל לווינשטיין על עזרה במחקר הנוגע להשקפה החרדית; לד”ר מרגית כהן, לד”ר ראם שגב ולפרופ’ דפנה ברק-ארז על ההערות המועילות; לחברי מערכת כתב העת משפטים על הערות מאירות עיניים ששיפרו את המאמר שיפור ניכר. תודה מיוחדת לד”ר ווליה קונוביץ’ (Dr. Velia Konovich) שבלעדיה המאמר לא יכול היה להיכתב.

1 בג”ץ 1067/08 עמותת “נוער כהלכה” נ’ משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009) (להלן: עניין עמנואל).

ובגלל מערכת יחסיו עם בית המשפט העליון, אי-היכולת של בית המשפט להניע שינוי חברתי בתוך החברה החרדית הופכת לבלתי תלויה במאזן כוחות פוליטי נתון. בהמשך המאמר מסיק מן הטענה התיאורית את המסקנה הנורמטיבית שלפיה בחירתם של הפעילים הליברליים בבית המשפט כאמצעי להניע שינוי בתוך המגזר החרדי וכן הגיבוי שבית המשפט מעניק לבחירה זו בפסיקתו אינם ראויים ואף פוגעים קשות בתכליות של מבקשי השינוי. מסקנה זו עולה מן הדיון המשווה בין העלויות כבדות המשקל שבהן כרוכה התערבותו של בית המשפט באוטונומיה החרדית לבין התוחלת הנמוכה במיוחד להצלחת בית המשפט בצירוף העלויות של מדיניות הריסון השיפוטי באשר לנושא.

מבוא. א. המגזר החרדי בישראל. 1. על היווצרות הזרם החרדי; 2. חרדים בישראל; 3. תפיסת העולם החרדית; ב. האם שינוי אפשרי? ג. האם שימוש בכוח כופה ישיג שינוי? ד. האם בית המשפט יכול להניע תהליך שבסופו שינוי במצב הפוליטי הנוכחי? 1. הצגת התזה של ג'רלד רוזנברג ובחינת התאמתה הכללית לשיטת המשפט הישראלית; 2. בחינת ההתאמה של הניתוח האמפירי המונח בבסיס התזה של רוזנברג לסוגיית החרדים; 3. הביקורות העיקריות על רוזנברג; 4. יישום התנאים של רוזנברג; 5. התקיימות התנאים של רוזנברג – סיכום; ה. האם המצב הפוליטי משנה? 1. הנעת תהליך השינוי בתנאי שיתוף פעולה פוליטי באמצעות פסיקה כופה; 2. הנעת תהליך השינוי בתנאי שיתוף פעולה פוליטי על ידי פסיקה המטילה חיוב להפעיל כוח מקצה; 1. המסקנה הנורמטיבית. 1. עלויות ההתערבות; 2. עלויות המדיניות של אי-התערבות; 3. יישום המסקנה הנורמטיבית; סיכום. אחרית דבר.

## מבוא

לנו בישראל אין מחסור במחלוקות פנימיות קשות מנשוא. ספרות ענפה נכתבה על החברה הישראלית השסועה שתי וערב,<sup>2</sup> אך נראה שהמחלוקות החריפות ביותר מתעוררות דווקא סביב תוכן הגדרתה של ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>3</sup> אמנם עמדה מקובלת בשיח הציבורי והמשפטי אומרת כי אין קושי מיוחד ליישב בין יהדות המדינה לבין אופייה הדמוקרטי,<sup>4</sup> אולם ככל שמכלילים בתוך התיבה "יהודית" מובנים

- 2 ראו למשל דני גוטווין "מהפכת הפרטה והבניית הניגוד בין יהדות לדמוקרטיה בישראל" דברים ושברי דברים – על יהדותה של מדינה דמוקרטית 497 (אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן עורכים, 2007) (הספר להלן: דברים ושברי דברים). לטענה מנוגדת ראו אלכסנדר יעקובסון "החברה הישראלית מול הנבואות על התפרקותה" כיוונים חדשים 18, 40 (2008).
- 3 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.
- 4 ההנחה הרווחת הראשונה שבאמצעותה מקובל להציג סימביוזה בין יהדות המדינה לבין אופייה הדמוקרטי אומרת כי הכוונה בתיבה "יהודית" היא ללאום היהודי (להבדיל מדת יהודית), הזכאי

דתיים ולא רק לאומיים, ייחוס של ערך מוסף ליהדות המדינה בהכרח כרוך בוויכוח מסוים על הדמוקרטיה שלה<sup>5</sup> (או לפחות דמוקרטיה במובן הליברלי<sup>6</sup> המקובל).<sup>7</sup> משכך, בהקשר של יחסי דת ומדינה אפשר לראות בהגדרת המדינה משקפת מנעד שבין תפיסות חסידי הליברליזם הטהור, אשר דוגלים בהפיכת ישראל ל"מדינת כל אזרחיה" והפרטה

להגדרה עצמית במסגרת מדינת לאום, על כל המשתמע מכך מבחינת העדפת התרבות היהודית והעדפת היהודים בהגירה. הנחה שנייה בהקשר הזה אומרת כי דמוקרטיה איננה חייבת להיות ניטרלית וכזו שמקנה לכל הקבוצות התרבותיות והאתניות זכויות קיבוציות שוות, אלא די שיוקנו במסגרתה זכויות שוות לפרטים. לגישה זו ראו רות גביון "הרהורים על המשמעות ועל ההשלכות של 'יהודית' בביטוי 'מדינה יהודית ודמוקרטית'" דברים ושברי דברים, לעיל ה"ש 2, 107, בעמ' 132–170; רות גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים 36–45 (1999); אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים 286–295 (2003). עם זאת קיימות טכניקות אנליטיות המאפשרות את יישוב ההגדרות גם ללא צורך בהנחות אלה: לטכניקה המאותרת מכנה משותף ראו שמואל יעקובוביץ "שתי אידיאולוגיות – ועדיין עם אחד" רבגוני 2, 36 (1998) (להלן: יעקובוביץ "שתי אידיאולוגיות"); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, פס' 9–2, 60–61א לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1993). לטכניקה הפותרת את הבעיה באמצעות הגדרת הערכים ברמת הכללה גבוהה ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 323–347 (1994); לטכניקה המצמצמת את היקפו של אחד העקרונות המתנגשים ראו בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990).

5 אפשר לאשש טענה זו על ידי עיון בפסיקה העוסקת ביחסי דת ומדינה שבה בית המשפט נצמד לרטוריקת איזון הערכים המשמיעה צורך בוויכוח הדדי. ראו למשל בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595, פס' 22–23 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004); בג"ץ 5026/04 דיוזין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, פס' 2–6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2005) (להלן: עניין דיוזין). לדיון במתח שבין יהדות המדינה במובן הדתי לבין הגדרתה כדמוקרטיה ראו אליעזר שבייד "הדת היהודית והדמוקרטיה הישראלית" מחשבות על דמוקרטיה יהודית 643 (בני פורת ואביעזר רביצקי עורכים, 2010). לטענה מפורשת, שלפיה יהדות המדינה במובן הדתי אינה יכולה לדור עם הדמוקרטיה שלה בכפיפה אחת, ראו אביגדור לבונטין "יהודית ודמוקרטית – הרהורים אישיים" עיוני משפט יט 521, 544 (1995).

6 בלשון "ליברלי" כוונתי לאורך הרשימה לתורה מוסרית המציבה בראש סולם הערכים את האדם האוטונומי (חופשי מכפייה) המעצב את חייו כראות עיניו, גם כשזו מוצגת רק כליברליזם פוליטי הרואה בחירויות אמצעי לשיטה פוליטית ראויה. לדיון מקיף במונח ראו JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993).

7 אכן, יש המנסים ליישב בין יהדות המדינה במובן הדתי לבין אופייה הדמוקרטי, אם באמצעות ניתוח כללים הלכתיים קונקרטיים (ראו למשל יואל בן נון "מקור כפול לסמכות השלטונית: בסיס רעיוני למשטר דמוקרטי על פי התורה" דברים ושברי דברים, לעיל ה"ש 2, 61) ואם באמצעות העקרונות המופשטים המצויים בשתי השיטות (ראו למשל שבייד, לעיל ה"ש 5). אולם בחיי המעשה, כפי שבין היתר עולה מהפסיקה שהוזכרה לעיל בה"ש 5, המתח בין ההלכה היהודית לבין הדמוקרטיה נשמר, והוא כרוך בוויכוחים הדדיים תמידיים.

של כל מאפיין דתי או לאומי, לבין עמדותיהם של קנאי המורשת היהודית בנוסח האורתודוקסי, הסבורים כי ההצדקה היחידה לקיומה של מדינת ישראל נעוצה ביצירת תנאים נוחים לביצוע משימתו של עם ישראל כפי שניתנה לו על ידי בורא עולם.<sup>8</sup> נראה כי בית המשפט העליון הישראלי אינו תופס מקום ניטרלי במחלוקת זו, ואף על פי שלא נמצא בפסיקתו התבטאויות התומכות בהפרטת יהדות המדינה, יחסו כלפי אופייה היהודי של ישראל במובן הדתי הוא כאל אתגר לקו הליברל-דמוקרטי החזק והברור.<sup>9</sup> אפשר ללמוד זאת בין היתר משיח הזכויות הליברלי העומד במרכזה של הפסיקה הישראלית, שיח שמחויב לעטוף כל ויתור לטובת ערך דתי כזה או אחר בגלימה של "התחשבות ברגשות דתיים" או במונח אחר – ליברלי וחילוני במהותו.<sup>10</sup> מעבר לרטוריקה הליברלית גם השורה התחתונה שבפסיקת בית המשפט משקפת לא פעם שאיפה לתת הגנה מרבית לחופש מדת תוך צמצום מתחם ההשפעה של ההלכה הדתית במדינת ישראל.<sup>11</sup> אפשר להציע לכך הסברים שונים. ההסבר הטבעי הוא ההסבר הפרסונלי, המייחס חשיבות לעמדותיהם האישיות של השופטים.<sup>12</sup> הסבר אחר נעוץ

- 8 ידידיה צ' שטרן "עליי קללתך בני": בית המשפט העליון ואתגר הזהויות הישראליות" משפט וממשל יב 13, 23 (2009) (להלן: שטרן "עליי קללתך בני").
- 9 לטענה שבית המשפט העליון הוא נשא חברתי פוליטי מרכזי של הגישה הליברלית ראו גד ברזילי "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית" עיוני משפט כו 587, 594, 609, ה"ש 18, 63 (2003). יש לשים לב כי מדובר בגישה מקובלת למדי כלפי בית המשפט העליון, כך גד ברזילי מפנה במאמרו לכתובה של חוקרים ישראלים בולטים, כדוגמת מנחם מאוטנר, רות גביון ודפנה ברק-ארז.
- 10 להדגמת הגישה ראו עניין דיזיין, לעיל ה"ש 5, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין סולודקין, לעיל ה"ש 5, פס' 20–23 לפסק דינו של הנשיא ברק. אי-שילוב הערכים היהודיים, במובן הדתי של המונח, בולט בפסיקת בית המשפט מאז פרישתו של המשנה לנשיא מנחם אלון בשנת 1993.
- 11 ראו את התוצאות של פסקי הדין האלה, למשל: בג"ץ 6024/97 שביט נ' חברה קדישא, פ"ד נג(3) 600 (1999); בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485 (1993); עניין רסקין, לעיל ה"ש 4; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).
- 12 ראו למשל רחל גורדין "שבת בבוקר יום יפה" מאבקן של נשים בקהילה האורתודוקסית לשותפות בבית הכנסת ובריטואלים הדתיים" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 143, 171 (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007). טיעון זה מוקשה כמובן ביחס לאלה מבין שופטי בית המשפט העליון אשר חובשים לראשם כיפה (כיום מכהנים בבית המשפט שלושה שופטים דתיים: אליקים רובינשטיין, ניל הנדל ונועם סולברג). אפשר להתנגד לטיעון ההתכחשות הגורפת של בית המשפט העליון לערכים היהודיים כפשוטם בעשור וחצי האחרון ולהביא כדוגמה את דעת המיעוט של השופט לוי בעניין יקותיאל (בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010)), שבה ייחס השופט ערך עצמאי לערך לימוד התורה וגזר מכך את קיומו של שוני רלוונטי בין אברכי הכוללים לשאר קבוצות הלומדים. אולם דומה כי מעצם בדידותו של השופט לוי מול ששת שופטי הרוב אפשר ללמוד על הגישה הכללית של בית המשפט העליון כלפי הנושא ביתר שאת בעת האחרונה.

בהיעדר אפשרות לקיים שיח משפטי שמושגת בו-זמנית על שני מקורות סמכות יסודיים שונים. כך או כך, בסופו של יום בית המשפט העליון כמוסד נמצא כיום לא הרחק מהקצה הליברלי של הספקטרום שהצגנו.

בקצהו השני של הספקטרום עומד לו הציבור החרדי, אשר הולך ומתעצם בעשורים האחרונים הן מבחינה מספרית והן מבחינת כוחו הפוליטי. גישתו של הציבור החרדי כלפי שאלת האיזון הראוי בין ערכי הדת שבמרכזם האלוקים לבין הערכים הליברליים האנתרופוצנטריים משקפת את ההפך הגמור מגישתו של בית המשפט העליון: חרדים פועלים בעקיבות ובצורה בלתי מתפשרת דווקא ליישמו של החוק האלוקי. בדומה לנאמר על פסיקת בית המשפט, גם בפסיקת הרבנים החרדיים לא נמצא תערוכת של ערכים ליברליים עם ערכים יהודיים, רק שכאן האלמנט הנעדר הוא האלמנט הליברלי, ואילו כל התייחסות למוסדות הדמוקרטיה והערכים שהיא מייצגת תהיה אינסטרומנטלית לחלוטין ועטופה בנימוקים דתיים משכנעים.<sup>13</sup>

יחסי הגומלין בין שני שחקנים אלה מורכבים הם: מצד אחד גורלם של בני המגזר החרדי עשוי להיות נתון להכרעה שיפוטית כזו או אחרת, ומן הצד האחר ביכולתם של נציגיו הפוליטיים של אותו המגזר להשפיע על המסגרת המשפטית שבה בית המשפט העליון פועל. תלות הדדית זו הייתה נותרת בבחינת נתון תאורטי מעניין לולא התפתחויות דרמטיות בשני צדי המתרחש שחלו בעשורים האחרונים: מחד גיסא המהפכה החוקתית העניקה כוח רב לבית המשפט בהיותו אמוץ על אכיפת ערכים חוקתיים עמומים

13 לעניין היחס העקרוני כלפי דמוקרטיה כמערכת ערכים מתחרה ליהדות אמר מנהיג הציבור החרדי, גדול הדור האחרון שנפטר בשנת 2001, הרב אלעזר מנחם מן שך: "אנו תפלה להרכונו של עולם, אנא פטור אותנו מקללת הדמוקרטיה החדשה שנשלחה לעולם, שהיא ממש כמו מחלת הסרטן שנשלחה לעולם. כי רק התורה הקדושה היא הדמוקרטיה האמיתית", ואילו באשר לחובה לעשות שימוש במוסדות הדמוקרטיים לטובת קידום מטרות הדת אמר: "על דבר חובת ההשתתפות בבחירות, בימים אלו המצווה הגדולה ביותר היא שיש ללכת לקלפי ולהצביע". ראו אבישי בן חיים איש ההשקפה: האידיאולוגיה החרדית על פי הרב שך 111–113 (2004). להצגת הקושי בניסיון ליישב בין הערכים הליברליים לערכי היהדות מנקודת מבט חרדית ראו יעקובוביץ "שתי אידיאולוגיות", לעיל ה"ש 4; לגרסאות החריפות של הטענה ראו א' גיטלין יהדות התורה והמדינה (התשי"ט), [www.daat.ac.il/daat/history/tnuot/yahadut-2.htm](http://www.daat.ac.il/daat/history/tnuot/yahadut-2.htm); יואל טייטלבוים "מאמר שלוש שבועות" ויואל משה כט (1960), [www.daat.ac.il/daat/vl/tohen.asp?id=348](http://www.daat.ac.il/daat/vl/tohen.asp?id=348). לטענה מציאותית יותר, שלפיה עליית כוחם הפוליטי של החרדים והפיכתם לחלק מהנהגת המדינה הציבו בפני הגישה האינסטרומנטלית כלפי המדינה אתגר ואף ריככו אותה בקרב חוגים חרדיים מסוימים, ראו אביעזר רביצקי הקץ המגולה ומדינת היהודים פרק רביעי: גלות ישראל בארץ הקודש: הדילמה של היהדות החרדית 245–248 (2001). השוו מקורות אלה ליחס הרבנים המזוהים עם זרם הצינונות הדתית כלפי דמוקרטיה המוצג במחקרו של יאיר שלג, ראו יאיר שלג אחרי רבים – להטות? עמדות רבנים בישראל כלפי הדמוקרטיה (2006).

והגבירה את מעורבותו בנושאים ציבוריים מרכזיים.<sup>14</sup> מאידך גיסא גידול דמוגרפי רב של החברה החרדית העלה את הדילמות הנוגעות ליחסי החרדים עם החברה הישראלית הכללית על סדר היום הציבורי. כמו כן השימוש המושכל שמנהיגים חרדים עשו בגידול דמוגרפי זה העצים דרמטית את כוחה הפוליטי של החברה החרדית והחריף עוד יותר את המחלוקת הנוגעות אליה.<sup>15</sup>

שתי מגמות אלה יצרו בקרב מתנגדי דרך החיים שהחרדים מטיפים לה, ובהם תנועות פוליטיות, מלכ"רים העוסקים בעשייה חברתית ופוליטיקאים בודדים, שתי תובנות מרכזיות בשתי רמות שונות: התובנה האחת נובעת ממגמת ההתעצמות של הציבור החרדי והיא תובנה ברמה האסטרטגית. לפי תובנה זו אין להגביל את המאבק שמטרתו הגנה על אורח החיים החילוני בישראל לטריטוריה החילונית, אלא יש לצאת למתקפת נגד בשטחו של היריב, דהיינו להתערב בנעשה בתוך המגזר החרדי פנימה כדי לחולל בו שינוי ליברלי עמוק ככל האפשר – שינוי שיבטיח כי המשך גידולם הדמוגרפי והתעצמותם הפוליטית של החרדים לא יפגעו באופייה החילוני של המדינה.<sup>16</sup> באשר

14 לדיון בהשפעת המהפכה החוקתית על מידת מעורבותו של בית המשפט העליון בהכרעה בסוגיות לאומיות שנויות במחלוקת ועל התגברות הביקורת הציבורית על נטילת צד מסוים בסוגיות אלה ראו דפנה ברק-ארו "משפט ואחדות חברתית בישראל" מחקרי משפט כו 259, 275 (2010) (להלן: ברק-ארו "משפט ואחדות").

15 לדיון בגידול כוחו של הציבור החרדי בשני העשורים האחרונים ראו יעקב לופו מפנה בחברה החרדית – הכשרה מקצועית ולימודים אקדמיים 49 (2003) (להלן: לופו הכשרה מקצועית); משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" משפט וממשל יא 367, 392–393 (2008) (להלן: כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת"); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 79 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2006).

16 למשל, כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת", לעיל ה"ש 15. כהן-אליה מציג (שם, בעמ' 394) את עמדתם של מבקשי השינוי הליברלי בתוך המגזר החרדי כך: "האפשרות שהלא-סובלני ישנה את דרכיו וייהפך לסובלני אכן קיימת". בהמשך (שם, בעמ' 398) המחבר אף מציג את הקשר בין התחזקות המגזר החרדי לבין הצורך בהתערבות באוטונומיה (החינוכית) שלו: "כפי שעולה מהנתונים [...] על הגידול הדרמטי במספר התלמידים בבתי-הספר החרדיים, אי-התערבות עלולה להעצים עוד יותר את מצב-הדברים הבעייתי שכבר קיים", כשכוונת הדברים לחינוך הלא-דמוקרטי במסודות החינוך החרדי. ראו גם תמי הראל בן שחר "אוטונומיה חינוכית, תכנית-הליבה ומימון ציבורי של החינוך – על חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח–2008" משפט וממשל יב 281, 319 (2009). המחברת אומרת את הדברים האלה: "בניסיון להכריע אם מספר התלמידים שלא יקבלו חינוך לערכים ליברליים הוא כזה היוצר איום על טובת הציבור, יש לייחס משקל לעובדה שהחברה החרדית דוגלת אומנם בהתבדלות חברתית ותרבותית מהחברה בישראל, אבל היא אינה מתבדלת מבחינה פוליטית כלל וכלל. החברה החרדית מעורבת בפוליטיקה הישראלית, עושה שימוש במנגנונים הדמוקרטיים על-מנת לקדם את ענייניה ותפיסת-עולמה, וחשוב מכך – מעוניינת להחיל את תפיסת-עולמה על הספרה הציבורית בישראל". דברי שני המחברים מעידים בפירוש שההחלטה לעסוק בנושא החינוך החרדי, שהוא דוגמה מובהקת ואולי החשובה ביותר לאוטונומיה הקהילתית

ליעדים הקונקרטיים שהוצבו על ידי שוחרי השינוי הליברלי, מקום מיוחד שמור לשאיפה להשפיע על החינוך החרדי, אשר מהווה בסיס להמשכיותו ולהתפתחותו של הציבור הלא-ליברלי בישראל. בפרט עסקינן ברצון להנחיל ערכים דמוקרטיים בתוך מוסדות החינוך החרדי ולשלב בחינוך את לימודי החול שיקנו לתלמידים כלים לעזוב את חברת הלומדים לטובת החברה הכללית היצרנית. לצדו של יעד זה עומדת מטרת שילוב החרדים בחברה הכללית תוך יצירת שוויון בנטל הביטחוני והכלכלי. אכן, לציבור הכללי קיים אינטרס שאינו אידאולוגי בשילוב החרדים בחברה (ובפרט אינטרס כלכלי מובהק). עם זאת מובן כי השגת יעד זה, אשר כרוכה בפירוק חברת לומדי התורה, תשרת היטב את המטרות האידאולוגיות של מניעת "התחרדות" המדינה במובן הערכי. מכאן שגם הרצון לשילובם המסיבי של החרדים בישראליות המודרנית באמצעות ביטול הסדרי דחיית הגיוס לצה"ל וצמצום התמיכה הכלכלית הוא חלק מן הבחירה האסטרטגית של הפעילים הליברליים להעביר את זירת הלחימה לתוך האוטונומיה<sup>17</sup> החרדית.<sup>18</sup>

התובנה השנייה – תובנה טקטית, אשר נובעת משתי מגמות גם יחד – מתייחסת לבחירת הדרך שבה יושג השינוי הליברלי. דרך הפעולה הטבעית לכאורה – היא דרך המאבק הפוליטי והציבורי – נראתה רצופת קשיים בשל מגמת העלייה בכוחן של המפלגות החרדיות בשילוב עם אדישות הציבור הכללי, אשר במקרים רבים אינו מזהה קשר ישיר בין המתרחש בתוך החברה החרדית לבינו. לעומת זאת מגמת ההתעצמות של בית המשפט העליון בעקבות המהפכה החוקתית, שבמהלכה לא רק עוגנו הערכים הליברליים אלא אף הופקד כוח אכיפתם בידי המוסד השיפוטי הליברלי, הפכה את

של החרדים, נובעת במידה רבה מחשש להשפעה הלא-ליברלית של החברה החרדית המתחזקת על החברה הישראלית בכללותה. מעניין כי הטיעון תקף ככל הנראה גם בכיוון ההפוך, דהיינו החרדים תופסים את מאבקם על הצביון היהודי של המרחב הציבורי במדינה כחלק מניסיונם למנוע את העברת קו החזית אל בתי החרדים (ראו בן חיים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 147). אפשר לומר אפוא כי למאבק שיתואר ברשימה זו אופי פרדוקסלי משהו: כל צד פולש לטריטוריה של האחר רק – או בעיקר – כדי למנוע הימנו לחדור אליו.

17 בכל הרשימה הכוונה בלשון "האוטונומיה החרדית" הינה לאוטונומיה של הציבור החרדי ביחס לחברה הישראלית הכללית, דהיינו לעצמאותו הדתית והאידאולוגית של הציבור החרדי מפני המדינה החילונית ובפרט לעצמאות החינוך החרדי ולאפשרות לקיים את חברת הלומדים.

18 אין זה סותר כמובן את העובדה שהפן הפרגמטי והלא-אידאולוגי של השאיפה לשלב את החרדים בחברה הכללית, ובפרט בצבא, הניע מאבקים עוד בטרם המהפכה החוקתית בשילוב עם התעצמותו הבולטת של הציבור החרדי. ראו בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד(1) 238 (1970); בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד לו(1) 81 (1981); ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד לו(1) 708 (1982); בג"ץ 179/82 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד לו(4) 421 (1982); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

טקטיקת הליטיגציה לדרך הפעולה המועדפת.<sup>19</sup> בעקבות זאת אנו רואים כיצד בעשור וחצי האחרון ארגונים חברתיים ותנועות פוליטיות מרכזים את פעילותם להשגת השינוי הליברלי בתוך החברה החרדית בעשייה המשפטית, ולכן מוגשות לבג"ץ חדשים לבקרים עתירות כבדות משקל המתייחסות למרקם החיים החרדי, ובהן סדרת עתירות לאכיפת החובה ללמד את תכנית הליכה במוסדות החינוך החרדי ועתירות העוסקות בגיוסם של בחורי הישיבות ובקצבאות לאברכים.<sup>20</sup> התרחשויות אלה הפגישו פנים מול פנים את בית המשפט העליון, המייצג כאמור קו ליברלי, עם המגזר החרדי האנטי-ליברלי.<sup>21</sup> והציבו את השופטים בפני דילמות קשות הנוגעות לתפיסתה העצמית של מערכת המשפט.<sup>22</sup> ברשימה זו אנסה להעריך אם בחירתם הטקטית (דהיינו התוכנה השנייה) של השואפים לשינוי להפנות את מרב מאמציהם לעשייה משפטית היא בחירה מושכלת, או במילים אחרות: אם בית המשפט הוא הגוף המתאים, מנקודת המבט של שיקולי יעילות,<sup>23</sup> לחולל שינוי ליברלי בתחומי האוטונומיה החרדית. יש לציין בהקשר זה כי המסקנה שאגיע אליה תהיה רלוונטית לא רק לעותרים הפוטנציאליים אלא גם, ואולי בעיקר, לבית המשפט עצמו (וזאת לאחר שהעתירות בסוגיות הנדונות במאמר יוגשו אליו בכל זאת). הדיון בשאלה זו יפוצל לשתיים: ראשית אשאל אם לבית המשפט בישראל עומדת יכולת לחולל שינוי ליברלי במגזר החרדי, ולו ברמה של הנעת תהליך שבסופו

19 זאב דרווי בין אמונה לצבא, גרוד הנח"ל החרדי – סיכונים וסיכויים 20 (2005). המחבר היטיב לתאר את הבחירה בטקטיקת ההתדיינות המשפטית כך: "תקווה אחת בלבד נותרה בידי הנאבקים לגייס החרדים לצבא ולשוויון בפני החוק והיא המערכת המשפטית".

20 כל אלה יידונו בפירוט בהמשך הרשימה.

21 להסבר דומה אך שונה להתנגשות בין משפט המדינה לבין המגזר החרדי ראו ברזילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 608.

22 אמנם התנגשות בין ערכי היהדות לערכים דמוקרטיים איננה תופעה חדשה במקומותינו. כך למשל דיון בשאלה מיהו יהודי (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970); בג"ץ 18/72 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כו(1) 334 (1972)) או נושא הצביון היהודי של מדינה (למשל עניין רסקין, לעיל ה"ש 4, שפסק דין בו ניתן בשנת 1990, וכן בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988)) עוררו מחלוקות עזות עוד לפני המהפכה החוקתית. אולם הדיון בשאלה אם וכיצד מערכת המשפט צריכה להתערב בנעשה בתוך האוטונומיה החברתית והדתית של המגזר החרדי התעורר בעיקרו רק לאחר התחוללות השינויים שתוארו לעיל (להבחנה בין העניינים בעלי השפעה הגובלים בכפייה דתית לבין העניינים שבאוטונומיה הקהילתית החרדית ראו ברזילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 622–623).

23 כפי שיובהר להלן בתחילת פרק 1, הרשימה איננה מתעלמת מהשיקולים הנוספים הנוגעים להצדקת ההתערבות השיפוטית בסוגיה (שיקולים חברתיים ומוסדיים), אלא מניחה את מצב העולם הנוח פחות מבחינת התזה שהרשימה מקדמת – הנחת הדיון היא שאכן קיימת הצדקה להתערבות הן מבחינה חברתית (דהיינו ראוי לשנות את החברה החרדית) והן מבחינה מוסדית (בית המשפט הוא המוסד הראוי לחולל שינוי בחברה החרדית), אולם כפי שנראה בהמשך, שיקולים תוצאתניים הופכים הצדקה זו ללא רלוונטית.



צפוי להתרחש שינוי שכזה; שנית, ככל שאין תשובה חותכת לשאלה הראשונה אבחן אם תוחלת ההצלחה של בית המשפט במשימה זו אינה נופלת מתוחלת הנזק החברתי שעלול להיגרם מהניסיון להגיע לשינוי במסלול המשפטי. חשוב להדגיש כי בניסיון להשיב על השאלה השנייה לא אעסוק בדיון מוסרי-ערכי על שאלת השינוי הליברלי בחברות לא-ליברליות,<sup>24</sup> אלא אציג שיקולי יעילות גרידא אשר יהיו מקובלים, כך אני מקווה, גם על המאמינים כי שינוי ליברלי בתוך החברה החרדית הוא לא רק ראוי אלא אף חיוני.

מהלך הדיון ברשימה הוא כדלקמן: כרקע כללי לדיון אציג בפרק א את המגזר החרדי החי בישראל, על מאפייניו הייחודיים, ואעמוד על תפישותיו באשר לסוגיות השנויות במחלוקת אידאולוגית בין החרדים לבין מחזיקי העמדות הליברליות תוך הדגשת נחישותו של הציבור החרדי שלא לאפשר חדירת הערכים החיצוניים אל החברה החרדית. לאחר מכן, בפרק ב, אטען כי אין להסיק מאי-הנכונות להסכים להנחלת ערכים של ליברליזם מודרני בקרב הציבור החרדי כי שינויים המקרבים את החרדים אל החברה הישראלית הכללית אינם אפשריים. כדי לבסס טענה זו אדון בשתי מגמות שינוי חשובות שמהן עולה כי השינויים אכן אפשריים, אולם יודגש כי אלה הם שינויים הנובעים מן הצרכים הפנימיים של הציבור החרדי, ואילו חלקם של השחקנים הלא-חרדים באותם שינויים מסתכם בסיוע ואיננו עולה כלל כדי הפעלת לחץ. עם תובנה זו באמתחתי אמשך לאחת משתי השאלות המרכזיות של המחקר והיא שאלת יכולתו של בית המשפט להניע את השינוי המיוחל. במסגרת זו אדון בפרק ג תחילה בסוגיה הפשוטה יחסית הנוגעת ליכולתו של בית המשפט לחולל שינוי ערכי באמצעות הטלת חיוב על המדינה להפעיל את כוחה הכופה, דהיינו הכוח לכפות על החרדים התנהגויות מסוימות מתוך ההנחה שהדבר יוביל בחלוף הזמן גם לשינויים תפיסתיים. בהקשר זה טענת המחקר, כפי שאשאף לבססה על יסוד דוגמאות בולטות, תהיה חד-משמעית, ולפיה ניסיונות כפייה מצד בית המשפט נועדו לכישלון מאחר שאף לשלב הראשון של המהלך – כפייה על החרדים לנהוג בצורה מסוימת – אין סיכוי סביר להצליח.

לאחר מכן אעבור לטענה מורכבת יותר, ולפיה יכולתו של בית המשפט להניע את השינוי הליברלי תלויה בעיקר בתמיכתם האקטיבית של השחקנים החיצוניים למערכת המשפט, ובהם הפוליטיקאים המכהנים ברשות המחוקקת וברשות המבצעת וכן הציבור בכללותו. לשם ביסוס טענה זו אעזור בפרק ד בתזה של חוקר אמריקאי, ג'רלד רוזנברג (Rosenberg), המתייחסת לתנאים המגבילים את יכולתו של בית המשפט להביא לשינוי חברתי ניכר. באמצעות יישום התזה במצב בישראל תוצג מסקנה האומרת כי לפי שעה, ויש להניח שגם בעתיד הנראה לעין, התנאים השוררים בישראל הופכים את הסיכוי שבית המשפט יצליח להניע תהליך שבסופו שינוי ליברלי בחברה החרדית או לתרום חלק נכבד

24 לטיעון משכנע נגד כפייה של ערכים ליברליים על מיעוטים לא ליברליים ראו ברזילי, לעיל ה"ש 9. לטענות מנוגדות ראו הראל בן שחר, לעיל ה"ש 16, שמגדירה את ההשפעה של החינוך הלא-ליברלי כ"מזיקה" (בעמ' 283), וכן כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת", לעיל ה"ש 15.

לתהליך הוא נמוך מאוד, וזאת הודות לכוחם הפוליטי של החרדים המאפשר להם לסכל כל יזמה שנועדה לפגוע באורח חייהם. בפרק ה' אשאף לבסס טענה כללית יותר, ולפיה בשל מאפייניו הייחודיים של המגזר החרדי בית המשפט העליון נטול יכולת להניע שינוי חברתי במגזר זה ללא קשר למאזן הכוחות הפוליטי.<sup>25</sup>

בפרק ו' אנסה להסיק מן הטענה העובדתית המתייחסת להווה ומן ההערכה המתייחסת לעתיד מסקנה נורמטיבית, שלפיה טקטיקת התדיינות בבית המשפט איננה ראויה ואף פוגענית בראש ובראשונה מנקודת מבטם של הליברלים עצמם. זאת על סמך שקילתן של העלויות כבודות המשקל שבהן כרוכה ההחלטה של העותרים הליברליים, המגובה על ידי בית המשפט, לראות בזירה המשפטית מתאימה להנעת השינוי בקרב הציבור החרדי, אל מול התוחלת הנמוכה במיוחד להצלחה של הנעת תהליך השינוי בצירוף עלויות ההימנעות של בית המשפט מהתערבות בנושאים הנדונים במאמר. מכך אסיק כי טוב יעשה בית המשפט אם יאמץ מדיניות של הימנעות מהתערבות בסוגיות הנתפסות בעיני הציבור החרדי כבעלות פוטנציאל להניע בו שינוי חברתי, ובעיקר בנושא החינוך החרדי ובנושא קיומה של חברת הלומדים. לשם חיזוק טענה זו אטען כי המדיניות המוצעת, שמשמעותה אי-שפיטות (מוצהרת או דה פקטו) של הסוגיות כדלעיל, איננה בבחינת חידוש רבתי בשיטתנו ואף עשויה לעלות בקנה אחד עם הקו שנוקט בית המשפט העליון כיום באשר לנושאים פוליטיים אחרים. בפרק ז' אסכם ואילו בפרק ח' אוסיף התייחסויות אחדות לפסק דין חדש שהתפרסם לאחר השלמת כתיבת הרשימה, אשר נוגע במישרין לנושא הנדון.

## א. המגזר החרדי בישראל

### 1. על היווצרות הזרם החרדי

בפרק זה אתאר בקצרה את המגזר החרדי כפי שהתפתח בקרוב למאתיים השנים האחרונות, אעמוד על מאפייניו המרכזיים ואתייחס לתפיסות העולם המנחות אותו. לכל אלה נודעת השפעה מכרעת על התשובה שתינתן לשאלת המחקר על יכולתו של בית המשפט לגרום לשינוי ליברלי בתוך הקהילה החרדית.

25 יושם אל לב כי אמנם פרק ה' כביכול כולל בתוכו את הדיון שבפרק ד', שכן אם בכל מקרה בית המשפט אינו יכול להניע שינוי בהקשר הנדון, לכאורה לא משנה כלל אם בית המשפט זוכה לשיתוף פעולה במצב הפוליטי העכשווי. אף על פי כן הדיון בפרק ד' הוא עיקר הדיון ברשימה (ומכך נובע גם היקפו), מכיוון שפרק ד' מתייחס למצב שבמציאות – המצב הקיים והצפוי בעתיד – אשר מטבעו צריך להוות את עיקר הביסוס של טענה אמפירית. לעומת זאת פרק ה' מתייחס למצב היפותטי גרידא, וככזה מהווה אך השלמה לדיון שבפרק ד', קרי מעין כיסוי הרמטי לטיעון העיקרי.

זרם היהדות החרדית החל להיווצר בשלהי המאה השמונה-עשרה כתגובת נגד לתנועת ההשכלה שקמה בשל הענקת שוויון הזכויות ליהודים בחלק ממדינות מערב אירופה וניסיונות כפיית המודרנה על המיעוט היהודי במזרחה. הקהילה החרדית הלכה והתרחבה ככל שהתגברו תנועות שקידשו תהליכי מודרניזציה וחילון, כדוגמת ציונות וסוציאליזם, אשר שבו את לבם של הצעירים היהודים.<sup>26</sup> כנגד מגמות אלה המנהיגות הרבנית הציבה לעצמה כיעד למנוע ככל האפשר את היחשפות הקהילה היהודית המסורתית לעולם המתחדש, ולשם כך יצרה מסגרת שמרנית ונוקשה. אגב כך הוקם עולם הישיבות באירופה המקדש את ערכי לימוד התורה, ההחמרה בסוגיות הלכתיות וההתבדלות מן העולם החיצון.<sup>27</sup>

## 2. חרדים בישראל

ישראל היא ביתה הטבעי של היהדות החרדית. כיום כ-8% מן היהודים הבוגרים החיים בישראל משייכים את עצמם למגזר החרדי,<sup>28</sup> מה שמייצר את הקהילה החרדית הגדולה בעולם. לפי המחקר שנערך באוניברסיטת מנצ'סטר, נתון זה צפוי לגדול לרמה של 17% עד שנת 2020, ואילו ברמה העולמית חרדים צפויים להפוך לרוב מבין היהודים עד שנת 2050.<sup>29</sup>

בדומה למצב בימי היווצרותו של הזרם החרדי באירופה, החברה החרדית הישראלית דהיום מתאפיינת באדיקות דתית, שמתבטאת למשל בהקפדה על נושאי צניעות והפרדה מגדרית או בדרישה לכשרויות מיוחדות.<sup>30</sup> גם מאפיין ההתבדלות מן העולם החילוני נשמר בקפדנות רבה בימינו ברוב תחומי החיים של המגזר החרדי, כגון תחום המגורים, פנאי ותרבות.<sup>31</sup> בין היתר ההתבדלות מתבטאת בהימנעות מגיוס לצבא ומשירות לאומי, וכן אפשר למצוא ביטוי לכך באי-ההשתלבות של רוב הגברים החרדיים בשוק התעסוקה.<sup>32</sup> נתון נוסף שיש לתת עליו את הדעת הוא מצבם הכלכלי הירוד של חלק גדול

26 מנחם פרידמן החברה החרדית – מקורות, מגמות ותהליכים 1–2 (1991).

27 שם, בעמ' 10–13.

28 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לקט נתונים מתוך סקר 2009: "דתיות בישראל – מאפיינים של קבוצות שונות" (2010) [www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hodaa=](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=) 201019101. עם זאת יש לשים לב כי הגדרה עצמית כחרדי איננה בהכרח משקפת את המצב בפועל אשר תלוי באורח חיים ובאמונה דתית, דבר המערים קשיי זיהוי והערכה דמוגרפית סטטיסטית.

29 Press Release, University of Manchester, Majority of Jews will be Ultra-Orthodox by 2050 (Dec. 27, 2010).

30 ברזילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 607–608.

31 שם, בעמ' 600.

32 לפי משרד ראש הממשלה דין וחשבון הוועדה הבין-משרדית לעידוד התעסוקה וקידום השירות הצבאי והאזרחי במגזר החרדי 10–11 (2010) (להלן: דוח ועדת גבאי 2), רמת התעסוקה בקרב

מבני המגזר החרדי, הן בגלל השקעת מרבית הזמן בלימוד תורה והן בגלל שיעור ילודה גבוה במיוחד.<sup>33</sup> באשר לסוגיה השנויה במחלוקת הנוגעת להשתתפות החרדים בנטל הביטחוני, בניגוד למה שמקובל לחשוב, שיעור החרדים ששירתו בצה"ל בקבוצת הגילאים 30–64 הוא כ-45%, ועם זאת בקבוצות גיל צעירות יותר שיעור המשרתים נמוך בהרבה.<sup>34</sup>

### 3. תפיסת העולם החרדית

כדי להניח תשתית לדיון בתגובת החברה החרדית לניסיונות הפלישה אל תוך האוטונומיה הקהילתית שלה, אציג בקצרה את תפיסות היסוד המקובלות בחברה זו הנוגעות לסוגיות השנויות במחלוקת בין החרדים לבין מבקשי השינוי הליברלי. בטרם אפתח בהצגת הדברים יש לציין כי אמנם תפיסות העולם המנחות את הציבור החרדי כיום עברו טרנספורמציה מסוימת עם היווצרות הזרם החרדי עצמו, אולם היסוד ההלכתי המונח בבסיסן של תפיסות אלה קיים זה מאות רבות של שנים ואינו בגדר המצאת הרבנים החרדיים מהעת המודרנית. למשל, עניין של סמכות הרבנים<sup>35</sup> או דיני הצניעות המחייבים הפרדה בין מינים,<sup>36</sup> שלעתים רואים באלה משום חידוש חרדי, לא נוצרו – ואף לא עברו שינוי יוצא דופן – על ידי החת"ם סופר או מי מממשיכי דרכו. גם באשר לאיזון שבין הזמן המוקדש ללימוד התורה לבין הדאגה לצורכי הפרנסה אי אפשר להצביע על שינוי הלכתי ביחס לעבר. אמנם בפרקטיקה אנו עדים היום לשיעור לומדי התורה כעיסוק עיקרי גבוה בהרבה מזה שבדורות הקודמים, אולם לא בהכרח יש בכך כדי להצביע על שינוי ערכי. לימוד התורה תמיד נתפס ביהדות כאמצעי מרכזי לעבודת הבורא וממילא יוחס לו ערך עליון.<sup>37</sup> עם זאת המצב הכלכלי הקשה שבו חיו יהודי

גברים חרדים היא 40%, כשיעור התעסוקה עולה באופן פרופורציונלי לגילאי האברכים, ואילו שיעורן של נשים חרדיות מועסקות הוא 57%. כפי שיובהר בהמשך, עקרון ההתבדלות אינו סיבה מרכזית לבחירתם של החרדים שלא לעבוד, אלא שזהו שיקול נוסף לצד ערך לימוד התורה המקודש. ראו שם, בעמ' 10.

34 אסף מלחי התנדבות ושירות צבאי במגזר החרדי 11 (מינהל מחקר וכלכלה במשרד התמ"ת, 2009). בקבוצת הגילאים 20–29 רק 11.2% מהגברים החרדים שירתו בצה"ל. הפער, לדעת מלחי, נובע הן מתהליכי ההתחרדות והן מהסתייגות הולכת וגדלה מהשירות הצבאי בקרב הפלגים השונים בציבור החרדי.

35 ראו ספרי, דברים יז 11, פס' קנד. לפי מקור מרכזי זה, חובת הציות לדברי החכמים היא בלתי מסויגת אף כשפסקיהם סותרים לכאורה את ההיגיון האנושי. לדיון במשמעות של "אמונת החכמים" בחברה החרדית ראו להלן ה"ש 354–356 והטקסט הצמוד להן.

36 ראו אלון הראל ואהרון שנוך "הפרדה בין מינים בתחבורה ציבורית" עלי משפט ג 71 (2003).

37 משנה, אבות א, ב; רבי משה חיים לוצאטו דרך ה' חלק רביעי, פרק ב – בתלמוד תורה. עוד בתורה נאמר: "והיו הדברים האלה אשר אנכי מצוך היום-על-לבבך ושנתם לבניך, ודברת בם בשבתך

התפוצות במשך רוב הדורות אפשר להקדיש את החיים ללימוד התורה לבודדים בלבד. בניגוד לכך, המצב הכלכלי בישראל המודרנית אכן מאפשר זאת, ויש להניח כי מכאן נובע השינוי המעשי.<sup>38</sup>

נראה כי התפיסה המשותפת לבני הקהילה החרדית באשר למטרת-העל של הקיום האנושי, שהיא קידוש שם שמים באמצעות שמירת מצוות התורה,<sup>39</sup> אמנם יוצרת גבולות תרבותיים ברורים המבחינים בין יהודים מאמינים לאלה שאינם, אך אינה מספיקה כדי לאפיין את המגזר החרדי. אלא שלשם השלמת התמונה דרוש להזכיר את המשקל הגבוה במיוחד הניתן בציבור החרדי לשמירת המצוות האישיות (להבדיל מעיסוק בפעולות גשמיות לטובת כלל עם ישראל, כפי שמקובל בציבור הדתי-לאומי, למשל), ובמרכזן כאמור מצוות תלמוד התורה. אין הדבר נובע מעמדה אגואיסטית או אינטרסנטית כלשהי אלא מן התפיסה העצמית של אנשי המגזר הרואים בקהילה החרדית את השריד היחיד של היהדות המקורית, או בלשונם של ההוגים החרדיים – את מי שמעביר את "הגחלת היהודית" מימי משה רבנו ועד לביאת המשיח, אשר ללא "גחלת" זו אין טעם, לפי התפיסה החרדית, לקיומו של העם היהודי כלל.<sup>40</sup> ממשימה זו נגזרים למעשה הרבה מהמאפיינים של החברה החרדית. למשל, אדיקות והחמרה הלכתית מתחייבות לצורך קיום והעברת המסורת. גם ערך ההתבדלות מהחברה החילונית, על השפעותיה המגוונות, נראה נחוץ כדי לשמר את יכולת קיום מצוות וחינוך למצוות ברמה רוחנית ראויה. דוגמה אחרת היא קידוש חברת הלומדים: "בני תורה", דהיינו חרדים שמקדישים את כל זמנם ומרצם ללימוד התורה, מהווים את חוד החנית של הציבור בהיותם "ממוקצים" טוב מכולם בשימור, פיתוח והעברה של המסורת היהודית בצורתה האוטנטית.

מאפיין חשוב נוסף של הציבור החרדי הוא הכפיפות הבלתי מסויגת כמעט לרבנים המכונים "גדולי הדור" או "גדולי ישראל". אמנם בהיבט ההלכתי זרמיה הרבים והמגוונים של היהדות החרדית מתנהלים על פי פסיקות הרבנים הקהילתיים, אולם

בביתך ובלכתך בדרך, ובשכבך ובקומך" (דברים ו 6–7) ובספר יהושע "לא ימוש ספר התורה הזה מפין והגית בו יומם ולילה" (יהושע א 8).

38 לביסוס הטענה שלפיה דפוס התעסוקה בישראל נובע מן התנאים שהמדינה מספקת ולא משינוי ערכי כלשהו ראו עמירם גונן בין לימוד תורה לפרנסה, חברת לומדים ומתפרנסים בלונדון 7–9 (2005).

39 ראו לוצאטו, לעיל ה"ש 37, חלק ראשון, פרק ג – במין האנושי.

40 ראו את דברי הרב שך המובאים בספרו של בן חיים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 146–148. תפיסה זו עוצבה בצורתה המודרנית בתקופה שלאחר שואת יהודי אירופה כאשר עולם הישיבות של מזרח אירופה הושמד, ומקצת הניצולים שהגיעו לארץ ישראל ראו בעצמם מיעוט העומד בפני סכנת ההכחדה. גם בפסיקת בית המשפט העליון אפשר למצוא ניצנים של הכרה בכנות עמדה זו של הציבור החרדי – ראו עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 12, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי. השופט טען בדעת המיעוט: "אותם ציוויים שציטטתי מהמקורות הביאו רבים לראות בלימוד התורה את תמצית חייהם ותכליתם, ולכך הם מקדישים את כל עתותיהם במסירות שאינה יודעת גבול, ומתוך אמונה עמוקה שבכך הם מקיימים את העולם".

שאלות ציבוריות הנוגעות לחברה החרדית בכללותה, כדוגמת סוגיית הגיוס לצבא או שילוב לימודי חול בישיבות, נפתרות על ידי חשובי הרבנים, ששייכים בדרך כלל לזרם הליטאי.<sup>41</sup> עם גדולי הדור הבולטים אפשר למנות את החפץ חיים, רבי חיים עוזר גרודזינסקי, החזון אי"ש, רבי יצחק זאב סולובייצ'יק, הרב יעקב ישראל קנייבסקי ('הסטייפלר') והרב אזלער מנחם מן שך. כיום הרב יוסף שלום אלישיב הוא הנושא בתואר "גדול הדור" והוא הסמכות ההלכתית העליונה. לצדו אפשר להזכיר את הרב אהרון יהודה לייב שטיינמן.<sup>42</sup>

יחסם של החרדים כלפי המדינה על זרועותיה הוא אמביוולנטי. ברמה הרעיונית חרדים מתנגדים למדינה המגדירה את עצמה כיהודית ובו בזמן מתכחשת לחובות החלות על היהודים כקבוצה דתית מכוח התורה. אולם דה פקטו חרדים משתפים פעולה עם מוסדות המדינה כדי לקדם את המטרות המקובלות עליהם,<sup>43</sup> ולשם כך קיימת מצדם נכונות לכבד את כללי המשחק.<sup>44</sup> עם זאת ההסכמה לכללי המסגרת הדמוקרטית היא רק עד השלב שבו הכללים מפסיקים לשרת את האינטרס של המשימה האלוקית, דהיינו במצב שבו חוקי המדינה עומדים בסתירה מפורשת למצווה דתית ידה של האחרונה בהכרח על העליונה. למשל, אחד ממנהיגי הציבור החרדי, הרב נויגרשל הנחשב למתון בדעותיו, כתב בספרו: "אם חלילה חוקי המדינה יגרמו לאלץ אדם לעבור על חוקי התורה ודאי יצטרך לרדת למחתרת ובשעת הצורך גם לצאת למאבק גלוי, כפי שנהגו יהודים לאורך כל ההיסטוריה".<sup>45</sup> ברור כי סתירה מסוג זה לא תמיד קלה לזיהוי, והפתרון בכל מקרה קונקרטי שמעורר ספקות ניתן על ידי מנהיגי הציבור.

41 אברהם אורנשטיין אנציקלופדיה לתארי כבוד בישראל כרך ב 711, ערך גדול הדור (2002). יוצאי דופן לעניין זה הם שני רבנים מהזרם החסידי שהוכתרו כגדולי דור: הרב מטשיבין דב בריש ווידנפלד והרב שמואל וואזנר.

42 לסקירת השמות של גדולי הדור במאה השנים האחרונות ראו [http://he.wikipedia.org/wiki/הדור\\_גדול](http://he.wikipedia.org/wiki/הדור_גדול); להיותו של הרב שטיינמן המנהיג השני בחשיבותו אחרי הרב אלישיב בציבור החרדי ראו אהרן\_יהודה\_לייב\_שטיינמן [http://he.wikipedia.org/wiki/לייב\\_שטיינמן](http://he.wikipedia.org/wiki/לייב_שטיינמן).

43 שמואל יעקובוביץ היחס החרדי העקרוני אל המדינה (שנת הפרסום לא ידועה למחבר). מאמר זה הוקרא על ידי המחבר לפני הרב שך וצ"ל, אשר הגיב כך: "זוהי האמת הצרופה; כסולת נקייה!".

44 ראו אריה זיסמן "בתפילה ובזעקה – מול ניסיונות לעקירת התורה" יתד נאמן 12.2.1999, 2. המחבר הטיב לבטא את העמדה החרדית ביחס למשטר הנהוג בישראל: "הדמוקרטיה הפרלמנטרית היא בעינינו 'הרע במיעוט', שמאפשר לנו לשרוד במדינה החילונית, עד ביאת גואל צדק, כאשר בורא העולם יעביר ממשלת זדון מן הארץ".

45 מדרכי נויגרשל למה הם שונים – החרדים והחברה בישראל 34 (2002). לפי הטיעון ההלכתי של הרב נויגרשל, עקרון "דינא דמלכותא דינא" מתייחס רק להסדרים כלכליים וחברתיים שאינם סותרים את חוקי התורה הקונגטיים, ואילו לפי הטיעון הדמוקרטי של הרב, לא ייתכן שמדינה דמוקרטית תאלץ מיעוט דתי לפעול בניגוד לדתו.

עתי נעמוד על אותם פתרונות שנתנו וממשיכים לתת גדולי הרבנים החרדיים לשאלות העולות בעקבות המחלוקות בין הציבור החרדי לבין מצדדי הערכים הליברליים ביחס לעניינים שבאוטונומיה הקהילתית החרדית.<sup>46</sup>

הסוגיה הראשונה שיש לתת עליה את הדעת היא קיומה של חברת הלומדים, אשר כרוך בהימנעותו של חלק גדול מבין החרדים מגיוס לצבא ובהסתמכות רבה על קצבאות המדינה. באשר לנושא הגיוס, כידוע, בלחץ הרבנים שחששו מהיעלמות עולם התורה לאחר שואת יהודי אירופה בן-גוריון אישר את ההסדר הידוע בשם "תורתם אמנותם", ובכך אפשר דחייה בגיוסם של כ-400 אברכים.<sup>47</sup> בשנת 2010 נכללו בהסדר "תורתם אמנותם", שהוא פטור דה פקטו משירות צבאי, כ-57 אלף וחצי בני ישיבות.<sup>48</sup> מנהיגי הקהילה החרדית מעלים כמה טיעונים המצדיקים את ההימנעות מגיוס: ראשית, יחסה של החברה החרדית כלפי התנועה הציונית שהקימה את מדינת ישראל ומשמשת בסיס רעיוני לפעולת הצבא הישראלי הוא כאמור יחס שלילי בשל ההתנגדות להנחות היסוד של הציונים, שלפיהן על העם היהודי להיות ככל העמים ולממש את זכותו להגדרה עצמית ללא קשר לבסיס הדתי המונח ביסודה של שיבת ציון.<sup>49</sup> שנית, גיוס לצבא עלול לפגוע באפשרות של תלמידי הישיבות והכוללים לקיים את הנעלית מבין מצוות התורה – היא מצוות תלמוד התורה. על פי הטיעון, כל פגיעה ברציפות הלימוד תסכל את אפשרות קיומה של מצווה זו במידה המתקבלת על הדעת.<sup>50</sup> שלישית, היות שהשפעת העולם החילוני נתפסת, כמוזכר לעיל, כמזיקה ומסוכנת, הציבור החרדי נוטה שלא להיכנס למסגרת החברתית הכללית בדמות הצבא.<sup>51</sup>

46 בחרתי להציג בתת-פרק זה פתרונות הנוגעים דווקא לשלוש סוגיות אלה ולא לאחרות, מכיוון שעסקינן בסוגיות שהן בבחינת היסודות התפיסתיים של החברה החרדית, שעליהם מושתתת התזה של הרשימה. כפי שנראה להלן, לולא החשיבות העליונה המיוחסת על ידי הציבור החרדי לקיומה של חברת הלומדים ולהמשכיות התורנית המגולמת בחינוך החרדי, וכן לולא היחס של כפירה אפריורית מצד החרדים בסמכותה של ערכאה חילונית, המייצגת אידאולוגיה המנוגדת ליהדות, להגיע להכרעות בעלות תוקף ערכי כלשהו, היה סביר הרבה יותר לראות בבית המשפט מוסד מתאים להנעת השינוי החברתי בחברה החרדית.

47 דרורי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 10.

48 ראו דוח ועדת גבאי 2, לעיל ה"ש 32, בעמ' 16. המספר המדויק הינו 62,567, אולם הדוח מציין כי כ-5,000 איש מתוך מספר זה הם בני ישיבות הסדר שעושים בסופו של דבר שירות כמעט מלא בצה"ל, ורובם ככולם אינם משתייכים למגזר החרדי. לסקירה היסטורית מפורטת על השתלשלות העניינים בסוגיית גיוסם של בני הישיבות ראו נעמי מי-עמי גיוס תלמידי ישיבות לצה"ל וחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (חוק טל) (מחלקת המחקר והמידע של הכנסת, 2007).

49 דרורי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 17.

50 הוועדה לגבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות דו"ח הוועדה פרק א', 18 (2000).

51 דרורי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 19.

בנוגע להסתמכות על קצבאות המדינה יש לומר כי קיומה של חברת הלומדים, הכרוך בהימנעות של גברים הלומדים יום שלם בישיבות ובכוללים מיציאה לשוק העבודה, הפך את הציבור החרדי לתלוי במידה רבה בתמיכה כלכלית מצד המדינה. לפי הגישה המקובלת בקרב הציבור החרדי, תרומתם של לומדי תורה לחברה הישראלית הכללית לכל הפחות אינה נופלת מתרומת האזרחים העובדים לפרנסתם, והיא גלומה בקיום קפדני של מצוות התורה, ובייחוד בקיום המצווה של תלמוד תורה. היות שלפי גישת היהדות העולם הגשמי מתקיים בזכות ההשפעות הרוחניות הנובעות מקיום מצוות התורה ולא הודות למאמצים חומריים, לדעת החרדים בלתי סביר לטעון להיעדר תרומה חברתית מצד אלה המקיימים בפועל את כל העולם כולו.<sup>52</sup> באשר לרובד המטפיזי פחות של טענת חוסר שוויון בנטל הכלכלי, בקרב החרדים מקובל לומר כי יסודה של טענה זו בהסתה אידאולוגית, ואילו בפועל הציבור החרדי מופלה לרעה במרבית התחומים על ידי החברה הכללית.<sup>53</sup> טענת-נגד נוספת ושולית יותר המושמעת בחברה החרדית זוקפת לזכות החרדים את התרומה הדמוגרפית בכמות ובאיכות להון האנושי.<sup>54</sup>

סוגיה מרכזית נוספת השנויה במחלוקת חריפה נוגעת לעצמאות החינוך החרדי. ההיבט המרכזי של הסוגיה נוגע לאפשרות השילוב של תכנית לימודי הליבה במוסדות החינוך החרדי: בניגוד למצב השורר במוסדות החינוך היסודי לבני שני המינים ובניגוד לחינוך העל-יסודי לבנות, במוסדות החינוך המוגדרים כ"הישיבות הקטנות" (דהיינו מוסדות חינוך חרדיים המיועדים לבנים בין גיל 13 ל-17 לערך) אין מונהגת כלל תכנית של לימודי חול כלשהם, והתלמידים מקדישים את כל זמנם ללימודי קודש.<sup>55</sup> החברה החרדית מתעקשת על היעדר לימודי חול בישיבות קטנות, מאחר שהיא רואה בגילאים הרלוונטיים תקופה קריטית שבה צעיר, שעדיין פטור מצורכי הפרנסה, מצוי בתהליכי עיצוב של תפיסת עולמו, מחפש באופן אינטנסיבי אחר האידאליים שנכון להתמסר אליהם, קרי תקופה שבה נצרפת אישיותו של אדם.<sup>56</sup> מכאן החשש לכישלון במשימה העיקרית של היהדות החרדית, שהיא כאמור משימת קיום והעברה של המסורת היהודית

52 לביסוס הלכתי של גישה זו ראו להגדרה כללית – משנה, אבות א, ב; לדין מפורט – רבי חיים מוולוז'ין נפש החיים שער ד, פרק י"א. לטענה בהקשר הישראלי ראו למשל את דברי האדמו"ר מזאנז המייחסים למדינה זכות קיום רק בשל תמיכתה בלומדי תורה בכתבה של נפתלי מרמורשטיין "אין לנו שיעור רק התורה הזאת!" המודיע 15.6.2010, ב, ז.

53 ראו למשל את דבריהם של אישי הציבור החרדיים המובאים בעיתון "יתד נאמן" בתגובה לפסיקת בג"ץ בעניין יקותיאל, לעיל ה"ש 12 – יחיאל סבר "עשר שנים לאחר העתירה הורה בג"ץ לבטל סעיף הבטחת הכנסה לאברכי כוללים" יתד נאמן 15.6.2010, 2, 50. לפי דבריהם, שופטי בג"ץ אוכפים את עקרון השוויון באופן סלקטיבי דווקא נגד הציבור החרדי "שמופלה לרעה כמעט בכל תחום".

54 ראו מ' שוטלנד "נחת זרועו של בג"ץ" יתד נאמן 15.6.2010, 2, 50.

55 כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת", לעיל ה"ש 15, בעמ' 388–389.

56 יעקב לופו ההתנגדות החרדית לישיבות תיכוניות חרדיות 39–41 (2007).



בצורתה המקורית, משימה המצריכה התגוננות מפני ההשפעה ההרסנית מבחינה רוחנית של העולם החיצון.

טיעון זה מסביר מדוע הורים חרדיים אינם שולחים את ילדיהם ללמוד במוסדות החינוך הרגילים, אולם אין בכך כדי לנמק את ההסתייגות מהוראת מקצועות חול במוסדות החינוך החרדיים, שהרי מובן כי לא כל חשיפה לתכנים שאינם חלק מהתורה, כדוגמת מתמטיקה או השפה האנגלית, מעמידה את תלמיד הישיבה בסכנת ההתנתקות מאורח החיים התורני. תהייה זו באה על פתרונה בטענה שלפיה יש בשילוב של לימודי חול בתכנית לימודי קודש משום פגיעה בניסיון לייצר דמות אידאלית של האדם החרדי המקדיש את כל זמנו ללימוד התורה. כך, הוראת לימודי חול בגילאים של ישיבה קטנה, כאשר עדיין לא ברור למי מהתלמידים יכולת להתמיד כל חייהם בלימוד התורה ולמי לא, הופכת מבחינה תודעתית את הוויתור על ההתמסרות הטוטלית לקודש לבררה שאפשרית מלכתחילה, דהיינו מעניקה משקל שווה (או כמעט שווה) לאברך כולל ולמי שמוגדר בחברה החרדית כ"בעל הבית", וזאת בניגוד מוחלט לתפיסה הבלתי מעוררת לעת עתה בציבור החרדי שלפיה עזיבת עולם לימוד התורה היא בררה שבדיעבד בלבד.<sup>57</sup> עם זאת דומה כי הגדרת איסור על החדרת לימודי חול לישיבות לפי התכנית הממלכתית כ"ייהרג ובל יעבור"<sup>58</sup> נובעת בעיקר מסיבה אחרת והיא חשש להנחלת הערכים הליברליים בקרב בני הנוער החרדי, ערכים העומדים בסתירה חזיתית לערכי היהדות בנוסחה החרדי.<sup>59</sup>

היבט נוסף של סוגיית עצמאות החינוך החרדי שהעסיק בשנים האחרונות את הציבור הוא קריטריונים של קבלה למוסדות החינוך החרדי שלעיתים עלולים ליצור הפליה.<sup>60</sup> עסקינן בקריטריונים הנוגעים לאדיקות דתית של משפחת הילד אשר באה לידי ביטוי באורח החיים שהמשפחה מקיימת. בפרט מדובר ברקע שממנו באים ההורים (אם הם חרדים מלידה או שמא חזרו בתשובה), בעיסוק ההורים (אם האב לומד בכולל או שמא הוא עובד לפרנסת המשפחה), במידת ההקפדה ההלכתית שבה המשפחה נוהגת ובמידת נכונותה של המשפחה להסתגר מן העולם החילוני (אם המשפחה נמנעת מלהחזיק טלוויזיה או חיבור לאינטרנט בבית או כן מחזיקה בהם).<sup>61</sup> בבסיס כל אלה מונחת

57 שם, בעמ' 42.

58 שם, בעמ' 34.

59 להבחנה בין סוגיית לימודי חול לבין החינוך לערכי סובלנות, חירות ושוויון ראו כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת", לעיל ה"ש 15, בעמ' 398.

60 עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1.

61 ראו אודי שפיגל 'ותלמוד-תורה כנגד כולם' – חינוך חרדי לבנים בירושלים 113 (2011). לסקירת תנאי התקנון שעליו נדרשו לחתום הורי הבנות הלומדות במגמה החסידית (לאחר משא ומתן בין מרכז החינוך העצמאי לבין משרד החינוך) בבית הספר בעמנואל ראו עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינו של השופט לוי.

השאיפה להגשים מטרה הדומה למטרת אי-הוראת לימודי ליבה והיא מניעת היחשפות הילד לערכים שאינם ערכים חרדיים, שצפויה להיווצר באורח בלתי נמנע כמעט עקב לימודים במסגרת משותפת עם מי שמשפחתו פתוחה יותר להשפעות העולם החיצון. סוגיה אחרונה הנוגעת למסגרת הדין ולא דווקא לנושא ספציפי מבין אלה שיידונו להלן היא סוגיית היחס של החרדים כלפי מערכת המשפט החילונית הקיימת בישראל. ככלל, ההלכה היהודית אינה מאפשרת לאדם חרדי לשתף פעולה מלכתחילה עם ערכאות שיפוט חילוניות המכונות גם "ערכאות של גויים" (וזאת בשונה מהיחס כלפי רשויות השלטון האחרות, אשר בפעילותן לחרדים כידוע חלק פעיל). למשל, ההלכה (בלא קשר לזהות האידאולוגית של הפוסקים)<sup>62</sup> מטילה איסור מוחלט על פנייה לערכאות של גויים לצורך יישוב הסכסוכים בין היהודים,<sup>63</sup> וחלק מהפוסקים אף אינם מהססים להשתמש להשוואה של כל שיתוף פעולה עם ערכאות אלה ל"עבודה זרה טהורה".<sup>64</sup> אולם אין להסיק מכך את האיסור לציית לפסיקה שיפוטית שנכפית על אדם חרדי כל עוד הפסיקה אינה סותרת דין תורה.<sup>65</sup> כפי שנרמז לעיל בדיונו על גדולי הרבנים, סתירה בין דין תורה לבין פסק דין חילוני היא עניין שבפרשנות, והסמכות הפרשנית נתונה באורח בלעדי בידי מנהיגי הציבור, הם רבנים גדולי הדור. על רקע זה יש לתת את הדעת ליחס שלילי במיוחד שהציבור החרדי רוחש כלפי בית המשפט העליון הנמצא בפסגת מערכת המשפט בישראל,<sup>66</sup> וזאת מסיבות אידאולוגיות-תרבותיות בעיקרן הנוגעות לתמיכתו של בית המשפט העליון בערכים ליברליים המנוגדים לערכי היהדות.<sup>67</sup> מכאן שיש להניח כי הפרשנות הניתנת על ידי הרבנים החרדיים לדין תורה מחד ולפסיקת בג"ץ מאידך

62 לדין השוואתי מפורט המראה כי מסקנת הניתוח ההלכתי של רבנים חרדיים וציוניים ביחס לאיסור פנייה לערכאות חילוניות היא כמעט זהה ראו יצחק ברנד ערכאות של גויים במדינת היהודים 53-64 (2010).

63 לדין בחריגי האיסור, כדוגמת הדין הפלילי, ראו שלמה גורונטשיק (גורן) "חוקה תורנית כיצד? [א]" הצופה 30.1.1948, 4. המקור ההלכתי לחריגה מסוג זה הוא עקרון "בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה" (בבלי, יבמות ז, ע"ב) או לחלופין משפט המלך.

64 לפירוט עמדה זו ראו את דבריו של הרב מנשה קליין, פוסק חרדי בן זמננו שעומד בראש קהילת אונוואר בבורו פרק (ברוקלין שבארצות הברית) ובשכונת רמות שבירושלים בשו"ת משנה הלכות, חלק יד, סימן רסג, על פי בבלי, עבודה זרה ח, ע"א. לעמדת מנהיגי הציבור החרדי בדור הקמת המדינה שעמדתו שימשה יסוד לפסיקה חרדית עתידית בסוגיה ראו חזון איש, חושן משפט, סנהדרין טו, ד.

65 בבלי, סנהדרין מט, ע"א; משנה תורה, מלכים, פרקים ג-ד.

66 נויגרשל, לעיל ה"ש 45, בעמ' 134-136. בנוסף, ראו את ציטוטי האמירות הקשות בנוגע לבית המשפט העליון, להלן ה"ש 115, 247 וכן להלן ה"ש 97-101 והטקסט הצמוד להן.

67 לטענה שהיחס השלילי בחברה החרדית כלפי בית המשפט העליון מעולם לא היה תוצאה של תגובה מידית לפסק דין כזה או אחר אלא מרכיב מהותי ביותר בתרבות המשפטית החרדית ראו ברזילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 606-607.

ובעקבות זאת גם נכונות החרדים לציית לפסיקות בית המשפט עשויות להיות מושפעות מיחס אידאולוגי שלילי כלפי בג"ץ.

## ב. האם שינוי אפשרי?

לכאורה, מן האופי האדוק של הציבור החרדי, מכפיפותו הבלתי מסויגת למנהיגיו ומדבקותם של המנהיגים בתפיסה אנטי-ליברלית עולה כי סיכוייהם של אלה הרוצים בשינויים ליברליים בתוך המגזר החרדי להצליח שואפים לאפס. אכן, לא מן הנמנע להסיק מן המתואר בפרק הקודם כי מי שמצפה שבדרשות יום שישי ידברו הרבנים החרדיים אל קהילותיהם על ערכי חירות הפרט ועל החובה לאפשר לכל ילד חופש לבחור בין דרכי החיים המגוונות, עלול להתאכזב. אולם ראיית הציבור החרדי ככזה שאינו עובר תהליכי שינוי בשל האינטראקציה עם החברה הישראלית הכללית, גם היא לא תהיה נכונה, והציפייה שבחלוף הזמן חרדים ישלבו בישראליות המודרנית, יתרמו את חלקם לביטחון ולרווחת הכלל ויפעלו מתוך כבוד וסובלנות כלפי האחר, בהחלט עשויה להתברר כסבירה. למשל, יש הטוענים כי מאז שנות התשעים קיימת מגמת התקרבות של החרדים אל התרבות החילונית המודרנית.<sup>68</sup>

כאן המקום להבהיר כי אף על פי שברובד העמוק – המתייחס לשאיפות של מבקשי השינוי שתוארו בפרק המבוא – השינוי החברתי שבו עוסקת הרשימה הוא שינוי ערכי, אין להתעלם מכך שגם הגעה לשלב ביניים בדמות של שינוי התנהגותי תיחשב הישג מספק, משום שאין להתכחש לכך ששינויים התנהגותיים גוררים במרוצת הזמן שינויים ערכיים, או בלשון חז"ל: "אחרי הפעולות נמשכים הלבבות".<sup>69</sup> למשל, ברור כי גיוס גורף של החרדים לצה"ל צפוי להשפיע מאוד על עמדתם כלפי המדינה והערכים שהיא מייצגת. בדומה לכך השפעה ערכית עשויה לנבוע גם מהוצאת החרדים לשוק העבודה המשותף לכל המגזרים באוכלוסייה, וכל שכן ממעורבות המדינה בחינוך החרדי. אפוא לדון בשני שינויים התנהגותיים חשובים המתרחשים בעת האחרונה במגזר החרדי. ראשית, אדון בשינוי הנוגע לגיוסם של בני העדה החרדית לגדוד החרדי הקרבי הראשון בצה"ל. בשנת 1999 החל את פעולתו גרעין הנח"ל החרדי במתכונת חדשה וקרבת הפעם בשם "נצ"ח יהודה", המכונה גם הנח"ל החרדי. ממסגרת של יחידה

68 ראו יאיר שלג "הסתגלות החברה הדתית בישראל למודרניזציה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה [www.idi.org.il/breakingnews/pages/opinions\\_m.aspx](http://www.idi.org.il/breakingnews/pages/opinions_m.aspx) 18.12.2007. טיעוני המחבר שרבים מבין החרדים מכניסים לביחם את "פירות המודרנה", כדוגמת אינטרנט, בניגוד לפסיקת גדולי הדור אינם נתמכים בנתונים כלשהם.

69 ספר החינוך, מצווה טז. לעמדה הפוכה לפיה לא ניתן להנחיל ערכים באמצעות כפייה ראו ג'ון לוק איגרות על הסובלנות 191–192 (יעקב גולומב עורך, יורם ברונובסקי מתרגם, 1990).

ניסיונית בעלת קשיים ארגוניים ומבצעיים חמורים הפך הנח"ל החרדי לגדוד קרבי לכל דבר, והפיקוד הבכיר בצה"ל איננו מהסס להציב אותו בגזרות "החמות ביותר"<sup>70</sup>. מספר המתגייסים אל הגדוד גדל מדי שנה. למשל, בשנת 2007 היה מספר המשרתים בגדוד 250, ואילו בשנת 2011 מספרם הוא 71.450<sup>71</sup>. לגדוד נקלטו בחורים שנפלטו ממסגרת ישיבתית בשל אי-עמידה בדרישות הנוקשות, אולם יצוין שפנייתם של אלה לצבא אינה מובנת מאליה, בעיקר בשל ההשלכות השליליות שנודעו (לפחות בתקופה הראשונה לאחר הקמת הגדוד) לעצם הגיוס לצה"ל על אפשרויות השידוך (שלהם ואף של בני משפחותיהם)<sup>72</sup>.

על אף המחלוקות בדבר סוגיית הגיוס בתוך החברה החרדית הרעיון בסך הכול זכה לתמיכה של רבנים חרדיים חשובים העוסקים בחינוך ובטיפול ישיר בתלמידי ישיבות, ובהם הרב דוד פוקס, הרב דוד בלוך, הרב נתן בר-חיים והרב יצחק בר-חיים.<sup>73</sup> אף גדולי הדור דהיום (דהיינו לאחר פטירתו של הרב שך, שלפחות ברובד הגלוי התנגד לרעיון הגיוס) – הרב אלישיב והרב שטיינמן – תומכים בגיוס "נפלטי הישיבות" אף על פי שסירבו לפרסם גילוי דעת בנושא.<sup>74</sup> ההנמקה לתמיכת הרבנים ברעיון של הנח"ל החרדי מתמקדת פחות בתרומה למדינה ויותר בטובתם של המתגייסים עצמם. למשל, הרב יואל שוורץ מסביר שהצבא מהווה את המסגרת הטובה ביותר לטיפול באלה שאינם מצליחים לקבל טיפול אישי ולהרגיש מועילים בישיבה.<sup>75</sup> עם זאת גם הנימוק החברתי הנחה חלק מהוגי הרעיון ותומכיו. למשל, הרב בלוך הסביר שגיוס החרדים לצבא עשוי להפחית את העוינות כלפיהם בחברה, וזוהי מטרה ראויה בפני עצמה.<sup>76</sup> בנוסף, אחד מהוגי הרעיון, הרב נתן בר-חיים, טען שהצורך בגיוס של פורשי הישיבות נובע מן החובה ליצור סימטריה בהשפעת הציבור החרדי על החברה הישראלית כמובן זה שאם הציבור משפיע פוליטית וכלכלית, ראוי שייכנס גם לעשייה הביטחונית בהיותה חלק מרכזי בהוויה הישראלית.<sup>77</sup> עם זאת חשוב לציין שאין ולא הייתה יזמה בתוך המנהיגות החרדית לתת יד לגיוסם של בני ישיבות אשר עומדים בדרישות המסגרת הישיבתית

70 ראו למשל דיווח על הצלחה מבצעית של הגדוד בגזרת ג'נין, הנחשבת לאחת המורכבות והמסוכנות באזור יהודה ושומרון: חנן גרינברג ויאיר אלטמן "חיילים הרגו פלסטיני שירה לעברם באזור ג'נין" ידיעות אחרונות – ynet חדשות 20.1.2011, [www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-4016499,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-4016499,00.html).

71 דוח ועדת גבאי 2, לעיל ה"ש 32, בעמ' 21. יצוין שלא כל המשרתים ביחידה זו הם חרדים ישראלים שאת בעייתם החברתית הגדוד נועד לפתור.

72 דרורי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 51–54.

73 שם, בעמ' 33–37.

74 שם, בעמ' 38.

75 שם, בעמ' 36.

76 שם, בעמ' 35.

77 שם, בעמ' 33.

בהצלחה. נהפוך הוא, חשש בקרב הציבור כי גיוס "נוער הברזלים" של החברה החרדית הוא רק צעד בדרך לגיוסם של כלל בחורי הישיבות הוליד התנגדות ומסע מחאה חריף ביותר נגד הרעיון.<sup>78</sup>

שנית, אתיחס לשינוי הנוגע לקבלת מקצוע והשתלבות בשוק העבודה. משנות התשעים החלה מגמה של קבלת השכלה גבוהה על ידי אותו חלק מהגברים החרדיים שלא ראה את עצמו ממשיך לשקוע בלימודי קודש במשך כל חייו, אם בשל חוסר יכולת או חוסר עניין ואם בגלל הלחץ הכלכלי.<sup>79</sup> לאחר פטירתו של הרב שך, שעד לתקופת חייו האחרונה הציג עמדה רדיקלית נגד יציאת בני המגזר החרדי לשוק העבודה, חל מפנה תפיסתי זהיר בנוגע ללימודי חול על ידי גברים במגזר. תחילה נפתחו מספר מצומצם של קורסים להסבה מקצועית, ואילו מהלך משמעותי ראשון התרחש בשנת 1996, כאשר הוקם "המרכז החרדי להכשרה מקצועית", אשר קיבל את ההיתר הרשמי מטעם מנהיגי הציבור החרדי – הרב אלישיב, הרב שטיינמן והרב וואזנר – בדיעבד בשנת 1999.<sup>80</sup> נכון להיום קיימים כמה וכמה מוסדות המאפשרים לבני המגזר החרדי לרכוש השכלה אקדמית, ובהם בית הספר הגבוה לטכנולוגיה (בל"ט), מכללת בני-ברק החרדית, שהיא שלוחה של אוניברסיטת בראילן, הקריה האקדמית אנוו, מכללת "שערי משפט", מכון לב ועוד.

הסיבות לתופעה, לפי טענה אחת, הן הידלדלות באמצעים שעמדו לחלק מן המגזר החרדי, כגון רכוש שהביאו מאירופה ו/או פיצויים מטעם ממשלת גרמניה, לצד שיעורי ילודה גבוהים ועלייה ברמת החיים של החברה החילונית.<sup>81</sup> לופו מונה במחקרו המקיף גורמים נוספים לתופעה, ובהם הצטרפות לחברת הלומדים של אלה שאינם מסוגלים או רוצים להקדיש את כל זמנם ללימוד; ביקורת חיצונית ואף פנימית על הנטל הכלכלי שמטילה חברת הלומדים על החברה הישראלית היצרנית; מיתון כלכלי של אמצע-סוף שנות התשעים שפגע באפשרות ההשתכרות של נשים ובתשלומי הרווחה, שהם עיקר הפרנסה של חברת הלומדים.<sup>82</sup>

יצוין שבדומה לנעשה בהקשרו של הנח"ל החרדי, מערכת הערכים היסודיים של המגזר החרדי לא הושפעה מן השינוי המתואר, שכן בחירתו של האברך לעזוב את לימודי הקודש לטובת צורכי הפרנסה אמנם לא נתקלת בהתנגדות, אך נתפסת כ"היכנעות" במובן מסוים ועליה להיעשות בצנעה. למותר לציין כי מעמדם החברתי של החרדים העובדים, יהיו הם עשירים ומוצלחים ככל שיהיו, נותר נחות ביחס למי שבחר

78 שם, בעמ' 38–41.

79 יוחאי חקק בין קודש לתכל'ס: גברים חרדיים לומדים מקצוע 13–14 (2004).

80 לופו הכשרה מקצועית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 54–55.

81 חקק, לעיל ה"ש 79, שם.

82 לופו הכשרה מקצועית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 49–52.

להמשיך בלימודי הקודש.<sup>83</sup> בנוסף, יש להזכיר כי קיימות מגבלות – למצער ברמה ההצהרתית – על מי שחפץ ללמוד מקצוע, הן בסוג המקצועות שמותר ללמוד והן בגיל ובמצב המשפחתי הדרוש כדי לקבל את האישור הרבני ללימודים.<sup>84</sup>

המכנה המשותף לשני השינויים שתוארו לעיל הוא ששניהם נוצרו מצורך פנימי של הציבור החרדי, בין שמדובר בצורך לשלב בחברה באופן ראוי ובמסגרת ראויה את אלה שאינם מצליחים ללמוד בישיבות ובין שעסקינן בצורך לתת מענה למצוקה כלכלית לאלה שאינם יכולים או אינם רוצים להתמודד עם מצוקה זו בשם הערך של התמסרות ללימוד התורה. אכן אפשר לטעון כי קיומו של הלחץ הציבורי בנושא אי-גיוסם של בחורי הישיבות שימש אחד השיקולים שהנחו את מנהיגי הציבור החרדי להסכים לעצם הרעיון של הנח"ל החרדי. אולם יושם אל לב כי כפי שעולה ממחקרו המקיף של זאב דרורי,<sup>85</sup> שיקולי הלחץ הציבורי לא שימשו גורם כבד משקל ובוודאי לא גורם מכריע במערכת השיקולים של הרבנים החרדיים. יתרה מזאת, אין הגיוני לראות בהסכמה לשלוח בחורים, שממילא "אבודים" מבחינת עולם התורה, לצה"ל משום ויתור לטובת החברה החילונית הלוחצת, אלא הרבה יותר ניצול ההזדמנות שצמחה מהצרכים הפנימיים אגב מתן מענה לאותם צרכים גם "להרוויח" טיעון בשיח עם מבקשי השוויון.

מסקנת הדיון היא אפוא ששינוי בדמות התקרבותו של הציבור החרדי ה"פונדמנטלי" אל החברה הישראלית הכללית אכן אפשרי, אולם נמצא שלפחות עד כה שתי מגמות השינוי העיקריות לא היו פרי כפייה או לחץ חיצוני מכוון כלשהו, אלא כאמור היו מענה לצרכיה הפנימיים של החברה החרדית.

### ג. האם שימוש בכוח כופה ישיג שינוי?

לבית המשפט אמנם אין "לא ארנק ולא חרב", אולם במהלך הדברים הרגיל החלטותיו מחייבות את יתר רשויות המדינה, ועליהן להשתמש במשאבים העומדים לרשותן כדי לאכוף את פסיקת בית המשפט.<sup>86</sup> אם כן, את סמכות בג"ץ לתת צווים אופרטיביים לרשויות המדינה כדי להשיג שינוי במצב הסותר לדעתו את שורת הדין או את שורת הצדק,<sup>87</sup> וכן את סמכותו לבטל חקיקה ראשית הסותרת את חוקי היסוד,<sup>88</sup> אפשר לקשר

83 שם, בעמ' 52–53.

84 שם, בעמ' 53.

85 דרורי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 32–43.

86 המקור האולטימטיבי לחובה זו הוא עקרון שלטון החוק במוכן הפורמלי, המחייב את כלל רשויות המדינה לפעול לביצוע פסקי דין ולאכיפתם על אזרחים, ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 266–275 (2005).

87 ס' 15 (ג) ר"ס 15 (ד) לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשנ"ב, 72.

ליכולתה של המדינה להפעיל שני סוגי כוחות לביצוע השינוי – כוח כופה וכוח מקצה – ולסווג את הצווים הניתנים בבית המשפט כמתבקש. למשל, אם בית המשפט מבטל החלטה מנהלית או חוק הפוטר קבוצה מסוימת מחובת הגיוס, הרי שהוא גורם למדינה להפעיל את כוחה הכופה ולגייס את בני הקבוצה לצבא. לעומת זאת אם בית המשפט מבטל החלטה של רשות או חקיקה ראשית שלפיה אותה קבוצה הנמנעת מגיוס מקבלת קצבאות נאות מהמדינה, אזי נאמר כי בית המשפט גורם למדינה להפעיל את כוחה המקצה, וזאת כמובן בהנחה כי מטרת בית המשפט היא ליצור מציאות שבה בני אותה קבוצה יתגייסו לצבא.<sup>89</sup>

בפרק זה אעסוק אך בסוג הסעדים הראשון – אותם סעדים שנועדו לחייב את המדינה להפעיל את כוחה הכופה. שאלת היעילות של סוג סעדים זה תיבחן במנותק מן התגובות הפוליטיות, כדוגמת חקיקה "עוקפת בג"ץ". כלומר, נניח לצורך הדיון כי המדינה תהיה נכונה לפעול במרץ לאכיפת ההחלטה השיפוטית.<sup>90</sup> כדי לבחון את יעילות הסעדים במצב זה אבדוק כיצד הציבור החרדי צפוי להגיב למה שייתפס בעיניו כניסיון מצד בית המשפט העליון לכפות עליו שינוי ערכי. בדיוננו להלן אתייחס לשתי פרשות שזכו לכיסוי תקשורתי נרחב: האחת הסתכמה אך בחשש לכפייה מצדו של בית המשפט העליון, ואילו השנייה עלתה כדי כפייה של ממש.

בטרם אעבור לדון בפרשות עצמן, חשוב להסתייג ולומר כי ציפייה לשינוי ערכי בעקבות כפייה איננה מופרכת כשלעצמה, שכן כפי שהוסבר בפרק הקודם, התנהגות על פי ערכים ליברליים, הגם שהיא מונעת מכפייה, עשויה, בהתחשב ביכולת האכיפה כמובן, ליצור במרוצת הזמן שינוי ערכי עמוק. הערה מקדמית נוספת היא שאין אני בוחן בפרק זה את ההשפעה בטווח הרחוק על מעצבי המדיניות החרדית הנוצרת מהפגנת הנחישות מצד בית המשפט לכפות על החרדים שינוי אלא רק את הסיכוי לציות מצד החרדים. אולם דומה כי קיים קשר הדוק בין השניים: ככל שהסיכוי לציות נמוך יותר, כך גם תמריציהם של מנהיגי הציבור לשתף פעולה בעתיד מתוך חשש לאכיפה כפויה מצטמקים.<sup>91</sup>

88 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

89 קו הגבול בין כפייה לשכנוע עשוי להיות דק מאוד, כך גם שימוש בכוח מקצה עלול להוות כפייה מן הסוג הכלכלי (ראו Jeremy Waldron, *Legislation and Moral Neutrality*, in LIBERAL RIGHTS (1993) 156). אולם היות שדיוננו מיוחד לתגובות הצפויות בנוגע לאמצעים שבית המשפט מפעיל, נראה כי חלוקה חדה בין כפייה ישירה לבין השפעה באמצעות יצירת תמריצים – מלחיצים ככל שיהיו – עדיין במקומה.

90 הנחה זו תתברר בפרק הבא כלא מציאותית, אולם בפרק זה לצורך בהירות ופשטות הדיון נותרה על כנה. מסקנת הדיון בפרק הנוכחי, שלפיה סעדים כופים אינם יעילים, תהיה תקפה גם במציאות שבה המדינה אינה משתפת פעולה עם בית המשפט, וזאת מכוח היסק קל וחומר.

91 לדיון מפורט ביכולתו של בית המשפט לשמש ורז המשפיע על מערכת השיקולים של מקבלי ההחלטות הן מצד המדינה והן מצדו של הציבור החרדי ראו להלן פרק ד'.

הסוגיה הראשונה שבה נדון נוגעת לגיוסם של בני הישיבות לצה"ל. כזכור, בדצמבר 1998 אחרי דחייה של כמה עתירות בנושא מנימוקים שונים<sup>92</sup> קבע בג"ץ בעניין רובינשטיין<sup>93</sup> כי הסדר דחיית שירותם הצבאי של בני הישיבות על ידי שר הביטחון אינו חוקי וחייב את הכנסת לחוקק תוך שנה חוק בנושא.<sup>94</sup> פסיקה זו של בית המשפט העליון, בצירוף פסק הדין בעניין בבלי<sup>95</sup> ששלל מבתי הדין הרבניים את הפרווגטיבה לדון בחלוקת רכוש לאחר גירושין לפי דין תורה, וסדרת החלטות המחייבות מועצות דתיות לקבל לשורותיהן את נציגי התנועות הלא-אורתודוקסיות,<sup>96</sup> הובילה לביקורת חריפה ביותר על בית המשפט העליון בחברה החרדית. למשל, הרב וחבר הכנסת הבולט מנחם פרוש כינה את החלטות בית המשפט "אנטישמיות",<sup>97</sup> ואילו מנהיג החרדים יוצאי עדות המזרח הרב עובדיה יוסף הגדיר את השופטים "רשעים, סוררים ומורים", "ריקים ופוחזים".<sup>98</sup> המצב שנוצר באותם ימים נתפס בעיני ראשי המדינה, פוליטיקאים ואנשי אקדמיה כאיום ישיר על שלטון החוק.<sup>99</sup> על אף ניסיונותיהם של כל אלה להרגיע את הרוחות ההתנגדות החרדית הגיעה לשיאה בהפגנת ענק שנערכה מול בית המשפט העליון בפברואר 1999 וזכתה לכינוי "הפגנת החצי מיליון", שכולה נועדה להביע מחאה על "הדיקטטורה של בג"ץ".<sup>100</sup>

אף על פי שהמציאות טרם זימנה לנו אפשרות לבחון הלכה למעשה את תגובת החרדים להטלת חובת גיוס גורפת על בני הישיבות, נראה שלא מן הנמנע להסיק מתיאור ההתנגדות לעיל כי הסתברות הציות לחובה שכזו היא נמוכה במיוחד. ראשית, התנגדות מסיבית ביותר לפסיקה שיצרה אך איום של כפייה מעידה על היקף ההתנגדות הצפוי בזמן הכפייה עצמה. שנית, בשל תוכן הביקורת, אשר שוללת כל סמכות מוסרית אצל

92 לעתירות שהוגשו בשנות השבעים והשמונים ראו את רשימת פסקי הדין לעיל בה"ש 18.  
 93 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).  
 94 לאחר מכן למדינה ניתנו שלוש הארכות. להצגה מקיפה של השתלשלות האירועים ראו דפנה ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות: בין דילמת השפיטות לדילמת האורחות" מחקרי משפט כב 227, 240 (2006) (להלן: ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות").  
 95 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).  
 96 ראו למשל בג"ץ 4247/97 סיעת מר"צ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241 (1998).  
 97 שחר אילן, גרעון אלון ויוסי ורטנר "התקפה חרדית חריפה על בג"ץ: ברק צורר היהודים" הארץ 10.2.1999 א-2א.  
 98 ראו בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 1 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 7.2.2000).  
 99 תיאור מקיף של ההתנגדות החרדית לפסיקת בית המשפט העליון באותם ימים טוערים ראו אוולין גורדון "הדלגיטימציה הזוחלת של חופש הביטוי" תכלת 7 (1999) [www.daat.ac.il/daat/kitveyet/tchelet/gordon1.htm](http://www.daat.ac.il/daat/kitveyet/tchelet/gordon1.htm).  
 100 ראו זיסמן, לעיל ה"ש 44.



שופטי בג"ץ לקבל החלטות מסוג זה, קשה להניח שמנהיגי הציבור החרדי, וממילא ציבור זה עצמו, התכוונו להיכנע להחלטה מהפכנית היוצאת מבית מדרשם של מי שנתפסו כ"רשעים אנטישמיים". שלישית, התנהלות החרדים בתגובתם לפסק דין בעניין רובינשטיין בוודאי לא הייתה בבחינת התקוממות נקודתית נגד בית המשפט העליון אלא המשכו של קו ברור הרואה באי-גיוס בחורי הישיבות לצה"ל יסוד בעל חשיבות קיומית לציבור החרדי על מטרותיו. למשל, עוד בסוף שנות השמונים איים המנהיג החרדי הכולט ביותר במחצית השנייה של המאה העשרים, הרב אלעזר מנחם מן שך, שאם חוקי המדינה יחייבו את בחורי הישיבות להתגייס לצבא, הוא לא יהסס ליתן פסק הלכה המורה על כלל בני הישיבות והכוללים לעזוב את מדינת ישראל כדי להימנע מגיוס, וכך אמר: "אם תהיה גזירה על עולם הישיבות לא יישאר אף בן-תורה בארץ-ישראל"<sup>101</sup>.

כאמור טרם ראינו הלכה למעשה את תגובת החרדים להטלת חובת גיוס גורפת על בני הישיבות, אולם פרשה שאדון בה מיד המחישה מעבר לכל ספק את נכונות הציבור החרדי שלא לציית לפסיקת בג"ץ, המנסה לגרום למדינה להפעיל את כוחה הכופה כדי להביא לשינוי בתוך ציבור זה. עסקינן בפרשת בית הספר בעמנואל, אשר במסגרתה – בתגובה לעתירה של כמה מן ההורים הספרדיים ביישוב עמנואל – חייב בית המשפט העליון את משרד החינוך ואת מרכז החינוך העצמאי לבטל את ההפרדה בין המגמה החסידית לבין המגמה הראלית בטענה שמדובר בהפליה גזעית.<sup>102</sup> הוריהן של 74 התלמידות שלמדו במגמה החסידית וחלק מהמורות שלימדו במגמה זו סיכלו את כוונת משרד החינוך והמרכז לחינוך העצמאי לקיים את פסק הדין על ידי העברת הלימודים לבית ספר "פיראטי", כהגדרת בית המשפט.<sup>103</sup>

בד בבד עם ההליכים הפליליים שנפתחו על ידי משרד החינוך מכוח חוק לימוד חובה כלפי הורי התלמידות נעתר בג"ץ לבקשת העותרים להטיל עיצומים על ההורים מכוח פקודת ביזיון בית המשפט כדי לגרום להורי התלמידות מהמגמה החסידית להשיב את בנותיהם לבית הספר המאוחד,<sup>104</sup> וכשכל אלה לא עזרו, הורה בג"ץ על הטלת מאסר בן שבועיים על ההורים הסרבנים.<sup>105</sup> בעקבות זאת ההורים לא רק שלא חזרו בהם מסירובם לקיים את פסק הדין, אלא אף סירבו לשתף פעולה עם ניסיונות העותרים (שהפנימו

101 ראו יתד נאמן 1.8.1988, 1.

102 עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1, פס' 21–29 לפסק דינו של השופט לוי. יוזכר כי הקביעה שמדובר בהפליה גזעית נקבעה הגם שלפי דוח שהגיש הממונה מטעם מנכ"ל משרד החינוך עו"ד בס (מתאריך 2.3.2008) (משרד החינוך דין וחשבון הממונה מטעם משרד החינוך (2008)), 23% מהתלמידות במגמה הראלית הן ממוצא אשכנזי, ואילו 27% מהבנות הלומדות במגמה החסידית הן ספרדיות. הממונה אף שלל במפורש את האפשרות שמדובר בהבחנה על רקע גזעי וקבע כי ההבחנה מבוססת על אורחות החיים.

103 עניין עמנואל, החלטה מתאריך 14.9.2010, פס' 13 להחלטה.

104 שם, החלטה מתאריך 17.5.2010.

105 שם, החלטות מתאריכים 17.5.2010, 15.6.2010, 17.6.2010.

בינתיים כי תוצאת עתירתם חורגת מתכליותיהם המקוריות ומביאה למצב אבסורדי) לעכב את ביצוע המאסרים על ידי מצג של הליכה לקראת פשרה.<sup>106</sup> פשרה תמוהה משהו הושגה לאחר שחלק מההורים בילו עשרה ימים במאסר. על פי הפשרה, בשלושת הימים שנותרו עד לסיום שנת הלימודים יעברו כל הבנות הלומדות בבית הספר בעמנואל ימי עיון מאולתרים, ולאחר מכן תעמוד לכל זוג הורים האפשרות להעביר את בתם למסגרת חלופית.<sup>107</sup> אכן בקיץ 2010 הוקם בית ספר נפרד מסוג "המוסד הפטור",<sup>108</sup> שאליו עברו בנות המגמה החסידית.

מלבד עצם הניסיון לכפות על חסידי סלונים שבנותיהם למדו במגמה החסידית לציית לפסיקת בית המשפט בניגוד לפסיקת האדמו"ר של החסידים, גם הרטוריקה של מוביל המהלך מטעם בית המשפט – השופט אדמונד לוי – הצליחה לקומם את הציבור החרדי וללכד את כל זרמיו במאבק נגד כפייה בידי בית המשפט העליון. בייחוד זכורה אמירתו של השופט לוי לבא-כוח ההורים, שלפיה "שום פסק דין של בית משפט אינו טעון הסכמה של איש, גם לא של סמכות הלכתית, תהא אשר תהא".<sup>109</sup> העמדה העקרונית של הציבור החרדי הייתה כי העדפה של היכלאות על פני ציות לפסק הדין הנדון היא בגדר קיום מצוות קידוש השם – הנשגבת ממצוות התורה.<sup>110</sup> בשתי העצרות שאורגנו בבני ברק ובירושלים השתתפו במצטבר, לפי הערכות שונות, בין 150 ל-350 אלף גברים.<sup>111</sup> בהמשך הפך כלא מעשיהו שבו הוחזקו ההורים הסרבנים (שלידו הוקם אוהל מחאה של מפלגת יהדות התורה) למוקד עלייה לרגל.<sup>112</sup>

106 שם, החלטה מתאריך 17.6.2010.

107 שם, החלטה מתאריך 27.6.2010.

108 "מוסד פטור" הוא מוסד המוקם מכוח סעיף 5 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949, המיועד לילדים אשר קיבלו פטור מחובת הלימוד. מוסדות פטורים מחויבים, לפי סעיף 9 לחוק הפיקוח על בתי-ספר, התשכ"ט-1969, ברישיון המותנה בקיומם של תנאים פיזיים נאותים ובקיומה של תכנית לימוד ומורים מתאימים.

109 ראו תומר זרחין "השופט אדמונד לוי בדיון בפרשת ההפרדה הגזענית בעמנואל: שום פסק-דין לא יצטרך אישור של רב" הארץ – חדשות online 15.6.2010 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1174275.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1174275.html).

110 לפי ספר החינוך, מצווה רצו, קידוש השם מהווה את ייעוד החיים בכללותם, וזאת בהתאם למילת מדרש ספרי: "על-מנת כן הוצאתי אתכם מארץ מצריים שתקדישו את שמי ברבים".

111 לפי הערכת המשטרה, בבני ברק הפגינו כ-50,000 איש, ואילו בירושלים כ-100,000. לעומת זאת, לטענת המפגינים, בבני ברק השתתפו בהפגנות כ-150,000, ובירושלים כ-200,000 – ראו ליאל קיזור ויאיר אטינגר "יותר ממאה אלף חרדים השתתפו בעצרות מחאה נגד שלטון החוק" הארץ – חדשות online 18.6.2010 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1174943.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1174943.html).

112 ראו שלום ירושלמי "פרשת עמנואל: באוהלו של פרוש" מעריב – nrg חדשות 26.6.2010 [www.nrg.co.il/online/1/ART2/124/406.html?hp=1&loc=40&tmp=1301](http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/124/406.html?hp=1&loc=40&tmp=1301).

מאיי-הציות המובהק להחלטת בית המשפט בעניין עמנואל בהחלט אפשר ללמוד על עמדתו הכללית של הציבור החרדי כלפי הכפייה שיש בה כדי להתערב באוטונומיה הדתית שלו. מהיקף המאבק ברור כי במרכזו לא עמדו נסיבות של המקרה הקונקרטי (הזכות של חסידי סלונים "לסנן" תלמידות המבקשות להתקבל למגמה החסידית לפי קריטריונים מסוימים), אלא סוגיית עצמאות החינוך החרדי. לא היה בנסיבותיה של פרשת עמנואל כל דבר חריג מבחינת החשיבות המיוחסת לו בעיני החרדים מלבד נושא העצמאות מרשויות חילוניות ובפרט מבית המשפט המייצג ערכים הפוכים מאלה המנחים את החרדים. משכך, אי אפשר לראות בפרשה זו משום מקרה קיצוני שאינו מייצג את הגישה הכללית. נהפוך הוא, הדעת נותנת כי התערבותו של בית המשפט העליון – באמצעות כוח כופה – בתוכני החינוך החרדי צפויה לגרור תגובה חריפה בהרבה מזו שראינו בעניין עמנואל,<sup>113</sup> וזאת מבלי להזכיר את העובדה שהחלטת בית המשפט בעניין עמנואל הייתה אמורה בשלב הראשון להשפיע רק על בית ספר אחד, בשונה מהחלטות כלליות יותר שאפשר להעלות על הדעת. גם ברטוריקה דתית חריפה שמשייכת את אי-הציות למצוות קידוש השם ומלחמת אור וחושך אנו צפויים להיתקל בכל מקרה של כפייה מצד בית המשפט,<sup>114</sup> שכן למעשה אין כיום קונפליקט (קיים או צפוי) בהקשר החרדי שאינו נוגע במישרין לחובות הדתיות, כפי שאלה מוגדרות בפי ההנהגה החרדית. אם כן, כדי להבין את גודל האתגר שמולו ניצבים המעוניינים לכפות אורח חיים שונה מזה שהחברה החרדית בוחרת בו מספיק להתרשם מדבריו של אדמו"ר החסידות סלונים שהפנה לחסידיו במכתב – "גם אם יעמידו אותנו מול כיתת יורים, לא נוותר ולא נתפטר".<sup>115</sup>

משתי הפרשות שנסקרו בפרק זה עולה בבירור כי ניסיונות בית המשפט לגרום למדינה להפעיל את כוחה הכופה מתוך כוונה להניע שינוי ערכי בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי – שינוי הנוגד את תפיסות העולם החרדיות – נועדו לכישלון. הציבור החרדי אינו רואה עצמו כפוף לסמכותה של הרשות השופטת החילונית של מדינת ישראל, וממילא הציות להוראותיה אפשרי מבחינת החרדים רק כאשר אין ביניהן לבין פסיקת

113 להרחבה בנושא החשיבות המיוחסת בקרב הציבור החרדי לעצמאותו בתחום החינוך ראו להלן ה"ש 352 והטקסט הצמוד לה.

114 ראו לדוגמה את הציטוט המובא להלן בטקסט הצמוד לה"ש 314.

115 ראו יאיר אטינגר "האדמו"ר מסלונים: לא נתפטר – גם אם יעמידו אותנו מול כיתת יורים" הארץ – חדשות online 23.6.2010 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1175794.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1175794.html). בעיתונות החרדית התנהגות בית המשפט בפרשה תוארה כ"עזות המצח הנוראה והחצופה הבלתי מתקבלת על הדעת בניסיון התמידי והמקומם של שופטי בג"ץ לכפות דעתם בסמכות ערכאות משפטיות על דרך החינוך במערכת החינוך התורתית המפוארת והמצליחה, תוך ניסיונות בלתי פוסקים להכפייה בתואנות שווא". ראו יחיאל סבר "מרנן גדולי ישראל קוראים להזעיק ולהחריד את העולם היהודי ברחבי תבל בעקבות ההתעללות האכזרית ורדיפת הדת של המערכת המשפטית בישראל" יתד נאמן 16.6.2010, 2.

הרבנים החרדיים סתירה, וגם זה כמובן מתוך שיקולים תועלתניים אינסטרומנטליים.<sup>116</sup> למותר לציין כי נכונותם של החרדים להתאחד אף סביב קבוצה קטנה מן הציבור שנפגעת מפסיקת בית המשפט החילוני הופכת את אכיפת הפסיקה הסותרת את דין תורה נגד כל קבוצה (במובחן מאכיפת חוק פלילי נגד חרדים שפעלו בעצמם בניגוד לתורה)<sup>117</sup> לאכיפה נגד ציבור בן שמונה מאות אלפי אנשים הנחוש שלא לציית, מה שמטבע הדברים הופך אותה לבלתי ראלית. ברוח זו אנשי אקדמיה שונים הביעו תמיהה עמוקה על הדרך שבה בחר בג"ץ לנהוג בפרשת עמנואל.<sup>118</sup>

#### ד. האם בית המשפט יכול להניע תהליך שבסופו שינוי במצב הפוליטי הנוכחי?

בפרק הקודם ראינו כי לבית המשפט העליון אין יכולת להוביל לשינוי ערכי ואף לא לשינוי התנהגותי באמצעות הטלת חיוב על המדינה להפעיל את כוחה הכופה, ובכך הופרכה האמונה הנאיבית כי ביכולתו של בית המשפט להפוך את היוצרות בכוח פסיקתו. עם זאת אי אפשר להסיק מכך באופן אוטומטי כי המוסד השיפוטי הישראלי איננו מסוגל להניע שינוי בתוך החברה החרדית, שהרי כפי שכבר נרמז בדיונונו על השפעת פסיקת בג"ץ בעניין רובינשטיין בסיפה של פרק ג, פסיקת בית המשפט המחייבת את המדינה להפעיל את כוחה הכופה יכולה להיכלל במערכת השיקולים של קובעי המדיניות החרדית כחלק מהלחץ המופעל עליה מן הכיוון של הציבור הכללי, להוות

116 תימוכין הלכתיים לעמדה זו אפשר למצוא בבבלי, סנהדרין מט, ע"א; משנה תורה, מלכים, פרקים ג-ד. להצגה מפורשת של העמדה ראו להלן ה"ש 361.

117 דוגמה עדכנית למקרה שבו מפרי החוק החילוני לא זכו לגיבוי הציבור החרדי משום שבאותו מעשה הם הפרו גם את דין תורה היא פרשת הכוללים של העדה החרדית שזייפו תעודות זהות וכך גרמו למדינה לשלם להם כספים על תלמידים שאינם קיימים, ראו ניר חסון "חשד: עמותות חינוך חרדיות זייפו תעודות זהות כדי לקבל כספים במרמה" הארץ – חדשות online 21.11.2010 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1199700.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1199700.html). פוסק הדור הרב יוסף שלום אלישיב הגדיר את מעשי המזוייפים כ"חילול השם גדול" ואף אמר שחל על המזוייפים "דין רודף" – ראו קובי נחשוני "הרב אלישיב: דין רודף למעורבים בפרשת ההונאה" ידיעות אחרונות – ynet חדשות 21.11.2010 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3987900,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3987900,00.html).

118 לעמדתה של פרופ' רות גביון, שאיננה פוסלת את מטרת הביטול של ההפרדות בחינוך אך רואה בפסיקת בית המשפט בפרשת עמנואל מהלך לא נכון בעליל, ראו רות גביון "בג"ץ עמנואל – טרגדיה ישראלית" ידיעות אחרונות – ynet דעות 22.6.2010 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3908892,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3908892,00.html). לדעתו של פרופ' ידידיה צ' שטרן, בית המשפט איננו צריך לקלוע את עצמו לעין הסערה כאשר אין לו ביטחון שינצח ראו ידידיה צ' שטרן "פרשת עמנואל – טרגדיה של טעויות" הארץ – חדשות online 18.6.2010 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1174938.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1174938.html).

תמריץ חיובי לפשרות ולהוביל בסופו של יום לשינוי. יתרה מזאת, לכאורה בחירתו של בית המשפט לחייב את המדינה להפעיל את כוחה המקצה עשויה לעקוף את הקשיים העולים, כנטען בפרק הקודם, מאיום הכפייה, ובכך להביא לשינוי. בטרם אעמיק דון בניתוח של קווי מחשבה אלה, חשוב לומר מראש מה יוגדר בפי כהצלחה להניע שינוי חברתי ומה ככישלון. מחד גיסא ברור כי אין אני מצפה לשינוי מידי ומדויק של המציאות המורכבת לפי החלטת בית המשפט (קיומה של אפשרות זו הופרך בפרק הקודם) ולא אגדיר אי-עמידה בכך ככישלון; מאידך גיסא לא אוכל לקרוא "הצלחה" לתרומה זניחה גרידא למהלך החברתי או להחלטה שהקשר הסיבתי בינה לבין התוצאה הסופית נראה עמום במיוחד. איאלץ אפוא להסתפק בהגדרה מעורפלת משהו הדורשת תרומה נכבדת (אך לאו דווקא דומיננטית) להליך חברתי שבסופו צפויה תוצאה העולה בקנה אחד עם המטרות היסודיות של הגורם המתיימר להניע את השינוי, לענייננו בית המשפט העליון.<sup>119</sup> חשוב להבהיר כי לא נדרש להוכיח שהתוצאה שבסוף ההליך תהיה תוצאה ערכית-אידאולוגית, כרצונם של מבקשי השינוי הליברלי, אלא די בשינוי התנהגותי מקיף, שהוא כאמור בחזקת המוביל לשינוי תפיסתי ליברלי.<sup>120</sup>

בפרק זה אשאף להראות כי בשל המצב הפוליטי העכשווי והצפוי בישראל הסבירות להצלחתו של בית המשפט להניע שינוי חברתי ניכר שיש בו כדי לגרום לחרדים להשתלב בהוויה הישראלית המודרנית ולהפגין סובלנות כלפי ערכים ליברליים היא נמוכה מאוד.<sup>121</sup> כדי לבסס טענה זו אשתמש בתאוריה של ג'רלד רוזנברג, המנסה לאתר קווים

119 בשל הצורך לקבוע הגדרה כלשהי, ההגדרה המוצעת נראית על רקע החלופות (כגון דרישה לתרומה דומיננטית או הסתפקות בתרומה כלשהי) סבירה והגיונית. גם הדרישה שהשינוי המתרחש בפועל יתאם ברמה העקרונית את כוונתו של מי שיכולתו להניע שינוי עומדת למבחן עולה בקנה אחד עם השכל הישר, שהרי קשה מאוד לייחס יכולת להניע שינוי כלשהו למי שמתכוון לשינוי אחר לגמרי. לדיון בנפקות ההגדרה של השינוי ביחס לאומדן העמידה של הגורם המניע את השינוי במשימתו ראו MALCOLM M. FEELEY & EDWARD L. RUBIN, JUDICIAL POLICY MAKING AND THE MODERN STATE – HOW THE COURTS REFORMED AMERICA'S PRISONS 317–318 (1998).

120 ראו לעיל ה"ש 69 והטקסט הצמוד לה.

121 כאן המקום להוסיף את ההערה המושגית הזאת: הרשימה מרבה להשתמש בלשון המייחסת לבית המשפט כוונה להניע שינוי חברתי, אולם לכאורה אפשר לטעון כי רק "נכפה" עליו ליישם את הדין. הכרעה בהתלבטות זו איננה משפיעה על דיוננו, שכן די לנו בכך שהחוגים הליברליים העומדים מאחורי העתירות נגד המגזר החרדי אכן מבקשים להשיג את השינוי החברתי המדובר (ולעניין זה ראו לעיל ה"ש 16) ובכך שבית המשפט משתף עמם פעולה. עם זאת דומה כי תהיה זו היתממות לטעון שבסוגיות הנוגעות לענייננו אפשר לראות בבית המשפט כמיישם את הדין גרידא, שכן בכל הפרשות הנדונות במאמר הטענה המשפטית של העותרים והבסיס העיקרי לפסיקה ממוקדים בפגיעה בעקרון השוויון. כידוע, הן בדין המנהלי והן במשפט החוקתי עיקרון זה איננו מוחלט, ואת הפגיעה בו אפשר להצדיק באמצעות דוקטרינות משפטיות שונות שמתאפיינות בעמימות (ראו למשל את פערי היישומים של הדוקטרינה הרלוונטית בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94

מנחים שבאמצעותם יהיה אפשר לנבא את סיכויי הצלחתו של המוסד השיפוטי להוביל לשינוי חברתי ניכר.

## 1. הצגת התזה של ג'רלד רוזנברג ובחינת התאמתה הכללית לשיטת המשפט הישראלית

מאז שנות החמישים של המאה הקודמת החברה בארצות הברית נסחפה אחרי תפיסה רומנטית הרואה בבית המשפט מוסד המוביל שינויים חברתיים ומגן על זכויות הפרט תוך התגברות על הקשיים המוכּנים של המערכת הפוליטית.<sup>122</sup> שני ציוני דרך בולטים לתפיסה זו הם פסק-הדין בעניין *Brown v. Board of Education* הידוע, אשר ניתן על ידי בית המשפט העליון האמריקאי בשנות החמישים, ובו נאסרה הפרדה בין תלמידים שחורים ללבנים בבתי הספר,<sup>123</sup> ופסק הדין בעניין *Roe v. Wade*, שבו הוכרה לראשונה בארצות הברית זכותן של נשים לבצע הפלות.<sup>124</sup> לאחרונה עוררה סוגיה חוקתית חדשה את שאלת היכולת של בית המשפט לחולל שינוי חברתי – סוגיית ההכרה בנישואים חד-מיניים, שעלתה בין שאר המדינות גם בארצות הברית.<sup>125</sup> על רקע זה נולד טיעונו האמפירי של המלומד האמריקאי ג'רלד רוזנברג. רוזנברג מנסה בספרו *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* להפריך על ידי מחקר אמפירי

(1995), אשר זכו לא פעם לביקורת ציבורית ואקדמית נוקבת על מהותן ויישומן האקטיביסטי (ראו למשל משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 (2007) – ואלו הן פסקת ההגבלה (ובעיקר מבחן המידתיות) (ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) והדוקטרינות של מידתיות וסבירות של שיקול הדעת המנהלי (ראו למשל בג"ץ 6407/06 דורון נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 23.9.2007)). נוסף על הביקורת שבאה מחוץ לכותלי בית המשפט, גם השופטים עצמם מכריזים שהכרעה באמצעות דוקטרינות אלה מתבססת על ערכי החברה או ערכי "הציבור הנאור" (ראו למשל בג"ץ 2481/93 דייך נ' וילק, פ"ד מח(2) 456, פס' 23 לפסק דינו של השופט ברק (1994)). למותר לציין כי בפרשות שנדונו במאמר עיקר הדיון התנהל סביב אופן היישום הראוי של אחת מהדוקטרינות לעיל. משכך, נראה כי לא מן הנמנע להניח כי בסוג המקרים שנדונים במאמר בית המשפט אכן מכריע לפי עמדתו הערכית (גם אם הוא בתמימות מאמין שעמדתו זו מגלמת את ערכי החברה). אולם הכרעה בשאלות הקשורות לדילמות לאומיות כואבות וכבדות משקל על סמך עמדה ערכית אינה יכולה לשקף אלא כוונה (או בהשאלה מהדין הפלילי – צפיות כאפשרות קרובה לוודאי) להוביל לשינוי חברתי.

122 רות גביוון "התקווה החלולה: האם בתי המשפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג" מעשי משפט ב 15, 16 (2009) (להלן: גביוון "התקווה החלולה").

123 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: עניין *Brown*).

124 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

125 ראו למשל את פסק הדין של בית המשפט לערעורים במדינת מסצ'וסטס: *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

מקיף מתחום מדעי החברה את האמונה המקובלת שבית המשפט הוא שהניע שינוי חברתי בפרשות שהזכרנו לעיל. למשל, באשר לזכויות השחורים רוזנברג מבסס בצורה משכנעת את הטענה שלפיה החלטות בית המשפט בעניין כשלעצמן לא הובילו לשינויים, ורק כאשר זרועות השלטון האחרות נרתמו למאבק החל המצב להשתנות.<sup>126</sup> למסקנה דומה רוזנברג מגיע גם בסוגיית היתר ההפלות וזכויות נשים<sup>127</sup> ואף בנוגע לנושא העדכני של נישואים חד-מיניים.<sup>128</sup>

למרות מגמת הדרומנטיוזיה זו רוזנברג אינו פוסל על הסף את יכולתו של בית המשפט להניע רפורמות חברתיות, אולם הוא מעלה למודעות את המגבלות העיקריות שיש בהן כדי להכשיל את בית המשפט בבואו לחולל שינוי. רוזנברג מונה שלוש מגבלות שבתוכן פועל בית המשפט:<sup>129</sup> ראשית, תפקידו המסורתי של בית המשפט הוא להפעיל משפט קיים ולא ליצור משפט חדש הנצרך לשם שינוי חברתי. בהקשר הזה רוזנברג מתייחס לטיבן המוגבל של זכויות חוקתיות, לעילות סף, להיעדר תקדימים ולמגבלות מובנות של טיעונים משפטיים. שנית, בית המשפט איננו עצמאי דיו מרשויות השלטון האחרות שכנגדן הוא נדרש לפעול בבואו להניע שינוי חברתי. שלישית, לבית המשפט חסרה יכולת לגבש מדיניות מקיפה לביצוע השינוי וכן יכולת להוציא מדיניות כזו אל הפועל. יושם אל לב כי לעומת הסרת שתי המגבלות הראשונות, המוצגת כתנאי-קדם ליכולתו של בית המשפט להניע שינוי חברתי, הרי שהפתרון למגבלה השלישית יכול שיינתן על ידי עמידה בארבעת התנאים שבהם אדון בהמשך הרשימה. בשלב זה שומה עלינו (במסגרת בחינת התאמת התזה של רוזנברג לשיטת המשפט הישראלית) לבחון אם שתי המגבלות הראשונות שעליהן עמד המלומד האמריקאי אכן הוסרו בשיטתנו, כדי שיימצא טעם להמשך הדיון בסוגיה, שהרי אם מגבלות אלה מתקיימות בשיטה הישראלית, אזי בית המשפט הישראלי נתפס, לפי התזה של רוזנברג, כחסר יכולת להוביל לשינויים חברתיים באופן כללי ולא דווקא בהקשר שהרשימה דנה בו.<sup>130</sup>

באשר למגבלה הראשונה, המתייחסת לטיבן של זכויות חוקתיות, דומה כי המצב בשיטה הישראלית נוח יחסית מבחינתו של בית המשפט, ובכל מקרה נוח מן השיטה האמריקאית שאליה מתייחס רוזנברג במחקרו. למשל, מגילת הזכויות (*The Bill of Rights*) הכלולה בחוקה האמריקאית נכתבה לפני יותר מ-200 שנה וכוללת רשימה מפורטת של זכויות האדם המוגנות. אמנם המגילה כוללת זכויות שמשמשות סתום

GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE – CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 42–162 (2nd ed. 2008).

127 שם, בעמ' 173–265.

128 שם, בעמ' 339–429.

129 שם, בעמ' 13–21.

130 אליבא דרוזנברג, הסרת שלוש המגבלות היא תנאי הכרחי להגדרתו של בית המשפט כבעל יכולת להוביל לשינוי – שם, בעמ' 36.

להחדרתן של זכויות חדשות (למשל, Due Process או Equal Protection),<sup>131</sup> ולמרות המחלוקת העזות המתנהלות סביב הגישה הפרשנית הראויה כלפי החוקה בין תומכי הפרשנות המנסה להתחקות על כוונת המחבר לבין תומכי פרשנות פתוחה יותר, נראה כי יצירתן של זכויות חדשות או אפילו יישום של זכות קיימת בהקשר חדש במסגרתה של פרשנות חוקתית אינם מעשים של מה בכך והם נעשים בזירות רבה,<sup>132</sup> דבר המחזק את תחולתה של המגבלה הראשונה. לעומת זאת בישראל הן אופיין של הזכויות החוקתיות והן הגישה הפרשנית המופעלת כלפיהן<sup>133</sup> מספקים לבית המשפט תנאים נוחים יותר ליצירת שינוי חברתי. מסקנה דומה עולה בנוגע לעילות הסף העיקריות, שמתקיימות במידה כזו או אחרת בשיטה האמריקאית,<sup>134</sup> ואשר נשחקו בישראל עד מאוד בעשורים האחרונים.<sup>135</sup>

בנוגע למגבלה השנייה נראה כי גם כאן מצבו של בית המשפט הישראלי טוב משל עמיתו האמריקאי, בעיקר בשל ההבדלים בשיטת מינוי השופטים:<sup>136</sup> בארצות הברית השופטים ממונים על ידי נשיא המדינה באישור הקונגרס, והם ממילא מזוהים עם הנשיא שמינה אותם,<sup>137</sup> ואילו בישראל כידוע השופטים ממונים על ידי ועדה שהכוח המרכזי בה נתון לקהיליית השופטים עצמם,<sup>138</sup> ומכאן אף טענות לעצמאות-יתר של הרשות

131 U.S. CONST. amend. XIV

132 לתיאור הגישה הפרשנית הנהוגה בארצות הברית ולביקורת עליה ראו David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. CHI. L. REV. 877 (1999).

133 לדין נרחב במובניה של הזכות לכבוד (שהיא הזכות המרכזית המשמשת כר פורה לפרשנות חוקתית יצירתית) ובגישה הפרשנית הראויה כלפיה ראו את ספרו של ברק, אשר עיצב את המצב הקיים בתחום כיום: ברק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 401–464.

134 למשל, לדין במעמדה החזק יחסית של זכות העמידה בשיטה האמריקאית ראו Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 752 (1984); Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992) עם זאת בשנים האחרונות מובנים מסוימים של עילת סף זו החלו להיחלש. לעניין זה ראו Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens, 529 U.S. 765 (2000) ולאחרונה ממש: Bond v. United States, No. 09-1227, slip op. 9 (3rd Cir. June 16, 2011).

135 השוו להתייחסותה של פרופ' גביון לאפשרות יישום התזה של רוזנברג במצב בישראל (גביון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 27–29). לדין במגמת ההתפוררות של זכות העמידה ראו יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח 499 (2006); לדין בירידת כוחה של דוקטרינת השפיטות ראו ברק-ארו "גיוס בחורי הישיבות", לעיל ה"ש 94.

136 רוזנברג עצמו, הן בשיטה האמריקאית שמנגנון מינוי שופטים בה וממילא מידת תלותם של השופטים ברשויות האחרות הם בבחינת נתון קבוע, מציע כפתרון למגבלה תמיכה של מסה קריטית מקרב חברי הקונגרס (ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 36).

137 לדין במידת הפוליטיזציה של מינוי השופטים בארצות הברית ראו Stephanie K. Seymour, *The Judicial Appointment Process: How Broken Is It?*, 39 TULSA L. REV. 691 (2004).

138 לפי ס' 4(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, שלושה מתוך תשעת חברי הוועדה לבחירת שופטים הם שופטי בית המשפט העליון (והם הקבוצה ההומוגנית הגדולה ביותר בוועדה). יש לציין כי בזמן כתיבת



השופטת ובפרט של בית המשפט העליון שמעניקה לו כוח בלתי ראוי.<sup>139</sup> מנגד קיימת טענה שלפיה העצמאות האישית של השופטים בישראל (הנוצרת בשל מנגנון המינוי הלא-פוליטי) איננה הרכיב היחיד בעצמאות השפיטה, אלא שנדרש להקנות לרשות השופטת גם עצמאות מוסדית אדמיניסטרטיבית, כשהכוונה בעיקר להעברת סמכויותיו המנהליות של שר המשפטים לנשיא בית המשפט העליון.<sup>140</sup> עם זאת גם התומכים ברעיון זה מסכימים כי הלכה למעשה העובדה שמכויות אדמיניסטרטיביות הנוגעות לניהול מערכת המשפט מצויות בידי שר המשפטים אינה משפיעה על תפקודה של מערכת המשפט, מאחר ששרי משפטים מקפידים להפעיל את סמכויותיהם אלה בתיאום עם נשיא בית המשפט העליון.<sup>141</sup> אם כן, ברורה מסקנתו של פרופ' שטרית האומר כי "הרשות השופטת בישראל היא רשות עצמאית. במילוי תפקידי השפיטה היא אינה תלויה באדם או ברשות אחרת. אי-התלות היא אי-תלות מהותית ואי-תלות אישית".<sup>142</sup> שטרית מבסס את קביעתו על נתונים רבים, כגון חסינות השופטים, תנאי כהונתם וניהול מערכת המשפט. בנוסף, החלק השני של מאמרו עוסק בסוגיית האקטיביזם השיפוטי, שאף הוא מוכיח במידה רבה את עצמאותו של בית המשפט העליון מרשויות השלטון האחרות.<sup>143</sup> משכך, נראה כי שתי המגבלות הראשונות שעליהן עמד רוזנברג במחקרו הוסרו בשיטתנו,<sup>144</sup> וממילא אין מניעה אפירורית לכך שבית המשפט העליון הישראלי יניע

- המאמר נדונה בכנסת הצעת חוק הקוראת להתנות את הדיון במועמד מסוים בוועדה למינוי שופטים באישור של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כדי לשנות את האיוון בין רשויות השלטון בסוגיית מינוי השופטים (הצעת חוק בתי המשפט (תיקון) – שקיפות בהליכי מינוי שופטים לבית המשפט העליון ובמינוי הנשיא והמשנה לנשיא בית המשפט העליון), התשע"א–2011, ה"ח 3423/18). ברור כי מניסיונות מסוג זה נובע פוטנציאל לשינוי המצב ביחס למגבלה השנייה.
- 139 ראו למשל מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" מחקרי משפט יט 423 (2003).
- 140 ראו מיכל אגמון גונן "אי-תלות שיפוטית? האיום מבפנים?" המשפט י 213, 217–220 (2005); יצחק זמיר "הרשות השופטת מהי? האם היא עצמאית? מי עומד בראשה?" מאזני משפט ו 105, 109–118 (2007).
- 141 זמיר, שם, בעמ' 115. המחבר מציין כי השקט ששרר במערכת המשפט הופר עם תחילת כהונתו של השר דניאל פרידמן (שם, בעמ' 116), ועם זאת לא נטען בעניינו של פרידמן שהוא אכן ניסה להשפיע, או השפיע בפועל, באופן בלתי הוגן על מערכת המשפט באמצעות הסמכויות הנתונות לו.
- 142 שמעון שטרית "תרבות העצמאות השיפוטית בישראל: היבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בראייה היסטורית" משפט ועסקים י 525, 529 (2009).
- 143 שם, בעמ' 562–572.
- 144 ברור כי אין מדובר בהסרה מוחלטת של מגבלות אלה בכך שהמגבלות מתקיימות בישראל במידה פחותה ביחס לארצות הברית, ומכאן שאם רוזנברג ראה צורך בניתוחה של מגבלה שלישית, קל וחומר שגם אנו איננו צריכים להימנע מכך.

שינוי חברתי ניכר. מכאן שבהחלט אפשר לגשת לבחינת השאלה הקונקרטית העומדת במרכזו של המחקר הנוכחי.

המחקר הנוכחי נסב על המגבלה השלישית שהזכרתי, היא היעדר יכולת לגבש מדיניות מקיפה לביצוע השינוי וכן היעדר יכולת להוציא מדיניות כזו לפועל. אין צורך להכביר מילים כדי להראות שהמגבלה בצורתה הבסיסית מתקיימת בשיטתנו, כמו למעשה בכל שיטה שמתקיימת בה הפרדת רשויות במובן המקובל,<sup>145</sup> שהרי לרשות השופטת, שלצדה מתקיימות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, אין "לא ארנק ולא חרב", אמצעים הנחוצים להוצאת מדיניות חדשה אל הפועל. בית המשפט הישראלי איננו יוצא דופן מהבחינה הזו: גם בית המשפט הישראלי נטול תקציבים עצמאיים (והוא אף אינו בעל יכולת ואינו נוהג לקבוע לרשויות האחרות את הדרכים הספציפיות להקצאת כספי הציבור);<sup>146</sup> גם בית המשפט הישראלי נטול כוח אכיפה ישיר והוא תלוי במובן זה ברשות המבצעת; גם הוא מקבל את החלטותיו רק כמענה לעתירות המוגשות אליו ורק בנוגע לשאלות המשפטיות שעתירות אלה מעלות.

כדי לבחון את כוחה של המגבלה השלישית רוזנברג קובע את ארבעת התנאים שיעמדו בלב הניתוח המוצע ברשימה זו. לטענתו, התקיימותם של תנאים אלה – לאו דווקא באופן מצטבר<sup>147</sup> – עשויה לאפשר לבית המשפט להניע שינויים חברתיים ניכרים על ידי החלשת כוחה של המגבלה השלישית. האמירה הכללית העומדת מאחורי התנאים הפרטניים אומרת כי בתמיכה ציבורית ופוליטית לגישת בית המשפט קיימת אפשרות להתגבר על המגבלה השלישית אם גורמים לא-שיפוטניים ("non-court actors" – הכוונה בכך בעיקר לשחקנים פוליטיים, אך גם לציבור בכללותו)<sup>148</sup> יתרמו בהתנהגותם ליישום הפסיקה. למשל, רוזנברג טוען כי כשקיים שיתוף פעולה מצד הגורמים הלא-שיפוטניים,

145 לדין בהיעדר אמצעים בידי בית המשפט לגיבוש מדיניות כנגזרת של הפרדת הרשויות ויישומה ראו Worrall F. Mountain, *The Role of Judicial Activism: Neither Sword Nor Purse?* 10 SETON HALL L. REV. 6, 9 (1979–1980).

146 הנשיא ברק היטיב להגדיר מגבלה זו כך: "[...] שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לו לשופט להזהר מהפעלתם" (בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004)). גם כשבית המשפט מתערב בשאלות תקציביות, הרי שהוא קובע אך עקרונות כלליים, כגון הקצאה שוויונית, ואיננו נכנס לשאלות כלכליות ספציפיות שללא הכרעה בהן מטבע הדברים אי אפשר לקבוע מדיניות וליישמה. לעניין זה ראו למשל בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, פס' 11 לפסק דינה של השופטת דורנר (2002).

147 רוזנברג קובע כי לפחות תנאי אחד חייב להתקיים כדי שיהיה לבית המשפט סיכוי להצליח בהנעת הרפורמה (ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 35).

148 בתיבה "ציבור" כוונתי לא רק להמון המתאגר באופן ספונטני לצורך מאבק אלא גם מלכ"רים, הוגי דעות, בעלי הון ואף תקשורת.

פסיקת בית המשפט עשויה להוביל את הצדדים לשולחן משא ומתן ובכך לקדם מאוד את השינוי.<sup>149</sup> נעמוד עתה על ארבעת התנאים.<sup>150</sup>

ראשית, נדרש ששחקנים לא-שיפוטיים יספקו תמריצים ליישום הרפורמה שבית המשפט שואף להניע. התמריצים נועדו לגרום לאלה שהסכמתם נדרשת ליישום הרפורמה לשתף פעולה עם בית המשפט. התמריץ היעיל ביותר, לטעמו של רוזנברג, הוא כמובן כסף, אולם רוזנברג מדגיש כי תמריצים כספיים צפויים להיות בלתי יעילים במקרים של התנגדות עזה או היעדר גמור של רצון לשתף פעולה עם השינוי המתגבש. שנית, נדרש ששחקנים אחרים יטילו עלויות על אי-יישום פסיקת בית המשפט. תנאי זה הוא כמובן תמונת ראי של התנאי הראשון והגיונו פשוט: ככל שאי-יישום הפסיקה יהיה כרוך בעלויות גבוהות יותר מבחינתם של אלה ששיתוף פעולה מצדם חיוני להנעת השינוי, כך גדלים הסיכויים להצלחת הרפורמה. רוזנברג מסביר כי לשם הנעה של שינוי חברתי מקיף לא די בעלויות שבית המשפט עצמו מוסמך להטיל, אלא נדרשת הטלת עלויות כללית ונרחבת שרק חקיקה או אקט מנהלי יכולים לספק. בנוסף, כדי שהתנאי יתקיים נדרש שיוטלו עלויות גבוהות מהתועלת הצומחת לשחקנים הרלוונטיים מאי-שיתוף הפעולה עם בית המשפט. שלישית, אפקטיביות הרפורמה השיפוטית מצריכה את קיומם של מנגנוני השוק שיש ביכולתם לאכוף את החלטת בית המשפט. כלומר, אם השינוי יכול להתרחש ללא שינוי במוסדות הקיימים (דהיינו ללא התערבות שלטונית) אלא באמצעות מנגנוני השוק בלבד, אז גדלים סיכויי של בית המשפט להצליח בהובלת השינוי. למעשה, נדרש שלתומכיו של בית המשפט תהיה אפשרות ליצור מוסדות חלופיים למוסדות השמרניים המתנגדים לשינוי, וזאת כדי ליישם את ההחלטה השיפוטית. רביעית, בית המשפט יוכל לייצר שינוי חברתי אם החלטותיו מספקות מנוף לגורמים הרוצים בשינוי, אך כאלה שאינם מסוגלים להניעו ללא מעטפת של חובה משפטית. למשל, פסיקת בית המשפט יכולה לשמש את הגורמים ברשות המבצעת המעוניינים בשינוי בכך שהפסיקה תשמש בסיס לדרישתם של אותם גורמים כלפי המחוקק להגדלת התקציבים הנצרכים לרפורמה או כתירוץ להימנע מאכיפה של חקיקה המיועדת לסכל את הרפורמה.

התנאים שרוזנברג מונה אמנם מתייחסים לשיטת המשפט האמריקאית, אולם נראה שהם צפויים להועיל לא פחות גם בהקשר הישראלי, שהרי המענה למגבלה השלישית, המתקיימת כאמור במידה דומה אצלנו, יכול שיינתן בשני אופנים בלבד: כרסום בהפרדת הרשויות תוך העניקה לבית המשפט סמכות לגבש תכניות ארוכות טווח ולהוציאן לפועל (וזהו כמובן רעיון היפותטי גרידא) או שיתוף פעולה בין בית המשפט לרשויות השלטון האחרות, שבמסגרתו הגורמים הלא-שיפוטיים משלימים את בית המשפט בנקודות שבהן ניכר חסרונו: גיבוש מדיניות ויישומה. ככל שפרופוזיציה כללית זו נכונה, הדיון

149 ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 31–32.

150 שם, בעמ' 30–36.

ברלוונטיות התנאים הספציפיים שרוזנברג קובע לשיטתנו הופך לכמעט טריוויאלי, מאחר שאין בהם כל רכיב ייחודי לשיטה האמריקאית. ובכל זאת אראה בקצרה כיצד עמידה בתנאיו של רוזנברג מאפשרות לבית המשפט לפעול ביעילות להנעת שינוי בהקשר הנדון ברשימה, וכיצד אי-עמידה בהם מכרסמת ביכולת זו.<sup>151</sup> באשר לתנאי הראשון, גם בית המשפט הישראלי אינו מסוגל בעצמו לספק תמריצים כלכליים הנדרשים להנעת השינוי. לענייננו, בית המשפט אינו יכול למשל לבנות תכנית שתעודד את המגזר החרדי לצאת לשוק העבודה או תכנית שתגרום למוסדות החינוך החרדיים ללמד לימודי חול וליישמן, ולכן בית המשפט זקוק לשיתוף פעולה של השחקנים הפוליטיים. לעומת זאת המחוקק ורשויות המנהל, כך לפחות בהסתכלות הלכאורית, יוכלו לגשר על הפער וליישם את פסיקת בית המשפט באמצעות בניית תכניות עידוד יעילות והוצאתן אל הפועל. באשר לתנאי השני, התמריצים השליליים שבית המשפט בישראל מסוגל לייצר באופן עצמאי מוגבלים לענישה על ביזיון בית המשפט, והם כפי שראינו בדיון בפרשת עמנואל, אינם מספקים את הסחורה אף בהקשר של מוסד חינוך אחד נתון, שלא לדבר על שינוי חברתי מקיף. לכן בית המשפט זקוק לכך שהמחוקק ו/או הרשות המבצעת ישתפו עמו פעולה ויטילו עלויות על אי-יישום הפסיקה באמצעות חקיקה או החלטות מנהליות שתיאכפנה בצורה מקיפה. בנוגע לתנאי השלישי, גם אצלנו קיומם של מנגנוני השוק היכולים לקדם את השינוי ללא צורך במעורבות שלטונית עשוי באופן תאורטי לתרום ליכולתו של בית המשפט להוביל לאותו השינוי. לדוגמה, ככל ששוק העבודה בישראל, כמות שהוא, מוכן לקלוט אברכים ולתגמל אותם באופן הולם, כך לפסיקת בית המשפט המקדמת שינוי בתחום השתלבות החרדים בעבודה יש סיכוי גבוה יותר להצלחה. לבסוף, התנאי הרביעי עשוי להיות רלוונטי לניתוח הסוגיה החרדית ביתר שאת מאחר שכפי שנראה בהמשך הניתוח, הימנעות המחוקק והממשלה מהנעת שינויים נובעת מתלות קואליציונית בסיעות חרדיות, ולכן סביר להניח כי בתוך הרשות המבצעת קיימים גורמים לא מעטים הממתנים לגושפנקה משפטית שתאפשר להם לחתור תחת המדיניות הגלויה וליישם את גישתו של בית המשפט.

בנוגע לשימות התזה של רוזנברג בישראל נותר לנו להוסיף כי רוזנברג עצמו, בבואו לייחס את טיעונו לשיטת המשפט האמריקאית, מדגיש רכיב אחד בלבד של השיטה בארצות הברית והוא סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית במובן של ביטול

151 חשוב לשים לב כי שאלת יעילות התנאים של רוזנברג בהקשר החרדי תיבחן בהרחבה להלן בפרק 2.ד, אשר לפי המסקנה העולה ממנו התנאים אינם מועילים ככל הנראה. עם זאת ברור כי אין בכך כדי לפסול את בחינת התנאים מלכתחילה. מה גם שמסקנת חוסר היעילות הכללית של התנאים בהקשר החרדי היא מסקנה מסויגת, ולו משום שהיא מתייחסת למצב היפותטי, ואילו בחינת התנאים של רוזנברג נדרשת לנו לצורך הערכת המצב הקיים והצפוי בפועל.

ההחלטות של רשויות השלטון האחרות על סמך חוקה,<sup>152</sup> רכיב שאנו תואמים בו את ארצות הברית.<sup>153</sup> אם כן, לאור הבחינה המוצגת בתת-פרק זה נראה כי טיעונו של רוזנברג, שלפיו התגברות על מגבלת כוחו השלישית של בית המשפט תתאפשר רק בהתקיים לפחות חלק מארבעת התנאים שרוזנברג קבע, תקף לשיטה הישראלית במידה שבה הוא תקף לשיטת האמריקאית.

## 2. בחינת ההתאמה של הניתוח האמפירי המונח בבסיס התזה של רוזנברג לסוגיית החרדים

בתת-הפרק הקודם דנתי בשאלת ההתאמה הכללית של טיעונו התאורטי של רוזנברג לשיטת המשפט הישראלית, אך עדיין עשויה להתעורר טענה שלפיה היות שטיעונו של רוזנברג הוא פרי מחקר אמפירי, אזי כדי שיהיה תוקף ליישום הטיעון בנושאים שונים מאלה שרוזנברג דן בהם, נדרשת מידת התאמה מסוימת לא רק ברמת שיטות המשפט אלא גם ברמת המקרים הקונקרטיים: בין אלה שרוזנברג ביסס עליהם את טיעונו לבין אלה העומדים למבחן ברשימה הנוכחית. תשובה מרכזית לטענה זו אומרת כי התזה של רוזנברג אמנם מוסקת מכמה מקרים ספציפיים, אולם זוהי בבירור טענה כללית, והנסיבות הספציפיות המתקיימות בפרשות המונחות בבסיס המחקר של רוזנברג אינן רכיב שאין בלתו בטענה זו. למעשה, כל עוד מדובר בשאלת ההנעה של שינוי חברתי מקיף באמצעות בית המשפט, טענתו של רוזנברג עשויה להיות תקפה.<sup>154</sup> יתרה מזאת,

152 ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 428.

153 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 88.

154 בפרק המבוא רוזנברג מציג את מסגרת טיעונו ומגביל אותו במגבלה אחת ויחידה והיא העובדה שעסקינן בשינוי חברתי מקיף, המוגדר בפיו כ"policy change with nationwide impact" (ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 4). בנוסף, גם בראי השכל הישר אופן הצגת הטענה של רוזנברג אינו מאפשר לסבור כי כוונתו של רוזנברג הייתה אך לסוג מקרים מסויים, שכן בכל מקום בספר שבו התייחס המחבר לטיעונו, הוא נקט לשון כללית, שיש לה שני סייגים בלבד: שיטת המשפט האמריקאית (ובכך כבר דנו לעיל) ושאלה של שינוי חברתי ניכר. ראו למשל ROSENBERG, שם, בעמ' 30–36, 422, 427–429. מלבד זאת בכתיבה הביקורתית הדנה בתזה של רוזנברג אפשר למצוא התייחסויות מפורשות לשאלה זו. ראו למשל את דברי המלומדים Shultz ו-Gottlieb, "Rosenberg argues not merely that the courts had little or no impact in specific cases, but he attempts to draw from these instances a general rule about judicial activity and the role of law" (ראו David Schultz & Stephen E. Gottlieb, *Legal Functionalism and Social Change: A Reassessment of Rosenberg's The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 12 J.L. & POL. 63, 66 (1996)).

ספציפית בהקשר הישראלי הושמעו דעות שלפיהן כתאוריה אמפירית עקרונית הגישה של רוזנברג תקפים גם אצלנו.<sup>155</sup>

עם זאת היות שבשלוש הפרשות שעליהן עמד רוזנברג במחקרו קיים מכנה משותף מסוים, החלת התזה שלו על נושא כזה או אחר תהיה לגיטימית יותר ככל שהרכיבים המהותיים הכלולים במכנה המשותף של פרשת דה־סרגציה, הזכות להפלות ונישואים חד־מיניים מתקיימים בנושא זה. יתרה מזאת, אם יימצאו בנושא העומד למבחן אי־התאמות מובהקות באשר למכנה המשותף של הפרשות האמריקאיות, ייתכן שהדבר ידרוש התחשבות בקביעת אופן החלת התזה של רוזנברג על הנושא. להלן נדון בכמה הבדלים בין מה שמצטייר כמכנה משותף לשלוש הפרשות שרוזנברג דן בהן לבין הפרשות הנוגעות למגזר החרדי בישראל.

ההבדל הראשון מתייחס לקבוצה הנהנית מהשינוי. בפרשות האמריקאיות השינוי החברתי נועד להיטיב עם קבוצות מיעוט מוחלשות ולהעניק להן זכויות (אפרו־אמריקאים, נשים שמעוניינות להפיל וזוגות חד־מיניים), ואילו השינוי בישראל נועד ליטול מקבוצת מיעוט "זכויות־יתר" כדי להיטיב עם הרוב.<sup>156</sup> למשל, גיוס בחורי הישיבות צפוי להוריד את הנטל הביטחוני המוטל על הרוב; שלילת הקצבאות צפויה הן להעביר את החלק מהתקציב שמתפנה בשל כך למגזרים אחרים, והן לגרום להוצאת החרדים לשוק העבודה ובכך לשפר את המצב המקרו כלכלי במדינה; מעורבות המדינה בחינוך החרדי עשויה לחזק את המכנה המשותף בחברה ובכך לתרום לחוסנה.<sup>157</sup> דומה

155 גביוון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 28. הדוגמה שגביוון מתייחסת אליה בהקשר של היעדר יכולתו של בית המשפט הישראלי להשיג שינוי כשהוא פועל לבדו היא סוגיה של דת ומדינה. דוגמאות להצלחת בית המשפט לתרום לשינוי חברתי בשיתוף פעולה עם הגורמים האחרים הן לדעת גביוון סוגיית שירותן של נשים בצבא וזכויות הקהילה ההומו־לסבית. בנוסף, ראו את הדיון ב־ Daphne Barak-Erez, *Judicial Review of Politics: The Israeli Case*, 29 J.L. SOC'Y 611 (2002), שם נטען כי תוצאת ההשפעה בפועל על הסוגיות הפוליטיות (כגון הסכמים ומינויים פוליטיים) שבהן התערב בית המשפט העליון הייתה מצומצמת מאוד.

156 יושם אל לב כי בלשון "להיטיב" או בלשון "זכויות־יתר" אין כדי להציג עמדה ערכית כלשהי בנוגע לשאלה אם עומדות לקבוצת הרוב בסוגיות הנוגעות לחרדים זכויות מוקנות, אלא שהמילים נועדו לשקף את ההנאה שהרוב צפוי לקבל מן השינוי החברתי (הנאה שאיננה תלויה בתשובות לשאלות מוסריות), אשר חשובה לעניין ניתוח התמיכה שבית המשפט צפוי לזכות לה בבואו לחולל שינוי.

157 לטענה זו ראו רות גביוון "מסגרת דיון למערכות חינוך בחברות רב־קהילתיות" לקראת מהפכה חינוכית? בעקבות כנס ון ליר לחינוך על קידום דוח דוברת 230, 230–239 (דן ענבר עורך, 2006). חשוב לציין כי פרשת עמנואל, לעיל ה"ש 1, אמנם נראית ככזו שאין מתעורר בעניינה הקושי העולה מן ההבדל הנדון, שכן גם בה, כמו בפרשות האמריקאיות, עסקינן בהגנה על זכויות מיעוט (המיעוט הספרדי בתוך החברה החרדית), אולם כפי שהובהר לעיל (בטקסט הצמוד לה"ש 113), מדובר בהבחנה מטעה, מכיוון שברובד העמוק מהות הפרשה, לעניין השינוי החברתי שעשוי לצמוח ממנה,

כי נפקות ההבחנה לדיוננו היא כדלקמן: כאשר לקבוצת רוב יש אינטרס ברור בשינוי החברתי המדובר, יכולתו של בית המשפט להוביל לשינוי תהיה גבוהה יותר מאשר במצב שבו עניין ממשי בשינוי קיים רק אצל קבוצת מיעוט מוחלשת.<sup>158</sup> טענה זו נראית נכונה מאוד, אולם מקומה של הטענה בתוך יישום התזה של רוזנברג, והיא איננה מאתגרת את עצם ההחלה, מכיוון שכל תרומתה היא בהצביעה על הסתברות גבוהה יותר לשיתוף פעולה מצד הגורמים הלא-שיפוטיים עם בית המשפט, עובדה שמשלתב היטב בטיעונו של רוזנברג וצפויה לבוא לידי ביטוי ביישום כל אחד מארבעת תנאיו.<sup>159</sup>

אפשר לתהות מדוע, כפי שיובהר בהמשך הפרק, במבחן המציאות העובדה שבמקרה שלנו קבוצת הרוב היא הנהנית מהשינוי איננה מקנה לבית המשפט יכולת לחולל שינוי חברתי בתחום, ולטעון על יסוד תהייה זו שבאופן החלת התזה של רוזנברג צריך להינתן ביטוי ממשי להבדל הנדון. בהקשר זה יש לתת את הדעת על כך שהחשיבות האמתית נודעת לא לאינטרס האובייקטיבי (או כזה שמתיימר להיות אובייקטיבי) שיש לציבור אלא לאינטרס הסובייקטיבי שהציבור מגלה בשינוי כזה או אחר בפועל, שכן דווקא

איננה הגדלת היקף זכויות המיעוט הספרדי אלא אבדן עצמאות החינוך החרדי מפני מעורבותה של המדינה החילונית.

158 הדברים האמורים בפסקה זו מספקים מענה לתהייה נוספת שעשויה להתעורר בנוגע ליישום התזה של רוזנברג לענייננו: לא ברור כלל בשינוי בתוך החברה החרדית הוא שינוי חברתי ביחס לכל החברה הישראלית. אנסה להשיב על תהייה זו כך: ראשית, ראינו בפסקה זו שקיים קשר הפוך (כך) לטענת מבקשי השינוי – ולעניין זה ראו לעיל ה"ש 16 ואת הטקסט הצמוד אליה) בין זכויות המיעוט החרדי בהקשרים הנדונים במאמר לבין זכויות של קבוצת הרוב. לכן אם מדובר בזכויות מיעוט חשובות מספיק, נראה כי מדובר בשינוי חברתי הנוגע לחברה בכללותה. שנית, לא נראה כי השינוי החברתי שרוזנברג דן בו חייב לשנות מן היסוד את חיי החברה, והדיון לנישואים חד-מיניים יוכיח. שלישית, וזאת עיקר התשובה, כפי שהוסבר בפרק המבוא, בענייננו השינויים הנוגעים לזכויות הרוב (או מיעוט בתוך מיעוט) ברובד הערכי והעמוק יותר נועדו למעשה לעצור או לבלום את מגמת התחרדות המדינה המתרחשת וצפויה בגלל גידולו הדמוגרפי והתעצמותו הפוליטית של המגזר החרדי – זהו שינוי חברתי בפני עצמו. תשובה זו פותחת פתח לטעון להבדל נוסף בין ענייננו לבין המכנה המשותף העולה מהפרשות שרוזנברג דן בהן ולומר כי בארצות הברית הכוונה הייתה לחולל שינוי במצב סטטי כלשהו (למשל, הפליה גזעית כלפי שחורים), ואילו אצלנו הרצון הוא להוביל לשינוי במגמה דינמית (התחרדות המדינה). ואולם, חשוב לשים לב כי בחינת התנאים של רוזנברג, כמבואר במבוא לפרק זה, נעשית בנוגע לשינוי ההתנהגותי ולא לשינוי הערכי העמוק: הרכיב ההתנהגותי בענייננו הוא סטטי בדיוק כפי שהיה בארצות הברית (מסורת של אי-גיוס, עצמאות החינוך החרדי, תשלום קצבאות לאברכי כוללים). כלומר, היות שאינני בוחן אם יתרחש השינוי הליברלי בחברה החרדית אם לאו וכיצד הדבר צפוי להשפיע על החברה הכללית, אלא מסתפק בשינוי התנהגותי (גיוס לצה"ל, הוראת לימודי ליבה בישיבות קטנות, שלילת תמיכה המדינה בלומדי תורה), ההבדל המוצע הופך לבלתי רלוונטי.

159 בהמשך לדיון לעיל בה"ש 154, דומה כי יש בכך כדי להצביע פעם נוספת על כלליות התזה של רוזנברג.

העניין בפועל עשוי להניע את הפוליטיקאים, המעוניינים לרצות את הבוחרים, לשתף פעולה עם בית המשפט.<sup>160</sup> ואולם, כפי שנראה בהמשך הניתוח, לא ברור כלל שהרוב מגלה עניין ממשי בכל הפרשות שהאינטרס שלו נפגע בהן, אלא שקיים מדרג מסוים בין הפרשות מנקודת מבט של העניין הסובייקטיבי לציבור,<sup>161</sup> שאליו נתייחס גם בבואנו לדון בכל פרשה לגופה, והוא שיספק חלק ניכר מן ההסבר לכישלון או להצלחה של בית המשפט.

לבסוף, לפחות לפי חלק מהטענות, ההתערבות בנעשה בתוך המגזר החרדי מונעת משיקולים פטרנליסטיים,<sup>162</sup> וכן בחלק מהמקרים אף הטענה המרכזית של העותרים היא להגנה על מיעוט בתוך מיעוט.<sup>163</sup> למה הדבר דומה? להתערבות פדרלית בנעשה בתוך מדינות הדרום בארצות הברית (שהיו מיעוט – אם כי מיעוט גדול – ביחס למדינות הצפון, שבהן העיקרון "נפרד אבל שווה" כבר הוצא מחוץ לחוק),<sup>164</sup> כדי להגן על מיעוט פנימי של שחורים בתוך אותן המדינות.<sup>165</sup> השוואה זו תקפה גם להתערבות השלטון הפדרלי בנעשה בתוך אותן מדינות ארצות הברית שסירבו לאפשר לנשים להפיל את עובריהן כרצונן.<sup>166</sup> בהמשך לכך אפשר לטעון כי לרוב הליברלי (המדינות שכבר כוננה בהן חקיקה ליברלית) היה אינטרס (לפחות אינטרס אידאולוגי) שהמדינות האחרות

160 להסבר התופעה ראו להלן ה"ש 331–334 והטקסט הצמוד להן.

161 להצגת המדרג בין הפרשות מבחינת העניין לציבור ראו להלן ה"ש 197–200 והטקסט הצמוד להן.

162 לדוגמה, נפוצה הטענה כי אכיפת הוראת לימודי ליבה נועדה להיטיב עם ילדי החרדים נגד רצון הוריהם (ראו למשל בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי נ' משרד החינוך, פס' 55 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 27.7.2008)). גם בנוגע לשלילת הקצבאות לא מן הנמנע להצביע על שיקולים פטרנליסטיים (המעורבים בתוך שיקולי רווחת הרוב), אשר מבוססים על הנחה ששלילת קצבאות המדינה תגרום לחרדים לצאת לשוק העבודה, להתפרנס בכבוד ולחיות חיי רווחה (ראו למשל את דבריו האלה של פרופ' אלחנן ריינר: "מי שמשלם את המחיר הנורא ביותר על המצב שנוצר הוא העולם החרדי עצמו. צמיחתן של הישיבות לממדים המבהילים הללו המיטה עוני על הקהילה כולה. העולם החרדי זקוק לעזרה ולא מן הסוג שהוגשה לו על פי תביעתו עד עתה" – שלמה נאה, צבי זוהר ואלחנן ריינר "החברה הישראלית ו'חברת הלומדים'" דברים אחדים 9 (2010)). באשר לשירות בצה"ל, אפשר ואף נהוג לראות בו אמצעי לשילוב החרדים בחברה ובשוק העבודה לאחר השירות. כך, דוח ועדת גבאי 2 (לעיל ה"ש 32, בעמ' 26) נוקט את אחת מהמלצותיו בזה הלשון: "הצוות סבור כי במידה רבה, הצלחתה של כל התוכנית תלויה ביכולת להפוך את מסלולי השירות המשמעותי ל'מקצה' לתעסוקה רווחית ומכניסה".

163 עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינו של השופט לוי.

164 נכון לשנת 1954 (שנת מתן פסק הדין בעניין *Brown*, לעיל ה"ש 123) ב-21 מדינות הייתה הפרדה מפלה בבתי ספר בבחינת חובה או רשות, ואילו ב-27 מדינות ההפרדה הייתה אסורה או שלא הייתה התייחסות לנושא בחקיקה (ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 42).

165 לדיון בתפקידם של מנהיגים פדרליים בביטול ההפרדה הגזעית ראו שם, בעמ' 94–95.

166 לדיון במעורבות הגורמים הפדרליים בסוגיית הפלות ראו שם, בעמ' 182–189.



יעברו שינוי בהקשרים המדוברים.<sup>167</sup> נמצאנו למדים שלא מדויק לטעון כי בארצות הברית הקבוצה היחידה שחתרה לשינוי היא אותו מיעוט נפגע, אלא שלרוב הליברלי היה חלק במאבק בדומה למצב בישראל.

ההבדל השני בין הפרשות המונחות ביסוד מחקרו של רוזנברג לבין הסוגיה החרדית נוגע לעמדת הריבון: בפרשות שרוזנברג דן בהן תמך המחקק הפדרלי בשינוי המבוקש, ואילו הקושי נבע בעיקר מהתנגדות הפוליטיקאים במדינות השונות,<sup>168</sup> אולם כפי שנראה בהמשך הפרק, רשויות השלטון המרכזי בישראל, ובפרט המחוקק, נוטים להתנגד לשינוי במגזר החרדי. בדומה לאמור על ההבדל הקודם, גם הבדל זה מקבל ביטוי מובהק ביישום התנאים של רוזנברג ואינו מאתגר את עצם ההחלה. אין ספק שעמדת הרשויות האחרות מקשה על בית המשפט בבואו להניע שינוי חברתי, אך יש לזכור כי עמדתן של רשויות אלה נבחנת במסגרת התנאים של רוזנברג ואינה חיצונית לניתוחם. פשיטא כי קבלת עמדה הפוכה, שלפיה כשכית המשפט נתקל בהתנגדות רבה (למשל, מצד המחוקק המרכזי), התזה של רוזנברג מאבדת את תוקפה, הייתה מרוקנת את טיעונו של רוזנברג מתוכן, שהרי כל מטרתו של טיעון זה היא לבחון את עמדתם של השחקנים הלא-שיפוטיים, ושל השחקנים הפוליטיים בראשם.

ההבדל השלישי שאפשר להצביע עליו הוא היותו של המגזר החרדי קהילה אוטונומית סגורה, ששינוי בה דורש "התערבות עומק". לעומת זאת ההתערבות השיפוטית שנדרשה בפרשות הנדונות בספרו של רוזנברג היא "התערבות רוחב" לכאורה. דומה כי טענה זו נכונה בעיקר בנוגע לסוגיית ההפלות ונישואים חד-מיניים, ואילו בפרשת הדה-סגרגציה בית המשפט נדרש להתערב בקהילה סגורה יחסית (אם כי הרבה פחות סגורה מהקהילה החרדית) של מדינות הדרום אשר המשיכה את המסורת המפלה נגד שחורים, מסורת שהייתה חלק חשוב מתרבותן הייחודית של מדינות אלה.<sup>169</sup> מכאן שהמאפיין של דרישה ל"התערבות רוחב" איננו בהכרח חלק מהמכנה המשותף של הפרשות הנדונות אצל רוזנברג, וממילא בעייתי להקיש ממנו על מהלך החלת הטיעון של רוזנברג על ענייננו.

מלבד זאת, יש לשים לב כי גם כאשר לשתי הפרשות האחרות ההבדל המדובר עשוי אך לחזק את המסקנה התיאורית העולה מרשימה זו, שלפיה אין לבית המשפט הישראלי יכולת לקדם שינוי רב בתחומי האוטונומיה החרדית. הרי כאשר אין מדובר בקהילה אוטונומית, סגורה ומלוכדת, התנגדותה לשינוי צפויה להיות יעילה פחות, וממילא יש

167 דיון בטענה ראו Charles M. Payne, "The Whole United States Is Southern!" *Brown v. Board and the Mystification of Race*, 91 J. AM. HIST. 84, 87 (2004).

168 ראו לעיל ה"ש 165–166.

169 דיון בתרבות הגזענית של מדינות הדרום ובהשפעתה על אופיין הקהילתי ראו DAVID R. GOLDFIELD, BLACK, WHITE, AND SOUTHERN: RACE RELATIONS AND SOUTHERN CULTURE: 1940 TO THE PRESENT 1–23 (1990).

מקום לייחס לבית המשפט יכולת גבוהה יותר להניע שינוי בתוך קהילה זו. לכן השינוי בהקשר החרדי צפוי להיות קשה יותר, מנקודת מבט זו, מהשינוי בהקשר של הפלות ונישואים חד-מיניים. אם כן, גם אם היה קושי מסוים בהחלת התזה של רוזנברג, הרי שאין בקושי זה כדי לקדם את טענת המאמר באופן לא הוגן, אלא ההפך מכך – היה בו כדי לאתגר את הטענה ולזכך אותה.

לעומת ההבדלים שנדונו לעיל, אשר אינם יוצרים קושי להחלת הטענה של רוזנברג על הפרשות הנדונות ברשימה זו, קיים מאפיין אחד בולט לכל שלוש הפרשות האמריקאיות אשר מתקיים בענייננו ביתר שאת – הקושי להניע שינוי במישור הפוליטי בשל כוחם הרב של מתנגדי השינוי. רוזנברג עצמו מדגיש את הרכיב של קושי פוליטי בפרק המסכם את ספרו.<sup>170</sup> כמו כן פרופ' גביון רואה במאמר ביקורת על ספרו של רוזנברג בהיעדר אפשרות לחולל שינוי בזירה הפוליטית סיבה עיקרית לנטייה, שהתגברה בארצות הברית מאז שנות החמישים, לראות בליטיגציה טכניקה מועדפת להשגת שינוי חברתי.<sup>171</sup>

לסיכום ההשוואה שערכתי בין המאפיינים שהם בבחינת המכנה המשותף לפרשות שעליהן מבוססת טענתו של רוזנברג לבין מאפייני הפרשות הנדונות ברשימה זו, נראה כי החלת התאוריה של המלומד האמריקאי על נושא החרדים בישראל לגיטימית, ואין בהבדלים המתקיימים מטבע הדברים בין הפרשות כדי להשמיט את הקרקע מתחת למהלך ההחלה.

### 3. הביקורת העיקריות על רוזנברג

למרות ניסיוני לשכנע לעיל באפשרות ליישם את התזה של רוזנברג בשיטת המשפט הישראלית באופן כללי ובסוגיה החרדית באופן ספציפי, דומה כי הניתוח שיוצג להלן לא יהיה מלא ללא התייחסות לביקורות העיקריות שנמתחו על ספרו של רוזנברג, שכן חלק מהביקורות בהחלט עשוי להיות לנו מכשול אפריורי. בתת-פרק זה אדון אך בביקורות כלליות המטילות ספק בתוקף טיעונו של רוזנברג או ברלוונטיות שלו. רוב ביקורות אלה מתייחסות אל טיעונו התיאורי של רוזנברג, שלפיו אין לבית המשפט יכולת להוביל לשינוי חברתי ניכר בעודו פועל לבד. שתי נקודות מייחדות בביקורות מסוג זה הן אלה: ראשית, אלה רוב הביקורות שנמתחו על רוזנברג (והדבר נראה אך טבעי היות שרוזנברג

<sup>170</sup> רוזנברג מסכם את התזה המוצגת בספרו כך: "The analysis in this book has shown that in assuming that courts can overcome *political obstacles* and produce change without mobilization and participation, reformers both reified and removed courts from the political and economic system in which they operate. And while such exercises may make for fine reading in constitutional-law textbooks, they seldom bring reform any closer"

(ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 428–429) (ההדגשה הוספה – ב"ב).

<sup>171</sup> גביון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 28.

אינו מתמקד בדיון הנורמטיבי בספרו אלא בדיון עובדתי-תיאורי; שנית, אפשר להתמודד עם ביקורות אלה בקלות יחסית (כפי שרוזנברג עצמו עושה בכתיבתו המאוחרת), ואין לנו צורך לתת להן משקל מיוחד בהסקת המסקנות ברשימה זו. לעומת זאת קיימות כמה ביקורות חשובות המאתגרות את המסקנה הנורמטיבית העולה מהניתוח של רוזנברג, אשר מהוות קושי גם לענייננו. אל כמה מביקורות אלה אתייחס בפרק ו, העוסק במסקנה הנורמטיבית של הרשימה, תוך התאמתן לענייננו.

בטרם אעבור לביקורות עצמן ראוי לציין כי רוזנברג לא היה הקול הראשון להשמיע כי השפעתו של בית המשפט על השינויים החברתיים הברוכים בארצות הברית בנושא ביטול ההפרדה בין לבנים לשחורים מצומצמת בהרבה מכפי שמקובל לחשוב,<sup>172</sup> ובוודאי לא הראשון שהעלה ספק בנוגע לעצם אפשרות הנעה של שינוי המציאות באמצעות ליטיגציה,<sup>173</sup> אולם נראה כי ההדים האקדמיים והציבוריים הנרחבים ביותר נודעו דווקא לרוזנברג. למשל, לצד הביקורת הנוקבת<sup>174</sup> ספרו של רוזנברג זכה לתמיכה אקדמית רחבה.<sup>175</sup>

הביקורת הראשונה והפשטנית ביותר אומרת כי רוזנברג אינו מחדש דבר, מאחר שבעבר נערכו לפחות שני מחקרים אמפיריים המובילים למסקנה דומה לזו של רוזנברג.<sup>176</sup> גם אם טענה זו נכונה, הרי שאין בה אלא כדי לחזק את ממצאיו העובדתיים של רוזנברג המשמשים את הרשימה הנוכחית בבואה לנתח את בעיית החרדים בישראל.<sup>177</sup>

172 למחקר החשוב ביותר בתחום, בתקופה שלפני רוזנברג ראו STUART A. SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS – LAWYERS, PUBLIC POLICY AND POLITICAL CHANGE* (1974).  
להעלאת ספקות בסוגיה עוד בשנות השישים ראו ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 244 (2nd ed. 1986) (המהדורה הראשונה של הספר יצאה לאור בשנות השישים).

173 ראו למשל Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).  
174 קיימת רשימה ארוכה של מאמרים הדנים בטיעוניו של רוזנברג ומנסים לבקרו מכיוונים שונים. את רשימת הביקורות ואת תגובות המחבר לעיקריות שבהן אפשר למצוא בעמוד הבית של המחבר: [www.press.uchicago.edu/books/rosenberg/](http://www.press.uchicago.edu/books/rosenberg/).

175 להצגת דעות של פרופסורים מאוניברסיטאות בארצות הברית המצדדים בנכונות התזה של רוזנברג ראו Rosa Brooks, *A Court that Nudges More than it Leads*, L.A. TIMES 20.7.2005, B:13 [www.concordmonitor.com/article/fans-foes-alike-give-court-too-much-credit](http://www.concordmonitor.com/article/fans-foes-alike-give-court-too-much-credit).

176 Peter H. Schuck, *Public Law Litigation and Social Reform*, 102 YALE L.J. 1763, 1765 (1993).

177 רוזנברג משיב לגרסה המוקצנת של הטענה שלפיה איש איננו סוכר (ברצינות) שבית המשפט מסוגל להוביל שינוי חברתי בעודו פועל לבד, ומראה שעמדה זו דווקא מקובלת בעיבור ואף בקרב אנשי אקדמיה, ומכאן רלוונטיות התזה המוצגת בספרו (ראו את תגובותיו של רוזנברג בעמוד הבית שלו, לעיל ה"ש 174, תחת כותרת: "Straw Person Arguments").

ביקורת אחרת טוענת כי רוזנברג אינו מבחין בין שני סוגי פסיקה שונים – אחד, המטיל חובות עשה על רשויות השלטון האחרות, ושני, המטיל חובות לא תעשה.<sup>178</sup> לפי ביקורת זו, אי אפשר לנתח שני סוגי פסיקה אלה בנשימה אחת ולהסיק מהם מסקנה כללית, מאחר שיכולתו של בית המשפט להניע שינוי באמצעות הטלת חובות לא תעשה על המחוקקים (כפי שנעשה בעניין *Roe*, שם נפסלו חקיקה פלילית האוסרת הפלות) היא אפריורית גבוהה בהרבה מיכולתו להוביל לשינוי באמצעות הטלת חובות עשה שמילוין כרוך בשינויים פוזיטיביים במוסדות הקיימים (כפי שנעשה בעניין *Brown*). נראה כי גם ביקורת זו אינה מהווה מכשול רציני בפני רוזנברג, שהרי טענה אמפירית המבוססת על ספקטרום רחב של מקרים נמצאת רק מתחזקת, או במילים אחרות: אם רוזנברג מצליח להוכיח היעדר יכולת לבית המשפט בסוג מקרים אחד (מתוך שניים אפשריים) שבו היינו מצפים שבית המשפט יצליח, אזי מכוח קל וחומר טענתו נכונה גם לסוג המקרים השני, וממילא נכונה באופן כללי. אם כן, לא פלא שהביקורת המדוברת מצטמצמת בסופו של המהלך לדיון בסוג המקרים שבו לבית המשפט אמור להיות קשה להוביל לשינוי וקובעת כי התבססות על סוג מקרים זה איננה הוגנת (שכן היא דורשת מבית המשפט יותר מדי).<sup>179</sup> ואולם, היות שרוזנברג איננו מסתפק בניתוח של עניין *Brown* אלא מנתח גם את עניין *Roe* (שם כאמור בית המשפט היה צפוי להצליח), דומה כי הביקורת איננה מאתגרת לא רק את תוקף הטענה של רוזנברג (כפי שהוסבר לעיל) אלא גם לא את הרלוונטיות שלה, שהרי בעניין *Roe* היעדר יכולת של בית המשפט איננו מובן מאליו.

באשר לנושא של רשימה זו, יש לומר (נוסף על כך, שכפי שנראה בהמשך, גם אצלנו בית המשפט אינו מצליח להניע שינוי אף במקום שבו הוא נדרש להטיל חובות לא תעשה) כי ההבחנה המוצעת בביקורת נראית מעורפלת, וכך גם המסקנות שלכאורה עולות ממנה. כך, כדי לבחון את יכולתו של בית המשפט להוביל לשינוי בנושא מסוים קריטי להגדיר מהי תכליתה הסופית של הליטיגציה, ודרך פריזמה של תכלית זו לבחון את משמעות ההבחנה המדוברת. למשל, באשר לעתירות המבקשות לשלול תקציבים ממוסדות חינוך חרדיים שאינם מלמדים לימודי ליבה אפשר לטעון כי המטרה היא יצירת שוויון. לפי קו מחשבה זה, אכן העובדה שמדובר בהטלת חובה שלילית על הרשות המבצעת הופכת את דרכו של בית המשפט לקלה יותר. אולם כפי שטענתי לעיל, תכליתן של עתירות אלה היא בעיקרה אידאולוגית<sup>180</sup> – הנחלת ערכים ליברליים בחברה החרדית. סיכול כוונות המבקשים להשיג תכלית זו הוא יעד ראשון במעלה מבחינת ההנהגה

178 Book Note, *Grand Illusion*, 105 HARV. L. REV. 1135, 1137–1139 (1992)

179 שם, בעמ' 1139. מתגובתו של רוזנברג לקו ביקורת זה משתמע כי הוא בחר לבחון את המחשבה שלפיה בהקשר של *Brown*, לעיל ה"ש 123, בית המשפט הצליח להוביל את השינוי לבדו לא כי זוהי הנחה סבירה, אלא מפני שזוהי הנחה מקובלת בקרב מבקשי השינויים החברתיים (ראו את תגובותיו של רוזנברג בעמוד הבית שלו, לעיל ה"ש 174, תחת כותרת: "Asking Too Much of Courts").

180 ראו לעיל ה"ש 16.

החרדית,<sup>181</sup> ומכאן הקושי העצום שבו נתקלים העותרים, וזאת בניגוד לקו מחשבה העולה מהביקורת הנדונה.

ביקורת שלישית טוענת כי רוזנברג אינו מתייחס לאפשרות שהכרזה שיפוטית תשנה מציאות נורמטיבית שינוי ניכר. ברוח זו פרופ' גביון טוענת כי להכרזה על מחויבות ערכית של החברה יש פוטנציאל לשנות דינמיקה פוליטית.<sup>182</sup> כדי לאתגר את הטענה של רוזנברג ביקורת זו צריכה להניח כי אותו כוח שלפיו נודע להכרזות שיפוטיות מתקיים בלי קשר להתקיימות התנאים שעליהם עומד רוזנברג (שאינן כן לא באמת מדובר בביקורת על רוזנברג). לרעיון זה רוזנברג משיב כי מדובר באמונה שאין לה בסיס אמפירי.<sup>183</sup> כפי שנראה מהמשך הדיון ברשימה, גם בהקשר של חרדים בישראל לא נמצאה כל הוכחה להשפעה ערכית עצמאית (בלתי תלויה בתמיכה פוליטית אפריורית) של בית המשפט המשנה דינמיקה פוליטית לטובתו של בית המשפט (אלא רק לרעתו). ביקורת אחרת שיש לעמוד עליה אומרת כי מחקר של רוזנברג מגמתי, ולכן המסקנה של "בית משפט מוגבל" היא מסקנה מטעה.<sup>184</sup> הביקורת מציעה לנתח מקרים שרוזנברג אינו דן בהם או זוויות חדשות במקרים שרוזנברג אכן דן בהם כדי להראות שרבים הם המקרים שבהם בית המשפט זוכה לשיתוף פעולה מצד רשויות השלטון האחרות ומצליח להוביל לשינוי חברתי. דומה כי הביקורת איננה מתייחסת לתזה של רוזנברג אלא לרוח הדברים העולה מן המחקר. כלומר, הביקורת מקבלת את המגבלות ואת התנאים שרוזנברג קובע, אך טוענת כי פעמים רבות (או אף בדרך כלל) בית המשפט מצליח להתגבר על המגבלות ולקיים את התנאים, ובכך הוא מצליח לחולל שינויים חברתיים. ביקורת זו נראית נכונה, אולם פשיטא כי אין בה כדי להקשות על הטיעון ה"יבש" של רוזנברג, אשר משמש אותנו ברשימה זו. מעניין לומר כי ביקורת מסוג זה עשויה להיות קושי אמתי דווקא לטיעונים כמו זה שעולה מן המאמר הנוכחי, אשר בשונה מרוזנברג אינו בונה דוקטרינה כללית אלא מיישם אותה בקטגוריית מקרים מסוימת. לשון אחר: אם היה אפשר להצביע על השמטת מקרים הנוגעים לשינויים ניכרים באוטונומיה החרדית העומדים בסתירה למסקנה התיאורית של המאמר, היה בכך כמובן כדי להטיל בו דופי רב.<sup>185</sup>

181 ראו להלן ה"ש 314 והטקסט הצמוד לה.

182 גביון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 25. יש לשים לב שזוהי טענה שונה מן הביקורת המוצגת להלן בה"ש 394–395 והטקסט הצמוד להן, שם נטען כי הימנעות של בית המשפט מלפסוק תיתן הכשר לפרקטיקות חברתיות פסולות.

183 ראו את תגובותיו של רוזנברג בעמוד הבית שלו, לעיל ה"ש 174, תחת כותרת: "Non-Court Actors".

184 Neal Devins, *Judicial Matters*, 80 CAL. L. REV. 1027, 1067–1068 (1992).

185 לדיון בשאלה אם קיימות בענייננו פרשות נוספות שניתוחן עשוי להוביל למסקנה שונה מזו שהמאמר מציג ראו את הדיון להלן בה"ש 210–216 והטקסט הצמוד להן.

לפי ביקורת אחרת, המכונה כפי רוזנברג "בית משפט פחדני" (*Cowardly Court*), לו פסק בית המשפט בצורה נחרצת יותר והיה מביע פחות נכונות לקבל עיכובים בביצוע פסק הדין, השינוי היה מתרחש.<sup>186</sup> רוזנברג מפנה בתשובתו לביקורת זו לפרק 2 בספרו העוסק בזכויות הצבעה ותחבורה נפרדת, שם החלטות בית המשפט היו נחרצות ועדיין לא הצליחו להוביל לשינוי מכיוון שאין בלשון הפסיקה כדי להתגבר על מגבלות פוליטיות, חברתיות וכלכליות שבתוכן פועל בית המשפט.<sup>187</sup> בהקשר החרדי היעדר משמעות לאופן התנהלותו של בית המשפט ובפרט ללשון הפסיקה מתחלף בחשש להתנגדות, חשש שמתגבר ככל שבית המשפט תופס עמדה קשוחה יותר. למשל, נראה בהמשך כיצד התגבשות פסק הדין הנחרץ הראשון בנושא לימודי ליבה הובילה את הסיעות החרדיות לפעול בצורה לא פחות נחרצת ולהעביר באופן בהול את חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים.<sup>188</sup> הוא הדין בנוגע לעמדה הנחרצת של השופט לוי בפרשת עמנואל שיצרה התנגדות רבתי לפסיקת בית המשפט.<sup>189</sup>

בהמשך לביקורת זו ראוי לעמוד על גישה נוספת, שגם היא מייחסת משקל לאופן שבו מתנהל בית המשפט במסגרת קביעת יכולתו להניע שינוי, אולם גישה זו נוקטת עמדה הפוכה מן הביקורת הקודמת ומציעה לבית המשפט לבחור אסטרטגיה שיפוטית זהירה שמטרתה להוביל לדיאלוג בין הצדדים ובסופו של דבר לפשרה. בהמשך לקו מחשבה זה אפשר לטעון כי לבחירה בליטיגציה כמכשיר להנעת שינויים חברתיים קיים יתרון מובהק: הליך משפטי מחייב את הצדדים לבנות את טיעוניהם בצורה בהירה ומסודרת תוך הבאת התימוכין המתאימים, להבדיל מצעקנות והפרחת סיסמאות שבהן מתאפייני השיח הציבורי הכללי,<sup>190</sup> דבר המאפשר דיון מסודר ומעלה סיכוי לפשרה. בנוסף, בהתדיינות בבית המשפט לצדדים החוששים מפסיקה כנגדם, ובמקרה של עתירה לבג"ץ בעיקר לצד המשיב, קיימת מוטיבציה להתפשר.

דומה כי אפשר להעלות כמה ספקות בנוגע לרעיון זה: קודם כול, לעצם ההליך השיפוטי קיימים גם חסרונות לא מבוטלים: למשל, הליך זה משתיק טענות ערכיות, תרבותיות וחברתיות שאין להן מעמד משפטי פורמלי ומדגיש את ניגודיות הצדדים.<sup>191</sup> מלבד זאת, בנוגע לסוגיית החרדים יש לשים לב כי בית המשפט לא יוכל להנהיג מדיניות אשר במסגרתה בכל עתירה המסכנת את האוטונומיה של המגזר החרדי יפסוק בית המשפט על דרך פשרה או ידחה את העתירה, ולקוות שהרתעתו בסוגיה (שהיא רכיב

186 Michael W. McCann, *Reform Litigation on Trial*, 17 L. & SOC. INQUIRY 715, 726 (1992).  
187 ראו את תגובותיו של רוזנברג בעמוד הבית שלו, לעיל ה"ש 174, תחת כותרת: "The Cowardly Court".

188 ראו להלן ה"ש 305–308 והטקסט הצמוד להן.

189 ראו לעיל ה"ש 109–112 והטקסט הצמוד להן.

190 לטענה זו ראו ברק-ארז "משפט ואחדות", לעיל ה"ש 14, בעמ' 277–278.

191 ראו ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות", לעיל ה"ש 94, בעמ' 265.

מרכזי בטענה) תישמר. זאת מאחר שככל שהסתברות הפסיקה נגד המשיבים נמוכה יותר, התמריץ להגיע לפשרה בעקבות לחץ של בית המשפט קטן מבחינתם. זאת ועוד, נכונות הצדדים להגשים את אותם היתרונות שעמדנו עליהם על ידי השקעה בהליך מסודר ורציני כדי לנצח בו תפחת אף היא ככל שחבר הפסיקה תרחק מצווארם של המשיבים. בנוסף, יכולת להוביל לפשרה היא במובנים רבים עניין פרסונלי, הקשור לזהות הצדדים המתדיינים (ולא רק לערכים שהם מייצגים או לסוגיה השנויה במחלוקת) וכן לזהות השופט. למשל, בפרשת קווי המהדרין הצליח בית המשפט להוביל את הצדדים לפשרה המאפשרת לחרדים להמשיך ולקיים הפרדה בתחבורה ציבורית (לרבות מתן היתר לחברות ההסעות להעלות נשים מהדלת האחורית), אך בו בזמן מונעת הפרדה בכפייה.<sup>192</sup> לעומת זאת בפרשת עמנואל, כפי שראינו, בית המשפט לא הצליח לייצר פשרה אמיתית, עורר גל התנגדות ויצר משבר קשה נוסף בין החרדים לבין בית המשפט העליון.<sup>193</sup>

ביקורת אחרונה שנעמוד עליה מתבססת על השוואת הקשיים שמעורר תהליך של הנעת שינוי חברתי בזירה המשפטית עם אלה שבזירות אחרות (פוליטית וציבורית).<sup>194</sup> לפי הגישה העולה מן הביקורת, היות שהקשיים בזירות הלא-משפטיות אינם נופלים מן הקשיים העומדים בפני מבקשי השינוי הפונים לבית המשפט, אסטרטגיה של העברת המשאבים מליטיגציה למסלולי מאבק אחרים איננה נכונה.<sup>195</sup> נראה כי הביקורת עשויה להקשות באופן ממשי על מסקנתו הנורמטיבית של רוזנברג (שכאמור הלה אינו מתעכב עליה).<sup>196</sup> מכאן שלכאורה גם לעניין החרדים, אשר מאופיין ביתר שאת בקושי להניע שינוי בזירה הפוליטית, מסקנה נורמטיבית, שלפיה יש לוותר על מסלול הליטיגציה לטובת מסלולים אחרים, מוטלת בספק. אולם כפי שעולה מהדיון בפרק ו, המסקנה

192 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011). אין ספק כי אם בית המשפט היה מסוגל בכל פעם להוביל את ההתדיינות לפשרה מוצלחת, כפי שלכאורה עשה בעניין רגן, הרי שהטענה של רוזנברג וגם התזה של המאמר הנוכחי היו נחלשות. יש לציין כי גם בנוגע לפרשת קווי מהדרין יש שיחלקו על הצלחת הפשרה ויטענו שבית המשפט אך אשרר את המצב הקיים.

193 הכוונה לא רק למאמץ הראשוני שנעשה בבית המשפט להוביל לפשרה אלא גם לתוצאה הסופית של הליטיגציה, שכאמור המילה "פשרה" אינה הולמת אותה, ראו לעיל ה"ש 102–115 והטקסט הצמוד להן. יובהר כי אין כוונתי להדגיש את פערי היכולת בין הרכבי השופטים דווקא, אלא את ההבדלים שעלולים להיווצר בשל דינמיקה שונה בין כלל הנפשות הפועלות בזירה המשפטית.

194 בשונה מיתר הביקורות שנדונו בתת פרק זה, הביקורת הנוכחית מתייחסת למסקנה הנורמטיבית של רוזנברג ומאתגרת גם את הטעון העולה מרשימה זו, לכן לכאורה מקומה להלן בפרק ה, אולם היות שהביקורת היא מכשול אפריורי לגישתו של רוזנברג, ראיתי לנכון להתייחס אליה בתת-פרק זה.

195 Orly Lobel, *The Paradox of Extralegal Activism: Critical Legal Consciousness and Transformative Politics*, 120 HARV. L. REV. 937 (2007).

196 רוזנברג מדגיש בפרק המסכם דרכי פעולה חלופיות שעמדו למבקשי השינוי (ROSENBERG), לעיל ה"ש 126, בעמ' 426–427.

הנורמטיבית של רשימה זו איננה מתבססת כלל ועיקר על ההנחה שיש לליטיגציה חלופות יעילות יותר אלא על הטענה שבחירה במסלול הליטיגציה עשוי להסב למבקשי השינוי נזקים כבדים מאוד, בשונה מפנייה למסלולים האחרים. לשון אחר, בהחלט ייתכן כי בית המשפט איננו התקווה החלולה היחידה של מבקשי השינוי. עם זאת חשוב לדון דווקא בליטיגציה, מאחר שפעילים ליברליים בוחרים בעשורים האחרונים בעיקר במסלול זה, ואילו בית המשפט נוטה יותר ויותר להיעתר לפנייתיהם, והכול מבלי לתת את המשקל הראוי להשלכות.

לסיכום תת־פרק זה נראה כי למרבית הביקורות שנמתחו במרוצת השנים על טיעונו של רוזנברג יש מענה הולם, ומכל מקום ביקורות אלה אינן מהוות קושי רב לרשימה הנוכחית. בכך מסתיים הדיון שנערך בשלושת תתי־הפרקים האחרונים כדי לבחון את תוקף החלת התזה של המלומד האמריקאי ג'רלד רוזנברג על הסוגיה המתייחסת להנעת שינוי חברתי בתוך אוטונומיית המגזר החרדי. בדיון זה נמצאנו למדים כי ההבדלים בין שיטות המשפט ובין סוגי המקרים וכן הביקורת על רוזנברג אינם פוגעים בתוקף החלת טיעונו על נושא הרשימה. אם כן, אוכל לעבור בלב שלם לבחינת התקיימות התנאים שרוזנברג הציב בהקשר של חרדים בישראל.

#### 4. יישום התנאים של רוזנברג

בטרם אתחיל לבחון את התנאים לגופם, חשוב להעיר כמה הערות מתודולוגיות: ראשית, הדיון להלן יתמקד בהתנהגותן של רשויות השלטון הלא־שיפוטיות בתור "השחקנים האחרים", אף על פי שכאמור אפשר לראות בציבור בכללותו שחקן המשפיע על הסתברות קרות השינוי. הבחירה לדון דווקא בנציגים הפוליטיים נובעת הן מטעמים מתודולוגיים המנחים להתמקד בגורמים שאפשר לבחון באופן אמין ולא ספקולטיבי את עמדתם (לעומת היעדר נתונים מוצקים על עמדת הציבור בישראל במרבית הסוגיות הנדונות ברשימה זו), והן מן הטעם המהותי הזה: בשונה מנכונותו של חלק נכבד מהציבור הכללי לצאת למאבק על סוגיות הנוגעות לו ישירות, כגון נושא המרחב הציבורי,<sup>197</sup> הנושאים השנויים במחלוקת שאינם נתפסים בעיני הציבור כפגיעה באינטרס הישיר שלו אינם מצליחים להוציא את האזרחים השקועים בטרדות היום־יום לרחובות.<sup>198</sup>

197 לסקירת המאבק הדו־צדדי על עניין התנועה הרכובה בכביש בר־אילן בשבתות ראו צבי צמרת "רחוב בר־אילן, קונפליקט ודרכים לפתור אותו" *Jewish Political Studies Review* 53 12 (2000) [www.jcpa.org/jpsr/zameret-h.htm](http://www.jcpa.org/jpsr/zameret-h.htm).

198 רוזנברג מונה כמה סיבות אחרות שבשלן הוא איננו מתמקד בניתוח השפעת הפסיקה על הציבור בכללותו, ובהן חשש למחקר שאינו מצליח לבחון את התמונה הכוללת (תופעת ה־particularism) וכן היקף המחקר הנדרש שאפשר להקדיש לו ספר נפרד (מבלי שהוא צפוי להוביל לתוצאות שונות). עם זאת רוזנברג משלב בחלק מהנושאים התייחסויות לדיווחים בתקשורת ולסקרי דעת קהל (ראו את תגובותיו של רוזנברג בעמוד הבית שלו, לעיל ה"ש 174, תחת הכותרת: "The Decentered or



בהקשר הזה חשוב לציין את הקשר ההפוך הקיים בדרך כלל בין רמת החשיבות שהציבור החרדי מייחס לנושא שנוי במחלוקת לבין העניין שהציבור הכללי (להבדיל מהפעילים הליברליים שבמקרים רבים הופכים את הנושא לשנוי במחלוקת) מגלה בו. למשל, המחלוקת הנוגעת ל"ציפור נפשה" של היהדות החרדית, ובראשן עצמאות החינוך החרדי, אינן נתפסות על ידי הציבור הכללי כמשפיעות עליו, וממילא גורמות לאזרחים מעטים מאוד להשקיע מזמנם כדי לתרום חלק להתרחשות השינוי. למרבה הפלא, גם נושא אי-גיוס החרדים לצה"ל איננו דוגמה למצב הפוך, אם כי יחס הציבור הכללי אליו שונה מזה שאל תכנית הלימודים החרדית. אמנם ברור שהימנעות החרדים מגיוס מגבירה את נטל הביטחון המוטל על כתפי המגזרים המתגייסים, ברם אי-ודאות באשר למידה שבה אי-גיוס החרדים פוגע במי שמשרת בצבא, האופי העקיף של הפגיעה, פחות באינטרס האישי מצדם של אלה שכבר סיימו את שירותם הסדיר וממילא יכולים להשתתף במאבק וכן צפי נמוך להצלחה – כל אלה הופכים את המאבק הממשי, להבדיל מהתכתובות זועמות בתגובות (טוקבקיים) למצומצם ביותר.<sup>199</sup> לעומת זאת בנושא הקצבאות לאברכים (אשר כפי שיוסבר בהמשך אמנם יש לו נגיעה לאוטונומיה החרדית, אך חשיבותו בעיני החרדים נמוכה משאר הפרשות) הציבור הכללי מזהה פגיעה באינטרס הישיר שלו, ולכן מתנהל סביב הנושא מאבק ציבורי בעל השפעה.<sup>200</sup>

מכאן שתי מסקנות: אחת, אפשר לדרג באופן אפריורי את הפרשות לפי מידת ההצלחה הצפויה לבית המשפט כך: ההצלחה הנמוכה ביותר בכל הנוגע לחינוך החרדי (והדעת נותנת כי הנושא של לימודי הליכה, שבו מבקשים להתערב בתוכני החינוך החרדי, חשוב מהתערבות בהפרדות בין התלמידים החרדיים); הצלחה מעט גבוהה יותר

"(Bottom-up Approach)". גם ברשימה הנוכחית חלק לא קטן מיישום התזה של רוזנברג מבוסס על התקשורת היוצרת את דעת הקהל. כמו כן ניתוח של תפיסות הציבור והיחס ביניהן לבין התנהגות השחקנים הפוליטיים שזור ברשימה כולה (ראו את הדיון מיד במדרג הפרשות לפי מידת העניין לציבור וכן את הניתוח המבוסס על תאוריית כלכלה פוליטית, להלן ה"ש 331–334 והטקסט הצמוד להן).

199 או למשל את הדיווח באתר עמותת חרו"ש על "מסע אלונקות נגד ההשתמטות" שארגנו 35 הארגונים הדוגלים בגיוס בני הישיבות כמחאה על החלטת הממשלה לאמץ את המלצות ועדת גבאי 2, לעיל ה"ש 32, שתידון להלן בפרק זה (ראו "מסע האלונקות נגד ההשתמטות בדרך לירושלים" אתר חרו"ש www.hiddush.org.il 18.1.2011. לפי הדיווח השתתפו בצעדה כ-250 איש (יצוין כי אין מדובר בדוגמה המתייחסת להפגנה כושלת באופן נקודתי, אלא ככל הידוע לכותב דברים אלה, לאחת ההפגנות הבודדות אם לא היחידה שנערכה בעת האחרונה בנושא, כשהיא אורגנה על ידי הגוף (עמותת חרו"ש) שמטרתו המרכזית היא לחולל שינוי בנוגע לחברה החרדית). מיותר לציין כי אם שיעור המשתתפים במאבק משקף את העניין שכל ציבור מגלה בסוגיה, הרי שאינטרס החרדים (שאת "הפגנת החצי מיליון" שלהם כבר הזכרנו לעיל) באי-גיוס עולה במידה בלתי נתפסת על העניין שמגלה הציבור הכללי בגיוס החרדים בעת האחרונה.

200 ראו להלן ה"ש 246 והטקסט הצמוד לה.

בנושא הגיוס לצה"ל; הצלחה גבוהה עוד יותר בכל הנוגע לקצבאות של אברכי הכוללים. מדרג זה, הבנוי על השכל הישר (ציפייה שבית המשפט יצליח ככל שיש לו יותר תמיכה ופחות התנגדות), יסייע בידנו לאשש את תוצאות בחינת התנאים של רוזנברג או להקשותן. שתיים, היות שהקושי הניצב בפני מבקשי השינוי בהקשר של הציבור הכללי אינו נובע מחוסר מודעות אלא מחוסר אכפתיות, ודווקא כלפי הנושאים המרכזיים לעניין הנעת השינוי הליברלי בחברה החרדית, אין לקבל טיעון שלפיו בית המשפט יכול לתרום הרבה לשינוי במגזר החרדי על ידי העלאה של נושא מסוים למודעות הציבור כדי להכניס למשחק שחקנים לא-פוליטיים (אשר אינם נגועים בכשלים של כלכלה פוליטית)<sup>201</sup> ובכך להשפיע על תוצאת הניתוח כאשר ליכולתו של בית המשפט להוביל לשינוי חברתי.<sup>202</sup> הטוען להשפעת הפסיקה על מעורבות הציבור הכללי נדרש להראות שהפסיקה לא רק מעלה נושא מסוים למודעות אלא שהיא משנה את סדר העדיפויות של הציבור בנוגע לאותו נושא (למשל, גורמת לציבור להפנים את חשיבות הנושא ולצאת למאבק ציבורי ברחובות). קשה לפסול אפשרות זו מלכתחילה, אך הן בשל האמון ההולך ופוחת בבית המשפט העליון<sup>203</sup> והן בשל התגובות הציבוריות שראינו בנוגע לפסיקות הקודמות בתחום<sup>204</sup> נראה כי כוחו של טיעון זה חלש למדי, ואמשיך להראות זאת להלן.

שנית, מבחינת סדר הניתוח נראה אך טבעי לחלק את התנאים לתנאים המתייחסים לשיתוף הפעולה מצד השחקנים הפוליטיים בעיקר (התנאים הראשון, השני והרביעי) ולתנאי המתייחס למצב בשוק (התנאי השלישי), והסדר בתוך הקטגוריה הראשונה ייקבע לפי העיקרון "מהקל אל הכבד", וזאת כדי לאפשר (תאורטית) לייתר את המשך הדיון. כלומר, ייתכן שניתוח התקיימותו של התנאי הרביעי (שהוא התנאי שהוכחת התקיימותו צפויה להיות קלה יחסית) יעלה כי בסוגיה מסוימת השחקנים הלא-שיפוטיים אכן מחכים לגושפנקה שיפוטית להוליך את החברה אל השינוי המיוחל, או אז לא יהיה צורך בניתוח יתר התנאים השייכים לקטגוריה זו (שכן כשקיימת מוטיבציה פנימית לביצוע השינוי, פשיטא כי השחקנים האחרים יספקו תמריצים ויטילו עלויות כדי לחולל את השינוי המבוקש). על כן נתחיל מהקטגוריה הראשונה הכוללת דיון בתנאי הרביעי ובתנאים הראשון והשני ולאחר מכן נתייחס לקטגוריה השנייה הכוללת את התנאי השלישי.<sup>205</sup>

201 ראו להלן ה"ש 331–334 והטקסט הצמוד להן.

202 טענה זו מתחברת לביקורת שנמתחה על רוזנברג, המייחסת כוח לעצם ההכרזה השיפוטית (ראו לעיל ה"ש 182–183 והטקסט הצמוד להן), אולם היות שהדיון הפרטני בטענה נדרש כדי להצדיק מתודולוגיה המתמקדת בשחקנים הפוליטיים ולא בציבור בכללותו, נבחר לדון בטענה בתת-פרק זה.

203 ראו להלן ה"ש 382 והטקסט הצמוד אליה.

204 ראו לעניין זה את הדוגמה לעיל בה"ש 199.

205 יש לציין כי חלוקה זו לא מבוססת על ספרו של רוזנברג, אשר איננו מקפיד על ניתוח מסודר לפי תנאים אלא מתאר את הסביבה שבה פעל בית המשפט בכל פרשה ופרשה לפי תקופות שונות ומישורים שונים ומצביע אגב כך על התקיימות התנאים (ROSENBERG), לעיל ה"ש 126, בעמ' (94–106). למשל, בניתוח של ביטול של הפרדה גזעית בבתי הספר רוזנברג מתייחס לתנאי הרביעי

שלישית, גם בחירת האינדיקציות (בתוך קטגוריית שיתוף הפעולה מצד השחקנים הפוליטיים) שישמשו אותנו בבחינת התקיימות התנאים תיעשה לפי העיקרון "מהקל אל הכבד". לכן התנאי הרביעי, שהתקיימותו היא סממן מובהק וקל יחסית לזיהוי לשיתוף פעולה מצד השחקנים הלא-שיפוטיים, ייבחן לפי אינדיקציות מובהקות (לדוגמה: באיזה צד המדינה נמצאת בעתירה? כיצד המדינה פעלה מיד לאחר שניתנה פסיקה נגד המגזר החרדי?).<sup>206</sup> לעומת זאת את התקיימותם של התנאים הראשון והשני קשה יותר לזהות, ולכן אשלב בניחוחם את כל השתלשלות האירועים בפרשה ואתייחס למכלול פעולות המדינה.<sup>207</sup> יש להבהיר בהזדמנות זו כי במושג "מדינה" ייכללו הן הרשות המחוקקת –

דווקא לקראת סוף הדיון (שם, בעמ' 102–103), וזאת בשל נטייתו להציג את השתלשלות האירועים בפרשה לפי הסדר הכרונולוגי. אפשר להבין את בחירתו זו על רקע תכלית הניתוח והיא להניח תשתית אמפירית בבסיס התנאים שהוא קבע. לשם כך רוזנברג מראה כיצד בחלוף השנים החלו להתקיים התנאים הראשון והשני, ואתם באו לעולם הישגים מסוימים של בית המשפט (שם, בעמ' 94–102), ולבסוף התקיים אף התנאי הרביעי – דבר שסימן עלייה נוספת במסוגלות השיפוטית להוביל לשינוי. כלומר, אצל רוזנברג המסוגלות הסופית של בית המשפט היא בבחינת נתון, ותוקף התנאים הוא הנעלם. לעומת זאת מטרת הרשימה הנוכחית שונה והיא לבחון אם בפרשות הנוגעות לאוטונומיה החרדית לבית המשפט יכולת לגרום לשינוי, ולשם כך נבחנו תנאיו של רוזנברג – שתוקפם כבר איננו דורש הוכחה. קרי, אצלנו היכולת היא בגדר נעלם, ואילו תוקף התנאים הוא נתון. נראה אך טבעי כי מי שירצה להוכיח את תוקף התנאים יבחן כל פרשה לפי כל התנאים המוצעים ולא יבנה את בחינתו מתוך ציפייה לוותר על ניתוח של חלק מן התנאים. עם זאת נראה לא פחות טבעי שמי שמעוניין בתוצאת יישום התנאים יתחיל בניתוח מן התנאי שהתקיימותו צפויה לחסוך דיון בחלק מהתנאים הנוספים. באשר להבחנה בין התנאים העוסקים בשיתוף פעולה מצד השחקנים הפוליטיים המשתקף בתנאים הראשון, השני והרביעי לבין התנאי השלישי שבמסגרתו נבחן מצב השוק, הרי שהיא קיימת גם אצל רוזנברג (שם, בעמ' 195–201).

206 רוזנברג נעזר בביסוס של תנאי זה באינדיקציות עקיפות, כגון הערכות של אנשי האקדמיה באשר למניעיהם של הגורמים הרלוונטיים למהלך של דה-סגרגציה במדינות הדרום, אך הוא קובע באופן כללי כי "Evidence of such behavior is impossible to quantify" (שם, בעמ' 103) (לשון כימות ננקטה מכיוון שיתר הוכחותיו של רוזנברג מבוססות על נתונים סטטיסטיים מספריים). קושי זה מתעורר כשהשינוי בסופו של יום התרחש, וקשה לבחון אם אותם גורמים רצו בו מלכתחילה או שזה נכפה עליהם. לעומת זאת במקרה שלנו, שבו השינוי לא התרחש (כפי שנראה בהמשך), הקושי אינו מתעורר, ויהיה לנו די להתבונן בהתנהגות רשויות השלטון הלא-שיפוטיות בזמן ומיד לאחר הפסיקה כדי להיווכח באי-התקיימות התנאי.

207 גם אצל רוזנברג מרבית הניתוח מוקדש לנכונות ההולכת ומשתנה של רשויות השלטון האחרות להציע תמריצים (חיוביים ושלייליים) לקיום או אי-קיום (בהתאמה) של פסיקת בית המשפט (ראו למשל, בהקשר של היתר ההפלות: שם, בעמ' 182–195).

כנסת ישראל – והן הרשות המבצעת – ממשלת ישראל ומשרדי הממשלה הרלוונטיים לכל פרשה.<sup>208</sup>

רביעית, התנאים הראשון והשני ייבחנו יחד לאור העובדה שהבחנה ביניהם נובעת אך מסוג התמריצים ששחקן כזה או אחר מסוגל לייצר: התנהגות השחקנים המייצרים תמריצים חיוביים צריכה להיבחן לפי התנאי הראשון, ואילו התנהגותם של השחקנים המייצרים תמריצים שליליים – לפי התנאי השני. אולם היות שכאמור אנו נתמקד בשחקנים פוליטיים שיכולותיהם מגוונות – דהיינו ייתכן שחקן אחד המסוגל הן ליצור תמריצים והן להטיל עלויות – נראה כי מטעמי בהירות הדיון מוטב לאחד את הניתוח של שני תנאים אלה.

חמישית, התנאים ייבחנו על בסיס ארבע פרשות מרכזיות הנוגעות למגזר החרדי שהעסיקו את בית המשפט העליון בעשור האחרון, ואלו הן: פרשת גיוסם של בחורי הישיבות; הפרשה העוסקת בשילוב של תכנית לימודי ליבה במוסדות החינוך החרדי; פרשת ההפרדה בבית הספר ביישוב עמנואל; פרשת הקצבאות לאברכי הכוללים. ארבע פרשות אלה מייצגות שני נושאים יסודיים אשר כפי שהוסבר לעיל בפרק ב, נתפסים בציבור החרדי כבעלי חשיבות עליונה – עצמאות החינוך החרדי וקיומה של חברת הלומדים.<sup>209</sup> כאמור שם, שינוי התנהגותי בנושאים אלה צפוי להוביל לשינוי חברתי ערכי, הרצוי כל כך מבחינת הפעילים הליברליים העוסקים במלאכה, והלא-רצוי כל כך מבחינת ההנהגה החרדית. מכאן הבחירה לדון דווקא בפרשות אלה.

כלום רשימת הפרשות והנושאים היא רשימה ממצה? באופן תאורטי אפשר להעלות על הדעת עניינים נוספים (מלבד ארבע הפרשות שהוזכרו לעיל) המעמידים בסכנה את קיומה של חברת הלומדים או את עצמאות החינוך החרדי.<sup>210</sup> יתרה מזאת, אפשר להעלות נושאים אחרים (מלבד הנושא של חברת הלומדים ועצמאות החינוך החרדי) שהתערבות בית המשפט בהם עשויה להוביל לשינוי התנהגותי מקיף שאחריו צפוי שינוי ערכי.<sup>211</sup> אולם למיטב ידיעתי, לבית המשפט העליון לא הגיעו עתירות הנוגעות לפרשות

208 מלבד שתי רשויות אלה ברמה הפדרלית, רוזנברג מרבה להתייחס לשחקנים הפוליטיים ברמה מדינתית. היות שישראל איננה מחולקת למדינות בעלות עצמאות מסוימת, נראה כי אין לנו אלא להסתפק בדיון בפעולות הכנסת, הממשלה ורשויות מנהל נוספות. עם זאת ניגע בנקודות מסוימות אף ברשויות המקומיות, אשר אפשר (אם כי באופן קלוש למדי) להקיש ממדינות ארצות הברית אליהן.

209 אם כי כאמור בתחילת תת-הפרק חשיבותה של כל פרשה באשר לנושא שאליו היא מתייחסת איננה זהה לחשיבות של חברתה.

210 למשל באשר לעצמאות החינוך, אם ביום מן הימים תתקבל החלטה אכיפה למנות מורים מטעם משרד החינוך לתפקידי הוראה במוסדות החינוך החרדי או להטיל איסור על הוראת תכנים שיש בהם משום ייחוס עליונות לבני לאום או דת מסוימים – יהיה בכך כדי לספק חומר נוסף שעל בסיסו אפשר לבחון את טענת המאמר.

211 למשל, הטלת חובה משפטית אכיפה לצפות על בסיס יומי בתכנית טלוויזיה המטיפה לערכים ליברליים.

או נושאים שכאלה. בנוסף יוזכר כי על פרשות אחרות שנוגעות לציבור החרדי ואף מעוררות את זעמו, כדוגמת הנושא של חילול שבת במרחב הציבורי<sup>212</sup> או ייבוא בשר שאינו כשר לארץ,<sup>213</sup> טיעוני לא בהכרח יחול, משום שאין עסקינן בהן בשינוי החברתי בתוך החברה החרדית. יתר על כן, גם הנושאים הנוגעים לאורחות הציבור החרדי פנימה, כגון סוגיית ההפרדות בין המינים בתחבורה ציבורית<sup>214</sup> או במקומות אחרים,<sup>215</sup> לא בהכרח רלוונטיים לדיוננו, מאחר שבתוך הציבור החרדי עצמו אין קונצנזוס בנוגע לסוגיות אלה.<sup>216</sup> מכאן נובעת אי-מרכזיותם של נושאים אלה בתפיסה החרדית, וממילא אין בהתערבות בית המשפט בהם משום סכנה של שינוי חברתי מקיף. משכך, דומני כי ארבע הפרשות הנדונות במאמר הן רשימה ממצה של פרשות שעל בסיסן אפשר לבחון את אפשרות הנעת השינוי החברתי במגזר החרדי על ידי בית המשפט העליון.

#### א) התקיימות התנאי הרביעי – השתוקקות לגושפנקה משפטית

כאמור, התנאי הרביעי של רוזנברג דורש כי החלטת בית המשפט תספק מנוף גרידא להשתוקקותם של השחקנים האחרים לשינוי,<sup>217</sup> והתקיימותו של תנאי זה תספק לבית המשפט את העמדה הנוחה ביותר להנעת השינוי, שהרי אם קיימת מוטיבציה מוגמרת של רשויות השלטון האחרות לבצע שינוי, וכל מה שהן זקוקות לו הוא גושפנקה של בית

212 עניין חורב, לעיל ה"ש 11.

213 עניין מיטראל, לעיל ה"ש 11.

214 עניין רגן, לעיל ה"ש 192.

215 לסקירת ההפרדות בין מינים במגזר החרדי ראו אלכס ליבק ותמר רותם "לא עוצרים בשחור. גדר ההפרדה במגזר החרדי" הארץ – כללי online 30.10.2010 [www.haaretz.co.il/misc/1.1227508](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1227508). לעתירה חדשה שהוגשה נגד ההפרדה בין נשים לגברים בשכונת מאה שערים בירושלים ראו בג"ץ 7521/11 עזריה נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 16.10.2011) (החלטות בתיק זמינות באתר בית המשפט העליון).

216 למשל בנוגע להפרדה בתחבורה הציבורית, מנהיג הקהילה החרדית בארצות הברית בדור האחרון הרב משה פיינשטיין פסק כי אין חובה להימנע מנסיעה בתחבורה ציבורית מעורבת, ראו שו"ת אגרות משה, אבן העזר ב, סימן יד. גם בישראל הנושא שנוי במחלוקת פנימית בתוך הציבור החרדי – בעיקר בין החוגים החסידיים המחמירים מאוד בדיני צניעות, ובפרט חסידות גור, לבין החוגים הליטאיים. לעניין זה ראו מאמרה של נויה רימלט "המשפט כסוכן של רב תרבותיות: על אוטופיה ומציאות בפרשת ההפרדה באוטובוסים" ה"ש 114–129 (צפוי להתפרסם במשפטים מב(3) 2012). עם זאת אין לשלול את האפשרות שבעתיד התערבות של בית המשפט בסוגיות אלה תגרור הקצנה בעמדות החרדים בנוגע למושא ההתערבות ותהפוך אותן לרלוונטיות לענייננו.

217 כסיבה לצורך בגושפנקה משפטית יכולים לשמש למשל יחסים קואליציוניים שעלולים להיפגע אם הממשלה תיזום שינוי הנוגד את האינטרס של השותפים לקואליציה. דוגמה ישראלית פרדיגמטית להתקיימות התנאי הרביעי (בהקשר אחר אמנם) היא אי-נכונותו של ראש הממשלה יצחק רבין להדיח את השר אריה דרעי. ראו בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).

המשפט, יישום הפסיקה צפוי להיות קל יחסית. כדי לבחון את התקיימות התנאי בהקשר הנדון ברשימה זו, בשלב המקדמי שומה עלינו לבדוק אם בעתירות הנוגעות לאוטונומיית המגזר החרדי המדינה משמשת בעלת דין, ואם כן באיזה צד. עיון בפסיקה הרלוונטית מראה כי המדינה תמיד משיבה לעתירות המופנות נגד המגזר החרדי. למשל, בכלל העתירות בנושא אי-גיוס של בחורי הישיבות שימש שר הביטחון כידוע כמשיב.<sup>218</sup> גם בפרשת תכנית הליבה במוסדות החינוך החרדיים, הן בהתדיינות המשמעותית הראשונה<sup>219</sup> והן בהתדיינות המשמעותית השנייה,<sup>220</sup> משרד החינוך, התרבות והספורט הופיע כמשיב. הוא הדין בפרשת עמנואל.<sup>221</sup>

אולם בשל אופיו של התנאי הרביעי בהחלט הגיוני לומר כי עמדתה הרשמית של המדינה משמשת מסווה לשאיפתה לשינוי לפחות בחלק מהעתירות. אם כך, כאמור, כל שהמדינה זקוקה לו כדי להתחיל להוציא את השינוי הרצוי מן הכוח אל הפועל הוא גושפנקה של בית המשפט. לכן כדי לאמת השערה זו בהקשר הרלוונטי לדיונו נדרש לבדוק אם באותן פרשות (מבין אלה שהזכרנו) שבהן העותרים זכו והמדינה הפסידה (או שהתעורר חשש ממשי לתוצאה כזו ובית המשפט העביר מסר התומך בשינוי), המדינה שינתה את גישתה לאחר מתן פסק הדין והחלה לפעול במרץ למימוש פסק הדין.

ראשית ארון בהתנהלות המדינה בנושא הגיוס של בני הישיבות. בטרם אעשה זאת אחזור ואציין כי סוגיית גיוסם של בחורי הישיבות היא סוגיה אמביוולנטית: מחד יש לה נגיעה עמוקה לגרעין הקשה של אוטונומיית המגזר החרדי ובפרט לרצון להוסיף ולהעסיק את כל מי שחפץ בכך בלימוד תורה רציף; מאידך גיסא הגשמת שאיפה זו מגבירה את נטל השירות הצבאי המוטל על יתר האזרחים ולכן מעוררת עניין מסוים בציבור הכללי. על כן ציפיתנו האפרוירית היא לפעולה אקטיבית (למצער יחסית לסוגיית החינוך החרדי) של המדינה לאכיפת הפסיקה השיפוטית.<sup>222</sup>

כזכור, לאחר מתן פסק דין בעניין רובינשטיין ששלל את סמכותו של שר הביטחון להאריך מדי שנה את דחיית גיוסם לצבא של בני הישיבות<sup>223</sup> והגשת המלצותיה של ועדת טל, ב-23 ביולי 2002 חוקקה הכנסת את חוק דחיית השירות המכונה "חוק

218 ראו את רשימת הפסיקה לעיל בה"ש 18, וכן את עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 93.  
219 בג"ץ 10296/02 ארגון המורים העל יסודיים נ' שרת החינוך התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224 (2004).

220 עניין המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 162.

221 עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1.

222 יושם אל לב כי האמור בטקסט הצמוד לה"ש 199 על אופיו המצומצם של המאבק הציבורי נגד אי-גיוסם של בני הישיבות איננו מאיין את עצם העניין שיש לציבור, וממילא איננו גורע מן הרצון של הפוליטיקאים לחולל את השינוי שבו קיים עניין לציבור. לקשר בין עמדות הציבור להתנהגות הפוליטיקאים ראו להלן ה"ש 331-334 והטקסט הצמוד להן.

223 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 93.

טל".<sup>224</sup> החוק שעבר בכנסת ברוב של 53 מול 42 חברי כנסת קיבע למעשה את המצב שהיה קיים קודם לכן, על ידי הענקת זכות לדחיית השירות הצבאי לכל מי שלומד בישיבה ואיננו עוסק בכל עיסוק אחר.<sup>225</sup> החוק חידש וקבע "שנת הכרעה" שבמהלכה אברכים שהגיעו לגיל 22 רשאים לעזוב את מסגרת הישיבה כדי לבחון את דרכם מבלי שיגויסו, ובסיום השנה תעמוד להם האפשרות לשוב לישיבה, להתגייס לצה"ל או לפנות לשירות אזרחי לתקופה העומדת בהתאמה למצבם המשפחתי, בכפוף להחלטת שר הביטחון.<sup>226</sup> יתרה מזאת, תקופה קצרה לאחר כניסת החוק לתוקף נוסף לו סעיף 2(2), המתיר לבן ישיבה המצוי בהסדר דחיית שירות לעסוק בעיסוקים נוספים בשעות שבהן אינו לומד בישיבה.<sup>227</sup>

לכאורה, היות שבפסק הדין בעניין רובינשטיין בית המשפט לא הביע עמדה נחרצת האומרת שיש לגייס תכף ומיד את כל בחורי הישיבות, הסדר שיש בו כדי להרחיב בהדרגה את היקף גיוסם של בחורי הישיבות בהחלט עשוי לעלות בקנה אחד עם יזמת השינוי שבית המשפט שאף להניע. אולם נראה כי חקיקת החוק מלכתחילה נועדה לקבע את המצב הקיים ולמנוע שינויים בעקבות פסיקת בג"ץ. לראיה, הסיעות החרדיות פעלו בכנסת במרץ רב כדי לשכנע את האחרים להצביע בעד החוק וכמובן הצביעו בעדו בעצמן. לעומת זאת החלטתו של אהוד ברק להפוך את ההצבעה בעד החוק להצבעת אמוץ בממשלתו זכתה לביקורת ציבורית נוקבת על בגידה בערכי יסוד המגולמים בסיסמת הבחירות "עם אחד – גיוס אחד".<sup>228</sup>

מלבד כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק גם התוצאות של "חוק טל" העידו על היעדר שותף לבית המשפט. למשל, כפי שאפשר ללמוד הן מהנתונים הכמותיים והן מהנתונים האיכותיים, "חוק טל" לא הוביל לשיפור ניכר כלשהו בסוגיה: נכון לחודש דצמבר 2005 (למעלה משלוש שנים לאחר כניסת החוק לתוקף) גויסו לצה"ל בתום "שנת ההכרעה" 74 בני ישיבות בלבד, ולעומת זאת מספר דחויי השירות היה באותה עת 45,639 אנשים.<sup>229</sup> מבחינה מהותית שני החידושים של "חוק טל", שלכאורה היו אמורים להביא לשינוי מספר המתגייסים, לא הועילו: ראשית, ידיעה על קיום שנת ההכרעה כמעט שלא הגיעה לאוזניהם של בני הישיבות; שנית, הממשלה לא נקטה

224 חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורחם אמנותם, התשס"ב-2002 (להלן: חוק דחיית שירות).  
לדין באופן העברתו של "חוק טל" בכנסת ראו דרורי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 20-22.

225 ס' 4-2 לחוק דחיית שירות.

226 שם, ס' 5-6.

227 שם, ס' 2(2). מחד גיסא הדבר מסרס במובן מסוים את התמריץ להצטרף לשירות האזרחי כדי לצאת לשוק העבודה. מאידך גיסא דרישת החוק ללימודים בכולל בהיקף של 45 שעות שבועיות מונעת את האפשרות לעבוד בהיקף נרחב (בהתקיים אכיפה יעילה, כמובן).

228 דרורי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 21-22.

229 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 15, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

צעדים ממשיים להקמת מסלול השירות האזרחי שיהיה אטרקטיבי יותר בעיני החרדים. כך עולה בין היתר ממכתבה של שרת המשפטים דאז ציפי לבני לראש הממשלה דאז אריאל שרון, מתאריך 18.7.2005, שם טענה השרה כי "היישום של 'חוק טל' אינו משביע רצון, בלשון המעטה".<sup>230</sup> אף בית המשפט עצמו מציין בפסיקתו המאוחרת כי מספר בחורי הישיבות הנמצאים בהסדר דחיית השירות שבסופו הם זוכים לפטור מלא הלך וגדל מאז פרשת רובינשטיין.<sup>231</sup> כלומר, בעקבות מתן פסק דין בעניין רובינשטיין שבו הוצגה עמדה מפורשת על אודות הפגיעה בעקרון השוויון הנובעת מאי-גיוסם של בני הישיבות, בית המשפט לא זכה לשיתוף פעולה רציני מצד רשויות השלטון האחרות ואולי אף ההפך מכך.<sup>232</sup>

כידוע, פרשת רובינשטיין איננה המילה האחרונה של בית המשפט בנושא, ובסמוך לקבלת "חוק טל" הוגשו לבג"ץ ארבע עתירות נגד החוק עצמו. התדיינות זו הניבה – כך נראה – תוצאות שונות מאלה של פרשת רובינשטיין, אולם בכך אדון בהמשך בבואי לנתח את התקיימות התנאי הראשון והשני של רוזנברג, מאחר שדי לנו בתגובת המדינה לאחר פסק הדין הראשון בנושא כדי להיווכח שהיא לא המתינה לגושפנקה המשפטית כדי לחולל שינוי בנושא, ושהתנאי הרביעי של רוזנברג ממילא איננו מתקיים.<sup>233</sup> שנית אבחן את התנהלות המדינה בנוגע לפרשת לימודי הליבה. לשם כך אסקור בקצרה את השתלשלות העניינים בפרשה. אומר מראש כי היות שעניין החינוך החרדי הוא דוגמה מובהקת לנושא המצוי בליבת האוטונומיה החרדית, כדי לבסס את טיעון חוסר האפקטיביות הכללי של בית המשפט הפועל להנעת רפורמה חברתית בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי אדרש להראות כי אי-התקיימות התנאים של רוזנברג באשר לפרשת לימודי הליבה בולטת במיוחד.

230 שם, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

231 שם, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק. להרחבת הטענה שלפיה פסיקת בית המשפט בעניין רובינשטיין לא הותירה רישומה על חיי המעשה, ראו ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות", לעיל ה"ש 94, בעמ' 241.

232 הפרכת הטענה שבית המשפט לא הכריע מהותית בסוגיה אלא רק העביר את סמכות ההכרעה לכנסת, וכך כל חוק מפי הכנסת תואם את פסיקת בג"ץ בעניין רובינשטיין (לעיל ה"ש 93), ראו ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות", לעיל ה"ש 94, בעמ' 241–242.

233 אפשר לטעון מנגד כי עמדות המדינה אינן סטטיות, ושהתנהגות המדינה בפרשת רובינשטיין אינה חייבת לשקף את התנהגותה בפסיקות שבאו לאחר מכן, ולכן ההיסק הלוגי שהצעתי אינו תקף. אולם דומה כי התנהלות המדינה בפסיקת בית המשפט בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 15, בשום אופן איננה יכולה להעיד שהמדינה ציפתה לגושפנקה משפטית כדי לפעול, וממילא גם באשר לפסיקה זו התנאי הרביעי אינו מתקיים. לפירוט בעניין ראו את המשך הפרק.



בשנת 1999 עתר חבר הכנסת יוסף פריצקי לבג"ץ בדרישה להורות למשרד החינוך לקבוע תכנית יסוד שתונחל בבתי הספר המוגדרים כ"מוכרים"<sup>234</sup>. בתגובה הצהירה המדינה כי שר החינוך יכין תכנית יסוד כפי שסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985<sup>235</sup> מחייבו ויפרסם אותה בחוזר מנכ"ל, על כן העתירה נדחתה.<sup>236</sup> חלפו למעלה משנתיים, החוזר עם תכנית היסוד לא פורסם, ומוסדות החינוך המוכרים המשיכו לקבל מימון אף על פי שתכנית היסוד לא נלמדה בהם. בשל כך בשנת 2002 הוגשה עתירה נוספת בנושא בדרישה להורות למשרד החינוך להפסיק את המימון של בתי הספר שאינם מלמדים תכנית יסוד בטענה שהדבר נעשה בחוסר סמכות ופוגע בעקרון השוויון.<sup>237</sup> בתגובה טען משרד החינוך שראוי לאפשר לו להמשיך בתהליך ההידברות עם המגזר החרדי ולהנחיל את תכנית היסוד בהדרגה על סמך הניסיון שהצטבר מיישום תכנית היסוד בחינוך היסודי, ולשם כך ביקש ארכה של שלוש שנים. הפעם לא הסתמך בית המשפט על התחייבותו של משרד החינוך ולא דחה את העתירה, אלא קיבל אותה תוך שהוא קובע כי המשך חלוקת כספי הציבור למוסדות חינוך שאינם מלמדים תכנית יסוד מהווה הפרה של חובת הנאמנות מצד משרד החינוך וכן פוגע בעקרון השוויון. אולם בית המשפט התחשב בכך שטרם נבנתה תכנית יסוד המתאימה למגזר החרדי, וכן טרם הוקמו מנגנוני האכיפה המתאימים, ולכן מצא בית המשפט לנכון לדחות את הצו האוסר על המשך המימון בשלוש שנים. פסק הדין ניתן בתאריך 15.12.2004, ובתי הספר החרדיים הונחו להיערך להוראת תכנית היסוד בשנת הלימודים תשס"ח (ספטמבר 2007).

בינתיים לא רק שלימודי הליכה לא הונחלו בישיבות הקטנות ומימון לא הופסק, אלא שהמימון אף הוגדל באמצעות חקיקת תיקון 7 לחוק חינוך ממלכתי (סעיף 11א לחוק, הידוע גם כ"חוק נהרי"), המחייב רשויות מקומיות לתמוך במוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים. משכך, הוגשו לבג"ץ שתי עתירות נוספות (שנדונו במאוחד)<sup>238</sup> שבהן נטען כי משרד החינוך מפר את הצו של בית המשפט שנכנס לתוקפו בהמשיכו לממן

234 אלה מוסדות החינוך אשר על פי סעיף 11 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג–1953, אינם בבעלות המדינה, אך המדינה מכירה בהם ומממנת את פעילותם בשיעור של 75% מהמימון שבית ספר רשמי זוכה לו. לפי תקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד–1953, חובה על מוסדות חינוך אלה ללמוד את תכנית היסוד בהיקף של 75% מהתכנית הנלמדת במוסדות הרשמיים.

235 הסעיף קובע כי תמיכה במוסדות ציבור תיעשה על פי אמות מידה שוויוניות. סעיף 3א מסויג על ידי סעיף 3א(ט) אשר מבטל את תחולתו של סעיף 3א על התמיכה בזרמי החינוך החרדי. אולם בסעיף 3א(י) נקבע כי תמיכה בזרמים אלה תיעשה אף היא לפי אמות מידה "ענייניות, אחידות ושוויוניות". הסעיף פורש כמונע את האפשרות של תקצוב מלא למוסדות חינוך חרדיים שלא מלמדים את תכנית היסוד במלואה.

236 בג"ץ 2751/99 פריצקי נ' שר החינוך והתכנות (לא פורסם, 23.1.2000).

237 עניין ארגון המורים העל יסודיים, לעיל ה"ש 219.

238 עניין המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 162.

מוסדות חינוך שאינם מלמדים לימודי ליבה. הפעם משרד החינוך הציג עמדה חדשה וטען שתהיה זו טעות לכפות על מוסדות החינוך החרדיים לבנים (ישיבות קטנות) ללמד לימודי ליבה.

מתיאור הדברים עד כאן אפשר להתרשם כי אין אפשרות להסיק מהתנהלותו של משרד החינוך כי הוא ציפה לגושפנקה משפטית כדי להתחיל לפעול במרץ להנחלת השינוי בחברה החרדית. ההפך הוא הנכון, בכל אחת מההתדיינויות משרד החינוך ניסה לבלום את ניסיונו של בית המשפט להתערב בסוגיה ופעל כדי להרוויח זמן. יתרה מזאת, כפי שראינו, עמדותיו של משרד החינוך בנדון דידן סטו בחלוף השנים יותר ויותר לכיוון העמדה החרדית. אפשר כמובן לומר כי משרד החינוך, הפועל בשונה מבית המשפט בשטח, התרשם כי כפי שתיארנו לעיל, התנגדות המגזר החרדי לכל ניסיון להכליל בתוך החומר הנלמד בישיבות קטנות לימודי חול בעלי גוון ליברלי היא כה עזה, שהמהלך הופך לעת עתה לבלתי ריאלי. אולם נזכור כי בית המשפט לא דרש ממשרד החינוך לכפות את הוראת לימודי הליבה בכל מוסדות החינוך החרדיים אלא להפסיק את מימונם של אלה שמסרבים להנחיל את תכנית היסוד. זאת משרד החינוך בהחלט היה יכול לעשות, וזאת הוא לא עשה. משהשתכנענו שמשרד החינוך לא חיכה לאישורו של בית המשפט כלל ועיקר, אותיר את תיאור המשך השתלשלות העניינים בפרשה לדיון בהתקיימות יתר התנאים הכלולים בטיעונו של רוזנברג שיתנהל בהמשך הפרק.

שלישית אבחן את פעולת המדינה בהקשר של פרשת עמנואל.<sup>239</sup> לכאורה דומה כי בפרשה הנדונה משרד החינוך אכן פעל לקיום פסק הדין במרץ רב. למשל, לאחר מתן

239 חשוב להסתייג ולומר כי ההבחנה בין פרשת עמנואל לבין שתי הפרשות הקודמות על סמך הטענה שבעמנואל השינוי המבוקש נועד להגן על הקבוצה המוחלשת של בני עדות המזרח בתוך החברה החרדית לעומת ההגנה על הרוב בחברה מפני החרדים בכללותם בהקשר של גיוס בחורי הישיבות ופרשת לימודי הליבה, אמנם עשויה להצביע על עניין פחות שהציבור הכללי צפוי לגלות בפרשה (בהמשך לדיון לעיל בה"ש 197–200 והטקסט הצמוד להן), אולם היא איננה נדרשת לעניינינו מעבר לכך. זאת מכיוון שהמאמר עוסק במקרים שבהם ההנהגה החרדית מזהה סכנה לקרות השינוי החברתי, ורק מזווית ראייה זו פרשת עמנואל רלוונטית לדיוננו. בהקשר הזה יש להבהיר כי בניגוד לרושם הראשוני שיכול לעלות מן הפרשה, שלפיו מדובר בשינוי נקודתי בבית ספר מסוים אחד, ברור כי משלב מסוים החרדים התייחסו לפעולות בית המשפט בפרשה כאל צעד ראשון בלבד המסמן מגמת פגיעה אנושה בעצמאות החינוך החרדי בכללותו. ראשית, אפשר ללמוד זאת מן התגובה החריפה ביותר מצד הציבור החרדי לפרשה (עוד לפני שההורים נשלחו לכלא). שנית, היות שהתופעה של הפרדה עדתית (בתוצאה) איננה נגמרת ביישוב עמנואל אלא מתפשטת על פני המגזר החרדי כולו, דומה כי במקרה של מעבר מפסיקת בית המשפט לסדר היום אכן היה להנהגה החרדית ממה לחשוש (לעניין כלליות התופעה ראו אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" (לא משלנו): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה" מעשי משפט ג 123, 136 (2010)). שלישית, תמונת ראי של טענת נקודתיות הפרשה היא העובדה שגם בעניין Brown, לעיל ה"ש 123, דובר מלכתחילה על ילדה אפריקאית-אמריקאית אחת בשם לינדה שנאלצה לצעוד יותר מ-3 ק"מ כל יום עד לבית ספר לשחורים בשל הפרדה הגזעית.

פסק הדין המקורי של בית המשפט, הסרת ההפרדה הפיזית בתוך מבנה בית הספר ועזיבת התלמידות של המגמה החסידית הגיש משרד החינוך בצעד חריג תלונה במשטרה על הפרת חוק לימוד חובה<sup>240</sup> נגד הורי התלמידות שהחרימו את בית הספר בעקבות החלטת בג"ץ. עם זאת חשוב לציין כי נכון למועד הגשת התלונה המאבק של בית המשפט נגד ההפרדה ב"בית יעקב" בעמנואל לא נתפס כמאבק עם המגזר החרדי כולו אלא כפתרון לגחמה של קבוצת תושבים השייכים לחסידות סלונים. זאת מאחר שאפילו מרכז החינוך העצמאי (מרכז חרדי האחראי לזרם החינוך העצמאי שפעולתו מכוונת על ידי מנהיגי הציבור החרדי) הטיל את האחריות למשבר על ההורים.

אולם כאשר הפכה הפרשה ללב המחלוקת בין החרדים לבית המשפט (בין היתר לאחר התבטאויותיו של השופט לוי נגד סמכות הרבנים),<sup>241</sup> חדל משרד החינוך מפעולתו הנחושה, וכחלק מהסדר הפשרה העניק למורי התלמידות מהמגמה החסידית ולהוריהן רישיון להקים בשנת הלימודים הבאה מוסד "פטור". משרד החינוך הסכים שלמוסד חדש זה יהיה מותר לקבל תלמידות לפי אותם קריטריונים שנקבעו באשר למגמה החסידית. אין ספק שפשרה מסוג זה היא סיכול כמעט מוחלט של פסיקת בג"ץ. אף השופטים עצמם הביעו במפורש חשש לסיכול פסק הדין, אך הם השליכו את יהבם על משרד החינוך ש"פיקוחו המובטח של משרד החינוך על המוסד הפטור – ימנע את הישנות המצב".<sup>242</sup> לפיכך ברור שהתנאי הרביעי של רוזנברג לא התקיים בפרשה זו באשר למשרד החינוך, שהרי גושפנקה שיפוטית חזקה ביותר לא סייעה בידו להמשיך וליישם את מדיניותו המוצהרת של בית המשפט לאסור על הפרדה בחינוך המובילה דה פקטו לסגרגציה עדתית.<sup>243</sup> השופטים היטיבו לבטא עמדה זו בלשון הזאת: "[...] אף שעניינו של ההליך שלפנינו איננו מתמקד בהכרה במוסד הפטור ככזה, הרי שלא ראינו מנוס מלציין את תמיהותנו לגבי מהלכיו האחרונים של משרד החינוך בפרשה".<sup>244</sup> רביעית אדון בפעולות של "השחקנים האחרים" בעקבות פסיקת בג"ץ בפרשת הקצבאות לאברכים בעניין יקותיאל.<sup>245</sup> בטרם אסקור את העובדות הנדרשות לענייננו,

240 אורי קשתי "משרד החינוך התלונן במשטרה נגד חרדים אשכנזים שנמנעים מלשלוח את בנותיהם ללמוד עם מזרחיות" הארץ – חדשות online 7.3.2010 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1154604.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1154604.html). הצעד נחשב לחריג מכיוון שבדרך כלל הטיפול באי-ביקור סדיר בבית ספר בגילאי חינוך החובה מסור לרשויות מקומיות.

241 ראו את הציטוט המובא לעיל בה"ש 109.

242 עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1, החלטה מתאריך 14.9.2010, פס' 13 להחלטה. זוהי ההחלטה שחתמה את הפרשה.

243 לא נראה סביר לטעון כי הגושפנקה השיפוטית ניתנה רק בהקשר של הפרדה בתוך אותו בית ספר, בשל הטעמים המוצהרים שעמדו בבסיס פסיקת השופטים. הייתכן שהדרת תלמידות ממוצא מזרחי (כהנחת בית המשפט) ממוסד חינוך מסוים חמורה פחות מקבלתן תוך השמתן במסגרת נפרדת?

244 עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1, החלטה מתאריך 14.9.2010, פס' 15 להחלטה.

245 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 12.

אזכיר כי סוגיית התמיכה הכספית באברכים מציבה את בית המשפט במקום הנוח ביותר להנעת השינוי מכל הסוגיות שנדונו עד כה, וזאת משתי סיבות עיקריות: ראשית, הציבור הכללי מגלה בסוגיה שנתפסת כמשפיעה עליו ישירות עניין רב.<sup>246</sup> שנית, פסיקת בג"ץ בסוגיה זו יכולה אך לגרום למדינה להפעיל את כוחה המקצה (להבדיל מהכוח הכופה), שהפעלתו איננה צפויה לעורר התנגדות עממית קשה בקרב הציבור החרדי.<sup>247</sup> בהקשר זה יש להבחין בין סוגיית הקצבאות המשולמות לאברכים לבין התניית מימון בתי הספר החרדיים בהוראת לימודי ליבה. קודם כול, אף על פי שבשני המקרים הבסיס מהלכים עשוי להיות אידאולוגי, במקרה של קצבאות לאברכים הקיצוץ יהיה סוף פסוק, דהיינו האברכים שיבחרו בכל זאת להמשיך את לימודיהם בכולל המדינה תניח לנפשם, ואילו בעניין לימודי הליבה ניכר הן מהטעמים העומדים בבסיס העתירות<sup>248</sup> והן מהנמקת הפסיקה שניתנה בבית המשפט<sup>249</sup> כי ביטול המימון איננו צעד אחרון בנוגע למוסדות החינוך החרדיים, ואופציית כפייה של החינוך הממלכתי בהחלט עומדת על הפרק. בנוסף, רגישות הציבור החרדי לחינוך דור העתיד גבוהה, כך נראה, מרגישותם לאפשרות שכלל המעוניינים בכך יעסקו בלימודי קודש. זאת מאחר שהשתלבותם של הגברים החרדיים אשר עולמם הפנימי כבר מעוצב היטב בתעסוקה (מתוך דוחק שייווצר מביטול הקצבאות) צפויה לפגוע במידה מועטה יחסית בצביון הציבור החרדי, אולם איון עצמאות החינוך החרדי ושילוב בו של התכנים שאינם עולים בקנה אחד עם ערכי היהדות, מהווים מבחינת החרדים סכנה קיומית.<sup>250</sup>

246 ראו תומר ולמר ורון מדויני "הפגנת הענק נגד 'חוק האברכים': 'חרדים תעבדו' ידיעות אחרונות – ynet חדשות 1.11.2010 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3978162,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3978162,00.html). לעומת זאת עניין מימון של ישיבות חרדיות שאינן מלמדות תכנית יסוד איננו מעורר בפועל ואף איננו צריך לעורר בציבור הכללי עניין מיוחד, מאחר שמדובר זה בלאו הכי מופחת ביחס למימון שבתו הספר הרשמיים מקבלים. יתרה מזאת, בהנחה שביטול התקציבים המשולמים לישיבות יגרום לחלק מסוים של ההורים להעביר את ילדיהם למוסדות חינוך רשמיים (או מוכרים) שמקבלים תקציב גבוה יותר, הדבר בהחלט עשוי להגדיל את הוצאות המדינה לטובת חינוך ילדי החרדים, דבר שבהסתכלות קצרת הטווח (אשר לדאבון הלב בדרך כלל מאפיינת את הציבור) ייתפס כפגיעה באינטרס הכלכלי שלו.

247 עם זאת אין הדבר אומר כי פסיקות בג"ץ המובילות לפגיעה בכיסם של החרדים אינן מתפרשות על רקע אידאולוגי ואינן מגבירות את התנגדות החרדים לדרכו של בית המשפט. ראו למשל את דברי הפרשן החרדי יחיאל סבר: "במשך שנים רבות נעשו פעולות אנטי-דתיות ע"י הבג"ץ, באופן ציני ומרושע, בקיפוח תמידי ובפגיעה מתמשכת בזכויות המיעוט החרדי, כדוגמת הניסיון המחפיר שנעשה רק לאחרונה בביטול סעיף הבטחת הכנסה לכ-11000 אברכי הכוללים בארה"ק". יחיאל סבר "היהדות החרדית בהמוניה תלווה היום את 'נאשמי עמנואל' ותכריז ברמה כי שלטון התורה עומד מעל המשפט החילוני" יתד נאמן 17.6.2010, 2.

248 עניין המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 162, פס' 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

249 שם, פס' 51–56 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

250 ראו להלן ה"ש 314 והטקסט הצמוד לה.

אעמוד עתה בקיצור על תולדות הקצבאות המשולמות לאברכי הכוללים בישראל. בשנת 1982 נכנס לתוקף חוק הבטחת ההכנסה, התשמ"א-1980 והתקנות הנלוות אליו שהוציאו מגדר הזכאים לגמלה בין השאר את תלמידי המוסדות התורניים,<sup>251</sup> בשל אי-עמידתה של אוכלוסייה זו במבחן הזמינות לעבודה. באותה שנה נכנס לתוקף סעיף תקציבי בשם "הבטחת הכנסת מינימום לאברכי כוללים",<sup>252</sup> אשר עד סוף שנת 2010 נותר במתכונת כמעט זהה, למעט סכום ההקצבה השנתית. התשלום החדשי שמקבלים אברכים מעוטי יכולת<sup>253</sup> 1,050 ש"ח בממוצע בעשור האחרון, לעומת 3,566 ש"ח בממוצע שמקבל מי שחוק הבטחת ההכנסה חל עליו.<sup>254</sup> יצוין כי הבחירה להסדיר את התשלומים לאברכי הכוללים היא בבחינת הכרעה ערכית של הממשלה והמחוקק לתמוך בעולם התורה, להבדיל ממטרות הרווחה שעומדות בבסיס חוק הבטחת ההכנסה.<sup>255</sup> היות שקבוצות האוכלוסייה הנזקקות הלומדות לימודים שאינם תורניים אינן זוכות לתשלומי הבטחת ההכנסה מאחר שגם סטודנטים והלומדים לימודי דת שאינה יהדות החרדית מחוק הבטחת ההכנסה, אך לא הוקצב להם סעיף תקציבי ייחודי,<sup>256</sup> ארגוני הסטודנטים ועותרים אחרים הגישו בשנת 2000 עתירה לבג"ץ, הידועה כפרשת יקותיאל, בדרישה לבטל את הסעיף התקציבי הנדון, הפוגע לטענת העותרים בעקרון השוויון. בית המשפט העליון עיכב את ההכרעה בשאלה שהתגלגלה לפתחו במשך עשור, אך לבסוף – בתאריך 14.6.2010 – קיבל את טענת העותרים ופסק כי הסעיף התקציבי המעניק תגמולים לאברכי כוללים אינו עולה בקנה אחד עם סעיף 3א לחוק

251 ס' 6(א) לתקנות הבטחת הכנסה, התשמ"ב-1982.

252 סעיף 21-20 לחוק התקציב לשנות התקציב 2009 ו-2010, התש"ע-2009.

253 הקריטריונים לקבלת תשלומי הבטחת ההכנסה מכוח הסעיף התקציבי כוללים לימודים סדירים בכולל, 3 ילדים ומעלה והכנסה למשק בית שאינה עולה על 1,200 ש"ח לא כולל קצבאות הילדים והמלגות הניתנות בכולל. זאת, לעומת הדרישות כלפי זכאים להבטחת ההכנסה או להשלמתה מכוח חוק הבטחת ההכנסה, התשמ"א-1980, שמחד נדרש מהם להיות זמינים לעבודה, ומאידך הכנסתם למשק בית יכולה להגיע ל-4,836 ש"ח למשפחה עם ילדים.

254 ראו משרד ראש הממשלה דין וחשבון הוועדה הבין-משרדית לתמיכה תקציבית באברכי כולל 16-17 (2010) (להלן: דוח ועדת גבאי 1).

255 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 12, פס' 11, 39 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

256 אין הרבר אומר כמובן שסטודנטים נזקקים אינם זוכים לתמיכה מהמדינה. למשל, סך התקציב המוקצה לסיוע לסטודנטים נזקקים הוא כ-450 מיליון ש"ח לעומת תקציב של כ-121 מיליון ש"ח המוקצה לטובת הבטחת ההכנסה של כ-11,000 אברכי הכוללים. בשנת 2009 קיבלו סיוע מהמדינה בפועל כ-17,500 סטודנטים. פעולה מתמטית פשוטה מובילה למסקנה כי היקף הסיוע לסטודנט נזקק הוא כפול מזה שמקבל אברך, ואשר לסטודנטים מצב משפחתי מסוים אינו דרישת סף. עם זאת לעומת הסיוע לסטודנטים המוגבל בזמן, הסיוע הניתן לאברכים איננו מוגבל. לפירוט הנתונים ראו דוח ועדת גבאי 1, לעיל ה"ש 254, בעמ' 21-23.

יסודות התקציב<sup>257</sup> (הנהגה ממעמד נורמטיבי גבוה מזה של חוק התקציב השנתי), וזאת בשל הפגיעה הגלומה בסעיף תקציבי זה בחובת השוויון בחלוקת כספי המדינה המעוגנת בסעיף 3א.<sup>258</sup>

על פי דפוס הפעולה שכבר מוכר לנו, הגישה קבוצת חברי כנסת מסיעות חרדיות הצעת חוק שנועדה לסכל את תוצאות פסיקת בג"ץ באמצעות עיגון הסעיף התקציבי מושא המחלוקת בחקיקה ראשית רגילה.<sup>259</sup> בתגובה מתחו ארגוני הסטודנטים וגורמים אחרים ביקורת חריפה על ההצעה והובילו מאבק ציבורי שכלל בין היתר הפגנות בסדרי גודל גדולים.<sup>260</sup> עמדתם המפורשת של חברי הכנסת החרדיים, שלפיה בלעדי המימון לאברכים מעוטי היכולת הם לא יהססו לפרק את הקואליציה,<sup>261</sup> העמידה את הממשלה בין הפטיש לסדן. כפתרון החליטה הממשלה לבקש לדחות את הדיון בהצעת החוק המדוברת ובינתיים כינסה ועדה בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה איל גבאי (להלן: ועדת גבאי 1), כדי שזו תבחן את "ההתאמות הנדרשות בסוגיית הסיוע לאברכים".<sup>262</sup> לאור המתואר לעיל דומה כי החלטת בג"ץ בעניין יקותיאלי לא גרמה לשחקנים הפוליטיים לנצל את ההזדמנות שנוצרה כדי לבטל את התמיכה באברכים. ההפך הוא הנכון – רק המאבק הציבורי החריף שהובילו ציבור הסטודנטים מנע את קבלת החוק בתמיכת הממשלה שמטרתו לסכל את תוצאת פסיקת בג"ץ, וחייב את הממשלה לכנס את ועדת גבאי 1. המלצותיה של הוועדה והשתלשלות האירועים שלאחר מכן יידונו בהמשכו של פרק זה, ואילו לעניין שאלת התקיימות התנאי הרביעי של רוזנברג חשובה המסקנה כי גם בעניין הקצבאות לאברכים אי אפשר לזהות ציפייה כלשהי מצד הממשלה לגושפנקה משפטית כדי לשנות את המצב במהרה.

סיכומו של דבר, נמצא כי אף באחת מבין הפרשות מהעת האחרונה שבהן פעל בית המשפט לחולל רפורמה בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי לא הראתה המדינה נכונות ליישום הפסיקה ואף פעלה במרבית המקרים לסיכול כוונתו של בית המשפט.

ב) התקיימות התנאי הראשון והתנאי השני – נכונות ליצור תמריצים ולהטיל עלויות בחלק זה אבחן אם המדינה, שכאמור לא חיכתה לגושפנקה משפטית כדי להתחיל לפעול להנעת השינוי בתוך המגזר החרדי, פעלה בכל זאת, ולו בלחץ של בית המשפט, כדי

257 ס' 3א לחוק יסודות התקציב.

258 עניין יקותיאלי, לעיל ה"ש 12, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

259 הצעת חוק מלגת קיום לתלמידי כולל, התשע"א–2010, ה"ח 2657/18.

260 ראו לעיל ה"ש 246.

261 ראו צבי לביא "חוק מלגת קיום לאברכים מאיים על הקואליציה" ידיעות אחרונות – ynet כלכלה

.www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3973337,00.html 22.10.2010

262 דוח ועדת גבאי 1, לעיל ה"ש 254, בעמ' 1.

ליישם את פסיקת בג"ץ והשיגה תוצאות העולות בקנה אחד עם עקרונותיה היסודיים של פסיקה זו.

ראשית אעמיק את ניתוח סוגיית אי-גיוסם של בני הישיבות כדי לבחון אם במרוצת השנים הצליח בית המשפט לגרום לשחקנים הפוליטיים לשתף עמו פעולה ולייצר מדיניות שיש בה פוטנציאל לשינוי ניכר בתוך המגזר החרדי. כפי שהוזכר לעיל, לחקיקת "חוק טל" בעקבות פסיקת בג"ץ בעניין רובינשטיין הייתה המשכיות משפטית מעניינת שהסתכמה בסופו של יום בפסק דין בפרשת התנועה למען איכות השלטון שבו דחה בית המשפט<sup>263</sup> את ארבע העתירות שתקפו את חוקתיותו של "חוק טל", אך בו בזמן הכריז על החוק כ"פוגע קשות בכבוד האדם של קבוצות הרוב" ואף הצהיר כי "אם השינוי לא יבוא, קיים חשש רציני שהחוק יהפך לבלתי חוקתי".<sup>264</sup> בשל דחייה מהוססת זו לצד ההצהרות הנוקבות בנוגע לעתיד, בהחלט אפשר לראות בפסק דין זה ניסיון נוסף של בית המשפט לחולל שינוי בסוגיית גיוסם של בחורי הישיבות. להלן נתבונן בפעולות המדינה בעקבות הגשת העתירות ומתן פסק הדין ה"מאיים" כדי לקבוע אם התקיימה הדרישה לקיומם של שחקנים המספקים תמריצים ומטילים עלויות כדי לקדם את מגמת השינוי החברתי המונעת על ידי בית המשפט.

ככל שהתקדמו הדיונים בסדרת העתירות שתקפו את חוק טל, החלה הממשלה לבצע פעולות ליישום החוק לפי הביקורת שנמתחה עליה, בעיקר על ידי יצירת מסלולי שירות חלופיים לצה"ל אשר יהיו אטרקטיביים לציבור החרדי. כך, בשנת 2004 הוקמה ועדת עברי<sup>265</sup> כדי לבחון דרכים להקמת שירות אזרחי בשביל החרדים המעוניינים בתום שנת ההכרעה להשתלב במסגרת שונה מצה"ל, אך כזו שתאפשר להם להשתלב בעתיד בעולם התעסוקה מבלי שחרב הגיוס תונח על צווארם. מרבית מסקנות הוועדה אף אומצו על

263 נראה שמעצם הדחייה של העתירות אפשר ללמוד על מודעות בית המשפט למגבלות כוחו. בהקשר הזה מעניינת דעת המיעוט של השופט חשין, אשר הציע לקבוע כי "חוק טל" בטל מעיקרא. בשל המתח בין המגזר החרדי לבין מערכת המשפט שהיה קיים באותם ימים סביב סוגיית הגיוס לצה"ל, דומה כי קבלת דעתו של חשין הייתה מובילה למשבר חברתי ופוליטי חריף.

264 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 15, פס' 82 לפסק דינו של הנשיא ברק. בית המשפט החליט שלא לקבוע כי החוק איננו חוקתי בשלב זה, מאחר שלא ניתנה לו "הודמנות ראויה" (שם). בשיח האקדמי קיימים טיעונים שלפיהם כשבית המשפט פועל בכוחנות ובחדות ואיננו מעניק ארכות למיניהן, סיכויו להוביל לשינוי גדלים. ראו למשל לעיל ה"ש 186 והטקסט הצמוד לה; CHARLES J. OGLETREE, ALL DELIBERATE SPEED: REFLECTIONS ON THE FIRST HALF-CENTURY OF BROWN V. BOARD OF EDUCATION (2004).

265 משרד המדע והטכנולוגיה דין וחשבון הוועדה לכינון שירות לאומי-אזרחי – המלצות ביניים (2005) [www.most.gov.il/Departments/NCS/Ivry2005.htm](http://www.most.gov.il/Departments/NCS/Ivry2005.htm). שירות לאומי-אזרחי הוקם דווקא על-סמך המלצות הביניים של הוועדה וככל הידוע לכותב שורות אלה ההמלצות הסופיות של הוועדה טרם פורסמו.

ידי הממשלה שהחליטה להקים את מנהלת השירות האזרחי-לאומי<sup>266</sup> והתקינה תקנות השירות האזרחי<sup>267</sup> – מהלכים שאפשרו בשנת 2007 את הקמת המערך של השירות האזרחי.<sup>268</sup> אכן, בין השנים 2007 ו-2010 עלה מספר המצטרפים לשירות האזרחי בכל שנה מ-50 ל-1,450.<sup>269</sup> חשוב לציין כי החל מ-2007 בוצעו פעולות הממשלה לא רק על רקע של פסק דין בעניין התנועה למען איכות השלטון אלא גם על רקע ארבע עתירות נוספות (שהדיון בהן אוחד) אשר תלויות ועומדות כיום בבג"ץ נגד היישום הלקוי של "חוק טל"<sup>270</sup> ואשר נדונות בהרכב מורחב של תשעה שופטים.

באשר למגמות בגיוסם של בני הישיבות לצה"ל – נוסף על הרחבת מסלול הנח"ל החרדי שנסקרה בהרחבה לעיל בפרק ב – הוקמו בעקבות החלטת הממשלה בסוף שנת 2005<sup>271</sup> מסלולים טכנולוגיים מיוחדים בתוך הצבא המיועדים לחרדים מבוגרים או בעלי משפחות. מסלולים אלה, המכונים שח"ר ("שילוב החרדים"), מאפשרים לבני הישיבות לשעבר לקבל הכשרה וניסיון מקצועי בזמן שירותם הצבאי כדי שיוכלו להצטרף לשוק התעסוקה בסיום השירות. בדומה לשירות האזרחי, מסלולי שח"ר החלו לפעול באופן אפקטיבי בשנת 2007.<sup>272</sup> באותה שנה התגייסו לשירות צבאי במסלולים אלה 40 בני ישיבות בלבד, ואילו בשנת 2010 היה מספרם 520.<sup>273</sup>

אף על פי שהמספרים המוחלטים נראים מרשימים ומעידים לכאורה על מגמת עלייה בגיוס החרדים לצה"ל, דוח ועדת גבאי 2, שהוגש בסוף שנת 2010, קבע על סמך ההשוואה בין גידול המצטרפים להסדר "תורתו אמנותו" לבין הגידול הצפוי באוכלוסייה החרדית בישראל כי "בחמש השנים האחרונות לא ניתן לראות שהתרחש שינוי משמעותי בקצב המצטרפים או היוצאים ממלאי הנמצאים במעמד תורתו אומנותו".<sup>274</sup> כך גם בג"ץ

266 החלטה 4598 של הממשלה ה-30 "מימוש חוק דחיית שירות לבחורי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 ("חוק טל") (18.12.2005).

267 תקנות דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (שירות אזרחי), התשס"ז-2007.

268 יש לציין כי שנת 2007 היא השנה שבה "חוק טל" היה עתיד לעבור את אישור הכנסת מחדש, וגם מכאן – יש להניח – הרצון לקדם עד מועד זה את יישומו.

269 דוח ועדת גבאי 2, לעיל ה"ש 32, בעמ' 21. הדבר לא נאמר בדוח, אך נראה שהנתונים המרשימים מתייחסים לכל מי שנמצא במסלול נכון לכל אחת מהשנים. אולם יש לשים לב כי למסלול שתי מתכונות אפשריות שאחת מהן מאפשרת לפרוס את השירות על פני שנתיים וכך בפועל בין כל שנתיים צמודות נוצרת חפיפה, ומספר המצטרפים בכל שנה למסלול קטן מהמוצג בדוח.

270 בג"ץ 6318/07 התנועה למען איכות השלטון נ' כנסת ישראל, ההחלטות זמינות באתר בית המשפט העליון. בנוסף ראו בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012) (להלן: עניין רסלר החדש). עתירה זו הוכרעה לאחרונה והתייחסות אליה נוספה באחרית דבר.

271 החלטת הממשלה מס' 4598, לעיל ה"ש 266.

272 ראו דוח ועדת גבאי 2, לעיל ה"ש 32, בעמ' 20.

273 שם, בעמ' 21.

274 שם, בעמ' 16.



עצמו קבע בדיון בעתירות החדשות שהתקיים בספטמבר 2009 כי אינו מזהה שינוי רב בשילוב החרדים בשירות הצבאי והאזרחי.<sup>275</sup>

האם תוצאה זו בפני עצמה מלמדת על אי-שיתוף הפעולה מצד המדינה לצורך קידום השינוי שיוזם בית המשפט? בשנת 2008 כתבה פרופ' דפנה ברק-ארוז במאמרה על גיוס בחורי הישיבות את הדברים האלה: "בכל הנוגע לאי-גיוס בחורי הישיבות, אי-הנחת הברורה שעלתה מן הפסיקה לא הביאה שינוי [...] מקבלי ההחלטות במישור הפוליטי, שנדחפו לשינויים בכל הנוגע לגיוס בחורי הישיבות רק מכוח פסיקה מפורשת, ואף בהקשר זה ניסו לצמצם את מסגרת השינוי ככל האפשר".<sup>276</sup> אף על פי שהדברים נאמרו אחרי פסיקת בית המשפט בעניין התנועה למען איכות השלטון, בהחלט ייתכן שאינם משקפים את המצב דהיום, וזאת משום הפעילות האקטיבית של הממשלה בסוגיה מאז דוח ועדת עברי, כפי שתיארת. אם כן, לכאורה, אפשר לסבור כי הפער בין הדרישות שמציב בית המשפט לבין התוצאות הצנועות נובע מקשיי יישום טבעיים, להבדיל מאי-נכונות של רשויות השלטון האחרות לספק תמריצים ליישום הרפורמה שבית המשפט מנסה להניע.<sup>277</sup> אנסה עתה להשיב לטיעון זה בפירוט.

היות שהשאלה העומדת למבחן היא שאלת היכולת של בית המשפט להניע שינוי חברתי, שומה עלינו לבחון אם מגמת השינוי שהסתמנה לאחר פסק הדין בעניין התנועה למען איכות השלטון תואמת את עקרונות היסוד ששיקף בית המשפט בפסיקתו בהקשר של השינוי המבוקש. כדי להתחקות על עקרונות היסוד של השינוי אבחן את ההנמקה של בית המשפט לקביעתו שהחוק פוגע בזכות החוקתית לכבוד. הטעם המרכזי לקביעה זו, כפי שהשתקף בפסק דינו של הנשיא ברק בעניין התנועה למען איכות השלטון, התייחס לאופיו הייחודי של השירות הצבאי. ברק מדגיש את היותו של השירות "קשה, תובעני וממושך, שירות שיש לו מחיר כלכלי ואישי מובהק, והכרוך לא פעם בסכון החיים ושלמות הגוף",<sup>278</sup> כשהדגש המרכזי מושם ב"סיכון זכותו היסודית ביותר של כל פרט – הזכות לחיים ושלמות הגוף".<sup>279</sup> בית המשפט כמובן איננו אומר שכל שירות שאיננו כרוך באינטנסיביות ובסיכון חיים פוגע בעקרון השוויון, אלא שהוא מלין על שבני המגזר החרדי זוכים לאפשרות לבחור בין אותו שירות אינטנסיבי וממושך לבין מסלולים

275 בג"ץ 6318/07 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 270, החלטה מתאריך 8.9.2009, פס' 10 לחוות דעתה של השופטת חיות.

276 דפנה ברק-ארוז "שירות צבאי בישראל: בין צדק אישי לצדק חלוקתי" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 1029, 1044 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

277 טיעון זה עשוי להשתמע מחוות דעתו של השופט רובינשטיין בעתירות תלויות ועומדות נגד חידוש "חוק טל" כנסת. השופט מזכיר בתחילת דבריו את "כל רצונם הטוב של מוסדות המדינה" שלמרות התקיימות הרצון יישום "חוק טל" מתקדם "בזחילה". ראו בג"ץ 6318/07 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 270, החלטה מתאריך 8.9.2009.

278 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 15, פס' 42 לפסק דינו של הנשיא ברק.

279 שם, פס' 41 לפסק דינו של הנשיא ברק.

שנראים על פני הדברים הרבה יותר אטרקטיביים ונוחים, כאשר עצם ההשתייכות למגזר החרדי איננו, בעיני בית המשפט, בבחינת שיקול תקף להבחנה "בין דם לדם" לעניין יכולת הבחירה, ומשכך מדובר בהפליה פסולה.<sup>280</sup> במילים אחרות המצב הרצוי מנקודת מבטו של בית המשפט הוא שבני הישיבות יגויסו וישוּבצו למסלולי שירות על פי קריטריונים דומים לאלה שלפיהם מגויסים ומשובצים יתר אזרחי המדינה. כמו כן משתמע מפקס דין שבית המשפט סבור כי גם משך השירות איננו צריך להיות שונה, והכול בשם עקרון השוויון החוקתי.

כדי לבחון את מידת ההתאמה של מגמת השינוי בפועל לעקרונות שקבע בית המשפט אעמוד על הנתונים המרכזיים הנוגעים לשני מסלולי השירות שההתדיינויות המשפטיות בעבר ובהווה השפיעו (לכאורה) על הקמתם: מסלול השירות האזרחי ומסלול השירות הצבאי הטכנולוגי המכונה שח"ר.<sup>281</sup> כבר עתה יובהר כי היחס בין מידת ההתפתחות של שני המסלולים איננו שווה. למשל, מספר המשרתים כיום בשירות האזרחי גדול כמעט פי 3 ממספר המשרתים במסגרת שח"ר, דהיינו בצבא (1450 מול 520).<sup>282</sup>

באשר לטיבם של שני המסלולים יש לומר כי מסלול השירות האזרחי טומן בחובו פעילות התנדבותית בהיקף של 40 שעות שבועיות בממוצע במשך שנה או בהיקף של 20 שעות שבועיות בממוצע במשך שנתיים.<sup>283</sup> השירות מתבצע אצל "מפעילים" שהם מוסדות ציבוריים אשר נקשרו בהסכם מתאים עם משרד הרווחה.<sup>284</sup> בדרך כלל מדובר בארגונים חרדיים באופיים העוסקים בפעילות חסד, כגון "יד שרה" או "זק"א". נראה כי השתתפות בפעילותם של ארגונים אלה היא טבעית לאברכים שעוזבים את מסגרות לימוד התורה, בין היתר בשל נכונותם הגבוהה במיוחד של בני המגזר החרדי להתנדב לטובת הזולת.<sup>285</sup> מלבד האופי המוכר של הפעילות, חרדים הבוחרים לשרת בשירות

280 בהקשר הזה בית המשפט אומר את הדברים האלה: "בעוד שלאדם אחד לא ניתנת יכולת הבחירה ב'שנת הכרעה' בין גיוס לדחייתו, לאדם אחר ניתנת הבחירה בין גיוס לבין דחייתו (שסופה פטור משירות), או בחירה בין גיוס לבין שירות אזרחי, או בין גיוס רגיל לבין מסלול שירות צבאי מיוחד. האחד חייב ללחום בטרם ילמד. האחר רשאי ללמוד ולא ללחום. אכן, הפרת השוויון לגבי חובת השירות הצבאי וביחס להיקף חופש הבחירה הנתון לכל אדם מביאה להפליה הפוגעת בכבוד האדם" (שם, פס' 42 לפסק דינו של הנשיא ברק).

281 יודגש כי התפתחותו של גודר הנח"ל החרדי נבעה מסיבות אחרות, ומגמת הגיוס אליו לא הושפעה הרבה מהמהלכים שהממשלה יזמה בשש השנים האחרונות. ראו את הדין לעיל בפרק ב.

282 דוח ועדת גבאי 2, לעיל ה"ש 32, בעמ' 21.

283 תק' 3(א)(2) לתקנות דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אמנותם (שירות אזרחי).

284 תק' 1 לתקנות דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אמנותם (שירות אזרחי).

285 אסף מלחי (חוקר מטעם משרד התמ"ת) קובע במחקרו כי שיעור ההתנדבות במגזר החרדי "מעיד על כך שהחברה החרדית הנה חברה שערכי הנתינה והסיוע לזולת הנם ערכים העומדים במרכז הווייתה". ראו מלחי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 13.

האזרחי מקבלים תגמולים בסך של קרוב ל-2,000 ש"ח לחודש.<sup>286</sup> בהתחשב בשני אלה – האופי המוכר של הפעילות והשכר העולה בצירוף שלל ההטבות שמקבל האברך בזמן השירות ובעיקר לאחריו על שכר מינימום<sup>287</sup> – מדובר בהזמנות פז לשלב עשייה ערכית בתחום גמילות חסדים, עבודה בשכר והזדמנות להיפטר מחרב הגיוס, הרבה יותר משמדובר בשירות התנדבותי לטובת המדינה העומד בהתאמה, מבחינת התרומה הנובעת ממנו<sup>288</sup> והקושי שבו הוא כרוך, לשירות צבאי רגיל. למותר לציין כי אותם קריטריונים של סיכון חיים, תובענות ומשך זמן רב, המוזכרים על ידי בית המשפט כאמות מידה לכינון השוויון בין הציבור הכללי לציבור החרדי בישראל, אינם מתקיימים בהקשר של השירות האזרחי.

גם באשר למסלולי שח"ר קיים ספק גדול אם הם תואמים במידה כלשהי את הכוונות של בית המשפט. מסלולים אלה, המיועדים לאברכים נשואים המעוניינים להשתלב בשוק העבודה, מאפשרים השלמת ידע כללי במסגרת מכינה מקוצרת, רכישת מקצוע צבאי בתחום הטכנולוגי, רכישת ניסיון מקצועי, התאמת המקצוע לתחום האזרחי בחודשים האחרונים של השירות במסגרתם של קורסים מקצועיים ולבסוף השמה בחברות אזרחיות.<sup>289</sup> ברור למדי כי גם מסלולים אלה אינם מבחינת התממשות החזון של הנשיא ברק בעניין השוויון בנטל השירות הביטחוני. אף בית המשפט עצמו התייחס להסדרים המתגבשים בספקנות רבה, וכך אמר: "בעוד שלאדם אחד לא ניתנת יכולת הבחירה בשנת הכרעה בין גיוס לדחייתו, לאדם אחר ניתנת הבחירה בין גיוס לבין דחייתו (שסופה פטור משירות), או בחירה בין גיוס לבין שירות אזרחי, או בין גיוס רגיל לבין מסלול שירות צבאי מיוחד. האחד חייב ללחום בטרם ילמד. האחר רשאי ללמוד ולא ללחום".<sup>290</sup>

כדי להשלים את התמונה ראוי להתבונן בהתפתחויות האחרונות בתחום. בחודש דצמבר 2010 פרסם הצוות הבין-תחומי לעידוד התעסוקה וקידום השירות הצבאי והאזרחי במגזר הציבורי, בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה איל גבאי, את המלצותיו.

286 ראו חוברת למתנדבים של משרד המידע והטכנולוגיה, מנהלת השירות האזרחי-לאומי: חוברת מידע למתנדבים השירות האזרחי במסגרת 'חוק טל' [www.igud.org/uploadimages/sherut%20ezrahi.pdf](http://www.igud.org/uploadimages/sherut%20ezrahi.pdf). שיעור התשלום מתעדכן על ידי השר בתוספת לתקנה 6 של תקנות השירות האזרחי. הסכום חושב כממוצע בין ארבע אפשרויות התשלום לפי המצב המשפחתי של המשרת.

287 שם.

288 אין הכוונה לכך שהשירות האזרחי שהחרדים מבצעים אינו תורם, אלא שבהנחה שחלק ניכר מהם היו בכל מקרה מבצעים פעילות התנדבותית בהיקף כזה או אחר, הקשר הסיבתי בין הקמת מסלול השירות האזרחי על ידי הממשלה לבין הפעילות ההתנדבותית של החרדים רופף במיוחד.

289 שוב לציין כי שלא כמו מסלול הנח"ל החרדי, במסלולי שח"ר משתלבים נציגי הזרם המרכזי של החברה החרדית: אלה אמנם לא הצליחו להיות חלק מ"סיירת" של לומדי תורה, אך הם בהחלט אינם "נוער השוליים".

290 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 15, פס' 42 לפסק דינו של הנשיא ברק.

המלצות אלה תאמו את הרוח המנשבת במסדרונות הממשלה – לעורר את שילוב החרדים בתעסוקה גם אם הדבר כרוך בהמשך הפגיעה בעקרון השוויון בנשיאה בנטל הביטחון בטווח הזמן הנראה לעין. למשל, הוועדה המליצה ליצור מגוון של מסלולים אטרקטיביים בתוך הצבא (לרבות שירות מקוצר ומילואים) ולאפשר לכל חרדי מעל גיל 21 להתגייס לשירות האזרחי כתחליף לשירות צבאי, מה שבעבר התאפשר רק לחרדי מעל גיל 21 שיש לו ילד אחד לפחות או לכל חרדי בגיל 26 לפחות.<sup>291</sup> להמלצה אחרונה זו התקשורת קראה "הענקת פטור לכל החרדים".<sup>292</sup>

עם זאת הוועדה הציעה להגביל את שירותם האזרחי של דחויי השירות – בגיל 23–22 שאין להם ילדים ובגיל 24–25 שאינם נשואים – לשירות אזרחי במסלול ביטחוני בלבד, דהיינו בגופים כדוגמת משטרה, שב"ס, יחידות הכיבוי, מד"א ורשות החירום הלאומית שבמשרד הביטחון.<sup>293</sup> כדי להגדיל את חלקם של החרדים בנטל הביטחוני דווקא. עוד המליצה חשובה של הוועדה הייתה להקדים את גיל ההעברה למאגר המילואים (מצב של כמעט פטור) לכל דחויי השירות שהגיעו לגיל 28 (במקום 30 כיום) וכן להעביר באופן חד-פעמי למאגר המילואים את כל דחויי השירות שלהם שלושה ילדים לפחות, והכול כדי לא למנוע מקבוצה זו להשתלב בתעסוקה מחשש שיגויסו. בתאריך 9 בינואר 2011 קיבלה הממשלה בראשות בנימין נתניהו ברוב מוחץ החלטה<sup>294</sup> שמאמצת את המלצות ועדת גבאי 2, וזכתה לביקורת ציבורית נוקבת.<sup>295</sup>

291 דוח ועדת גבאי 2, לעיל ה"ש 24–25.

292 ראו למשל עמוס הראל "פטור גורף מגיוס חרדים תמורת שנת שירות – מרחיב את הגיוס או מעניק לחרדים ויתורים משמעותיים?" הארץ – חדשות online 17.12.2010 [www.haaretz.co.il/news/education/1.1235626](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1235626).

293 ש.ם.

294 החלטה 2698 של הממשלה ה-32 "קידום השירות הצבאי והאזרחי במגזר החרדי" (9.1.2011).

295 מעניין שהביקורת הציבורית שהופנתה כלפי הממשלה התרכזה לא באיזון (שעשוי להתברר כלקוי) בין אינטרס השתלבות החרדים במשק לבין הצורך ליצור שוויון בנטל השירות הביטחוני אלא בסעיף 2 לנספח א' להחלטה, אשר מעביר, על פי המלצת ועדת גבאי 2, למאגר המילואים את דחויי השירות שהם אבות לשלושה ילדים לפחות. לסקירה של התבטאויות ביקורתיות כלפי ממשלת נתניהו ביום קבלת ההחלטה ראו אטילה שומפלבי ואביאל מגנזי "מתקפה על נתניהו: מכשיר את השתמטות החרדים" ידיעות אחרונות – ynet חדשות 9.1.2011, [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4011003,9.1.2011](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4011003,9.1.2011), 00.html. בתגובה להחלטת הממשלה הגיש הצוות לבחינת יישום "חוק טל" מטעם ועדת החוץ והביטחון של הכנסת בראשותו של חבר הכנסת יוחנן פלסנר ב-16 בינואר 2011 את דוח הביניים שלו. הדוח קובע כי היישום של "חוק טל" נכשל על אף המגמות החיוביות שקיימות בתחום לאחרונה. לאחר מכן הדוח מציע תכנית ליישום החוק, תכנית שעל רקע דוח גבאי נראית מעט נאיבית. די לנו לציין שחבר הכנסת פלסנר מציע לגייס עד שנת 2015 לשירות צבאי או אזרחי שני שלישים מבין מחזורי הגיוס הרלוונטיים (ס' 4 לתמצית המלצות הוועדה). הדוח זמין ב-[www.news1.co.il/ShowCurrentFile.aspx?FileID=3516](http://www.news1.co.il/ShowCurrentFile.aspx?FileID=3516). מעניין ששני הנציגים של הסיעות החרדיות – חבר הכנסת ניסים זאב מ"ש" וחבר הכנסת משה גפני מיהדות התורה – לא חתמו על

מעניין שבחוות הדעת המשפטית המצורפת להחלטה נכתב: "הצעת החלטה זו מוגשת כעת על רקע הדיון הצפוי בבג"ץ לגבי תוקפו של 'חוק טל', כאשר בית המשפט צפוי לבחון את יישומו של ההסדר הקבוע בחוק נוכח נתוני הגיוס לשירות הצבאי והאזרחי בקרב בני המגזר החרדי".<sup>296</sup> למרות תובנה חשובה זו נראה כי בחשבון הכולל נקודת האיזון החדשה שקבעה הממשלה בהחלטתה רק סוטה יותר מערך השוויון שבג"ץ מקדש. אם לא די בכך, בדיון שהתקיים בתאריך 9.1.2011 בבג"ץ (שבו מתח בית המשפט ביקורת על הממשלה על שקיבלה את ההחלטה ליישום רפורמת גבאי ערב הדיון בבג"ץ אשר נקבע 15 חודשים מראש) נשאלה נציגת המדינה אם הממשלה תהיה מוכנה לעכב יישום של אותם חלקים מהרפורמה שנראים כמחמירים את חוסר השוויון שיוצר "חוק טל" כיום. כפי שהסבירה בתגובה נציגת המדינה, ראש הממשלה משיב לשאלה זו בשלילה ומסביר כי יישום הרפורמה "טלאי על טלאי" יפגע באיזונים הפנימיים הכלולים בתכנית.<sup>297</sup>

אם כן, כיצד אפשר להסביר את התנהגותה התמוהה לכאורה של הממשלה, אשר מצד אחד הן עצם פעילותה בנושא גיוס בחורי הישיבות והן תזמון הפעילות מושפעים במישרין מהעיתרות לבג"ץ, ומן הצד האחר תוכן פעילותה כמעט שאיננו מזכיר את מה שבית המשפט מבקש להשיג? אפשרות אחת היא לטעון כי הממשלה איננה מבינה לאיזה כיוון חותר בג"ץ ומתבלבלת בין שתי תכליות שונות: תכלית אחת, שילוב החרדים במשק המדינה; תכלית שנייה, יצירת שוויון בנטל השירות הצבאי. עם זאת מספיק לעיין בחוות הדעת המשפטית המצורפת להחלטת הממשלה מתאריך 9.1.2011 כדי להיווכח שהממשלה מודעת גם מודעת לפער שבין שתי התכליות. למשל, נכתב בחוות הדעת כי:

אין בקביעת נהלי הגיוס כדי לבטל את טענת חוסר השוויון ביחס לנשיאה בנטל הביטחוני על ידי מגזרים שונים בציבור, אולם יש בהם כדי להניע תהליך אשר עשוי לצמצם פערים אלה במידה מסוימת. מעבר לכך, קיימת טענה נוספת בדבר חוסר שוויון בולט גם לגבי הנשיאה בנטל הכלכלי בחברה בישראל ויש בהצעת החלטה זו משום ניסיון להתמודדות מקבילה

הדוח. עובדה חשובה נוספת היא שהחלטת הממשלה מתאריך 1.9.2011 מבטלת את סעיף 4, שחייב את שר הביטחון להתיר לכל חרדי בגיל 22 לפחות לפנות לשירות האזרחי, וזאת ככל הנראה כמענה לעתירות שהוגשו נגד הסעיף הלא הכרחי – ראו בג"ץ 5915/10 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל (ההחלטות פורסמו בנבו).

296 ראו החלטת הממשלה מס' 2698, לעיל ה"ש 294, בעמ' 14.

297 הדברים עלו בדיון בעל פה והם מובאים בסקירת התקשורתית של הדיון, וראו עמוס הראל "הממשלה לבג"ץ: לא נעכב פטור לכ-10,000 חרדים" הארץ – חדשות online 25.2.2011 [www.haaretz.co.il/hasite/pages/1217300.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/1217300.html), וכן בצורה מדויקת יותר בבלוג של שחר אילן, פרשן לענייני חרדים ואחד משני המומחים שליוו את צוות פלסנר (לעיל ה"ש 295) בעבודתו, באתר **The Marker** (ראו <http://cafe.themarker.com/post/2011813>).

עם אי שוויון זה, אשר צמצומו מהווה אף מפתח להשתלבות בחברה בישראל ולהשתתפות בחובות אזרחיות.<sup>298</sup>

מדברים אלה משתמע כי הממשלה מודעת לכך שתרומת פעולותיה להשגת היעדים בנושא יצירת השוויון בנטל הביטחוני שהוצבו על ידי בג"ץ היא תרומה "מסוימת", או בפשטות – קטנה מאוד.<sup>299</sup>

אפשרות אחרת להסביר את התנהגות הממשלה היא לומר כי בכוונת הממשלה להשיג את יעד השוויון שהציב בית המשפט באמצעות השגת היעד החברתי של שילוב החרדים בתעסוקה. אולם דומה כי גם אפשרות זו איננה נכונה. ראשית, בחינה של מכלול ההסדרים שנקבעו בהחלטת הממשלה (כפי שפורטו לעיל) מעלה שאין בהחלטה כל מגמה רצינית ליצירת שוויון בנטל הביטחוני.<sup>300</sup> שנית, הזכרת עניין הנטל הביטחוני בחוות הדעת המשפטית המצורפת להחלטה מצטיירת בבירור כמס שפתיים: אם אכן היה בפעולות הממשלה כדי לקדם באופן ממשי את תכלית השוויון, כלום הייתה חוות הדעת מסתפקת בטענה סתמית ומסויגת ביותר שלפיה יש בפעולות הממשלה כדי "להניע תהליך אשר עשוי לצמצם פערים אלה במידה מסוימת" מבלי להציג כל בסיס לטענה זו ותוך חזרה מיידית לדיון ביעד של שילוב בתעסוקה? אם כן, לא מן הנמנע להסיק כי גישה התולה את היעדר התוצאות אך בקשיים אינהרנטיים למרות "כל הרצון הטוב" של מוסדות המדינה איננה מדויקת, בלשון המעטה.

298 ראו החלטת הממשלה מס' 2698, לעיל ה"ש 294, בעמ' 16.

299 גם בג"ץ מודע לפער זה. כך השופטת פרוקצ'יה מעלה בהחלטה בעתירה החדשה נגד חידוש "חוק טל" "תהייה החורגת ממימד הזמן בהפעלת מנגנון של החוק" בנוגע לקצב היישום האטי. מאלפת היא הלשון המזהירה משהו של השופטת באותה החלטה: "תהליך הבחינה החוקתית מתקרב לקו הסיום. על-פי ההצעה המסתמנת כאן יינתן פסק זמן נוסף, לא ארוך, אשר במהלכו ניתן עדיין להגביר, להמריץ ולייעל את מהלכי ההפעלה של החוק, והשעה דוחקת". ראו עניין בג"ץ 6318/07 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 270, החלטה מתאריך 8.9.2009.

300 למעשה, ההסדר היחיד בהחלטת הממשלה שתואם לכאורה את כוונת בית המשפט הוא קביעה כי דחויי השירות בגיל 22–23 שאין להם ילדים ובגיל 24–25 שאינם נשואים יגויסו לשירות אזרחי במסלול ביטחוני בלבד. ואולם יש לתת את הדעת ליתר ההסדרים שפורטו לעיל, שרק מגבירים את חוסר השוויון, וכן לעובדה שקבוצה שההסדר הנדון צפוי לחול עליה היא, ראשית, מצומצמת מלכתחילה, ושנית, צפויה להצטמצם עוד יותר בשל אופי הוולונטרי של ההסדר, שהרי לבני הישיבות עומדת האפשרות לבחור מתי להתגייס לשירות האזרחי, וממילא יש ביכולתם להימנע מגיוס למסלול הביטחוני על ידי דחיית הגיוס המתוכנן עד להגעתם לגילאים שעליהם ההסדר איננו חל.

לסיכום ניתוח פעולות הממשלה בנושא, לכאורה דומה כי הממשלה רגישה לפסיקת בג"ץ והיא מספקת מענים שונים לפסיקה הקיימת והצפויה במרוצת השנים.<sup>301</sup> אולם אפשר לטעון כי היות שהממשלה רגישה לאינטרס הקואליציוני שלה הרבה יותר,<sup>302</sup> היא מנסה קודם כל לרצות את חברי הממשלה החרדיים ואת הסיעות שהם מייצגים, דהיינו להימנע מיצירת שוויון בנטל, ורק לאחר מכן ליצור רושם שהיא פועלת במרץ כדי להרוויח טענות בבג"ץ.<sup>303</sup> בדיוק מסיבה זו דרכי הפעולה של הממשלה אינן תואמות כלל את שאיפתו של בית המשפט ליצור שוויון בנטל הביטחוני לא מבחינת אפשרות הבחירה אם להתגייס ולאיזה מסלול שירות להתגייס ולא מבחינת אורך השירות. אם כן, היות שלפי הגדרת השינוי שהוצגה לעיל השאלה הרלוונטית לדיונו איננה אם בית המשפט מצליח לייצר מגמת שינוי כלשהי, אלא אם הוא מצליח לייצר שינוי העולה בקנה אחד עם השינוי המבוקש מבחינתו,<sup>304</sup> ומכיוון שבית המשפט לא עסק בפסק הדין בעניין התנועה למען איכות השלטון בהוצאת החרדים לשוק העבודה (וכך גם העתירה בעניין התנועה למען איכות השלטון השנייה) אלא בשוויון בנטל הביטחוני, אי אפשר לראות בפעולות השיפוטיות בנושא גיוס בחורי הישיבות כמי שזכו לשיתוף פעולה מצד הממשלה.

שנית אמשך בניתוח של התנהלות המדינה בפרשת לימודי הליבה, שכאמור אי-התקיימות התנאים של רוזנברג צפויה להיות מובהקת לגביה בשל מיקומה בליבת האוטונומיה החרדית. כזכור, בעתירה האחרונה שהוגשה לבג"ץ בדרישה שמשרד החינוך יפסיק לממן בתי ספר שאינם מלמדים את לימודי הליבה הציג משרד החינוך עמדה השואפת לפשרה ולהידברות עם המגזר החרדי.<sup>305</sup> אגב כך הציע משרד החינוך תכנית ניסיונית שבמסגרתה יופחת מימון של הישיבות שאינן מלמדות לימודי ליבה. הצעת הפשרה לא הייתה מקובלת על אף אחד מהצדדים, ובסופו של דבר היה ברור כי בית המשפט עומד לתת פסק דין דרמטי שיאסור לאלתר על מימון המוסדות החרדיים. תובנה זו גרמה לעבודה מהירה ומאומצת של חברי כנסת מהסיעות החרדיות, שבסופה

301 בהקשר הזה מעניין להזכיר את דבריו של היועץ המשפטי לכנסת עו"ד איל ינון בדיון המדובר, שלפיהם "צריך להודות על האמת שלולי התיק היינו במקום אחר גרוע בהרבה" (ראו את המקורות המקוונים לעיל בה"ש 297).

302 לעניין זה ראו את הדיון להלן בטקסט הצמוד לה"ש 333.

303 זאת כמובן נוסף על מטרת שילוב החרדים בשוק העבודה בדרך רצונית באמצעות תמריצים כלכליים חיוביים, שמקובלת גם על החרדים עצמם.

304 ראו את הגדרת השינוי לעיל בה"ש 119 והטקסט הצמוד לה. בנוסף, גם רוזנברג מדגיש בניתוחו את היעדים שבית המשפט או העותרים רצו להשיג ומשווה אותם לתוצאות שהושגו בפועל. למשל, הוא קובע כי הענקת זכויות שוות לזוגות בני אותו מין במסגרת הברית האזרחית (civil union) איננה עולה בקנה אחד עם תכלית העותרים לכוון שוויון מלא שיתבטא בהענקת אפשרות לזוגות אלה להיחשב זוגות נשואים (married), ראו ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 368.

305 עניין המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 162.

עברה בכנסת הצעת חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח–2008.<sup>306</sup> על פי חוק זה, כל בית ספר המעניק "חינוך שיטתי הנובע מאורח החיים של הקבוצה התרבותית" ייחשב ל"מוסד תרבותי ייחודי" לצורך החוק.<sup>307</sup> ויזכה למימון בגובה של 60% מהמימון שמקבל בית ספר רשמי.<sup>308</sup> נוסף על הגדרה גמישה זו, סעיף 1 לחוק אף מציין במפורש ששייבה המלמדת לימודי קודש לפי ההלכה היהודית תיחשב ל"מוסד תרבותי ייחודי".

הן תזמון החקיקה והן תוכנה המפורש אינם משאירים מקום לספק שהיא נועדה לסכל את כוונת בית המשפט לחולל שינוי ניכר בנושא.<sup>309</sup> האם הדבר מוכיח כי אין לבית המשפט כל שותף בעל יכולת בניסיונו לתמרץ את הציבור החרדי לשלב בחינוכו גם לימודי חול? מצד אחד המסקנה איננה הכרחית, מכיוון שבאופן תאורטי ייתכן מצב שבו חברי הכנסת החרדים לא היו מצליחים להעביר את ההצעה, ומצד אחר שקלול העניין המועט שהציבור הכללי, וממילא חברי הכנסת שמייצגים אותו, מגלים בסוגיה זו עם העניין הרב עד מאוד שהחרדים מייחסים לנושא הופך את הנושא לקרקע פורייה לפשרות בין הסיעות, אף בלי להתחשב בכוחן של המפלגות החרדיות בכנסת וביכולתן המרשימה להפוך את הנושאים שהם "ציפור נפשה" של ההנהגה החרדית לאינטרס קואליציוני מובהק.<sup>310</sup>

חשוב להדגיש כי בשונה מ"חוק טל", ובדיוק כפי שהיינו מצפים מעניין הנמצא בליבת האוטונומיה של הציבור החרדי, החוק החדש שחוקק כדי לסכל את החזון הליברלי שמקבל גיבוי מבית המשפט אינו משקף איזון או פשרה בין החרדים למבקשי השינוי. גם בפרשה זו לא איחרה העתירה לבג"ץ לבוא. במאי 2010 הגישו אמנון רובינשטיין, אוריאל רייכמן ואלעזר שטרן עתירה לביטול החוק בטענה שאיננו חוקתי בהיותו פוגע בזכות היסוד של הילדים החרדיים לחינוך.<sup>311</sup> בהחלטה מתאריך

306 הצעת חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח–2008, ה"ח 239.

307 ס' 1 לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים.

308 שם, ס' 5 לחוק.

309 בפסק הדין שניתן ארבעה ימים לאחר חקיקת החוק אמנם נמנע בית המשפט ממתן צווים אופרכיים, אולם הותיר בפסק הדין את ההנמקה המקורית השוללת את המשך התקצוב של מוסדות החינוך החרדי.

310 ראו אסף בקר דו"ח מחקר בנושא 'ייצוג החברה הישראלית בכנסת: ראי אמין או מראה מעוותת?' 21 (2009). לפי דוח זה, מפלגות חרדיות מוגדרות על אף גודלן הקטן יחסית כ"קבוצות וטו" פוליטיות היכולות להכריע את גורל הממשלות ולקבוע הקמה או הפלה של קואליציות פרלמנטריות. ראו גם מיכאל קרן וגד ברזילי השתלבות קבוצות 'פריפריה' בחברה ובפוליטיקה בעידן שלום (1998).

311 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו) (להלן: עניין רובינשטיין 2), החלטה מתאריך 19.9.2010 זמינה באתר בית המשפט העליון: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/>. HebrewVerdictsSearch.aspx



19.9.2010 הורה בית המשפט למשיבים להתייצב ולתת טעם מדוע לא ייקבע כי חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח–2008 בטל או למצער אינו פוטר מלאכוף את תכנית הליבה במוסדות החינוך החרדיים. אולם מכיוון שהמשיבים הציגו לבית המשפט הצעת "חוק לימודי יסוד במערכת החינוך, התש"ע–2010" שנועדה לשנות את החוק מושא העתירה, ואשר גורלה היה עתיד להיקבע עם תחילת מושב החורף של הכנסת, הסכים בית המשפט לתת ארכה של 120 יום למתן התשובה.<sup>312</sup> בינתיים הפתיחה בדיונים המשפטיים בבג"ץ לא הרשימה את הכנסת והצעת החוק לא עברה.<sup>313</sup> לאור המתואר לעיל נראה שגם אם קיימים שחקנים המוכנים ליצור תמריצים כדי לאכוף את החלטת בית המשפט, בדמות אותם חברי כנסת שמגישים הצעות חוק פרטיות בנושא, הרי שכוחם זניח ביחס לכוחם של מתנגדי השינוי.

מנגד אפשר לומר כי בהינתן פסיקת בג"ץ הפוסלת את חוק מוסדות חינוך תרבותיים שתעלה את הנושא ביתר שאת לסדר היום הציבורי, יהיה בכך כדי להקשות על העברת חוק נוסף שיעקוף את פסיקת בג"ץ. מלבד השאלה העובדתית, אשר לה ממד ספקולטיבי לא מבוטל, עולה השאלה המהותית אם בהינתן פסיקה נאכפת האוסרת על מימון מוסדות החינוך שאינם מלמדים לימודי ליבה, יהיה בכך כדי להוות הנעת תהליך חברתי שבסופו שינוי בכיוון הרצוי מבחינתו של בית המשפט. בהקשר הזה מעניין להביא כאן את הדברים שנכתבו בכתב התשובה של המשיבים 4–7 שהצטרפו למשיבים המקוריים בהתדיינות החדשה בנושא לימודי הליבה. בכתב תשובה זה נאמר בין היתר כי:

[...] מעט היכרות עם הציבור החרדי תציג תמונה הפוכה לחלוטין. מי שחושב שדרך זו, המכה בכיסם של המוסדות החרדיים, תביא לידי שינוי תפיסתי בחינוך החרדי, טועה טעות מרה. גם אם נניח שאכן יקוצצו תקציבי המוסדות הפרטיים בשיעור כלשהו, זה לא ישנה דבר. החרדים יתבצרו בעמדתם ויתרחקו עוד מהקונסנזוס, והנטל הכספי של בתי־הספר ייפול על כתפי ההורים, ויהפוך את העניים כבר היום, לעניים יותר. מלחמה על שליטה בתוכני הלימוד במוסדות החינוך החרדיים היא מלחמה על לב עצמאותה של ההנהגה החרדית. זו מלחמה שתאחד ותלכד את החרדים סביב אויב משותף, המנסה – על פי השקפתם –

312 ש.ם.

313 כיום מונחות על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק הדומות לזו ששימשה עילה לדחיית הדיון: הצעת חוק לימודי יסוד במערכת החינוך, התש"ע–2010, ה"ח 2611, והצעת חוק לימודי יסוד במערכת החינוך, התשע"א–2011, ה"ח 2942.

לכרסם ברחם. מלחמת הליכה תהיה למלחמת דת, מלחמת אור  
וחושך.<sup>314</sup>

שלישית אתייחס לפרשת עמנואל כדי להשלים את דיוננו בקיומם של "השחקנים האחרים" אשר יוצרים תמריצים ומטילים עלויות כדי לאפשר את יישום הרפורמה שמחולל בית המשפט. הפרשה ראויה לאזכור בתת-פרק זה מאחר שבמסגרת ה"פשרה" שהושגה בעניין (פתיחת בית ספר נפרד לתלמידות המגמה החסידית) זכור משרד החינוך הודיע כי לא יתמוך בשנה הקרובה במוסד החדש שנפתח. כלום יש בכך כדי להוות תמריץ לאי-פתיחתו? נראה כי את החלטת משרד החינוך צריך לבחון על רקע הפשרה כולה: הצעד הגדול והבולט היחיד של משרד החינוך היה הענקת רישיון לבית הספר הנפרד שהוקם תוך סיכול התוצאה המעשית של פסק הדין שנתן בג"ץ בעניין ההפרדה.<sup>315</sup> לעומת זאת הימנעות ממימון בשנה הראשונה, שהיא בבחינת מס שמשרד החינוך משלם לבג"ץ, אינה צעד בולט. מכאן שבחשבוני הכולל קשה לדבר על נכונותו של משרד החינוך ליצור תמריצים לאכיפת הרפורמה מבית מדרשם של שופטי בג"ץ.

בנוסף, על רקע הדיון הנרחב יחסית של בית המשפט (בהחלטה האחרונה בפרשה)<sup>316</sup> בנוגע לאיסור החל על הרשות המקומית להעביר כספים לבית הספר החדש במקום משרד החינוך, לא מן הנמנע לשער כי התכנון מלכתחילה היה להיעזר ברשות המקומית בשנה הראשונה שנועדה להרגיע את הרוחות בבג"ץ. מכל זה עולה פעם נוספת שרשויות המדינה אינן תורמות תרומה חשובה כלשהי ליישום הפסיקה של בג"ץ שמטרתה לחולל שינויים בתוך הציבור החרדי.

רביעית אמשיך את דיוננו בהתנהלות המדינה לאחר פסק הדין בעניין יקותיאל ונזכור כי כפי שהוסבר בתת-הפרק הקודם, אופייה של הפרשה מציב את בית המשפט בעמדה הנוחה ביותר מבין כלל הפרשות שסקרנו עד כה להנעת תהליך השינוי, וזאת בגלל קיומו של אינטרס כלכלי לציבור והיעדר צפי להתנגדות עממית קשה מצד החרדים, מאחר שאין במהלך שיוזם בית המשפט משום כפייה. זכור, באוקטובר 2010 הטילה הממשלה על ועדת גבאי 1 לבחון דרכים לצאת מהמשבר שיצרה פסיקת בג"ץ מחד ואיומי פרישת חברי הכנסת החרדיים מהקואליציה מאידך.<sup>317</sup> כבר עתה ייאמר כי המלצות הוועדה

314 תצהיר התשובה בעניין רובינשטיין 2 (לעיל ה"ש 311) של המשיבים 4–7 (הרב עקיבא מאיר, הרב מנחם מנדל וולף, הרב משה ליברמן, אגודת הסטודנטים הקריה האקדמית אונגו, הקמפוס החרדי), סעיפים 346–348, טיוטה מתקדמת מתאריך 13.3.2011.

315 ראו לעיל ה"ש 241–244 והטקסט הצמוד להן.

316 עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1, החלטה מתאריך 27.6.2010.

317 הוועדה עצמה כמובן מצאה מילים קורקטיות יותר להגדיר את תכלית פעולתה. בהקשר זה בדוח נאמר כי הוועדה שמה לעצמה למטרה לאזן בין החשיבות שהממשלה מייחסת למטרת שימור עולם התורה לבין הצורך לחולל שינוי בחלוקת הנטל הכלכלי בין קבוצות האוכלוסייה השונות תוך עמידה

אומצו בהחלטת הממשלה מתאריך 19.12.2010, ככל הנראה על דעת השרים החרדיים שנמנעו בהצבעה.<sup>318</sup>

עיקרי ההמלצות של ועדת גבאי 1 הן כדלקמן: להגביל את התקופה שבה אברך כולל בעל צרכים כלכליים מיוחדים יוכל לקבל את תשלומי הבטחת ההכנסה לחמש שנים, ובארבע השנים הראשונות יחויב אברך בלימודי כולל בהיקף מלא, מה שלא מאפשר לו לעבוד בדרך כלל, ואילו השנה החמישית תוגדר כ"שנת ההשתלבות", שבה אברך יזכה ל-75% מהתשלום המלא, אך בו בזמן יהיה רשאי לצאת לעבודה. נוסף על מסלול זה, המוגדר כ"בסיסי", הוועדה המליצה להקים עוד מסלול ל"תלמידים מתמידים", שיוכלו להמשיך וליהנות מהבטחת ההכנסה במשך כל החיים, אולם מספרם ותקציבם יוגבל. האברכים הנמצאים במסלול הבסיסי יקבלו בארבע השנים הראשונות תשלומים השווים למה שהם קיבלו בשנת 2010, והתשלום המופחת לשנה החמישית יחושב לפי סכום זה. באשר לקצבאות שישולמו לקבוצת ה"מתמידים" נמנעה הוועדה מלנקוט מספרים, אך קבעה כי המלגה תהיה נמוכה מזו ששולמה להם בתקופה הראשונה.<sup>319</sup> בטרם אתה אם ההסדר שנקבע בדוח ועדת גבאי הראשונה משקף שיתוף פעולה עם בית המשפט, חשוב להגדיר מהו השינוי החברתי שניסה בית המשפט להשיג בפסק דינו בעניין יקותיאל. דומה כי את המטרה האמתית של פסק הדין אפשר למצוא דווקא בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, אשר (בשונה מפסק דינה של הנשיאה ביניש המציגה את דעת הרוב) איננה נמנעת מלחשוף בפנינו את האג'נדה החברתית העומדת בבסיס הפרשה. השופטת פרוקצ'יה מוסיפה על הניתוח החוקתי, הנוגע להפרה קונקרטיית של חובת השוויון המוצג בפסק הדין של הנשיאה, הסתכלות רחבה יותר על בעיית המגזר החרדי וטוענת כי שאלת רלוונטיות ההבחנה בין תלמיד כולל לתלמיד מסוג אחר לעניין הבטחת ההכנסה היא חלק משאלה רחבה יותר של אופן יישובה של חובת המדינה הרב-תרבותית לכבד את אופיין הייחודי של הקבוצות החיות בתוכה עם חובת השוויון כלפי כלל אזרחי המדינה.<sup>320</sup> השופטת פרוקצ'יה קובעת כי במסגרת האיזון בין שני אלה (איזון שהשופטת מגדירה כעומד "בגרעין העתירה")<sup>321</sup> המדינה איננה רשאית לפטור קבוצה מסוימת מהחובות האזרחיות הבסיסיות, ובהן שירות צבאי, תשלום מסים וחינוך לערכי גרעין משותפים – עניינים שבכירור לא הייתה להם נגיעה ישירה לפרשת הבטחת ההכנסה. מן הגישה העולה מפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (בצירוף הפסיקות האחרות מהתקופה

במבחנים המשפטיים שנקבעו בעניין יקותיאל, לעיל ה"ש 12, ראו דוח ועדת גבאי 1, לעיל ה"ש 254, בעמ' 7-5, 49-50.

318 החלטה 2614 של הממשלה ה-32 "מלגת לימודים ועידוד השתלבות אברכי כוללים בתעסוקה" (19.12.2010).

319 דוח ועדת גבאי 1, לעיל ה"ש 254, בעמ' 7-9.

320 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 12, פס' 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.  
321 שם.

האחרונה שנדונו לעיל, העוסקות בנושאים שהשופטת פרוקצ'יה מזכירה בחוות דעתה כאן, ואשר מהם השאיפה של בית המשפט לשינוי המצב בנוגע לחרדים עולה ביתר שאת), נראה סביר להניח כי פסק הדין בעניין יקותיאלי נועד להיות נדבך נוסף ביצירת שוויון בנטל בין המגזר החרדי לחברה הכללית, כאשר הפעם הדגש מושם בנטל הכלכלי. לאחר הבהרה חשובה זו נוכל לעבור להערכת הצעדים שננקטו בפרשה.

ממבט ראשון נראה כי אכן מדובר בשינוי ניכר, ואין ספק כי לבית המשפט חלק חשוב ביצירתו, שהרי איש איננו מסתיר כי פעולת הוועדה בנושא הונעה על ידי החלטת בית המשפט בעניין יקותיאלי. אולם בשים לב להתנגדות של שמונה שרים שעמדו תיהם אינן מזהות עם סנטימנטים כלפי עולם התורה, אי-התנגדות של שרי ש"ס וביקורת ציבורית שנמתחה על ההחלטה,<sup>322</sup> שומה עלינו להתעמק בפרטי המלצות הוועדה ובנתונים הכמותיים הרלוונטיים לענייננו. ראשית ייאמר כי ספירת השנים לצורך המסלול הראשון תחול מכניסת ההסדר לתוקפו, דהיינו קבוצת האברכים הראשונה תושפע מהשינוי רק בשנת 2015. שנית, הוועדה הציעה לראות באברכים שמלאו להם 29 שנים "דור מדבר" ולא להחיל עליהם את ההסדר כלל.<sup>323</sup> כעת למספרים: בשנים האחרונות מספר האברכים הנהנים מהבטחת ההכנסה הוא כ-10,400 מתוך כ-110,000 בני תורה.<sup>324</sup> רק כ-47% מבין אותם אברכים מעוטי יכולת נשארים בהסדר לתקופה העולה על 5 שנים.<sup>325</sup> מבין אלה שאכן יישארו בהסדר – כ-2,000 אברכים צפויים לזכות למעמד של "מתמידים".<sup>326</sup> אם כן, ההסדר צפוי להשפיע באופן ממש רק על כ-2,900 אברכים מתוך 110,000 המקדישים את חייהם ללימוד תורה, וגם אשר למספר קטן זה קיים ספק באיזה שיעור (אם בכלל) יעזבו הם את אוהלה של התורה, שכן שילוב החשיבות העליונה שהחברה החרדית מייחסת ללימוד התורה עם ערך גמילות החסדים צפוי לגרום לציבור החרדי למצוא לקבוצה מצומצמת זו פתרון הולם שיאפשר לה להמשיך ולקיים אורח חיים של אברך מלא.

שלישית, הסכום שהוועדה מציעה לקבוע כתקרת תקציב לשנים הבאות הוא 127 מיליון ש"ח<sup>327</sup> – סכום העולה ב-6 מיליון ש"ח על תקציב המלגות לאברכים נכון לשנת 2010. לכאורה אפשר לטעון שאם קצב הגידול בכמות האברכים הנהנים מההסדר צפוי להיות גבוה, התוספת אינה אמורה להשפיע לרעה יתר על המידה. אולם לפי ממצאי

322 ראו עמרי נחמיאס ונדב פרי "הממשלה אישרה את הסדר הקיצבאות לאברכים" חדשות nana10 news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=766967 19.12.2010.

323 דוח ועדת גבאי 1, לעיל ה"ש 254, בעמ' 44.

324 שם, בעמ' 18, 39.

325 שם, בעמ' 44-45. הוועדה ממליצה להקציב למימון קבוצת "המתמידים" 20 מיליון ש"ח – מה שמאפשר לכ-2,000 אברכים להישאר בהסדר (בהנחה שהתשלום אכן יופחת מעט).

326 שם, בעמ' 7-9.

327 שם, בעמ' 44.

הדוח, מספר האברכים שבהסדר לא גדל בלאו הכי מאז שנת 2002,<sup>328</sup> ומכאן תמיהה באשר לסכום שנקבע. רביעית, והכי חשוב, הוועדה המליצה בפירוש להמשיך ולהסדיר את תשלומי הקיום לאברכים בסעיף תקציבי ולא בחוק רגיל.<sup>329</sup> משמעות הדבר שהממשלה אשר תכהן בסוף שנת 2014 תוכל לאמץ כל הסדר חלופי ללא מכשול. בין שנראה בכך תחבולה מתוחכמת ובין שנסתכל על החלטת הממשלה כעל ניסיון לגלגל את ההכרעה בסוגיה לממשלה הבאה, דבר אחד נראה ברור למדי – שינוי חברתי גדול לא צפוי כאן. במילים אחרות, אמנם דומה כי בשל העמדה הנוחה שבה מוצב בית המשפט בסוגיית הקצבאות לאברכים הוא אכן מצליח לייצר השפעה מסוימת בכיוון הרצוי מבחינתו, אולם אין השפעה זו עומדת בקריטריונים של הנעת תהליך שבסופו שינוי חברתי נרחב שהתוויונו בתחילת הפרק.<sup>330</sup>

אם אסכם את הדיון באותם תנאים של רוזנברג אשר נוגעים לדרישת שיתוף הפעולה בין בית המשפט לבין השחקנים הפוליטיים, נראה כי בית המשפט עומד לבדו בבואו לחולל שינויים בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי, ואילו הפוליטיקאים מרשויות השלטון האחרות יושבים בחיבוק ידיים, מבצעים פעולות סרק באספקלריה של יעדי בית המשפט או פועלים בכיור כדי לסכל את השינוי שבית המשפט מבקש להשיג. האם עולה מכך שלפוליטיקאים בישראל חיבה מיוחדת לציבור החרדי או אמונה נסתרת בחינותיה של חברת לומדי התורה? התשובה היא כמובן שלילית, ובהחלט ייתכן כי מרבית חברי הכנסת הלא חרדיים היו שמחים עד מאוד להנחיל ערכים דמוקרטיים בישיבות קטנות ולגייס את כל אברכי הכוללים ליחידות קרביות של צה"ל. דא עקא, רצון ערטילאי זה אינו מתגבש לכדי נכונות לפעול להגשמתו. הסבר משכנע לכך אפשר למצוא בתחום של כלכלה פוליטית המנתח את התנהגותם של שחקנים פוליטיים דרך פריזמה של תמריצים אישיים.<sup>331</sup> לפי תאוריה של כלכלה פוליטית, פוליטיקאים פועלים רק כשפעולתם מגדילה את סיכוייהם להיבחר מחדש, ואילו ביתר המצבים הם נוטים לחדול מעשייה. פעולה תוגדר כמגדילה את הסיכוי להיבחר רק אם היא מספקת מדיניות שיש

328 שם, בעמ' 18. בשנת 2002 מספר האברכים שזכו למלגה היה 10,090, ואילו בשנת 2010 קיבלו את המלגה 10,158.

329 שם, בעמ' 46–47. מעניין כי הוועדה מצאה בלשון פסק הדין אסמכתה לכך שאם הסעיף התקציבי יפגע בערך השוויון במידה פחותה, אזי אין מניעה לחוקקו.

330 להשלמת התמונה נציין כי בינואר 2011 הגישה התאחדות הסטודנטים ועותרים ציבוריים נוספים לבג"ץ עתירה חדשה וביקשה מבית המשפט לתת צו ביניים שימנע את המשך תשלום המלגות לאברכים לפי החלטת הממשלה מתאריך 19.12.2010. בינתיים בג"ץ סירב לתת את הצו וקבע את התיק לדיון בהרכב. ראו בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל החלטה מתאריך 28.3.2011 (פורסם בנבו). ההחלטות זמינות באתר בית המשפט העליון.

331 להצגת המודל של כלכלה פוליטית שנקרא גם "תיאוריית הבחירה הציבורית" ראו Anthony Downs, *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*, 65 THE JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 135 (1957).

לה ביקוש בציבור, ואולם פעמים רבות הציבור אינו מצליח ליצור ביקוש למדיניות, בשל בעיית הפעולה הקולקטיבית.<sup>332</sup>

כמו כן התנועה לכיוון רצונותיו של בוחר משובשת פעמים רבות על ידי שיקולים קואליציוניים. לענייננו נראה כי הציבור הישראלי אדיש באופן כללי לסוגיות שבאוטונומיה טהורה של המגזר החרדי, ועניינו מתעורר רק אם הוא מזהה השפעה ישירה, בעיקר כלכלית, עליו.<sup>333</sup> השסעים הרבים בחברה הישראלית רק מחמירים את בעיית הפעולה הקולקטיבית, ואילו לפוליטיקאים ממפלגות חרדיות כוח יחסי רב ונחישות לדאוג לבוחריהם, הן בשל רצונם להסתמך על ידי הרבנים כראויים להמשיך את פעולתם בכנסת (תמריץ הדומה לרצון להיבחר מחדש שיש לכל חבר כנסת אחר) והן בגלל האידאולוגיה המנחה אותם להיטיב קודם כול עם הציבור החרדי שלהשקפתם ממלא את המשימה החשובה ביותר של קיום מצוות התורה ובכך מקיים את העולם כולו.<sup>334</sup> על רקע ניתוח כלכלי זה בדידותו של בית המשפט הופכת למובנת הרבה יותר.

ג) התקיימות התנאי השלישי – קיומם של כוחות השוק  
 כזכור, התנאי השלישי שיש בהתקיימותו כדי לחזק את ידי בית המשפט השואף להחיל שינויים חברתיים הוא קיומם של כוחות שוק הפועלים לטובת השינוי שבית המשפט מעוניין להשיג. לכאורה, נראה כי בכל הקשור לשינויים שיש בהם כדי לקרב את הציבור החרדי לחברת הכללית כוחות השוק אכן פועלים בכיוון שבית המשפט העליון מנסה להתוות. למשל, הן רכישת הידע הכלכלי במסגרת לימודי חול והן שירות צבאי הפותח פתח יציאה לשוק התעסוקה ולהשתלבות בחברה באופן כללי טומנים בחובם פוטנציאל ליציאה ממעגל העוני ולשגשוג כלכלי לבני המגזר החרדי. ודוק, מידת התקיימותו של תנאי זה אינה יכולה להימדד לפי אמות מידה כלליות, אלא לפי קריטריונים פרטיקולריים התקפים בנוגע למגזר החרדי, על מאפייניו הייחודיים. בהקשר זה יש להתחשב במערכת הערכים שמנחה אדם חרדי כפי שאפשר ללמוד עליה הן מהמקורות היהודיים המקודשים בחברה החרדית והן מהפרקטיקה הנוהגת.

אתחיל דווקא מהפרקטיקה: לפי דוח ועדת גבאי 2 מסוף שנת 2010, מצבו הכלכלי של חלק ניכר מהמגזר החרדי אינו משביע רצון. למעשה, כ-55% מהחרדים חיים מתחת

332 בעיית הפעולה הקולקטיבית נוצרת בשל בעיית הטרמפיסט (*free rider problem*) באופן הזה: כל אחד מהשחקנים מעוניין להפיק תועלת מהמהלך מבלי לשאת בעלויות, וזאת מתוך הנחה שאם יתר השחקנים יסכימו לשאת בעלות הוא יוכל ליהנות מפרות השקעתם בחינם. בעקבות זאת שום שחקן אינו פועל. לדיון בבעיה בהקשר הפוליטי ראו MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (2nd ed. 1971).

333 להרחבה בנושא העניין המועט שהציבור מגלה בנעשה בתוך המגזר החרדי כל עוד אין בכך כדי ליצור השפעה כלכלית ישירה על הציבור הכללי ראו לעיל ה"ש 199 והטקסט הצמוד לה.

334 ראו את דברי הרב שך המובאים בספרו של בן חיים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 147.

לקו העוני בשל אי-ההשתלבות בתעסוקה.<sup>335</sup> לאור ערכיו של הציבור החרדי אין ספק כי מדובר בבחירה אידאולוגית להעדיף את חיי הצניעות מלאי עיסוק בקודש על פני חיים בעושר יחסי עם פחות תורה. דומה כי תהיה זו טעות להניח כי מגבלות ההשכלה מונעות מהחרדים להשתלב במקצועות יוקרתיים בשוק, שכן כושרם האינטלקטואלי של בוגרי הישיבות מפותח בדרך כלל ברמה גבוהה בשל לימודי עיון המקובלים בישיבות חרדיות, לימודים התורמים לפיתוח יכולת אנליטית מצוינת.<sup>336</sup> בחיי המעשה השלמת הבגרות ורכישת השכלה אקדמית אינם מכשול בפני החרדים המעוניינים בכך.<sup>337</sup> מכאן שמנקודת המבט של הפרקטיקה הנוהגת תמריצים כלכליים אינם מצליחים בהכרח להכווין את התנהגותם של בני המגזר החרדי.

ההסבר לפרקטיקה זו מצוי בסדר העדיפויות של אדם חרדי המקדיש את חייו לעבודת הבורא. אין מדובר בהיגררות אחר תפיסות בלתי רציונליות שהחינוך החרדי מקבע אצל בניו מגיל קטן, אלא בניהול החיים לפי הכללים שעל רקע עקרונות האמונה היהודית נראים רציונליים לחלוטין ואשר היצמדות אליהם מגדילה תועלת אישית. בקליפת אגוז נאמר כי ההשקפה היהודית רואה בקיום האנושי ביטוי לרצון האלוקים להיטיב עם בריאותו, אולם היות שההטבה המושלמת אפשרית רק כאשר המוטב מרוויח אותה בכוחות עצמו, הקב"ה גזר שבחיי העולם הזה, הנמשכים עשרות ספורות של שנים, יהודים (שזכו במעמד מיוחד מאז אברהם אבינו) עמלים לקיים את מצוות התורה, ועל כך מקבלים שכר בעולם הבא אשר לו אין קץ. מטבע הדברים אמונה מוחלטת בהשקפה זו גורמת ליהודי חרדי לפעול בצורה שפוגעת בהנאתו בעולם הזה, אך מגבירה את הנאתו הצפויה מן העולם הבא.<sup>338</sup> מובן מאליה כי היות שמשך הקיום ואף עצמת ההנאה בכל אחד מהעולמות אינם שווים כלל וכלל, מדובר בתמריץ חזק מאוד להשקיע מאמצים עילאיים כאן כדי "להרוויח" את השכר שם.

כמובן אין להסיק מכך שמדובר בציבור שכולו "פרוש" מענייני העולם הזה, שהרי תורת ישראל תורת חיים היא ואין בה דרישה לנזירות. צורכי הפרנסה מוכרים ביהדות, והקדשת זמן לצרכים אלה אמנם גורעת מן היכולות לעסוק בקיום המצוות, אך אין בה

335 דוח ועדת גבאי 2, לעיל ה"ש 32, בעמ' 10.

336 לימוד התלמוד בשיטת עיון משמעו ניתוח מעמיק והצגה מופשטת של העקרונות העומדים בבסיס סוגיות תלמודיות סבוכות ביותר. שיטה זו, המזכירה את לימודי המשפטים המודרניים, אמנם אינה מתאימה לכל אדם, אך בהחלט תורמת לפיתוח כישורים אנליטיים לא פחות מלימודים במסגרת בית ספר רגיל, כישורים המאפשרים גם להשלים את פערי הידע בקלות יחסית. לדיון בייחודיות שיטת הלימוד בעיון ראו Norman Solomon, *The Analytic Movement: Hayyim Soloveitchik And His Circle*, 58 HISTORY OF JUDAISM (1993).

337 לדבריו של מי שהיה אחראי לשילוב החרדים באוניברסיטת בר-אילן המובאים במחקרו של יעקב לופו, ראו לופו הכשרה מקצועית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 97.

338 לוצאטו, לעיל ה"ש 37, חלק ראשון; ראו גם משנה, אבות ד, טז-יז.

משום חטא.<sup>339</sup> ברם בחברה החילונית המשקל הניתן לשגשוג כלכלי גבוה לאין שיעור מזה הניתן לו בחברה החרדית, אשר במרכז הווייתה עומדים ערכים אחרים, כגון שמירת מצוות התורה, ובפרט לימוד התורה וגמילות חסדים. מסקנת הדברים היא שהן מבחינה עיונית והן במבט פרקטי כוחות השוק כשלעצמם אמנם פועלים בכיוון של השינוי שבית המשפט מנסה לחולל, אולם יכולתם להמריץ את השינוי בהקשר הספציפי מוגבלת באופן יחסי.

## 5. התקיימות התנאים של רוזנברג – סיכום

לאחר שבתחילת הפרק נוכחנו לדעת כי ההבדלים בין שיטות המשפט ובין סוגי המקרים וכן הביקורת על רוזנברג אינם פוגעים בתוקף החלת טיעונו על הסוגיה החרדית, ראינו בהמשך הפרק כי ככל שמדובר בסוגיות המצויות בגרעין הקשה של אוטונומיית המגזר החרדי, נכונותם של השחקנים מן הרשות המבצעת והרשות המחוקקת לשתף פעולה עם יזמת השינוי שבאה מבג"ץ הולכת ופוחתת. במקרי הליכה (תרתי משמע) הדבר יכול להתבטא בחקיקת חוקים "עוקפי בג"ץ" במטרה מוצהרת לסכל את ניסיונות בית המשפט להניע שינויים בתחום, ואילו במקרים פריפריאליים יותר, המערבים אינטרסים חזקים של קבוצות אחרות בחברה, כדוגמת קצבאות לאברכים וגיוסם לצבא, הביטוי להתנגדות ליזמת השינוי השיפוטי מובהק פחות ומשתקף בהובלת השינויים כביכול בעקבות החלטות השופטים, אולם בפועל תוך סטייה חזקה מחזון השופטים וניסיון להתאים ככל האפשר את השינוי לאינטרס של המגזר החרדי. גם ידם של כוחות השוק קצרה מלהושיע בגלל השפעתם המוגבלת על הציבור החרדי המאופייין בתפיסת עולם ייחודית. המסקנה של פרק זה היא אפוא כי יישום התזה של רוזנברג בכל הקשור לסוגיות המרכזיות הנוגעות למגזר החרדי אשר שנויות במחלוקת בחברה הישראלית מורה להגדיר את יכולתו של בית המשפט העליון הישראלי להניע שינוי בתחום כנמוכה מאוד, אם בכלל.

## ה. האם המצב הפוליטי משנה?

בפרק הקודם ראינו כי השחקנים הפוליטיים מונעים מבית המשפט ברמת אקטיביות משתנה לחולל שינוי בתחומי האוטונומיה החרדית. תיתכן טענה שלפיה המצב הוא פרי של מאזן הכוחות הנוכחי בזירה הפוליטית גרידא, ואין להסיק ממנו מסקנות כלליות

339 ככל שהיעדר פרנסה מעלה חשש לחיים מחוסרי כבוד מינימלי (להבדיל מחיים צנועים) היהדות מורה לצמצם את העיסוק בקודש לטובת צורכי הפרנסה. ראו משנה, אבות ב, ב. ראו גם שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמ"ו, סעיף ד', סעיף כ"א הגהת הרמ"א. לתיאור הקהילה החרדית בבריטניה שמשלבת אורח חיים חרדי עם פרנסה ראו גונן, לעיל ה"ש 38.



בנוגע ליכולות של בית המשפט. ברוח זו אפשר לטעון כי המצב עשוי להשתנות מן הקצה אל הקצה לכשתקום בישראל ממשלה ללא חרדים. אף על פי שבמבחן המציאות ממשלה ללא חרדים הופכת עם הזמן לעניין היפותטי יותר ויותר,<sup>340</sup> נניח לצורך הדיון שהדבר אכן בגדר האפשר. ואולם, כפי שנראה מיד, קיימים טעמים חזקים החורגים מיישום התזה של רוזנברג במצב הפוליטי העכשווי, שלאורם ההסתברות שפסיקת בג"ץ תצליח להניע שינוי של ממש בתוך אוטונומיית המגזר החרדי נראית נמוכה מאוד גם בממשלה ללא חרדים. את הדיון בכך יש לחלק לשני חלקים: בחלק הראשון אדון בשאלה אם בקיום שיתוף פעולה מצד הגורמים הפוליטיים יוכל בית המשפט לייצר תהליך שבסופו שינוי באמצעות פסיקה המחייבת את המדינה להשתמש בכוחה הכופה או באמצעות איום לפסיקה שכזו,<sup>341</sup> ואילו בחלק השני אבחן אם בקיום שיתוף פעולה פוליטי תהיה לבית המשפט יכולת להוביל לשינוי באמצעות חיוב המדינה להשתמש בכוחה המקצה.

### 1. הנעת תהליך השינוי בתנאי שיתוף פעולה פוליטי באמצעות פסיקה כופה

נראה כי גם בקיום שיתוף הפעולה הפוליטי לא יצליח בית המשפט להניע שינוי חברתי באמצעות הטלת חיוב על המדינה להפעיל את כוחה הכופה או באמצעות "חרב הפסיקה", דהיינו איום להטיל חיוב כדלעיל, וזאת בשל כמה טעמים: הטעם הראשון נוגע לסיבות המונחות ביסוד דפוסי ההתנהגות המקובלים בציבור החרדי, אשר יש בהם כדי לפגוע בזכויות אדם, כפי שהן נתפסות בדין החוקתי בישראל. בהקשר זה מעניין כי הן בפסק הדין המקורי שניתן בפרשת עמנואל והן בהחלטות שניתנו כדי לאכוף פסק דין זה בית המשפט מזכיר את פרשת *Brown* העומדת במרכז מחקרו של רוזנברג. באחת

340 מאז הקמתה של מפלגת ש"ס בשנת 1984 רק ממשלה אחת מתוך 12 הצליחה לקום ללא נציגי הסייעות החרדיות, וגם אותה ממשלה יחידה, הממשלה ה-26 שכוננה על ידי שמעון פרס בעקבות רצח רבין, החזיקה מעמד כשבעה חודשים בלבד. ראו באתר משרד ראש הממשלה: [www.pmo.gov.il/PMO/History/Former+Governments](http://www.pmo.gov.il/PMO/History/Former+Governments).

341 הדיון בתת-פרק 1 שלהלן יהיה שונה מן הדיון בחוסר יעילות של פסיקה כופה שהתנהל בתת-פרק ג.1. לעיל. ראשית, מטרתו של פרק ג במידה רבה הייתה להטיל ספק ראשוני באמונה תמימה שלפיה במדינה המקדשת את שלטון החוק בית המשפט מסוגל לשנות מציאות מכוח פסיקתו רק אם ירצה בכך, וזאת כדי שהדיון בתנאי של רוזנברג לא ייראה בעיני הקורא מיותר. בשל כך בפרק ג הסתפקתי אך בניתוח עובדות של מקרי כפייה, שכן די בכך כדי להצביע על חוסר יעילות של פסיקה כופה. לעומת זאת בתת-הפרק הנוכחי, ששם לו למטרה לבחון את אפשרות הכפייה לעומק ובמבט כללי, בכוונתי לנתח לא את העובדות אלא את הטעמים העומדים בבסיס חוסר יעילות הפסיקה. במובן זה פרק ג ותת-פרק ה.1. שלהלן משלימים זה את זה. שנית, היות שהדיון בפרק ג התייחס לפרשות קונקרטיות שהתרחשו במצב פוליטי נתון, קשה להסיק ממנו מסקנה כללית, וזאת בניגוד למבוקשנו בפרק הנוכחי – להצביע על חוסר יעילות של התערבות שיפוטית בלא קשר למאזן הכוחות הפוליטי ולתמיכה שלה זוכה בית המשפט.

ההחלטות שקדמו לצו המאסר שהוצא נגד ההורים הסרבנים מעמנואל השופטים אף מביעים תקווה כי לא יידרשו להפעיל לאכיפת פסיקתם את "אותם אמצעים חריפים להם נזקקו בארצות הברית לאכיפת פסק הדין *Brown*".<sup>342</sup> אכן, מבין הפרשות הנדונות ברשימה זו פרשת עמנואל נראית הקרובה ביותר למחקר של רוזנברג העומד בבסיס הניתוח התאורטי המוצג כאן. אם כן, נשתמש בהשוואה שבין שתי פרשות אלה כדי להצביע על ההיבטים המבדילים את המצב בישראל בהקשר של יכולת בית המשפט להניע שינוי בתוך המגזר החרדי מהמצב בארצות הברית בנוגע ליכולתו של בית המשפט להניע שינוי במעמד של שחורים במדינות הדרום.<sup>343</sup> אסתיג ואומר כי בניתוח שיוצג להלן נקבל את טענת בית המשפט שתוצאת ההפרדה בחינוך החרדי מפלה על רקע עדתי, על אף הקשיים שגישה זו (קל וחומר אמירה על הפליה מכוונת) מעוררת.<sup>344</sup>

הפרדה בין תלמידים שחורים ללבנים במדינות דרום ארצות הברית באמצע המאה הקודמת הונעה על ידי אמונות גזעניות בנחיתותם של בני הגזע השחור על רקע עבודת השחורים בארצות הברית. אמנם מלבד השנאה הבנאלית כלפי השונה ובעקבות זאת ייחוס לו תכונות נחותות היו שהתיימרו להניח לשנאה זו תשתית מדעית,<sup>345</sup> וכן אפשר לזהות ברצון ליצור הפרדה בין הגזעים רכיבים של הפליה רציונלית,<sup>346</sup> אולם הפרדה גזעית בארצות הברית מעולם לא זכתה למעמד של עיקרון דתי מקודש לקבוצה שמייחסת לדת ערך עליון. רוצה לומר, איש מבין הגזענים שבמדינות הדרום לא סבר, כך

342 עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1, החלטה מתאריך 15.6.2010, פס' 7 להחלטה; ראו גם את פסק הדין המקורי בפרשה (מתאריך 6.8.2009), פס' 4 לפסק דינו של השופט מלצר, וכן את ההחלטה מתאריך 14.9.2010, פס' 14 להחלטה. קשה להתאפק מלהזכיר כי עם כל חריפותם של האמצעים שנקטו במאבק לדה-סגרגציה בארצות הברית, שום הורה לא נעצר שם בגלל סירובו לשלוח ילד לבית ספר שבוטלה בו הפרדה בין הגזעים.

343 מטרתו של תת-הפרק הנוכחי היא להצביע על המאפיינים הייחודיים של המגזר החרדי ושל יחסו כלפי בית המשפט העליון, ואילו הבחירה להשתמש דווקא בשתי פרשות אלה היא בחירה אינסטרומנטלית אשר נובעת אך מדמיון מסוים שבין הפרשות, המקל את זיהוי המאפיינים המדוברים. מכאן שאין בבחירה זו כדי לרמוז על הצורך לתת לשתי פרשות אלה ולהשוואה ביניהן משקל מיוחד בניתוח המהותי שנערך בתת-פרק ד.1. העוסק בהוכחה של טענה אמפירית מקיפה, שדיון בכל פרשה ופרשה חיוני ביחס אליה.

344 לטיעונו של השופט לוי, שלפיו ההפרדה בפרשה לא רק גזענית בתוצאה אלא גם בכוונה ראו עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינו של השופט לוי. לספקות שעמדה זו מעוררת ראו לעיל התקסט הצמוד לה"ש 60.

ALEXANDER THOMAS & SAMUELL SILLEN, *RACISM AND PSYCHIATRY* (1972); Samuel A. Cartwright, *Diseases and Peculiarities of the Negro Race*, DEBOW'S REV. – S. & WS. XI (New Orleans, 1851).

346 Samuel R. Bagenstos, *Rational* ובהפליה רציונלית ולהפרכת הצדקותיה ראו *Discrimination, Accommodation and the Politics of (Disability) Civil Rights*, 89 VA. L. REV. 825 (2003).

נראה, שההפרדה בין השחורים ללבנים נגזרת מצו אלוקי, ושאי-ביצועה מוביל אוטומטית לפגיעה אנושה ביכולת לקיים את המשימה הכללית שהוטלה על האדם בעולם הזה, וממילא בשכר הצפוי לאדם בעולם הבא.<sup>347</sup>

לא כן המצב בהקשר של הפרדות בחינוך החרדי. ברמה היסודית עילת כל ההפרדות בתחום זה נוגעת לאורח החיים במוכּן של אדיקות דתית, גם אם בקונסטלציות מסוימות היא יוצרת תוצאה של הפרדה בין העדות השונות, וזאת מכוח נסיבות היסטוריות שהובילו לכך שלעדות שונות אורח חיים שונה. למשל, ידוע כי פעמים רבות קריטריון לקבלתו של ילד מסוים ל"חדר" (מוסד חינוך טרום בית ספר) הוא תחום עיסוקם של הוריו. קיימים 'חידר' שאינם מקבלים ילדים שאבותיהם אינם מקדישים את כל זמנם ללימוד תורה בכלל אלא בוחרים לצאת לשוק העבודה. בדומה לכך, למגמה החסידית שבבית ספר בעמנואל לא היו יכולות להתקבל בנות שהוריהן לא התחייבו בין היתר שלא להחזיק מקלט טלוויזיה בבית.<sup>348</sup> מגבלות אלה, אשר לאדם שבא מחוץ לחברה החרדית עשויות להיראות תמוהות, נובעות מן הרצון להקנות לילדים חינוך לא רק תורני אלא גם כזה שאינו חושף את הילד לדרכי החיים המגוונות שרוכּן מגונות מנקודת מבט חרדית. למותר לציין כי לימודים באותו "חדר", כיתה ואף בית ספר עם מי שאורח חיי משפחתו פתוח יותר להשפעות העולם החיצון, עלולים בסופו של דבר לפגוע בהשגת אותה מטרה

347 לעניין התפיסה החרדית בנוגע למהות החיים, חשיבות קיום המצוות והשכר המובטח על כך לעתיד לבוא ראו לעיל ה"ש 338 והטקסט הצמוד לה. חשוב לציין כי הטיעון בנוגע לחשיבות הפחותה שמתנגדי השינוי בארצות הברית ייחסו לאמונותיהם הגזעניות נכון גם לפרשות האחרות שנדונו בספרו של רוזנברג, אף שמאחורי חלק מהן עמד שיקול דתי. לדוגמה, היתר ההפלות או הכרה בנישואים חד-מיניים עמדו בסתירה ברורה לעמדת הכנסייה, אולם אין היחס של החוגים הדתיים כלפי החלטה המונעת כפייה דתית כיחס כלפי החלטה הפוגעת בחופש הדת. בסוגיית ההפלות או נישואים חד-מיניים עלולים להיפגע אך רגשות דתיים ממה שקורה לאנשים שאינם שותפים לאותם רגשות, וזאת להבדיל מהפגיעה הגלומה בהתערבות באוטונומיה דתית, דהיינו הטלת חובות על הקבוצות הדתיות עצמן, המהווה נושא ברשימה זו (להדגמת ההבחנה בין שני סוגי הפגיעות ראו עניין מיטראל, לעיל ה"ש 11, פס' 15 לפסק דינו של השופט אור). בהקשר זה דוגמאות מהמשפט המשווה שלכאורה היו יכולות להועיל לדיונו הן פרשות שבהן חופש הדת של קבוצה פונדמנטליסטית הועמד בסכנה, כדוגמת פרשות הנוגעות לקהילת האמיש שבארצות הברית או למיעוטים דתיים אחרים (ראו למשל Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah, 508 U.S. 520 (1993); Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990); Mozert v. Hawkins County Board of Education, 827 F.2d 1058 (6th Cir. 1987)), אולם בפועל פרשות אלה אינן מקור השוואה איכותי, מאחר שהקבוצות שעמדו במרכז הפרשות אינן נהנות מן ההשפעה הפוליטית הדומה לזו של חרדים בישראל (בשונה מגזעני מדינות הדרום), השפעה שהיא בבחינת אחד משני האדנים שעליהם עומד טיעוני. נוסף על כך, לא דובר בפרשות אלה בשאיפה של בית המשפט לחולל שינוי חברתי מקיף אלא באכיפה נקודתית של חוק ספציפי (להבדיל מעיקרון כללי ועמום, כדוגמת עקרון השוויון).

348 עניין עמנואל, לעיל ה"ש 1, החלטה מתאריך 17.5.2010, פס' 9 להחלטה.

של החינוך החרדי. לעניין אי-קבלת בנים לאבות עובדים לחדר, הבחירה לעזוב את עולם לימוד התורה מעידה בעיני רבים על סולם ערכים שונה ורחוק יותר מן היהדות של המשפחה כולה, שלא לדבר על החזקת טלוויזיה או אינטרנט בבית, החושפים את הילד ללא סינון אל "כל הטוב" המצוי בעולם החיצון.<sup>349</sup>

מעבר לכך שלהפרדה בחינוך החרדי טעם המקיים קשר רציונלי עם מטרת הקניית חינוך חרדי ראוי, נזכור כי למטרה זו עצמה מעמד מקודש ביותר ביהדות החרדית: חובת חינוך הילדים לקיום מלא של מצוות התורה היא מן העקרונות היסודיים ביותר ביהדות,<sup>350</sup> ונוסף על כך חובה זו נתפסת כגרעין המשימה שהציבור החרדי מקיים בעולם המודרני.<sup>351</sup> למעשה, גם אם היינו מקבלים את קביעת בית המשפט שלפיה כוונת ההפרדה בבית ספר בעמנואל היא להפלות את בני עדות המזרח, בהנחה שאורח חייהם של בני אותן עדות אכן נתפס כדתי פחות לפי אמות מידה חרדיות באותו יישוב ספציפי, הרי שכל האמור לעיל היה עומד בתוקפו, ושיקולי השוויון – על אף היותו עיקרון חוקתי במדינת ישראל – לא היו משנים את מסקנת החובה הדתית לקיום ההפרדה. לסיכום נקודה זו, בניגוד גמור להפרדות גזעניות בארצות הברית, הפרדה בחינוך החרדי היא נגזרת ישירה של תכליות בעלות מעמד נורמטיבי עליון בעיני החברה החרדית בלי קשר לתוצאה שהשגתן עלולה ליצור.

הבדל זה רלוונטי ביותר לשאלת היכולת לגרום לשינוי בתחום החרדי בכלל ובאמצעות המוסד השיפוטי בפרט. כל ניסיון להוביל רפורמה שתחילתה ביריבות ובקביעות פסקניות, כדרכה של התדיינות משפטית, וסופה בגריעה, ולו מזערית, מאיכות הביצוע של תכלית הקיום של הציבור החרדי, כפי שהוא נתפס בעיני עצמו, מעורר אצל החרדים זיכרונות קשים מההיסטוריה הטרגית של עם ישראל על ניסיונות אומות העולם להעביר את היהודים על דתם ועל גבורת היהודים במלחמה כנגד המבוללים.<sup>352</sup> אפשר

349 אסתייג ואומר כי טענתי, שלפיה ההפרדות בחינוך החרדי מבוססות על שיקול תקף איננה בהכרח אומרת שאין מדובר בהפליה פסולה, מכיוון שבהחלט ייתכנו שיקולים מנוגדים ההופכים את ההבחנה להפליה פסולה גם בהינתן טעם תקף (כדוגמת שיקול של צדק חלוקתי) (ראו את מבחן הסבירות המאזן בין הטעם התקף להבחנה לבין תכליות חברתיות בעניין מילר, לעיל ה"ש 121, בעמ' 135). הכרעה בשאלה (שהיא בבירור הכרעה ערכית-אידאולוגית) חורגת ממסגרת הרשימה הנוכחית, ומטרת הצגת הטענה היא אך להטעים את המסגרת הערכית שבה מתנהל הציבור החרדי כדי להעריך את תגובתו הצפויה לניסיון לחולל שינוי באוטונומיה הדתית שלו.

350 ראו במקרא: דברים 9, 10; דברים 10; דברים 19; דברים לב 46.

351 להנמקה ראו לעיל ה"ש 40 והטקסט הצמוד לה. בנוסף ראו את דבריו של מנהיגם הרוחני של החרדים הרב אלישיב, שלפיהם "כל מי שיבוא ויכריח אותנו ללמוד עם מי שלא הסכימו לדרישות הרוחניות כהנחיית רבותינו, כאילו מכריח אותנו לעבוד עבודה זרה", ראו "אם לעבודת אלילים – אתה וכלבא שוין" יתד נאמן 18.6.2010, 2.

352 ראו למשל את דברי חבר הכנסת הרב מוזס, שלפיהם: "רק במשטר הבולשביקי שלחו הורים לכלא, וגם אז היו שופטים. נכנסים לנו לתוכן החינוך, מנסים לכפות עלינו אורח חיים שזר לנו". ראו אליעזר

לקחת את האמור על הפרדות בחינוך החרדי ולהגיע מכוח קל וחומר למסקנה דומה בנוגע לתכנים שיילמדו במוסדות החינוך החרדי, ומכוח גזרה שווה בנוגע לקיומה של חברת הלומדים. אשר על כן דומה כי גם עם תמיכה נרחבת מצד הגורמים הפוליטיים והציבור בכללותו, הקשיים שתהליך שינוי נרחב המנוגד לערכי הציבור החרדי צפוי לעורר יהיו קשים מקשיי האכיפה שמדיניות הדה-סגרגציה העלתה בארצות הברית.<sup>353</sup>

הטעם השני לראות בקשיים שבהם נתקל בית המשפט העליון בבואו לחולל שינוי בתוכני החברה החרדית משום תופעה החורגת מרוחות המנשבות במסדרונות הכנסת והממשלה הוא כפיפות בלתי מסויגת של הציבור החרדי לפוסקים "גדולי דור", וזאת מכוח עקרון "אמונת החכמים". את הבסיס לאמונת החכמים ולכפיפות הנובעת ממנה מהווה פסוק מקראי "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל".<sup>354</sup> הפסוק פורש בהלכה כמחייב לציית לפסיקת חכמי התורה גם כאשר הם אומרים על ימין שהוא שמאל וההפך, דהיינו אין מקום להרהר אחרי ההיגיון שבפסיקת החכמים.<sup>355</sup> כלל זה מוצא ביטוי מובהק במושג "דעת תורה", מושג ששימש דווקא את הציבור החרדי בהקשרן של סוגיות מודרניות שאין בעניינן הסדרה הלכתית מפורשת, כדוגמת שירות לאומי לבנות. המושג "דעת תורה" מקנה לגדולי התורה סמכות לפסוק הלכה בסוגיות בלתי מוסדרות בצורה אינטואיטיבית, ללא הנמקה הלכתית-פרשנית.<sup>356</sup>

מובן כי בהיעדר הנמקה היכולת לחלוק על הפסיקה על ידי מי שאינו נחשב לבעל שיעור קומה דומה לפוסק עצמו מוגבלת מאוד, ולכן למעשה מדובר בהענקת סמכות רחבה מאוד למי שנתפס בציבור החרדי כגדול בתורה, בייחוד בהתחשב בעובדה שאמונת החכמים היא עקרון יסוד ברור ובלתי מסויג במגזר החרדי. למשל, באתר

ראוכברגר "לא נכבד הכרעות של בתיהמ"ש שתהיינה נוגדות את דעת תורה" יתד נאמן 17.6.2010, 4. כמו כן, ראו את דברי הרב אפרתי בהתייחס להפגנות מחאה נגד פסיקת בג"ץ בעניין עמנואל: "אנחנו מקיימים בעצרת זו מצווה של 'ונקדשתי' כנגד גזירה בעיקרי הדת, זה לא רק כערכתא דמסאנא, אלו עיקרי הדת!!!" יתד נאמן 18.6.2010, 1.

353 דוגמה פרדיגמטית לקשיי האכיפה שבהם נתקל פסק הדין בעניין *Brown*, לעיל ה"ש 123, הוא משבר ליטל רוק (*Little Rock Nine*), שהתרחש כשבספטמבר 1957 הורה מושל ארקנסו לחיילי המשמר הלאומי לחסום את דרכם של תלמידים אפרו-אמריקאים שניסו להיכנס לבית ספר שההפרדה הייתה צריכה להתבטל בו לפי החלטת בית המשפט. בתגובה לכך שלח הנשיא אייזנהאואר חיילים פדרליים למדינה כדי לאכוף את החלטת בית המשפט ולאפשר לתלמידים לממש את זכותם. הפעולה, שנתפסה בעיני רבים כפלישה חדשה של כוחות הצפון, גרמה לגל אלימות מצדם של מצדדי ההפרדה הדרומיים. לבסוף, כשנה לאחר פרוץ המשבר, נסגר בית הספר כדי לחמוק משילוב האפריקאים-אמריקאים במוסדות חינוך של לבנים (ראו ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 138).

354 דברים יז 11.

355 ספרי, דברים יז 11, פס' קנד.

356 לדיון נרחב בנושא ולהצגת המקורות ראו ח' שלמה שאנן "דעת התורה בעניין שאינו הלכה" תחומין יב 171 (התשנ"א).

ההסברה החרדי "מנוף" נכתבו הדברים האלה: "מאז ומעולם נשען עם ישראל על אמונתו בחכמי התורה. התורה היא יסוד קיום העולם כולו, וגדולי התורה השולטים בכל מכמניה, הם היחידים הרשאים להכריע בשאלות שעולות על הפרק, קטנות כגדולות. הפרט והכלל, יחיד ורבים, ניגשים מאז ועד היום לשאול את דעתם של גדולי התורה ועל פיהם יישק כל דבר".<sup>357</sup> באשר לתוכן העמדות של גדולי הפוסקים החרדיים ראינו בפרק ב לעיל כי נכונותם לשינויים המקרבים את המגזר החרדי לציבור הישראלי הכללי מוגבלת לאותם מקרים שבהם השינוי עולה מתוך הצורך הפנימי של הציבור, ואין חשש לפגיעה בעצמאות הדתית והאידיאולוגית של הציבור, וגם במקרים אלה על השינוי להיות מצומצם, הדרגתי ומוצנע ככל האפשר.<sup>358</sup>

למותר לציין כי גם אם עמדותיהם של ראשי המאבק נגד ביטול ההפרדה בארצות הברית היו קיצוניות בדומה לאלה של המנהיגים החרדיים, הרי שהאחרונים נהנים ממידה גבוהה לאין שיעור של כפיפות הייררכית מכוח מצוות הדת. דומה אפוא כי השפעת התמריצים מן הסוג שהממשל הפדרלי בארצות הברית הצליח לייצר במרוצת הזמן כדי לשנות את עמדות תושבי מדינות הדרום בנוגע להפרדה בין הגזעים תהיה מצומצמת הרבה יותר בהקשר של הציבור החרדי המנוהל על ידי פוסקי הדור המתנגדים לשינוי, וזאת גם אם השחקנים הפוליטיים יפעלו במרץ לקדם את המדיניות המונעת על ידי בית המשפט. מכאן שקיים טעם חזק נוסף שלא לראות בקשיים שבהם נתקל בית המשפט הישראלי בבואו לחולל שינוי החורג מהצרכים המידיים של הציבור החרדי, כפי שאלה זוכים להכרת מנהיגיו, נגזרת של המצב הפוליטי.

הטעם השלישי לא להתלות את הקושי שבהנעת שינוי חברתי בתוך המגזר החרדי באמצעות בית המשפט העליון במצב הפוליטי העכשווי נוגע ליחס העוין האידיאולוגי כלפי בית המשפט העליון עצמו במנותק ממאזן הכוחות בחברה. אמנם גם לאחר מתן פסק הדין בעניין *Brown* הועלו טיעונים הנוגעים להיעדר לגיטימציה של גוף שאינו נבחר להתערב בסוגיות רגישות כמו זו הנדונה בפסק הדין וכן במשך שנים נמתחה ביקורת חריפה על תוכן ההחלטה ועל השלכותיה הצפויות,<sup>359</sup> אולם דומה כי כל אלה היו בעיקר תוצאה של החלטה שיפוטית ספציפית, להבדיל מכפירה כללית בסמכות המוסדית

357 זמין ב: [www.manof.org.il/index.php?view=article&catid=67:2009-07-02-12-07-54&id=141:2009-12-29-15-47-12&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com\\_content&Itemid=71&lang=he](http://www.manof.org.il/index.php?view=article&catid=67:2009-07-02-12-07-54&id=141:2009-12-29-15-47-12&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com_content&Itemid=71&lang=he)

358 ראו את תיאור העובדות והדעות לעיל בה"ש 74-78, 80-84 והטקסט הצמוד להן.  
359 סקירה מקיפה של הביקורות והדעות על בית המשפט ברמה המוסדית מצד נציגי מדינות הדרום, שנמתחה לאחר מתן פסק הדין בעניין *Brown*, לעיל ה"ש 123, ראו Bert Brandenburg, *Brown v. Board of Education and Attacks on the Court: Fifty Years Ago, Fifty Years Later, A JUSTICE AT STAKE REPORTERS GUIDE* [http://apps.americanbar.org/tips/faic/7\\_BrownAndTheCourts.pdf](http://apps.americanbar.org/tips/faic/7_BrownAndTheCourts.pdf).

והפרסונלית של שופטי בית המשפט העליון לקבל החלטות ערכיות ובעצם יכולתם להגיע למסקנות ראויות. יודגש כי עסקינן לא רק בשאלה של יריבות סמכויות שהרבנים ינצחו בה, אלא בשלילה מוחלטת ומראש, ללא צורך בתחרות עם איש, של שופט הדן לפי דין חילוני לקבל החלטה שבצדה ערך כלשהו. לגישת החרדים, ערכאות שיפוטיות חילוניות בישראל, ובכלל זה בית המשפט העליון, הן "ערכאות של גויים" המתנהלות לפי "חוקים בדויים" ופעולתם היא גזל, עושק והרמת יד בתורת משה.<sup>360</sup> זאת נוסף על ההתנגדות האידאולוגית החריפה כלפי דרכו של בג"ץ מאז ימי ברק כשופט.<sup>361</sup> אם כן, נכונה אמרתו של פרופ' ברזילי, שלפיה היחס השלילי בחברה החרדית כלפי בית המשפט העליון מעולם לא היה תוצאה של תגובה מידית לפסק דין כזה או אחר אלא מרכיב מהותי ביותר בתרבות המשפטית החרדית.<sup>362</sup>

מסיבה זו כל מהלך שנתמך על ידי בג"ץ, ובייחוד כל מהלך שעשויה להיות לו נגיעה לאינטרס של הציבור החרדי, נתקל בהתנגדות כבררת מחדל. בהקשר הזה מעניין להזכיר את התבטאותו של חבר הכנסת דוד טל מש"ס שלפיה: "[...] כל הסיעות הדתיות, החרדיות, החליטו להתנגד לחוקי-יסוד, וגם אם יביאו את עשרת הדיברות כחוקי-יסוד, אדוני, אנחנו נתנגד להם [...] משום שאם אני אאמץ את עשרת הדיברות כחוקי-יסוד וזה יגיע לאיזו ערכאה שיפוטית כמו בית-המשפט העליון, ובית-המשפט העליון, עם כל הכבוד הראוי, יפרשן את זה הפוך על הפוך, אני נמצא פשוט במצב מאוד-מאוד עגום".<sup>363</sup> מן האמור לעיל צריך להסיק כי שיח הזכויות והאינטרסים המתנהל בבית המשפט העליון לא רק שאין בו כדי לשמש גורם מעורר או משכנע בקרב החרדים

360 חזון איש, חושן משפט, לעיל ה"ש 64; ראו גם אליעזר וולדנברג הלכות מדינה יב, פב (התשי"ב), שם הרב וולדנברג משתמש במונחים כגון "צל של אלילות" ו"עקירת התורה" לתיאור חטא הפנייה לערכאות חילוניות בישראל.

361 כך, במאמרו של זיסמן, לעיל ה"ש 44, דרכו השיפוטית של השופט ברק השתקפה בתמיהה הזאת: "מניין נוטלים לעצמם קומץ שופטים העוז לחולל מהפכות וליצור תקדימים המערערים את כל המקובל על מרבית הציבור בישראל ועלולים להצית אש של 'מלחמת תרבות' סופה מי ישורנו". בהמשך תואר היחס הכללי של הציבור החרדי כלפי בית המשפט העליון: "כידוע, ציבור שומרי המצוות, אינו רואה במערכת המשפטית ובביהמ"ש העליון בפרט, סמכות אמיתית, שבכוחה להכריע בכל נושא שהוא. מערכת זו נכפתה עלינו בתוקף הנסיבות, ואנו נאלצים לקבל את החלטותיה, כל עוד אינן עומדות בהתנגשות עם ההלכה".

362 ברזילי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 606–607.

363 ד"כ ו, 537 (התשנ"ט). באותה רוח התבטאו במקרה אחר חברי כנסת גפני, ודינגר ודרעי. ראו בעניין זה יואב דותן "חוקה למדינת ישראל – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 196, ה"ש 88 (2008).

(בניגוד להליך שבכל זאת התרחש בארצות הברית),<sup>364</sup> אלא שפסיקות בית המשפט החילוני הנוגעות לאורח החיים החרדי רק מייצרות אנטגוניזם כלפי כל מה שיוצא תחת ידו, ומכאן מכשול נוסף בדרך לשינוי, מכשול שאין עמו תלות במצב פוליטי חולף.

## 2. הנעת תהליך השינוי בתנאי שיתוף פעולה פוליטי על ידי פסיקה המטילה חיוב להפעיל כוח מקצה

נראה כי גם כאן שיתוף פעולה פוליטי איננו צפוי לשנות מן המסקנה שאליה הגענו בניתוח תמונת המצב העכשווית, המבוסס על אי-התקיימות התנאים של רוזנברג. טענה זו עומדת על שני אדנים: ראשית, כפי שעולה מהדין בתנאי השלישי של רוזנברג,<sup>365</sup> כוח ההשפעה של תמריצים כלכליים (חיוביים ושליליים) על הציבור החרדי הוא מלכתחילה מוחלש על רקע ערכיו של ציבור זה, שבו רווחה אישית אינה תופסת בעיני הפרט מקום מרכזי והיא טפלה לתכלית של קידום הערכים הדתיים. מכאן שגם אם תקציבי החרדים יקוצצו (למשל, קצבאות ילדים שהן חלק נכבד מהכנסותיה של משפחה חרדית) לא מובן כלל שיהיה בכך כדי להניע שינוי ניכר. מבחינה אמפירית אפשר ללמוד זאת בין היתר מכך שבעקבות קיצוצים נרחבים ביותר שערך בנימין נתניהו כשר האוצר במקורות ההכנסה של החרדים כחלק מרפורמה כלכלית כללית בשנים 2003–2004 (אשר זכתה בעיתונות החרדית לכינוי "גזירות תשס"ג"),<sup>366</sup> לא נצפה שינוי בולט כלשהו בחברה החרדית, כדוגמת יציאה מסיבית לשוק העבודה.

שנית, כפי שהסברתי לעיל,<sup>367</sup> לזהותו של מניע השינוי נודעת חשיבות בעיני החרדים, מכיוון שאין דומה קיצוץ שמקורו בסיבה כלכלית אובייקטיבית לקיצוץ שמקורו נתפס כאידאולוגי. מכאן שפגיעה בכיסם של החרדים עקב משבר כלכלי או אף עקב תפיסת עולם כלכלית של שר אוצר כזה או אחר צפויה להיתקל בהתנגדות עזה הרבה פחות מזו הצפויה נגד פגיעה שהונעה על ידי המוסד השיפוטי הלא ייצוגי המבסס את החלטותיו על ערכים ליברליים עמומים ונתפס כמנסה להעביר את החרדים על דתם באמצעות גזרות כלכליות.<sup>368</sup> מובן כי התנגדות לכפייה כלכלית מצדו של בית המשפט תתבטא בקרב החרדים לא רק במחאה ציבורית (שפחות חשובה לנו כאן לאור ההנחה כי בית המשפט נהנה מתמיכה פוליטית) אלא בהימנעות עיקשת מלאפשר לפסק דין להשיג

364 לדיון בסוגיה ראו Michael W. Combs & Gwendolyn Combs, *Revisiting Brown v. Board of Education: A Cultural, Historical-Legal, and Political Perspective*, 47 How. L.J. 627 (2004).

365 ראו לעיל ה"ש 335–339 והטקסט הצמוד להן.

366 ראו למשל את הידיעה הזאת: "הפגנת חרדים נגד גזירות תשס"ג" אתר ערוץ 7 27.5.2003 [www.inn.co.il/News/News.aspx/52109](http://www.inn.co.il/News/News.aspx/52109).

367 ראו לעיל ה"ש 359–364 והטקסט הצמוד להן.

368 להדגמה מפורשת של גישה זו ראו את הציטוט לעיל בה"ש 314.



את יעדיו החברתיים. כך למשל סביר להניח כי בעקבות פסיקת בג"ץ, שבמסגרתה יבוטלו תקציבים למוסדות חינוך שאינם מלמדים תכנית ליבה, התעקשות על אי-הוראת תכנית זו רק תגבר.<sup>369</sup> על סמך שני אלה – מגבלות הכוח המקצה בהקשר החרדי ותגובת נגד בשל זהות הגורם המנסה להניע את השינוי – לא מן הנמנע להסיק כי גם אם התמיכה הפוליטית תאפשר לבית המשפט לפגוע בחרדים מבחינה כלכלית, לא יהיה בכך כדי להוביל לשינוי. נהפכה, הפיכה של העניינים לעניינים יותר רק תרחיק את החרדים מהקונצנזוס ואת מבקשי השינוי ממבוקשם.

לסיכום הפרק, היות שארבעת התנאים שעליהם עמדנו בחלק הראשון של הפרק אינם מתקיימים, וככל הנראה אינם עומדים להתקיים בעתיד הנראה לעין, אזי למצער לפי התזה המוצעת בספרו של רוזנברג, הסתברות להנעת רפורמה חברתית ניכרת בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי באמצעות בית המשפט הישראלי היא נמוכה מאוד. מלבד זאת, כפי שנטען בחלק השני של הפרק, גם אם המצב הפוליטי היה משתנה לרעת החרדים, הרי שבשל מאפייניו הייחודיים של הציבור החרדי ובשל יחסו העוין המורשש כלפי בית המשפט העליון, תוצאת חוסר היכולת של בית המשפט להניע שינוי הייתה עומדת בעינה.

## 1. המסקנה הנורמטיבית

לכאורה, המסקנה הנורמטיבית המתבקשת אומרת כי על מי שמחפש שינוי חברתי בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי לבחור לו זירת פעולה שונה מבית המשפט, ואם לא נעשה כן, על בית המשפט להימנע מפסיקה שעלולה להתפרש כניסיון להניע שינוי בחברה החרדית.<sup>370</sup> אולם יושם אל לב כי המסקנה בדבר היעדר יכולת של בית המשפט להניע שינוי זה איננה בבחינת קביעה מוחלטת, ולו בשל העובדה שהיא עוסקת בהערכות עתידיות. מכאן שיתכן שתוחלת השינוי, הנקבעת על ידי הכפלת ערך השינוי<sup>371</sup> בהסתברות התרחשותו, גבוהה מעלויות ההתדיינות. למשל, מי שמייחס ערך

369 ש.ם.

370 לסקירת החסרונות שבבחירת הזירה המשפטית למאבק חברתי ראו אוריית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט 11 (2002). קמיר מתייחסת בעיקר להיעדר היכולת של המשפט לחולל שינוי חברתי רדיקלי, וכן לאופיו של ההליך המשפטי כמבודד את הפרט מן המאבק הציבורי.

371 בלשון "ערך השינוי" הכוונה היא גם לחיסכון של עלויות של אי-התערבות הנובעות משימור המצב הקיים. כלומר, ערך השינוי כולל לא רק ערך חדש שעשוי להיווצר מהנעת השינוי (למשל, תועלת כלכלית משילוב החרדים במשק) אלא גם חיסכון של מה שמוצא עליהם כיום וצפוי להיחסך בעקבות הצלחת השינוי. אין מקום להתייחס לחיסכון של עלויות אלה כאל עלות של אי-התערבות בפני עצמה, מאחר שהחיסכון תלוי בהצלחת השינוי, וממילא נדרש להכפיל את העלויות של אי-חיסכון

גבוה במיוחד להקניית מיומנויות בסיסיות וערכים דמוקרטיים בסיסיים לכלל תלמידי ישראל, הרי שגם הסתברות נמוכה להצלחת המהלך איננה צריכה למנוע הימנו לפנות לבית המשפט, ומבית המשפט להקדיש את הזמן הדרוש לניסיון רציני לחולל שינוי בתחום. יתרה מזאת, אימוץ על ידי בית המשפט של מדיניות אי-התערבות בנושאי ליבה הנוגעים לציבור החרדי בעקבות חוסר יעילותו של המסלול השיפוטי עלולה לייצר עלויות נוספות, כדוגמת עידוד של קבוצות אחרות באוכלוסייה לתפוס עמדה דומה לזו של החרדים. כדי לבחון אם בשני אלה (ערכו הגבוה של השינוי המבוקש ועלויות אי-ההתערבות) יש כדי להכריע את הכף לטובת תפיסה הרואה בבית המשפט את המוסד המתאים להנעת השינוי החברתי הליברלי בתוך אוטונומיה חרדית, יש לשקלם כנגד העלויות האמתיות שבהן כרוך ניסיון ההתערבות מצד בית המשפט באוטונומיה זו. בפרק זה אטען כי עלויות ההתערבות, שלדיון בהן יוקדש החלק הראשון של הפרק, הן כבדות במיוחד, ואילו העלויות של אי-התערבות, שיידונו בחלק השני, אינן בעלות משקל. אם כן, בחשבון הכולל (שבמסגרתו העלויות הנמוכות יחסית של מדיניות אי-התערבות לצד תוחלת השינוי המיוחל נשקלות כנגד העלויות הניכרות של התערבות שיפוטית) אגיע למסקנה שלפיה על בית המשפט להימנע מניסיונות להניע שינוי חברתי במגזר החרדי. אפשרויות יישומה של מסקנה זו יידונו בחלק השלישי של הפרק.

חשוב לציין כי בניתוח שיובא להלן המאמר מקבל את הנחותיהם של שוחרי השינוי הליברלי, ולכן לא אטען להיעדר הצדקה מוסרית לחלק מהשינויים המוצעים על ידיהם,<sup>372</sup> וכן לא לעצם הרעיון של מעורבות המוסד השיפוטי בסוגיות חברתיות שנויות במחלוקת ציבורית קשה,<sup>373</sup> אלא אקפיד להיצמד לשיקולים תועלתניים שצפויים להיות מקובלים דווקא על מי שהיה רוצה לראות חברה ישראלית חופשית ושוויונית בנוסח הליברלי. יושם אל לב כי אין בהימנעות מהדיון המוסרי בסוגיה כדי להחליש את כוחה של מסקנתי הנורמטיבית, וזאת כאשר בוחנים את ההחלטה להימנע מדיון זה

בהסתברות הצלחת השינוי, בשונה מעלויות אחרות שיידונו בהמשך שנוצרות בלי קשר לתוצאת ההתערבות, כדוגמת המסר שההימנעות מהתערבות מעבירה לחרדים או לקבוצות אחרות.  
 372 ככלל, הדיון המוסרי בסוגיה נסב מחד גיסא על ערכים ליברליים, ובמרכזם חובת המדינה לשמור על זכויות הפרט הן ברמת המקרים הספציפיים והן ברמת ההגנה על שיטת המשטר הדמוקרטית (בין היתר על ידי הנחלת ערכים ליברליים בקבוצות לא ליברליות), ומאידך גיסא על רעיונות של אוטונומיה קהילתית ורב-תרבותיות, המאפשרות לקבוצות לא ליברליות החיות בתוך חברה ליברלית לשמר, לפתח ולהנחיל את ערכיהן. ראו למשל כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת", לעיל ה"ש 15; הראל בן שחר, לעיל ה"ש 16.

373 אין ספק כי הרשימה הנוכחית עוסקת באחת הסוגיות הטעונות מבחינה חברתית בישראל בעשורים האחרונים, ולכן נכונותו של בית המשפט לרדת לזירת המחלוקת נתפסת בצדק כמדיניות שיפוטית אקטיביסטית. להערכה של אקטיביזם שיפוטי של בג"ץ מבחינה מוסרית (וגם מבחינה תועלתנית) ראו רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000).

באספקלריה של תוכן מסקנת המאמר: לו היינו מניחים שהתערבות שיפוטית איננה מוצדקת מבחינה מוסרית (אם בשל מתן משקל רב לאוטונומיה קהילתית ולחופש הדת ואם בשל נקיטת עמדה המצדדת בריסון שיפוטי), פשיטא כי לא היה צורך במאמר הטוען לחוסר היעילות של ההתערבות. לעומת זאת כפי שאפשר להיווכח מריבוי העתירות שבהן דן המאמר, מתוכן הפסיקה ומספרות אקדמית, רבים סבורים כי התערבות שיפוטית בתחום מוצדקת גם מוצדקת. המאמר נועד לשכנע כי שיקול חוסר היעילות של מדיניות ההתערבות לצד עלויות ניכרות של מדיניות זו מכריעים את הכף לטובת הריסון השיפוטי, יהיו השיקולים המוסריים בעד ההתערבות חזקים ככל שיהיו. מכאן עולה כי כל סטייה מהנחת המאמר באשר לקיומן של הצדקות מוסריות עשויה אך לחזק את הטענות המרכזי, ולכן אין בהימנעות מהדיון המוסרי (שראו כמובן למאמר בפני עצמו) כדי להטיל ספק בתוקף טיעוני.

## 1. עלויות ההתערבות

ראשית, בשל היחס העוין של הציבור החרדי ומנהיגיו כלפי הממסד השיפוטי, ובפרט כלפי בית המשפט העליון, יחס אשר כאמור הוא מרכיב מהותי בתפיסה החרדית הדיוס, יש להניח כי כל מהלך של בית המשפט הנתפס כניסיון התערבות באוטונומיית המגזר יגרום לאפקט הפוך מהרצוי.<sup>374</sup> כלומר, גם בתחומים שבהם כבר קיימת התקדמות חיובית ממילא, אם בשל הצורך הפנימי של הציבור החרדי ואם בעקבות ההידברות עם נציגי הציבור הכללי, עמדת בית המשפט בנושא עשויה להוביל לנסיגה, או למצער לבלימת ההתקדמות.<sup>375</sup>

שנית, מלבד האפקט ההפוך בתחום הספציפי, בניסיונות לכפות את השינוי במסגרת אכיפת פסיקת בג"ץ דווקא, עלול להיווצר אפקט כללי של ההתרחקות מן החברה הישראלית גם בתחומים שאין להם נגיעה ישירה לנושא שבו דן בית המשפט. זאת מאחר שבמצבים הנתפסים על ידי החרדים כאיום אסטרטגי נוטים הם להיכנס למגננה כללית

374 ברוח זו רוזנברג טוען בספרו כי מבחינה אמפירית ניסיונות לגרום לשינוי חברתי באמצעות בית המשפט מובילים להתגייסות המתנגדים הרבה יותר מאשר להתגייסות התומכים (ROSENBERG, לעיל ה"ש 126, בעמ' 425).

375 כך טען מדינה בצורה מרומזת משהו בבלוג המרצים של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים כי גם תומכי השינוי הליברלי מקרב הציבור החרדי מתקשים לתמוך בפסקי דין של בית המשפט העליון שמנסים "לחנך" את החרדים לערכים ליברליים, ראו ברק מדינה "גבולות כוחו של בג"ץ – על פסק-הדין בעניין הפרדה באוטובוסים" / http://hebrew-law.blogspot.com/2011/01/blog-post\_19.html.

באמצעות העלאת ערך ההתבדלות וראייה בכל הפעולות שמערבות את המדינה בענייני החרדים מהלך שנועד להעביר אותם על דתם.<sup>376</sup>

שלישית, האפקט ההפוך בתחום הספציפי שבו בית המשפט מנסה לחולל רפורמה עלול להיווצר לא רק בעקבות הקצנת עמדת החרדים אלא בעקבות קביעת נקודת איזון חדשה – גרועה הרבה יותר, מנקודת מבט ליברלית, מנקודת האיזון הקיימת. הדפוס הפרדיגמטי המדגים טענה זו הוא שלילת הסמכות מן הרשות המבצעת והעברת כוח ההכרעה למחוקק על ידי בג"ץ שמובילות לחקיקת חוק שריר של הכנסת המענג את המצב הקיים, ולעתים אף מחמיר אותו. למותר לציין כי גריעות המהלך גלומה לא רק בסכנה שנקודת האיזון החדשה תקנה חופש פעולה גדול יותר לחרדים אלא בעצם העובדה שחוקק בנושא חוק ראשי, וממילא אפשרות הביקורת עליו מצד בית המשפט מוגבלת יותר. דוגמאות לכך הן כמובן "חוק טל" וחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים<sup>377</sup> שנדונו לעיל.<sup>378</sup>

רביעית, התערבות בית המשפט בענייני החרדים מובילה לאבדן אמון הציבור במערכת המשפט. הסיבה הראשונה לכך טבעית למדי: אמון הציבור במערכת ייתכן רק אם המערכת פועלת ביעילות. לעומת זאת כאשר לעיני הציבור נגלה חוסר היכולת של בית המשפט להשיג את מבוקשו, האמון בבית המשפט ממילא יורד.<sup>379</sup> סיבה נוספת נוגעת לעצם המעורבות של בית המשפט בסוגיות פוליטיות שנויות במחלוקת ציבורית קשה. בספרות המשפטית בישראל הובעה לא פעם הדעה שיש קשר הדוק בין נכונותו של בית המשפט לרדת אל זירת המחלוקת לבין אמון הציבור ההולך ופוחת במערכת,<sup>380</sup> ואף

376 לביסוס אמפירי של טענת ההשפעה השלילית הנובעת לפסיקת בג"ץ על העמדה הכללית של החרדים, ובעיקר על עמדת הקנאים שבהם, ראו לופו הכשרה מקצועית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 61. בנוסף, ראו את הציטוט המובא לעיל בה"ש 247, שממנו עולה מגמת הכללה המאפיינת את כלי התקשורת החרדית כאשר מוסדות המדינה (ובייחוד בית המשפט העליון) פועלים שלא לרוחם.

377 לטענה שחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח–2008 יצר נקודת איזון גרועה מזאת שהייתה קיימת קודם לכן ראו הראל בן שחר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 297–301.

378 ראו את הדיון לעיל בפרק ד'. לעלות זו קיימות דוגמאות נוספות שלא דווקא נוגעות למגזר החרדי. למשל, חקיקת תיקון לחוק-יסוד: חופש העיסוק כתגובה לפסיקת בג"ץ בעניין מיטראל, לעיל ה"ש 11. דוגמה מעניינת אחרת היא חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), התש"ע–2010 (שאושר בקריאה שנייה ושלישית בתאריך 30.3.2011). החוק מקנה לוועדות הקבלה ביישובים קטנים בגליל ובנגב שיקול דעת לפסול מועמדים על סמך אי-התאמה למרקם החברתי של היישוב (ס' 6ג(א)(4) לחוק) ובכך בפירוש עוקף את החלטת בית המשפט העליון בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

379 לביקורת על בית המשפט העליון ברוח זו ראו ידידיה מאיר "אמץ חרדי" ידיעות אחרונות 28.6.2010, 11.

380 לטיעון שניסונו של בית המשפט להכריע הכרעה רחבה בשאלה מהי הזהות הראויה לחברה הישראלית דן את בית המשפט לאבדן אמון הציבור, ראו שטרן "עליי קללתך בני", לעיל ה"ש 8; ראו

בפסיקה הציע השופט (כתוארו דאז) ברק לקבוע את גבולות השפיטות המוסדית לפי מידת הפגיעה באמון הציבור הצפויה מפוליטיזציה של המוסד השיפוטי.<sup>381</sup> כדי לסבר את האוזן נציין כי אמון הציבור בבית המשפט העליון ירד משנת 2004 עד לשנת 2010 מ-79% ל-382.54%<sup>382</sup> באשר לערכו של אמון הציבור במערכת המשפט, הרי שלפחות לדעתו של ברק, הוא "מנכסיה היקרים ביותר של האומה".<sup>383</sup>

דא עקא, שלכאורה ייתכן גם טיעון הפוך, ולפיו דווקא מדיניות של אי-התערבות בסוגיות הנוגעות לציבור החרדי תפגע באמון הציבור כלפי בית המשפט במידה דומה או אף חמורה יותר, בשל מסר של חולשה.<sup>384</sup> דומה כי מבחינה אמפירית היעדר רתיעה של בית המשפט מלרדת אל זירת המחלוקת, דהיינו נכונותו של בית המשפט להתערב בסוגיות השנויות במחלוקת פוליטית, אשר אפיינה ביתר שאת את התנהלותו בעשורים האחרונים,<sup>385</sup> היא היא שהובילה לירידה דרמטית באמון הציבור כלפי מוסד זה.<sup>386</sup> מכאן שגם אם יש אמת בכך שיהיו חלקים בציבור אשר יפרשו את הריסון השיפוטי כחולשה המצדיקה חוסר אמון, הרי שבחשבון הכולל מדיניות של הימנעות מהתערבות נראית עדיפה בהרבה מנקודת המבט של אמון הציבור.

חמישית, ואולי החשוב ביותר מנקודת מבטם של התומכים בביקורת שיפוטית רחבת היקף: הבנה בקרב הפוליטיקאים במגזר החרדי כי בית המשפט העליון לא יחדל מניסיונותיו להתערב בנעשה בתוך הציבור החרדי, וכי בשל כך בג"ץ מהווה את האיום המרכזי לאוטונומיית המגזר, תהפוך במוקדם או במאוחר את הרצון הכללי לקצץ את הכנפיים של בית המשפט העליון לתכנית מגובשת העומדת במרכז סדר היום של

גם רות גביוון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 101 (2000).

381 עניין רסלר, לעיל ה"ש 18, פס' 56 לפסק דינו של השופט ברק.

382 אשר אריאן, תמר הרמן, יובל לבל, מיכאל פיליפוב, הילה צבן ואנה קנפלמן מדד הדמוקרטיה הישראלית 2010 – ערכים דמוקרטיים בישראל הלכה למעשה 144 (2010).

383 בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 148 (1986).

384 טיעון זה מציג כמובן עלות של מדיניות אי-התערבות, ולכן לכאורה מקומו בחלק השני של הפרק. אולם היות שהחלנו לעסוק בסוגיית אמון הציבור כבר בחלק זה, נראה אך טבעי להצמיד את הטיעון המתייחס לאבדן אמון הציבור בשל אי-התערבות לטיעון העומד על אבדן אמון הציבור עקב התערבות, כדי לאזן ביניהם.

385 ראו למשל ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות", לעיל ה"ש 94, בעמ' 240–243.

386 ראו שטרן "עליי קלתך בני", לעיל ה"ש 8, בעמ' 15–16. מלבד טענתו המפורטת של שטרן, גם השכל הישר מלמד כי אם הירידה הדרמטית באמון הציבור התרחשה דווקא בתקופה שהתאפיינה בהמרה של ריסון יחסי באקטיביזם, הרי שהציבור נוטה לרחוש אמון רב יותר כלפי בית המשפט המרוסן, וממילא טענה שלפיה מדיניות של אי-התערבות תגרום לירידה באמון הציבור חלשה מן הטענה ההפוכה.

המפלגות החרדיות בכל משא ומתן קואליציוני.<sup>387</sup> הסיכוי להצלחתה של תכנית מסוג זה אינו נמוך הן בשל הירידה באמון הציבור הניתן לבית המשפט העליון והן בשל קיום תומכים נלהבים ברעיון של צמצום סמכויותיו של בג"ץ שבאים מחוץ למגזר החרדי, והדוגמה המובהקת לכך היא כמובן דניאל פרידמן.<sup>388</sup> בהקשר הזה קיים מדרג של אמצעים הפוגעים בסמכויותיו של בג"ץ. בצד המתון יחסית אפשר להזכיר הצעות לשנות את מנגנון מינוי השופטים תוך הענקת יותר כוח לנציגי הכנסת על חשבון שופטי בג"ץ,<sup>389</sup> ואילו בצד הקיצוני יותר עומדת האפשרות לשינוי חוקי יסוד או להוספה עליהם תוך שלילה או הגבלה של סמכות בית המשפט לביקורת שיפוטית חוקתית.<sup>390</sup>

387 פרופ' גביון מסבירה שסכנת הפגיעה במעמדו של בית המשפט בישראל, בשונה מהמצב בארצות הברית, נובעת מהיעדר מסורת ארוכת שנים שקבעה את מקומו של בית המשפט בשיטה האמריקאית, שהרי סמכויות בית המשפט אצלנו לא נקבעו באמצעות דיון ציבורי מקיף אלא באמצעות העצמה עצמית של בית המשפט על סמך חקיקת יסוד עמומה. ראו גביון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 29.

388 פרידמן, שניהן כשר המשפטים בשנים 2007–2009, קידם רפורמה נרחבת שנועדה להגביל את סמכויותיו של בית המשפט העליון, ובין היתר ניסה להחיות את עילות הסף שבית המשפט העליון כרסם בהן בפסיקתו משנות התשעים, וכן פעל לשנות את גבולות הסמכות של השופטים לביקורת על חוקי הכנסת הן בפן הפרוצדורלי והן בפן המהותי. להצגת עמדתו הכללית של פרידמן בנוגע לסוגיית האקטיביזם השיפוטי ראו דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 9 (2007). לסקירת פועלו של דניאל פרידמן לצמצום סמכויות בית המשפט העליון ראו אביעד גליקמן "דניאל פרידמן: מלחמת הרשויות הגדולה" ידיעות אחרונות – ynet מיוחדת 25.2.2009. [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3677542,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3677542,00.html). מעניין כי פרידמן התחיל את הקריירה הפוליטית שלו בתור אחד ממייסדי מפלגת "שינוי" האנטי-חרדית, ולכן קרבה אידאולוגית לחרדים איננה תנאי הכרחי לשיתוף פעולה עמם בניסיונם הצפוי לקצץ את כנפיו של בית המשפט.

389 לביקורת על מנגנון מינוי השופטים הקיים ולהצעה קיצונית בתחום ראו מדרכי הלר "מינוי השופטים – הפתרון למשבר העליון" תכלת 8 (התש"ס). פרופ' גביון מטעימה במאמר הביקורת על ספרו של רוזנברג את עניין המינויים של שופטים שמרניים כתגובת נגד לניסיונות להוביל לשינוי חברתי (שאין לגביו קונצנזוס בחברה) באמצעות בית המשפט (גביון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 23–24).

390 ראו למשל הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), ה"ח 409, שם מוצע בין היתר להגביל את סמכות בית המשפט העליון לפסול חקיקה ראשית להחלטות בהרכב של תשעה שופטים ברוב של שני שלישים מהשופטים לפחות (ס' 15א(ב) להצעת חוק-יסוד). כמו כן מוצע להקנות לכנסת סמכות להתגבר על החלטת בית המשפט ולהכשיר את החוק שנפסל ברוב רגיל, דבר שאמור למנוע מבית המשפט את האפשרות של ביקורת חוזרת על אותו חוק למשך חמש שנים (ס' 15ב להצעת חוק-יסוד). להצעות ישנות יותר ראו את ההסכם הקואליציוני בין מפלגת ש"ס למערך, שנודון בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (1995). ההסכם שבסופו של דבר לא יצא לפועל נועד למנוע ביקורת שיפוטית בנושאי הדת על ידי עיגון בחוק יסוד את הסטטוס קוו בענייני דת. כמו כן ראו את הצעת חוק-יסוד: הדין בענייני דת משנת 1996.

אם כן, נראה כי עלות הניסיון להתערבות שיפוטית בנושאים המצויים בלב האוטונומיה החרדית איננה מסתכמת בזמן שהשופטים מקדישים לסוגיה אשר הדיון בה עלול להתברר כלא אפקטיבי ולא במשאבים ששוחרי השינוי משקיעים בהליך השיפוט, אלא שקיימים טעמים כבדי משקל להימנע מהתערבות כאשר אין סיכוי סביר להצלחת המהלך, ובהם חשש לאפקט הפוך מן הרצוי הן בתחום שבו מתנהל הדיון והן ביחסיה הכלליים של החברה החרדית עם הציבור הכללי בישראל, וכן חשש לפגיעה במוסד השיפוט עצמו, הן על ידי יצירת פגיעה נוספת באמון הציבור כלפי בית המשפט העליון והן על ידי פגיעה בעצמאותו ובסמכויותיו של בית המשפט.

## 2. עלויות המדיניות של אי-התערבות

בטרם אתיחס לעלויות המדיניות של אי-התערבות שיפוטית, אעמוד תחילה על שני טיעונים בעד ההתערבות השיפוטית. טיעונים אלה נחזים כבעלי ערך אם כי בפועל מדובר בטיעונים שנפקותם בעיקרה רטורית ואשר תוקפם בהקשר הנדון מוטל בספק. לפי הטיעון הראשון, מחויבותו של בית המשפט לעקרון שלטון החוק אינה מאפשרת לו להגביל ביקורת שיפוטית בתחום מסוים מתוך שיקולי מדיניות, יהיה משקלם גבוה ככל שיהיה. אמנם דיון מעמיק במונח שלטון החוק חורג ממסגרת הרשימה הנוכחית, אולם חשוב בכל זאת להדגיש: לא ברור כלל מה תוכנו של המונח "שלטון החוק" בהקשרנו מלבד העלויות הנגזרות ממנו אשר יידונו בהמשך הפרק (כגון העברת מסר בעייתי לחברה, איבוד ההרתעה השיפוטית או עידוד הסרבנות) ומלבד הפגיעה הלכאורית בשוויון שתידון מיד,<sup>391</sup> ואם נותרת משמעות מוסרית כלשהי לעצם המונח של שלטון החוק, הרי שמשמעות זו אינה צפויה להצמיח שיקול שיש בכוחו לגבור על השיקולים בעד ההתערבות, ואף לא להיות תוספת בעלת משקל ליתר השיקולים נגד ההתערבות. טיעון אחר אומר כי מדיניות של אי-התערבות דווקא בסוגיות הנוגעות לחרדים מהווה פגיעה בעקרון השוויון החוקתי ששיקולים תועלתניים אינם יכולים לגבור עליו בשל מעמדו הרם. כדי להשיב לטיעון זה דומה כי לא נדרש להוכיח שכוחם של שיקולים תועלתניים עשוי לגבור על שיקול השוויון, אלא שדי להתבונן בתוכנו של עקרון השוויון עצמו. מקובל בשיטתנו שעקרון השוויון הוא עיקרון מהותי, שבמסגרתו הבחנה בין בני אדם או בין קבוצות על יסוד שוני רלוונטי, דהיינו שיקול בעל תוקף מוסרי, איננה נחשבת להפליה פסולה.<sup>392</sup> היות ששיקולים כגון הגנה על תכליות הפסיקה מפני אפקטים

391 לדין במורכבות המושג "שלטון החוק" ובסתירות הפנימיות החבויות בו ראו Richard H. Fallon Jr., "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, 97 COLUM. L. REV. 1 (1997).

392 ראו בג"ץ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, פס' 14–16 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק (1994). אכן, קיימת גישה כלפי עקרון השוויון שאיננה מסתפקת בקיומו של שוני רלוונטי אלא דורשת ששוני זה יהיה בלתי ניתן לנטרול בראי של מבחן הסבירות (ראו עניין מילר, לעיל ה"ש 121,

הפוכים, שמירה על אמון הציבור כלפי מערכת המשפט וכן הגנת מערכת המשפט מפני פגיעה ישירה בסמכויותיה הם שיקולים תקפים שעשויים להצדיק הבחנה בין מקרה למקרה, לא בהכרח מדובר בפגיעה בעקרון השוויון או למצער מדובר בפגיעה מידתית.<sup>393</sup> לאחר שהוצע מענה לשני טיעונים אלה, אפשר לעבור לדון בעלויות של מדיניות אי-ההתערבות.

העלות הראשונה שאפשר להתייחס אליה מבוססת על אמונה כי על אף היעדר אפקטיביות בטווח הזמן הנראה לעין בית המשפט משמש "מצפן" חברתי המסמן את הערכים שראוי לשאוף אליהם.<sup>394</sup> משכך, הימנעות של בית המשפט מהכרעה בסוגיה מסוימת עלולה לשמש הכשרה להפרות הלכאוריות בתחום זה, הכשרה שיש לה משקל הצהרתי נכבד בעיני הציבור.<sup>395</sup> דומה כי ביכולתו של בית המשפט לצמצם עלות זו, שהרי אי-התערבות אין פירושה דחייה על הסף, אלא שבג"ץ יוכל, אם רצונו בכך, להציג את עמדתו הערכית תוך ציון חובתו לנהוג בריסון בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית. ברוח זו ארחיב בחלק השלישי של הפרק על אודות דוקטרינת אי-שפיטות שבאמצעותה יכול בית המשפט להימנע מהתערבות בסוגיה.

עלות שנייה ובעלת משקל רב יותר היא פגיעה באפקט ההרתעתי שנודע ל"חרב הפסיקה" בעקבות מדיניות של הימנעות מהתערבות, וזאת בשל פגיעה בתמריצי החרדים להתפשר בנושאים הנוגעים אליהם בזירה הציבורית והפוליטית. דומה כי עלות זו איננה צפויה להיות רבה, וזאת בשל המהלך המחשבתי הזה: בשלב הראשון יש להתייחס לתועלת הנובעת מקיומה של "חרב הפסיקה". קודם כול, מפרק ד לרשימה עולה תמונה

פס' 3-5 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן). אולם נראה כי הדיון בחלק הראשון של הפרק, שבו מוצגות עלויות ההתערבות השיפוטית (דהיינו מחיר הנטרול של השוני המדובר) מצביע בבירור על חוסר סבירות של נטרול השוני.

393 הכרעה בין שתי האפשרויות שצוינו תלויה בעמדה שנאמץ במחלוקת המפורסמת בין הנשיא ברק לשופטת שטרסברג-כהן בפסק הדין בעניין סילגדו: אם נרחיב את תחולת עקרון השוויון, כדעת ברק, נוכל לומר שמדובר בפגיעה מידתית, ואילו אם נאמץ את עמדתה המצמצמת של שטרסברג-כהן, נאמר כי אין פגיעה בשוויון כלל (פרשת סילגדו אמנם עסקה בזכות חירות, אולם המחלוקת באשר לאופן ניתוח הפגיעה בזכות חוקתית תקפה גם לעניין השוויון). ראו ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, פס' 5-11, 15-16 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, פס' 22-25 לפסק דינו של הנשיא ברק (2002).

394 ברק-ארו "גיוס בחורי הישיבות", לעיל ה"ש 94, בעמ' 264. בנוסף, גישה זו עשויה לעלות בקנה אחד עם הטיעון שתפקידו של בית המשפט לערער את הקיבעון החברתי. לעניין זה ראו LOUIS MICHAEL SEIDMAN, OUR UNSETTLED CONSTITUTION: A NEW DEFENSE OF CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW (2001).

395 השוו לטיעונה של פרופ' גביון, שלפיו דווקא הסכמה של בג"ץ לדון בעתירות המעוררות נושאים השנויים במחלוקת ציבורית ודחייתן בסופו של הליך מעניקה להפרות הכשר שיפוטית: גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי", לעיל ה"ש 380, בעמ' 115-117.



אמפירית שמטילה ספק גדול בטענה שחבר זו מעלה סיכוי לפשרות מצד החרדים, שכן השינויים שהצליחה להניע הם מינוריים, אם בכלל, ואינם עולים בקנה אחד עם תכליות הפסיקה. מלבד זאת נראה כי דרך המלך ללמוד על מקומה של "חבר הפסיקה" במערכת השיקולים של ההנהגה החרדית היא התבוננות בשינויים שמתרחשים בפועל: בפרק ב למאמר נדונו שני שינויים המתרחשים בעשורים האחרונים שמקרבים את החרדים אל הישראליות המודרנית, והם רכישת השכלה מקצועית ואקדמית וגיוס למסלול "הנח"ל החרדי" בצה"ל. לעומת רכישת ההשכלה והיציאה לשוק העבודה שבעניינן לא עמדה הפסיקה להפעיל לחץ ישיר על החרדים,<sup>396</sup> סוגיית הגיוס נדונה לא פעם בפסיקה, ובהחלט היה אפשר לסבור כי הגיבוי שגדולי הדור ויתר הרבנים נתנו לגיוסם של "נפלטי הישיבות" לגדוד הנח"ל החרדי נבע במידה רבה מעמדת הפסיקה. ודוק: הסברתי לעיל<sup>397</sup> מדוע לשיקולי הלחץ הציבורי (וממילא ללחץ הפסיקה) לא היה, ואף לא היה יכול להיות, מקום נרחב במערכת השיקולים של הרבנים. אם כן, אראה כי הנחת קיום התועלת ב"חבר הפסיקה" היא לא הנחה מובנת מאליה כלל וכלל. בשלב השני למהלך שומה עליי לדון בנוק שעלול לנבוע מהיעדרה של חבר הפסיקה:<sup>398</sup> דומה כי מכוח קל וחומר אפשר לטעון שאם קיום חבר הפסיקה איננו תופס מקום רב במערכת השיקולים של ההנהגה החרדית ואיננו תורם תרומה של ממש לשינוי, ממילא היעדרה איננו אמור להוביל להחמרת המצב. כמובן, היסק זה אינו מוחלט, והדעת נותנת כי בכל זאת תהיה למדיניות של אי-התערבות מוחלטת מצד בית המשפט השפעה מסוימת על תמריצי ההנהגה החרדית להתפשר, אולם נראה כי השפעה זו צפויה להיות פחותה מכפי שנרמה ממבט ראשון.

עלות נוספת שיש לעמוד עליה גלומה בסירוס מערכת המשפט באופן כללי עקב אימוץ המדיניות של אי-התערבות בסוגיות הנוגעות לחרדים. ההנחה שביסוד הטענה המבססת את קיומה של עלות זו אומרת כי סוגיית האוטונומיה של המגזר החרדי אינה סוגיה ייחודית, ואפשר לפגוש את השילוב של אי-יעילות של ניסיונות בית המשפט להניע שינוי חברתי עם אפקטים שליליים נוספים, במרבית הנושאים השנויים במחלוקת בחברה הישראלית, ובפרט בנושאים הקשורים לדת ומדינה.<sup>399</sup> אם כן, כך יטען הטוען, עקרון העקיבות יחייב את בית המשפט להימנע מביקורת שיפוטית בכל התחומים המתאפיינים בחוסר יעילות, בשל חשש לאפקט הפוך והסתכנות בפגיעה בסמכויות בית

396 למעט פסק דין בעניין יקותיאל (לעיל ה"ש 12), הנוגע לקבוצה מצומצמת של אברכי כוללים עניים במיוחד, פסק דין שמגמת השינוי בתחום ההשכלה קדמה לו בהרבה מבחינה כרונולוגית.

397 ראו לעיל ה"ש 85 והטקסט הצמוד לה.

398 ביקורת ברוח זו נמתחה גם על רוזנברג, שאכן איננו מתעכב לדון בשאלה כיצד ייראה העולם ללא מעורבות שיפוטית בנושאים ציבוריים טעונים. ראו Devins, לעיל ה"ש 184, בעמ' 1038–1039.

399 לטענה שבענייני דת ומדינה המעוררים בדרך כלל התנגדות חריפה יכולתו של בית המשפט להניע שינוי מוגבלת במיוחד ראו גביון "התקווה החלולה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 28.

המשפט, דבר שיוביל לסירוס דה פקטו של מערכת המשפט.<sup>400</sup> במילים אחרות, ריסון שיפוטי לא יסייע לבית המשפט להמשיך ולשמור על שלטון החוק, מכיוון שהסמכויות שעוללות להיגזל ממנו בעקבות ההתערבות ממילא אינן משמשות אותו לאכיפת שלטון החוק, ולכן כדאי בכל זאת למצות את הסיכוי הנמוך להצלחה של הנעת השינוי בתחומים החשובים.

כדי לאשש טענה זו או להפריכה בצורה מבוססת ראוי לערוך לכל תחום מבין התחומים השנויים במחלוקת ציבורית ניתוח דומה לזה שנערך לעיל בנושא האוטונומיה של המגזר החרדי. ניתוח מלא שכזה חורג ממסגרת הרשימה הנוכחית, ולכן אין לפסול קיומם של תחומים נוספים שבהם ראוי שבית המשפט יימנע מביקורת שיפוטית בשל חוסר יעילות בצירוף החשש לאפקט הפוך ולפגיעה בסמכויותיו. אולם דומה כי אין לקבל טענה כללית שלפיה כל – או רוב – התחומים השנויים במחלוקת ציבורית חריפה ניחנים באותם מאפיינים שציינתי. אסביר זאת מיד.

מחד גיסא חוסר האפקטיביות של בית המשפט בהקשר החרדי אכן נראה ייחודי: ראשית, כפי שראינו, יכולתו של בית המשפט להניע שינוי עולה ככל שהציבור מגלה יותר עניין בנושא ותומך בעמדת בית המשפט, מאחר שדעתו של הציבור מניעה פוליטיקאים המעוניינים להיבחר מחדש לפעול.<sup>401</sup> בהקשר זה מרבית הדוגמאות לסוגיות השנויות במחלוקת הציבורית, כגון ביטחון המדינה, הכרעות כלכליות או נושא המרחב הציבורי מעניינות את הציבור הרבה יותר מן הנעשה בתוך המגזר החרדי פנימה.<sup>402</sup> על כן רמת שיתוף הפעולה עם בית המשפט מצדם של השחקנים האחרים בנוגע להנעת הרפורמה בתוך המגזר החרדי היא באופן כללי נמוכה.

שנית, אמנם ייתכנו תחומים אחרים שבהם פעילות בית המשפט עשויה להתפרש כפלישה לאוטונומיה של קבוצות מסוימות בחברה ולעורר התנגדות עזה, אולם נראה כי מלבד החרדים אין אנו מוצאים קבוצה הכופרת כאמור בעצם הסמכות של בית המשפט לקבל החלטות ערכיות הנוגעות אליה ומתייחסת אל בית המשפט בעוינות מופגנת כחלק

400 היסק זה איננו מתחייב. למשל, הגישה המינימליסטית כלפי ביקורת שיפוטית אכן תטען כי ראוי שבית המשפט יימנע מהכרעות בעניינים הנוגעים למחלוקות אידאולוגיות ולשאלות יסודיות של מדיניות, ולכן אין לפסול את מדיניות הריסון העולה מן המסקנה שהוצעה רק בשל כלליותה. לעניין זה ראו גביוון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי", לעיל ה"ש 380, בעמ' 155. ברם נזכור כי דיוננו אינו מיוחד לגישה נורמטיבית כלשהי, והוא נועד לשכנע גם את אלה הדוגלים בגישה מקסימליסטית. להצגת העמדה המקסימליסטית המובהקת ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).

401 ראו לעיל ה"ש 331–334 והטקסט הצמוד להן.

402 כאמור, בחלק מהסוגיות שיש להן נגיעה עמוקה לאוטונומיה של המגזר החרדי, הציבור אכן נוטה לגלות עניין. בסוגיות אלה בית המשפט מוצב בעמדה הנוחה ביותר להנעת השינוי. ראו דיון במדרג החשיבות לעיל בה"ש 199–200 והטקסט הצמוד להן, וכן דוגמה לעיל בה"ש 245–250 והטקסט הצמוד להן.

מתרבות המשפטים. טלו למשל את ציבור המתישבים ביהודה ושומרון, אשר מרביתם משתייכים לזרם דתי-לאומי. אם ביום מן הימים יקבע בית המשפט כי ההתיישבות מחוץ לקו הירוק איננה כדין וידרוש את פינויה, אנו בהחלט צפויים להתנגדות חריפה מצד המתישבים, אולם כפי שמלמד ניסיון ההתנתקות מחבל עזה בשנת 2005, התנגדות זו בסופו של דבר איננה צפויה להפוך למלחמת חרמה, וזאת בשל "ממלכתיות" של הציבור הדתי-לאומי שמקורה בתורתו של הרב קוק, אשר רואה במדינת ישראל "יסוד כיסא ד' בעולם",<sup>403</sup> וממילא מייחסת ערך גבוה למוסדות המדינה. יחס דתי-לאומי זה יוצר כפיפות עקרונית למדינה, שלא מן הנמנע לגזור ממנה את הכפיפות להחלטות בית המשפט. לכן יש להניח כי רוב המשתייכים לזרם הציונות הדתית ינהגו כלפי החלטה שיפוטית הנאכפת על ידי הרשות המבצעת במידה דומה של זהירות וכבוד שבה הם נוהגים בהחלטות המחוקק.<sup>404</sup>

כל האמור לעיל על גישת הציונות הדתית עומד כמובן בניגוד גמור ליחס החרדי כלפי המדינה בכלל<sup>405</sup> וכלפי בית המשפט בפרט.<sup>406</sup> מכאן שההקשר החרדי נראה ייחודי עד מאוד בכל הנוגע לחוסר האפקטיביות של הניסיונות השיפוטיים להניע

403 אברהם יצחק הכהן קוק אורות ק"ס (התר"פ). לגישה עכשווית אל רעיון הממלכתיות ראו יובל שרלו "ממלכתי לכתחילה" הצופה 16.4.2006. אם כי, כמו בכל ציבור, גם בציבור דתי-לאומי קיימים

שוליים שאינם מתאפיינים בממלכתיות, כדוגמת "נוער הגבעות".

404 למשל, הרב הרצוג (רבה הראשי הראשון של מדינת ישראל) ראה לנכון לכבד את העקרונות הדמוקרטיים אף על פי שאין להם מעמד בהלכה, מאחר שהקמתה והמשך קיומה של המדינה מבחינת הקהילה הבין-לאומית תלויים בהיצמדותה של ישראל לעקרונות אלה. הרב אמנם דיבר על שוויון ביחס למיעוטים אתניים החיים בישראל, אולם לא מן הנמנע להקיש מדבריו על ציות להחלטות הרשות השופטת, שאף הוא עיקרון דמוקרטי חשוב. ראו יצחק אייזיק הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה כרך א – סדרי שלטון ומשפט במדינה היהודית 18 (איתמר ורהפטיג עורך, 1989). ביטוי מעניין להבנה מצד המדינה את ההבדל בנכונות לציות להחלטות המדינה הקיים בין הציבור החרדי לבין הציבור הדתי-לאומי אפשר למצוא בהחלטת צה"ל שלא להפעיל את גודר הנח"ל החרדי במשימת פינוי היישובים ביישוב תכנית ההתנתקות, ראו אורי גליקמן "צה"ל לחיילי הנח"ל החרדי: לא תפנו יישובים" מעריב – nrg חדשות 16.10.2004 [www.nrg.co.il/online/1/ART/797/668.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART/797/668.html).

405 ראו לעיל ה"ש 43–45 והטקסט הצמוד להן. ראו גם בן חיים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 54–70.

406 ראו לעיל ה"ש 359–364 והטקסט הצמוד להן. לעמדה מפורשת השוללת את האפשרות להסכים לקבל את מרותו של בית המשפט העליון ראו את דבריו של מנהיג היהדות החרדית בישראל הרב שטיינמן: "בשום אופן לא יתכן שביהמ"ש יכפה על אנשים חרדים לחנך את ילדיהם בניגוד לאמונתם למסורת הדורות" – יחיאל סבר "רבנו מרן הגר"ש שליט"א וראש הישיבה הגאון הגדול ראי"ל שטיינמן שליט"א ישתתפו בעצרות המחאה ההמוניות נגד רדיפת הדת בארה"ק" יתד נאמן 2, 17.6.2010.

שינוי.<sup>407</sup> הוא הדין באשר לאפקטים ההפוכים מהרצוי שהתערבות שיפוטית עלולה לייצר.

מאידך גיסא, באשר לסכנה שבה בית המשפט מעמיד את עצמו עקב ההתערבות בנושא השנוי במחלוקת, ובפרט סכנת אבדן אמון הציבור וסיפוק תמריצים לגורמים הפוליטיים לפעול לקיצוץ כנפיו, אכן נראה כי ההקשר החרדי איננו ייחודי. פרופ' שטרן מייחס את הירידה באמון שניתן לבית המשפט העליון בין היתר לכך שבחברה הישראלית השסועה כל הכרעה ערכית בנוגע לזהות הרצויה של החברה על ידי בית המשפט פוגעת באופן בלתי נמנע בקבוצות מסוימות ומעוררת את מחאתן.<sup>408</sup> עם זאת אין באי-ייחודיות הנושא החרדי בהקשרים אלה כדי לחתור תחת המסקנה שאליה הגענו, שכן לא הוצע ברשימה זו שבכל פעם שבית המשפט חש סכנה למעמדו או לאמון הציבור בו יהיה עליו להימנע מהתערבות, אלא שבמקרים שבהם הסתברות הצלחת המהלך נמוכה במיוחד, הסיכונים המדוברים הם שיקול חשוב שלא ליזום את הניסיון.

מן האמור לעיל נגזר המענה לטיעון המתייחס לעלות נוספת של הימנעות מהתערבות שיפוטית בנושאים הנוגעים לחרדים, עלות הגלומה בעידוד קבוצות אחרות באוכלוסייה לתפוס עמדה נוקשה כלפי בית המשפט כדי לזכות ב"פטור" (הדומה לזה שעל פי ההצעה יזכו בו החרדים) מביקורת שיפוטית. נראה כי טענה זו עשויה להיות רלוונטית בחברה הישראלית לשתי קבוצות בלבד: הציבור הדתי-לאומי, ובפרט ציבור המתיישבים ביהודה ושומרון, וכן ערביי ישראל, שהרי אין מקום לחשוש שקבוצות מיעוט קטנות יותר וחזקות פחות ינסו להידמות לחרדים בהקשר הנדון, מאחר שהשיקולים שעל בסיסם בית המשפט יחליט, אם הצעתי תתקבל, להימנע מהתערבות, אינם מתקיימים בקבוצות אחרות בצורה כה מובהקת עד שברור לכול כי לא יהיה בניסיונות מסוג זה כדי לסייע.<sup>409</sup>

407 סוגיה שאכן עשויה להידמות לעניין האוטונומיה החרדית בהקשר של היעדר אפקטיביות של בית המשפט היא סוגיית האוטונומיה התרבותית של ערביי ישראל. אכן, בעבר הוגשו כמה עתירות נגד אי-גיוסם של הערבים לצה"ל (ראו בג"ץ 5370/97 סעדיה נ' שר הבטחון (לא פורסם, 28.2.1999); בג"ץ 1452/00 סעדיה נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 1.3.2000); בג"ץ 2193/01 סעדיה נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 19.11.2003)). ודוק, היות שבית המשפט בדרך כלל רואה בערביי ישראל מיעוט ילידי טעון הגנה (ראו בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא ברק (2002)) (בייחוד כשהגנה זו איננה טומנת בחובה פגיעה בביטחון המדינה), הוא אינו מנסה להניע שינוי פנימי כלשהו בתוך ציבור זה, ולכן לעת עתה הדיון בכך רלוונטי לענייננו פחות.

408 שטרן "עלי קללתך בני", לעיל ה"ש 8, בעמ' 14-16.

409 למשל, אין בישראל עוד קבוצה לא-ליברלית הנהנית מהשפעה פוליטית דומה לזו של החרדים, השפעה המאפשרת לה לקבוע בזירה הפוליטית נקודות איוון חדשות וגרועות יותר מנקודת מבט ליברלית כתגובה להתערבות שיפוטית, או להוות איום בשינוי המסגרת החוקתית שבה פועל בית המשפט. כמו כן אין בישראל עוד קבוצה שהעניינים הנוגעים אליה שנויים במחלוקת ציבורית כה

באשר לשתי הקבוצות שהוזכרו: כפי שצוין לעיל, היסודות האידאולוגיים של תורת הרב קוק, המנחים את רוב הציבור הדתי-לאומי, צפויים למנוע מציבור זה להידמות מבחינת יחסם כלפי בית המשפט העליון לחרדים, אך לעומתו, הציבור הערבי בהחלט עשוי ללמוד מניסיונם של החרדים ולנהוג בעקשנות רבה כלפי ניסיונות של בית המשפט לחולל בתוכו שינוי חברתי.<sup>410</sup> אולם הדיון בתגובתם של ערביי ישראל לניסיונות של בית המשפט העליון לחולל בו שינוי הוא דיון היפותטי גרידא לעת עתה, בשל הכבוד הרב שהמוסד השיפוטי רוחש כלפי האוטונומיה של המיעוט הערבי הילדי.<sup>411</sup> מלבד זאת קשיי אכיפת הדין – דין הנוצר בכל שלוש הרשויות – קיימים באוכלוסייה הערבית בצורה קיצונית למדי כבר כיום, בין היתר בשל יחסם הכללי של ערביי ישראל אל מוסדות המדינה הציונית, הנתפסת, בגלל ההיסטוריה של הסכסוך הערבי-ישראלי המתמשך, פעמים רבות כעוינת כלפי האוכלוסייה הערבית.<sup>412</sup> על כן קשה לראות כיצד התנגדות דווקא לפסיקת בית המשפט עשויה להיות תוספת בעלת משקל למגמה זו.

### 3. יישום המסקנה הנורמטיבית

משני תתי-הפרקים הקודמים עולה כי עלויותיה של מדיניות ההתערבות נכבדות מאוד, ואילו עלויותיה של מדיניות אי-ההתערבות אינן ניכרות. איזון בין שני אלה תוך התחשבות בתוחלת הנמוכה של הצלחת הנעת השינוי מוביל למסקנה כי בית המשפט איננו המוסד המתאים להנעת שינוי חברתי בתוך החברה החרדית, ולכן על העותרים לבחור להם זירת פעולה אחרת, ואילו על בית המשפט להימנע מהתערבות באותם מקרים שבהם העתירות בכל זאת הוגשו אליו. בהקשר הזה עומדות לו לבית המשפט שתי אפשרויות ליישומה של מסקנה זו: אפשרות אחת – לדחות את העתירה על סמך דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית;<sup>413</sup> אפשרות שנייה – לדחות את העתירה לגופה לאחר

קשה, עד שאמון הציבור בבית המשפט עלול להיות מושפע מאוד ממעורבותו של בית המשפט בענייניה.

410 לדיון עדכני ומפורט בערביי ישראל וביחסיהם עם הרוב היהודי ועם מדינת ישראל ראו החברה הערבית בישראל – אוגדן מידע (אלי רכס ואריק רודניצקי עורכים, 2009).

411 ראו לעיל ה"ש 407.

412 ראו למשל את הדיון בכנסת בבעיית האכיפה, הנחשבת קשה במיוחד, של בנייה בלתי חוקית במגזר הערבי: פרוטוקול ישיבה מס' 461 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-16 (4.7.2005). להסברים לתופעה ראו ארנון סופר "דמוגרפיה וטריטוריה – גורמים מרכזיים ביחסי יהודים-ערבים" דילמות ביחסי יהודים וערבים בישראל 116, 132–116 (יצחק רייטר עורך, 2005).

413 דוקטרינה של אי-שפיטות מוסדית הוגדרה לראשונה על ידי השופט (כתוארו אז) ברק בעניין רסלר (910/86) (לעיל ה"ש 18). ברק הבחין בפסק דינו בין שפיטות נורמטיבית (המתקיימת אם אפשר להכריע בסכסוך באמצעות נורמה משפטית) לבין שפיטות מוסדית (המתקיימת אם ראוי שבית המשפט יכריע בסכסוך) וקבע כי מבחינה נורמטיבית "הכול שפיט", ואילו מבחינה מוסדית ייתכנו

דיון בה לאור שיקולי מדיניות שנמנו ברשימה זו – אם במוצהר ואם תוך הסתפקות בציון של חובת הריסון השיפוטי.<sup>414</sup> בכתיבה האקדמית אפשר למצוא טענות שלפיהן דחייתה של עתירה פוליטית לגופה על סמך שיקולי מדיניות הקשורים לאופייה הפוליטי אינה שונה במהותה מדחייה על הסף בשל אי-שפיטות.<sup>415</sup> מסיבה זו אמנע מנקיטת עמדה בשאלה איזו מבין החלופות הטכניות הללו עדיפה בסוגיות הנוגעות לאוטונומיה החרדית, ואם אחת מהן תאומץ על ידי בית המשפט – דייני.

כלום לאור הפריטה של מסקנתי הנורמטיבית לשתי הטכניקות המדוברות מסקנה זו נראית מרחיקת לכת? דומה כי התשובה לכך היא בשלילה. ראשית, יש לזכור כי עד שניתן פסק הדין המפורסם בעניין רסלר<sup>416</sup> נושא גיוס החרדים לצה"ל נתפס כבלתי שפיט.<sup>417</sup> באשר לסוגיית החינוך החרדי, אמנם בתקופה שקדמה לעניין רסלר לא הוגשו לבית המשפט עתירות בנושא, אולם לאור הניתוח המוצג ברשימה זו אפשר לטעון מכוח

עניינים נדירים (כדוגמת ענייני מלחמה ושלום) שעשויים שלא להיות שפיטים (שם, פס' 35–49 לפסק דינו של השופט ברק). המבחן שהציע ברק לשפיטות מוסדית הוא מבחן אמון הציבור, שבמסגרתו שאלה יכולה להיתפס כלא שפיטה רק אם הפגיעה באמון הציבור כלפי השופטים בעקבות ההכרעה בה צפויה לעלות על הפגיעה באמון הציבור כלפי המשפט (כשהכוונה ככל הנראה לשלטון החוק) עקב הימנעות מן ההכרעה (שם, פס' 56 לפסק דינו של השופט ברק). לעומת זאת הנשיא שמגר הציע מבחן שנראה מרחיב יותר והוא מבחן האופי הדומיננטי, שלפיו הסכסוך ייתפס כלא שפיט אם אופיו הפוליטי הוא הדומיננטי ואי אפשר להפריד בין רכיבים פוליטיים לרכיבים משפטיים שבסכסוך (שם, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר). אמנם דיון מקיף בתוכנם של מבחנים אלה חורג ממסגרת הרשימה, אולם דומני כי מסקנת המאמר עשויה להתיישב עם שניהם. כך, באשר למבחן המתמקד באמון הציבור הסברתי לעיל מדוע אמון הציבור בשופטים נפגע מאוד הן בשל עצם נכונותם לרדת אל זירת המחלוקת ולהכריע בסוגיות ציבוריות כאובות והן בשל חוסר האפקטיביות של הכרעתם. מנגד טענתי כי העלויות הנגזרות מפגיעה בשלטון החוק שעלולה לנבוע ממדיניות של אי-התערבות אינן בעלות משקל רב. מכאן שגם הפגיעה באמון הציבור בעקבות זאת לא תהיה רבה. בנוגע למבחן האופי הדומיננטי – דומה כי אחד הסממנים החשובים להיותו של האופי הפוליטי דומיננטי בסכסוך מסוים – הוא חוסר אפקטיביות של הסעד המשפטי.

414 דנתי לעיל באפשרות של פסיקה על דרך פשרה והסברתי מדוע אפשרות זו בעייתית (לעיל ה"ש 190–193 והטקסט הסמוך להן). משכך, אין צורך לדון שוב בפשרה בפרק זה.

415 לטענה מפורשת ראו עומר שפירא "על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוטי: צעדים לשיקום האמון בבית המשפט העליון" משפט ועסקים יא 193 (2009); לטענה משתמעת שבמסגרתה ברק-ארוז מננה את המצב שבו בית המשפט בוחר לדחות עתירות פוליטיות לגופן "חוסר שפיטות למעשה", ראו ברק-ארוז "גיוס בחורי הישיבות", לעיל ה"ש 94, בעמ' 258–264.

416 עניין רסלר (910/86), לעיל ה"ש 18. בשיח האקדמי הועלו כלפי פסק הדין טענות ביקורתיות לא רק באופן כללי נגד הרחבת גבולות השפיטות, אלא גם באופן ספציפי נגד התערבותו של בית המשפט בסוגיה הרגישה של גיוס בני הישיבות לצה"ל. ראו למשל גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי", לעיל ה"ש 380, בעמ' 111.

417 ראו את רשימת פסקי הדין לעיל בה"ש 18, למעט פסק הדין האחרון המוזכר שם.

קל וחומר כי גם עניין זה, בהיותו רגיש במיוחד מבחינה חברתית, לא היה שפוט לפי אמות המידה שהיו נהוגות בעבר. מכאן שיישום ההצעה המובאת ברשימה זו, אף באמצעות הטכניקה שנראית לכאורה קיצונית יותר – דהיינו קביעת אי-שפיטות פורמלית – איננה חידוש בשיטתנו המשפטית אלא אך חזרה לאחור.

שנית, גם טענת נגד אפשרית שלפיה הצעתי אינה תואמת את הקו שנוקט בית המשפט כיום (להבדיל מהעידן שלפני פסק הדין בעניין רסלר), איננה מדויקת. קודם כול, גם כיום קיימות קטגוריות של עתירות אשר בית המשפט דוחה על הסף בשל אי-שפיטותן המוסדית (הגם שבית המשפט לא תמיד משתמש בזו הלשון). למשל, עסקינן בעתירות נגד מדיניות ההתנחלויות בשטחי יהודה ושומרון,<sup>418</sup> בהסכמים מדיניים הכרוכים בפשרה טריטוריאלית<sup>419</sup> ובשחרור אסירים ביטחוניים.<sup>420</sup> מלבד זאת קיימים עניינים רבים אשר אינם שפיטים כיום דה פקטו,<sup>421</sup> כלומר עניינים שבהם בית המשפט בוחר באפשרות השנייה מבין אלה שצוינו לעיל, והוא אמנם אינו דוחה את העתירה על הסף, אולם ברור כי החלטתו לדחותה בסופו של דבר נובעת מן השיקולים המונחים בבסיס דוקטרינאלי-השפיטות. בפרט עסקינן בנושא של הסכמים פוליטיים,<sup>422</sup> בסוגיית הנוכחות היהודית והמוסלמית בהר הבית,<sup>423</sup> בהליכים פנימיים של הכנסת<sup>424</sup> ועוד. אפשר אפוא לסכם את האמור בקביעתה של פרופ' ברק-ארז,<sup>425</sup> האומרת כך: "[...] בחינה מקרוב מלמדת כי ההספדים שנישאו על מותה של דוקטרינאלי-השפיטות היו נחפזים. זו ממשיכה להותיר את חותמה במשפט הישראלי ולהגביל את דפוסי ההתערבות של בית

418 בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993); בג"ץ 3125/98 עיאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נה(1) 913 (1999).

419 דוגמה עדכנית היא פרשת ההתנתקות מחבל עזה (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005)), שבה בית המשפט אמנם הצהיר חגיגית שהפרשה שפיטה (שם, פס' 73–75 לפסק דינו של הנשיא ברק), הוציא מתחת ידו פסק דין המתפרס על פני למעלה משלוש מאות עמודים ואף הורה על ביטול כמה סעיפים מינוריים הנוגעים לפיצוי המפונים, אולם מהותו של פסק הדין הייתה אשרור פעילות הממשלה בשל מתחם הסבירות הרחב העומד למחוקק (שם, פס' 363 לפסק הדין).

420 לדוגמה עדכנית ראו בג"ץ 7523/11 אלמגור – ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 17.10.2011). מדובר בעתירה של נפגעי הטרור נגד העסקה לשחרורו של החייל החטוף גלעד שליט. בית המשפט דחה את העתירה ונקט את הלשון הזאת: "לפיכך, מדובר בהסכם בעל אופי מדיני שאין בית משפט זה נוהג להתערב בשכמותו [...]" (שם, פס' 9 לפסק הדין). לדוגמה ישנה יותר ראו בג"ץ 9290/99 מ.מ.ט נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(1) 8 (1999).

421 לדין מקיף ולהדגמות ממצות ראו ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות", לעיל ה"ש 94, בעמ' 258–264. 422 עניין ולנר, לעיל ה"ש 390.

423 בג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199 (2000).

424 ראו ברק-ארז "גיוס בחורי הישיבות", לעיל ה"ש 94, בה"ש 157–160 ובטקסט הצמוד אליהן.

425 שם, בעמ' 267.

המשפט". לפיכך נראה כי יישום המסקנה הנורמטיבית העולה מן הרשימה – אם באמצעות דחיית העתירות הנתפסות כאיום על האוטונומיה החרדית על הסף בשל אי-שפיטותן המוסדית ואם באמצעות דחייתן לגופן – אינו בבחינת חידוש רבתי בשיטתנו המשפטית או סתירתה.

## סיכום

אין צורך במומחיות במדעי החברה כדי לזהות חסרונות מובהקים מנקודת מבטו של הציבור הכללי באי-השתלבותו של המגזר החרדי – ההולך וגדל – במרקם החיים הישראלי המודרני ובאי-אימוץ הערכים הדמוקרטיים על ידי מגזר זה. התעצמותו של בית המשפט העליון הליברלי לקראת המהפכה החוקתית ולאחריה והסרת מחסומי השפיטות הובילו את מי שראה עצמו מחויב להילחם לשינוי המצב העגום מבחינתו אל כותלי בית המשפט, בתקווה שהלה ייתן פתרונות צודקים ויעילים שישנו את פני החברה הישראלית. ברשימה זו ניסיתי להראות כי תקווה זו חלולה היא, מכיוון שהן במצב הפוליטי הקיים והצפוי והן במצב היפותטי שבו כוחם הפוליטי של החרדים יינטל מהם, בית המשפט העליון יישאר מוסד בלתי מתאים להובלת רפורמות מקיפות הנוגעות לחרדים בישראל. היחס העוין כלפי בית המשפט מצד הציבור החרדי, היותו של בית המשפט מתחרה ישיר של מערכת הדינים הדתית המנחה ללא סייגים את חיי הציבור החרדי וכפיפותם הבלתי מתפשרת של החרדים למנהיגיהם המייצגים את אותה מערכת דינים, בצירוף עם מאזן הכוחות הפוליטי המושפע מגידול דמוגרפי של האוכלוסייה החרדית – כל אלה דנים את ניסיונות ההנעה של רפורמה בתוך המגזר החרדי באמצעות בית המשפט לכישלון. זאת ועוד, לבחירה לפעול להשגת השינוי בעזרת בית המשפט עלויות גבוהות עד מאוד בראש ובראשונה מבחינתם של מבקשי השינוי, ובהן יצירת אפקט הפוך מן הרצוי שיש בו כדי להרחיק את החברה החרדית מן הקונצנזוס, עיוות של נקודות האיזון הקיימות בעקבות חוקים שנועדו "לעקוף" החלטות בג"ץ וכן פגיעה במוסד השיפוטי עצמו בשל אבדן אמון הציבור והיחשפות לנקיטת אמצעים "בלתי קונוונציונליים" לצמצום סמכויותיו.

בבית המשפט כיום תלויות ועומדות כמה עתירות שהן המשך ישיר של הפרשות שנדונו ברשימה זו. בפרט מדובר בעתירה הנוגעת ליישום "חוק טל"<sup>426</sup> עתירה בנושא חוקתיות של חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים<sup>427</sup> וכן עתירה התוקפת את המשך תשלום המלגות לאברכי הכוללים.<sup>428</sup> לפי טיעוני כאן, אף באחת מעתירות אלה אין

426 בג"ץ 6318/07 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 270.

427 עניין רובינשטיין 2, לעיל ה"ש 311.

428 עניין התאחדות הסטודנטים בישראל, לעיל ה"ש 330.



הכרעת בית המשפט צפויה להניע תהליך שבסופו שינוי נרחב בתוך החברה החרדית, ובכלל זה לגרום להשתלבות החרדים במרקם החיים של החברה הישראלית הכללית ולא ימוץ עתידי על ידי את הערכים הליברליים. לעומת זאת כל אחת מההכרעות (קל וחומר שילוב של שלושתן) עשויה להסב נזק חמור הן לתכלית שלשמה בית המשפט מכריע והן למוסד השיפוטי עצמו. לא נותר אפוא אלא לייחל שבית המשפט העליון יפסוק בעתירות אלה לא רק פסיקה צודקת אלא גם פסיקה חכמה, כדי שלפחות התקווה לחיים בצוותא תוך גישור על הפערים לא תתברר כחלולה.

## אחרית דבר

בימים אלה, כשכתיבת המאמר הושלמה, ראה אור פסק דין חדש של בג"ץ הנוגע לגיוסם של בחורי הישיבות – בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל – אשר ביטל ברוב של שישה שופטים נגד שלושה את "חוק טל" כבלתי חוקתי מכוח הפגיעה בזכות לשוויון הגלומה בו.<sup>429</sup> פסק דינה המקיף של הנשיאה ביניש, ואליה הצטרפו יתר שופטי הרוב, מציג את ההתפתחויות שחלו בתחום גיוסם של בני הישיבות מאז פרשת התנועה למען איכות השלטון,<sup>430</sup> וקובע כי לאור הנתונים שהוצגו בפני בית המשפט לא הוכח כי יש בכוחם של האמצעים שנקבעו ב"חוק טל" כדי להשיג את מטרותיו. השופט ארבל, ואליה הצטרף המשנה לנשיאה ריבלין, סברה כי על בית המשפט להמשיך לנהוג בריסון ולתת שהות נוספת לרשויות השלטון לקדם את תכליות החוק. לעומתם, השופט גרוניס הציע לדחות את העתירה כלא מצדיקה את התערבותו של בית המשפט. אחת המחלוקות העיקריות שנתגלעה בפסק הדין בין שופטי הרוב לבין שופט המיעוט היא בשאלת היכולת של בית המשפט להניע שינוי חברתי. לא זו אף זו, השאלה התעוררה בנוגע ליכולתו של בית המשפט להניע שינוי חברתי דווקא בהקשר של הציבור החרדי. אם כן, פסק הדין החדש נראה מעניין במיוחד מנקודת המבט של תזת המאמר הנוכחי, ועל כן אוסיף התייחסות לשלושה היבטים של פסק הדין: עמדתם של השופטים באשר ליכולתו של בית המשפט להניע שינוי חברתי; עמדתם באשר למסקנה הנורמטיבית הנגזרת מן הקביעה העובדתית באשר ליכולתו של בית המשפט להניע שינוי; עמדת השופטים באשר ליכולתו של בית המשפט לחולל שינוי באמצעות הפעלת כוח כופה.

ראשית, פסק הדין החדש בעניין רסלר חושף, כך נראה, את השאלה היסודית העומדת מאחורי העיסוק של בית המשפט בשאלות כבודות משקל הנוגעות לאוטונומיה החרדית – היא שאלת היעילות של המעורבות השיפוטית. מלבד הדיון החוקתי, שבמידה רבה חוזר על הפסיקות הקודמות בנושא, ראו השופטים לנכון לבטא את יחסם כלפי סוגיית יכולתו

429 עניין רסלר החדש, לעיל ה"ש 270, פס' 62–64 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

430 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 15.

של בית המשפט לחולל שינוי חברתי בכלל ושינוי חברתי בגדרי המגזר החרדי בפרט. הנשיאה ביניש כתבה בפסק דינה: "אך מובן שבית המשפט אינו מתיימר להביא לשינוי חברתי מלא, אבל הוא בהחלט אחד מהגורמים החברתיים החשובים ביותר לקידום תהליכים של שינוי".<sup>431</sup> גם השופטת חיות ביטאה את עמדתה בנושא ואמרה: "כשלעצמי אני נוטה לדעה כי יש בכוחם של בתי המשפט, בין היתר בדרך של ביקורת שיפוטית, להיות שותפים לתהליכים המניעים שינויים חברתיים".<sup>432</sup> גישה דומה עולה מדבריהם של השופטים רובינשטיין<sup>433</sup> ומלצר.<sup>434</sup>

חשוב לציין בהקשר זה כי שופטי הרוב מבססים את גישתם על שני אדנים: האחד הוא הצלחות העבר של בית המשפט הישראלי וחרבו האמריקאי להניע שינויים חברתיים בתחומים שונים. השופט מלצר טוען: "בכך תורם בית המשפט – באמצעות המשפט – לשינויים חברתיים נדרשים, בצד העמדת הלכה על מכונה, וההישגים שהושגו כתוצאה מכך, בתחומים מגוונים, רשומים בתולדותיו של בית משפט זה ובדפי ההיסטוריה הישראלית. תפיסה דומה מקובלת מזה שנים גם במרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם ובארצות-הברית, למשל, אם נרחיק עדותנו, רוב המאבקים החשובים – הפוליטיים, החברתיים והכלכליים – התנתבו, בין היתר, למסגרות משפטיות, וההכרעות בהן עיצבו, כידוע, את דמותה של אמריקה, כפי שהיא נראית היום".<sup>435</sup> והשופטת חיות אף מביאה מקרה קונקרטי שבו בית המשפט הישראלי הצליח להשפיע בתחום טעון מבחינה חברתית והלכתית<sup>436</sup> – פרשת שקדיאל.<sup>437</sup> דומה כי הרשימה הנוכחית מעידה שגזרה שווה מאותן פרשות שבהן בית המשפט לכאורה הצליח לתרום לשינוי חברתי מסוים לסוגיות הנוגעות לאוטונומיה החרדית היא מוטעית, ואין – לעניין היכולת של בית המשפט להניע שינוי חברתי – דמיון ביניהן לבין נושאים אחרים הקשורים לדת ומדינה. האדן השני שעליו שופטי הרוב משתיתים את מסקנתם שלפיה התערבות של בית המשפט בסוגיית הגיוס של בחורי הישיבות צפויה להניב פרות היא סוגיית גיוס החרדים עצמה. לשם כך הנשיאה ביניש חוזרת ומטעימה כי "מאז החל בית המשפט לבחון את הסדרי דחיית השירות, הוסדרה הסוגיה בחקיקה, וחרדים החלו לשרת בשירות צבאי ובשירות אזרחי. מעורבות בית המשפט היוותה, במידה מסוימת, קטליזטור לתהליכים בכנסת".<sup>438</sup> גם השופט רובינשטיין טוען כי "[...] גם השינויים שבכל זאת אירעו בחברה

431 עניין רסלר החדש, לעיל ה"ש 270, פס' 71 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

432 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות.

433 שם, פס' ל"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

434 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט מלצר.

435 שם.

436 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות.

437 עניין שקדיאל, לעיל ה"ש 22.

438 עניין רסלר החדש, לעיל ה"ש 270, פס' 71 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

החרדית בהקשר הגיוס, היו קשורים לפחות בחלקם בהתערבות השיפוטית, שאילולא היא ספק אם היו מתרחשים כל עיקר.<sup>439</sup> ברוח זו ואף ביתר ביטחון התבטא השופט מלצר.<sup>440</sup> אך את האמירה הנחרצת ביותר בעניין אפשר למצוא בחוות דעתה של השופטת נאור, אשר כתבה כי לדעתה "[...] ההתקדמות המעטה שהושגה, ובראש ובראשונה הניסיון של הכנסת ושל הרשות המבצעת להסדיר את הסוגיה בהסדרים ראשוניים, היא דווקא תוצאה ישירה של התערבותו של בית משפט זה".<sup>441</sup> לכאורה, לא לגמרי ברור כיצד טענות אלה של השופטים יכולות לדור בכפיפה אחת עם תוצאת הפסילה של "חוק טל", שהרי אם בית המשפט מצליח במידה המצדיקה את המשך התערבותו להניע שינוי בנושא גיוסם של בחורי הישיבות, מדוע שינוי זה אינו מצליח להצדיק הימנעות מפסילת החוק? אפשר לנסות ולהשיב לשאלה זו כך: בית המשפט אמנם מצליח להניע שינוי, אך השינוי הזה איננו מספק, ונראה כי התערבות נוקשה יותר מצד בית המשפט – בדמות פסילת חקיקה ראשית הפעם – צפויה להוביל לתוצאות חיוביות יותר. טענה זו, המכונה גם טענת "Cowardly Court", כבר הועלתה בעבר נגד טיעונו של רוזנברג. אך הרשימה הנוכחית הציגה את המענה שרוזנברג עצמו נתן לה, וכן הציעה לטענה תשובה ספציפית בהקשר החרדי, ומכך עולה כי גישת השופטים בפסק הדין החדש לא רק שאיננה מועילה אלא אף צפויה להתברר כמזיקה במיוחד לתכליות הפסיקה.<sup>442</sup> מלבד זאת יש לציין כי המאמר הנוכחי חולק על כך שהשינויים שהתרחשו בתחום הגיוס של בני המגזר החרדי לצה"ל משקפים את יכולתו של בית המשפט להניע שינוי מאחר שכאמור במקום הרלוונטי במאמר, שינויים אלה אינם עולים בקנה אחד עם העקרונות שהפסיקה הקודמת בנושא התוותה,<sup>443</sup> והחלטת בית המשפט לפסול את "חוק טל" בסופו של דבר היא הוכחה לכך.

439 שם, פס' ל"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין. מעניין כי מדבריו של השופט רובינשטיין עולה כי הקושי שבו נתקל בית המשפט בהנעת שינוי חברתי בהקשר של גיוס החרדים לצה"ל נובע דווקא מאופייה של החברה החרדית, בדומה לטענת המאמר הנוכחי, וכך השופט אומר: "בחברה שמרנית (החרדית) עסקינן, על כל המשתמע, על כן גם אם תרומתנו בהעמדת הגבול החוקתי לא תהפוך את סדרי החברה החרדית מהיום למחר, יש לקוות כי היא זורעת זרעים שגם ינבטו ויעשו פרי" (שם).

440 השופט מלצר כתב כך: "[...] נראה לי שהביקורת השיפוטית היתה אחד הגורמים שהביאו להתקדמות המסוימת (הלא מספקת עדיין) שחלה בנושאים מושאי העתירה [...]" ראו שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט מלצר.

441 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת נאור. השוו את עמדתם של שופטי הרוב לעמדתו של השופט גרוניס, אשר התבטא באופן נחרץ בכיוון ההפוך: "[...] זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל ולכניסתם לשוק העבודה. שינויים חברתיים וכלכליים עשויים להביא לתוצאה המקווה. היכולת של בית המשפט להשפיע במקרה דוגמת זה שבפנינו הינה מועטה" (שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס).

442 ראו לעיל ה"ש 186–189 והטקסט הצמוד להן.

443 להצגה תמציתית של טענת המאמר בעניין ראו לעיל ה"ש 301–304 והטקסט הצמוד להן.

שנית, פסק הדין המדובר מראה כי גם בקרב השופטים המסכימים (או כאלה שמוכנים להניח לצורך הדיון) כי יכולתו של בית המשפט להוביל לשינוי חברתי בתחום איננה גבוהה, קיימת מחלוקת באשר למסקנה הנורמטיבית הנגזרת מכך. ולעומת שופטי המיעוט, הנוטים לתת משקל לשיקולים נגד ההתערבות השיפוטית בסוגיה, או כפי שהמאמר מכנה אותם – עלויות ההתערבות – שופטי הרוב, לרבות אלה שלא קובעים נחרצות שבית המשפט מסוגל להניע שינוי בתחום, מתמקדים אך בשאלה התיאורית הנוגעת ליכולתו של בית המשפט להניע שינוי חברתי ואינם עוסקים בשיקולים אלה. באשר לשופטי המיעוט יש להזכיר את דבריו של השופט גרוניס, שלפיהם "ההתעסקות החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, בוודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט".<sup>444</sup> דבריו אלה מתכתבים עם האמור במאמר הנוכחי על אודות אבדן אמון הציבור בבית המשפט ואולי אף עם האמור בנוגע לסיכוי להגבלת סמכויותיו של בג"ץ על ידי הדרג הפוליטי.<sup>445</sup> בהמשך לכך יש לציין את דברי השופטת ארבל, שאמרה כך: "מקובלת עליי עמדת המדינה כי פסילת החוק לא תביא לשיפור היכולת להשיג את תכליותיו, ויש אף סיכוי ממשי כי היא תפגע באפשרות השגתן".<sup>446</sup> דומה כי מטיעונה זה משתמעת גישה האומרת כי התערבותו של בית המשפט צפויה להוביל לאפקט הפוך מן הרצוי – טענה אשר נדונה במאמר זה.<sup>447</sup> יתרה מזאת, מדבריו של השופט גרוניס אף עולה המגמה לבחון את כדאיותה של מעורבות שיפוטית לפי איזון בין תוחלת הצלחת ההתערבות לבין עלויותיה, בדומה למוצע במאמר זה.<sup>448</sup> אני מקווה כי בנקודות אלה המאמר יסייע להעשיר את השיח המשפטי העתידי.

כעת לעמדת שופטי הרוב. כאמור, חלק משופטי הרוב סברו כי בית המשפט יכול לתרום לשינוי חברתי בנושא גיוסם של בחורי הישיבות, ומכך הסיקו מסקנה נורמטיבית, מתבקשת לכאורה, שלפיה על בית המשפט להתערב בסוגיה. אולם שניים משופטי הרוב – השופט רובינשטיין והשופטת חיות – הרחיקו לכת וטענו כי חובתו של בית המשפט להתערב במקרה כגון דא מתקיימת גם אם יכולתו של בית המשפט להשפיע היא נמוכה. השופט רובינשטיין משיב לשופט גרוניס כך: "יש אולי הבדל בגישותינו באשר לתרומה האפשרית של בית המשפט בנושא זה, ואולם אין חולק כי ענייננו בחובה, שיש בה

444 עניין רסלר החדש, לעיל ה"ש 270, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס.

445 להצגתן המפורטת של עלויות אלה ראו לעיל ה"ש 379–390 והטקסט הצמוד להן.

446 עניין רסלר החדש, לעיל ה"ש 270, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ארבל.

447 להצגתן של עלויות אלה ראו לעיל ה"ש 374–378 והטקסט הצמוד להן.

448 לעניין זה ראו את דבריו האלה של השופט גרוניס: "מה גם שהתרומה של בית המשפט לשינוי בהתנהלות החברתית של מגזר שלם בחברה הישראלית מצומצמת ביותר, ואינה מצדיקה את מעורבותו של בית המשפט בנושא" (עניין רסלר החדש, לעיל ה"ש 270, פס' 3 לפסק דינו של השופט גרוניס) (ההדגשה הוספה – ב"ב).

ערכיות מהסוג הרגיש ביותר, עד כדי סיכון החיים. אין לדעתי דרך שבעולם שביט משפט זה יתנער מעיסוק בה".<sup>449</sup> מהלך דומה עושה השופטת חיות ואומרת: "משהופקד בית המשפט על הגנת זכויות אדם ועל שמירת שלטון החוק, ומשיש בידיו כלים משפטיים-ערכיים לממש את תפקידו זה, בין היתר, בדרך של ביקורת שיפוטית מחויב בית המשפט למלא אותו בלא שמידת ההשפעה המעטה או המרובה של פסיקתו תרפה את ידיו".<sup>450</sup> מטרתה העיקרית של הרשימה הנוכחית היא לבקר עמדה זו, המכירה במגבלות הכוח השיפוטי ובכל זאת מתעקשת להתערב תוך התעלמות מן הנזק העלול להיגרם מכך בשם שיקולים שכוחם מוטל, לפי תזת המאמר, בספק.<sup>451</sup>

שלישית, מפסק הדין אפשר ללמוד על יחס השופטים לטענה שנדונה בפרק ג של המאמר, שלפיה צו בית המשפט לגייס לאלתר את כל בחורי הישיבות לצה"ל פשוט לא ייאכף, וזאת כאב-טיפוס ליתר הסוגיות שנדונו במאמר. השופט גרוניס אינו חושש לומר אמירה מציאותית זו, וטוען כך: "דומני שמעטים במדינה (ואולי אף זו הגזמה) סבורים שאכן צפוי גיוס המוני של בני ישיבות חרדיות לצה"ל. אם אכן לא יתקבל חוק חדש ותוגש עתירה חדשה בה תידרש הממשלה, כולל שר הביטחון, לכפות גיוס, האם פסק דין שיקבל את העתירה יביא את הגיוס המיוחל?! דומה שהתשובה מתבקשת מאליה".<sup>452</sup>

ברוח זו, אם כי בצורה נחרצת פחות, התבטאה גם השופטת ארבל, אשר כתבה בפסק דינה כך: "אין מנוס מכך – בית המשפט העליון יושב בתוך עמו, ובדונו בסוגיה כה רגישה ומורכבת עליו לשקול גם שיקולים פרקטיים שיהפכו את פסק הדין לרלוונטי ולא לאות מתה בחיי המעשה".<sup>453</sup> לעומת זאת השופטת נאור<sup>454</sup> טענה כי "ניסיונות לסכל צווים של בית משפט סופם להיכשל" ואף הביאה ציטוט המחזק את דבריה מפסק דין בעניין עמנואל,<sup>455</sup> שכפי שפורט לעיל הוא דוגמה מובהקת להצלחה להכשיל את הצווים של בית המשפט.<sup>456</sup> לא ברור אם משתיקת-יתר שופטי הרוב אשר בחרו שלא להגיב על חלק זה מטעונו המפורש של השופט גרוניס אפשר ללמוד שהשופטת נאור נמצאת בעניין זה בדעת יחיד, אך מכל מקום מתברר כי פרק ג של הרשימה, השואף להפריך את האמונה ביכולתו של בית המשפט להוביל לשינוי חברתי באמצעות הפעלת כוחו הכופה, איננו רק בבחינת הכנה לטיעון התיאורי העיקרי (המוצג לעיל בפרקים ד ו-ה), אלא רלוונטי אף כשלעצמו.

449 שם, פס' ל"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה הוספה – ב"ב).

450 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות (ההדגשה הוספה – ב"ב).

451 לעניין זה ראו לעיל פרק ו.

452 עניין רסלר החדש, לעיל ה"ש 270, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס.

453 שם, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ארבל.

454 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור.

455 לעיל ה"ש 1.

456 ראו לעיל ה"ש 102–108 והטקסט הצמוד להן.

המשך השתלשלות האירועים בפרשה – דהיינו החוק החדש שראש הממשלה הבטיח לחוקק בעקבות פסיקת בג"ץ<sup>457</sup> – צפוי לשמש מקרה מבחן נוסף לתזת המאמר. לאמור, לפי הטיעון המוצג במאמר, החלטת בית המשפט לבטל את "חוק טל" צפויה להפוך את המצב לגרוע יותר מנקודת מבטם של מבקשי השוויון ולא צפויה להגדיל את גיוס החרדים לצה"ל בתנאים שווים עם שאר אזרחי המדינה. לסיכום, אף על פי שעמדות שופטי הרוב מעוררות קשיים בראי התמונה המוצגת במאמר הנוכחי, אפשר בכל זאת להביע סיפוק זהיר מכך שנושא היכולת של בית המשפט העליון להניע שינוי חברתי בגדרי האוטונומיה החרדית עלה לדיון משפטי וציבורי ויוכל מעתה להיבחן מתוך מודעות ובצורה מעמיקה יותר.

457 יאיר אטינגר, אופיר בר־זהר ויהונתן ליס "בכנסת סבורים שעתיד הקואליציה בסכנה, נתניהו מבטיח חוק חדש ומשופר" הארץ – חדשות online 22.2.2012 [www.haaretz.co.il/news/education/](http://www.haaretz.co.il/news/education/) 1.1647261.