

חומר רקע

# **דתות ומדינה**

רות גביזון  
נובמבר 2005

## הקדמה<sup>1</sup>

חומר זה מבוסס על חומר הרקע שהוכן לקראת דיוני וועדת החוקה בסוגיות הקשורות בדת ומדינה. יחד עם זאת, לאור העובדה שחומרי הרקע שיקפו את הדיונים, ואלה לא נגעו בעיקרם לסוגיות החוקתיות, החומרים המוגשים מתארים גם סוגיות כלליות תוך כדי הפניות לחומר הרב שהונח על שולחנה של וועדת החוקה בסוגיות אלה. מכלול החומרים האלה יכול להניב תשתית עיונית לטובה לחשיבה על סוגיות של דת ומדינה בחוקה, וכרגע אין מקום לתת להם עיבוד נוסף במסגרת זו.

### החומר כולל ארבעה פרקים:

- I. הנחות יסוד לדיון ומהותו – במה עוסקים ו(בעיקר) במה לא עוסקים, וטיב הקשיים המיוחדים בנושא זה (עמ' 2).
- II. דברי הקדמה כללים לגבי הסדרה חוקתית של סוגיות דת ומדינה (עמ' 9).
- III. המצב הקיים בישראל בנושאי דת ומדינה (עמ' 15).
- IV. דברי סיכום לאור הדיונים שהתקיימו בוועדת החוקה (עמ' 16).

**חומר רקע זה אינו מלווה במראי מקומות.** על שולחן וועדת החוקה הונחו כמה חיבורים מרכזיים בתחום זה, ויש גם חפיפה לא קטנה עם החומר שהוכן על ידי הלל סומר בעניין חופש המצפון והדת (בפרק הזכויות). החומר הזה אינו מיועד לספק עוד אסמכתא מלומדת, אלא לעסוק בנושאים הנחוצים כדי שהחשיבה והדיון החוקתיים יהיו ממוקדים יותר.

## I. על מהות הדיון

בפתח הדברים חשוב להזכיר לעצמנו במה אנו עוסקים ובעיקר במה איננו עוסקים בדיון זה.

**אנחנו עוסקים בשאלה מה צריך להיות כלול בפרק העקרונות של החוקה המוצעת על ידי וועדת החוקה (אם בכלל) בנושא של יחסי דת(ות) ומדינה.** כפי שכבר צוין, יש לכלול בחוקה עיקרים שיש כוונה להוציאם ממשחק הכוחות הפוליטי הרגיל, או שיש להם חשיבות עקרונית, סמלית וחינוכית גדולה. עיקר ההסדרים בנושאים השונים ימצאו מקום בחקיקה רגילה. ישנם עקרונות רבים בתחום יחסי דת ומדינה שאינם חלק טבעי מפרק העקרונות. כך למשל היקף ההגנה החוקתית על חופש הדת צריך להיות כלול בפרק הזכויות, כמו גם סוגיות כגון ההיקף המוכר של הזכות להקים משפחה או הזכות לשוויון. מצד שני, ישנן חוקות המגדירות (בפרק העקרונות) את יחסן הכללי לדת או לדתות. כך בחוקה האמריקנית יש אזכור של עקרון ההפרדה או **חוסר המיסוד** של דתות.<sup>2</sup> בחוקות אחרות מצוינים יחסים מיוחדים בין המדינה ובין דת מסוימת.

<sup>1</sup> אני מודה לטלי בבלפור על עזרתה בהכנת מסמך זה, ולעו"ד סיגל קוגוט על הערות חשובות ומועילות.

<sup>2</sup> בחוקת ארצות הברית איסור המיסוד כלול בתיקון הראשון במגילת הזכויות, יחד עם חופש הדת וחופש הביטוי והמחאה: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free

איננו עוסקים בשאלות מרתקות וחשובות, כגון:

1. האם הקולקטיב היהודי הוא רק דת, רק עם, או צירוף של השניים?
2. מה הוא היחס בין הדת היהודית ובין דתות אחרות בארץ? מה הוא צריך להיות?
3. מי מכריע בשאלה מה הוא הקולקטיב היהודי ומי חבר בו או מצטרף אליו?
4. האם ישנה רק דת יהודית אחת או שמא יש קיום לגיטימי לזרמים ביהדות?
5. האם במדינה היהודית חייבים לפעול על פי ההלכה היהודית?
6. האם מדינה יהודית צריכה חוקה לאור העובדה שכבר יש לה חוקה – תורת ישראל?
7. מה צריך לעשות אדם שומר מצוות אם חוק המדינה מצווה אותו לעבור על מצוות דתו?
8. מה הם המודלים האפשריים של יחסי דת ומדינה ומה ההתפתחות ההיסטורית שלהם?
9. מה עמדת הדת היהודית לגבי צורת הניהול של מדינה שיש בה רוב יהודי?

על כל אחת משאלות אלה נכתבו עשרות ספרים ומאמרים. לא ברור אם יש להן או יכולה להיות להן "תשובה אחת נכונה", אבל על כל פנים תשובה עליהן איננה נדרשת לצורך המפעל שלנו כאן.

איננו עוסקים בהן מפני שאנחנו כותבים חוקה למדינת ישראל, שיש בה מיעוט גדול של לא יהודים וגוונים שונים של גישות ליהדות בין יהודים. **התשובות לשאלות האלה שנויות במחלוקת עמוקה ובלתי פתירה בין הקבוצות האלה. החוקה אינה יכולה לנסות לנקוט עמדה מסוימת במחלוקת אלה. מטרתה היחידה היא לקיים מסגרת משפטית מחייבת שאינה מתיימרת לנקוט בשאלות אלה עמדה לגופן.**

ההכרעה בחוקה איננה מוסרית או ערכית לגופו של עניין, אלא פוליטית. בהינתן העובדה שמסגרת חוקתית משותפת היא אינטרס של כל הקבוצות החיות בישראל, המאמץ לניסוח חוקה חייב להצטמצם – בתחומים ערכיים כאלה – בקבלה משותפת של מסגרת משפטית המניחה את השאלות לגופן להכרעה פנימית של הקבוצות השונות. המדינה תקבל הכרעות בנושאים ההכרחיים לתפקודה המסודר. בתחומים אלה היא תובעת לעצמה מונופולין על השימוש המוצדק בכוח. בתחומים אחרים צריך למצוא פתרון פוליטי סביר שיאפשר לאנשים דתיים לשמור את דתם ואף לפתח קהילות דתיות, אולם לא יחייב אנשים או קבוצות לקבל על עצמם מצוות דתיות בניגוד לרצונם. כך לגבי יהודים והדת היהודית וכך לגבי דתות אחרות ומאמיניהן.

הדבר כמובן קשה מאוד וראינו את הדבר בדיון שלנו ב"מיהו יהודי" לצורך חוק השבות. פסק הדין של בג"צ טושביים<sup>3</sup> (בעניין גיורי הקפיצה) מחדד מאוד את הקושי להסכים על עקרונות מסגרת. יחד עם זאת, דווקא הקשיים האלה מדגימים היטב כי הדרך היחידה להגיע להסדר שבאמת יוציא את המדינה משאלות שהן פנים-דתיות ולא יחייב אותה לתת תשובות "משלה"

exercise thereof... (לגרסה מקוונת של חוקת ארצות הברית ר': (נבדק לאחרונה: 20/11/05) <[http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/us\\_indx.html](http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/us_indx.html)>

<sup>3</sup> בג"ץ 2597/99 טושביים ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נח(5) 412.

לשאלות הנתפשות על ידי שומרי מצוות וממסדיהם כשאלות דתיות היא למצוא דרך להפוך שאלות דתיות לכאלה שאינן רלוונטיות מבחינת המדינה והמשפט, או שבהן ניתנת לקהילות השונות האוטונומיה להחליט על התשובה לשאלה הפנים-דתית בעוד המדינה מחליטה, כפי שהיא חייבת, לגבי שאלות הקשורות לתפקוד מוסדותיה היא או להתנהגות של הציבור בכללותו.

**במלים אחרות, נראה כי הדרך לשקף את יחסי הדת והמדינה אינו נושא להצהרה חגיגית כזו או אחרת, אלא למכלול הסדרים פרטניים, שלא ברור כי הם צריכים או יכולים להיות כלולים בפרק העקרונות בחוקה, או אף בחוקה עצמה. בחלק מן המקרים נראה דווקא עדיף כי הסדרים ייקבעו ברמה רשויות מקומיות וקהילות (כגון בעניין הסדרי ימי מנוחה או כשרות).**

כדי להבין היטב את מהות ההכרעה החוקתית יש לבחון בצורה מפורטת כמה סוגיות יסוד ואת הקשיים המונעים את הסדרתן המוסכמת. זאת מאחר וחלק מההתנגדות לחוקה בכלל, או הרצון לשריין בה הסדרים מסוימים בתחום הדת והמדינה, קשורים בחששות מפני שינוי במצב הקיים מצד אחד או מפני חוסר יכולת לשנותו מצד שני. ניתן, למשל, לבחון את הדרך בה נקטנו, בהצלחה, הרב מדן ואני בדיונים שלנו לקראת האמנה החברתית החדשה על סוגיות דת ומדינה בין יהודים בישראל.<sup>4</sup>

סימנו לעצמנו כמה נושאי ליבה שהם במרכז המחלוקת, כגון:

- מעמד אישי
- גיור
- שבת וחגים
- כשרות
- שירותי דת ומועצות דתיות
- קבורה

לגבי כל אחד מהם האמנה המוצעת כוללת דברי הקדמה ותיאור המצב הקיים (יחד עם הסדר מוצע). הכוונה בהפניה זו איננה שהכנסת עצמה תדון בסוגיות לגופן, ובוודאי לא המלצה כי ראוי שתאומצנה על ידיה ההמלצות של גביון-מדן, אלא להשתמש בסוגיות הספציפיות האלה על מנת לענות על שאלה מה צריך להיות כתוב בפרק העקרונות בנושאי דת ומדינה. נושאי הליבה האלה טופלו לגופם ובלי קשר להכרזות עקרוניות כלליות על יחסי דת(ות) ומדינה.

**כללית, ככל שיש הסכם טוב ויציב יותר לגבי תוכן ההסדר – כך הנוסחים החוקתיים או עצם ההכללה של עניין בחוקה הופכים טעונים פחות. זאת מפני שכאשר הכוחות החברתיים והפוליטיים מסכימים על הסדר – אין חשש כי פרשנות החוקה על ידי בית המשפט תזעזע אותם.**

<sup>4</sup> נוסח מקוצר של הסדרי האמנה ודברי ההסבר והרקע לה מצוי בפני וועדת החוקה, ולחברי הכנסת נשלחו גם עותקים של האמנה השלמה. לגרסה המקוונת של עיקרי האמנה ר' <http://www.gavison-medan.org.il/Admin/files/ikarim-hebrew.pdf?file=5> (נבדק לאחרונה: 20/11/05).

החשש מפרשנות בית המשפט, ולכן מן ההיררכיה החוקתית, קיים רק כאשר המחלוקת הציבורית מוכרעת בכנסת בצורה שאינה נראית קבילה לחוגים מסוימים בציבור בישראל ואלה פונים לעזרתו של בית המשפט.

אלא ששאלת המפתח של הדיון שלנו נחשפת בחוקה המוצעת על ידי המכון לדמוקרטיה. ה"פיתרון" המוצע שלו בנושאי דת ומדינה מצביע על כך, שלדעת מציעי ההצעה, אין בו כדי לתת מענה של ממש לסוגיות. פיתרון זה (כפי שהוצג על ידי פרופסור ידידיה שטרן במפגש עם וועדת החוקה במעלה החמישה) כולל **מספר יסודות**:

1. הכללת יסודות הקשורים לזהותה היהודית (לאומית) של המדינה, לרבות שבות, שפה, סמלים, ימי מנוחה, ולוח שנה בפרק העקרונות.
2. סעיף כללי של "חופש מדת"
3. "חסינות שיפוטית" מפני ביטול או פירוש מכוח החוקה ל"הסדרי ליבה" כגון נישואין וגירושין, הצטרפות לדת, סמכויות בתי הדין הדתיים, כשרות ואופי הפרהסיא בשבת.
4. הימנעות מהכללת הזכות להקים משפחה בפרק הזכויות.
5. חקיקת חוק ברית-זוגיות.
6. חקיקת חוק שבת.
7. שמירת דינים למצב המשפטי הקיים לתקופת מעבר.

לאור העובדה כי הצעת החוקה של המכון לדמוקרטיה מעניקה לבית המשפט העליון את הסמכות לבטל חוקי כנסת שאינם תואמים את החוקה, והיא כוללת זכות לשוויון, רק ה"חסינות השיפוטית" עשויה להגן על ההסדרים השנויים במחלוקת כיום מפני ביקורת שיפוטית מלאה (לאחר תקופת המעבר של שמירת הדינים).

הצעת המכון לדמוקרטיה משקפת את ההבנה שכיום, לא ניתן לשנות בישראל את ההסדרים הבסיסיים ברוב התחומים. הצעת החסינות אמורה להיות מלווה בשינוי יסודי בנושאי מעמד אישי ושבת – באמצעות חקיקה נלווית לחוקה – שתטפל בסוגיות הקשות ביותר ותאפשר לחילוניים לקבל, יחד עם החוקה, שינויים מקבילים בסטאטוס קוו: החילוניים יקבלו הכרה מסוימת של המדינה בזוגיות שלא על פי דיני הדת, והדתיים יקבלו אכיפה של איזון בין מסחר ותרבות בשבתות ובחגים. בתנאים אלה, מאמין המכון, ניתן יהיה להשיג הסכמה רחבה לחוקה גם אם היא נותנת לבתי המשפט סמכויות רחבות של ביקורת שיפוטית מצד אחד, ומצד שני יוצע פתרון טוב יותר מזה הקיים בשני נושאים מרכזיים, שיקטין את הויתור שיעשה בחוקה כזאת מצד הכוחות הפועלים.<sup>5</sup>

משמעות ההצעה של המכון היא למעשה ויתור על הסדרה חוקתית מלאה ועקבית בנושאי דת ומדינה, בשל ההערכה כי לא ניתן להגיע להסדרה כזאת. נזכיר לסיום ההקדמה כי חלק מן

<sup>5</sup> בינתיים (אוקטובר 2005) הוצגה לציבור הצעת המכון לדמוקרטיה למרות שלא נחקרו הצעות החוק שהיו אמורות להיות חלק בלתי נפרד מן ההצעה ולא ברור כלל מה יהיה המנגנון שיבטיח חקיקתן.

המכלול של המכון לדמוקרטיה עוסק במגילת הזכויות ובהיקף הביקורת השיפוטית, שהם נושאים שאיננו עוסקים בהם כרגע. ייתכן ששינויים מסוימים במאפיינים האלה של המכלול יאפשרו הסדרה חוקתית עקבית יותר (גם) של נושאי דת ומדינה.

הסיבה לקושי המיוחד של מאמצי החוקה בנושאים אלה פשוטה למדי: בכל הנושאים האחרים, בוודאי בחלק המשטרי ומגילת הזכויות, התחושה היא כי לא נעשה ממש שינוי בתכני ההסדרים. השינוי הוא ביחסי הכוחות בתוך המערכת ואולי בשינויים עתידיים. לכן אין כאן מאבק פוליטי על הגנת הסטאטוס קוו והגנת אינטרסים מוקנים קיימים. ברור כי המצב שונה בנושאי דת ומדינה, שכן ישנם מתחים לא פשוטים בין מרכיבים מרכזיים שלהם ובין כל תפיסה של מסגרת של חוקה ליברלית דמוקרטית. חלק מן המתחים אינם בלתי פתירים (למשל, חלק לא קטן מהסדרי השבת ניתן לעגן כהגבלות חירות הנדרשות לצורך אינטרס תרבותי משותף ולאזן דווקא כעניין של "כפייה דתית". כמו כן, אין שום הכרח לאמץ בישראל פתרון דמוי ארצות הברית לפיו יש חוסר מיסוד מלא, וניתן בהחלט להמשיך לממן שירותי דת באופן שוויוני). אבל גם לגביהם, העברת סמכות הכרעה מבית המחוקקים אל בית המשפט או אל פורום אחר שיפעיל עליהם "עקרונות" עלולה להביא לשינויים מהותיים שבעיני חלק מן המשתתפים במשחק הפוליטי אינם רצויים. מהלך כזה מתקיים עתה במידה מסוימת באמצעות פסיקות בג"צ, וגורם לתחושת תסכול וחוסר אונים אצל הממסדים הדתיים האורתודוקסיים (חלק מן הפסיקה הרפורמיסטית הזו מושגת באמצעות יוזמות של ממסדים דתיים לא אורתודוקסיים!) שונה לגמרי המצב לגבי אותם הסדרים שברור כי אינם עומדים במבחן ערכים ליברליים מקובלים, כמו המונופולין הדתי והאורתודוקסי בתחומים כגון מעמד אישי או גיור. מצב שבו אנשים חייבים להיזקק לממסדים דתיים ולהסדרים דתיים בפונקציות חיים מרכזיות שלהם, כגון נישואין או קבורה, אינו ניתן להצדקה. העובדה כי מצב כזה התקבע בישראל היא תוצאה של התפתחויות היסטוריות מרתקות ושל המבנה של חלוקת הכוח הפוליטי. מאמץ החוקה מכוון בחלקו "לתקן" את מה שנתפס בעיני חלק מן הציבור כתופעה בלתי מוצדקת.

אידיאלית, הטוב ביותר היה אם ניתן היה להגיע להסכמה מחודשת על "כללי המשחק" בחברה הישראלית בנושאים אלה, תוך כדי הבהרה שההסדרים לגופם ימשיכו להיקבע ברמת המחוקק ולא באמצעות פרשנות שיפוטית של טקסט חוקתי. כללי המשחק היו מגנים על האוטונומיה של הקבוצות הדתיות בעניין ההסדרים הקריטיים לגביהן, ואולי אף מקבעים תמיכה כספית ציבורית בהסדרים אלה. הייתה מתקבלת גם הסכמה, באמצעות הליכי החקיקה בכנסת, לגבי מרכיבי התרבות היהודיים המשותפים לציבור היהודי בישראל, ולגביהם הייתה אכיפה ציבורית נחושה. המדינה יכולה להמשיך לממן שירותי דת לרבות הסדרי כשרות המבטיחים אמינות בנושא זה. את ענייני המעמד האישי היינו משאירים להחלטה של פרטים, כאשר המדינה מציעה, לצד אפשרות להינשא ולנהל את חייו על פי הדינים הדתיים המתאימים, אפשרות של דיני משפחה אזרחיים לאלה שאינם יכולים או אינם רוצים להיזקק לדינים הדתיים. מדיניות ההגירה של מדינת ישראל תיקבע בהחלטת רוב בכנסת. הגדרת "מיהו יהודי" כשאלה פנים-דתית לא תהיה חלק מדיון זה. בדומה, גם שאלת חלוקת הנטל בשירות צבאי או אזרחי תיקבע על ידי הכנסת בחקיקה רגילה, תוך התחשבות במערכת הצרכים והמאפיינים המיוחדים של כל קבוצות האוכלוסייה, אולם מתוך הבנה כי שוויון בחובות מרכזי לא פחות משוויון בזכויות.

עדיף שהצבר הסדרים כזה ייעשה בדרך של הסכמה מפורטת בכנסת על ההסדרים עצמם, ולא בדרך של הכרעות שיפוטיות "מלמעלה", הקובעות כי ההסדרים הקיימים אינם עומדים במבחן נורמות ערכיות כלליות. לכן עדיף כי הסדרים אלה יקובעו תוך כדי המשחק הפוליטי הרגיל ולא בדרך של כפיית הכרעה באמצעות יצירה של מדרג חוקתי. אלא שאם המערכת המחוקקת אינה מניבה פתרונות קבילים, אין זה מפתיע שתומכי השינויים בנושאים אלה הפכו תומכים מושבעים של חוקה, במטרה המוצהרת שחוקה כזו תאפשר להיחלץ ממלכוד חקיקתי.

קווי המתאר של השינויים ברורים למדי. יכולה להיות מחלוקת לגבי פרטים. ההתנגדות לחוקה היא בין השאר התנגדות לעשות שינויים הכרחיים, ורצון להמשיך להיאבק במשחק הפוליטי הרגיל נגד כל שינוי בסטאטוס קוו. רצון כזה הוא לגיטימי, וזו טעות להתכחש לכך שהמאבק על החוקה הוא גם מאבק על אינטרסים וערכים פריטיקולאריים. מצד שני, כאשר מאבק כזה מנוהל על ידי מיעוט, נמשיך להיות עדים למגמות של עוינות מוגברת ונכונות לצעדים כוחניים מקום שצעדים של שכנוע והסכמה אינם מועילים. יותר מזה, שינויים הנאכפים בדרך של החלטות שיפוטיות הם אולי פחות דרמטיים ויותר הדרגתיים משינויים מוסכמים על ידי חקיקה, אבל חסרה בהם העקביות והעמידה על העיקר שניתן להשיגם כאשר השינויים נעשים בדרך של חקיקה יזומה.<sup>6</sup>

ניתן עתה לסכם את הנחות היסוד של הדיון שלנו:

א. מוסכם כי חוקה צריכה להיות קוהרנטית במובן הזה שלא יהיה מתח מובנה וידוע מראש בין מאפיינייה המרכזיים. לא ברור מה הטעם בחוקה נוקשה שמאפשרת הכפפת ההסדרים החוקיים לנורמות על מוסכמות אם ידוע מראש בזמן חקיקתה כי אנחנו רוצים לשמר נורמות חוקיות שאינן תואמות את החוקה. **אם מתח כזה קיים וידוע – מוטב לתקן חקיקה קיימת במידת האפשר מבחינה פוליטית.** אמצעים כגון שמירת דינים לזמן מסוים הם הטעיה. הם טובים אולי לצרכים פוליטיים קצרי טווח אבל אינם יכולים לבסס העברת חוקה שלמה. (שמירת דינים שלמה ובלתי מוגבלת בזמן, כפי שנעשה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא אפשרות. אלא שגם אפשרות כזו אינה מתיישבת היטב עם מטרות המעבר ממשטר של חקיקה רגילה למשטר של חקיקה הכפופה לחוקי-על).

<sup>6</sup> השינוי בדיני הקבורה בישראל נעשה בצורה טובה יותר מאשר השינוי בחוק השבות של 1970 בעקבות פרשת בנימין שליט (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים ואח'), פ"ד כג(2) 477. גם ההתפתחויות בדיני הגיור ובדיני המועצות המקומיות היו עקביים והגיוניים יותר לו היה שינוי נכון בחקיקה ולא רצף של שינויים ו"תיקונים של תגובות" להחלטות שיפוטיות. ולבסוף, השחיקה הגדולה במציאות בעניין השבת ובאכיפת החוקים היא תוצאה ישירה של העובדה שהמסדים הדתיים לא היו מוכנים להסכים לפני שנים לאותו הסדר שהיום לא בטוח שניתן להשיגו – תרבות ובילוי ותחבורה ציבורית מצומצמת יתאפשרו, לצד המשך ההגבלות על ייצור ומסחר, ועבודה במתכונת שבת בלבד. גם בנושאי המעמד האישי ישנה שחיקה חמורה בפועל, המתבטאת בעובדה ששנים כבר לא עולה מספר הזוגות הנישאים ברבנות למרות גידול ניכר באוכלוסייה, וזאת מפני שדיני הנישואין והגירושין לא הותאמו למציאות משתנה בצורה מושכלת. שמירת החומות אינה מובילה לכן למצב של אחדות העם או של שקיפות, אלא דווקא להגברת החשש מפני נשואי תערובת ולהגברת העוינות בין המגזרים.

- ב. לחוקה יכולים להיות יתרונות גדולים בחברה הישראלית רבת השסעים. אלא שלצורך הנאה מיתרונותיה של החוקה צריכים נציגי הקבוצות לעשות מה שנדרש על מנת שאפשר יהיה לאמץ חוקה.
- ג. יתרונותיה של חוקה הם בכך שהיא מחייבת אימוץ מערכת של כללי משחק, ואינה מחייבת – ואינה צריכה לחייב – הסדרים ספציפיים. נהוג כי היא תכלול עקרונות, שהם עצמם אילוצים על המחוקק, מפני שהצדדים המכוננים את החוקה ואת החברה שהיא משרתת מקנים להם חשיבות ראשונה במעלה ואינם רוצים להפקיר אותם בידי רוב מזדמן בכנסת.
- ד. זכויות האדם, במובן צר, הן אילוצים הקיימים על כוחו של המחוקק מכוח המשפט הבינלאומי ועקרונות המוסר המדיני. זכויות האדם אינן צריכות להתפרש באופן הנוטה לטובת הסדרים ספציפיים ופרטניים השנויים במחלוקת עמוקה בציבור. חוקה שלמה צריכה לכלול מגילת זכויות. ראוי שההסדרים שישראל תאמץ יתאמו פרשנות זהירה וצרה של מה שמתחייב מהגנה על זכויות האדם.
- ה. מרכיבי הפשרה הנכונה בתחום דת ומדינה כוללים הן הסדרים חוקתיים מהותיים שיכללו (רק) את "הקווים האדומים" של הקבוצות השונות, אותם עקרונות שאותם רוצים להוציא מהמשחק הפוליטי הרגיל, והן כללי סמכות שירגיעו את החשש מפני התערבות פרשנית שתשבש את ההכרעות של נציגי הציבור בעניינים טעונים אידיאולוגית.
- ו. לכן לא ניתן להגיע לתוצאה בנושאי דת ומדינה (או בנושאים טעונים אחרים) רק על סמך ניתוח של הסוגיות ושל ההסדרים המהותיים. אי אפשר להסכים באופן אחראי להסדר נתון בתחום זה בלי לדעת גם בידי מי תופקד **סמכות הפירוש** וההכרעה הסופית לגבי משמעות ההסדרים. מצד שני, אי אפשר יהיה לדון בצורה מושכלת במאזני הכוח בין הרשויות בלי שתהיה לנו תמונה טובה של ההסדרים המהותיים הקבילים.
- ז. לכן מטרתנו כאן היא גיבושם של הסדרים מהותיים בנושאי דת ומדינה שיוכלו לשמש בסיס לדיון מושכל יותר מאוחר בסוגיות כגון נוקשות החוקה, הרוב הנדרש לאימוצה ולשינוייה, זהות הגוף שייתן לה פירוש מוסמך, והיקף סמכויותיו של גוף זה (האם יוכל לבטל חוקים לא תואמים, או רק להכריז על אי ההתאמה (כמו באנגליה) או שתישמר לו רק הסמכות לקבוע כי יש מתח בין החוק והחוקה (כפי שהיה אצלנו ברוב הסוגיות ועל פי רוב הפרשנים עד חוקי היסוד של 1992 כפי שפורשו על ידי בית המשפט).
- ח. מוסכם לכן כי ההסדרים המאומצים כאן הם על תנאי שיהיה הסדר שיניח את דעתם של נציגי הקבוצות השונות כי מנגנון הפירוש והיישום אינו כזה העלול לסכל את סוגי הפשרות וההסדרים עליהם מסכימים בחוקה. אם לא ימצא הסדר קביל ברמה זו –

הסכמות שתתקבלנה כאן אינן תופסות. הסכמה זו כוללת גם את האפשרות שמנגנוני היישום יושפעו מטיב הסוגיות בהן דנים, כך שיהיה הבדל בין הטיפול שיינתן לסוגיות חוקתיות משטריות ובין אלה הנוגעות לזכויות אדם, או בין אלה הנוגעות לזכויות אדם סתם ולא להנוגעות בעניינים שבין דת ומדינה או חלק מהם.<sup>7</sup>

ט. מכיוון שכך – בדיון מכאן ולהבא לא ילקחו בחשבון ההיבטים של חוסר האמון של חלק מן הקבוצות במפרש ובאוכף של החוקה, אלא רק ההסדרים המוצעים לגופם.

## II. על סוגיות דת ומדינה בישראל ובעולם

### א. כללי

התפתחויות היסטוריות גרמו לכך שגם שאלות דת ומדינה בישראל נתפשות כשייכות ליהודיות של המדינה. אבל ישראל אינה מדינה שיש בה דת גדולה אחת והמחלוקת היא בין דתיים יותר או פחות בתוכה (כמו שהיה למשל בצרפת עד השנים האחרונות, או בארצות הברית או בטורקיה). חלק מהבעייתיות של ישראל היא שהיא מדינה של דתות רבות ושהיא קדושה לדתות רבות. יחד עם זאת, מפני שיש בישראל רוב יהודי, עיקר הדיונים הציבוריים בנושאים אלה נעשים על ידי יהודים ובין יהודים ולגבי יהודים. מובן כי חוקה לא תוכל לעשות זאת בצורה הזאת, גם אם העוצמה של האינטרסים הפוליטיים שמאחורי הניסוחים תמשיך להיות מוטה לטובת יהודים. ברור כי על רקע המצב הייחודי בישראל, המאבק הפנים-יהודי בנושאים אלה הוא בולט יותר ובעל עוצמות פוליטיות גדולות יותר. נטייה זו מתחזקת בשל הרצון של הערבים בישראל לא להחליש את המאבק המשותף שלהם בחזית הלאומית-תרבותית.

כך, למשל, ישראל אימצה את שיטת המילט לגבי מעמד אישי לא רק לגבי יהודים. ביטולה או שינוייה בתחומים כגון דיני נישואין וגירושין אינו רק עניין של יהודים. מבחינת החוקה המטריאלית, עקרון המילט בעניינים של מעמד אישי, שהיה נהוג בתקופה העותומנית, היה החלטה חוקתית הן של השלטון המנדטורי והן של השלטון הישראלי. החלטה חוקתית זו חלה על בני כל הדתות. אמנם, ברמת ההסדרים הפרטניים נוצרו הבדלים בין הדתות ברמות שונות. כך לגבי יהודים נוצר מעמד שונה לנישואין מאשר לענייני מעמד אישי אחרים ביחס להוראות דבר המלך במועצתו המנדטורי, באמצעות חוק שיפוט בתי דין רבניים משנת 1950. לגבי לא יהודים המעבר מההסדר המנדטורי להסדרים הנוכחיים היה אטי והדרגתי הרבה יותר. הבדלים אחרים

<sup>7</sup> בשיטת המשפט שלנו הוקם בית דין מיוחד המורכב משופטים ומדיינים לגבי סמכויות מסוימות בענייני מעמד אישי. כך גם מומלץ לעניין הכרעות בדיוני משפחה בין בני זוג שלא קבעו בהסכם הנישואין שלהם מראש באיזה מוסד יידונו ענייניהם באמנת גביון-מדן. הדבר מבוסס על כך שבסוגיות מסוג זה נקודת המוצא ועולם הפרשנות של שופט חילוני טיפוסי ושופט הרואה עצמו מחויב להלכות הדת עשויים להיות שונים באופן העמוק ביותר. ראוי לשקול ליצור מנגנון שיבטיח איזון בהשקפות העולם הבסיסיות גם כאשר מוכרעים נושאים שיש עליהם מחלוקת אידיאולוגית עמוקה מסוג זה. שוב, מכיוון שבישראל יש לא רק קהילות דתיות, ראוי לשקול אם המותבים שיכריעו בסוגיות כאלה לא יסקפו את המסורת הדתית שלגביה מתעוררת הסוגיה הנדונה. דבר זה עשוי להגדיל במידה ניכרת את הלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית, ולהבהיר שוב כי עיקרה של הכרעה כזו הוא בסכסוך בין צדדים ולא בגיבוש נורמות כלליות החלות על החברה כולה.

קיימים בתחומים שונים של הסדרי דת ומדינה. אולם הסדר חוקתי, בהיותו כללי, אינו מתיישב כראוי עם הבדלים כאלה.

יתרה מזו, סוגיות של דת ומדינה כוללות גם סוגיות של יחס המדינה לקבוצות דתיות שונות, אם מבחינה דתית ואם מבחינת אורחות חיים. כך שאוטונומיה לחרדים כקבוצה (או אף לקבוצות חרדיות שונות) תידון יחד עם אוטונומיה לקבוצות דתיות שונות במסגרת הלאומיות הערבית. חשוב לציין כי עד עתה נהגו בישראל למיין את הלא יהודים על בסיס של השתייכות דתית. בין השאר נבע הדבר מן הרצון להפחית מן המשקל של היסוד הלאומי המשותף של הערבים. כיום אנחנו יכולים וצריכים להתמודד עם הריבוי בין יהודים ולא יהודים בכל רמותיו. כאשר דנים ביחסי דתות ומדינה – אסור לטעות ולהתרכז ביחסים בין המדינה ובין הממסדים והקהילות היהודיים. **כל דיון בעניינים כאלה יהיה חייב לכלול שיח מסודר עם נציגי הדתות והקהילות האחרות במטרה להגיע להסדר היכול להיות מקובל על הכול.**<sup>8</sup>

בדיונים שלנו בנושאי דת ומדינה נתרכז ביחסים המורכבים (בכל העולם) בין הכוח הפוליטי לבין השאיפות, האמונות והממסדים הדתיים. עסקנו במורכבות שבאיזון בין יסודות אלה ובין היסודות הלאומיים במפגש הראשון, ונשוב לדון בה בדיון בזכויות מיעוטים (אם כי גם בדיונים אלה, כאמור, ההפרדה באה לנוחות החשיבה והדיון ואיננה יכולה להיות שלמה). הדיון הכללי כאן ייסוב על המרכיבים של ה"אידיאל" שיש טוענים לו ל"הפרדה של הדת מן המדינה".<sup>9</sup>

העמדה הליברלית הקלאסית לגבי הסדרה חוקתית של יחסי דת ומדינה היא "הפרדה בין הדת והמדינה".<sup>10</sup> לפי גישה זו, אי אפשר יהיה לקיים יחסים נכונים של חירות ואוטונומיה של פרטים

<sup>8</sup> בדיוני הוועדה אכן שמענו דברים מפי נציגי קבוצות ודתות אחרות, ונראה כי יש כאן חילוקי דעות מעניינים בין דתות שונות ואף בין נציגים שונים של אותה דת. כך יש נוצרים המסתפקים באוטונומיה ולעומתם יש כאלה הרוצים שהמדינה תאפשר או אף תאכוף הסדרים ליברליים יותר. גם בין נציגים של הדת המוסלמית יש חילוקי דעות, בעיקר לגבי נושאים כמו אוטונומיה וזכויות נשים.

<sup>9</sup> בנושא זה ר' ר' גביון, "דת ומדינה – הפרדה והפרטה", **משפט וממשל** ב (1993) 55 ומאמרו המקיף של גדעון ספיר, "גבולות מיסוד הדת", שהונח באדיבותו על שולחנה של וועדת החוקה.

<sup>10</sup> כך, קיימים הסדרים דומים למודל האמריקני. **באוסטרליה** למשל נקבע בסעיף 116 לחוקה:

**"Section 116 [Freedom of Religion, Secular State]**

The Commonwealth shall not make any law for establishing any religion, or for imposing any religious observance, or for prohibiting the free exercise of any religion, and no religious test shall be required as a qualification for any office or public trust under the Commonwealth."

בדומה לגישה האמריקאית ובניגוד לדעת המיעוט של חלק מהשופטים האוסטרלים, מאשר בית המשפט האוסטרלי באופן עקיף מימון בתי ספר דתיים. כמו כן, הפרלמנט האוסטרלי פותח את מושביו היומיים בתפילה. ההשתתפות בתפילה אינה חובה אך רבים מחברי הפרלמנט משתתפים בה.

**בצרפת** קיים מאז 1905 חוק המחייב הפרדה בין דת ומדינה, ואוסר על המדינה להכיר או לתמוך בדת כלשהי. סעיף (1) לחוקה הצרפתית קובע כי:

"France is an indivisible, secular, democratic, and social Republic."

רעיון ה-laïcité הצרפתי משמעותו אי התערבות ממשלתית בענייני דת ואי התערבות הדת בענייני הממשלה, וכן ניטרליות ממשלתית בנוגע לענייני דת. גם בצרפת נתמכים במונחים שונים בתי ספר דתיים, אך בתי ספר אלו חייבים להסכים ללמד לפי תכנית לימודים זהה לזו של בתי הספר הציבוריים, ונאסר עליהם לאלץ את תלמידיהם להשתתף בשיעורי דת או להפלות תלמידים על בסיס דתי.

גם **בקנדה** אין 'דת מדינה', אך ברוב חלקיה של קנדה קיימת מערכת חינוך דתית קתולית במקביל לזו הציבורית. בתי ספר אלה ממומנים על ידי הממשלה הקנדית. בנוסף, אין איסור או הגבלה על מימון ממשלתי לפעילויות דתיות. צירטר החירויות והזכויות הקנדי מבטיח בסעיף 2 את חופש הדת וקובע בהקדמה כי:

אם המדינה תתייצב באופן כלשהו לצד דתיות בכלל או דת ספציפית בפרט. יש הסבורים כי הפרדה כזו חשובה גם לדת, שכן אז הדת יכולה להתרכז בחיים הרוחניים ובצרכים של חבריה ומאמיניה ואינה חייבת לקבל על עצמה אחריות לכלל תושבי המדינה. רבים סבורים כי המודל היחיד הבא בחשבון ליחסים ראויים כאלה הוא זה המעוגן בתיקון הראשון של החוקה האמריקנית. חשוב לציין כבר בפתח הדברים שההסדר האמריקני הוא חריג בעולם המערבי.<sup>11</sup> חשוב לא פחות – קרוב לוודאי כי המודל האמריקני אינו עונה לדרישות של ליברלים קיצוניים להפרדה מלאה בין דת ומדינה.<sup>12</sup> מכל מקום, ניתן בהחלט לקיים דיון תיאורטי בהסדרה הראויה לסוגיות של דת ומדינה מתוך למידה מן הניסיון האמריקני, אבל גם מתוך מודעות לכך שברוב הדמוקרטיה המערביות, ההסדרים של יחסי דת ומדינה שונים מזה שאומץ בחוקה האמריקנית. כמו בכל הסוגיות גם כאן אין פיתרון נכון אחיד לבעיות חוקתיות, אלא כל חברה צריכה לבחון את הנושא ולאמץ את הפיתרון הנכון למבנה החברתי, הדתי והפוליטי שלה.

בדרך כלל, חוקות כוללות רק הצהרות כלליות לגבי מקומה של הדת בחברה ובמדינה, או לגבי זכויות יסוד כגון חופש דת (ואולי חופש מדת). הן אינן כוללות הסדרים ספציפיים בנושאים שבהן יש לדנות מסוימות עמדות חזקות (כגון נישואין בין בני אותו מין) או אינטרסים מבניים (כגון באוטונומיה לחינוך דתי או למוסדות רווחה דתיים). מובן כי בדיון החוקתי בישראל, שאלה מרכזית תהיה ההשפעה של ההסדרים החוקתיים המוצעים על ההסדרים החוקיים והפרקטיקה הנהגת בישראל בתחומים הרלוונטיים.

### ביחסים בין דתות ובין מדינה אנחנו מבחינים בדרך כלל בשלושה יסודות:

1) **חופש הדת**: מידת החופש שממנה נהנה אדם דתי, לבדו ויחד עם מאמינים אחרים, לשמור את מצוות דתו. החופש כולל חופש ללמוד את הדת ולהנחיל אותה וכן את החופש להמיר דת. דבר זה כלול במגילות הזכויות הקלאסיות תחת הכותרת "**חופש הדת**".<sup>13</sup> בארצות הברית הוא כלול בביטוי "free exercise thereof..." בתיקון הראשון.<sup>14</sup> זכות זו אינה שנויה במחלוקת ולכאורה אין בעיה לעגן אותה ברמה החוקתית אם מסתפקים ברמת עמימות גבוהה מאוד. כמו בדרך כלל, יש גם כאן אפשרות של מחלוקת בקשר לפרטי

---

"Whereas Canada is founded upon the principles that recognize the supremacy of God and the rule of law"

<sup>11</sup> כך למשל פינלנד, שם מעמד הכנסייה מוגן בחוק, ויש לה הזכות לגבות מס מחבריה ומהתאגידים שבבעלותה, כשאת המס גובה המדינה. ניהול הכנסייה נעשה באמצעות חוק, וקיימים לימודי כמורה רשמיים. כך המצב גם בבריטניה, נורבגיה, יוון ודנמרק.

<sup>12</sup> ר' בעניין זה ר' גביזון, "דת ומדינה: הניסיון בארצות הברית", פרסומי מכון שפינוזה (1993): 18. בהכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם נכתב בסעיף 18:

"Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance."

וכן האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות בס' 18, בניסוח מקביל כמעט לזה של ההכרזה:

"Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching."

<sup>14</sup> ר' הערה 1 לעיל.

ההסדר. שאלה חוקתית רצינית תהיה עד כמה לפרט את הזכות, ועד כמה להשאיר את קביעת הפרטים לחקיקה רגילה. מה שנשאר לחקיקה רגילה מרחיב את כוחו של הציבור באמצעות נציגיו. אבל זה הוא דיון קלאסי של מגילת זכויות, ונעסוק בו כאשר נגיע לזכות לחופש הדת.

(2) **חופש מדת:** לעתים מתפרש חופש הדת ככולל גם את חופש המצפון ולכן את החופש להחליט לא להיות שייך לשום דת. החופש הזה אמור לכלול גם את החופש לא לסבול מ"כפייה דתית", למשל, בדרך של הסדר חוקי המחייב כי אדם יינשא רק על פי מצוות הדת ובטכס דתי, או בדרך של הטלת חובה משפטית לנהוג באופן הנדרש על ידי הדת. בשם זכות זו מנסים להגביל את המחוקק, למשל, ממתן מונופולין דתי בענייני נישואין וגירושין, או הטלת איסורים כגון גידול חזיר או הגבלת מכירתו, פעילות מסחר וייצור בשבתות וחגים, הצגת חמץ בפסח, מתן מונופולין דתי לייבוא בשר כשר, היתר להתנות אישורי כשרות בעניינים שאינם קשורים למזון וכדומה. בזמן האחרון מבקשים למנוע גם ייחוד מוסד הנישואין לגברים ונשים או איסור הפלות בטענה כי אלה מתבססים על מסורות דתיות. הזכות של אנשים לחירות ולשוויון מחייבת לפתוח בפניהם את כל המוסדות החברתיים המוצעים לבני זוג המקבלים הכשר דתי.

ההיגיון של החופש מדת אומר כי המחוקק אינו צריך להתגייס לאכוף כללים דתיים. מי שממילא מאמין ישמור את מצוות דתו. מי שאינו רוצה לשמור מצוות דתו - יפעל לפי הבנתו. ברמה מסוימת מקבלים ממסדים דתיים את ההיגיון הזה, אולם יש נקודות שבהן המחלוקת היא עמוקה, כגון בנושאים של הפלות ונישואין של בני זוג מאותו מין. עם זאת, חשוב לציין כי אין חוקה הכוללת "חופש מדת" בעקרונות היסוד שלה. ברוב מגילות הזכויות גם אין זכות מפורשת לחירות כללית, ולא זכות מפורשת לחופש מדת. החירויות המוגנות הן חירויות "חיוביות" – חירויות לתחום מסוים של פעילות, כגון דת, ביטוי, תנועה וכדומה. לכן גם נושא זה לא חייב להיות כלול בעקרונות היסוד בחוקה (אם כי חשוב שתהיה הבנה לגביו). היסטורית, היבטים חשובים של החופש מדת כלולים בזכות לחופש המצפון.

בהקשר זה יש לציין כי החופש מדת זכה לטיפול מיוחד בדיונים הפוליטיים מפני שבהיסטוריה המודרנית היה אכן ניסיון רב שנים של גיוס כוח המדינה לאכוף על הציבור בכללו מצוותיה של דת המדינה. חופש הדת אף הוא נועד לשמש הגנה חוקתית מפני נטיות אלה, כאשר המציאות המוכרת הייתה מצב שבו דת מדינה אחת רדפה באכזריות רבה את מאמיניהן של דתות אחרות. הזכות לחופש הדת נועדה להבטיח למאמיני דתות מיעוט את החירות לדבוק בדתם במציאות של דת מדינה. במציאות של חילון התעורר גם הצורך הנוסף של הגנה על אלה שאינם שומרי מצוות מפני ה"כפייה הדתית" או החברתית-תרבותית להמשיך לקיים מנהגים והרגלים שראשיתם ההיסטורית במצוות הדת.

(3) היבט חשוב של החופש מדת נוגע לעקרון השלישי, שלו נקדיש את עיקר זמננו – **עקרון חוסר המיסוד של הדת**. אבל בנתון שאכן אין מיסוד של הדת במובן החזק של דת מדינה שיש לה מונופולין על הסדרת תחומי חיים מסוימים בחברה אף בניגוד לרצון אנשים שלא היו בוחרים לחיות לפי מצוותיה – לא ברור מדוע יש צורך בייחוד החופש מדת או בהגנה חוקתית מיוחדת

כנגד "כפייה דתית". בעיקר נכון הדבר כאשר "דתיים" למיניהם הם מיעוט בפרלמנט של המדינה, ולכן חוקיה אינם יכולים להתפרש כחוקים הנכפים בידי רוב דתי על מיעוט חילוני.

טיעון זה מתחזק כאשר אנו זוכרים שבחלק גדול ממדינות המערב שעברו תהליך של חילון, יש הסדרים משפטיים ומנהליים המשמרים היבטים תרבותיים של דת הרוב. דבר זה אינו נחשב "כפייה דתית" אלא סוג מסוים של צעדים משמרי תרבות. בשיטות חוקתיות, צעדים כאלה אינם מותרים אם הם פוגעים בזכות יסוד מוכרת אחרת (כגון הזכות לחופש התנועה או חופש המצפון, למשל). בתנאים כאלה לא ברור אם נדרשת הגנה מיוחדת על "זכות לחופש מדתי".

התיקון הראשון בחוקה האמריקנית כולל, נוסף להגנה על חופש הדת, גם "איסור מיסוד הדתי" (העיקרון של "non-establishment of religion"). במובן הצר, עיקרון זה משמעו כי לא תהיה למדינה הפדראלית דת מדינה (היסטורית, בזמן שנחקקה החוקה הפדראלית, היו מדינות אחדות בארצות הברית שבהן היה קיים המוסד של "דת מדינה"). בתחילת המאה העשרים הוא פורש על ידי בית המשפט העליון כיוצר "קיר של הפרדה" בין המדינה ובין דתות וממסדים דתיים.<sup>15</sup> היו שסברו כי רק "קיר הפרדה" כזה יכול להגן באופן מלא על חופש הדת עצמו (בעיקר כאשר אנו דנים במצב של ריבוי דתות שוות מעמד או דת רוב ודתות מיעוט). כיום יש הסבורים כי רק קיר הפרדה כזה יכול להגן גם על זכותם של מי שבחרים לא להיות דתיים לחיות חיים של חירות. "קיר הפרדה" פורש כשולל מצב שבו המדינה מתייצבת מאחורי דת כלשהי, או תומכת בה באופן סמלי או כלכלי. כך, למשל, לפי פירוש זה אסור באיסור גמור למדינה לתמוך כלכלית בגופים דתיים או אף בחינוך דתי. על פי פירוש זה של האיסור פסק בית המשפט העליון כי הנוהג לפתוח את יום הלימודים בבתי ספר ציבוריים בתפילה אינו חוקתי.<sup>16</sup>

בעוד שכל הדמוקרטיה המערביות מגינות על חופש הדת, רק מיעוטן מקבל את עקרון חוסר המיסוד במובן הרחב והחזק שלו. באנגליה ובארצות סקנדינביה יש דת מדינה ממש. בגרמניה ובמדינות אחרות מקובל העיקרון של "הפרדה חלשה".<sup>17</sup> לפי עקרון זה מותר למדינה לתמוך כלכלית בדתות, אולם היא צריכה לעשות זאת באופן נייטרלי. הדבר בא לידי ביטוי בכך שהמדינה מאפשרת לאזרחיה לבחור האם ברצונם להיות חברים בקהילה דתית. אם הם מביעים רצון בכך – המדינה מארגנת את גביית המס המתאימה ומחלקת אותו לקהילות הדתיות.

<sup>15</sup> *Torcaso v. Watkins*, 367 ;*Everson v. Board of Education of Ewing TP.*, 330 U.S. 1 (1947), pp. 15-16

*McCullum v. Board of Education* , 333 U.S. 203 (1948), pp. 210-211 ;U.S. 488 (1961)

<sup>16</sup> וזאת למרות שניתנה לתלמידים המעוניינים בכך האפשרות שלא להתפלל ולהישאר שקטים. ר' *Engel v. Vitale* 370 U.S. 421 (1962)

<sup>17</sup> כיום נפרדת הדת מן המדינה בגרמניה, אך ההפרדה חלקית בלבד, שכן ישנו שיתוף פעולה בין השניים. כנסיות וקהילות דתיות עשויות לקבל מעמד מיוחד המתיר גבייה של מס מיוחד מחבריהן. ההכנסות נאספות על ידי המדינה, בתמורה לתשלום מצד הכנסייה למדינה. לימודי דת מהווים חלק מתוכנית הלימודים ברוב בתי הספר הציבוריים בגרמניה, והם מאורגנים על ידי המדינה והקהילה הדתית הרלוונטית. הורה או תלמיד החל מגיל 14, רשאי להחליט שלא להשתתף בשיעורי הדת, אך רוב בתי הספר דורשים השתתפות בשיעורי "פילוסופיה" כתחליף. חלק מבתי הספר הדתיים ממומנים חלקית על ידי המדינה. עם זאת, לא ניתן לחייב איש ללמוד בהם. לאחרונה הצהיר בית המשפט החוקתי הפדרלי כי החוק הבווארי המחייב הצבת צלב בכל כיתה איננו חוקתי (ר' *I BvR 1087/91*, *BVerfGE 93*, 1). בוגריה החליפה חוק זה בחוק הדורש הצבת לתרגום האנגלי של פסק דין זה ר': [http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law/german-cases/cases\\_bverge.shtml?16may1995](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/german-cases/cases_bverge.shtml?16may1995) (נבדק לאחרונה 20/11/05). בוגריה החליפה חוק זה בחוק הדורש הצבת צלב בכל כיתה, אלא שדרישה זו תבוטל אם יגישו הורי התלמידים תלונה רשמית.

למרות התיקון הראשון לחוקה, ארצות הברית נחשבת הארץ הדתית ביותר בעולם הנוצרי. הדבר מתבטא בין השאר במאבק בלתי פוסק על גבולות התיקון הראשון, ובשחיקה הדרגתית בחלק מן הפירושים היותר חילוניים שלו. יותר מזה וחשוב מזה – ארצות הברית מעולם לא הגדירה את עצמה כמדינה **חילונית** דמוקרטית. ואכן חוקרים רבים מצביעים על כך שהקשר עם הדת מוצא ביטוי עמוק במסורת החוקתית של המדינה. כך, למשל, ישיבות הקונגרס האמריקני נפתחות בתפילה (על ידי איש דת מדתות שונות), ובצבא האמריקני יש פונקציה של אנשי דת. על הדולר האמריקני כתוב *In God We Trust* ונימה של דתיות ושל כבוד לאלוהות היא נתון פוליטי ראשוני שם. לא היה זה מקרה שיועציו של גור המליצו לו על בחירתו של אדם דתי (יהודי) למועמד לסגן הנשיא. בוש נראה כמו מוביל חדש של מסעות הצלב, וגם קרי הדגיש לא מעט את הקשר שלו למסורת הדתית. לכן, אין זה מפתיע לגלות שמכלול ההסדרים בענייני דת ומדינה הם דינאמיים למרות התיקון הראשון לחוקה.

גם בארצות המגדירות עצמן כחילוניות בחוקתן (בעיקר צרפת וטורקיה)<sup>18</sup> אנחנו מוצאים מציאות מורכבת ומעניינת של יחסי דת ומדינה. צרפת מממנת כיום חלק ניכר מן החינוך הדתי ומעודדת ארגון של קהילות דתיות. ההתמודדות שלה עם הסימנים התרבותיים המוסלמיים מעוררת מחדש את המחשבה שהיא אינה יכולה ואינה רוצה להתעלם משורשיה הנוצריים. החיפוש אחרי זהות "צרפתית" שתכלול בתוכה בקלות צורות שונות של אמונות דתיות היה קל יותר כאשר היה מדובר בקתולים מאמינים ובאלה שנולדו קתולים אך עברו תהליך של חילון. הוא היה אפשרי כאשר היה מדובר במוסלמים שרצו להפוך מערביים ומוודרניים והיו מוכנים להיטמע בתרבות הצרפתית המערבית. הוא נהיה בעייתי במיוחד כאשר הצרפתים החדשים כוללים מיעוט בולט שאינו רוצה להיטמע ואשר עמדתו כלפי התרבות המערבית-נוצרית היא מתריסה.

לא אכנס כאן לדוגמא המרתקת של טורקיה, אבל אולי די להזכיר כי היא נשלטת עתה (ונשלטה גם בעבר) על ידי מפלגה מוסלמית-דתית.<sup>19</sup> הסדרה של עקרון אי המיסוד **יכולה** להיות כלולה בחלק המבוא של חוקה, אם המכוונים רוצים בכך.

לצורך החלטה אנו צריכים להבין את המצב הקיים בישראל ולחשוב על המצב הנכון עבורה, בהתחשב בתנאיה המיוחדים. הניתוח ההשוואתי הקצר מלמד שהפתרון של "הפרדה" מלאה אינו מקובל, ובוודאי שאינו פתרון הכרחי. ישראל צריכה למצוא לעצמה פתרון ההולם את תנאיה המיוחדים. אלה כוללים, כפי שראינו, את העובדה כי ישראל אמורה להיות המקום בו העם היהודי מממש את זכותו להגדרה עצמית, שיש לה מרכיבים תרבותיים. אין מחלוקת כי

<sup>18</sup> טורקיה רואה עצמה כמדינה בעלת הפרדה כמעט מוחלטת בין דת ומדינה, מאז שנות העשרים של המאה הקודמת. ואולם, ההפרדה הטורקית איננה הפרדה במובן הליברלי הקלאסי, ומשמעות הדבר היא בעיקר כפיפות של הדת לשלטון. האסלאם הסוני, מאורגן דרך המדינה באמצעות 'המחלקה לשירותים דתיים' וממומן על ידי המדינה. קהילות עצמאיות של האסלאם הסוני הן בלתי חוקיות. דתות מיעוט (כמו האסלאם העלווי, הארמנים והיוונים האורתודוקסים) ממומנות גם הן על ידי המדינה ונחשבות ל'דתות עצמאיות'. ר' גם הערת שוליים 9 להרחבה בעניין צרפת.

<sup>19</sup> אם כי זו אינה מפלגה הפועלת בצורה שתעורר בקשת פסילה שלה. בעבר, נפסלו מפלגות בטורקיה בשל פגיעתן בעקרון החילונית, והפסילה אף אושרה על ידי בית המשפט האירופי לזכויות האדם. ר' בעניין זה *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, 41340/98, 41342/98, 41343/98 [2003] ECHR 87 (13 February 2003) לגרסה מקוונת של פסק הדין ר' <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2003/87.html> (נבדק לאחרונה 20/11/05)

התרבות היהודית שזורה בקשרים עמוקים עם המסורת היהודית הדתית. יש מחלוקת, שבה לא נטפל, אם האפיון של יהדות היום מתמצה במרכיבים הדתיים שלה או מוגדר בלעדית על ידם.

### III. המצב הקיים בישראל בנושאי דת ומדינה<sup>20</sup>

כאמור, לא ניתן להגיע להסכמות ממשיות לגבי נושאים אלה בלי לדעת את ההסדר הקיים לפרטיו ואת המידה בה הוא מתיישב עם הסדרים חוקתיים אפשריים. בכל עניין צריך גם לדעת אם יש נכונות ויכולת לשנות את ההסדרים הקיימים כך שהם יתאמו להסדרים החוקתיים המוצעים. בסוגיה זו אקצר מאוד ואפנה את הקורא לסקירה הרחבה הכלולה בחיבור של **ברק מדינה ויואל חשין**. חיבור זה הוכן עבור המכון לדמוקרטיה והונח על שולחנה של וועדת החוקה.

מוסכם כי בישראל מוכרת מידה גדולה של חופש דת. יש גם הסכמה כי יש מרכיבים של חופש מדת שאינם מתקיימים בישראל. בעיקר בשל המונופולין המשפטי לדתות בענייני מעמד אישי ובשל מונופולין דה פקטו שעדיין קיים בנושאי שירותי דת וקבורה. בניגוד לדעות רווחות, **אין בישראל מיסוד של דת מדינה** במובן הפורמאלי של הדבר. המוסדות החוקתיים של המדינה אינם כוללים ביניהם מוסדות דתיים. גם אין בסיס חוקתי לתת לדת היהודית או למוסדותיה מעמד מיוחד מבחינת מיסוד או מבחינת הקצאות. ההסדרים בתחום זה נקבעים על בסיס הסדרים חוקיים. בנושא הקצאות תקציביות מוכר עקרון השוויון, ובג"צ אף החיל אותו על הקצאות לשירותים דתיים במישור שבין יהודים ולא יהודים, כגון החזקת בתי קברות. בג"צ אף החיל את עקרון השוויון בצורה בולטת על הקצאות תקציביות בין זרמים ביהדות.

שוויון פורמאלי קיים לכאורה אף בנושא **המעמד של בתי הדין הדתיים והמועצות הדתיות**. אלה הם גופים שיש להם סמכות כפולה – דתית וממלכתית, והמדינה משתתפת במימונם ובהוצאות החזקתם. בפועל יש טענות קשות על מימון לא שוויוני הן בתוך הזרמים היהודיים והן בין יהודים ולא יהודים.

מדינת ישראל משתתפת במימון **שירותים דתיים**. בישראל יש **מערכת חינוך** ממלכתית דתית במגזר היהודי המקבלת מן המדינה מימון מלא, ובצידה יש מערכות חינוך דתיות שאינן ממלכתיות, יהודיות ולא יהודיות, שהמדינה משתתפת במימונן באופן חלקי. נושא זה נמצא במוקד מחלוקות מתמשכות הן לגבי תקצוב והן לגבי מבנה המועצות. יש כאן היסטוריה לא פשוטה של דיאלוג בין הכנסת, הממשלה ובתי המשפט. גם כאן יש טענות לגבי מימון לא שוויוני בין ממסדים יהודיים ובין יהודים וערבים. טענות אלה, משני המגזרים, מגיעות כבר אל בתי המשפט.

<sup>20</sup> לגבי ההסדרים הקיימים בנושאי דת ומדינה ראו הסקירה המפורטת של ברק מדינה ויואל חשין, שהוכנה עבור המכון לדמוקרטיה, ואשר הונחה באדיבותם של המכון ושל המחברים על שולחן וועדת החוקה.

בישראל יש **רבנות ראשית ורבני ערים** שהם עובדי מדינה וממומנים על ידיה. הם מפעילים גם את שירותי הכשרות המרכזיים (שלצידם יש סידורים פרטיים או פרטיים למחצה של הקהילות החרדיות). בצבא יש **רבנות צבאית**. גם נושאים אלה נמצאים במחלוקת גדולה. יש ויכוחים על דרכי הבחירה של הרבנים, על הצורך בקיומם של שני רבנים במקומות מסוימים, על חובתם של הרבנים לחיות במקומות שירותם ולתת שירות לקהילותיהם, ועל נטייתם של חלק מהם לגבות תשלום עבור שירותיהם.

בנוסף לויכוחים עקרוניים לגבי "כפייה דתית" ישנה גם תחושה של סיאוב ושל השחתה ושל בזבוז ממסדים האלה. מצד שני, בזמן האחרון עובדי המועצות הדתיות סובלים מהלנת שכר מסיבית, בין השאר בשל קיצוצים ובשל אי העברת כספים לכיסוי שכרם.

**חוסר מיסוד מלא היה דורש ביטול של כל ההסדרים האלה ואת הפרטתם של כל הגופים האלה.**

## VI. כמה מסקנות ראשוניות לאחר הדיון בוועדת החוקה של הכנסת

הושגה הסכמה מרשימה למדי בתחומים רבים:

- א. ישראל איננה, ולא נכון שתוגדר בחוקתה, כמדינה חילונית.
  - ב. לא מתאים לאמץ בישראל משטר של "קיר הפרדה" מן הסוג הקיים, לכאורה, לפי התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית.
  - ג. לא תהיה התערבות מטעמי דת באורחות חייהם ה"פרטיים" של אנשים.
  - ד. הפרהסיא הציבורית בנושאים כגון ימי מנוחה היא עניין למשא ומתן פוליטי.
  - ה. אין התנגדות עקרונית בישראל לקיום ממסדים ציבוריים דתיים, ואף למימונם בידי המדינה. כך לגבי מוסדות כגון רבנויות, בתי ספר דתיים וכדומה.
- ו. הושמעו הסתייגויות לגבי פרטים מסוימים בהסדרים הקיימים (איסור גידול חזיר קיבל משקל ומקום גדול למדי, חצי בבדיחות הדעת).
  - ז. הנושא הכבד ביותר בתחום זה הוא ללא ספק ענייני המעמד האישי ובעיקר המונופולין הדתי-אורתודוקסי בנושאי נישואין – ובמיוחד גירושין.
  - ח. נושא הגיור חשוב, אולם לא נדון לעומקו, מאחר ולגבי ענייני מעמד אישי ברור כי הסמכות להחליט לגבי יהדות היא בידי בתי הדין הדתיים המכריעים בעניינים האחרים. נושא זה מרכזי יותר בהקשר חוק השבות, אולם העובדה שבשני המקרים מדובר על "מיהו יהודי" מחדדת את היחסים המורכבים בין יהודיות כחברות בקהילה דתית ויהודיות כחברות בעם היהודי.

ברור לגמרי כי נושא מפתח לגבי ההסדרה החוקתית האפשרית של נושא דת ומדינה הוא נושא הביקורת השיפוטית, או היכולת של בית המשפט – מכוח החוקה – לבטל או לפגוע בדרך של פרשנות בהסדרים המשפטיים שיאומצו (או קיימים) ברמת החקיקה או הפרשנות הקיימת.

ייתכן שיש בין היהודים מי שהיה מבקש להגיע להסדר של הפרדה מלאה בין דת ומדינה, אך נראה שזה הוא מיעוט קטן מאוד. אימוץ עיקרון גורף של חוסר מיסוד אינו מהווה משום כך אופציה ריאלית בהקשר הישראלי. (אגב, סביר להניח כי יש יותר תמיכה בהפרדה כזו במגזר היהודי מאשר במגזר הערבי, שכן בעוד ליהודים יש מוסדות ממלכתיים שאינם דתיים, במגזר הערבי (על כל קהילותיו הדתיות השונות) מבני הסמכות הדתיים חשובים למרקם החיים בקהילה. מצד שני, אין ספק שיש בציבור הערבי על קהילותיו השונות מתחים מעניינים בין דתיות ומודרנה, שכיום אינם באים לידי ביטוי מלא בשל העימות היהודי-ערבי).

## 1. פרהסיא

בנוסף, הגענו להסכמה עקרונית על הסעיף העוסק ב**פרהסיא** בישראל, אם כי לא ברור אם כולו או חלקו צריכים להיכלל בחוקה (ולא רק בחוק רגיל, כפי שהמצב היום):

### הסדרים של פרהסיא בישראל:

- א. ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל הם שבת ומועדי ישראל. לא יהודים רשאים לשבות בהגיהם.
- ב. ימי מנוחה לא יועסק אדם ולא תתקיים פעילות מסחרית או יצרנית אלא בתנאים שייקבעו בחוק.
- ג. בחדרי אוכל המופעלים על ידי מוסדות ציבור ממלכתיים ומשרתים את הציבור בכללותו תישמר הכשרות. כלל זה אינו חל על מוסדות המשרתים ציבור שבעיקרו אינו יהודי.

המטרה של הכללת סעיפים אלה בחוקה היא כפולה: **ראשית**, יש כאן מטרה חינוכית-סמלית. **שנית**, יש כאן מטרה משפטית – צמצום החשש כי המחוקק הישראלי יקבע הסדרי שבת וימי מנוחה או כשרות שלא יעמדו בתנאים אלה. אין הכרח לקבוע הסדרים אלה בחוקה על מנת להגן עליהם מפני ביטול, שכן יש טיעון כבד משקל לפיו אין חוסר התיישבות ביניהם ובין עקרונות יסוד או זכויות האדם. ואכן, בית המשפט קבע רק לאחרונה כי הסדרי השבת בישראל מתיישבים עם חוק יסוד: חופש העיסוק, **בפרשת Design 22**.<sup>21</sup>

ייתכן כי יהיה מי שיטען כי הסדרי השבת והכשרות בישראל אינם מתיישבים עם החופש מדת. טענה זו הועלתה כלפי קביעת ימי מנוחה על פי המסורת הדתית-תרבותית של הרוב בארצות אחרות שיש בהן חוקה וסעיפים העוסקים בחופש דת ומצפון אולם בכל המדינות המערביות היא נדחתה וכך לאחרונה גם אצלנו בעניין Design 22.<sup>22</sup> יצוין כי החוקה קובעת

<sup>21</sup> בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 ואח' נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת - אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה ואח' (טרם פורסם) תק-על 2005 (2) 14.  
<sup>22</sup> שם, שם.

רק את העיקרון, וכי פרטי ההסדרים ממילא נתונים להחלטת המוסדות הפוליטיים, על בסיס ארצי או מקומי.

צריך להדגיש כי ההסדר כאן לגבי כשרות איננו מעגן מונופולין אורתודוקסי בעניין הכשרות. החובה כאן, שיכול שתיקבע בחוק, תהיה חובה של שקיפות ובהירות, כך שאדם הרוצה לשמור כשרות על פי השו"ע יוכל לעשות כן. פרט למוסדות המפורטים כאן – אין חובה על מסעדות או על מוסדות לשמור כשרות בכל המסעדות המצויות בפיקוחם או בשטחם (כגון מכלול המסעדות באוניברסיטאות, כל עוד מטבחים רשמיים הממלאים פונקציה כללית (כגון מועדון הסגל) שומרים על כשרות.

מצד שני, מקומות שבהם אין אפשרויות אכילה ממשיות חלופיות, כגון אלה בצבא, בבתי חולים, או במוסדות ציבוריים אחרים, חייבים להיות כשרים על מנת לאפשר לכל אלה הנזקקים להם לאכול בהם. מי שנזקק לרמת כשרות "חזקה" יותר מזו של הרבנות הראשית זכאי לקבל, במידת האפשר, התחשבות בצרכיו המיוחדים, אולם אין חובה כללית לעמוד בתנאים אלה.

## 2. מעמד אישי<sup>23</sup>.

וועדת החוקה (בהרכב מצומצם למדי של חברי כנסת) קיימה כבר דיון טעון מאוד בסוגיה של הזכות למשפחה. בדיון זה הוברר כי אין הסכמה על מה יהיה כלול ב"משפחה" וכי אין הסכמה לגבי זכויות שונות הנגזרות מאפיון מערכת קשרים מסוימת כעניין של משפחה. באותו דיון צוין גם כי יש הרבה חוקות בעולם שאין בהן ציון מיוחד של הזכות למשפחה. הנטייה הייתה לדון בסוגיות המתעוררות מתוך דיון בזכות לשוויון, ולא לכלול בפרק הזכויות זכות למשפחה או זכות להינשא. כך נעשה גם בטיטת ההצעה של המכון לדמוקרטיה. הדיון בוועדת החוקה התנהל לפחות בשתי רמות: מה צריכים להיות ההסדרים המהותיים? מה צריך להיות היחס בין הסדרים חוקתיים והסדרים חוקיים.

### בדיון הושגו ההסכמות החשובות הבאות:

- המצב המשפטי הקיים איננו קביל. צריך לתת לאזרחי המדינה אפשרות להינשא בארץ
- יש נכונות גדולה להכיר בזכויות מעשיות וכלכליות של בני זוג מכל הסוגים
- במסגרת עסקת חבילה, סביר כי יתקבל הכלל הדורש שאדם המבקש להינשא יהיה פנוי גם על פי דיני דתו, וזאת על מנת למנוע מצבים שבהם יוכל להינשא על פי דיני המדינה מי שאינו פנוי על פי דיני דתו וייווצר חשש (לפחות ביהדות) לממזרות.

### לגבי רמת ההסדר התעוררה מחלוקת:

<sup>23</sup> אני מפנה לעניין זה לפרק השני באמנת גביזון-מדן ולדיון השיטתי בחלופות המעשיות שמקיים שחר ליפשיץ במאמר המונח על שולחנה של וועדת החוקה.

- לפי גישה אחת יש לכלול בחוקה רק הסדר "רזה מאוד" ולהשאיר את כל ההסדרים לרמת החקיקה.
- לפי גישה אחרת יש לכלול בחוקה פירוט "בינוני" של רמת ההסדרים. במסגרת גישה זו הועלו כמה עקרונות:

דוגמא להסדר חוקתי ברמת בינונית:

- מדינת ישראל מכבדת את חיי המשפחה של תושביה.
- פרטים לגבי הסדרי משפחה ייקבעו בחוק או על פיו.
- לא יינשא אדם בישראל אלא אם כן הוא פנוי הן לפי דין המדינה והן לפי דינו הדתי.

סעיף זה מצהיר כי המדינה מכבדת את חיי המשפחה ומשאיר פתוחה את השאלות 'מה היא משפחה' או 'איך ניתן ליצור אותה'. הסעיף מעביר **למחוקק** את הסמכות לקבוע את הפרטים הנוגעים לדיני משפחה. הוא משאיר פתוחה גם את השאלה אם הצורה היחידה המוכרת היא זו של משפחה גרעינית מסורתית – גבר ואישה נשואים וילדיהם. האילוץ **החוקתי** היחיד על המשפחה הוא איסור הביגמיה, אבל גם הדרישה כי אדם לא יוכל להיחשב פנוי, ולכן להינשא על פי דיני המדינה, אם אינו נחשב פנוי הן על פי דין המדינה והן על פי דינו הדתי. במלים אחרות, סעיף זה כולל את ההתניה לפיה מי שנישא בבי"ד רבני יתגרש בו. אולם הוא מנוסח בצורה המחילה אותו לא רק לגבי יהודים, וגם לגבי יהודים שנישאו בטכסים דתיים מגוונים. רוח הסעיף מחייבת כי "הדין הדתי" לצורך זה יהיה הדין הדתי במשמעותו המחמירה, או הדין הדתי המקובל על כל זרמי הדת ולא רק על חלק מהם. מצד שני, הסעיף משאיר פתוחה את האפשרות כי ההלכה תקבע כי יהודי שנישא על פי דיני המדינה (ובכוונה תחילה שלא על פי ההלכה) אינו נחשב נשוי על ידיה ולכן אינו חייב בגט באמצעות הליכים המתקיימים בבתי דין דתיים אם ברצונו לנתק את הקשר.

עקרון חוקתי זה יכול להתיישב גם עם המצב המשפטי הקיים, שכן הוא אינו קובע כי לכל אדם זכות להקים משפחה על פי בחירתו. הוא מכבד את חיי המשפחה של תושביו, אולם יש למחוקק היתר לקבוע איך ניתן להקים משפחה הראויה על פי העיקרון הזה לכבוד (סעיף ב' להצעה).<sup>24</sup> מצד שני, בפועל יש בישראל אנשים רבים החיים בהסדרים שונים של קשרים מתמשכים. חלקם

<sup>24</sup> קביעה זו מעוררת שאלה כללית, שנצטרך לדון בה בהמשך כאשר נדון במכלול. בחוקות רבות נקטו בלשון של הכרזה עקרונית, יחד עם קביעה מפורשת כי פרטים ייקבעו בחוק, כדרך ברורה לתת למחוקק את הסמכות לחוקק את ההסדרים המפורטים באותו עניין. כאשר רצו להגביל את סמכותו של המחוקק, ולהעניק לבתי המשפט סמכות לעשות ביקורת חוקתית על החקיקה, סייגו את היכולת לחוקק בנושא המוצהר בצורות מיוחדות. אלא שבחלק מן החוקות האלה קראו בתי המשפט לתוך החוקה מעין סעיף כללי המאפשר לבתי המשפט לבחון את הוראות החוק במסגרת פסקת הגבלה גם כאשר הנוסח של החוקה התכוון להעביר את סמכות ההסדרה הספציפית לידי המחוקק בלי הגבלה כזאת. כך נעשה כבר בישראל על ידי השופט ברק בפסק הדין בעניין **חירות** (בג"ץ 212/03 **חירות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות**, (טרם פורסם) תק-על 2003 (1) 287) בו הוא קובע מפורשות כי טכניקה כזו של חקיקה עדיין מכפיפה את החקיקה לביקורת שיפוטית על פי פסקת ההגבלה. זאת אומרת, בית המשפט יוכל לבחון בכל מקרה אם החוק הוא לתכלית ראויה, ואם הפגיעה שהוא פוגע בזכות אינה עולה על הנדרש. אחת הסיבות להעדיף כאן קביעת עקרון ולא הכרזה על זכות הוא הרצון להימנע מהחלה אוטומטית של פסיקה זו על נושא זה. יש צורך לחשוב על ההשלכות של הפסיקה הזו גם לגבי פרק הזכויות כולו (בעיקר בנוגע לזכויות החברתיות והכלכליות), ויש צורך למצוא דרך אפקטיבית למנוע מצב שבו הסדר שבמסגרתו החוקה מתכוונת להעביר סמכות בעניין מסוים, כפוף לאילוצים חוקתיים ספציפיים, למחוקק בלבד, "יינוכס" במסגרת פרשנות על ידי גופים המפרשים או מיישמים את החוקה.

מוגדרים כמשפחות על פי חוקי המדינה משום שזכו להכרה על פי חוקיה על סמך נשואי חו"ל. חלקם זוכים לחלק גדול מן ההטבות שהחוק מעניק למשפחות על פי פרשנות מרחיבה של דיני ה"ידועים בציבור". כך לגבי פסולי חיתון למיניהם, וכך גם לגבי מי שבחר לא להינשא. כך גם, במידה גוברת, לגבי זוגות חד מיניים. העיקרון החוקתי מתיישב, ואולי אף תומך, במציאת פתרונות משפטיים יצירתיים שיסייעו למי שחי במסגרתן של "משפחות אחרות" כאלה.

למרות שהמצב המשפטי הקיים, על פי הפרשנויות המרחיבות שניתנו לו, נותן מענה סביר לחלק ניכר מן הבעיות **המעשיות** העומדות בפני מי שאינו יכול או אינו רוצה להינשא על פי הדין, יש משהו בעייתי מאוד במצב לפיו יש אנשים – בני דתות שונות, פסולי חיתון או "פסולי מצפון" מטעם עצמם, וכן בני אותו מין – שאינם יכולים על פי הדין הקיים **להינשא** במדינת ישראל. המשאלה שלהם להכרה סמלית ביחסים החשובים להם, ובעיות מעשיות שונות במצב הקיים, יוצרים צורך לבחון שינויים במצב המשפטי הקיים.<sup>25</sup>

הסעיף הזה, יחד עם סעיפים כגון זכויות לשוויון וזכויות לכבוד, עשויים להוות בסיס לתביעות להביא את המדינה להכיר בנישואים אזרחיים או אף בנישואין של בני אותו מין באמצעות **פרשנות של בתי המשפט**. פרשנות כזו אינה נזקקת, כפי שכבר ראינו, לביטול חוקים. לכן, היא מתאפשרת הן במצב הקיים ללא חוקה, הן לפי טיוטת המכון לדמוקרטיה, והן לפי הנוסח המוצע כאן.

נראה כי אם המחוקק אינו רוצה שבתי המשפט יעסקו בהרחבה פרשנית של סעיפים למשפחות "אחרות", כדאי למחוקק להבהיר את עמדתו בנושא. ההימנעות משינוי המצב הקיים, על רקע המצב המשפטי, אינה הצהרה מספקת. שכן, במקרים רבים הרשות המחוקקת, או לפחות חלקים בה, מעדיפים שבית המשפט יבצע שינויים שהם אינם יכולים או אינם רוצים לבצע שכן הם חוששים מתגובת בוחריהם או פועלים במסגרת אילווציהם הקואליציוניים בצורה המנוגדת למצעם ולהעדפות בוחריהם. כאשר הכנסת אינה מצליחה לשנות חוקים בתגובה על פסיקת בית

<sup>25</sup> האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות כוללת, בצד כבוד למשפחה, גם זכות להינשא **ללא הפליה**. אלא שמדינת ישראל רשמה הסתייגות מפורשת לסעיף זה בשל המצב המשפטי הקיים בה.

#### "Article 23

1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.
2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.
3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.
4. States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children"

#### Israel - Reservation:

"With reference to Article 23 of the Covenant, and any other provision thereof to which the present reservation may be relevant, matters of personal status are governed in Israel by the religious law of the parties concerned.

To the extent that such law is inconsistent with its obligations under the Covenant, Israel reserves the right to apply that law."

המשפט ניתן בהחלט לטעון כי בעצם ישנה תמיכה של רוב המחוקקים בהסדר שנוצר על ידי בתי המשפט.<sup>26</sup>

הכנסת גם צריכה לקבל על עצמה את האחריות שלעתים הימנעות שלה משינוי מפורש של החוק עלולה לגרום לכך שהחוק יתפתח בצורה בלתי רצויה, שכן דרך פיתוח המשפט של בתי המשפט, שנעשית אגב פסיקה, פחות ישירה ולעתים פחות טובה משינוי חוק באופן מכוון על ידי המחוקק עצמו. כך, למשל, אם הכנסת לא תמסד צורות אחרות של זוגיות – סביר להניח כי במשך הזמן יגבר הלחץ להכיר בהרחבה של מוסד הנישואין עצמו. הלחץ על מוסד הנישואין עצמו עשוי להיות חלש יותר אם המדינה תמסד במקביל לו צורות של יחסי משפחה השונות מנישואין.<sup>27</sup> חשוב להזכיר כי הדינאמיקה הזו קיימת גם במצב הקיים, ללא חוקה, כך שהיא איננה "סכנה" מיוחדת הנובעת מכינונה של חוקה. אמנם בית המשפט אינו יכול כיום ל**בטל** את חוק נישואין וגירושין אבל ההכרה השיפוטית בזכויות והטבות "יידועים בציבור" וההרחבה של האפיון של בני זוג בחוקים אף כאשר מדובר בהם ב"גבר ואישה" הם כלים שיפוטיים הקיימים ללא חוקה ומופעלים בפועל. יש בהם ללא ספק עקיפה דה פקטו של המונופולין של בתי הדין הדתיים על דיני הנישואין והגירושין בישראל. כך נעשה גם בהלכות כגון **בבלי**.<sup>28</sup>

לציבור הדתי ההסדר המוצע עשוי להיתפס כהכרחי: במצב זה, גם אם תהיה הגמשה בחקיקה הנוגעת לנישואין וגירושין לא רק בצורות כגון ברית זוגיות, אלא גם במוסד הנישואין עצמו (כפי שמציעה אמנת גביזון-מדן) ואף אם תאומץ הצעת שיפמן לפיה הנישואין הרשמיים יהיו רק אזרחיים ואנשים יוכלו לבחור להוסיף להם גם טקס דתי לפי בחירתם - לא יהיה מצב שבו דיני המדינה יאפשרו נישואי אשת איש או ביגמיה ולכן לא יהיה מצב שבו המדינה תעודד היווצרותם של ממזרים. מובן כי ההסדר החוקתי המוצע אינו **מעגן** בחוקה את התפיסה היהודית של המשפחה הדתית, אולם הוא גם אינו מוציא את ההסדר מידיה של הכנסת, ממש כפי שקיים היום. הסעיף בא להדגיש כי עקרון היסוד הזה של ההלכה יהיה חוקתי אף אם בהעדר הסעיף ניתן היה לתקוף אותו.

כאמור, סעיף כזה גם יכול להתיישב עם המשך המצב הקיים, זאת אומרת עם מצב שבו לא יהיה כל שינוי חוקתי של המונופולין האורתודוקסי על נישואין וגירושין. אולם אפשרות כזו תוכל להתקיים רק אם לא יהיה מנגנון אכיפה של ההסדר החוקתי, או שהכנסת תוכל לשמר את הסטאטוס קוו בחקיקה מיוחדת, או אם יהיה סעיף שמירת דינים, שכן עקרונות החוקה האחרים אינם מתיישבים עם המצב הקיים בצורה ברורה. אבל גם בהעדרם של כל אלה – זה הסדר המגן

<sup>26</sup> מנגנון מורכב זה מחייב מחשבה ברורה בנוגע לדרכים שבהן יותר לבית המחוקקים "להתגבר" על פירוש החוק בידי בתי המשפט. ברור, כי יש צורך לשנות את האווירה הפוליטית לפיה עצם הניסיון לתקן באמצעות חקיקה פרשנות שניתנה על ידי בית המשפט לחוק מהווה התנהלות פגומה הפוגעת בבית המשפט. שכן, המדובר בחלק מהדיאלוג שבין הרשות המחוקקת והשופטת. לבית המשפט סמכות לפרש את החוק באופן מוסמך, אבל הסמכות לקבוע את החוק היא בידי המחוקק. בנוסף, שינוי החוק על ידי המחוקק צריך לעמוד במבחנים מהותיים של מוסר פוליטי ותבונה פוליטית. מצד שני, בנושאים שבהם הסמכות צריכה להישאר בידי המחוקק, לא נכון יהיה לדרוש רוב גדול מידי על מנת לשנות חוק בתגובה לפירוש שאינו נראה למחוקק.

<sup>27</sup> הניסיון בארצות אחרות מלמד כי שני התהליכים מתקיימים במקביל. הכרה בזוגיות חלופית אכן מאטה את הלחץ להכרה בנישואין חד מיניים, אבל מצד שני היא גם מחזקת אותן. מבחינת מי שמתנגד להכרה בנישואין כאלה, יש פה שאלה מרתקת של משפט וחברה...

<sup>28</sup> בג"ץ 1000/92 **חיה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2) 221.

על ההכרחי מבחינת הדת, ומאפשר גמישות רבה יותר למתן מענה לצרכים האישיים והדתיים של פרטים ושל צבורים שונים בישראל.

אני רוצה להבהיר כי זו הצעה לדיון ולא הזדמנות לשכנע. חוזקה הוא בכך שדומני שכל בעלי הדעות שהושמעו בדיון בוועדה יכולים לחיות אתה, גם אם היו מעדיפים הסדרים אחרים. נראה לי שהיא עשויה להתאים גם לקהילות הלא יהודיות החיות בישראל. הסעיף החוקתי הזה פותח פתח לבטל בישראל את שיטת המילט. קהילות דתיות בעולם החיות במסגרת דמוקרטיות מערביות יכולות ולעתים בוחרות להמשיך לשמור את דיני המשפחה הדתיים שלהן. הן תוכלנה לעשות גם בישראל. אבל הסעיף מבטיח כי בישראל, אפילו יונהגו בה נישואין וגירושין אזרחיים, אדם הנחשב נשוי על פי דיני דתו לא יהיה כשיר להינשא מחדש, כך שהשגת גט פיטורין כאשר הוא נדרש לא תהיה רק עניין פרטי שאנשים רוצים להסדיר, כפי שהדבר קיים בארצות אחרות, אלא יהיה מצוות המדינה עצמה.

פה עלולה לשוב ולהתעורר השאלה החוזרת: אם החוקה המוצעת נותנת לדתות בכלל, ולדת היהודית בפרט, בתחום דיני המשפחה, רק מה שנותנות דמוקרטיות מערביות "רגילות" - מה המובן שבו מדינת ישראל היא מדינה "יהודית"? ראשית, אמרנו כבר כי ישראל אינה "יהודית" במובן של "נוצרית" או "מוסלמית". אבל שנית, וחשוב יותר, רק בישראל יש בכנסת ובבית המחוקקים רוב יהודי. לחלקו תפיסה דתית שלמה של המשפחה וצורת התנהלותה הראויה. אבל גם לחלק גדול מאלה שאינם שומרי מצוות ממש יש הכרה בחשיבות הגדולה של המסורת, ובמסגרתה גם של דיני המשפחה, לתרבות היהודית. לכן אין זה מקרה שרבים היו רוצים שיהיו בישראל נישואין אזרחיים, אבל אומרים כי גם אם היו נישואין כאלה היו נישאים בעצמם בנישואין כדת משה וישראל. לכן סביר כי לא ימצא בישראל רוב להצעתו של שיפמן, למרות האלגנטיות שלה (לרבות בקהילות הלא יהודיות). סביר גם להניח שגם אם יהיה שינוי מוסכם בחקיקה הנוגעת לנישואין וגירושין יהיה בה ביטוי, סמלי ומעשי, לקדימות הנודעת בישראל למשפחה היהודית המסורתית-דתית. אבל אחרונה, ואולי חשוב ביותר, מבחן היהודיות אינו צריך להיות בעיקר ברמה החוקית והמשפטית. הוא צריך להיות ברמה התרבותית. המצב המשפטי הקיים היום, עם המונופולין שלו על ענייני נישואין וגירושין, אינו מונע נשואי תערובת והכרת המדינה בהם. גם לא סביר שהוא משפיע על צורת החיים של אנשים המקיימים יחסים הומוסקסואליים. סביר להניח כי הוא מרחיק יהודים לא מעטים מצורות נישואין מסורתיות דתיות. ייתכן שהגמשה של **דיני הנישואין של המדינה** עשויה להביא דווקא לרענון וחיזוק **בהשפעה התרבותית והחברתית של מסורת ישראל** על תחום מרכזי זה. כך אני מפרשת את העובדה שיוזמות לשינוי בתחום זה באות מחוגים רבים של שומרי מצוות, לרבות הרב הראשי היוצא הרב בקשי-דורון.

עשויה להתעורר שאלה מה יהיה דינם של **בתי הדין הדתיים** אם יתקבל הסדר חקיקתי שיבטל את **חובת** ההיזקקות להם. (אני קיוויתי להגיע לדיון במעמד אישי דרך הדיון במיסוד...). דתיים מרחיקי ראות (לא רק יהודים) יבקשו לעגן בחוקה את העובדה כי בתי דין כאלה ימשיכו להתקיים במדינה ואף להיות ממומנים על ידיה על פי מספרם של אלה שייזקקו להם. אם לא

יעשו זאת, הרי שאם המגמה האנטי-דתית תתעצם ותתחזק, יכול להיות שיאומץ הסדר חקיקתי שינסה להפריט לחלוטין בתי דין דתיים (במסגרת הסיסמא של "הפרדת הדת מן המדינה"). עיגון חוקתי כזה הוא חלק ממה שקהילות דתיות יכולות להשיג אם תהיינה מוכנות לקיים משא ומתן אמיתי לגבי הסדרים חוקתיים. אין מניעה עקרונית לכלול אותן בחוקה. גם כיום נראה כי פרק השפיטה כולל התייחסות מפורשת לעובדה שיש סמכות שפיטה רשמית בידי בתי דין דתיים. אבל מיסוד כזה אינו נדרש על פי מהות החוקה.

### 3. חופש דת

אני מניחה כי בפרק הזכויות תיכלל הזכות לחופש הדת. אינני צופה קושי בהכרה של חופש דת במובן שהמדינה לא תתערב ולא תצווה על אדם להמיר דתו או לא לעסוק בפולחניה.

כאן אני רוצה להציע כי ייכללו בה גם סעיפים הנוגעים להיבטים קהילתיים של חופש הדת. נדון בנושא זה במסגרת זכויות המיעוטים, אבל נושא זה הוא חלק מן "ההון הפוליטי" שצריך לטפל בו במסגרת של "פשרות חוקתיות". סגירת רחובות בשבת, למשל. או אוטונומיה בנושאים מסוימים. או היתר להתייעץ עם רב מקובל על אדם בסוגיות כגון השתלת איברים. וכמובן עניינים של חינוך או מנגנונים מיוחדים של כשרות או יישוב סכסוכים. לאוטונומיה דתית יכולים להיות גם היבטים מרחביים. הן לגבי יהודים (יישובים חרדיים, שכונות דתיות ולאחרונה גם הגנה על שכונות חילוניות) והן לגבי קהילות לא יהודיות (ראו למשל הויכוחים בעניין הכנסייה והמסגד בנצרת, כפרים לדרוזים או הגבלת כניסה של לא דרוזים, ומתחים בין קהילות דתיות שונות ביישובים ערביים כגון מר'אר). שוב, אלה הם יסודות קיימים במידה רבה. אבל יכול להיות שהם עלולים להיות פגיעים לשינויים פוליטיים. חוקה, כזכור, היא דרך לעגן את עיקרי הדברים כך שיהיו פחות פגיעים לרוב מזדמן בבית המחוקקים. **צריך להסדיר הן את האפשרות שמוסדות כאלה יוכרו ויפעלו, והן את האפשרות שהם ימומנו, באופן חלקי או מלא, על ידי המדינה.**<sup>29</sup>

חופש הדת כולל כמובן גם את ההגנה על חופש הפולחן של תת-קהילות דתיות. החוקה אינה כופה (ואינה יכולה לכפות) קהילה אחת להכיר בחברתה כקהילה דתית "לגיטימית", אבל היא אמורה לאפשר לשתייהן להתקיים ולקיים את פעילותן. שתי התביעות מוגנות מכוח חופש הדת.

חשוב גם לזכור כי בנוסף לחופש דת במובן הגנה על חירות הדת קיים הנושא של הסדרה ומימון של שירותי דת. איני מציעה לעגן בחוקה את הנושא של המועצות הדתיות והמבנה הקיים שלהן. אך לטעמי החוקה אינה צריכה למנוע קיומן של מועצות כאלה או להטיל מגבלות על מימון ציבורי של שירותי הדת.

<sup>29</sup> ניתן לטעון כי מימון ציבורי של מוסדות דתיים, כגון בתי ספר, בתי דין, רבני עיר וכדומה נוגד את דרישת חוסר המיסוד. אמרנו כבר למעלה כי מקובל עלינו שבישראל לא יאומץ העיקרון של חוסר המיסוד של התיקון הראשון. אולם כאן יש להוסיף כי גם בארצות הברית יש הטוענים כי יש מתח פנימי בין שני תת הסעיפים של התיקון הראשון שכן מחויבות שלמה לחופש הדת עשויה לחייב השתתפות ציבורית מסוימת במימון שירותי דת וכי אין להפלות שירותי דת לרעה מול צרכים קיבוציים של חלק מן האוכלוסייה כגון ספורט או אופרה. יתירה מזו, בשנים האחרונות ניכרת שחיקה ממשית בגישת בית המשפט העליון ורשויות המדינות כלפי סעיף חוסר המיסוד וישנה נטייה גוברת לא לאסור על צורות שונות של תמיכה כספית של השלטון בשירותי דת ובמוסדות דתיים המספקים שירותי חינוך או בריאות לאוכלוסייה בכללה.

זה פחות או יותר המצב הקיים כיום, אבל החוקה נועדה להבטיח כי יהיה קשה יותר לשנות את המצב בתנאים פוליטיים חדשים בעתיד.

**לסיכום**, אני הייתי מסיימת בזאת את מה שהייתי כוללת בחוקה בנושאי דת ומדינה. חלק מן ההבנות שהיו לנו הן "נגטיביות" – **איננו** רוצים הפרדה. זה לא דבר שצריך לכתוב בחוקה. אפשר לכתוב, אם כי זה כלול בחופש הדת, כי יש בישראל **קהילות דתיות** וישראל מכירה בהן ומכבדת אותן. ניתן לכלול הכרזה כזאת בפרק העקרונות. ניתן להתייחס בו **למקומות קדושים**, ברמה של התחייבות לשמור אותם ולכבד אותם ולאפשר כניסה אליהם. ההסדר החוקתי לא יפתור בעיות כמו כניסה של יהודים להר הבית או תפילה של נשות הכותל כדרכן, והוא אינו אמור לפתור אותן.

מן השלישייה שהזכרתי למעלה (חופש הדת, חופש מדת ועקרון חוסר המיסוד של הדת) נותר רק **החופש מדת**. אני לא הייתי כוללת התייחסות לסוגיה זו בהסדר **החוקתי**. כזכור, הסדרים חוקיים נקבעים על ידי המחוקק. בבית המחוקקים בישראל ימשיך להיות, בעתיד הנראה לעין, רוב שאינו תומך בכפייתם של אנשים על ידי החוק לשמור מצוות דת **מטעמים דתיים**. לפעמים אולי יצליחו חוגים דתיים להשפיע על ההסדר החוקי בישראל בשל מעמדם כלשון מאזניים. הם אולי יפעלו משיקולים דתיים. אבל פעילותם הפוליטית בנושא זה אינה שונה מפעילות פוליטית של כל קבוצת אינטרס או קבוצה אידיאולוגית המצליחה להתאים את המצב המשפטי להעדפותיה.

יש נסיבות שבהן פגיעה בחופש מדת עולה כדי פגיעה ממשית בזכויות אדם. כך זה כאשר מחייבים אדם להיזקק לצורך נישואין לטקס דתי ולאנשי דת. האמירה כי הוא יכול לא להינשא אינה ממשית. (כאמור, מונופולין אורתודוקסי על נישואין הוא גם פגיעה בחופש מדת של לא אורתודוקסים). כאשר אדם חייב להיזקק לממסדים דתיים על מנת לממש זכות יסוד שלו – זו פגיעה שיש למנוע. אבל החלטה שלא להתיר גידול חזיר במקומות מסוימים, גם אם אינני תומכת בה לגופה, איננה פגיעה בזכות יסוד. אלה הם נושאים המתאימים בהחלט להכרעה ברמה הפוליטית הרגילה.