



המכון הישראלי לדמוקרטיה

# דת ובג"ץ: דימוי ומציאות ב. מודל תלת-ממדי למדידת אקטיביזם שיפוטי

מרגית כהן ומרדכי קרמניצר  
בהשתתפות אלי לינדר ואביטל בגין

נייר  
עמדה 57

ירושלים, סיוון התשס"ה, יוני 2005

**המכון הישראלי לדמוקרטיה** הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

נוסף על כך המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על ידי הצגת מידע משווה בנושאי החקיקה ובדרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי ביצוע ואנשי אקדמיה ועל ידי פרסום מחקריו.

עורך ראשי: אורי דרומי  
ראש מינהל הוצאה לאור: עדנה גרניט  
עורכת הספרייה: יעל מושיב  
עריכת לשון: תמי אילון-אורטל  
רכז הפקה: נדב שטכמן  
עיצוב גרפי: רון הרן  
סודר ונדפס בהתשס"ה ב'ארט פלוס', ירושלים

מסת"ב: ISBN 965-519-000-5

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה  
Copyright by The Israel Democracy Institute  
Printed in Israel 2005

**מרגית כהן:** ד"ר למשפטים באוניברסיטת לסטר  
**מרדכי קרמניצר:** עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופ' למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים  
**אלי לינדר:** בוגר הפקולטה למשפטים והחוג לפילוסופיה באוניברסיטה העברית בירושלים  
**אביטל בגין:** עוזרת מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה וסטודנטית לתואר ראשון במשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

## תוכן העניינים

5	פרק ראשון – מבוא
11	פרק שני – 'דת ומדינה'
13	פרק שלישי – דת ומדינה בישראל – סקירת הספרות
13	1. מגמות כלליות
15	2. הספרות בנושא האקטיביזם של בית המשפט העליון
17	3. אקטיביזם ודת: הערכות בספרות הישראלית החדשה
27	פרק רביעי – אקטיביזם שיפוטי
27	1. מודלים קיימים
36	2. המודל המוצע
37	א. מישור נייטרלי צופה פני עבר
37	ב. מישור נייטרלי צופה פני עתיד
40	ג. מישור ערכי
48	ד. סכמה – פרמטרים לבחינת רמת אקטיביזם
57	פרק חמישי – אקטיביזם בהחלטות בג"ץ: יישום
57	1. יישומים אפשריים
60	2. הערכה כמותית – פסיקה בענייני דת ומדינה
60	א. בג"ץ בבלי (1994)
74	ב. בג"ץ פסרו (גולדשטיין) (1995)
89	פרק שישי – סיכום והערכה
93	ביבליוגרפיה
124	English Summary



נייר עמדה זה הוא חלק מסדרה של פרסומים שעניינם בשתיים מן המחלוקות היסודיות המפלגות את החברה הישראלית וכרוכות זו בזו: המחלוקת בענייני דת ומדינה והמחלוקת שעניינה הלגיטימיות של המוסדות השלטוניים של המדינה, ולענייננו – הלגיטימיות של בית המשפט העליון, בעיקר בשבתו כבג"ץ.<sup>1</sup> בדיונים במסגרת המחלוקת השנייה נעשה שימוש במונח 'אקטיביזם', המעלה קונוטציות מקונוטציות שונות, לחיוב ולשלילה, בין היתר על רקע טיעונים בדבר עשייה שיפוטית, שהיא פוליטית במהותה.

העיסוק הציבורי בשתי מחלוקות אלו רחב ביותר. הוא מתנהל בכל הזירות הציבוריות: בפוליטיקה, במנהל, בתקשורת ובציבור הרחב. גם בהקשרים האקדמיים ניתנה לנושאים אלה תשומת לב רבה בדיסציפלינות מחקריות שונות במדעי החברה, הרוח והמשפט. רבות עסקו במעמדו של בג"ץ במישור המשפטי והחברתי הכללי. מחקרים אלה פועלים בכיוונים שונים. הם מנתחים מגמות שיפוטיות בבג"ץ על בסיס תקופת-היסטורי בד בבד עם פילוח לנושאים ולמטריות והערכה של המגמות המזוהות. אחרים משלבים בבחינה העיונית גם חקר עמדות ציבוריות כלפי בג"ץ דרך מחקר עמדות אמפירי.<sup>2</sup>

לא מעט מכתיבה זו משלב בין שתי המחלוקות. כתיבה הדנה בעשייתו של בג"ץ ובמקומו בחברה הישראלית נוטה להתייחס לשאלות דת ומדינה כדוגמה מרכזית לאקטיביזם ולשברו. כתיבה המתמקדת בסוגיות דת ומדינה כורכת מטבע הדברים דיון בבג"ץ, משום שבג"ץ משמש אחד ממוקדי ההכרעה – ומוקדי המחלוקת – הרגישים ביותר בהקשר זה. כך, מחקר העוסק באחד הנושאים צפוי שיפרוס מבטו גם לעבר השני.

רוב המעשה המחקרי בסוגיה זו מבוסס על כמה מוסכמות. כל אחת מעלה כמה וכמה שאלות הראויות לבחינה.

1 מעניין לבדוק עד כמה מחלוקת זו משפיעה על הלגיטימיות של בתי משפט נמוכים יותר, העשויים להיתפס – באופן שאיננו מדויק – כגופים שאינם עוסקים בסוגיות ציבוריות חשובות.

2 לסקירה כללית של הספרות בישראל הנוגעת לדת ומדינה ראו בפרק שלישי סעיף 3 להלן. נתמקד במיוחד בשני פרסומים: גביון, קרמניצר ודותן, תש"ס-2000; רדאי, תש"ס-2000.

1. המחקר מזהה ומקבע תמונה מוסכמת באשר לעשייה של בג"ץ. על פי התיאור המקובל, במהלך שנות קיומו בג"ץ הלך והעמיק את ביקורתו הן מבחינת היקפה הן מבחינת סגנונה. ניתוח מסוג זה כורך עמו, דומה שבאופן טבעי כמעט, זיהוי של תהליך דומה בתחום הדת והמדינה. חלק מן המחקר קובע קשר ישיר בין העלייה ברמת האקטיביזם השיפוטי לבין העלייה ברמת הניכור של הציבורים הדתיים והחרדיים מבית המשפט העליון, ניכור המגיע לשיאו בשלילת כל לגיטימיות של בג"ץ על ידי חלקים חרדיים שראשיהם משתייכים גם לתנועות פוליטיות חרדיות. תיאור זה זוכה לשתי הערכות נורמטיביות מנוגדות. לפי הראשונה, העשייה של בג"ץ הובילה לפגיעה במעשה הדמוקרטי. בג"ץ, כלומר שופטיו, וליתר דיוק חלקם האקטיביסטי, נטלו לעצמם כוח החורג מהכוח שהרשות השופטת צריכה להפעיל בד בבד עם קידום מערך ערכי מסוים על חשבון עמדותיו של הציבור בכללותו. בכך בג"ץ הוא אחראי מרכזי להגברת תחושות השלייה והניכור בקרב ציבורים דתיים מסוימים. לפי ההערכה המנוגדת הרחבת הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי ומוסדותיו תרמה לקידום ערכים של הגינות ודמוקרטיה מול הידרדרות קשה בערכים אלה בציבוריות הישראלית וניצול כוח פוליטי להתרחקות מערכים של פלורליזם דתי וחירות המצפון. עמדה זו רואה בבג"ץ גוף הניצב באומץ לנוכח דילול אידאולוגי של מערכות ציבוריות אחרות והמשמר כמיטב יכולתו ערכים חיוניים לחברה דמוקרטית חופשית.

ההיקף והעצמה של המחלוקת בעניין זה מסיטים מעט את תשומת הלב מן הצורך לבחון מחדש תפיסות שהפכו לכמעט אקסיומטיות: עלייה ברמת האקטיביזם השיפוטי בתחום הדת והמדינה מול הידרדרות ערכים חברתיים. פרופ' רדאי, שבחנה בשנת 2000 את העשייה השיפוטית בסוגיות הקשורות לדת ומדינה, הסיקה בסופו של המחקר כי "לפי הרקורד של בית המשפט, אי אפשר להצביע על אקטיביזם שיפוטי רב בתחום דת ומדינה"<sup>3</sup>. מסקנה זו עשויה להפתיע הן לנוכח התיאור המקובל בדבר עלייה ברמת האקטיביזם של בית המשפט העליון הן לנוכח הביקורת הציבורית כלפי בג"ץ, המתמקדת בצורה בולטת בתחומי דת ומדינה. היא מצדיקה בחינה ואישוש. האם אכן הרחיב בג"ץ את ביקורתו בענייני דת ומדינה לאורך השנים? ולחלופין האם יש לזהות

3 רדאי, שם, עמ' 388.

רק שינוי טון רטורי שאין בו שינוי מהותי, ואולי השינוי הרטורי הוא שינוי שולי בלבד, או שאיננו קיים כלל? ועוד: האם אכן תיאור ההידרדרות משקף מציאות? ואולי ה'הידרדרות' המתוארת איננה אלא ביטוי לשקיפות המתחדדת בזירה הציבורית, שהיא תולדה של פתיחות מוסדית רבה יותר ומעורבות אקטיבית של אמצעי התקשורת ככלבי שמירה של הדמוקרטיה?!

2. הדיונים במעמדה של הדת במדינת ישראל וביחסו של בג"ץ לסוגיה זו אינם מבחינים די הצורך בין **תחומים והקשרים שונים**. במקרים רבים הכותרת 'דת ומדינה' מקבצת עניינים מגוונים. ניתוח העשייה השיפוטית בתחום דת ומדינה משלב לעתים קרובות פסיקה הדנה למשל, בהכרעות של בתי דין רבניים, בבחירתן ובהרכבן של מועצות דתיות ברשויות מקומיות ובהחלטות מנהליות שעניינן שמירת השבת ברשות הרבים. גם הכרעות הקשורות להרשעתם של אישים מן המגזר החרדי עשויות למצוא מקום בניתוחים כאלו. רק מחקרים מעטים מבצעים פילוח נושאי מסוג זה, ובמיוחד יש להדגיש את מחקרה של פרופ' רדאי. במקביל חלק משמעותי מהמחקרים מתמקד בתחום או בהקשר מסוים, במיוחד בענף שעניינו היחסים המורכבים בין בג"ץ ובין בתי הדין הרבניים. קישור בין שני כיוונים אלו, והאפשרות לחדד את שניהם, ייעשה על ידי הבחנה מוקפדת בין סוגיות משנה והקשרים שונים. ייתכן שניתוח מובחן כזה יזהה מגמות שונות, ואולי אף מנוגדות, בכמה מסוגיות משנה אלו. זיהוי כזה ניתן לכמה הערכות. האם יש להסיק ממנו כי הניתוחים הכוללים לוקים בהכללת יתר וכי ראוי לפרק את הסוגיה לגורמיה? או שמא יש להבחין בהשלכותיה הרחבות יותר של פסיקה בנושא משנה מסוים, הגולשות באופן טבעי להקשרים רחבים? במילים אחרות, בבחינת השלכותיה של הכרעה בנושאי דת ומדינה האם רצוי לבחון את ההכרעה ברמה נושאית-ספציפית או לשייך אותה לרמה חברתית-כללית יותר? יש להוסיף כי ניסיון לאתר שונות, אם זו קיימת, עשוי לספק תמונה מדויקת יותר גם באשר לשאלה הכללית.

3. גם הנחת יסוד נוספת, שעניינה **ירידת קרנו של בג"ץ בקרב הציבורים הדתיים והחרדיים**, מצריכה בדיקה ופירוק לגורמים. במקום לכנס ציבורים אלה לקבוצה אחת, האם אפשר לזהות הבדלים ממשיים בין פלחים שונים של ציבור זה ביחס לתפיסתם את בג"ץ? ממה מושפעת תפיסתם את בג"ץ? כיצד קוראים ציבורים אלו את פסקי הדין שעניינם דת ומדינה?

4. חלק מן הדנים בסוגיה טוענים כי ההתנגדות לעשייה השיפוטית היא תוצאה ישירה של **התגברות המגמה של פרסום פסקי דין ארוכים, מרחיבים ועתירי הערות אגב**, שאינן נדרשות לשם הכרעה בסכסוך העומד לדיון. מגמה זו עצמה, כך נטען, היא **טעם חשוב להתגברות ההתנגדות**. במילים אחרות, חלק מן האחריות להתנגדות זו מוטל על בית המשפט עצמו ונובע מן הטענה בדבר תהליך מתגבר של חריגה מעבר לתפקיד השיפוטי (תפקיד שיפוטי במובן של הכרעה משפטית בסוגיה המחייבת הכרעה כזו). יש לבחון אם אכן קיים יחס כזה בין רמת ההתנגדות ובין היקף הפסיקה וטיבה. כלומר, האם פסיקה קצרה, העושה שימוש באמצעים פרוצדורליים נטולי תוכן ערכי מפורש או בהנמקה משפטית-טכנית, זוכה להתנגדות מועטת יחסית?
5. חלק נכבד מן המחקרים מתמקד ב**פסקי דין שזכו לתהודת שיא ציבורית ופוליטית**. אלא שפסקי דין אלה הם יחידים לעומת עשייה רבה, ולא ברור אם הם מייצגים נכונה את מכלול העשייה השיפוטית. האם תתקבל תמונה שונה אם המחקר יתרחב לעבר העשייה השיפוטית הכללית של בג"ץ? האם יתברר, למשל, שמול כל פסיקה הסותרת תפיסות חרדיות קיימת גם פסיקה המתיישבת עמן, או שאכן פסקי הדין 'הקנוניים' משמשים דוגמה טובה לעשייה השיפוטית הכללית? אם אכן יימצא שהעשייה השיפוטית הכללית מייצגת תמונה שונה מזו הנלמדת מפסקי הדין המרכזיים האמורים, האם יידרש ניסוח מחודש של יחסו של בג"ץ כלפי הציבור החרדי? ואולי נכון להתמקד בפסקי הדין האמורים, גם אם אינם מייצגים את כלל הפסיקה, מתוך ראייה שיש בהם ביטוי להיקפה של העשייה השיפוטית ולפוטנציאל שבידי הרשות השופטת, שהוא עצמו בעל משקל פוליטי וחברתי?

אלו שאלות מורכבות. בנייר עמדה זה נתמקד רק בהיבט אחד שלהן – בחינה של המונח השגור כל כך: 'אקטיביזם שיפוטי'. נפתח בבחינה קצרה של הסוגיה החברתית-ערכית-פוליטית, הזוכה לכינוי 'דת ומדינה', על מאפייניה החברתיים והאקדמיים. עיקרו של הדיון בנייר עמדה זה הוא בבחינת המושג 'אקטיביזם שיפוטי', הזוכה לשימוש נרחב ורב-אופנים בזירות החברתיות והפוליטיות, ולא רק בישראל. במסגרת זו נציג מודל תלת-ממדי שיאפשר בדיקה של רמת האקטיביזם השיפוטי באופן המשקף את מגוון האופנים שבהם עשויה הרשות השופטת להשפיע בזירה החברתית-פוליטית. סקירת חלק מן הספרות העשירה בישראל, הדנה בסוגיות של דת ומדינה



ובאקטיביזם שיפוטי, תלווה בהחלת המודל האמור על שני פסקי דין שזכו לתהודה ציבורית באופן שיספק הערכה מורכבת ומדויקת יותר של רמת האקטיביזם המגולמת בהם.



בהקשר הדמוקרטי צמד המילים 'דת ומדינה' משקף מתח אפשרי בין המערכת הערכית-מוסרית המשתקפת בדת ובין המסגרת החוקתית והמוסדית של המדינה והזמנה לבחון אפשרויות לפתרונו של מתח זה.<sup>4</sup>

בשיח הערכי-חוקתי נהוג להצביע על שתי חירויות יסודיות, שהן היבטים שונים של זכותו היסודית של אדם לחיות בהתאם לאמונותיו ולהשקפותיו – החירות לחיות חיים בהתאם לציוויים ולאמונות דתיות ('חופש הדת') והחירות לבחור באורח חיים שאיננו מקושר, מוסדית או אישית, עם עקרונות או הסדרים דתיים ('חופש מדת'). בהקשרים החברתיים, הפוליטיים והמשפטיים של מדינת ישראל יש לחירויות אלו ביטויים רבים ומגוונים. ראוי לשים לב לכך שהמושג 'דת ומדינה' נתפס בעיני ציבורים רחבים במשמעות רחבה, שאינה כוללת רק סוגיות 'קלסיות' שעניינן חופש הפולחן והחופש מדת (למשל, הזכות להינשא בטקס אזרחי, חופש הפולחן של זרמים יהודיים לא-אורתודוקסיים וכיוצא באלה). משמעות זו מכנסת בתוכה גם סוגיות אחרות במכלול הרחב של יחסי מדינה-פוליטיקה-דת, כגון הקצאת דיור לציבור דתי, הקצבות ותמיכות לתלמידי ישיבה ולציבורים חרדיים, שעון קיץ, ואף הליכים פלילים ותוצאים אחרים שלהם, הקשורים בהעמדה לדין של אישים מן הפוליטיקה הדתית.

משמעות רחבה זו מבוססת על טיבה של המחלוקת הישראלית בנדון. בשל עומקו של השסע הערכי, הציבורי והפוליטי באשר למקומה של הדת במערכת הפוליטית והחברתית במדינת ישראל, המשתתפים בשיח על אודות דת ומדינה בחברה הישראלית מגייסים עניינים מעניינים שונים למחלוקת העקרונית, גם כאשר אלה היו יכולים להיות מסווגים כמשתייכים מהותית למטריות אחרות. פרשת כביש בר אילן, למשל, איננה יכולה להיות מזהה כמערכת שאלות של חופש תנועה בלבד, כיוון שהיא הפכה לסמל של מאבק בין מגזרים דתיים וחילוניים; כך גם הפסיקה שעניינה העמדה לדין של אישים פוליטיים המקושרים למגזר הדתי, בעיקר לש"ס. מבחינה מושגית ראויה אפשר לשייך פסיקה זו כולה לתחום של טוהר מידות פוליטי, אולם היא נתפסת, לפחות בעיני המגזר שאליו אישים פוליטיים אלה שייכים,

4 לסקירת ספרות בנושא ראו פרק שלישי.

כמשתייכת לתחום הרחב שעניינו היחס בין דת ובין מוסדות ציבוריים ומקומה של המערכת השיפוטית בקביעת מאפייניו של יחס זה. ביטוי ברור להרחבת בסיס הפסיקה הנדונה בכותרת 'דת ומדינה' אפשר למצוא במאגר פסקי הדין של 'מנוף': המרכז למידע יהודי.<sup>5</sup> כותבי מאגר זה מבקשים להוכיח כי "בית המשפט העליון הפך לבית משפט פוליטי המכריע בעניינים ערכיים וחברתיים באופן חד צדדי ועקיב נגד ערכים ומוסדות שאינם משתייכים לקבוצת ההתייחסות הסוציולוגית שלו".<sup>6</sup> לשם כך הכותבים נטלו, לפי הצהרתם, "כמקרה מבחן את פסיקות בג"ץ בנושאי דת". בין פסקי הדין הנכללים בידי כותבי הפרסום כ"נושאי דת" מופיעים כאלה שעניינם, בין היתר, כהונתו של סמנכ"ל המוסד לביטוח לאומי שמונה בידי השר אלי ישי, הרשעה בגין הכאת ילדים כאמצעי חינוכי, הענקת פרס ישראל לשולמית אלוני וסכסוך שעניינו פינוי מוסד תורני ממקרקעין. ביקורת על בחירה זו נעשתה על ידינו בנייר עמדה קודם יחד עם זיהוי שגגות מהותיות בפרסום, שגגות המעמידות בספק חמור את מסקנותיו.<sup>7</sup> לענייננו כאן די להצביע על האופן שבו סוגיות שונות 'מגויסות' לניהול מחלוקת אידאולוגית-עקרונית.

5 באתר האינטרנט של 'מנוף' הגוף מזוהה כ"מרכז מידע שעוסק בהסברה, במידע ובתקשורת". מטרותיו המרכזיות הן "שינוי מטען הדעות הקדומות והסטריאוטיפים שיש נגד חרדים בישראל באמצעות הפקה של מידע, חומר הסברה ופרסומים, מאבק נגד עיוותים ופירסומים תקשורתיים מעוותים, סיוע לדוברים חרדים ולאנשי תקשורת".

ראו [www.manof.org.il](http://www.manof.org.il)

6 שם.

7 כהן, לינדר וקרמניצר, 2003.

## דת ומדינה בישראל – סקירת הספרות

### 1. מגמות כלליות

יחסי דת ומדינה בישראל נדונים בבמות ציבוריות מגוונות ובמגוון רחב של דיסציפלינות מחקריות.<sup>8</sup> הבסיס למורכבות המיוחדת של הסוגיה נעוץ במבנה היחסים שבין "שתי מערכות משפט שאינן מתואמות ביניהן ונתפסות על ידי קהלי היעד שלהן כצרות זו לזו".<sup>9</sup> מחקרים היסטוריים מתמקדים בתולדות הציונות הדתית,<sup>10</sup> בפולמוס בין הציונות ובין מתנגדיה מטעמים דתיים<sup>11</sup> ובתולדות יחסי דתיים-חילוניים במדינת ישראל.<sup>12</sup> המחקר הסוציולוגי-תרבותי הנוגע ליחסי דתיים-חילוניים במדינת ישראל נרחב.<sup>13</sup> המכון הישראלי לדמוקרטיה הוציא לאור פרסומים מספר העוסקים בסוגיה.<sup>14</sup> לאלה מצטרפים מחקרים העוסקים במעורבותם החברתית ובמשקלם הפוליטי של תנועות ומפלגות דתיות<sup>15</sup> וספרות שנכתבה בידי עיתונאים, אישי ציבור ואחרים, המגלים רגישות לסוגיה. חלקם הפכו לרבי מכר.<sup>16</sup> יחסי דת ומדינה נחקרו לעומקם בהגות היהודית-דתית ('מחשבת

- 8 ההפניות בחלק זה של נייר העמדה אינן יכולות לעשות צדק עם המחקר העשיר והמעמיק בסוגיה, על כל היבטיו. הפרסומים הנזכרים מספקים דוגמות למחקר.
- 9 שטרן, תש"ס-2000, עמ' 5. לשיטתו של שטרן "שתי השיטות טוענות לבלעדיות בהסדרה של המציאות, ובכך רומזות על העדר הלגיטימיות של השיטה האחרת" (הנ"ל, תשס"ג-2002, עמ' 26). ראו גם ברזילי, תשס"ד, עמ' 587.
- 10 ראו למשל שלמון, תש"ן; שורץ, 1999; לוז, 1985, עמ' 299-335. בנוגע ליישוב הדתי הלא ציוני ראו פרידמן, תשל"ח, 2001.
- 11 ראו למשל אבני ושמועוני, תש"ן, עמ' 51-88; לוז, 1985, עמ' 269-298; פרידמן, 1991, עמ' 286-385.
- 12 ראו למשל שגב, 1984, עמ' 188-243; שלהב ופרידמן, תשמ"ב.
- 13 ראו למשל ליבמן, 1990, במיוחד הילמן, שם, עמ' 54; תבורי, שם, עמ' 103; ולר וטפר, שם, עמ' 171; שלהב ופרידמן, תשמ"ב; רביצקי, 1997; מאוטנר, 2002/3 א; מאוטנר, 3/2002 ב; פיגה, 2003, עמ' 56.
- 14 רביצקי, 1997, תשנ"ט-1998, תשס"ד-2004; שטרן, תשס"ד-2004, תש"ס-1999, תש"ס-2000; דוד, תש"ס-2000.
- 15 ראו Schiff, 1997; רענן, 1980; זילצר, 1991; נויברגר, 1997; א' כהן, 2002; א' כהן וזיסר, 2003.
- 16 לספרות מן השנים האחרונות ראו רכלבסקי, 1998; שטרית, 1998; לוי, 1989; רהט, 1998; דיין, 1999; ניר, 1999; שלג, 2000; אילן, 2001; גרינפילד, 2001; לנגטל ופרידמן, 2002.

ישראל), הדנה במשמעותה הדתית של המדינה בכלל ושל מדינת ישראל בפרט.<sup>17</sup> מחקרים נוספים מתמקדים במקומה של ההלכה ותרומתה האפשרית למשפט המדינה.<sup>18</sup>

הספרות המשפטית הדנה ביחסי דת ומדינה בישראל יוצאת משתי נקודות מבט שונות. קיימת ספרות ענפה הבוחנת יחסי דת ומדינה באספקלריה של המשפט העברי.<sup>19</sup> בצד זו הסוגיה נבחנת מנקודת המוצא של הדין הישראלי, וכאן ישנה ספרות המציגה מסגרת תאורטית לדיון<sup>20</sup> וכזו העוסקת במשפט הישראלי הנוהג. חלק מן העוסקים במשפט הנוהג דנים בסוגיה כחלק מדיון רחב יותר על העשייה השיפוטית במשפט הישראלי והקשריו הרעיוניים והחברתיים.<sup>21</sup> אחרים מטפלים כללית בסוגיית הדת והמדינה בישראל.<sup>22</sup> חלק אחר מתמקד בסוגיות ספציפיות של דת ומדינה כפי שהן משתקפות בחיקוקים מסוימים ובפסיקות מסוימות במשפט הישראלי. כך למשל נחקרו סוגיות כשרות,<sup>23</sup> גיור,<sup>24</sup> נישואין וגירושין,<sup>25</sup> קבורה,<sup>26</sup> פירוש 'מורשת ישראל' בחוק יסודות המשפט, תש"ס-1980,<sup>27</sup> חופש

- 17 ראו למשל Falk, 1981; Sicker, 1988; אנגלרד, 1996; רביצקי, 1998.
- 18 ראו למשל ליבוביץ, 1979; ח' כהן, תשנ"ה; רביצקי, 1998; ברלהוף, התשס"ב-2002; שטרן, 2002, 2004.
- 19 לדיון הנרחב בדבר היחס שבין המשפט העברי, המדינה ומשפט המדינה ראו אלון, תשכ"ח; בזק, תשכ"ט-1969, תשמ"א; Englard, 1975; שוחטמן, תשמ"ב, תשנ"ה; ורהפטיג, תשמ"ט; שטרן, 1999, 2000; שילה, תש"ס-2000; שפירא, 2003.
- 20 ראו למשל לורברבוים, תשנ"ח-1998; קירשנבאום, 1990; גביוון, 1994; Sapir, 1999; סטטמן וספיר, 2004/5.
- 21 ראו המקורות הנוכחים בפרק השלישי, סעיף 2 להלן וכן Dotan, 1998, pp. 432-474; ברזילי, תשס"ד, עמ' 605-622.
- 22 לדוגמות חשובות לדיון רב היקף זה ראו אלון, תשכ"ט; אנגלרד, 1970, 1972/3; שטרית, תשל"א/ב; ברנזון, תשל"ג, עמ' 405; שלח, 1990; רובינשטיין, 1996, כרך א: עמ' 111-226; בן-דור, 1996; Lapidoth, 1998; שטרית, 1999; ח' כהן, תש"ס-2000; סטטמן וספיר, 2004/5; קורינלדי, 2003.
- 23 ראו למשל אנגלרד, תשכ"ו; רוזן, תשמ"א (חילופי מכתבים בין המחבר, שהיה המפקח הראשי על ביצוע חוק איסור גידול חזיר במשרד הפנים, ובין השופט צבי ברנזון); ח' כהן, 1994; כשר, 1994; ברק-ארז, 2003, עמ' 403.
- 24 ראו למשל שאקי, תשל"ז; ח' כהן, 1986; קורינלדי, 1993; ברק-ארז, תשס"ג-2003, עמ' 48-54.
- 25 ראו אטינגר, 1972, עמ' 428; שיפמן, תשנ"ה ותשמ"ט, 2000; שאוה, תשנ"ה/ו, 2001; הלפרין-קדרי, תשנ"ז, תשס"ב; ליפשיץ, תשס"ב; קורינלדי, 2004, עמ' 175-230; ברק-ארז, 2003, עמ' 101-107.
- 26 ראו למשל שוחטמן, תשמ"ט-תש"ן; שטרנהל, 1994; סטטמן, 1996.
- 27 קשת, 1980/1; חשין, 1982; פרוקציה, 1984; קירשנבאום, תשמ"ו/ז; שילה, תשמ"ז; ברק, תשמ"ז; ח' כהן, תשמ"ז; בן-מנחם, תשמ"ז; דויטש, תש"ן.

הפולחן במקומות קדושים, בעיקר בירושלים,<sup>28</sup> וגיוס בחורי ישיבות לצה"ל.<sup>29</sup> נדבך חשוב לדיון האקדמי נובע משילוב התיבה 'מדינה יהודית ודמוקרטיית' בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, ששילבה את שאלת מקומה של הדת בדיונים עקרוניים על אודות מהותה של החוקה הישראלית המתגבשת.<sup>30</sup>

רוב רובה של ספרות זו רואה בעשייה השיפוטית ביטוי חשוב, אם לא מרכזי, של הדין הנוהג בְּמִטְרָה. אין ביכולתנו להקיף את מכלול העמדות והדעות המוצגות בספרות זו. נתמקד להלן בכתיבה שעיקר עניינה בעשייה השיפוטית ובבחינתה בהקשר הכללי של דת ומדינה.

## 2. הספרות בנושא האקטיביזם של בית המשפט העליון

אין חולק על כי בית המשפט העליון, במיוחד בשבתו כבג"ץ, קבע כבר מן השנים הראשונות לפעולתו קו פעולה המעגן ערכים ליברליים דמוקרטיים מגוונים וכי הוא מגן עליהם תוך הישענות על מסורת דמוקרטיית ליברלית מערבית. במשולב עם תיאור זה מוצגת העשייה השיפוטית הכללית של בג"ץ בעשורים הראשונים למדינה כעשייה אקטיביסטית ברורה.<sup>31</sup> כדברי נשיא בית המשפט העליון יצחק אולשן:

בלי שהוחלט על כך במפורש, החל בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק להרחיב ולהעמיק את הביקורת על המינהל הציבורי, בהשוואה למקובל באנגליה או בארץ ישראל המנדטורית. היה זה תהליך טבעי, תוצר של הרצון להגיע לתוצאה צודקת בעניינים שהובאו בפנינו.<sup>32</sup>

הכתיבה בנדון, השייכת לעשורים הראשונים, חוזרת ומדגישה היבט זה. שנים ספורות לאחר מכן הביא השופט ברנזון לידי ביטוי קונקרטי כמה

28 ראו למשל לפידות, תשנ"ט-1999; רמון, 2001; שרגאי, 1995, עמ' 281-316; ברקוביץ, 2000, עמ' 57, 84-94.

29 ספיר, תשס"א; ברק-ארז, 2003, עמ' 84-91.

30 ראו אלון, תשנ"ג-1993, עמ' 189, 1996; ברק-ארז, 1996; גביוון, 1994, 1999; מרגולין, תשנ"ט; יי כהן, 2001.

31 ראו למשל שפירא, תשל"ג; ויתקון תשכ"ב-1962; דינשטיין, תשל"ט.

32 אולשן, תשכ"ט.

מאפיינים של אקטיביזם בדיונו בפסיקה בענייני דת ומדינה בשנות ה-60.<sup>33</sup> השופט ברנזון הכיר אמנם בכוח הכנסת לפגוע בחופש הדת והמצפון, כפי שעשתה לדעתו בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, אך מאמרו עמוס בדוגמות מפסיקות בג"ץ בשנות ה-50 וה-60, אשר ביטלו תקנות וחוקי עזר עירוניים שהייתה בהם משום פגיעה בחופש הדת והמצפון.<sup>34</sup>

בכתיבתו בתחילת שנות ה-90 הציג מנחם מאוטנר תמונה של עשייה שיפוטית, שהתאפיינה במעבר מפורמליזם לערכים. בג"ץ מתואר כגוף ה"ממקם עצמו בבירור ובמובלט בעמדה של מי שאמור לקבוע את התכנים הערכיים של החיים בארץ... בית המשפט הוא איפוא אקטיביסטי מבחינה זאת שהוא מרחיב את היקף חלותן של נורמות המשפט ואת היקף הפיקוח שמפעילה המערכת המשפטית".<sup>35</sup>

במקביל, כמה משופטי בית המשפט העליון שבחנו עשייה זו הדגישו את הסכנות הכרוכות בה. כך נשיא בית המשפט העליון לשעבר משה לנדוי, המבקר את "המגמה האקטיביסטית הזאת, המבקשת לחבוק עולם ומלואו

33 ברנזון, תש"יג. במילותיו: "הנסיונות המרובים שנעשו... לקבוע ענינים, סדרים ודפוסים התנהגות, המושתתים על מצוות הדת, ללא הסמכה מפורשת מהכנסת, נופצו אל סלע בתי המשפט והושמו לאל על ידם בכל המקרים". שם, עמ' 410.

34 שם, עמ' 410-412. כתיבה אחרת מן הצד 'יהדתי' מתמקדת בעשייה שיפוטית ספציפית, ומזהה עשייה שיפוטית בעייתית. אטינגר למשל מבקר את פסיקותיו של בג"ץ בנושא קידושין פרטיים של בני זוג האסורים להינשא זה לזה על פי דין תורה (לפי סדר הופעתם במאמר: בג"ץ 51/69 **רודניצקי נ' בית הדין הגדול לערעורים**; בג"ץ 275/71 **כהן-מלר נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א**; בג"ץ 29/71 **קידר-כהן נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א**). טענתו של אטינגר היא שבעשותו כן בג"ץ חרג מסמכותו לפי חוק, אשר בגדרה הוא יכול להתערב בחלטות בית הדין הרבני רק במקרים של חריגה מסמכות, ולהפך: "לערכאת ערעור על החלטות בתי הדין הרבניים, דבר המתבטא בבדיקת פסקי דין רבניים לגופם, תוך הסקת מסקנות שונות, ונטילת סמכות ללא סמכות". הנ"ל, 1972, עמ' 439; ראו אנגלרד, תשכ"ו. אנגלרד מבקר במאמרו את הכרעת בג"ץ בעניין **מרבק** הקובעת כי אין לרבנות סמכות להתנות מתן תעודת כשרות בהגבלת שיווק של בשר לאטליזים כשרים ובאיסור שיווק של הטרפה הנותרת לאחר שחיטת הבשר ליהודים (בג"ץ 195/64 **החברה הדרומית בע"מ "מרבק" נ' מועצת הרבנות הראשית**). לטענתו, בג"ץ טעה בכך שהתייחס לרבנות הראשית כאל כל רשות מרשויות המדינה הכפופות לפיקוח בג"ץ וכי לאמתו של דבר הרבנות היא בגדר מוסד הלכתי עליון, אשר בתור פוסק ומחוקק הלכה עומד מחוץ לפיקוחו של בג"ץ. שם, עמ' 78. לרבנות הראשית ויחסה לעקרונות של מנהל ציבורי ראו ינון ודוד, 2000.

35 מאוטנר, תשנ"ג-1993, עמ' 108.



בזרועות הביקורת השיפוטית",<sup>36</sup> וכך בעמדותיו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון לשעבר מנחם אלון.<sup>37</sup>

לקולות המבקרים האוחזים בתפיסת עולם המצדדת בעשייה שיפוטית מרוסנת מצטרפת ביקורת ערכית-נורמטיבית הבאה הן מן 'הצד הדתי' הן מן 'הצד החילוני'. כך למשל טען הרב שמחה מירון כי "אין כמעט מקרה, שהזרוע השיפוטית של המדינה הושיטה סעד לאזרח יהודי דתי, עקב פגיעה בחופש הדת שלו".<sup>38</sup> מירון חתם את מאמרו מ-1973 בקביעה כי "קיים משבר של חוסר אמון מצד הציבור הדתי בארץ בפסיקתו של בית המשפט העליון בנושא חופש דת".<sup>39</sup> שלושים שנה לאחר מכן טענו זיסר וכהן כי בית המשפט העליון הפך לשחקן מרכזי בהתפתחות הפוליטיקה המשברית<sup>40</sup> בין השאר משום ש"לאקטיביזם השיפוטי מצטרפת עובדת נטייתו של בית המשפט לכיוון הליברלי החילוני".<sup>41</sup> לו היה בית המשפט יוצר רושם של איזון בין נטייה לעמדות חילוניות ובין נטייה לעמדות דתיות, ייתכן שפסיקותיו היו מתקבלות ללא סערה ציבורית.<sup>42</sup>

מן הצד שאיננו משקף עמדות 'דתיות' דווקא, בולטת כתיבתה של פרופ' רות גביזון. זו תנוחה בהרחבה להלן.

### 3. אקטיביזם ודת: הערכות בספרות הישראלית החדשה

חלק מן הכתיבה דלעיל משלבת, כפי שהראינו, הערכות באשר למידת האקטיביזם בנושאי דת ואף באשר לשאלה הנורמטיבית: האם אקטיביזם זה רצוי? כמה חיבורים העוסקים בדת ומדינה תורמים גם להערכות על אודות העשייה השיפוטית של בג"ץ בנדון. שלושה פרסומים משנת 2000 יידונו להלן.

- 36 לנדוי, תשמ"ט, עמ' 5, 6.
- 37 אלון, תשנ"ג-1993, עמ' 213-214.
- 38 מירון, תשל"ג, עמ' 414, 426.
- 39 שם, עמ' 432. ראו גם שאוה, תשנ"ה/ו.
- 40 א' כהן וזיסר, 2003. לפוליטיקה הסדרית ופוליטיקה משברית ראו בספרם, בעיקר פרק 2.
- 41 שם, עמ' 96.
- 42 שם. יודגש כי כהן וזיסר מתייחסים לאפקט הציבורי של הפסיקה, ולא לתוכנה המהותי.

יאיר שלג, העוסק בעיתונות ובפובליציסטיקה בשאלות דת ומדינה, מספק דוגמות רבות לפסיקות בג"ץ ש"הסעירו את הציבור הדתי", כלשונו,<sup>43</sup> אך "יחד עם זאת", הוא כותב, "ראוי להדגיש שבניגוד לדימוי הרווח בחוגים דתיים, נראה שעיקר השינוי בתחום הזה איננו עצם הנכונות של בג"ץ להעדיף את זכויות האזרח על פני הנוהג הדתי (כך נהג בג"ץ בכל השנים, כמו בפרשת רס"ן שליט או בהיתר שהעניק לשידורי טלוויזיה בשבת) אלא מידת התכיפות של השאלות המובאות לפתחו של בג"ץ בעניינים האלה".<sup>44</sup> בבואו לדון בגילויי אקטיביזם שיפוטי בשנים האחרונות שלג מגלה גישה זהירה. ראויה לעיון היא אבחנתו כי "מאז הוטחה בו הביקורת הנוקבת על הפרת האיזון ביחסי דת ומדינה ועל התערבות יתר לטובת עמדות חילוניות, נעשה בג"ץ זהיר יותר. בכמה הזדמנויות בשנים האחרונות נוטים שופטי בג"ץ הדנים בסוגיות רגישות של דת ומדינה, להחזיר את הכדור לכנסת (כמו בעניין ההכרה בגיורים לא אורתודוקסיים) או לזירה הציבורית (כמו בעניין הקמת ועדת צמרת לעניין כביש בר-אילן)".<sup>45</sup>

ספרם של גביון, קרמניצר ודוּתן<sup>46</sup> מתמקד בסוגיה הכללית שעניינה האקטיביזם השיפוטי של בג"ץ וההערכה שבמסגרת אקטיביזם זה ניתן מקום גם לבחינת האקטיביזם בתחום הדת והמדינה. חלקו של דוּתן בספר הוא סקירה מקיפה המגוללת את תהליך העצמת האקטיביזם של בג"ץ, ששיאו בעשורים האחרונים. תהליך זה הובל על ידי בג"ץ והביא לתפיסה שונה של תפקידו של בית המשפט העליון במישור הציבורי: מגוף המכריע בסכסוכים תופס בג"ץ את עצמו כגוף הנוטל על עצמו סמכות מפקחת על אכיפת שלטון החוק ובוחרן סוגיות העומדות במחלוקת מתוך הכרעה בין עמדות ודרישות סותרות.

התאוצה בתהליך, מראשית שנות ה-80, נזקפת לזכות שני סוגי מהלכים. ראשית, בג"ץ מגלה נכונות רבה יותר להתערב בעתירות המובאות לפניו, וזאת על ידי הפחתה מהותית במשקלם של תנאי הסף לדיון בבג"ץ (זכות העמידה והשפיטות) בצדה של נכונות פרשנית לחצות מחסומים סטטוטוריים שהוצבו בפני ביקורת שיפוטית, כמו התנאי הסטטוטורי שקבע לכאורה שיקול דעת מוחלט לרשות.<sup>47</sup> שנית, הורחבו עילות הביקורת השיפוטית גופן

43 שלג, 2000, עמ' 293.

44 שם, עמ' 292-293.

45 שם, עמ' 294.

46 גביון, קרמניצר ודוּתן, תש"ס-2000.

47 דוּתן, תש"ס-2000, שם, עמ' 7-15.

— הן במשפט המנהלי (פיתוח דוקטרינות הסבירות והמידתיות, החלה של חובת ההגינות המנהלית) הן במשפט החוקתי (חיזוק מעמדם של עקרונות היסוד של השיטה, פירוש רחב של חוקי היסוד מתשנ"ב והכרה שיפוטית ביכולת ערכאות שיפוטיות לבטל חקיקה הפוגעת בזכויות המוגנות בחוקי יסוד אלה).<sup>48</sup> תהליך זה בא לידי ביטוי בגזרות מגוונות,<sup>49</sup> ובהן גם גזרת הדת והמדינה. גזרה זו מוצגת כאחת הדוגמות הברורות של אקטיביזם. חלק מן הפסיקה המוצגת בידי דותן שייכת לשנות ה-60 וה-70. בכל זאת דותן מצביע על תהליך של הרחבה בהיקף המעורבות בתחום זה, המגולמת בנכונות לבקר פעולות של רשויות שלטוניות שונות הנשלטות על ידי הממסד הדתי האורתודוקסי, בין היתר מתוך הישענות רבה יותר על עקרונות היסוד של השיטה המשפטית, במיוחד על הבטחת חירויות הפרט.<sup>50</sup>

גביזון וקרמניצר בוחנים תהליך זה בחינה ביקורתית. לגישתה של גביזון השינויים שחלו באופן תפקודו של בג"ץ משקפים תהליך של מעבר מתפיסה ערכית אחת לשנייה תוך הרחבת העמדה המקורית לפיה תפקידו של השופט לעשות צדק בין שני צדדים בהתאם לחוק. התפיסה המאפיינת את 'בג"ץ החדש' לוקה לדעתה בטשטוש ההבחנות בין מקרים פרטיים לבין נורמות כלליות, בין החוקי לבין הראוי, וכמו כן בין זכויות הפרט לבין שלטון החוק. בהקשר של שלטון החוק היא מטעימה כי בקיומה של חקיקה שיפוטית המתייחסת לרשויות המנהל, יותר משהרשויות מוכפפות ל'שלטון החוק' הן מוכפפות ל'שלטון של אנשים', דהיינו השופטים. "טשטוש זה של התחומים", כך גביזון, "גורם, מצידו, להעצמת המימד המשפטי על חשבון המוסר הציבורי והפוליטי, ולחיזוק האפקט המכשיר של החלטות בהן בג"ץ אינו פוסל את מעשי הרשות".<sup>51</sup> גביזון מבהירה כי אינה מאמצת את הטענה לפיה עקרון הפרדת הרשויות מחייב הימנעות מביקורת שיפוטית על החלטות של גורמים מחוקקים ומנהלים, אך היא קובעת כי כאשר בית המשפט — החסר אחריות

48 שם, עמ' 16-34.

49 ראו דיונו של דותן בביקורת בג"ץ על הליכים פנימיים של הכנסת, באכיפת נורמות מנהל תקין על אישי ציבור, בפיקוח על שיקול הדעת של התביעה הפלילית, ביצירה שיפוטית של נורמות בחיים הפוליטיים ובהגנה על חירות ההפגנה והתהלוכה לעומת תמונה מורכבת יותר בתחום ההגנה על מיעוטים וריסון יחסי בנושאים הנושקים לביטחון המדינה ובנושאים כלכליים. שם, עמ' 37-49, 52-64.

50 שם, עמ' 49-52. עם זאת דותן מצביע על היענות שיפוטית חלקית לעתירות של חברים בזרמים אחרים ביהדות. שם, 59.

51 גביזון, תש"ס-2000, שם, עמ' 88.

במישור הפוליטי משום שאין שופטיו עומדים לבחירה – הוא הקובע נורמות ציבוריות, נוצרת "בעיה דמוקרטית"<sup>52</sup>. פגמים נוספים בעלייה ברמת האקטיביזם הם אי-ודאות, עומס ושחיקת הלגיטימיות של המעשה השיפוטי בעיני הציבור.

יתרה מזו: העלאת רמת האקטיביזם לא הביאה לשיפור משמעותי בתחום ההגנה על זכויות האדם בישראל ואף לא בתחום ההגנה על שלטון החוק וטוהר המידות הציבורי. אף על פי ש'בג"ץ החדש' פסל כמה החלטות שליליות שלא היו נתפסות במסגרת הביקורת השיפוטית של 'בג"ץ הישן', גביון מטילה ספק במידת היעילות של תרומה זו. בעניין זה בית המשפט סובל מחיסרון מבני, המתבטא בהיעדר יכולת להעריך מצבים מורכבים ולממש את החלטותיו. הוא גם חסר ידע ומומחיות הנדרשים לשם הצעה או הערכה של קווי פעולה חלופיים. מעורבות בג"ץ גם "מסיטה את תשומת הלב מדרכים אחרות היכולות להיות מתאימות יותר לקידום המטרות של צמצום השחיתות והשימוש לרעה בכוח השלטון"<sup>53</sup>. גביון חותמת את דבריה בהעלאת החזון של בג"ץ "כגורם מאחד בתוך חברה שסועה", חזון השולל הרחבה שיפוטית לבג"ץ, לעבר המישור הפוליטי, והמערערת את ההצדקה לא-פוליטיזציה של מינוי שופטיו.<sup>54</sup>

קרמניצר מעריך אחרת את העשייה השיפוטית האקטיביסטית של בג"ץ. הוא אמנם פותח בקבלת העמדה שבית המשפט אינו המוסד שתפקידו להכריע בשאלות אידאולוגיות שנויות במחלוקת, אך מעלה מולה ובצדה שורה של טיעונים. ראשית, גם הרשות המבצעת, שהיחסים בינה ובין הרשות השופטת הם במוקד הדיון, איננה מוסד האוחז בתפקיד של מכריע אידאולוגי. שנית, הליקויים בתרבות הפוליטית הישראלית (קרמניצר נותן בה סימנים של פופולריזציה, פרסונליזציה, וולגריזציה, השטחה והשחתה) הם כה רבים ועמוקים, עד שלביעורם נדרשת פעולה רבת אמצעים, בהם האמצעי השיפוטי, שאיננו מוציא ואיננו מייתר היזקקות לאמצעים אחרים, חברתיים וחינוכיים. העשייה השיפוטית ניחנה ברמה גבוהה של מקצועיות, אובייקטיביות ועצמאות. בית המשפט פועל כנאמן הציבור, ומחיל נורמות המקובלות על רוב הציבור. בכך הוא מהווה משקל נגד לאינטרסנטיות הפרטיקולרית של

52 שם, עמ' 93.

53 שם, עמ' 125.

54 שם, עמ' 164. ראו גם כתיבתה האחרת של גביון (הני"ל, 1994, 1999).

הפוליטיקאים ולניגוד העניינים המובנה שבו הם מצויים בנושאים הנוגעים לנושאי משרות שלטוניות. שלישית, התקינות המנהלית איננה מתמצה בהישמעות לנורמות חקוקות, ומכאן הצורך ב"יצירתיות נורמטיבית" מצדו של בית המשפט.<sup>55</sup> קרמניצר מטעים בהקשר זה כי יש לפרש את הימנעותו של המחוקק להגדיר את עילות הפיקוח השיפוטי על השלטון כמתן מנדט רחב לבית המשפט לקבוע בעצמו עילות אלו. רביעית, בהקשר של מנהל תקין וטוהר המידות, מנגנון ההרתעה המגולם בדין הבוחר איננו אפקטיבי דיו, שכן סדר היום הפוליטי בישראל עמוס שאלות אידאולוגיות-קיומיות אחרות. לנוכח נתון זה גוברת חיוניותו של מנגנון ההרתעה השיפוטי. ואחרון, המחוקק מצוי בעצמו במצב של ניגוד עניינים מבני בבואו להטיל על עצמו נורמות של טוהר מידות ותקינות שלטונית.

על בסיס כל אלה קרמניצר משבח את הרחבת זכות העמידה בפני בג"ץ כמגמה המעודדת אכפתיות ומעורבות אזרחית ומאפשרת גישה לבית המשפט לשם הגנה על קבוצות חלשות. הוא הדין בפיתוח עילת חוסר הסבירות, שהיא "פועל יוצא מתחייב מתפיסת הרשות כמחוייבת לפעול לקידום המטרה שביסוד הסמכות החוקתית".<sup>56</sup> בהיעדר עילה של חוסר סבירות הרשות יכולה ללא קושי, באמצעות ייעוץ משפטי מתאים, להצביע על כך ששקלה את השיקולים הענייניים כולם, ורק שיקולים אלה, ולחסן החלטה שלטונית מפני פסילה גם אם אופני ההעדפה בין שיקולים שונים לא היו ראויים.

באשר לטענתה של גביזון בדבר טשטוש ההבחנות בין הסדרת מקרים ספציפיים לבין קביעת נורמות כלליות ובין חוקי לראוי: קרמניצר משיב כי מלכתחילה אין מדובר בהבחנות חדות. כדוגמה להבחנה הראשונה הוא מציג את אופייה הפוליטי המובהק של תפיסת קרקע בשטחים. כדי לעמוד על טיבה של תופעה זו ולהחיל עליה את הנורמה הראויה, לא די להתייחס למקרה בודד של תפיסת קרקע, העלול להיות מוסווה בהצלחה כאקט ביטחוני. תימוכין לנזילותה של ההבחנה השנייה מוצא קרמניצר באופיין המסגרת הכללי של עילות הפיקוח השיפוטי על המנהל, שיש בהן מעט מאוד הדרכה והכוונה והן ריקות כמעט מנתונים ספציפיים.<sup>57</sup>

להמחשת הניגוד בין השקפותיהם של גביזון וקרמניצר בסוגיה נעמוד בקצרה על האופן שבו הם דנים בפרשת סגירתו של רחוב בר-אילן בירושלים.

55 קרמניצר, תש"ס-2000, שם, עמ' 169.

56 שם, עמ' 188.

57 שם, עמ' 214.

גביון טוענת כי פרשה זו איננה עוסקת כלל בשאלת זכויות יסוד כלשהן. לדעתה מדובר בסוגיה פוליטית-אידאולוגית שעניינה יחסי חרדים-חילונים בעיר ובכלל. בסוגיה מסוג זה פוחתת כשירותו של בג"ץ לפעול כפוסק וכמכריע. קרמניצר לעומתה מדגיש את שייכותם של נושאי דת ומדינה לתחום זכויות הפרט, במיוחד לחופש התנועה של התושבים החילונים ברחוב. לטענתו עמדתה של גביון עלולה לתרום להקלת ראש בפגיעות קלות יחסית בזכויות יסוד. יחד עם זאת הוא מציין לשבח את בג"ץ כגוף שנקט גישה זהירה ומאופקת בהפנותו תחילה את העניין לבחינתה של ועדה ציבורית. מאמרה של רדאי מתמקד בסוגיות של דת ומדינה בלבד. תרומה חשובה של המאמר גלומה בפילוח הנושאי של הדיון.<sup>58</sup> פילוח הדיון להקשרים נפרדים מוביל למסקנות כלליות בדבר רמת האקטיביזם של בית המשפט בסוגיות דת ומדינה, ובכך המאמר הוא בסיס חשוב לדפים אלה.

רדאי בוחנת את העשייה השיפוטית בתחומי הדת ומעמדת עשייה זו עם עקרון השוויון. בהקשר זה נבחנת הפסיקה הנוגעת לארבע תת-קבוצות – קהילות לא-יהודיות, זרמים לא-אורתודוקסיים ביהדות, חילונים ונשים – תוך פילוחה לנושאים שונים כמו חלוקת משאבים, חיי משפחה, שבת וכשרות. ראוי להציג ראשית לכול את מסקנתה הכללית של רדאי:

בחינת פסיקת בית-המשפט העליון בסוגיות של דת ומדינה איננה ממחישה את הטענה של אקטיביזם יתר. בכל הקשור לתביעותיהן של תת-קבוצות בחברה הישראלית – לא יהודים, זרמים לא אורתודוקסיים ביהדות, חילונים ונשים – להגנה על זכויות היסוד שלהם במצב של החלת נורמות דתיות על חייהם, שמר בית המשפט על פרופיל נמוך ונהג בזהירות רבה.<sup>59</sup>

למסקנה זו רדאי הגיעה לאחר בדיקת הקשרים שונים הנוגעים לכל אחת מארבע תת-הקבוצות. להלן נתמקד בשלוש האחרונות, שכן סוגיית היחס השלטוני והשיפוטי לאוכלוסייה הלא-יהודית איננה בגדר מחקרנו.<sup>60</sup> נפתח בניתוח של היחס השיפוטי כלפי זרמים לא-אורתודוקסיים ביהדות.

58 רדאי, תשי"ס-2000.

59 שם, עמ' 386.

60 בהקשר זה רדאי מזהה מגמה כפולה: נטייה שלא להיענות לעתירות הטוענות לפגיעה בשוויון בחלוקת משאבים והישענות על טעמים נקודתיים כבסיס להנמקה מתוך הימנעות מהתמודדות במישורים עקרוניים-כלליים. שם, עמ' 493-351.

כאן נדונים שני הקשרים: חלוקת משאבים ועניינים הקשורים למעמד אישי. בעשייה השיפוטית שלאחר פסק הדין בעניין **פרץ נ' כפר שמריהו**, שבו העותרים זכו לשוויון בהקצאות פיסיות מטעמה של רשות מקומית, רדאי מזהה קו לא עקיב, שבהחלט אינו מקדם את עקרון השוויון ואת חופש הדת. בצד רטוריקה שוויונית, עתירות רבות נדחו על סמך שיקולים מנהליים או תוך הבחנה בין הזרמים העותרים לבין האורתודוקסיה הממוסדת. גם פסקי הדין בבג"ץ שהוכרעו באופן האמור לחזק את חופש הדת, כמו פסיקה שהורתה על השתתפות נציגים קונסרבטיביים ורפורמיים במועצות דתיות ופסיקה בנוגע להשלכותיו המשפטיות של גיור לא-אורתודוקסי שנערך בחו"ל, אינם כוללים אמירות עקרוניות שיש בהן הכרה בזרמים אלה כזרמים לגיטימיים של היהדות. בקבוצת ההכרעות הראשונה ההכרעה מבוססת על זיהוי מועצה דתית כגוף פוליטי המוקם מכוחו של חוק אזרחי, שאין זה תפקידו לקבוע הלכות דתיות, ובשנייה – על טיבו של חוק מרשם האוכלוסין כחוק אזרחי, ועל טיבו הטכני של המרשם.<sup>61</sup>

באשר לעמדה השיפוטית כלפי חילוניים, המאמר מתמקד בשני תחומים עיקריים: דיני נישואין וגירושין והיבטים שונים של הסדרת החיים הציבוריים במובנם הרחב (אלה כוללים הסדרת השבת כמייצגת את חופש התרבות, כשרות, קבורה, לבוש וחלוקת משאבים ונטלים). כאן מתקבלת תמונה מורכבת. חלק מן הפסיקה הנזכרת מבטאת הכרה בסטטוס קוו ושמירה עליו, במיוחד זו השייכת למגזר הראשון, וככזו היא איננה אקטיביסטית. חלק מפסקי הדין המוזכרים על ידי רדאי זכו ליישום חלקי בלבד, אם בכלל – כמו ההכרעה בעניין **בבלי**, שקבעה כי הלכת השיתוף בנכסי בני זוג חלה גם בהליך גירושין, המתקיים במערכת בתי הדין הרבניים, הכרעה שלא הייתה לה השפעה של ממש על המשך העשייה השיפוטית בבתי הדין. דוגמה נוספת היא פסק הדין בעניין **מיטראל**, שעניינו ייבוא בשר לא כשר לארץ, ואשר גרר אחריו תיקונים במישור החוקתי והחוקי.<sup>62</sup> רדאי מזכירה כמה מקרים שהעתירות שהתקבלו בהם תאמו לכאורה עמדות חילוניות, אולם

61 בג"ץ 262/62 **פרץ נ' יו"ר**, **חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו**. ראו רדאי, תשי"ס-2000, עמ' 351-361.

62 בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, עמ' 240 (ראו דיון בפרק ה להלן); בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות**. לדידנו מקרים מן הסוג האחרון צריכים להיות מזהים כאקטיביסטיים במישור התוצאתי, כיוון שלא זכו לאישור המערכת הפוליטית. דומה שמבחינתה של רדאי יש לזהותם כבעלי רמה נמוכה של אקטיביזם, משום שהם לא הובילו לשינוי הדין בפועל.

הן החזירו את כוח ההכרעה לידי המחוקק או הממשלה.<sup>63</sup> בכמה מקרים אפשר דווקא לזהות היענות ציבורית להכרעת בג"ץ, כמו זו שעניינה הסדר הקבורה האזרחית. בכל המקרים האלה, ובאחרים, רדאי נותנת סימן משותף. במקרים שבג"ץ התערב בהם עמד לבחינה עניין נוסף שנפגע מן המעשה המנהלי נוסף על הפגיעה בזכות לפי ההשקפה החילונית. מקרים אלה עירבו נושאים כגון הפעלת סמכויות כדין, ניהול תקין, יישום חוק שיווי זכויות האישה ועקרון טובת הילד או היכולת להעניק לחילונים בלי לפגוע בזכויות הדתיים. המסקנה היא, לדידה, כי "אין ללמוד מהפסיקה נכונות להשוות באופן סימטרי את ההשקפה החילונית עם ההשקפה הדתית".<sup>64</sup>

הקבוצה האחרונה לדיון, קבוצת הנשים, יכולה הייתה להידון במסגרת הקבוצות הקודמות הן בהקשר של דיני נישואין וגירושין הן על פי הסימן המשותף לקבוצה השנייה. רדאי מתייחסת גם לפסקי דין שבהם אושרה פעילות של נשים במסגרות 'דתיות': חברות נשים במועצות דתיות ופעולת נשים כטוענות רבניות. אלא שבשני המקרים ההנמקה נשענה על ההלכה, וליתר דיוק על היעדרו של איסור הלכתי על פעילות כזו. מצד שני, נשים הושתקו מהשמעת קולן בהקשרים אחרים, למשל בתפילה בכותל – עובדה המטילה צל על רמת ההתערבות של בג"ץ.

הניתוח המפורט והמורכב דלעיל איננו מציג תמונה של אקטיביזם דומיננטי. רדאי מזהה ארבע טכניקות להתמודדות השיפוטית בסוגיות הקשורות ליחסי דת ומדינה:

הטכניקה הראשונה עניינה מתן גושפנקה להבחנה בין היהדות האורתודוקסית לבין הזרמים האחרים ביהדות ולהבדלים בזכויות הנובעים מהבחנה זו. בהקשרים שבהם ניתנה עדיפות ליהדות האורתודוקסית באמצעות הסטטוס קוו, שימור הסטטוס קוו הוא בוודאי הפוך לאקטיביזם. אחריה מציינת רדאי את הנטייה השיפוטית לבקר את ההבחנה דלעיל מתוך סירוב להתערב (כאן נזכרות החלטות לעניין מעמד אישי וסמכויות הרבנות בנדון). הטכניקה השלישית משלבת הטלת ביקורת עם העברת האחריות

63 למשל בעניין בג"ץ 59/88 **צבן נ' שר האוצר**. נדרש כי ייקבעו קריטריונים ברורים ושוויוניים לחלוקת תמיכות למוסדות דת ותרבות, ובעניין בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון** נדרש כי יחוקק חוק הקובע לפרטיו את הסדר הענקת פטור מגיוס לתלמידי ישיבה שתורתם אומנותם.

64 רדאי, תש"ס-2000, עמ' 361-379.



להסדרת העניין לרשות המחוקקת או לרשות המבצעת (הפסיקות בעניין נשות הכותל, גיוס בחורי ישיבות וגיוור רפורמי נזכרות כדוגמות).

התערבות היא הטכניקה האחרונה, והכותבת מודה שכאן יש פוטנציאל לאקטיביזם שיפוטי. את המקרים שהוכרעו לפי הטכניקה הרביעית היא מחלקת לשתי קבוצות. בקבוצה הראשונה נמנים מקרים שבהם בית המשפט האזרחי היה המוסמך הבלעדי לדון, וההילוך השיפוטי נשען כולו על פרשנות לשון החוק. כך היה כשנדונו בבית המשפט שאלות הקשורות להרכב המועצות הדתיות וכך בעניין הקבורה החילונית והחלטות בעניין שמירת הכשרות. לדידה של רדאי, "הטכניקה הרביעית הופעלה במקרים אלה בכמעט חוסר ברירה מצד בית המשפט העליון. הפרשנות של החוקים היתה מופקדת בידיו וההוראות של החוק הובילו ישירות לתוצאות השיפוטיות".<sup>65</sup> בקבוצה השנייה של עניינים שהוכרעו לכאורה מתוך אקטיביזם נכללים עניינים שהיתה בהם סמכות גם לבתי הדין הדתיים. כאן בית המשפט אכן בחר לפרש את החוק באופן הסותר תפיסות של בתי הדין הרבניים. לבד מהערכתו של צעד זה כחלק מעשייה במדינה מודרנית, רדאי מוסיפה ומעירה כי חלק נכבד מהחלטות אלו לא כובד בפועל. מסקנתה הכוללת היא, כאמור, כי "לפי הרקורד של בית המשפט, אי אפשר להצביע על אקטיביזם שיפוטי רב בתחום דת ומדינה".<sup>66</sup>

65 הטענה משתלבת בפרמטר של 'רקע משפטי', הכלול במודל המוצג בנייר עמדה זה. במקרה שהרקע המשפטי ברור יחסית ואיננו ניתן למגוון רחב של פרשנויות, אין לראות את העשייה כאקטיביסטית לפי פרמטר זה.

66 רדאי, תש"ס-2000, עמ' 386-389.



## 1. מודלים קיימים

המונח 'אקטיביזם שיפוטי' זוכה לשימוש נרחב ומגוון, והוא חלק מן השיח הפוליטי-משפטי במדינות רבות. רק חלק מן העוסקים בו מקדישים זמן להגדרתו, תוך הדגשה שמדובר במונח מעורפל בעל שימושים רבים, חלקם מניפולטיביים. מטרתנו בסעיף זה לתרום לדיון על מובנו של המונח ולהוסיף על הספרות המציעה אופנים, או פרמטרים, לבחינת הרמה של אקטיביזם שיפוטי.

הדיון המקיף והרחב ביותר בנדון התקיים – ועדיין מתקיים – בארצות הברית. הדיון באקטיביזם שיפוטי הוא פרק חשוב בדיון הציבורי והאקדמי על אודות המערכת החוקתית האמריקנית. למעשה, רוב רובם של העוסקים בתאוריה חוקתית פונים לנתח את עשייתו של בית המשפט העליון ואת מקומו במבנה החוקתי.<sup>67</sup> ניתוחים של האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון במאה ה-20 מתמקדים בכמה כיווני מחקר חשובים. נוסף על הבחינות ההיסטוריות-ביקורתיות<sup>68</sup> יש להזכיר מחקרים העוסקים במערכות קבלת ההחלטות של שופטים בהקשרים התנהגותיים ואסטרטגיים,<sup>69</sup> דיונים ברמה

67 פלון למשל מגדיר יתאוריות חוקתיות כ- "Theories about the nature of the United States Constitution and how judges should interpret and apply it". ראו Fallon, 1999, p. 537. דיון מקיף חורג ממסגרת נייר עמדה זה.

68 לסקירות קצרות וממצות על אודות ההיסטוריה של האקטיביזם השיפוטי בארצות הברית, שנכתבו בהקשרים השוואתיים, ראו Roach, 2001, pp. 15-33; Holland, 1991, pp. 12-32. בית משפט פדרלי לערעורים זיהה ב-1999 שלוש תקופות של אקטיביזם שיפוטי במהלך המאה ה-20. התקופה הראשונה מתוחמת בין פסק הדין Lochner מ-1905 ובין הפסיקה האקטיביסטית משנות ה-30 ועד שינוי עמדתו של בית המשפט העליון בתקופת ה-New Deal. עיקרה של תקופת האקטיביזם השנייה בשנות ה-50 וה-60 של המאה, והיא מתבטאת בפסיקה שהרחיבה את ההגנה על זכויות אזרח יסודיות. בתקופה השלישית, במהלך שנות ה-90, אפשר להבחין במגמה שיפוטית של ביטול חקיקה הנתפסת כמבקשת להרחיב את עצמתו של הממשל הפדרלי מול סמכויות המדינות. ראו Brzonkala v. Virginia Polytechnic Institute, pp. 890-893.

69 ראו למשל Schubert, 1965; Segal, 1993; Boucher and Segal, 1995; ידלין, תשס"ב.

הנורמטיבית, המצדיקים או דוחים הרחבה והעמקה של עשייה שיפוטית במישור החוקתי-ציבורי,<sup>70</sup> ומחקרים השוואתיים.<sup>71</sup> אל כל אלה מצטרפים חוקרים הדוגלים בנטישת הדיון במונח 'אקטיביזם שיפוטי'. עמדה אחרונה זו היא תולדה של מאפיין חשוב של השיח בארצות הברית, שהוא בעל רלוונטיות גם לשיח הישראלי. הטענה, שהפכה שכיחה, היא כי במשך עשורים הדיון באקטיביזם שיפוטי לא היה דיון בחלוקת התפקידים הראויה בין רשויות השלטון. במשך תקופות שונות של אקטיביזם שיפוטי התקיים זיווג ברור בין העמדה שנקטה כלפי האקטיביזם ובין תוכן ההכרעה השיפוטית. כאשר בית המשפט העליון פעל לקדם ערכים שנתפסו כליברליים, השמרנים היו אלה שהתנגדו לאקטיביזם. באותו אופן, ומן הצד השני של המתרס, באו התומכים באקטיביזם בעיקר מקרב אלה שרוו נחת מן ההכרעות השיפוטיות. זו גם אחת הסיבות לקונוטציה השלילית שהוצמדה לעתים קרובות למונח 'אקטיביזם שיפוטי' – בדרך כלל על ידי אלו שהתנגדו לתוכן ההחלטה.<sup>72</sup> זיווגים אלו זכו בארצות הברית למכה ניצחת לאחר התגברותו של אקטיביזם שיפוטי מסוג חדש, הפעם מצד רוב שמרני בבית המשפט העליון.<sup>73</sup>

70 למשתתפים בולטים במחלוקת הנורמטיבית ראו – מן הצד הדוגל בבית משפט פעיל: Miller, 1982; Dworkin, 1986, 1996, p. 1; Chemerinsky, 1989; Alexander and Schauer, 1997; Seidman, 2001; Kloppenberg, 2001; Barak, 2002 לעמדות מן הקוטב השני, הקוראות לצמצום חלקה של הרשות השופטת בזירה הפוליטית והחברתית, ראו: Wolfe, 1997; Bork, 1990; Graglia, 1989; Berger, 1977; Tushnet, 1999. תאוריות אחרות מצויות באמצע המשרעת, למשל תאוריות 'רפובליקניות', המגבילות את תפקידו של בית המשפט כיוצר וכמכריע באמצעות מנגנונים פרוצדורליים המכוונים להבטיח השתתפות אוניברסלית בתהליכי קבלת החלטות Ely, 1980, תאוריות המקצות לבית המשפט אקטיביזם 'פרשני' מוגבל Lessig, 1993, 1996 ותאוריות 'פונקציונליות' המכירות בקושי הנובע מאופיו הלא-מייצג של בית המשפט אך קוראות להגנה שיפוטית של זכויות אזרח בסיסיות, Choper, 1982; Perry, 1980. הערת שוליים זו מייצגת עדיין רק חלק מן העמדות ואינה עושה צדק לעושרן.

71 ראו למשל Tate, 1995; Roach, 2001; Holland, 1991  
72 לדוגמות ליהויו של זיווג כפול זה ראו: Chemerinsky, 1984; Barnett, 2002; Easterbrook, 2002

73 האצבע מופנית כלפי בית המשפט העליון בהרכבו השמרני, בראשות נשיא בית המשפט השופט Rehnquist. לפסקי דין חשובים בהקשר זה ראו, *United States v. Lopez*, 1995 (ביטול חוק שאסר נשיאת כלי נשק בבתי ספר לאחר כמעט שישים שנה של הימנעות מביטול חקיקה על בסיס חוקתי); *United States v. Morrison*, 2000

רבים עמדו על כך שהזיווג שבין ליברלים ובין התומכים באקטיביזם, כמו גם הזיווג ההפוך בין שמרנים ובין המתנגדים לאקטיביזם, יצר טשטוש בין שאלות של הליך, או של תפקידו של בית המשפט במערך המוסדי השלטוני, ובין שאלות שעניינן תוכנן הערכי של ההחלטות. החפיפה הברורה, לפחות בתקופות מסוימות, בין ההערכה הנורמטיבית כלפי האקטיביזם ובין המערך הערכי שהוא ביקש לכאורה לקדם הוביל רבים מן הכותבים בארצות הברית להציע לנטוש, לאחר עשורים של דיון, את השימוש במונח הטעון כל כך ולבחור מסגרות אחרות לבירור מקומו של בית המשפט העליון במדינה הדמוקרטית.<sup>74</sup>

הקישור האידאולוגי האמור, כמו גם הקונוטציה השלילית שדבקה במונח, הובילו גם את הנשיא ברק, בהקשר הישראלי והכללי, להציע לנטוש את הדיון בו:

ההבחנה בין אקטיביות ופסיביות, על פי הגדרתי, אינה מועילה. אין בה כל יסוד ערכי ואין בה כדי להשיב על השאלה העיקרית – מתי לנהוג באקטיביות ומתי לנהוג בפסיביות? ... למעשה, [הבחנה זו] יוצרת לעצמה תאוצה וכוח עצמאי והיא הופכת לעתים לגורם ראשוני הקובע את התוצאה הסופית, בלא שתהא בה כל אמת מידה לכך. אכן, לא פעם אנו נתקלים בכך כי מי שאינו מרוצה מהלכה פלונית מטיף לאקטיביזם שיפוטי כנימוק עצמאי לשנותה, ומי שמרוצה מאותה הלכה מטיף לפסיביות שיפוטית כנימוק עצמאי לשמרה ... לא פעם נמצא אנשים המטיפים לאקטיביזם כנימוק לשינוי בהלכה שאינה נראית להם, וכאשר השינוי הושג, הם מטיפים לפסיביות כנימוק לשמירתה.<sup>75</sup>

(ביטול חלק מחקיקה שעניינה אלימות נגד נשים). היבט נוסף של אקטיביזם זה מגולם בהחלטת בית המשפט העליון להפסיק את הספירה מחדש של קולות מצביעים בבחירות לנשיאות של שנת 2000. ראו *Bush v. Gore*, 2000. לתיאור המגמה שכונתה 'מהפכה חוקתית' ראו *Balkin and Levinson*, 2001. במגמה זו חל שינוי מסוים, שבא לידי ביטוי בפסיקה חדשה יותר המייצגת מערך ערכי מורכב יותר, המכיל מאפיינים ליברליים ושב ומאשר את כוחו של בית המשפט העליון להתערב בחקיקה מדינתית. ראו *Geddes v. Texas*, 2003 (ביטול עברה פלילית המטילה אחריות על בגירים מסכימים המקיימים יחסים הומוסקסואליים ברשות הפרט); *Grutter v. Bollinger*, 2003; *Gratz v. Bollinger*, 2003 (אישור חלקי, בצד ביטול חלקי, של תכניות העדפה מתקנת בקבלת סטודנטים לאוניברסיטה).

74 ראו למשל *Chemmerinsky*, 1984; *Easterbrook*, 2002

75 ברק, תשמ"ז-1987, עמ' 216-217. ראו גם *Barak*, 2002, pp. 126-127

לדעת ברק, במצבו של מדע המשפט כיום המונחים 'אקטיביזם' ו'ריסון עצמי' הפכו ל"סיסמאות ריקות מתוכן".<sup>76</sup> לדעתו הדרך הראויה היא נקיטת עמדה ביחס למשפט ולשיפוט, כיוון ש"אין אתה יכול להבין אקטיביזם וריסון עצמי אלא בהקשר לתפיסת עולם משפטית ושיפוטית".<sup>77</sup> אולם אף ברק מכיר במרכזיותם של מונחים אלה, המחייבת את בחינתם על רקע השאלה המרכזית שעניינה תפקידו של בית המשפט העליון בשיטה דמוקרטית.<sup>78</sup>

אכן, ההבדל בין שני הדיונים המוצעים איננו גדול. השאלה מהו תפקידו של בית המשפט הגבוה ביותר בשיטה יכולה להתפס כניסוח מחודש של השאלה שכבר הפכה לקלסית: אקטיביזם שיפוטי, כן או לא? מטרתנו לתרום בדפים אלה לדיון מדויק יותר במהותו של האקטיביזם ולהביא בחשבון מרכיבים מגוונים המשקפים ממדים שונים של המונח.

מגוון ההקשרים של העשייה השיפוטית מאפשר בחינה רב-ממדית של התרומה של ענף שלטוני זה לחיים הציבוריים והפרטיים. למשל, אפשר לדון באקטיביזם שיפוטי בתחום דיני החוזים או לבחון אקטיביזם במשפט הפלילי. עם זאת עיקרו של הדיון באקטיביזם מתמקד בעשייה שיש לה השלכות חוקתיות וציבוריות, כלומר בהחלטות של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. אנו מצטרפים להקשר זה, מפני שעניינם של דפים אלה בשאלה חוקתית במהותה – אופני ההשקה השיפוטית עם השאלות הקשורות לסוגיה הרחבה שכותרתה 'דת ומדינה'.

הזירה הראשונית להחלטה שיפוטית 'אקטיביסטית' נוצרת כאשר בידי שופט, המכריע בעניין העומד לפניו, עומדות חלופות מספר להכרעה. במילים אחרות, כאשר נדון טקסט שפרשנותו מעלה חלופה אפשרית אחת ויחידה, שאלת האקטיביזם לא תעלה לדיון. זיהוי ראשוני כזה הוא חשוב, אף שטקסטים רבים המשמשים בידי השופט אינם בעלי משמעות יחידה.<sup>79</sup> נניח אם כן שקיימת בידי שופט הדין בסוגיה שיש לה השלכה על זכויות הפרט בחירה בין חלופות שונות. מתי תזוהה הבחירה כ'אקטיביסטית'?

76 ברק, תשנ"ג-1993, עמ' 31.

77 שם, עמ' 6.

78 שם, עמ' 31.

79 דוגמה למקרה שיש בו רק חלופה אחת: כאשר שופט מחיל הוראה המזכה אדם בזכות כלשהי בהגיעו לגיל 18 (וגם זאת רק בהנחה שקיימת הסכמה בדבר הלוח שעל בסיסו נמדד גילו של אדם!). במקרה זה על השופט לקבוע אם העומד לפניו אכן הגיע לגיל 18. אך רובה של העשייה השיפוטית נוגעת לסוגיות מורכבות יותר.

רבים מן הדנים בנושא מצביעים על היעדרו של מובן ברור למונח, המאפשר שימושים שונים וסותרים ואף ניצולו למטרות פוליטיות.<sup>80</sup> חוסר הבהירות כשלעצמו איננו יוצא דופן. כמו במקרים אחרים מושגי מפתח משפטיים, במיוחד כאלה שלשימוש בהם יש השלכות פוליטיות, הופכים למילות קוד המופעלות כדי לקדם עמדות עקרוניות ופוליטיות מגוונות ואף מנוגדות. אלה שאינם מציעים לנטוש את השימוש במונח ומבקשים להעשיר את הדיון בהקשר ההגדרתי-מושגי, משתייכים לשתי קבוצות. חלק מן הכותבים מבקשים להעניק ל'אקטיביזם שיפוטי' הגדרה חדשה, המתמקדת בקריטריון יחיד; אחרים פונים לניתוח מורכב של היבטים ומישורים שונים ומניחים כי שילובים שונים ביניהם ייצרו רמות שונות של אקטיביזם.

הכותבים המאירים קריטריון יחיד מספקים מידע חשוב על אודות מאפייניו המרכזיים של האקטיביזם השיפוטי. רבים מודדים אקטיביזם לפי עצמתו של בית המשפט מול מוסדות שלטוניים אחרים, עצמה המתבטאת בהתערבות בעשייתן של רשויות שלטוניות ובקיומה של מחלוקת בין בית המשפט ובין מוסדות כאלה.<sup>81</sup> אחרים מעניקים מקום מרכזי לאלמנט של שינוי הדין. ברק גורס כי שופט אקטיביסטי הוא "שופט הבוחר, מבין מכלול האפשרויות הפתוחות בפניו, אותה אפשרות המשנה את הדין הקיים יותר מכל אפשרות אחרת".<sup>82</sup> אחרים מזהים שופטים אקטיביסטיים כאלה המבקשים לקדם מערך ערכי מוגדר, למשל מערך אליטיסטי או מערך פוליטי.<sup>83</sup> זמיר מוסיף לאלמנט שינוי הדין של ברק אלמנט נוסף שעניינו החלטתו של השופט לעבור על פני מחסומי כניסה לשיפוט, כגון זכות עמידה ושיפוטיות.<sup>84</sup>

המשתייכים לקבוצה השנייה יוצאים מנקודת הנחה כי אין זה אפשרי, וגם לא מועיל, לנסות ולהכתיר אקטיביזם שיפוטי כביטוי של מאפיין בודד.

80 ראו למשל Canon, 1982, p. 385; ברק, תשמ"ז-1987, עמ' 213; ברק, תשנ"ג-1993, עמ' 178; Wayne, 1992/93, p. 1; זמיר, תשנ"ג-1993, עמ' 178; Roach, 2001, p. 97

81 ראו למשל Posner, 1996, pp. 207-209; Schubert, 1974, p. 17; Tate and Vallinder, 1995, pp. 13, 33; Choudhry and Hunter, 2003

82 ברק, תשמ"ז-1987, עמ' 213, תשמ"ג, עמ' 32, תשנ"ג-1993, עמ' 27-28.

83 בורק למשל מזהה באקטיביזם שיפוטי קידום עמדה אליטיסטית, החסרה תמיכה אלקטורלית מספקת (Bork), לעיל הערה 70, עמ' 16-17). לביטוי מעודכן של עמדתו ראו הני"ל, 2003. ראו גם Schultz, 1988, p. 221 (שופט אקטיביסטי הוא שופט העושה שימוש בסמכויותיו כדי לקדם תפיסה פוליטית).

84 זמיר, תשנ"ג-1993.

במקום הגדרה מונוליתית יחידה הם מציעים מערך של פרמטרים או מאפיינים היכולים לשמש להערכה מורכבת של אקטיביזם. לבד מן העובדה שמערך כזה עשוי לספק מובן עשיר יותר לתופעה רבת פנים, הגדרה כזו מאפשרת הכרה בכך ששופט עשוי לעתים להיות אקטיביסט על פי מאפיין אחד ומרוסן על פי מאפיין אחר. כך, טוענים כותבים אלה, מדידה של רמת אקטיביזם לפי הצטברותם של מאפיינים שונים מאפשרת בחינה מקיפה ומדויקת יותר של אקטיביזם. קנון (Canon) היה הראשון לאמץ כיוון זה, ואילו מצטרפים באחרונה כותבים אחרים.

קנון פותח בהדגשה שניסיונות למצוא הגדרה חדה ויחידה לאקטיביזם לא יצלחו. במקום זאת הוא מצביע על כמה 'ממדים' או מובנים שונים של ביטוי לאקטיביזם. כדי לספק מסגרת משותפת לדיון, זיהוי הממדים מבוסס על מגוון המשמעויות שניתנו למונח בדיונים מרכזיים קודמים:

1. Majoritarianism: the degree to which policies adopted through democratic processes are judicially negated.
2. Interpretive Stability: the degree to which earlier court decisions, doctrines, or interpretations are altered.
3. Interpretive Fidelity: the degree to which constitutional provisions are interpreted contrary to the clear intentions of their drafters or the clear implications of the language used.
4. Substance-Democratic Process Distinction: the degree to which judicial decisions make substantive policy rather than affect the preservation of the democratic process.
5. Specificity of Policy: the degree to which a judicial decision establishes policy itself as opposed to leaving discretion to other agencies or individuals.
6. Availability of an Alternate Policymaker: the degree to which a judicial decision supersedes serious consideration of the same problem by other agencies.<sup>85</sup>

Canon, 1982, pp. 386-387. 85



קנון טוען כי הפעלה של פרמטרים אלה מאפשרת להתמקד במאפיינים שונים של האקטיביזם באופן המספק תמונה מדויקת יותר של העשייה השיפוטית. יש בה משום הכרה באפשרות שבית משפט יהיה אקטיביסטי לפי פרמטר אחד ומרוסן לפי פרמטר אחר. הוא מספק תובנה חשובה נוספת: אין לבחון אקטיביזם על בסיס דיכוטומי (אקטיביסטי מחד גיסא או מרוסן מאידך גיסא), אלא להכיר בקיומה של משרעת, של רצף, של רמות אקטיביזם שונות. הוא מציע שלוש רמות למדידה – *Highly Activist, Somewhat Activist, Non-Activist*. מודל זה מאפשר לכותב לבצע מדידה כמותית של אקטיביזם בעשייה שיפוטית מרכזית של בית המשפט העליון של ארצות הברית, וזו מובילה לתוצאות מפתיעות לעתים.<sup>86</sup>

עוד מדגיש קנון כי בפרמטרים שקבע אין חידוש. בחירת הפרמטרים דלעיל התבססה על תפיסות מובילות קודמות שזוהו בספרות ובדיונים הציבוריים והפוליטיים. בכך הוא מבקש, במכוון, לספק מסגרת מושגית מוסכמת וראשונית שתוכל לקבץ ניתוחים קיימים וניתוחים עתידיים. עשרים שנה מאוחר יותר, במסגרת הדיון המחודש באקטיביזם, מספקים ינג (Young) ומרשל (Marshall) שתי רשימות פרמטרים נוספות, שאינן שונות באופן משמעותי מהמערך שקנון מציע.<sup>87</sup>

לשלוש רשימות הפרמטרים האמורות כמה מכנים משותפים, נוסף על היותן מורכבות ולא מונוליטיות. רשימות אלה אינן מבקשות לבחון אקטיביזם במישור הערכי וגם לא במישור זמן עתיד, המתחשב באירועים לאחור מתן פסק הדין.

שלושת מקבצי הרשימות מתבוננים על האקטיביזם מנקודת מבט ערכית ניטרלית. הדגש הוא על המקום שבית משפט נוטל לעצמו במערך מוסדות השלטון במדינה, כלומר על שאלות מוסדיות ושאלות שבהליך, ולא על שאלות

86 קנון בוחן את רמת האקטיביזם של בית המשפט העליון במהלך שלוש תקופות: בנשיאותו של Burger, בנשיאות של Warren ובתקופה שקדמה ל-New Deal. בין היתר הוא מזהה, במפתיע, את בית המשפט בנשיאות השופט Warren כבעל רמת אקטיביזם נמוכה ברמה הכוללת, למעט במישור היציבות הפרשנית (פרמטר 2), שבמסגרתו הוא מגלה אקטיביזם גבוה יחסית לזה שבתקופות האחרות. רמת האקטיביזם במישור הנאמנות הפרשנית (פרמטר 3) דומה במהלך כל התקופות. לממצאים אלה ולמצאים אחרים ראו שם, במיוחד עמ' 406-412.

87 גם כאן הכותבים מדגישים שהם מאגדים הגדרות ותפיסות מקובלות באופן העשוי לאפשר דיון רב משתתפים על בסיס משותף. ראו Marshall, Young, 2002, p. 1144; Marshall, 2002, p. 1120

שעניינן תוכן ההחלטה. כל אחד מן הפרמטרים משמש למדידת הטכניקות השיפוטיות שבית המשפט בוחר, תוך התעלמות מן התוכן הערכי של ההחלטה.<sup>88</sup> המכנה המשותף השני לפרמטרים דלעיל מגולם במישור הזמן. כולם מבוססים על נתונים הקשורים לעבר ולהווה, דהיינו לנתונים שאירעו קודם להכרעה או בעת מתן ההכרעה. האקטיביזם בהקשר זה נתון בידי של בית המשפט: רוצה, יכריע באופן שישנה את ההלכה הפסוקה הקודמת, יבטל חוק או מעשה מנהלי, ירבה בהערות אגב, וכיוצא באלה. יעשה כן – ייתפס כאקטיביסט; יימנע מלעשות כן – ייחשב מרוסן.

רמז להרחבת הדיון בשני הכיוונים האמורים אפשר למצוא בכתיבתו של רואץ' (Roach).<sup>89</sup> רואץ' מזהה ארבעה ממדים של אקטיביזם שיפוטי. שניים מהם שייכים עדיין למישור הנייטרלי המקובל.<sup>90</sup> האחרים מספקים שני בסיסים חשובים לתחימת שני המישורים הנוספים שיידונו בנייר עמדה זה: המישור הערכי ומישור הזמן. הממד השלישי הוא ממד ערכי. כאן מתבסס הכותב על עמדותיו של דבורקין (Dworkin), התומך בעשייה שיפוטית נמרצת שיש בה הכרה בעליונותן של זכויות הפרט על פני אינטרסים אחרים.

נקודת המוצא של דבורקין, הדין בנושא בהקשר האמריקני, היא המערך החוקתי של השיטה, המגולם בחוקה ובעיקר במגילת הזכויות שבה. זו כוללת גם הגנה על זכויות מפני עריצות הרוב. הנוסחה שלו היא רק ביטוי אחד למוסכמה שדמוקרטיה מגלמת יותר מעיקרון פשוט של שלטון רוב:

The constitutional theory on which our government rests is not a simple majoritarian theory. The Constitution, and particularly the Bill of Rights, is designed to protect individual citizens and groups against certain decisions that

88 תפיסה נייטרלית זו קיימת גם בכתיבה אחרת, למשל בכתיבתו של זמיר. זמיר מבקש אמנם לחרוג מן ההדגש של אקטיביזם כשינוי הדין ומדגיש את ההיבט הסובייקטיבי, שעניינו נכונות השופט לפעול כ"רפורמטור של המשפט". ביטוי חשוב בהקשר זה לדעתו מגולם בנכונות הראשונית של השופט להפעיל את ההליך השיפוטי. גם כאן בולט הממד הנייטרלי-ערכי של העשייה השיפוטית האקטיביסטית. כך למשל בהקשר של המתת חסד, שבית המשפט סירב לדון בסוגיה לאחר שהפונה נפטר, זמיר מציינ כי לדידו "לו החליט בית המשפט להשיב על השאלה, היה בכך, לדעתי, ביטוי לאקטיביזם משפטי, תהא התשובה אשר תהא" (הני"ל, תשנ"ג-1993, עמ' 178-181).

Roach, 2001, pp. 106-108. 89

90 והם – "judges making law; judges being eager to make and impose the law" (שם, עמ' 106-108).

a majority of citizens might want to make, even when the majority acts in what it takes to be the general or common interest.<sup>91</sup>

הממד השלישי של רואץ' משמש למדידת מרכזיותן של זכויות יסוד חוקתיות בהכרעה השיפוטית. לטענתו, שופט אקטיביסטי בממד זה הוא שופט המעניק מעמד-על לזכויות יסוד ומגלה נכונות פחותה לאזן עם אינטרסים חברתיים. הכרעה מרוסנת, לעומת זאת, עשויה להיות סובלנית יותר כלפי הצדקותיהן של רשויות השלטון להגבלת זכויות.<sup>92</sup> מישור זה, שיכונה להלן 'מישור ערכי', יידון בדפים הבאים.

רואץ' מוסיף ומדגיש כי ממד חשוב נוסף הוא זכות המילה האחרונה. על רקע היעדר קישור קודם בין דינמיקה שלאחר הכרעה ובין אקטיביזם תרומתו בהקשר זה חשובה במיוחד. ההיבט הרביעי, היבט הזמן, מבוסס על ההנחה שהדינמיקה שלאחר ההחלטה והאופן שבו מוכרעת מחלוקת בסופו של דבר, הם מרכיבים חשובים בהערכת אקטיביזם. כך, יש למדוד אקטיביזם גם לפי:

... the extent to which judicial decisions permanently displace policies established by other arms of government. The issue of displacement involves not only the immediate question of whether a particular court decision conflicts with policies established by other arms of government, but the way the conflict is ultimately resolved. Many approaches to judicial review are overly narrow and legalistic because they examine but one issue: whether there is a conflict on judgement day. This focus ignores the options legislatures have to respond to court decisions.<sup>93</sup>

רואץ' מצביע על מגוון של תגובות אפשריות לפסק דין: אמצעים קיצוניים כמו תיקון חוקה, שינוי הרכב בית המשפט או אי-ציות שלטוני להכרעה,

91 Dworkin, 1977, p. 133. לפי גישתו בית המשפט רשאי ואף חייב להעניק לזכויות היסוד כוח מיוחד בהכרעותיו. בכתיבה מאוחרת יותר מחזק דבורקין את עמדתו בדבר "קריאה מוסרית של החוקה". ראו דיון בפרק זה, סעיפים 2 ו-3 להלן.

92 Roach, 2001, p. 108-109.

93 שם, עמ' 109-110.

אמצעים דרסטיים פחות, כמו למשל הפעלת 'פסקת התגברות' כאשר זו קיימת במערך החוקתי וציות והשלמה עם ההכרעה השיפוטית המתבטאות בתיקון החוק או בשינוי המדיניות הממשלתית באופן התואם את ההחלטה השיפוטית.<sup>94</sup>

## 2. המודל המוצע

נראה לנו כי הגדרה מונולטית למהותו של האקטיביזם השיפוטי איננה מספקת בסיס ראוי לדיון. אימוץ הגדרות כאלה עלול להוביל לדיונים חסרי מכנה משותף ולהערכות לא מדויקות של רמת האקטיביזם. מישור הזמן והמישור הערכי הם בעלי חשיבות לא פחותה מזו של המישור הנייטרלי הקלסי, שעניינו הערכת ההחלטה מתוך השוואתה למערך המשפטי הקודם. המודל שלנו מבקש לשלב את כל הקריטריונים המדידים שהם בעלי מאפיינים ברורים. זיהינו קריטריונים אלה על פי שני מדדים עיקריים – היותם נייטרליים או ערכיים ומיקומם במישור הזמן. בהתאם לכך אנו מזהים שלושה מישורים של פרמטרים: מישור נייטרלי צופה פני עבר, מישור נייטרלי צופה פני עתיד ומישור ערכי.

כפי שנראה חלק מן הפרמטרים בוחנים נתונים הניתנים לשליטה של בית המשפט. למשל, בית משפט יכול להחליט אם לצרף להכרעתו אמרות אגב או לפנות למשפט של מדינות אחרות לשם השוואה, ובכך בידו להחליט עד כמה אקטיביסטית תיראה החלטתו. פרמטרים אחרים קשורים לנתונים חיצוניים, המגדירים מראש את מתחם האקטיביזם האפשרי. למשל, כאשר עולה לפני בית המשפט שאלה משפטית שלא קיבלה תשובה בדיון, ובית המשפט איננו נמנע מהכרעה – ולעתים לא קיימת אפשרות אמיתית להימנע מהכרעה – החלטתו תהיה בהכרח אקטיביסטית, משום שמדובר ביצירת דין חדש. אמנם שאלה חדשה יכולה ברגיל לקבל תשובות שונות, ובכך יהיה בידי בית משפט מגוון אפשרויות להכריע ביניהן. אולם החלטה לא אקטיביסטית לא תהיה אפשרית (למעט, כאמור, אם בית המשפט יחליט להימנע מהכרעה). הבחנה זו תשולב בניתוח בהמשך נייר העמדה לאחר שנוהה את הפרמטרים השונים וניישם אותם על שני פסקי דין.

94 שם, עמ' 110.

## א. מישור נייטרלי צופה פני עבר

במסגרת מישור זה נקבץ את הפרמטרים שעניינם השוואה של העשייה השיפוטית לעשייה שלטונית קודמת או חופפת בזמן. הואיל וזהו המישור המקובל לדיון באקטיביזם, אין צורך להרחיב בהצדקת המשך ההישענות עליו. המודל של קנון מספק נקודת מוצא לדיון במישור זה, ואנו מוסיפים לו כמה פרמטרים.

באלה נכלל הפרמטר שהציע זמיר, דהיינו מידת הנכונות השיפוטית לדון בפרשה, במידה שקיימות עילות סף היכולות לשמש מחסום בפני דיון, וכן הפרמטר של ברק, שעניינו הבחירה השיפוטית בין חלופות אפשריות. בנוסף אין להתעלם, לדעתנו, מרמת הרטוריקה הערכית בפסיקה ומהיקף הערות האגב שלא נדרשו להכרעה. עוד נדרש לבחון את מידת ההתאמה של העמדה השיפוטית לעמדות שיפוטיות של שיטות משפט אחרות השייכות למדינות דומות באופיין, את נכונותו של בית משפט להרחיב את תחומי שיפוטו ואת הרקע המשפטי והציבורי ששימש בסיס להכרעה השיפוטית ולאופנים שבהם בחר בית משפט לבנות ולבסס את הכרעתו. לרשימת הפרמטרים ולדיון במהותם נשוב לאחר הדיון שלהלן על שני המישורים האחרים.

## ב. מישור נייטרלי צופה פני עתיד

במישור זה אנו בוחנים את רמת האקטיביזם של בית משפט מתוך ההנחה הבסיסית שבית משפט פועל במסגרת פוליטית וחברתית מורכבת. בהתאם לכך אנו בוחנים את פועלו של פסק דין לאחר שניתן מתוך התחשבות בקונסנזוס הציבורי ובאופני התגובה של המערכות החברתיות, הפוליטיות והשלטוניות לפסק דין לאחר שניתן. עיגון מושגי של טיעון זה מצוי בכתיבה על אודות 'הדיאלוג החוקתי', שמקיים בית משפט עליון במערך חוקתי שאיננו מעניק לו מעמד עליון בלעדי עם גורמים אחרים במרחב הציבורי.<sup>95</sup> רואץ' פירט, כאמור לעיל, מגוון של תגובות שלטוניות אפשריות לפסק דין, החל בשינוי חוקה ושינוי חקיקתי וכלה בציות והשלמה עם ההכרעה השיפוטית, המתבטאות בתיקון החוק או בשינוי המדיניות הממשלתית באופן התואם את ההחלטה השיפוטית.<sup>96</sup> אנו מרחיבים את בחינת התגובה לפסק

95 למאמר המרכזי בנדון ראו Hogg and Bushell, 1997

Roach, 2001, p. 110. 96

דין גם לתגובות ציבוריות חוץ-משפטיות, המספקות, במקרים רבים, רקע ובסיס לתגובות השלטוניות שלאחר מתן פסק הדין. פסק דין יכול להתקבל בהסכמה ציבורית, המבטאת קונסנזוס רחב שלא השתקף במסגרת המשפטית שקדמה לעשייה השיפוטית, או לזכות בביקורת ציבורית רחבה, המשקפת חריגה שיפוטית מקונסנזוס קיים. פרמטר נוסף במישור זה בוחן את השלכותיו של הפסק. כאן נבחן את האופן שבו מיושם פסק הדין בהקשרים החורגים מהסוגיה שנדונה בפני בית המשפט.

טענתנו היסודית היא כי באופני התגובה לפסק דין יש משום שיקוף נוסף של האקטיביזם השיפוטי המגולם בהחלטה השיפוטית. לעניין זה אפשר לזהות מדרג של אקטיביזם. הרמה הנמוכה ביותר של אקטיביזם במישור הצופה פני עתיד תהיה נתונה לפסק דין המתקבל בהסכמה לאחר שניתן בלא ששינה דין קודם (בכך ייתפס גם כבעל אקטיביזם ברמה נמוכה במישור הצופה פני עבר). פסק דין המוביל לשינוי הדין לאחר שניתן ייתפס כאקטיביסטי, כממלא תפקיד של סוכן לשינוי; בית המשפט נוטל על עצמו תפקיד מרכזי בהנעת המערכות הפוליטיות והחברתיות. אך פסק דין כזה ייתפס כאקטיביסטי פחות מפסק דין שנסתר לאחר שניתן. תגובה מנהלית או חקוקה הסותרת הכרעה שיפוטית משמעה שבית המשפט חרג מהותית מן הקונסנזוס החברתי והפוליטי – ביטוי ברור של אקטיביזם שיפוטי.

כמו במישור הראשון גם מדידתה של תגובה זו צריכה להתבצע לפי פרמטרים שונים, ואלה אינם חייבים להורות על תוצאה אחידה. במיוחד קלה למדידה בהקשר זה התגובה החקיקתית, המספקת בסיס לבחינתו של רואץ'. כאשר החלטה שיפוטית נהפכת על ידי מעשה חקיקה מאוחר, יש בכך כדי להצביע בבירור שהעשייה השיפוטית לא תאמה קונסנזוס פוליטי, ולכן היא נתפסת כאקטיביסטית. באותו אופן יש לבחון את מידת היישום של ההחלטה בידי רשויות השלטון.

להדגמת פרמטרים אלה אפשר להשוות בין פסק הדין בעניין **יזראמקס**, שעניינו ניהול הפרהסיה הציבורית בשבת,<sup>97</sup> ופסק הדין בעניין **מיטראל** (משנת 1993), אחד מסדרת פסקי דין שעניינם ייבוא בשר לא כשר.<sup>98</sup> שני פסקי

97 בג"ץ 217/68 **יזראמקס נ' מדינת ישראל**.

98 פסק הדין בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות** הוא אחד מסדרת עתירות של חברת מיטראל בעקבות החלטת הממשלה להפריט את ייבוא הבשר ולאסור ייבוא בשר לא כשר. בג"ץ 2015/91 **יורשי המנוח יעקב פלקון ומיטראל בע"מ נ' ממשלת ישראל ואח'**; בג"ץ 5871/92 **מיטראל בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח'**; בג"ץ 7198/93 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח'**; בג"ץ 4676/94

הדין פסלו מדיניות שלטונית: במסגרת המישור הראשון, הצופה פני עבר, שניהם צריכים להיתפס כאקטיביסטיים בהקשר של שינוי הדין (ראו פרמטר 1 להלן). אך אופני התגובה לפסקי הדין והיקף השלכותיהם לאחר שניתנו אינם זהים.

בפרשת **יזראמקס** בג"ץ קבע כי הדין הקיים איננו אוסר הפעלת תחנות דלק בשבת ובחג. המערכת הציבורית אימצה את הפסק: חוק העזר נשוא העתירה נפסל, והחוק המסמיך התקנת חוקי עזר בנדון לא תוקן ולא שונה לאחר פסק הדין. לאחר פסק הדין, ועד היום, ניתנים רישיונות להפעלת תחנות דלק בשבת, ופסק הדין הפך למעשה לחלק מן היסטטוס קווי החברתי. הרציונל של **יזראמקס** סיפק גם בסיס לפתיחת מגוון של בתי עסק המספקים שירות ציבורי. עם זאת שאלת הפרהסיה הציבורית בשבתות ובמועדים נותרה חלק מוויכוח ציבורי מקיף, שהתבטא בחקיקה במישור המקומי והארצי ובסדרה של תביעות בבתי משפט ועתירות לבג"ץ, שחלקן התקבל וחלקן נדחה. אין ספק כי פסק הדין הוביל לשינוי הדין בהקשרים מסוימים וסיפק בסיס לדיונים משפטיים מאוחרים שפיתחו את הסוגיה פיתוח נוסף.<sup>99</sup>

פסק הדין **מיטראל**, שבו נפסק כי חוק יסוד: חופש העיסוק מעגן דיו את זכותו של אדם לייבא בשר קפוא לא כשר וכי אין דין המתיר הגבלת ייבוא מטעמים דתיים, הוביל באופן מידי למשבר פוליטי, שבעקבותיו תוקן חוק יסוד: חופש העיסוק.<sup>100</sup> במישור הצופה פני עתיד זהו פסק דין

#### **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל ואח'.** ראו גם בג"ץ 5009/94 **מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל.**

99 דיון מלא בעניין הפרהסיה בחג ומועד חורג מגבולות נייר עמדה זה. החלטת בית משפט השלום בעניין **קפלן** ראויה לאזכור. בעקבות פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, שביטל הוראת חוק עזר האוסרת על הקרנת סרטי קולנוע בשבת, תוקנה פקודת העיריות בהוספת הסמכה להסדיר את שעות הפעלתם של חנויות ובתי עסק מסוגים שונים ובהתחשב בטעמים שבמסורת דתית (חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א-1990, ס"ח התשנ"א 1336 עמ' 34). ת"פ (ירושלים) 3471/87 **מדינת ישראל נ' קפלן**. הדינמיקה שלאחר תיקון החוק, שביטוייה באופני היישום של סעיף 249(21) ובהכרעות שיפוטיות מאוחרות מספקת דוגמה מצוינת לבחינת האקטיביזם של פסק דין **קפלן** במישור הזמן.

100 התיקון בוצע בכינון מחדש של חוק יסוד: חופש העיסוק (תשנ"ד, ס"ח 1454, עמ' 90). הוספת "פסקת התגברות" מאפשרת לחוקק חוק הפוגע בחופש העיסוק. ראו סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק. תיקון מאוחר יותר (תיקון תשנ"ח ס"ח 1662 עמ' 178) הסיר את מגבלת הזמן שחלה על חוק פוגע, שהתקבל עד שנה לפני תחילתו של החוק (תיקון זה חל על חוק אחד בלבד, הוא 'חוק הבשר').

אקטיביסטי ביותר, מאחר שהעשייה הפוליטית שלאחר פסק הדין מציגה את עמדותיו של בית המשפט כעמדות החורגות בעליל מן הקונסנזוס.

## ג. מישור ערכי

דיון באופני הערכה של אקטיביזם מחייב התמודדות עם השאלה אם בבחינה של אקטיביזם יש להתחשב גם בהקשר הערכי שבמסגרתו ניתנה החלטה שיפוטית ובתוכנה של ההחלטה. הנחת היסוד בהכללת מישור זה היא כי העשייה השיפוטית איננה רק טכנולוגיה משפטית (במישור הראשון) או עשייה במרחב הפוליטי (במישור השני), אלא גם עשייה בעלת תוכן ערכי, המבטאת או מקדמת מערכים ערכיים חוקתיים יסודיים. על בסיס הנחה זו נטען כי הכרעה שיפוטית המאששת מערך חוקתי-ערכי בסיסי היא אקטיביסטית פחות במישור השלישי, גם כאשר היא סוטה מהלכה מוקדמת, מנוגדת לעמדת רשויות שלטון אחרות או מעניקה פרשנות מרחיבה לטקסט משפטי (באופן המעניק לה רמה גבוהה של אקטיביזם במישורים הקודמים). שילוב מישור זה בהערכת עשייה שיפוטית הוא בעייתי בכמה רמות. ראשית, השאלה אם ערכי יסוד יכולים לספק בסיס מספיק להכרעות שיפוטיות היא עצמה שנויה במחלוקת. שנית, כל פנייה לערכים מצריכה הגדרה מהותית-נורמטיבית של ערכים אלה; בעולם הפלורליסטי והפוסט-מודרני זוכים ניסיונות מסוג זה לביקורת. המחלוקת החריפה ביותר מתגלעת סביב הבעיה השלישית, שעניינה הלגיטימציה הנתונה לרשות השופטת להכריע בשאלות ערכיות, במיוחד כאלה הנתונות בעצמן במחלוקת – להבדיל מכוחם של בתי משפט להכריע בשאלות של חוקיות או עמידה בכללי הצדק הטבעי. בהקשר הישראלי, ובמיוחד בהקשר הנדון בדפים אלה, הדיון הופך לחריף עוד יותר. למרות הקושי הגלום בדיון ערכי מסוג זה לא ראוי, ולמעשה גם לא אפשרי, להתעלם ממישור זה.

לעניין זה מועיל לפתוח בדיון על מהותו של הערך 'שלטון החוק', המוצג כערך יסודי של כל מערך דמוקרטי. חלק מן הכותבים מזהים שתי משמעויות של ערך זה: שלטון חוק 'פורמלי' ושלטון חוק 'מהותי'. במובנו הפורמלי 'שלטון החוק' מבטא מחויבות של הגורמים במדינה לפעול על פי החוק, לציית לחוק ולאכוף את הוראותיו. העיקרון הוא פורמלי שכן עניינו במחויבות לחוק, יהא תוכנו אשר יהא.<sup>101</sup> בהתאם לכך במישור הערכי יש לראות הכרעה

101 ראו למשל ברק, תש"ס-2000, כרך א, עמ' 320-341.



שיפוטית שנועדה לחזק מחויבות כזו – למשל על ידי אישוש טוהר מידות בשירות הציבורי – כאקטיביסטית ברמה פחותה.

למובן המהותי של שלטון החוק יש פנים שונות, אולם בעיקרו של דבר המושג משקף נכונות להכיר בתוקפם של ערכי יסוד כמונונים עשייה שלטונית. השאלה אם שופט ושיטה משפטית בכללותה נדרשים להתחשב בערכים ובמוסר, היא אחת השאלות היסודיות בפילוסופיה של המשפט. דיונו יתמקד בכתיבתו של רונלד דבורקין, הקול הבולט ביותר בימינו הקורא לשילוב ערכים בעשייה שיפוטית. לענייננו, טיעונו מורכב מארבעה מרכיבים: דמוקרטיה מבוססת על שילוב ערכי בין עקרון הרוב ובין ערכים 'מוסריים' יסודיים; ערכים אלה הם חלק מן 'הקריאה' של מסמך חוקתי, כגון חוקת ארצות הברית; תפקידו של השופט, במיוחד זה המכהן בבית המשפט העליון, הוא לקדם ערכים אלה; באשר לשאלה הקשה מהו אותו מערך ערכי או מוסרי, דבורקין מזהה מערך ערכי המבוסס על עיקרון מרכזי שעניינו שוויון. מתחילת כתיבתו החשובה דבורקין מזהה דמוקרטיה כשיטה שלטונית המושתתת על בסיס ערכי נוסף על היותה ביטוי של שלטון הרוב.<sup>102</sup> זיהוי זה כשלעצמו איננו מהפכני, אולם דבורקין מסיק מסקנות אופרטיביות ממהותו הערכית של האתוס הדמוקרטי. בספרו האחרון הוא מתמקד באותן הוראות בחוקת ארצות הברית הכתובות בלשון מופשטת ורחבה, דהיינו התיקונים לחוקה, ה-Bill of Rights, ובמיוחד ההוראות בדבר Equal protection of the laws ו-Due process of law. לדעתו, יש לפרש ולהחיל הוראות חוקתיות אלו מתוך הכרה והתחשבות בערכי יסוד באופן המכונה על ידו 'קריאה מוסרית' של החוקה:

Most contemporary constitutions declare individual rights against the government in very broad and abstract language, like the First Amendment to the American Constitution... According to the moral reading, these clauses must be understood in the way their language most naturally suggests: they refer to abstract moral principles and incorporate these by reference, as limits on government's power... The moral reading proposes that we all – judges, lawyers, citizens – interpret and apply these abstract clauses on the

Dworkin, 1977, p. 182. 102

understanding that they invoke moral principles about political decency and justice... The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law.<sup>103</sup>

גם אם הכול חייבים בקריאה מוסרית של החוקה, הרי שבהקשר האמריקני הכוח להעניק פרשנות מוסמכת להוראות אלו ניתן לרשות השופטת:

...any system of government that makes such principles part of its law must decide whose interpretation and understanding will be authoritative. In the American system judges<sup>104</sup>

כוחו של בית המשפט להכריע זוכה אצל דבורקין להצדקה משולשת – היסטורית, אמפירית ונורמטיבית. היסטורית, טוען דבורקין, הקצאת תפקיד זה לבית המשפט העליון הפכה למוסכמה חברתית ולחלק מן המרקם החוקתי האמריקני; המתנגדים למוסכמה זו אינם באים דווקא מן הציבור, אלא מן האקדמיה. אמפירית, שופטים – כמו כל אדם אחר המבקש לפעול באופן המצריך יישום של החוקה – מפעילים שיפוטים ערכיים במקרים חוקתיים קשים שאין להם פתרון פשוט במערך המשפטי הקיים. היסטורית, יישום החוקה מצריך התחשבות באותן זכויות מוסריות שהחוקה מגלמת ומקבעת. על בסיס טיעונים אלה הדיון על אודות אקטיביזם וריסון הוא למעשה דיון מטעה, מפני שהוא איננו מזהה נכונה את תפקידו של השופט כמפרש החוקה.<sup>105</sup>

נותרת, כמובן, השאלה הקשה – מהו אותו מערך ערכי ששופט יכול וצריך להפעיל במסגרת הכרעתו? תשובה לשאלה זו הכרחית על מנת שהתורה דלעיל תהיה בעלת משמעות. עצם הצורך להשיב על השאלה הוא שמבסס את אחת הביקורות החשובות ביותר נגד תורתו של דבורקין. השאלה מהו מערך ערכי מינימלי זה בחברה נתונה היא מן השאלות הקשות ביותר העולות במסגרת הדיון במהותה של המדינה הדמוקרטית המערבית. דבורקין איננו נרתע מדיון כזה. הנחת היסוד המובלעת בתורתו היא כי מערך כזה אכן ניתן לזיהוי ולהגדרה באופן המתחם מראש את גדר הראוי והטוב. הערך המרכזי, אליבא דדבורקין, הוא ערך השוויון: Equality of concern and respect,<sup>106</sup>

Dworkin, 1996, pp. 2, 7. 103

שם, עמ' 2. 104

Dworkin, 1977, chap. 5; עמ' 3-4. 105

שם, עמ' 182. 106

או: Equal status for all citizens.<sup>107</sup> שוויון זה הוא הבסיס למשטר החוקתי-דמוקרטי, המגלם מחוייבות ערכית החורגת מהישענות על שלטון רוב גרדא.<sup>108</sup> כל זכויות היסוד נגזרות מערך השוויון, ועל יסודו נדרשת הרשות השופטת לעצב את הכרעותיה.

באשר לתרגום מערך ערכי זה להקשר של דת ומדינה, ניתנת בהקשר האמריקני תשובה חוקתית ברורה. בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית נקבע: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof" כך עוגנו ההפרדה של הדת מן המדינה, חופש הדת והחופש מדת בעקרון חוקתי חד משמעי. בעיני דבורקין סוגיה זו איננה מן הבעיות, שכן לדידו ההוראה בחוקה האוסרת התערבות המדינה בדת איננה מן המעורפלות ביותר, והיא מצויה, יחד עם חירויות אחרות כמו חופש הביטוי, ברמת ביניים של הפשטה.<sup>109</sup> דבורקין הוא מבטא מובהק, אם כי לא יחיד, של תאוריה משפטית מודרנית המקשרת בין משפט ומוסר, או משפט וערכים, והוא משלב תאוריה כזו עם הכרה בכוחה של הרשות השופטת לקדם ערכים אלה. במתנגדים לטיעונים מסוג זה יש הטוענים ליחסיות ערכית. רבים אחרים שוללים את הטענה כי לרשות השופטת יש יכולת או מנדט לפעול כמעגנת ערכים, בעיקר בשל 'הגירעון הדמוקרטי' הנעוץ בכך שהרשות השופטת איננה נבחרת בהליך דמוקרטי. כאמור, אין בכונתנו להעמיק בדיון בביקורות על טענות מסוג זה. לצורכינו נתמקד בשלוש טענות ביקורתיות.

חלק מן המבקרים טוענים כי על הרשות השופטת להימנע עד כמה שאפשר מפרשנות מרחיבה או יוצרת. טענה טיפוסית בהקשר זה היא שעשייה מסוג זה יוצרת בסיס לא רק לחוסר ודאות, אלא גם למניפולציה בכיוונים שונים ומנוגדים על ידי שופטים המשתייכים לקצוות שונים בקשת הפוליטית.<sup>110</sup> הבחנתו של דבורקין בין concept ובין conception (או בין מושג מופשט ובין מובן פרטני) נועדה להשיב לביקורות אלה. הוראות

Dworkin, 1996, p. 17. 107

שם. 108

109 שם, עמ' 72. למרות זאת דבורקין התמודד בכתיבתו עם סוגיה דתית בעייתית ביותר, שעניינה איסור הפלות (שם, פרקים 1-4). דיון בהתמודדותו וביקורת עליה חורגים ממסגרת נייר עמדה זה.

110 ראו Easterbrook, 1984, chap. 9; Posner, 1996, Bork, 1990. לדידו של איסטרברוק דווקא הימנעות מפרשנות יוצרת מעניקה כוח לשופטים, שכן ספקנות בדבר כוח המילים לשאת משמעות עקב עמימותן מובילה לספקנות בדבר סמכותו של השופט (שם, עמ' 98).

חוקתיות המתמקדות בזכויות יסוד נוסחו במכוון באופן רחב ומעורפל כדי לספק מסגרת ראויה לפיתוח הגנות חוקתיות על רקע שינויים חברתיים ואחרים. גישות ותפיסות שונות יכולות לחסות בערך אחד: ה'מושג' שוויון הוא קבוע, ואילו ה'תפיסות' לגבי עשויות להשתנות. גם אם 'תפיסת' השוויון משתנה לאורך זמן ובהתאם להקשרים שונים, עדיין נותרת נאמנות בסיסית למבנה הערכי של החוקה, המתירה פיתוח תפיסות ושינוין בלא שתהיה בכך התנגשות עם מגמת המכוננים.<sup>111</sup>

לתשובתו של דבורקין יש בסיס במציאות. ספק לדעתנו אם המציעים תאוריות חוקתיות חלופיות, או – אם נשוב לסוגיית האקטיביזם – כאלה הדנים באקטיביזם במישור הנייטרלי בלבד, אך מנתקים עצמם כליל ממישור ערכי מינימלי. לשיח האמריקני, על גווניו השונים, יש בכל זאת בסיס משותף – חוקת ארצות הברית. למרות המחלוקת החריפות והנמשכות בדבר אופני פירושה והיקף ההגנה שעליה לתת (הן לזכויות הפרט הן לעצמתן של המדינות יחסית לעצמתן של הממשל הפדרלי), כל המשתתפים בשיח זה יוצאים מנקודת מוצא שהחוקה, על מגילת הזכויות שבה, משקפת מערך ערכי חוקתי משותף. יתר על כן: גם גישה המצדדת בפרשנות לשונית נובעת לא אחת מתפיסה ערכית מסוימת או מקדמת תפיסה כזו. במקום שהשפה עמומה אין אפשרות לפתור קשיים על די הגישה הלשונית, ואין מנוס מהיזקקות לתפיסה ערכית. ביקורת מסוג שני מתמקדת בתועלת החברתית הגלומה בהוראות עמומות בהקשרים הנמצאים במחלוקת חברתית חריפה. רות גביון משלבת עמדה זו בטענתה שלא בתי המשפט הם שצריכים לספק תשובות מיידיות לבעיות מסוג זה.<sup>112</sup> גביון חוששת מקידום מקורות סמכות אלטרנטיביים, שאינם שואבים את סמכותם מהעדפות העם דרך נציגיו.<sup>113</sup> היא סבורה כי בתי המשפט צריכים להימנע מקידום תפיסה ערכית שהם רואים כנכונה

111 Dworkin, 1977, chap. 5, במיוחד עמ' 134-135. הבחנה זו קיימת גם בספרות המזהה 'מערך ערכי רזה': למשל וולזר מאתר הסכמה רחבה בדבר קיומם של ערכים

כגון 'אמת' ו'צדק' בצד 'ישומים, או מובנים, של ערכים אלה Walzer, 1994.

112 ראו גביון, תשנ"ה; Gavison, 1999 והדיון לעיל פרק שלישי סעיף 3 בהקשר הישראלי. ראו גם Foley, 1989.

113 גביון מזהה בכמה קבוצות דתיות השקפה בסיסית משותפת שאינה רואה בהחלטות העם מקור סמכות לגיטימי ונשענת על מקור הסמכות האלטרנטיבי לחתירה תחת החוק וההחלטות המתקבלות בידי סמכויות פוליטיות לגיטימיות. לדעתה בתי המשפט והאזרחים המחויבים לדמוקרטיה חייבים להילחם בסכנה שבנטייה לדה-לגיטימציה של המחוקק, של הממשלה ושל בתי המשפט בשם ערכים דתיים (הני"ל, 1999, עמ' 256).

לחברה. גם אם במקרים רבים בתי המשפט צודקים, אין הם יכולים להצדיק את אי-ציותם לפעולות ולהחלטות של הענפים הפוליטיים באמצעות פנייה ליערכי יסודי לא מוגדרים. ערכים אלו אמנם ברורים פעמים רבות לשופטים, אך הם שנויים במחלוקת או שאינם בהירים לאחרים. בתי המשפט אינם אלו הצריכים ליטול את התפקיד המכריע העליון בשאלות ערכיות, אלא עליהם לדבוק ביישום החוק במקרים ספציפיים מתוך הגנה על הסדרים שנקבעו ברמה הפוליטית. בדרך זו ישמרו על עצמאותם ומהימנותם ויתרמו לבריאותם ולחוסנם של הליכים חברתיים.<sup>114</sup> אם דברים בגישה של גביון באופן עקיב, מתבקשת התנגדות לכל הוראה בחוקה החורגת מהחלק המבני-משטרי של החוקה. הצורך במנגנון מבקר חוץ-פוליטי מוכר כיום על ידי רוב המדינות הדמוקרטיות, ואכן האפשרות להחליף ממשלה אינה אמצעי מספיק לריסון הרוב מפני שרירות ועושה המיעוט.

עניינה של הביקורת האחרונה בבחירת הערכים הבסיסיים. דבורקין בוחר כאמור בשוויון ופוסל הוספה של ערך החירות, שהוצע על ידי רולס (Rawls) כערך שותף ומקביל לשוויון.<sup>115</sup> איננו מבקשים להכריע בשאלה אם ראוי להכתיר את ערך השוויון כערך היסודי במישור האמריקני. הכתיבה דלעיל התמקדה במערכים פרטיקולריים. דבורקין ורוב מבקריו מתמקדים במבנה החוקתי של ארצות הברית. דבורקין מכיר בכך שחברות שונות מקיימות גרסאות שונות של דמוקרטיה.<sup>116</sup> לכל אלה יש להוסיף ממד חשוב, והוא הממד של המשפט הבינלאומי. נורמות של המשפט הבינלאומי, המקובלות על מדינות מערביות, מספקות בסיס חשוב ליהוי ערכים בסיסיים אלה. הואיל וענייננו בהקשר הישראלי, עלינו לברר כיצד יש לתרגם עמדה מסוג זה להקשר הזה.

תשובה על שאלה מורכבת זו מצריכה התמודדות עם שלוש שאלות משנה. ראשית, האם הטיעון בדבר שילוב מישור ערכי בבחינת עשייה שיפוטית תקף ביחס לכל שיטה דמוקרטית, כולל הישראלית? שנית, האם אפשר לזהות

114 שם, עמ' 257-258. ראו גם גביון, 1994, 1999 לעיל הערה 30; לסקירת כתיבתה ראו גביון, קרמניצר ודוּתן, תש"ס-2000, לעיל ליד הערה 51 לעיל ואילך. אם מקבלים את גישה גביון עצמה על האופי המחייב, הבלתי מותנה בחוק, של זכויות האדם (ראו למשל שם, עמ' 83), מתקבלת גישה הפוכה מדבריה אלו, המסויגת לאותו תחום מחייב של זכויות אדם.

115 Rawls, 1972, chap. 4; Dworkin, 1977, pp. 178-180.

116 ראו למשל ההשוואה בין מקומו של עקרון הרוב באנגליה ובארצות הברית (Dworkin, 1996, p. 16).

מעריך ערכי בסיסי מיוחד לישראל? ושלישית, כיצד משליך מערך זה על הכרעות בנושאי דת ומדינה בהקשר הישראלי? תשובה חלקית על השאלה הראשונה כבר ניתנה לעיל, אולם בהקשר הישראלי, ודאי בהקשר של דת ומדינה, בולט הקושי שמקורו במחלוקת החברתית החריפה בנושא. למרות הקושי נראה לנו ששילוב מישור ערכי בבחינת עשייה שיפוטית בדמוקרטיה מודרנית הוא נכון אוניברסלית. נדגיש שוב שענייננו רק במעריך ערכי חוקתי בסיסי, וממילא ירזה, שבלעדיו אין לזהות חברה דמוקרטית-חוקתית. ענייננו של זה בערכים יסודיים של כיבוד חוק על ידי רשויות שלטון ובערכים חוקתיים מרכזיים. בויתור המוחלט על בחינת התוכן הערכי של החלטה גלומה סכנה ברורה. בויתור כזה יש הכרה אפשרית בדמוקרטיה החסרה כל מאפיינים ערכיים שהם, המותירה את השדה חשוף לשלטון רוב אקראי ופוגעני. כך הוא במיוחד אם חלק מן המשתתפים בשיח הציבורי מציגים עצמם כמי שאינם מחויבים לערכי דמוקרטיה יסודיים. במקרים כאלה חיוני לבחון גם את המישור הערכי, כיוון שבמצב דברים כזה אפשר לטעון כי בית המשפט העליון נדרש לתרום את חלקו לשם שימור ערכי יסוד דמוקרטיים על דרך הכרעה המחזקת ערכים אלה. טענה נוספת היא שבהקשרים מסוימים ובמיוחד בתחום המשפט הציבורי, אין אפשרות להימנע מהכרעות ערכיות, אלא אם כן בית המשפט מפעיל כלים של הימנעות מדיון. גם הימנעות מדיון יכולה לשקף הכרעה ערכית, או לפחות להשתקף ככזו.

התמודדות עם שתי השאלות האחרות איננה קלה. מהם אותם ערכים יסודיים כלליים, וכיצד הם מיתרגמים להקשר של חופש הדת בישראל? לשאלות אלו שני סוגי תשובות אפשריים. התשובה הראשונה מגלמת פנייה למשפט הבינלאומי ולערכים המעוגנים בו על דרך הסכמים בינלאומיים ובין-מדינתיים. משזוהו ערכים אלה – למשל, כפי שהם באים לביטוי באמנות האו"ם בדבר זכויות האדם או באמנות אחרות העוסקות בזכויות אדם – אפשר להעריך את העשייה השיפוטית כתואמת אותם או כחורגת מהם.<sup>117</sup>

117 אמנם, חלק מן המשפט הבינלאומי מחייב במישור הפנימי: כל הדינים הנתפסים כימשפט בינלאומי מנהגי וכמו כן אמנות והסכמים שנקלטו במשפט המקומי על ידי חקיקה – ולכן, במקרים כאלה, אין מדובר כלל בניתוח במישור הערכי, אלא באופן שבו בית המשפט מפעיל את הדין, כלומר בהערכה במישור הנייטרלי. לענייננו, אותם הסכמים המעגנים זכויות יסוד, כמו אמנות האו"ם משנת 1966, לא נקלטו במשפט המקומי דרך חקיקה, ולכן ראוי יותר לדון בהם במסגרת המישור הערכי כמבטאים מעריך ערכי נוסף.

תשובה מן הסוג השני היא תוצאה של התבוננות בשיטה פנימה. שופטי בית המשפט העליון הישראלי, כמו שופטים במדינות אחרות, אינם תרים אחר ערך יסודי יחיד, והם מזהים מערך מורכב של 'עקרונות יסוד של השיטה' מתוך התבוננות בשיטה המקומית. לצרכינו אנו פונים למגילת העצמאות, שהיא מקור סמלי ראשוני לאיתור המערך הערכי של המדינה. כקבוע בתוספת הראשונה לחוק הכנסת מ-1994, מגילת העצמאות מצוטטת בהצהרת האמונים של חברי הכנסת בעת היבחרם:

בארץ ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל-אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחי.

מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות.

אנו מושיטים יד שלום ושכנות טובה לכל המדינות השכנות ועמיהן, וקוראים להם לשיתוף פעולה ועזרה הדדית עם העם העברי העצמאי בארצו.<sup>118</sup>

ערכי היסוד העולים מן ההכרזה הם אפוא עלייה יהודית, חירות, צדק ושלום לאור חזונם של נביאי ישראל, שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל האזרחים, חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות.

כיצד יש לתרגם מערך זה בהקשר של דת ומדינה? התיבה "מדינה יהודית דמוקרטית" שבחוקי היסוד מתשנ"ב מותירה בעינה את השאלה בדבר היחס בין 'יהודיות' המדינה לבין היותה 'דמוקרטית'.<sup>119</sup> בהקשר מקומה של הדת במדינה נראה לנו כי שילוב העקרונות של שוויון וחופש דת ומצפון במסגרת הדמוקרטית-ערכית שהוצגה לעיל משמעו מתן הזדמנות לכל אחד מן החברים

118 תוספת ראשונה, חוק הכנסת, תשנ"ד-1994. לפי סעיף 1(ב) לחוק קודמת לקריאה זו לפני המליאה הקראת מזמור קכ"ב מספר תהילים. למהלך ניסוח הכרזת העצמאות ראו טל, 2001/3; שחר, 2002/3.

119 למחלוקת האקדמית בשאלה זו ראו המקורות המנויים בהערה 30 לעיל.

בחברה לתת ביטוי לתפיסתו הדתית והמצפונית.<sup>120</sup> הוא גם מבטיח את יהודיות המדינה מבחינה תרבותית-לאומית.

לסיכום, אנו מודעים לביקורת האפשרית על הוספת המישור הערכי לבחינת אקטיביזם. עם זאת, באקלים החוקתי לא ניתן להתעלם ממישור זה. בהתאם, ראוי לשלב את המישור הערכי בכל דיון באקטיביזם שיפוטי, בייחוד לנוכח השתתפותן של עמדות הנוגדות ערכיות דמוקרטית בסיסית בשיח הנורמטיבי.

לבסוף, ועדיין במישור הערכי, יש לדון בהערכתה של עשייה שיפוטית שאיננה משלבת הכרעה ערכית. בהקשר זה כלולות בין היתר החלטות שעניינן מדיניות רגולטורית, קביעת מדיניות כלכלית, וחלוקת מקורות ציבוריים שאינה מעלה שאלות הקשורות לשוויוניות או לערכים יסודיים של שלטון חוק. התערבות שיפוטית בסוג כזה של החלטות צריכה להיתפס כאקטיביסטית. בהיעדר משקל ערכי-חוקתי 'רזה' לסוגיה העומדת לפני בית המשפט משתנה הבסיס החוקתי להתערבות שיפוטית. יש להעריך פיתוח של מבחני סבירות ומידתיות באופן המתקן הכרעות מדיניות כעשייה אקטיביסטית – שוב, אם אין בסוגיה ממד ערכי מן הסוג שפורט לעיל.

## ד. סכמה – פרמטרים לבחינת רמת אקטיביזם

ניתוחנו לעיל מבסס בחינה של העשייה השיפוטית של בית המשפט העליון בנושאי דת ומדינה בשלושה מישורים. כל אחד מהם מכיל כמה פרמטרים או שאלות הדרכה שנועדו לסייע בבחינת רמת האקטיביזם. נדגיש כי בדומה לקנן אנו מניחים ששופט יכול להיות אקטיביסט לפי אחד הפרמטרים ומרוסן לפי פרמטר אחר. הנחה זו אוששה במחקרו של קנן ובמחקרים אחרים.<sup>121</sup>

120 לטענה שאין לפרש ערכים כמו 'שוויון' ו'כבוד' באופן שימנע מניפולציה, נשיב כי לעניין זה דעתנו כדעת דבורקין. הגדרות ברורות אינן נחוצות ואינן חלק מן התרגיל הדמוקרטי. התיחום היחיד הנדרש הוא זיהוי של אותן עמדות המצויות באופן מובהק מחוץ לתחום הדמוקרטי. הגדרות כאלה גם אינן אפשריות. קיומו של קושי בתיחום כזה והעובדה שתמיד יהיו 'אזורים אפורים' שיקשה מאוד לזהות את מקומם במערך זה אינם משפיעים לדעתנו על תקפות הטיעון, כיוון שכל ניסיון לתת משמעות לכל מושג מופשט יהיה כפוף לקשיים כאלה.

121 ראו Raday, 2001, (פסיקת בית המשפט העליון בנושאי שוויון הייתה 'אקטיביסטית' ברמת הרטוריקה, אבל החלטות עצמן, למעט אחת, ביססו את עצמן על מעשי חקיקה).



מדידה של רמת האקטיביזם תהיה שילוב של מידת האקטיביזם לפי כל הפרמטרים כדלקמן:

**במישור הנייטרלי הצופה פני עבר** נמנה להלן שלושה עשר פרמטרים, שיש בהם הרחבה והוספה על אלה של קנון.<sup>122</sup> עניינם של פרמטרים אלה באופנים שבהם מתבטאת העשייה השיפוטית במנותק ממטען ערכי ומתוך השוואת העשייה עם מערך משפטי קודם. לבד ממכנה משותף זה נוהה בהם תכונות שונות. ככלל, פועלם של הפרמטרים מושפע ממאפייני הסוגיה העולה לדין. הבחירה באקטיביזם או בריסון בכמה מן הפרמטרים נתונה במלואה בידי בית המשפט, ואילו ביחס לפרמטרים אחרים בחירה זו עשויה להיות מצומצמת או אף חסרה.

1. **יציבות משפטית:** האם בית משפט מוכן לשנות הלכות קודמות שלו עצמו? האם החלטתו מבטלת או מאששת הכרעה של ערכאה נמוכה יותר? שינוי של הלכה קודמת מעיד על אקטיביזם. בהתרחקס מדין קודם בתי המשפט עשויים לעמוד לפני בחירה בין כמה חלופות להכרעה. ככל שהחלופה הנבחרת רחוקה יותר מהדין הקודם, כך מידת האקטיביזם השיפוטי גבוהה יותר.
2. **פרשנות:** האם בית משפט מפרש את הטקסט בניגוד לכוונה המשוערת של יוצרו או בניגוד למובנו הלשוני הפשוט? בתי משפט הנוקטים שיטות של פרשנות תכליתית הם אקטיביסטיים יותר מבתי משפט הנשארים נאמנים לטקסט או למשמעותו המקורית.
3. **שלטון רוב ואוטונומיה:** האם בית משפט מתערב במדיניות שנקבעה בהליכים דמוקרטיים? האם הוא פוסל חקיקה, הליכים פרלמנטריים שאינם עולים כדי חקיקה וחקיקת משנה (במיוחד כזו המאושרת בידי ועדת כנסת)? האם בית משפט בודק את אופן קבלת ההחלטה השלטונית, או שהוא פונה גם להערכתה של ההחלטה עצמה? עד כמה מוכן בית המשפט לקבוע בעצמו את המדיניות ולספק בעצמו את הפתרון לסוגיה

122 הממד השישי של קנון, שעניינו קיומו של קובע מדיניות חלופי, הושמט במודל שלנו. במסגרת ממד זה קנון מכון לבחון אם גוף שלטוני אחר מטפל בסוגיה או מוכן לטפל בה או אם קיימת לפחות סבירות פוליטית או מעשית שגוף שלטוני אחר יטפל בסוגיה בתוך זמן קצר (Canon, 1982, pp. 401-403). נראה לנו שממד זה קשה למדידה או להערכה, יחסית לאחרים, מה גם שבמסגרת המישור הצופה פני עתיד, שהוספנו למודל שלנו, יילקחו בחשבון אירועים שלאחר פסק הדין באופן שישקף את מידת ההתאמה של ההכרעה לעמדות ציבוריות ושלטוניות ולעשייה של גופים אחרים לאחר פסק הדין.

העומדת לפניו? קביעה עצמית מעידה על מידה גבוהה של אקטיביזם. לחלופין, פעולות להשגת פשרה ולהעברת כוח ההחלטה לרשות אחרת (הרשות המקורית בעלת כוח ההחלטה או רשות חדשה) יסווגו כאקטיביסטיות פחות.

4. **הנמקה – הליך לעומת מהות:** האם הכרעתו של בית משפט מבוססת על טעמים פרוצדורליים וטכניים (פגמים דיוניים, הליך לא תקין כגון אי-כיבוד זכות השימוע או הימנעות מהיוועצות עם גורמים רלוונטיים או קיומם של תקדימים), או שמא הנימוקים להכרעה הם מהותיים (כגון החלטה בלתי סבירה, סתירה לעקרונות יסודי)? בהנחה שהסוגיה העומדת לדיון מספקת בחירה בין אופני הכרעה שונים, הנמקה מהותית, העושה שימוש במבחנים גמישים ולא מתוחמים, כמו סבירות או מידתיות, תיתפס כאקטיביסטית. הכרעה הנסמכת אך ורק על עמדות אישיות או תפיסות מופשטות כמו 'צדק' תיתפס כמובן כאקטיביסטית ביותר.
5. **נכונות סף:** האם בית משפט מוכן להתגבר על עילות סף? עד כמה נעשה שימוש בעילות זכות העמידה, היעדר ניקיון כפיים, שיהוי ושפיטות, במקום שבו בא בחשבון שימוש כזה?<sup>123</sup> האם בית משפט משהה את תשובתו בשאלות רגישות? שימוש שיפוטי בטקטיקות דחייה והשהיה יסווג כאקטיביזם ברמה נמוכה, ואילו צמצום השימוש בעילות סף ומתן הכרעה מהירה יסווגו כביטוי של אקטיביזם ברמה גבוהה.
6. **תחום פעילות שיפוטית:** האם ההחלטה מרחיבה או משנה את 'תחום השיפוט' של בית המשפט? החלטה המרחיבה את היקף הפעילות של בית המשפט לתחומים שהיו לפני חסינים מפני התערבות שיפוטית (כמו למשל, התערבות בהליכים פרלמנטריים או בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה), שינוי מהותי של עילת התערבות (למשל, על ידי עיצוב מחודש של עילת הסבירות) או הוספת גופים לקבוצת הגופים הכפופים לביקורת בג"ץ (על ידי עיצוב מחודש של המושג 'גוף ציבורי') – כל אלה תהיינה החלטות שתזוהינה כמבטאות אקטיביזם ברמה גבוהה. החלטה הנותרת בדל"ת אמות תחום השיפוט המסורתי לא תבטא אקטיביזם לפי פרמטר זה.

123 לדיון על מהותן של 'עילות סף' ראו למשל דותן, תש"ס-2000, עמ' 11-15.

7. **רטוריקה:** האם ההכרעה השיפוטית בסכסוך מוגדר מבטאת במפורש תפיסה ערכית, או שהרטוריקה מוגבלת למרחב המשפטי הצר? מידה גבוהה של רטוריקה חוץ-משפטית מצביעה על שבית משפט אינו תופס את עצמו כגוף שנועד להכריע בסכסוכים, אלא כשותף פעיל בביטוי ובגיבוש של עמדות חברתיות, אידאולוגיות ומוסריות. אורכו של פסק דין עשוי אף הוא להצביע על רמת רטוריקה גבוהה, ובכך – על אקטיביזם. בית משפט הבוחר בהנמקה רחבה ומפורטת (במיוחד כאשר הסוגיה להכרעה אינה מורכבת) נותן בכך ביטוי לתפישה, לפיה להכרעותיו יש השלכות מקצועיות, ואף חינוכיות ותרבותיות, החורגות מעבר לתפקידו כמכריע בסכסוכים.
8. **אמרות אגב:** עד כמה מצרף בית משפט לפסק דינו אמרות שאינן דרושות לצורך ההכרעה? שימוש נרחב באמרות אגב משקף תפיסה עצמית של בית המשפט כמשתתף במרחב הציבורי, ואולי אף הפוליטי.
9. **הסתמכות על משפט משווה:** האם בית משפט מרבה להישען בנימוקיו על הסדרים זרים שאינם מחייבים על פי הדין הפנימי? ניתן לראות הפניות והשוואות למשפט זר כסוג אחד של הערות אגב. אך דומה שיש לניתוחים השוואתיים משמעות נוספות. בית משפט הנשען בנימוקיו על מקורות משפטיים זרים יכול לאותת בכך על השתתפותו בשיח פן-שיפוטי ופן-משפטי, המתקיים בין מערכות שיפוטיות ומשפטיות קרובות, ועל נכונות לשלב את השיטה הפנימית בתוך מערך בין-מדינתי רחב. אלה משקפים תפיסה רחבה בדבר תפקידה של הרשות השופטת, החורג מעבר להכרעה בסכסוכים על בסיס דין מקומי. עם זאת פנייה למשפט משווה, במיוחד להסדרים זרים המעגנים חירויות וזכויות חוקתיות, במקום הרחבה של הדיון לעבר ערכים מוסריים או שיקולים כלליים שמקורם מחוץ למערכות משפטיות, משקפת נאמנות למשפט כדיסציפלינה מובחנת והימנעות מחריגה מדיסציפלינה זו. עוד יש להעיר, כי הסתמכות על משפט משווה כדי לבסס הכרעה המשנה את הדין הקיים היא אקטיביסטית יותר מהסתמכות שמטרתה אישוש ההלכה הקיימת. פנייה למשפט המשווה על מנת לחזק פירוש התואם את המשמעות הלשונית של הוראת חוק היא אקטיביסטית פחות מפנייה שמטרתה להצדיק פירוש שאינו תואם את לשון החוק.
10. **קולות שיפוטיים:** האם השופטים מצטרפים לפסק דין יחיד או שהם מרבים במתן פסקי דין נפרדים? בית משפט הפוסק פה אחד מבטא הסכמה שיפוטית פנימית, ואילו ריבוי של פסקי דין נפרדים, המצטרפים

לדעת הרוב, משקף בית משפט שחבריו אינם נמנעים מהשתתפות פעילה, גם כאשר הצרכים המשפטיים הצרים אינם מחייבים זאת. דעת מיעוט עשויה להצביע על קיומן של חלופות אחרות להכרעה (פרמטר 12 להלן), או לשקף מחלוקת ציבורית או רגישות אפשרית של העניין העומד לדיון (פרמטר 13 להלן).

11. **היקף ההכרעה:** האם פסק הדין מחיל את עצמו ישירות על קטגוריה גדולה של מקרים או על קטגוריה צרה ומצומצמת? לעניין זה יש לבדוק אם לסוג העניין הנדון יש פוטנציאל להיות מוחל באופן רחב. בהתקיים פוטנציאל זה בית משפט המגביל במפורש את ההחלטה למקרה העומד לפניו או למערך מוגדר של נסיבות, יסווג כמרוסן. השפעה רחבה של ההחלטה תעיד על אקטיביזם ברמה גבוהה.

הפרמטרים הקודמים בחנו טכניקות שיפוטיות הנתונות לבחירת השופטים. לעומת זאת שני הפרמטרים האחרונים במישור זה מוכתבים במידה רבה על ידי המאפיינים החיצוניים של הפרשה העומדת לפני בית המשפט ועל ידי אופני התרגום של מאפיינים אלה לזירה השיפוטית.

12. **רקע משפטי:** מורכבותו של הרקע המשפטי משליכה בהכרח על רמת האקטיביזם שיתגלה בפסק דין. כאשר המסגרת המשפטית שעל רקעה נדונה סוגיה בבית המשפט היא חסרה, עמומה או מקיימת בתוכה סתירות, ההחלטה השיפוטית תחייב יצירתיות ברמה זו או אחרת. נוסף על כך טיבו של העניין העומד לפני בית המשפט משפיע על רמת האקטיביזם. במקרה של פגם חמור וחריג בעשייה שלטונית יש לראות בהחלטה שיפוטית הפוסלת את המעשה החלטה אקטיביסטית פחות.

13. **רקע ציבורי:** האם הנושא הנדון הנתון במחלוקת ציבורית בעל השלכות חברתיות רחבות? האם המוסד שהוגשה נגדו העתירה הוא שחקן מרכזי בזירה החברתית והפוליטית? האם להחלטה השלכות תקציביות מידיות? סוגיה רגישה מעמידה את בית המשפט בפני דילמות מיוחדות. החלטה להתערב במקרים כאלה צריכה להיתפס כאקטיביסטית יותר מהחלטה החסרה מטען רגיש מסוג זה (מה גם שהכרעות כאלה, אם הן נפסקות באופן הזוכה לביקורת מצד חלק מן הציבור, תיתפסנה כאקטיביסטיות יותר, אם אלה עושים שימוש שלילי במונח 'אקטיביזם').

נדגיש שוב כי פועלם של כל הפרמטרים עשוי להיות מוכתב על ידי הסוגיה העולה לדיון. כך למשל, לא תמיד יהיה מתאים לדון במבחני סף, לא תמיד

תעלינה לדיון הוראה או הכרעה שהתקבלו בדרך דמוקרטית. מורכבות הנושא ומידת המחלוקת הטמונה בו משליכות אף הן בהכרח על אופני ההתמודדות השיפוטית.

**במישור הנייטרלי הצופה פני עתיד** ייבחנו פרמטרים אלה:

14. **תגובה חקיקתית:** האם המחוקק דחה את ההחלטה או אימץ אותה? פסק דין שהוביל לשינוי הדין ייתפס כמשקף אקטיביזם ברמה גבוהה. פסק דין ששינה את הדין ונסתר במפורש על ידי המחוקק לאחר שניתן, ייתפס כמבטא אקטיביזם גבוה במיוחד.

15. **תגובה מנהלית:** מהו טיבו של יישום פסק הדין בידי הרשויות? המבחנים דלעיל חלים גם בהפעלת פרמטר זה. דחייה מנהלית והיעדר יישום של החלטה המשנה את הדין הקודם יצביעו על רמת אקטיביזם גבוהה.

16. **תגובה שיפוטית:** פרמטר זה בוחן את גורלו של פסק הדין במערכת השיפוטית. החלטה שיפוטית הנהפכת על ידי בית משפט, ובמיוחד תוך זמן קצר, תימדד לפי פרמטר זה כאקטיביסטית ברמה גבוהה. פסק הדין המאומץ כתקדים מייצג עמדות המקובלות על המערכת השיפוטית עצמה, ולכן יש לסווגו כמבטא אקטיביזם ברמה נמוכה.

17. **תגובה ציבורית:** תגובה ציבורית ביקורתית-שלילית המקבלת ביטוי בתקשורת, בעמדות של גופים לא ממשלתיים, גופים מקצועיים, האקדמיה וגורמים אחרים בציבור מצביעה על מידת אי-ההתאמה של ההחלטה לקונסנזוס הציבורי. ביקורת ציבורית רחבה, הנמשכת לאורך זמן, מרמזת על אקטיביזם שיפוטי גבוה. החלטות המתקבלות על דעת הציבור יכולות לאותת על הצטרפותו של בית המשפט לרשויות האחרות בייצוג העמדות הציבוריות.

18. **היקף ההשלכות:** מהן ההשלכות בפועל של ההחלטה השיפוטית, מעבר להחלטה הספציפית בעתירה? החלטות שהיקפן צר תיתפסנה כאקטיביסטיות פחות לפי פרמטר זה יחסית להחלטות המובילות לשינויים רחבים. טיבם של שינויים אלה ישליך על רמת האקטיביזם: שינויים הסותרים את הרציונל של ההחלטה השיפוטית ייתפסו כאקטיביסטיים במיוחד.

בבחינת היקף ההשלכות יש להביא בחשבון את טבעה של כל החלטה. ישנם פסקי דין בעלי פוטנציאל גבוה להשפעה, וישנם פסקי דין שיכולת ההשפעה שלהם צרה במהותה. האחרונים, המוגבלים במהותם אך

התורמים בפועל לשינויים משפטיים וחברתיים רחבים, צריכים להיות מסווגים כאקטיביסטיים במידה גבוהה במיוחד.

### **במישור הערכי נכללים שני פרמטרים:**

19. **תאימות עם בסיס ערכי:** כאשר הסוגיה העומדת לדיון טעונה ערכית, התערבות הנשענת על בסיס 'צרי' של שלטון חוק וערכים חוקתיים יסודיים אינה צריכה להיחשב אקטיביסטית. לעומת זאת הכרעה החורגת מהמינימום הערכי תהיה אקטיביסטית. נורמות אלו אינן רק נורמות חוקתיות הנלמדות מן השיטה עצמה, אלא הן גם נורמות של המשפט הבינלאומי, המקובלות על מדינות דמוקרטיות. אין הכוונה לנורמות האלו רק כאשר הן חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי, החל ישירות בשיטה הישראלית. בית משפט המכריע בהתאמה למערך הבינלאומי הערכי המקובל ייתפס כאקטיביסטי פחות, גם אם החלטתו מסיטה את הדין המקומי לכיוון חדש.

20. **מעורבות בהקשר שאיננו טעון ערכית:** בהקשר טעון ערכית ברמה נמוכה הנכונות להתערב תיתפס כאקטיביסטית יותר. כך למשל, התערבות של בג"ץ בתחום קביעת מדיניות הדלק בישראל או בתחום הפרטת שירותים ציבוריים תיתפס כאקטיביסטית, ואילו הימנעות מהתערבות תיתפס כמרוסנת.

כאמור, צירוף התוצאות המתקבלות לפי כל אחד מן הפרמטרים נותן תמונה מורכבת, אך דווקא בשל כך אולי גם אמינה יותר, באשר לרמת האקטיביזם השיפוטי המגולם בהם.

לפירוט כל הפרמטרים ולאופני הפעלתם לבחינה של רמת אקטיביזם ראו לוח 1. כמו קנון גם אנו מניחים כי אקטיביזם איננו מונח בינרי, כלומר אין לדון בו במונחים של קיים או לא קיים, אלא הוא מונח בעל משרעת של משמעויות רבות, החל באקטיביזם ברמה גבוהה וכלה בהיעדר מוחלט של אקטיביזם.

## לוח 1

### פרמטרים למדידת רמת אקטיביזם שיפוטי בפסק דין

מישור	פרמטר	אקטיביזם ברמה גבוהה	<=>	היעדר אקטיביזם
	1. יציבות משפטית	סטייה מהלכות שיפוטיות קודמות; יצירת דין חדש; בחירה בחלופה המשנה את הדין הקיים במידה הרבה ביותר		הישענות על תקדימים כהנמקה להכרעה; בחירה בחלופה שאינה משנה את הדין הקיים; אי-התערבות בהחלטות של ערכאות נמוכות
	2. פרשנות	פירוש טקסט באופן מנוגד לכוונה המשוערת של יוצרו או בניגוד ללשון הפשוטה		היצמדות ללשון או לכוונת יוצר הטקסט; הישענות על פרשנות כהנמקה להכרעה
	3. שלטון רוב ואוטונומיה	פסילת חקיקה, חקיקת משנה ומדיניות שהתקבלה בידי מוסמכים לכך; הכרעה שיפוטית סופית		הישענות על לגיטימיות ההוראות כביטוי לשלטון הרוב; העברת כוח ההכרעה הסופי לידי בעל סמכות אחר
	4. הנמקה – תהליך לעומת מהות	שימוש בטעמים מהותיים; מבחנים מהותיים (סבירות, מידתיות)		הישענות על טעמים שבהליך
	5. נכונות סף	שימוש מזערי בעילות סף או התגברות על עילות סף; הכרעה מהירה		הישענות על עילות סף (זכות עמידה, שיהיו, שפיטות); דחייה דיונית; השהיית ההכרעה
מישור ניטרלי צופה פני עבר	6. תחום פעילות שיפוטית	הרחבת תחום השיפוט על עניינים וגופים חדשים		הימנעות מהרחבת תחומי שיפוט
	7. רטוריקה	רטוריקה מהותית-ערכית; החלטה ארוכה		הנמקה משפטית צרה; החלטה קצרה חסרת רטוריקה
	8. אמרות אגב	ריבוי אמרות אגב שאינן נדרשות להכרעה		היעדרן של אמרות אגב
	9. הסתמכות על משפט משווה	פנייה רחבה לדינים ולהסדרים של מדינות אחרות		הכרעה על בסיס דין מקומי והימנעות מהשוואה לדינים אחרים
	10. קולות שיפוטיים	ריבוי פסקי דין נפרדים, במיוחד אצל שופטי הרוב		פסק דין שניתן פה אחד בידי שופט אחד
	11. היקף ההכרעה	הכרעה המחילה את עצמה ישירות על תחום או הקשר רחב		הכרעה המצמצמת את עצמה לעניין הספציפי העומד לפניה
	12. רקע משפטי	בסיס משפטי חסר או לא ברור		בסיס משפטי מפורט וברור
	13. רקע ציבורי	רגישות חברתית או פוליטית של הנושא הדין; השלכות תקציביות או מקצועיות		היעדר רגישות או בולטות ציבורית; היעדרן של השלכות תקציביות או מקצועיות
	14. תגובה חקיקתית	תיקון החוק באופן הסותר את ההחלטה		היעדר שינוי בחוק; החלטה שאיננה משנה דין קודם
מישור ניטרלי צופה פני עתיד	15. תגובה מנהלית	אי יישום החלטה; שינוי בפעולת הרשות או המוסד בניגוד להחלטה		יישום החלטה
	16. תגובה שיפוטית	החלטות מאוחרות סוטות מפסק הדין		פסק הדין פועל כתקדים וכבסיס להחלטות מאוחרות
	17. תגובה ציבורית	ביקורת ציבורית רחבה		הסכמה ציבורית
	18. היקף ההשלכות	השפעה משמעותית על מגזרים ועל הקשרים מגוונים		השפעה על המגזר הספציפי בלבד, וגם עליו הקשרים מגוונים
	19. תאימות עם בסיס ערכי	הכרעה המקדמת ערכים החורגים ממינימום ערכי מקובל		הכרעה הצמודה למערך ערכי 'צר'
מישור ערכי	20. מעורבות בהקשר שאינו טעון ערכית	התערבות שיפוטית בעשייה שלטונית שאינה טעונה ערכית תוך שימוש במבחנים סובייקטיביים או מהותיים		הימנעות מהתערבות בשיקול דעת





# 5 אקטיביזם בהחלטות בג"ץ: יישום

## 1. יישומים אפשריים

בפרק הקודם זיהינו מודל של אקטיביזם המורכב מעשרים פרמטרים המשתייכים לשלושה מישורים שונים. זאת, על בסיס ההנחה שההשתתפות השיפוטית במרחב הציבורי, כמו גם רמת האקטיביזם של בית המשפט, באות לביטוי במגוון של דרכים. ניתן ליישם מודל זה בדרכים שונות.

ראשית, המודל מספק מסגרת לחקר הרשות השופטת. חקר זה יהיה תמיד תלוי הקשר ויושפע מהשקפות העולם של המשתתפים ומן השיח האקדמי והציבורי המתמשך. עם זאת, המסגרת האנליטית שהוצגה לעיל מאפשרת זיהוי היבטים מגוונים של עשייה שיפוטית, החורגים מההקשר המשפטי אל ההקשרים החברתיים והפוליטיים. בכך מודל זה עשוי לספק בסיס משותף לדיונים על אודות השלכותיה של העשייה השיפוטית במרחב הציבורי.

נוסף על כך המודל מהווה בסיס לניתוח ההקשרים הסיבתיים ויחסי הגומלין שבין ההיבטים השונים של העשייה השיפוטית על דרך חקר הקשרים שבין פרמטרים שונים. חקר כזה עשוי לספק מידע חשוב על החשיבות היחסית של מרכיבים שונים בעשייה השיפוטית ועל מידת הבולטות שלהם. חקר היחס שבין הפרמטרים השייכים למישור הראשון יכול לכלול למשל בחינה של רמת היציבות המשפטית של פסקי דין (פרמטר 1) כנגד הרקע המשפטי והחברתי שלהם (פרמטרים 12 ו-13) באופן שיכול ללמד אם במקרים 'קשים' שופטים נוטים לכיוון של יציבות או ההפך. באשר לבדיקת יחסים אפשריים בין הפרמטרים משני המישורים הראשונים אפשר לבחון למשל אם פסקי דין עתירי רטוריקה והערות אגב (פרמטרים 7 ו-8) זוכים לרמה גבוהה יותר של ביקורת ציבורית (פרמטר 7), או אם מורכבות משפטית משפיעה על מהירותה של התגובה החקיקתית והמנהלית (פרמטרים 12, 14 ו-15). בחינות כאלה, העשויות לספק מידע משמעותי על סוגי אינטראקציות בין משפט, פוליטיקה וחברה, יכולות גם לספק לשופטים עצמם מידע באשר לנאותות וליעילות של טכניקות שיפוטיות שונות.

במחקר מסוג זה יש חשיבות להבחנה בין פרמטרים הנתונים לשליטתו של בית המשפט לבין פרמטרים שעניינם בנתונים חיצוניים שאינם בידי בית המשפט, המכוונים את אופני ההכרעה ומגדירים את מתחם האקטיביזם האפשרי. הגדרנו לעיל כמה פרמטרים מן הסוג האחרון. במיוחד מדובר במאפייניה של הסוגיה העומדת לפני בית המשפט. המורכבות המשפטית של הסוגיה, הרגישות הציבורית של העניין העומד לפני בית המשפט וקיומו או היעדרו של הסדר משפטי קודם – כל אלה מתחמים את טווח ההכרעות האפשרי.<sup>124</sup>

אפשר לעשות שימוש במודל גם לשם בחינה כמותית. כל פרמטר יכול להיות חלק מכימות משוקלל של רמת האקטיביזם של החלטות שיפוטיות. כימות כזה יכול לספק מידע מעניין בדבר רמת האקטיביזם בפועל, לאפשר השוואה בין פסקי דין יחידים ולזהות מגמות וכיוונים שיפוטיים לאורך זמן או בהקשרים שונים. קנון מביא במאמרו בחינה כמותית מסוג זה, אם כי הוא עושה זאת בזהירות, ודומה שמחקרו הוא בעיקר אינדיקטיבי.

מחקר כמותי כזה טומן בחובו בעיות מתודולוגיות לא פשוטות. כימות מסוג זה מחייב הקצאת משקלים לפרמטרים השונים, וההקצאה עצמה עשויה להשפיע ישירות על התוצאה. יש להניח כי במקרים רבים ההערכה תוטה בהתאם למשקלות שנבחרו. קנון היה מודע לקושי, ומחקרו מבוסס על שישה פרמטרים בלבד. המחקר שלנו מורכב אף יותר.

מתן משקל שווה של חמישה אחוזים לכל פרמטר משמעו מתן משקל מכריע למישור הנייטרלי הצופה פני עבר, שכן שלושה עשר מן הפרמטרים שייכים למישור זה. במתן משקל שווה טמונה גם הנחה בדבר חשיבותם היחסית הזוה של כל אחד מן הקריטריונים. למידת היציבות המשפטית הגלומה בפסק דין, לריבוי פסקי דין בהסכמה ולמורכבות הסוגיה לא בהכרח צריך להיות משקל זהה בהערכת אקטיביזם. השוואה בין חשיבות יחסית של פרמטרים מן המישור הראשון ומשני המישורים האחרים יכולה להיות בעייתית אף יותר, מה גם שכמה מן הפרמטרים מוכתבים על ידי מאפייני הסוגיה ואינם נתונים כלל בידי השופט. מורכבות או פשטות ורמת הרגישות של הנושא העולה לפני בית המשפט נתונים מראש. פרמטרים אחרים שלובים זה בזה: למשל, תגובה חקיקתית תוביל לתגובה מנהלית (אם כי 'מרד' מצד המנהל איננו בלתי אפשרי). פרמטרים אחרים יכולים להיות לא רלוונטיים –

124 ראו עמ' 36, 52-53 לעיל.

במיוחד אלה השייכים למישור הערכי. למשל, ייתכנו הקשרים שאינם מטופלים במישור הבינלאומי כלל או פסקי דין בעניינים שאין בהם מטען ערכי מיוחד.<sup>125</sup>

ריבוי הפרמטרים יוצר בעיה נוספת. אין להניח כי פסק דין, אקטיביסטי ככל שיהיה, יזוהה כאקטיביסטי ברוב הפרמטרים. יש להניח כי שופטת המבקשת במודע להיות אקטיביסטית, תבחר בחלק מן הטכניקות המנויות במישור הראשון. למשל, היא תרבה ברטוריקה ותמעט בפנייה למשפט השוואתי. כך, ספק גדול אם פסק דין כלשהו, אפילו הוא אקטיביסטי במיוחד, יוכל לזכות, בשקלול כל הפרמטרים, בניקוד המתקרב ל-5.

לעניין זה ייאמר כי גם אם נניח שהפסיקה המכומתת תתכנס ברובה בטווח שבין 2 ל-4, הכימות עדיין יאפשר השוואה בין פסקי דין יחידים. בהחלתו על קבוצות גדולות של פסקי דין הוא עשוי לספק מידע אמין בדבר מגמות שיפוטיות על פני זמן או בהקשרים שונים.

יש גם להביא בחשבון שאפשר להחיל את הקריטריונים באופנים שונים בהתאם לתפיסות הסובייקטיביות של המפעילים אותם. לכן במחקר כמותי מקיף ראוי ששקלול הפרמטרים ייעשה על ידי כמה אנשים בעלי השקפות שונות על מנת לצמצם את הסטייה הסובייקטיבית שבמתן משקלים.

הכיוונים הלא-כמותיים יכולים לספק מידע מועיל באשר לטיבה של העשייה השיפוטית. כאמור, אפשר למצוא תועלת רבה בבחינת יחסי גומלין בין פרמטרים שונים. למרות זאת כימות והערכה של פסקי דין, בהתאם למודל, נראה לנו חשוב לצורכי נייר עמדה זה. יש בהם להדגים את פועלו של המודל ולספק, בזהירות הראויה, מידע נוסף על אודות טיבם של כמה פסקי דין שזכו לבולטות מיוחדת ואשר זוהו, לעתים קרובות על דרך הביקורת, כאקטיביסטיים מובהקים. בדפים הבאים נפעיל את המודל על שני פסקי דין משנות ה-90 של המאה ה-20 שזכו לתשומת לב ציבורית רבה: **בבלי ופסרו**.

125 באשר לניקודה האחרונה: בהפעלת מודל זה בהקשרים שאינם טעונים ערכית מטבעם אפשר עדיין להפעיל את המישור הערכי. במקרים כאלה שילוב פסיקה ערכית בסוגיה ינייטרלית יכול להצביע על אקטיביזם. ראו פרמטר 20.

## 2. הערכה כמותית – פסיקה בענייני דת ומדינה א. בג"ץ בבלי (1994) עובדות והכרעה

עתירות לבג"ץ נגד מערכת בתי הדין הרבניים אפשריות משום שבתי הדין הרבניים, כגופים שלטוניים, הוכפפו לפי חוק לביקורת שיפוטית.<sup>126</sup> היקף הביקורת על פסיקת בתי דין, הנתונה לבג"ץ, מוכר כצר יחסית: הוא מאפשר התערבות של בג"ץ אם היו חריגה מסמכות, פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי או פגיעה בעקרונות יסוד של שיטת המשפט הישראלי.<sup>127</sup>

תחילתה של פרשת **בבלי** בתביעת גירושין שהגיש הבעל בבית דין רבני. הדין הישראלי מאפשר למגיש תביעת גירושין בבית דין רבני 'לכרוך' בתביעתו גם את ענייני המזונות וחלוקת הרכוש בין בני הזוג, וכך עשה הבעל.<sup>128</sup> העותרת טענה לפני בית הדין הרבני לזכותה למחצית מן הרכוש של בני הזוג. הדין מבחין בין בני זוג שנישאו לפני 1 בינואר 1974 ובין אלו שנישאו לאחר מועד זה. על בני זוג שנישאו לאחר מועד זה חל חוק יחסי ממון בין בני זוג, התש"ל"ג-1973, הקובע כי כל בן זוג בעת גירושין יהיה זכאי למחצית משווים של כלל נכסי הזוג (למעט רכוש שהיה בידי בני הזוג לפני הנישואין ובחריגים נוספים הקבועים בחוק, ובכפוף להסכם חלוקת הרכוש, אם היה כזה). על בני זוג שנישאו קודם למועד זה המשיכה לחול חזקת השיתוף בנכסים, לפיה הרכוש המוחזק בידי בני הזוג ושנצבר במהלך הנישואין מתחלק ביניהם שווה בשווה. חזקה זו הייתה חסרה בסיס מפורש בחקיקה ונוצרה בידי בתי המשפט על דרך של הלכה פסוקה.<sup>129</sup>

הואיל ובני הזוג נישאו לפני 1974, העותרת נשענה על חזקת השיתוף בטענתה למחצית הרכוש. בתי הדין הרבניים שדנו בעניין (בית הדין הרבני האזורי ובית הדין הרבני הגדול, כבית דין לערעורים) דחו את תחולת חזקת השיתוף וקבעו כי חלוקת הרכוש תהיה בהתאם להלכה. בהתאם לכך גם

126 לעניין בתי דין דתיים נקבעה סמכות הביקורת של בג"ץ "לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני או להימנע מלדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם" (בסעיף 15(ד)4) לחוק יסוד: השפיטה.

127 להלכה ראו למשל בג"ץ 5277/97 **מיכל דוד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**.  
128 ענייני החזקת ילדים, מזונות וחלוקת רכוש נתונים לסמכות שתי מערכות בתי המשפט – בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים. הסמכות ניתנת לבית הדין אשר אליו הוגשו תובענות בעניינים אלה. לסוגיה ולמושג ה'כריכה' ראו שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, תשנ"ה, כרך א, עמ' 48-51.

129 לחזקת השיתוף ראו למשל שאוה, 2001, עמ' 192-302.

מנעו מן האישה הזמנת עדים לצורך קביעת היקף הרכוש. משמעות הפסיקה הייתה כי האישה תהיה זכאית רק לסכום הקבוע בכתובתה ולפיצויים לפי ההלכה, ששיעורם היה נמוך בהרבה מן הסכום שטענה לו.

העותרת עתרה לבג"ץ, המוסמך כאמור לבקר החלטות בתי דין רבניים במקרים מוגדרים. היא טענה כנגד החלטת בית הדין הרבני שהיא זכאית למחצית הרכוש, וזאת לא רק על בסיס ההלכה הפסוקה האמורה, אלא גם על יסוד הוראות חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, הקובע עיקרון כללי של שוויון בין המינים, המגולם בסעיפים 1 ו-2 לחוק: "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית ... לאשה נשואה תהיה כשרות מלאה לקנין ולעשייה בקנינים כאילו היתה פנויה".

בהכרעו בסוגיה בג"ץ נדרש לדון בשאלה רגישה ביותר: מהו הדין שאותו תחיל מערכת בתי הדין הרבניים? בכל הנוגע לדיון בבית הדין בענייני נישואין וגירושין ניתנה תשובה מפורשת בחוק: בתי הדין הרבניים, אשר ניתנה להם הסמכות הייחודית לדון בענייני נישואין וגירושין, ידונו בהתאם לדין תורה.<sup>130</sup> אלא שלא ניתנה בדין תשובה חקוקה לשאלה איזה דין יחיל בית דין רבני כאשר הוא מטפל בסוגיה שאיננה נתונה לסמכות שיפוטו הייחודית, כמו במקרה של חלוקת רכוש. לתשובה על שאלה אחרונה זו השלכה ישירה ורבת משקל על מידת האוטונומיה של בית הדין הרבני.

כל שלושת השופטים קבעו כי היה על בית הדין הרבני להחיל בפסיקתו את חזקת השיתוף בנכסים. הם ביטלו את פסק הדין של בית הדין הרבני והורו על החזרת הדין לבית הדין ועל קיומו בהתאם לצו בג"ץ.

## ההילוך השיפוטי

כאמור, העתירה התקבלה פה אחד. פסק הדין המרכזי והארוך ביותר הוא של השופט ברק, ובו נתרכזו בפסקאות הבאות.<sup>131</sup> הפסק נפתח בפריסת

130 סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 קובע: "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים"; וסעיף 2: "נישואין וגירושין של יהודים בישראל ייערכו על פי דין תורה". בסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האישה נקבע במפורש כי לחוק אין תחולה בענייני נישואין וגירושין.

131 שני השופטים האחרים שישבו בדיון מסכימים עם פסק דינו של הנשיא ברק. השופט שמגר מוסיף פסקאות מספר משלו, שיש בהן בעיקר חזרה וחיזוק פסק דינו של הנשיא. הוא בוחן את הסוגיה ברמה העקרונית הכללית מתוך הדגשת תפקידו של בית המשפט העליון כפרשן המוסמך של החקיקה. השופט לוין אינו מוסיף דברים על הסכמתו.

העובדות, הנתונים המשפטיים וטענות הצדדים. נקודת המוצא בהכרעתו של השופט ברק היא כי הכרה בסמכותו של בית דין רבני לפסוק לפי ההלכה בענייני רכוש בין בני זוג מתגרשים משמעותה הכרה בפיצול הקניין. במילים אחרות, ייווצר מצב שבו זכויותיו הקנייניות של הפרט תיקבענה באופן שונה בהתאם לדין הדן בהן: בבית משפט אזרחי הרכוש יחולק שווה בשווה, ואילו בבתי הדין הרבניים העניין יוכרע לפי המשפט העברי, כפי שהוא מוחל באותה מערכת ערכאות. בשלב הבא מבקש השופט ברק לבחון אם 'פיצול הקניין' הוא תוצאה הכרחית של המשפט הישראלי.

בדונו בשאלה זו מקדיש ברק פסקאות מספר לתיאור המצב הקשה העולה כתוצאה מדיני היכריכה, שהם תולדה של קיום מערכות שיפוטיות מקבילות, ואשר יוצרים 'מירוץ סמכויות' בין בני זוג ומקטינים בכך את האפשרות להשכנת שלום ביניהם.<sup>132</sup> לקביעתו כי בנושאי רכוש יחול המשפט הישראלי האזרחי בכל המערכות השיפוטיות, לרבות בבתי הדין הרבניים, שני טעמים עיקריים. הטעם הראשון נובע מקיומו של חוק שיווי זכויות האישה משנת 1951.<sup>133</sup> אחת מהשלכותיו של חוק זה, המוגדר בפיו "חוק מלכותי", היא ש"שאלת שיתוף הנכסים בין בני הזוג אינה עוד מענייני המעמד האישי".<sup>134</sup> כל בית דין וכל ערכאה שיפוטית מחויבים בקיום החקיקה, כולל חוק שיווי זכויות האישה. לכן:

כל דין דתי אשר בית הדין הרבני מפעיל חייב להתאים לעקרון השוויון (הקבוע בסעיף 1 לחוק שיווי זכויות האישה). בית הדין הרבני אינו רשאי, אם כן, לקבוע דיני שיתוף נכסים – או דיני אי-שיתוף בנכסים – המבוססים על הפליה לרעת האישה.<sup>135</sup>

זה איננו סופו של פסק הדין. השופט ברק מודה: "יכולתי לסיים בכך את פסק דיני זה".<sup>136</sup> אך לו היה עושה כן, כך הוא קובע, הייתה להכרעתו השפעה רק על אותם עניינים עתידיים הנדונים בבתי הדין הרבניים שבהם תעורב

132 ראו שיפמן, "בתי הדין הרבניים – לאן?!", תשנ"ה, עמ' 524-525; שאוה, תשל"ב-1972, עמ' 721-726.

133 ראו סעיפים 1, 2 לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, טקסט לאחר הערה 130 לעיל.

134 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, עמ' 240.

135 שם, עמ' 241.

136 שם, עמ' 243.

אפלייתן של נשים. לפסיקתו המצומצמת בהיקפה לא תהיה השלכה על דיונים בבתי דין רבניים העוסקים בהקשרים אזרחיים אחרים, המשפיעים על זכויותיו הקנייניות של הפרט, וגם לא על עניינים אחרים שבהם לא קיים חוק מפורש הקובע עיקרון חד וברור בדבר סמכות ההכרעה של בתי דין רבניים. כאן נפנה ברק לטעם השני להכרעה, תוך עיסוק בסוגיה בהקשר רחב יותר שכותרתו "תחולת משפט אזרחי (חקוק או הלכתי) בבית דין רבני בהיעדר הוראה מפורשת".<sup>137</sup>

את יתרת פסק הדין של השופט ברק אפשר לקרוא כהערת אגב ארוכה. כאמור, ברק עצמו מודה כי לא נזקק לה לשם ההכרעה, מה גם שהיא מכוונת לחול על סוגיות רחבות מזו שעלתה לדיון בעתירה. שני פסקי דין קודמים, שהובאו כראיה לכך שבית המשפט העליון מכיר בכוחו של בית דין רבני להחיל בכל עניין את ההלכה, נדחים בידי ברק. האמירות בשני פסקי דין אלה מזהות על ידו כאמרות אגב, והוא מציין שלדעתו מדובר באמרות אגב מוטעות, היוצרות מצב של אי-הכרעה בנושאים קנייניים, ובמילותיו: "קטגוריות סיוטיות".<sup>138</sup> בסיום דיונו מדגיש השופט ברק כי העיקר בפסיקתו איננו השלכותיו של חוק שיווי זכויות האישה, אלא הכלל ש"על בית הדין הרבני – בדונו בענייני רכוש הנכרכים בענייני גירושין – להכריע בסכסוך באשר למהותו של הרכוש העומד לחלוקה על פי המשפט האזרחי הכללי".<sup>139</sup>

### בחינת רמת האקטיביזם

להלן נבחן את רמת האקטיביזם בפסק הדין, כפי שהיא באה לביטוי בכל אחד מן הפרמטרים שנקבעו במודל. לאחר מכן נעריך כללית את האופנים השונים שבהם בוטא האקטיביזם השיפוטי בפסק הדין. הערכה זו תתייחס גם להבחנה בין הפרמטרים הנתונים לשליטתו של בית המשפט לבין הפרמטרים המצביעים על נתונים חיצוניים, המכוונים את אופני ההכרעה ומגדירים את מתחם האקטיביזם האפשרי.

137 שם, עמ' 243. במילה "הלכתי" הכוונה לדין פסוק (הלכה שיפוטית שנקבעה בבית המשפט), להבדיל מדין חקוק, ולא בדיני ההלכה או המשפט העברי.

138 שם, עמ' 249-252. לפסקי הדין ראו בג"ץ 232/81 וילוז'ני נ' בית הדין הרבני הגדול; בג"ץ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני לערעורים, ודין להלן.

139 שם, עמ' 252.

## (I) מישור נייטרלי צופה פני עבר

1. **יצירות משפטיות:** בחלק האחרון של פסק דינו השופט ברק מתמודד עם שני פסקי דין קודמים של המשנה לנשיא אלון, שקבעו כי בענייני חלוקת רכוש הנדונים בבית דין רבני, "הדין הולך אחרי הדיין".<sup>140</sup> משמע, בג"ץ נדרש להכריע על רקע הכרעות קודמות, שיכלו להצדיק את העשייה של בתי הדין הרבניים.

ההתמודדות עם ההלכה הפסוקה הקודמת משלבת שלושה טיעונים. ראשית, הנשיא ברק מבחין בין הנסיבות העובדתיות של פסקי הדין הקודמים לבין הנסיבות העומדות לפניו בפרשת בבלי. בפרשת **וילוז'ני** דובר בדירת מגורי בני הזוג, אשר חוק הגנת הדייר חל עליה – חוק שבאמצעות מקורות פנימיים של המשפט העברי ניתן לו תוקף לפי ההלכה היהודית, ועל כן, בניגוד לבבלי, לא הייתה סתירה בין החלת הדין העברי ובין החלת הדין האזרחי. בפרשת **בעהם** שני הצדדים פנו בהסכמה לבית הדין הרבני. הסכמת הצדדים, כך ברק, עשויה להתפרש כהסכמה להחלת המשפט העברי.<sup>141</sup> שנית, קביעותיו של השופט אלון בפסקי הדין האמורים מוצגות כאמרות אגב שאינן מחייבות בתי משפט בפסיקות מאוחרות. לבסוף, הנשיא קובע כי אמרות אגב אלו בטעות יסודן ומן הראוי לסטות מהן.<sup>142</sup>

לכל אלה יש להוסיף את העובדה כי על פי חוק בידי בית המשפט העליון לסטות מתקדימיו, כלומר ביכולתו לקבוע כי הלכה פסוקה קודמת הייתה מוטעית.<sup>143</sup> עם זאת סתירת הלכה קודמת איננה עניין שגור, והיא נתפסת כעשייה שיפוטית אקטיביסטית.<sup>144</sup>

על בסיס כל אלה רמת האקטיביזם תזוהה כגבוהה – 4 או 5.

140 **שם**, עמ' 294. בעניין **וילוז'ני** השופט אלון קובע כי "הסמכות, שהוענקה לבתי הדין הרבניים לפי חוקי המדינה, היא לדון – בעניינים שנמסרו לסמכות שיפוטם – על-פי המשפט שלפיו דן בית הדין הרבני, היינו המשפט העברי, פרט למקרה שמצויה הוראת חוק מיוחדת, המופנית אל בית הדין הרבני והקובעת מפורשות, כי על בית הדין הרבני לדון לפי הוראת חוק זו". בג"ץ 232/81 **ויזולני נ' בית הדין הרבני הגדול**, עמ' 738.

141 בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, עמ' 251.

142 **שם**, עמ' 251-252.

143 סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה.

144 לעניין זה ראו אלון, 1998 (השופט ברק הרחיב באמרות אגב, שמשמעותן סתירה של הלכה פסוקה קודמת); הלפרין-קדרי, תשנ"ז, עמ' 683, 693-695.



2. **פרשנות:** פסק הדין הצריך פרשנות לשני חוקים – חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951 וחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. החוק הראשון הוציא מגדר תחולתו, במפורש, ענייני נישואין וגירושין, אך משרעת הפירושים האפשרית ביחס לעניינים שבסמכות מקבילה – וכזה היה העניין שנדון לפני בית הדין הרבני ולפני בג"ץ – נעה בין שני קטבים. לפי פרשנות אחת נדרש לקבוע כי חוק שיפוט בתי דין רבניים מספק תשובה מלאה ויחידה לכל עניין שהוא הנתפס בידי מערכת בתי הדין האמורה כחוסה תחת סמכותו, לרבות עניינים שבסמכות מקבילה, כלומר עניינים שאינם 'נישואין וגירושין'. לפי הפרשנות המקוטבת חוק שיווי זכויות האישה משמיע שאין בידי בתי הדין הרבניים כל סמכות שהיא לפסוק באופן הנתפס כסותר שוויון מלא בין גברים לנשים בכל עניין שאיננו 'נישואין וגירושין'. הפרשנות שבית המשפט נקט משקפת מאמץ ליישב בין החוקים. זאת על דרך הוצאת שאלת שיתוף הנכסים מענייני נישואין ואישור סמכותה של מערכת בתי הדין הרבניים לקבוע את דיניה בתחומים שבהם ניתנה לה סמכות ייחודית על פי חוק שיפוט בתי הדין הרבניים. האקטיביזם לפרמטר זה מוערך כ-3.

3. **שלטון רוב ואוטונומיה:** בפסק הדין אין התערבות ישירה במעשה חקיקה או בהחלטה מנהלית. פרשנות החקיקה סתרה את מדיניותה של מערכת השיפוט הרבנית, הפועלת מכוח חקיקת הכנסת. בכך יש משום עשייה אקטיביסטית. בג"ץ מחזיר את הדיון לבית הדין הרבני על מנת שידון מחדש בחלוקת הרכוש, ואינו מכריע בעצמו. החזרת התיק לידי בעל סמכות אחר נתפסת כריסון עצמי, אך הקביעה כי החלוקה תיעשה "לאור האמור בפסק דינו"<sup>145</sup> משמעה קביעה עצמית עקיפה של בג"ץ. משילוב שני היסודות בפרמטר זה עולה שרמת האקטיביזם היא בין בינונית לגבוהה – 3 או 4.

4. **הנמקה – תהליך לעומת מהות:** פסק הדין אינו מתבסס אך ורק על פרשנות חקיקה ושאר עניינים 'טכניים'. ניתנת חשיבות לתוצאות, לאו דווקא משפטיות, של דיני הכריכה ולהשתמעויות המהותיות של החלטת בית הדין הרבני.<sup>146</sup> הנשיא מתייחס לעקרונות היסוד של השיטה המוצאים ביטוי גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שימוש בטעמים אלו בהנמקה

145 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, עמ' 252.

146 שם, עמ' 240, 234-235.

- מבטא אקטיביזם ברמה גבוהה, אך הוא אינו מהווה את הגרעין המכריע של ההנמקה, כיוון שחלק זה מפסק הדין הוא כאמור בבחינת הערת אגב. על בסיס אלה יש להעניק להחלטה רמת אקטיביזם 4.
5. **נכונות סף:** עתירה נגד החלטה ספציפית של בית דין רבני איננה מעמידה שאלות כגון זכות עמידה או שפיטות, ולכן לא נדרשה התמודדות ממשית בעניין זה. עם זאת פסק הדין ניתן כמעט שנתיים לאחר שהוצא הצו-על-תנאי – תקופה לא קצרה שיכולה הייתה לאפשר פשרה או הסכמה מחוץ לכותלי בית המשפט העליון.
- על יסוד כל אלה רמת האקטיביזם בפרמטר זה נמוכה – 2 או 1.
6. **תחום פעילות שיפוטית והיקפה:** לבג"ץ ניתנה, מתחילת פעולתו, סמכות לבקר בתי דין, לרבות בתי דין רבניים, ולכן ההכרעה כאן איננה פורצת תחום חדש. עם זאת בקביעת בג"ץ שיש להחיל את הדין האזרחי בבית הדין הרבני, יש הרחבה של היקף ביקורת בג"ץ על בתי הדין. אפשר לזהות כאן רמת אקטיביזם גבוהה – 4 או 5.
7. **רטוריקה:** פסק הדין ארוך באופן יחסי לצורכי ההכרעה. קיימת נטייה מסוימת להישאר במרחב המשפטי הצר (בעיקר בחלקו הראשון של פסק הדין) המתבטאת, בין השאר, בריבוי ציטוטים מפסקי דין קודמים ומספרות אקדמית. עם זאת בפסק הדין עולים ביטויים ערכיים המבטאים תפיסה עצמית של בית המשפט כבעל תפקיד רחב יותר ממכריע בסכסוכים. השופט ברק רואה בהלכת השיתוף מכשיר משפטי ש"נועד להגשים מטרה חברתית. הוא מכוון להביא לצדק חברתי".<sup>147</sup> יש בו התייחסות לחשיבותו של חוק שיווי זכויות האישה כחוק 'מלכותי' ולהשתמעויות המהותיות של החלטת בית הדין הרבני.<sup>148</sup> נוסף על כך השופט ברק מרחיב בהצגת הסיטואציה המשפטית והשלכותיה כ"מצב קשה", "בעיה קשה" ו"תוצאה קשה".<sup>149</sup> הן השופט ברק הן השופט שמגר מתייחסים (אם כי לא בהרחבה רבה) לזכויות יסוד כגון קניין ושוויון. רמת האקטיביזם כאן גבוהה – 4 או 5.
8. **אמרות אגב:** פסק דינו של השופט ברק עשיר באלה. בין היתר הוא דן בדיני הכריכה ובהשלכותיהם על בני זוג (פסקה 11); עוסק במהותו של חוק שיווי זכויות האישה ותחומי השקתו עם שוויון ואפליה (פסקאות

147 שם, עמ' 229.

148 שם, עמ' 240, 234-235.

149 שם, עמ' 246.

- 21-19); ובעיקר – מצרף להכרעה הדרושה לעניין שהובא לפניו תוספת ארוכה הדנה בשאלת הדין שבתי דין רבניים יחילו בכל נושא שבו סמכות שיפוטם היא מקבילה ולא ייחודית ומכריז מפורשות שברצונו להרחיב בנדון, אף שהיה יכול לסיים את פסק הדין בקביעה מצומצמת יותר (פסקאות 23-31). לפי פרמטר זה רמת האקטיביזם גבוהה – 5.
9. **הסתמכות על משפט משווה:** ישנה פנייה למשפט משווה, אך היקפה אינו גדול והיא אינה משמשת משען להנמקה עצמה. השופט ברק מפנה לשני פסקי דין המתייחסים למבחן התוצאה בבחינת אפליה. השופט שמגר מפנה לשני פסקי דין המתייחסים לתפקידו של בית המשפט כפרשן של החקיקה. רמת אקטיביזם בינונית-נמוכה – 2-3.
10. **קולות שיפוטיים:** ההחלטה ניתנה פה אחד. הנשיא שמגר מוסיף הערות מספר, אך אין בהן להוסיף מהותית על פסק דינו של השופט ברק. רמת אקטיביזם נמוכה – 2 או 1.
11. **היקף ההכרעה:** פסק הדין עוסק בקבוצה מוגדרת של זוגות נשואים – אלה שנישאו לפני 1974. קבוצה זו בהכרח תקטן עם השנים. למרות זאת בפסק דינו של הנשיא יש כוונה מפורשת לקבוע כלל שתחולתו רחבה יותר מתחום יחסי ממון בין בני זוג. הכוונה היא לקבוע אמות מידה לכל עשייה של בתי דין רבניים בתחומים שבהם לא ניתנה להם סמכות ייחודית. אמנם חלק זה של פסק הדין הוא בבחינת הערת אגב, אך זוהי אמרת אגב מפורטת ומנומקת, שהוספה לפסק הדין במגמה ברורה, ורבים סיכוייה להפוך להלכה פסוקה. כל אלה מצדיקים זיהוי של רמת אקטיביזם גבוהה יחסית – 4 או 5.
12. **רקע משפטי:** בג"ץ נדרש להתמודד עם שני דברי חקיקה המקיימים מתח ביניהם: חוק שיווי זכויות האישה וחוק שיפוט בתי דין רבניים. שני החוקים מבססים, כל אחד בנפרד, מערכת קוהרנטית. השילוב ביניהם איננו פשוט, אם כי לא מדובר בסתירה על פני הטקסט.<sup>150</sup>

150 בצד אלו יש ליכור כי חוק יחסי ממון בין בני זוג תשל"ג-1973 מכפיף את בית הרבני להוראותיו, ובהן הסדר "איזון משאבים" (חוק יחסי ממון תשל"ג-1973, סעיפים 5, 13). "איזון משאבים" אינו זהה ל"הלכת השיתוף", אך בבסיס שתי ההוראות חלוקה שוויונית של הרכוש המשותף בין בני זוג. למהותו של "איזון משאבים" ראו למשל רוזן-צבי, תשמ"ב, עמ' 339-357. כאמור, חוק זה לא חל בפרשה זו, כיוון שבני הזוג נישאו לפני המועד הקובע לעניין תחולת החוק האמור, והוא איננו נדון בפסק הדין. אך הימצאותה של הוראה זו במרחב המשפטי הקיים יכולה להוסיף על מורכבות הסוגיה. אי-החלתו של החוק על נישואין קודמים יכולה להשמיע פטור מתחולתה של

מורכבות הסוגיה יוצרת מראש כר להחלטה יצירתית ומכאן אקטיביסטית לפי פרמטר זה. נעריך את רמת האקטיביזם כ-4.

13. **רקע ציבורי:** אין חולק על רגישות הסוגיה. עניינם של שני החוקים שנדונו בנושאים בעלי אופי חוקתי יסודי. להכרעה הייתה השלכה ברורה על אחד הביטויים המרכזיים של הממסד הדתי – מערכת בתי הדין הרבניים – המגובה בחקיקה של הכנסת. ההתערבות היא בעניין הנתפס על ידי החוגים הדתיים כמצוי בתחום האוטונומיה של בתי הדין הרבניים ונשלט בידי הדין הדתי. רמת הרגישות מצדיקה ניקוד 5.

### (II) מישור נייטרלי צופה פני עתיד

14. **תגובה חקיקתית:** פסק הדין לא לווה בתיקון או בשינוי המערך החקוק העוסק בנושא, אך הוא לווה בפעילות בכנסת, לרבות הצעת חוק בנדון. לאחר מתן פסק הדין נחתם הסכם קואליציוני בין המפלגות ש"ס והעבודה שביקש להבטיח כי פסיקה עתידית של בג"ץ שתשנה את הסטטוס קוו בענייני דת תתוקן בחקיקה.<sup>151</sup> יש לזהות רמת אקטיביזם בינונית – 3.

15. **תגובה מנהלית:** פסק הדין עורר סערה ברבנות הראשית. ימים ספורים לאחר מתן פסק הדין יצאו שני הרבנים הראשיים דאז (הרב לאו והרב בקשי דורון) בהכרזה שבתי הדין הרבניים ימשיכו לפסוק רק לפי ההלכה.<sup>152</sup> לאחר כשלושה חודשים הכחיש ראש לשכתו של הרב לאו כי ניתנה הוראה להתעלם מפסק הדין,<sup>153</sup> אולם דברים שאמר הרב הראשי הספרדי, הרב בקשי דורון, מצביעים באופן מובהק על התנגדות עקרונית ורעיונית להכפפת בתי הדין הרבניים לפסיקת בג"ץ.<sup>154</sup> אקטיביזם ברמה גבוהה – 5.

חוקת השיתוף על דיונים בבתי הדין הרבניים. לחלופין אפשר לטעון כי בחקיקת החוק יש ביטוי ברור לחשיבותה של חלוקת רכוש שוויונית בין בני זוג מתגרשים, עיקרון שבא לביטוי קודם גם בהלכת השיתוף.

151 תוקפו של ההסכם נדון מאוחר יותר בפני בג"ץ. ראו בג"ץ 5364/94 ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה.

152 "הרבנים הראשיים הודיעו: נמשיך לדון לפי חוקי ההלכה בלבד", **הארץ**, 13 בפברואר, 1994, עמ' א1.

153 *Jerusalem Post*, "Chief Rabbis Did Not Defy High Court, State Insists" 19 במאי, 1994.

154 הלך קטעים מריאיון עם הרב הראשי הספרדי, שפורסם בשעתו באתר האינטרנט "סנהדרין: כתב עת לחשיבה משפטית יוצרת":

16. **תגובה שיפוטית:** בית המשפט העליון עושה שימוש בפסק הדין כבסיס להכרעות מאוחרות שלו.<sup>155</sup> מהיבט זה רמת האקטיביזם של פסק הדין נמוכה. לעומת זאת בבתי הדין הרבניים פסק הדין עורר ויכוח חריף בין דייניו. כך למשל, הרב דייכובסקי טען כי ההלכה מאפשרת להחיל את הלכת השיתוף בבתי הדין הרבניים, ואילו הרב שרמן שלל זאת.<sup>156</sup> הפסיקה בבית הדין הרבני נחלקת על פי היושב במושב, אך מרבית הדיינים אינם פוסקים על פי הלכת השיתוף.<sup>157</sup> גורלם של בני הזוג בבלי יכול לשקף את האופנים שבהם מתמודדת מערכת בתי הדין הרבניים

"הגדרה זו, על-פיה מערכת בתי הדין כפופה כביכול למערכת השיפוטית החילונית, נובעת אולי ממחשבתם של אלו הרוצים לכרסם במעמדו של השיפוט הרבני, אלו שהיו רוצים לראות את בית הדין הרבני במעמד נחות. אנחנו רואים את זה אחרת. המערכת התורנית כפופה רק לדבר אחד, לדין תורה ... מה שנכון הוא, שסמכותם של בתי הדין הרבניים מוגדרת בחוק, וכל סמכות המוגדרת בחוק כפופה לביקורת של המערכת המשפטית החילונית על ידי בית המשפט העליון. אולם, בפסיקתה, המערכת שלנו אינה כפופה למערכת אחרת. כל עוד מדובר בדיני סמכות, בתקנות הדיון שעלינו לקבל מכוח החוק במדינה, אפשר לשלב את שניהם, החוק וההלכה. אולם ברגע שהסמכות ההלכתית תצטרף, כפי שחושבים אחרים, לפסוק לפי אותם מהלכי החשיבה או הפסיקה של המערכת השנייה, לא נוכל לקבל זאת.

תביעה זו מצאה את ביטויה באמת בפסק הדין בבלי של בית המשפט העליון, שמטרתו לחייב את בתי הדין לפסוק לפי חוקים מסוימים בענייני ממונות וחלוקת רכוש, לפי הלכות שהמדינה קבעה לעצמה. על זה, יש באמת ויכוח, ואנחנו הודענו בבירור, ברבים, וגם בתשובה ליועץ המשפטי לממשלה כי דין בבית דין דתי, הלכתי, פוסק אך ורק לפי דין תורה ולא יכול לנהוג אחרת.

יכול להיווצר מצב, שהמחוקק יחליט להוציא סמכויות מבית הדין הרבני, זכותו של המחוקק לבטל בכלל את כל המושג של בית דין הפוסק לפי דין תורה, כמו שהוא יכול לבטל את כל המושג של מדינה יהודית ויהדות, וזו בעיה שאנחנו באמת נאבקים בה באופן כללי, ולא רק במישור של דיינים ומשפט התורה. במישור שלו עדיין הדברים ברורים: בית הדין פוסק לפי דין תורה.

יכול להיות שלגבי מושגים מסוימים ניתן להגיע להבנה, יתכן לשנות בהם גם ע"פ דין תורה. אפשר לאמץ גם נורמות שמוגדרות היום בחוק כהלכות מדינה, במידה והם לא סותרים את דין תורה. בדברים אלה אפשר לבוא לקראת כלל הציבור, למניעת ויכוחים ולמציאת הסדרים, כפי שבאמת החכמים בכל הדורות התחשבו בתנאים, במנהגי המדינה וכדומה ... אבל תביעה חד משמעית כמו שביטא אותה פרופסור ברק, שצריכים לפסוק לפי חוקי המדינה, הינה דבר שלא מתקבל לא מבחינה הלכתית ולא לפי החוק. דיון צריך לפסוק לפי פסק דין של ההלכה".

155 ראו לדוגמה, בג"ץ 2222/99 **אנז'ל גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול**, בג"ץ 5969/94 **אקנין נ' בית הדין הרבני הגדול**.

156 דייכובסקי, תשנ"ח; שרמן, תשנ"ח, תשנ"ט (ראו שם גם תגובת הרב דייכובסקי).

157 ראו רדאי, תש"ס-2000, עמ' 366; שאוה, 2001, עמ' 786.

עם הכרעת בג"ץ. כחמש שנים לאחר פסק הדין בבג"ץ, כאשר בית הדין הרבני דן שוב בעניין בני הזוג בבלי, הוא ביסס את זכויות האישה על הסכם בין בני הזוג, ולא על הלכת השיתוף.<sup>158</sup>

בהקשר האזרחי, אם כן, אפשר לזהות הסכמה מלאה עם פסק הדין. המערכת הרבנית מבטאת מחויבות להלכה, המאפשרת, לדידם של כמה מחבריה, יישום מסוים של ההלכות, אך מתוך הימנעות מאימוץ מלא של ההכרעה בבית המשפט העליון. רמת אקטיביזם גבוהה – 4.

17. **תגובה ציבורית:** התגובה לפסק דין בבלי הייתה מהירה וחריפה, אך היא לא נמשכה לאורך זמן.<sup>159</sup> העיתונות היומית, חרדית כחילונית, דנה בהלכה שנקבעה ובמשמעויותיה. כל העיתונים ראו בפסק הדין מהפכה.<sup>160</sup> מן העיתונות החילונית עלתה אהדה לקידום עקרון השוויון בין בני זוג לעומת העיתונות החרדית, שתקפה את החלטת בג"ץ.<sup>161</sup> אישי ציבור דתיים הביעו ביקורת על פסק הדין, ואילו במצדדים בו היו ארגוני נשים שתמכו בקידום השוויון בין בני הזוג על ידי בית המשפט. במישור האקדמי נשמעו הן קולות הסכמה<sup>162</sup> הן קולות ביקורת על בית המשפט ועל פסק דינו של הנשיא ברק,<sup>163</sup> זאת בצד דיון במשמעויותיה של ההכרעה.<sup>164</sup> על היות פסק הדין 'מהפכה' קיים קונסנזוס כמעט מוחלט, אך 'מהפכה' נתפסת בחלק מהציבור כחיובית ובחלק אחר כשלילית. רמת אקטיביזם בינונית-גבוהה – 3-4.

- 158 תיק 884/נט **בבלי נ' בבלי**. ראו שאוה, 2001, עמ' 786.
- 159 כבר כשבוע לאחר מתן פסק הדין נכתב בעיתון "הארץ" כי "בצד המעשי כולם עושים להרגעת הרוחות. פתאום שמו לב כי מספר הזוגות שקיימת בעניינם בעיה הוא זעום וזניח", "פלפול ימינה, פלפול שמאלה, ונותרה הבעיה העקרונית", **הארץ**, 15 בפברואר, 1994, עמ' ב2.
- 160 "גירושין נוסח בג"ץ", **ידיעות אחרונות**, 8 בפברואר, 1994, עמ' ב7; "בג"ץ: בתי הדין הרבניים חייבים לחלק רכוש בני זוג על פי החוק החילוני" (**הארץ**, 8 בפברואר, 1994, עמ' א1); "ברק: הלכות הדין העברי בנושא חלוקת רכוש בני זוג סותרות את חוק שיווי זכויות האישה" (**שם**, עמ' א5).
- 161 "השיפוט החילוני ביטל פסק-דין רבני וכפה עליו דיני חלוקת רכוש לפי החוק האזרחי" (**המודיע**, 8 בפברואר, 1994, עמ' 1); "העליון: על בתי"ד רבניים להכריע בעניני רכוש לפי המשפט האזרחי" (**הצופה**, 8 בפברואר, 1994); "הבג"ץ מבקש לכפות על בתי הדין הרבניים לדון על פי החוק החילוני" (**יתד נאמן**, 8 בפברואר, 1994).
- 162 שאוה מותח ביקורת על פסק הדין אך סבור כי "זהו ללא ספק פסק דין מהפכני אשר משקף את הדין הרצוי" (הנ"ל, 2001, כרך ב, עמ' 782).
- 163 ליפשיץ, 1996; אלון, תשנ"ח, 1998, עמ' 361.
- 164 ראו שיפמן, תשנ"ה; הלפרין-קדרי, תשנ"ז.

18. **היקף ההשלכות:** פסק דין בבלי משמש אסמכתא בידי בית המשפט כדי לבסס ולהרחיב הלכות שונות שבסיסן בעקרון השוויון.<sup>165</sup> שימוש דומה בפסק הדין נעשה לצורך הרחבת השימוש בימבחן התוצאה' בשעה שנבחנת אפליה,<sup>166</sup> מבחן שאומץ בהצעת חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2).<sup>167</sup> אימוץ פסק הדין בתחומים אלו, שאינם נוגעים לסוגיית בתי הדין הרבניים, מצביע על השלכה רחבה: בעיני בג"ץ, בפסיקתו המאוחרת יותר, פסק דין זה מייצג תפיסה של שוויון בעלת תחולה אוניברסלית, ולא כהכרעה שעניינה היקף סמכויותיה של מערכת בתי הדין הרבניים בלבד. עם זאת אין להניח כי ללא פסק הדין בעניין בבלי היו התוצאות בפסיקה המאוחרת שונות.

פסק הדין יצר עימות עם מערכת השיפוט הדתית, אך השפעתו בפועל על מערכת זו הייתה מצומצמת. יש הרואים בפסק הדין חלק מתהליך של יצירת מערכת אזרחית של דיני משפחה שתהווה חלופה למערכת הדתית,<sup>168</sup> אולם תהליך זה רחוק מהשלמה. שתי הצעות חוק להנהגת נישואין אזרחיים, שגובשו ב-2003 בידי שתי קבוצות של חברי כנסת ממפלגות האופוזיציה, כשלו בשלב הקריאה הטורמית.<sup>169</sup> כל אלה מצדיקים זיהוי אקטיביזם ברמה בינונית – 3.

165 ראו בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, עמ' 759-760; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, עמ' 652.

166 בג"ץ 6698/95 קעדאן ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל, עמ' 279-280. ימבחן התוצאה' בודק את תוצאת המעשה הנחשד באפליה, ולא את כוונותיו, ומכאן זהו מבחן המרחיב את ההגנה מפני אפליה.

167 הצעת חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2) התשנ"ט-1999, הצעות חוק 2801, תשנ"ט עמ' 371. התיקון מחיל את עקרון השוויון בין המינים בכל שטחי החיים ומדגיש תחומים מספר שבהם יישום עקרון השוויון בין המינים לוקה בחסר. ביחס לימבחן התוצאה' סעיף 2 להצעת החוק קובע כי "לעניין חוק זה יראו פעולה כפוגעת בשוויון גם כאשר תוצאתה היא הפליה וזאת אף אם אין ביסודה כוונה להפלות".

168 הלפרין-קדרי סבורה כי פסק דין בבלי הוא שלב בדרך לגיבוש מערכת אזרחית טוטלית כדיני משפחה (הני"ל, תשס"ב), עמ' 111-112. ראו גם שיפמן, תשנ"ה, עמ' 524.

169 ראו הצעת חוק נישואין וגירושין, התשס"ג-2003, הצעת חוק נישואין וגירושין, התשס"ג-2003. ההצבעה במליאת הכנסת התקיימה במרס 2004. הצעת חוק קודמת, שגובשה שנה קודם לכן, כשלה אף היא באותו שלב. להצעות ראו אתר הכנסת [www.knesset.gov.il](http://www.knesset.gov.il)

**(III) מישור ערכי**

19. **תאימות עם בסיס ערכי:** קשה לראות את ערך השוויון בין המינים כערך שאיננו חלק מן המערך החוקתי הערכי הבסיסי. העיקרון בוסס כבר ב-1951 בחוק שיווי זכויות האישה, ואין ספק שהוא חלק מן האתוס החוקתי של מדינת ישראל, שבא לידי ביטוי כבר בהכרזת העצמאות. השוויון בין המינים נעדר מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אך התפיסה שהשוויון במובן של איסור אפליה על בסיס השתייכות לקבוצה גנרית, לרבות מגדר, הוא ערך יסוד מוגן הנכלל בכבוד האדם איננה רק נחלת בג"ץ, אלא גם נחלתה של ממשלת ישראל, כפי שהיא דיווחה לפחות פעם אחת.<sup>170</sup> תחום הקניין איננו נמצא בתחום המובהק של מערך ערכי צר,<sup>171</sup> אך הוא הוכר כזכות יסוד אף בטרם חקיקת חוק היסוד,<sup>172</sup> ומאז 1992 הוא זכות יסוד מוגנת במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ערך השוויון בין המינים וההגנה על שוויון בזכויותיהם של בני זוג הם חלק ממערך ערכי בסיסי בכל דין בינלאומי. קשה למצוא מי שחולק – ברמה הכללית-מופשטת – על ערך השוויון בין המינים. בין היתר הערך מוגן באמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה (CEDAW) (1979)<sup>173</sup> ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) (1966).<sup>174</sup>

170 רובינשטיין, 1996, כרך א, עמ' 274-275. לעמדת הממשלה כפי שהיא בוטאה בדוח השנתי של 2001 לוועדת האו"ם על האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה ראו *State of Israel, Third Periodic Report, Implementation of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*, (Authored by Ruth Halperin-Kaddari), 2001, p.11. קיימות עמדות שונות בדבר מהותו ומקומו של השוויון כערך כללי במערך החוקתי בישראל. הנשיא ברק סבור כי השוויון הוא חלק מכבוד האדם, ועל כן מוגן במלוא היקפו על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו ברק, תשנ"ג. השופט (בדימוס) דורנר סבורה כי רק פגיעה בשוויון על רקע קבוצתי עולה לכדי פגיעה בכבוד האדם במובנו של חוק היסוד. ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, עמ' 132-133. השופט (בדימוס) זמיר מפקפק אם נכון וראוי לבצע את המהלך של הכללת שוויון בגדר הזכות לכבוד כבר בשלב ההתפתחות הנוכחי של המשפט החוקתי בישראל. עם זאת הוא מציין כי ייתכן שלא יהיה מנוס מצעד כזה אם לא תימצא אכסניה חוקתית אחרת לזכות לשוויון. ראו זמיר וסובל, תש"ס, עמ' 211-212. ראו גם פירוט העמדות השונות בעמ' 208-213.

171 למחלוקת אם הקניין צריך להיות ערך מוגן ראו אדרעי, תש"ס-2000, כרך ב, עמ' 45, 98-91.

172 ראו רובינשטיין, 1996, כרך ב, עמ' 936-937.

173 אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה 1979, **כתבי אמנה** 31, עמ' 179.

174 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966, **כתבי אמנה** 31, עמ' 269.



זכות הקניין, להבדיל, אינה זוכה להגנה באמנות הבינלאומיות המרכזיות, אף שהיא מוכרת בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם,<sup>175</sup> 1948 ובמסמכים בינלאומיים אחרים.<sup>176</sup> נראה כי החלטת בית המשפט תואמת את הדין הבינלאומי ככל שהיא נוגעת לשוויון בין בני הזוג (ובכך גם לזכויותיהם הקנייניות), ולכן היא אינה אקטיביסטית במישור זה.<sup>177</sup>

ההכרעה חיזקה ערכים חוקתיים אלו, ועל כן במישור הערכי אין לראותה כאקטיביסטית. רמת אקטיביזם נמוכה או בינונית-נמוכה – 1 או 2.

20. **מעורבות בהקשר שאינו טעון ערכית:** הסוגיה הנדונה טעונה מאוד מבחינה ערכית. בית המשפט איננו מערב בהכרעה שאלות מדיניות אחרות, אולם הרחבת היריעה מאפשרת החלה עתידית של עקרון השוויון בתחומים מגוונים. לא קיים ממד נוסף של אקטיביזם, שהיה מתווסף לו נדונה סוגיה לא טעונה. במצב כזה מזוהה פסק הדין כבעל רמת אקטיביזם בינונית – 3.

#### (IV) הערכה

בחינת היבטיה השונים של העשייה השיפוטית לפי הפרמטרים שאוזכרו לעיל מעלה מסקנות מספר. בחלק נכבד מן הפרמטרים הנתונים בשליטת

175 Universal Declaration of Human Rights 1948 סעיף 17. ההכרזה אינה מחייבת במישור הבינלאומי (אף שחלקים גדולים ממנה הפכו לדין מנהגי מחייב), היא אינה מעניקה תרופות, ומעמדה חלש יותר מזה של אמנות בינלאומיות המזוהות ומגנות על זכויות אדם.

176 Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country In Which They Live, 1985; American Convention on Human Rights, 1969.

177 להשלמת הדיון יש לציין כי מדינת ישראל צירפה לאשרור CEDAW ול-ICCPR הסתייגויות מתחולתן בהקשר של מעמד אישי. לאמנה הראשונה צורפה גם הסתייגות לסי' (b) 7 ל-CEDAW, המחייב ייצוג שווה לנשים במוסדות ציבור, ובכלל זה משרות שפיטה, ככל שהייצוג אינו עולה בקנה אחד עם הדין הדתי (**כתבי אמנה** 31, עמ' 197; סעיף 2 להסתייגויות ישראל לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, **כתבי אמנה** 31, עמ' 295). אלא שהנושא שנדון בפרשת **בבלי** – חלוקת רכוש בין בני זוג – איננו צריך להיכלל במסגרת 'מעמד אישי'. ראו בעניין האמנות וההסתייגויות של ישראל רדאי, תשנ"ד; Halperin-Kaddari, 2000, pp. 345-347. למרות המלצות ועדת CEDAW משנת 1997 למדינת ישראל להשלים את חילון החוקים הרלוונטיים, להעביר את ענייני המעמד האישי לסמכות בית משפט האזרחי ולהסיר את ההסתייגויות Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Israel 12/8/97, part II, para. 173, דיווחה בדוח 2000 כי הנסיבות לא השתנו וההסתייגויות לא יוסרו (ראו דוח ישראל לוועדת האו"ם, 2001, עמ' 16).

בית המשפט קיימת רמת אקטיביזם גבוהה. בית המשפט בחר להכריע מתוך שימוש בהנמקה מהותית, הרחיב את היקף ביקורתו, סטה מהלכות קודמות, צירף להכרעה אמרת אגב ארוכה ועשה זאת בכוונה להגיע להחלטה בעלת היקף הכרעה רחב. רק שניים מן הפרמטרים במישור הראשון זוכים לניקוד נמוך, וזאת בשל היעדרם של קולות שיפוטיים רבים (עניין הנתון בידי בית המשפט) והיעדר אפשרות להסתמך על עילות סף (עניין שהוכתב על ידי מאפייניה של הסוגיה שעמדה לפני בית המשפט).

בקריאת פסק הדין דומה שבית המשפט היה ער להיבטים האקטיביסטיים השונים בהכרעתו והחליט כי זו הזדמנות ראויה לקביעה שיפוטית בהיקף הרחב ביותר.

במישור הצופה פני עתיד, התגובה הציבורית הערה לפסק הדין, גם אם לא הובילה לסתירתו לאחר שניתן, משמיעה אף היא אקטיביזם ברמה גבוהה יחסית.<sup>178</sup> התבוננות בפסק הדין במישור הערכי מצביעה על כיוון הפוך, כיוון שיש בו משום אימוץ תפיסות יסודיות של שוויון בין המינים. התמונה הכוללת, מכל מקום, היא של פסק דין אקטיביסטי.

## ב. בג"ץ פסרו (גולדשטיין) (1995)<sup>179</sup>

### עובדות והכרעה

העותרת, לא יהודייה, הגיעה לישראל ועברה תהליך גיור רפורמי בידי מועצת הרבנים המתקדמים בישראל. בעת הגיעה לישראל הצהירה בטופס מרשם האוכלוסין שהיא יהודייה בת לאם יהודייה. לאחר שהתבררה עובדת גיורה, בקשותיה לקבל אזרחות ישראלית מכוח חוק השבות ולהירשם במרשם האוכלוסין כיהודייה על פי דתה סורבו.<sup>180</sup>

עתירה זו נוגעת באחת הנקודות הבלתי פתורות בסוגיה שנוהגים לכנותה 'מי הוא יהודי'. לסוגיה זו עבר עשיר. היא חלה על שני הקשרים משפטיים המוסדרים בחקיקה הישראלית – שבות ומרשם אוכלוסין. אף שבחלק נכבד מן העתירות נדרשו הרשויות להפעיל את סמכויותיהן הן לפי חוק השבות הן

178 מעניין לבחון אם חלק מתגובה ביקורתית זו הוא תוצאה של הבחירה השיפוטית באקטיביזם בהקשרים שהיו נתונים לשליטתו של בית המשפט. נשוב לנקודה זו בהערכת פסק הדין בעניין פסרו.

179 בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים.

180 העותרת גם נישאה נישואים קונסולריים עם יהודי אזרחי ישראל. בג"ץ קיבל את עתירתם של בני הזוג להירשם כנשואים במרשם האוכלוסין (בג"ץ 2882/92 גולדשטיין נ' שר הפנים). למשמעות המשפטית שניתנה למרשם האוכלוסין ראו בדפים הבאים.

לפי חוק המרשם, חלק נכבד מן המאבק (שלא כמו בעניין פסרו) נסב דווקא על מרשם האוכלוסין. שאלת השבות (שעיקרה הזכות לאזרחות) זכתה בתשומת לב מועטה יותר בפסיקה אם משום שהנושא הוכרע בחלקו הגדול בחקיקה, שתידון מיד להלן, אם משום שהסוגיה לא נדרשה, מפני שקרובי משפחה של יהודים זוכים על פי חוק השבות בזכויות בשל קרבתם המשפחתית. ההקשרים שבהם נדונה השאלה הכללית השתנו עם השנים. בחינה היסטורית מזהה שלבים אלה: סוגיית ההכרה בטקסי נישואין פורמליים שנעשו על פי ההלכה אך מחוץ למוסדות המוכרים, שנדונה בשנים הראשונות של בית המשפט העליון, נפתרה בחקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) ב-1953, שהעניק כאמור סמכות ייחודית בנדון לבתי הדין הרבניים. בהמשך שנות ה-50 עבר מוקד המחלוקת לרישום במרשם האוכלוסין של נישואין שלא על פי ההלכה. בשנות ה-60 וה-70 אפשר לזהות מעבר לשאלת רישום הדת והלאום. לאחר תיקון חוק השבות וחוק מרשם האוכלוסין בעקבות פסק הדין בעניין שליט,<sup>181</sup> נסגרו כמה חזיתות ונפתחו אחרות. בתיקון זה זוהו שני מקורות לזהות יהודית: מי ש"נולד לאם יהודיה" ו"מי שנתגייר". הוספת ההגדרה "מי שנולד לאם יהודיה" שללה את האפשרות שאדם יכריז על עצמו ויוכר כ"יהודי" אם לא עמד בתנאי זה. אולם המונח "שנתגייר", שצורף בחלופה השנייה להגדרה, לא קיבל מובן חד: ההגדרה לא פירשה אם הגיור חייב שיהיה אורתודוקסי דווקא. בהיעדר מובן כזה בג"ץ הכריע בשנות ה-80 כי מי שגוייר בחו"ל גיור לא-אורתודוקסי זכאי, בעלותו לישראל, להירשם במרשם האוכלוסין כיהודי מבחינת דתו ולאומו על פי אותם עקרונות שלפיהם נפסק בעשורים קודמים כי נישואין מחוץ לישראל יוכרו לצורך מרשם האוכלוסין.<sup>182</sup> כך נותרה השאלה מה דינו של גיור לא-אורתודוקסי שנעשה בתוככי מדינת ישראל: האם גם הוא מספק בסיס לרישום במרשם האוכלוסין.

מאחר שהסוגיה הגיעה לדיון בשנות ה-90, לאחר שלושה עשורים של הכרעות שיפוטיות בתחומים קרובים, היה בידי בית המשפט, בעומדו להכריע בעניין פסרו, גוף לא קטן של קביעות קודמות באשר לטיבו של מרשם האוכלוסין. הכרעות קודמות בדבר רישום במרשם האוכלוסין, בעיקר רישום של לאום ודת, התבססו על שתי קביעות: טיבו הסטטיסטי של מרשם

181 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים.

182 בג"ץ 230/86 סוזן מילר נ' שר הפנים; בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה נ' מנהל מינהל האוכלוסין.

האוכלוסין וטיב סמכויותיו של פקיד מרשם האוכלוסין, שהן סמכויות 'טכניות' במהותן.

כבר בתחילת שנות ה-60 נקבע, בעניין **פונק-שלזינגר**,<sup>183</sup> כי פקיד הרישום איננו מוסמך להכריע, מעשה שיפוטי, הכרעות המחייבות הפעלת שיקול דעת, אלא עליו לרשום את המבוקש אם מולאו הדרישות שקבע חוק מרשם האוכלוסין. ההצדקה לכך הייתה כפולה: לשונו של חוק מרשם האוכלוסין (כפי שנקבע בחוק הרישום בו הוא "ראיה לכאורה לנכונותו" בלבד, ובכך אין לו תוקף משפטי שאיננו ניתן לסתירה), וטיבו של מרשם האוכלוסין, שנועד למטרות סטטיסטיות רישומיות ולא למטרות הגדרה קהילתית-ערכית של אזרחי המדינה. פסיקה זו ניתנה בזמן שפקודת מרשם התושבים הייתה בתוקף, אך אפיון זה לא שונה לאחר חקיקת חוק מרשם האוכלוסין (שדמה באופיו לפקודת מרשם התושבים) ואף לא לאחר תיקונו.<sup>184</sup>

כאמור, בעת הגשת העתירה לא הוכרע דינו של גיור לא-אורתודוקסי שנערך בארץ – לא לעניין מרשם ולא לעניין שבות. הקושי המיוחד לעניין זה היה הצורך ביישוב בין שני חוקים. בצד חוק מרשם האוכלוסין, שכבר נקבע כאמור כי הוא חוק אזרחי שמטרותיו סטטיסטיות בעיקרן, ניצבה פקודת העדה הדתית (המרה), פקודה מנדטורית מ-1927, שקבעה, לענייננו, כי:

(1) אדם, שהמיר את עדתו הדתית ורוצה כי תינתן נפקות לאותה המרה, יקבל מאת ראש העדה הדתית, שאליה נספח, או מאת האדם

183 "תפקידו של פקיד הרישום, על-פי הפקודה הנ"ל, אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו" (בג"ץ 143/62 **פונק שלזינגר נ' שר הפנים**). קביעה זו אושרה בפסיקה מאוחרת. בפסק הדין נקבע עוד כי על פקיד המרשם לרשום מה שהודע בפניו, אלא אם מדובר ב"אי נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק סביר". דוגמה שניתנה שם היא רישומו של ילד בן חמש כבן עשרים שנה. **שם**, עמ' 243.

184 חוק מרשם האוכלוסין מבחין בין "רישום ראשון", שאירועיו השכיחים הם עלייה לארץ ולידה, ובין "שינוי רישום", שהוא בין היתר תוצאה של שינוי במעמד אישי והמרת דת. במקרה של שינוי רישום פקיד המרשם מחויב להסתמך על "תעודה ציבורית" שיכולה להיות, בין היתר, מסמך רשמי של מדינה או פסק דין. משמעותה של הפסיקה היא שברישום הראשון פקיד המרשם מחויב לרשום את אשר נמסר לו, אלא אם מדובר במקרה חריג שבו ההטעיה ברורה על פניה (למשל רישום גיל). במקרה השני פקיד המרשם יסתמך על פסק דין, תעודת נישואין וכיוצא באלה מסמכים וירשום על פיהם. ראו סעיפים 19-19g לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965. להגדרת "תעודה ציבורית" ראו סעיף 27 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א-1971, **דיני מדינת ישראל [נוסח חדש]**, התשל"א, עמ' 421.

שמינהו או הכיר בו ראשה של אותה העדה הדתית כראשו המקומי של סניף אותה העדה הדתית בשטח שבו הוא יושב, תעודת-אישור, המעידה שנתקבל אל אותה העדה הדתית, ויודיע את העובדה לממונה על המחוז במחוז שבו הוא יושב.

(2) כשתנוח דעתו של הממונה על המחוז בדבר זהותו של המבקש ומשתוראה לו תעודת-האישור, שעליה מרמו סעיף קטן (1), ירשום את דבר המרת העדה, ויתן למבקש תעודת-אישור על אותו רישום. (3) הממונה על המחוז ישלח העתק של תעודת-האישור על אותו רישום לראשה של העדה הדתית שאליה נספח המבקש, וכן לראשה של העדה הדתית, שעמה היה המבקש נמנה קודם לכן.<sup>185</sup>

השאלה המשפטית המרכזית שעמדה למבחן בפסק הדין הייתה אם משתמע מפקודה זו כי המרת דת בישראל מוכרת בישראל, לכל דבר ועניין, היא אך ורק כזו שאושרה על ידי ראש העדה הדתית או מי שהוסמך לכך על ידו, ולענייננו, הממסד הרבני. במילותיו של הנשיא שמגר, בג"ץ נדרש להכריע אם פקודת העדה הדתית (המרה) חלה לא רק כאשר בתי דין רבניים נדרשים לבחון המרת דת במסגרת דיונים בנושאים הנתונים בסמכותם הייחודית בלבד – על כך לא היה חולק – אלא גם על רישום במרשם האוכלוסין.

שופט המיעוט, השופט טל, קובע בפסק דין ארוך ובעל תוכן ערכי כי אין ספק שפקודת ההמרה מחילה את עצמה על כל מעשי החקיקה הנושקים לסוגיית הזיהוי כיהודי. לא כן יתר השופטים. בסופו של דיון מכריע הנשיא שמגר כי אין הגדרה אחידה למונח 'יהודי' בחקיקה הישראלית וכי יש לפרש את פקודת המרת הדת כחלה על מגזר פעילות מסוים בלבד – הסדרת הגיור לעניין שיפוט בענייני מעמד אישי – באופן שתאם את המבנה הקהילתי המנדטורי:

פקודת העדה הדתית (המרה) חלה אפוא רק על נושא סמכותם של בתי הדין הדתיים (כלשון המבוא לפקודה); אין היא חלה על נושאים אחרים. מאחר שאין הפקודה חלה על נושא המרשם, ממילא אין זה תנאי כי "ראש העדה" ייתן אישור על המרת הדת כדי לתת לה "נפקות חוקית".<sup>186</sup>

185 סעיף 2 לפקודת העדה הדתית (המרה).

186 בג"ץ פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, עמ' 659-660.

הבסיס לפרשנות זו היה כפול: נוסח החקיקה, שאיננו מוביל לפרשנות אחת ויחידה ואף תומך בפירוש המצמצם את תחולתו,<sup>187</sup> וכן 'שיקולי מדיניות', כלומר התחשבות בעקרונות היסוד של שוויון ושל חופש הדת והמצפון. עיקרון שנקבע בפסיקה קודמת הורה כי התכלית החקיקתית של כל חוק כוללת גם הגנה על חירויות הפרט, וכל עוד המחוקק לא הגביל במפורש את חירויות הפרט בנקודה זו, נדרש לפרש את החקיקה באופן שייתן תוקף לחירויות אלה ולא יסתור אותן. עיקרון זה חל גם על ההכרעה בעניין פקודת ההמרה.<sup>188</sup>

אופרטיבית הנשיא פוסק כי הואיל והרשויות שקלו בעניינה של העותרת אך ורק את חלותה של פקודת ההמרה כקריטריון לרישומה ולא בחנו את הליכי הגיור לגופם, בית המשפט לא יוכל להכריע לא בשאלת הרישום ולא בשאלת השבות. לכן:

אציע אפוא לחבריי כי נצהיר כי פקודת העדה הדתית (המרה) חלה רק על נושאים שבסמכותם של בתי הדין הדתיים, אך היא אינה חלה על נושאים אחרים לרבות המרשם.<sup>189</sup>

הצעה זו נתקבלה על ידי חמישה שופטים נוספים, תוך הדגשת היקפה הצר של ההכרעה, כקביעתו של השופט ברק:

הכרעתנו היום מצומצמת בהיקפה. כל שקובעים אנו הוא דבר אי-תחולתה של פקודת ההמרה לעניין הכרה בגיור על-פי חוק השבות. איננו קובעים שכל גיור רפורמי מוכר לעניין חוק השבות וחוק המרשם. על כן, איננו מורים למשיבים לראות בעותרת יהודייה לעניין חוק השבות, ואיננו מצווים על רישומה כיהודייה במרשם.<sup>190</sup>

## ההילוך השיפוטי

שופטי הרוב (בעיקר שמגר, חשין וברק) ושופט המיעוט (טל) פורשים על פני 77 עמודים היבטים מספר של הסוגיה. מיד לאחר פירוט העובדות הנשיא

187 שם, עמ' 681-684.

188 שם, עמ' 684-690.

189 שם, עמ' 660, והרחבה בכיוון זה בעמ' 684 ואילך.

190 שם, עמ' 747. השופט ברק חוזר על עניין זה פעמים מספר (ראו שם, עמ' 746, 748).

שופטי הרוב האחרים הדגישו אף הם את הסכמתם להערות אלו. לפסק דין המיעוט

של השופט טל ראו שם, עמ' 699-744.

שמגר<sup>191</sup> פונה לבחינת הפסיקה הקודמת, רובה משנות ה-60 וחלקה משנות ה-80. זו, כאמור, כבר ביססה עמדות יסודיות כלפי מהותו של המרשם וטיבה של חקיקה זו. האמירה הערכית בדבר חשיבותו של חופש הדת במערך זכויות היסוד של המדינה, גם היא איננה חורגת מאמירות קודמות בנדון, אך יש בפסק הדין התייחסות חדשה ליחופש המרת הדת:

חופש הדת והמצפון הוא מעקרונות היסוד של שיטתנו ... פרשנות סבירה של המצב המשפטי הקיים מלמדת כי הרשויות השונות לא יתערבו בתחום זה של האוטונומיה של הפרט ... המרת הדת היא עניינו של הפרט ... הצורך באישור [שלטוני פורמלי] מתעורר לדידנו רק בכל הנוגע לסמכויות בענייני מעמד אישי.<sup>192</sup>

פסקי הדין של השופטים ברק וחשין הם בבחינת תוספת לפסק הדין של הנשיא שמגר. השופט חשין מתמקד בעיקר בפירוש הפקודה ומזכיר קצרות את חופש הדת. הנשיא ברק מדגיש חזור והדגש את היקפה הצר של ההכרעה ונמנע מחזרה על ההיבט הערכי. היעדר החדשנות של פסק הדין מקבל הדגשה מיוחדת בפסק דינו: ניתן מקום חשוב להלכה הקודמת המהווה בסיס לפסיקה; הוא מבהיר כי הפרשנות לפי עמדת הרוב לפקודת ההמרה מקובלת מאז ומתמיד, גם אצל גורמים דתיים, במגמה להראות כי לא רק הוא סובר כך.<sup>193</sup> כהערת סיום הנשיא ברק מעיר כי המחוקק הוא שעשוי לתת תשובה לשאלה המהותית, ולא – בית המשפט ייאלץ לפסוק בעצמו אם הסוגיה תגיע לידיו בשנית.<sup>194</sup>

191 הנשיא שמגר כתב את פסק הדין לאחר פרישתו ובתוך טווח הזמן המותר לכל שופט פורש לסיים את טיפולו בתיקים תלויים ועומדים. כך הכריעו בדין שני נשיאים: שמגר וברק.

192 **בג"ץ פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים**, עמ' 686.

193 ברק קובע כי "אי תחולתה של פקודת ההמרה על שכלול הגיור לצורכי חוק השבות אינו חדש עמנו" ומצטט את ספקותיו של הרב שמחה מירון אם לנוכח מגמת הפסיקה בארץ תתפקד הפקודה כבלם להכרה בגיור לא-אורתודוקסי בארץ (שם, עמ' 745-746). השופט חשין לעומתו נותן ביטוי לעמדת הדרגים הממשלתיים, שגרסו כמוהו במשך עשרות שנים. אלה כוללים את ראש הממשלה, שר המשפטים, היועץ המשפטי לממשלה, "מלומד פלוגני" ושר המשפטים יעקב שמשון שפירא (שם, עמ' 694-695).

194 הנשיא ברק מסביר לקראת סוף פסק דינו שפסק הדין קובע רק את ה"אין", כלומר מה לא חל על הסוגיה, ומוסיף: "כפי שציינו, הישי' עשוי להיקבע במפורש ובמפורט על-ידי המחוקק. עם זאת – וכל עוד הכנסת לא אמרה את דברה – איננו מצויים בחלל משפטי. פתרון לבעיית הישי' מצוי בחוק השבות המגדיר יהודי מיהו. אם המחוקק לא יוסיף על דברו זה, לא יהא מנוס מהכרעה שיפוטית בעניין זה על-פי ההגדרה

כיצד אפשר לסכם את אופיים של פסקי הדין של שופטי הרוב? האם יש לזהות פסק דין זה כאקטיביסטי או כמתון? דעות החוקרים חלוקות בעניין. לדידה של פרופ' גבזון פסק הדין בעניין **פסרו** כולל קביעה ערכית לפיה המחוקק חייב לפסול את ההסדר שבחוק ההמרה ככל שמדובר בהקשרים שמעבר לענייני נישואין וגירושין. זאת בניגוד לפסק הדין בעניין **שליט**, שבהנמקה שלו לא היה אלא דיון בהיקף סמכותו של פקיד הרישום. על פי קריאתה "שופטי הרוב מתווים במפורש את דעתם כי לא רק שהמצב החוקי הקיים אינו תומך במונופולין כזה, אלא שזכויות יסוד לחופש הדת והמצפון מחייבות את ביטולו". פרופ' קרמניצר קורא אחרת את פסק הדין ומצביע על מקומו השולי יחסית של הדיון הערכי. את ההתבטאויות הערכיות העולות בפסק דינו של שמגר הוא רואה כחלות על הגיור גרדא, ככל שזה חל בתחומו של הפרט בלבד, וככאלה שאינן מתייחסות לתוקפו הרשמי-ממלכתי של הגיור.<sup>195</sup>

את חילוקי הדעות אפשר לייחס גם למורכבות פסק הדין ולממדים השונים של האקטיביזם הגלומים בו. הניתוח שלהלן, הבוחן את פסק הדין לפי הפרמטרים השונים, אכן מראה כי היבטים שונים של פסק הדין הם אקטיביסטיים ואילו אחרים אינם כאלה. אולם כללית נראה לנו כי יש לזהות את פסק הדין כמצביג אקטיביזם ברמה נמוכה, בוודאי נמוכה מזו של פסק הדין בעניין **בבלי**.

## בחינת רמת האקטיביזם

### (I) מישור נייטרלי צופה פני עבר

1. **יציבות משפטית:** בית המשפט נדרש להכריע כאן בסוגיית הגיור בארץ, שטרם הוכרעה. נתון זה איננו בשליטתו של בית המשפט. הצורך להכריע בסוגיה חדשה מעלה בהכרח את רמת האקטיביזם לפי פרמטר זה. פסק הדין מתבסס על עקרונות שיפוטיים שכבר עוגנו דיים: מהותו של הרישום, כמו גם הפרשנות התכליתית, הפכו לחלק מן העשייה השיפוטית של בג"ץ שנים לפני פסק הדין. נוסף על כך אף שבית המשפט מחדש בשאלת הגיור בארץ, הרי שסוגיית הגיור מחוץ לישראל הוכרעה בעבר,<sup>196</sup>

הקיימת". ההפניה ל"יש" היא לחוק השבות, המגדיר "יהודי" בלי להגדיר את המושג "שנתגייר" המצוי בו (**שם**, עמ' 747-748). שלושה שופטים אחרים מסתפקים בהסכמה. 195 גבזון תש"ס-2000, עמ' 74-75; קרמניצר, תש"ס-2000, עמ' 238, בהתאמה. ראו גם Maoz, 1997

196 ראו הלכות **מילר וש"ס**, לעיל הערה 182.



וההחלטה שנתקבלה תואמת את הקו שנקט בית המשפט בסוגיה זו. כמו בפסק דין **בבלי**, גם כאן עמדה לפני בית המשפט האפשרות להכריע באופן שיותיר את המבנה הקיים על כנו – במקרה זה על ידי אישור מדיניותו של משרד הפנים לעניין גיור. עם זאת אין ספק שבג"ץ נמנע מבחירת החלופה שהייתה משנה את הדין באופן המרבי. על בסיס כל אלה יש לראות כאן רמת אקטיביזם בינונית-נמוכה – 2 או 3.

2. **פרשנות:** גם כאן, כמו בפרשת **בבלי**, ההכרעה הצריכה פרשנות של שני חוקים: פקודת העדה הדתית (המרה) וחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965. כיוון שחוק מרשם האוכלוסין כבר נדון בעבר, רובו של פסק הדין נסב על פירוש פקודת העדה הדתית (המרה) ועל היקף תחולתה. משרעת הפירושים האפשרית נעה בין שני קטבים: לפי פרשנות אחת, אפשר היה לקבוע כי פקודת ההמרה חלה על כל הקשר שיש בו חשיבות לדתו של אדם. לפי פרשנות מצמצמת הפקודה חלה רק בהקשר המסור לסמכותן הבלעדית של עדות דתיות מוכרות, קרי לענייני המעמד האישי (נישואין וגירושין) בלבד.

כפי שמעיד הנשיא לשעבר שמגר הפקודה נוקטת לשון רחבה, אך איננה מחייבת פרשנות המחילה אותה על כל דבר חקיקה. הפרשנות התכליתית, שכבר עוגנה בפסיקה קודמת, מורה כי כל דבר חקיקה מגלם גם הגנה על עקרונות היסוד בדבר השוויון וחופש הדת והמצפון. על בסיס זה דוחים שופטי הרוב תחולה כללית וגורפת של פקודת ההמרה. הסתמכות על עקרונות פרשניים ומשפטיים כלליים ומקובלים בפירוש דבר חקיקה שלשנו רחבה מבטאת אקטיביזם ברמה בינונית-גבוהה – 3 או 4.

3. **שלטון רוב ואוטונומיה:** בפסק הדין אין התערבות ישירה במעשה חקיקה או בהחלטה מנהלית, אלא פרשנות של שני מעשי חקיקה. החלטת שופטי הרוב היא שיש להחזיר את העניין לידי הרשויות המוסמכות בתוספת הדרכה הקובעת כי פקודת ההמרה עצמה איננה חלה על הסוגיה. החזרת התיק לרשות אחרת מעידה על אקטיביזם נמוך, אם כי יש הרואים את פסק הדין כקובע עבור המחוקק את ההכרעה הראויה, ומשום כך הם חולקים על זיהוי כזה. רמת אקטיביזם נמוכה יחסית – 2.

4. **הנמקה – תהליך לעומת מהות:** ההנמקה של שופטי הרוב נשענת כולה על עקרונות פרשניים ולא על שאלות שבמהות – אם כי האופן שבו מוגדרת הסוגיה, כסוגיה פרשנית, מכתוב את אופני ההנמקה. (כאן מצויה דוגמה נוספת לכך שנתונה של הסוגיה משליכים על אופני הביטוי של אקטיביזם או על היעדרו.) עם זאת העובדה שעקרונות אלה, כפי

- שהם נתגבשו בפסיקת בית המשפט העליון, מבססים את עצמם בין היתר על ערכי יסוד ועל עקרונות חוקתיים מצדיקה הערכה של רמת אקטיביזם בינונית – 3.
5. **נכונות סף:** פסק דין זה, כקודמו, איננו מעלה שאלות הקשורות לעילות סף. בג"ץ פרסם את פסק דינו יותר משנתיים וחצי לאחר הוצאת הצו-על-תנאי – דחייה המורה על נכונות להכרעה או לפשרה חוץ-שיפוטיות. בהקשר זה אין לראות את פסק הדין כאקטיביסטי. רמת אקטיביזם נמוכה – 1.
6. **תחום פעילות שיפוטית:** לאורך השנים הפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית על פקיד המרשם, ואין בפסק הדין משום הרחבה של היקף תחום הפעילות של בית המשפט. רמת אקטיביזם נמוכה – 1.
7. **רטוריקה:** פסק דינו של הנשיא לשעבר שמגר הוא ענייני בטיבו. למעט אזכור עקרונות היסוד של השיטה – הנדרש לשם החלת הפרשנות הראויה לדידו – אין פסק דינו מכיל כל רטוריקה. רמת אקטיביזם נמוכה – 1.<sup>197</sup>
8. **אמרות אגב:** גם אלה אינן מצויות בפסק הדין. רמת אקטיביזם נמוכה – 1.
9. **הסתמכות על משפט משווה:** שופטי הרוב נמנעים מכל אזכור השוואתי. רמת אקטיביזם נמוכה – 1.<sup>198</sup>
10. **קולות שיפוטיים:** שניים משלושת השופטים המצטרפים לדעת הרוב מוסיפים הערות משלהם, אולם אין אלו פסקי דין ארוכים. לא כן פסק דין המיעוט, שהוא הארוך מכולם. הוא גם מכיל מטען רטורי וערכי כבד, שלא כמו פסקי הדין האחרים. אלה מצדיקים רמת אקטיביזם בינונית-גבוהה – 4.
11. **היקף הכרעה:** שופטי הרוב מדגישים חזר והדגש כי החלטתם צרה בהיקפה. הנשיא לשעבר קובע מראש כי לא ידון כלל בשאלת השבות, אף על פי שהעותרים דרשו גם סעד בהקשר שני זה. יתרה מזו: תשובת

197 פסק דינו של שופט המיעוט, השופט טל, עמוס בביטויים ערכיים ובתיאור מצבים שונים שעלולים להתרחש בעקבות הכרה בגיור רפורמי. לפי פרמטר זה אפשר היה לזהותו כאקטיביסטי.

198 שופט המיעוט, השופט טל, מפרט יותר גם בהקשר זה. השופט מתייחס בהרחבה לקשר שבין רישום כיהודי ובין קבלת זכויות מכוח חוק השבות ומביא דוגמות רבות משיטות משפט אחרות לכוחה ולזכותה של המדינה להגביל בצורות שונות את ההגירה אליה. הבחירה בטכניקות 'אקטיביסטיות' על ידי שופטי מיעוט היא בחירה מעניינת וראויה לתשומת לב, אך היא חורגת מגדרו של נייר עמדה זה.

- המדינה נסבה כולה על פקודת ההמרה. בג"ץ נסמך על עובדה זו כדי להחזיר את העניין לדיון מחודש לפני הרשויות. רמת אקטיביזם – 1.
12. **רקע משפטי:** שתי ההוראות שברקע פסק הדין – פקודת העדות הדתיות (המרה) וחוק מרשם האוכלוסין – אינן נתונות לפרשנות יחידה. גם כאן אין סתירה ברורה בין שני החוקים, אך השילוב ביניהם מצריך מאמץ פרשני יצירתי. רמת אקטיביזם גבוהה – 4.
13. **רקע ציבורי:** כבמקרים קודמים בסוגיות אלה והקרובות להן מדובר בנושא רגיש ביותר. על אף שאין להחלטה השלכות תקציביות ישירות, רמת האקטיביזם גבוהה מאוד – 5.

## (II) מישור נייטרלי צופה פני עתיד

14. **תגובה חקיקתית:** בעקבות פסק הדין הוגשה הצעת חוק מטעם הממשלה המבקשת לעגן את בלעדיות הרבנות הראשית על הגיור בישראל.<sup>199</sup> למעט ניסיון זה, פסק הדין לא לווה בפועל בתיקון חקיקה כלשהו, לא של פקודת ההמרה ולא של חוק מרשם האוכלוסין. רמת אקטיביזם בינונית – 3.
15. **תגובה מנהלית:** למרות התנגדות ראשונית<sup>200</sup> פסק הדין בוצע על ידי משרד הפנים, אך מתוך בחירת החלופה המצמצמת ביותר. בית המשפט פסק כי פקודת ההמרה אינה חלה על מרשם האוכלוסין וכי אין צורך באישור הרבנות לגיור. משרד הפנים אכן הפסיק לדרוש את אישור הרבנות לגיור. כיוון שפסק הדין לא חייב את רישום המתגיירים, משרד הפנים לא רשם אותם, והתיקים נותרו תלויים ועומדים.
- בצד הצעת החוק שהוגשה מטעם הממשלה (ראו סעיף קודם) מינתה הממשלה שתי ועדות. המנדט של הוועדה הראשונה (ועדת דרוקמן) צומצם מראש להסדרת גיורם של קטינים בלבד.<sup>201</sup> ועדת נאמן, שמונתה ב-27 ביוני 1997, הוסמכה לגבש הצעה כוללת לפתרון סוגיית הגיור, "כך שנושא הרישום וההתאזרחות יעשו באופן שיניח את דעתם של כל

199 הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון) (גיור), ה"ח תשנ"ז-1997, 2610, עמ' 300. בדברי המבוא נכתב מפורשות כי "הצעת חוק זו באה בעקבות דבריו של בית המשפט העליון". לגולגוליה של הצעת החוק ראו להלן, הערה 211.

200 "הרפורמים לבג"ץ: להאשים את השר ישי בבזיון בית המשפט", **הארץ**, 20 במרס, 2002; "ברק: להבהיר כיצד מבצעים פסיקת הגרים", **הארץ**, 6 במאי, 2002.

201 לסיכום המלצות הוועדה ראו קורינלדי, 2001, עמ' 211.

הצדדים".<sup>202</sup> הוועדה המליצה כי הגיור, היחיד שיוכר על ידי רשויות המדינה, ייערך בבית דין לגיור על פי דין תורה וכי יוקם מכון משותף לכל הזרמים ללימוד היהדות.<sup>203</sup> הממשלה אימצה את המלצות הוועדה,<sup>204</sup> והמכון ללימודי יהדות הוקם.<sup>205</sup> מערך הגיור שהוקם לעניין זה הועבר למשרד ראש הממשלה. בחודש ספטמבר 2004 פרסם הרב הראשי לישראל, ככל הנראה בלא ידיעת גורמים בממשלה, כללים לעניין גיור מכוח סמכותו להסדיר את דרכי הדיון בבתי הדין הרבניים. הכללים מעבירים את מרכז הכובד לידי נשיא בית הדין הרבני העליון ואינם עולים בקנה אחד עם המגמה לשתף זרמים לא-אורתודוקסים בהליך הגיור. מינוי דין בבתי הדין לגיור, כמו גם העסקה באולפנים לגיור, מחייבים אישור נשיא בית הדין הרבני הגדול. הכללים מעניקים לבית הדין המיוחד לגיור סמכויות מפליגות, בין היתר סמכות לבטל גיור בדיעבד. כן נקבעו כללים מחמירים לעניין גיור 'זרים' וגיור תפוצות.<sup>206</sup> דבר פרסומם של התקנות נודע ברבים רק כחודש מאוחר יותר.<sup>206</sup> בכל אלה אפשר לראות ניסיון ממשלתי להיענות לקריאתו של בית המשפט להסדיר את שאלת הגיור, בצד דחייה למעשה של מגמה זו בידי המערך הרבני. רמת אקטיביזם בינונית-גבוהה – 2 או 3.

16. **תגובה שיפוטית:** בג"ץ המשיך ופיתח את הסוגיה, בהיעדר תגובה חקיקתית. שאלת הרישום במרשם האוכלוסין של מי שהתגייר גיור לא

- 202 מכתב סיכום בין נציגי התנועה ליהדות מתקדמת והתנועה המסורתית לבין יושב ראש הנהלת הקואליציה. הוראת ראש הממשלה לוועדה הייתה לפעול לפי סיכום זה. ראו **דברי הכנסת**, כנסת 14, מושב שלישי, חוברת יח, עמ' 5719, 5722.
- 203 המלצות ועדת נאמן, **דברי הכנסת**, שם, עמ' 5712.
- 204 החלטת ממשלה מספר 3610 מ-5 באפריל, 1998. ראו גם החלטת ממשלה מספר 3613 מ-7 באפריל, 1998.
- 205 בתחילה דחתה הרבנות הראשית את הצעת המכון המשותף (ראו רדאי, תש"ס-2000, עמ' 360; "סיוור בשבילי הגיור", **הארץ** 7 ביוני, 1998, עמ' 2), והקונסרוטיבים התנו השתתפותם בייצוג שוויוני לכל הזרמים (ראו "הקונסרוטיבים מחרימים את מכון הגיור המשותף, שהוקם לפי ועדת נאמן", **הארץ** 28 באפריל, 1998, עמ' 7). לבסוף הוקם המכון. ראו "מנהל בתי"ד הרבניים סירב לעמוד בראש מכון הגיור המשותף ל-3 הזרמים", **הארץ** 7 באפריל, 1998, עמ' 6; "משרד האוצר מונע תקציב למכון המשותף לגיור", מתוך <http://www.irac.org/article.asp?artid=159>
- 206 כללי הדיון בבקשות לגיור התשס"ד, **ילקוט הפרסומים**, התשס"ד 3958. ראו ע' ברקת, "במשרד ראש הממשלה הופתעו: הרב הראשי החמיר את כללי הגיור בלא ידיעתם", **הארץ** 19.10.04.

אורתודוקסי הוכרעה בפסק הדין בעניין **נעמ"ת שניתן** כשבע שנים לאחר פסק הדין בעניין **פסרו**.<sup>207</sup> בפסק דין זה מומשה קביעתו של הנשיא ברק שבית המשפט ייאלץ להכריע בנושא הרישום, אם המחוקק לא ייתן את דעתו לעניין. פסק הדין אישר את ההכרעה ב**פסרו**, שעניינה אי-תחולתה של פקודת ההמרה בענייני רישום, והורה לפקיד המרשם לרשום את המתגיירים. העתירות שעניינן מעמדם של מי שהתגיירו בחו"ל גיור לא אורתודוקסי **לעניין חוק השבות** טרם הוכרעו בעת עריכת נייר העמדה. בעניין **טושביים** נדחתה טענת המדינה, לפי חוק השבות, לרבות הגדרת "מיהו יהודי", אינו חל על המבקשים להסתמך עליו בעת שהם שוהים בישראל, אלא רק על מי שמפעיל אותו בעת כניסתו לישראל. המדינה הציגה את עמדתה המחודשת בעניין, והסוגיה נמצאת עדיין בדיון.<sup>208</sup> חיזוקה של ההלכה בידי בית המשפט העליון, מתוך היעדר תגובה שלטונית מלאה, מצביע על רמת אקטיביזם נמוכה של פסק הדין בעניין **פסרו** – 1.

17. **תגובה ציבורית:** פסק הדין זכה להתייחסות נרחבת בעיתונות לאחר פרסום ההחלטה.<sup>209</sup> בעיתונות החילונית פסק הדין הוצג כמעיד על איפוק עצמי של בית המשפט, והובעה שביעות רצון בקרב הזרמים הלא-אורתודוקסיים. מנגד עורר פסק הדין ביקורת בחוגים הדתיים והחרדיים

207 בג"ץ 2901/97, 5070/95 **נעמ"ת ו-2 אח' נ' שר הפנים ואח'.**

208 בג"ץ 2597/99 **טושביים ואח' נ' שר הפנים ואח' (לא פורסם, ניתן 31.5.04);** כתב תגובה מטעם המדינה 17.11.04.

209 פסק הדין ניתן בשבוע בו נרצח ראש הממשלה יצחק רבין. יש לתת משקל גדול יותר לעובדה שבכל זאת נמצא מקום לדיון בפסק הדין. ראו **הארץ**, 13 בנובמבר, 1995, כל עמ' א7; "בג"ץ: ניתן לרשום גיור רפורמי בלי אישור הרבנות", **ידיעות אחרונות**, 13 בנובמבר, 1995, עמ' א23. "הרבנות מזהירה: מיליון הודים יעלו לארץ כיהודים", **ידיעות אחרונות**, 14 בנובמבר, 1995, עמ' א21; "החלטה חמורה וחסרת תקדים בבית המשפט העליון: בג"צ הכיר בגיור רפורמי לצורך רישום כיהודי במרשם האוכלוסין", **המודיע**, 13 בנובמבר, 1995, עמ' 1; "גוברת הסערה והחרדה בארץ ובעולם שמא יתן תוקף להכרה בגיור רפורמי", **המודיע**, 14 בנובמבר, 1995, עמ' 1; "בג"ץ חייב את משרד הפנים לרשום נכרים ש'גיורו' בארץ על ידי רפורמים כיהודים", **יתד נאמן**, 13 בנובמבר, 1995, עמ' 1; "שלטון בג"צ", **יתד נאמן**, 17 בנובמבר, 1995 (יתד השבוע) עמ' 3; "פרס הבטיח לנציגי הסיעות החרדיות לתקן את חוק ההמרה כך שלגיור רפורמי לא יהיה תוקף", **יתד נאמן**, 22 בנובמבר, 1995, עמ' 3; "הרבנות הראשית תתכנס לדיון חירום בעקבות פסיקת בג"ץ המחייבת את הכרת המדינה בגיור רפורמי וקונסרבטיבי", **הצופה**, 14 בנובמבר, 1995.

כהתערבות בג"ץ בנושא לא לו.<sup>210</sup> ביקורת זו נותרה נחלתם של אישי ציבור וחברי כנסת דתיים, והיא לא באה לידי ביטוי בקהלים אחרים. התדיינות בין התנועה ליהדות מתקדמת והתנועה המסורתית ובין חברים בקואליציה היא שהובילה להקמת ועדת נאמן בצד הקפאת כל ההליכים המשפטיים והחקיקתיים בנושא הגיור.<sup>211</sup> רמת אקטיביזם בינונית – 3.

18. **היקף ההשלכות:** פסק הדין, שהעלה שוב את שאלת הגיור וימי הוא יהודי על סדר היום, השפיע בעיקר על מעמדם של הזרמים הלא-אורתודוקסיים. ההחלטה פתחה פתח ללגיטימציה של גיור על ידי גורמים שאינם הרבנות הראשית<sup>212</sup> וחיזקה במידה מסוימת את כוחם של הזרמים הלא-אורתודוקסיים אל מול הממסד הדתי. כיום, ובעקבות פסק הדין בעניין **נעמ"ת**, גם מי שהתגייר גיור רפורמי או קונסרבטיבי נרשם כיהודי.<sup>213</sup>

עם זאת מבחינת הדין הנוהג בישראל פסק הדין השפיע רק על מרשם האוכלוסין, ולא על שאלת השבות. היעדר פתרון לשאלת הגיור, בצד שינוי ממשי בכל הקשור לרישום במרשם האוכלוסין, מצדיקים זיהוי רמת אקטיביזם בינונית – 3.

### (III) מישור ערכי

19. **תאימות עם בסיס ערכי:** הנשיא לשעבר שמגר מפנה במפורש את פרשן החקיקה לשני עקרונות יסוד המשמשים כלי פרשני: שוויון וחופש הדת והמצפון. גם כאן אפשר לראות את פסק הדין כמחזק עקרונות אלה. פרשנות המחילה את פקודת ההמרה על כל החקיקה של מדינת ישראל הייתה קובעת כי אין להכיר בגיור בשום הקשר אלא אם נעשה בידי הרבנות האורתודוקסית.

חופש הדת והמצפון מוכר ומוגן באמנות בינלאומיות רבות,<sup>214</sup> כמו גם

210 בעיתון החרדי **יתד נאמן** תוארה החלטת בג"ץ כ"התערבות גסה בנושאים שנויים במחלוקת פוליטית. חבורת השופטים המייצגת אחוז קטן בציבור שמה לה למטרה להפוך את מדינת ישראל הדמוקרטית(!) [כך במקור] למדינה הנתונה לשלטון בג"ץ" (הני"ל, 17 בנובמבר, 1995).

211 מכתב הסיכום, לעיל הערה 202. הקואליציה התחיבה שלא להביא לקריאה שנייה ושלישית את הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (גיור) (תיקון). כל הצדדים התחייבו לבקש דחיות דיון בכל ההליכים העומדים בבתי המשפט בנושא הגיור.

212 ראו קורינלדי, 2001, עמ' 82.

213 ראו קורינלדי, 2004, עמ' 270-276.

השוויון.<sup>215</sup> החלטת בית המשפט, שחיזקה את כוחם של עקרונות אלו, תואמת את הדין הבינלאומי. היעדר המילה "כהלכה" מן התיבה "או שנתגייר" אינו נובע מחוסר תשומת לב או שכחה, אלא מן הבעייתיות המיוחדת של סוגיית הגיור, בין היתר בשל ההשלכה של הוספת מילה זו על עקרונות היסוד דלעיל. בהיעדר קביעה חקיקתית המאשרת השלכה כזו יש לראות את פסק הדין כלא אקטיביסטי ברמה הערכית. רמת אקטיביזם נמוכה – 2.

20. **מעורבות בהקשר שאינו טעון ערכית:** הסוגיה טעונה מאוד ערכית. בית המשפט נמנע מלהרחיב את השלכותיה של הסוגיה אל מעבר לשאלה הצרה, העומדת בפניו. פרמטר זה זוכה לדירוג – 1.

#### (IV) הערכה

במובנים רבים פסק דין **פסרו** נראה אקטיביסטי פחות מפסק דין **בבלי**. לעניין זה ראוי להבחין בין פרמטרים הנתונים בשליטת בית המשפט ובין פרמטרים שעניינם נתונים חיצוניים. בכל הנוגע לפרמטרים שאינם נתונים בידי בית המשפט, ההבדלים בין **בבלי** ו**פסרו** אינם משמעותיים. ההיבטים המשפטיים והציבוריים, שלרקעם נדרש בית המשפט להחליט בעניין זה, היו רגישים לא פחות מאלה שניצבו לפני בית המשפט בעניין **בבלי** (פרמטרים 12, 13, 19, 20), וגם כאן לא עלו שאלות שעירבו מבחני סף (פרמטר 5). בכל הנוגע ליציבות משפטית (פרמטר 1), השאלה הנדונה הייתה אמנם חדשה, אך היא הייתה חלק מסדרה של הכרעות שעניינן הכרה בגיור. עם זאת, בניגוד ל**בבלי**, בעניין **פסרו** לא עלה לדיון עניין שהכרעה בו הייתה מרחיבה את תחום הפעילות השיפוטית (פרמטר 6).

בחירת הפרמטרים הנתונים בידי בית המשפט מצביעה על הבדלים מובהקים בין שני פסקי הדין. בפסק הדין בעניין **פסרו** אין הוראה סופית וחד-משמעית באשר לאופני ההתנהלות המנהלית לאחר ההכרעה. הנמקתו של בית המשפט היא במהותה פרשנית-טכנית, בית המשפט נמנע מרטוריקה, אין בהחלטה הסתמכות על משפט משווה או אמרות אגב, והיקף ההכרעה צר

214 סעיף 18 ב-ICCPR, לעיל הערה 174. Universal Declaration of Human Rights  
1948, סעי' 18; European Convention for the Protection of Human Rights and  
Fundamental Freedoms 1950, article 9. ראו גם Declaration on the Elimination  
of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or  
Belief, 1981, [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d\\_intole.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d_intole.htm)  
215 ראו דיון לעיל בעניין **בבלי**.

ומצומצם (פרמטרים 3, 4, 6-9, 11). רק בעניין אחד אפשר לזהות בית משפט אקטיביסטי יותר, וזאת בעניין ריבוי הקולות השיפוטיים (פרמטר 10). התגובה לפסק הדין **פסרו**, על פי הפרמטרים במישור הצופה פני עתיד, נראית מאופקת מזו שלאחר פסק הדין בעניין **בבלי**. התגובה מצד חלק מן הציבור הדתי-חרדי הייתה חריפה במיוחד בעניין **בבלי**. חלק מנושאי התפקיד במערכת הרבנית הביעו במפורש התנגדות לפסיקה, ובתי הדין ממשיכים בהחלה מצומצמת של הקביעה באותו פסק דין. כאן יש מקום לנסות ולהעריך אם קיים קשר בין עצמת התגובה ובין אופני הבחירה השיפוטית באקטיביזם. סביר להניח כי חלק מההבדלים לעניין זה נובעים מרמת השיתוף של גורמים מוסדיים הלכתיים במהלך המנהלי: ככל שלגופים הלכתיים נתון כוח רב יותר במערך המוסדי השלטוני, כך תימדד עצמת התגובה כגבוהה יותר. עניינה של פרשת **בבלי** בפסיקת בתי הדין הרבניים. אלה אינם מיישמים במלואה את ההכרעה, ומשום כך זיהינו לא רק תגובה מנהלית סותרת אלא גם תגובת-נגד שיפוטית. עניין **פסרו**, לעומת זאת, סובב סביב רישום בידי רשם האוכלוסין, שיכולת התמרון שלו צרה יותר בהיותו כפוף ישירות למשרד ממשלתי ובסופו של דבר למדיניות הממשלה (אם כי המבנה הפוליטי עשוי להכתיב שינויים בהיקף האוטונומיה של הגוף המנהלי). בהקשר זה הממשלה ראתה את עצמה כמשתתף פעיל יותר, ונעשו ניסיונות לפתור את הסוגיה על דרך הקמת ועדות ממשלתיות.<sup>216</sup>

ובכל זאת, האם יש קשר בין עצמת התגובה לבין הבחירה השיפוטית באיפוק בהקשרים שבהם הייתה נתונה לבית המשפט יכולת הבחירה? הניתוח בדפים אלה מספק בסיס ראשוני לטענה שהימנעות מרטוריקה ומהרחבה פסיקתית מעבר לנדרש לצורכי פסק הדין עשויה להקטין את היקף הביקורת גם כאשר מדובר בהחלטה השוללת את מדיניותן של רשויות רבניות והלכתיות. השערה זו מצריכה אישוש רחב יותר.

216 אפשר להעלות כסברה גורמים נוספים היכולים להשפיע על אופני התגובה לפסק דין, למשל האקלים הפוליטי וכוחן היחסי של מפלגות דתיות בזמן מתן פסק דין או אירועים אחרים שקרו בו זמנית והאפילו על פסק הדין. בחינה כזו חורגת מגבולות נייר עמדה זה.



השאלה בדבר מקומו של בית משפט עליון במערך קבלת ההחלטות הציבורי במיוחד כאשר עומדות להכרעה סוגיות העומדות במחלוקת, מעסיקה ציבורים שונים במדינות המערביות. במדינת ישראל יש לשאלה זו חשיבות מיוחדת על רקע מחלוקות יסודיות היורדות לשורשיה של ההווה הישראלית ומערבות גם מחלוקת בדבר תפקידה של הרשות השופטת. בנייר זה ביקשנו לבחון בחינה ביקורתית כמה מן הטענות השכיחות בדבר אופני ההשתלבות של בג"ץ במערך קבלת ההחלטות במדינת ישראל.

כדי לספק בסיס לדיון ולדיונים עתידיים בנדון הקדשנו פרק לסקירת הספרות הענפה, האקדמית והפובליציסטית, בנושאי דת ומדינה. הפרק כולל חלק מייצג נכבד מספרות ענפה ועשירה. התמקדנו גם ביתר פירוט בכמה פרסומים שעסקו באופן ספציפי בממשק שבין דת ומדינה ובין אקטיביזם שיפוטי.

רבים מן המבקרים את העשייה השיפוטית של בג"ץ, ולא מעט מן התומכים בה, מכתירים את בג"ץ כבית משפט 'אקטיביסטי'. עיקר ענייננו בנייר עמדה זה הוא בביור מהותו של מושג זה, שזכה, כמושגים אחרים במערך החוקתי המערבי, למגוון רחב של מובנים ופרשנויות. לעתים קרובות הבחירה במובן אחד של המונח והעדפתו על פני מובן אחר היא המשפיעה גם על האופן שבו נתפסת העשייה השיפוטית. כך, מי שרואה בית משפט אקטיביסטי כבית משפט המשנה את הדין, עשוי לתפוס את פסיקתו של בית המשפט אחרת ממי שמתמקד בהיבטים סגנוניים ובהיקפה של רטוריקה ערכית. לא כל המשתתפים בדיון מסכימים באשר לשאלה אם ראוי שבית משפט יתחשב בעניינים ערכיים בהכרעותיו. אלה הרואים בית משפט עליון כמבסס ערכים חוקתיים יתפסו אחרת את העשייה השיפוטית מאלה המצדדים בריסון עצמי המתבטא לא רק בהימנעות מדיון במקרים מסוימים אלא גם בהתמקדות בשאלות משפטיות צרות. למורכבות הדיון באקטיביזם נוספת העובדה שבדיון שאיננו מתנהל על פסים אחידים, יש הזנחה של כמה היבטים חשובים של העשייה השיפוטית, ובמיוחד התמקדות מועטת בהשפעות דה-פקטו של פסק דין לאחר שניתן.

במקום לנסות ולזהות את מהותה של העשייה השיפוטית כמתמחה בהיבט יחיד או בכמה היבטים קטנים, בחרנו להרחיב את עשייתו של רואצי ולאחר מספר גדול של אופנים שבהם בית משפט יכול להיות אקטיביסטי

או מרוסן. בנייר עמדה זה הצגנו עשרים פרמטרים, המשתייכים שלושה מישורים שונים. במישור הראשון רוכזו שלושה עשר פרמטרים, המשתייכים כולם לזרם המרכזי של הדיון באקטיביזם שיפוטי בכך שהם מזהים יחסים שונים בין פסיקה שיפוטית ובין הדין הקיים בעת מתן פסק הדין וכן אופנים שונים של ביטוי שיפוטי. חלק מפרמטרים אלה נתון במידה רבה בידי בית המשפט. למשל, ביכולתו של בית משפט לבחור להוסיף אמירות אגב, להסתמך על משפט זר או להוסיף לעצמו תחום שיפוט או תחום דיון – וביכולתו להימנע מכל אלה. אולם בכל המקרים היקף הבחירה יכתב מן הסוגיה העומדת לדיון. לדוגמה, עניין המובא לפני בית המשפט אינו מספק תמיד אפשרות להימנע מהכרעה באמצעות שימוש במבחני סף. סוגיה משפטית חדשה שלא הוכרעה קודם לכן מאלצת בית משפט להפעיל כלים יצירתיים יותר יחסית למקרים שניצבת לפניו סוגיה שכבר נדונה והוכרעה. מורכבות המשפטית של העניין העומד לדיון, כמו גם רגישותו החברתית, משליכות על אופני הבחירה לא פחות מכללי הדיון בבית המשפט.

במישור השני של הדיון הרחבנו את הבחינה של העשייה השיפוטית לעבר הדינמיקה שלאחר פסק הדין. פסק דין המשנה דין קודם יכול לזכות בסוגים שונים של תגובה שלטונית, ציבורית ואף שיפוטית. זיהינו פסק דין הזוכה בהסכמה ובאישור לאחר שניתן כפסק דין אקטיביסטי פחות מפסק דין הנהפך לאחר הינתנו.

עניינו של המישור האחרון בתכנים הערכיים של העשייה השיפוטית. המשטר החוקתי במדינות המערב מבסס מערך חוקתי יסודי מקובל. קיומם של מערכים חוקתיים פרטיקולריים איננו ממעיט ממרכזיותם של ערכים כגון שוויון או כבוד האדם – נקודה שאיננה עומדת במחלוקת ממשית בהקשר הליברלי המערבי. אולם השאלה אם הרשות השופטת צריכה למלא תפקיד מרכזי במימושם של ערכים אלה ואם בעשותה כן היא ממלאת, לכל היותר, אקטיביזם מסוג מיוחד שהוא בעל מעמד חוקתי ראוי, זוכה בתשובות מגוונות. הצגנו בנייר העמדה את עמדתנו, ולפיה יש להכיר בחשיבותה של העשייה השיפוטית בהגנה על ערכים חוקתיים בסיסיים. גישה המצדדת בעמדה כזו ניתנת לאיתור ברוב המערכים החוקתיים המערביים.

הבחנו בין הפרמטרים השונים גם לפי קריטריון נוסף, שעניינו בשליטה השיפוטית עליהם. חלק מן ההיבטים של האקטיביזם, שזוהו על ידינו, מצויים בשליטתו של בית המשפט בכותבו את החלטתו. כך למשל, בידי בית המשפט נתונה הבררה אם להאריך ברטוריקה, לצרף הערות אגב להחלטתו או לפנות באופן מרחיב למשפט משווה. חלק אחר מן הפרמטרים האמורים אינם

בשליטה שיפוטית. עניינם של פרמטרים אלה בטיבה של הסוגיה העומדת לפני השופט ובסוגי התגובה שהחלטה השיפוטית זוכה לה. במישור הצופה פני עבר ובמישור הערכי מורכבותה של הבעיה המשפטית העומדת לפני השופט, קיומו או היעדרו של פתרון משפטי קודם לעתירה, רגישותה של הסוגיה העומדת לדיון ומשקלה האידאולוגי – כל אלה יוצרים מערך המשפיע בהכרח על מתחם האקטיביזם האפשרי. התגובה הציבורית והשלטונית לפסק דין אינה נתונה בידי בית משפט (אם כי ביכולתו, במידה מוגבלת, לצפות אותה). בכך, אם כן, מערך עובדתי ופוליטי מוגדר מספק מתחם אקטיביזם ועשוי להכתיב עלייה ברמת האקטיביזם של פסק דין חלק מהיבטיו המגוונים.

למודל המוצג בדפים אלה כמה יישומים. ראשית, המודל מספק מסגרת לחקר הרשות השופטת. אף שחקר זה יהיה תמיד תלוי הקשר ויושפע מהשקפות העולם של המשתתפים ומן השיח האקדמי והציבורי המתמשך, הוא יכול לספק בסיס משותף לדיונים על אודות השלכותיה של העשייה השיפוטית במרחב הציבורי.

נוסף על כך המודל מהווה בסיס לניתוח הקשרים הסיבתיים ויחסי הגומלין שבין ההכרעה השיפוטית לבין התגובות אליה. אפשר להשתמש במודל כדי לזהות אינטראקציות בין משפט, פוליטיקה וחברה. המודל עשוי לספק לשופטים עצמם מידע באשר לנאותות וליעילות של טכניקות שיפוטיות שונות. המודל יכול לספק מידע על הקשר שבין בחירה שיפוטית באקטיביזם, באותם היבטים הנתונים לשליטה שיפוטית, ובין התגובה הציבורית והפוליטית השלילית לעשייה השיפוטית.

המודל מאפשר גם בחינה כמותית. למרות הקשיים המובנים בכל הערכה כמותית של תוכן הצגנו בחלק האחרון של נייר העמדה יישום של המודל התלת-ממדי על שני פסקי דין משנות ה-90 של המאה ה-20 שזכו לתשומת לב ציבורית ומשפטית מיוחדת בעת שניתנו ובשנים שלאחר מכן. שני פסקי הדין, **בבלי ופסרו**, עסקו בהקשרים רגישים ובשאלות משפטיות מורכבות. הגורמים החיצוניים לא הקלו על השופטים, ואפשר היה לזהות בדרך כלל אקטיביזם גבוה באותם פרמטרים. לעומת זאת בחינת הפרמטרים הנתונים בשליטת השופטים העלתה ממצאים אחרים. פסק הדין הראשון מתאפיין בנטייה שיפוטית לעבר בחירה באקטיביזם יחסית לפסק הדין השני. מצאנו גם הבדל, אם כי לא מכריע, ברמת התגובה השלילית כלפי פסק הדין **פסרו**, הנמוכה מזו שלאחר **בבלי**. ניסינו לזהות גורמים מספר שהיו עשויים להשפיע על היקף התגובה. בין היתר הזכרנו קשר סיבתי אפשרי בין בחירה פעילה

בטכניקות אקטיביסטיות בהקשרים הנתונים לבחירה שיפוטית ובין היקף הביקורת. אישוש קשר זה, כמו גם אישוש גורמים משפיעים אחרים, מחייב בחינה מקיפה החורגת מגדר נייר עמדה זה.

בית המשפט העליון הישראלי בשבתו בבג"ץ עירב את עצמו מתחילת ימיו, כמו מוסדות מקבילים במדינות אחרות, בהכרעות משפטיות בעלות השתמעויות פוליטיות. לא אחת זכה לכינוי 'אקטיביסטי', בדרך כלל כמילת גנאי. אך האם כל ההכרעות השיפוטיות שזכו לגינוי היו אכן 'אקטיביסטיות', או שמא הגינוי נבע מתוכנה של ההכרעה ולא מאופני עיצובה? האם יש בעשייה השיפוטית טכניקות מסוימות או מגמות ברורות המאפשרות לאפיין את האקטיביזם שלה? האם חברה דמוקרטית, המגלה הסכמה או השלמה עם בית משפט אקטיביסטי, נחלשת כתוצאה מהסכמה כזו, או שמא האקטיביזם תורם דווקא להגנה על עקרונות יסודיים? אנו מקווים כי הדיון במהותו של האקטיביזם בנייר עמדה זה יתרום להמשכו של דיון ער ומעמיק בשאלות יסודיות אלו.

# ביבליוגרפיה

- אבני חי, שמעוני גי (עורכים), **הציונות ומתנגדיה בעם היהודי**, ירושלים: הספריה הציונית, תש"ן.
- אדרעי י' מ', "זכויות אדם וזכויות חברתיות", בתוך: א' ברק וחי ברנזון (עורכים), **ספר ברנזון**, ירושלים: נבו הוצאה לאור, תש"ס-2000, כרך ב, עמ' 45.
- אולשן י', "על בית המשפט העליון", **משפטים** א (תשכ"ט), 287.
- אטינגר שי, "בית הדין הגבוה לצדק – תל-פיות לאסורים בנישואין?", **משפטים** ד (1972), 428.
- אילן שי, **חרדים בע"מ, התקציבים, ההשתמטות ורמיסת החוק**, ירושלים: כתר, 2001.
- אלון מ', **חקיקה דתית בחוקי מדינת ישראל ובשפיטה של בתי משפט ובתי הדין הרבניים**, תל אביב: הקיבוץ הדתי, תשכ"ח.
- אלון מ', "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", בתוך: א' פורת (עורך), **אקטיביזם שיפוטי**, תל אביב: רמות, תשנ"ג-1993, עמ' 189.
- אלון מ', "המשפט העברי במשפט המדינה", **הפרקליט** כה (תשכ"ט), 34.
- אלון מ', "עייגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה", **מחקרי משפט** יג (1996), 57.
- אלון מ', "ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולבי", בתוך: מ' מאוטנר, א' שגיא, ר' שמיר (עורכים), **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**, תל אביב: הוצאת רמות, תשנ"ח-1998, עמ' 361.
- אנגלרד י', "מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק", **הפרקליט** כב (תשכ"ו), 68.
- אנגלרד י', "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" (בשלושה חלקים), **משפטים** ב (1970), 268, 510, **ומשפטים** ד (1972/3), 31.
- אנגלרד י', "יחסי דת ומדינה בישראל – הרקע ההסטורי הרעיוני", בתוך: ד' ברק ארז (עורכת), **מדינה יהודית ודמוקרטיה, קובץ מאמרים**, תל אביב: רמות, 1996, עמ' 291.
- בזק י', "בתי המשפט בישראל – האמנם ערכאות של גויים?", **תחומין** ב (תשמ"א), 523.

- בזק יי (עורך), **המשפט העברי ומדינת ישראל** (קובץ מאמרים), ירושלים: הוצאת מוסד הרב קוק, תשכ"ט-1969.
- בן-דור ע', "דת ומדינה בישראל – סקירה משפטית", בתוך: ד' אריאלי-הורוביץ (עורכת), **דת ומדינה בישראל**, ירושלים: המרכז לפלורליזם יהודי של התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, 1996, עמ' 57.
- בן-מנחם ח', "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, חובת ציות או חובת הוועצות", **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז) 259.
- ברזילי ג', "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית", **עיוני משפט** כז (תשס"ד).
- ברלהוף ע' (עורך), **דרך ארץ, דת ומדינה: אסופת מאמרים והרצאות בנושא יהדות, שלטון וערכים דמוקרטיים**, הוצאת משרד החינוך, מינהל החינוך הדתי, ירושלים התשס"ב-2002.
- ברנון צ', "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל", **עיוני משפט** ג (תשל"ג), 405.
- ברק א', "חקיקה שיפוטית", **משפטים** יג (תשמ"ג), 25.
- ברק א', "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז), 280.
- ברק א', **שיקול דעת שיפוטי**, תל אביב: פפירוס, תשמ"ז-1987.
- ברק א', "זכויות אדם מוגנות – ההיקף וההגבלות", **משפט וממשל** א (תשנ"ג), 253, 261.
- ברק א', "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", בתוך: א' פורת (עורך), **אקטיביזם שיפוטי**, תל אביב: רמות, תשנ"ג-1993, 5.
- ברק א', **מבחר כתבים**, ירושלים: נבו, תש"ס-2000.
- ברק-ארוז ד' (עורכת), **מדינה יהודית ודמוקרטיה: קובץ מאמרים**, תל-אביב: רמות, 1996.
- ברק-ארוז ד', "גלגולו של חזיר מסמל לאומי לאינטרס דתי?" **משפטים** לג (2003).
- ברק-ארוז ד', **משפטי מפתח – ציוני דרך בבית המשפט העליון**, ספריית האוניברסיטה המשודרת, משרד הביטחון – ההוצאה לאור, תשס"ג-2003.
- ברקוביץ ש', **מלחמות המקומות הקדושים**, מכון ירושלים לחקר ישראל, ירושלים: כתר, 2000.
- גביון ר', "דת ומדינה: הפרדה והפרטה", **משפט וממשל** ב (1994), 55.

גביון ר', "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט",  
**עיוני משפט** יט (תשנ"ה), 631.

גביון ר', "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים", בתוך: מ' מאוטנר,  
א' שגיא, ר' שמיר (עורכים), **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית:  
ספר הזכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**, תל אביב: הוצאת רמות, תשנ"ח-  
1998, עמ' 213.

גביון ר', **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים**, תל אביב:  
הקיבוץ המאוחד, 1999.

גביון ר', "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי", בתוך: ר' גביון, מ'  
קרמינצר וי' דותן, תש"ס-2000, עמ' 69.

גביון ר', מ' קרמינצר, י' דותן, **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, מקומו של  
בג"ץ בחברה הישראלית**, ירושלים: ידיעות אחרונות ומאגנס, 2000.

גרינפילד צ', **הם מפחדים: איך הפך הימין הדתי והחרדי לכוח מוביל  
בישראל**, תל אביב: ידיעות אחרונות, ספרי חמד, 2001.

דוד י' (עורך ומראיין), **מדינת ישראל: בין יהדות לדמוקרטיה**, ירושלים:  
המכון הישראלי לדמוקרטיה, תש"ס-2000.

דויטש ס', "הפנייה למורשת ישראל מכח 'חוק יסודות המשפט'", **דברי  
הקונגרס העולמי למדעי היהדות**, (תש"ן), 240.

דותן י', "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", בתוך: ר' גביון, מ' קרמינצר וי' דותן,  
תש"ס-2000, עמ' 5.

דיין א', **המעין המתגבר, סיפורה של תנועת ש"ס**, ירושלים: כתר, 1999.  
דייכובסקי ש', "הלכת השיתוף" – האם דינא כמלכותא?," **תחומין יח  
(תשנ"ח)** 18.

דינשטיין י', ריאיון עם ג' שטרסמן, **עורך הדין: בטאון לשכת עורכי הדין  
בישראל 6** (תשל"ט), 4.

הילמן ש', "היהדות הדתית והעיתונות הישראלית בעקבות הבחירות של  
שנת 1988", בתוך: י' ליבמן (עורך), **לחיות ביחד, יחסי דתיים-חילוניים  
בחברה הישראלית**, ירושלים: כתר, 1990, עמ' 54.

הלפרין-קדרי ר', "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים",  
**עיוני משפט כ** (תשנ"ז), 683.

הלפרין-קדרי ר', "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה",  
**מחקרי משפט יז** (תשס"ב), 105.

ויתקון א' "המשפט בארץ מתפתחת", בתוך: ח' כהן (עורך), **ספר היובל  
לפנחס רוזן**, ירושלים: דפוס וייס, תשכ"ב-1962, עמ' 67, 76.

- ולר ל', ספר פ', "שותפויות מוזרות: מחקר על נישואים מעורבים מבחינה דתית", בתוך: יי ליבמן (עורך), לחיות ביחד, יחסי דתיים-חילוניים בחברה הישראלית, ירושלים: כתר, 1990, עמ' 171.
- ורהפטיג א', "חוקי הכנסת ומדינת התורה", **תחומין** י' (תשמ"ט), 190.
- זילצר א' (עורך), **דת ופוליטיקה: היבטים אחדים**, תל-אביב: האוניברסיטה הפתוחה, 1991.
- זמיר י', "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט", בתוך: א' פורת (עורך), **אקטיביזם שיפוטי**, תל אביב: רמות, תשנ"ג-1993, עמ' 177.
- זמיר י', סובל מ', "השיוויון בפני החוק", **משפט וממשל** ה (תש"ס), 165.
- חשין מ', "מורשת ישראל ומשפט המדינה" בתוך: ר' גביון (עורכת), **זכויות אזרח בישראל**, ירושלים: האגודה לזכויות האזרח, 1982, עמ' 47.
- טל י', "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי פרשני", **משפט וממשל** ו (3) (2001), 551.
- ידלין ע', "שיקול דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק איסטרטגי", **מחקרי משפט** יט (תשס"ב), 665.
- ינון ר' א', דוד י', **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2000.
- כהן א', זיסר ב', **מהשלמה להסלמה: השסע הדתי חילוני בפתח המאה העשרים ואחת**, תל אביב: שוקן, 2003.
- כהן א', "שסע ישן בעידן חדש: השסע הדתי חילוני בעידן של שלום", בתוך: מ' בנבנישתי וני גורן (עורכים), **הבוקר שלמחרת: עידן השלום – לא אוטופיה**, ירושלים: כרמל והמכון למחקר על שם הרי טרומן, האוניברסיטה העברית 2002, עמ' 347.
- כהן ח', "גיור כהלכה", **עיוני משפט** יא (1986), 301.
- כהן ח', "דין השויר", **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז), 290.
- כהן ח', "חוק ומשפט", בתוך: א' הורוביץ (עורך), **שנתון דת ומדינה תשנ"ג-תשנ"ד**, תל אביב: המרכז לפלורליזם יהודי של התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, 1994, עמ' 9.
- כהן ח', "בין הלכה למשפט", **מחניים: רבעון למחקר להגות ולתרבות יהודית** 12 (תשנ"ה), 8.
- כהן ח', "כפייה דתית בישראל" בתוך: א' ברק וח' ברנזון (עורכים), **ספר ברנזון**, ירושלים: נבו הוצאה לאור, תש"ס-2000, כרך ב, עמ' 297.
- כהן י', **מי מפחד ממדינה יהודית? היבט חוקתי ואידאולוגי**, ירושלים: הוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2001.



כהן מ', לינדר א', קרמניצר מ', **דת ובג"ץ: דימוי ומציאות, א. פרסום**  
**"מנוף – המרכז למידע יהודי" במבחן הביקורת**, ירושלים: המכון  
הישראלי לדמוקרטיה, 2003.

כשר א', "פגיעה ברגשות וטובת הכלל", **משפט וממשל ב** (1994), 289.  
לוז א', **מקבילים נפגשים**, תל אביב: עם עובד, 1985.  
לוי א', **החרדים**, ירושלים: כתר, 1989.

לורברבוים מ', "דת ומדינה בישראל ומסורת האמנה החברתית", בתוך: מ'  
מאוטנר, אי שגיאה, ר' שמיר (עורכים), **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית**  
**ויהודית: ספר הזכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**, תל אביב: הוצאת רמות,  
תשנ"ח-1998, עמ' 279.

ליבוביץ' י', **יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל**, תל אביב: שוקן, 1979.  
ליבמן י' (עורך), **לחיות ביחד, יחסי דתיים-חילוניים בחברה הישראלית**,  
ירושלים: כתר, 1990.

ליפשיץ ב', "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף נכסים (בעקבות בג"ץ 1000/92  
בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואחיו)", **המשפט ג** (1996), 239.  
ליפשיץ ש', "דיני זוגיות חילוניים ביוכל הבא: בין ליברטריאנוזציה לבין בית  
המשפט המחשק", **מחקרי משפט יז** (תשס"ב), 159.  
לנגטל נ', פרידמן ש' (עורכים), **הקונפליקט: דת ומדינה בישראל**, תל אביב:  
דיעות אחרונות, ספרי חמד, 2002.

לנדוי מ', "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", **עיוני משפט יד** (תשמ"ט), 5.  
לפידות ר', **חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל**, ירושלים: המכון למחקרי  
חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הארי ומיכאל סאקר, תשנ"ט-1999.

מאוטנר מ', **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי**, תל  
אביב: מעגלי דעת, תשנ"ג-1993.

מאוטנר מ', "שנות השמונים – שנות החרדה", **עיוני משפט 26** (2002/3א),  
645.

מאוטנר מ', "שנות התשעים – שנות ההתקרבות?", **עיוני משפט 26**  
(2002/3ב), 887.

מירון ש', "חופש הדת לעומת החופש מדת", **עיוני משפט ג** (תשל"ג), 414.  
מרגולין ר' (עורך), **מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, רב שיח**  
**ומקורות נלווים**, ירושלים: האיגוד העולמי למדעי היהדות, תשנ"ט.

נויברגר ב', **דת ודמוקרטיה בישראל**, ירושלים: מכון פלורסהיימר למחקרי  
מדיניות, 1997.

- ניר י', **אריה דרעי: העלייה, המשבר, הכאב**, תל אביב: ידיעות אחרונות, ספרי חמד, 1999
- סטטמן ד', "על ליברליזם ולאומיות ועל מה שאין ללמוד מפסק דין בעניין קסטנבאום", **עיוני משפט** כ (1996), 239.
- סטטמן ד', ספיר ג', "חופש הדת, חופש מדת, והגנה על רגשות דתיים", **מחקרי משפט** 21 (2004/5) 5.
- ספיר ג', "גיוס בחורי ישיבות לצה"ל: הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים", **פלילים** ט (תשס"א), 217.
- פייגה מ', "חזון העצמות השבורות – חרדים מול ארכאולוגים בעיר דוד", בתוך: ע' סיון, קי קפלן (עורכים), **חרדים ישראלים: השתלבות בלא טמיעה?**, ירושלים: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד, 2003.
- פרוקציה ג', "חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980", **עיוני משפט** י (1984), 149.
- פרידמן מ', **חברה ודת: האורטודוקסיה הלא ציונית בארץ ישראל**, ירושלים: יד יצחק בן צבי, תשל"ח.
- פרידמן מ', **החברה החרדית: מקורות, מגמות ותהליכים**, מחקרי המכון לחקר ישראל מס' 41, ירושלים, 1991.
- פרידמן מ', **חברה במשבר לגיטימציה: הישוב האשכנזי הישן, 1900-1917**, ירושלים: מוסד ביאליק, 2001.
- קורינלדי מ', "סמכות ומהות בענייני גיור", **המשפט** א (1993), 303.
- קורינלדי מ', **חידת הזהות היהודית: חוק השבות – הלכה למעשה**, ירושלים: נבו, 2001.
- קורינלדי מ', "חופש הדת בישראל – במה נשתנה ה-יסטטוס קוו", **שערי משפט** ג(2) (2003), 287.
- קורינלדי מ', **דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה: מגמות חדשות**, ירושלים: נבו, 2004
- קירשנבאום א', "חוק יסודות המשפט – מציאות וציפיות", **עיוני משפט** יא (תשמ"ו/ז), 122.
- קירשנבאום א', "תורה ומדינה, בעניין מקומן של הדת, היהדות והציונות בחוקה המוצעת", **עיוני משפט** טו (1990) 63.
- קרמינצ'ר מ', "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הבנה", בתוך: ר' גביזון, מ' קרמינצ'ר וי' דותן, תש"ס-2000, עמ' 165.
- קשת מ', "חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980", **הפרקליט** לג (1980/1), 611.

רביצקי א', **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1997.

רביצקי א', **זת ומדינה במחשבת ישראל: זגמים של איחוד, הפרדה, התנגשות או כפיפות**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשנ"ט-1998.

רביצקי א', **האם תיתכן מדינת הלכה? הפרדוקס של התאוקרטיה היהודית**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ד-2004.

רדאי פ', "דת ושוויון בראי הפסיקה", בתוך: א' ברק וחי' ברנזון (עורכים), **ספר ברנזון**, ירושלים: נבו הוצאה לאור, תש"ס-2000, כרך ב' 341.

רדאי פ', "על השיוויון", **משפטים** כד (תשנ"ד), 241.

רהט מ', **ש"ס, הרוח והכוח**, תל-אביב: אלפא תקשורת, 1998.

רובינשטיין א', **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה חמישית, ירושלים ותל אביב: הוצאת שוקן, 1996, כרך א'.

רוזן ד', "חילופי מכתבים על עקיפת החוק של איסור גידול חזיר", **שנה בשנה: ספר השנה להלכה, למחשבת ישראל ולבעיות היהדות**, תשמ"א, עמ' 339.

רוזן-צבי א', **יחסי ממון בין בני זוג**, פרסומי הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, ירושלים: מיקרושור, תשמ"ב.

רכלבסקי ס', **חמורו של משיח**, תל אביב: ידיעות אחרונות, ספרי חמד, 1998.

רמון א', "מעבר לכותל: היחס להר הבית מצד מדינת ישראל והציבור היהודי לגונוניו", בתוך: י' רייטר (עורך), **ריבונות האל והאדם: קדושה ומרכזיות פוליטית בהר הבית**, מכון ירושלים לחקר ישראל, ירושלים: כתר 2001, עמ' 113-142.

רענן צ', **גוש אמונים**, תל אביב: ספריית פועלים, 1980.

שאוה מ', "על 'כרוד' ועל 'כנות' – היפסק 'מרוץ הסמכויות' בעניני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?", **עיוני משפט** ב (תשל"ב-1972), 719.

שאוה מ', "לשאלת תוקפם ורישומם של נישואי תערובת שנערכו בפני קונסול זר", **הפרקליט** מב (תשנ"ה/ו), 188.

שאוה מ', **הדין האישי בישראל**, תל אביב: פרסומי הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 2001.

שאקי א' ח', **מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל**, ירושלים: המכון לחקר המשפחה ודיני המשפחה בישראל, תשל"ז.

- שגב ת', **1949: הישראלים הראשונים**, ירושלים: דומינו, 1984.
- שוורץ ד', **הציונות הדתית בין הגיון למשיחות**, תל אביב: עם עובד, 1999.
- שוחטמן א', "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל", **תחומין יג** (תשמ"ב), 337.
- שוחטמן א', "פסיקת בג"ץ בפרשת קבורתה של תרזה אנגלוביץ – מתן יד לכפייה אנטי-דתית?", **דיני ישראל ט"ו** (תשמ"ט-תש"ן), קעט.
- שוחטמן א', "חקיקה דתית בחברה חילונית", **מחניים: רבעון למחקר ולהגות ותרבות יהודית 13** (תשנ"ה), 270.
- שחר י', "הטיטוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות", **עיוני משפט כו** (2002/3), 523.
- שטרית ש', "חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות דתית, והטלת הגבלות מטעמי דת", **משפטים ג** (תשל"א/ב), 467.
- שטרית ש', **הארץ הטובה – בין כוח ודת**, תל אביב: ידיעות אחרונות, ספרי חמד 1998.
- שטרית ש', **בין שלוש רשויות: מאזן זכויות האזרח בענייני דת בישראל**, ירושלים: מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1999.
- שטרן י' צ', **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תש"ס-1999.
- שטרן י' צ', **מדינה, משפט והלכה: מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תש"ס-2000.
- שטרן י' צ', **מדינה, משפט והלכה: עושר שמור לבעליו לרעתו - מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ג-2002.
- שטרן י' צ', **מדינה, משפט והלכה: דת ומדינה – תפקידה של ההלכה**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ד-2004.
- שטרנהל ז', "שתי תפיסות של יחיד, חברה ולאום", **משפט וממשל ב** (1994), 167.
- שילה ש', "על חוק יסודות המשפט – הערות והארות", **שנתון המשפט העברי יג** (תשמ"ז), 352.
- שילה ש', "כשדינא דמלכותא אינו דינא", בתוך: א' ברק וח' ברנזון (עורכים), **ספר ברנזון**, ירושלים: נבו הוצאה לאור, תש"ס-2000, כרך ב, 327.
- שיפמן פ', "בתי הדין הרבניים – לאן?", **משפט וממשל ב** (תשנ"ה), 523.

שיפמן פ', **דיני המשפחה בישראל**, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ה (כרך א, מהדורה שנייה) ותשמ"ט (כרך ב).

שיפמן פ', **מי מפקח מנישואין אזרחיים?**, ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 2000.

שלג י', **הדתיים החדשים: מבט עכשווי על החברה הדתית בישראל**, ירושלים: כתר, 2000.

שלהב י', פרידמן מ', **התפשטות תוך הסתגרות: הקהילה החרדית בירושלים**, מחקרי המכון לחקר ישראל מס' 15, ירושלים, תשמ"ב.

שלח ח' פ', "חירות המצפון והדת במשפט הישראלי", בתוך: **חירות המצפון והדת - אסופת מאמרים לזכרו של חמון פ' שלח**, תל אביב: ספרית פועלים, 1990, עמ' 23.

שלמון י', **דת וציונות, עימותים ראשונים**, ירושלים: הספריה הציונית, תש"ן.

שפירא י', "משפט ושיפורט – מחלוקת חדשה גם ישנה: הפרדת הדת מהמדינה או הפרדת הדתיים מהמדינה", **שערי משפט** ג(2) (2003), 425.

שפירא ע', "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?", **עיוני משפט** ג (תשל"ג), 625.

שרגאי נ', **הר המריבה**, ירושלים: כתר, 1995.

שרמן א' ח', "ההלכת השיתוף" לאור משפט התורה", **תחומין** יח (תשנ"ח), 32.

שרמן א' ח', "ההלכת השיתוף" – אינה מעוגנת בדיני ישראל", **תחומין** יט (תשנ"ט), 205.

תבורי א', "דגמי חיים בשכונה מעורבת", בתוך: י' ליבמן (עורך), **לחיות ביחד, יחסי דתיים-חילוניים בחברה הישראלית**, ירושלים: כתר, 1990, עמ' 103.

Alexander, L., and F. Schauer, "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", 110 *Harvard Law Review* 1359 (1997).

Balkin, J. M., and S. Levinson, "Understanding the Constitutional Revolution", 87 *Virginia Law Review* 1045 (2001).

Barak, A., "Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harvard Law Review* 16 (2002).

- Barnett, R. E., "Is the Rehnquist Court an "Activist" Court? The Commerce Clause Cases", 73 *University of Colorado Law Review* 1275 (2002).
- Berger, R., *Government By Judiciary: The Transformation Of The Fourteenth Amendment*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- Bork, R. H., "Judicial Review and Democracy", in L. Fisher (ed.), *Judicial Power and The Constitutions*, New York: Macmillan Publishing Company, 1990.
- Bork, R. H., *The Tempting of America: The Political Seduction of The Law*, New York: Free Press, 1990.
- Bork, R. H., "The Judge's Role in Law and Culture", 1 *Ave Maria Law Review* 19 (2003).
- Boucher, R. L., and J.A. Segal, "Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Aggressive Grants and Defensive Denials on the Vinson Court", 57 *Journal of Politics* 824 (1995).
- Canon, B. C., "A Framework for the Analysis of Judicial Activism", in S. C. Halpern and C. M. Lamb (eds.), *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington, Mass.: Lexington Books, 1982.
- Chemerinsky, E., "The Price of Asking the Wrong Question: An Essay on Constitutional Scholarship and Judicial Review", 62 *Texas Law Review* 1207 (1984).
- Chemerinsky, E., "Foreword: The Vanishing Constitution", 103 *Harvard Law Review* 43 (1989)
- Choper, J. H., *Judicial Review And The National Political Process*, Chicago: University of Chicago Press, 1980.
- Choudhry, S., and C.E. Hunter, "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasure Board) v. Nape", 48 *McGill Law Journal* 525 (2003).
- Dotan, Y., "Judicial Review and Political Accountability: The Case of the High Court of Justice in Israel", 32 *Israel Law Review* 449 (1998).

- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1977.
- Dworkin, R., *Laws Empire*, Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986.
- Dworkin, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Easterbrook, F. H., "Legal Interpretation and the Power of the Judiciary", 7 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 87 (1984).
- Easterbrook, F. H., "Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism", 73 *University of Colorado Law Review*, 1401 (2002).
- Ely, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1980.
- Englard, I., *Religious Law in the Israel Legal System*, Jerusalem: Harry Sacher Institute, 1975.
- Falk, Z. W., *Law and Religion*, Jerusalem: Mesharim, 1981.
- Fallon, R. H. Jr., "How to Choose a Constitutional Theory", 87 *California Law Review* 535 (1999).
- Foley, M., *The Silence of Constitutions: Gaps, 'Abeyances' and Political Temperament in the Maintenance of Government*, London: Routledge, 1989.
- Gavison, R., "The Role of Courts in Rifted Democracies", 33 *Israel Law Review* 216 (1999).
- Graglia, L. A., "Judicial Activism: Even on the Right, It's Wrong", 95 *Public Interest* 57 (1989).
- Halperin-Kaddari, R., "Women, Gender and Multiculturalism in Israel", 5 *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs* 339 (2000).
- Hogg, P. W., and A. A. Bushell, "The Dialogue between Courts and Legislatures Charter", 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75 (1997).
- Holland, K. M., "Judicial Activism in the United States", in M. Holland (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Houndmills, Basingstoke: Macmillan, 1991.

- Kloppenber, L. A., *Playing It Safe: How the Supreme Court Sidesteps Hard Cases and Stunts the Development of the Law*, New York: New York University Press, 2001.
- Lapidoth, R., "Freedom of Religion and Conscience in Israel", 47 *Catholic University Law Review* 441 (1998).
- Lessig, L., "Fidelity in Translation", 71 *Texas Law Review* 1165 (1993).
- Lessig, L., "Translating Federalism: United States v. Lopez" 1995 *Supreme Court Review* 125 (1996).
- Maoz, A., "Who is a Convert", 15 *Justice* 11 (1997), 17-18.
- Marshall, W. P., "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism", 73 *University of Colorado Law Review* 1217 (2002).
- Miller, A. S., *Toward Increased Judicial Activism: The Political Role of the Supreme Court*, Westport, Conn.: Greenwood Press, 1982.
- Perry, M., *The Constitution, the Courts, and Human Rights*, New Haven: Yale University Press, 1982.
- Posner, R., *The Federal Courts*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Raday, F., "On Equality: Judicial Profiles", 35 *Israel Law Review* (2001), 380.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1972.
- Roach, K., *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto: Irwin Law, 2001.
- Sapir, G., "Religion and State a Fresh Theoretical Start", 75 *Notre Dame Law Review* 579 (1999).
- Scalia, A., *A Matter of Interpretation*, Princeton: Princeton University Press, 1997.
- Schiff, G. S., *Tradition and Politics, the Religious Parties of Israel*, Detroit: Wayne State University Press, 1977.
- Schubert, G. A., *The Judicial Mind*, Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1965.



- Schubert, G. A., *Judicial Policy Making*, Scott, Foresman and Company: Glenview, Illinois, 1974.
- Schultz, P. L., "The Court, The Constitution, and Judicial Activism: The Search for Limits on the Judicial Power", 18 *Political Science Review* 221 (1988).
- Segal, J. A., and H. J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, New York: Cambridge University Press, 1993.
- Seidman, L. M., *Our Unsettled Constitution: A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*, New Haven: Yale University Press, 2001.
- Sicker, M., *The Judaic State: A Study in Rabbinic Political Theory*, New York: Praeger, 1988.
- Tate, C. N., and T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995.
- Tushnet, M., *Taking the Constitution away from The Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999.
- Wayne, W., "The Two Faces of Judicial Activism", 61 *George Washington Law Review* 1 (1992/93).
- Walzer, M., *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame & London: University of Notre Dame Press, 1994.
- Wolfe, C., *Judicial Activism: Bulwark of Freedom Or Precarious Security?* (rev. ed.), Lanham, Md.: Rowman & Littlefield, 1997.
- Young, E. A., "Judicial Activism and Conservative Politics", 73 *University of Colorado Law Review* 1139 (2002).

#### פסקי דין – ישראל

- בג"ץ 721/94 אל על על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749.
- בג"ץ 2222/99 אנז'ל גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נד (5) 401.
- בג"ץ 5969/94 אקנין נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נ (1) 370.

- בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח (2) 221.  
 תיק 884/88 נט בבלי נ' בבלי (לא פורסם, ניתן ב-23 במאי, 1999).  
 בג"ץ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני לערעורים, פ"ד מז (3) 288.  
 בג"ץ 2882/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ (5) 89.  
 בג"ץ 195/64 החברה הדרומית בע"מ "מרבק" נ' מועצת הרבנות הראשית,  
 פ"ד יח (2) 324.  
 בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה נ' מנהל מינהל האוכלוסין  
 (ש"ס), פ"ד מג (2) 723.  
 בג"ץ 232/81 וילו/ני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו (2) 733.  
 בג"ץ 945364/94 ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, פ"ד מט (2) 758.  
 בג"ץ 2015/91 יורשי המנוח יעקב פלקון ומישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל  
 ואח', תיק-על 93(2) 878.  
 בג"ץ 217/68 יזראמקס נ' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 343.  
 בג"ץ 275/71 כהן-מלר נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א, פ"ד כו (1) 227.  
 ת"פ (ירושלים) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ תשמ"ח (ב) 265.  
 בג"ץ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז (5)  
 584.  
 בג"ץ 5871/92 מישראל בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד מז (1)  
 521.  
 בג"ץ 7198/93 מישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מח (2)  
 844.  
 בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נ (5) 15.  
 בג"ץ 5009/94 מישראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד  
 מח (5) 617.  
 בג"ץ 5277/97 מיכל דוד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, תק-על 98  
 443 (3).  
 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט (4) 94.  
 בג"ץ 5070/95, 2901/97 נעמ"ת ו-2 אח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נו (2)  
 721.  
 בג"ץ 230/86 סוזן מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ (4) 436.  
 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 245.  
 בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט (4) 661.  
 בג"ץ 262/62 פרץ נ' יו"ר, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו,  
 פ"ד טז(3) 2101.

בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר ו-12 אח', פ"ד מב(4) 705.  
בג"ץ 29/71 קידר-כהן נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א, פ"ד כו (1) 608.  
בג"ץ 6698/95 קעדאן ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.  
בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481.  
בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הגדול לערעורים, פ"ד כד (1) 704.  
בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630.  
בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477.

#### פסקי דין – ארצות הברית

*Brzonkala v. Virginia Polytechnic Institute*, 169 F. 3d 820 (1999)  
*Bush v. Gore*, 121 S. Ct. 525 (2000)  
*Geddes v. Texas*, 123 S. Ct. 2742 (2003)  
*Gratz v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2411 (2003)  
*Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003)  
*United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995)  
*United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000)

#### אמנות ודוחות

אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה 1979, **כתבי אמנה** 31, עמ' 179.  
אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966, **כתבי אמנה** 31, עמ' 269.

American Convention on Human Rights 1969, **1144 u.n.t.s 123**.  
Concluding Observations of the Committee on the Elimination  
of Discrimination Against Women: Israel 12/8/97, **UN doc**  
**A/52/38/Rev.1**.

Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and  
of Discrimination Based on Religion or Belief 1981, **UN**  
**doc. A/36/684 1981**.

Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not  
Nationals of the Country In Which They Live 1985, **UN**  
**doc.A/40/53 1985**.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950, article 9, **ETS no. 5**.

State of Israel, Third Periodic Report, *Implementation of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*, (Authored by Ruth Halperin-Kaddari), 2001.

Universal Declaration of Human Rights 1948, **UN doc.Res. 3/217 1948**.

## ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

1. **רפורמה בשידור הציבורי**  
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגבי רחל לאל (1997)
2. **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**  
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי (1997)
3. **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**  
אריאל צימרמן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1997)
4. **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**  
פרופ' אביעזר רביצקי (1997)
5. **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**  
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני (1997)
6. **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**  
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1997)
7. **הסתה, לא המרדה**  
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים (1997)
8. **בנק ישראל: סמכות ואחריות**  
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי (1998)
9. **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה  
בעידן שלום: א. החרדים בישראל**  
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי (1998)
10. **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**  
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1998)
11. **חופש העיסוק**  
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן (1998)
12. **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**  
גדעון רהט ונטע שר-הדר (1998)

13. **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**  
פרופ' רות גביוון ועסאם אבו-ריא (1999) הופיע גם בערבית
14. **100 הימים הראשונים**  
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה (1999)
15. **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**  
שחר גולדמן בהנחיית פרופ' רות גביוון ופרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
16. **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**  
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
17. **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**  
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין (1999)
18. **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**  
פרופ' ידידיה צ' שטרן (1999)
19. **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**  
איל ינון ויוסי דוד (2000)
20. **משאל-עם: מיתוס ומציאות**  
דנה בלאנדר וגדעון רהט (2000)
21. **השסע החברתי-כלכלי בישראל**  
איריס גרבי וגל לוי בהנחיית פרופ' רות גביוון (2000)
22. **מדינה משפט והלכה – א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**  
פרופ' ידידיה צ' שטרן (2000)
23. **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**  
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות (2000)
24. **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**  
הילי מודריק-אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס (2000)
25. **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**  
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגבי חני קומנשטר (2001)

26. **דגמים של שיתוף אזרחים**  
אפרת וקסמן ודנה בלאנדר בהנחיית פרופ' אשר אריאן (2002)
- הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001**  
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
27. **אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל (2002)**
28. **אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה (2002)**
29. **הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד (2002)**
30. **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001–2002 (2002)**
31. **מדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית.**  
פרופ' ידידיה צ' שטרן (2002)
32. **חקיקה פרטית**  
דנה בלאנדר וערן קליין בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס (2002)
- הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002**  
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
33. **איום ביטחוני ומשבר כלכלי (2002)**
34. **הגלובליזציה (2002)**
35. **מדיניות הפנסיה (2002)**
36. **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002-2003 (2002)**
37. **רגולציה – הרשות המפקחת**  
אורי ארבל-גנץ בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן  
(2003)

38. רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי  
(בשיתוף עם קרן קונרד אדנאואר)  
פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר (2003)
39. דת ובג"ץ: דימוי ומציאות א. פרסום "מנוף – המרכז למידע יהודי" במבחן הביקורת  
ד"ר מרגית כהן, ד"ר אלי לינדר ופרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
40. האומנם מדינת כבוד האדם?  
אלוף הראבן (2003)
41. פורנוגרפיה – מוסר, חירות, שוויון: הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה, ועבירות קרובות  
רם ריבלין בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
42. המשמעות הפוליטית והחברתית של פינוי יישובים ביש"ע  
יאיר שלג (2003)
- הכנס הכלכלי האחד-עשר – יולי 2003**  
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
43. המדיניות המקרו-כלכלית לייצוב המשק ולצמיחה (2003)
44. הצעה לארגון מחדש של החינוך הציבורי בישראל על בסיס ביזור ואיזור (2003)
45. אמינות ושקיפות במשק (2003)
46. מערכת ההשכלה הגבוהה לעשור הקרוב (2003)
47. המונופוליסט כקרבן: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים  
עדי אייל בהנחיית ידידיה צ' שטרן ודוד נחמיאס (2004)
48. מדינה, משפט והלכה – ג. דת ומדינה: תפקידה של ההלכה  
ידידיה צ' שטרן (2004)
49. זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית  
אבי בן-בסט ומומי דהן (2004)



50. האם תיתכן מדינת הלכה? הפרדוקס של התאוקרטיה היהודית  
אביעזר רביצקי (2004)
51. יהודים שלא כהלכה: על סוגיית העולים הלא-יהודים בישראל  
יאיר שלג (2004)
- הכנס הכלכלי השנים-עשר – יולי 2004**  
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
52. המדיניות המקרו-כלכלית: הקטנת האבטלה וצמצום הפערים  
(2004)
53. שינויים במבנה השווקים והמתווכים הפיננסיים ובמערכת הפיקוח  
(2004)
54. יחסי עבודה בעידן של תמורות (2004)
55. רפורמה בשלטון המקומי: ביזור לראויים ואבזור לנחשלים (2004)
56. סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי  
מרדכי קרמניצר ואפרת רחף (2005)
57. דת ובג"ץ: דימוי ומציאות: ב. מודל תלת-ממדי למדידת אקטיביזם  
שיפוטי  
מרגית כהן, מרדכי קרמניצר, אלי לינדר ואביטל בגין (2005)
- **الصدع العربي اليهودي في إسرائيل: مميزات وتحديات**  
الاستاذ عصام ابو ريا البروفيسورة روت جبيزون

English Publications of The Israel Democracy Institute

- 1E **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**  
By Prof. Aviezer Ravitzky (2000)
- 2E **State, Law, and Halakhah: Part One – Civil Leadership as Halakhic Authority**  
By Prof. Yedidia Z. Stern (2001)
- 3E **Incitement, Not Sedition**  
By Prof. Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim (2002)
- 4E **State, Law and Halakhah: Part Two – Facing Painful Choices**  
Law and Halakhah in Israeli Society  
By Prof. Yedidia Z. Stern (2003)
- 5E **The Political and Social Ramifications of Evacuating Settlements in Judea, Samaria and the Gaza Strip**  
By Yair Sheleg (2004)
- 6E **State, Law and Halakhah: Part Three – Religion and State**  
The Role of Halakhah  
By Prof. Yedidia Z. Stern (2004)

**אפשר לרכוש את ניירות העמדה**

**במכון הישראלי לדמוקרטיה**

ת"ד 4482, ירושלים 91044

טלפון: 02-5392888, 1-800-202222; פקס: 03-5488640

דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

Table 1  
**Judicial Activism: Parameters and Guidance**

Cluster	Parameter	High level Activism <=> Low level Activism / restraint	
	<b>12. Social/ political background</b>	Subject matter highly sensitive or contested politically/socially; prominence of bodies involved; budgetary/ monetary implications	Issue low on sensitivity; low prominence; low professionalism; no budgetary/ monetary implications
	<b>13. Legal background</b>	'Difficult' decision made on background of absent, incomplete, complex or self-contradicting rules; highly professional issue	Decision made on background of simple and complete set of rules
<b>Value-free, future-oriented</b>	<b>14. Legislative reaction</b>	Statutory amendment that contradicts/ nullifies the decision, immediate reaction	Immediate statutory realignment in accordance with decision
	<b>15. Administrative reaction</b>	Administrative defiance, non-implementation	Immediate administrative realignment
	<b>16. Judicial reaction</b>	Subsequent decisions overturn the decisions	Subsequent decisions follow the decision
	<b>17. Public reaction</b>	High level of criticism – demonstrations, media, civil society	Social adoption or acquiescence
	<b>18. Extent of impact</b>	Extensive effect across fields	Minimal effect in narrow context
<b>Value content</b>	<b>19. Intervention in 'thin' value issues</b>	Minimal regard to protection of 'thin' values	Promotion of 'thin' values (dignity, liberty, equality)
	<b>20. Intervention in low-value issues</b>	Intervention	Deference

Table 1  
**Judicial Activism: Parameters and Guidance**

Cluster	Parameter	High level Activism <=> Low level Activism / restraint	
Value-free, past & present-oriented	1. <b>Judicial stability</b>	Departure from precedent; creation of new law; choice of most radical change among possible options	Deference to earlier judiciary output; non-intervention with lower courts
	2. <b>Interpretation</b>	Interpretation that contradicts linguistic meaning/ original intent	Narrow/ linguistic interpretation, textualist reasoning
	3. <b>Majoritarianism and autonomy</b>	Interference with legislation, subordinate legislation, policy; Injunction / annulment / replacement of challenged action	Deference to law/policy introduced through majoritarian processes; Compromise/ arbitration/ deferment of decision/ remedy to other decision makers
	4. <b>Judicial reasoning</b>	Substantive reasoning / substantive ground for decision	Process related reasoning/ ground
	5. <b>Threshold activism</b>	Grant of certiorari, disregard of threshold barriers (standing, justiciability, laches, bad faith), speedy resolution	Reliance on threshold barriers, postponing decision-making
	6. <b>Judicial remit</b>	Expansion of court's remit (new ground for review, new area of intervention)	Reliance on previously drawn remit
	7. <b>Rhetoric</b>	High level of substance-value rhetoric, long decision	Short decision, legalistic rhetoric
	8. <b>Obiter dicta</b>	Extensive obiter dicta	Absence of obiter dicta
	9. <b>Comparative sources</b>	Extensive reference to comparative sources	Reliance on domestic law only
	10. <b>Judicial voices</b>	Multiple opinions, including concurring opinions	Unanimous decision
	11. <b>Extent of decision</b>	Broad scope of application expressed in the decision	Narrow application to single/ well-defined cases

‘activist’, or were critics more concerned with the content of the decision rather than its reasoning? In other words, does the judicial exercise of Israel’s High Court of Justice involve certain techniques or clear tendencies which make it possible to characterize its activism? Is a democratic society that shows consent or acquiesces with an activist court of law weakened as a result of such acceptance, or does activism actually contribute to the protection of its basic principles? We hope that the discussion of the nature of activism, as presented in this discussion paper, will contribute to the continuation of a lively, in-depth discussion of these fundamental questions.

former concerns division of assets on divorce, an aspect that can be decided by either the Rabbinical courts or the Civil courts. In *Bavli*, the High Court of Justice was concerned with the presumption of shared assets, developed by the civil courts and based on values of equality, and ruled that the presumption should be applied by Rabbinical courts. The latter decision concerns the question whether an individual who has undergone a non-Orthodox conversion to Judaism in Israel is entitled to be registered as Jewish in the Population Registry. These decisions were subject to criticism by certain Orthodox and non-Orthodox bodies. We examine the level of activism involved in the two rulings, and recognize a divergence of degrees of activism. Particularly, we distinguish between aspects of the decisions that were dictated by the complex external factors, which did not facilitate the judges' decision-making process, and those factors which were under the control of the judges. It was generally possible to identify a higher level of activism in the former parameters in comparison with the latter. The first decision is characterized by a judicial proclivity toward activism, compared to the second ruling. We also find a difference, though not a decisive one, in the extent of negative response to the *Pessaro* decision, which was lower than the negative reaction to the *Bavli* ruling. We try to identify a number of factors that might have influenced the extent of the reaction. Among other things, we suggest a possible causal connection between active choice of activist techniques in contexts that lend themselves to judicial choice, on the one hand, and the extent of criticism on the other hand. Substantiating this connection, as well as other influencing factors, requires comprehensive examination that goes beyond the scope of this discussion paper.

Ever since its early days, Israel's Supreme Court, sitting as the High Court of Justice, involved itself, like its counterparts in other countries, in decision-making which carries political implications. The court was frequently labeled as "activist", usually pejoratively. Yet, were all the denounced judicial decisions

judicial control. Under these parameters, the degree of activism is at least partially dictated by external circumstances. At the past-oriented level and the value-oriented level, the complexity of the legal problem in issue, the presence or absence of a legal solution prior to the petition, the sensitivity of the issue to be decided on and its ideological weight – all of these necessarily have an effect on the possible range of activism. Similarly, public and governmental reaction to the ruling is not in the hands of the court (though to a limited extent, the court has the ability to anticipate this reaction). Thus, specific factual and political alignments may essentially dictate a rise in the level of activism.

Next, we outline possible applications of the model. As an analytical framework, the model enriches the understanding of the nature and role of judicial decision-making. It replaces a stilted vision of courts as final and supreme arbiters with a politico-institutional analysis that considers the judiciary as an actor in a complex social and institutional web of interdependent, shared and competing sovereignties, which engage in a variety of constitutional dialogues, some of them highly value-laden. The model can also provide a useful analytical basis for the study of possible interrelations between different aspects of the judicial exercise. The model can be used as a template for quantitative study, to join earlier quantitative analyses, notably Canon's. Although fraught with methodological problems (the first of which would be the relative weighting of the parameters), we submit that as an indicative tool, the model provides a more suitable framework for the assessment of the diverse and complex ways in which courts impact on society.

In the last part of the position paper we present a quantitative evaluation of two rulings: *Bavli* and *Pesarro (Goldstein)*.<sup>5</sup> The

5 H CJ 1000/92 *Bavli v. The High Rabbinical Court*, 48 (2) IsrSC 221; High Court of Justice 1031/93 *Pessaro (Goldstein) v. Minister of the Interior*, 49 (4) IsrSC 661.

decision that rules for a change of the law that is fully implemented after its publication is conceived as activist, since the court did play the role of agent for change; yet such a decision is viewed as less activist than a decision that is overturned or ignored after it has been pronounced. An administrative or legislative reaction that in effect invalidates a judicial decision reflects a substantive deviation from the social and political consensus on the side of the court, thus manifesting its activism on this level.

The last level turns to the content of the decision. The premise underlying the inclusion of this level is that judicial exercise is not merely legal technology (at the first level) or operation in the political arena (the second level) but is also value-laden, as it can express or promote basic constitutional values. On the basis of this premise, it is argued that at the third level, a judicial decision that upholds basic constitutional values is less activist even when it deviates from previous law, contradicts the position of other government branches or uses creative interpretation to extend the meaning of a legal text (techniques that would endow the decision with a high level of activism in the other levels). We argue for the existence of basic 'thin' constitutional values underlying the legal system, the protection of which should not be conceived of as activist at this level. We consider a variety of arguments against such a position, inter alia arguments about the relativity of any value-based system and arguments that reject the role of the judiciary as central protector of such values.

We further distinguish between the various parameters according to a further criterion: the existence, or lack of, judicial control over these parameters. The judiciary can control and manipulate some of the aspects of activism identified in our model. For example, the court has the choice of whether to use lengthy rhetoric, to append obiter dicta to its decision or to make extensive references to comparative legal sources. Other parameters, such as the nature of the issue brought up before the judge and the kinds of reaction triggered by the judicial decision, are not under



judicial decision. This is the common context in discussions of activism and in it we include thirteen parameters. Among them are the extent of judicial readiness to discuss the case in the event that there are threshold grounds that could serve as a barrier to the discussion; the level of substance-value rhetoric involved in the ruling, the extent of obiter dicta that were not part of the decision making; the nature of the reasoning; the readiness of the court to extend the bounds of its jurisdiction; and the complexity of the legal question that was pending a decision. In all of these we do not examine the content of the decision, but rather how the court relates to the existing law when it makes its decision on the specific question at hand.

The second level is equally value-free, but here we examine the court level of activism in view of the premise that the court acts within a complex political and social framework. Accordingly, we examine the impact of a judgment after it was pronounced, by taking into consideration the public consent and the social, political and governmental systems' reaction to the ruling. The conceptual grounding of this argument is anchored in the writings on the "constitutional dialogue"<sup>4</sup>, which depict the supreme court as participant in a constitutional framework, under which the judiciary is not granted supremacy or "the power of the last word". In this context, we examine the reaction to the ruling on the part of various actors in the public arena. Our basic claim is that the ways in which the public reacts to the ruling further mirror the judicial activism embodied in the judicial decision. Regarding this matter, it is possible to identify a hierarchy of activism. The lowest level of activism at the future-oriented level would exist when a decision that has not overturned previous law is fully accepted (as such, it will also be viewed as low activism at the past-oriented level). A

4 See especially P. Hogg, A. Bushell, "The Charter Dialogue between Courts and Legislators (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't a Bad Thing after All)" (1997) 35 *Osgoode Hall L. J.* 75.

parameters is used for measuring the judicial techniques chosen by the court, while ignoring the value-content of the decision. The second common denominator is associated with the temporal level. All the parameters are based on data that are related to the past and the present, namely to data that occurred prior to, or at the time of, pronouncing the decision. In this context, activism is in the hands of the court. Should the court want to do so, it can make its decision in such a way that it will change the previously decided case law, invalidate a statute or a procedural act, make extensive use of obiter dicta, and so on. Should it do so, it will be viewed as activist; should it refrain from doing so, it will be considered restrained.

We expand this model, relying at certain points on Ronald Dworkin's vision of the constitution and the role of the judiciary and on Kent Roach's writing on the judiciary in a consitutionalist climate.<sup>3</sup> It seems to us that a monolithic definition with regards to the nature of judicial activism does not provide a suitable basis for discussion. Our model seeks to combine all the measurable criteria that are likely to lead to characteristically predictable results. We identified these criteria according to two major parameters: their value-content (neutral or value-laden); and their location at the temporal level. Accordingly, we identify three levels of parameters: a value-free past-oriented level; a value-free future-oriented level; and a value-oriented level. All of these parameters are presented in **Table 1**.

The first, past-oriented level groups the parameters that lend themselves to a comparison of the judicial exercise with a governmental operation that is prior to, or coinciding with, the

3 Especially, R. Dworkin, "The Moral Reading and the Majoritarian Premise", in *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 1; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), Chapter 6; K. Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* (Toronto: Irwin Law, 2001).

possible to examine and assess the various ways in which the judicial exercise can be perceived as “activist”; and (2): The application of this model to two highly resonant rulings concerning Religion and State, which to this day serve as a basis for the public discourse on the place of Orthodoxy in Israel’s governmental and public constellation and the role of the Supreme Court in this context.

Our point of departure is Bradley Canon’s study of judicial activism, which presents a six-parameter model for examining the activism of judicial decisions. According to Canon, it is inappropriate to look for a single meaning for this term; rather, one should discern the various ways in which activism can be manifested.<sup>2</sup> Canon argues that by employing these parameters, it is possible to focus on the various features of activism, thus obtaining a more accurate picture of the judicial exercise. This approach involves recognition of the possibility that the court may be activist according to some parameters but restrained according to others. The model also provides another important insight: one shouldn’t examine activism on a dichotomous basis (either activist or restrained), but rather acknowledge a range or sequence of various levels of activism. The three levels of measurement proposed by Canon are: highly activist, somewhat activist, and non-activist. This model enables the writer to engage in quantitative measuring of the activism involved in major judicial operations of the U.S. Supreme Court, an evaluative process occasionally leading to surprising results.

Canon’s model and other similar models have several common denominators. These models examine activism from a value-free point of view. The emphasis is on the place the court carves for itself within the web of the governmental institutions of the state, namely on institutional and procedural questions. Each of the

2 B.C. Canon, “A Framework for the Analysis of Judicial Activism,” in S.C. Halpern, C.M. Lamb (eds.), *Supreme Court Activism and Restraint* (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1982) 385.

## Summary

### Religion and the High Court of Justice: Image and Reality – Part Two

A Three-Dimensional Model for Measuring Judicial Activism

By Dr. Margit Cohn and Prof. Mordechai Kremnitzer\*

This position paper is part of a series of publications concerning two basic and interrelated controversies that polarize Israeli society. The first revolves around matters of Religion and State. The second concerns the legitimacy of the organs of government, and specifically in this context – the legitimacy of the Supreme Court, mainly in its sitting as the High Court of Justice. The discussions bearing upon the latter controversy make use of the term ‘activism’, which evokes both positive and negative connotations associated, among other things, with claims that the judicial exercise in Israel, and in general, is essentially political. Our goal in this position paper is to explore the nature of the term ‘judicial activism’, which has acquired diverse meanings in the public discourse.

The position paper opens with a brief analysis of the socio-political and value-oriented issue designated as ‘Religion and State’, along with its social and academic characteristics. This is followed by a comprehensive review of the vast and rich literature in Israel that discusses issues of Religion and State and judicial activism.<sup>1</sup> Subsequently, this position paper deals with two matters: (1) presentation of a three-dimensional model, which makes it

\* Participation of Eli Linder and Avital Begin.

1 Special attention is given to two publications: F. Raday, “Religion and Equality As Mirrored in Case-Law”, in A. Barak, C. Berinson (eds.), *The Berinson Book* (Jerusalem: Nevo, 2000), Vol II, 34; R. Gavison, M. Kremnitzer and Y. Dotan, *Judicial Activism: For and Against, The Role of the Supreme Court in Israeli Society* (Jerusalem: Yedioth Aharonot and Magnes Press, 2000).