

## המוהיקני האחרון – על הומניזם, אחריות יהודית גלובאלית, וממלכתיות במשנתו של השופט רובינשטיין

מאת

### שחר ליפשיץ\*

מאמר זה עוסק במשנתו של השופט רובינשטיין בענייני גירושים וגירור. המאמר מתמקד בעיקר בשני פסקי דין מהתקופה האחרונה: פרשת גז, שבה עסק בית המשפט העליון בתביעתם של סרבני גט, לבטל פסקי דין של בתי הדין הרבניים בהם הוטלו עליהם סנקציות חברתיות לרבות פרסומם של ההמלצות הללו ברשתות החברתיות. השופט רובינשטיין הוביל את דעת הרוב שדחתה את התביעה תוך שהיא מסווגת את החלטות בתי הדין כהמלצות. החלטה זו התקבלה הגם שלא נמצא עיגון מפורש בחוק הפורמלי לסמכותו של בית הדין לקבוע את הסנקציות הללו או אף להמליץ עליהן. במקרה השני, בפרשת רגצ'ובה, עסק בית המשפט בתוקפו של גירור שנערך בבית דין אורתודוקסי פרטי בישראל לצורך חוק השבות, התש"י–1950. בפסק דין זה הציג השופט רובינשטיין עמדת מיעוט לפיה, לעת הזאת אין להכיר בגירורים אלה וזאת כדי לאפשר למדינה לשקוד על הקמת מערך גירור ממלכתי-הלכתי מסביר פנים שידע לתת מקום לעמדות זורמים שונים. במסגרת המאמר אני טוען כי עמדותיו של השופט רובינשטיין בשני פסקי הדין הללו משקפות שלושה היבטי עומק במשנתו של השופט בהקשר לשאלות של דת ומדינה שאכנה אותם: (1) הומניזם המוביל לגילוי גמישות הלכתית ומשפטית מתוך רגישות לסבלו של הפרט; (2) אחריות יהודית גלובאלית, הן לפיתוח היהדות והן כלפי יהודי העולם; (3) העדפה חזקה לפתרונות ממלכתיים, הנמצאים במתחם ההלכתי במובנו האורתודוקסי מחד, ומאידך מושיטים יד לזרמים הלא אורתודוקסים. אני מוסיף וטוען כי עיון במכלול חוות הדעת של שופטי בית המשפט בתיקים אלה ובכמה תיקים קשורים ילמד כי בעוד שבהיבט הראשון, השופט רובינשטיין יושב "בתוך עמו", לפחות ככל שמדובר בשופטי בית המשפט העליון, הקונצנזוס מתרופף כאשר מדובר בהיבט השני ולעומת זאת בהקשר להיבט השלישי השופט רובינשטיין הופך לכמעט קול יחיד. המאמר מנתח את יחידותו של השופט רובינשטיין בהיבט האחרון, הממלכתי, לא רק אל מול השופטים החילוניים אלא גם אל מול הגישה "הקהילתית" המוצגת על ידי השופט הנדל בפסק הדין בעניין רגצ'ובה. המאמר מקשר בין יחידותו של השופט

\* פרופ' מן המניין וראש המרכז למשפט יהודי ודמוקרטי, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר אילן. רשימה זו מבוססת על דברי ברכה שנשאתי בכנס שנערך באוניברסיטת בר אילן לכבוד פרישתו של המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין מכס השיפוט. אני מודה לרועי ישראל על עזרה במחקר, לד"ר מרים מרקוביץ-ביטון ועורך הדין אורי שלומאי על שעודדו אותי להפוך את ההרצאה לרשימה כתובה ולחברי המערכת של ספר רובינשטיין על עבודתם והערותיהם.

רובינשטיין בהקשר זה לבין תהליכים רחבים יותר העוברים על הציבוריות בישראל בכלל ועל הציבור הציוני דתי בפרט.

בשנתו האחרונה בבית המשפט העליון, היה השופט רובינשטיין שותף לשתי החלטות משמעותיות של בית המשפט העליון בענייני דת ומדינה ובאופן ספציפי בענייני גירויים וגיוור. במקרה אחד, פרשת גז,<sup>1</sup> עסק בית המשפט העליון בתביעתם של סרבני גט, לבטל פסקי דין של בתי הדין הרבניים בהם הוטלו עליהם סנקציות חברתיות המבוססות על הכלי ההלכתי של הרחקות רבינו תם, לרבות פרסומם של ההמלצות הללו ברשתות החברתיות. השופט רובינשטיין הוביל את דעת הרוב שדחתה את התביעה תוך שהיא מסווגת את החלטות בתי הדין כהמלצות. החלטה זו התקבלה הגם שלא נמצא עיגון מפורש בחוק הפורמלי לסמכותו של בית הדין לקבוע את הסנקציות הללו או אף להמליץ עליהן. במקרה השני, בפרשת רגצ'ובה,<sup>2</sup> עסק בית המשפט בתוקפו של גיוור שנערך בבית דין אורתודוקסי פרטי בישראל לצורך חוק השבות. בפסק דין זה הציג השופט רובינשטיין עמדת מיעוט שלפיה, לעת הזאת אין להכיר בגירויים אלה וזאת כדי לאפשר למדינה לשקוד על הקמת מערך גיוור ממלכתי-הלכתי מסביר פנים שידע לתת מקום לעמדות וזרמים שונים.

אני סבור כי עמדותיו של השופט רובינשטיין בשני פסקי הדין הללו משקפות שלושה היבטי עומק במשנתו של השופט בהקשר לשאלות של דת ומדינה שאכנה אותם: (1) הומניזם המוביל לגילוי גמישות הלכתית ומשפטית מתוך רגישות לסבלו של הפרט; (2) אחריות יהודית גלובאלית, הן לפיתוח היהדות והן כלפי יהודי העולם; (3) העדפה חזקה לפתרונות ממלכתיים, הנמצאים במתחם ההלכתי במובנו האורתודוקסי מחד, ומאידך מושיטים יד לזרמים הלא אורתודוקסים.

אוסף ואומר כי עיון במכלול חוות הדעת של שופטי בית המשפט בתיקים אלה ובכמה תיקים קשורים ילמד שבעוד שבהיבט הראשון, השופט רובינשטיין יושב "בתוך עמו", לפחות ככל שמדובר בשופטי בית המשפט העליון, הקונצנזוס מתרופף כאשר מדובר בהיבט השני ולעומת זאת בהקשר להיבט השלישי השופט רובינשטיין הופך לכמעט קול יחיד.

נפתח בפסק הדין בעניין גז. כך מתאר השופט רובינשטיין בפתח הדברים את המקרה ואת ההתלבטות שבפניה ניצב בית המשפט "העותרים שלפנינו סירבו ועודם מסרבים ליתן גט לנשותיהם במשך תקופה ארוכה, וחרף פסקי דין מפורשים של בתי הדין הרבניים המחייבים אותם לעשות כן. מכאן מצאו לנכון בתי הדין הרבניים, בשני המקרים, לנקוט בשורה של סנקציות כלפי העותרים המבוססות בעיקרן על 'הרחקות דרבנו תם'", דהיינו הרחקתם מחיי הקהילה וביושם ברבים, כפי שיפורט להלן, כדי שיקימו את פסקי הדין המחייבים אותם ליתן גט לבנות זוגן, וייגאלו הנשים מעגירות החיה. השאלה המתעוררת היא, בפשטות, האם היה

1 בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 28.2.2017) (להלן: פרשת גז).

2 בג"ץ 7625/06 רגצ'ובה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 31.3.2016) (להלן: פרשת רגצ'ובה).

בסמכותם של בתי הדין הרבניים לנקוט בסנקציות אלה, או להמליץ על נקיטתן, **אף שאין בנמצא הוראת חוק המאפשרת זאת מפורשות**.<sup>3</sup>

פסק הדין בעניין גז מעורר מתח בין מגמות משמעותיות בדיני משפחה בישראל ובפרט בהקשר ליחסים שבין בית המשפט העליון ובתי הדין הרבניים.<sup>4</sup>

המגמה הראשונה היא הגברת הפיקוח של בג"ץ על בתי הדין הרבניים והקפדתו של בית המשפט העליון כי בתי הדין לא ידונו בתחומים שאינם מסמכותם,<sup>5</sup> לא יוציאו צווים שלא על פי הסמכה מפורשת בחוק,<sup>6</sup> יוכפפו לעקרונות יסוד חוקתיים,<sup>7</sup> ולפחות בתחומים שאינם מעמד אישי יישמו את הוראות החקיקה והפסיקה האזרחית.<sup>8</sup> באופן עמוק יותר, דחה בג"ץ את התפיסה העצמית של בתי הדין הרבניים כבעלי כובע כפול: מדינתי וקהילתי-דתי, תפיסה שעל בסיסה פעלו בתי הדין הרבניים הממלכתיים בעבר כבוררים אף בתחומים שאינם בסמכותם,<sup>9</sup> הוציאו צווים שמקורם בדין הדתי למרות שלא עוגנו במפורש בחוק ואף הוציאו כתבי סירוב כלפי מי שנמנע להתדיין אצלם מרצונו החופשי.<sup>10</sup> חרף תפיסה זו, הדגיש בג"ץ כי המקור היחיד לסמכותם של בתי הדין הרבניים הוא הוראות החוק הישראלי והוא גם זה התוחם את היקף פעילותם.<sup>11</sup>

- 3 פרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה הוספה).
- 4 לא בכדי הגדיר השופט הנדל שחוות דעתו חתמה את פסק הדין כמקרה קשה, ראו: פרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 5 ראו למשל: בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528 (1958). עוד ראו בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סא(1) 259 (2006) (להלן: עניין סימה אמיר).
- 6 ראו למשל: בג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590 (1996) (להלן: עניין כץ); בהקשר קרוב יותר לפרשתנו ראו בג"ץ 822/88 רוזנצווייג (בורוכוף) נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד מב(4) 759 (להלן: פרשת רוזנצווייג); כמו כן ראו, למשל, בג"ץ 54/55 רוזנצווייג נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ט(2) 1542 (1955), הדין בסמכות בית הדין לקבוע "מזונות הפחדה" כאמצעי לכפיית גט.
- 7 ראו למשל: בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994). ראו גם בהקשר מעט אחר לאחרונה את פסק הדין בעניין העגונה מצפת בג"ץ 9261/16 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, (פורסם בנבו, 30.3.2017) (להלן: עניין העגונה מצפת), שם הבהיר השופט רובינשטיין כי גם בתי הדין הרבניים כפופים לעקרונות המקובלים באשר לפסקי דין חלוטים, צדדים רלוונטיים לערעור, ועוד.
- 8 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994); כמו כן ראו את מאמרה של רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (1997).
- 9 ראו עניין סימה אמיר, לעיל ה"ש 5.
- 10 ראו עניין כץ, לעיל ה"ש 6; בהקשר של האוטונומיה השיפוטית הפנימית ראו את הוויכוח בין יששכר רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי" עיוני משפט כג 539 (2000) לבין רות הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל (בעקבות מאמרו של יששכר רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי)" עיוני משפט כג 559 (2000).
- 11 ראו, למשל, בג"ץ 26/51 מנשה נ' יו"ר וחברי בית הדין הרבני בירושלים, פ"ד ה 714 (1951); בנוסף ראו עניין כץ, לעיל ה"ש 5, פס' 7 לפסק דינו של השופט י' זמיר: "בית-דין רבני מוקם מכוח חוק וסמכותו נובעת מן החוק; תקציבו בא לו מאוצר המדינה, והדיינים מקבלים משכורת כמו

המגמה השנייה קשורה בתופעת סרבנות הגט. פעמים רבות בתי המשפט הביעו את הזדהותם עם מצוקת העגונות ומסורבות הגט, ואת ציפייתם כי בתי הדין הרבניים יעשו שימוש נרחב בכלים ההלכתיים העומדים לרשותם כדי למנוע את תופעת הסרבנות.<sup>12</sup> באקדמיה, היו שמתחו ביקורת על בתי הדין הרבניים על כך שלא נענו לאתגר זה.<sup>13</sup> לביקורת זו, אף הצטרפו מפעם לפעם בתי המשפט האזרחיים לעיתים בדרך גלויה<sup>14</sup> ולעיתים בדרך מרומזת.<sup>15</sup> כהמשך לכך, הם אף פיתחו כלים אזרחיים עצמאיים להתמודדות עם סרבנות הגט, כגון תביעות הנזיקין כנגד

עובדי המדינה; הוא יושב על כס השיפוט מתחת לסמל המדינה וכותב את פסקי הדין על נייר של המדינה; הצווים שהוא מוציא מדברים בשם המדינה ונכפים עלידי המדינה. באחת, בית דין רבני אינו גוף פרטי אלא מוסד ממלכתי.”

12 ראו את דבריו של השופט עמית בבג”ץ 2609/05 פלונית נ’ בית הדין הרבני הגדול, 1, 10 (פורסם בנבו, 31.5.2011): “כשלעצמי, אני סבור כי ההלכה היהודית מעמידה ארגו כלים מרשים דיו כדי לחלץ אשה מעולו של בעל סרבן גט מקום בו הנישואין הם קליפה ריקה מתוכן. כך לגבי העילה הנדרשת לשם חיוב וכפיית גט וכך על מנת לזרז בעל סרבן במתן גט (לדוגמה, חיוב במזונות מוגברים מכוח הכלל ‘מעוכבת מחמתו להינשא’). הכלים בנמצא וכל שמתבקש הוא, כי בית הדין הרבני יושיט היד וייטול את הכלי המתאים” (ההדגשה הוספה); בנוסף ראו את פסק דינו של השופט רובינשטיין בבג”ץ 6751/04 סבג נ’ בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ”ד נט(4) 817 (2004) (להלן: עניין סבג); כמו כן ראו בג”ץ 8121/11 פלוני נ’ בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 24.1.2012) (להלן: עניין פלוני). לטענה כי מצוקת העגונות עשויה לבסס נימוק להשעיית הסגרה גם בנושא הנתון לפסיקתם של בתי המשפט האזרחיים ראו בג”ץ 448/87 נקש נ’ שר המשפטים, פ”ד מא(2) 813 (1987); כמו כן ראו את עמדת המיעוט של השופט אלון בבג”ץ 852/86 אלוני נ’ שר המשפטים, פ”ד מא(2) 1 (1987).

13 ראו פנחס שיפמן “ההלכה היהודית במציאות משתנה: מה מעכב את מעוכבות הגט?” עלי משפט ו 27 (2007); פנחס שיפמן שפה אחת ודברים אחרים – עיונים במשפט, הלכה וחברה 131–133 (2012); יפעת ביטון “עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורון פרי” עיוני משפט כח 871, 886 (2005) (להלן: ביטון “מענה ליחיאל קפלן ורון פרי”); אריאל רון-צבי “דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול” 255–259 (2000); עוד ראו אביעד הכהן “אם תרצו – אין זו עגונה: תפקידם של בתי המשפט, הכנסת והיועץ המשפטי לממשלה” משפחה במשפט ו-431, 437–439 (2013–2014); כמו כן ראו אבישלום וסטרייך הזכות לגירושין – גירושין ללא אשם במסורת היהודית (2014). לכך, יש להוסיף כתיבה הלכתית נוספת הממוקדת בפתרונות הלכתיים שלא בדרך של כפיית גט אלא בדרכים של הפקעת נישואים, גט זיכוי, קידושי טעות וכיו”ב. ראו בעניין זה למשל: ברכיהו ליפשיץ “אפקעינהו רבנן לקידושין מינייהו” מפירות הכרם 317 (2004). לטענה כי בשנים האחרונות הפסיקה הרבנית מבקשת להקל על מצוקת מסורבות הגט בין היתר באמצעות השימוש בעילת מות הנישואים ראו עמיחי רדזינר ושי זילברברג “תחיית של עילת מות הנישואים” (צפוי להתפרסם במשפטים מט תשע”ט).

14 ראו בג”ץ 1371/96 רפאלי נ’ רפאלי, פ”ד נא(1) 198 (1997) (להלן: עניין רפאלי); בנוסף, ראו את דבריו של השופט עמית, לעיל ה”ש 12, וכן את דבריו בפרשת גז, לעיל ה”ש 1, פס’ 14 ואילך לפסק דינו, שם מבקר עמית את בתי הדין על כך שאינם עושים שימוש מספק בכלים ההלכתיים המאפשרים הקלת מצוקתן של מסורבות הגט.

15 ראו למשל פרשת רוזנצוויג, לעיל ה”ש 6, פס’ 4 לפסק דינו של השופט אלון, שם בית המשפט משיא עצה לעותרת, שבעלה מסרב ליתן לה גט מזה תשע שנים: “שתמשיך להביא ולהעלות טענותיה ומצוקותיה לפני כבוד בית הדין הרבני בחיפה, על שטרם הותרה מעגינותה, ובעלה במרדו עומד ומסרב לתת לה גט. בטוחים אנו, כי כבוד בית הדין יחזור וידון בעניינה, כפי שכך נאמר בפסקי הדין הקודמים של בית הדין האזורי ובית הדין הרבני הגדול, וימצא דרך לכפות על הבעל מתן הגט לאשתו, כדי להציל אישה מכבלי עגינותה”.

הסרבנים.<sup>16</sup> במקרים מסוימים הם איימו, אף כי איום זה לא מומש עד היום הלכה למעשה, כי יתערבו בשיקול הדעת ההלכתי של בית הדין וידרשו ממנו להפעיל מדיניות הלכתית המרחיבה את עילות הגירושים המאפשרות נקיטת סנקציות כנגד סרבני הגט.<sup>17</sup> דעת המיעוט בפסק הדין גז, אותה הובילו השופט דנציגר, והנשיאה, כתוארה דאז, נאור המשיכה את המגמה הראשונה.<sup>18</sup> על פי דעת המיעוט, הרחקות רבינו תם כשלעצמן, להבדיל, מאותן הרחקות שנקלטו בחוק אינן מהוות מקור משפטי מחייב.<sup>19</sup> בית הדין לא הוסמך בחוק ליתן צווים או אפילו המלצות לפעולות של גינוי חברתי או קהילתי.<sup>20</sup> ויש לדחות את ניסיונו של בית הדין לייצר לעצמו סמכות שמקורה בסמכותו כבית דין דתי או קהילתי.<sup>21</sup> דחייה זו נדרשת בוודאי כאשר חלק ניכר מן ההמלצות עלולות להתפרש כציווי אצל נמנעים דתיים,<sup>22</sup> שכן בסופו של יום צווים אלו עשויים לייצר פגיעה בזכויות האדם של המסורבים.<sup>23</sup> משום כך, חרף האמפטיה שמציגים השופט דנציגר והנשיאה נאור (כתוארה אז) כלפי מצוקתה של מסורבת הגט, לדעתם יש לבטל את הצווים שהוציא בית הדין.<sup>24</sup> להשלמת התמונה נציין כי במובן העקרוני אף

16 ראו יחיאל קפלן ורונון פרי "על אחריותם בניזיקין של סרבני גט" **עיוני משפט** כח 773 (2005); כן ראו ביטון "מענה ליחיאל קפלן ורונון פרי", לעיל ה"ש 13; בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" **המשפט** יב 285 (התשס"ו); בנימין שמואלי "סרבנות גט – עילה נשית, גברית או עצמאית, המאפשרת לפצות גם מסורבי גט? בין צדק חלוקתי, צדק מתקן והגברת כוח המיקוח של המסורבת" **עיוני משפט** לט 545 (2016); לתגובת בתי הדין למהלך ראו עמיחי רדזינר "לא המדרש עיקר אלא המעשה": על סידור גיטין לאחר תביעות נזיקין ועל מדיניות הפרסום של הפסיקה הרבנית" **משפטים** מה 5 (2015).

17 עניין **רפאלי**, לעיל ה"ש 14.

18 ואכן פסקי דינם של הנשיאה נאור והשופט דנציגר מרבים להפנות לפסיקה המוקדמת של בית המשפט העליון שעסקה בתחום סמכויותיו של בית הדין, ראו עניין **כץ**, לעיל ה"ש 5.

19 פרשת **גז**, לעיל ה"ש 1, פס' 2, 12–13, 19 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

20 שם, פס' 5–8, 18–19 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

21 שם, פס' 30 לפסק דינו של השופט י' דנציגר, הטעים השופט דנציגר בהקשר זה: "לטענה זו [לפיה לבית הדין הדתי סמכות כפולה כבית דין ממלכתי וכבית דין דתי – ש' ל' אין לי אלא לחזור ולהטעים את שנקבע ונשנה בפסיקותיו של בית משפט זה – כי בית דין רבני אינו ממלא תפקיד כפול" הוא ממשך: "גם אם ההלכה והמסורת היהודית מתירים לבית דין רבני לדון ולהכריע במחלוקת מסוימת, אין די בכך כדי להסמיכו לעשות כן".

22 שם, פס' 11–12 ו-21 לפסק דינו של השופט י' דנציגר. השוו בהקשר זה את הנמקת היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים לפיו לבית הדין הייתה נתונה הסמכות להוציא את הצווים שהוציא מכוח סמכותו הטבועה של בית הדין ליישם את הדין הדתי (מובא בפרשת **גז**, לעיל ה"ש 1, פס' ח' לדבריו של השופט רובינשטיין), עם פס' ט' לדבריו של השופט רובינשטיין, שם מובאת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, על פיה אין לבסס את פעילותו של בית הדין על סמכות דתית טבועה, אולם אין לבטל את הצווים שכן הם מנוסחים בדרך של המלצה.

23 חשש זה עובר כחוט השני בפסיקות של דנציגר ונאור ובמובנים רבים אף אצל השופט הנדל שפסק בסופו של דבר כדעת הרוב חרף חשש זה.

24 כאמור אף השופטת חיות הצטרפה לדעת המיעוט בהקשר זה. מעניין לציין כי אף שהשופט שוהם הצטרף בסופו של דבר לדעת הרוב, הוא חשש מן המדרון החלקלק ומן האפשרות שבתי הדין ירחיבו אף בנושאים אחרים את הצווים שהם נותנים וכן עמד על הצורך לתחם את ההכרעה במקרה לצווים מכוח הרחקות רבינו תם ושמנוסחים בדרך של המלצה (פרשת **גז**, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט שוהם). אף השופט הנדל תחם את פסק דינו לצווים הספציפיים שנתנו תוך שהוא

הנשיאה דהיום השופטת חיות הצטרפה לדעת המיעוט, לפיה אין בית הדין הרבני מוסמך לנקוט בצעדים שנקט. עם זאת לדעתה, משהעותרים פנו לבימ"ש בחוסר ניקיון כפיים, בסירובם לקיים הכרעות שיפוטיות ואף על הימלטותם מישראל, יש לחסום את שערי בית המשפט בפניהם. לכן, בסופו של דבר במישור התוצאתי, הצטרפה גם השופטת חיות לדעת הרוב.<sup>25</sup>

בניגוד לכך, דעת הרוב, שאותה הוביל השופט רובינשטיין ושאותה ביססו וחיזקו<sup>26</sup> איש על פי דרכו וסגנונו השופטים הנדל, שוהם ועמית, המשיכה את המגמה השנייה הממוקדת בהתרת העגונות ובסיוע למסורבות הגט.

גישה זו, סבורה כי לנוכח הפגיעה האנושית והחוקתית בנשים מסורבות הגט, באותם מצבים שבהם נכון בית הדין לעשות מאמץ ייחודי ולסייע ביד העגונות ומסורבות הגט, אין זה נכון שדווקא בית המשפט העליון יעמוד בדרכו.<sup>27</sup> לכן, נכונה גישה זו, "להעלים עין" מפעולת בית הדין מעבר לסמכות המפורשת שהוקנתה לו בחוק תוך שהיא מקבלת את הטענה כי צווי בית הדין מהווים המלצה בלבד ולא הנחייה אופרטיבית,<sup>28</sup> מדובר בצווים המהווים חלק מסמכותו

מדגיש את ייחודיותן של הרחקות רבינו תם בהלכה (ראו: פרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' 4-6 לפסק דינו של השופט הנדל).

25 והשוו עם עמדתם של השופטים עמית ושוהם בפתיח לפסקי הדין שלהם. שני השופטים מצטרפים לתחושה כי זהו המקום לנעול את שערי בית המשפט אך בסופו של דבר הם מקיימים דיון לגופו של עניין ומגיעים למסקנה שהצווים נתנו כדין. בניגוד לכך, לדעת השופטת חיות ניתן היה לבסס את הכרעת פסק הדין על נעילת שערי בית המשפט ללא צורך בדיון מהותי בסמכותו של בית הדין. מטעם זה, את עמדתה לגבי אי-סמכותו של בית הדין להמליץ בעניין מנסחת השופטת חיות בזהירות ומבלי לקבוע בעניין מסמרות.

26 לשופט רובינשטיין הצטרפו השופטים הנדל, עמית, ושוהם. עם זאת, בין שופטי הרוב נמצאו הבדלים, כך שבעוד שהשופט רובינשטיין והשופט שוהם קבלו את העתירה הנוגעת להגבלות על קבורה, השופטים עמית והנדל לא ראו לנכון להבחין בין הסנקציה המתייחסת לקבורה לבין יתר הסנקציות שהוטלו בפסק הדין.

27 אני סבור כי קו חשיבה זה מנחה במיוחד את השופט עמית. בהקשר זה בפרשת גז, לעיל ה"ש 2, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית, המתאר את מאמצי בית הדין למצוא מזורר לבעיית העגונות ואת הצורך של בית המשפט להצטרף אל המאמצים הללו. עוד ראו פס' 8 לפסק דינו, שם מחדד השופט עמית את התנגדותו למצב שבו דווקא בית המשפט העליון יקשור את ידיו של בית הדין הרבני כאשר זה מבקש לסייע למסורבות הגט. ואכן דווקא לנוכח ביקורתו החריפה של עמית על אזלת ידו של בית הדין במקרים אחרים, ראו לעיל ה"ש 14, מובן מדוע עמית עושה כל מאמץ שלא לסכל את מאמצי בית הדין במקרה הנוכחי.

28 ראו פרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' לא לפסק דינו של השופט רובינשטיין, וכן פס' לו לפסק דינו: "מכאן שראוי, ונכון משפטית, לאשר את הפתרון בו נקטו בתי הדין בענייננו, ומשמדובר בהמלצה שאינה מחייבת, סבורני כי אין נדרשת לשם כך הסמכה מפורשת בחוק. המלצה, בשונה מקביעה שיפוטית פוזיטיבית, אינה ניתנת לאכיפה; כך מעצם הגדרתה, וכך במיוחד בענייננו, משמדובר בסנקציות שספק אם ניתן היה לאכוף, גם אם אילו היה מדובר בקביעה פוזיטיבית של בתי הדין". עוד ראו ברוח זו פס' 5 ו-12 לפסק דינו של השופט עמית; פס' 6 לפסק דינו של השופט שוהם; פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל. לפסיקה מוקדמת של בית המשפט המקבלת את מעמד הנחיות בתי הדין הרבניים בעניין סנקציות כלפי מסורבי גט כהמלצה בלבד ראו את פסיקתה של הנשיאה כתוארה דאז ביניש בבג"ץ 1677/09 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.9.2009); כמו כן, ראו פסיקה מוקדמת יותר בדג"ץ 3072/02 בן עמי נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 12.2.2003).

הטבועה של בית הדין,<sup>29</sup> או שהסמכות לפעול בדרכים שאינן מפורשת בדין יכולה להילמד בדרך של קל וחומר מדרכי פעולה מפורשות שהחוק הסמיך את בית הדין לפעול על פיהן.<sup>30</sup> מהו המניע הפנימי העמוק של פסיקתו של השופט רובינשטיין בעניין גז?  
השופט רובינשטיין בעצמו מעיד בפתח דבריו שאת פסק דינו יש לראות על רקע החשיבות שהוא מייחס לתקנת העגונות, דהיינו המאמץ ההלכתי לגאול נשים מעגונות.<sup>31</sup> ואכן, פסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת גז,<sup>32</sup> כמו גם פסקי הדין של שותפיו לדעת הרוב,<sup>33</sup> משקפים את הצד האנושי של השופט רובינשטיין והאמפטיה שלו כלפי היתום, האלמנה, העגונה ומסורבת הגט.<sup>34</sup> נוסף על כך, בדומה לשופטי הרוב האחרים, השופט

- 29 ראו פרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' 7-12 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 30 פרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית. ביקורת מרומזת על השופט עמית נמצאת בדבריו של השופט הנדל בהחלטת בית הדין המשמעתי בנוגע להדחת השופטת רונית פוזנסקי-כץ מתפקידה בעקבות פרשת המסרונים (בד"מ 2081/18 שרת המשפטים נ' השופטת רונית פוזנסקי-כץ, פס' 35 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 18.7.2018)).
- 31 ראו פרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין "כשלעצמי נודמן לי להידרש בעבר מספר פעמים לתקנת עגונות, היא המאמץ ההלכתי לגאול נשים מעגונות"; כמו כן ראו שם, פס' כב: "אל הפרשה שלפנינו יש להתבונן במשקפי התכלית לה שותפים כולנו, בתי המשפט כבתי הדין – שחרור נשים מעגונות החיה", עוד ראו בהרחבה עניין סבג, לעיל ה"ש 12, פס' ז-י לחוות דעתו של השופט רובינשטיין בעמ' 843-858; עוד ראו: עניין פלוני, לעיל ה"ש 12, פס' יג-טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
- 32 ראו פרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "כמדיניות שיפוטית של הגינות ושכל ישר, ונוכח אי השיוון בהלכה בין יכולת הבעל ליכולת האשה להשיג גירושין, יש לחפש דרכים לסייע לעגונות ולא ליתן יד ל'נבל ברשות התורה', 'רשות' במובן זה שבידי הבעל, ככלל בהלכה, מפתח שער הגט".
- 33 ראו למשל: שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית: "בית הדין הרבני שולח ידו עד לקצה העולם על מנת לפתור בעיית עגונות ואף עלינו לתרום את חלקנו למאבק בתופעה, ולתור אחר כל תרופה שיש בה כדי להביא מזור למצוקה "ולעלובת הנפש תושיע במהרה בימנו".
- 34 ראו בהקשר זה למשל את דבריו בעניין סבג, לעיל ה"ש 12, פס' א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "הפרשה העגומה שלפנינו יסודה, כפי שעולה מחוות-דעתה של חברתי, **בעיית האנושית והמשפטית הבלתי פתורה כדבעי של סרבנות גט על-ידי בעלים**". על רגישותו של השופט רובינשטיין לחלשים בחברה ראו גם דבריו בפרשת ע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים, פס' א-ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 28.8.2017): "איננו מצויים בעולם אידיאלי; **עלינו לגלות יחס למוחלשים באשר הם**, אך הרצון להימצא בישראל כשלעצמו קשה לומר שדי בו להותיר אדם בה מניה וביה. ואולם, הרגישות עצומה, שכן הבא בשערי המדינה באופן לא חוקי פעמים שבא ממטטר עריצות שבו הכל, באופן כזה או אחר, משועבדים לשלטון" ובהמשך מתבטא השופט רובינשטיין "את הדילמות הלא פשוטות הכרוכות בנושא מסתננים ושוהים בלתי חוקיים אפשר לדמות- במידת מה כמובן, לא 'אחד לאחד' – לסוגיית הסגרת העבד אל אדוניו בתורה ובמשפט העברי". [...] "ואולם, התורה נקטה בגישה אחרת, של "לא תסגיר עבד אל אדוניו, שהיה בה חידוש גדול, גם אם המלכים לא תמיד קיימוהו. הפליטים עלולים להיות מעין העבד בן ימינו לצורך העניין. [...] נוסף לרחמים שבזאת, יש במצוות אלה תועלת גדולה, והיא **שנסגל לעצמנו מידה נעלה זאת, כלומר שנעניק חסות למי שמבקש לחסות בנו, נגן עליו ולא נסגיר אותו למי שברח מלפניו. ולא די שתעניק חסות למי שמבקש לחסות כך, מוטלת עליך חובה לנהוג כלפיו לדאוג לצרכיו, להשפיע עליו רוח טוב, ולא להכאיב ללבו באף מילה..**". לא למותר להזכיר בהקשר זה גם

רובינשטיין מדגיח היטב כי הנכונות להטיל סנקציות כנגד הסרבנים ואפילו אם מדובר בסנקציות הפוגעות לכאורה בחרותם של הסרבנים,<sup>35</sup> נועדו להגן על כבוד האדם של המסורבות.<sup>36</sup> לכן, הן משתלבות היטב בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>37</sup> ובעקרונות המשפט החוקתי בישראל באופן כללי.<sup>38</sup>

אינני כופר כמובן בחשיבות הצד האנושי בפסיקותיו של השופט רובינשטיין בנושא מסורבות הגט, כמו גם בהגנה החוקתית שמסורבות הגט זכאיות לה. כמו כן, אני סבור כי יסודות אלה, קרי מצוקתן האנושית של המסורבות, יחד עם הפגיעה בזכויותיהן החוקתיות, הן שעמדו בבסיס פסיקתם של השופטים עמית ושוהם.

אולם לדעתי, פסיקתו של השופט רובינשטיין עצמו בנושא גז ובנושא מסורבות הגט באופן רחב יותר, מיוסדת על שני אדנים נוספים. האדן הראשון היא התפיסה, שבמידה מסוימת, מזכירה את תפיסתם של בתי הדין הרבניים, שלפיה המשפט הישראלי ובכלל זה מערכת בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים בהנהגת בית המשפט העליון, אינם רק בתי משפט "ישראליים" אלא גם בתי משפט "יהודיים".<sup>39</sup> כבתי משפט יהודיים הם משמשים חוליה בשרשרת ארוכה של בתי משפט יהודיים לאורך הדורות שראו בתקנת העגונות לא רק עניין פרטי אלא גם פרויקט

את פסק הדין בעניין זכויות האסירים שבו בחר השופט רובינשטיין להיפרד מבית המשפט העליון ראו בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון הפנים** (פורסם בנבו, 13.6.2017).

35 על הקושי בסנקציות כלפי הסרבנים בשל הפגיעה הגלומה בזכויות היסוד עמדו לא רק שופטי המיעוט (ראו למשל: פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה נאור בפרשת גז, לעיל ה"ש 1; וכן, פס' 28 לפסק דינו של השופט י' דנציגר) אלא גם שופטי הרוב. ראו את דבריו של השופט הנדל, שם, פס' 10–11 לפסק דינו.

36 להסבר מדוע הפגיעה החוקתית במקרה גז מצומצמת יחסית ראו את הסבריו של השופט הנדל, שם, בפס' 11 לפסק דינו. בין היתר מסביר השופט הנדל כי הסרבנים יכולים לשים בעצמם קץ לפגיעה בזכויות על ידי מתן הגט. לפסקי דין המשקפים מגמה זו ראו למשל את דברי בית המשפט העליון בבג"ץ 631/96 **אבן צור נ' בית-הדין הרבני הגדול** (לא פורסם): "המפתח... מצוי בכיסו של העותר: יתן גט בידי אשתו ויצא אל החופש".

37 ראו למשל בפרשת גז, לעיל ה"ש 12, פס' לו לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "ערכי מדינת ישראל, וכבוד האדם וחירותו בתוכם, כוללים גם חרות מכבלי נישואין שהחלידו ואין בהם עוד חפץ, אך הם נותרים על ידיה ועל רגליה של העגונה החיה, וראוי לשחררה מהם. מהו כבוד האדם אם לא – בין השאר – שלא יתעמרו בו נפשית, ומקום שבו אשה לא תוכל להמשיך ולממש את עצמה, ליצור זוגיות חדשה וגם הורות, ואף עלולה להפסיד סיכויי הורות בשל "השעון הביולוגי", אין מערכת המשפט יכולה לעמוד מנגד, והדברים פשוטים"; בנוגע לסנקציות המופעלות כנגד סרבני גט המתנגשות עם עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו יחיאל קפלן "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני – איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות" קרית המשפט ח 145 (2009).

38 ראו בהקשר זה את הניתוח החוקתי של השופט עמית, בפרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית. כמו כן ראו את הניתוח החוקתי של השופט הנדל, שם, פס' 9–13 לפסק דינו.

39 בעניין סבג, לעיל ה"ש 12, פס' ז (10) לפסק דינו, מצטט השופט רובינשטיין את השופט (כתוארו אז) אלון כי התרת עגונות הינה: "שיקול הומאניטארי בעל ערך עליון ומכריע בעולמה של יהדות ובמשפטה הפוזיטיבי של מדינת ישראל...".



ציבורי ולאומי.<sup>40</sup> ואכן, פסק דינו של השופט רובינשטיין בעניין גז, כמו גם פסקי דין נוספים שלו בענייני מסורבות גט, מתאפיינים ברטוריקה היסטורית יהודית עשירה. השופט רובינשטיין מפנה להיסטוריה ההלכתית והרבנית, לפתרונות שהוצעו ולמאמצים שנעשו, ומתאר אותם כתשתית וכבסיס לפעילותם של בתי המשפט ובתי הדין בישראל.<sup>41</sup> הוא מצפה מבתי המשפט בישראל להמשיך מסורת הלכתית זו ולעשות כל מאמץ לפתח כלים שניתן לראות בהם חלק מתקנת העגונות. למקרא פסקי הדין הללו קשה להשתחרר מן התחושה כי השופט רובינשטיין רואה את עצמו כחוליה בשרשרת וכמי שאמור להמשיך את הדרך שהתוו.<sup>42</sup> יתרה מזו, על פי השופט רובינשטיין בתי המשפט הישראליים בכלל ובתי הדין הרבניים-הממלכתיים בפרט, אינם עוד שחקן בשדה מסורבות הגט, אלא הם שחקן מרכזי וייחודי שמוטל עליו להוביל את המאמצים העולמיים בנושא. תפיסה זו בדבר מרכזיות מערכת המשפט הישראלית-הממלכתית במערכה הגלובאלית כנגד סרבנות הגט, נובעת על פי השופט רובינשטיין משני היבטים הקשורים זה בזה ומצטרפים זה לזה: ראשית, ברמה המעשית, לבתי הדין הרבניים-הממלכתיים בישראל סמכויות אכיפה ייחודיות כלפי סרבני גט שאינם נתונים בידי בתי דין יהודיים פרטיים בעולם ואינם בידי בתי משפט אזרחיים ממלכתיים בגולה.<sup>43</sup> שנית, השופט רובינשטיין רואה בבתי המשפט הישראליים כאחראים לא רק על תושבי ואזרחי ישראל, אלא גם כבעלי אחריות יהודית גלובאלית כלפי היהודים בעולם ובמידה מסוימת אף כמי שמוטל עליהם לסייע בפיתוח היהדות.<sup>44</sup> משכך,

40 שם, בעמ' 846, השופט רובינשטיין מצטט בהקשר זה את דבריו של השופט (כתוארו אז) אלון: "הצלת אשה מעגינותה הפכה להיות עניינו של הציבור, ולא רק עניינה של האשה העגונה בלבד, וכל אחד ואחד מישראל נחשב לצד ולבעל דין לנקיטת כל דרך משפטית אפשרית שיש בה כדי להחזיר את האישה מכבלי עגינותה".

41 לסקירות ההיסטוריות ראו למשל את הסקירה בעניין סבג, לעיל ה"ש 12, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין; וכן בפרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' כג-ל לפסק דינו של השופט רובינשטיין. כמו כן, ראו את סקירתו בפרשת "העגונה מצפת", בג"ץ 9261/16 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פס' לז-לט, נג-ס לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 30.3.2017); ראו גם עניין פלוני, לעיל ה"ש 12, פס' יג-טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

42 ראו בהקשר זה את דברי הסיום של השופט רובינשטיין בפרשת גז, לעיל ה"ש 1, פס' מז לפסק דינו, שם הביע במפורש את רצונו להדמות לגדולי ישראל, באופן ספציפי לרב פרנק, בהקשר לדרך שבה נהגו בענייני עגונות.

43 ראו בהקשר זה את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין סבג, לעיל ה"ש 12, פס' 9 לפסק דינה: "תופעת סרבנות הגט והעגינות בתחום המעמד האישי של בני-זוג יהודים היא קשה וכאובה. היא כרוכה במצוקה אנושית עמוקה לבני-זוג יהודים בישראל. היא קשה שבעתיים לבני-זוג יהודים, אזרחים ותושבים במדינות חוץ, שבהן אין נתונים בידי בתי-הדין הרבניים המקומיים אמצעי כפייה ישירים שבאמצעותם ניתן להתמודד בדרך יעילה עם תופעת סרבנות הגט, בדומה לאמצעים הנתונים בידי בית-הדין הרבני בישראל לכפיית מתן גט בהתקיים התנאים הראויים לכך". חרף הדברים הללו, סברה השופטת פרוקצ'יה באותו מקרה כי אין לפרוץ את כללי הסמכות הבין לאומית הקיימים ולכן דחתה את סמכותם של בתי הדין הרבניים. השופט רובינשטיין לעומתה בדעת המיעוט לא קיבל מצב זה והצליח בכל זאת לפתוח פתח להרחבת סמכותם של בתי הדין הרבניים.

44 כך למשל בעניין פלוני, לעיל ה"ש 12, פס' טז לפסק דינו, מצטט השופט רובינשטיין בהסכמה את דבריו של יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט מיכאל איתן: "קיבלנו את העיקרון שמאחר שנישואין בדין תורה בכל רחבי העולם, פירוקם אינו יכול לבוא בכוח הממשלות או בכוח האכיפה של המדינות

השופט רובינשטיין בכמה פסקי דין, שבחלקם היה בדעת מיעוט ובמידה רבה הולכו לשינויי חקיקה בנושא,<sup>45</sup> תמך בהרחבת סמכותם הבין לאומית של בתי הדין הרבניים לעסוק בענייני גירושים של יהודים שזיקתם לישראל חלשה.<sup>46</sup> במקביל לכך, הוא סבור כי על בתי הדין הממלכתיים בישראל, כמי שאמונים על פיתוח היהדות וההלכה בנושאים הללו מטעם **מדינת ישראל**,<sup>47</sup> להתאמץ במיוחד במלאכת הפיתוח של כלים הלכתיים בעלי תוקף משפטי, אשר יוכלו לסייע לכלל יהודי העולם במטרה למנוע את הסרבנות בישראל ומחוצה לה. במקרים שהם פועלים בדרך זו, הוא עושה כל מאמץ שלא לסכל את פעולתם וזאת גם במחיר של פרשנות סלחנית לכללים פרוצדורליים ומנהליים.<sup>48</sup>

בטרם נעבור לפרשת **רצ'ובה**, אבקש להתייחס בקצרה לנדבך ייחודי של פסק דינו של השופט הנדל בפרשת **גז**. בדומה ליתר חבריו שופטי הרוב, השופט הנדל מבסס בסופו של דבר את הכרעתו על העקרונות החוקתיים, המנהליים והפרוצדוראליים של המשפט הישראלי.<sup>49</sup> נוסף

השונות, **מן הדין הוא שבית-הדין הרבני בירושלים, כבירתה של מדינה יהודית ודמוקרטית, יהיה בית-הדין שיקבל סמכות ויוכל לתת ממש ותוכן בהחלטות שנועדו לשחרר עגונות ממקומות שונים בעולם**. היינו צריכים להרחיב לו את הסמכות על מנת שיוכל לקנות סמכות, כי אותן עגונות יכולות לקבל התרת נישואין אזרחית, אבל הן נשארו נאמנות לדת היהודית והן רוצות גט דתי, אבל המדינות לא מכירות בכל העניין הזה. **המקום היחיד הוא ישראל**, ולכן, זאת היתה מטרת החוק" ובהמשך הדברים מוסיף השופט רובינשטיין משלו: "החתימה, 'למצוא כל 'צדק-סדק' צר שיש בו להחיל את סמכות בית הדין על העניין שבפנינו, כדי להציל את האשה ולתת לה את כבודה כאדם-כאשה וחירותה כבת ישראל' (כדברי בית הדין האזורי בהחלטתו מיום 4.9.11), עולה בקנה אחד עם פסיקת בית משפט זה, ועם כוונתו המוצהרת והמפורשת של המחוקק, ומעל כל אלה – עם גדרו מוסר והגינות, בהתחשב במורכבות נושא הגירושין בהלכה היהודית והיותו תלוי במעשה הבעל".<sup>45</sup> ראו תיקון מס' 3 בס' 2 לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית) (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005. כן ראו חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ח-2018. מדובר בהצעת חוק שאושרה לאחרונה על ידי הכנסת המרחיבה את סמכות בתי הדין הרבניים לדון במקרי עגינות בין-לאומיים, וכן במקרים של סרבני גט יהודים שאינם אזרחי ישראל.

<sup>46</sup> ראו עניין **סבג**, לעיל ה"ש 12; ראו גם בג"ץ 8121/11 **פלוגי נ' בית הדין הרבני הגדול** (פורסם בנבו, 24.1.2012).

<sup>47</sup> מעניין להשוות בהקשר זה את הציפייה של השופט רובינשטיין מבתי הדין הרבניים לפתח את ההלכה לפרשנותו החדשנית של אריה אדרעי את פרויקט המשפט העברי של השופט מנחם אילון. על פי אדרעי, במקרים רבים, ביקש השופט אלון להשתמש בפלטרפורמה של פסיקת בית המשפט העליון כדי לפתח את המשפט העברי בתחומים שבהם שקט על שמריו ולעדכנו. ראו אריה אדרעי "לא פוסק אני? – מנחם אלון: שופט או פוסק הלכה" **הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 45** (אריה אדרעי, דוד גליקסברג, אביעד הכהן, ברכיהו ליפשיץ ובנימין פורת עורכים, 2018).

<sup>48</sup> לעומת זאת, במקרים שבהם עמידה על כללים מנהליים ופרוצדוראליים מסייעים למסורבות הגט השופט רובינשטיין עושה בהם שימוש נרחב. ראו למשל עניין **העגונה מצפת**, לעיל ה"ש 7, פס' לג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>49</sup> ראו עניין **גז**, לעיל ה"ש 1, פס' 7–13 לפסק דינו של השופט הנדל. ובמיוחד את הניתוח החוקתי בפס' 9–13 לפסק דינו, וכן את הניתוח שהוזכר לעיל ה"ש 22 לפיה הסמכות להמליץ מהווה חלק מן הסמכות הטבועה של בית הדין.

על כך, ואף בכך השופט הנדל אינו חריג,<sup>50</sup> הוא מייחד חלק משמעותי של פסק דינו בפרשת גז, לעמדת המשפט העברי ובכלל זה לדיון בהיסטוריה ההלכתית<sup>51</sup> ולפילוסופיה שבבסיסה.<sup>52</sup> המיוחד בגישתו של השופט הנדל, הנו הדגשת ההיבט הקהילתי, הביזורי של דיני הגירושים בהלכה ונכונותו להתייחס לבית הדין הרבני לפחות בהקשר זה כסוג של בית דין קהילתי. השופט הנדל מחדד את הפער בין התורה שבכתב, שממנה משתמע לכאורה כי הגירושים אפשריים רק אם הגבר נותן את הגט מרצונו החופשי, לבין התורה שבעל פה שפתחה אפשרויות כפייה כנגד סרבני הגירושים. לדעת השופט הנדל, אחד מן המאפיינים המובהקים של המאבק בסרבנות הגט הוא "שיתוף הקהילה כדי להילחם בתופעה של סרבנות גט".<sup>53</sup> משום כך, הוא סבור כי פעולות רבות של בתי הדין בהקשר למלחמה בסרבנות הגט הם בעלות אופי קהילתי – ביזורי המלצתי ולא שיפוטי-כופה ריכוזי. יתרה מזו, פעולות אלו בכוונת מכוון הן בעלות תוקף מוגבל והן מאפשרות לנמען, דהיינו לסרבן הגט, לבחור בין ציות להמלצה לבין סירוב שילווה ככל הנראה בהרחקה מן הקהילה.<sup>54</sup> אכן, בהקשר של פרשת גז אף השופט רובינשטיין ויתר שופטי הרוב נכונים לקבל בסופו של דבר כי בית הדין הממלכתי רשאי להמליץ המלצות לא מחייבות. עם זאת, הדגשת האופי הקהילתי והמבוזר של ההלכה ייחודית לפסק דינו של השופט הנדל. כפי שנראה מיד האבחנה בין הגישה הממלכתית של השופט רובינשטיין, לבין "חגיגת" האופי הקהילתי המבוזר של המשפט העברי על ידי השופט הנדל, מתחדדת עוד יותר בפרשת רגז'ובה. פרשת רגז'ובה עסקה בלא-יהודיים שהגיעו לישראל ממקומות שונים ברחבי העולם, ועברו בה הליך גיור בקהילה אורתודוקסית שלא במסגרת מערך הגיור הממלכתי. השאלה שעמדה לדיון היא האם יש להכיר בהם כיהודים, בעקבות גיורם, לעניין חוק השבות?

50 לדיון בדיני הגירושים של המשפט העברי ראו שם, פס' כב–ל לפסק דינו של השופט רובינשטיין; וכן שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט שוהם; כן ראו שם, פס' 14–17 לפסק דינו של השופט עמית. עם זאת, חשוב להדגיש שלמרות שגם עמית הקדיש דיון נרחב במשפט העברי, במקרה של השופט עמית החלק המרכזי של פסק הדין הוא החלק המנהלי חוקתי, המסביר מדוע אין להתערב בפסק הדין של בתי הדין הרבניים. החלק ההלכתי אצל השופט עמית מופיע כמעין נספח או אוביטר ובמרכזו הקריאה לבית הדין לעשות שימוש נרחב בכלים ההלכתיים והמשפטיים העומדים לרשותם וזאת על מנת למנוע מקרים נוספים של עיגון.

51 שם, פס' 3–6 לפסק דינו של השופט הנדל.

52 ראו: שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל, את ניתוחו המבחין בין העקרונות המוחלטים האמורים בתורה שבכתב לבין דרך היישום הגמישה והמותאמת המאפיינת את התורה שבעל פה.

53 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

54 שם, "הפתרון הוא כי היחיד יכול לבחור בין התרת הנישואין לבין הרחקה מהחברה שהוא חלק ממנה". אירונית שדווקא החולשה של הרחקות רבינו תם מהווה בסופו של דבר את מקור כוחן. ראשית מנקודת המבט של הדין הדתי, העובדה שלא מדובר בציווי והיכולת של היחיד שלא לציית להן מונעות את סיווג הגט שניתן לאחר השימוש בסנקציות הללו כגט כופה, ראו: שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל. מן הבחינה המשפטית, אחד הנימוקים המובאים על ידי השופט הנדל לכך, שהשימוש בהרחקות רבינו תם אינו פוגע בזכויות יסוד הוא כוחם המוגבל המשתקף בין היתר ביכולת של היחיד לעבור מקהילה לקהילה ובכך לחמוק מעולם של הסנקציות ראו שם, פס' 11 לפסק דינו.

השופטת נאור כתבה את פסק הדין המרכזי אליו הצטרפו השופטים פוגלמן, מלצר, ג'ובראן ועמית, תוך שהם מוסיפים כמה הערות תומכות והצדקות משלהם.

פסק דינה של השופטת נאור עסק בשתי שאלות:

**השאלה הראשונה**, האם חוק השבות נועד לחול על מי שהתגייר כבר בעת ששהה בישראל. בנושא זה השיב בית המשפט העליון בפרשת **טושביים**<sup>55</sup> תשובה חיובית. השופטת נאור כמו יתר שופטי הרוב, בהסתייגות מסוימת של השופט עמית<sup>56</sup> הצטרפו לתשובה זו. **השאלה השנייה**, שהיא עיקר החידוש של פסק הדין, בוחנת האם ניתן להכיר בגיור שנערך בישראל שלא במסגרת הגיור הממלכתי. דעת הרוב השיבה לשאלה זו בחיוב, קרי שניתן להכיר בגיור לא ממלכתי וזאת בשל פרשנותה הלשונית של המילה "התגייר" בחוק השבות שאינה מוגבלת לגיור ממלכתי דווקא. פרשנות זו, עולה בקנה אחד עם הפרשנות התכליתית של חוק השבות שמטרתו עידוד עליה וכן עם עקרון השוויון שיישומו למקרה דנן, משמעו מניעת הפליה בין מי שהתגייר מחוץ לישראל במסגרת קהילה מוכרת, לבין מי שהתגייר בישראל בקהילה כזו. דעת הרוב דוחה את החשש מפני ניצול לרעה של גיור לא ממלכתי לטובת הסתננות לישראל וקבלת טובת הנאה ומחדדת שלא כל שלושה אנשים יוכלו להגדיר את עצמם כבית דין וזאת לנוכח מבחן "הקהילה המוכרת" – מבחן על פיו ההכרה בגיור מחוץ לישראל ובעקבות פסק הדין אף בישראל, תתאפשר רק אם בתי הדין מוכרים על ידי קהילה בעלת זהות יהודית מוגדרת, בעלת דפוסים ארגוניים ברורים המוכרת ככזו הן בעיני עצמה והן על ידי הציבור הרחב.<sup>57</sup> לצד הנימוקים המעשיים שדעת הרוב מציינת כדי להפיג את החשש, השופט מלצר מוסיף נימוק נוסף שלפיו, שימוש לרעה בזכות מצד אחרים בעבר או חשש לניצול לרעה כזה בעתיד – אינם מצדיקים במשפט המנהלי שלילת זכות ממבקש תם לב, שהרי סירוב הרשות במקרה שכזה לוקה בחוסר סבירות ובאי מידתיות. עיקרון זה חל על פי השופט מלצר במשנה תוקף במשפט החוקתי, כאשר מדובר בזכויות יסוד.

עמדה ייחודית הציג השופט הנדל, שהצטרף בסופו של דבר לדעת הרוב אולם, בניגוד לחוות דעתה של השופטת נאור, שניתחה את המונח גיור אך ורק מנקודת המבט האזרחית, סבר השופט הנדל כי השימוש במונח גיור המהווה מונח דתי ביסודו מחייב התייחסות גם לעמדת ההלכה.<sup>58</sup>

55 ראו בג"ץ 2597/99 **טושביים נ' שר הפנים**, פ"ד נט(6) 721 (2005).

56 חריג בהקשר זה הוא השופט עמית המציין כי פרשנותו לחוק השבות שונה, אך הוא כופף את ראשו בפני הפסיקה של בית המשפט העליון שנתנה בהרכב מורחב. ראו פרשת **רגצ'ובה**, לעיל ה"ש 2, פסק דינו של השופט עמית.

57 ראו למשל את הגדרתו של הנשיא כתארו דאז ברק בבג"ץ 2859/99 **מקרינה נ' שר הפנים**, פ"ד נט(6) 721 (2005) "באומרנו 'קהילה יהודית מוכרת' כוונתנו, ככלל, לקהילה מבוססת ופעילה בעלת זהות יהודית משותפת וידועה, שלה מסגרות קבועות של ניהול קהילתי".

58 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל, השופט פותח בקביעה כי: "לא הייתי מצטרף – בוודאי לא באופן מלא – לקביעת חברתי הנשיאה כי 'זוהי אינה שאלה דתית, כי אם שאלה אזרחית ציבורית'. ובהמשך הפסקה: "'גיור' מהווה אף הוא מונח דתי ביסודו, ועם כל הרצון להימנע מהכרעה בשאלות פנים-דתיות, המונח עומד ברקע – ואף במרכז. אף לפי הגישה הממאנת לאמץ פרשנות הלכתית 'טהורה' ביחס לכל וריאציה עובדתית שמתעוררת, אין ספק כי ניתוח מושג בעל שורשים דתיים מובהקים מחייב התייחסות עקרונית לעמדת ההלכה – ולו בשל התפקיד המרכזי שמילאה בעיצוב מוסד הגיור".

על רקע זה ניתח השופט הנדל את ההיסטוריה של דיני הגיור בהלכה. ניתוח זה, הולך את השופט הנדל למספר מסקנות. ראשית, דיני הגיור רגישים באופן מיוחד לנסיבות הזמן והמקום. לכן, לאורך כל ההיסטוריה כאשר צרכים אישיים ולאומיים דרשו זאת הם יושמו באופן גמיש ומותאם.<sup>59</sup> שנית, העיקרון של אהבת הגר הוא "עקרון על" של דיני הגיור ושל ההלכה באופן כללי.<sup>60</sup> שלישית, ובהקשר הנוכחי זוהי אולי הנקודה החשובה ביותר, על פי השופט הנדל הפלורליזם והביזור הנם מאפיין מובהק של היחס ההלכתי לגיור.<sup>61</sup> לכן, במשך כל השנים התקיימו בו זמנית גישות מקלות לצד גישות מחמירות, כאשר ההלכה דחתה כל ניסיון לגיבוש עמדה אחידה.<sup>62</sup> ובוודאי שלא הסכימה לאימוץ עמדה אחידה מחמירה בהקשרים הללו.<sup>63</sup> השופט הנדל מוסיף ומראה כיצד מאפיין זה של ההלכה הולך גם פוסקים מרכזיים בני זמננו לדחות הצעות לכינון רשות אחת ממלכתית שתעסוק בגיור.<sup>64</sup> על רקע ניתוח זה, סבור השופט הנדל כי לא רק הפרשנות של הדין הישראלי<sup>65</sup> ועקרונותיו המנהליים,<sup>66</sup> אלא גם הלוגיקה

59 ראו שם, פס' 7–8 לפסק דינו, שם הוא סוקר מצבים שבהם נסיבות אישיות פרטיות או לאומיות ציבוריות, כגון: הרצון למנוע התבוללות – הולכו להקלה בדיני הגיור.

60 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל.

61 ראו בהרחבה: שם, פס' 7–9 לפסק דינו של השופט הנדל.

62 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל, שמצטט בהקשר זה בהסכמה את דבריו של הרב רבינוביץ': "ברור שאין מקום לחוקק חוק או לקבוע נוהל שכל הגיורים צריכים להיות כפופים לסמכות הלכתית מרכזית אחת. מעולם לא היה דבר כזה בישראל, וקביעה כזו עלולה לעקור את הגרות. אם יכפיפו את כל הגיורים לאישורה של סמכות הלכתית אחת, עלול להיווצר מצב של נעילת דלת בפני גרים. אדרבה, לאורך הדורות כל בית דין היה רשאי לגייר, ואפילו בימי הסנהדרין, בתקופת הלל ושמואל, מצאנו ששמואל דחה כמה גרים ואילו הלל גייר אותם, ומוכח שיש מקום לכך שהיה הבדלים בין בתי הדין בגישתם למתגיירים. דווקא הגיוון בין בתי הדין הוא המאפשר את קבלת הגרים".

63 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל: "האם ניתן להעניק לבתי הדין המיוחדים לגיור שליטה בלעדית על הליכי הגיור והזכאות לשבות – תוך הדרת גישות אורתודוקסיות שונות מזו שאימצה הרבנות הראשית. על רקע העמדות שהובאו, ודאי לא יהיה נכון לשלול גישה בין פוסקי ההלכה רק מפני שהיא מקלה. שלילה כזו מתעלמת מהמורכבות – לא רק של תשובת הרב, אלא של השאלה שהונחה לפתחו" (ההדגשה הוספה).

64 ראו שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל: "ברוח דומה התבטא גם הרב עובדיה יוסף, אשר התנגד להקמת בתי דין המיוחדים לגיור – בין היתר, נוכח החשש מהעדר חלופה במקרה שבו יאמצו בתי דין אלה מדיניות גיור מחמירה".

65 בנושא הפרשנות התכליתית של חוק השבות מצטרף השופט הנדל לעמדת הרוב בקבעו, שם, בפס' 6 לפסק דינו: "אין בחוק עיגון תכליתי או לשוני לעמדה השוללת באופן גורף את מעמדם של גיורים שנערכו בבתי דין אורתודוקסיים פרטיים. אדרבה, מבחינת תכלית חוק השבות נראה כי נכון יותר להרחיב את אפשרויות הגיור – תוך מתן ביטוי לגישות הלכתיות שונות, ולרבנים בעלי השקפות שונות המצויות בתוך המסגרת האורתודוקסית. יצירת ריכוזיות מוגזמת ומתן מונופול מוחלט לרבנות הראשית על מוסד הגיור, עומדים בניגוד לתכלית המרכזית של חוק השבות, היא עידוד העלייה. משכך, יש לפרש את המונח 'שנתגייר' באופן רחב, הכולל כל הליך גיור אורתודוקסי שנערך בבית דין שהדיינים המכהנים בו הם בעלי מעמד".

66 ראו שם, "העדפת גישה הלכתית מסוימת, תוך הדרת גישות אחרות המתקיימות במרחב ההלכתי-אורתודוקסי, אינה תוצאה שניתן להגן עליה ע"פ המצב המשפטי הקיים. המדינה לא הוסמכה לערוך הבחנות כאלה". יתרה מזו, על פי השופט הנדל אף החלטת הממשלה להקים מערכת גיור

ההלכתית המנחה את דיני הגיור מוליכה לדחיית הפרשנות של הביטוי "התגייר" בחוק השבות כדורש הכרעה דתית-הלכתית ריכוזית. בהתאם לכך, הוא סבור כי יש להכיר בגיור אורתודוקסי הלכתי, קהילתי לא מדינתי<sup>67</sup> והוא מציע קריטריונים מעשיים שמטרתם לבחון מתי בית הדין הפרטי ייחשב כבית דין קהילתי מוסמך.<sup>68</sup>

אל מול הגישות הללו מתייצב "כפרש בודד" ואולי אף כ"מוהיקני האחרון" השופט רובינשטיין, המבקר את דעת הרוב הן בגרסתה "האזרחית" כפי שנוסחה על ידי השופטת נאור והן בתוספת "ההלכתית" – "יהודית" התומכת בהסדרה קהילתית פלורליסטית כפי שנוסחה על ידי השופט הנדל<sup>69</sup> תוך שהוא מביע חשש כבד ממצאיאות שבה יוכרו גיורים בבתי דין "פרטיים" בישראל. הנימוקים המשפטיים הפורמאליים של השופט רובינשטיין, מבוססים על שני אדנים: ראשית, בשל ההטבות הממלכתיות הכרוכות בגיור, הוא חושש מיישום מבחן הקהילה הביזורי ומעדיף להותיר את השליטה בנושא בידי המדינה.<sup>70</sup> שנית, השופט רובינשטיין מביע את החשש כי אימוץ עמדה זו תוליך לדיס-הרמוניה בנושא הגיור, נושא שהוא מגדיר אותו כחשוב במיוחד בהוויית ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בדבריו, הוא מכוון לכך שענייני נישואים וגיורשים כפופים להלכה ונדונים בבתי דין רבניים מדינתיים. משום כך, הוא חושש ממצב שבו מי שייחשב מתגייר לצורך חוק השבות לא ייחשב כיהודי לצורך דיני הנישואים והגירושים בישראל.<sup>71</sup> לנוכח חששות אלה, מבקש השופט רובינשטיין להשהות את דעת הרוב המכירה בגיורים הפרטיים ולתת הזדמנות נוספת להסדרה ריכוזית ממלכתית.<sup>72</sup>

ריכוזית לא מחייבת את שלילת ההכרה בסמכותם של בתי הדין הקהילתיים כל עוד מדובר בבתי דין אורתודוקסים.

67 כך על פי השופט הנדל, שם, פס' 5 לפס' דינו: יש "להכיר בבתי דין אורתודוקסיים שבראשם עומדים רבנים ופוסקי הלכה שמעמדם בקהילה אינו ניתן לערעור". עם זאת יש להודות כי בסופו של דבר המבחנים המוצעים על ידי השופט הנדל לזהות הדיינים הכוללים רבני ערים וראשי ישיבות הסדר מתבססים בין היתר על ההכרה בגורמים הללו מצד גופי המדינה.

68 בין היתר, סבור השופט הנדל, שם, פס' 6 לפס' דינו, כי יש להכיר בדיינים שהם רבני ערים או רבנים בישיבות הסדר.

69 לביקורת הנקודתית של השופט רובינשטיין על השופט הנדל, ראו, שם, פס' כד לפס' דינו של השופט רובינשטיין.

70 שם, פס' ה' לפס' דינו של השופט רובינשטיין: "שאלתי עצמי מה מטריד אותי בתוצאה שאליה הגיעה חברתי, שלדידי אם תהא השורה התחתונה ה'קבועה' של פסק דיננו, הריהי בחינת ברירת מחדל יהודית-לאומית, שחבל אם תארע, במונחים כלל-יהודיים? שניים המה שראוי לטעמי להידרש אליהם. האחד, באמרנו 'גיור' עסקינן במונח שבדין המביא בכנפיו סטטוס והטבות, שראוי כי תהא לו משמעות אשר איננה וולונטרית ואקראית, כך שלא כל הרוצה ליטול את השם ייטול ו'יחייב את הממלכה'".

71 ראו, שם: "וזה עיקר, הפער בין רישום הגיור לפי פסק דיננו העוסק בחוק השבות, תש"י-1950, ובמערך המשפט האזרחי-מינהלי, וכך גם במרשם האוכלוסין, לבין ההכרה בגיור לשם נישואין בבתי הדין הרבניים, המופקדים על נישואין וגיורשין לפי חוק בתי דין רבניים (נישואין וגיורשין). תשי"ג-1953, אינו רצוי, לשון המעטה; לטעמי עלינו לחתור ככל הניתן להרמוניה בין אלה לאלה".

72 שם, פס' כה לפס' דינו של השופט רובינשטיין. זוהי המסקנה המעשית של פסק דינו של השופט רובינשטיין לדחות ב-18 חודשים נוספים שבהם יעשה מאמץ להגיע להסדר גיור מוסכם.

אולם, ההתמקדות בנימוקים הנקודתיים של השופט מחמיצה את הסנטימנט העמוק המלווה כחוט השני את פסק דינו. על פי השופט רובינשטיין: "הכרה המעניקה סטטוס – וכזה הוא הגיור – צריכה בעיניי להיות ממלכתית, וזאת בגישה ידידותית למתגייר ורחבת אופק ככל הניתן, כזאת שתוצאתה תהא כללי-יהודית, ולא בשמים היא" (ההדגשה הוספה). הנה כי כן, כבר במשפטי הפתיחה שלו מציב השופט את שלושת העקרונות המנחים, הבאים לידי ביטוי לאורך כל פסק דינו: ממלכתיות,<sup>73</sup> הומניזם, הבא לידי ביטוי בגישה ידידותית למתגייר,<sup>74</sup> וגלובאליות יהודית המתבטאת בשאיפה לתוצאה כלל יהודית.<sup>75</sup>

פסק דינו של השופט רובינשטיין, הוא מסמך מרתק המשלב בין ניתוח היסטורי של דיני הגיור בהלכה וסקירה היסטורית משפטית של הסדרת הגיור בישראל, לבין יומן מסע אישי.<sup>76</sup> במסגרת יומן המסע האישי, מתאר השופט את פעילותו כיועץ המשפטי לממשלה שביחד עם עוזרו דאז ושופט בית המשפט העליון דהיום נעם סולברג,<sup>77</sup> סייעו לגבש ובשלב מאוחר יותר לקדם וליישם את מסקנות וועדת נאמן. על פי השופט רובינשטיין, ועדת נאמן ביקשה להציב "מעריך גיור ממלכתי, הרמוני ראוי והוגן הן כלפי ההלכה והן מתוך כבוד לכל חלקי עמנו".<sup>78</sup> השופט רובינשטיין מקונן על כך שהמהלכים שקידם לא צלחו, הוא מרמז כי אחריות מוגברת בעניין מוטלת על הרבנות הראשית ועל רבניים אורתודוקסיים מרכזיים<sup>79</sup> אף כי גם לזרמים הלא אורתודוקסיים יש לדעתו חלק בכישלון.<sup>80</sup> עם זאת, חרף ההכרה של השופט בכישלון המתמשך

73 ראו למשל, שם, פס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "אוסף, כי כשלעצמי כיועץ משפטי לממשלה עמדתי על כך שהגיור ייערך במסגרת ממלכתית..."; כן ראו, שם, פס' כ' לפסק דינו: "אבוא עתה אל מה שהוא אולי העיקר אצל המחבר [נתנאל פישר ש' ל'] הקרוב – אודה – גם ללבי, וזו החלופה המומלצת: גיור אורתודוקסי ממלכתי ומקרב" (פרק ז', בעמ' 171 ואילך). וכדברי המחבר "גיור אורתודוקסי ממלכתי יפתור את בעיות הזהות האישיות של הקבוצה הלא-יהודית ויגשר בין זהותם היהודית של חבריה לבין ההגדרות היהודיות האורתודוקסיות המקובלות על רוב חלקי החברה".

74 בדומה לשופט הנדל, אף פסק דינו של השופט רובינשטיין גדוש במובאות בדבר היחס האנושי הנדרש כלפי הגר. ראו למשל, שם, פס' יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

75 הביטוי "כלל יהודי", משקף בעינינו את אחריותה של מדינת ישראל לכלל העם היהודי. הביטוי חוזר אף הוא בהמשך פסק הדין. ראו למשל, שם, פס' ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "האם ישנו פתרון שיהא ראוי להרמוניה הכלל-יהודית של מדינת ישראל? לדעתי הדבר יתכן, מתוך גישה אחראית, ידידותית למתגיירים".

76 הסקירה ההיסטורית, המשלבת כאמור גם את הרשמים האישיים, מהווה חלק נכבד מפסק הדין. ראו, שם, פס' ד–טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

77 לנקודת מבטם המשותפת של השופטים רובינשטיין וסולברג, ראו: אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "דת ומדינה ישראל בשנת היובל – תמונת מצב מלשכת היועץ המשפטי לממשלה" **מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו** 339 (א' ברק ומ' שאוה וה' שטיין עורכים, התשנ"ט); להתייחסותו של השופט רובינשטיין בפסק הדין לתפקידו של השופט סולברג לצידו, ראו פרשת **רג'צ'ובה**, לעיל ה"ש 2, פס' יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

78 שם, פס' ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

79 שם, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "כפי שהבינותי, משלא נתנה הרבנות ידה, רחקו גם – למצער – חלק מן השותפים מן הזרמים הלא-אורתודוקסיים".

80 שם.

של המאמצים בכיוון זה הוא לא אומר נואש<sup>81</sup> ומבקש להקפיא את יישום פסק דינו של הרוב לתקופה של 18 חודש כדי ליתן אפשרות של ממש לתיקון הנושא.

הדיון בפרשת רגצ'ובה נערך בצילו של בג"ץ 11013/05 דהן נ' שר הפנים, תיק שעודנו תלוי ועומד, העוסק בתוקפו של גיור לא אורתודוקסי הנערך על ידי הקהילות הלא אורתודוקסיות בישראל: רפורמיות או קונסרבטיביות ושבעקבות החלטה מוקדמת של הנשיאה כתארה דאז ביניש, הופרד הדיון בו מן הדיון בגיור האורתודוקסי הלא מדינתי. בעקבות זאת, פסק דינה של השופטת נאור ממוקד בגיור האורתודוקסי תוך שהיא מציינת שגם תורן של העתירות העוסקות בגיור הלא אורתודוקסי יגיע.<sup>82</sup> עם זאת, למקרא פסק דינה של השופטת נאור ובהתחשב בהיסטוריה הפסיקתית, אני מתקשה להאמין כי האוחזים בגישתה, יעצרו בגיור האורתודוקסי הפרטי. השופט הנדל, נמנע אף הוא מלעסוק בגיור הלא אורתודוקסי תוך שהוא מציין את המאפיינים המייחדים גיור זה המצדיקים דיון מיוחד בו.<sup>83</sup> עם זאת, בניגוד לנימוקים של השופטת נאור והתומכים בה, הנימוקים והניתוח בפסק דינו, הם כאלה הרלוונטיים בעיקר לגיור אורתודוקסי פרטי ומשום כך בצדק הוא חוזר ומזכיר שלא ניתן להקיש מפסק דינו מה תהיה עמדתו בפסק הדין הממשמש ובא בגיור הלא אורתודוקסי.<sup>84</sup>

שונים הדברים לגבי השופט רובינשטיין. השופט רובינשטיין מציין במפורש כי הפתרון שאליז יש לשאוף ושכאמור בכובעו כיועץ משפטי לממשלה ניסה לקדמו, הוא פתרון המשאיר את הגיור עצמו כגיור הלכתי אורתודוקסי מסביר פנים, המשלב בתהליכים מוקדמים שלו גם זרמים נוספים. כהמשך לכך, הוא מסביר מדוע ההתעקשות על גיור אורתודוקסי מוצדקת משיקולים של קוהרנטיות משפטית,<sup>85</sup> מבנה הציבור הישראלי, שרובו לרבות הציבור החילוני מזוהה עם ההלכה האורתודוקסית.<sup>86</sup> הוא מוסיף ומסביר מדוע הגישה הממלכתית נכונה גם

81 השופט רובינשטיין מצטט בהרחבה ובהסכמה מתוך ספרו של נתנאל פישר **אתגר הגיור בישראל: ניתוח מדיניות והמלצות** (2015) התומך ב"גיור אורתודוקסי ממלכתי ומקרב" (שם, פרק ז', בעמ' 171 ואילך). וכדברי המחבר: "גיור אורתודוקסי ממלכתי יפתור את בעיות הזהות האישיות של הקבוצה הלא-יהודית ויגשר בין זהותם היהודית של חבריה לבין ההגדרות היהודיות האורתודוקסיות המקובלות על רוב חלקי החברה" (שם) (להלן: פישר **אתגר הגיור**).

82 פרשת רגצ'ובה, לעיל ה"ש 2, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

83 השופט הנדל מצטט בהקשר זה את הטענות של התנועות הלא אורתודוקסיות בעצמן שהתנגדו לאיחוד בין הדיון בעניינין לדיון בגיור האורתודוקסי הפרטי. שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל: "עם זאת, האיגוד העולמי ליהדות מתקדמת, התנועה ליהדות מתקדמת בישראל והתנועה המסורתית בישראל (גופים המייצגים את היהדות הרפורמית והקונסרבטיבית) טענו כי מדובר בשתי סוגיות שונות לחלוטין".

84 ראו למשל, שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל: "יצוין כי אין בכך כדי להביע עמדה האם הדבר נכון גם ביחס לבתי דין לא אורתודוקסיים באותה מידה שבה הוא נכון ביחס לבתי דין חרדיים לא ממלכתיים".

85 כזכור השופט רובינשטיין, מתנגד למצב בו עולים ייחשבו כיהודים לצורך חוק השבות וכלא יהודים לצורך דיני הנישואים והגירושים, ראו לעיל, ה"ש 71.

86 ראו את דבריו של השופט רובינשטיין, שם, פס' כא לפסק דינו: "שוב – נראה כי אין מנוס מן המצב המשפטי שמתארת חברתי אם לא תהיה התעוררות לכיוון חקיקה, וסבורני שרוב מלים אך למותר. אבאר: מדוע גיור אורתודוקסי? כי הציבור בישראל כולל באחוזים גבוהים יהודים חרדים, דתיים



מנקודת המבט של המתגיירים המבקשים להרחיב את ההכרה בגיורם<sup>87</sup> ואפילו מנקודת המבט של הזרמים הלא אורתודוקסיים בעצמם.<sup>88</sup>

יודגש, השופט רובינשטיין אינו נרתע מביקורת ואפילו ביקורת נוקבת על הרבנות ועל רבנים ש"צדקנותם" והחמרתם מנעה השגת פתרון מוסכם בעניין הגיור. ביקורת על הרבנות בעניינים שונים, בעיקר כאשר היא מציגה פסיקה מחמירה ולא ממלכתית<sup>89</sup> או כאשר היא לא פועלת בהתאם למנהל תקין,<sup>90</sup> מאפיינת את פסיקותיו של השופט גם בעניינים נוספים. עם זאת, השופט רובינשטיין עדיין מאמין, הן בהקשר לגיור והן בהקשר לנושאים נוספים כגון מערך הכשרות,<sup>91</sup> שהדרך הנכונה הינה תיקון הרבנות הממלכתית ולא ביזור והפרטה. הנה כי כן מן הניתוח המשותף של פסקי הדין **גז ורגצ'ובה**, כמו גם של פסקי דין בנושאים משיקים עולה תמונה מורכבת. כאשר מבקש השופט רובינשטיין להגביר את סמכותם וכוחם של בתי הדין הרבניים מסיבות אנושיות הומניות, או כאשר הדבר נדרש כדי להגן על זכויות חוקתיות של צדדים חלשים, הוא מוצא שותפים נוספים בקרב השופטים כפי שהיה בפרשת **גז**. הקונצנזוס, מתרופף בהקשר לרטרקציה היהודית-גלובאלית, הנכונה לראות את בית הדין הרבני הישראלי כהמשך

ומסורתיים, שעולמם הדתי הוא אורתודוקסי, וכפי שאמר פעם אחד מחוקרי מדע המדינה בישראל, אדם חילוני, 'בית הכנסת שאיננו הולך אליו הוא אורתודוקסי', קרי, 'בית הכנסת הישן'".  
87 שם, פס' כ' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

88 ראו, שם, פס' כג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "לא אחיימר כאן לצפות תוצאות של עתירות הנמצאות בדרך. אך סבורני כי גם לקהילות לא-אורתודוקסיות לכאורה אינטרס שגירום של חבריהן יהיו מקובלים על הכל, לרבות לנישואין וגירושין. ומכאן חשיבותו של הפתרון הממלכתי הכולל שיאפשר הורדת הלהבות, מתוך אינטרס כלל-ישראלי; 'כלל-ישראלי' פירושו לטעמי מחד גיסא הכרה במציאות בישראל על מסורתיה רבות השנים, ומאידך גיסא ראיית העם היהודי כולו, לרבות התפוצות ללא מורא כחלק מן השיח".

89 ראו פסק דינו של השופט רובינשטיין בעניין היתר המכירה, בג"ץ 7120/07 **אסיף ינוב גידולים נ' מועצת הרבנות הראשית**, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 23.10.2007).

90 בג"ץ 6494/14 **גיני נ' הרבנות הראשית** (פורסם בנבו, 6.6.2016). ראו גם את ביקורתו של השופט רובינשטיין על התנהלות המועצות הדתיות בע"מ 5875/10 **התנועה המסורתית נ' המועצה הדתית באר שבע** (פורסם בנבו, 11.2.2016): "התנהגותם אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של רשות מנהלית לפעול בשוויון בכל פעולה מפעולותיה ... מהרגע שהקימה המדינה מקוואות ציבוריים והעמידה אותם לרשות הציבור – לרבות לצרכי גיור – אין היא יכולה לנהוג מדיניות של איפה ואיפה בשימוש בהם" (ההדגשה הוספה).

91 ראו פסיקתו של השופט רובינשטיין בהקשר לגוף המוסמך להגדיר כשרות, דנג"ץ 5026/16 **שי גיני נ' הרבנות הראשית לישראל** (פורסם בנבו, 12.9.2017); השופט סולברג הולך את דעת הרוב בגלגול הראשון של התיק שקבעה שרק הרבנות מוסמכת להוציא תעודת כשרות. השופט סולברג ביסס את דעתו הן על פרשנות תכליתית של החוק שלפיה נדרש גורם ריכוזי לפיקוח על מניעת ההונאה בכשרות והן על ניתוח כוונת המחוקק ההיסטורי וזאת לאחר שפרס עמדה פרשנית עקרונית הנותנת העדפה לכוונת המחוקק ההיסטורי. השופט רובינשטיין הצטרף לעמדתו של סולברג בעיקר מן הנימוק הממלכתי הריכוזי העקרוני. מסיבה זו הוא גם הסתייג בדיון הנוסף מהשער השלישי אותו יזמה השופטת נאור לפיו, ניתן יהיה להכריז על כשרות של מוצר כל עוד מובהר כי אין מדובר בכשרות מטעם הרבנות.

היסטורי של בתי הדין היהודיים<sup>92</sup> ומדגישה את האחריות של המשפט הישראלי לכלל יהודי העולם.<sup>93</sup> עם זאת, בנושאים הללו השופט רובינשטיין איננו יחיד במערכה.<sup>94</sup> לעומת זאת, גישתו ההלכתית-ידידותית-משלבת-ריכוזית בעניין הגיור וכאמור אף בנושאים נוספים הקשורים ליחסי דת ומדינה נדחתה על ידי כל השופטים שישבו עימו בפרשת רגצ'ובה והוא מצא את עצמו בדעת יחיד.

עמדת היחיד של השופט רובינשטיין בנושא, כפי שהיא מצטיירת בפרשת רגצ'ובה, משקפת תהליכים עמוקים שעברה החברה בישראל.

**ראשית**, נוכחותם והשפעתם של הזרמים הלא אורתודוקסים בשיח הציבורי והתקשורת בישראל הולכת וגוברת. הם מקבלים רוח גבית משפטית בפסיקות רבות של בית המשפט העליון.<sup>95</sup> ברור לחלוטין שביטול המונופול האורתודוקסי בכלל ובנושא הגיור בפרט מצוי בקדימות רבה "בבנק המטרות" של הזרמים הללו. לכך, יש להוסיף את ההתנגדות הקיימת לרבנות ולמונופול האורתודוקסי אף בקרב ציבורים רחבים בציבור החילוני.<sup>96</sup>

**שנית**, השפעתו של הציבור החרדי, או למצער זה המכונה החרדי לאומי, על הרבנות הראשית הולכת וגוברת.<sup>97</sup> ציבורים אלה אינם שותפים לקריאה של השופט רובינשטיין, לגילוי גמישות

92 כפי שראינו בנושא הרטוריקה של השופט רובינשטיין בפרשת גז ייחודית אף יחסית ליתר שופטי הרוב.

93 כך בפרשת סבג מצא את עצמו השופט רובינשטיין בעמדת מיעוט. ראו עניין סבג, לעיל ה"ש 12.

94 בנושא הסמכות הבין לאומית שונה החוק ואנו גם עומדים בפני שינוי נוסף, ראו לעיל ה"ש 45. אף בהיבט הרטורי ראינו כי גם הרטוריקה של השופט הנדל בפרשת גז מדגישה את ההיבט היהודי של בית הדין והיא אף קוראת את תפקידו בהקשר לסרבנות הגט על רקע תפקידם ההיסטורי של בתי דין יהודיים קהילתיים.

95 ראו ע"מ 5875/10 התנועה המסורתית נ' המועצה הדתית באר שבע (פורסם בנבו, 11.2.2016), (להלן: עניין התנועה המסורתית) שם השופט רובינשטיין מקבל את ערעורה של התנועה ליהדות מתקדמת, ומורה למשרד הדתות לאפשר למתגיירים רפורמים לטבול במקוואות הציבוריים, בנימוק שהדבר מתחייב מעקרון השוויון; כן ראו בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה (פורסם בנבו, 19.5.2009), שם קבע בג"ץ כי על המדינה לתקצב גם מכוני גיור רפורמים, בדומה לתקציב שמקבלים המכונים האורתודוקסים. עוד ראו בג"ץ 145/13 המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 19.9.2017), בג"ץ העוסק במתווה הכותל. מדובר בעתירה שהוגשה נגד ראש הממשלה ור"ה הקרן למורשת הכותל" בדרישה להפקיע את השליטה בכותל מידיה של "הקרן למורשת הכותל", ולאפשר הקמת רחבה שתפעל בצורה שוויונית לזרמים השונים. בעקבות העתירה, הוקמה וועדה לבחינת הנושא. משלא יושמו המלצות הוועדה, חודשו ההליכים המשפטיים בשנת 2016, ובמסגרתם מתחו שופטי העליון ביקורת חריפה על הממשלה ודרשו לשקול מחדש את המתווה. לדיון נרחב בפסקי הדין שעסקו בתנועה הרפורמית והקונסרבטיבית ולביקורת על האסטרטגיה של התנועות הללו בפנייתן לבתי המשפט, ראו אביעד הכהן "בתי המשפט ובג"ץ: תל פיות לתנועה הרפורמית?" היהדות הרפורמית: הגות, תרבות וחברה 439 (אבינועם רוזנק עורך, 2014).

96 בסקר האחרון שנערך על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה, הסוקר את אמון הציבור במוסדות השלטון, "זכתה" הרבנות הראשית לאמון רק מצד 20% מהציבור הישראלי היהודי. מדד הדמוקרטיה הישראלית לשנת 2017 – המכון הישראלי לדמוקרטיה: [www.idi.org.il/media/9684/israeli-democracy-index-2017-he.pdf](http://www.idi.org.il/media/9684/israeli-democracy-index-2017-he.pdf).

97 ראו למשל אשר כהן "ראשית צניחת גאולתנו – דעיכת הציונות הדתית כמאבק על הזהות היהודית במדינת ישראל והשפעותיה לעתיד" הציונות הדתית – עידן התמורות, אסופת מחקרים לזכר זבולון

באימוץ פתרונות הלכתיים מקלים אלא להיפך במקרים רבים הם אף מקצינים עמדותיהם.<sup>98</sup> בוודאי שזרמים אלה מתנגדים להצעות דוגמת הצעת וועדת נאמן הנכונה לשיתוף פעולה ומתן מעמד מסוים לזרמים הלא אורתודוקסים. הסאגה האחרונה סביב מתווה הכותל, ובהקשר של המאמר הנוכחי הצעת המתווה לגיור שגיבש השר לשעבר משה ניסים תוכיח.<sup>99</sup>

**נוסף על כך**, אתוס הממלכתיות, שאפיין במשך שנים את תומכיה של הרבנות הראשית בקרב הציונות הדתית<sup>100</sup> הולך ומתכרסם.<sup>101</sup> יתרה מזו, חלקים רבים בציבור הציוני הדתי המתון, שבמידה רבה באופן היסטורי חלקו עם השופט רובינשטיין את הסנטימנטים המרכזיים של גישתו, קרי: תמיכה בפתרונות הלכתיים ממלכתיים מקלים במידת האפשר, תוך נכונות להושטת יד ולפשרה גם עם זרמים נוספים, חשים אכזבה ואולי אפילו ייאוש מאפשרות יישומה של אסטרטגיה זו. על רקע זה, רבנים מן הגרעין הקשה של הציונות הדתית, היו שותפים, להקמת בתי דין פרטיים לגיור,<sup>102</sup> ולאחרונה גם למערך כשרות אלטרנטיבי לרבנות.<sup>103</sup> פסק דינו של השופט הנדל, מספק רוח גבית ועומק אינטלקטואלי לתהליכים הללו לפחות בהקשר של הגיור. יתרה מזו, בעוד מגמת ההפרטה מוצגת במקרים רבים כתוצאה של המדיניות המחמירה והלא

המר 364–385 (2004) (להלן: אשר כהן "ראשית צניחת גאולתנו"). כן ראו, ידידיה שטרן "דודי חמק עבר" המכון הישראלי לדמוקרטיה – מאמרים (26.7.2013) [www.idi.org.il/articles/9807](http://www.idi.org.il/articles/9807).

98 הרב גדליהו אקסלרוד "גיור ללא קבלת מצוות אינו גיור" גיור ישראלי: חזון. הישגים. כישלונות 157 (ידידיה צ' שטרן ונתנאל פישר עורכים, 2018); לביקורת על תהליכים אלה ראו אשר כהן "ראשית צניחת גאולתנו", לעיל ה"ש 97; ראו גם את מאמרו של שוקי פרידמן "סוף הרבנות הראשית? המכון הישראלי לדמוקרטיה – מאמרים (13.8.2015) [www.idi.org.il/articles/3013](http://www.idi.org.il/articles/3013); ראו גם בהקשר של הגיור את מאמרו של נתנאל פישר "ממלכתיות נגד עצמה" מקור ראשון – מוסף "שבת" (17.10.2014) [www.musaf-shabbat.com/2014/10/17](http://www.musaf-shabbat.com/2014/10/17) (17.10.2014) פישר. פישר תומך בגישה הממלכתית ועל כן הוא מבקר את הרבנות שאינה מתגמשת ובכך פותחת פתח והצדקה לגישות המפריטות.

99 ראו למשל קובי נחשוני "מתווה הגיור הוצג ומעורר שוב את זעם החרדים" Ynet פוליטי-מדיני (3.6.2018) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5277673,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5277673,00.html); עידו בן פורת "הרב יעקב אריאל: 'הטעו אותי' ערוץ 7 – חדשות (31.5.2018) [www.inn.co.il/News/News.aspx/374451](http://www.inn.co.il/News/News.aspx/374451) (31.5.2018).

100 ראו הרבנות הראשית לישראל: 70 שנה ליסודה (התשנ"א); אשר כהן הטלית והדגל: הציונות הדתית וחזון מדינת התורה בימי ראשית המדינה 89–110 (1998); עוד ראו הלכה ציונית: המשמעויות ההלכתיות של הריבונות היהודית (ידידיה צ' שטרן ויאיר שלג עורכים, 2017).

101 כך למשל מתגבשת בקרב רבנים ציוניים דתיים מגמה לעודד אנשים דתיים לפנות לבתי דין פרטיים ולא לבתי המשפט הממלכתיים. לביקורת על מגמה זו מנקודת המבט ההלכתית והממלכתית, ראו יצחק ברנד ערכאות של גויים במדינת היהודים (מחקר מדיניות 83, 2010); עוד ראו ביקורתו של יאיר שלג על אבדן הממלכתיות של הציבור החרדל"י בנושאי חינוך וטענתו כי למדיניות זו יהיו מחירים גם בהקשרים נוספים, יאיר שלג "סכנה מהחרד" לים או סכנה לחרד" לים? המכון הישראלי לדמוקרטיה – מאמרים (19.8.2018) [www.idi.org.il/articles/24402](http://www.idi.org.il/articles/24402).

102 יאיר אטינגר "רבנים בכירים נגד הרבנות: הקימו גוף אלטרנטיבי כדי לבצע גיורים המוניים" הארץ – חינוך וחברה (10.8.2015) [www.haaretz.co.il/premium-1.2704399](http://www.haaretz.co.il/premium-1.2704399).

103 ידידיה כהן וחזקי ברוך "צוהר תקים מערך כשרות אלטרנטיבי" ערוץ 7 – חדשות (25.9.2007) [www.inn.co.il/News/News.aspx/167011](http://www.inn.co.il/News/News.aspx/167011). לביקורת על מהלך זה מנקודת המבט "הממלכתית" ראו משה ביגל "כשרות ממלכתית עקרונות ומדיניות הלכתית" צוהר לח 155, 163–158 (התשע"ה).

ממלכתית של הרבנות והממסד הרבני, פסק דינו של השופט הנדל מתאר את ההפרטה ואת המודל הקהילתי כמצב האידיאלי ולא רק כפתרון בדיעבד.<sup>104</sup> אל מול "רוח התקופה" ניצב המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין, ומבקש, כמעט מתחנן, לתת הזדמנות נוספת להסדרה הלכתית, ממלכתית, מתונה ונכונה לשיח אף עם זרמים לא אורתודוקסים.<sup>105</sup>

פסקי הדין **גז ורגצ'ובה** משקפים עד כמה מורכבת היא ההכרעה השיפוטית בענייני דת ומדינה בישראל. באופן אישי, בהקשר של פרשת גז, אני נוטה בכיורר לעמדת הרוב שהולך השופט רובינשטיין. כידוע, המשפט הישראלי, אינו מכיר בנישואים וגירושים אזרחיים, ומותיר את הסמכות הייחודית לדון בענייני נישואין וגירושים אצל בתי הדין הרבניים הדנים על פי הדין הדתי. כך, שבפועל המשפט האזרחי אינו מסוגל לתת מענה של ממש למסורבות הגט והן תלויות לחלוטין בבתי הדין הרבניים ובכלים הדתיים שיופעלו על ידם. בנסיבות הללו, שאינן שגרתיות, צודקים לדעתי שופטי הרוב בכך שאישרו, גם אם בהסתייגות ובהעלמת עין מסוימת, את צעדיו של בית הדין הרבני. בהערת אגב אציין כי בעיני, גם אם ייוסד בישראל מסלול נישואים אזרחיים כגון הצעת ברית זוגיות שהייתי בין יזמיה,<sup>106</sup> עדיין כל עוד המתחתנים בנישואים הדתיים יהיו כפופים לדין הדתי כתנאי לנישואים מחודשים, יימשך הצורך ליתן רוח גבית לבתי הדין כאשר הם נלחמים במסורבות הגט במתכונת שעליה המליצה דעת הרוב בפרשת גז.

עניין **רגצ'ובה** ופולמוס הגיור באופן כללי מעוררים התלבטות רבה אף יותר. חלק מן ההתלבטות היא התלבטות הלכתית פנימית. הכול מסכימים שיש לשפר את השירותיות של מערך הגיור. אולם מעבר לכך, רבים סבורים כי נדרשת גישה מקלה יותר בכל הנוגע לדרישה עול מצוות, כתנאי לגיור,<sup>107</sup> בוודאי אך לא רק, כאשר מדובר במתגיירים מזרע ישראל.<sup>108</sup> כשלעצמי, אני סבור כי נדרש מהלך נוסף, רדיקלי יותר, לפיו בנסיבות שבהן חלק משמעותי של עם ישראל אינו שומר מצוות, ניתן וצריך לפתח כלים הלכתיים המכירים

104 מעניין להשוות בהקשר זה בין תמיכתו של השופט הנדל בכיורר בהקשר להסדרה ההלכתית של הגיור לבין טענתו של אורי אהרונסון בעד ביזור המערכת המשפטית, ראו אורי אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" **משפט וממשל** טז 9 (2014).

105 בהערת אגב אציין כי קשה להתעלם מהתחושה כי לרקע האישי השונה של השופטים הנדל ורובינשטיין השפעה על הבדלי הגישות ביניהם כפי שהם משתקפים בפרשות **גז ורגצ'ובה**. השופט הנדל יליד ארצות הברית, התחנך במסגרת יהודית קהילתית לא מדינתית ומכאן החשיבות שהוא מייחס לקהילה היהודית. לעומתו השופט רובינשטיין שנולד בישראל שנה שבה הוקמה המדינה והתחנך במוסדות הצינונות הדתית הישראלית, ספג מינקותו את התפיסה הממלכתית הריכוזית שעד לאחרונה אפיינה ציבור זה.

106 שחר ליפשיץ **ברית הזוגיות** (מחקר מדיניות 68, 2006); להתייחסות אוהדת של השופט רובינשטיין להצעת בנושא זה, ראו בג"ץ 3045/05 **בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין**, פ"ד סא (3) 537, פס' ז' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2006).

107 ראו למשל, מנחם פינקלשטיין **הגיור: הלכה ומעשה** (1994); ראו גם עליזה לביא "רות לא הייתה מתקבלת?" **גיור ישראלי: חזון. הישגים. כישלונות** 180 (ידידיה צ' שטרן ונתנאל פישר עורכים, 2018).

108 ראו לדוגמה, הרב חיים אמסלם "היסודות ההלכתיים להקלה בגיור עולים מכוח חוק השבות" **גיור ישראלי: חזון. הישגים. כישלונות** 310 (ידידיה צ' שטרן ונתנאל פישר עורכים, 2018).

**בתוקף הדתי הלכתי של הצטרפות לעם היהודי מן הבחינה הלאומית גם ללא הדרישה לקבלת**עול מצוות במובן המקובל היום.<sup>109</sup>

התלבטויות אחרות, קיימות במישור המשפטי. התלבטות אחת קשורה למונופול האורתודוקסי – האם מוצדק כפי שסבור השופט רובינשטיין, לשתף אומנם את הזרמים האחרים בתהליך אך להותיר את הגיור עצמו בשליטה של הזרם האורתודוקסי?<sup>110</sup> ובהנחה שיש הצדקה לעמדה זו, האם ניתן להגן עליה גם במצב המשפטי הקיים ללא חקיקה המציינת זאת במפורש?<sup>111</sup>

סוג נוסף של שאלות מעוררת סוגיית הריכוזיות: האם נכון להעדיף מערכת ריכוזית, כפי שסבור השופט רובינשטיין או שמא יש לחתור למערכת מבוזרת ואפילו לכתחילה כעמדת השופט הנדל? ואם צודק השופט רובינשטיין כי מלכתחילה יש עדיפות למערכת ריכוזית, ובלבד שתפעל באופן ממלכתי ידידותי מקל תוך מתן כבוד לזרמים אחרים? עד מתי נכון להמתין לכך שהמערכת הריכוזית אכן תפעל בדרך המתוארת על ידיו? ואולי בכלל הפתרון הוא בהפרדה בין הגיור ההלכתי, הריכוזי שימשיך להיות הבסיס לענייני נשואין וגירושין, לבין הצטרפות לא הלכתית לעם היהודי לצורך חוק השבות.<sup>112</sup>

המסגרת הנוכחית המוקדשת לפרידה מן השופט רובינשטיין אינה מתאימה להצגת עמדה כוללת וקוהרנטית המתייחסת גם למצב הראוי וגם לפרשנותו של הדין המצוי. אם יורשה לי להתוודות, לפחות באופן אישי, אני עדיין בשלב החשיבה וההתלבטות ועל כן אינני בשל להציג עמדה חד משמעית לגבי כל הנושאים הללו. אולם בנושא אחד אני משוכנע. בתוך מכלול הדעות והעמדות בנושאים הללו, קולו של השופט רובינשטיין המבקש לשלב גישה הלכתית מקלה ומותאמת, עם אחריות כלפי היהדות וכלפי יהודי התפוצות ומתוך כך נכונות לשיתוף פעולה בין זרמים שונים והכל תוך הדגשת הממלכתיות הוא קול חשוב, שצריך להישמע בתוך מכלול הקולות העוסקים בעניין. יחידותו של קול זה בבית המשפט בפרשת רגצ'ובה, מעוררת את החשד שמא מדובר "במוהיקני האחרון" ואם אכן זהו המצב,<sup>113</sup> המשפט הישראלי יחסר את הקול המיוחד והאהוב הזה.

109 וראו ברוח זו את ספרם של צבי זוהר ואברהם שגיא גיור וזהות יהודית: עיון ביסודות ההלכה (1994).

110 לתמיכה בעמדה זו ראו ידידיה צ' שטרן "גיור ישראלי – מה מונח על הכף?" גיור ישראלי: חזון. הישגים. כישלונות 21 (ידידיה צ' שטרן ונתנאל פישר עורכים, 2018); כן ראו פישר אתגר הגיור, לעיל ה"ש 81.

111 על המורכבות המשפטית של שאלת הגיור ועל הקושי לבסס עמדה ריכוזית במצב המשפטי הקיים ראו יעקב שפירא "הגיור במשפטה של ישראל" גיור ישראלי: חזון. הישגים. כישלונות 60 (ידידיה צ' שטרן ונתנאל פישר עורכים, 2018).

112 יואב ארציאלי אמנת גביון-מידן: עיקרים ועקרונות 18–30 (אורי דרומי עורך, 2003).

113 במאמר קצר זה עסקתי אך ורק בעמדות השופטים שהיו חלק מן ההרכבים בפרשות בהן התמקדתי. משום כך לא עסקתי בעמדות של שופטים "דתיים" נוספים המכהנים כיום בבית המשפט העליון בשאלות הללו כגון השופטים מינץ, וילנר וסולברג. באשר לשניים הראשונים אני סבור כי תקופת הכהונה הקצרה שלהם אינה מאפשרת עדיין ניתוח רציני של עמדותיהם. באשר לשופט סולברג תחושתי הינה כי הוא חולק עם השופט רובינשטיין תפיסות עקרוניות רבות בתחום הדת והמדינה, כגון אך לא רק בסוגיית הגיור כמו גם בסוגיות נוספות והדבר אף בא לידי ביטוי במאמרם המשותף

שהוזכר לעיל. נושא נוסף שלגביו ניתן להצביע על קרבה בין השופטים רובינשטיין וסולברג הוא האהדה לשילובו של המשפט העברי במשפט המדינה. במובנים אלה ניתן לראות בשופט סולברג כממשיך דרכו של השופט רובינשטיין. עדיין, בין השניים קיימים הבדלי גישות משמעותיים בנושאים של תפקיד בית המשפט, ביקורת שיפוטית ותאוריות של פרשנות ובהיבטים רחבים יותר בנושא של תפקיד המדינה ומעורבותה הראויה בחיי האזרח באופן כללי. הבדלים עקרוניים אלה משפיעים על דרך הניסוח ולעיתים אף על התוצאות הקונקרטיות של פסקי דינם העוסקים בענייני דת ומדינה. על כן חרף הדמיון בעמדותיהם בנושאי דת ומדינה, אני סבור כי כמכלול השופט סולברג מביא לבית המשפט קול דומה אך בוודאי שלא זהה לקולו של השופט רובינשטיין. וראו בהקשר זה את הדמיון וההבדלים בין עמדות השניים בדנג"ץ 5026/16 **שי גיני נ' הרבנות הראשית לישראל** (פורסם בנבו, 12.9.2017) (שעסק כזכור בסוגיית הכשרות הממלכתית). לגישתו העצמאית של השופט סולברג בענייני דת ומדינה ראו גם דנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 26.10.2017) (פרשת המרכולים). כן ראו את דעת המיעוט שלו בבג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 12.9.2017) (חוקיות התיקון לחוק הגיוס בעניין הפטור לבני הישיבות) והשוו לחוות הדעת של השופט רובינשטיין שהיה ממובילי דעת הרוב באותו העניין. מובן כי דיון במשנתו העצמאית של השופט סולברג דורשת מאמר עצמאי שהוא מעבר להיקף הרשימה/הרצאה הנוכחית.