

"דברי הרב, דברי הרעבע ודברי הריבון - דברי מי שומעים?"* על "נאמנות כפולה" וניגוד עניינים של משרתי ציבור חרדים ושומרי מצוות

אנשים העושים בשירות הציבור, דתיים בכלל וחרדים בפרט, עשויים למצוא עצמם לא אחת במצב של "נאמנות כפולה" וניגוד עניינים. כך, ברמה התיאורטית-עיונית, בעצם ההזדהות עם רשות ציבור "חילונית" ותהא זו ממשלה, כנסת, בית משפט, רשויות המינהל הציבורי וכיוצא באלה, רשויות הרואות עצמן כפופות רק לצו הריבון, החוק האזרחי, הכנסת, הממשלה ולא לצו ה"רב", הסמכות הדתית, שמחייבת את האדם המאמין. כך, ברמה המעשית – בעשיית מעשים המתחייבים מכוח שירות הציבור אך מנוגדים לעקרונות דתיים. סוגיית ה"נאמנות הכפולה" וקיומו של מעין חשש לניגוד עניינים שמתלווה אליה נעה במעגלים שונים אשר לעיתים משיקים זה לזה ולעיתים מתנגשים זה עם זה. סוגיה זו הולכת-סבה "דילמות אידיאולוגיות" שיש להן השלכות חינוכיות, חברתיות-סוציולוגיות, דתיות, תיאולוגיות, משפטיות, הגותיות-פילוסופיות, הלכתיות ופסיכולוגיות. סוגיית ה"נאמנות כפולה" והימצאות במצב של ניגוד עניינים אומנם אינה מיוחדת רק לשומרי מצוות או לחרדים, אך היא מקבלת תהודה גדולה יותר ועוצמתה גבוהה יותר כאשר מדובר בהם. זאת, בשל כך שבעלי אמונות ודעות שאינם מצויים בשדה ה"דתי" נכונים יותר להגיע לפשרה במקרים מסוימים מאשר אנשים מאמינים, שלטענתם אינם יכולים – בשל אמונתם הדתית ואורח חייהם הנגזר הימנה – ל"התפשר" על עקרונות הדת. מאמר זה בוחן את הסוגיות השונות, הקונצפטואליות-עיוניות והמעשיות, שבהן בא לידי ביטוי מתח זה של "נאמנות כפולה" וניגוד עניינים אפשרי, ומציע דרכים לשיכוכו ולמיתונו.

* כותרת המאמר שאולה מדברי התלמוד, בבלי קידושין מב, ע"ב ועוד.

** פרופ' אביעד הכהן, דקאן בית הספר למשפטים ונשיא המרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט";

עמית מחקר בכיר, מכון ון ליר בירושלים.

כל ההרגשות במאמר הן שלי אלא אם כן צוין אחרת. בהכנת מאמר זה שוחחתי עם כמה אנשים שפעלו בשירות המדינה שנים רבות, וביניהם המשנה לנשיאת בית המשפט העליון (בדימ') השופט אליקים רובינשטיין, והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה רז נזרי, ותודתי נתונה להם גם כאן. תודתי נתונה גם לחברי מערכת משפט, חברה ותרכות ובראשם העורכת לימור מורד על הערות מצוינות למאמר. למותר לומר שהאחריות על הדברים הנאמרים כאן – כולה שלי.

אגב כך נבחנות סוגיות פרטניות כגון העימות בין דת לדמוקרטיה במישור הרעיוני; שאלת מינויו של "שופט דתי", כפי שבאה לידי ביטוי בארץ ובעולם, ושיתוף פעולה עם ערכאות שפוסקות לפי הדין האזרחי ובניגוד לדין הדתי; והיתכנות כהונתם של נושאי משרה חרדים בתחומים שונים כגון שר, ראש רשות מקומית וכיוצא באלה.

אקדמות מילין. א. ניגוד עניינים "אישי" וניגוד עניינים "מוסדי". ב. "נאמנות כפולה" וניגוד עניינים – מהם? ג. מן הכלל אל הפרט: "נאמנות כפולה" וניגוד עניינים בציבור החרדי: 1. דת נ' דמוקרטיה: "הילכו שניהם יחדיו בלתי אם נועדו"; 2. "נאמנות כפולה" וניגוד עניינים בקרב אנשי ציבור חרדים: מקרים פרטניים. ד. דרכי התמודדות אפשריות: 1. צידוק והישענות על דין תורה; 2. צידוק והישענות על הדין האזרחי; 3. איון הבעיה מעיקרה: יש "נאמנות כפולה" אך אין ניגוד עניינים; 4. "עצימת עיניים"; 5. מעין "כורח"; 6. הכרעה לטובת ערך אחד והעדפתו על פני משנהו; 7. העברת מרכז הכובד של ההחלטה האסורה לגורם אחר; 8. פתרון קיצוני: התפטרות. ה. מקרה מיוחד: "שופט חרדי" – אוקסימורון או מציאות? ו. אחרית דבר: בין תיאוריה למעשה.

אקדמות מילין

תמונה אחת שווה יותר מאלף מילים.¹ שר הבריאות בממשלת ישראל, הרב יעקב ליצמן, איש "אגודת ישראל", מבכירי אנשי הציבור החרדים,² חסיד גור מובהק ונאמן ביתו של האדמו"ר, נוטל במסגרת טקס ממלכתי³ זר פרחים מידה של חיילת, לבושה מכנסיים צמודים,

1 צילום מתוך הכתבה יאיר אטינגר "מה זה אומר על החרדים כשליצמן מניח זר מטעם הממשלה בטקס ממלכתי" הארץ 1.5.2017 1.4061963 premium-1. <https://www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.4061963>

2 משיקולי נוחיות בלבד, ובהתאמה לנושא המאמר שלפנינו, התייחסתי לכל אורך המאמר ל"חרדי", תהא הגדרתו אשר תהא. עם זאת, ברי שחלק גדול מן הנושאים במאמר מתייחסים לשומרי מצוות בכלל, גם כאלה שאינם חרדים, ובמקרים מסוימים גם לאנשים "מסורתיים". לא נכנסתי להבחנות הדקות, ולעיתים דקות מן הדקות, שמבדילות בין המגזרים השונים, לרבות בתוככי העולם החרדי פנימה.

3 טקסי זיכרון ממלכתיים מתקיימים גם ברשויות המקומיות החרדיות, או באלה מהן שבראשן עומד ראש רשות חרדי, אך בשנים האחרונות ניתן להם פומבי גם באמצעי התקשורת החרדיים, בניגוד להתעלמות מהם שהייתה נהוגה בעבר. ראו לדוגמה אליעזר היון "טקס הזיכרון החרדי הראשון: רוצים להיות חלק" ynet – יהדות 1.5.2017 <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4956016,00.html>. במקרים רבים "מגויר" או מותאם תוכנו של הטקס באמצעות הדלקת נר נשמה ואמירת פרקי משניות ותהלים. ראו, לדוגמה, ציון יום הזיכרון לשואה ולגבורה בביתר עילית: חנה בורט "ביתר-עילית: ראש העיר ואלוף הפיקוד קראו פרקי תהלים" כיכר השבת 2.5.2011 <https://bit.ly/2IalLfD>. לעומת ציון מועדים אלה, יש ימי



צילום: אליהו הרשקוביץ – כל הזכויות שמורות על פי חוק לצלם

בסמוך לצפירה ביום הזיכרון לחללי מערכות ישראל⁴ ומניחו על מצבת זיכרון לחיילי צה"ל שנפלו במערכה באחד מבתי העלמין הצבאיים. לאחר מכן נאמרה תפילת "יזכור" "חילונית", בנוסח הצה"לי, מעשה ידיו של ברל כצנלסון שהמיר את הנוסח המסורתי של "יזכור אלוקים" ב"יזכור עם ישראל"⁵, ובר בבר קרא אשר ליצמן פרקי תהלים לעילוי נשמת החיילים שנפלו במערכות ישראל.

זיכרון ממלכתיים שהרשויות החרדיות מתעלמות מקיומם. כך, לדוגמה, ציון יום הזיכרון לרצח יצחק רבין. ראו: "טקסי הזיכרון לרבין בביה"ס: בין התעלמות לטקסיות" הארץ 10.11.2011 (עורכן ביום 27.9.2012) 1562688. <https://www.haaretz.co.il/news/education/1.1562688>. תופעה זו קיימת גם במגזר הערבי וגם בחלק ממוסדות החינוך הממלכתיים במגזר היהודי.

4 כידוע, העמידה בשעת הצפירה ביום הזיכרון לשואה ולגבורה וביום הזיכרון לחללי מערכות ישראל נתפסת אצל רבים מן החרדים כהליכה ב"חוקות העכו"ם", והם נמנעים ממנה במופגן. כך, לדוגמה, התבטא בעניין הרב שך: "הם רוצים לכפות שבשעת הצפירה יעמדו כולם דום, ואם לא הרי זה פגיעה בלאומיות. וכי לנסוע בשבת אין זה פגיעה בלאומיות. הרי שבת היא אות הברית בינינו לבין הקב"ה". ראו אליעזר מנחם מן שך **מכתבים ומאמרים** כרך ד 145-146 (התשמ"ו). עם זאת מקורבי הרב שך הרגישו את הוראתו לחרדים לעמוד בשעת הצפירה כשהם נמצאים בפרהסיה, כדי למנוע "חילול השם". ראו אבישי בן חיים **איש ההשקפה: האידיאולוגיה החרדית על פי הרב שך** 81 (התשנ"ד) (להלן: בן חיים **איש ההשקפה**). על התייחסות החרדים לסמלי ממלכה בכלל, וליום העצמאות בפרט, ראו קימי קפלן **בסוד השיח החרדי** 251 (התשס"ז).
5 על הנוסח הצה"לי של התפילה והפולמוס סביבו, ראו אביעד הכהן "לא בחיל ולא בכוח": דת ומדינה בצה"ל" **ספרא וסיפא – ספר היובל לרב מרדכי פירון** 233-365 (אביעד הכהן וצבי א' טל עורכים, התשע"ג) (להלן: הכהן "לא בחיל").

במשך שנות דור, למן ייסודה, התנערה "אגודת ישראל" מהחזון הציוני ולעיתים נאבקה בו קשות. עד היום יחסה למדינה מורכב ביותר. במשך שנות דור נמנעו חבריה מלהצטרף לממשלה כדי לא להיות שותפים ל"שלטון הכופרים".⁶ אין הרבה סמלים ממלכתיים וציוניים מובהקים יותר מ"יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל".

זאת ועוד: חסידות גור היא מן המחמירות ביותר בהלכות צניעות.⁷ שירות נשים בצבא היה זה כבר "טאבו" בחברה החרדית, עד כדי "ייהרג ובל יעבור". כך גם לבישת מכנסיים צמודים לנשים שמוגדרת לא אחת על ידי חכמי ההלכה כאיסור מן התורה וכ"אביזרייהו דגילוי ערות".⁸

השירות בצה"ל הוא כידוע נושא רגיש מאוד בחברה החרדית. כך גם הנחת זר פרחים על קבר – מנהג שלדעת רוב חכמי ההלכה הוא הליכה אסורה ב"חוקות הגויים"⁹ – הוא בבחינת "בל ייראה ובל ימצא" בציבור החרדי. בשו"ב למשרדו, ימצא עצמו שר הבריאות אחראי – לפחות מבחינה מיניסטריאלית – לפעילותה של ועדה מטעם משרדו המתירה מדי שנה בשנה, כמעט ללא חריגים, מאות "הפלוח", הפסקות היריון.¹⁰ כבעל סמכות להכריע בנושאי משרדו, ימצא עצמו שר הבריאות החרדי נדרש להכריע בנושאים רבים השנויים במחלוקת הלכתית, שלדעת חלק מחכמי ההלכה מהווים עבירה על דין תורה ממש או למצער, גובלים באיסורים הלכתיים בעייתיים ביותר. כך, לדוגמה, בסוגיות כגון ניתוחי מתים, השתלות איברים, פונדקאות, ועוד.

תמונה זו ממחישה את הדילמה וניגוד העניינים שעשויים לעמוד לפתחם של אנשים העושים בשירות הציבור, דתיים בכלל וחרדים בפרט. כך, ברמה התיאורטית-עיונית, בעצם ההזדהות עם רשות ציבור – ממשלה, כנסת, בית משפט, המינהל הציבורי וכיוצא באלה; וכך ברמה המעשית – בעשיית מעשים המתחייבים מכוח שירות הציבור אך מנוגדים לעקרונות דתיים. בד בבד, אפשר שתמונה זו של השר ליצמן בטקס יום הזיכרון ממחישה את הפער הגדול שבין ה"ההלכה" ל"מעשה", בין התיאוריה לפרקטיקה. במאמר זה אבקש

6 לסוגיה זו ראו לדוגמה פסקי דינו של המשנה לנשיאת בית המשפט העליון (בדימ') השופט רובינשטיין: בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2009) (להלן: עניין ההסתדרות הרפואית בישראל); בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.4.2016) (להלן: עניין מפלגת יש עתיד). אף על פי שמבחינה אידאולוגית ההבחנה אינה נקיה מספקות, אנשי "אגודת ישראל" עשו הבחנה בין הישיבה בכנסת, שאינה כרוכה בסמכויות ביצועיות, לבין הישיבה בממשלה, שכרוכה בהפעלת סמכויות ביצועיות.

7 ראו נאוה וסרמן מימי לא קראתי לאשתי – זוגיות בחסידות גור (התשע"ו).
8 לבישת מכנסיים לנשים נחשבת בעיני חלק גדול מחכמי ההלכה כעבירה על איסור "לא ילבש גבר שמלת אשה" (דברים כב, 5). לסקירת הדעות השונות, ועמדה מקלה קצת יותר במקום שלבישת מכנסיים מהווה תחליף לשמלה שאינה צנועה, ראו שו"ת יביע אומר, חלק ו, יורה דעה, סימן יד.

9 ראו שו"ת יביע אומר, חלק ג, יורה דעה, סימן כד.

10 ראו אליאב שוחטמן "על דרישת ההסכמה המודעת בהפסקות היריון" משפטים כט(3) 737 (1998).

להצביע על שני המישורים, העיוני והמעשי, תוך תיאור המתחים הקיימים ביניהם והדרכים לשייכוכם ולמיתונם.

למען הסר ספק יודגש כבר כעת: סוגיית ה"נאמנות הכפולה" וקיומו של מעין חשש לניגוד עניינים¹¹ שמתלווה אליה אינו מיוחד רק לחברה החרדית, או לחברה היהודית. מדובר בתופעה נפוצה ואופיינית לחברה בת ימינו, בארץ ומחוצה לה, חברה שבה בני אדם בכלל, ובעיקר משרתי ציבור, נעים במעגלים שונים אשר לעיתים משיקים זה לזה ולעיתים מתנגשים זה עם זה.¹² במסגרת זו, הם נתקלים תדיר ב"דילמות אידיאולוגיות", שיש להן השלכות חינוכיות,¹³ חברתיות-סוציולוגיות,¹⁴ דתיות,¹⁵ הגותיות-פילוסופיות, הלכתיות¹⁶ ופסיכולוגיות.

11 להלן הסתפקתי רק במונח "נאמנות כפולה" מכיוון שלמונח "ניגוד עניינים" יש משמעות משפטית מובהקת שחלה בעיקר על נושאי כהונה ציבורית, ואילו הדברים שלהלן מכוונים למרחב גדול יותר שבו כלולים גם אנשים פרטיים (דוגמת בעל עסק, עובד וכיוצא ב), שלא בהכרח חלים עליהם הכללים הפורמליים של איסור ניגוד העניינים שקבועים במשפט הציבורי וחלים על משרתי ציבור. בחלק מן המקרים חלים על בעלי מקצוע איסורי "ניגוד עניינים" מכוח חובה אתית ולא משפטית. ראו לדוגמה סעיף 14 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, ק"ת 1373; בד"א (משמעת עו"ד ת"א) 32/11 לשכת עורכי הדין – ועד מחוז ת"א נ' מזרחי, פדאור אתיקה 12(47) 741 (2012).

12 בהקשר השיפוטי הועד כבר שבראשית המאה העשרים ואחת, היה בהרכב בית המשפט העליון האמריקני, בפעם הראשונה בתולדותיו, רוב של חמישה שופטים קתולים מתוך תשעה (הנשיא רוברטס, והשופטים קנדי, תומס, סקאליה ואליו). לא למותר להזכיר שכיום הזה (שנת 2018) מכהנים בו גם שלושה שופטים יהודים: רות בדר-גינסברג, סטיבן ברייר ואלנה קגן. על השופטים היהודים בבית המשפט העליון האמריקני, ראו: DAVID G. DALIN, JEWISH JUSTICES OF THE SUPREME COURT: FROM BRANDEIS TO KAGAN (2017), והביבליוגרפיה שם.

13 ראו בהרחבה יונה גורמן "הילכו שנים יחדיו?" התמודדות עם דילמות חיים אידיאולוגיות: מקרה הזהות הממלכתית-דתית (עבודה לקבלת תואר דוקטור בחינוך יהודי, האוניברסיטה העברית – החוג למדעי הרוח, 2017) (להלן: גורמן הילכו שנים יחדיו?).

14 דוגמת המתח שמתקיים בין נציגי ציבור חרדי שמחויב לעיתים לתמוך ביוזמות שאינן מקובלות על שכניו. כך, למשל, נערכו הפגנות רבות משתתפים על ידי בני "הפלג הירושלמי" ליד בתיהם של ח"כים חרדים שהביעו תמיכה ב"חוק הגיוס". לעיתים, המחאה מופנית לא רק כלפי נציגי הציבור אלא גם כלפי בני משפחתו, ומגיעה עד כדי אלימות פיזית. ראו לדוגמה, ישראל פריי "ח"כ מאיר פרוש הותקף ביציאה מחתונה משפחתית" קול חי 25.11.2015 <https://www.93fm.co.il/radio/253307>; יקי אדמקר "תתבייש, רוצח: ח"כ גפני ורעייתו הותקפו על ידי מפגינים. תיעוד" וואלה – חדשות 13.2.2018 <https://news.walla.co.il/item/3134915>.

15 סוגיה זו עלתה בהקשרים שונים שמקצתם הגיעו גם לבתי המשפט. כך, לדוגמה, התנגדה רשת פארם אמריקנית שבעליה נוצרים אדוקים למכור בסניפיה גלולות למניעת היריון, ובית המשפט העליון בארה"ב פטר אותה מחובה זו, וכך בכך קבע כי גם לתאגיד – ולא רק לאדם פרטי – עשויה לעמוד הזכות לחופש דת. ראו Burwell v. Hobby Lobby, 573 U.S. (2014).

(להלן: עניין Hobby Lobby). בעקבות פסיקת בג"ץ לרשום את סוזן מילר, שהתגיירה בגיור רפורמי, כ"יהודייה" במשרד הפנים, נועץ שר הפנים הרב יצחק פרץ, ברבותיו ואלה הורו לו שמבחינה הלכתית אסור לו להישאר בתפקידו ובעקבות כך התפטר ממשרד הפנים. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 322 של

כך, למשל, נדרש חייל ציוני-דתי להכריע בין נאמנותו להוראת רבותיו להימנע מפניו יישוב בארץ ישראל לבין הוראת מפקדו לבצע את פקודת הפינוי.¹⁷ עובד מדינה, כגון שגריר או איש מרכז ההסברה בעל השקפת עולם פוליטית המנוגדת לחלוטין למדיניות הממשלה מתבקש לעיתים לייצג את המדינה או להציג בשמה עמדות המנוגדות לחלוטין להשקפת עולמו.¹⁸ הוא הדין לפרקליט בשירות המדינה שנדרש לייצג את עמדתה בבית המשפט הגם שאינו מסכים עמה כלל ועיקר.¹⁹

בהקשר שונה, אדם בעל השקפת עולם סוציאליסטית עשוי לעבוד בשירותה של חברה עסקית שכל מטרתה צבירת הון והשאת רווחים גם במחיר העסקת חלק מעובדי החברה בתת-תנאים, ללא תנאים סוציאליים ומתחת לשכר המינימום. מורה חילוני שמלמד במוסד בעל צביון דתי או עורך דין אתיאטיסט שמופיע בבית הדין הרבני במסגרת מקצועו או מילוי תפקידו עשוי להידרש לחבוש כיסוי ראש אף שהדבר נוגד את עיקרי אמונתו, השקפתו ואורח חייו.²⁰ בדומה לכך ראש עיר חילוני עשוי להידרש לתקצב פעילות דתית מובהקת המנוגדת כליל להשקפת עולמו, ולהפך: ראש עיר או שר חרדי, עשוי להידרש, במסגרת תפקידו, לאשר תקציבים, תקנות או פעולות שעומדות בסתירה מוחלטת לעיקרי אמונתו.

- הכנסת ה-11 (25.5.1987). <https://bit.ly/2OBHo82>. במקרה אחר הורה הרב י"ש אלישיב לרב שלמה דיכובסקי לסרב להצעה להתמנות כשופט בבית המשפט העליון, בשל הבעיות ההלכתיות שכרוכות בהצטרפות למערכת משפט ששופטת שלא לפי דין תורה. ראו ידידיה שטרן "החרדים והמשפט" ידיעות אחרונות 3.3.2016. <https://www.idi.org.il/articles/2307>
- 17 ראו לדוגמה אשר כהן "דת ופטריוטיות בין השלמה לניגוד: חזונם ושכרם בציונות הרתית" פטריוטיזם: אוהבים אותך מולדת 453 (אבנר בן-עמוס ודניאל בר-טל עורכים, 2015).
- 18 ראו לדוגמה עש"מ 5/86 ספירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד (4) 227, 244 (1986).
- 19 כידוע, לא פעם סירבו היועץ המשפטי לממשלה או אנשי הפרקליטות לייצג את עמדת הממשלה בשל אי-הסכמתם עימה. התנגשות זו הביאה למשבר חריף. ראו לדוגמה מן העת האחרונה: שילוב עורכי דין חרדים בשירות המדינה הפך להיות אחד ה"דגלים" של הפרקליטות בהנהגת פרקליט המדינה שי ניצן. לצד הברכה שבשילוב זה, הוא מעורר לא מעט שאלות של "ניגוד עניינים" בין השקפת העולם האישית של הפרקליט המייצג לבין עמדת המדינה.
- 20 ראו, למשל, בג"ץ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650 (1998). באוניברסיטת בר-אילן קיים מאז הקמתה קוד התנהגות המחייב את מורי המוסד, גם כאלה שאינם דתיים, לחבוש כיסוי ראש בשעת ההוראה. בפועל, נאכפה נורמה זו רק בהוראת לימודי תורה, ואילו בשאר המקצועות היא לא תמיד נאכפת. לפני כעשור שנים, מורה מן החוץ חילוני בפקולטה למשפטים שנתבקש לקיים נורמה זו העדיף לפרוש מההוראה במוסד זה ולא לקיימה. במקרה אחר נאכפה החובה על תלמיד בלימודי יסוד לחבוש כיפה, ומשסירב להישמע לה הורחק מן הכיתה. ראו שחר חי "בר אילן: סטודנט שלא חבש כיפה הורחק משיעור" *ynet* 11.12.2012. <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4318504,00.html>. על המתח שבין קוד לבוש דתי לנורמות משפטיות ראו לדוגמה הכהן "לא בחיל", לעיל ה"ש 5, בעמ' 319 ולעניין חבישת כיפה בצבא האמריקני בעמ' 344. סוגיה זו נתעוררה באחרונה בכמה ערכאות שיפוטיות, בעקבות סירוב מאמינים להימנע מללבוש סממני-לבוש (כגון טורבאן או קירפאן אצל הסיקים) או סמלים דתיים (כגון צלב), דבר שהוביל במקרים מסוימים לפיטוריהם. ראו לדוגמה *What is the legal standing on Sikhs wearing the Kirpan?* SIKH ANSWERS (April 12, 2010). www.sikhanswers.com/modern-youth-issues/legal-standing-on-sikhs-wearing-kirpan

סוגיה זו, של "נאמנות כפולה" אינה מיוחדת אפוא – אפילו בשדה הדת – לשומרי מצוות בכלל ולחרדים בפרט. אכן, היא מקבלת תהודה גדולה יותר ועוצמתה גבוהה יותר כאשר מדובר באנשים דתיים בכלל, ובציבור חרדי בפרט. זאת, מסיבה פשוטה: בעלי אמונות ודעות שאינן מצויות בשדה ה"דתי" יכולים, עשויים ונכונים יותר לכוא לידי פשרה. פשרה, שבמידה רבה עשויה לעקר את ההתנגשות בין אורח חיים או השקפות עולם הסותרים זה את זה.

לעומת זאת, בעלי השקפת עולם דתית, בוודאי כשמדובר בדת היהודית האורתודוקסית או במגזר החרדי, שמחזיקים בפרשנות מחמירה יותר (שעשויה להיחשב כתפיסת עולם קיצונית בעיני חלק או רוב עמיתיהם שומרי המצוות) שלה, אינם רוצים – ולטענתם, גם "אינם רשאים" ו"אינם יכולים" – ל"התפשר" על עקרונות ההלכה, לא דרך קבע ואפילו לא דרך עראי.²¹

למרות עמדה זו, וכפי שאבקש להראות להלן, במישור המעשי, נדרשים אנשים דתיים וחרדים בכלל, ואנשי ציבור ובעלי סמכות בפרט, לסוגיה ולמיניהם, דבר יום ביומו, לקבל הכרעות שמעוררות ניגוד וסתירה להשקפת עולמם ואורח חייהם, ברמה זו או אחרת. האם ניתן, וכיצד, ליישב בין ערכים סותרים אלה? שמא גם בעניין זה – כמו בעניינים אחרים – קיים פער בין האידיאולוגיה והתיאוריה לבין המציאות? על שאלות אלה אבקש לעמוד במאמר זה.

בתחילת הדברים אבקש להגדיר בקצרה "ניגוד עניינים" ו"נאמנות כפולה" מהם, ומה טעם פגיעתם נתפסת כרעה. לאחר מכן אעבור מן הכלל אל הפרט, ואביא דוגמאות למצבים של "נאמנות כפולה" אצל אנשי ציבור חרדים.

בהמשך המאמר אבקש להצביע על דרכי התמודדות אפשריות לסילוקו או ל"נטרולו" של מוקש הנאמנות הכפולה, ולסוף אצביע, לצד הפתרונות העיוניים-תיאורטיים, על השלמה עם מצב שבו קיים פער בין הלכה לבין מעשה, בין ההלכה הכתובה לבין המציאות בפועל.

א. ניגוד עניינים "אישי" וניגוד עניינים "מוסדי"

בנסותו לאפייין את ההבחנה בין שני מונחים אלה הגדיר בית המשפט ניגוד עניינים "אישי" כמצב שבו איש ציבור מקבל (באופן ממשי, בדרך ישירה או עקיפה) טובת הנאה בכסף או בשווה כסף (דוגמת משרה ששכרה החומרי בצידה, מתנות יקרות ערך וכיוצ"ב) לעצמו או לאחד מבני משפחתו כתוצאה מפעולה שלטונית שמצויה בסמכותו.²²

לעומת זאת במצב של ניגוד עניינים "מוסדי" איש הציבור אינו מקבל טובת הנאה אישית לעצמו או לקרוביו, אך מצוי במצב של "נאמנות כפולה", משום שבו בזמן יש לו מחויבות לשני גורמים או מוסדות.

21 ביטוי ספרותי לכך ניתן בהקשר אחר על ידי הרמב"ם, מגדולי ההלכה והפילוסופיה בכל הדורות, כשקבע בין י"ג עיקרי האמונה שלו את הכלל הגדול שלפיו "זאת התורה לא תהא מוחלפת ולא תהא תורה אחרת מאת הבורא יתברך שמו" (מופיע בסידור התפילה, לאחר תפילת שחרית).

22 ניגוד העניינים האישי נושק פעמים רבה לעבירות הפליליות של שוחד והפרת אמונים. להגדרתן, ראו סעיפים 290-296 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. ובהרחבה ראו מאור אבן-חן עבירות השוחד (2017).

מצב של ניגוד עניינים "מוסדי" מתקיים, למשל, כאשר איש ציבור ממלא בו בזמן יותר מתפקיד אחד, בשני גופים (ציבוריים, או אחד פרטי ואחד ציבורי) הפועלים בנפרד זה מזה. כאשר מילוי התפקיד והיקף המשרה בכל אחד משני גופים אלה דורשים "הקדשת זמן מלא", לא יוכל איש הציבור למלא תפקידו כהלכה: כאשר יקדיש זמנו למילוי תפקידו בגוף האחד, יבוא הדבר בהכרח "על חשבון" מילוי תפקידו בגוף האחר.

הוא הדין לשתי כהונות מקבילות שמצד מהותן יש בהן חשש לניגוד עניינים מוסדי. דוגמה קלאסית לכך היא מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל. כידוע, הנושא בתפקיד זה משמש כראש הרשות התובעת, המורה על חקירות נגד חשודים בעבירות ובסמכותה להורות על העמדתם לדין. בד בבד משמש היועץ המשפטי לממשלה כגורם מייעץ לממשלה ושריה. כך ייתכן שבבוקרו של יום ייעץ היועץ המשפטי לממשלה לשר משרי הממשלה כיצד עליו לנהוג בעניין מסוים, ייעוץ הדורש – ככל חובת עורך דין מול לקוחו – חובת אמונים מלאה, מסירות ונאמנות, ואילו בשעות אחר הצהריים של אותו יום ממש, יצטרך היועץ המשפטי לממשלה להחליט האם להורות על פתיחת חקירה או על העמדתו לדין של אותו שר שלו נתן ייעוץ בשעות הבוקר. כידוע, בנושא זה נתקיים דיון ציבורי ער, בעיקר בשנים האחרונות, ועל האנומליה וניגוד העניינים בעניין זה נכתב ונאמר רבות.²³

דוגמה שלישית לניגוד עניינים מוסדי היא כהונה בו בזמן בשני גופים ציבוריים שמטרת האחד אינן חופפות את מטרת הגוף האחר ולעיתים מנוגדות להן. איש ציבור שממלא בו בזמן תפקיד בשני הגופים, עלול במסגרת תפקידו בגוף אחד, להשפיע – ולא תמיד לטובה – על הדרך שבה הוא ממלא את תפקידו בגוף השני. כך, למשל, כהונה בו בזמן בשני גופים, כשתפקיד האחד לבקר את פעילות הגוף השני או לאשר את תקציבו (דוגמת כהונה כפולה במועצת הרשות המקומית ובמועצה הדתית שתקציבה נקבע על ידי הרשות המקומית).²⁴

בהקשר הספציפי שלפנינו מדובר בניגוד עניינים "מוסדי" בעל גוון נוסף: ניגוד עניינים בין שתי מערכות שלכל אחת מהן מערכת ערכים, עקרונות ונורמות הסותרות את רעותה, ואילו איש הציבור משתייך בו בזמן לשתייהן כאחד. כך, למשל, אדם הכפוף – מרצונו – לדת מסוימת, חייב לציית מכוח השתייכותו אליה, למוסדותיה, לכלליה ולערכיה. כך גם איש ציבור כגון שר או ראש רשות מקומית, החייב לציית להוראות החוק, להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ולהחלטות המתקבלות ברוב במליאת אותם מוסדות (מליאת הממשלה, מליאת הכנסת או מליאת הרשות המקומית). אכן, בדתות ה"קלאסיות" (אסלאם, נצרות, יהדות) הריבון הוא האל, ואילו במוסדות האזרחיים הריבון הוא העם. במערכות הדת החוק המחייב הוא צו האל (כגון חוקי הקוראן או מצוות התורה)²⁵ ואילו במערכת האזרחית המחייב הוא חוקי בני האדם המתקבלים בפרלמנט (ובישראל, בכנסת).

23 ראו לדוגמה הוועדה הציבורית לכהינתן דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו ד"ח הוועדה (1998); שמרית רגב "הדעות נחלקו ביום העיון שקיימה הלשכה בנושא פיצול סמכויות היועץ המשפטי לממשלה" לשכת עורכי הדין בישראל (הודעת דוברות הלשכה, 10.11.2009) www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=88868&catId=2133

24 לעניין זה ראו גם את חוות הדעת השונות של הוועדה למניעת ניגוד עניינים במשרד המשפטים: bit.ly/2LonHhu

25 אכן, מערכות שונות כגון המשפט העברי הכירו גם בחוק האזרחי כמחייב במקרים מסוימים (לפי העיקרון של "דינא דמלכותא דינא"), אך תוקפה של הכרה זו מצוי במעמד נורמטיבי

ב. "נאמנות כפולה" וניגוד עניינים – מהם?

"נאמנות כפולה" היא תוצאת המצב של "ניגוד עניינים", בין אישי ובין מוסדי. כתוצאה מניגוד עניינים שבו נתון אדם, הוא מחויב בו בזמן לאנשים שונים,²⁶ לשני מוסדות, לשתי אמונות, לאידיאולוגיות או למערכות חיים. מערכות אלה עשויות למצוא עצמן מנוגדות – כולן או חלקן – זו לזו. לעיתים, מכונה תופעה זו בשמות "רכים" יותר, דוגמת "דילמות אידיאולוגיות", "דילמות חיים", וכיוצא באלה.²⁷ קיימים הבדלים וניואנסים שונים בין השמות ותוכנם, אך במסגרת צרה זו לא אוכל להרחיב בעניין זה. את המצבים השונים שבהן מתקיימת "נאמנות כפולה" ניתן לחלק לתת-קבוצות. כך, לדוגמה, מצב שבו שתי ה"נאמנויות" הן חזקות ובעלות עוצמה שווה (כגון אדם המחזיק בו בזמן באזרחות של כמה מדינות),²⁸ לעומת מצב שבו נאמנות אחת היא בעוצמה גבוהה (כגון מחויבות לאורח חיים חרדי) ואילו הנאמנות האחרת (ולו בעיניו הסובייקטיביות של "בעל הנאמנות") היא בעוצמה פחותה בהרבה (כגון נאמנותו של אדם חרדי ספציפי – לא חס ושלום כהכללה של הציבור כולו – לשמירה על חוקי המדינה שבה הוא מתגורר או לכללי הארגון שבתוכו ומכוחו הוא פועל, למשל משרד ממשלתי).

גם כאן, למותר לומר, הסוגיה עולה לא רק בספֶּרֶה החרדית. כך, לדוגמה, אדם המשתייך לשבט או לקבוצה מסורתית (דוגמת הקהילה השומרונית, הקראית, הברואית, הדרוזית, המורמונית וכיוצ"ב) המקיימים אורחות חיים מוגדרים, הניזונים ממסורת עתיקת יומין, אך בה בעת חי ופועל בעולם מודרני שקוד הלבוש וההתנהגות בו שונים לחלוטין ומנוגדים למסורת. כך, לדוגמה, עשויים שופטים קתולים בארצות הברית ובמקומות אחרים להידרש ולהכריע בסוגיית הפלות או לצוות על גירושין ולציית לתקדימים שניתנו בעניין זה בניגוד למצוות אמונתם.

ה"נאמנות הכפולה" עשויה לגלות מתח לא רק בין השקפת עולם שמקורה בדת להשקפת עולם "חילונית", אלא גם בין השקפת עולם מוסרית לנוהג רווח. כך, לדוגמה, עשוי שופט צמחוני להידרש ולהכריע בסוגיות שעניינן שחיטת בעלי חיים, ושופט המתנגד – מבחינה מצפונית ומוסרית – לעונש מוות עשוי להידרש ולהכריע בעניינו של רוצח שדינו באותה מדינה עונש מוות.

משני ביחס לחובת הציות לצו האל, וגם תחולתה של הכרה זו מצומצמת בהרבה. כך למשל, עקרון "דינא דמלכותא" הוכר רק בענייני "ממונא" ולא "איסורא", ולדעת חלק גדול מחכמי ההלכה אין לו תחולה כלל בארץ ישראל אלא רק בחו"ל. לעניין זה ראו בהרחבה מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו עקרונותיו כרך א 58 (מהדורה ראשונה, 1973) (להלן: אלון המשפט העברי); שמואל שילה דינא דמלכותא דינא (התשל"ה).

26 מובן שמצב זה מתקיים גם בספֶּרֶה האישית ולא רק בספֶּרֶה הציבורית והמשפטית. כך לדוגמה מחויב בן זוג שיש לו ילדים בנאמנות ומחויבות גם לבן זוגו וגם לילדיו, או כשיש לו כמה ילדים הוא מחויב בו בזמן לכל אחד מהם. היה וייתן מלוא תשומת לב והקדשת זמן לאחד מהם, יבוא הרבר "על חשבון" הקדשת מלוא תשומת הלב והקדשת הזמן לאחר.

27 ראו לדוגמה, גורמן הילכו שנים יחידו?, לעיל ה"ש 13, והספרות הרחבה הנוכרת שם.

28 כידוע, מצב זה הביא לדרישה בכהונות מסוימות לפיה עליו לוותר על כל אזרחות "זרה" שהוא מחזיק בה. ראו לדוגמה סעיף 16 לחוק יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

לעומת "נאמנות כפולה", שהוא בעיקרו מונח פסיכולוגי או סוציולוגי-התנהגותי, "ניגוד עניינים" מתקשר דרך כלל לשדה המשפטי.

בפן המשפטי הצרוף, האיסור על ניגוד עניינים הינו אחד מכללי היסוד במשפט. כך, בשדה המשפט הפרטי, וכך בשדה המשפט הציבורי. במשפט הפרטי, אסור למשל לעורך דין לייצג בו בזמן שני לקוחות שיש לכל אחד מהם אינטרס שונה.²⁹ לבעל אג"ח בחברה פרטית אסור לקבל החלטות בנושאים שמייטיבים עמו אישית אך בה בעת פוגעים בבעלי האג"ח האחרים.³⁰ רופא המייעץ לפציינט ליטול תרופה בידועו שהוא ממליץ עליה רק בשל העובדה שיקבל תמורתה, וכיצא באלה.

במשפט הציבורי, האיסור אף רחב יותר: לא רק שאסור לעובד ציבור לפעול בניגוד עניינים אלא שנאסר עליו להיות במצב שיכול להתקיים בו – אפילו בעתיד הרחוק – פוטנציאל לניגוד עניינים.³¹

כלל זה, כמוהו ככלל האוסר על משוא פנים – ושניהם ממקום אחד יצאו – הוא אחד מאותם כללים שמתחייבים מן ה"שכל הישר", וגם אלמלא חוק כתוב – היה מקום לאומרם ולנהוג על פיהם.

שאלת ניגוד העניינים של עובדי ציבור זכתה להתייחסות רבה במשפט הישראלי, הן בחקיקה³² הן בפסיקה³³ והן אצל מלומדים.³⁴ על מדוכת ניגוד עניינים של נבחרי הציבור ברשויות המקומיות, ישבה ועדה מיוחדת ואף נתפרסמו כללים בעניין זה בעקבות עבודתה.³⁵ עוד בימים קדמונים, ניסח הלורד הרשל את טיבו של כלל זה, תוך שהוא מדגיש לאו דווקא את בסיסו המוסרי אלא את החשש מפני הפליה:

זהו כלל בל יעבור בבית-משפט של יושר כי אדם במצב של נאמנות [...] לא יורשה לשים עצמו במצב שבו מתנגש האינטרס שלו בחובתו [...] לא נראה לי כי כלל זה, כפי שנאמר, מבוסס על עקרונות המוסר. אני רואה אותו יותר כמבוסס

- 29 ראו לעיל ה"ש 11.
- 30 ראו לדוגמה סעיף 35ב25 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 234.
- 31 ראו דברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 570, 566 (1980) (להלן: עניין סיעת הליכוד).
- 32 ראו, למשל, סעיף 47 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307; וביחס לנושא משרה בחברה, ראו סעיפים 254, 269-270 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189.
- 33 פסק הדין המנחה בעניין זה הוא עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 31, שבו בחן השופט ברק את הכלל, את טעמו ואת היקפו.
- 34 ראו, למשל, אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י 11 (1980); טניה שפניץ וורדה לוסטהויז "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ספר אורי ידין – האיש ופועלו כרך ב 315 (אהרן ברק וטניה שפניץ עורכים, 1990); שי ניצן "ניגוד עניינים של חברי כנסת" משפטים כ 457 (1991); רענן הרזוב המשפט המינהלי הישראלי 299-397 (1996); סוזי נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור" משפטים לא 433, 500-503 (2000).
- 35 ראו משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה בנושא ניגוד עניינים של נבחרי הציבור ברשויות המקומיות (1983); הודעה בדבר כללים למניעת ניגוד עניינים של נבחרי הציבור ברשויות המקומיות, י"פ התשמ"ד 3114; משרד המשפטים החלטות בדבר מניעת ניגוד עניינים של נבחרי ציבור ברשויות המקומיות (1993).

על השיקול, שבהיות טבע האדם כפי שהוא, ישנה סכנה בנסיכות כאלה שהאדם המכהן בתפקיד של נאמנות יונע על-ידי האינטרס יותר מאשר על-ידי החובה, ובכך יקפח את אלה אשר מחובתו להגן עליהם.³⁶

בהקשר המשפטי, קבע בית המשפט לא פעם, כי המבחן לקיומו של ניגוד עניינים הוא מבחן אובייקטיבי. די בכך שמבחינת הנתונים האובייקטיביים ועל סמך שיקולים המבוססים על ניסיון החיים והשכל הישר עלול להיווצר מצב של ניגוד עניינים.³⁷ באחד מפסקי הדין המנחים בסוגיה זו, עניין סיעת הליכוד, הסביר כב' השופט (כתוארו אז) ברק:

האיסור אינו רק על שיקול הדעת עצמו בכיצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על הימצאות במצב בו עלול להיות ניגוד עניינים. מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע. הכלל צופה פני העתיד. אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל שיקול הדעת הוא ראוי. מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בחינת אל תביאונו לידי ניסיון. על כן, אין צורך להוכיח בפועל קיומו של ניגוד עניינים. די בכך שקיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים [...] אפשרות ממשית זו נמדדת באמות מידה אובייקטיביות, ולא על-פי חששותיו הסובייקטיביים של צד זה או אחר.³⁸

לפיכך, העובדה שאדם מסוים סבור שהוא מצוי או אינו מצוי במצב של ניגוד עניינים אינה מעלה ואינה מורידה. בפסק דינו הנזכר בעניין סיעת הליכוד, הוסיף ותיאר השופט ברק את מהות הכלל:

כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (*conflict of interest*). לכלל זה מקורות מספר, אשר החשובים שבהם הם כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה. על-פי כללי הצדק הטבעי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של משוא פנים או דעה משוחדת [...] תחום פעולתו העיקרי של כלל זה הוא לעניין עובד ציבור המבצע תפקיד שיפוטי או כעין שיפוטי. אך אין הכלל מוגבל למצבים אלה בלבד. כל גוף ציבורי, יהא תפקידו אשר יהיה, חייב לבצע את תפקידו ללא דעה קדומה ומשוחדת, ללא פניות וללא משוא פנים [...] כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה, הם המביאים לגיבושו של הכלל, כי עובד ציבור אסור לו להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים בין האינטרס הקשור בכיצוע סמכותו וכוחו, לבין אינטרס אחר כלשהו שאף עמו הוא קשור.³⁹

את טעמה של הלכה הוסיף והיטיב לתאר השופט מ' חשין:

טעמיה של הדוקטרינה [= של איסור ניגוד עניינים] ידועים וגלויים לעין: ראשית לכול, הצורך המובנה כי עובד הציבור יפעיל את סמכותו תוך שהוא מטמיע

36 צוטט על ידי השופט ברנזון בע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כח(1) 373, 379 (1971).

37 ראו עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 31, בעמ' 570.

38 שם, בעמ' 570.

39 שם, בעמ' 567 ו-569.

את עצמו בתפקידו ומתעלם מכל שיקול שאינו נדרש מתפקידו ומסמכותו. שנית, כדי שהעם יראה ויאמין כי תופסי סמכות ובעלי שררה אינם משווים לנגד עיניהם אלא את טובת התפקיד שהם מחזיקים בו, שרק כך ייתן העם אמון בעובדי הציבור ובעלי השררה.⁴⁰

במקום אחר הוסיף השופט חשין:

ראוי הוא הקהל שיראה וידע כי נבחריו עושים והם נקיי-כפיים; כי עושים הם ככל מאודם לטובת הכלל ולא לביתם, כי מחשבתם ולכם נתונים לטובת הציבור ולא לטובתם-שלהם; כי דרכם ישרה ודעתם נקייה. שאם אחרת ייעשה וייראה, כי אז היינו כולנו לבוקה ומבוקה ומבולקה.⁴¹

ובמקום נוסף הוסיף:

האינטרס האישי או האינטרס הציבורי האחר יכולים שיערפלו את מחשבתו הנקייה של איש הציבור – מחשבה האמורה להטביע עצמה אך באינטרס שהוא מופקד על קידומו – יִסְטו אותו מדרך הישר וירחיקו את לבו מן העיקר שהוא חייב בו. אם בהשפעות חיצוניות יעשה, ייפגם אמון הציבור בו, ועל-כן אסור הוא איש הציבור להימצא במצב שבו יילכד בצבת של ניגוד אינטרסים [...] העיקרון האסור על איש הציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים הוליד בנות ובנים לא-מעט [...] עיקרון זה אינו מגביל עצמו אך לעובדי מינהל. מחיל הוא עצמו גם על נבחריו ציבור.⁴²

עקרונות אלה כולם יפים גם לנושא דנן: החשש מפני משוא פנים, מודע או לא מודע; הפגיעה באמון הציבור באדם חרדי העושה במשרה, שקיים לגביו חשש כי יעדיף למלא אחר רצון הרב (=הקב"ה) והרעבע (=האדמו"ר, כינוי למנהיגה של קהילת חסידים) ולא את רצון הריבון. לאור הגדרת איסור ניגוד העניינים במשפט כאיסור להימצא במצב פוטנציאלי של ניגוד עניינים אובייקטיבי, בעיני "האדם הסביר", המתבונן מן הצד, שאלת קיומו של החשש לניגוד עניינים אינה תלויה בזהותו הסובייקטיבית של עובד הציבור הרלוונטי, ובענייננו בזהותו הספציפית של עובד הציבור הדתי או החרדי.

לפי דוקטרינה זו, גם אדם בעל יושר ויושרה, הגון ביותר, אינו רשאי להיות נתון במצב שבו קיים חשש אובייקטיבי לניגוד עניינים. ועוד, אין חשיבות לזהותו של הגורם המבקש לברוק אם אדם אחר נתון במצב כאמור. בין שהפונה מעלה שאלה הנוגעת אליו, בין שמדובר בטענה שהועלתה מנימוקים זרים – שאלת קיומו של ניגוד העניינים היא עניין נפרד, אובייקטיבי, ואינו מושפע מן השאלה מי היה הגורם שהעלה אותה מלכתחילה.

להשלמת התמונה אוסיף שגם בהלכה ובמקורות המשפט העברי, נגזר איסור ניגוד העניינים, בראש ובראשונה, מהשכל הישר ומן "החלק החמישי" של השולחן ערוך, מחובת

40 בג"ץ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה, פ"ד נ(2) 560, 565 (1996).

41 בג"ץ 6499/99 המפלגה – המפלגה הדתית הלאומית נ' בן עזרא, פ"ד נג(5) 606, 619 (1999).

42 בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 149 (2002).

הלב לנהוג ביושר וביושרה, חובה שגם אלמלא הלכה כתובה היה מקום לאומרה ולנהוג על פיה.⁴³

אכן, כדרך של שיטות משפט, ברבות הימים נוצק איסור זה לתבניות משפטיות, נורמטיביות, הובהרו גבולותיו, ואף הוצעו פתרונות שונים לנטרול ניגוד העניינים.⁴⁴ קיומו של האיסור, רמתו והיקפו משתנים ממעגל למעגל, ומושפעים מאופים ותוכנם – הן של האינטרסים המעורבים ומידת "התנגשותם", אם בכלל, זה בזה, והן של בעלי האינטרסים. ביניהם ניתן למנות כמה קריטריונים מרכזיים: מעמדו של בעל המשרה, אופי ניגוד העניינים (אישי, מוסדי, כספי, קרבת משפחה); היקף ניגוד העניינים (ניגוד עניינים "מקומי", חדר-פעמי, לעומת ניגוד עניינים מתמשך); האפשרות לנטרל את ניגוד העניינים, וכיוצא באלה. גם בפסיקה נמנו כמה משתנים לעניין זה. כך למשל בעניין שריד קבע השופט (כתוארו אז) אור, כמה משתנים רלוונטיים לעניין זה, ובכללם: (א) מהי מידת האינטנסיביות של המגע בין התפקיד הציבורי לבין העיסוק הפרטי; (ב) סוג הנושאים שלגביהם קיימים ניגודים ענייניים; (ג) מספר העניינים שלגביהם קיים ניגוד כזה. בענייננו, כפי שיבואר להלן, מדובר בניגוד עניינים רחוק עוד יותר, מאחר שלא מדובר בניגוד עניינים אישי אלא יותר בניגוד עניינים מעין-"מוסדי".⁴⁵

נקל לשער שככל שהיקף ניגוד העניינים גדול יותר, האינטנסיביות של החשש להיווצרותו גדולה יותר, בהיותה תמידית או בעלת משך זמן ארוך, ואופיו "אישי" יותר – כך גדל הטעם להטלת איסור על האדם להימצא במצב של ניגוד עניינים. ולהפך: ככל שהיקף ניגוד העניינים קטן יותר, האינטנסיביות של החשש להיווצרותו קטנה יותר, בהיותה "נקודתית", וקצרת מועד, ואופייה "מוסדי" יותר – כך יש מקום לבחון את "נטרול" ניגוד העניינים באמצעות הטלת סייגים אחדים שימנעו אותו ויפיגו את טעמו הרע של האיסור.

ג. מן הכלל אל הפרט: "נאמנות כפולה" בציבור החרדי

לכאורה, כאשר מדובר בנאמנות כפולה – ומקל וחומר בניגוד עניינים – שנובעת מן האינטרס האישי של האדם, כתוצאה מציפייתו לקבלת טובת הנאה אישית לו או לבני משפחתו, אין – ולא צריך להיות – כל שוני או משמעות לזהותו. האיסור להימצא במצב של "נאמנות כפולה" או "ניגוד עניינים" אישי חל על כל אדם, חרדי או חילוני, שהרי הצינול שמאחוריו – איסור "משוא פנים" – אינו שונה מאדם לאדם. המאפיין היחיד שעשוי ליחד בהקשר זה משרת ציבור שומר מצוות בכלל, וחרדי בפרט, הוא שלדידו האיסור על ניגוד עניינים אינו נובע רק ממצוות המחוקק או מחובה מוסרית אלא גם (ויש שיאמרו, בראש ובראשונה) ממצווה דתית.

43 לעניין זה ראו בהרחבה אביעד הכהן "האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 113 (דפנה ברק-ארו, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009) (להלן: הכהן "האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי").

44 ראו את סעיפי החוק שצוינו בה"ש 32 לעיל.

45 בג"ץ 7279/98 שריד נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(1) 740 (1999).

לפי דין תורה, דיין מצווה על איסור "משוא פנים" ו"הכרת פנים במשפט" – נשיאת פנים לטובת בעל דין אחד והעדפתו על פני משנהו משיקולים לא ענייניים.⁴⁶ בדומה לנורמות רבות אחרות שחלות בבית הדין, הרחיבו כבר חכמים – ראשונים כאחרונים – את תחולתן של חובות אלה והחילו אותן גם על משרתי ציבור שאינם בעלי סמכות שיפוטית.⁴⁷ כאשר לניגוד עניינים כללי יותר (שניגוד העניינים ה"מוסדי" הוא חלק הימנו), ניתן לראותו כמתקיים בשני מישורים שונים. במישור האחד, הרחב יותר, נוצרת "נאמנות כפולה" ומעין ניגוד עניינים – מעשי או אידיאולוגי – כאשר אדם משתייך בו בזמן לשני מוסדות או מסגרות שהאידיאולוגיה שלהם סותרת אהרדי, ודרכי פעולתו של המוסד האחר מתנהלים בניגוד להלכה.

במישור השני, הצר יותר, על דרך הכלל, בשעת שגרה, לא מתקיים ניגוד עניינים תמידי בין שני הגורמים. עם זאת, הוא עשוי להתקיים במקרה פרטני. כך, למשל, כאשר חובה ספציפית, קונקרטית, חלה על משרת ציבור חרדי מכוח תפקידו או סמכותו, ויישומה כרוך בעבירה על ההלכה.

אשר לניגוד עניינים "מוסדי", קיימות דוגמאות למכביר שבהן מוצא עצמו אדם שומר מצוות בכלל, וחרדי בפרט, משתייך למסגרת או למוסד שהאידיאולוגיה שלו או פעילותו מנוגדת להלכה במובנה הרחב (בין שפעילות זו מנוגדת לדין תורה, לדיני "דרבנן", או לנורמות מקובלות בעולם החרדי). כך, מקל וחומר, כאשר במסגרת השתייכותו לאותה מסגרת נדרש הוא לעשות פעולות שמנוגדות לאמונתו הדתית או להלכה הדתית שבה הוא דבק.

כפי שהודגש בתחילת המאמר, בשדה ה"דתי" וה"חרדי", מצב זה של "נאמנות כפולה" או ניגוד עניינים מתקיים לרוב גם כאשר לא מדובר בהכרח במשרת ציבור. כך, לדוגמה, אדם העובד בבנק שאינו מתנהל לפי ההלכה, נדרש לעשות במסגרת תפקידו פעולות שיש בהן שותפות למעשה העבירה החמור של איסור ריבית;⁴⁸ דוור ברשות הדואר (גם לאחר שהופרטה והייתה לחברה פרטית, ומקל וחומר כאשר היא חברה ציבורית) נדרש לחלק דברי דואר שתוכנם מנוגד להלכה, דוגמת חומר מיסיונרי, חומר בעל תוכן פוגעני המבזה את הדת, דברי דפוס המכילים תכנים או תמונות לא צנועות, וכיוצא באלה;⁴⁹ בעל חנות המוכר ללקוחותיו מוצרים שייעשה בהם שימוש אסור על פי ההלכה (כגון עירוב מוצרי

46 ראו אביעד הכהן "לא תגורו מפני איש – עצמאות הרשות השופטת" פרשיות ומשפטים: משפט עברי בפרשת השבוע 67 (התשע"א).

47 לעניין ההיקש שעשו חכמים בין חובות החלות על דיינים לבין חובות שחלות על משרתי ציבור בכלל, ראו הכהן "האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי", לעיל ה"ש 43.

48 לעניין זה ראו אביעד הכהן וזלמן סורוצקין "בנקאות ללא ריבית ו'היתר עיסקא' ב'מדינה יהודית ודמוקרטית' – הלכה ואין מורים כן?" **שערי משפט** ב(1) 77 (1999) (להלן: הכהן וסורוצקין "בנקאות ללא ריבית").

49 במקרה אחד הכריזו דוורים שנדרשו לחלק חומר מיסיונרי ברמת גן על "מרד דוורים" וסירבו לחלקו בשל טענות כי הפצתו נוגדת את הוראות חוק העונשין בעניין שידול להמרת דת. ראו סעיף 90 לחוק הדואר, התשמ"ו-1986, ס"ח 79; קובי נחשוני "מרד דוורים בר"ג: 'לא נחלק את הברית החדשה'" **ynet – יהדות** 5.3.2012, <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4198501,00>.html

בשר בחלב), או כשהוא יודע בוודאות שלא יברכו על אכילתם;⁵⁰ אדם המוכר לעמיתו שאינו שומר מצוות מכונית, מכשיר או מכונה שייעשה בהם שימוש אסור בשבת או כזה שאסור מכוח דיני הכשרות; בעל מקרקעין המשכיר אותם לאדם שישתמש באמצעות לכיצוע מעשי עבירה דתיים,⁵¹ או בעל בית מרקחת המוכר ללקוחותיו אמצעים למניעת היריון האסורים בשימוש לפי ההלכה,⁵² עובד בחברה קדישא הנדרש לעשות פעולה בהליך הקבורה או לאחריו שמנוגדת להלכה;⁵³ בעל עסק הנדרש להפעילו בשבת או בחג בניגוד למצוות דתו, וכל כיוצא באלה.⁵⁴

סוגיה זו נדונה לרוב בספרות ההלכה, בעיקר תחת הכותרת של איסור התורה "לפני עיוור לא תשים מכשול" ו"החזקת ידי עוברי עבירה", והוצעו לה פתרונות שונים.⁵⁵

50 סוגיה זו נדונה הרבה בספרות ההלכה בת ימינו. מפורסמת בנושא זה היא תשובתו של הרב ש"ז אויערבך, שו"ת מנחת שלמה, חלק א, סימן לה.

51 כגון מלאכות חקלאיות אסורות בשנת השמיטה; בית עסק שימכור מוצרים האסורים בהנאה מכוח ההלכה או יהיה פתוח בשבת; מועדון שלא נשמרים בו (לשון המעטה) דיני הצניעות; חדר במלון שמשמש לעשיית מעשי עבירה מיניים, וכיוצ"ב. דוגמה בולטת לכך בהקשר החרדי היא חברות שבבעלות אנשי עסקים דתיים או חרדים, המשכירות שטחי גדל"ן שמתקיימת בהם פעילות אסורה בשבת. כך, לדוגמה, הופנו טענות נגד מוטי זיסר בעל השליטה בקניון "ארנה" בהרצליה על כך שהוא פתוח בשבת, ולבסוף החליט זיסר למכור אותו. כשנשאל לסיבת הדבר, אמר: "לאור העובדה כי הקניון פעיל בשבת, אני חש מזה זמן רב, כאדם דתי, כי אני רוצה לחצות גבולות הנוגדים את אמונותי וחינוכי ועם כל הכאב הכרוך בכך והאהבה הרבה שיש לי לקניון זה, החלטתי להיפרד ממנו". לפי דיווח אחד, כמה שנים קודם לכן ביקש זיסר מגדול הפוסקים הרב אלישיב שיעץ לו כיצד עליו לנהוג, וזה הורה לו למכור את הקניון מייד למשקיע לא-יהודי. כששאל האם עליו למכור את הקניון בהפסד, השיב לו הרב כי הוא רשאי להמתין עד שימצא קונה במחיר סביר. ראו נעמה סיקולר "בן זקן רוכש את קניון ארנה ב-546 מיליון שקל" ynet – כלכלה 7.2.2007. <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3361995,00>. עם הקונים שהתחרו על רכישת הקניון, נמנה גם ליאו נואי, יהודי חרדי מלונדון.

52 נושא זה עמד במרכזו של אחד מפסקי הדין החשובים שניתנו בארצות הברית בשנים האחרונות בנושאי דת ומדינה. ראו עניין Hobby Lobby, לעיל ה"ש 15. פסק הדין עורר שאלות מרתקות בדבר תחולת חופש הדת על תאגידים ועוד, אך אין כאן מקומו.

53 לעניין זה ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גח"ש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד (מו"2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום); ופסק הדין הקנדי Brown v. Les Curé et Marguilliers (1874) 6 LRPC 157 (appeal taken from Que) שדן בסירובה של חברת קבורה השייכת לכנסייה לקבור אדם בשל אמונותיו ודעותיו הליברליות שנגדו לאלה של הכנסייה. במקרה אחר סירבה חברה קדישא בישראל להותיר בבית העלמין את גופתה של אישה נוצרייה שנקברה בבית העלמין היהודי. להרחבה בסוגיה זו, ראו אליאב שוחטמן "פסיקת בג"ץ בפרשת קבורתה של תרזה אנגלוביץ – מתן יד לכפייה אנטי-דתית?" דיני ישראל טו 179 (התשמ"ט-התש"ן).

54 בסוגיה זו עסקתי בהרחבה במאמר אביעד הכהן "נבל ברשות החוזה? על פסלות חוזה מטעמים שברת" ספר גבריאלה שלו (לא פורסם).

55 חלק מן הפתרונות מתבססים על עיקרון הלכתי שלפיו האיסור אינו חל כאשר גם ללא סיועו של שומר המצוות תבצע העבירה ממילא, תוך הסתייעות באדם שלישי אחר. ראו להלן טקסט

1. דת נ' דמוקרטיה: "הילכו שניהם יחדיו בלתי אם נועדו"

בסיס מרכזי להיווצרות "ניגוד עניינים" ו"נאמנות כפולה" אצל איש ציבורי חרדי הוא ההתנגשות שבין דת לדמוקרטיה.⁵⁶ בהקשר זה ניתן לומר שבמישורים רבים, שתי אלה הריהן כשתי צרות שאינן נוחות זו לזו, כשמעליהן מרחפת כל העת, כענן שחור ומאיים, שאלת השאלות עתיקת היומין: "הילכו שניים יחדיו בלתי אם נועדו?"⁵⁷ ולא רק "הילכו" בפועל, אלא האם בכלל יכולות הן ללכת יחדיו, בצוותא-חדא, שלובות זרוע.

הדת והדמוקרטיה שונות בבסיסן. הדמוקרטיה מכירה בריבונות האדם – באמצעות נציגיו בכנסת, ואילו הדת מכירה בריבונות האל. הדמוקרטיה כפופה לעקרון היסוד של "שלטון הרוב" ואילו הדת כפופה ל"שלטון הרב".

כתוצאה מן הניגוד האפשרי בין הדת לדמוקרטיה, רבים מחכמי הדת – היהודית והלא-יהודית – מסתייגים מכל צורת שלטון דמוקרטית באשר היא. רבים מהם רואים בדמוקרטיה שיטה המנוגדת כליל לעולמה של תורת ישראל, שהרי בדמוקרטיה העם הוא הריבון ואילו בהלכה, האל, הקב"ה, הוא-הוא הריבון; בדמוקרטיה חל עקרון היסוד של "שלטון הרוב", ואילו בחברה החרדית שולט העיקרון של "שלטון הרב".

ביטוי נוקב לכך ניתן בדברי הרב אליעזר מנחם שך, "איש ההשקפה" החרדית ומנהיג הציבור החרדי הליטאי במאה העשרים, שהביע סלידה של ממש מהדמוקרטיה: "אנו תפילה לריבוננו של עולם: אנו פטור אותנו מקללת הדמוקרטיה החדשה שנשלחה לעולם, שהיא ממש כמו מחלת הסרטן שנשלחה לעולם. כי רק התורה הקדושה היא הדמוקרטיה האמתית".⁵⁸ ובמקום אחר הוסיף הרב שך: "האדם חייב לחיות בתוך מגבלות לצורך אושרן וטובתו.

ודווקא הדמוקרטיה ההורסת את המגבלות היא המחריכה את האנושות".⁵⁹

הרב שך אינו מסתפק בדברים חריפים ונוקבים אלה, אלא מתקיף באופן ישיר גם את הכנסת, הרשות המחוקקת, בית הנבחרים והיהלום שבכתר הדמוקרטי:

האם הם חושבים באמת אם חוק טוב או לא? כלל וכלל לא. אלא כל אחד ואחד מהם חושב מה טוב עבורו, ואיך ימצא חן על ידו בעיני ציבור הבוחרים. והרי בתורה כל הנוטל שוחד פסול לדון, וכאן כל יושבי בית המחוקקים נוטלים שוחד!⁶⁰

ליד ה"ש 116.

56 התנגשות זו לא נותרה במישור האידיאולוגי, אלא יש לה ביטוי מעשי ומוחשי בשיעור ההתנגדות הגדול יחסית, והרב בהרבה על שיעור ההתנגדות בקרב מגזרים שאינם דתיים, למשטר הדמוקרטי, מוסדותיו (כגון בית המשפט העליון) ונציגיו. לנתונים בהקשר זה ראו איילת קיסר-שוגרמן ואשר אריאן יהודים ישראלים – דיוקן (מרכז גוטמן לסקרים והמכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011) bit.ly/2G68hvI; יאיר שלג "הערות לסדר – על דתיים ודמוקרטיה" המכון הישראלי לדמוקרטיה 25.1.2012. <https://www.idi.org.il/articles/9314>

57 עמוס ג, 3.

58 הרב שך אליעזר מנחם מן שך מכתבים ומאמרים כרך ה 127 (התשמ"ה) (להלן: הרב שך מכתבים ומאמרים כרך ה); בן חיים איש ההשקפה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 111.

59 הרב שך מכתבים ומאמרים כרך ה, שם, בעמ' 126; בן חיים איש ההשקפה, שם.

60 הרב שך מכתבים ומאמרים כרך ה, שם; בן חיים איש ההשקפה, שם, בעמ' 112.

אחר הדברים האלה, יש לשער שאדם הרואה בדמוקרטיה "קללה" נוראית, "מחלת סרטן" וגורם ה"מחריב את האנושות", לא פחות (אפילו נאמרו הדברים בכוטות, דרך גוזמא בעלמא, לצורכי טרויקה ו"התעוררות לבבות השומעים"), יצווה על מאמיניו ושומעי לקחו לרחוק הימנה וממוסדותיה כרחוק מזרח ממערב, וכוודאי שלא יתיר להם להטמיע את עקרונות הדמוקרטיה בבית פנימה. כך, במיוחד, לגבי הכנסת שלדידו – לפחות ברמת הרטוריקה – "כל יושביה נוטלים שוחד" [לרבות שלוחיו החרדיים?? – א"ה].⁶¹

כידוע, הלכה לחוד – ומציאות לחוד. נציגיו של הרב שך חברים בכנסת ומנהלים בה את פעילותם ביד רמה.⁶² החרדים שותפים במוסדות הדמוקרטיים המרכזיים, בשלטון המרכזי והמקומי כאחד, ומצייתים לכללי הדמוקרטיה. אך בה בעת אין הם מקיימים הליכי בחירה בתוך מפלגותיהם או בהרכבת הרשימה לכנסת. זו נקבעת – לפחות להלכה – באופן בלעדי על ידי "גדולי התורה".

הוא הדין להצבעה בבחירות עצמה. כמו בסוגיות אחרות, גם בעניין זה דבקים החרדים במצוות "ועשית ככל אשר יורוך", וקובעים את הצבעתם לפי "קריאת הקודש" וההוראה שמגיעה אליהם מחצרות רבניהם, אדמו"ריהם, חכמיהם ומורי דרכם. החרגות מציות לצו זה – וכאלה יש לא מעטות⁶³ – נעשות, אם בכלל, בסתר, בחדרי חדרים, בחשאי ומתחת לפרגודה המגונן של הקלפי.

להשלמת התמונה אציין כי בשנים האחרונות החלו נשמעות זמירות חדשות ב"גרעין הקשה" של הציבור החרדי, לרבות בסיעת "דגל התורה", נאמני רוחו של הרב שך, שקוראות להנהגת סדרי בחירות וקבלת הכרעות דמוקרטיות גם במפלגות החרדיות ובמקרים אחרים אף הוטמעו ערכים אלה הלכה למעשה.⁶⁴

61 על עמדתו של הרב שך, ראו עוד בנימין בראון "מהתברלות פוליטית להתבצרות תרבותית: החזון איש וקביעת דרכה של היהדות החרדית בארץ-ישראל" שני עברי הגשר: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 364 (מרדכי בראון וצבי צמרת עורכים, 2002) (להלן: בראון "מהתברלות פוליטית להתבצרות תרבותית").

62 נציגיו המובהקים של הרב שך, ח"כ הרב אברהם רביץ (ז"ל) ויבלחט"א ח"כ משה גפני, עמדו בראש ועדת הכספים ובמסגרת תפקידם היו שותפים להעברת כסף לעשרות מוסדות וארגונים (דוגמת מוסדות תרבות, תיאטרון ומחול, ארגוני ספורט המחללים שבת בפרהסיה, ארגונים הפועלים למען זכויות קהילה הלהט"בית, וכיוצ"ב שפעולותיהם נוגדות דין תורה או רחוקים הימנה מרחק ת"ק פרסה).

63 לעניין זה די להתבונן בפער הגדול שבין גידולה העצום של הדמוגרפיה החרדית לבין ייצוגה בכנסת שכמעט ולא גדל עם השנים, במיוחד ככל שמדובר ב"יהדות התורה". בקרב המפלגה החרדית ש"ס המצב שונה לחלוטין, שכן רבים ממצביעייה אינם נמנים עם הציבור החרדי. אכן, גם בקלפיות המוצבות בקרב בני ה"גרעין הקשה" של יהדות התורה, ניתן למצוא לא מעט קולות שהולכים למפלגות אחרות, שאינן חרדיות. בשנים האחרונות אף החלו לפעול – בגלוי ולעין כול – מטות של חרדים במפלגות חילוניות מובהקות דוגמת התא החרדי במפלגת העבודה, התא החרדי בליכוד ואפילו במפלגת מרצ, שהתגאתה ב"חברת כנסת חרדית", ד"ר צביה גרינפילד, שכינה מטעמה תקופה קצרה בשלהי הכנסת ה-17.

64 כך, לדוגמה, בשנת 2013, קיימה סיעת "דגל התורה" בביתר עילית "בחירות מקדימות" לתפקיד יו"ר הסיעה. ראו ישראל כהן "פריימריז ב'דגל התורה': מי ייבחר לתפקיד יו"ר הסיעה" כיכר

יתר על כן, הרב שך עצמו, שראה את הדמוקרטיה כאחראית ישירה לקיפוח "חייהם של מיליוני אנשים",⁶⁵ הצטרף לרבים מעמיתיו גדולי התורה החרדים, וחתם על "קריאות קודש" אין-ספור המצוות – לא רק מתירות – לבני הציבור החרדי להשתתף בבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות.

עמדה זו מתחדדת לנוכח עמדתם המסויגת הרבה יותר של מנהיגי היהדות החרדית בדורות קודמים. ה"חזון איש" – הרב אברהם ישעיהו קרליץ הסתייג מהבעת תמיכה מפורשת ב"אגודת ישראל" לקראת הבחירות⁶⁶ גם עמיתו הרב מבריסק, "ר' ולול'ה" – הרב יצחק זאב סולובייצ'יק, נמנע מלהשתתף בבחירות. לעומת זאת, הרב שך הצביע בבחירות דרך קבע. באופן הפגנתי, יצא מביתו לקלפי בשעת בוקר מוקדמת, לקיים ציווי חכמים "זריזין מקדימין למצוות", והקפיד לשלשל את פתק ההצבעה לקלפי לעיני מצלמות התקשורת החרדית שהפיצו את התמונה במהירות לכל ריכוזי הציבור החרדי. כך התבטא גם בפומבי: "על דבר חובת ההשתתפות בבחירות, בימים אלו המצווה הגדולה ביותר היא שיש ללכת לקלפי ולהצביע, ונדמה לי שאפשר לומר על זה: הנני מוכן ומזומן לקיים מצוות קידוש השם!"⁶⁷ אפשר שסוגיית הדמוקרטיזציה והיחס לדמוקרטיה עוברים תמורה מסוימת בעולם החרדי בעת האחרונה.⁶⁸ עם הזאת, עדיין רחוקים אנו מהטמעת עקרונות הדמוקרטיה – בוודאי במשמעותם המהותית, לא התועלתנית – בהשקפת העולם החרדית ובמוסדות החרדיים השונים. שותפותם של חרדים במערכות השלטון הדמוקרטי, מחייבת אותם להשתתף בהליכים דמוקרטיים – שהחשוב בהם הוא הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות – אך בה בעת הם נמנעים מהטמעת עקרונות דמוקרטיים – ובראשם עקרון השוויון – במפלגות החרדיות המייצגות אותם. נשים מורשות לבחור אך לא להיבחר, לא לכנסת ולא למוסדות המפלגה, ומי שאינו חרדי – ובוודאי מי שאינו יהודי – אינם מורשים להיות שותפים פעילים בהנהגת מפלגות אלה.

מה יעשה אפוא פוליטיקאי חרדי ברגע האמת, כאשר עקרונות הדמוקרטיה יתנגשו עם השקפת עולמו החרדית?

ברמה המעשית, דומה שהתשובה על כך ברורה, והיא מבוססת על "משל התפוחים" שמיוחס ל"חפץ חיים", רבי ישראל מאיר הכהן מראדין. עיקרו: ניסיון להציל מה שניתן, כפי שתיאר הרב מנחם מן שך, מנהיג החרדים בסוף המאה העשרים, כנאומו בפתיחת מושב הוועד העולמי של אגודת ישראל, בשנת 1980:

כבר המשיל החפץ חיים את מצבנו לאותה אישה שעמדה בשוק ובידה תפוחים לממכר. עברו על דוכנה קלי דעת והחלו לחטוף את סחורתה. החלה בוכה

השבת 4.8.2013 <https://bit.ly/2GmQ0Ku>; בראון "מהתברלות פוליטית להתבצרות תרבותית", לעיל ה"ש 61.

65 בן חיים איש ההשקפה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 113.

66 שם. ראו גם בנימין בראון החזון איש – הפוסק, המאמין ומנהיג המהפכה החרדית (התשע"א).

67 שם; שלמה כהן פאר הדור – חיי החזון איש כרך ד (1966).

68 בנימין בראון לקראת דמוקרטיזציה במנהיגות החרדית? דוקטרינת דעת תורה במפנה המאות העשרים והעשרים ואחת (2011).

וצועקת. עבר שם אדם חכם ואמר לה: לא עת בכי עכשיו, כולם חוטפים. עמדי גם את וחטפתי!⁶⁹

משל זה היה אכן פינה ביחס החרדים לשלטון, השימוש בדמוקרטיה נעשה משיקולים תועלתניים, כדי להשיג ייצוג גדול ככל שניתן בבית המחוקקים ובמשרות שלטוניות אחרות, ובאמצעותם לצבור עמדות כוח שיאפשרו להיטיב את כוחו המתעצם והולך של הציבור החרדי ולשרת את האינטרסים שלו.

כוחם של העקרונות הדמוקרטיים, ובראשם עקרון הייצוג בבחירות (כל אחד = קול אחד) והכרעה על פי רוב יפה אפוא רק כאשר יש בו תועלת, כאשר מדובר בבחירות ובהכרעות שמכוחן יש לאחוז ההצבעה החרדי הגדול ול"לשון המאזניים" החרדית עוצמה רבה מאוד, לעיתים הרבה יותר ממשקלה היחסי באוכלוסייה.

לא כן כאשר מדובר בעקרונות יסוד דמוקרטיים מהותיים, כגון חובת שוויון בכלל, ושוויון על רקע מגדרי או לאומי בפרט. המוסדות הפנימיים של המפלגות החרדיות אינם מורכבים על בסיס בחירות דמוקרטיות, וניסיון לכפות עליהם לעשות כן באמצעות בית המשפט לא עלה יפה.⁷⁰

הנשים החרדיות כמובן זכאיות להצביע בבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות ונקראות – כמו הגברים – להתייצב ביום פקודה, יום הבחירות, לקול "קריאת הקודש" של הרבנים ולהצביע בעד המפלגה החרדית. אך אין סיכוי שניתן להן גם הזכות להיבחר, אפילו למרכזי המפלגה או לשאר מוסדותיה של המפלגה. מסיבה זו אף היה מי שביקש למחוק את המפלגות החרדיות מרישום פנקס המפלגות,⁷¹ או לפסול את הרשימות החרדיות מהשתתפות בבחירות לכנסת, בטענה שמטרתיהן סותרות את "ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל", ולפיכך הן פסולות מהשתתפות בבחירות לכנסת מכוח סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. אף שהיועץ

69 ראו אליעזר מנחם מן שך מכתבים ומאמרים כרך א 39 (התשמ"ו); בן חיים איש ההשקפה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 172. יש לציין שבמקורו המשל היה שונה, אך כדרך ררשנים לש אותו הרב שך ועיברו לצרכיו. נוסחו המקורי מופיע בפתיחת הספר "שמירת הלשון". בהקשר זה אעיר כי מתן ביטוי אידיאולוגי באמצעות המשלת משלים דווקא הוא סוגה ספרותית ידועה בתרבות היהודית מקדמת דנא. ראו, לדוגמה, מדרש שיר השירים רבה א: "המשל הזה, לא יהיה קל בעיניך, שעל ידי המשל אדם עומד על דברי תורה. תדע לך שהוא כן, שהרי שלמה על ידי המשל הזה, עמד על דקרוקיה של תורה". המשל מהווה אמצעי מצוין לשכות את לב השומעים ולהטמיע בהם מסרים בדרך שתייכר חרותה בזיכרונם. בדומה ל"מגיד מדובנא", שמשליו היו נכס צאן ברזל של ספרות המוסר היהודית, גם ה"חפץ חיים" וכמוהו "מגידי מישרים" ו"בעלי מוסר" בני ימינו, עשו שימוש רב בסוגה ספרותית ורטורית זו.

70 ראו ע"א 5058/90 הסתדרות "אגודת ישראל" בארץ-ישראל נ' שוורץ, פ"ד מו(5) 608 (1992); ה"פ (מחוזי ת"א) 292/90 שוורץ נ' הסתדרות "אגודת ישראל" בארץ-ישראל (לא פורסם).

71 ראו בג"ץ 1823/15 בן-פורת נ' רשם המפלגות (פורסם בנבו, 10.1.2019), שם הורה בג"ץ למפלגת אגודת ישראל להסיר את המילה "איש" מסעיף 6(א) לתקנון המפלגה וכן נתן תוקף להצהרת המפלגה כי הוראת סעיף 6(ד) לתקנון אינה מונעת מאישה חברות במפלגה. לאחר מכן, יש להמשיך במשפט "ראו גם החלטה. ראו גם החלטה בעניין בקשה לאיחוד הדיון עם עתירה נוספת בג"ץ 7571/16 קוליאן נ' רשם המפלגות (פורסם בנבו, 5.10.2016).

המשפטי לממשלה קבע שהמפלגות החרדיות אכן מפלות נשים על רקע מגדרי, שלא כדוין, הוא סבר שאין מקום לפסול את השתתפותן בבחירות והבקשה לפסילתן נדחתה.⁷² לא ייפלא אפוא שניסיוןן של נשים חרדיות להשתלב ברשימת המועמדים לכנסת ולרשויות המקומיות במסגרת המפלגות החרדיות ולהתמודד בבחירות כשל לחלוטין, וגם ניסיוןן להקים רשימות עצמאיות לא עלה יפה ונתקל בחומה בצורה של התנגדות.⁷³ גם עקרון היסוד הדמוקרטי, של איסור הפליה על רקע לאומי או דתי, אינו ניצב בראש מעייני המפלגות החרדיות, לשון המעטה. מעולם לא היה חבר במוסדותיהן מי שאינו יהודי (ואפילו מי שאינו יהודי אורתודוקסי חרדי). לא אחת אף הביעו מנהיגי הציבור החרדי – לרבות חברי הכנסת ונציגי המפלגות הנבחרות – הסתייגות ממתן שוויון ללא־יהודים. ביטוי לגישה זו נתן באחת ההזדמנויות הרב שך, כאשר התנגד נחרצות לכך שהחלטות חשובות במדינה יתקבלו על סמך הצבעות בכנסת שבהן ייטלו חלק גם חברי כנסת שאינם יהודים. בהתנגדותו לממשלה הנשענת על רוב שמורכב גם מלא־יהודים, אמר הרב שך: “[...] האם זה לדעתם חזון מדינת ישראל, האם לזה חיכו היהודים כל הדורות, מסרו נפשם על האמונה [...] לזכות לממשלה יהודית הנשענת על צירוף של ערבים?”⁷⁴ אין צריך לומר ששוויון בסוגיות של נישואין וגירושין, הכרה בזרמים שאינם אורתודוקסיים, חופש הביטוי בפרשנותו הדמוקרטית, או עקרון יסוד דמוקרטי כגון חופש דת וחופש מדת, רחוק מהשקפת העולם החרדית כרחוק מזרח ממערב. לצד ההימנעות מהטמעת עקרונות יסוד דמוקרטיים, דוגמת שוויון וזכותו של כל אזרח לבחור ולהיבחר, מצאו עצמם ח”כים חרדים במעין “נאמנות כפולה” – לעקרונות הדמוקרטיה מזה, ולהשקפת העולם החרדית מזה, גם בסוגיית החקיקה של חוקה לישראל. מעבר לתוכן זה או אחר שייכלל בחוקה, הביעו חלק מחברי הכנסת החרדים התנגדות עקרונית לחקיקת חוקה, בטענה שמעשה זה מנוגד להשקפת עולמם שלפיה יש רק חוקה אחת לעם היהודי והיא תורת ישראל, וכל ניסיון ל”הוסיף עליה” או לקבוע ב”חוקה” עקרונות שאינם מופיעים בתורה ואולי אף מנוגדים לה, כמוהו כ”חילול הקודש”.⁷⁵ יש הרואים את עצם השתייכותו של אדם חרדי לגוף שאינו פועל לפי ההלכה או אפילו בניגוד מוחלט לה, כהענקת לגיטימציה לכלל פעולותיו של אותו גורם, לרבות פעולות שמנוגדות להלכה. מכאן מקור מצוות ההיבדלות מן ה”רשעים” בכל רובדי החיים: במגורים, בעבודה ובכל מסגרת שהיא.⁷⁶

72 ראו ירדן סקופ “היועמ”ש: מפלגת אגודת ישראל מפלה נשים, אך אין מקום להתערב” הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.3082072> 28.9.2016

73 ראו, לדוגמה בעלמא: תב”כ 17/20 רשימת “ובזכותן – חרדיות עושות שינוי” נ’ יום ליום תקשורת (2002) בע”מ (פורסם בנבו, 18.2.2015), שם נדחתה בקשת נשים חרדיות לכפות על עיתון מפלגתי חרדי לפרסם מודעת בחירות שלהן; וראו עוד בג”ץ 6769/13 קוליאן נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.11.2013); בג”ץ 7717/13 קוליאן נ’ שר האוצר (פורסם בנבו, 2.10.2013), שם נדחו עתירות לחיוב המדינה להתנות מימון בחירות בהכללת נשים ברשימה.

74 הרב שך מכתבים ומאמרים כרך ה, לעיל ה”ש 58, בעמ’ 126.

75 לסוגיה זו ראו בהרחבה שוקי פרידמן ועמיחי רדזינר חוקה שלא כתובה בתורה (2006).

76 בסיס אידיאולוגי רחב לאידיאת התבדלות זו ניתן במשנתו של החת”ם סופר, שגור על ההיבדלות מן ה”ניאולוגים” (התנועה הרפורמית בהונגריה) ואמר “אל תדורו בשכנותם ולא תתחברו עמהם

מסיבה זו, נמנעות עד היום קבוצות דתיות וחרדיות שונות, ובראשן "אגודת ישראל" מהצטרפות לתנועה הציונית, בראותם בה תנועה של "מרידה במלכות שמים" והגדרת תומכיה כ"כופרים" או "מינים".⁷⁷ אידיאולוגיה שלמה ביססה את האיסור ל"התחבר לרשעים".⁷⁸ מסיבה זו מסרבים חסידי סאטמאר ואנשי "נטורי קרתא" לכל קשר או הזדהות עם מדינת ישראל. חלק מהם מסרבים להירשם במרשם האוכלוסין, להחזיק בתעודות זהות, לרשום את ילדיהם למערכת חינוך המקבלת תקציבים מן המדינה, ורבים מהם נמנעים מקבלת שירותים מקופות החולים ושאר שירותי הבריאות שלמדינה חלק במימון.⁷⁹ גם אנשי "אגודת ישראל" שהם הרבה יותר "פשרנים" ביחסם למוסדות המדינה⁸⁰ שומרים מרחק מה להתחברות מוחלטת לגורמים שלטוניים. מסיבה זו, נמנעו במשך שנים ארוכות אנשי "אגודת ישראל" מלהצטרף לממשלה והסתפקו בתפקיד סגני שרים. לאחר תקופה קצרה שבה כיהן נציגם הרב "מ לוי" כשר, נמנעו אנשי "אגודת ישראל" מלכהן בתפקידי שרים במשך עשרות רבות של שנים, ורק בעקבות הגשת שתי עתירות לבג"ץ⁸¹ "התירו" גדולי התורה לח"כ יעקב ליצמן, שכיהן במשרד הבריאות כסגן שר לחזור לשולחן הממשלה כשר במשרה מלאה.⁸² לימים, התפטר ליצמן מכהונתו כשר בעקבות עבודות הרכבת שנעשו בשבת, ולימים חזר לממשלה רק בתפקיד של סגן שר כדי לא להיות "אחראי" על חילולי השבת. גם כאשר להשתתפות בבחירות לכנסת והחברות בה חלוקות הדעות בקרב חכמי הציבור החרדי ומנהיגיו. רובם הכריעו בעד השתתפות בבחירות, אך חלקים חשובים בציבור

כלל וכלל". הדברים מופיעים בצוואת החת"ם סופר לצאצאיו שנכתבה בשנת התקצ"ז (1837).

מעניין לציין שהצוואה מצוטטת גם בפרק המבוא לספרו של שופט הרכבו הראשון של בית המשפט העליון שניאור זלמן חשין **דמויות מבית המשפט** (1953). ראו בהרחבה מעוז כהנא **מהנודע ביהודה לחתם סופר – הלכה והגות לנוכח אתגרי הזמן** (2015).

77 על שורשיה האידיאולוגיים וההיסטוריים של התנגדות זו, נכתבה ספרות ענפה. ראו לדוגמה אביעזר רביצקי **הקץ המגולה ומדינת היהודים – משיחיות, ציונות ורדיקליזם דתי בישראל** (התשנ"ג); **ציונות ודת** (שמואל אלמוג, יהודה ריינהרץ ואניטה שפירא עורכים, התשנ"ד); יוסף שלמון **דת וציונות: עימותים ראשונים** (התש"ן).

78 לסוגיה זו ראו בהרחבה אביעד הכהן "הרחק משכן רע!?" – על בחירת מקום מגורים, מגורים בדלניים, הלכה והכלה, משפט וחברה" **עמדות – היבדלות וסולידריות** ז 61 (משה רחימי עורך, התשע"ה).

79 ראו בנימין בראון **מדריך לחברה החרדית – אמונות וזרמים** (2017).

80 בראשית ימיה של המדינה שירתו רבים מהם בצה"ל. ראו לדוגמה משה ארנוולד **החרדים במלחמת העצמאות** (2017); יצחק מאיר **לא בחיל ולא בכח: הרכנות הצבאית והשרות הדתי מניחי היסודות לחיי הדת בצה"ל** (1998).

81 עניין **ההסתדרות הרפואית בישראל**, לעיל ה"ש 6; עניין **מפלגת יש עתיד**, לעיל ה"ש 6.

82 שם. בסיפור מינויו של ח"כ ליצמן כשר יש דוגמה נוספת לתופעה שלפיה נוהג מסוים, שאינו ממש הלכה מחייבת, נתפס כ"איסור", ומולכש – לצרכים פוליטיים-ציבוריים, לאו דווקא משיקולים הלכתיים צרופים – במחלצות של איסור הלכתי, אך ברגע שבג"ץ פוסק בניגוד לו, "מתגמשת" לפתע ההלכה ובאיסור היה כלא היה. לדוגמאות נוספות, בעניין ישיבה משותפת עם נשים במועצה דתית או בגוף שבוחר רבנים, ראו בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לעניני דתות**, פ"ד מב(2) 221 (1988) (להלן: עניין **שקדיאל**); בג"ץ 953/87 **פורו נ' להט**, פ"ד מב(2) 309 (1988).

זה, וכיניהם אנשי "שושלת בריסק", חסידי סאטמאר ואחרים, הביעו התנגדות עזה לכל שותפות במערכת הבחירות, ואף נמנעו מלהצביע לכנסת, קל וחומר לכהן בה כחברים. לדירם, עצם ההשתתפות בבחירות – ובוודאי החברות בכנסת או בממשלה, ללא קשר לתכנים שמחוקקים על ידם או לפעולותיהם – כמוה כשותפות עם "כופרים", אפיקורסים ועוברי עבירה.⁸³

בקרב קבוצות חרדיות לא מעטות, בצידה הימני של המפה החרדית, מכונה הכנסת, בית הנבחרים הישראלי, "כנסת המינים", ולא בכדי. מדובר בתואר שתוכנו קשה במיוחד,⁸⁴ שיוחד לשונאי ישראל ואויביה של תורת ישראל, מעין "כיעור" שיש להתרחק הימנו. מעבר לשיבה מעורבת של נשים וגברים יחדיו בצוותא חדא במליאת הכנסת, שאינה מקובלת בחברה החרדית, ניצבת סוגיה עקרונית של "התחברות לעוברי עבירה" ושותפות עימם בקבלת החלטות, לרבות שותפות להחלטות שעולות לעיתים כדי פגיעה ב"ציפור הנפש" של מסורת ישראל.

כמו בסוגיות אחרות, גם כאן עמדת הציבור החרדי אינה אחידה, והתמונה מורכבת ורבת גוונים. בולט בעניין זה הפיצול שבין מפלגת ש"ס – המייצגת את ה"חרדים הספרדיים", לבין "אגודת ישראל" ו"דגל התורה" המייצגות את החרדים האשכנזים, החסידים והליטאים. ש"ס הקימה סיעה בהסתדרות הציונית, ולא נמנעה מלחבור – באופן פורמלי, ולהיות בשר מבשרה של סיעתם המשותפת של חיים רמון ואנשי מרצ (!) בבחירות הכלליות להסתדרות הכללית שנערכו בשנת 1994. הרב שך יצא בחריפות נגד מה שכונה "פרצה נוראה שיש בה משום עקירת חומות הרת" ושני פוסקי הדור החרדים, הרבנים ש"ז אויערבך וי"ש אלישיב חתמו על גילוי דעת שבו נאמר, בין השאר:

על דבר השערורייה הנוראה אשר נעשתה לעשות חיבור עם הרשעים הללו שכל הווייתם ורצונם עקירת הדת וניתוק כל עם ישראל ח"ו מה' ומתורתו ומי"ג עיקרים (=13 עיקרי האמונה שקבע הרמב"ם) דבר שלא שערום אבותינו ולא עלה על לב איש דתי מעולם. לב מי לא יכאב על גודל חילול ה' הנורא, ונפשי כואבת על הפירצה הנוראה שיש בה משום עקירת חומות הרת. כל מי שקורא 'שמע ישראל ה' אלוקינו ה' אחד' ונותן ידו לרשימה זו הרי הוא מעיד עדות שקר בעצמו.⁸⁵

83 ראו "דפוסי הצבעה בחברה החרדית" אנשים ישראל – המדריך לחברה הישראלית 28.4.2008 <https://www.peopleil.org/details.aspx?itemID=7490> והביבליוגרפיה הנוכרת שם. הימנעות חלק מבני הציבור החרדי מהשתתפות בבחירות עשויה להסביר מדוע למרות הגידול העצום באוכלוסייה החרדית, לא חל גידול דומה בשיעור הייצוג של המפלגות החרדיות בכנסת (גם אם מנכים ממנו חרדים שמצביעים למפלגות שאינן חרדיות). ניתן להוכיח טענה זו, בין השאר, באמצעות מספר בעלי זכות הבחירה ביישובים חרדיים מובהקים (דוגמת בני ברק, מודיעין עילית וכיו"ב) לעומת מספר המצביעים בפועל.

84 בעולמה של מורשת ישראל, המונח "מינים" מכוון כלפי כופרים ואפיקורסים שהוציאו עצמם מן הכלל, הראויים לגינוי מיוחד. ראו למשל בתפילת העמידה שנאמרת בכל יום שלוש פעמים: "ולמינים ולמלשינים אל תהי תקווה, וכל הרשעה כרגע תאבד" (מתוך סידור התפילה).

85 בן חיים איש ההשקפה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 142-143.

צחוק הגורל הוא ששנים ספורות לאחר מכן, בשנת 1999, הצטרפה "יהדות התורה" לקואליציה בראשות אהוד ברק. ביטאון נטורי קרתא לא החמיץ את ההזדמנות ללעוג ל"דיבור הכפול" של "יהדות התורה", ושלח יותר מרמז לעבר עמדתו הנחרצת של הרב שך נגד הצטרפות ל"מרשיעי הברית" שנאמרו רק כמה שנים קודם לכן: "לא ירחי כלה"⁸⁶ ולא יד אליהו, לא בכיות ולא צעקות, שום דבר לא הועיל לו לאותו מרן הזקן [=הרב שך] ביום עברה, למנוע את בעלי הכיסאות מלהצטרף לקואליציית השמאל"⁸⁷.

דוגמה בולטת אחרת לסלידה משותפות עם "רשעים" או השתייכות למוסדותיהם, היא הינזרותם של חלק מחכמי ההלכה החרדים מקבלת משרות של רבנות ודיינות מטעם המדינה ובחסותה. למרות המעמד הרם שיש לכהונות אלה, והפיתוי החומרי הרב שבצידין, נמנעים חלק מחכמי ההלכה החרדים להצטרף למערכת הממלכתית, מערכת שבה יהיו כפופים למרות חילונית – לרבות ביקורת שיפוטית של בג"ץ על פעולותיהם, ולעיתים אף התערבות בתכנים הלכתיים⁸⁸ – והצורך לדון דין תורה מתחת לסמלה ודגלה של המדינה החילונית.⁸⁹ כפי שאראה להלן, רבים אחרים מוצאים היתר לעשות כן מטעמים שונים ומשונים, בעיקר

86 דבריו של הרב שך נאמרו במסגרת "ירחי כלה", אירוע הלימוד השנתי בישיבתו, ישיבת פוניבז', בבני ברק, הנחשבת כ"ספינת הדגל" של עולם הישיבות הליטאי.

87 החומה – קומץ מאמרים לחזוק הדת כרך מה 2 (התש"ס); בן חיים איש ההשקפה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 142.

88 ראו: אביעד הכהן "בג"ץ או בד"ץ? מעורבות שיפוטית בסוגיות הלכתיות – מגבלותיה, היקפה ותוצאותיה" משפט ועסקים יד 395 (2012).

89 לפי הנוהג, סמל המדינה ודגלה מוצבים דרך קבע באולמות בתי המשפט ובתי הדין הרבניים. כך מצאו עצמם דיינים, שלימים נהיו למנהיגי היהדות החרדית, דוגמת הרי"ש אלישיב, יושבים ודנים דין תורה כשסמל המדינה החילונית מתנוסס מעליהם. החובה להציב את סמל המדינה ודגלה באולמות בתי המשפט ובתי הדין נובעת מהוראות סעיף 2א(ב) לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949, ס"ח 37. הגם שהסמל והדגל נושאים על גבם חותם "יהודי" (במרכז הסמל מופיעה צורתה של מנורת המקדש, כפי שנשתמרה בקשת טיטוס ברומי, ואילו הדגל עוצב על בסיס הטלית), הם עברו "חילון" שלא נשא חן בעיני רבים מבני הציבור החרדי, ורובו המכריע נמנע מלתלותם במוסדות החינוך החרדי או בכתים הפרטיים, אפילו בימי הזיכרון והמועד הלאומיים דוגמת יום העצמאות. ביטוי לזלזול שנוהג הציבור החרדי בדגל, ניתן כשריפת הדגל במדורות ל"ג בעומר וביום העצמאות בשכונות שמתגוררים בהן חרדים קיצוניים, בעיקר מחוגי סאטמאר ו"נטורי קרתא". במקרה אחד, שנדון גם בבג"ץ, אחד מאנשי הציבור החרדים, סגן ראש העיר ירושלים (שהיא כזכור עיר הבירה של מדינת ישראל) וממלא מקומו, חיים מילר, ביזה את הדגל בפרהסיא ובריאיון רדיו כינה אותו "מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו". בעקבות כך היה מי שביקש להעמידו לדין פלילי, אך היועץ המשפטי לממשלה נמנע להעמידו לדין. עתירה שהוגשה לבג"ץ בעניין זה נדחתה, אך בית המשפט הביע ביקורת חריפה ביותר על ביזוי הדגל. ראו בג"ץ 8507/96 אורין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 269 (1997). לעניין היחס החרדי לדגל המדינה, ראו לדוגמה את דברי הרב אליעזר מנחם שך: "את שבת קדשנו – האות הגדול אשר בין כנסת ישראל חיללו והמירו באות זרה – בדגל האום. הדגל שלנו, הברית של השבת [...] אינו מהווה לגביהם דגל, רק איזו חתיכת בד" (ראו בן חיים איש ההשקפה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 81).

בנימוק של "פרנסה".⁹⁰ הוא הדין בכל נושא הגיוס לצבא, שאחד הנימוקים – לא היחיד – להימנעות משירות בו נתמך בכך שאין להתחבר למערכת שמחללת את קודשי ישראל, פוגעת בגדרי הצניעות או עוברת על כללי ההלכה. דילמה קבועה אחרת בעניין זה נוגעת להשתייכותם של חרדים למערכת המשפט על כל רבדיה. לעצם העיסוק במשפט חילוני, המוגדר בצניעות על ידם כ"משפטים כל ידעום",⁹¹ ולמערכת בתי המשפט בפרט.⁹² ראית המשפט האזרחי-חילוני כמערכת דינים פסולה ואסורה, ותפיסת בתי המשפט שמיישמים אותו ופועלים על פיו כ"ערכאות של עכו"ם", ואת הדנים בפניהם כמי ש"מרימים יד בתורת משה",⁹³ עשויים להביא למסקנה שהצירוף "שופט חרדי" או אפילו שופט שומר מצוות הוא אוקסימורון, "תרתי דסתרי", שני דברים הסותרים זה את זה.⁹⁴

ממה נפשך: אם מדובר באיסור חמור, מן התורה, לשפוט על פי דין שאינו דין תורה, ולסייע לעשיית משפט – בבית המשפט או חוצה לו, על פי דין שאינו דין תורה, לשופט חרדי אסור להתקרב ובוודאי שלא להיות חלק ממערכת ה"מרימה יד בתורת משה", ולתת לה את ידו.⁹⁵

לפי גישה רווחת, היה זה "שופט החרדי" נותן לה את ידו, ומהווה בשר מבשרה של מערכת שיפוט זו, אין הוא יכול עוד להמשיך ולהתהדר בהיותו "חרדי" או אפילו "שומר מצוות", שהרי הוא עברייני "המרים יד בתורת משה"!⁹⁶ ועד כדי כך הגיעו הדברים, שהיה

90 לעומת זאת, רבים מהם מצטרפים למערכת זו ומנמקים זאת בעיקר בטעמים של "פרנסה". כך, לדוגמה, כיהן גדול הפוסקים בדור האחרון הרי"ש אלישיב שנים רבות בבית הדין הגדול לערעורים, ופרש ממנו רק בעקבות "פרשת הממזרים". ראו איריס בראון "פוסק הדור": הרב יוסף שלום אלישיב הגדולים – אישים שעיצבו את פני היהדות החרדית בישראל 780 (בנימין בראון ונסים ליאון עורכים, התשע"ז).

91 למקור הביטוי ראו תהלים קמז, 20. בעגת הלשון החרדית ביטוי זה משמש מונח נרדף למקור ידע שעדיף להימנע מהכרתו ובוודאי מן השימוש בו.

92 היבטים שונים של סוגיה זו נדונו במאמר אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" (לא משלנו): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה "מעשי משפט ג 123 (2010) (להלן: הכהן "נישט פון אונזערע").

93 הביטוי לקוח מדברי הרמב"ם בחיבורו "משנה תורה" (הלכות סנהדרין כו, ז) ומכוון כנגד מי שמרים יד – מורד – בתורת משה. לסוגיה זו ראו: יצחק ברנד ערכאות של גויים במדינת היהודים (2010) (להלן: ברנד ערכאות של גויים); אביעד הכהן "יום ליום יביע אמר ולילה ללילה יחווה דעת" – על יחסו של הרב עובדיה יוסף למערכת המשפט בישראל ולבני החברה הקיבוצית "פרשת השבוע 428 (התשע"ד) (להלן: הכהן "על יחסו של הרב עובדיה יוסף").

94 ראו הרחבה להלן בפרק ו' של המאמר, החל מהטקסט ליד ה"ש 161 ואילך.

95 בהקשר זה נזכיר שכאשר ביקש נשיא בית המשפט העליון למנות את הרב שלמה דיכובסקי, דיין ביה"ד הגדול לערעורים, לבית המשפט העליון, הניא הרב אלישיב את הרב דיכובסקי מקבלת הצעה זו. לעניין זה ראו: אביעד הכהן "להציל עשוק מיד עושקו": לדמותו של דיין בישראל – על פועלו ההלכתי והשיפוטי של הרב שלמה דיכובסקי "משפחה במשפט רז 9 (התשע"ד-התשע"ה) (להלן: הכהן "להציל עשוק מיד עושקו").

96 על החומרה שבעבירה זו, ועל ה"ויתור" עליה בחיי המציאות, ראו בהרחבה אביעד הכהן "מרים יד בתורת משה": על פניית החרדים לערכאות משפט אזרחיות-חילוניות" תרבות דמוקרטית 87, 15 (2013) (להלן: הכהן "מרים יד בתורת משה").

מי שהצהיר כי אין לצרף שופטים (וגם עורכי דין) למניין, או לאפשר להם להיות שלוחי ציבור בבית הכנסת.⁹⁷

קצרים של דברים: שופט חרדי, מלחמה לו מבית ומחוץ. "אוי לו מיצרו ואוי לו מיוצרו". עמיתיו לחברה החרדית יתקפו אותו תדיר על עצם השתייכותו למערכת שיפוט "המרמה יד בתורת משה", וזאת מעבר למקרים פרטניים, שיידונו להלן, שבהם אין הוא פוסק תמיד כ"מצופה ממנו", כך שפסיקתו תעלה בקנה אחד עם השקפת העולם החרדית. הנמצא מחוץ לחברה החרדית יתקוף את השופט החרדי על שהוא מעדיף להכריע על פי השקפת עולמו הפרטית, החרדית, ולא על פי חוק המדינה.⁹⁸

גם עורכי דין ובעלי דין השותפים להליכים שמתקיימים בבתי משפט אלה אינם פטורים מעולה של דילמה זו. מעבר ליחס השלילי העקרוני שקיים בהלכה היהודית ל"עורכי הדיינים",⁹⁹ חכמי הלכה רואים בעייתיות, לעיתים כזו שאינה ניתנת לפתרון, בשותפותו של עורך דין (ולעיתים ביוזמתו, עידודו ודרכונו) להליך שתוצאתו פסיקת ריבית או תוצאה משפטית שנוגדת דין תורה. כאשר התוצאה המשפטית בדין האזרחי לא רק מנוגדת לדין תורה אלא כרוכה בהעברת ממון מאדם למשנהו (דוגמת פסיקת פיצויי נזיקין, פיצויים בשל הפרת חוזה וכיוצ"ב), כך למשל, במקום שעל פי דין תורה התוצאה הייתה שונה, ובעל הדין היה פטור מחובת תשלום לצד השני (כגון במקרה של "גרמא" – נזק עקיף, או נזק שאין לגביו שני עדים כשרים לפי דין תורה), רואים חכמי הלכה פסיקה מעין זו כגזול ממש, ועל פניה שותפות המרכזית של עורך הדין בהשגתה כמוה כ"שותפות לדבר עבירה".

בעיות מסוג אחר נמצאות בשירות או עבודה במשטרה, שבין השאר תפקידה להביא עבריינים לדין ולהענישם בדרך שאינה עולה בקנה אחד עם תורת הענישה של המשפט העברי. בתולדות ישראל, "הסגרת" עברייני ו"מסירתו" לשלטון נחשבה לאחד האיסורים

97 ביטוי לכך נתן הרב עובדיה יוסף בשנה האחרונה לחייו, כשקרא בדרשתו השבועית להחרים כל מי שפונה לערכאות ולמנוע ממנו להיות שליח ציבור בבית הכנסת. ראו יונה שוב "הגר"ע יוסף: רוב המורים הם מינים" בחדרי חרדים 19.8.2012. <https://bit.ly/2rM1BYe>. בנו, הרב אברהם יוסף, רבה של חולון וחרב מועצת הרבנות הראשית לישראל, עשה צעד נוסף בכיוון מחמיר וקיצוני זה, כשקרא שלא לצרף שופטים ל"מניין", וקבע ש"חייבים להתעלם מקיומם כאילו הם אוויר". ראו קובי נחשוני "הרב אברהם יוסף: לא לצרף שופטים למניין" [ynet](https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3942286,00.html) 23.8.2010. וראו הכהן "על יחסו של הרב עובדיה יוסף", לעיל ה"ש" 93.

98 טענה מעין זו השמיעה זה"כ שולמית אלוני נגד השופט אלון בפרשת הסגרתו של ויליאם נקש לצרפת. ראו בג"ץ 433/87 רכטמן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 606 (1987) (להלן: עניין רכטמן).

99 לעניין זה ראו משנה, אבות א, ח: "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים", ומדרש האמוראים (בבלי, שבת, קלט, ע"א) שמשווה בין "עריכת דין" לאמירת שקר: "שפתותיכם שקר דברו – אלו עורכי הדיינים", ופירוש רש"י; וראו בהרחבה נחום רקובר השליחות וההרשאה במשפט העברי (התשל"ב).

החמורים ביותר. אף שהיה מדובר ב"מסירה" לשלטון הזר, ואילו במדינת ישראל יש שלטון יהודי, עדיין נתפס איסור זה בחומרה רבה.¹⁰⁰ במישור הרעיוני נפתר ניגוד עניינים זה, שבין הסלידה מ"שלטון הרשעים", ה"חילוני, האפיקורסי והכופר", לבין התחברות אליו והצטרפות למוסדותיו באמצעות "משל התפוחים" שנזכר לעיל של ה"חפץ חיים".¹⁰¹

2. "נאמנות כפולה" וניגוד עניינים בקרב אנשי ציבור חרדים: מקרים פרטניים

לצד הבעייתיות העקרונית שטמונה בעצם השותפות וההשתתפות בממסד ה"חילוני", קיימים אין-ספור מקרים פרטניים שבהם מוצא עצמו אדם חרדי בכלל, ומשרת ציבור בפרט, בסיטואציות של "ניגוד עניינים" בין השקפת עולמו, אורחות חייו, הליכותיו והלכותיו, לבין החובות שעליו למלא מכוח תפקידו, סמכותו ואחריותו. להלן אביא כמה דוגמאות, שהן כ"טיפה מן הים הגדול".

ניגוד העניינים עלול לצוף גם בסוגיות ספציפיות שבהן נדרש שומר מצוות הדת לקבל החלטה שעל פני הרברים, תוכנה עומד בניגוד להלכה. ניגוד זה עשוי להיות מפורש (כגון חלוקת ירושה שלא לפי דין תורה) או משתמע (כגון הימנעות שופט מהתערבות בפסק דין שהורה על שריפת גופה ולא קבורתה; הימנעות שופט מהתערבות בפסק דין רבני שחייב הורים למול את בנם בניגוד לרצון האם),¹⁰² ישיר (פסיקת תשלומי ריבית) או עקיף (הרשעת אדם אף שלפי דין תורה אין שני עדים כשרים שיעידו כי עבר עבירה). ככל שההלכה המופרת חמורה יותר (מדאורייתא לעומת דרבנן,¹⁰³ מנהג או נוהג¹⁰⁴) ועוצמת ההפרה חזקה יותר (ביטול לחלוטין של דין תורה ובאופן ישיר לעומת ביטול חלקי או עקיף), כך עולה רמת ניגוד העניינים.

100 ראו מנחם אלון "דיני הסגרה במשפט העברי" תחומין ח 263 (התשמ"ז); שאול ישראלי "הסגרת עבריין לשיפוט זר" תחומין ח 287 (התשמ"ז); יהודה דוד בלייך "הסגרת פושע לעם נכרי" תחומין ח 297 (התשמ"ז); מנחם אלון "ביסוס המערכת המשפטית על דיני התורה" תחומין ח 304 (התשמ"ז).

101 ראו טקסט ליד ה"ש 69 לעיל.

102 בג"ץ 8533/13 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 29.6.2014). בעניין זה נדונה עתירה נגד פסק דינו של בית הדין הרבני שחייב את האם לערוך ברית מילה לבנה בניגוד לרצונה. חמישה מן השופטים (נאור, ג'ובראן, חיות, מלצר, דנציג) הפכו את הצו למוחלט, בעיקר בהתבססם על שאלת סמכותו של בית הדין הרבני להחליט בסוגיה זו (ההתמקדות בשאלת הסמכות הייתה עבור עמדת הרוב מעין "מעקף" נוח להימנע מהתמודדות ישירה עם חוקיותה של ברית המילה כשלעצמה). מעניינת במיוחד היא דווקא עמדתם של שני שופטי המיעוט – שדומה כי לא במקרה הם השופטים ה"דתיים" בהרכב – השופטים רובינשטיין והנדל.

103 "מדאורייתא" – מן התורה, "מדרבנן" – איסור מדברי חכמים. ראו אלון המשפט העברי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 185.

104 על ההבחנה ביניהם ראו שם, בעמ' 717.

לצד ה"נאמנות הכפולה" – לעקרונות היסוד הדמוקרטיים מזה, ולהשקפת העולם ואורח החיים החרדי מזה, ישנם אינ-ספור מקרים פרטניים נוספים שבהם מוצא עצמו איש ציבור חרדי במצב של נאמנות כפולה וניגוד עניינים. כך, למשל, שר חרדי, עלול להיתקל דבר יום ביומו בסוגיות שבהן עליו להכריע, מכוח תפקידו, סמכותו ותחומי אחריותו, או לקבל החלטות על ביצוע פעולות שכרוכות בעבירה על איסורים הלכתיים, או שמשמעותן נוגדת את האידיאולוגיה והשקפת העולם החרדית, ואת אורח חייה.

במקרה אחד נדרש שר הפנים דאז הרב יצחק פרץ¹⁰⁵ – במצוות בג"ץ – לחתום על תעודת הזהות של סוּן מילר, שבה ייאמר כי היא "יהודייה" – בדתה ובלאומה – אף שעברה רק גיור רפורמי בארצות הברית. בשל היות מעשה זה סותר את השקפת עולמו, סירב השר פרץ לחתום, התפטר מתפקידו, ומחליפו אריה דרעי, חתם על התעודה אף שגם הוא, כמו הרב פרץ, נמנה עם אנשי המפלגה החרדית ש"ס.¹⁰⁶

במקרה אחר נדרש שר הפנים אריה דרעי לחתום על חוק עזר עירוני שמתיר פתיחת בתי עסק של יהודים בשבת. בעקבות סירובו של השר לחתום, הגיע העניין לבג"ץ וזה אישר את תוקפו של חוק העזר.¹⁰⁷

במקרה נוסף, נדרש שר החינוך, זבולון המר איש המפד"ל – בתפקידו כממונה על רשות העתיקות – להכריע בשאלת החפירות הארכיאולוגיות בעיר דוד בירושלים. לפי הטענה, נעשו במקום פעולות של חילול קברים יהודיים. מועצת הרבנות הראשית התכנסה לדיון מיוחד ואסרה על המשך העבודות באתר החפירות. משראה השר זבולון המר שככה לו, נטל את הסמכות לאשר את החפירה מידי רשות העתיקות, ובתוקף סמכות-העל שלו, כממונה עליה, ביטל את רישיון החפירה שניתן לארכיאולוגים. בעקבות עתירה לבג"ץ, בוטלה החלטת השר והחפירות נמשכו כסדרן.¹⁰⁸

יו"ר המועצה הדתית בירושלים נדרש לכנס את המועצה הדתית אף על פי שעם חבריה נמנו נשים ונציגים רפורמיים. בשל פסק הלכה שהוציאו רבנים, נמנע היו"ר מלכנס את המועצה וגם לאחר שנקנס על כך באופן אישי המועצה לא כונסה.¹⁰⁹ במקרה אחר נמנעו הרבנים הראשיים מלתת תעודת הכשר למלון שהתקיים בו מופע של ריקודי בטן. אף שבג"ץ הורה להם לתת את תעודת ההכשר, נמנעו הרבנים מעשות כן.¹¹⁰

105 הרב פרץ למד במוסדות החינוך הממלכתי-דתית, ב"מדרשיית נעם", אך לאחר מכן פנה ללמוד בישיבת "חברון" הליטאית ובכולל "חזון עובדיה". אורח חייו והשקפת עולמו תואמים את אלה של בני החברה החרדית. ראו באתר הכנסת: <https://main.knesset.gov.il/mk/pages/MkPersonalDetails.aspx?MKID=163>.

106 לעניין זה ראו: בג"ץ 230/86 מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 436 (1986).

107 בג"ץ 6322/14 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (פורסם בנוב, 19.4.2017).

108 ראו בג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה(4) 533 (1981).

109 לסוגיות אלה, ראו בהרחבה אביעד הכהן "בתי המשפט ובג"ץ: תל פיות לתנועה הרפורמית?" היהדות הרפורמית: הגות, תרבות וחברה 439 (אבינועם ריונק עורך, 2014).

110 ראו בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990). לסוגיית הנאמנות הכפולה בענייני כשרות, ראו בג"ץ 22/91 אורלי ש. 1985 בע"מ נ' הרב הראשי ליבנה, פ"ד מה(3) 817 (1991); בג"ץ 3944/92 מרבק – בית מטבחים בע"מ נ' הרבנות הראשית נתניה,

כך אירע גם במקרה שבו סירב רב עיר לתת הכשר לקונדיטוריה שבעליה נמנו עם כת "היהודים המשיחיים",¹¹¹ או במקרה שבו סירב רב עיר לרשום לנישואין גֵּרַת צדק שלטעמו הליך גיורה לא נעשה כדין.¹¹² אף שמנקודת מבטו של הדין, חלה חובה על הרב במקרים אלה לעשות כמצוות הדין, הוא העדיף על פניו את מה שנראה בעיניו כמצוות ההלכה ופעל בניגוד לדין.

ההשלכות של מצב זה ברורות מאליהן: מנקודת מבטו של "שלטון החוק", חייב הנציג הדתי לציות – ככל אדם אחר – להוראות הדין או לפסק דין. בפועל, הוא מעדיף את הציות לצו האל או למצוות התורה, תוך שהוא מפר, לעיתים בריש גלי ובראש חוצות את הוראות הדין. ניגוד עניינים אישי יכול להיווצר גם כאשר שופט חרדי צריך לפסוק בנושא ש"נגוע" מראש בבעייתיות מנקודת השקפה דתית (כגון הכרה בזכויות של "פסולי חיתון הלכתיים" שנישואיהם הוכרו על ידי החוק האזרחי-חילוני אך אסורים לפי הדין הדתי; הכרה בזכויות בני זוג חד-מיניים; הכרעות שתוצאתן נוגעת באיסורי תורה מובהקים כגון ריבית אסורה, ניוויל המת¹¹³ וכיו"ב).

אוסף כי בעניין זה קיימת הבחנה בין שופט חרדי לעורך דין חרדי, הגם ששניהם עלולים להיקלע למצבים מעין אלה. השופט – מבחינה פורמלית ומעשית כאחד – הוא בשר מבשרה של המערכת החילונית. הוא משתייך לרשות השופטת, האזרחית-חילונית, ומהווה איבר מאיבריה. הרשות השופטת היא זו שממנה אותו, היא זו שמשלמת את שכרו, והיא זו המכתיבה לו אורחות התנהגות ונורמות אתיות. לעומת זאת עורך הדין הוא בעל מקצוע חופשי. בהרבה מקרים הוא "עצמאי" בהגדרה (וגם אם הוא שכיר, שכרו משולם על

פ"ד מט(1) 278 (1995); בג"ץ 77/02 מעדני אביב אוסובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(6) 249 (2002).

111 בג"ץ 8735/06 קומפורטי נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל (פורסם בנבו, 29.6.2009).
 112 בג"ץ 725/13 עתים (ע"ר) נ' הרב הראשי לראשון לציון (פורסם בנבו, 13.6.2013). שם נדונה עתירה שעניינה שליחת גרי צדק להליך פרטי של "בירור יהדות" כתנאי לרישום לנישואין. גילוי נאות: בתיק זה ייצג הח"מ את העותר.

113 דוגמה לכך עשויה להיות הידרשותם של "שופטים דתיים" לתיקים שבהם מתבקשת נתיחת גופה או שימוש בגופת נפטר שמביאה לאי-קבורתו, בניגוד למצוות הדת. ראו לדוגמה בג"ץ 6167/09 אבני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.11.2009); ע"א 1835/11 אבני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.11.2011). בשני המקרים, השופטים רובינשטיין והנדל נדרשו לבקשתו של אדם שציווה כי לאחר פטירתו לא תובא גופתו לקבורה אלא איבריה יפוזרו בשדה או ייורקו לים וישמשו מאכל לעוף השמים ולדגי הים. לדילמה זו, ראו גם אביעד הכהן "עושה השלום: קווים לדמותו של שופט אנושי, יהודי וציוני" ספר אליקים רובינשטיין (לא פורסם) (להלן: הכהן "עושה השלום"). כפי שצוין באותו מאמר, דילמה דומה עולה ביחס ליכולתו של שופט שחור לשפוט בתיקים שבהן נדונה הפליה בשל צבע עור, שופט "מזרחי" לדון בתיק שבו נדונה הפליה על רקע עדתי (כדוגמה לכך נשמעו "רינונים" בדבר יכולתו של השופט א"א לוי ע"ה לדון בפרשת עמנואל באופן אובייקטיבי וללא משוא פנים. ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009)), בדבר יכולתו של שופט "ערבי" לדון בעניינים שבמוקדם הסכסוך הלאומי היהודי-ערבי. בארה"ב הועלו טענות דומות ביחס ליכולתו של שופט "יהודי" לדון בעניינים שבהם מעורבים ערכים יהודיים או ציוניים. ראו לדוגמה (JEFFREY ROSEN & LOUIS D. BRANDEIS, AMERICAN PROPHET (2016)).

ידי משרד ממשלתי, רשות ציבורית, חברה עסקית וכיוצ"ב ולא על ידי הרשות השופטת). מבחינה ארגונית הוא משתייך ללשכת עורכי הדין ולא לרשות השופטת, ושכרו אינו משולם לו על ידי הרשות השופטת.

יתר על כן: עורך דין רשאי לכאורה לבחור לו באילו תחומי משפט לעסוק, או לברור לו רק תיקים שיפיים בעניניו לטיפול, ולהתמקד באלה שקיימים בהם פחות חששות הלכתיים (כגון דיני עבודה ומשפט ציבורי). לעומת זאת (ולהוציא מקרים חריגים שבחריגים), שופט אינו יכול לברור לו את תיקיו, והוא "אנוס על פי החוק" לשפוט ולהכריע במקרים שבאים לפניו. באופן תיאורטי, אומנם יכול השופט לבקש מנשיא בית המשפט שבו הוא מכהן ל"השתחרר" מעיסוק בתיק מסוים, אך המערכת אינה נוטה חסד למקרים כאלה. אפילו במקרים של "פסילת שופט", מיוזמתו שלו ולא של בעל הדין, נוהגת המערכת ביד קפוצה למדי.

ד. דרכי התמודדות אפשריות

מבחינה תיאורטית, ניתן להציע כמה "מודלים" – דגמים עיקריים ועקרוניים – לדרכי התמודדות של אנשי ציבור חרדים עם מצב של "ניגוד עניינים" ו"נאמנות כפולה". דגמים אלה מאפיינים דרכי פעולה שונות ומגוונות שנוקטים אנשי ציבור חרדים בסוגיות שבהן הם ניצבים בפני נאמנות כפולה וניגוד עניינים. דרכי הפעולה השונות באות לידי ביטוי מעשי במקרים פרטניים רבים ומגוונים, שרק מקצתם יפורטו בדוגמאות שלהלן. בחלק מן המקרים נוקטים משרתי הציבור החרדיים יותר מדרך פעולה אחת בהתאם להשקפת מצפונם או לשם הצדקת מעשיהם.

1. צידוק והישענות על דין תורה

אחד הכלים הנפוצים – בוודאי כטקטיקה – אצל משרתי הציבור החרדים הוא ההיתלות באילנות גדולים: הישענות על "גדולי התורה" וחכמי הלכה לשם מתן לגיטימציה לפעולותיהם.¹¹⁴ משרת הציבור החרדי משיל מעליו את האחריות ומעבירה ל"גדולי הדור". אלה עשויים למצוא להצטרפותו ל"עוברי עבירה", לשיוכו למערכת שלטון חילונית או למעשים ספציפיים שלו, צידוקים הלכתיים ואידיאולוגיים כאחד, הנסמכים על מקורות הלכתיים או על הדוקטרינה הכמעט כול-יכולה של "דעת תורה".¹¹⁵

בעניין זה ראוי להבחין בין היתרים כלליים ו"עקרוניים", המותירים לבעל הכהונה החרדי מרחב פעולה ותמרון רחב במגוון רחב של פעולות, לבין היתר נקודתי, ספציפי, המכוון כלפי מקרה פרטי, מיוחד.

במישור ההלכתי הצרוף עשוי היתר – בין שמדובר בהיתר כללי או בין שפרטני – להמשך פעולה או כהונה גם במצב של "ניגוד עניינים" לכאורי להתבסס על כמה אדנים: (1) איסור "לפני עיוור לא תיתן מכשול" – וכמוהו איסור "מסייע לדבר עבירה" – אינם

114 מונח זה מקורו בתלמוד, באמרתם של חכמים: "אם רצית להיחנק – היתלה באילן גדול" (פסחים ק"ב, ע"א).

115 על דוקטרינה זו נכתבה ספרות רחבה. מאסף לכל המחנות הוא חיבורו של בנימין בראון "דוקטרינת 'דעת תורה': שלושה שלבים" דרך הרוח: ספר היובל לאליעזר שביד כרך שני 377 (יהודיע עמיר עורך, התשס"ה).

חלים כאשר האיסור ייעשה ממילא, באמצעות שותף אחר, גם ללא מעורבותו של שומר המצוות.¹¹⁶ הדוגמה הבולטת לכך שמוכחת במקורות הקדומים הוא איסור שתיית יין לנזיר. כאשר הנזיר והיין ניצבים "בתרי עברי דנהרא" – משני צדיו של נהר שוצף-גועש, חל איסור על אדם להעביר את היין לנזיר, שכן בהיעדרו לא היה יכול הנזיר להגיע ליין ולשתות הימנו תוך עבירה על האיסור שמוטל עליו. לעומת זאת כאשר היין והנזיר מצויים ב"חד עברא דנהרא" – באותה גדת נהר, לא חל איסור על הושטת היין לנזיר שכן גם בלי הגורם המסייע יכול היה הנזיר להגיע ליין ולשתות ממנו.¹¹⁷ יודגש כי גישה הלכתית מעין זו אינה מיוחדת למקרה אחד, בודד או ספציפי, אלא כוחה לכל מקרה – ויש אינ-ספור כאלה – שבו מואשם בעל הכהונה החרדי בהצבת "מכשול" לפני עיוור, כגון באמצעות מתן רישיון למקום בידור שיקיים מופעים שאינם צנועים, או תקצוב מוסד כנסייתי; (2 שימוש בכלים הלכתיים כגון "הוראת שעה", "דרכי שלום", או חישוב "הפסד מצווה כנגד שכרה ושכר עבירה כנגד הפסדה",¹¹⁸ המתירים בנסיבות מסוימות לעבור על איסורים שבדרך השגרה הוא מצווה על שמירתם, או עשיית "עבירה קלה"¹¹⁹ כדי להינצל מעשיית עבירות חמורות יותר;¹²⁰ 3 שימוש בעקרונות מטא-הלכתיים שמאפשרים גמישות הלכתית במקום הצורך, כגון "עת לעשות לה" – הפרו תורתך",¹²¹ כלל שלפיו יש מקרים ונסיבות שבהם כדי "לעשות לה" – להשיג מטרה חשובה ונעלה, אין ברירה אלא ל"הפר" את התורה ולחרוג, לשעה קלה, מן הנורמה הרגילה.¹²²

גם כאן מצויות דוגמאות למכביר. כך, לדוגמה, נמצא היתר הלכתי לפגישתם של רבנים ראשיים חרדים עם האפיפיור ועם אנשי כמורה נוצרים. בדומה לכך הותר תקצובם של מוסדות

- 116 ראו לדוגמה שולחן ערוך, יורה דעה קנא, א; אהרן ליכטנשטיין "מעשה מצווה שעשוי להביא לחילול שבת" עלון שבות טז (התשס"ב) <https://bit.ly/2n7KLXW>; יוסף צבי רימון "ולפני עיוור לא תתן מכשול" עלון שבות 153 (התשנ"ט) <https://bit.ly/2vzef4A>.
- 117 לעניין זה ראו בבלי, עבודה זרה ו, ע"א; MICHAEL J. BROYDE, THE PURSUIT OF JUSTICE AND JEWISH LAW 49-61 (2nd ed., 2007).
- 118 ראו משנה, אבות ב, א.
- 119 מנקודת מבט הלכתית יש להבחין בין מצבים שבהם "צורך השעה" מתיר מלכתחילה את האיסור ונקבע שאינו חל מעיקרו באותן נסיבות, ויש מצבים שבהם האיסור בתוקפו עומד, אך הוא נדחה, בדיעבד, מפני הערך או המצווה האחרת שגוברת עליו.
- 120 דוגמת הכלל ההלכתי של "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה". ראו בבלי, שבת קנא, ע"ב.
- 121 למקור המונח ראו תהלים קיט, 126.
- 122 כך לדוגמה הוקמה רשת ענפה של מוסדות לימוד תורה לבנות "בית יעקב", תוך חריגה בולטת מן המסורת שאסרה על נשים ללמוד תורה. את ההיתר לכך נימק רבי ישראל מאיר הכהן מראדין, בעל ה"חפץ חיים", במעין הוראת שעה, שכן "כי לא כדורות הראשונים דורותינו". ראו ישראל מאיר הכהן כל כתיבי חפץ חיים השלם כרך ד 97 (התש"ו). לעניין האיסור ומקורו, ראו עניין שקדיאל, לעיל ה"ש 82; אביעד הכהן "ציוו חכמים" – פרק בלשונות הרמב"ם בספר משנה תורה" שנתון המשפט העברי יד-טו 113 (התשמ"ח-התשמ"ט); מנחם אלון מעמד האשה (2005), והמקורות הרבים שנזכרו שם.

דת וחינוך נוצריים אף שלפי הגדרות הלכתיות שונות הנצרות נחשבת כעבודה זרה ממש.¹²³ רבנים ראשיים ומשרתי ציבור אחרים אינם יוצאים מטקסים ממלכתיים אף שנשמעת בהם שירת נשים.¹²⁴ לא אחת הם מוצאים את עצמם יושבים לצד נשים, אף על פי שאורח החיים ודיני הצניעות המוקפדים בחברה החרדית אינם מתירים זאת.¹²⁵ "אמצעי שסתום" וכלים אלה, המצויים לרוב בארגז הכלים ההלכתי, מאפשרים לחכמי ההלכה – ולמשרתי הציבור הנתלים בהם – להצדיק פעולות שעשייתן לא הייתה מותרת בתנאים רגילים, אך לשם מטרה נעלה – השימוש בהם לא רק "מקודש" ומותר, אלא לעיתים גם מחויב המציאות.

2. צידוק והישענות על הדין האזרחי

תשובה דומה, אך שונה לחלוטין במקורה, היא ההישענות על הדין האזרחי-חילוני. במישור הפורמליסטי-משפטי גישה זו נשענת על עקרון היסוד של כל שלטון חוק ראוי לשמו. לפי עיקרון זה במדינה דמוקרטית הכול – גם נאמני ההלכה הדתית – כפופים למרות החוק. מנקודת מבט דמוקרטית, עיקרון זה הריהו "נשמת אפו" של שלטון החוק, ואבן יסוד דמוקרטית.¹²⁶ מנקודת מבט הלכתית, עיגון העיקרון לציית לחוק אזרחי-חילוני, לא דתי, סבוך ומורכב יותר. עם זאת, ברבות השנים נמצא לו עיגון הלכתי מכוח ארבעה מקורות אפשריים: א. מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא", שלפיו דיין המלכות – החוק החילוני – הוא "דיין"

123 לעניין זה ראו אביעד כהן "נצרות ונוצרים בעיניים רבניות בעת החדשה: מהרב קוק ועד הרב עובדיה יוסף" מחניים 15, 89 (התשס"ד).

124 בעניין זה קיים שוני בין משרתי ציבור שונים. חברי כנסת מ"אגודת ישראל" מקפידים לצאת מאולם מליאת הכנסת במקרים הבודדים שבהם נשמעה בו שירת נשים. בשנים האחרונות נתקבע נוהג שלפיו במליאת הכנסת לא מופיעות נשים מעל גיל 13, ואילו באולם שאגאל, שמחוץ למליאה, מופיעות נשים. לא אחת עוררה "הדרת נשים" זו תרעומת. ראו לדוגמה אריק בנדר "רק גברים שרים מול מליאת הכנסת" מעריב 22.7.2008 <https://www.makorrishon.co.il/nrg/online/1/ART1/763/368.html>

125 באולם מליאת הכנסת נפתרת בעיה זו באמצעות קביעת המקומות בראשית הקדנציה באמצעות הוועדה המסדרת, שמתחשבת ברצון חברי הכנסת החרדים שלא לשבת לצד נשים במליאת הכנסת. בוועדות הכנסת ובמועצות רשויות מקומיות תופעת הישיבה המעורבת נפוצה יותר. על מקור האיסור ההלכתי והפירוט ההלכתיים שהוצעו לו, ראו "ישיבה במעורב (גברים ונשים) בחתונה" www.beithillel.org.il/show.asp?id=63988#.Wzcz_VOuZ0u. על השלכותיה המשפטיות של הפרדה זו, ראו נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג 99 (2003).

126 ראו למשל אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל (2) 375 (2000); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 227 (מהדורה חמישית, 1996); אהרן ברק "שלטון החוק" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים 15 (שמעון שיטרית עורך, 1977); יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט – גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 61 (1987). וראו דבריו הנכוחים של השופט מישראל חשין, בג"ץ 816/98 אמינוף נ' אלטלף, פ"ד נב(2) 769 (1998).

המחייב גם מבחינה הלכתית;¹²⁷ ב. מכוח ראיית דין המדינה כ"תקנת קהל" שקיבלה מעמד מחייב במשפט העברי;¹²⁸ ג. מכוח ההשוואה בין דין המדינה לבין "משפט המלך" המוכר כמקור מחייב במשפט העברי;¹²⁹ ד. מכוח ראיית דין המדינה כ"מנהג" שגם הוא נמנה עם מקורותיו המחייבים של המשפט העברי.

כל אזרח, ומקל וחומר עובד ציבור, שופט או דיין, כפוף למרות הדין שנוהג במדינה. כאשר דין זה מחייב עשיית מעשה מסוים, אין האדם רשאי להיפטר מעולו בטענה שהדין נוגד את מערכת אמונותיו ודעותיו. לכך מהוראות דין שהן כ"פקודה בלתי חוקית בעליל שדגל שחור מתנוסס מעליה", חייב אדם בציות לחוק. משכך, יכול גם עובד הציבור לומר: "מה אעשה, והריני אנוס על פי דיבורו של המחוקק".

תשובה זו נשמעת לרוב מפי אנשי ציבור חרדים ושומרי מצוות הנתקלים במצבים של "נאמנות כפולה". כך, למשל, שופט הנדרש להתיר פעולה שאסורה או פסולה מכוח מצוות דתו, אמונותיו או השקפת עולמו, או להכיר בה.¹³⁰

3. איון הבעיה מעיקרה: יש "נאמנות כפולה" אך אין ניגוד עניינים

גישה אחרת גורסת שסוגיית ניגוד העניינים אינה קיימת מעיקרה,¹³¹ כי לעולם (או כמעט לעולם) לא תימצא סתירה בין הפתרון ה"דתי" לפתרון ה"אזרחי". גם מה שנראה במבט ראשון כסתירה מיניה-יוביה, יתברר – לאחר עיון ודיון – כסתירה מדומה. אם משום שההלכה הדתית גופה מכירה בכוחה של המדינה להעניק זכויות ולהטיל חיובים שאינם על דרך ההלכה השגרית, אלא מבוססת על חריגים או שיקולים מטה-הלכתיים¹³² שמערכת ההלכה גופה

127 ראו את הספרות הנוכרת בה"ש 93 לעיל.

128 ראו בהרחבה אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז-יז 417 (התש"ן-התשנ"א); ישראל בן שחר ויאיר הס "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה" כתר: מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה א 339 (שלמה אישון ויצחק בזק עורכים, 1996).

129 לעניין זה ראו בהרחבה גרשון גרמן מלך ישראל: ריבונות לדורות בראי ההלכה ומעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה (2003).

130 גם כאן הדילמה אינה מיוחדת רק לשופט דתי או חרדי, אלא גם לשופט שהשקפת עולמו סותרת את הדין הנוהג. כך, לדוגמה, שופט צמחוני או כזה המחויב לזכויות בעלי החיים שנדרש לדון בתיק שעניינו צער בעלי חיים המותר מכוח הדין. ראו למשל בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי החיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נוז (6) 212 (2003); או שופט המתנגד – לא מסיבות דתיות דווקא – להכרה ב"משפחות חדשות" הנדרש להעניק זכויות למשפחות מעין אלה. ראו לדוגמה עמדת השופט קדמי בבג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 770-779 (1994) (להלן: עניין דנילוביץ).

131 בדומה לשיטת הלימוד ה"בריסקאית" שבמקום לתרץ קושיה עוקרת את הבעיה מעיקרה ומוכיחה שהיא כלל לא מתחילה. לעניין זה ראו שלמה טיקוצ'ינסקי דרכי הלימוד בישיבות ליטא במאה התשע עשרה 105 (עבודת מחקר לקבלת תואר מוסמך, האוניברסיטה העברית – החוג להיסטוריה של עם ישראל, 2004)

132 בעניין זה ראו אביעד הכהן "שיקולים מטה הלכתיים בפסיקת ההלכה: מתווה ראשוני" עיונים חרדים בפילוסופיה של ההלכה 279 (אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק עורכים, 2008).

מכירה בהם והם בשר מבשרה (כגון "הוראת שעה",¹³³ "עת לעשות לה" – הפרו תורתך",¹³⁴ "מוטב שיהיו שוגגין"¹³⁵), ואם מפני שפרשנות ראויה של ההלכה מגלה שלאמיתו של דבר אין סתירה בינה לבין הדין האזרחי.

בגישה זו דגל השופט מנחם אלון, כאשר נדרש להכריע בסוגיות שונות, בעיקר מתחום זכויות האדם, שבהן נתגלעה לכאורה סתירה בין "ערכיה של מדינה יהודית" – קרי: המשפט העברי או ההלכה היהודית, לבין "ערכיה של מדינה דמוקרטית", קרי הדין האזרחי-חילוני. אלון גרס כי וא"ו החיבור שבצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית", היא מפתח לפתרון של סוגיות רבות, ומציאת הסינתזה שבין שתי המערכות, האזרחית והדתית, היא דרך המלך שיבור לו האדם והשופט.¹³⁶

כך, לדוגמה, קבע השופט אלון כי ניתוק חולה הנוטה למות ממכונת הנשמה יכול להיעשות הן מכוח ערכים יהודיים, שמקורם במשפט העברי, הן מכוח הערכים הדמוקרטיים, תוך מציאת הסינתזה שביניהם.¹³⁷ ברוח דומה סבר השופט רובינשטיין, בשעה שכיחן כיועץ המשפטי לממשלה, כי ניתן לנתק חולה איידס שנטה למות ממכונת הנשמה למניעת הארכת סבלו, והורה לנציגי המדינה להציג עמדה זו בבית המשפט. במקרה אחר, בשבתו על מדין, פסק השופט רובינשטיין (תוך הסתמכות על חוות דעת הלכתית שכתב הרב ח"ד הלוי, רבה של תל אביב), כי יש להרוס את בתי הכנסת שבגוש קטיף בסיום הליך ההתנתקות, למען מניעת חילולם בידי הפלסטינים.¹³⁸ לגישתו השיפוטית, הכרעת הדין של שופט יהודי שומר מצוות עשויה להיות מושפעת בוודאי גם מהשקפת עולמו היהודית-דתית, אך גם במסגרת זו על השופט לדעת שהוא מכהן בתפקיד כמשרת ציבור ולא במסגרת עולמו הפרטי, ושומה עליו – מכוח ההלכה גופה – לחתור אל פתרונות שיהיו מקובלים על הציבור ומתקבלים על ידו.¹³⁹ לגישת שופטים אלה – שאינה נקיייה מספקות – אין סתירה חזיתית בין הערכים היהודיים לערכים הדמוקרטיים.¹⁴⁰ גישה זו נובעת מתוך תפיסה עקרונית שמסכתות הערכים

133 "הוראת שעה" היא הוראה שסותרת לכאורה את הדין, אך מותרת לפרק זמן מסוים ומוגדר, מעין "תקנות לשעת חירום". על מונח זה במשפט העברי ומשמעותו, ראו אלון המשפט העברי, לעיל ה"ש 25, עמ' 227.

134 הכרעה הלכתית שמבוססת על הפסוק "עת לעשות לה" הפרו תורתך" (תהלים קיט, 126), ומכוחה מתירים לעיתים חכמי ההלכה איסור ספציפי על מנת להשיג מטרה חשובה יותר. למונח זה ומשמעותו, ראו משנה, ברכות ט, ה; אלון המשפט העברי, שם, עמ' 412.

135 כלל הלכתי שקובע שכאשר איסור מסוים הפך לנוהג מושרש, ויהיה קשה לעקור אותו ולמנוע אותו באמצעות תוכחה, מוטב להימנע מאמירת התוכחה לעבריין ובכך להימנע מעבירה שנעשית על ידו מתוך מודעות שמדובר בעבירה ולא רק מתוך אידיעה. ראו משנה, ביצה ל, ע"א; רמ"א, אורח חיים תרח, ב.

136 לגישת ה"סינתזה" של השופט אלון, ראו בהרחבה אביעד הכהן "מנחם אלון: חכם המשפט וחכם במשפט" שערי משפט ו 9 (2013).

137 ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993).

138 בג"ץ 7710/05 בר חן נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 927 (2005).

139 מעין הכלל שטבעו חכמים הראשונים ולפיו "כשם שמצווה (ולדעת רבי אבא: חובה) לומר דבר הנשמע, כך מצווה שלא לומר דבר שאינו נשמע". ראו משנה, יבמות סה, עב.

140 ראו אילן סבן "השופט מנחם אלון: משפט והשקפת-עולם" משפט וממשל ב(1) 153 (1994).

היהודיים והדמוקרטיים אינן צרות זו לזו אלא להפך, משלימות זו את זו, "ובא זה ולימד על זה", כביטוי החביב על השופט אלון שמקורו בדברי חכמים.¹⁴¹ קצרים של דברים: לפי גישה זו, יש אכן לשופט "נאמנות כפולה" – הן לערכים היהודיים, הן לערכים הדמוקרטיים, אך דווקא נאמנות כפולה זו מביאה לכך שאין ביניהם ניגוד עניינים, שכן שתי מערכות הערכים והדינים, אחיות הן זו לזו ולא צרות זו לזו.

4. "עצימת עיניים"

פתרון נפוץ אחר הוא "עצימת עיניים" מודעת, וקיום "מצוות" והתעלמות מהם.¹⁴² משרת הציבור החרדי – ויהא זה שר, חבר כנסת, ראש או חבר מועצה מקומית, מנהל בית חולים ציבורי – יודע שקיימת בעיה בפעולה מסוימת בתחום סמכותו, אך "עוצם את עיניו" ו"מתעלם" הימנה, משל לא הייתה בעולם כלל ועיקר. הבעיה מתחילה כאשר אנשים אחרים, התקשורת או אנשים מבני הציבור החרדי מסכים את שימת לבו למעשה העבירה עד שאינו יכול עוד להתעלם ממנו ועליו להידרש ולהתייחס אליו.

דוגמאות בעניין זה מצויות למכביר. אציין רק כמה מהן. אחת הבולטות היא סוגיית חילול השבת ההמוני במדינת ישראל, שנעשה פעמים רבות בחסותן של רשויות ממשל, ממלכתיות וציבוריות, מדינתיות ומקומיות, ולעיתים קרובות גם ביוזמתן.

במשך עשרות שנים, מקום המדינה ואילך, מוענקים היתרי עבודה בימי המנוחה – חלקם קבועים וחלקם זמניים – למגורים שונים במשק הישראלי. חלק מההיתרים הללו (כגון הפעלת בתי חולים ופעולות הקשורות בביטחון המדינה) עשויים להיות מוצדקים בנימוקים של "פיקוח נפש", שכידוע "דוחה את התורה כולה", אולם רבים מן ההיתרים ניתנים לגופים שעושים פעולות שמנקודת מבט הלכתית¹⁴³ עשיתן אינה חיונית בשבת, כגון העברת משחן בידי חברת החשמל בשבת,¹⁴⁴ ביצוע פעולות תיקון במסילות של רכבת

141 ראו למשל פסק דינו של השופט אלון בעניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 53, בעמ' 511; ובמאמרו מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659 (1993).

142 מונח זה נזכר במקורו לגבי מצוות השבת אבידה (דברים כב, 1) ועליו ביססו חכמים את חובת "ההתעלמות" מן האיסור בשעת הצורך. ראו דברים כב, 1; בכלי, בבא מציעא ל, ע"א.

143 ברבים מן המקרים ההיתר ניתן מטעמים כלכליים, של מניעת "הפסד מרובה" או מטעמי נוחות, של ביצוע עבודות תשתית בימים שבהם הפעילות קטנה יותר ועשיית העבודות קלה יותר. אכן, בהרכב מן המקרים לא די בנימוק ה"כלכלי" כדי לבסס היתר הלכתי כדי לבצע את העבודות בשבת.

144 בשבת הראשונה (31.7.1999) שבה עלה הנושא לסדר היום הציבורי, ביקש השר אליו סויה מש"ס לעצור את העברת המשחן בשבת, אך לאחר מכן הוא – וחבריו מהמפלגות החרדיות – "עצמו עיניים", עד שהעניין התעורר בתקשורת ולא נותרה להם ברירה אלא למחות על חילול השבת ההמוני בפומבי ובלשון חריפה. בסופו של דבר הביאה פרשה זו לפרישת "יהדות התורה" מן הקואליציה, ובכך ניתן האות לכדור השלג שהביא לבסוף לנפילת ממשלתו של אהוד ברק. על פרשה זו, ראו שמעון ליברטי וחיים פרידלנדר "בחזרה ל'משחן': פוליטיקאים וארכיונים מספרים" כל הזמן 4.9.2016 www.kolhazman.co.il/141335.

ישראל,¹⁴⁵ וכיצא באלה. כל עוד פעולות אלה נעשות "מתחת לרדאר", הרחק מהעין הציבורית והתקשורתית, עוצמים משרתי הציבור החרדים ששותפים לקואליציה את עיניהם ואינם מתייחסים אליהן. דוגמה בולטת נוספת ל"עצימת עיניים" זו היא חילולי השבת ההמוניים שמתרחשים בעת אירועי ספורט, ובעיקר משחקי כדורגל הנערכים בשבת. למרות חילול השבת הרב שכרוך בהם, נמנעים הפוליטיקאים החרדים מלקדש עליהם מלחמה בידועם שהסיכוי להתמודד עם חילול שבת זה ולהפסיקו שואף לאפס.¹⁴⁶ כך היה גם כאשר נערך מרוץ האופניים, "ג'ירו דאיטליה". הגם שהיה ברור מראש כי אירוע זה יהיה כרוך בחילולי שבת המוניים בערים שונות בישראל, הפוליטיקאים הדתיים החרישו ומילאו פיהם מים, ולא ניסו למנוע זאת או למחות על כך. לעניין זה משמעות מיוחדת כי לא מדובר באירוע פרטי אלא באירוע שנערך בתמיכת הממשלה שהם חברים בה ובתמיכת רשויות מקומיות (דוגמת ירושלים) שהם חברים בהנהלתן ותופסים בהן מקום מרכזי. רק "לאחר מעשה", בתום האירוע, הביעו כמה מהם (כגון סגן השר ליצמן וחה"כ גפני) מחאה שקטה (שנראתה יותר כ"ציאה ידי חובה") על קיום האירוע בשבת, בעוד שמנהיגים אחרים (כגון השר דרעי) המשיכו למלא פיהם מים.¹⁴⁷

במקרים רבים כגון אלה, רק כאשר התקשורת מציפה סוגיות אלה, או כאשר מי מבני הציבור החרדי משמיע קול זעקה בעניינן, לא יכולים עוד משרתי הציבור החרדים לטעון "עינינו לא ראו" ו"לא ידענו", ומתחילים להשמיע קול זעקה או להתערב בהן. דוגמה שגורה אחרת היא הפעלתם של בתי עסק ומתחמי בילוי,¹⁴⁸ או קיום אירועי ספורט המוניים¹⁴⁹ הכרוכים בחילולי שבת וימי מנוחה אחרים. בערים מרכזיות רבות פועלים בתי עסק

145 "משבר הרכבת" פרץ בסוף חודש אוגוסט 2016. אף שעבודות תחזוקה במסילות הרכבת נעשות במשך שנים, הן עברו "מתחת הרדאר". רק משעלה הנושא לסדר היום הציבורי, החלו הפוליטיקאים החרדים מאיימים בפירוק הקואליציה ולראש הממשלה לא נותרה ברירה אלא להורות על הפסקתן למשך פרק זמן מסוים, "עד יעבור זעם", ועד שאש המחאה שככה וסוגיית חילולי השבת פינתה מקומה לסוגיות בוערות אחרות. לסוגיה זו, ראו לדוגמה דפנה ליאל ואודי סגל "הרכבת לא תצא, משרד הביטחון יספק הסעות לחיילים בלבד" *חדשות* 2 bit. 3.9.2016 [ly/2sfFoYF](http://www.2sfFoYF.ly).

146 דומה שאין זה מקרי שעתירה לבג"ץ שדרשה להפסיק את משחקי הכדורגל בשבת הוגשה על ידי עותרים הנמנים עם הציבור הדתי-לאומי, ולא החרדי. ראו בג"ץ 7635/15 *התנועה למדינה יהודית ודמוקרטית נ' היועץ המשפטי לממשלה* (פורסם בנבו, 6.6.2018).

147 ישי כהן "חילול שבת: גפני וליצמן תוקפים; דרעי שותק" *כיכר השבת* 6.5.2018 <https://www.kikar.co.il/276284.html>.

148 דוגמה בולטת בעניין זה היא הפעלתו של "מתחם התחנה" בירושלים. אף שהמתחם פועל בשבתות, הפוליטיקאים החרדים "העלימו עין" מחילולי השבת שנעשים בו. רק משהגיע הנושא לתקשורת, ופוליטיקאים מקומיים עוררו – גם משיקולים פוליטיים חרדיים פנימיים ולא רק משיקולים הלכתיים – את דעת הקהל החרדית, לא נותרה לפוליטיקאים החרדים ברירה אלא למחות נגדם, ולאיים באי-הצבעה על תקציב העירייה ופרישה מן הקואליציה העירונית. מששככה מעט הסערה, חזרו החיים למסלולם, והמתחם ממשיך לפעול בשבת דאשתקד.

149 חברי הכנסת וחברי מועצת הרשויות המקומיות החרדים מודעים היטב לחילול השבת ההמוני שנגרם במתקני ספורט הממומנים ולעיתים מופעלים במתקני ספורט שבבעלות המדינה או העירייה. כך, המיוחד לעניין משחקי הכדורגל בשבת. גם ראש עיר חרדי, דוגמת אורי

כאלה, עשרות ומאות, בניגוד לחוק – הן חוק שעות עבודה ומנוחה, הן חוקי עזר עירוניים – ואין פוצה פה ומצפצף, גם בקרב חברי מועצת העיר החרדים ששותפים בקואליציה עירונית. רק משקם קול זעקה, ופונים אליהם בבקשה שיתייחסו לנושא, מתחילים הם להשמיע קול זעקה. גם במקרים אלה, פעמים רבות אין זו אלא זעקה למראית עין. ברובם המכריע של המקרים גילוי תופעה נרחבת של חילול שבת עירוני אינו מביא לפרישת החרדים מהקואליציה העירונית אלא מעורר סערה ררבתי, מדומה או אמיתית, שבקבוצתיה, ועם שוך גליה, ממשיך עולם כמנהגו לנהוג וחילולי השבת נמשכים באין מפריע.¹⁵⁰

דוגמאות אחרות הן משברים "מקומיים" – החוזרים על עצמם כמין שגרה עונתית בהווה הישראלית – דוגמת משבר בסוגיית "מיהו יהודי",¹⁵¹ סוגיות של גיור,¹⁵² מתווה הכותל וחפירות ארכיאולוגיות שיש בהן חשש לביזוי כבוד המת.¹⁵³ במציאות, סוגיות אלה עולות על סדר היום, המינהלי, הפוליטי, החברתי והמשפטי – ככל ימות השנה. הן מעוררות שאלות הלכתיות ואמונתיות לא פשוטות. במקום להתעמת עם סוגיות אלה ולמצוא להן פתרון, שאינו תמיד בנמצא, בוחרים נבחרי הציבור החרדים ל"עצום את עיניהם" עד שהנושא מובא לפתחם, בעל כורחם, והם צריכים להידרש לו.

5. מעין "כורח"

פתרון נוסף, רווח ביותר, הוא מצב שבו הנציגים החרדים מצטדקים בכך שהמעשה המנוגד להלכה או להשקפת עולמם "נכפה" עליהם כביכול על ידי גורם חיצוני, שאין להם כל שליטה עליו, ולפיכך "אין להם ברירה". כך, לדוגמה, כאשר בית המשפט כופה על שר

לופוליאנסקי, נאמן ביתו של הרב אלישיב, לא נמנע בעת כהונתו כראש העיר מהמשך תקצוב אגודות הספורט העירוניות בירושלים, או מהמשך הפעלת מתקני הספורט שבבעלות העירייה (דוגמת אצטדיון טדי וה"ארנה" בירושלים). נתונים שונים מלמדים כי בתקופת כהונתו נפתחו עשרות ברים ומסעדות ברחבי ירושלים, ולא נעשתה פעולת אכיפה ממשית נגד בתי עסק ומתקני בילוי שנפתחו בניגוד לחוק העזר העירוני.

150 כדוגמה לכך, ניתן להביא את חילולי השבת ההמוניים בתל אביב שנמשכים עשרות שנים. במהלך רובן המכריע של כל אותן שנים היו המפלגות החרדיות חלק מהקואליציה העירונית, ופרשו ממנה בשלב מאוחר מאוד. גם בירושלים נותרו חברי הסיעות החרדיות בקואליציה העירונית, למרות "איומיהם" המתמידים – שכללו גם התראות "אולטימטום" – לפרוש הימנה בשל חילולי השבת ו"התנכלותו" – כך לדבריהם – של ראש העיר לציבור החרדי. ראו לדוגמה חיים אבני 'אולטימטום: דגל' מאיימת בפרישה מהקואליציה של ניר ברקת" כיכר השבת 14.3.2016. <https://www.kikar.co.il/195035.html>.

151 ראו למשל אליעזר דון-יחיא "דת, זהות לאומית ופוליטיקה: המשבר בשאלת מיהו יהודי – 1958" שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 88 (מרדכי בראון וצבי צמרת עורכים, 2002); יגאל עילם יהדות כסטטוס קוו: פולמוס מיהו יהודי 1958 כהארה על יחסי דתיים וחילוניים במדינת ישראל (2000).

152 ראו למשל נתנאל פישר אתגר הגיור בישראל: ניתוח מדיניות והמלצות (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 103, 2015).

153 ראו למשל אביעד הכהן "התחיינה העצמות האלה?" – חופש המדע, חופש הדת וכבוד האדם: עיונים בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" מאזני משפט ד 219 (2005).

לעשות מעשה מסוים, וכך כאשר רשויות הביטחון דוגמת המשטרה או צה"ל קובעות שביצוע המעשה האסור או הפסול הוא "כורח ביטחוני" ולא ניתן להימנע ממנו. דוגמה אחת לכך היא הצטרפותו של השר ליצמן לממשלה כשר במשרה מלאה. אף על פי שהעתירה נגד המשך כהונתו כסגן שר הוגשה על ידי מפלגת "יש עתיד" במטרה לנגח אותו, אנשי השר לא ממש טרחו להרוף את העתירה ואף לא ביקשו להגיש עמדה אישית משלהם, בשם ח"כ ליצמן עצמו, בנפרד מעמדת המדינה. נוח היה להם שבג"ץ "יכריח" אותו להצטרף לממשלה, כשר במשרה מלאה. לאחר פסק הדין חזרו אל מועצת גדולי התורה של "אגודת ישראל" כ"אנוסים על פי הבג"ץ", ובשל חוסר הברירה בהמשך המצב הקיים אלה הורו להם לחרוג מהנהג ולצטרף לממשלה כשותפים מלאים בה, כפי שהיה בשנותיה הראשונות של המדינה.¹⁵⁴ כך היה גם כאשר שר הפנים אריה דרעי, מחליפו של הרב פרץ במשרד הפנים, "נופף" בפסק הדין של בג"ץ המחייב אותו לרשום את הגירות הרפורמית סוון מילר כיהודייה.

דוגמה נוספת יכולה לשמש "פרשת העברת המשחן בשבת", שזכרה לעיל. לפוליטיקאים החרדים היה נוח מאוד עם קביעת המשטרה שאי-העברת המשחן בשבת, שבה התנועה בכבישים דלילה יחסית, עשויה לגרום לתאונות ולפגיעות בנפש. הם נאחזו בהכרעת המשטרה (שלעיתים ממש "מוזמנת", בקריצה) שלפיה הנושא כרוך בפיקוח נפש כמוצאי שלל רב, וזו אפשרה להם להצטרף בפני בוחריהם ורבניהם. רק משהוברר כי המשטרה סבורה שניתן למצוא פתרונות להובלת המשחן גם בימות החול (כגון בשעות הלילה המאוחרות), לא נותרה לפוליטיקאים החרדים הברירה אלא להודיע על התנגדותם למהלך.

כך קורה גם כאשר נתבע איש ציבור דתי ל"דין תורה", בשל מעשה שעשה במסגרת תפקידו הציבורי. לפי ההלכה, כל אדם שומר מצוות שנתבע בדין תורה צריך לציית ולדון בעניין בפני בית דין דתי, והוא יכול לבקש ולהעביר את הדין לפני הרכב דיינים שנראה ראוי בעיניו.¹⁵⁵ סירובו של אדם דתי להתדיין בדין תורה כמוהו כ"הרמת יד בתורת משה". אכן, לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, שמבוססות בין השאר על חוק הבוררות, אסור לאדם המכהן במשרה ממלכתית רשמית להתדיין בנושאים שנוגעים למילוי תפקידו בפני בית דין רבני שדן בהם כבורר.¹⁵⁶ לפיכך, אנשי ציבור חרדים שנתבעו ל"דין תורה", נאחזו בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה וביקשו להימלט מחובת ההתדיינות בדין תורה כביכול מכוח "אונס", שכפה עליהם היועץ המשפטי לממשלה.¹⁵⁷

154 ראו ה"ש 81 לעיל.

155 זאת, מכוח הכלל ההלכתי שלפיו "הלך התובע אחר הנתבע". ראו בהרחבה אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני כרך א 223 (2011).

156 ראו "יישוב של סכסוכים שהמדינה צד להם באמצעות בוררות" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.1205 (התש"ע). מכיוון שפעולה שעושה איש ציבור במסגרת תפקידו עשויה להשפיע על אופן מילוי תפקידו, תובעת המדינה להיות צד לכל הליך כזה, שעשוי להשפיע על זכויותיה, אך מסרבת לדון בו בפני בית דין רבני שבעניינים אלה דן בהם כבורר.

157 כך היה לאחרונה בעניינו של השר אריה דרעי שנתבע על ידי ד"ר אורי וייס להימנע מתמיכה במתווה הרחקת הפליטים מישראל בהיותו מנוגד, כביכול, לדין תורה. השר שנתבע להתייצב בבית הדין "הליכות עולם" שליד בד"ץ "בית יוסף" (גוף המזוהה במובהק עם תנועת ש"ס), נמנע מעשות כן בתואנה שהדבר נאסר עליו מכוח הנחיית היועץ המשפטי לממשלה הנ"ל.

6. הכרעה לטובת ערך אחד והעדפתו על פני משנהו

דגם נוסף מבוסס על הכרעה בין שני הערכים הנוגדים, תוך דחיית ערך אחד מפני משנהו. במקרה זה משרת הציבור החרדי אינו "עוצם את עיניו". הוא מודע היטב לשותפותו בגוף "חילוני" ו"אנטי-חרדי" דוגמת ממשלה, כנסת או קואליציה עירונית שערכיו ואורחותיו אינם תואמים את השקפת העולם החרדית או ההלכתית, אך מכריע – במודע – לטובת ההישארות בו.

במקרים אלה הערך הדתי-הלכתי נדחה מפני הערך ה"אזרחי-חילוני". כך, לדוגמה, חייל חרדי שנדרש לבצע פעולה שכרוכה בהפרת "קוד הצניעות" החרדי, זונח לרגע את הערך הדתי או "מוותר" עליו ומציית לפקודה. ויתור זה יכול להיעשות במעשה, בצורה מפורשת, תוך הצהרה גלויה שבנסיבות העניין הוא מעדיף את קיום הערך האחד על פני משנהו. אך לרוב הוא נעשה בצורה סמויה, תוך "עצימת עיניים" מהמעשה האסור, או בדרך של מחדל, תוך הימנעות מביטולו בדרך של "שב ואל תעשה".

אכן יש, כמובן, גם מצבים הפוכים: חייל חרדי עשוי לוותר על הערך ה"אזרחי-חילוני" שבציות לפקודת המפקד, ובמקומו לציית לצו מצפוני ולהנחיות ההלכה, ולסרב למלא אחר הפקודה שנוגדת את עיקרי אמונתו.

דוגמה נוספת: שופט חרדי¹⁵⁸ שנדרש לתביעה שכרוך בה איסור ריבית, נמנע מלפסוק ריבית לצד הזוכה; כיוצא בו דוור המסרב לחלק לנמענים דואר שתוכנו מיסיונרי ויש בו חשש "עבודה זרה"; רופא חרדי שמתבקש לבצע הפלה מלאכותית הסותרת את עיקרי דתו אך נמנע מלעשות כן; או רוקח המסרב לספק אמצעי מניעה ללקוח המבקש אותם, מכיוון שהדבר מנוגד לעיקרי אמונתו.

גישה מעין זו עשויה להיות גם גישה מתחלפת. לא בכל מקרה יעדיף שומר הדת החרדי את הערך הדתי על פני הערך האחר, אלא הדבר ייעשה לחלופין, "הכול לפי המקום והזמן והעניין": בסוגיה מסוימת יבכר האדם הדתי את הערך הדתי על פני הערך האחר, ובסוגיה אחרת יבכר את הערך האחר על פני הערך הדתי.

7. העברת מרכז הכובד של ההחלטה האסורה לגורם אחר

במקרים רבים הפתרון לניגוד העניינים ה"דתי" נעשה באמצעי טכני פשוט: העברת מרכז הכובד של עשיית הפעולה האסורה או ה"בעייתית" (כך מנקודת ראותו של בעל הסמכות החרדי) או ההחלטה עליה לגורם אחר. כך, לדוגמה, ח"כ דתי העומד בראש ועדה בכנסת שנתבקש לדון בעניינם של הלהט"בים וזכויותיהם ביום שהוקדש כולו לציון "זכויות הקהילה הגאה" בכנסת, נעדר מן הדיון והעביר את שרביט ניהול הישיבה לח"כית אחרת, לא חרדית.¹⁵⁹ במקרה אחר, רופא דתי שמתבקש לבצע הפלה מלאכותית שלדעתו אין בה הכרח והיא מנוגדת לעיקרי אמונתו, יעביר את ביצוע הפעולה לרופא אחר שהפעולה אינה נוגדת את עיקרי אמונתו. חייל שמסרב לפנות יישוב או לחלל שבת מטעמים שבדת, יעביר את ביצוע המשימה לחייל אחר שאינו רואה במשימה ניגוד לעיקרי אמונתו; ראש עיר חרדי שנדרש

158 אם יש שופט כזה. ראו להלן, בעמ' 207 ליד הערה 160 ואילך.

159 ראו: "יום זכויות לקהילה הגאה בכנסת" mako – גאווה 23.2.2016 bit.ly/2IN83iX.

לתקצב פעילות שאינה צנועה או מימון מוסד של עבודה זרה או פעילות שכרוכה בחילול שבת יאצול את סמכותו לבעל סמכות אחר שמעשים אלה אינם מנוגדים לעיקרי אמונתו. מקרה נוסף של העברת כובד ההכרעה ה"נגועה באיסור" לגורם אחר הוא באמצעות שימוש במנגנון המשפטי. כלפי חוץ, מסרב האדם הדתי לקבל החלטה שעל פניה מנוגדת להשקפת עולמו. עם זאת, אין הוא פועל נגד פניית גורם אחר לבית המשפט על מנת שזה יכריח אותו לקבל את החלטה שמנוגדת לצו מצפונו. משמתקבלת ההחלטה על ידי בית המשפט, עונה האדם הדתי "אמן" בעל כורחו, באמרו: "ניסיתי להתנגד, ואף הבעתי זאת בפומבי, אך מה אעשה ואנוס אני על פי החלטת בית המשפט לבצע את המעשה?". לגישה זו יש דוגמאות למכביר. אביא רק כמה מהן. בשנות השמונים נערכו חפירות ארכיאולוגיות בעיר דוד. שר החינוך, הממונה על רשות העתיקות, היה זבולון המר, איש המפרד"ל. עוד בטרם הספיק להביע עמדתו בנושא, הוציאה מועצת הרבנות הראשית לישראל "פסק הלכה" שאוסר על המשך החפירות באתר בשל החשש שהמקום שימש לבית קברות יהודי, והחפירה כרוכה בכיזיון המת ובחילול קברים. השר נמנע מקבלת החלטה, הארכיאולוגים עתרו לבג"ץ וזה חייב את השר להעניק לרשות העתיקות אישור להמשך החפירות באתר. משניתן פסק הדין, ענה אחריו השר "אמן" בעל כורחו וקיים אותו. במקרה אחר סירב ראש העיר החרדי של ירושלים אורי לופוליאנסקי לתקצב את פעילות ה"בית הפתוח" שמשמש את חברי הקהילה הלהט"בית בעיר. חברי הקהילה עתרו לבג"ץ וראש העיר "נאלץ", במצוות בג"ץ, לתקצב את פעילותם מקופת העירייה.¹⁶⁰ במקרה נוסף, נדרש שר הכלכלה אריה דרעי לאשר מתן היתרי עבודה בשבת למפעלים ולפעילויות שונות. השר נמנע מלתת את האישור ואצל את סמכותו בעניין לשר אחר משרי הממשלה. במקרה אחר, נדרש שר הפנים לאשר חוקי עזר של רשות מקומית שמתירים פתיחת עסקים בשבתות ובמועדי ישראל. גם כאן ביקש השר לאצול את סמכותו בעניין לגורם אחר.

8. פתרון קיצוני: התפטרות

הפתרון הקיצוני במקרה שבו מתגלעת "נאמנות כפולה" שאין מנוס הימנה הוא התפטרות מהתפקיד או מהכהונה, באופן זמני או לצמיתות. השתמטות זו מאיינת את ניגוד העניינים מעיקרו.

לפי גישה זו, ברגע שאדם דתי נדרש לוותר על אחד מערכיו, עליו לנטוש את הזירה: או שיסרב לקבל עליו את התפקיד או את הכהונה השלטונית שכרוכים ב"ניגוד עניינים", או שיתפטר מתפקידו ויעדיף לוותר על כהונתו ובלבד שלא ייאלץ לקבל החלטה או לעשות מעשה שמנוגד לעיקרי אמונתו. כל פעולה אחרת עשויה לעלות כדי מעילה באמון ובתפקיד. היה ויעדיף איש הציבור לפעול לפי אמונתו הדתית, ובניגוד לחוק המדינה או לאינטרס הציבור, ימעל בחובתו – שקיבלה ביטוי גם בהצהרת האמונים שלו – לשמור אמונים למדינה ולחוקיה. והיה ויפעל להשלת חוקי המדינה, יכול וימצא עצמו מפר את נאמנותו לחובות הנגזרות ממצוות דתו.

160 בג"ץ 10903/04 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 24.11.2005).

כך, למשל, בדוגמה שנזכרה לעיל, כאשר נדרש שר הפנים הרב יצחק פרץ לחתום, מתוקף תפקידו, על תעודת זהות שבה נאמר כי גם אישה שהתגירה בגיור רפורמי נחשבת כיהודייה, הוא העדיף להתפטר מכהונתו כשר.

ה. מקרה מיוחד: שופט "חרדי" – אוקסימורון או מציאות?

כאמור לעיל, הניגוד החרדי שבין נאמנות למשרה הציבורית לבין השקפת העולם החרדית – ובראשה שמירת מצוות, שהימנעות מפנייה ל"ערכאות" ושפיטה שלא לפי דין תורה ולעיתים בניגוד לה – עשויה להביא למסקנה שהצירוף "שופט חרדי" או אפילו שופט שומר מצוות עשוי להיות אוקסימורון, "תרתי דסתרי", שני דברים הסותרים זה את זה.¹⁶¹

במהלך השנים אומנם היה ניסיון להכתיר, בעיקר באמצעי התקשורת, שופטים מסוימים – והבולט שבהם, שופט בית המשפט העליון יצחק קיסטר – כ"שופטים חרדים". אכן, ניתן להרהר אחר תיוג זה ולערער על נכונותו. השופט קיסטר גדל במשפחה שהחשיבה מאוד – לצד ניהול אורח חיים הלכתי מוקפד – את ההשכלה הכללית, וחלק מבניה אף התבוללו. לפיכך לא ייפלא שאת חינוכו הבסיסי קנה בבתי ספר כלליים בפולין ולא בישיבות. לאחר עלייתו ארצה, ולאחר שאיבד בשואה רבים מבני משפחתו, החל לנהל אורח חיים חרדי. תמונות שנתרו מאותם ימים מלמדות שגם אז היה מדובר בחרדיות "מודרנית" מאוד במונחי ימינו.¹⁶² בשנות המנדט, עת עבד כעורך דין, נתן ייעוץ משפטי חינם לחיילים יהודים ששירתו בצבא, ל"ועד למען החייל העברי" ולכמה גופים שהיו קשורים לממסד הציוני. לצד נישואיו (פעמיים) לנשים ממשפחות חרדיות חשובות, התגורר בשכונת זיכרון מאיר בכני ברק, בסמיכות לבית החזון איש – הרב אברהם ישעיהו קרליץ, שעזרו הרבה להתייעץ (לפי אחת העדויות אף קיבל מעין "היתר" ממנו לכהן כשופט בערכאה אזרחית-חילונית, אך עדות זו נסתרת מעדותו האישית של השופט קיסטר שכותב בזיכרונותיו כי

161 אחר סיום כתיבת המאמר, ובשלבי הגהתו, בישרו אמצעי התקשורת בישראל, ובהבלטה רבה, את מינויה ה'היסטורי' של "השופטת החרדית הראשונה" כיכר השבת 22.2.2018 <https://www.kikar.co.il/268402.html>. עם זאת, עיון בקורות חייה ובאורח חייה מלמד שלמרות רקעה החרדי המובהק, לרבות חינוך במוסדות "בית יעקב" והימנעות משפחתה על ה"גרעין הקשה" של חרדים ליטאים, לא מדובר בחרדית "מצויה". כך, למשל, בנה התגייס לצה"ל ובעלה עובד כעורך דין. לעניין זה ראו והשוו לשופטת החרדית בכרוקלין שנבחרה – כמוצאה – בקולות החרדים לתפקיד: ישראל כהן "השופטת החרדית הראשונה: אפשר ללכת עם פאה, להיות 'פרומער' – ולהצליח" כיכר השבת 1.1.2017 <https://www.kikar.co.il/217886.html>. גם כאן הכול תלוי בשאלה מיהו חרדי ומהם הפרמטרים להגדרתו ככזה, והאם הם אובייקטיביים או סובייקטיביים. לעניין זה ראו: אביעד הכהן "מיהו אשכנזי? מיהו ספרדי? מיהו חרדי? הלכה, משפט ובית המשפט כמשקפי זהות ומכונניה" משפט, חברה ותרבות – זהות יהודית 127 (אשר מעוז ואביעד הכהן עורכים, 2014).

162 תמונות אלה מצויות כיום במאגר הלאומי "ישראל נגלית לעין" (ראו: bit.ly/2LvOMAg) ומלמדות, בין השאר, שהשופט קיסטר נמנע מגידול זקן, כדרך רוב החרדים, ולבושו היה בסגנון מודרני. על פועלו השיפוטי של השופט קיסטר אני מקווה להרחיב דברים במקום אחר.

לא הלך להיוועץ בחזון איש האם לקבל את התפקיד.¹⁶³ עם זאת הוא כותב כי לאחר שכבר התמנה, אמר החזון איש לאחד משומעי לקחו שבדיעבד טוב שמינו שופט דתי, כי אלמלא כן היו ממנים שופט חילוני.¹⁶⁴ את בניו שלח ללמוד בישיבת פוניבז' הסמוכה,¹⁶⁵ שבה נהג להתפלל דרך קבע (במקביל לתפילתו בשכונתו זיכרון מאיר), וכמה מצאצאיו כיהנו כראשי ישיבות חשובות. עם זאת, אחד מבניו, אליעזר קיסטר, למד משפטים וכיהן כיועץ המשפטי של עיריית בני ברק.

עם מינויו של קיסטר לשופט בבית משפט השלום המנדטורי, בשנת 1945, שלח לו מנהיג "אגודת ישראל" דאז, הרב יצחק מאיר לוי (שלימים נמנה עם החותמים על מגילת העצמאות וכיהן כשר בממשלת ישראל) ברכה בשם "הסתדרות אגודת ישראל העולמית", אך לכד מברכה ל"דרכו ומשרתו החדשה" לא נזכר בה, ולו ברמז, מה טיבה. ביטוי לשניות שבה חי השופט קיסטר ניתן בעת הלווייתו ובספר שהוצא לזכרו. להלווייתו היה אופי חרדי למהדרין. נשות המשפחה, כמו גם אחיו, וביניהם הפרופ' מאיר יעקב קיסטר (לימים, חתן פרס ישראל בשפה וספרות ערבית) שלא קיימו אורח חיים דתי נעדרו הימנה, בסרבם להיפרד בדרך זו מיקרם. נשיא בית המשפט העליון דאז מאיר שמגר היה מעין נוכח־נפקד בהלוויה, ולא הוזמן לשאת דברים, כמקובל בהלוויית שופטים אחרים. ממודעות האבל על השופט קיסטר וממצבתו נעדר ציון עובדת היותו שופט במשך שנות דור. בספר חידושו על התורה של בנו, הרב עקיבא קיסטר, "יקר תפארת" (שבו נרמז שמו, יק"ר – יצחק קיסטר, כפי שכותב בנו בהקדמה למהדורה השנייה של החיבור), נשמטה לחלוטין עובדת היותו שופט בבית המשפט העליון, ועל מודעת ההנצחה שפורסמה בסופו נאמר רק כי "דבק בגדולי הדור והיה חביב עליהם", וכי "חיייו היו קודש לשמור דרך ה' לעשות צדקה ומשפט האמת היתה נר לרגליו ועוולה לא נמצא בשפתיו, אורחותיו בשלוח במישור וענות חן, הצניע לכת ושם שמים התקדש על ידו".¹⁶⁶ נוסח דומה נדפס בספרו "עץ יהודה" של נכדו, הרב יהודה קיסטר.

163 קשה ליישב את ההיתר עם עמדתו הברורה של החזון איש (חושן משפט, סנהדרין, סימן טו) ששוללת באופן נחרץ אימוץ משפט זר על ידי שופטים־דיינים יהודים חלף החלת משפט התורה: "ואף על גב דליכא ביניהם |שאיין ביניהם, בין בני קהילה יהודית מסוימת| דייין שידין על פי משפטי התורה, ומוכרחים להמנות |למנות| בעל שכל לפי מוסרי האדם, אינם רשאים לקבל עליהם חוקי עמים או לחוקק חוקים. שהשופט כל דין שלפניו לפי הנראה אליו, זהו בכלל פשרה, ואין ניכר הדבר שעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים. אבל אם יסכימו על חוקים, הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר 'לפניהם ולא לפני הדיוטות' [...] ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט על פי חקים בדויים, ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו את משפטי התורה על משפטי ההבל, ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש ואם יכופו על זה משפטם גולנותא |גזל| ועושק, ומרימים יד בתורת משה".

164 כך העידו בניו וכן פרופ' אליאב שוחטמן ששימש מתמחהו של השופט קיסטר בבית המשפט העליון. לעדותו של השופט קיסטר, ראו יצחק קיסטר זכרונותיו 13 (התש"ן).

165 פרנסי הישיבה ובראשם הרב יוסף שלמה כהנמן הושיבו אותו בכותל ה"מזרח", כבוד ששמור דרך כלל רק לגדולי הרבנים. על אפיזודה זו ראו שם, בעמ' 12. השופט קיסטר היה גם אחד מראשי המדברים בטקס חנוכת הבניין של היכל הישיבה.

166 עקיבא קיסטר ספר זכרון יקר תפארת (מהדורה ראשונה, התשנ"ד).

בספר מוקדם יותר, הנושא אותו שם, "יקר תפארת", שכלל חידושי תורה מגדולי הרבנים לעילוי נשמת השופט קיסטר ויצא בתום השנה הראשונה לפטירתו בשנת התשנ"ד נכללו דברי הערכה מפי אישים שונים, שחלקם התייחסו גם לפועלו השיפוטי. אכן, במהדורה השנייה שיצאה לאור בשנת התשס"ה¹⁶⁷ הושמט חלקו השני שכלל, בין השאר, דברים על פועלו השיפוטי. על יחסם של רבנים וגדולי הדור לכהונתו כשופט אפשר ללמוד מתוך דברי ההקדמה של בניו והסכמותיהם של גדולי מנהיגי הציבור החרדי, הרב שך, והרב שמואל הלוי וואזנר שמעיד כי הכירו כיובל שנים, "ועל אף תפקידו [=שכמובן לא נזכר בשמו המפורש – א"ה] נשאר תלמיד חכם והעיקר ירא אלוקים מתחילה ועד סוף, נכנע לתורה ולנושאי התורה וחי חייו הפרטיים על פי דרך תורה והיראה".

ביטוי למבוכה שאחזה בציבור החרדי לנוכח מינויו של שופט "חרדי" לערכאת שיפוט אזרחית-חילונית ניתן למצוא בדיווחים שהיו בעיתונות על המינוי. כך, למשל, בעיתון "שערים", ביטאון של תנועת "פועלי אגודת ישראל", נכתב כי "שמחים אנו על התמנותו לבית המשפט העליון של יהודי ירא שמים, תלמיד חכם ומשפטן בחסד עליון".¹⁶⁸ לעומת זאת, בעיתון "המודיע", ביטאון אגודת ישראל שבירך על המינוי, הוסיפו הערת הסתייגות: "אין לשכוח כי בית המשפט העליון, מוסד זה מסמל בעינינו את החוק החילוני [...] מינוי זה מכשיר ומטהר מוסד זה".¹⁶⁹

יהא אשר יהא, ביטוי למצב של "נאמנות הכפולה" שאפשר ועלה אצל השופט קיסטר עשוי להימצא בעדות בניו כי בעניינים רגישים – בעיקר בסוגיות של אימוץ ילדים, אך לא רק – היה נועץ דרך קבע עם שכניו הדיינים הרבנים ורנר וגולדשמידט, ועם גדולי הרבנים החרדים ובהם החזון איש, ר' יעקב קנייבסקי, בעל ה"קהילות יעקב", ורב יחזקאל אברמסקי בעל ה"חזון יחזקאל".¹⁷⁰

במקרה של "שופט חרדי" קיימת בעייתיות מיוחדת – דרך קבע, ולא רק במקרה נקודתי-בבעיות של "ניגוד עניינים" ו"נאמנות כפולה" שהוא עשוי להתקל בהן אגב תפקידו. עוד לפני שנכנסים למהות התביעות שבעניינן הוא נדרש להכריע, במישור העקרוני, שופט חרדי נתון בבעיה מעצם השתייכותו למערכת שכל מהותה הוא שפיטה שלא לפי דיני ישראל, ואשר מוגדרת על ידי רוב חכמי ההלכה – כאמור לעיל – כ"הרמת יד בתורת משה", מרידה במלכות שמים ובתורת ישראל.¹⁷¹

167 עקיבא קיסטר ספר זכרון יקר תפארת (מהדורה שנייה, התשס"ה). עותק של מהדורה זו מצוי במרשתת: www.hebrewbooks.org/48054.

168 שערים 24.3.1965. לציטוטים אלה הפנה אותי ד"ר נתן ברון ותודתי נתונה לו אף כאן.

169 המודיע 24.3.1965. על יחס הציבור החרדי לבית המשפט וכמיוחד לבג"ץ בימינו, ראו בהרחבה הכהן "נישט פון אונזערע", לעיל ה"ש 92.

170 על הרשות שיש לשופט להיוועץ באחרים שמחוץ למותב, והבעייתיות שכרוכה בה, ראו דוד חשין "התייעצות שופטים" פרשת השבוע 350 (התשס"ט); דוד חשין "האם שופט יכול להתייעץ עם עצמו?" עורך הדין 4, 34 (2009).

171 מסיבה זו התחבט גם השופט צבי א' טל בסוגיה זו קודם מינויו ורק אחר שקיבל מעין היתר לכך מהאדמו"ר מלובאוויטש ומהרב גולדשמידט קיבל על עצמו עול כהונה זו. ראו עדותו האיטית צבי א' טל עד בוא השמש (2010) (להלן: טל עד בוא השמש).

ביטוי לכך ניתן במאמר שנכתב בביטאון העדה החרדית, האנטי-ציונית, לאחר ההודעה על מינוי הצפוי של השופט קיסטר לבית המשפט העליון:

ימים רבים הייתה נטושה המלחמה בין הציונים הכופרים לבין הציונים הדתיים על מקום מכובד שנתפנה בבית הערכאות הגבוה, עד שלבסוף הוחלט על 'שופט' המתיימר כתורתני, ובמהלך המשפטים נוהג הוא לפעמים להתאים את חוקי און גם בתבלין של תנ"ך... הגע בעצמך, נתמנה יהודי לישב בקביעות ולפרש את חוקי הכפירה להתעמק בהם ולדרון על פיהם, להיות שותף לממרידי המרד במלכות שמים.¹⁷²

על מנת לרכך מעט קושי מהותי זה, היו שביקשו למצוא בהלכה היתרים שונים לניהול הליך שיפוטי שאינו מתנהל לפי "דין תורה". כך, לדוגמה, הניסיון לקבוע שבתי המשפט במדינת ישראל אינם כלל "ערכאות של גוים", מכיוון שגם אם אינם שופטים לפי "דיני ישראל", מדובר במערכת שעיקרה מורכב מ"דיני ישראל", מערכת שכווננו אותה יהודים והם רוב שופטיה, ולפיכך ההיגיון שעומד מאחורי איסור הערכאות – אינו קיים במקרה זה.¹⁷³ לצד זה, יש גישה הגורסת כי "קבלת הצדדים" (או בניסוחה ההלכתי: "קבלוהו עליהם"), מאפשרת קבלת סמכות הכרעה אף שאינה פוסקת לפי דין תורה. באשר לסוגיית ה"גזל", כיוון שמדובר בדבר שבממוץ, אם כל הצדדים למשפט הסכימו להליך האזרחי ולהכרעת בית המשפט, אין זה עוד גזל.¹⁷⁴ פתח היתר נוסף תלוי בתחום עיסוקו של השופט. בהלכה קיימת הנחה מקובלת ולפיה בתחומים מסוימים, כגון דיני עבודה אין כל מניעה להחיל את "מנהג המדינה".¹⁷⁵ ממילא, שופט המכהן במערכת בתי הדין לעבודה אינו נתפס כ"מְרִים יד בתורת משה". הוא הדין לעיסוק במשפט מינהלי או פלילי, שבו לדיני התורה המקוריים אין כיום תחולה מעשית, וגם ההלכה מכירה ב"ענישה שלא מן הדין"¹⁷⁶ כדי לקיים מערכת חברתית ראויה. עיקר הבעיה, כאמור לעיל, מתמקד בעיסוק הדין האזרחי שבו רבות מן

172 משמרת חומתנו קמב (כ"ח אדר ב', התשכ"ה).

173 גישה זו נקטו השופטים אלון ובזק. ראו למשל, אלון המשפט העברי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1605-1606; יעקב בזק "בתי המשפט בישראל – האמנם 'ערכאות של גויים'?" תחומין ב' 523 (התשמ"א). אכן, ניתן לתהות האם העובדה שכתבו דברים נחרצים בעניין זה לאחר שכבר כיהנו כשופטים, היא שהביאה למסקנתם, ו"הלך החבל אחר הדלי", או שהיו מסיקים כך גם אלמלא כיהנו כשופטים. לפי גישות הלכתיות מסוימות האיסור במקרה של שיפוט לפי דין לא יהודי במדינת ישראל חמור עוד יותר, שכן מדינה יהודית יכולה הייתה להחליט שדין תורה ינחה את מערכת משפטה, דבר שלא היה אפשרי במציאות של שלטון זר. יתר על כן, ניתוח כתבי היד של הרמב"ם שעליהם ביקש השופט בזק להתבסס בהיתרו מלמד שהנוסח שעליו הוא נשען שגוי ביסודו, ולפי הרמב"ם האיסור אינו מוטל רק על התדיינות שלא "בדיני ישראל", אלא גם על כל מקרה של התדיינות שלא לפי "דיני ישראל". לעניין זה ראו אייל פישלר "חילול השם על קוצו של יו"ד – בחינת הנוסח של הלכה אחת במהדורות החדשות של משנה תורה" המעין נא(ג) 76 (התשע"א).

174 ראו ברנד ערכאות של גויים, לעיל ה"ש 93, והמקורות שזכרו שם.

175 ראו בהרחבה אורי סדן "דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה" תר: מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה י 383 (שלמה אישון ויצחק בזק עורכים, 2015).

176 ראו בהרחבה אהרן קירשנבאום בית דין מכין ועונשין (התשע"ג).

ההכרעות השיפוטיות עשויות לעלות כדי "גזל" לפי הגישה ההלכתית, כאשר ההלכה המשפטית המורה על תשלום ממון כפוי מאיש לרעהו אינה עולה עם ההכרעה שהייתה מתקבלת באותו מקרה לו היה נדון לפי דין תורה.

אפשר שניתן להבדיל גם בין שופט דתי בערכאה ראשונה, המכריע את הדין וקובע אותו, לבין שופט בערכאת ערעור שרק נדרש להימנע משינוי החלטת בית משפט קמא. במקרה האחרון מעורבות השופט בתוצאה המשפטית קלה יותר בשיעורה ועוצמתה, ולפיכך הדילמה קטנה יותר.¹⁷⁷

מעבר לעניין העקרוני של השתייכות למערכת משפט ש"מרימה יד בתורת משה", ברובד הבסיסי, שופט דתי – וכל שכן חרדי – שפועל במערכת אזרחית-חילונית, עשוי להיות נתון דרך קבע להתנגשות אפשרית בין ערכיו הדתיים ומצוות דתו¹⁷⁸ לבין חובתו האזרחית. שופט כזה יהא נתון דרך קבע גם בין הפטיש לסדן, בחינת "אוי לי מיצרי ואוי לי מיוצרי": היה ויבכר את חובתו האזרחית, יהיה צפוי לביקורת נוקבת מצד אנשי הדת; והיה ויבכר את השקפת עולמו הדתית ויכריע את הדין על פיה, יהא צפוי לביקורת חריפה מן הצד ה"אזרחי".¹⁷⁹

שופט דתי או חרדי עשוי להיחשב בעיני רבים "חשוד מייד" ותמידי בסוגיות שעניינן דת ומדינה. הכרעתו – תהא אשר תהא – תמיד תתקבל בחשד שמא היטה את הדין בשל השקפת עולמו. אם ייטה לצד ההכרעה ה"דתית", יאמרו שהיטה את הדין על פי השקפת עולמו ולא פסק על פי הדין, ואם ייטה לצד האזרחי, יאמרו – בסגנון "הפוך על הפוך" – שהיטה את הדין מפני החשש של "מה יאמרו".¹⁸⁰

דוגמה לכך ניתן להביא מארצות הברית. כאשר, בפעם הראשונה בהיסטוריה של בית המשפט העליון האמריקני, ניתן היה לצפות כי יכהן בו רוב של חמישה שופטים ממוצא

177 הבחנה דומה הוצעה לעניין שופט קתולי שנדרש להכריע בערעור על גזר דין מוות, ראו בהרחבה Amy Coney Barrett & John H. Garvey, *Catholic Judges in Capital Cases*, 81 MARQ. L. REV. 303 (1998) (להלן: Barrett & Garvey, *Catholic Judges in Capital Cases*), או במקרה שבו נדרש שופט קתולי לתת היתר לאישה לבצע הפלה. ראו William H. Pryor Jr., *The Religious Faith and Judicial Duty of an American Catholic Judge*, 24(2) YALE L. J. 347, 360 (2006) & Pol'y Rev. 347, 360 (2006) (להלן: Pryor, *The Religious Faith*).

178 כפי שנאמר ביחס לחופש הדת, יש להבחין בין מקרה שבו הדת מצווה על אדם ומחייבת אותו לעשות מעשה או להימנע הימנו, לבין מקרה שבו הדת רק מתירה, מאפשרת או ממליצה לו לעשות כן.

179 יש שופטים הנוטים לרכך התנגשות זו באמנם שאין הם יוצרים את החוק – והרי זהו תפקיד המחוקק – אלא "רק מיישמים אותו", ללא מעורבות אישית משלהם, ולפיכך אין לבוא אליהם בטענות אלא, אם בכלל, אל המחוקק. ראו Richard B. Saphire, *Religion and Recusal*, 81 MARQ. L. REV. 351 (1998) (להלן: Saphire, *Religion and Recusal*).

180 טענות מעין אלה נשמעות תדיר כנגד שופטים שומרי מצוות בישראל. כך, למשל, תקפו אנשי ציבור ואנשי תקשורת חרדים את המשנה לנשיאה רובינשטיין על שפסק נגדם בעניין פסילת חוק השוויון בנטל, במטרה "למצוא חן בעיני הפריץ" החילוני, ביטוי שלקוח מן המסורת היהודית העתיקה.

קתולי (כפי שקרה לבסוף) מתוך תשעה שופטים,¹⁸¹ ביקש הסנטור דורבין (Durbin) לשאול את המועמד המוביל, השופט רוברטס מה יעשה היה ויהא עליו להכריע בסוגיה שלפי הדת הקתולית היא חטא. לאחר היסוס ממושך, השיב השופט רוברטס שקרוב לוודאי כי יהא עליו לפסול את עצמו.¹⁸² גם עמיתו של דורבין, הסנטור ספקטר (Specter) תהה בשעת השימוע שנערך לשופט רוברטס קודם מינויו האם הוא מחזיק בגישתו של הנשיא ג'ון קנדי המנוח שהכריז כי "אין הוא מדבר בשם הכנסייה בעניינים ציבוריים והכנסייה אינה מדברת בשמו". השופט רוברטס הסכים עם אמירה זו, והסנטור ספקטר הוסיף והקשה: "האומנם השקפת עולמך האישית, הדתית, לא תמנע ממך לאמץ את התקדימים שנקבעו בבית המשפט העליון האמריקני שמתירים הפלות?", ורוברטס השיב: "סבורני שהשקפת עולמם של אנשים בסוגיות אלה מזינה עצמה מכמה מקורות, ואין דבר בהשקפתי האישיות שמבוססות על דת או על מקורות אחרים שימנע ממני לאמץ תקדימים אלה".¹⁸³

מה יעשה אפוא שופט חרדי הנתקל בסוגיות מעין אלה, שעל פניהן סותרות את השקפת עולמו? האומנם רשאי הוא ל"השתמש" מלדון בהן? שמא יש בידו רשות לתת – בנסיבות מסוימות ובמידה סבירה – ביטוי להשקפת עולמו ביושבו על מדין ואף להכריע על פיה? למותר לומר ששאלה זו נכונה לא רק ביחס להשקפת עולם "דתית" אלא לכלל השקפת עולם: כלכלית, פוליטית, חברתית וכל כיוצא באלה.

לפי גישה אחת, שופט, ככל אדם, הוא "תבנית נוף מולדתו".¹⁸⁴ השופט מביא עימו לבית המשפט את מורשתו, לרבות השקפת עולמו בעניינים שברת.¹⁸⁵ המחשבה שלפיה שופט כמוהו כ"מלאכי השרת", שמסוגל להתנתק כליל מהשקפת עולמו ולהיות "לוח חלק", משקפת תמימות במקרה הטוב וחוסר יושר במקרה הרע. המחשבה שביושבו לדין מסוגל שופט להשיל מעליו את אדרת כל ערכיו הדתיים ו"לאפסן" אותם במקפא אינה מציאותית. ביטוי לזיקה הברורה שבין השופט לבין בית גידולו והשקפת עולמו נתן השופט מ' אלון, שכתב: "השיפוט לא ניתן למלאכי השרת. מסור הוא בידי שופט בשר ודם, ומן הנמנע

181 לימים כיהנו בבית המשפט העליון האמריקני שישה שופטים ממוצא קתולי, שלושה שופטים יהודים ואפילו שופט פרוטסטנטי אחד.

182 Jonathan Turley, *The Faith of John Roberts*, LOS ANGELES TIMES p. B11 (July 25, 2005) articles.latimes.com/2005/jul/25/opinion/oe-turley2; Edward A. Hartnett, *Catholic Judges and Cooperation in Sin*, 4(2) U. ST. THOMAS L. J. 221, 223 (2006) (להלן: Hartnett, *Catholic Judges and Cooperation in Sin*). היו שביקרו את הסנטור דורבין על שעירב שיקולים דתיים בבחירת השופטים.

183 Hartnett, *Catholic Judges and Cooperation in Sin*, שם.

184 ראו לדוגמה אביעד הכהן "לעולם יהא אדם": לדוד (חשין) מזמור" עורך הדין 34, 108 (2017).

185 ביטוי לכך נתנה ממש לאחרונה שופטת בית המשפט העליון האמריקני, רות ביידר גינסבורג. בדברים שנשאה בבית כנסת בווינגטון, בליל ראש השנה התשע"ח, אמרה השופטת כי פסיקותיה – כמו גם פסיקתם של עמיתיה היהודים (השופטים קגן ובריר) ניזונות מערכים יהודיים ליברליים, כגון החובה להגן על החלש והמיעוט בחברה. ראו: Jessica Gresko, *Justice Ginsburg Surprise Speaker at Jewish New Year Service*, CHICAGO TRIBUNE (Sep. 21, 2017, 9:30 AM) <https://www.chicagotribune.com/news/sns-bc-us-jewish-new-year-ginsburg-20170921-story.html>

להימנע מקיומו של קשר והשפעה חוזרת בין אישיותו של השופט, השקפת עולמו ודעותיו על החברה וערכיה, לבין מילוי תפקידו האובייקטיבי בשבתו על כס המשפט.¹⁸⁶ אך האם ראוי לעשות כן? ומה מידת השפעת השקפת עולמו הדתית של שופט על פסיקתו?¹⁸⁷

שופטים דתיים בארץ נמנעים דרך כלל מלהתבטא בצורה מפורשת בסוגיה זו, ורק מקצתם עשו כן.¹⁸⁸ בארצות אחרות יש יותר התבטאויות מפורשות בנושא זה. כך, במיוחד, בארצות הברית שם הועלו לא אחת טענות כנגד שופטים בני הדת הקתולית, שהם כופים את ערכיהם הדתיים על המערכת האזרחית-החילונית. טענה זו קיבלה משנה תוקף כאשר בשלב מסוים היה בבית המשפט העליון האמריקני רוב של חמישה שופטים קתולים (הנשיא רוברטס, והשופטים קנדי, תומס, סקאליה וואליטו), ונטען כי בשל "נאמנותם הכפולה" – לדת ולחוקה האמריקנית כאחד – לא מסוגלים שופטים אלה לשפוט באופן אובייקטיבי בסוגיות רגישות שעניינן דת ומדינה.¹⁸⁹

דומה שבעניין זה יש להבחין בין אורחות חיים "דתיים", כגון לכוש דתי, ששופט רשאי לנהוג בהם גם באולם בית המשפט, לבין מתן ביטוי להשקפת העולם הדתית כגוף ההכרעות השיפוטיות.

אשר לאורחות חיים, גם שופט רשאי ליהנות מ"חופש דת". כל עוד אורחות חייו אינם פוגעים פגיעה קשה בהכרעותיו השיפוטיות, אין זה ראוי לבקש ממנו לשנות את אורחות חייו, ובוודאי לא לפעול בניגוד להן. כך, לדוגמה, אין לכפות על שופט דתי לחלל את ימי המנוחה שלו (פרט למקרים של פיקוח נפש) ולשבת בדין גם במועדים אלה.

ביטוי למתח שקיים בעניין זה הגיע להכרעת בתי המשפט בארצות הברית אגב דיון בעניינו של שופט בית המשפט העליון במדינת אלבאמה שביקש להציב פסל אבן ענק של עשרת הדיברות במבואת הכניסה לבניין בית המשפט.¹⁹⁰ עורכי דין שנדרשו להופיע באולמו של השופט טענו שהצבת הפסל מנוגדת לחוקה שנתפרשה כיוצרת חומת הפרדה בין הדת למדינה, ובית המשפט שדן בסוגיה הכריע לטובתם. למרות זאת, מעניינת הייתה תגובתו

186 מנחם אלון "בית המשפט העליון ופלורליזם שיפוטי" המשפט ב 219 (1994).

187 לעניין זה ראו בהרחבה הכהן "עושה השלום", לעיל ה"ש 113, והמקורות שנוכרו שם.

188 באופן כללי בישראל ממעטים השופטים לפתוח את סגור ליבם באשר להשקפת עולמם, ורבים מהם מעדיפים "לדבר באמצעות פסקי הדין שלהם". רק מקצת השופטים בישראל כתבו זיכרונות שבהם ניתן ביטוי להשקפת עולמם גם בסוגיה דנן. ראו לדוגמה טל עד בוא השמש, לעיל ה"ש 171; מאיר שמגר תם ולא נשלם – פרקי חיים (2015). תיקון מסוים בעניין זה ניתן עם פרסומם של ראינות עם שופטים שבהם נתנו ביטוי גם להיותם שופטים "דתיים". ראו לדוגמה: יצחק אנגלרד ללא גלימה – שיחות עם שופטי בית המשפט העליון 301 (2017). לדוגמאות ממדינות אחרות, ראו Pryor, *The Religious Faith*, לעיל ה"ש 177.

189 כנזכר לעיל, גם הדת היהודית מיוצגת כיום באופן דיס־פרופורציונלי לגודלה: שלושה מתוך תשעת השופטים בבית המשפט העליון האמריקני הם יהודים. עם זאת, באופן מסורתי נמנו השופטים היהודים בבית המשפט העליון האמריקני דווקא עם הליברלים שבין שופטיו. כך, לדוגמה, הכריעו שלושה מהם – בסיוע שניים מחבריהם – כי לפי החוקה האמריקנית יש להכיר בנישואין חד־מיניים, בניגוד לדעת המיעוט שעימה נמנו שופטים ממוצא קתולי.

190 *Glassroth v. Moore*, CV-01-T-1268-N, 229 F. Supp. 2d 1290 (M.D. Ala. 2002)

של השופט הדתי. אף שכמה ערכאות הכריעו בעניין אי-חוקקיותה של הצבת הפסל, הוא עמד על שלו וטען כי עמדתו משקפת את "כוונתם המקורית" של יוצרי החוקה האמריקנית, וכי דווקא הסרת הפסל תהיה מעילה בערכים האמריקניים. בתגובה אמר:

כנשיא בית המשפט העליון של מדינת אלבאמה, זו חובתי להשליט את מערכת הצדק של מדינתנו ולא להשמידה. אין לי כל כוונה להסיר את הפסל של עשרת הדיברות, המהווים את יסודה המוסרי של מערכת המשפט שלנו. הסרת הפסל, תביא למעשה לניתוקנו מיסודות מערכת הצדק של מדינתנו ולכך לא אסכים!¹⁹¹

עמדה זו נתקלה בביקורת חריפה ביותר, ובית המשפט שנדרש פעם נוספת לסוגיה זו הורה למנהל הבניין לפעול להסרת הפסל במהירות האפשרית וכך היה. עתירה נגדית, של עורך דין שתבע להשאיר את הפסל על כנו נדחתה.¹⁹²

מקרה דומה הובא לבית המשפט באוקלהומה, בעניין הצבת פסל של עשרת הדיברות ברחבת הדשא שלפני בניין בית המשפט.¹⁹³ במקרה זה, הדשא הוכר כ"שטח ציבורי", ולא כחלק מבניין בית המשפט, ולפיכך סברו מציבי כי בדומה למקרים אחרים שבהם הותרה הצבת סמלים דתיים בשטח ציבורי, אין בכך הפרה של האיסור החוקתי על עירוב דת ומדינה. למרות זאת פסק בית המשפט שיש להזיז את הפסל מהרחבה שלפני בניין בית המשפט, והוא הוזה למקום מרוחק יותר, מרחק כמה עשרות מטרים. הכרעות שיפוטיות דומות ניתנו גם במקרים אחרים.¹⁹⁴

אשר להשפעת השקפת העולם הדתית על תוכן הכרעותיו של שופט, לכאורה הדין בעניין זה ברור ביותר. על פני הדברים, שופט בישראל חייב לשפוט רק לפי הדין הישראלי ואסור לו לשפוט לפי דין תורה. סעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה מורה אותנו לאמור: "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".

כידוע, "הדין" הוא חוקי מדינת ישראל, והם בלבד.¹⁹⁵ ביטוי לכך ניתן גם ב"הצהרת אמונים" שמצהיר כל שופט עם כניסתו לכהונתו: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, ולשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".¹⁹⁶

Noa Feldman, *Roy Moore Isn't Just Defiant. He's Dangerous*, BLOOMBERG (Sep. 27th, 191 2017) <https://www.bloomberg.com/view/articles/2017-09-27/roy-moore-isn-t-just-defiant-he-s-dangerous>

McGinley v. Houston, 282 F. Supp.2d 1304, 1307 (M.D. Ala., 2003) 192
לציין כי מי שניהן באותה עת כיועץ המשפטי של מדינת אלבאמה, ויליאם פריור, אכף צו פרדלי שחייב אותו להסיר את לוחות הברית למרות היותו קתולי אדוק. לימים, כאשר נתמנה לכהונת שופט פרדלי, הביא מקרה זה כדוגמה להעדפת הציות לחוק גם במקום שבו הוא מתנגש לכאורה עם ערכיו הדתיים של השופט. ראו Pryor, *The Religious Faith*, לעיל ה"ש 177, בעמ' 352.

.Green v. Haskell County Board of Commissioners, 568 F.3d 784 (10th Cir. 2009) 193

ראו לדוגמה McCreary County v. ACLU of Kentucky, 545 U.S. 844 (2005) 194

ראו סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302. בסעיף 3(2) לחוק הפרשנות יש התייחסות לדין דתי, אך גם אז מדובר רק בדין הדתי "כפי תקפם במדינה", היינו אותם דינים שהמשפט הישראלי הכיר בתוקפם (דוגמת דיני הנישואין והגירושין או דיני הכשרות), הא ותו לא.

סעיף 6 לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78. בעניין זה ראוי להשוות בין נוסח סעיף זה 196

מצד הדין, שופט בישראל אינו יכול אפוא לפסוק בניגוד לדין הישראלי. עליו להיצמד להוראות הדין ולנתק עצמו מכל השפעה חיצונית, פוליטית, דתית או אחרת. ביטוי לכך נתן השופט ויתקון כשכתב:

שלוש תכונות דרושות לשופט, אחת היא detachment (=ניתוק, היברלות), השנייה היא detachment והשלישית היא עוד פעם detachment. שופט המזדהה עם העניין הנדון לפניו – או עם סוג עניינים בדרך-כלל – או המרשה לעצמו להרגיש מעורבות מיוחדת בנושא מסוים, כמעט שהייתי אומר עליו שהוא חדל להיות שופט באותו עניין.¹⁹⁷

למותר לומר שסטיית שופט מן הדין בשל אמונתו הדתית,¹⁹⁸ עשויה להביא לערעור אמון הציבור בשפיטה, ונזקה מי ישרונו.

אכן, למרות דברים ברורים אלה, לא אחת ה"דין" עצמו נתון לפרשנות, ולפי גישות שונות, בעיקר הגישה הריאליסטית, הכרעת השופט מודרכת ומושפעת בעליל ממסכת ערכיו והשקפת עולמו.¹⁹⁹

כך, לדוגמה, כאשר נאמר בחוק "בן זוג", השאלה היא האם לתת למונח פרשנות רחבה הכוללת גם בני זוג מאותו המין, או פרשנות צרה הכוללת רק בני זוג שהם בני שני המינים? נקל לשער, והדבר בא לביטוי בהרבה פסקי דין, ששופט בעל השקפת עולם ליברלית ייטה לפרשנות המרחיבה, ובכך יכיר בזכויותיהם של בני הקהילה הלהט"בית, ולעומת זאת שופט בעל השקפת עולם שמרנית, מסורתית או דתית (יהודית, נוצרית או מוסלמית) יבחר בהגדרה המצמצמת.²⁰⁰

לנוסח הצהרת האמונים של הדיינים, שנשבעים אמונים רק "למדינת ישראל" (סעיף 10 לחוק הדיינים, התש"ט-1955, ס"ח 68), אבל לא לחוקיה לנוכח העובדה שהם כפופים לדין תורה שעשוי להתנגש עם הדין האזרחי. לעניין זה ראו הכהן "להציל עשוק מיד עושוק", לעיל ה"ש 95. גם בארצות הברית שימש נוסח שבועת האמונים כנימוק לחובת שופט דתי לשפוט רק לפי החוקה והחוק, ולא להעדיף את אמונתו הדתית על פניהם (ראו Pryor, *The Religious Faith*, לעיל ה"ש 177, בעמ' 350). עם זאת, כפי שהוא מציין שם, בנוסח חוקותיהן הקדומות של חלק מהמדינות גרסה שבועת האמונים של שופט מחויבות לעיקרי הדת ולעליונות האל. 197 אלפרד ויתקון "מעולמו של שופט" עיוני משפט ז 531, 536 (1980).

198 כך, לדוגמה, שופט שיקל, באופן חריג, בגזירת עונשו של איש דת שסרה. לדוגמה מארצות הברית (הקלה בעונשם של אנשי דת שהפגינו, בניגוד לדין, בקליניקה לכיצוע הפלות), ראו *United States v. Lynch*, 952 F. Supp. 167 (S.D.N.Y. 1997). טענה דומה לפגיעה באמון הציבור נשמעה כלפי שופט ביהמ"ש העליון במדינת וושינגטון, ריצ'רד סנדרס, שמייד בתום השבעתו הצטרף להפגנה נגד הפלות שנערכה על מדרגות בניין סמוך ואף נשא בה דברים בגנות ההפלות. ראו *Saphire, Religion and Recusal*, לעיל ה"ש 179, בעמ' 352.

199 ראו בהרחבה יששכר רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח(1) 49, 73 (2005) (להלן: רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם?").

200 ראו לדוגמה דעת המיעוט של השופט המסורתי יעקב קדמי בפסק הדין בעניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 130.

בדומה לכך, גם שאלת ההסתמכות על המשפט העברי עשויה להיות מושפעת בעליל מהשקפת עולמו של השופט היושב בדין. שופט דתי ייטה לפנות למשפט העברי ולאמץ את עקרונותיו, ואילו שופט חילוני ישתדל – דרך כלל – להדיר רגליו מעיסוק במשפט העברי.²⁰¹ גישות רבות, בעיקר של אנשים בעלי השקפת עולם ליברלית, נוטות לראות את השיקולים הדתיים כ"מנועי כניסה" לבית המשפט. לפי גישה זו, השיקול הדתי הוא כ"בל ייראה ובל יימצא" בבית המשפט האזרחי, ושופט השוקל שיקולים "דתיים" – חורג מסמכותו ומועל בתפקידו.²⁰²

ביקורת חריפה בעניין זה נמתחה על שופט בית המשפט העליון האמריקני, השופט סקאליה, בטענה שבהיותו מבני הדת הקתולית, ערכיו הדתיים, ולא הדין והמשפט, השפיעו השפעה מכרעת – שלא כדין, לפי גישות אלה – על החלטותיו השיפוטיות. המבקרים טענו שעקב השקפת עולמו הדתית המוצקה, סקאליה יושב לדין עם "רעה קדומה", והחלטותיו מוטות או מושפעות משיקולים זרים – דתיים בעיקרם – שאין ראוי להביאם במניין שיקוליו של שופט.²⁰³

לעניין זה השלכות גם לעניין מינוי השופטים. בארצות הברית נערך "שימוע" לכל שופט פדרלי, בטרם מינויו. במקרים רבים בשנים האחרונות, כאשר דובר על שופטים קתולים, התמקד השימוע בסוגיית השפעת אמונתם הדתית על שפיטתם העתידית.²⁰⁴ במסגרת זו הובע

201 לעניין זה ראו בהרחבה אביעד הכהן "עשיית עושר ולא במשפט העברי" משפט ועסקים י 183 (2009).

202 לעניין זה ראו לדוגמה KENT GREENWALT, RELIGIOUS CONVICTIONS AND POLITICAL CHOICE (1988); Stephen L. Carter, *The Religious Devout Judge*, 64 NOTRE DAME L. REV. 932 (1989).

203 ראו לדוגמה את המקורות הנזכרים בה"ש 188 ו-202 לעיל; וכן סקירה על פועלו השיפוטי שמדגישה את התנגדותו להפלות ולנישואין חרמיניים כפועל יוצא של השקפתו הדתית: ג'ון שוורץ ומיקיילה בוצ'רד (ניו יורק טיימס) "שופט העליון סקאליה: שמן שקידש את הכרעת הרוב בכל מחיר" הארץ – **חדשות בעולם** 15.2.2016 <https://www.haaretz.co.il/news/world/15.2.2016>
america/.premium-1.2851393. סקאליה עצמו הודה בכמה ראיונות בהשפעה אפשרית זו. ראו לדוגמה Ariane de Vogue, *Scalia and the Friars: A Look at His Views on Religion and the Law*, CNN POLITICS (Feb. 19, 2016) <https://edition.cnn.com/2016/02/19/politics/scalia-religion-catholic-aquinas/index.html>.

204 ראו לדוגמה את השימוע שערכו סנטורים דמוקרטים לשופטת אמי בארט, פרופסור באוניברסיטת נוטרדם (ובעברה מתמחה של שופט ביהמ"ש העליון אנתוני סקאליה), קודם מינויה כשופטת בית המשפט לערעורים. בקשת הפסילה שלה נשענה בין השאר על מאמר שכתבה בהיותה סטודנטית למשפטים (!) (Barrett & Garvey, *Catholic Judges in Capital Cases*), לעיל ה"ש 177). שבו היא דנה בשאלה האם שופט קתולי עשוי לשאת פנים (ובשל כך עליו לשקול פסילת עצמו) לאדם שנדרון לפניו וצפוי לעונש מוות בשל הניגוד שבין האמונה הדתית הקתולית וגזירת עונש מסוג זה. המועמדים סירבו להשיב לשאלה האם וכיצד עשויה אמונתם הדתית להשפיע על פסיקתם: Emma Green, *Should a Judge's Nomination Be Derailed by Her Faith?*, THE ATLANTIC (Sep. 8, 2017) <https://theatlantic.com/2ePSIIE> ויליאם פריור, ראו Pryor, *The Religious Faith*, לעיל ה"ש 177. אכן, גם בעניין זה ראוי להימנע מתיוג פשטני. דוגמה למורכבות העניין ניתן להביא מהשופט ויליאם ברנן, שלמרות

לא אחת חשש שהאמונה הדתית תגבר על מחויבותם לחוק במקרים רגישים כגון בסוגיית ההפלות והנישואין חד-מיניים. כך היה גם בשנת 2005, כאשר מונה ג'ון רוברטס לכהונת נשיא בית המשפט העליון האמריקני. רוברטס הוא קתולי אדוק (ולשעבר מתמחהו של הנשיא רנקוויסט, גם הוא שמרן אדוק)²⁰⁵ ורעייתו אף הייתה פעילה בארגונים נגד הפלות והטלת עונשי מוות המזוהים עם מאבקם השמרני של הקתולים. בשימוע שנערך לו בטרם המינוי נדרש רוברטס להתמודד עם שאלות בנושא זה, והשיב כי לא תהיה לאמונותיו הדתיות השפעה על פסיקתו, כאשר לדירו תפקיד השופט דומה לשופט ספורט: עליו ליישם את החוק הקיים, לא ליצור אותו.

ביקורת דומה נשמעה בישראל כלפי שופטים שומרי מצוות. כך, לדוגמה, טענה ח"כ שולמית אלוני, כדברים האלה: "השופטים היושבים על תקן השופט הדתי, יותר משיש עליהם מרותו של החוק והממלכתיות, יש עליהם יראת הרבנות וציבור העסקנים הדתיים ששלחו אותם".²⁰⁶ ובריאיון לעיתון הוסיפה ח"כ אלוני: "יש כלל ששופט אחד בבית המשפט העליון הוא דתי, ועם השופטים האלה יש צרות", ובאותה הזדמנות תקפה גם שני שופטים בדימוס של בית המשפט העליון בדברים שמהם משתמע, כי עיוותו דין ונשאו פנים בדין מיראתם של חוגים דתיים.²⁰⁷

בחלק מהמקרים דרשו בעלי דין לפסול שופטים אלה מלשבת בדין, בנימוק שאין הם מסוגלים להכריע בעניין שלפניהם ביושר, והחלטתם תהא מוטה, מתוך משוא פנים ודעה קדומה.

דרך כלל בקשות מעין אלה נדחו על הסף, הן בארץ הן בחו"ל.²⁰⁸ כך, לדוגמה, ביקש בעל דין לפסול את השופט קיסטר מלשבת בדינם של ילדים להורים יהודים שלמדו בבית ספר מיסיונרי. היועץ המשפטי לממשלה פנה לבית המשפט בבקשה שורה להעביר את הילדים לבית ספר אחר, שאינו מיסיונרי. טענת בא כוח ההורים לפסילת השופט קיסטר מלישב בדין בשל "דעה קדומה" שיש לו בנושא זה מחמת "השקפת עולמו החרדית" נדחתה.²⁰⁹

היותו קתולי תמך בזכות ההפלות ובה בעת התנגד לעונש המוות, אך לא דווקא מסיבות דתיות שעיקרן נטוע בדת הקתולית.

205 בין השאר תמך הנשיא רנקוויסט בזכותן של מדינות לאסור הפלות בתחומן ולקיים תפילה בבתי הספר הציבוריים, אך נותר בעניינים אלה בדעת מיעוט. לעומת זאת בנושא עונש המוות הייתה עמדתו מנוגדת לעמדתה המסורתית של הכנסייה. הוא תמך בהשחת עונש מוות גם על קטינים או על אנשים הסובלים מפיגור.

206 הדברים נאמרו בעקבות פסק דינו של השופט מנחם אלון בעניין הסגרתו של ויליאם נקש מישראל לצרפת. ראו בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 (1987).

207 עניין רכטמן, לעיל ה"ש 98.

208 לעניין זה ראו יגאל מרזל דיני פסלות שופט (2006); רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם?", לעיל ה"ש 199.

209 תיק אפוט' (מחוזי ת"א) 1729/62 היועץ המשפטי לממשלה נ' שמואל, פ"מ לו 17 (1963); המ"ר (מחוזי ת"א) 600/63 היועץ המשפטי לממשלה נ' ראובן, פ"מ לח 411 (1963). גם הערעור לביהמ"ש העליון בנושא זה נדחה: ה"מ 525/63 שמואל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 452 (1964).

במקרה אחר ביקשה עמותה חרדית לפסול שופטת "דתית-לאומית" מלשבת בדין. השופטת נמנעה מלפסול עצמה בקבעה כי אין עליה אלא "מרות הדין" בלבד ושיוכה החברתי לא ישפיע על הכרעתה.²¹⁰ ערעור על אי-הימנעות השופטת מלשבת בדין ובקשה לפסילתה נדחה בידי נשיאת בית המשפט העליון.²¹¹

בדומה לכך, ביקש בעל דין בארצות הברית לפסול שופט שהיה חבר בכנסייה מורמונית ואף נמנה עם מנהיגי הרוחניים מלשבת בדין בטענה של משוא פנים ודעה קדומה.²¹² במקרה אחר ביקשה מרפאה שעסקה בהפלות לפסול שופט מלשבת בדין בטענה שאמונתו הדתית יוצרת מראש משוא פנים כלפיה והכרעתו נגדה צפויה מראש.²¹³

בשונה מן הגישה הנזכרת, אנשים בעלי השקפת עולם דתית, נוטים לראות את השיקולים הדתיים כלגיטימיים לחלוטין וראויים לבוא במניין שיקולי ההכרעה של בית המשפט, גם אם לא כשיקול מכריע הרי שלפחות כשיקול לגיטימי לצד שיקולים אחרים: חברתיים, חינוכיים, כלכליים, פוליטיים וכיוצא באלה.²¹⁴

מבחינה עיונית, טענה זו עשויה לסמוך עצמה על כמה אדנים. ראשית, בשם עקרון השוויון אין מקום לפסול שופט בעל השקפת עולם דתית בה בשעה ששופט בעל השקפת עולם "ליברלית", "חילונית" או "אנטי-דתית" אינו נפסל בשל השקפת עולמו. שנית, פסילת שופט בשל אמונתו ודעותיו, כשאלה אינן יוצרות עיוות משפטי, עולות בנוסף לפגיעה בעקרון השוויון גם כדי פגיעה בחופש האמונה, המצפון, הביטוי וחופש הדת. יש בה פגיעה בעקרונות יסוד של סובלנות הדתית ופלורליזם.²¹⁵

ההנחה ששופט "דתי" יטה משפט בשל דעותיו²¹⁶ כמוה כתיגו מראש באופן שלילי, תוך פגיעה בשמו הטוב. היא עשויה לעלות כדי דה-הומניזציה של אדם, שטוענת מראש – בלי להתייחס לעובדות מוצקות – כי אין הוא מסוגל לשלוט ביצרו הדתי, ולהתגבר עליו, ולפיכך הריהו "פסול שיפוט" לצמיתות.

במישור המהותי, אין מקום להבחנה בין שקילת שיקול ערכי, גם אם יסודו בדת, לבין שקילת שיקולים ערכיים הנובעים מערכים ליברליים או הומניסטיים. "דמו" של השיקול הדתי אינו סמוק פחות מדמם של השיקולים האחרים הבאים במניין שיקול הדעת השיפוטי.

210 ת"א (שלום י-ם) 11480-09 עמותת גלעד קהילה ובית כנסת נ' קרויזר (פורסם בנבו, 2.3.2015).

211 ע"א 1991/15 גל-עד קהילה ובית כנסת נ' קרויזר, פסקה 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.4.2015).

212 ראו State of Idaho v. Freeman, 507 F. Supp. 706 (D. Idaho 1981).

213 ראו Feminist Women's Health Center, v. CODISPOTI, 63 F.3d 863 (9th Cir. 1995).

214 ראו לדוגמה Wendell L. Griffen, *The Case for Religious Values in Judicial Decision-Making*, 81 MARQ. L. REV. 513 (1998).

215 בארצות הברית שיש בה הפרדה בין דת למדינה, חקירת אדם על אמונתו הדתית בהקשר למינוי עולה כדי הפרה חוקתית. סעיף 6(3) לחוקה קובע ש"שום מבחן דתי לא יידרש כתנאי למינוי לתפקיד ציבורי" 3 § U.S. CONST. art. VI. למרות זאת בשנים האחרונות החלו השימועים בסנאט להתמקד גם באמונתם הדתית של מועמדים למשרות ציבוריות בכירות. ראו לדוגמה Emma Green, *Bernie Sanders's Religious Test for Christians in Public Office*, THE ATLANTIC (June 8, 2017), theatlantic.com/2L1TBQG; Pryor, *The Religious Faith*, לעיל ה"ש 177.

216 ראו לדוגמה את דבריה של שולמית אלוני בגוף הטקסט ליד ה"ש 206 לעיל שבגינם נתבקשה העמדתה לדין משמעתי.

אם כך על דרך הכלל, כך מקל וחומר במדינת ישראל שמתהדרת בהיותה "מדינה יהודית ודמוקרטית", ומבקשת להטמיע את ערכיה – היהודיים והדמוקרטיים כאחד – גם במערכת המשפט שלה. לפיכך, שופט שרואה ערך ביום השבת כיום מנוחה, אינו פסול לשבת בדין שעניינו סגירת עסקים בימי המנוחה. נהפוך הוא: הבאת הערך היהודי – הדתי והלאומי כאחד – של השבת לאולם בית המשפט מבטאת את ערכיה היהודיים של מדינת ישראל. הוא הדין לסוגיות כגון "מיהו יהודי", גיור, נישואין וגיורושין, וכיוצא בהם. השקפת עולמו הערכית או הדתית של שופט בדבר ה"משפחה" הראויה אינה צריכה לפסול אותו מראש במשפט שבו נדון עניינן של משפחות "חדשות", דוגמת בני זוג חד-מיניים. כל עוד נאמן השופט לחוק, ואינו כופה את ערכיו בדרך מלאכותית על פרשנותו, ראוי הוא להביא את השקפת עולמו לבית המשפט.²¹⁷ בדרך זו יובטח גם עקרון היסוד החשוב של פלורליזם שיפוטי, שבמסגרתו לא כל השופטים "שרים סולו פה אחד", אלא מובעות בבית המשפט דעות ועמדות שונות.

מעבר לפן המעשי, פסילתם מראש של ערכים "דתיים" פוגעת בדת ומאמיניה כמבטאת עמדה שערכי הדת אינם ראויים כלל להישמע, לא רק להתקבל. השמעת "הקול הדתי" בבית המשפט אינה מחייבת את קבלתו, אבל מאפשרת לבית המשפט לשקול, בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, האומנם הערך הדתי ראוי להתקבל או לא. הדרתו מראש מסדר היום השיפוטי תפגע גם בבית המשפט ובעשייתו השיפוטית, ותנתב אותו מראש לשביל צר שמדיר מתוכו כליל ערכים דתיים. כשם שראוי ששופט ישקול, בשבתו לדין, ערכים כלכליים, חברתיים ופוליטיים (גם אם לא בהכרח יאמץ אותם אל חיקו), כך ראוי שיביא במניין שיקוליו גם את הערכים הדתיים.

במקומות שבהם ניתן בבחירת השופטים משקל גם לגיוונו של ההרכב השיפוטי, ול"שיקופו" את החברה שבמסגרתה ולמענה הוא פועל, אי-התחשבות בשיקולים דתיים כמוה כמעילה באמון. כך, מקל וחומר, במדינות דוגמת ארצות הברית שבהן חלק מן השופטים נבחרים בבחירות על ידי הציבור, שבחור בהם דווקא בשל השקפת עולמם הדתית. יתר על כן: שופט דתי שיתעלם ממסכת ערכיו ויפסוק על פי ערכים שמנוגדים להשקפת עולמו יחטא לצו מצפוני. יושרו ויושרתו של שופט אמורים להגיעו לבטא את דעתו-שלו, ולא דעה של אחרים או את הדעה שאחרים רוצים לשמוע. מעבר לחוסר היושרה שכדבר, כאשר שופט מסתיר את דעתו האמיתית, הוא עשוי להיתפס כצבוע, מתחנף או מתחסד, וממילא אמון הציבור בו עשוי להיפגע.

217 אכן, שופט חרדי שיתבקש לתת תוקף – באופן הצהרתי או מעשי, ישיר או עקיף – לנישואין חד-מיניים עשוי לעמוד בפני בעיה. עיון שיטתי בפסיקת חלק מהשופטים ה"דתיים" בישראל יותר ממרמז על כך שהשקפת עולמם הדתית השפיעה על התוצאה המשפטית. ראו לדוגמה פסק דינו של השופט גרמן, שקבע כי אין להחיל את החוק למניעת אלימות במשפחה על זוג חד-מיני, מכיוון שאינו בגדר "בן משפחה". ראו: תמ"ש (משפחה ת"א) 16310/08 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 27.4.2008); ופסק דינו שדחה הכרה בכך זוג חד-מיני לעניין קבלת תגמולים: ע"מ (מחוז ת"א) 8/94 אדיר נ' קצין התגמולים (פורסם בנבו, 13.8.1995). בדומה לכך דרש האפיפיור יוחנן פאולוס השני מכל בעלי המקצוע – כגון שופטים ועורכי דין – שמעורבים בענייני גירושין להימנע מכך, מכיוון שהגירושין מנוגדים לדת הקתולית. ראו Pryor, *The Religious Faith*, לעיל ה"ש 177, בעמ' 361.

סוגיה זו מושפעת גם מתפיסת תפקידו של בית המשפט. האם הוא אמור ל"שקף" – ברמה זו או אחרת – את ערכי החברה שבתוכה הוא חי, או שמא להציב בפניה את מה שנראה בעיניו-שלו כמשפט הראוי והרצוי, גם אם גישתו אינה עולה בקנה אחד עם עמדת רוב הציבור שמכוחו ואותו הוא שופט.

לפי הגישה הראשונה, שופט שפועל בחברה שרוב אנשיה הם אנשים מאמינים, שומרי מצוות או מסורת, חלה על השופט חובה – לא רק רשות – לתת ביטוי לערכים הדתיים שמשקפים את פני החברה. מכאן, ששופט שחי בחברה שבה רוב האזרחים (בהנחה שניתן להוכיח זאת) רואים ערך בקיום ברית המילה או מתנגדים להפלות, לא יפסוק בניגוד לעמדה זו גם אם באופן אישי הוא סבור אחרת. לעומת זאת, לפי הגישה האחרת – שמקובלת כיום במשטרים דמוקרטיים מערביים (כגון ארצות הברית), בית המשפט אינו "אנוס על פי הציבור",²¹⁸ ולא רק שהוא יכול – אלא חובתו היא – להשמיע את קולו ברמה, לפי מיטב מצפונו והכרתו, גם אם תוצאת פסק דינו מנוגדת לאורחותיהם ולאמונתם של רוב בני הציבור שאותו הוא שופט. מסיבה זו לא נרתעו שופטים במדינות דמוקרטיות – כגון ארצות הברית – להתיר הפלות מלאכותיות או להכיר בזכויות להט"בים ואף לראות בהם "משפחה" ממש, אף שנטען כי רוב בני החברה מתנגדים נחרצות לעמדות אלה.

1. אחרית דבר: בין תיאוריה למעשה

דומה שדי בדוגמאות שהובאו לעיל, וכאמור אין הן אלא טיפה מן הים הגדול, להמחיש עד כמה רווחת היא המציאות שבה אדם חרדי המכהן בתפקיד ציבורי כלשהו, ויהא זה שר, חבר כנסת, שופט, דיין, ראש עיר או כל תפקיד אחר, בכיר ושאינו בכיר, עשוי למצוא עצמו במצב של "נאמנות כפולה" או "ניגוד עניינים" בין מסכת ערכיו האישיים והשקפת עולמו הדתית-חרדית, לבין פעולות שהוא מתבקש או נדרש לנקוט עקב תפקידו או המשרה שהוא מכהן בה.

למרות שכיחותם של מצבים אלה, אין הם מקבלים ביטוי תדיר בסדר היום הציבורי, ההלכתי, החברתי והתקשורתי. סיבה אחת לכך היא קשת רחבה של פתרונות שנסקרו במאמר זה, ואשר נותנים מענה, כל אחד בדרכו-שלו, לשיכוך המתח וליישובו.

כפי שהראיתי לעיל, במישור העיוני, מצאו אנשי הציבור פתרונות שונים שאפשרו להם להמשיך ולתפקד גם במצב לכאורי של "נאמנות כפולה". למן "הכשרת" הפעולה מכוח הכלל של "דין המלכות", דרך כללים הלכתיים שבמקרים מסוימים מתירים את החריגה מדרך ההלכה הרגילה, כגון "עת לעשות לה" – הפרו תורתך", ועד הסתמכות – במקרים של שופט דתי – על עקרונות שמתירים הסתמכות על "מנהג המדינה" בתחומים משפטיים שונים (כגון דיני עבודה). אכן, עיון במקרים השונים מלמד שלעיתים הסתמכות זו על "פתרונות הלכתיים" כמוה כהתנהגות של מעין "נבל ברשות התורה"²¹⁹: העושה מצוי

218 על משקל האמור בהגדה של פסח: "אנוס על פי הדיבור".

219 מונח שטבע הרמב"ן (ר' משה בן נחמן, דתתקנ"ד-ה'ל; 1194-1270) בפירושו לראש פרשת קדושים (ויקרא יט, 1) ומבטא התנהגות שמצויה בתוך גבולות ההלכה מבחינה פורמלית, אך מבחינה מהותית עשויה להיחשב כמעשה "נבלה" פסול שראוי – גם אם אין חובה משפטית – להימנע הימנו.

בגבולות ההלכה, אך מנצל אותם לצרכיו ולמימוש מטרותיו תוך עיקור העיקרון המהותי שניצב מאחורי ההלכה במקרה הספציפי. מבחינה פורמלית, יש בכך פתרון ראוי (מעין עשיית מלאכה בשבת באמצעות "גוי של שבת", עקיפת דיני השמיטה באמצעות "היתר עסקה" או עקיפתו ועיקירתו למעשה של איסור ריבית באמצעות "היתר עסקה"), אך במישור המהותי הניגוד בין ההלכה הדתית לבין מעשהו של איש הציבור החרדי – בעינו עומד. לצד הביסוס העיוני לפתרון מצבים של "נאמנות כפולה", יש לתת את הדעת לתופעה רחבה הרבה יותר, שביטוייה באים גם בהקשרים שונים לחלוטין,²²⁰ והיא הפער שבין התיאוריה למעשה. במישור התיאורטי, קיימים איסורים רבים, שחלקם נתפסים כאיסורי דת חמורים. אך כאשר הם נצרפים בכור המעשה, מתגלה הפתרון המעשי, הפרקטי, שמאפשר את המשך זרימתו של מעגל החיים למרות החישוקים שאיסורי הדת מטילים עליו כביכול. למציאות דינמיקה משלה, וכך גם להלכה. אכן, כמו בסוגיות אחרות שבהן קיימת התנגשות בין ערכים²²¹ או מוסדות, לא מדובר בהכרעה נורמטיבית או ערכית אלא מעשית. ברובד ההצהרתי, ממשיך המאמין – במקרה שלנו, האדם החרדי – להצהיר אמונים לערכיו החרדיים ולהשקפת עולמו החרדית, על כל המשתמע מהם, ועל פיהם הוא גם מחנך את ילדיו ואת ההולכים בדרכו. ברובד המעשי, הוא נוקט גישה פרגמטית שלא פעם "מתגמשת" עם עקרונותיו והשקפת עולמו.

ניתן לאתר דוגמאות לתופעה זו גם בהקשרים הלכתיים אחרים.²²² ודומה שלא לחינם קרויה תורת ישראל "תורת חיים",²²³ שחיה היא בתוך החיים – חיי המעשה – ולא חוצה להם, ומערכת הדינים המרכזית שלה מכונה "הלכה", שהולכת היא ובאה – כביטוי הקולע של רבי נתן מרומי, בעל ספר "הערוך" (איטליה, המאה העשירית) – עם המקום והזמן והעניין.

220 דוגמת היוקקותם של אנשים חרדים לערכאות המשפט החילונית. לעניין זה ראו בהרחבה הכהן "מרים יד בתורת משה", לעיל ה"ש 96.

221 דוגמה בולטת היא הפער שבין נאמנות חיילים דתיים, במיוחד בני ישיבות ה"הסדר", לרבניהם בכל הנוגע לפסיקת ההלכה, אך סירובם לסרב פקודה בפועל כאשר הפקודה עומדת בסתירה להוראת רבניהם. סוגיה זו הובלטה בעיקר בתקופת ה"התנתקות" וכן במקרים אחרים של פקודה צבאית לפנות יישובים כאשר מספר מסרבי הפקודה בקרב חיילים דתיים עמד על שיעור אפסי ביחס למספרם הכולל. ראו בהרחבה ענת רוט "הציונות הדתית במבחן הממלכתיות: מכפר מימון לעמונה" תכנית ההתנתקות – הרעיון ושברו 35 (יעקב בר-סימן טוב עורך, 2009); יגיל לוי "הצבא המשוקע: הצלחת צה"ל בביצוע ההתנתקות" תכנית ההתנתקות – הרעיון ושברו 169 (יעקב בר-סימן טוב עורך, 2009).

222 כך, בדוגמה הבולטת של הפער בין איסור הפנייה ל"ערכאות" לבין היוקקותם של יהודים, בכל הדורות, לבתי משפט של לא-יהודים. ראו: הכהן "מרים יד בתורת משה", לעיל ה"ש 96; אביעד הכהן "היברדות ופתיחות בחיי המשפט" מעיל תשבץ – מפגש התרבויות בין יהדות לאסלאם בימי הביניים 111 (מרים פרנקל עורכת, 2008). דוגמה בולטת נוספת היא איסור ריבית שלמעשה נעקר כליל ממקומו באמצעות המכשיר ההלכתי של "היתר עסקה". ראו הכהן וסורוצקין "בנקאות ללא ריבית", לעיל ה"ש 48.

223 ראו משלי ג, 18: "עץ חיים היא למחזיקים בה". על הניסיון להטמיע ערך יסוד זה במערכת החינוך הדתי בישראל, ראו באתר משרד החינוך, מינהל החינוך הדתי: <https://edu.gov.il/sites/Hemed/Pages/homepage.aspx>.

פער זה, שבין התיאוריה למעשה, בין השקפת העולם החרדית ה"טהורה" לבין הפרגמטיזם, מאפשר גם ליהודים חרדים להשתלב בכל מערכות המדינה, ולפעול בהן, לטוב או למוטב.



