

זהות יהודית

עורכים: אשר מעוז ואביעד הכהן

אביעד הכהן

מיהו אשכנזי? מיהו ספרדי? מיהו חרדי? הלכה, משפט ובית המשפט בְּמִשְׁקָפֵי זְהוּת וּמְכוּוֹנֵי

תדפיס | נובמבר 2014

סדרת ספרים לזכרו של חיים י. צדוק



הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן
אוניברסיטת תל-אביב



מיהו אשכנזי? מיהו ספרדי? מיהו חרדי? הלכה, משפט ובית המשפט כמשקפי זהות ומכונניה

אקדמות מילין

מדינת ישראל היא כור היתוך. בעיני מקצת מייסדיה היא התגשמות חזון קיבוץ הגלויות.¹ בעיני האידאליסטים שבהם, ויש שיאמרו התמימים שבהם, מדובר אף במיזוג גלויות.² אבל לעתים ישראל נדמית יותר כהר געש של זהויות. הסלט הישראלי, או אם תרצו, סיר החמין המקומי, הוא מערבולת וערבוביה גדולה של דת, לאום, גזע ומין. הרבה קולמוסים נשתברו בניסיון לגלות את סוד הזהות הישראלית, ועוד יותר בניסיון לפצח את הקוד הגנטי של הישראלים: ערבים, יהודים, נוצרים ומוסלמים, חרדים וחילונים, ציונים ולא-ציונים, אנטי-ציונים ופוסט-ציונים.

מה תפקידו של המשפט בכל אלה, והאם בכלל נועד לו תפקיד? מה תפקידו של בית המשפט במסכת זו, וכיצד הוא פועל בה? האם המשפט מגדיר זהויות, ואם כן – האומנם הדבר רצוי? מהם הכלים שבאמצעותם מגדיר המשפט זהויות? שאלות אלה ואחרות יעמדו במוקד עיוננו.

בדרך הילוכנו בנושא זה נבקש להתחקות אחר שביליו הפתלתלים של המשפט בנתיבות הזהות בכלל והזהות הדתית בפרט. נקצר במקום שאחרים אמרו להאריך, כגון בדיון בסוגיה הסבוכה והמרתקת של "מיהו יהודי", ונאריך במקום שאחרים אמרו לקצר – בניסיונם של ההלכה, של המשפט ושל בית המשפט להגדיר תת-זהויות כגון: "אשכנזי", "ספרדי", "חרדי" ו"חילוני".

אין צריך לומר שהמאבק על הזהות אינו מתחיל ומסתיים בשדה החוק והמשפט. יש לו השלכות על מאבקים פוליטיים, חברתיים וכלכליים, על שליטה ב"אזורי מחיה שלטוניים"

* דיקן מכללת "שערי משפט" וראש המרכז להוראת המשפט העברי ולימודו.
1 ראו ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ("מגילת העצמאות"): "מדינת ישראל תהיה פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות".

2 ביטוי לכך ניתן בניסיון ליצור "נוסח אחיד" לתפילה, נוסח שעל פיו יתפללו כל העדות. האיש שקידם רעיון זה היה הרב הראשי לצה"ל, הרב שלמה גורן: הוא הוציא לאור סידור "נוסח אחיד" ודרש שסידור זה יחייב את כל בתי הכנסת בצבא. רעיון זה השתלב היטב עם חזונו של בן גוריון בדבר ראייתו של צה"ל לא רק ככוח מגן צבאי אלא כאמצעי ראשון במעלה לליכוד החברה הישראלית וכמכשיר חינוכי וחברתי (מסיבה זו עורדו בצה"ל מסגרות כמו הנח"ל, הגדנ"ע וחיל חינוך). בפועל, הסידור "נוסח אחיד" לא היה נוסח משולב של המנהגים השונים, אלא למעשה העתק מדויק של נוסח ספרד הרגיל במגזר החסידי-אשכנזי (הנוסח שבו התפלל הרב גורן עצמו). בעקבותיו יצאה לאור גם "הגדה נוסח אחיד". במבט לאחור נראה ניסיון זה תלוש לחלוטין מן המציאות, ניסיון שנדון לכישלון מראשיתו ואכן לא צלח.

וכיוצא באלה. ניתן לבחון אותו גם מנקודת מבט פילוסופית והיסטורית. משמעות מיוחדת נודעת לזהות בחברה רבת-תרבותית, המבקשת לשמר את הזהויות השונות זו לצד זו ולאוד דווקא להילחם בהן.

התמקדותנו כאן בשדה המשפט אינה באה לגרוע מהצורך בכחינה כוללת של מצב העדתיות בישראל של המאה העשרים ואחת.³ את מסענו נעשה במקביל, הן בשדה החקיקה הן בשדה הפסיקה. שדה הפסיקה מעניין לא רק מצד תוכנו, אלא מצד נושאי כליו.

בשונה מהרשות המחוקקת, הכנסת, שבה ניתן ביטוי רחב יותר לייצוג חלקיה השונים של החברה הישראלית, בשדה הפסיקה בולט מקומה של האליטה החברתית הישראלית. בשל כך, שיעורם של המזרחים בקרב השופטים – בוודאי בקרב שופטי בית המשפט העליון,⁴ הגורם הדומיננטי בעיצוב הפסיקה – קטן בהרבה מייצוגם באוכלוסייה. קל וחומר שיעור החרדים, שמקומם נפקד כליל משדה השיפוט החילוני. מעקב אחר התייחסות הפסיקה הישראלית לזהותם של המזרחים ושל החרדים עשוי אפוא לחשוף תובנות מעניינות בעניין יחסה של האליטה לקבוצות משנה אלה.

כדי להבין את הגדרת תתי-הזהויות יש ללמוד תחילה מה טומן בחובו המושג "זהות". למותר לציין, שהמושג "זהות" כולל בתוכו מרכיבים רבים. עשרות ספרים ומאמרים נכתבו בניסיון להגדיר את מאפייניה של ה"זהות". גם נקודות המבט המשמשות את השדות השונים להגדרת ה"זהות" עשויות להיות שונות זו מזו: פילוסופיות, משפטיות, הלכתיות, היסטוריות, פסיכולוגיות ועוד. אנשי מדע המדינה יגדירו זהותו של אדם על פי השתלבותו הפוליטית, ואילו הגאוגרפים יאפיינו את זהותו לפי מקום מגוריו או לפי עיסוקו; אנתרופולוגים יתחקו אחר לבושו של אדם ואחר החפצים שנמצאים במוקד ביתו בניסיון להגדיר את זהותו, ואילו סוציולוגים יכחנו את שיוכו החברתי ואת התייחסותו למרכיבים אחרים בחברה.

ומה יעשו המשפט ובית המשפט? האם עליהם להיכנס כלל לסבך זה, שלעתים מרוב עציו אין רואים את היער?

בין שירצה ובין שלא ירצה, המשפט חייב להתייחס ברובד מסוים לזהותו של אדם. מזהות – לאומית, דתית, מגדרית וכיוצא באלה – נגזרות או נשללות לעתים זכויות, ולכן המשפט אינו בן חורין ואינו יכול להשתחרר מעולה של שאלת הזהות.

3 לביטויים שונים של עדתיות זו מנקודת מבט סוציולוגית, ראו את מחקריו הרבים של סמי סמוחה. למשל, סמי סמוחה "שלוש גישות בסוציולוגיה של יחסי עדות בישראל" מגמות כח 2-3, 196-206 (1984); סמי סמוחה וורד קראוס "מוצא עדתי בתור גורם בהשגת סטטוס בישראל" מגמות כט, 285-305 (1986); סמי סמוחה "העדתיים היהודית בישראל כתופעה ממשית מתמשכת" עיונים בתקומת ישראל 13, 413, 413-425 (2003). לניתוח השפעתו של המשפט על עיצוב החברה הישראלית, ראו בהרחבה מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008) והמקורות הרבים שנזכרו שם. לעניין העדתי, ראו גם מנחם מאוטנר "ההפקרה והנטישה" ארץ אחרת 52, 24 (2009) ניתן לצפייה באתר: www.tau.ac.il/law/mautner/press/12.pdf (נצפה לאחרונה ביום 29.3.2013) (להלן: "ההפקרה והנטישה").

4 רק לאחרונה ציין מאוטנר (ההפקרה והנטישה, לעיל ה"ש 3), כי בין עשרים המועמדים לשיפוט בבית המשפט העליון לא היה ולו מזרחי אחד.

אכן בכל שדה נבחנת הזהות מנקודת מבט שונה, ומאפייניה מוגדרים על פי צורכי אותו שדה. ממילא גם התוצאה עשויה להיות שונה בכל שדה. ייתכן שאדם יוגדר כבעל זהות מסוימת בשדה ההיסטורי, אך יתפס כבעל זהות אחרת בשדה המשפטי וכבעל זהות שלישית בשדה הסוציולוגי.

מה מקומו של המשפט בשיח זהויות זה? האם כבש לו המשפט דרך לעצמו ביצירתה של זהות משפטית, או שמא הוא נוטה לקבל ולאמץ אל לבו הגדרות ותכנים של זהויות שניתנו בתחומי ידע אחרים? וכיצד מוגדרת הזהות במשפט? כלומר, מהי תעודת הזהות של הזהות המשפטית? האם היא סובייקטיבית ותלויה – בראש ובראשונה, אם לא רק – בהגדרתם העצמית של האדם או של הקבוצה ה"מזוהה"? או שמא מדובר בהגדרה "אובייקטיבית", שמגדירה הם גורמים "חיצוניים" לקבוצה המזוהה ושפרמטרים שונים משמשים להגדרתה, כגון: לשון, שפה, לבוש, צבע עור, אורח חיים וכיוצא באלה?

שאלה נוספת היא מיהו הגורם שלידי העניקה המדינה את הסמכות להגדרת הזהות? האם המשפט הותיר את ההגדרה ביד כל יחיד, "לעשות כרצון איש ואיש", והוא אינו משמש אלא אמצעי להצהרה על זהות, או שמא המשפט לא רק מצהיר על זהות אלא יוצר זהות? כך, למשל, כאשר בית המשפט קובע שיהודי המאמין במשיחיותו של ישו הנוצרי אינו "יהודי" מנקודת מבט משפטית, האם הוא רק מצביע על זהותו של האיש או שמא הוא יוצר אותה? הוא הדין, כאשר בית דין רבני קובע שפלוגי הוא "יהודי" מאחר שגויר כהלכה, או להפך, כאשר הוא שולל את יהדותו של אדם אף על פי שהוא עצמו רואה עצמו כיהודי לכל דבר, האם הוא יוצר זהות? ואם כן, מה מקור סמכותם של המשפט ושל בתי המשפט ליצור זהויות, ומה מעניק לפעולה זו לגיטימיות?

כפי שנראה להלן, שאלות אלה אינן פתירות לחלוטין. על מקצתן נותן המשפט תשובות טובות, אך שאלות אחרות נותרות פתוחות ובלתי פתורות.

ראוי להדגיש, כי המפגש שבין המשפט לנושא ה"זהות" טומן בחובו לא רק השלכות תיאורטיות, אלא גם השלכות מעשיות רבות. הכרה בזהותו של אדם (למשל ב"יהודיותו") או שלילתה עשויות להקנות לאדם זכויות (למשל זכות הכניסה לישראל וזכויות מכוח חוק השבות), או לשלול אותן הימנו (כך, למשל, שלילת זהותו היהודית של גר שהמדינה אינה מכירה בגיורו עשויה למנוע ממנו את האפשרות להינשא בישראל, וזאת מלבד עצם הפגיעה בזכותו לכבוד).

הוא הדין בתת-זהויות. כפי שנראה להלן, הגדרתו של פלוגי "ספרדי" עשויה להעניק לו כשירות להתמודד על כהונת ה"ראשון לציון", והגדרתו "חרדי" או "ציוני" עשויה לזכותו בהקצאה נדיבה ממענקי תמיכות המיועדים למגזרי אוכלוסייה אלה. שאלות אלה, הנוגעות בבעלי "זהויות" שונות, עשויות להתרחב למישורים שונים, כגון: מיהו "רב"? מיהו "חילוני"? מיהו "בעל תשובה"? מיהו "ציוני"? ועוד כהנה וכהנה שאלות בעניין זהות שיש להן השלכות רבות-משמעות בהקשרים משפטיים שונים ומגוונים.⁵

במאמר זה בחרנו להתמקד בשני פרקים מתוך עולמה הרחב של הזהות: בהגדרת הזהות העדתית (בין "ספרדים" ל"אשכנזים") ובהגדרת הזהות ה"חרדית". נקודות המוצא והיעד

5 את הדיון בנושאים אלה אני מקווה להשלים במקום אחר.

שלנו הן משפטיות. לא ניסינו להגדיר את זהותן של קבוצות חברתיות גדולות אלה על פי מבחנים היסטוריים, סוציולוגיים, פילוסופיים או אתנוגרפיים, אלא ביקשנו לצעוד בעקבות החוק, ההלכה והמשפט ולבחון כיצד הם, כמערכות נורמטיביות, נותנים סימנים בקבוצות ומתייחסים אליהן.

"אשכנזים" ו"ספרדים"

עד כמה שהדבר יישמע מוזר, גם בחלוף שישים שנה ויותר מיום הקמת המדינה נשתמרו בחקיקה הישראלית "כיסוי עדתיות". ה"שד העדתי", כפי שהוא מכונה לעתים, מוטמע היטב לא רק בחומר ביד היוצר הפוליטי, שעושה בו שימוש לצרכיו הפוליטיים,⁶ ולא רק בחלקיה השמרניים של החברה הישראלית (דוגמת המגזר החרדי, שחלק מאנשיו משמרים את החלוקה העדתית ואפילו 'מקדשים' אותה⁷), אלא גם בחקיקה ראשית.

ביטוי בולט לכך אפשר למצוא בחקיקה שעניינה הרבנות הממלכתית. החוק מקיים את הכהונה הדרוראשית של הרבנות הראשית – הוא מחייב בחירת שני רבנים ראשיים, אשכנזי וספרדי; גם במועצת הרבנות הראשית נשמר איזון מדויק ומדוקדק בין שתי קבוצות הוותיקות. החלוקה העדתית בין "אשכנזים" ל"ספרדים" עתיקת יומין. אך למערכות המשפט בארץ ישראל היא חדרה לראשונה בתקופה העות'מאנית. השלטון העות'מאני ביקש להעניק אוטונומיה ומעמד עצמאי לעדות הדתיות השונות בארץ ("מילט"). כתוצאה מכך, לא רק הקבוצות הדתיות הגדולות – כגון הנוצרים והיהודים – התאגדו בקבוצות נפרדות, אלא בכל אחת מהן נוצרו תת-קבוצות, וכל תת-קבוצה דורשה אוטונומיה משלה, הן בניהול ענייניה הפנימיים הן בקיום מערכות שיפוט עצמאיות. השלטון העות'מאני הכיר במעמד המשפטי של העדות השונות והעניק להן אוטונומיה שיפוטית ומנהלית בתחומים מסוימים.

בתקופת המנדט הבריטי התמסד מצב זה בחוק עצמו, בהסדר שקבע את הקמת הרבנות הראשית לישראל.⁸ הרעיון לייסד רבנות ראשית לא נשא חן בעיני חלקים מבני העדה

6 אחת הדוגמאות מן העת האחרונה היא פנייתו של סגן ראש הממשלה ושר הפנים אלי ישי לנשיא שמעון פרס בבקשה לחון את השר לשעבר שלמה בניזרי, איש מפלגת ש"ס, שהורשע בעבירות שוחד והפרת אמונים. אלי ישי ביסס את פנייתו לנשיא על היותו "איש ציבור" ו"בן עדות המזרח", ודיבר על "רגשות האיפה וְאִיפּהּ", על "ישראל השנייה", על "תחושת הרדיפה" ועל "הפצע החברתי המדמם" של עדות המזרח; ראו my.ynet.co.il/pic/news/090809/index.htm (נצפה לאחרונה ביום 29.3.2013). השימוש בנימוק העדתי עורר גל גדול של תגובות, ורבים ראו בו ניצול ציני של הנושא העדתי שאין לו כל קשר למציאות (בהקשר זה ציינו רבים את העובדה שגם היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, שהעמיד את בניזרי לדין, וגם שופט בית המשפט העליון אדמונד לוי שהחמיר בעונשו, נמנים עם יוצאי עדות המזרח).

7 ראו אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" (לא משלנו) – אפליה עדתית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות במגזר החרדי" *מעשי משפט* 3, 123-143 (2010).

8 על תולדותיה של הרבנות הראשית, ראו אריה מורגנשטרן *הרבנות הראשית לארץ ישראל* (1973); שולמית אליאש *היחסים בין הרבנות הראשית לארץ ישראל והשלטון המנדטורי* (1973); יעקב אבן חן (אדלשטיין) *הרבנות הראשית לישראל בעבר ובהווה* (1973); משה

הספרדית.⁹ עד לאותה עת, מנהיג העדה – ה"חכם באשי" או ה"ראשון לציון" – עמד לברו בראש הקהילה היהודית בארץ-ישראל וניתנו לו סמכויות דתיות ומנהליות שונות. הקמת הרבנות הראשית הייתה, למעשה, בגדר ביטול של משרה זו ויצירה של מוסד דו-ראשי, שבו לצד מנהיג העדה הספרדית מכהן גם ראש העדה האשכנזית.¹⁰ מדי פעם הועלו טענות בדבר שימור מסגרת זו של חלוקה בין "אשכנזים" ל"ספרדים", מסגרת שאינה קיימת עוד בשום מגזר אחר של החברה הישראלית. כבר בטקס ייסודה של הרבנות הראשית הביע הנציב העליון, הרברט סמואל, את צעריו על כך שלא ניתן להעמיד בראש הרבנות רב אחד בלבד:¹¹

מצטער אני על אשר לא מצאנו את הדבר לאפשרי למסור את הרבנות הראשית לידי נשיא אחר, ושהוועדה [ועדת בנטביטש – א' ה'] מצאה כי תנאי הזמן דורשים מינוי שני רבנים ראשיים, בני דרגה אחת, מתוך העדה הספרדית והעדה האשכנזית.

תקוותי חזקה כי לא ירחק היום והרשות הדתית העליונה ביהדות הארץ ישראלית תיכון כמלפנים, בהיעדר הבדלים בלתי חשובים אלה, לשם הבלטת ייחודו העיקרי של הגזע היהודי בעיני כל העם בפרט והעולם בכלל

...

חילוקי דעות כאן מעוררים הר של פירוד בכל מקום. אחדות ורצון טוב על אדמת ישראל עצמה הם הצעד הראשון לקראת השלטת עקרון האחדות ורוח הרצון בקרב כל שדרות עמנו המפוזר והמפורד.

למרות דברים אלה נתקבעה כהונתם הכפולה של שני הרבנים, בתחילה רק למעשה, אך לימים גם להלכה. עם ייסודה בחודש אדר תרפ"א (1921) פעלה הרבנות הראשית בחלל נורמטיבי מסוים. הגם שהתנועה הציונית הכירה בה, ולמעשה הכיר בה גם שלטון המנדט (*de facto*), נעדרת הייתה הרבנות הראשית מעמד נורמטיבי ברור ומוגדר מצד הדין (*de jure*). כל כוחה נבע מהודעה רשמית שפרסם ידי המזכיר המדיני של ממשלת ארץ ישראל¹² ביום 18 מרס 1921, הא ותו לא. עניין זה הוסדר לימים באמצעות כמה דברי חקיקה שקבעו

אטיאש ספר התעודות של הוועד הלאומי לכנסת ישראל (1963); משה אטיאש כנסת ישראל בארץ ישראל – יסודה וארגונה (1944); על ההתנגשות הבלתי נמנעת שבין מערכות המשפט והשיפוט לבין הרבנות, ראו מאמרו המקיף של אשר מעוז "הרבנות ובתי הדין" שנתון המשפט העברי טז-יז, 289, 289-416 (1990).

9 לעניין זה ראו יוסי אבנרי הראי"ה קוק כרבה הראשי של ארץ ישראל (תרפ"א-תרצ"ה) – האיש ופועלו 117 (1984).

10 ראו אביעד הכהן "הרבנות הראשית לישראל: היבטים משפטיים", בתוך: הרבנות הראשית לישראל: שבעים שנה לייסודה 159-219 (א' ורהפטיג, ש' כ"ץ עורכים, 2002).

11 משה אטיאש ספר התעודות של הוועד הלאומי לכנסת ישראל בארץ ישראל, תרע"ח-תש"ח (1918-1948) 42-43 (1963).

12 NORMAN BENTWICH, LEGISLATION OF PALESTINE II 392 (1926). מובא אצל אשר מעוז, לעיל ה"ש 8, ה"ש 237 בעמ' 359. ראו גם יצחק אנגלרד "מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כד 67, 67-68 (1966).

את ניהול חיי הדת בפלשתינה-א"י שתחת שלטון המנדט הבריטי. המרכזי שבהם היה סעיף 83 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, שבו נקבע כך:

All persons in Palestine shall enjoy full liberty of conscience, and the free exercise of their forms of worship subject only to the maintenance of public order and morals. Each religious community (recognized by the government) shall enjoy autonomy for the internal affairs of the community subject to the provisions of any Ordinance or Order issued by the High Commissioner.¹³

סעיף זה היה הבסיס הנורמטיבי להתקנת פקודת העדות הדתיות (ארגוני), שבסעיף 2 שבה נקבע כך:

2. (1) if any religious community in Palestine makes application under this Ordinance, the High Commissioner in Council may, with the approval of a Secretary of State, make rules for its organization as a religious community and its recognition as such by the Government of Palestine.

...

(3) Any such rules may provide for the constitution of religious and cultural councils or boards of the community.¹⁴

מכוח הוראות חוק אלה, הותקנו ביום 30 דצמבר 1927 תקנות כנסת ישראל, ואלה תוקנו מזמן לזמן על ידי הנציב העליון. חלק ב של התקנות דן ב"מועצת הרבנות הראשית ולשכות הרבנות", קבע את תחומי סמכותן, הסדיר את יחסי הכפיפות ביניהן והציב את הבסיס לדרכי בחירתן. כבר בתקנות אלה הוכרה ההבחנה בין "אשכנזים" ו"ספרדים". בסעיף 4(2) לתקנות כנסת ישראל נקבע כי "במועצת הרבנות הראשית יהיו שני רבנים ראשיים: האחד ספרדי והאחד אשכנזי, וששה חברים – שלושה ספרדים ושלושה אשכנזים". חלוקה זו קיבלה גושפנקה נוספת בתקנות ובחוקים שנחקקו בשנים שלאחר מכן, והיא מתקיימת עד היום.¹⁵ לימים, חלחלה חלוקה עדתית זו גם לבית הדין הרבני הגדול, שבראשיתו היה בשר מבשרה של הרבנות הראשית. אף שבאופן פורמלי אין בחוק

13 בתרגום חופשי: כל האנשים בפלשתינה ייהנו מחופש מצפון מלא, ויורשו לקיים בחופשיות את מנהגי דתם בכפוף לשמירה על הסדר והמוסר הציבורי. כל עדה דתית (המוכרת על ידי הממשלה תיהנה מאוטונומיה בכל הנוגע לענייניה הפנימיים בכפוף להוראותיו של הנציב העליון). המלים המוסגרות – "המוכרת על ידי הממשלה" – נמחקו בס' 15 של התיקון לדבר המלך במועצתו, התרצ"ה-1935.

14 בתרגום חופשי: לבקשת עדה דתית כלשהיא בפלשתינה, לפי פקודה זו, הנציב העליון רשאי, בהסכמת מזכיר המדינה, לקבוע כללים לארגונה כעדה דתית ולהכרתה ככזו על ידי ממשלת פלשתינה. כללים אלה יוכלו לשמש כבסיס לכינון של מועצות דת או תרבות של הקהילה

15 ס' 1 לחוק הבחירות למועצת הרבנות הראשית, תשל"ב-1972; ס' 4 לחוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם-1980.

התייחסות לחלוקה העדתית בהרכב בית הדין, נשמרה בו כל השנים חלוקה עדתית ברורה, והוקפד שתהיה בו נציגות נכבדה של דיינים "ספרדים" (ולא רק "כסא מזרחי" אחד, כמו בבית המשפט העליון¹⁶).

מייסד הרבנות הראשית, הראי"ה קוק, התייחס לעניין העדתי ולכהונה הכפולה ובנה סביבם אידאולוגיה שלמה.¹⁷ בדברים שנשא עם כינון הרבנות הראשית אמר הראי"ה קוק כי יש לברך על כהונתם הכפולה של שני רבנים ראשיים. הוא יצא כנגד המלגלים על הסדר זה וכיוון כלפיהם את דברי חז"ל על קנאת הלכנה בחמה ועל התנגדותה לכך ש"שני מלכים ישתמשו בכתר אחד". לצד דברים אלה, ולשם תמיכה ברעיון הכהונה הכפולה, הזכיר הרב קוק את הזוגות הרבים שכיחנו בנשיאות בישראל.¹⁸

ואכן, תקנות כנסת ישראל לא יצרו את הכהונה העדתית אלא למעשה שיקפו את המצב הקיים. כבר עם כינונה של מועצת הרבנות הראשית לישראל ב-1921 היו בה שמונה חברים, ובראשה עמדו שני הרבנים הראשיים. על פי הצעת ועדת בנטיביטש, מחצית מחבריה היו ספרדים ומחציתם אשכנזים, ובכללם שני נשיאים – אחד ספרדי ואחד אשכנזי. בשנת 1936 הוחלט להגדיל את מספר חברי המועצה ולהעמידו על עשרה חברים. לאחר קום המדינה, בשנת תשכ"ג, הותקנו תקנות הבחירות למועצת הרבנות הראשית, תשכ"ג-1963;¹⁹ בתקנות הועמד מספר חברי מועצת הרבנות הראשית על שנים-עשר, בהם שני הרבנים הראשיים. מצב זה נשמר גם בסעיף 1 לחוק הבחירות למועצת הרבנות הראשית לישראל, תשל"ב-1972. בחוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם-1980, הנוהג כיום הועלה מספר החברים והועמד על שישה-עשר: שני הרבנים הראשיים, ארבעת רבני הערים הגדולות ועוד עשרה רבנים שנבחרים בבחירות ישירות, חשאיות, אישיות ושוות באספה הבוחרת (סעיף 4 לחוק). למרות השינויים בגודלה של מועצת הרבנות הראשית, הוקפד לשמר את המבנה העדתי הדו-ראשי ולהבטיח שתמיד מחצית חברי הוועדה יהיו אשכנזים ומחציתם ספרדים. משהועלתה על שולחן הכנסת הצעת חוק הרבנות הראשית, בשנת תשל"ב, הוגשו הסתייגויות רבות שעניינן היה הצורך בכהונה כפולה זו.²⁰

המבנה הכפול השתמר גם בתקנות בחירת רבני עיר שהותקנו מכוח חוק שירותי הדת היהודיים בשנת 1966, ולימים תוקנו בתקנות בחירת רבני עיר [נוסח משולב], תשל"א-1971. בעבר, די היה בשליש מתושבי הרשות המקומית שנמנה עם עדה אחרת כדי לחייב את

16 על ה"כסא המזרחי" בבית המשפט העליון, ראו ניר קידר "בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי לבית-המשפט העליון" מחקרי משפט יט 515-534 (התשס"ג).

17 הצורך בכניית תשתית "אידאולוגית" נבע מכך שהרבנות המסורתית בארץ ישראל, מזה עשרות רבות של שנים, הייתה דווקא של העדה הספרדית, שבראשה עמד ה"ראשון לציון", ומעשה הקמת הרבנות הראשית, שאכן זכה להתנגדות רבה מצד העדה הספרדית, נתפס על ידה במידה מסוימת כ"הסגת גבול".

18 מורגנשטרן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 70; זרח ורהפטיג חוקה לישראל 422 (1988). לעמדה שונה, השוו דברי הרב אלקלעי שקרא לביטול ההבדלים בין ספרדים ואשכנזים: "הדבר הזה מהווה פירוד ושנאה בינינו" כתבי הרב יהודה אלקלעי 248-249 (יצחק רפאל עורך, 1975).

19 תקנות הבחירות למועצת הרבנות הראשית, תשכ"ג-1963.

20 ד"כ 63, 1707 (התשל"ב).

בחירתם של שני רבני עיר.²¹ בתקנה 2 לתקנות האמורות, שעניינה מספר רבני העיר, נקבע כי ביישוב שהוא עירייה או מועצה מקומית יהיה רב עיר אחד. ברם, בס"ק (ב) סוגיה קביעה זו ונקבע כי אם מספר תושבי העיר היהודיים²² עולה על 5,400, ובו מיעוט של לפחות שליש של אשכנזים או ספרדים, יהיו באותו יישוב שני רבני עיר.

לימים, בתקנות משנת 1974, הועלה הרף המינימלי של תושבי העיר היהודיים שאפשר כהונה עדתית כפולה של רבנים ל-6,000, וכעבור כמה שנים הועלה ל-20,000.²³ בחלק מן הערים הגדולות, דוגמת העיר תל אביב, הביע ראש הרשות המקומית התנגדות נמרצת ונחרצת למינוי שני רבנים, ולכסוף מונה רק רב אחד.²⁴

בתקנות בחירת רבני עיר נקבע עוד כי שר הדתות רשאי, "לפי דרישת המוסדות הייצוגיים של הציבור האשכנזי או הספרדי במקום", לקבוע בהסכמת מועצת הרשות המקומית כי ביישוב יהיו שני רבני עיר, "אחד ספרדי ואחד אשכנזי".

המאזן העדתי המדויק נשמר גם בוועדת הבחירות לרבנות העיר. בתקנה 7(ב) נקבע כי ביישוב שיהיו בו שני רבני עיר, אחד מחמשת נבחרי מועצת הרשות המקומית לוועדת הבחירות יהיה ספרדי ואחד אשכנזי, והוא הדין בנציגי המועצה הדתית. כך נקבע גם לגבי נציגי מועצת הרשות המקומית, נציגי המועצה הדתית ונציגי בתי הכנסת באספה הבוחרת. המאזן העדתי המדויק חייב להישמר עד הפרט האחרון; כל אחד מחברי האספה הבוחרת, שלעיתים מונה 20-30 חברים (בהתאם לגודל הרשות המקומית וגודל אוכלוסייתה), צריך להיבחן במשקפיים "עדתיות" כדי שניתן יהיה לקבוע אם "אשכנזי" הוא אם "ספרדי".

דומה כי מתקין התקנות עמץ בכוונה תחילה את זהות מקור הדרישה וכינהו "מוסד ייצוגי של הציבור האשכנזי או הספרדי". זאת, בשונה ממונחים מוגדרים הרבה יותר (אם כי גם הם זקוקים לפרשנות) דוגמת "בתי כנסת",²⁵ שאף הם קיבלו מעמד חוקי בתקנות

- 21 בג"ץ 90/75 אלראי נ' שר הדתות, פ"ד כט(2) 413 (1975) (להלן: בג"ץ אלראי).
- 22 כאן תעלה כמובן שאלת הזהות ה"יהודית", האם מספר "תושבי העיר היהודיים" ייקבע לפי הרישום במרשם האוכלוסין (ובאותה שעה אף בתעודת הזהות), או לפי המבחן של הדת היהודית? שאלות אלה עשויות להיות משמעותיות ביותר בערים שקלטו עליה גדולה ממדינות חבר העמים (כגון אשדוד), שבהן קיים פער משמעותי בין ה"יהודים על פי ההלכה" (קרי, ה"שולחן ערוך"), לבין "יהודים-לא יהודים", שמוכרים כיהודים לצורך חוק השבות או מרשם האוכלוסין, אך אינם מוכרים ככאלה על ידי בתי הדין הרבניים. למקומה הגדול של קבוצה אחרונה זו בחברה הישראלית ראו אשר כהן, יהודים לא-יהודים (2007).
- 23 תקנות שירותי הדת היהודיים (בחירות רבני עיר), התשס"ז-2007.
- 24 בג"ץ 816/98 הרב ישראל רווח נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(1) 868 (1998).
- 25 גם מונח זה, למרות מובנו הפשוט, אינו נקי לגמרי מספקות. לאחרונה, ביקשה המועצה הדתית בירושלים לערוך סקר "בתי כנסת", לשם בחירת "נציגי בתי הכנסת" בגוף הבוחר את רבני העיר. שאלון שהופץ למוסדות הפוטנציאליים, מבהיר עד כמה סבוך את מונח זה: האם הכוונה לבית כנסת הנמצא במבנה של קבע, שבבעלות העמותה המפעילה את בית הכנסת, או גם למניין המתקיים – לעתים משך עשרות שנים – בבית פרטי; האם הכוונה רק לבית כנסת הפעיל בכל ימות השבוע, או גם לכזה הפעיל רק בשבתות ובחגים? ומה בדבר ישיבה שמקימת בכל יום שלוש תפילות ביום, על עשרות או מאות תלמידיה, האם גורלה יהא טוב

ובוחרים נציגים לגוף הבוחר את רב העיר.²⁶ במציאות אין גוף שניתן לכנותו "מוסד ייצוגי של הציבור האשכנזי או הספרדי", ולמעשה הדבר נתון לפרשנות (ולמניפולציות פוליטיות) של ועדת הבחירות.

אפשר שמסיבה זו הושמטה דרישה זו בתקנות שתוקנו מאוחר יותר, ולשם הותרת הכהונה הכפולה בעינה נותרה רק הדרישה ל"הסכמת מועצת הרשות המקומית", ואילו התנאי שתבוא לכך דרישה מאת ה"מוסד הייצוגי של הציבור האשכנזי או הספרדי" הושמט. היא אשר יהא, עמימותה של הגדרת ה"זהות" העדתית מתגברת נוכח הקביעה, בסעיף 7 לתקנות, שלפיה: "ההרכב העדתי של האסיפה הבוחרת ישקף ככל האפשר את האוכלוסייה היהודית שביישוב; למטרה זו רשאית ועדת הבחירות לקבוע את מספר האשכנזים ומספר הספרדים מבין הנציגים שמועצת הרשות המקומית והמועצה הדתית יבחרו כנציגיהן באסיפה הבוחרת". הגדרה עמומה זו מותירה פתח רחב ביותר למניפולציות ולתמרונים. האם במונח "הרכב עדתי" נתכוון מתקין התקנות רק לחלוקה הבסיסית של "אשכנזים" לעומת "ספרדים", או שהרזולוציה העדתית צריכה להיות מדויקת הרבה יותר, ובתוך כל עדה צריך להיות ביטוי לעדות המשנה דוגמת יוצאי תימן, פרס, עירק, סוריה, מרוקו, לוב ומצרים, טורקיה ויוון?²⁷ בעדה ה"ספרדית", ויוצאי פולין, ליטא, רוסיה, גרמניה ואיטליה²⁸ בעדה ה"אשכנזית"? האם החלוקה צריכה להמשיך ולכלול את תת-הקבוצות ה"חסידיות" למיניהן ולסוגיהן (כגון: גור, בעלז, ויז'ניץ, חב"ד, ברסלב, סלונים, ערלוי, וכיוצא באלה), ואם תרצו, בחלוקה מיקרוסקופית, סתם "ויז'ניץ" לעומת "סערט-ויז'ניץ", "תולדות אהרן" ו"תולדות אברהם יצחק", וכיוצא בזה.

עד כמה שסוגיה זו נראית משונה במאה העשרים ואחת, על רקע המְטָרְיָה שבה מדובר ובהקשרה, אין היא מוזרה כלל. כל אחת מתת-העדות הנזכרות מקיימת בתי כנסת משלה, המובחנים ומובדלים מבתי הכנסת של שאר העדות בנוסח התפילה, במנהגים ובהלכה. אם בייסוד הכהונה הכפולה של הרבנים הייתה כוונה לאפשר ייצוג הולם למסורות ההלכתיות והעדתיות השונות, מדוע שביטוי כזה לא יינתן לקבוצות השונות גם בבחירת נציגיהן בגוף הבוחר?

החלוקה ה"עדתית" מסובכת בעיקר ברשויות מקומיות דוגמת ירושלים, שההרכב העדתי של תושביה הטרונגי להפליא.

ממניין מצומצם המתקיים מדי שבת בבית כנסת מפואר, שמשמש רק לתפילה ולא ללימוד תורה?

26 ראו תקנה 6(ב) לתקנות בחירות רבני עיר, לעיל ה"ש 23, הקובעות כי שליש חברי האסיפה הבוחרת יהיו "נציגי בתי הכנסת".

27 האבחנה בין עדות ה"בלקן" – טורקיה, יוון, בולגריה ויוגוסלביה, לבין שאר "עדות המזרח" גדולה ביותר. הראשונים רואים עצמם (ואף מקפידים לכוונת כך את עצמם) כ"ס"ט" – ספרדים טהורים, שמוצאם מספרד ממש, ומקפידים על היבדלות משאר "עדות המזרח", שלטענתם התבוללו בתרבויות שבהן חיו.

28 ברומה ליחס שבין יוצאי תימן לשאר ה"ספרדים", שעליו עמדנו להלן, גם מקומה של קהילת יוצאי איטליה (האיטליאנים, לא החלק ה"אשכנזי" שבה, שקרוב לנוסח יוצאי אשכנז-גרמניה), דורש פרק לעצמו. קהילה זו משמרת עד היום נוסח תפילה ייחודי, ולצדו מנהגים שמבדילים ומבחינים אותה בכיבוד, הן מה"אשכנזים", הן מה"ספרדים".

קצרו של דבר: באמצע את המודל ה"עדותי" אל חיקו שימר המחוקק הישראלי – ובעקבותיו שימרו בתי המשפט – את גבולות הזהות העדתית. המשפט לא יצר את זהותם העדתית של הרבנים ושל חברי האספה הבוחרת אותם, אך הוא בהחלט תורם לחיזוקה ולעוגנה העמוק של זהות זו בתרבות הישראלית, גם במפנה המאה העשרים ואחת. לא ייפלא אפוא, שמבנה עדתי זה נשתמר בעינו גם כאשר הובאה לכנסת, בשנת תש"ם (1980), הצעת חוק הרבנות הראשית לישראל. חקיקת חוק זה הייתה אמורה לשים קץ למצב המשפטי המעורפל שבו פעלה הרבנות הראשית עד אותה עת, ללא הגדרת תפקידים וסמכויות.²⁹

סעיף 4 לחוק הרבנות הראשית הנציח את כהונתם הכפולה של הרבנים הראשיים, האשכנזי והספרדי, ואת החלוקה העדתית המדוקדקת במועצת הרבנות:

4. (א) ואלה חברי המועצה:

- (1) שני הרבנים הראשיים לישראל, אחד ספרדי הנקרא "ראשון לציון" ואחד אשכנזי, שייבחרו בבחירות ישירות, חשאיות ואישיות באסיפה של רבנים ונציגי ציבור (להלן – האסיפה הבוחרת);
- (2) רב עיר אחד מכל אחת מן הערים ירושלים, תל-אביב-יפו, חיפה ובאר-שבע; רבני העיר הספרדים והאשכנזים בערים אלה יכהנו מחצית תקופה כהונה לסירוגין, כפי שייקבע בתקנות;
- (3) עשרה רבנים שייבחרו בבחירות ישירות, חשאיות ואישיות באסיפה הבוחרת, מחציתם ספרדים ומחציתם אשכנזים (להלן – חברי המועצה הנבחרים).

ברם, מיהו "אשכנזי" ומיהו "ספרדי" לצורך סעיף זה? האם הדבר תלוי בהגדרתו העצמית של האדם, בשיוכו החברתי, בארץ מוצאו? ומה דינם של "בני תערוכת" שנולדו לאם "אשכנזייה" ולאב "ספרדי" או להפך? האם הייחוס במקרה זה ייקבע לפי האם, בדומה להגדרת "יהודי", או שמא לפי האב? האם ההלכה היא שתקבע בעניין זה, או שמא המחוקק החילוני הוא שיכפה את הנורמות שלו על הכפופים למרותו, על פי הגדרות משלו?³⁰ במשך שנים הייתה סוגיה זו לוטה בערפל. ברוב המקרים שהגיעו לפתחו של בג"ץ, והיו רבים כאלה, לא התעורר הצורך להכריע בשאלה זו מכיוון שהגדרתם העצמית של המועמדים לכהונה ולבחירה ונקודת מבטו של המחוקק עלו בקנה אחד. ניסיון מעניין לפתרון שאלת זהות זו נעשה בהצעת חוק הרבנות הראשית משנת תש"ל. נקבע בה כי כ"ספרדי" ייחשב "יוצא תימן או בן עדות המזרח"; אך אף על פי שהגדרה זו נשתמרה בתקנה 15 לתקנות בדבר בחירת רבני עיר, תשל"ה-1974, היא אינה מופיעה בנוסח החוק משנת תש"ם-1980.

גישתו של המחוקק בהצעת החוק היא פטרנליסטית בעליל. הוא "ניכס" את המיעוט הקטן-יחסית של יוצאי תימן ל"עדות המזרח", בלי לקבל את הסכמתם. ביטוי לחוסר הנחת

29 על פרשנות הסמכויות השונות, וטיב החידוש שבהן, ראו הכהן, לעיל ה"ש 10.

30 למוטר לומר ששאלות דומות ניתן להעלות גם ביחס להגדרות זהות אחרות המצויות בחוק. כך, למשל, האם מי שאמו יהודיה ואביו מוסלמי, ייחשב כ"יהודי" לצורך חוק השבות, כאשר מבחינת הגדרתו הרתית הוא "כפול דת"? והוא הדין בעניין הלאום: כיצד ייקבע לאומו של מי שאמו ערביה ואביו יהודי או להפך, למשל לצורך העדפה מתקנת?

שבמעשה זה בא בדברים שנאמרו כבר בראשית ימיה של המדינה. בדיון על תקציב המדינה הראשון, שנערך במועצת המדינה הזמנית בחודש אוקטובר 1948, מחה חבר המועצה ונציג התאחדות התימנים סעדיה כובאשי על המצב:

מתי נזכה לכך שבחירת רבנים תיעשה לפי הכשרה אישית ולא עדתית? ואם כבר נגזרה עלינו גזירה לבחור את הרבנים על פי עדותיהם, למה ייגרע חלקם של הרבנים התימנים כאשר הם תימנים? אם אי אפשר לקיים בחירה אישית של רבנים, הרי תוקם-נא שלישיה של רבנים. מצער מאד לראות הרבה תלמידי חכמים צנועים מידחקים בפרנסתם וחיים חיי פת במלח ומים במשורה, והרבה חזנים ומורי הוראה מבני העדה שאפילו קב חרובין אין להם.³¹

"יוצא תימן או בן עדות המזרח" – הגדרה זו כשלעצמה טעונה הבהרה. לשם השוואה, כאשר ביקשה הכנסת ליצור העדפה מתקנת לבני העדה האתיופית, נקבע בסעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, כי בקרב העובדים בשירות המדינה יינתן ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של "מי שהוא או שאחד מהוריו נולד באתיופיה". האם לצורך הגדרת "ספרדי" או "אשכנזי" די יהיה בכך שאחד מהוריו של אדם הוא "ספרדי" או "אשכנזי", או שמא יש צורך ששני הוריו יהיו כאלה?

למען הסר ספק נבהיר כי לא מדובר רק בשאלה "טכנית" או פרשנית.³² שיוכם של בני תימן ל"ספרדים" עשוי להיראות טבעי למתבונן מן החוץ, אך לבני העדה התימנית הדבר אינו ברור כלל ועיקר. רבים מבני עדה זו רואים עצמם שונים לחלוטין מבני עדות המזרח – בלשונם המיוחדת, בנוסח תפילתם וקריאתם בתורה, במנהגיהם ובמסורת ההלכה שלהם.³³ בצרפו את בני העדה התימנית לקהל ה"ספרדים" נקט אפוא המחוקק בגישה פטרנליסטית והתעלם לחלוטין מייחודה של עדה זו.

להשלמת התמונה, נציין כי לעדתיות יש ביטוי לא רק בחקיקת המשנה שנדונה לעיל בהרחבה, אלא גם בחקיקה ראשית. בסעיף 4 לחוק שירותי הדת היהודיים (נוסח משולב), תשל"א-1971, נקבע כי שלוש הרשויות המרכיבות את המועצה הדתית (שר הדתות, הרשות המקומית והרבנות המקומית) יחוו דעתן על המועמדים לכהן במועצה הדתית, בין השאר מבחינת "ייצוגם המתאים של הגופים והעדות המועוניינים בקיומם של שירותי הדת היהודיים". לכאורה, מדובר במבנה הגיוני, שנועד לשקף את הזיקה שבין שירותי הדת הניתנים לאוכלוסייה המקומית לבין הרכבה החברתי של האוכלוסייה. אך מה שנראה

31 פרוטוקול מועצת המדינה הזמנית 35 (7.10.1948).

32 כידוע, מבחינת כללי הפרשנות, אין חובה לעשות היקש מחוק שירות המדינה לחוקים אחרים, ואפילו מדובר במנוח זהה (ולא כך המצב בעניינינו), אפשר לפרשו במשמעויות שונות בחוקים שונים.

33 למען הסר ספק, לא מדובר בניואנסים דקים מן הדקים, אלא בחילופים משמעותיים. הסתמכותם של רבים מבני תימן על משנה תורה לרמב"ם, כפוסק אחרון, ואי קבלתם את ה"שולחן ערוך", יצרה חזין ממשי במסורת ההלכה שלהם לעומת זו של ה"אשכנזים" וה"ספרדים". כך, למשל, לא נתקבל בתימן חרם דרבנו גרשם, ונישואי כפל או ריבוי נישואין היו דבר רווח ביותר בקרב בני העדה התימנית עד עלייתם ארצה.

כביטוי תמיד, זכה להעסיק את בית המשפט העליון הישראלי בעשרות רבות של עתירות שהוגשו במשך השנים.

עמדת בית המשפט ביחס לזהות ה"עדתית"

מהי עמדתו של בית המשפט בעניין החלוקה העדתית שתוארה? כמו בסוגיות אחרות, בית המשפט אנוס על פי דיבורו של המחוקק להלך על ביצים ובין הטיפות בסוגיה רגישה זו. דומה, שבמסכת ערכיו של בית המשפט, המייצגת גישה ליברלית-מודרנית, אין מקום עוד במאה העשרים ואחת לחלוקה עדתית המשקפת זיכרון היסטורי ישן, עתיק יומין וארכאי. אך אחיזתו של המחוקק הישראלי בקרנות מזבח העדתיות אינה מותירה לבית המשפט ברירה. כל שנותר לו הוא להביע מחאה או חוסר נחת מן המצב הקיים, ולקרוא למחוקק לעשות לתיקונו.

ביטוי לכך ניתן בפסיקת בג"ץ כבר לפני שנים רבות. במקרה אחד³⁴ נדונה שאלת החלוקה העדתית בעיר טבריה, לאחר ששני רבני העיר נפטרו והיה צורך למנות רב חדש לעיר. שר הדתות החל בהליכים לבחירת רב עיר "אשכנזי", ואילו העותרים תבעו למנות תחילה רב עיר "ספרדי".

העותרים התבססו, לטענתם, על הרכבה העדתית של העיר טבריה. לדבריהם, חלקם של ה"ספרדים" בעיר הגיע לכדי למעלה משמונים אחוזים, ורק בשבעה משישים בתי-הכנסת שבעיר התפללו לפי מנהג האשכנזים.³⁵ בדור הצעיר בלט הפער עוד יותר – העותרים טענו כי שיעור התלמידים האשכנזים בבתי הספר שבטבריה לא עלה על שישה אחוזים, וכי שיעורם בבתי הספר הדתיים בעיר היה אחוז אחד בלבד.

מ"מ הנשיא זוסמן (כתוארו אז) סבר שהעלאת הרף "אות הוא וראיה, שמגמת המחוקק היא להפחית כהונתם של שני רבני עיר".³⁶ אולם בחינה ביקורתית של דבריו מלמדת שיותר משהם משקפים מציאות, הם משקפים את הרהורי לכו (wishful thinking). לו היה הדבר כך, היה המחוקק מבטל לחלוטין או כמעט לחלוטין את הכהונה הכפולה ומעלה את הרף באופן משמעותי, כפי שעשה עשרות שנים לאחר מכן כשתיקן את החוק ואפשר בחירתו לכהונה של רב אחד בלבד.

דומה, שהעלאת הרף הקטנה יחסית מ-5,400 תושבים ל-6,000 תושבים, משקפת את גידול האוכלוסייה הטבעי ברוב הרשויות המקומיות בארץ, הא ותו לא. בפועל, לא הביאה העלאת רף זו להפחתת הכהונה הכפולה, ועד מחצית שנות ה-90, הכהונה הכפולה, של רב "אשכנזי" ו"ספרדי" שיקפה את המצב ברוב הרשויות המקומיות בארץ, אפילו הקטנות שבהן.³⁷

34 בג"ץ אלראי, לעיל ה"ש 21.

35 הגדרה מעין זו לזהותו ה"עדתית" של אדם עשויה להיות מעניינת, אך כמובן היא סובייקטיבית שהרי כל אדם רשאי לבחור לו את המנהגים – בתפילה, כשרות ושאר ענייני ההלכה – כטוב בעיניו.

36 בג"ץ אלראי, לעיל ה"ש 21.

37 ביטוי לכך ניתן בעתירה בבג"ץ 1765/93 חיימובסקי נ' המשרד לענייני דתות, פ"ד מט(3) 705, ראו טקסט להלן, ליד ה"ש 41 ואילך (להלן: בג"ץ חיימובסקי). לאחרונה ממש שבה

רצונו של בית המשפט לבטל את החלוקה העדתית משתקף היטב מבין השיטין של פסק דינו הקצר של השופט זוסמן.

בית המשפט קיבל את העתירה, וקבע שאין להתחיל במינוי רב ראשי אשכנזי לטבריה, בשל מספרם המועט של בני העדה האשכנזית בעיר, וניתן להסתפק בבחירת רב "ספרדי" לעיר.

מקריאה מוקפדת של דברי השופט זוסמן, עולה שהמוטיבציה העיקרית לקבלת העתירה, הייתה הרצון להמעיט עד כמה שניתן את מרכיב ה"עדתיות" בישראל של אמצע שנות השבעים.

השופט זוסמן כינה את רצון שר הדתות להותיר את הכהונה הכפולה בטבריה על כנה, "תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת".

כפי שהגדיר זאת השופט עציוני, בהערת אגב קצרצרה ואישית שאינה דבר שגור בפסקי דין, הערה שלא נצרכה לגוף הפסק:

אני רק מביע את צערי הרב³⁸ על שהמחוקק בשנת העשרים ושבע לקיום המדינה עדיין מנציח את המחיצות המלאכותיות בין עדה ועדה וייחד מוסדות בשביל כל עדה ועדה לחוד; הגיע הזמן, שלכל הפחות המחיצות החוקיות האלה תימחקנה מספר החוקים.

המציאות לימדה, שמה ש"לא מתקבל על הדעת" בעיני בית המשפט העליון, התקבל גם התקבל על דעת הרשות המבצעת. לא ארכו הימים, ולעיר נבחרו שני רבנים, אחד אשכנזי ואחד ספרדי, המכהנים בתפקידם עד היום.³⁹

האבסורד שבעיסוק העדתי במישור המשפטי בא לביטוי מוקצן, אולי כמעט גרוטסקי בעיני אחדים, בעתירה נוספת שנגעה לבחירת רב העיר בראש העין.⁴⁰ לנוכח הרכבה של האוכלוסייה ביישוב, שרובה הגדול נמנה באותם ימים עם בני העדה התימנית, לא היה ספק שהרב שייבחר יימנה עם בני העדה. אך המחלוקת נתגלעה באשר לזהות ה"זרם" – בתוך העדה התימנית – שאליו ישתייכו חברי הגוף הבוחר. העותרים טענו שוועדת הבחירות שמינה שר הדתות, אינה מייצגת את הזרם ה'שאמי' שעמו, כך לטענתם, נמנים רוב יוצאי תימן, וכי שני החברים שנבחרו לוועדת הבחירות לרבני העיר, מייצגים את הזרם ה'בלאדי'. בסופו של יום, נדחתה העתירה בטענת סף של שיהוי ובטענה מהותית שלפיה לא נתגלתה

ונידונה סוגיה זו בבג"צ 4137/13 בנימין שי נ' השר לשירותי דת אך לא הוכרעה לגופה.
38 במשפט הישראלי, אין זה דבר שכיח ששופט נותן דרור לרגשותיו בפסק הדין, ומביע את "צערו הרב". בוודאי לא כהערת אגב נפרדת, שאינה מוסיפה דבר על פסק הדין המהותי.

39 הרב אברהם דב אויערבוך, השייך לאחת המשפחות המיוחסות בציבור הרבני, והרב דוד פריץ רב העיר הספרדי. יש להעיר, כי בהיות טבריה אחת מ"ארבע ערי הקודש", ובעלת מורשת חשובה ביותר בתולדות ישראל (ראו הר"מ קלירס, טבור הארץ, טבריה תקצ"ג), לכהונה בה נודעה משמעות שחורגת הרבה מעבר לסתם "עוד" רבנות עיר, ואינה תלויה במספר בני כל אחת מן העדות המצויה בה בפועל. מסיבה זו, כיהנו בה משך שנים רבות שני רבני עיר, עוד למן התקופה העות'מנית, והרבה לפני שהכהונה הכפולה קנתה לה שביטה בערים אחרות בארץ ישראל.

40 בג"ץ 5336/91 יעקב חמרני נ' השר לענייני דתות (לא פורסם, 28.4.1998).

עילה המצדיקה את התערבות בג"צ בהליך, אולם עצם ההתדיינות בבית המשפט העליון של מדינת ישראל, למעלה מארבעים שנה לאחר הקמתה, על תת־ת־זרמים בעדה התימנית, ביו הזרם ה'שאמי' וה'בלדי' משקפת את העובדה שהשמועות על מותה של הזהות העדתית, היו מוקדמות ומוגזמות מדי.

לצד חצי הביקורת, הגלויה והסמויה, שמשלח בית המשפט בנורמות שנקבעות על פי זהותו העדתית של אדם, נשתמר בפסיקה גם ביטוי לחוסר האונים של הרשות השופטת והתבטלותה בפני המחוקק בעניין זה. בעניין חיימובסקי,⁴¹ תקף העותר ישירות את מוסד כהונתם הכפולה של רבני המועצה המקומית אבן יהודה, שמבוססת על בסיס עדתי, וטען כי התקנה שקובעת אותה,⁴² אינה סבירה ודינה ליבטל. בכך, ביקש העותר למנוע את פתיחתם של הליכים לבחירת רב עיר ספרדי ביישוב, שזה כבר כיהן בו רב ספרדי.

מבחינה פורמלית, ניתן היה לפתוח בהליכים, שכן מספר תושביה היהודיים של המועצה המקומית אבן יהודה עלה במעט על 6,000,⁴³ אך היה ברור לכל כי אין צורך אמתי ביישוב כה קטן לכהונתם המקבילה של שני "רבני עיר", אשכנזי וספרדי. רק לשם שיבור האוזן, בירושלים יש שכונות – דוגמת רמות או גילה, שמספר התושבים בכל אחת מהן הוא כ־50,000 תושבים, אך מכהן בהן רב שכונה אחד בלבד.

למרות האבסורד שבכהונת שני רבנים ביישוב כה קטן, דחה בג"צ את העתירה בנימוקים פורמליסטיים למהדרין. שלא כדרכו בעשרות פסקי דין שיצאו מתחת ידו בשני העשורים האחרונים, את פסק דינו ביסס הנשיא ברק על ההיבט הפורמלי, של הוראות החוק כפשוטן, ולא על בסיס ערכי־מהותי, שהיה עשוי לקדש את העדתיות וראייתה כערך רב חשיבות כשלעצמו.

בית המשפט קבע כי אמנם בחוק המסמך, חוק שירותי הדת היהודיים, אין הוראה מפורשת שלפיה מוסמך השר לקבוע בחירת רב ספרדי ואשכנזי, אך עם זאת יש לו סמכות כללית להתקין תקנות וסמכות זו כוללת בחובה את האפשרות לקבוע בחירת רב ספרדי ואשכנזי. השופט ברק הוסיף כי חוק שירותי הדת לא נחקק בחלל ריק אלא על רקע מציאות המכירה ב"רבנות כפולה" גם ברשויות המקומיות ולא רק ברבנות הראשית, שם הכהונה הכפולה ניזונה מהוראותיה של חקיקה ראשית ומפורשת.

אילו רצה, היה יכול בית המשפט לפרש את החוק בצורה "תכליתית" (המבקשת לאתר את "תכלית החקיקה") ועם מעט יצירתיות לקבוע כי שתיקת המחוקק הראשי בנושא הכהונה הכפולה, ועיגונה רק בחקיקת משנה, מלמדת שהכנסת ביקשה להותיר סוגיה זו ב"צריך עיון", לפי נסיבות החיים המשתנות, וכי במפנה המאה העשרים ואחת אין עוד מקום לכהונה כפולה ביישוב כה קטן כמו אבן יהודה. אך בית המשפט נמנע מעשות כן, בין אם משום שלא רצה להסיג את גבולה של הרשות המחוקקת והמבצעת, בין אם משום

41 בג"ץ חיימובסקי, לעיל ה"ש 37.

42 תקנה 2 לתקנות שירותי הדת היהודיים (בחירות רבני עיר), התשס"ז-2007.

43 גם כתריסר שנים לאחר מכן, בשנת 2005, לא גדל היישוב באופן משמעותי ומנה כ־9,400 תושבים.

הרצון להימנע מהרגות יתר של המערכת הפוליטית, הציבור או בעלי האינטרסים בקיומה של הכהונה הכפולה, ובין אם מסיבות אחרות.⁴⁴

יהא אשר יהא, מעבר לאי קבלת העתירה, שעשויה להיות מובנת מנקודת מבט משפטית גרידא, בולטת שתיקתו הרועמת של בית המשפט באשר לעניין המהותי. שלא כמעשה השופט עציוני כשמונה עשרה שנה קודם לכן, השופט ברק נזהר מלהביע, ולו ברמז, ביקורת כלשהי על עצם קיומה של העדתיות כמרכיב במשטרה של מדינת ישראל כעבור 45 שנה מעת הקמתה.

על אף שאין לומדים מן השתיקה, *ab silentio*, יש בה כדי לשקף את השלמתה של מערכת המשפט עם קיומה של העדתיות כביכול כ"הכרח בל יגונה" ומחויב המציאות הישראלית.

גם הניסיון לבטל את הרבנות ה"כפולה" באמצעות חקיקה ראשית לא צלח במלואו. עוד בשנת 1995 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית שנועדה לתקן את סעיף 15 לחוק שירותי הדת היהודיים, ולקבוע כי לכל רשות מקומית לא יהיה אלא רב עיר אחד. הצעת החוק לא עברה את הקריאה הטרוםית ונדונה לכישלון מתחילתה. רק לימים, אומצה ההצעה בחלקה, וניתנה רשות בחירה מסוימת לרשות המקומית להסתפק ברב אחד, ללא צורך בשניים שייבחרו על פי מוצאם העדתי.

גם בתקופות מאוחרות יותר, עלה נושא זה על הפרק, הן בהקשר לעצם הכהונה הכפולה של שני רבנים ראשיים, והן לעניין שיקוף חלוקה זו באסיפה הבוחרת. מכל מקום, מלבד ההגדרה הקצרצרה בהצעת החוק משנת 1970, שאף בה רב הסתום על המפורש, המחוקק הישראלי, כמו גם בתי המשפט, לא נזקקו לדיון מעמיק בשאלת הזהות העדתית בישראל. לא כן באשר לזהות הדתית, כפי שנראה להלן.

נקל לשער, שהחלוקה העדתית בחוק הרבנות הראשית אינה יוצרת את הזהות הנבדלת, אלא רק "מצהירה" עליה ומשקפת אותה. ברם, שימורה בחוק לאורך עשרות שנים של קיבוץ גלויות ומיזוגן זו בזו, שנים שבהן שונו פניה החברתיות של מדינת ישראל ללא היכר, מעניקה לגיטימציה לזהות הנבדלת ומשמרת אותה.

יש להדגיש כי ההצדקה ההלכתית-כביכול שניתנה לה, מפוקפקת ביותר. מנקודת מבט הלכתית, אין כל מניעה שרב "ספרדי" יהא בקי במנהגים הנהוגים אצל האשכנזים ויפסוק להם הלכה, ולהפך. והא ראייה: בערים רבות שבהן, מכורה הנסיבות, ולא תמיד מרצון, מכהן רק רב אחד (כמו בתל אביב, רמת גן, נתניה, באר שבע, או ירושלים ופתח תקווה במשך שנים רבות), מתנהלים חיי הדת כסדרם, ואיש אינו פוצה פה ומצפצף. החלוקה העדתית שבחקיקה הראשית אינה אפוא תוצאה של מעשה הלכתי, אלא פריו של מהלך פוליטי שנוח לגורמים שונים לשמרו כמות שהוא.

יש לזכור, שכמעשה הביצה והתרנגולת, שימורה של העדתיות בחוק אינו רק משקף אותה אלא גם מְזִין אותה. לרבנים ה"עדתיים" – בין ספרדים ובין אשכנזים – כמו גם

44 אִי־פְרִיורי היה ניתן להצדיק את ההתחשבות בעדתיות כאחד ממרכיביה של חברה רב תרבותית, הנותנת מקום גם ל'אחר', ומותירה לו מרחב ומקום גם ברשות הרבים הציבורית. אכן, בפסק הדין אין זכר לכך שנימוק זה הוא שעמד מאחורי שתיקתו של בית המשפט והימנעותו מלבקר, ולו בדברים בעלמא, את המציאות הדוראשית שנבנתה על מצע עדתי עשיר.

לתומכיהם, יש אינטרס ממשי, אישי וישיר, בהותרת הכהונה הכפולה על כנה. זו מותרת בידם משרות נוספות ו"כיבודים" מסוג שריון מקומות מראש בגופים הבוחרים את הרבנים הראשיים ורבני הרשויות המקומיות.

לצד הפן המעשי, ניתן היה כמובן לדון גם ברצייתו של החלוקה העדתית מלכתחילה, ולא רק כמצב נתון או "דיעבד", ולתת לה כמה צידוקים: דתיים-הלכתיים, היסטוריים⁴⁵ וחברתיים. אכן, נושא זה חורג מתחום דיונונו הנוכחי.

"מיהו חרדי?"

בשונה מהחלוקה העדתית, שהוטמעה בחקיקה הראשית, המונח "חרדי" אינו מופיע בחקיקה הראשית. לכאורה, מדובר בהגדרה שהקשריה פוליטיים⁴⁶ או סוציולוגיים⁴⁷ שלא צריכה להיות לה כל השפעה בעולם המשפט. אך לא כך הדבר. במציאות המורכבת, המסובכת והמסוכסכת של המשפט הישראלי, הוענקו בו זכיות לקבוצות חברתיות שונות, שאינן מוגדרות דווקא על ידי ההגדרות המקובלות של דת, גזע ומין, אלא על פי הגדרות הרבה יותר עמומות כגון "יוצאי אתיופיה" או "חרדים". אך בעוד שהמונח הראשון לפחות מוגדר על ידי ארץ מוצא, נתון אובייקטיבי, המונח השני עמום לחלוטין ומתעלם מהגיוון הרב בקרב החרדים.

למרות זאת, עשויה להיות למונח השלכה רבת חשיבות בכל הנוגע לתחום החינוך והתקצוב. בתחום החינוך, הוקמו ברשויות מקומיות שונות אגפים נפרדים – ולצדם תקציבים ייעודיים המיועדים ל"חינוך חרדי". כיוצא בדבר, בנושא התמיכות מקופת המדינה, נכללו בספר התקציב סעיפים המיועדים ל"פעולות תרבות לחרדים".

מי רשאי ליהנות מתקציבים אלה? האם כל אדם שיציג את עצמו כ"חרדי", יזכה ליהנות מנתח של עוגה תקציבית זו? שאלה זו עמדה במוקד פסק דינו של השופט ברק בבג"צ "מעלה"⁴⁸. העותרת, עמותה להנחלת משנת הציונות הדתית, ביקשה ליטול חלק

45 ראו, למשל: ישעיהו צ'ארלס ליבמן "לקראת חקר הדת העממית בישראל" מגמות 23.2, 101, 103-101 (1976); קימי קפלן בסוד השיח החרדי 29 (2007); עוז אלמוג הצבר (2004).

46 במדע המדינה שכיחה החלוקה למפלגות דתיות או "ציוניות דתיות" ומפלגות "חרדיות". אין צריך לומר, שהחלוקה של מדע המדינה אינה תמיד תואמת את החלוקה המגורית בתחום הסוציולוגיה ולהפך. הדבר בולט באותם מקרי גבול, שנמצאים ב"שטח האפור", דוגמת שילובם של "חרדים" במפלגות שאינן דתיות (כך, למשל, מעברו של ח"כ דוד טל מש"ס ל"עם אחד" ולימים ל"קרדימה". האם כמעבר זה הוא הפסיק להיות 'חרדי', או שמא מעולם לא היה כזה, למרות שילובו ברשימה חרדית דוגמת ש"ס?).

47 על הניסיון להגדיר מיהו "חרדי" מבחינה סוציולוגית, ראו מנחם פרידמן החברה החרדית: מקורות, מגמות ותהליכים (1991); ורשימת הספרות הארוכה שמופיעה בביבליוגרפיה העשירה שבסוף חיבורו של קפלן (לעיל ה"ש 45). ראו גם נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה.

48 בג"ץ 4346/92 מעלה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מו(5) 590 (1992), וראו לאחרונה ממש: בג"ץ 31/1585 אביגיל קושלבסקי ואח' נ' המועצה להשכלה גבוהה ואח', 1.10.13, לעניין שילוב "חרדית-לאומית (חרד"ל) במסגרת להשכלה גבוהה המיועדת לחרדים.

בתקציב זה, מתוך טענה שגם נמעניה הם לא פחות "חרדים" מקבוצות אחרות המתעטרות ומתהדרות בשם זה. העותרת טענה כי "חרדי" הוא כל אדם החרד לדבר ה' והעותרת וחבריה אף הם בגדר זה".

בתגובתו לעתירה, השאיר היועץ המשפטי לממשלה את ההכרעה בעניין פרשנות המונח לוועדת התמיכות המנהלית, והוסיף: "בדונה ובהחליטה בבקשות לתמיכה, תידרש הוועדה להחליט אם מוסד הציבור מבקש התמיכה ממלא אחר הגדרות החוק ואחר המבחנים שנקבעו, וכן תחליט, לענין סעיף התקציב 'פעולות תרבות לחרדים' ... בדבר עצם זכאותו של מוסד ציבור פלוני לתמיכה, כמוסד 'חרדי'. גם לענין זה תישקל כל בקשה ובקשה על פי נסיבותיה. בשאלת היותו של מוסד ציבורי פלוני 'חרדי', אם לאו – בהקשר לאותם סעיפי תקציב שבהם השאלה אכן רלבנטית – מן הראוי שוועדת התמיכות תידרש למשמעותו של הביטוי כפי שהוא רווח בלשון בני אדם ובקרב הציבור, ולפי מיטב ידיעתה וניסיונה בין היתר גם בכגון אלה בעבר. אין ניתן לקבוע מסמרות לגבי הגדרת המושג 'חרדי'".

העברת הכרור לוועדת התמיכות לא ייתרה כמובן את הצורך ביציקת תוכן למונח. והנה, השופט ברק דחה את העתירה בהחלטה קצרצרה, שעיקרה כולל שתי פסקאות בלבד:

אמת, הדיבור "חרדים" הוא ביטוי עמום. כמובנו הלשוני הוא משתרע על מתחם רחב של עניינים, והוא כולל גם אדם החרד חרדה כלשהי. ברור שמשמעותו המשפטית של הדיבור "חרדים" בהקשר שלפנינו צר בהרבה ממשמעותו הלשונית.⁴⁹

אכן, פרשנות אינה בלשנות. הדיבור "חרדים" בהקשר שלפנינו משמעותו אותו מובן לשוני המגשים את תכליתו של חוק התקציב. משמעות זו מתמקדת ביהדות הדתית בישראל. במסגרתה של זו, מכון ביטוי זה לזרם מסוים ביהדות הדתית.⁵⁰

כדרכו, נטה השופט ברק אחר הפרשנות ה"תכליתית" ובאמצעותה ליתן משמעות למונח. ברם, בהליכתו בדרך זו עשה בית המשפט קפיצת מדרגה, והגדיר את החרדים כ"זרם מסוים ביהדות הדתית", מונח עמום כשלעצמו. בעצם, יש כאן המרה של ביטוי עמום אחד ("חרדים") בביטוי עמום אחר ("זרם").

אך מי מגדיר מהו "זרם"? האמנם החרדים הם "זרם" ביהדות, כמו הרפורמים והאורתודוקסים המכונים תדיר ככינוי זה, או שמא מדובר במשהו שונה לחלוטין? השוואה מהותית בין ה"זרמים" הרפורמי והקונסרבטיבי ל"חרדים", תגלה מה רב המרחק ביניהם. בעוד שני הראשונים מתאפיינים במסד מוגדר, שיש לו תקנון וכללים, ומערכת הירארכית מסודרת, החברה החרדית אינה קבוצה הומוגנית, אלא מתפצלת לתת-קבוצות שנבדלות זו מזו במטרותיהן, אורח חייהן, לבושן, וכיו"ב.

גם המשך פסק הדין אינו מפזר את הערפל. וכך כותב בית המשפט בהמשך⁵¹:

49 למרות הניסוח החד, לא ברור כלל מניין שואב השופט ברק את המשמעות ה"לשונית" של המונח "חרדים". מדובר במונח חדש יחסית בלשון העברית, ומחברי המילונים השונים מטמיעים בו את עמדתם-שלהם, הסובייקטיבית בעליל, שם.

50 שם, בעמ' 591. ההדגשות כאן ובכל מקום אחר הן שלי, אלא אם כן נאמר אחרת -א.ה.

51 שם.

אכן, סעיף אחר בתקציבו של משרד החינוך והתרבות, המצוי אף הוא בפרק הדין בפעולות תרבות, עניינו תמיכה במוסדות ציבור שעניינם פעילות בתרבות "תורנית", ולא הרי תרבות תורנית כהרי תרבות לחרדים.

"חרדים" לעניין מוסדות ציבור שעניינם פעולת תרבות ל"חרדים" – מיהם?

שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. בעבר התלבטנו בשאלה "יהודי" מהו ו"ספרדי" מיהו. עתה עלינו לבחון מיהם "חרדים". כפי שראינו, משמעותו של הדיבור "חרדים" צריכה להיקבע על-פי התכלית שעמדה ביסוד ההוראות שבחוק התקציב. על תכלית זו נוכל ללמוד, בין השאר, מלשונה של ההוראה, מההיסטוריה שלה וממבנה החקיקה.

הדיבור "חרדים" בלשון בני אדם מצביע על זרם דתי יהודי מיוחד אשר המשותף להם הוא בהקפדה דתית במיוחד בכל הנוגע לחינוך, לאופי חיי הקהילה ואורחות החיים.

בלשון העם יהודי "חרדי" ויהודי "שומר מצוות" אינם היינו-הך. ההיסטוריה החקיקתית תומכת אף היא במסקנה זו. נמסר לנו כי בקביעת היקף התמיכה בסעיף התקציב שעניינו "פעולות תרבות לחרדים" (בסכום של 19,737,000 ש"ח) נלקח בחשבון סכום התמיכה בשנה הקודמת לארבעה מוסדות ציבור (תורה ויהדות לעם, אל המעיין, תודעה וערכים). כל אלה נתפסים באותה הגדרה צרה לדיבור חרדים העולה מלשונו הטבעית והרגילה. גם מבנה החקיקה – וההבחנה המצויה בו בין "תרבות לחרדים" לבין "תרבות תורנית" – תומכת במסקנה זו.

נמצא, כי "חרדים" לעניין תמיכה במוסדות ציבוריים המבצעים פעולות תרבות ל"חרדים" הינם יהודים שומרי מצוות, אשר ייחודם בהקפדה הדתית שהם נוהגים בדרכי חינוך, אופי קהילה ואורחות חיים המבחינים בינם לבין שאר היהודים שומרי המצוות. אין לנו צורך להבהיר נוספות מושג זה, שכן העותרים אינם טוענים כי הם ממלאים דרישות מיוחדות אלה.

בית המשפט נשאר אפוא במישור המשפטי הצר של המונח "חרדים". באופן מובהק, ובשונה מהיריעה הרחבה שפרש בית המשפט, בהזדמנויות שונות, בסוגיית "מיהו יהודי", על פני עשרות ומאות עמודים,⁵² נוקט השופט ברק כאן בגישה מינימליסטית. במידה מסוימת, העותרים הקלו את מלאכתו שכן העמדה שהציגו ותיאורם את עצמם לא הקשו על בית המשפט לראותם כמי שאינם שייכים למסגרת החרדית. כך, באשר למישור ה"טכני", המעשי, של דחיית העתירה.

52 ראו למשל את פסקי הדין הבאים: בג"ץ 72/62 רופאיזון נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 (1962); בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970); בג"ץ 230/86 מילר נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 436 (1986); בג"ץ 265/87 ברספורד נ' שר הפנים, פ"ד מג(4) 793 (1989). וראו עוד: א' ח' שאקי מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל (1977); אשר מעוז "מיהו יהודי – רוב מהומה על לא מהומה" הפרקליט לא 271 (1976); Asher Maoz, *Who is a Jew?*, Vol. XXXV No. 5 MIDSTREAM 11 (1989); Asher Maoz, *Who is a Convert?* 15 JUSTICE 11 (1997).

אך במישור המהותי, הענייני, של נושא העתירה, הדרך שבה הלך בית המשפט בהגדרת הזהות החרדית אינה נטולת קשיים.

שלא כדרכו, ואולי במופגן, ומתוך כוונה תחילה, נמנע השופט ברק מלהתייחס להגדרות היסטוריות או סוציולוגיות של הזהות החרדית, ושלא כדרכו, נמנע השופט ברק מלהביא ולו מקור חיצוני אחד – מדעי או אחר – שיהא בו כדי לבסס את הגדרתו־שלו לזהות החרדית.⁵³

תחת זאת מתבסס בית המשפט על "לשון בני אדם", שלמרות שכיחות אזכורה בתורת הפרשנות, למן ימי קדם ועד ימינו,⁵⁴ מבטאת משהו עמום, לא מוגדר,⁵⁵ שמאפשר לשופט ללוש את עיסת התוצאה הרצויה בעיניו, כחומר ביד היוצר.

בפסק דין זה, בחר בית המשפט להגדיר את ה"חרדיות" על בסיס "הקפדה דתית במיוחד" בכל הנוגע לשלושה פרמטרים מרכזיים: 1. חינוך; 2. אופי חיי הקהילה; 3. אורחות החיים. ניתוח ביקורתי של הגדרה זו מלמד עד כמה היא בעייתית. וזאת משלל טעמים:

לא ברור מהי "הקפדה", וכיצד מודדים אותה. האם מאפיינים צורניים, כגון אורך הציצית, אורך הזקן או אורך השרוול הוא המרד להקפדה? או שמא מאפיינים מהותיים, הם־הם המרד הנכון להקפדה;

לא ברור מהי בדיוק "הקפדה דתית". אם הכוונה היא להקפדה שנובעת מחוקי הדת, מההלכה היהודית, הרי שאלפי יהודים, שאינם מגדירים עצמם חרדים, רואים עצמם כפופים ל"שולחן ערוך" לא פחות מהחרדים.

לא ברור מדוע בחר השופט ברק דווקא את שלושת הפרמטרים של חינוך, חיי הקהילה ואורחות החיים כמרכיבי החרדיות ולא פרמטרים אחרים, ומניין נטל אותם? האם עשה זאת על סמך "ידע אישי",⁵⁶ או מכוח מקור בר סמכא כלשהו?

יתר על כן: כל אחד מפרמטרים אלה כשלעצמו טעון בירור. למה בדיוק מתכוון בית המשפט בדברו על "הקפדה דתית בנוגע לחינוך"? האם הכוונה היא להשתייכות מוסדית

53 ראוי להשוות דיון זה בדבר הזהות החרדית לדיונים המעמיקים של בית המשפט בפרשיות השונות של סוגיית "מיהו יהודי", על גלגוליה השונים, שבה עשה בית המשפט שימוש בעשרות מקורות חוץ משפטיים על מנת לנסות ולפתור את חידת הזהות היהודית.

54 על הפרשנות לפי "לשון בני אדם" במקורות העתיקים של המשפט העברי, ראו א' הכהן, פרשנות תקנות הקהל במשפט העברי, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשס"ג, עמ' 89-98; על פרשנות לפי "לשון בני אדם" במשפט הישראלי, ראו, למשל, ע"א 753/68 פרנסיס נ' רוזנברג, פ"ד כג(2) 187 (1969); ע"א 781/86 בתיה עוזיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 210 (1989).

55 והשאלות מתבקשות מאליהן: מיהם אותם "בני אדם" שעל לשונם מסתמך בית המשפט? (ראו הכהן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 92-98); ובענייננו: מניין לשופט שמשמעות המונח "חרדי" בלשונם, כך היא ולא אחרת? אין זאת אלא שבדומה ל"אדם הסביר", גם "לשון בני אדם" אלא יצור חי, הניתן לזיהוי ואיתור במציאות הריאלית, אלא יצור וירטואלי, שנוצר על ידי בית המשפט ותוכנו מעוצב על ידו.

56 וראו דבריו של מנחם מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 15 (1998): "כאשר שופטים משתמשים בפסקי הדין שלהם בידע המהווה חלק מהשכל הישר שלהם, הם כותבים סיפורים על אודות הדרך בה בני האדם פועלים בעולם".

פורמלית, למוסדות המזוהים על מערכת החינוך החרדית כגון "החינוך העצמאי"? מבחן זה בעייתי כשלעצמו, שכן השופט ברק טוען לאבחנה קיימת ב"לשון בני אדם", בין "תורני" ל"חרדי", אך דווקא מסגרות מובהקות שמזוהות עם הציבור החרדי, כגון רשת "מעייני החינוך התורני" של ש"ס, נחשבות בעיני רבים – ובוודאי בעיני אנשי הרשת עצמה – כבשר מבשרו של ה"חינוך החרדי"? יתר על כן: בחלק ממה שהשופט ברק מכנה "החינוך החרדי", מתחנכים אלפי ילדים נטולי כל סממן חרדי, כגון עולים ממדינות חבר העמים (בעיקר ברשת "שובו" המזוהה עם מפלגת "דגל התורה" הליטאית) ובני עדות המזרח. האמנם, לדעת השופט ברק, די בהשתייכותם למסד ה'חרדי' כדי להעניק להם זכות להשתמש בתקציב המיועד ל"חרדים"?

גם שני הפרמטרים האחרים שבהם נוקט בית המשפט, "אופי חיי הקהילה" ו"אורחות החיים", הם מונחים עמומים, שמגלים טפח ומכסים טפחיים, ואין בהם לתת הגדרה ממשית ליחודם של בני הקבוצה שאותה רוצה בית המשפט להבחין ולהבדיל מסתם "דתיים".

חולשת ההגדרה והסימנים שנתן בית המשפט ב'חרדים' בולטת על רקע המציאות הנגלית לעין. לנוכח הגיוון העצום שקיים בחברה החרדית, למן אנשים המזוהים כ'חרדים לייט', המעורים בכל לבכם, נפשם ומאדם בחברה ובתרבות הישראלית העכשווית, ועד 'חרדים פורטה' המסתגרים בדל"ת אמותיהם, קשה לראות בשלושת הפרמטרים העמומים מגדיר אמתי שעל פיו ניתן יהיה לייצר "זהות חרדית נוסח בג"צ". לפי "מבחן הזהות החרדית" של בית המשפט, "כל החרדים נראים אותו דבר", לפחות למראית עין, ולא ניתנה הדעת להבדלים המהותיים ולריבוי הגוונים והצבעים שמרכיבים את הפסיפס החרדי.

ולצד שני: חלק ניכר מהקצה ה"ימני" של הציבור הדתי-לאומי, המכונה בשנים האחרונות ה"חרד"לים – חרדים-לאומיים, התקרב עד מאד לחברה ה'חרדית' המסורתית, עד כדי חוסר יכולת להציב גבולות ברורים ביניהם. חלק מציבור זה מקיים את הסממנים שמנה השופט ברק ב'חרדים' לא פחות מאותם 'חרדים' שכלל הנראה אליהם כווננו דברי בית המשפט: פניהם עטויים בזקן עבות, פאותיהם מסתלסלות ויורדות עד מותניים, לבושם – ולפעמים אפילו כיפתם – דומים עד כדי זהות לעמיתיהם ה'חרדים', ואף "אורחות חייהם", לרבות דיני הצניעות הנהוגים בינותם, מקבילים (אם לא עולים בחומרתם) על אלה הנהוגים בחברה החרדית.

כבואו להגדיר את הזהות ה'חרדית', עשה אפוא בית המשפט את מלאכתו קלה. הוא נמנע, יש להניח במודע, מלהיכנס לבקעה הממוקשת של ה'חרדיות', ובמקום לנסות ולהגדיר את זהותה באופן מעמיק ומבוסס, בחר להותירה תלויה על בליימה, מתנפנת על חוט לא נראה של עמימות וחוסר ודאות.

קריאה ביקורתית ומוקפדת של פסק הדין הקצרצר עשויה להביא את הקורא להסכמה, אולי, עם תוצאתו, אך הוא יצא הימנה מתוסכל, כשרק חצי ואולי פחות מכך, תאוותו בידו, לנוכח אי התמודדותו האמתית של בית המשפט עם השאלה הנוקבת שהעלו העותרים: "מיהו חרדי", מהי "זהות חרדית", ועל פי אלו פרמטרים, אם בכלל, ניתן לקבוע את גבולותיה, תוכנה ומהותה.

לצד הניתוח המשפטי-תוכני-מהותי, ניתן ללמוד על "זהותו" של האדם החרדי בעיני בית המשפט, באמצעות תיאורו. בשנים האחרונות, התפרסמו כמה מחקרים חשובים, שנותנים משקל רב לנאראטיב – לסיפור שמספר פסק הדין, ולנקודת התצפית שממנה

משקיף בית המשפט.⁵⁷ ניתוח מעין זה עשוי לגלות קווים מעניינים ביחס לזהותו של "החרדי המצוי" בעיני בית המשפט. אין צריך לומר, שבעניין זה קיימים שינויים בין שופט לשופט, אך הקווים המאפיינים הכלליים עשויים להצביע על קווי המתאר של הזהות החרדית, לפחות כפי שהיא נתפשת בעיני "בית המשפט".

נקודה חשובה בעניין זה, שעשויה לשקף את מקומם של החרדים בחברה הישראלית בכלל, היא היעלמות-היאלמות כמעט מוחלטת של ה"חרדים" והצגתם כמגזר נפרד בתיאור העובדות.⁵⁸ בפסיקת בתי המשפט עד סוף שנות ה-70. רק מפרק זמן זה ואילך, עם עליית כוחם של החרדים במישור הפוליטי, שגררה אחריה התחזקות ניכרת שלהם בתחומי חיים שונים, החל גם בית המשפט להתייחס אליהם כאל מגזר נפרד ונבדל.⁵⁹

סוגיית תיאורו של ה"חרדי", כפי שהוא עולה מתוך פסיקת בתי המשפט, חורגת מנושא דיוננו, ולא נאריך בה.⁶⁰ לעת הזו, נציין רק כי בדרך כלל התמונה שעולה מתוך פסקי הדין היא של הגדרת ותיוג אדם כ"חרדי" בעיקר לפי לבושו החיצוני,⁶¹ לפי השתייכותו הפורמלית לממסד "חרדי" כלשהו (דוגמת ישיבה 'חרדית'), לפי מעשיו – מעשי קנאות דרך כלל;⁶² לפי מקום מגוריו,⁶³ או לפי הגדרתו העצמית,

57 ראו, למשל: שולמית אלמוג משפט וספרות (2000); שולמית אלמוג "משפט וספרות כמסע" מחקרי משפט יח 5, 5-16 (2002); שולמית אלמוג "עיני המערער חשכו – בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו 295, 295-320 (2000); אריאל בנדור "הטיית משפט, הכרת פנים – מחשבות ביקורתיות על 'משפט כספרות'" מחקרי משפט יח 85, 85-117 (2002) (ראו גם את שאר המאמרים בכרך זה המוקדש ל"משפט וספרות", שרבים מהם עוסקים בנרטיב המשפטי); עירית נגבי סיפורי אונס בבית המשפט (2009); והספרות הרחבה, מהארץ ומחו"ל שמוכאת שם.

58 להבדיל מסוגיות מהותיות שבהן נדרשו הגדרה ושיוך עדתי, ושבמקצתן דנו לעיל.
59 ראו בג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה נ' שר החינוך, פ"ד לה(4) 533 (1981) ("אברכים חרדים"); ע"א 577/83 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461 (1984); בג"ץ 606/87 סעדיה מרציאנו נ' ניצב קומפורט, פ"ד מא(4) 449 (1987) ("חוגים חרדים קיצוניים"), ועוד.
60 מחקר מקיף בנושא זה מצוי בשלבי הכנה.

61 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי רחובות) 1787/98 מדינת ישראל נ' חנניה, (לא פורסם, 23.6.2008). נקודת מבט מרתקת היא השימוש בכינוי "חרדים" במשפטי לשון הרע. ראו, למשל, ת"ק (קרית גת) 1454/07 דהרי נ' מלול (לא פורסם, 10.6.2008).

62 ראו, למשל, ע"פ (מחוזי ת"א) 1614/88 הלפרין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.6.1991) (שריפת פיתות בפסח); בש"פ 555/92 שטריגר נתן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.2.1992) (הצתת תחנות אוטובוס); בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994) (התנכלות וגילויי אלימות כלפי קבוצת תפילה של נשים).

63 ראו בג"ץ 531/77 מרדכי ברוך נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לב(2) 160 (1978). מעניין להשוות פסק דין זה עם פסק דין קודם ומנחה שעסק באותה סוגיה, אך בו נמנע בית המשפט מתיוג המתפללים כחרדים והסתפק בהגדרה הניטראלית של "מתפללים". ראו בג"ץ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד תז(4) 2665 (1962). ראו גם בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 414 (1997); מעניין לציין שבפסקי דין אלה שעניינם סגירת רחובות בשבת העדיף בית המשפט לתייג את המצודים בסגירת הרחוב כ"חרדים" ולא כסתם "שומרי שבת" או "שומרי מצוות". הגדרות אחרות שנתן בית המשפט

הסובייקטיבית.⁶⁴ רק לעתים נדירות מגדיר בית המשפט את זהותו של האיש שניצב לפניו כ"חרדי" מתוך ניתוח מדוקדק ומהותי של אורח חייו.⁶⁵

משפט, לשון ותקינות פוליטית: ספרדי, מזרחי ו"בן עדות המזרח"

אחת הדרכים המרתקות להתחקות אחר שינויים שעוברים על מערכת משפט הוא מעקב אחר הלשון המשפטית. השימוש במונחים מסוימים, או ההימנעות המכוונת משימוש במונחים אחרים, עשויה ללמד הרבה על התפתחותה של מערכת משפטית, ורגישותה לרוחות הנושבות מן החברה שאותה היא באה לשרת.

כך, למשל, נעשה בשנים האחרונות, בעקבות תורת "התקינות הפוליטית", ניסיון ממושך להימנע מתיוג זהותם של אנשים כאשר הדבר אינו נדרש לצורך ההכרעה השיפוטית. אך גם כאשר נעשה שימוש במינוחים מתייגים, שיש בהם מימד של זהות, יש חשיבות לסוג הכינוי המזהה שבו משתמשים. כך, למשל, המירו בארצות הברית לפני שנים רבות את כינויי הגנאי לשחורים. תופעה דומה חלה גם במדינת ישראל. הנחיות נורמטיביות שונות, החלות בעיקר על אמצעי התקשורת הממלכתיים והציבוריים, מחייבות הימנעות מתיוג עדתי או קבוצתי שלא לצורך.

כאשר בכל זאת משתמשים בתיוג מעין זה, נוקטים בדרך כלל ב"לשון תקינה פוליטית", לשון רכה, המשתדלת לצמצם את הפגיעה במידת האפשר. כך, למשל, עשה בית המשפט העליון שימוש חופשי במונח "פלשים" לתיאור קבוצה של יהודי אתיופיה שהמירה את דתה לנצרות אך נותרה בקשר עם היהודים⁶⁶, או "אתיופים" סתם.

מני אז, נשתקע כינוי זה והומר ל"ישראלי ממוצא אתיופי"⁶⁷, "עולים יהודי אתיופיה". במקרה אחר, הדגיש בית המשפט כי נושאי העתירה הם "מי שמכונים באתיופיה בכינוי פלשמורה", אך בית המשפט מדבר אליהם בלשון אוהדת ביותר.⁶⁸ מכאן לא הייתה ארוכה דרכו של המחוקק, בסעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, שנזכר לעיל, שהגדיר את הזכאים להעדפה מתקנת בהגדרה מכבדת ולא מתייגת: "מי שהוא או שאחד מהוריו נולד באתיופיה".

כמדד ל"דתיותו" של אדם הן "אדוקים" או "שומרי מצוות". ראו, למשל: בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5)507 (1993).

64 ראו, למשל: תפ"ח (ת"א) 1053/05 מדינת ישראל נ' כהן (לא פורסם, 21.5.2008).

65 כאשר מדובר בתיקים פליליים, קשה מאד לדבר על אדם "חרדי", שכן עצם מעשהו – ויהא זה רצח, אונס, שוחד, אימים או כל עבירה אחרת, מטילה צל כבד על "חרדיותו".

66 בג"ץ 359/66 בנימין גיתיה נ' הרבנות הראשית, פ"ד כב(1)290 (1968).

67 ראו למשל ת"פ (קרית גת) 922/95 מד"י נ' דוויט (לא פורסם, 20.10.1996) (שבו תייג בית המשפט את המתלוננת, אגב תיאור גביית עדותה, על אף שבתחילה נמנע מכך); ב"ש (ירושלים) 1558/97 מד"י נ' קסטל (לא פורסם, 29.1.1998); ב"ש (ת"א) 1370/08 פאסיל נ' משטרת התנועה (לא פורסם, 5.5.2008).

68 בג"ץ 3317/93 מלדה איינו נ' מנהל מינהל האוכלוסין (לא פורסם, 10.8.1995), מפי הנשיא שמגר: הכוונה לבני מוצא יהודי אתני שהתנצרו בשל נסיבות הזמן, המקום והסביבה, אך שמרו עם זאת על ייחודם, בין השאר בשל הבחנות והסתייגות של סביבתם הבלתי יהודית. עתה הם מתאווים לשוב ליהדותם ולעלות לישראל".

תהליך דומה אירע בעניין החלוקה העדתית בין "אשכנזים" ו"ספרדים". בראשית ימי המדינה, היו כינויים אלו רווחים ביותר, ואף חלחלו היטב לתוך פסיקת בתי המשפט. בחלוף השנים, נצטייר להם גוון שלילי,⁶⁹ ובמקום הכינוי הרווח "ספרדי", החלו לדבר על "בן עדות המזרח",⁷⁰ ובכינוי "תקין" אף יותר: "מזרחי".

ההלכה והמשפט העברי כמכונני זהות עדתית

ככל שיטת משפט, גם ההלכה והמשפט העברי⁷¹ נזקקים לרוב להגדרות "זהות". כך, במיוחד, בסוגיה הסבוכה של "יוחסין" והגדרת אדם כ"יהודי", בין יהודי מלידה ובין מי שהתגייר, אך כך גם כאשר להגדרת זהותו המינית של אדם,⁷² הלאומית,⁷³ או הגדרת זהותן של תת-קבוצות חברתיות.

הדבר בולט ביחס לשיוך העדתי. בעולמה של הלכה יש השלכה ל"עדתי" של אדם. החלוקה הברורה והבסיסית בין מסורות הלכה "אשכנזיות" ו"ספרדיות",⁷⁴ ולימים גם בין תת-קבוצות בכל אחד משני מגזרים אלה (כגון: ליטאים, חסידיים, תימנים, צפון אפריקאיים, וכיו"ב), יצרה לא אחת צורך בהגדרת זהותו של אדם. הדבר בולט בעיקר במקרים שבהם מדובר במצבי "כלאיים", שבהם אדם הנו ילד לאב ממוצא עדתי-חברתי אחד, ולאם ממוצא עדתי-חברתי אחר, או במקרה של גר שהצטרף לעם היהודי, וזקוק לשיוך ראשוני.

בקרב חכמי ההלכה קיימות גישות שונות בעניין זה, שמשקפות את הפיכת הזהות ככלי ביד היוצר המשפטי, להחיל נורמות על אנשים שהוא חפץ ביקרם. כך, למשל, בכתבי הרב עובדיה יוסף, הכוהן הגדול של דגל ה"ספרדיות" בימינו, ניכרת גישה המעניקה עדיפות ל"ספרדים" בגיבוש זהותו של אדם, לפחות כאשר מדובר בארץ ישראל. גישה זו נסמכת על הגישה שלפיה ארץ ישראל היא "אתריה דמירן" – מקומו של ר' יוסף קארו, בעל ה"בית יוסף" וה"שולחן ערוך", וממילא יושבי הארץ צריכים ללכת אחריו.

69 גוון שלילי חריף הרבה יותר נצמד למונח "פרענק" או "פרענק פארעך". ראו, רוביק רוזנטל מילון הסלנג המקיף 315-316 (2005) ובבית המשפט, ראו למשל, תיק מ"א (ת"א) 553/94 י"ל נ' ד"ל (לא פורסם, 13.12.1994); תמ"ש (כפר סבא) 24983/04 אורי רודריג נ' ד"ר איריס בר-און (לא פורסם, 13.1.2008); ת"פ (ירושלים) 1457/02 מדינת ישראל נ' כהן יהודה (לא פורסם, 30.1.2005). (יושם אל לב שלמרות שעולה מפסק הדין כי מדובר באנשים דתיים, ואולי אפילו חרדים, נמנע בית המשפט במכוון, וברגישות ראויה, מלתייגם ככאלה, מכיוון שהדבר אינו נדרש לגוף ההכרעה השיפוטית).

70 ראו, למשל, תקנות רבני עיר, תשל"א-1971, תק' 7. בדומה לחוק הרבנות הראשית – מדברת התקנה על "אשכנזים" ו"ספרדים", ובהגדרת "ספרדי" שבתקנה 15 מדובר על "יוצא תימן" (ולא "תימני") או "בן עדות המזרח".

71 לצורך דיון זה לא ניכנס להבחנה שביניהם, אם אמנם היא קיימת. מטעמי נוחות, נקטנו להלך במונח "הלכה".

72 ראו ערך "אנדורגינוס" אנציקלופדיה תלמודית ז 79-80 (התשל"ו).

73 כך, למשל לעניין הגדרת "עמוני", "מואבי" ו"עמלק", שיש להן השלכות הלכתיות שונות.

74 ראו בנימין לאו ממרן עד מרן 190 (2005).

השלכותיה של גישה זו ניכרות במיוחד כאשר מדובר בגיבוש זהות ראשוני. כך, למשל, לפי גישה זו כל גר נטול עבר יהודי – וממילא נטול עבר "עדת" – ישתייך, מיד לאחר גיורו, לציבור ה"ספרדי". הוא הדין לנישואי תערובת בין עדתיים: למרות שבהלכה קיים כלל מושרש של "אל תטוש תורת אמך", דהיינו חובה לנהוג דווקא לפי מנהגי האם ולא האב, וכל שכן כששני ההורים הם בני עדה אחת, גורס הרב עובדיה יוסף כי בן לזוג בין-עדתי צריך לנהוג כמנהגי ה"ספרדים".

באשר לבני זוג, קיימות גישות שונות. גישה אחת גורסת כי ההלכה "עיוורת" בעניין העדתי, וכי הכלל הוא שעל אישה לנהוג כמנהגי בעלה, ואין זה משנה מאיזו עדה הוא.⁷⁵ אכן, למרות כלל זה, שנומק בהסברים שונים, הרב עובדיה יוסף נוטה ממנו במידה מסוימת, ומטה את כפות המאזניים גם במקרה זה לכיוון ה"ספרדי".

כך, למשל, נשאל הרב יוסף⁷⁶ מה דינה של "אישה אשכנזייה שנישאת לבעל ספרדי, ובהיותה בבית אביה הייתה נוהגת כמנהג הוריה בכל החומרות שנוהגים, ומהם [=איסור] אכילת אורז וקטניות בפסח שנוהגים בהם איסור, וכעת איותה נפשה לנהוג כמנהג בעלה לבשל אורז וקטניות ולאכלם בפסח, אם אין בזה משום: אל תטוש תורת אמך". בתשובתו, פוסק הרב עובדיה יוסף שנישואיה ל"ספרדי" משנים את זהותה לעניין זה, והיא יכולה להקל בדבר ולאכול אורז וקטניות בפסח, כמנהג ה"ספרדים".⁷⁷ בעמדה זו אין לכאורה חידוש, שהרי, כפי שצוין לעיל, בדרך כלל הנטייה היא להכפיף את מנהג האישה למנהג אישה.⁷⁸

אך אבן הבוחן היא במקרה ההפוך, כאשר "ספרדיה" נישאת ל"אשכנזי". לפי הכלל הנזכר, היה עליה לנהוג כמנהגיו וכל חומרות האשכנזים – כגון בישול אורז או קטניות בפסח – היו צריכות לחול עליה. למרות זאת, פוסק הרב עובדיה יוסף שבמקרה זה רק "אין ראוי שתבשל בבית בעלה אורז לעצמה", אך אין זה איסור גמור. יתר על כן: הוא מוסיף שאין כל מניעה כי תאכל בבית הוריה אורז וקטניות, וכי חלה עליה חובה לאכול רק בשר "גלאט"/"חלק", כמנהג ה"ספרדים", למרות שהדבר מנוגד לנהגי בעלה. דיכוטומיה זו מגלה בבירור כי הרב יוסף אינו עקיב בעמדתו. בפסיקתו יש ביטוי לשימוש בהלכה כדי לשמר זהות "ספרדית" ולחזקה.

75 כנימוק לכך הובא הכלל התלמודי שלפיו "אשתו – כגופו", וכן הרצון למנוע סכסוכים. ראו הרב אברהם וסרמן "אשה בית אישה – מנהגי אשה הנישאת לבעל מעדה אחרת" תחומין טו 301 (1994). ראו גם: הרב רצון ערוסי התנגשות הדינים בפסיקת ההלכה הבינעדית בישראל (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת ת"א – הפקולטה למשפטים, 1986); הרב רצון ערוסי "פוסקי ימינו נוכח רבגוניות עדתית" מחצית האומה 65, 66–105 (שלמה דשן עורך, 1985). ההשלכות המגדריות שנובעות מהכפפת האישה תמיד למנהגי בעלה ראיות לדיון נפרד, שאין כאן מקומו.

76 שו"ת יביע אומר, אורח חיים, חלק ה, סימן לז.

77 יש להדגיש שהפסיקה בנושא זה אינה מונעת, מודרכת ונחלקת בהכרח לפי "עדתו" של המשיב, אלא משיקולים הלכתיים שונים. כך, למשל, בעניין זה גם הרב יצחק יעקב וייס, מגדולי חכמי ההלכה האשכנזיים במאה ה-20, מסכים למסקנתו של הרב יוסף בעניין זה. ראו שו"ת מנחת יצחק, חלק ד, סימנים פג-פד.

78 ראו וסרמן, לעיל ה"ש 75.

סיכום

המעקב אחר גלגולי הזהות בחוק, בפסיקת בתי המשפט ובהלכה היהודית מלמד שמתקיים בו מהלך מקביל. בהרבה מקרים, המשפט אינו יוצר זהות, אלא רק מצהיר ונותן תוקף לזהות קיימת. במקרים אלה, המשפט משקף את המציאות, אך בנותנו ביטוי לזהותו של אדם, מדעת או שלא מדעת, הוא מחזק את מרכיב הזכות, ומטמיע אותו עמוק יותר בחברה ובתרבות שבתוכה הוא פועל. הדבר בולט במיוחד באותם מקרים שבהם תיוג זהותו של אדם אינו נדרש, והשופט מוסיף אותו למעלה מן הצורך.

במקרים אחרים, בית המשפט יוצר זהות, ולו לצורך ההכרעה השיפוטית. בעשותו כן, נותן בית המשפט את דעתו להגדרות היסטוריות וסוציולוגיות, אך לעתים כובש לו דרך משלו ונותן באדם סימני זהות לצורך המשפט בלבד.

מעקב אחרי פסקי דין שונים, מלמד שתיוג הזהות לא נעשה בשיטתיות ועל פי מדדים מקובלים בתחומי דעת אחרים (כגון סוציולוגיה), אלא נוצר תוך כדי העשייה השיפוטית ולמענה.

האם מצב מצוי זה הוא גם ראוי? מצד אחד, בית המשפט נדרש לעתים לפרש חוק, ולשם פרשנות החוק אין לו ברירה אלא להיזקק להגדרות של זהות וליציקת תוכן לתוכן. אכן, כאשר הדבר אינו נדרש, אנו סבורים כי מן הראוי שבית המשפט ימשיך ידו, במידת האפשר, מניסיון להגדיר זהותו של אדם. זאת, הן לנוכח ההנחה שאין זה מתפקידו של בית המשפט, כאשר הכרעת הזהות אינה נדרשת לצורך הכרעה בסכסוך ספציפי, והן לנוכח חוסר יכולתו הממשית של בית המשפט, ברוב המקרים, להיכנס לנבכי הסוגיות הסבוכות והמורכבות של שאלות הזהות, ולהירש אליהן במלוא העומק וכובד הראש.