

עמיחי רדזינר

יסודותיה הנשכחים של 'פקודת סדרי שלטון ומשפט' והמאבק הסמוי על הסדרי דת ומדינה



מבוא

בשער המאמר:
עיצובו של האולם
ב'קולנוע קסם',
שבו התקיימו
ישיבות הכנסת
הראשונות,
פברואר 1949

'פקודת סדרי שלטון ומשפט' (להלן: הפקודה) היא דבר החקיקה הראשון של מדינת ישראל. בפקודה זו הוסדרו השלטון הזמני ורציפות המשפט במעבר משלטון המנדט הבריטי לייסודה של מדינת ישראל. אף שבמשך השנים שונתה הפקודה פעמים רבות, וסעיפים בה בוטלו, חלקים ממנה הם בעלי תוקף במשפט הישראלי עד היום.¹

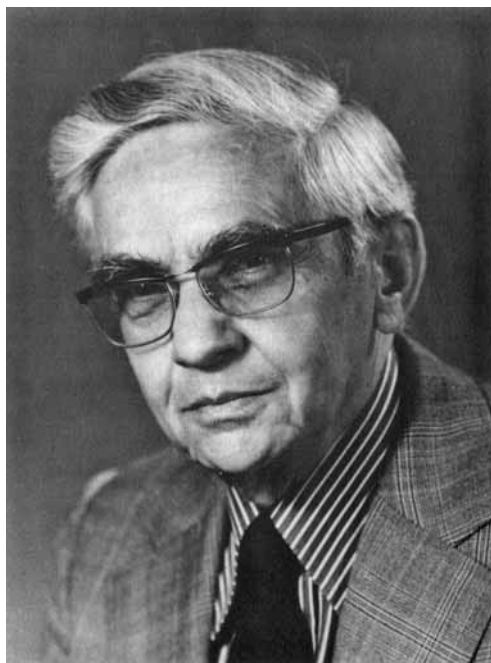
במאמר זה אעסוק במספר היבטים הנוגעים לשורשיה של הפקודה ולגלגולים שעברה עד שנתקבלה בישיבתה השנייה של מועצת המדינה הזמנית, ב־19 במאי 1948. עיון במהלכי עיצוב הפקודה בכללה, ובפרט עיצוב העיקרון המשפטי המרכזי שלה: שימור המצב המשפטי הקיים בתוספת שינויים הכרחיים הנובעים מהקמתה של המדינה היהודית,² הוא בעל ערך רב מעבר להבנת הדרך הטכנית שבה נוצר דבר החקיקה הראשון של מדינת ישראל.³ העיון מלמד שבעיצוב תשתיתה של הפקודה היו מעורבים באופן פעיל כמה אישים, ובראשם זרח ורהפטיג, ומעורבות זו נשכחה (או הושכחה) ברבות השנים. ועוד, להלן אראה שבמהלכי עיצוב הפקודה היה חבוי עימות שנגע ליחסי דת ומדינה בשלושה תחומים, עימות שהופיע אז לראשונה במשפט הישראלי, אך תוצאותיו ליוו את המשפט הישראלי במידה רבה עוד שנים רבות.⁴ יתר על כן, עיון בשורשי הפקודה מחזק טענה שעלתה זה כבר, שהפקודה תרמה תרומה מכרעת לעיצוב הסטטוס קוו בענייני דת ומדינה במדינת ישראל.⁵

מאמר זה נכתב על בסיס מסמכים ארכיוניים המצויים בגנוך המדינה ובארכיונו האישי של זרח ורהפטיג, השמור בארכיון המכון לחקר הציונות הדתית שבאוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לעובדי הארכיונים על עזרתם.

- 1 על הפקודה וסעיפיה ראו: י"ה קלינגהופר, 'הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית חוקתית', 'זמיר (עורך)', ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, ירושלים תשנ"ג, עמ' 78-95.
- 2 רעיון זה בא לידי ביטוי כבר במנשר מ־14 במאי 1948 הצמוד להכרזת העצמאות, ואשר כולל שלושה סעיפים: הראשון קובע כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת, והוא מקביל לסעיפים 7 ו-9 בפקודה; השני מבטל את הגבלות העלייה ורכישת הקרקעות, והוא מקביל לסעיף 13 בפקודה; השלישי קובע שהמשפט הקיים יעמוד בתוקפו לצד שינויים הכרחיים שיעשו בו, והוא מקביל לסעיף 11 בפקודה. המנשר פורסם בעיתון רשמי מס' 1, תש"ח, עמ' 3; לדיון בנוסח המנשר ראו: פרוטוקול הישיבה השלישית של מועצת העם, 14 במאי 1948, עמ' 21-23. אכן שר המשפטים פליקס רוזנבלית, בהביאו לראשונה את נוסח הפקודה לפני מועצת המדינה הזמנית, עמד על כך שכבר 'במנשר מצא ביטוי רעיון יסודי אחד, שיש להמשיך לעת עתה את קיום החוק הקיים, חוץ משינויים הכרחיים' (מועצת המדינה הזמנית: הישיבה הראשונה, 16 במאי 1948, עמ' 7-8).
- 3 יש להודות שהרעיון שיש לשמר את החוק הקיים ולבצע באופן מידי רק שינויים הכרחיים הוא רעיון פשוט למדי והוא ההגיוני ביותר כאשר באים לחשוב כיצד לכונן מערכת משפט למדינה העומדת לקום תוך זמן קצר. אכן זה היה קו החשיבה שהסתמן מיד עם הקמתה של המועצה המשפטית, בינואר 1948. ראו: 'קרב', המועצה המשפטית: ראשית עלילות חקיקה, 'א' ברקוט' שפניץ (עורכים), ספר אורי ידן: האיש ופועלו, ב, תל-אביב תש"ז, עמ' 234, 241. להלן אברר מי היה הראשון שהציע קו פעולה כזה. עם זאת עדיין התקיימו עימותים בשאלת השינויים שאמורים היו להתבצע, בפרט בתחומי הדת והמדינה ובהם ידון מאמר זה.
- 4 רון חריס כבר עמד על חשיבותה הרבה של הפקודה בעיצוב יחסי דת ומדינה בישראל. ראו: ר' חריס 'הודמנויות היסטוריות והחממות בהיסח הדעת – על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה', מ' בר-און וצ' צמרת (עורכים), שני עברי הגשור: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל, ירושלים תשס"ב, בפרט עמ' 26-28.
- 5 גם השימוש במונח סטטוס קוו (אשר אינו מופיע במכתב הנושא שם זה) בהקשר של יחסי דת ומדינה בישראל, עלה ככל הנראה לראשונה במסמכיו של ורהפטיג שבהם מצויים שורשי הפקודה. ראו להלן, הערה 52.

אחת-עשרה טיוטות ותזכיר אחד: טיוטות הפקודה, השתלשלותן ומחבריהן

כאמור ב־19 במאי 1948 התקבלה במועצת המדינה הזמנית 'פקודת סדרי שלטון ומשפט'.⁶ נוסחה הסופי של הפקודה שנתקבל ביום זה היה למעשה נוסח הטיוטה האחת-עשרה שלה.⁷ מי הם אלה שיצרו את דבר החקיקה הראשון של ישראל?



ד"ר אורי ידין
(הינסהיימר)
(באדימות הוצאת
ברסט)

כבר בשיבתה הראשונה של מועצת המדינה הזמנית, שהתקיימה ב־16 במאי 1948, הובאה הפקודה לאישור המועצה ונדונה באריכות.⁸ בסיכומו של הדיון, שהועלו בו השגות על טיוטת הפקודה והצעות שונות לתיקונה, הוחלט לקבל את הצעתו של איש תנועת 'המזרחי' דוד צבי פנקס להקים ועדה בת חמישה חברים אשר תציע בתוך יומיים 'נוסח מתוקן של הצעת הפקודה'. ועדה זו הציעה כמה תיקונים קלים, ולאחר דיון בהם ודחיית חלקם, התקבל נוסחה הסופי של הפקודה.⁹

בפתיחתו של הדיון ב־16 במאי הציג שר המשפטים פליקס רוזנבליט בקצרה את הגורמים שהיו אחראים ליצירתה של הפקודה.¹⁰ הוא הזכיר את המועצה המשפטית, אך ציין בפרט אחד משני ראשיה, ד"ר ברנרד ג'וזף (עורך הדין דב יוסף), ואת חמשת מזכירי המועצה,¹¹ ובייחוד את ד"ר הינסהיימר (ד"ר אורי ידין), המזכיר היחיד שהועבר מירושלים לתל-אביב לצורך המשך העבודה השוטפת על כלל החקיקה באותה עת. ואכן אין ספק כי הטיוטות האחרונות של הפקודה נוסחו בידי ידין, אשר עמד על כך

6 עיתון רשמי מס' 2, תש"ח, תוספת א; מועצת המדינה הזמנית: הישיבה השנייה, 19 במאי 1948, עמ' 5-9 (הדיון בפקודה), 15-19 (נוסחה הסופי של הפקודה).
7 א' ידין, 'יומן אורי ידין', ברק ושפניץ (לעיל, הערה 3), א, עמ' 29. מרבית הטיוטות מצויות בגנון המדינה וחלקן יוזכרו בהמשך. יצוין שאף על הטיוטה האחת-עשרה של הפקודה, מ־19 במאי 1948 (גה"מ ג-124/23), מצויים תיקונים בכתב יד, אשר כנראה נוספו ברגע האחרון, ואשר נכנסו לנוסח הרשמי של הפקודה. גם הטיוטה העשירית (גה"מ, שם) נושאת את אותו תאריך. וראו: ידין (שם), עמ' 28-29.
8 נוסח הפקודה שהובא לדיון נמצא בפרוטוקול הישיבה הראשונה (לעיל, הערה 2), עמ' 21-23. הדיון בה ראו: שם, עמ' 7-17. באותו שלב היה שמה של הפקודה 'פקודת סדרי השלטון', והיא כנראה הטיוטה התשיעית (לא הצלחתי למצוא בגה"מ). יש בה שינויים מעטים ביחס לנוסח הטיוטה השמינית (גה"מ, תיק ג-123/32), והחשוב שביניהם הוא בנושא הפרדת הרשויות: בטיוטה השמינית עדיין הייתה סמכות החקיקה נתונה בידי הממשלה הזמנית. ראו להלן, הערה 30.
9 ראו לעיל, הערה 6. בפתיחת הדיון אמר שר המשפטים רוזנבליט שהשוואת נוסחי הפקודה, לפני עבודת הוועדה ואחריה, מגלה שהיא הציעה שינויים שרובם 'באמת קלים'.
10 מועצת המדינה הזמנית: הישיבה הראשונה (לעיל, הערה 2), עמ' 7-8.
11 על המועצה, הרכבה ופעילותה ראו: קרפ (לעיל, הערה 3). כמעט כל תוצרי המועצה המשפטית היו מעשה ידי מזכיריה, והם היו דמויות משמעותיות יותר מאשר חברי המועצה עצמם. ראו על כך: ע' רדזינר וש' פרידמן, 'המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין אתמול למחר', עיוני משפט, כט (תשס"ו), עמ' 172, הערה 19 ועמ' 235 ובמקורות הנזכרים שם.

שהוא 'מחבר החוק הראשון', ואף כינה אותו 'החוק "שלי"'.¹² מדבריו של ידין ניתן להבין כי הטיוטה הראשונה שעיצב לבדו הייתה הטיוטה השישית,¹³ זו שנכתבה ב-7 במאי 1948, ואשר נושאת את השם 'פקודת ייסוד המדינה' (להלן: הטיוטה השישית).¹⁴ נוסחה של טיוטה זו קרוב מאוד לנוסח הסופי של הפקודה.¹⁵ ההבדל המרכזי נוגע לפרק החמישי, העוסק בבתי המשפט: בטיוטה השישית מופיע פרק שלם בן שישה סעיפים מפורטים על אודות בתי המשפט השונים, הרכבם וסמכויותיהם, כולל בתי הדין הדתיים ('פרק חמישי: בתי-משפט'). בטיוטה השמינית, מ-16 במאי 1948, הושמט לחלוטין עניין בתי המשפט, והוא הושב בטיוטה העשירית, בסעיף אחד בלבד, סעיף 17, הוזהר למקבילו בנוסח הסופי של הפקודה.¹⁶

מעצם מספורן של הטיוטות ניתן ללמוד שלנגד עיניו של ידין – בעת שכתב את הטיוטה השישית והמכרעת – עמדו טיוטות קודמות, ומתוך עיון בהן אכן אפשר להעריך שלא הוא לבדו היה אחראי

12 ידין (לעיל, הערה 7), עמ' 20, 27, 28. בעמ' 21 הוא ציין תרומה מעטה שהייתה לידידו צבי בייקר ובדיקת סגנון שביצע משה זילברג, אשר גם הציע את השם 'פקודת ייסוד המדינה', שם שזכה לתמיכתו של רוזנבלט. אכן בשם זה הוכתרו הטיוטה השישית (7 במאי 1948, גה"מ ג-114/20) והשביעית (14 במאי 1948, גה"מ ג-123/32) של הפקודה. ראו גם: קרפ (לעיל, הערה 3), עמ' 214.

13 ידין (שם), עמ' 21.

14 הטיוטה השישית, גה"מ ג-114/20.

15 גם ורהפטיג עמד על כך שהטיוטה השישית היא זו שהפכה בשניונים קלים ביותר ל'פקודת סדרי שלטון ומשפט'. ראו: ז' ורהפטיג, חוקה לישראל: דת ומדינה, ירושלים תשמ"ח, עמ' 33. כבר בזמן 'אמת' אמר ורהפטיג את הדברים הללו. ההערות על הפקודה ששלח אל מועצת המדינה הזמנית ב-24 במאי 1948 – לאחר שנתקבלה – הן למעשה ההערות שכתב על טיוטה זו. ראו: ורהפטיג (שם), עמ' 484-489. העתק המכתב המקורי וכן הערות בכתב ידו של ורהפטיג על נוסח הטיוטה מצויים באצ"ד, תיקי זרח ורהפטיג, תיק 106. מצוי שם גם מכתב פנימי ששלח אליו יצחק גרינבוים ב-20 במאי 1948 על 'ידיעה שקיבלתי הבוקר מתל-אביב'; מסופר בו על הישיבה הראשונה של מועצת המדינה הזמנית ב-16 במאי 1948 שדנה בפקודה (אף שכאמור ב-19 במאי כבר התקבלה הפקודה), ונאמר כי מצורף אליו כל החומר שבו דנה המועצה. על מכתב זה ראו עוד להלן, הערה 42.

16 נושא זה של הרחבה והצרה של ההסדרים הנוגעים לבתי המשפט דורש דיון נרחב. הרעיון הבסיסי של המזכירים היה ליחד לנושא השיפוט חוק מיוחד, וכך אכן עשו (ראו להלן, הערה 18), והוקו זה שימש בסיס לפרק על בתי המשפט בטיוטות המוקדמות של הפקודה. ידין ציין כי הממשלה היא זו ש'שעשתה בו (בחוק) שמות' ובין היתר מחקה את 'כל הפרק על בתי המשפט'. ראו: ידין (לעיל, הערה 7), עמ' 28. ואכן בטיוטה שנדרונה בישיבה הראשונה של מועצת המדינה הזמנית (ראו לעיל, הערה 8). אין סעיף הנוגע לבתי המשפט. סעיף 17 הוכנס לנוסחים המאוחרים יותר, כנראה בעקבות הצעת הוועדה שהוקמה בישיבה הראשונה, אך הפרוטוקולים שפורסמו אינם מוסרים דבר מפורש בעניין. בהתחשב במאבקים בענייני דת ומדינה שמשתקפים בגלגולי הפקודה, ייתכן כי ההסבר לתנודות שעבר נושא הסדרת בתי המשפט בפקודה ובטיוטותיה היה קשור לשיפוט הרבני. הטיוטות המוקדמות של הפקודה כללו פרק על בתי המשפט, ובו סעיף מפורש בדבר אי שינוי סמכויותיהם של בתי הדין הדתיים (ראו להלן, עמ' 144). ייתכן שהיה בממשלה מי שחשש מאמירה מפורשת כזו, שעלולה הייתה ליצור מתח מיותר ולעורר ביקורת מצד גורמים דתיים (כאמור ידין, וכן חבריו למזכירות המועצה המשפטית, כפי שאראה להלן, לא חששו מכך), ולכן נושא בתי המשפט הושמט בתחילה כליל. אך משהבינו כי הדבר משולל היגיון הוא הוחזר בסעיף אחד כללי: סעיף 17, אשר למעשה קבע את אותו עיקרון של אי שינוי סמכותם של בתי המשפט באופן כללי. ההשערה שעניין השיפוט הדתי השנוי במחלוקת הוא שגרם לעמעום נושא השיפוט בפקודה, יכולה לקבל חיזוק מכך שכבר בישיבתה השישית של מועצת המדינה הזמנית, ב-24 ביוני 1948, נקבעה 'פקודת בתי המשפט (הוראות המעבר)', אשר השלימה בשנים עשר סעיפים את מה שהושמט מ'פקודת סדרי שלטון ומשפט' בנוגע לסמכויות בתי המשפט, אולם לא עסקה כלל בשיפוט הדתי. מדבריו של חבר מועצת המדינה הזמנית בנימין מינץ מ'פועלי אגודת-ישראל' ומתגובתו המאשרת של שר המשפטים רוזנבלט אפשר ללמוד כי נושא סמכויותיו של בית הדין הרבני לא זכה להסכמה בינתיים ועל כן לא הוסדר בפקודת בתי המשפט. לדבריהם נושא זה יוסדר 'בזמן הקרוב ביותר', אולם הדבר לא קרה עד לחקיקת 'חוק שיפוט בתי דין רבניים' בשנת 1953. ראו: מועצת המדינה הזמנית: הישיבה השישית, 24 ביוני 1948, עמ' 22-23.

לכתיבתן.¹⁷ אכן יהודית קרפ עמדה בהרחבה על כך שבנוסחיהן המאוחרים של טיוטות הפקודה נעשה שימוש חלקי בכמה הצעות חוק שנוסחו בידי מזכירי המועצה המשפטית, ובפרט בזו שכונתה 'חוק מס' א לשנת תש"ח: על התאמת המשפט והסמכויות' (להלן: 'חוק התאמת המשפט').¹⁸ קרפ ציינה בכמה מקומות בדבריה הבדלים מהותיים בין הפקודה ובין הצעת 'חוק התאמת המשפט', אך סיכמה את דבריה בכך שאין ספק שהצעה זו השפיעה על הפקודה.¹⁹

מכתב מ-21 באפריל 1948 שנלווה לאותן הצעות חוק, מכתב שמוען אל ד"ר ברנרד ג'וזף, ואשר חתום בידי חמשת מזכירי המועצה,²⁰ מסייע להתחקות אחר שורשי הפקודה. במכתב פורטו תפקידיהן של שבע ההצעות שצורפו אליו, ונקבע שעליהן להיחקק 'ביום הראשון להקמת המדינה היהודית'. מן המכתב אפשר ללמוד שהמזכירים הם שניסחו את ההצעות, אם כי חלק מהן כבר נדונו בוועדות המשנה הרלוונטיות של המועצה המשפטית, ואלה השפיעו על תוכנן. מתיאור ההצעה המרכזית לדיוני, 'חוק התאמת המשפט', אפשר ללמוד שבניגוד להצעות אחרות, היא לכאורה לא נדונה כלל בוועדות המשנה. לעניין זה יש חשיבות מכרעת בדיון להלן בעיצוב תוכנה של הפקודה ובמה שנעדר ממנה. מן המכתב גם עולות כמה נקודות עקרוניות שהשפיעו על ניסוח ההצעות, והחשובה שבהן היא ש'בהעדר שינויים ותקונים מפורשים ישאר המצב המשפטי בארץ, על אף שינוי הממשלה וצורתה, כמו שהיה מקודם (וזה גם בהתאם להוראותיך [הוראותיו של ג'וזף] שנתת לנו בשיחתנו האחרונה אתך)'. במכתב צוינה גם התחנה הקודמת במסלול עיצובה של הפקודה. נאמר בו שההצעות הצמודות אליו באות 'במקום הצעות החוקים שנוסחו והוגשו אליך על ידי הרמן [חיים] כהן ביום 11.3.48'. לא מצאתי שום הצעה מתאריך זה, ולהערכתי הכוונה לאחת משתיים: להצעה קצרה מתחילת מרס 1948 אשר כותרתה 'צו שינוי החוק, 1948',²¹ או להצעה ארוכה הרבה יותר שכותרתה 'חוק יסודות המשפט', ובצד זאת: 'הצעה ראשונה, 1.4.48'.²² קיים דמיון רב בין 'חוק התאמת המשפט' ובין 'חוק

17 ידן (לעיל, הערה 7), עמ' 18; קרפ (לעיל, הערה 3), עמ' 213-215, 241, 245. וראו את דברי המזכירים שיובאו מיד.
18 קרפ (שם), עמ' 242-254. הצעה זו, שלצד כותרתה נכתב: 'הצעה סופית, 18.4.48', נמצאת בגה"מ, תיק ג-111/3. בתיק זה מצויות גם שש הצעות החוק האחרות שניסחו המזכירים, ושתי החשובות שבהן הן: 'חוק מס' ב לשנת תש"ח: על בתי המשפט ו'חוק מס' ג לשנת תש"ח: על ביטול חוקי הספר הלבן'. ביטול חוקי הספר הלבן הוסדר בסופו של דבר בטיטות הבאות של הפקודה ובסעיף 13 שלה. כאמור נושא בתי המשפט הוסדר בפירוט בטיטה השישית של הפקודה, פירוט שהוצא בגרסאות מאוחרות יותר. וראו לעיל, הערה 16. למעשה כבר בדיון הפומבי הראשון בפקודה, בישיבה הראשונה של מועצת המדינה הזמנית, עמד רוזנבליט על כך שהוכנו כמה הצעות חוק, ומנה את כל השש. הוא הוסיף שהעבודה עליהן לא הושלמה, ושתמצית רוב הנושאים שהוסדרו בהן באה 'בחוק כולל אחר', הוא הפקודה, שלדבריו נועדה לשמש חוק לתקופת המעבר בלבד. ראו: מועצת המדינה הזמנית: הישיבה הראשונה (לעיל, הערה 2), עמ' 8.

19 קרפ (שם), עמ' 254.

20 המכתב מצוי בגה"מ, תיק ג-111/3. קרפ עסקה בו במאמרה (שם), עמ' 242-243.

21 גה"מ, תיק ג-111/3. קרפ הזכירה זו על כטיטה הראשונה של 'פקודת סדרי שלטון ומשפט' ודנה בו בקצרה. ראו: קרפ (שם), עמ' 245, הערה 128 ועמ' 246. הסעיף המרכזי בצו, שכלל תשעה סעיפים, הוא סעיף 3 (שנוסח דומה לו מצוי בסעיף 4 של 'חוק יסודות המשפט'): 'פרט לאמור להלן, החוק השורר בארץ-ישראל ביום שלפני יום הסיום [...] ימשיך להיות בתקפו'. צו זה נוצר במפורש בפרוטוקול הדיון של ועדות המשנה לחוק האזרחי, לחוק המסחרי ולפרוצדורה האזרחית, שהתקיימה ב-3 במרס 1948 (גה"מ, תיק ג-110/38). וראו להלן, עמ' 142.

22 גה"מ, תיק ג-110/40. לפירוט הראיות לטענה זו ולפשר התאריך ראו: רדוינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 235, הערה 253. יצוין שבין הצעה זו לבין הצעות המזכירים נוסחה 'הצעה שניה', ב-7 באפריל 1948, וכותרתה: 'חוק כללי המשפט (תקופת המעבר) 1948'. היא מצויה בגה"מ, תיק ג-111/3.



חיים (הרמן) כהן,
1952
(צילום: טדי דינור)

יסודות המשפט', רב הרבה יותר מזה שביין 'חוק התאמת המשפט' לבין 'צו שינוי החוק'. הייתה אשר הייתה ההצעה אשר יצאה מתחת ידיו של חיים כהן, גם ורהפטיג ייחס לו את ניסוח הטיטה הראשונה של הפקודה במסגרת עבודת המועצה המשפטית.²³

כאמור אין לייחס לדין בעלות מלאה ויחידה על ניסוח הפקודה, שהיו שותפים בו גם חבריו למזכירות המועצה המשפטית, ובראשם כהן. אולם האם אכן ראשיתה של הפקודה בטיטה שחיבר כהן, או שמא גם הוא לא היה הראשון שהציע את ההסדרים הנוגעים להתאמת המשפט במעבר ממנדט למדינה? במילים אחרות: האם ראשית היווצרותה של הפקודה הייתה בתחילת מרס 1948?
ורהפטיג ייחס לעצמו את זכות הראשונים בעיצוב הפקודה:

גם פקודת סדרי השלטון והמשפט מס' 1, תש"ח, חוק היסוד הראשון של מדינת ישראל, עברה שלבי הכנה מרובים.
ההצעה הראשונה, ששימשה בסיס לכל ההצעות הבאות, היתה זו שלי בתזכיר מס' ד הנזכר לעיל ולאחריה טיוטות של הצעות מאת המזכירות המשפטית, שהראשונה מהן היא הצעתו של חיים כהן.²⁴

על תזכיר זה של ורהפטיג ארחיב להלן. מכל מקום דבריו מלמדים שלדעתו הוא זה שניסח את המסמך הבסיסי שהשפיע על יצירת הפקודה עד ניסוחה הסופי והמחייב. האם מדובר בעדות עצמית בלבד ובנטילת זכות שלא כדין? גם במחקר המקיף ביותר שנכתב עד כה על פעילות המועצה המשפטית ותוצריה – מחקרה של קרפ – נמצא כי 'לתזכיר ד' (להלן: התזכיר) הייתה השפעה רבה. השפעה זו באה לידי ביטוי הן בעקרון היסוד ששלט בדרך פעילות המועצה המשפטית וועדות המשנה שלה, העיקרון שיש לשמר את המצב ולבצע רק שינויים הכרחיים,²⁵ והן באחת ההמלצות החשובות של המועצה המשפטית בסיום עבודתה, שיש לרכז בחוק אחד גם את ביטולי החקיקה וגם את נושא חילופי הסמכויות.²⁶ אולם חשוב מכך, קרפ קבעה בדיונה בטיטות שקדמו ל'חוק התאמת המשפט':

עוד יש להזכיר בהקשר זה של עבודות הכנה את הצעת החוק להסדר ענייני השלטון בתקופת המעבר, שחיבר זרח ורהפטיג ושצורפה כנספח לתזכירו על הבעיות הקונסטטוציוניות. הצעה זו רומה בתפישה ובפרטיה לפקודת סדרי השלטון והמשפט אף יותר מחוק התאמת המשפט והסמכויות (ההדגשה שלי).²⁷

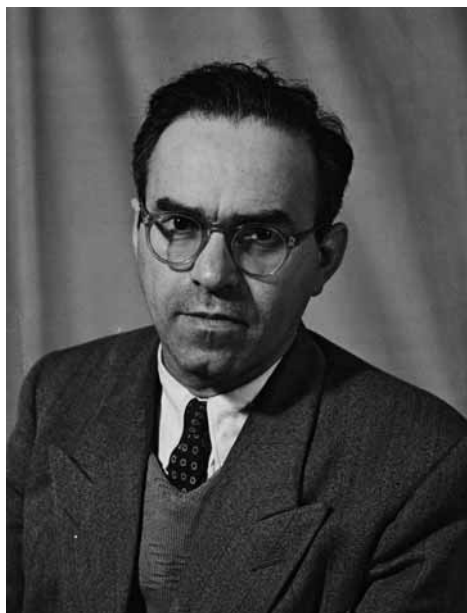
23 ראו דברי ורהפטיג להלן.

24 ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 33. ורהפטיג כתב עוד: 'יש לי אף זכות ראשונים ליוזמה ולהצעות של טיוטות ראשונות' (שם, עמ' 21). גם 'לתזכיר ג' שלו, שעסק בשיטת הבחירות, ייחס ורהפטיג את זכות הראשונים בעיצוב חוק הבחירות של מדינת ישראל. ראו: שם, עמ' 31 בהערה; ז' ורהפטיג, חמישים שנה ושנה: פרקי זכרונות, ירושלים תשנ"ה, עמ' 70; תמליל ריאיון שערך מוזכר הכנסת נתנאל לורך עם ורהפטיג בשנת 1981, אצ"ד, תיקי זרח ורהפטיג, תיק 292.א. עוד על תזכיר זה ראו: ש' פרידמן וע' רדוינר, חוקה שלא כתובה בתורה, ירושלים תשס"ז, עמ' 42, 64-65.

25 קרפ (לעיל, הערה 3), עמ' 241 והערה 120. תזכירו של ורהפטיג אכן נדון בוועדות המשנה של המועצה המשפטית. ראו להלן, ליד הערות 95, 103.

26 קרפ (שם), עמ' 242.

27 שם, עמ' 247. ורהפטיג הגדיר את 'תזכיר ד' שלו' הצעת חוק להסדר ענייני השלטון בתקופת המעבר, ושם זה מופיע



ד"ר זרח ורהפטיג,
1951
(צילום טדי ברנר)

עם זאת קרפ לא קבעה במפורש כי הייתה השפעה ישירה של התזכיר על טיוטות הפקודה. השוואת סעיפי תזכירו של ורהפטיג, שנושא את התאריך '10.2.48',²⁸ לסעיפי 'חוק התאמת המשפט' מצד אחד, ולנוסחה הסופי של הפקודה (ובייחוד לטיוטה השישית שלה²⁹) מצד אחר, היא רבת עניין, ובהחלט מאששת את 'תביעת האבהות' של ורהפטיג. התזכיר כולל דברי מבוא, הצעת חוק מנוסחת לסעיפיה ודברי הסבר למרבית הסעיפים, ובהשוואה כאן אבחן את סעיפי התזכיר לעומת טיוטות הפקודה ונוסחה הסופי.

סעיפים א-ב בתזכיר: סעיפים אלה עוסקים בסמכותה של 'מועצת הממשלה הזמנית'. למעשה הם מגדירים אותה כרשות המחוקקת וכרשות המבצעת כאחת. זו גם התפיסה ב'חוק יסודות המשפט' ובארבעת הסעיפים הראשונים של 'חוק התאמת המשפט' (הנוקטים גם הם את המונח 'מועצת הממשלה הזמנית', מונח שמופיע בתזכיר). בטיטה השישית, בסעיפים 2 ו-7, כבר יש הבחנה בין 'הממשלה הזמנית' ובין 'מועצת הממשלה הזמנית'; 'מועצת הממשלה הזמנית'

היא גוף רחב מן 'הממשלה הזמנית' והיא הרשות המחוקקת. בנוסח הסופי של הפקודה קיימת הבחנה בין 'הממשלה הזמנית', היא הרשות המבצעת, ובין 'מועצת המדינה הזמנית', היא הרשות המחוקקת.³⁰

סעיף ב בתזכיר: סעיף זה עוסק בדרך יצירת החוק. הוא מבחין בין 'חוקים', 'פקודות' ו'תקנות' (אשר יתוקנו בידי השר – 'החבר המתאים של מועצת הממשלה הזמנית' בניסוחו של ורהפטיג – בתחומי עיסוקו). ההבחנה בין 'חוקים' כלליים ובין 'תקנות' המתוקנות בידי ה'מיניסטר' הרלוונטי נשמרה ב'חוק יסודות המשפט', בסעיף 13. הבחנה זו איננה קיימת ב'חוק התאמת המשפט', המדבר על 'חוקים' בלבד (מנגד חוק זה אימץ את דרך יצירת הפקודות בתזכיר ואפילו בלשון דומה מאוד: מתן התוקף ייעשה באמצעות חתימת 'ראש מועצת הממשלה הזמנית ועוד אחד מן המיניסטרים'

תחת הכותרת 'הנדון': בתזכיר ששלח אל המועצה המשפטית. אין זה מדויק להגדיר את הצעת החוק כנספח לתזכיר; היא ודברי ההסבר שלה הם רובו ועיקרו.

28 תזכירו של ורהפטיג ראו: ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 449-453. אולם בנוסח התזכיר שפורסם שם רק שלושה-עשר סעיפים, ואילו בנוסחו המלא כלל התזכיר ארבעה-עשר סעיפים. הסעיף החסר, סעיף 1 המקורי, הוא סעיף ארוך שהסדיר בפרוטרוט את העברת הסמכויות של נושאי משרה רבים בממשלת המנדט לידי חברי ממשלה ופקידים במנגנון השלטוני החדש שיקום במדינה היהודית. התזכיר המקורי נמצא באצ"ד, תיקי זרח ורהפטיג, תיק 106, ובגה"מ, תיק ג-111/3, שבו מצויות גם הצעות המזכירים, ובכללן 'חוק התאמת המשפט' והנוסחים שקדמו לו; לדעתי אין הדבר מקרי, וקשור להשפעתו של התזכיר. מכל מקום מספרי הסעיפים יווכרו להלן לפי התזכיר כפי שפורסם בספר.

29 ראו לעיל, הערה 15.

30 הבחנה זו קיימת כבר בנוסח הפקודה שהובא לישיבה הראשונה של מועצת המדינה הזמנית. ראו לעיל, הערה 8. קרפ עמדה על הגורמים לאיחוד הסמכויות בתחילה ולהפרדתן בסופו של דבר, ועל העיקרון שהנחה את ורהפטיג בנקודה זו, ואשר לדעתה הנחה גם את המזכירים (אך כאמור קרפ לא טענה להשפעה ישירה של התזכיר על טיוטות הפקודה). ראו: קרפ (לעיל, הערה 3), עמ' 250-254.

[סעיף 2(א)]. הפקודה קרובה יותר בדבריה לתזכיר. היא אימצה את ההבחנה בין 'פקודות' ל'תקנות' וכן את תיאור יצירתן (סעיפים 7, 8).³¹

סעיף ג בתזכיר: סעיף זה קובע כי העברית היא 'השפה הרשמית' במדינה, ועם זאת דורש שהחוקים יפורסמו בעברית ובערבית.³² קביעת העברית כשפה הרשמית – ללא שימוש בביטוי זה – מופיעה ב'חוק יסודות המשפט', בסעיף 9. בסעיף 12 שם אומצו דבריו של ורהפטיג: אף 'שהחוקים [...] ייעשו בשפה העברית', יש לפרסם 'בעתון הרשמי גם תרגום ערבי של כל חוק'. עקרון השפה הרשמית אומץ ב'חוק התאמת המשפט', בסעיפים 8(ו) ו-9(ב) (בסעיפים 2(ד) ו-2(ה) שם נקבע במפורש כי אף שהעברית היא השפה המקורית של כל חוק, יש לפרסם כל חוק גם בערבית), וכן בטיוטה השישית, בסעיף 15(ב) – בשני המקרים נאמר כי ההכרה של החוק בעליונות השפה האנגלית תוחלף בהכרה כזו בשפה העברית. הפקודה בנוסחה הסופי איננה נותנת לעברית מעמד רשמי,³³ אך סעיף 15(ב) שלה קובע כי תבוטל הדרישה לשימוש בשפה האנגלית במקום שיש בו דרישה כזו בחוק. יצוין כי הפקודה מיתנה דרישה נוספת באותו עניין: 'חוק התאמת המשפט' קובע כי על 'מיניסטר המשפטים' להכין נוסח עברי של כל החוק שנשאר בתוקפו. בטיוטות הבאות של הפקודה (למשל בטיוטה השישית, בסעיף 16א) נאמר שהוא רשאי 'להוציא נוסח עברי של כל חוק'. בנוסח הסופי של הפקודה הושמטה המילה 'עברי' ובמקומה באה המילה 'חדש'.

סעיף ה בתזכיר: סעיף זה עניינו העברת הסמכויות שהיו בידי ממשלת המנדט והנציב העליון לידי מועצת הממשלה הזמנית. הסעיף מופיע בצורה דומה מאוד ב'חוק יסודות המשפט', בסעיף 5, וב'חוק התאמת המשפט', בסעיף 3. באופן רחב יותר – אך בצורה דומה – הרעיון מופיע בטיוטה השישית ובפקודה, בשניהם בסעיף 14(א).

סעיפים ו-ז בתזכיר:³⁴ סעיפים אלה עוסקים בנקודה שהיא אולי החשובה ביותר: שמירת המצב המשפטי הקיים. על כן אביאם כלשונם:

ו. המצב החוקי הקיים בארץ ישראל ביום לפני ביטול המנדט ישאר עד להסדר חדש בתקפו כל עוד איננו נמצא בסתירה עם יסודות הקמת המדינה היהודית בארץ ישראל ועם החוק הנוכחי ובמידה שלא חלו שנויים דלהלן. ז. השפוט בבתי המשפט האזרחיים יתנהל לפי החוקים שהיו בתקפם ביום שלפני בטול המנדט ובהתאם ליסודות משפט התורה³⁵ וכללי הצדק והיושר.

החידוש הגדול טמון כמובן בסיפא של סעיף ז ואעסוק בו להלן בהרחבה.³⁶

31 בערותיו על הטיוטה השישית עמד ורהפטיג על חוסר העקביות שיש בה בשימוש במונחים שונים ביניהם: 'חוק, פקודה, תקנה' ועוד. ראו: ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 489.

32 דבריו ההסבר לסעיף זה קבע ורהפטיג שהעברית צריכה להיות 'השפה הרשמית' של המדינה היהודית, משום שבכך יבוא לידי ביטוי אופייה היהודי. עם זאת דבר זה ייעשה 'כמובן לא על חשבון המיעוט'. על כן 'כל החוקים והפרסומים צריכים להעשות בשתי השפות, עברית וערבית, וכל אפשרות צריכה להינתן לערבים להשתמש בשפתם'.

33 קרפ ציינה כי הפקודה לא עסקה בשפתה הרשמית של המדינה, אף שהעניין נזכר בכל הטיוטות שקדמו לה. ראו: קרפ (לעיל, הערה 3), עמ' 240. אזכורה של העברית 'נעלם' במעבר מנוסחו של סעיף 15(ב) בטיוטה השביעית לנוסחו בטיוטה השמינית.

34 בתזכיר היו אלה סעיפים ז-ח, אולם מספרי הסעיפים פה הם על פי הפרסום בספרו של ורהפטיג (לעיל, הערה 15). לעניין מספור הסעיפים ראו לעיל, הערה 28.

35 דבריו ההסבר לסעיף זה הבהיר ורהפטיג מדוע הוא מבכר מונח זה על פני המונח העמום בעיניו 'משפט עברי'.

36 חשוב להבהיר כבר כאן שוורהפטיג, על פי דבריו ההסבר שבתזכיר, התכוון שהשימוש ב'יסודות משפט התורה' יבוא 'כחליפין לסעיף 46 של דבר המלך', כלומר רק במקרים שקיימת לקונה בחוק.

כל חוקי הספר הלבן בטלים ומבוטלים

כל שאר החוקים הקיימים בארץ עודם בתקפם

מנשר של מועצת המדינה הזמנית

<p>ותיה יהא במדינת ישראל בתקפו המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948).</p> <p>נתן חיים, ה' באייר תשי"ח (14 במאי 1948).</p> <p>מועצת המדינה הזמנית</p>	<p>פרט לאמור בסעיף הקודם וכל עוד לא נתנו חוקים על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה ועד כמה שהדבר עולה בד בבד עם חוקים אלה ועם השנויים הנובעים מחוק הקמת המדינה וזו</p>	<p>הזמנית לשם חקיקת דחופה 3 הוראות החוק הנופעות מהספר הלבן משנת 1949 בטלות מזה ומבוטלות הסעיפים 13 עד 15 לפקודה העלייה 1941, והתקנות 102 עד 107 ג' לתקנות החגנה (שעת חרום), 1945, מתכט לים מזה.</p> <p>תקנות העברת קרקעות, 1940 בטלות מזה למפרע מיום כ"ט אייר תרצ"ט (18 במאי 1939)</p>	<p>בתקף הפרות העצמאות, שנת-פרסמה היום, יום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948), ואשר לפיה חוקי מועצת המדינה הזמנית והממשלה הזמנית של מדינת ישראל מחוקקת מזה מועצת המדינה הזמנית לאמור</p> <p>1 מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת.</p> <p>מועצת המדינה הזמנית תוכל להעניק היא מעניקה מזה מפקדות זו לממשלה</p>
---	---	--	---

מנשר המועצה הזמנית שהתפרסם ב'יום המדינה', עיתון משותף של עיתוני הארץ, עם הכרזת המדינה בה' באייר תש"ח (14.5.1948)

תוכנו ולשונו של סעיף ו דומים מאוד לאמור ב'חוק יסודות המשפט', בסעיף 4, 37 ב'חוק התאמת המשפט', בסעיף 1, ובטיוטה השישית ובפקודה, בשניהם בסעיף 11. לרישא של סעיף ז יש מקבילה בטיוטה השישית, בסעיף 17(ג), ובפקודה, בסעיף 17. 'חוק התאמת המשפט' לא עסק בבתי משפט. לנושא זה ייחדו המזכירים חוק מיוחד.³⁸

סעיפים י-יב בתזכיר: בסעיפים אלה הציע ורהפטיג לבטל שלושה סוגי חוקים מנדטוריים שכוונו כנגד יהודים: חוקי הגבלת העלייה, חוקי הגבלת רכישת קרקעות וחוקים המאפשרים גירוש אזרחים מן הארץ. בדומה לכך ב'חוק יסודות המשפט', בסעיפים 10-11, נמנו שורה של חוקים מנדטוריים שלא יהיה להם תוקף במדינה. מאוחר יותר הציעו המזכירים חוק עצמאי שיטפל בעניינים אלה,³⁹ אולם בסופו של דבר שולבו שלושת העניינים הללו בטיוטה השישית ובפקודה, בשניהם בסעיף 13. נראה שהשוואה זו תומכת בטענתו של ורהפטיג בדבר הקשר שבין תזכירו ובין הפקודה.⁴⁰ אין ספק שתזכירו היה המסמך הראשון שעסק באופן מסודר, ובצורה של הצעת חוק הכוללת סעיפים ודברי הסבר, בעניינים שהוסדרו מאוחר יותר בפקודה. לכן אפשר לטעון כי שורשיו של דבר החקיקה

37 'פרט לאמור להלן (ועד שחוק אחר לא יקבע אחרת), המשפט ששרר בארץ ישראל ביום 1 לאפריל 1948 ישרור במדינה. אלא משפט זה יפורש כאילו נעשו בו אותם השינויים אשר הקמת המדינה היהודית מצריכה אותם'.

38 לחוק זה ראו לעיל, הערה 18.

39 על ביטול חוקי הספר הלבן ראו לעיל, הערה 18.

40 ההשוואה גם מאמתת את קביעתה של קרפ בדבר הדמיון הקיים בין הפקודה ובין התזכיר, דמיון הגדול מזה שבין הפקודה ובין 'חוק התאמת המשפט'. ראו לעיל, עמ' 127. סיבה מרכזית לכך היא הרעיון המשותף לפקודה ולתזכיר שיש לאגד בדבר חקיקה אחד את כל הנושאים הנוגעים לשיטת השלטון והמשפט במדינה, לפחות בשלביה הראשונים, בעוד שהמזכירים סברו כי יש לפצל את העיסוק בשלטון ובמשפט לכמה חוקים, ולכן הציעו את 'חוק התאמת המשפט' כחוק אחד ולצדו שישה חוקים נוספים. וראו דברי רוזנבליט שהוזכרו לעיל, הערה 18.

הראשון של המדינה בתזכיר שחיבר ורהפטיג. מסמכים שונים מלמדים שהתזכיר נדון בוועדות של המועצה המשפטית,⁴¹ וברור שהיה מוכר למזכיריה. ייתכן שהזיקה שחש ורהפטיג לעיצובה של הפקודה, בצירוף התסכול מכך שמפאת המצור על ירושלים לא יכול היה להשתתף בדיונים בה במועצת המדינה הזמנית, שפעלה בתל-אביב, הניעו אותו לכתוב מסמך הערות מפורט עד למאוד על אחת מטיטוטותיה המאוחרות; ב-24 במאי 1948 שלח מסמך זה אל רוזנבליט בצירוף מכתב שבו ביקש כי חברי מועצת המדינה הזמנית ידונו בהערותיו – אך הן כבר היו חסרות משמעות יישומית באותה עת.⁴²

אשר על כן חשוב לבחון את דרך יצירתו של 'תזכיר ד'. כמו כן מעניין לברר מדוע לא הגיעו אל הפקודה, לפחות בנוסחה הרשמי שהתקבל במועצת המדינה הזמנית ב-19 במאי 1948, שלושה עניינים מרכזיים שהופיעו בתזכיר, ושנוגעים לתחומי דת ומדינה: סעיף ד, העוסק בקביעת ימי המנוחה,⁴³ הסיפא של סעיף ז, הקובע כאמור פנייה אל המשפט העברי במקרים של לקונה, וסעיף ט, הנוגע לסמכותם של בתי הדין הרבניים, והכולל הרחבה חלקית של הסמכות שהייתה להם בתקופת המנדט.⁴⁴ משמו של 'תזכיר ד' ברור שהיו תזכירים שקדמו לו. האם בהם נעוצים שורשיו? ומה פשר השינויים בינו לבינים?

41 ראו לעיל, הערה 25.

42 להערות אלה של ורהפטיג ראו לעיל, הערה 15. מן המכתב אל רוזנבליט, שתאריכו '24.5.48', ברור כי ורהפטיג לא ידע בתאריך זה שהפקודה כבר התקבלה ב-19 במאי. עוד עולה מן המכתב שוורהפטיג הבין כי המועצה עדיין מנהלת דיונים 'על הצעת פקודת יסוד המדינה, מס' 1 לשנת 1948' (כאמור זה שמה המלא של הטיטה השישית, שעליה כתב את הערותיו), ולא ידע את שמה הרשמי של הפקודה שכבר נתקבלה. טעותו נבעה מן המכתב שקיבל מגרינבוים (לעיל, הערה 15), ואשר תאריכו 20 במאי 1948. גרינבוים כתב שם רק על הדיון ב-16 במאי, וציין שדיון נוסף בהצעת הפקודה יתקיים 'ביום ד' והמועצה תחליט בה בו ביום'. גרינבוים גם הוא מסר ידיעה שקיבל מתל-אביב, וכנראה הבין שהכונה ליום רביעי הבא (ה-20 במאי היה יום חמישי). על פי האמור בהקדמה להערותיו אין ספק שוורהפטיג הבין מדבריו של גרינבוים, שנקט לשון עתיד, כי הדיון טרם הסתיים, ולכן סבר שיוכל להשפיע על תוצאותיו ועל נוסח הפקודה: 'מתוך ידיעה שנתקבלה מאת הממשלה הזמנית אל ה' יצחק גרינבוים, למדתי כי מועצת המדינה הזמנית תדון ביום ד' הבא בהצעת חוקת סדרי השלטון'. יצוין כי דבר דומה קרה לוורהפטיג חודש קודם לכן, כשגילה שעבודת המועצה המשפטית הסתיימה מאחורי גבו, ושלא ניתנה לו אפשרות להשפיע על תוצריה (ביניהם 'חוק התאמת המשפט'). ראו: רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 236.

43 'יום השבת ומועדי ישראל מוכרים ומיועדים כימי מנוחת הגוף והנפש. כל האפשרויות תינתנה למעוטים הדתיים לשבות ביום המנוחה ובמועדים שלהם. הפרטים ייקבעו בחוק'. לסעיף זה הציע ורהפטיג גם ניסוח אחר, ראו להלן, עמ' 137.

44 נושא נוסף שהופיע בתזכיר, בסעיפו האחרון, סעיף יג, הוא ביטול עונש המוות והמרתו במאסר עולם. ורהפטיג נימק זאת הן בסיבה דתית והן בעובדה שעונש המוות בוטל במדינות שונות בעולם. ראו ברברי ההסבר לסעיף, וכן: ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 44-45, 111-112. וראו להלן, עמ' 136. כמו פרטים אחרים בתזכיר, נושא זה התקבל בסופו של דבר בחוק הישראלי. בונדי הזכירה טיוטת חוקה שכתב ידיו במסגרת עבודתו בזמירות המועצה המשפטית, ושסעיף 16 שלה נאמר כי לא יהיה במדינה עונש מוות. ראו: ר' בונדי, פליקס: פנחס רוזן וזמנו, תל-אביב תש"ן, עמ' 411. לא מצאתי מסמך זה. לשון הסעיף שהביאה שם כמעט זהה ללשון סעיף 12 בהצעת החוקה של ליאו כהן (היועץ המדיני במשרד החוץ שניסח את הצעת החוקה). ראו: ועדת החוקה: מועצת המדינה הזמנית, חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר, הקריה, חנוכה תש"ט. דברי ההסבר של ליאו כהן לסעיף זה מזכירים את דברי ההסבר של ורהפטיג לסעיף יג הנזכר, ומדובר בהם על 'התפיסה התלמודית' השוללת עונש מוות. ורהפטיג הסתייג מעמדתו של ליאו כהן שיש גם נימוקים שלא לבטל את עונש המוות ולא לכלול את ביטולו בחוקה. ראו: ורהפטיג (שם), עמ' 111. על הסתייגותו הכללית של ורהפטיג מהצעתו של ליאו כהן ראו: פרידמן ורדזינר (לעיל, הערה 24), עמ' 48-50. על הצעתו של ליאו כהן ודרכי התגבשותה ראו: A. Radzyner, 'A Constitution for Israel: The Design of the Leo Kohn Proposal, 1948', *Israel Studies*, 15 (2010), p. 1

ורפהטיג בתור מחוקק דתי: מ'תזכיר א' ל'תזכיר ד'

הדברים שנכתבו עד כאן מחייבים לצרף לרשימת 'אבותיה' של הפקודה, לצד מזכירי המועצה המשפטית וחברי הוועדה שהקימה מועצת המדינה הזמנית, את זרח ורפהטיג; מלבד חברותו במועצה המשפטית היה ורפהטיג ראש מחלקת החוק של הוועד הלאומי, מחלקה שייסד, ושכמסגרתה כתב את תזכיריו.⁴⁵ תרומתו לעיצוב הסדרה של הפקודה הייתה גדולה מאוד ונפלה אולי רק מזו של ידן ושל כהן. מאחר שב'תזכיר ד', התזכיר האחרון אשר יצא מתחת ידיו, עשה ורפהטיג שימוש בהערות שניתנו על תזכיר קודם שלו, 'תזכיר א', יש להביא בחשבון גם את תרומתם של מחברי ההערות הללו לפקודה.⁴⁶

'תזכיר א' נושא את התאריך '30.10.47', כלומר הוא נכתב לפני החלטת החלוקה של האו"ם מן ה-29 בנובמבר 1947, ולכן יש בו בין היתר תגובות על דעות שעלו בוועדת החקירה של האו"ם לעניין ארץ-ישראל. שלא כ'תזכיר ד', 'תזכיר א' אינו מנוסח כהצעת חוק, אלא הוא אוסף של קווי יסוד לעיצוב חוקה למדינה היהודית. חלק נכבד ממנו יוחד להצעות כיצד לשמור בידי היהודים את הכוח השלטוני במדינה העתידה לקום, שאמורה הייתה להיות בה אוכלוסייה ערבית גדולה מאוד, עד כדי רוב ערבי במדינה.⁴⁷ מרבית העניינים הנדונים בתזכיר זה לא הגיעו בסופו של דבר לתזכיר האחרון, 'תזכיר ד', ובכל זאת שני רעיונות מרכזיים בו מופיעים בשינויים מסוימים ב'תזכיר ד': המשכיות החוק הקיים והסדרת יחסי דת ומדינה.

בסעיף יג (ו) ב'תזכיר א' נאמר:

ולבסוף הפרק הכי אקטואלי בקונסטיטוציה שלנו הוא הפרק על תקופת המעבר [...] בנוגע לתחיקה נצטרך כנראה, כנהוג בכל המדינות החדשות, להשאיר את התחיקה הקיימת לתקופה מסוימת, תוך שינוי האדמיניסטרציה המשפטית, מפני שאי אפשר להשאיר חלל חוקי ריק, אבל יחד עם זאת נהיה זקוקים מיד לתקנות בדבר ועדה לקודיפיקציה והכללים שלפיהם תעשה הקודיפיקציה.

דברים אלה מזכירים את האמור בסעיפים ו-ז של 'תזכיר ד' אשר הובאו לעיל, אולם בניגוד לאמור שם, אין כאן שום אזכור של המשפט העברי.⁴⁸

בסעיף יא ב'תזכיר א' כתב ורפהטיג:

כדאי לציין כי אחת הפרובלמות החשובות של הקונסטיטוציה הבאה הוא סידור היחסים בין דת ומדינה, לא רק ביחס למעוטים הלאומיים, אלא גם בחיים היהודיים פנימה. לאשרנו הפרובלמות האלו ניתנות להסתדר

45 ורפהטיג (שם), עמ' 22-31.

46 שם, עמ' 441-446; אצ"ד, תיקי זרח ורפהטיג, תיק 291. על ארבעת תזכיריו של ורפהטיג ראו: פרידמן ורדיזנר (לעיל, הערה 24), עמ' 37-45, 64-68. כאמור 'תזכיר ג' עסק בנושא הבחירות. ראו לעיל, הערה 24. 'תזכיר ב' יוחד לעניינים שנבעו מהחלטת החלוקה של האו"ם: מעמדה של ירושלים, היחסים בין המדינה היהודית לזו הערבית ועוד. סעיף ב בתזכיר זה, שנושאו הבטחת עלייה יהודית חופשית, הגיע בסופו של דבר להצעת החוק שב'תזכיר ד' (וכן לפקודה). 'תזכיר ב' מובא אצל ורפהטיג (שם), עמ' 446-448.

47 ורפהטיג (שם), עמ' 442.

48 לכאורה אפשר שוורפהטיג התכוון להעלות את הצורך בשימוש בו במסגרת כללי הקודיפיקציה שעליהם דיבר, אולם קשה להאמין שהיה מסתיר את דעתו בנוגע לשימוש במשפט העברי אילו סבר באותה עת שראוי לעשות כן. ואכן בדבריו על תרומתו לניסיון להשתמש ב'משפט התורה כמשפט המדינה' הזכיר ורפהטיג את 'תזכיר ד' בלבד. ראו: שם, עמ' 45-46. להלן ארון בגורם לשינוי זה שבין התזכירים.

פחות או יותר בלי זעזועים יתרים. הבעיות הדתיות הכי חשובות הטעונות סידור קונסטיטוציוני הן: הבעיה של שמירת יום מנוחה – שבת, תחיקת המשפחה והמעמד האישי, לרבות סידור ענייני ההקדשות, וארגון הקהילות והרבנות. סבור ומתקבל על הדעת ככל העניינים האלה שהבטחת ה'סטטוס קוו' תהיה הפתרון הרצוי. מנוחת השבת [...] יום מנוחה מובטח ברוב קונסטיטוציות העולם [...] כמוכן שבקונסטיטוציה יש להבטיח את הדברים בכללותם, הפרטים שייכים לחוקת שבת שתתקבל אחרי כן.

בנוגע לתחיקת המשפחה והמעמד האישי, לרבות השפוט הרבני כפי שהוא קיים, הרי הקונסטיטוציה צריכה להבטיח את המשכת המצב החוקי הזה. כל שנוי שהוא במצב זה עלול לסכך אותנו בראשית בנין המדינה היהודית ולהביא לידי זעזועים צבוריים בלתי רצויים [...] בשם לב לליברליות של החוק היהודי הדתי בשטח של תחיקת המשפחה והמצב האישי ובשם לב לנטיה הטבעית הטבועה בשדרות רחבות של היהודים להמשיך את הצורה המסורתית בעניינים חיוניים אלה אין להניח כי תהיה איזו שהיא התנגדות מצד חוגים חשובים נגד ההסדר הנ"ל.

בדבריו על הסטטוס קוו התכוון ורהפטיג לשמירה על שורה של הסדרים בעניינים דתיים שנגעו לסמכות הרבנות, לדיני משפחה ולענייני חינוך ושבת, הסדרים שהתקבעו בתקופת המנדט.⁴⁹ לימים נכרך המונח סטטוס קוו במכתב הידוע, המכונה בשם זה, שנשלח מהנהלת הסוכנות היהודית אל משרדי 'אגודת ישראל' העולמית בירושלים קרוב לארבעה חודשים טרם כתיבת תזכירו של ורהפטיג. ורהפטיג עצמו עמד כעבור שנים על הקרבה שבין מכתב זה לבין תזכירו, אם כי לא ציין שהושפע ממנו.⁵⁰ נקודה זו חשובה משום שהן מנחם פרידמן והן רון חריס טענו כי הפקודה הייתה גורם מרכזי ביותר בכיסוס הסטטוס קוו ביחסי דת ומדינה, גורם מרכזי הרבה יותר מאשר המכתב הנזכר.⁵¹ אני מקבל את טענתם בנקודה זו, אך לדעתי יש לבדוק את היחס שבין ההסדרים שהוצעו במכתב ובין אלה המופיעים בפקודה על רקע תזכירו של ורהפטיג, ששימשו כנראה חוליה מקשרת בין השניים, ושעסקו הן בנושא השבת והן בקביעת סמכות השיפוט בדיני המעמד האישי. מכל מקום דומה שב'תזכיר א' הופיע לראשונה המונח 'סטטוס קוו' לתיאור המצב הקיים בענייני דת ומדינה, והוצע כבסיס להסדרת היחסים ביניהם במדינה העתידה לקום.⁵²

עם זאת ראוי לתת את הדעת על שינוי אחד שחל בין תזכירו הראשון של ורהפטיג לתזכירו האחרון. פרידמן וחריס כבר עמדו על כך שהסטטוס קוו בתחום דיני המעמד האישי והשיפוט הרבני

49 ורהפטיג (שם), עמ' 34-36.

50 שם, עמ' 35-36. על מכתב זה ראו: מ' פרידמן, 'ואלה תולדות הסטטוס קוו: דת ומדינה בישראל', ו' פילובסקי (עורכת), המעבר מישוב למדינה, 1947-1949: רציפות ותמורות, חיפה תש"ן, עמ' 47-79. בייחוד דומה סעיף השבת במכתב הסטטוס קוו לסעיף דנן ב'תזכיר א' ולסעיף ד' ב'תזכיר ד', לרבות הבטחת זכותם של בני דתות אחרות ליום מנוחה משלהם. עם זאת ורהפטיג קשר באופן מוצהר בין 'תזכיר א' לבין מכתב הסטטוס קוו רק בספרו הנזכר. בתזכירו לא נזכר המכתב, ואין בהם ניסיון להבטיח את שמירת הכשרות, עניין שהובטח במכתב.

51 פרידמן (שם), עמ' 64-65; חריס (לעיל, הערה 4), עמ' 26-28. פרידמן קשר שם בין עניין זה לבין עבודתו של ורהפטיג, אך לא הרחיב בעניין זה.

52 רפל כבר ציין את 'אבותנו' של ורהפטיג על השימוש במונח זה בהקשר דנן, בהסתמך על 'תזכיר א'. ראו: י' רפל, 'היכן הסטטוס קוו?', ש' ומ' אהרוני (עורכים), אישים ומעשים בישראל: ספר היובל, כפר-סבא תשנ"ח, עמ' 127. אולם ורהפטיג עצמו הוא שעמד על בחירתו בביטוי לטיני זה ובסיבות לה. ראו: ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 64. השימוש המצומצם במונח זה – כשם למכתב שנשלח אל 'אגודת ישראל' ביוני 1947 דווקא (ולא לעצם המצב ביחסי דת ומדינה) – הוא מאוחר יחסית, ככל הנראה משנות השישים של המאה העשרים, ואולי עלה לראשונה במאמרו של מ' פראגר, 'ואלה תולדות ה'סטטוס קוו'', בית יעקב, 62-63 (תשכ"ד), עמ' 18.

עוֹגֵן בַּפְּקוּדָה, בְּסֵעִפִּים 11 ו־17, בְּאִמְצָעוֹת שִׁמּוּרוֹ בְּחֻק שֶׁל הַמְצָב הַמִּשְׁפָּטִי שֶׁהִיא בְּתַקּוּפַת הַמְּנַדָּט. זֶה בְּדִיּוּק מֵה שֶׁתָּבֵעַ וְרֵהֶפְטִיג ב'תּוֹכִיר א', וְהוּא אֶף הַצְּדִיק שֶׁם אֶת הַתְּבִיעָה לְשֹׁמֵר אֶת הַשִּׁפּוּט הַרְבָּנִי 'כְּפִי שֶׁהוּא קִיִּים', בְּרִצּוֹן שֶׁלֹּא לִיצוֹר 'זְעוּזָעִים בְּלִתֵּי רִצּוּיִים'. נִיתֵן לְשַׁעַר שׁוֹרֵהֶפְטִיג חֲשֵׁשׁ מִפְּנֵי גוֹרְמִים אֲשֶׁר יִתְבַּעוּ לְהַפְחִית מִסְּמֻכוּתוֹתָיו שֶׁל הַדִּין הַדְּתִי,⁵³ וְלִכֵּן הָעֵדִיף שֶׁלֹּא לְעוֹרֵר דּוּבִים מִתְרַדְּמָתָם וְלֹא לְפַתּוּחַ בְּדִיּוֹן בְּשִׁינוּי סְמֻכוּתוֹתָיו שֶׁל בֵּית הַדִּין הַרְבָּנִי, גַּם לֹא לְכִיּוּן מִרְחִיב. אוּלַם ב'תּוֹכִיר ד', בְּסֵעִיף ט, דּוּוֹקָא הַצִּיעַ וְרֵהֶפְטִיג הַרְחַבְתָּ מֵה שֶׁל סְמֻכוֹת הַשִּׁפּוּט:⁵⁴

ט. הַסְּמֻכוֹת שֶׁל בְּתֵי הַדִּין הַרְבָּנִיִּים בְּעִינֵינִי אִישׁוֹת, גִּיטִין, מְזוֹנוֹת וְאֲשׁוֹר צְוֹאוֹת כְּפִי שֶׁהִיא קִיִּימַת בְּיוֹם שֶׁלְּפָנֶי בְּטוֹל הַמְּנַדָּט תִּהְיֶה מַחֲיִיבַת כָּל יְהוּדֵי הַגֵּר בְּמְדִינָה הַיְּהוּדִית שֶׁבְּאַרְץ יִשְׂרָאֵל מִבְּלֵי הַבְּדֵל הָאֲזוּרְחוֹת אוֹ הַנְּתִינּוֹת שֶׁלוֹ וְכִמוֹ כֵּן כָּל אֲזוּרַח הַמְּדִינָה הַיְּהוּדִית בְּכָל מְקוֹם שֶׁהוּא נִמְצָא.

לִימִים נִיסָה וְרֵהֶפְטִיג לְטַעוֹן שֶׁמִּשְׁמַעוֹתָהּ שֶׁל תְּבִיעָתָהּ זֶה ב'תּוֹכִיר ד' הֵייתָה הַשׁוֹאֵת סְמֻכוּתֶיהָ שֶׁל בְּתֵי הַדִּין הַרְבָּנִיִּים לְבִתֵּי הַדִּין הַמוֹסְלָמִיִּים,⁵⁵ אֶךְ מִקְרִיאַת הַסֵּעִיף כְּפִשׁוּטוֹ עוֹלָה שֶׁהוּא הַתְּכוּוֹן לְהַשׁוֹאָה רַק בְּתַחֲסוֹם אַחַד. וְרֵהֶפְטִיג לֹא בִיקֵשׁ לְהַרְחִיב אֶת הַגְּדֵרֶת הַתְּחוּמִים שֶׁבָּהֶם יֵשׁ לְבִתֵּי הַדִּין הַרְבָּנִיִּים סְמֻכוֹת יִיחּוּדִית וְלֵהַשׁוֹת אֶת מַעֲמָדָם לְזֶה שֶׁל בְּתֵי הַדִּין הַמוֹסְלָמִיִּים, שֶׁלְּפִי 'דְּבַר הַמֶּלֶךְ', סִימָן 52, הֵייתָה לָהֶם סְמֻכוֹת יִיחּוּדִית בְּכָל עִנְיָנֵי הַמַּעֲמָד הָאִישִׁי;⁵⁶ הוּא צִיִּין בְּתוֹכִירוֹ בְּדִיּוּק אֶת אוֹתָם אַרְבַּעַת תְּחוּמֵי סְמֻכוֹת שֶׁל בְּתֵי הַדִּין הַרְבָּנִיִּים הַמְּנֻיָּים ב'דְּבַר הַמֶּלֶךְ', בְּסִימָן 53.⁵⁷ כָּל שֶׁבִיקֵשׁ הוּא לְהַרְחִיב אֶת סְמֻכוֹתָם בְּתַחֲסוֹם אֵלֶּה כִּךְ שֶׁתְּחוּל עַל כָּל הַיְּהוּדִים הַחַיִּים בְּאַרְץ, וְלִבְטַל אֶת הַדְּרִיֶּשָׁה הַמְּנַדְּטוּרִית שֶׁהִיא תְּחוּל רַק עַל חֲבֵרֵי הַגּוֹף הַרְשָׁמִי שֶׁל הַיִּיֶשׁוּב הַמְּאֹרָגָן, שְׁכוּנָה 'כְּנַסַּת

53 וְרֵהֶפְטִיג קִבַּע כִּי 'חֻגִים חֲשׁוּבִים' לֹא יַעֲלוּ תְּבִיעָה כּוֹז, אוּלַם בְּהַחֲלֵט נִשְׁמַעוּ קוֹלוֹת שֶׁקְּרָאוּ לְצַמְצוּמוֹ שֶׁל הַשִּׁפּוּט הַרְבָּנִי. רֵאוּ: חֵרִיס (לְעִיל, הָעֵרָה 4), עַמ' 44-42; רֵדוּיֵר וּפְרִידְמָן (לְעִיל, הָעֵרָה 11), עַמ' 222-226 וְבִהַעֲרוֹת הַשׁוּלְיִים שֶׁם. יֵשׁ לְהוֹכִיחַ בְּעִינֵינִי זֶה אֶת מִכְתָּבוֹ שֶׁל חֲבֵר הַמוֹעֵצָה הַמִּשְׁפָּטִית עוֹרֵךְ הַדִּין יַעֲקֹב שֶׁמִּשׁוֹן שְׁפִירָא (הִיוֹעֵץ הַמִּשְׁפָּטִי הָרֵאשׁוֹן לְמַמְשֵׁלָה וְלִימִים שֶׁר הַמִּשְׁפָּטִים) אֵל פְּרִיִּמָן וְאֵל דִּיקְשֵׁטִין מ־2 כִּפְבְּרוּאֵר 1948, גַּה"מ, תִּיק ג-110/40. בְּמִכְתָּב זֶה, שֶׁבְּרֵאשׁוֹ נִכְתַּב: 'הַנְּדוּן: הַמוֹעֵצָה הַמִּשְׁפָּטִית – וְעַדֶּת מִשְׁנַה מִס' 6, קְרָא שְׁפִירָא שֶׁלֹּא לַעֲשׂוֹת שִׁנּוּיִים בְּסְמֻכוֹתָם שֶׁל בְּתֵי הַדִּין הַדְּתִיִּים בְּתַקּוּפַת הַמַּעֲבֵר, אֶךְ נִיכַרְתָּ בּוֹ רִתִּיעָה מִהַרְחַבְתָּ סְמֻכוֹתָם בְּכָלֵל. סְבִיר מְאֹד שֶׁמִּכְתָּב זֶה עֵמַד מוֹל עִינָיו שֶׁל וְרֵהֶפְטִיג, שֶׁכְּאִמּוֹר הִיָּה חֲבֵר וְעַדֶּת הַמִּשְׁנָה, כִּשְׁכַּתְּבָהּ בְּאוֹתָם יָמִים אֶת 'תּוֹכִיר ד'. הַדְּרִךְ שֶׁבָּה פִּתַּח אֶת דְּבָרֵי הַהַסְּבֵר לְסֵעִיף הָעוֹסֵק בְּבִתֵּי הַדִּין (רֵאוּ לְהֵלֶן, עַמ' 135) מְזַכֵּרֶת אֶת הַנְּמַקְתּוֹ שֶׁל שְׁפִירָא בְּפִתִּיחַת מִכְתָּבוֹ שֶׁיֵּשׁ לְהִימְנַע מִהַרְחַבְתָּה כּוֹז בְּהַתָּאֵם לְהַחֲלִטָתָהּ שֶׁל הַמוֹעֵצָה הַמִּשְׁפָּטִית שֶׁבְּתַקּוּפַת הַמַּעֲבֵר יִישָׂאֵר הַמְצָב הַחֻזְקִי עַל כִּנּוֹ לְמַעַט שִׁנּוּיִים הַכְּרַחֲיִים. עַל הַחֲלִטָה זֶה רֵאוּ לְעִיל, הָעֵרוֹת 2-3. יְצוּיִן כִּי גַם וְרֵהֶפְטִיג עֲצָמוֹ לֹא הִיָּה שֶׁבַע רִצּוֹן מְאֹפֵן תְּפֻקּוֹדָם שֶׁל בְּתֵי הַדִּין וְקָרָא לְשַׁפְּרָם. רֵאוּ אֶת מִכְתָּבוֹ מִסוּף 1947: וְרֵהֶפְטִיג (לְעִיל, הָעֵרָה 15), עַמ' 556.

54 וְרֵהֶפְטִיג עֲצָמוֹ רִמְזוֹ לְהַבְּדֵל זֶה שֶׁבִּין הַתּוֹכִירִים, אֶךְ לֹא אִמַּר דְּבָרִים מְפֹרְשִׁים בְּעִינֵינִי זֶה. רֵאוּ: וְרֵהֶפְטִיג (שֶׁם), עַמ' 43.
55 וְרֵהֶפְטִיג (שֶׁם). אִכּוֹן חֲבֵרִים בְּמוֹעֵצָה הַמִּשְׁפָּטִית, וּבִיחּוּד כְּהֵן, עֵמַדוֹ עַל כִּךְ שׁוֹרֵהֶפְטִיג – שֶׁלֹּא כְּגוֹרְמִים אַחֲרֵים – לֹא נִיסָה לְהַשׁוֹת אֶת בְּתֵי הַדִּין הַרְבָּנִיִּים לְבִתֵּי הַדִּין הַמוֹסְלָמִיִּים, אֲלֵא רַק לְבְטַל אֶת חוֹבַת הַשִּׁיּוּךְ ל'כְּנַסַּת יִשְׂרָאֵל'. רֵאוּ לְהֵלֶן, לִיד הָעֵרוֹת 104, 115.

56 'לְבִתֵּי דִין הַמוֹשְׁלָמִים הַדְּתִיִּים יִהְיֶה שִׁפּוּט־יַחֲדִיד בְּעִינֵי הַמְצָב הָאִישִׁי שֶׁל מוֹשְׁלָמִים שֶׁהֶם נְתִינִים פְּלִשְׁתִּינָאִים (א"י), אוֹ נְכָרִים שֶׁהֵנָּם כְּפֻיִּים בְּעִינֵינִים כְּאֵלֶּה, לְפִי חוֹק נְתִינּוֹתָם, לְשִׁפּוּטָם שֶׁל בְּתֵי הַדִּין הַמוֹשְׁלָמִים' (דְּבַר הַמֶּלֶךְ בְּמוֹעֵצָה עַל פְּלִשְׁתִּינָה וְא"י 1922-1947, חוֹקֵי אֶרֶץ־יִשְׂרָאֵל, ג, נוֹסַח עֵבְרִי, עַמ' 2738, סִימָן 52). לְתוֹכָנָם שֶׁל 'עִינֵי הַמְצָב הָאִישִׁי' רֵאוּ לְהֵלֶן, הָעֵרָה 74. לְדִיּוֹן בִּיחַס שְׁבִין הַסְּמֻכוּתִים הַרְחַבּוֹת שֶׁנִּתְּן דְּבַר הַמֶּלֶךְ לְבִתֵּי הַדִּין הַמוֹסְלָמִיִּים וּבִין הַסְּמֻכוּתִים הַצְּרוּרִים בְּהַרְבָּה שֶׁנִּתְּנוּ לְבִתֵּי הַדִּין הַדְּתִיִּים הָאֲחֵרִים רֵאוּ: מ' זִילְבֵּרְג, הַמַּעֲמָד הָאִישִׁי בְּיִשְׂרָאֵל,⁴ יְרוּשָׁלַיִם תִּשְׁכ"ה, עַמ' 32-45.

57 דְּבַר הַמֶּלֶךְ (שֶׁם), סִימָן 53. סִימָן זֶה הִקְנָה לְבִתֵּי הַדִּין הַרְבָּנִי סְמֻכוֹת יִיחּוּדִית מְכוּחַ חוֹק בְּכַמָּה תְּחוּמִים: 'בְּעִינֵינִי נִישׁוֹאִין וְגִירוֹשִׁין, מְזוֹנוֹת וְקִיּוֹם צְוֹאוֹת שֶׁל אֲנָשִׁים מְבִנֵי עֲדָתָם שֶׁאֵינָם נְתִינִים נְכָרִיִּים'.

Telegrams: "JEVAGENCY" JERUSALEM
 Telephone: 4671 (9 LINES)
 Codes: BENTLEY'S

OFFICE OF THE EXECUTIVE
 P. O. Box 92,
 Jerusalem

15
607
הא סל 2

Ref. No.

ירושלים, א' חמוז תש"ז
 19.6.47

739

לכבוד
 הסתדרות אגודת ישראל העולמית,
 רח' בן יהודה,
 בנין סנסור,
 ת.ד. 326,
 ירושלים.

.ג.א.

הנהלת הסוכנות שמעה מפני היו"ר שלה על מבוקשכם בדבר הבטחת ענייני האישוח, השבת, החינוך והכשרות במדינה היהודית לכשתקום בירושן.

כפי שפטר לכם היו"ר של ההנהלה אין הנהלת הסוכנות או שום גוף אחר בארץ מוסמכים לקבוע מראש את תוקף המדינה היהודית לכשתיווסד. הקמת המדינה זקוקה לאישור האו"ם, וזה לא ייחנך אם לא יובטח חופש המצפון במדינה לכל אזרחיה ולא יהיה ברור שאין הכוונה להקמת מדינה תיאוקרטית. במדינה היהודית יהיו גם אזרחים לא יהודים - נוצרים ומוסלמים, וברור שגם ההכרח יהיה להבטיח למטרע שוויון-זכויות מלא לכל האזרחים והעדר כפייה או אפליה בענייני דת או בעניינים אחרים.

שמענו ברצון שאחס מבינים שאין שום גוף מוסמך לקבוע למטרע תוקף המדינה, וששמדינה תהיה בתחומים מסוימים בת-חורין לקבוע את תוקפה ומטרה לפי רצון אזרחיה

יתר עם זאת מעריכה ההנהלה את הביעותיכם, והיא יודעת שאלה הם דברים הסדאיגים לא רק חברי אגודת-ישראל בלבד, אלא רבים משלומי אמוני ישראל שישנם במחנות הציונים ומחוץ לכל מפלגה, והיא מתיחסת בהבנה גמורה לתביעותיכם שהנהלת הסוכנות תודיע לכם מהי עמדתה היא בשאלות שהצגתם, ומה היא מוכנה לעשות, במידה שהשפעתה והכרעתה נגעת למען מלא את מבוקשכם בשאלות הנזכרות.

הנהלה הסוכנות מילאה את ידי החתומים מטה לנסח את עמדתה בשאלות אשר נקבתם בשיחה, והרינו מודיעים לכם בזאת את עמדת הנהלת הסוכנות:

א. שבת. ברור שיום המנוחה החוקי במדינה היהודית יהיה יום השבת, כמובן מתוך מתן ושות לנוצרים ובעלי דת אחרת לשבוח ביום החג השבועי שלהם.

ב. בשרות. יש לאחוז בכל האמצעים הדרושים למען הבטיח, שבכל מסכה מפלכתי המכוון ליהודים יהיה מאכל כשר.

ג. אישות. כל חברי ההנהלה מעריכים את רצינות הבעיה וקשייה הגדולים, ומצד כל הגופים שהנהלת הסוכנות מייצגת, ייעשה כל מה שאפשר למען ספק בנידון זה את הצורך העמוק של שלומי הדת, למנוע הלילה חלוקת בית ישראל לשגים.

ד. חנוך. תובטח אבטורנמיה מלאה של כל זרם בחנוך (אגב, משטר זה קיים גם בהסתדרות הציונית ובכנסת ישראל גם עכשיו) ולא תהיה שום פגיעה מצד השלטון בהכרח, הרתיה ובמצפון הדתי של שום חלק בישראל. המדינה, כמובן, תקבע את המינימום של לימודי חובה, השלון העברית, היסטוריה, מרעים וכדומה, ותפקע על מלוי מינימום זה, אבל תתן חופש מלא לכל זרם לנהל את החנוך לפי הכרתו וחרחק מכל פגיעה במצפון הדתי.

'מכתב הסטטוס
 קוו' המפורסם
 ששלח על ידי
 דוד בן-גוריון,
 בשם הנהלת
 הסוכנות, למשרדי
 'הסתדרות אגודת
 ישראל' בירושלים
 (19 ביוני 1947)

בכבוד רב

בשם הנהלת הסוכנות היהודית

א. ז. ג. 2
 ד. בן-גוריון

ישראל'.⁵⁸ בכך, ורק בכך, ביקש להשוות את בתי הדין הרבניים לבתי הדין המוסלמיים, שסמכותם חלה על כלל המוסלמים החיים בארץ, גם אם אינם אזרחיה. ורהפטיג עצמו עמד בדבריה ההסבר לסעיף זה על כך שאין מדובר במהפכה גדולה:

בהתחשב עם הרצון להימנע מתיקונים במצב החוקי הקיים ככל האפשר⁵⁹ אין אנו מציעים גם פה שום תקון יסודי אלא תקון טכני חשוב מאד הנובע מעצם הקמת המדינה היהודית. הרחבת השפוט של בתי הדין הרבניים שנמסרו להם סמכויות השפוט על כל יהודי בארץ ישראל ולא רק על חברי כנסת ישראל, סדור אשר גרם צרות מרובות ליהודים ששםם לא הופיע בפנקס הכנסת.

היה היגיון רב בהצעה זו, משום שהדרישה לחברות ב'כנסת ישראל', שבוטלה למעשה רק בשנת 1953, ב'חוק שיפוט בתי דין רבניים', גרמה בעיות רבות כבר בתקופת המנדט ובוודאי בשנותיה הראשונות של המדינה.⁶⁰ כפי שטען חריס, אכן לא היה היגיון משפטי בשימור הדרישה המנדטורית לחברות ב'כנסת ישראל' כתנאי לחלות השיפוט הרבני.⁶¹ ורהפטיג הבין שהרעיון להרחבת סמכויות מהותית עלול לגרור התנגדויות חריפות,⁶² בעוד שאין כל סיבה להניח שהביטול – ההגיוני כל כך – של הדרישה לשייכות ל'כנסת ישראל' ייתקל בהתנגדות כלשהי. ואכן דרישתו זו הייתה מקובלת כמעט על כל מי שדן בנושא, והיו אף גורמים מרכזיים ששאפו להרחבה משמעותית הרבה מזו שהציע.

אם כן שני העניינים המרכזיים בתחום יחסי הדת והמדינה, שני העניינים אשר לדעת חריס נכון היה שייכללו בפקודה: החלפת סימן 46 ב'דבר המלך' בהפניה למשפט העברי וביטול חובת השייכות ל'כנסת ישראל' כתנאי לכפיפות לשיפוט הרבני, לא הופיעו ב'תזכיר א', אך הופיעו במפורש ב'תזכיר ד'. במילים אחרות, ההסדרים שהציע ורהפטיג בסוף אוקטובר 1947 בתחום היחסים שבין המשפט העברי למערכת השיפוט במדינה העתידה לקום, היו דומים לאלה שנקבעו בסופו של דבר בפקודה, ואילו השינויים שחלו בשני עניינים אלה בראשית פברואר 1948 נדחו ממנה, וכמותם עניין ימי המנוחה שהופיע בשני התזכירים. זאת אף שדווקא 'תזכיר ד' הוא שעמד בפני מעצביה של הפקודה, והוא שהיה מנוסח בצורת הצעת חוק.

58 על גוף זה ראו: מ' אטיאש, כנסת ישראל בארץ ישראל: ייסודה וארגונה, ירושלים תש"ד.

59 השוו לדברים הדומים שכתב ב'תזכיר א'. וראו לעיל, הערה 53.

60 על בעיות אלה ועל אי נכונותו של בית המשפט העליון לקבוע כי יש להשוות בין יהודים לבין בני עדות אחרות ראו: ' יונס, 'דיני מעמד אישי', צ' זילברגר (עורך), סדרי שלטון ומשפט, ירושלים תשי"ד, עמ' 304, 306; זילברג (לעיל), הערה 56), עמ' 76-62; חייס (לעיל, הערה 4), עמ' 38 ומקורותיו שם. הצעתו של ורהפטיג 'פותרת' לכאורה גם את העמימות והוויכוח רב השנים שיצר לימים ניסוחו של סעיף 1 בחוק שיפוט בתי דין רבניים' בשאלת קיומן של דרישות לאזרחות ולתושבות של 'יהודים בישראל', ואין כאן המקום להאריך.

61 חריס (שם), עמ' 28, 44. לדברי חריס ברור היה 'שבמדינה היהודית החדשה לא תתקיים כנסת ישראל', אך למעשה לא היה הדבר ברור. להפך, ורהפטיג עצמו סבר שיש לשמר מוסד זה, לפחות לתקופה מסוימת, גם אם אין לתלות בהשתייכות אליו את החלתו של השיפוט הרבני. דברים ברורים בעניין כתב ב'22 במרס 1948 בתזכיר אל הנהלת הוועד הלאומי על החוק הבריטי לסיום המנדט על ארץ-ישראל (אצ"ד, תיקי זרח ורהפטיג, תיק 291). הוא הציע שם לשמר את 'כנסת ישראל' משום שהיא כרגע הגוף היהודי המאורגן היחיד המוכר בחוק. גם בדברי ההסבר לסעיף ט ב'תזכיר ד' לא הציע ורהפטיג את ביטולה של 'כנסת ישראל', אלא רק העיר בקצרה שייכתן 'שנוי במבנה החוקי' שלה, אלא שזו 'היא פרשה מיוחדת'. כך סברו גם חבריו לוועדת המשנה מס' 6 דיקשטין ופריימן. לעמדותיהם ראו להלן, הערה 81 ועמ' 142.

62 ראו לעיל, הערה 53, וראו עמדתו של דיקשטין להלן, עמ' 139.

מה גרם לשינויים אלה בין שני התזכירים? ומה גרם לדחיית ההסדרים, ההגיוניים כל כך, שהיו ב'תזכיר ד', ושלא נכללו בפקודה?

שלושת האבות של 'תזכיר ד': ההערות על 'תזכיר א'

במקום אחר עמדנו בהרחבה על דרכו של ורהפטיג בהפצת תזכיריו.⁶³ ורהפטיג שלח כל אחד מארבעת תזכיריו לשורה של משפטנים ורבנים. את מרבית ההערות שקיבל פרסם לימים כנספחים לספרו 'חוקה לישראל: דת ומדינה'. לענייני חשובות ההערות על 'תזכיר א' שקיבל משני אנשים: הרב הראשי

הספרדי לארץ-ישראל הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל ועורך הדין פלטיאל דיקשטין, מראשי 'חברת המשפט העברי' ובית הספר הגבוה למשפט וכלכלה בתל-אביב.⁶⁴ אני משער שלהערות אלה הייתה תרומה חשובה לשינויים שחלו בין 'תזכיר א' לבין 'תזכיר ד', אם כי ורהפטיג לא סקר במפורש את ההבדלים שבין שני התזכירים, וממילא לא ציין שהערות אלה השפיעו על תזכירו האחרון.

הרב עוזיאל הגיב פעמיים באריכות על 'תזכיר א', אם כי בדרך עקיפה; הוא לא העיר ישירות על סעיפי התזכיר, אולם ברור שהתזכיר היה הגורם לכתיבת חוות הדעת



הרב הראשי הספרדי, בן-ציון מאיר חי עוזיאל, ודוד בן-גוריון, מאי 1949 (צילום: הנס פיך)

שלו, ושהן נכתבו במידה רבה כתגובות על הנאמר בתזכיר או כהצעות להשלמתו,⁶⁵ והשפעתן אכן באה לידי ביטוי ב'תזכיר ד'. נראה שהרב עוזיאל היה הראשון שכתב – בשתי חוות הדעת שלו⁶⁶ – כי יש לדאוג שבחוקת המדינה יישלל קיומו של עונש המוות, זאת בשל 'השקפתה של תורת המשפט בישראל שהטביעה את חותמה על רוח ישראל'. דברים דומים כתב ורהפטיג ב'תזכיר ד'.⁶⁷

63 פרידמן ורדזינר (לעיל, הערה 24), עמ' 41-45, 64-68. הראינו שם שההערות הפכו את תזכיריו ל'דתיים' יותר. אפילו בגרסה החדשה של 'תזכיר ג', שנושאו שיטת הבחירות, נוספו מקורות רבים מספרות ההלכה שלא היו בתזכיר המקורי, שהמשפט העברי כמעט לא נזכר בו. באותו מחקר גם עמדנו על שיתוף הפעולה ההדוק שקיים ורהפטיג עם הרב עוזיאל במאמצי החקיקה שלו, וניסינו להסביר מדוע דווקא עמו התקיים קשר זה. וראו גם להלן, הערה 138.

64 ראו עליו: 'אורן, 'פרופסור פלטיאל דייקן (דיקשטין) ז"ל', הנ"ל (עורך), 'פרופ' פלטיאל דייקן (דיקשטין): מבחר מונוגרפיות, מחקרים ומאמרים, תל-אביב תשל"ה, עמ' 21-28.

65 הדברים נלמדים מן המכתבים שנלוו לחוות הדעת של הרב עוזיאל. המכתב הראשון הוא מ-21 בנובמבר 1947 והשני מן ה-1 בדצמבר 1947. חוות הדעת והמכתבים הנלווים אליהן ראו: ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 459-472.

66 שם, עמ' 467, 469.

67 ראו לעיל, הערה 44.

הרב עוזיאל עסק גם בשלוש הנקודות המעניינות אותי:

א. שבת ומועדים – הרב עוזיאל הדגיש מאוד את נושא שמירת יום המנוחה השבועי והחגים השונים, וציין כי חובה זו תחול בכל עדה דתית לפי יום המנוחה שלה וחגיגה.⁶⁸ אמנם נושא זה עלה כבר ב'תזכיר א', אולם ב'תזכיר ד' חידד ורהפטיג את ניסוחו, בפרט בניסוח חלופי המופיע בדברי ההסבר לסעיף ד: 'יום שבת ומועדי ישראל מוכרים כימי מנוחה וקדושה [ההדגשה שלי]'. ניסוח זה קרוב לדעתו של הרב עוזיאל, אשר קבע במפורש איסור לא רק על עבודה אלא גם על פתיחת בתי שעשועים ועל תחבורה, ובכך הבהיר את המשמעות הדתית של ימי המנוחה ואף את משמעותם החברתית.⁶⁹

ב. מקומו של המשפט העברי – כאמור ב'תזכיר א' אין כל אזכור של שימוש במשפט העברי במשפט המדינה, וברור למדי שהרב עוזיאל אחז בגישה שונה מאוד. כאשר קרא את 'תזכיר א' סבר הרב עוזיאל שניתן לבסס את משפט המדינה על המשפט העברי, וכך כתב אל ורהפטיג: 'הקונסטיטוציה של המדינה היהודית וכן תורת המשפט האזרחי, צריכה להיות מבוססת ושאוכה מן הספרות ההלכית והמשפטית. ומנוסחת בסגנונה הספרותי של תורת ישראל ומעובדת בשתוף פעולה עם הרבנות הראשית לארץ ישראל'.⁷⁰

בנקודה זו תיקונו של ורהפטיג ב'תזכיר ד' היה קרוב הרבה יותר להצעתו של דיקשטיין, ונראה שבמשך הזמן הבין הרב עוזיאל שבשלב זה אי אפשר לקבל את גישתו המרחיבה לכיסוס משפט המדינה על המשפט העברי. בהערות על 'תזכיר ד' הוא הציע לוורהפטיג שינוי ניסוח של סעיף ז, אך קיבל עקרונית את הרעיון המופיע בו, שהחוק ישונה בהדרגה: 'אני מבין שאי אפשר לבטל את החקים הקיימים במחי יד אחד לכן אני חושב לנסח: השפוט בבתי המשפט האזרחיים יתנהל לפי החקים שהיו בתקפם ביום שלפני בטול המנדט וישונו בהדרגה על יסודות משפט תורת ישראל המושתתים על כללי צדק ויושר'.⁷¹

ג. השיפוט הרבני – בחוות דעתו עמד הרב עוזיאל בשלושה מקומות על הצורך בתיקון הקיפוח בסמכויות השיפוט שניתנו לבתי הדין הרבניים.⁷² הוא לא קיבל את גישתו של ורהפטיג ב'תזכיר א' שיש לשמר את הסטטוס קוו: 'הסטטוס קבו לסמכות בתי הדין היהודיים אינו ראוי להמשך באשר

68 ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 463-464, 471. מעניין ששמירת זכות המיעוטים הדתיים לימי המנוחה שלהם הטרדה מאוד את הרב עוזיאל. בהערותיו על 'תזכיר ד' מ-12 בפברואר 1948 טען שגם ניסוחו של סעיף ד בתזכיר איננו מוצלח משום שניתן להבין ממנו שהנכרים צריכים לשבות גם בחגי היהודים. ראו: ורהפטיג (שם), עמ' 483.

69 בניסוח חדש שהציע לאחד מסעיפי התזכיר של ורהפטיג, הדגיש הרב עוזיאל ביתר שאת את האופי הדתי של ימי המנוחה: 'יום השבת ומועדי ישראל מוכרים ומיועדים לימי קדושת הנפש והמעשה ומנוחת הגוף מכל מלאכה לעם ישראל'. ראו: ורהפטיג (שם), עמ' 483. וראו להלן, עמ' 147. לימים חלק ורהפטיג על הרבנים הראשיים בעניין אופיו של 'חוק שעות עבודה ומנוחה'; המחלוקת התמקדה בשאלה עד כמה ניתן לוותר במאבק על שמירת אופייה הדתי של השבת על מנת להשיג הכרה בעצם היותה יום המנוחה הרשמי. ראו: א' כהן, הטלית והדגל: הצינונות הדתיות וחזון מדינת התורה בימי ראשית המדינה, ירושלים תשנ"ח, עמ' 95-97, 127-129; הנ"ל, 'הלכה ומדינה', "דעת תורה" ופוליטיקה, בראון וצמרת (לעיל, הערה 4), עמ' 442-443.

70 ורהפטיג (שם), עמ' 465.

71 שם, עמ' 483.

72 שם, עמ' 462, 464, 470.

בקונסטיטוציה הקיימת היהודים והנוצרים מופלים לרעה בהרבה דברים שהם בכלל (ה)מצב האישי ובהוצאת נתינים זרים מסמכותם המשפטית האבסולוטית של בתי הדין.⁷³ הרב עוזיאל סבר כי יש להשוות את מעמדם של כל בתי הדין הדתיים ולתת להם סמכות שיפוט שאינה תלויה בהסכמת הצדדים בכל תחומי המצב האישי המנויים ב'דבר המלך', בסימן 7451 (כאמור על פי סימן 53 ב'דבר המלך' נכללו בסמכות בתי הדין הרבניים רק ארבעה תחומים). מסתבר שנוסחו של סימן 51 עמד לנגד עיניו של הרב עוזיאל כשכתב את דבריו:

לבתי הדין הדתיים של בני כל אחת משלש דתות אלה יהיה שפוט מקיף ואבסולוטי בענינים של המצב האישי, היינו משפטים הנוגעים לנשואין או גירושין, מזונות [...] אפטרופסות על נכסי יתומים קטנים. קביעת יוחסין של קטנים ואימוצם, אסור שימוש ברכוש שהחוק שולל יפוי כחם. ירושות צואות ומורשות וירידה לתוך נכסי אנשים או נשים שיצאו ואינם.

כמו כן יהיה להם שפוט מקיף ואבסולוטי ביסוד והנהלת הקדשות השייכים לבני דתם, כחק וכהלכה. כל אחת משלש העדות הנ"ל תכונן בתי דין לדון בכל עניני המצב האישי לכל בני דתם בלי הבדל נתינות, בין אם הם נתיני המדינה או כל מדינה אחרת.⁷⁵

כאמור ורהפטיג קיבל ב'תזכיר ד' את הרעיון המצוי בסיפא, אך לא את זה שברישא. והרב עוזיאל העיר לו על כך: 'לסעיף ט – סמכות בתי הדין הרבניים לפי דבר המלך מפלה לרעה את בתי הדין הרבניים מבתי הדין המוסלמים, לכן צריך לנסח סעיף זה כך: הסמכות של בתי הדין רבניים על כל הדברים שהם בגדר מצב אישי המפורשים בדבר המלך סימן 51 תהיה מחייבת וכו'.⁷⁶

דיקשטיין כתב ב-17 בנובמבר 1947 הערות על 'תזכיר א',⁷⁷ ודומה שהערותיו השפיעו על ניסוחו של 'תזכיר ד' באופן ישיר ומשמעותי יותר מאלה של הרב עוזיאל. שלא כחוות הדעת של הרב עוזיאל, מכתבו של דיקשטיין קצר ומתמקד בשני עניינים בלבד: השימוש במשפט העברי וסמכות השיפוט הרבני.

א. מקומו של המשפט העברי – דבריו של דיקשטיין דומים מאוד למה שנכתב מאוחר יותר ב'תזכיר ד', בסעיפים ו-ז ובדברי ההסבר להם:

רצוי שבקונסטיטוציה יהיה סעיף הדומה לסעיף 46 מדבר המלך במועצתו, לערך בצורה כזאת: בארץ ישראל ישאר בתקפו המשפט בצורה שהיה קיים [...] עם כל השינויים והתקונים שיעשו בו אחרי זה על ידי השלטון

73 בעניין זה ראו לעיל, הערה 57 ובגוף המאמר על ידה.

74 'לצורך הוראות אלה, עניני מצב אישי פירושם תביעות בענין נישואין או גיטין, מזונות, כלכלה, אפטרופסות, כשרות יוחסין של קטנים ואימוצם, אסור השימוש ברכוש של אנשים שהחוק פסל אותם, ירושות, צואות ועזבונות והנהלת נכסי אנשים נעדרים' (דבר המלך [לעיל, הערה 56], סימן 51).

75 עם זאת הרב עוזיאל ציין שמעמדם של בתי הדין בתחום דיני הממנות ימשיך להיות כשהיה, ושהם יוכלו לדון בהם רק 'בתור בית דין של בוררים בהסכמת הצדדים'. זאת שלא כדעת עמיתו האשכנזי, הרב יצחק הרצוג, שתבע כי לבתי הדין הרבניים תהיה סמכות כשל בתי משפט אחרים בתחום האזרחי (ולא מכוח בוררות), ושבעל דין יוכל להיכב את בעל דינו להתדיין בהם. ראו נאומו בוועידת 'המזרח' בכ"א באב תש"ט: יא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, א, בעריכת א' ורהפטיג, ירושלים תשמ"ט, עמ' 226.

76 ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 483.

77 שם, עמ' 493. את מכתבו סיכם בכך שהערותיו באות לתקן 'מצבים שאינם מניחים את הדעת לכל הדעות, והם מתיישבים עם יסודות השיטה הקיימת, שאם אמנם יהיה צורך לשנותה, אבל עניין השינויים יקח זמן רב וידרוש ישוב דעת מרובה'.

המחוקק המוסמך. ובנקודות שבהן אין הוראות באותו משפט ידונו בתי המשפט לפי המשפט העברי, על פי הפוסקים המקובלים, עד כמה שיתאימו תנאי המקום והזמן.

אין זה מפתיע שרעיון זה הגיע מכיוונו של דיקשטיין. הוא פעל באותה עת בכמה מישורים – כולל פרסום מאמרים בעיתונות – להמרת ההפניה למשפט האנגלי שב'דבר המלך', בסיומן 46, בהפניה למשפט העברי בחוק המדינה העתידית, ומצא בוורהפטיג בעל ברית נאמן לעניין זה.⁷⁸

ב. השיפוט הרבני – דיקשטיין קבע כי 'רצוי שכמעט כל הדברים בגדר עניני משפחה וירושה

ישארו זמן מה כמו שהם, ועם זאת 'יש שינויים, הרצויים לכל הדעות', ויש לעשותם באופן מידי. הוא מנה בהם את 'ההגבלות הקיימות בזכות הצוואה של אדמות מירי'⁷⁹ וכן את הצורך לבטל את ההבחנה בין סוגי המזונות ולתת את כולם לשיפוטו של בית הדין הרתי.⁸⁰

הוא המשיך וקבע כי 'אין הפרש לגבי שפוט בין נתינים זרים ונתינים ארצישראליים', ולכן 'אין צורך להיות רשום בפנקס הועד הלאומי כדי להיות חברים ב'כנסת ישראל' ולהיות



עורך הדין פלטיאל דיקשטיין (דייקן)

כפופים לבתי הדין הדתיים.⁸¹ דומה שזוה היה מקור השראה ישיר לניסוחו של ורהפטיג את סעיף ט ב'תזכיר ד' ואת דברי ההסבר שלו. עם זאת דיקשטיין קבע כי ניתן יהיה להשתחרר מהתדיינות בבתי הדין הרבניים. זאת יוכלו לעשות הן מי שיוכיחו שלא היו חברים ב'כנסת ישראל' בתקופת המנדט (וכוונתו הייתה כנראה בעיקר לחרדים), והן מי שיפנו אל משרד המשפטים ויודיעו שאינם מעוניינים להיות כפופים לשיפוט 'בתי הדין של כנסת ישראל'. מי שיעשה זאת ישתחרר מכפיפות זו בתוך שישה חודשים, ו'יהיה נשפט על ידי בתי המשפט החילוניים'. גם בעניין התיקונים שנדרשו לדעתו בסמכות השיפוט הרבני פעל דיקשטיין לשינוי המצב בדרכים נוספות: במאמרים בעיתונות ובדיוני המועצה המשפטית.⁸²

78 לכל העניין ראו: רדוינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 229-234. עם זאת ורהפטיג הציג את הרעיון של דיקשטיין כרעיון מקביל לשלו, ולא כבעל השפעה עליו, וכאמור לא עמד על השינוי שחל בין שני התזכירים שכתב. ראו: ורהפטיג (שם), עמ' 372.

79 על בעיה זו ראו: E. Vitta, *The Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine*, Tel-Aviv 1947, pp. 206-208.

80 על בעיה זו ראו: שם, עמ' 163-167; ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 186.

81 מכאן ומהמשך דבריו עולה שגם הוא לא הציע את ביטולה של 'כנסת ישראל' כמוסד משפטי. ראו לעיל, הערה 61.

82 ראו את מאמרו ב'הפרקליט' שהזכיר אורן (לעיל, הערה 64), עמ' 504. ראו עוד: חריס (לעיל, הערה 4), עמ' 41 (התזכיר שציין חריס שם בהערה 42, הוא למעשה מאמרו של דיקשטיין 'עוד על מצב בתי הדין הדתיים בתקופה הראשונה למדינה היהודית', הפרקליט, ה'תש"ח, עמ' 51-53, ובו הרחבה של מכתבו אל ורהפטיג); רדוינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 187, הערה 77; עמ' 191, הערה 95; עמ' 225, הערה 113.

בעניין זה קיבל ורהפטיג את הרברים באופן חלקי. הוא אימץ את ביטול חובת הרישום בפנקס 'כנסת ישראל' כתנאי לתחולת הכפיות לשיפוט הרבני, אולם לא קיבל את האפשרות להשתחרר מכפיות זו. מנגד הוא גם לא אימץ בתזכיר את ההרחבה המהותית שהציע דיקשטיין לסמכות השיפוט של בית הדין הרבני בדיני המזונות.⁸³

לסיכום, סביר למדי כי הערותיהם של דיקשטיין ושל הרב עוזיאל השפיעו במידה רבה על ניסוחו של 'תזכיר ד'. לכאורה יש להוסיף את שמותיהם לרשימת הגורמים שהיו מעורבים במהלך המסועף שבסופו נחקק דבר החקיקה הראשון של מדינת ישראל. דא עקא שתרומתם המרכזית הייתה לשני נושאים ב'תזכיר ד' שלא נכללו בסופו של דבר בפקודה: השימוש במשפט העברי והרחבת השיפוט הרבני במישור הפרסונלי (ביטול חובת הרישום בפנקס 'כנסת ישראל'). נושא נוסף ש'נשר' בדרך, אך הוחזר מהר מאוד, בתיקון הראשון לפקודה, הוא עניין ימי המנוחה. מדוע נעלמו שלושה עניינים אלה?

האם באמת ב'שב ואל תעשה' עסקינן? או: מדוע שימרה הפקודה את המצב הקיים?

בשניים מן העניינים שלא נכללו בפקודה, ההפניה אל המשפט העברי והרחבת סמכות השיפוט הרבני, כבר עסק חריס בהרחבה.⁸⁴ הוא היטיב להראות את היתרונות שבשינוי סימן 46, פעולה אטרקטיווית וקלה מאוד לביצוע,⁸⁵ ואת חוסר ההיגיון שבאי ביטול חובת ההשתייכות ל'כנסת ישראל' כתנאי לתחולת השיפוט הרבני.⁸⁶ הסברו לכך שהסדרים אלה לא נתקבלו בפקודה מתמצה בשם מאמרו: 'החמצות בהיסח הדעת', החמצות שנבעו מנסיבות מקריות וחיצוניות, בפרט בשל הנתק שהתקיים בין חברי המועצה המשפטית, שחלקם ישבו בתל-אביב וחלקם בירושלים. במקום אחר הראינו שקשה לקבל הסבר זה,⁸⁷ והצענו הסבר אחר לדחיית התיקון לסימן 46.⁸⁸

יש בידנו תיעוד של דיונים בשני עניינים אלה ב'תזכיר ד' של ורהפטיג בישיבות ועדות המשנה של המועצה המשפטית. לכאורה שני העניינים היו צריכים להיות בסמכותה של ועדת המשנה מס' 6 של המועצה המשפטית, ששמה המלא היה 'הועדה לחוקי אישות, דיני משפחה ודיני ירושה (בתי דין רתיים ושיפוטם), מקום החוק היהודי בחוק הארץ'; בראש ועדה זו עמד אברהם חיים פריימן, עם חבריה נמנו דיקשטיין וורהפטיג, ומזכירה היו חיים כהן ואדוארדו ויטא.⁸⁹ אך נראה שדיוני המועצה המשפטית וועדותיה לא השפיעו השפעה של ממש על ניסוח הפקודה וטיוטותיה.⁹⁰ מן המסמכים

83 אולם נראה שבהמשך קיבל ורהפטיג גם את רעיון ביטול ההבחנה בין סוגי המזונות. ראו: חריס (שם), עמ' 41.

84 שם.

85 שם, עמ' 36.

86 שם, עמ' 44.

87 רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 228, הערה 229.

88 שם, עמ' 226-236. להלן אחזור בקצרה על הסבר זה.

89 על הרכבה של ועדה זו ראו: קרפ (לעיל, הערה 3), עמ' 222; חריס (לעיל, הערה 4), עמ' 40; רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 172.

90 בשני העניינים הנדונים כאן ההסדרים שבפקודה ובטיוטות שונים מאלו שנדונו בחיוב בוועדת המשנה מס' 6.

עולה שבסופו של דבר – כפי שאכן כתבו קרפ, חריס ואחרים – חמשת מזכירי הוועדות, ובראשם כהן, הם שהיו אחראים לעיצוב התוצר הסופי של עבודת המועצה המשפטית.⁹¹ אם נכונה ההשערה בדבר השפעתו המכרעת של 'תזכיר ד' על עיצוב הפקודה, הרי קשה יותר לטעון להחמצה בהיסח הדעת – מצד אחד שני העניינים הללו נכללו בתזכיר, ואף נוסחו בו בדיוק באופן ההגיוני כל כך שעליו הצביע חריס, ומצד אחר הסדרים אחרים שמצויים בתזכיר נכללו לבסוף בפקודה, לעתים בניסוח דומה. על כן ניתן להניח שה'השמטות' במעבר מ'תזכיר ד' לטיוטות הפקודה נעשו בידי מנסחיהן, אשר כאמור הראשון שבהם היה כהן.

א. שינוי סימן 46 – כאמור ורהפטיג הציע בתזכיר לשמר את המצב המשפטי הקיים (סעיף ו) ולשנות את סימן 46 ב'דבר המלך' (סעיף ז). 'חוק יסודות המשפט', הטיוטה הראשונה של הפקודה, אימץ את סעיף ו בלשון דומה מאוד, אך התעלם מסעיף ז. זאת אף שטיוטה זו – וכמוה הבאה אחריה, 'חוק כללי המשפט' – עסקה במפורש בניסוח מחודש של סימן 46.⁹²

אין ספק שכהן היה שותף לניסוח 'חוק יסודות המשפט', וסביר שכתב אותו בעצמו.⁹³ מכל מקום לימים כתב כהן בגאווה על חלקו בדחיית הצעתו של ורהפטיג; הוא ציטט את סעיף ז ב'תזכיר ד' והסביר את שיקוליו, אשר נבעו מתפיסה אידאולוגית עמוקה באשר לדרכים הראויות לשימוש במשפט העברי, וממילא גם באשר לאלה שאינן ראויות – למשל פנייה אל המשפט העברי לצורך מילוי לקונות.⁹⁴ 'תזכיר ד', כמו קודמיו, הופץ בתפוצה רחבה והיה מוכר לרבים,⁹⁵ וסעיף ז שבו עלה לדיון לפחות בשתי ועדות משנה של המועצה המשפטית. עוד בדיונים שהתקיימו לפני כתיבת התזכיר שררה בבירור נטייה לקבל את רעיון שינוי של סימן 46, והוא נתקבל פה אחד בידי החברים התל-אביבים של ועדת המשנה מס' 6, אך בסופו של דבר לא יצא הדבר אל הפועל, במידה רבה בשל מעורבותו הפעילה של כהן.⁹⁶

אין סיבה להניח שההתנגדות לשימוש במשפט העברי לא באה לידי ביטוי גם בניסוח טיוטות הפקודה. ראוי לציין שבעניין זה התעלמו מזכירי המועצה המשפטית מן הדיונים שהתקיימו בוועדת המשנה מס' 6. בנושא השיפוט הרבני הם הזכירו את מה שנאמר בוועדה זו, אך לא כן בנושא שינוי סימן 46. הן ב'חוק התאמת המשפט' והן במכתב שנלווה אליו לא הוזכר שום גורם שהשפיע על עיצוב החוק, למעט דב יוסף, אשר צידד גם הוא באי שינוי של המצב המשפטי הקיים, וכך הורה למזכירים.⁹⁷

91 רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 235 והערה 255, וראו גם לעיל, הערה 11. ראו גם דברי חריס (לעיל, הערה 4), עמ' 42.

92 רדזינר ופרידמן (שם), עמ' 235, הערה 254.

93 לראיות לכך ראו לעיל, הערה 22.

94 רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 234. ראו גם: שם עמ' 236, הערה 258. המאמר בכללו עוסק בבחינת יחסו של כהן בשנות הארבעים והחמישים לשילובו של המשפט העברי במשפט המדינה והדרכים הראויות לכך.

95 ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 62. וראו גם לעיל, הערה 28 ובגוף המאמר לפניה.

96 רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 230-234.

97 מכתבם של המזכירים ראו לעיל, הערה 20. וראו הציטטה מן המכתב בגוף המאמר לאחר הערה זו. המזכירים הדגישו במכתב כי רק חלק מן החוקים הובאו לפני ועדות המשנה: 'כל החוקים האלה נוסחו ע"י חברי המזכירות מתוך התיעצויות הרדיות, וחלק מהם כבר הובאו לדיון בפני ועדות המשנה של המועצה המשפטית אשר מצדם הביאו בהם כמה שינויים'. ייתכן שהיו סיבות להתנגדות לשינוי המצב הקיים, נוסף על התנגדותו האידאולוגית של כהן. ראו:

כבר בתחילת מרס 1948⁹⁸ אמר כהן כי בניגוד להסדר ש'בתזכיר ד', שלדבריו נדרון ונדרחה, הרי ב'צו שינוי החוק'⁹⁹ שהוא ההצעה 'העומדת להשלח לוועדות הנוגעות בדבר', ייקבע ש'כל החוקים השוררים בארץ ביום בטול המנדט ישררו בה גם להבא, פרט ליוצאים מן הכלל מועטים (כגון חוקי הספר הלבן), וזה בהתאם להחלטה שכבר נתקבלה בוועדה המצומצמת שעל יד המועצה המשפטית'¹⁰⁰.

במילים אחרות, ההתעלמות מרעיון שינוי הגורף של סימן 46, התעלמות המצויה כבר בטיוטה הראשונה של הפקודה, נמשכה עד נוסחה הרשמי (ולמעשה עד חקיקת 'חוק יסודות המשפט' בשנת 1980). לדעתי הייתה ההתעלמות מכוונת. בנקודה זו לא הצליח 'תזכיר ד' להשפיע, וגם לא היחס החיובי כלפי המשפט העברי אשר הפגינו גורמים חשובים במועצה המשפטית. עם זאת בעניין זה, שלא כבשני העניינים הבאים שאדון בהם, לא העיר ורהפטיג דבר במכתב ההשגות שלו על ניסוחה של הפקודה.¹⁰¹

ב. השיפוט הרבני – כאמור חריס עמד על התמיהה הגדולה שבאי ביטולה של דרישת ההשתייכות ל'כנסת ישראל', בפרט משום שעניין זה זכה לתמיכתם של כל חברי ועדת המשנה מס' 6.¹⁰² ברור שבנקודה זו הייתה השפעה ל'תזכיר ד', והוא נדרון הן בוועדת המשנה והן בידי המזכירים.

התזכיר נדרון בקבוצה הירושלמית של ועדת המשנה מס' 6 כבר יום לאחר כתיבתו, ב־11 בפברואר 1948.¹⁰³ לאותו דיון הביא יושב ראש הוועדה פריימן גם הצעה שכתב בעצמו, ושבה דווקא לא הוצע לבטל את 'כנסת ישראל'. להפך, ההצעה שימרה את המצב שלפיו העדה היהודית המוכרת על ידי החוק היא 'כנסת ישראל', וקיבלה במפורש את המצב הקיים, שבו יהודים תושבי הארץ שאינם נתיניה אינם כפופים לשיפוט הרבני. עם זאת פריימן הציע להרחיב את סמכויות בתי הדין במישור המהותי.¹⁰⁴ באותו דיון נדונו שתי ההצעות והוחלט להכריע ביניהן בישיבה הבאה. ואכן בישיבה

א' לחובסקי, 'בין שני עולמות – מורשת המשפט המנדטורי במדינת ישראל כראשיתה', י' בן-אריה (עורך), ירושלים בתקופת המנדט: העשייה והמורשת, ירושלים תשס"ג, עמ' 253-286.

98 בריון שנוצר לעיל, בהערה 21.

99 גה"מ, תיק ג-111/3. וראו לעיל, הערה 21.

100 קביעה אחרונה זו, שמשמעותה כי לא יהיה למשפט העברי מקום אפילו כתחליף להפניה שבסימן 46, היא תמוהה, משום שבמועצה המצומצמת היה חבר גם ורהפטיג (וגם פריימן, חוקר המשפט העברי; ראו: קרפ [לעיל, הערה 3], עמ' 219, הערה 38), והוא כנראה לא שמע מעולם על החלטה כזו שנתקבלה בה. ראו גם מכתבו אל יוסף: רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 236.

101 ייתכן שוורהפטיג חשב שלמרות הסמליות הרבה שבו, עניין זה רחוף פחות ומהפכני יותר מאשר ביטול חובת ההשתייכות ל'כנסת ישראל' והסדר ימי המנוחה. לימים דווקא עמד הוא על כך שסעיף 11 של הפקודה רחה למעשה את הרעיון שהעלה לשינוי סימן 46. ראו: ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 353, 373.

102 חריס (לעיל, הערה 4), עמ' 41. ורהפטיג העיד על כך במכתבו, ראו להלן, הערה 112, וכן העיד על כך כהן, ראו להלן, עמ' 144. אמנם במקום אחר כתב ורהפטיג שההצעה התקבלה רק ברוב ולא פה אחד. ראו: ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 43-44. אולם בדיקת המסמכים מגלה שאכן הייתה הסכמה פה אחד על עניין זה, ושהמחלוקת בישיבת הקבוצה בתל-אביב ב־2 בפברואר 1948 נסבה רק על הגדלת סמכות השיפוט לכל סוגי המזונות (ראו לעיל, הערה 80).

103 גה"מ, תיק ג-110/38.

104 ההצעה ודברי ההסבר לה (בחתמתו של פריימן ובציון התאריך '9.2.48') מצויים בגה"מ, שם. בדברי ההסבר כתוב שמטרת ההצעה ליצור 'שוויון גמור בין כל העדות'. כוונתו של פריימן הייתה להרחבת תחומי השיפוט של בית הדין הרבני ולא להרחבת הסמכות הפרסונלית שלהם.

הבאה, ב-19 בפברואר 1948, הועדפה הצעתו של ורהפטיג והוחלט 'להמליץ על הכנסת השינויים הכלולים בהצעתו של ד"ר ורהפטיג בסעיף י' של תזכיר ד' הנ"ל,¹⁰⁵ תוך כדי הדגשה ואזהרה שיש בכך משום הרחבת הסמכויות של בתי הדין הדתיים לגבי הסמכויות שיש להם כעת'. בישיבה זו הוטל על מזכיר הוועדה, כהן, לנסח מחדש הצעת חקיקה ששמה 'צו הדיון הדתי (העברת הדיון) 1948' ולהכניס בה את התיקונים שעליהם הסכימה הוועדה פה אחד. צו זה,¹⁰⁶ שאמור היה להסדיר את עניין הדיונים שהחלו לפני תום המנדט הבריטי, ושצפויים היו להימשך במדינה העתידה לקום, כבר כלל למעשה את ביטול הדרישה לחברות ב'כנסת ישראל'. בסעיף 5(ד) של הצו נקבע:

על מהלך ההול"פ (ההוצאה לפועל) של פסקי דין מבתי דין עדתיים יחולו לעת עתה אותם החוקים והתקנות אשר חלו על ההול"פ של פסקי דין כאלה לפני יום הסיום. אלא שהמול"פ (המוציא לפועל) שע"י בית המשפט המוסמך לא יזקק לטענת חוסר סמכות בית הדין העדתי היהודי לגבי יהודי רק מפני ששמו אינו מופיע ברשימת חברי כנסת ישראל.

נקל לשער שאם החברות ב'כנסת ישראל' לא נחשבה תנאי לביצועם של פסקי דין בתיקים שהדיון בהם החל עוד בתקופת המנדט, ודאי שלא צפויה הייתה דרישת חברות כזו בתיקים שהדיון בהם יחל לאחר קום המדינה.¹⁰⁷

אולם ההסכמה המלאה שהושגה בוועדת המשנה מס' 6 בשאלה זו, ואשר הייתה ידועה היטב למזכירה, כהן, לא באה לידי ביטוי בטיטות הפקודה. לדעתי גם כאן מדובר בהכשלה מכוונת של מזכירי המועצה המשפטית. כאמור באחד משלבי בראשית של טיטות הפקודה פוצל הדיון בשיטת המשפט המוצעת לכמה חוקים; הראשון שבהם עניינו החוק, והשני – בתי המשפט.¹⁰⁸ הפרק הרביעי של חוק בתי המשפט עוסק בבתי הדין העדתיים, וסעיף 19 בו קובע כי לא יחולו שינויים בסמכותם של בתי הדין. לסעיף זה צירפו המזכירים הערה שהתנהל דיון בוועדות המשנה בהצעות להרחיב את סמכותם של בתי הדין היהודיים ולהשוותם לבתי הדין המוסלמיים – ואין בהערה זו הבחנה בין ההצעות להרחבת הסמכות העניינית (תחומי שיפוט) ובין ההצעות להרחבת הסמכות הפרסונלית (ביטול דרישת ההשתייכות ל'כנסת ישראל') – אך רוב חברי הוועדות החליטו להשאיר את הדיון בשאלה הזאת לזמן מאוחר יותר.¹⁰⁹ משפט זה לא היה מדויק גם אם נגע להרחבת הסמכות העניינית בלבד,¹¹⁰ וקשה שלא לראות בו תיאור מטעה כמה שנוגע להרחבת הסמכות הפרסונלית, שעליה דווקא התקבלה החלטה מפורשת, שאימצה למעשה את ההסדר שב'תזכיר ד'.

105 במאמר זה הוא מוזכר בתור סעיף ט. ראו לעיל, הערה 28.

106 גה"מ, תיק ג-110/38. הכותרת המופיעה מעל שם הצו היא: 'הצעה שניה (תקונים שנעשו על פי החלטות ועדת המשנה לחוקי המעמד האישי בישיבתה [בירושלים מיום 19.2.1948]).'

107 ורהפטיג הזכיר את קיומה של החלטה כזו. ראו להלן, הערה 112, ותוכנה אכן מוזכר מאוד בסגנונו את ההחלטה הנזכרת בעניין סמכות ההוצאה לפועל.

108 'חוק מס' ב' לשנת תש"ח: על בתי המשפט', 23 באפריל 1948, גה"מ, תיק ג-111/3.

109 משפט אחרון זה דומה ביותר לדברים שאמר כהן כשתיאר, באופן מטעה, את החלטה הנוגעת לשינוי סימן 46. ראו: רדוינר ופרידמן (לעיל, הערה 11) עמ' 235.

110 חריס (לעיל, הערה 4), עמ' 41.

העיקרון שלא יחול כל שינוי בסמכותו של השיפוט הדתי, מופיע בכל הטיוטות הבאות של הפקודה, הכוללות בדבר חקיקה אחד את נושא המשפט ואת נושא השיפוט.¹¹¹ סעיף 21 בטיוטה השישית והשביעית קובע כי הן 'בתי הדין הרבניים' והן בתי הדין הדתיים האחרים 'משיכו לשפוט במסגרת הסמכות הנתונה להם על פי החק'. בטיוטות האחרונות של הפקודה ובנוסחה הסופי לא הוזכרו בתי הדין הדתיים בנפרד, אלא נכללו בהוראתו הכללית של סעיף 17: 'כל עוד לא ניתן חוק חדש בעניין בתי המשפט, יוסיפו בתי המשפט אשר בשטח המדינה לפעול במסגרת הסמכויות שמעניק להם החוק'.

ורחפתגי העיר, מאוחר מדי, על נקודה זו,¹¹² ומהערתו-תמיהתו אפשר ללמוד על הפער שבין החלטת הוועדה לבין טיוטת הפקודה, טיוטה אשר עוצבה כאמור בידי מזכירי הוועדה ללא התחשבות של ממש בחברי המועצה המשפטית ובהחלטותיהם.

במצב עניינים זה קשה להאמין שהסטייה שביצעו מחברי הטיוטות לא הייתה מכוונת ולא נבעה מתחושה שהם יודעים טוב יותר מחברי ועדת המשנה מה ראוי לעשות. למעשה המזכירים הודו כמעט במפורש שהצעותיהם נוסחו לעתים בניגוד להמלצות אותם חברים, המלצות שהיו ידועות להם: הם כתבו אל יוסף כי בנוגע לחוק על בתי המשפט הם התייעצו עם 'החברים הירושלמים של ועדות המשנה', ובכללם ועדה מס' 6, והביאו בהערות לסעיפי החוק את דעות החברים גם אם 'הן מתנגדות להצעות המזכירות כפי שנוסחו אחרי ההתייעצויות ההן'.¹¹³

נראה שההסבר לפעילותם של המזכירים, ובראשם כהן, הוא העמדה העקרונית שלא נכון להרחיב את סמכויות בתי הדין בשום מובן – בדומה לעמדה העקרונית שהנחתה את כהן בנוגע לשינוי סימן 46. כהן הביע עמדה כזו באופן ברור ביותר בתזכיר 'סודי' בן שלושה-עשר עמודים שכתב, ואשר כותרתו 'תזכיר על מעמד בתי הדין במדינה היהודית', ותאריכו '3.3.1948'.¹¹⁴ בתזכיר תיאר כהן את ההסכמה בוועדת משנה מס' 6, שכל חבריה 'היו מוכנים לבטל את ערכה המכריע של רשימת חברי כנסת ישראל', גם אם נחלקו בשאלות אחרות הנוגעות להרחבת סמכותם של בתי הדין; והוא הזכיר במפורש את ורהפטיג ותזכירו, אשר הציע הרחבת סמכות מועטה יחסית לזו שהציעו חברים אחרים.¹¹⁵ כהן מנה ארבעה טעמים להתנגד לכל הרחבת סמכות, ולצדם ארבעה טעמים לתמיכה בהרחבה זו. הוא לא הסתיר את דעתו שבתו הדין הרבניים נגועים בעיוותי דין, ושהתנהלותם המשפטית לקויה ביותר, ועל כן הגיע בין היתר למסקנות אלו:

111 ראו לעיל, עמ' 124.

112 במכתב הערותיו על הפקודה: 'ביחס לבתי הדין הדתיים חסרה ההוספה שנתקבלה פה אחד ע"י המועצה המשפטית שלא תתקבל במדינת ישראל טענה נגד סמכותם של בתי הדין הרבניים תוך אמתלה ששמן של הצדדים או של אחד מן הצדדים אינו מופיע בפנקס כנסת ישראל' (ורחפתגי [לעיל], הערה 15), עמ' 488, סעיף ט).

113 למכתב זה ראו לעיל, הערה 20 ועמ' 141.

114 התזכיר מצוי בגה"מ, תיק ג-110/38. הוא ממוען אישית אל 'ברנרד ג'וזף' (יוסף). ראו על אודותיו: רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 222-226, ושם מקורות נוספים ליחסו השלילי של כהן כלפי פעילותם של בתי הדין הרבניים. לדברי חריס תזכיר זה הציע למעשה לצמצם את סמכותם של בתי הדין במגמה לבטלם כליל, אולם הוא לא עמד על הקשר שבין הכתוב בתזכיר לבין ההסדרים בטיוטות הפקודה. ראו: חריס (לעיל, הערה 4), עמ' 42-43.

115 בעמ' 6 של התזכיר.

1. הנסיון שנתנסינו בשיפוטם של בתי הדין הרבניים בתקופת המנדט אינו מצדיק בשום אופן הרחבת סמכותם.
2. הענין שיש למדינה בהשלטת שלטון משפטי מושלם המקיף את כל שכבות האוכלוסיה, והענין שיש לשדרות רחבות של הישוב בשיפוט לא-דתית דוקא, מצדיקים ואולי מחייבים צמצום בסמכות בתי הדין או ביטולם בכלל.¹¹⁶

עם זאת כהן הכיר בעובדה שבשלב זה לא ניתן יהיה לבטל כליל את קיומם של בתי הדין הדתיים ועל כן הציע מהלך ארוך טווח בן כמה שלבים, שבסופו 'נוכל להגיע לידי אחוד שלם של מערכות בתי דינינו, ולא יהיה צורך בקיום בתי דין דתיים נפרדים כלל'.¹¹⁷ וכמו בפרשת שינויו של סימן 46, לימים כתב כהן בגאווה על עמדותיו האישיות בימי המועצה המשפטית ועל העמדות הדומות של חבריו ושל יוסף, שגרסו כי יש להתחיל בתהליך שביאי לביטולם של בתי הדין הדתיים.¹¹⁸

דומה בעיניי שהתפיסה המתגלה בתזכיר סודי זה, ואשר על פיה המטרה היא דווקא צמצום סמכותם של בתי הדין, וממילא ברור שאין להרחיב אותה בשום מובן, היא זו שהשפיעה על טיוטות הפקודה ועל נוסחה הסופי. עמדה זו הובעה מתוך מודעות לקונסנזוס בין חברי ועדת המשנה מס' 6 בדבר ביטול חובת ההשתייכות ל'כנסת ישראל', ומתוך בחירה מכוונת להתעלם ממנו ולהציע הסדר שונה, הסדר שהחזיק מעמד עד חקיקת 'חוק שיפוט בתי דין רבניים' בשנת 1953.¹¹⁹

ת ז כ י ר

ל: ד"ר ב. י' דסך
מאת: הרמן כהן

תזכיר על מעמד בתי הדין הדתיים
במדינת היהודית.

ת ז כ י ר

1	עמוד:	א. בתי דין דתיים לא יהודים
1,2	עמוד:	ב. בתי דין דתיים יהודיים שמתוך לכנסת ישראל
2,3	עמוד:	ג. סוכנות הרבנות הראשית
		ד. בתי הדין הרבניים
3,4,5	עמוד:	ה. (א) הרבנים (ב) סמכותם
5,6	עמוד:	1) הסכריות הנוכחיות
6,7	עמוד:	2) סענות נגד הרחבת הסכריות
7,8	עמוד:	3) סענות נגד הרחבת הסכריות
8,9	עמוד:	4) סקנות ותצפיות
9,10,11	עמוד:	5) תצולתם
11,12,13	עמוד:	6) סכר יי ביטולם

תזכירו של כהן
על מעמד בתי
הדין הדתיים
(ראו הערה 114)

116 בעמ' 8 של התזכיר.

117 בעמ' 11 של התזכיר.

118 רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), עמ' 225, הערה 214. חשוב לציין כי דרישת ההשתייכות ל'כנסת ישראל' גרמה לכך שהתדיוניות רבות של יהודים בענייני משפחה התקיימו בבתי המשפט המנדטוריים – ואלה נאלצו לפתח דיני משפחה מקבילים לדין הדתי – ולא בבתי הדין הרבניים. ראו: חריס (לעיל, הערה 4), עמ' 38 ומקורותיו שם. סביר להניח שכאן היה מעוניין בהמשך מצב זה.

119 כמה חודשים לאחר קבלת הפקודה, ב-13 באוגוסט 1948, פרסם ורהפטיג מאמר בעיתון 'הצופה' שכותרתו 'זכויותיהם של בתי דין דתיים' (שמו של הכותב שם 'ז"א', אך ראו: ורהפטיג [לעיל, הערה 15], עמ' 44 הערה 27). במאמר זה כתב על הניסיונות, שכשלו, להשוואת סמכות בתי הדין הרבניים לזו של בתי הדין המוסלמיים. הוא מנה את נימוקי המתנגדים להרחבת הסמכות, ללא אזכור שמותיהם, אך הטענה המרכזית שהביא מפיהם מזכירה את דבריו של כהן: 'על הראשונים אנו מצטערים ואתם באים להוסיף. הם מתנגדים לבתי הדין הדתיים ולכן אינם רוצים להרחיב סמכותם'.

ג. השבת וימי המנוחה – כאמור ורהפטיג ניסה להבטיח את מעמדם המיוחד של השבת ומועדי ישראל כבר ב'תזכיר א', והעניין לבש צורת סעיף חוק ב'תזכיר ד', בסעיף ד. גם בנושא זה סבר ורהפטיג שלא ייתקל בבעיות מיוחדות, הן משום שראה בכך יישום של מכתב הסטטוס קוו,¹²⁰ והן משום שעוד בתקופת המנדט פעלו המוסדות הלאומיים למען 'חוק שבת' ארצי עבור היהודים בארץ-ישראל – אם כי נכשלו בכך – ובמועצות מקומיות שונות התקבלו חוקים מקומיים הנוגעים לשמירת השבת.¹²¹ כנראה לא בכדי התאכזב ורהפטיג במיוחד – יותר מאשר משני העניינים הקודמים – מאי הכללתו של עניין זה בפקודה, מה גם שהיה לו בעיניו ערך הצהרתי ראשון במעלה, אם כי לא היה זה ערכו היחיד.¹²² מסתבר שבשל ההבנה שניתן לקבל עניין זה כבעל ערך הצהרתי בלבד, זכה נושא ימי המנוחה למה שלא זכו נושאי המשפט העברי והשיפוט הרבני, והוא בא לידי ביטוי בסופו של דבר, לפחות באופן חלקי, בפקודה.

עוד לפני שכתב ורהפטיג את הערותיו לטיוטה השישית,¹²³ ובהן הקביעה כי 'חסרה תקנה ע"ד [על דבר] הכרזת יום השבת ומועדי ישראל כימי מנוחה וקדושה'¹²⁴ [...] התקנת תקנה זו היא משום הכרח מידי, עלתה בישיבתה הראשונה של מועצת המדינה הזמנית תביעתו של נציג 'המזרחי', דוד צבי פנקס, שהפקודה תכלול קביעה כי 'השבת ומועדי ישראל הם ימי מנוחה וחג במדינת ישראל', ונציג 'אגודת ישראל', מאיר דוד לוונשטיין, תמך בתביעה זו.¹²⁵ תביעה זו שבה ועלתה בישיבה השנייה של המועצה, שבה אושר הנוסח הסופי של הפקודה, ודוד בן-גוריון הבטיח שהעניין יתוקן בעתיד הקרוב, אולם כרגע יש לאשר את נוסח הפקודה כפי שהיא. ההבטחה קוימה מיד, וכישיבה השלישית של מועצת המדינה הזמנית, ב-3 ביוני 1948, התקבלה פקודת ימי המנוחה, אשר הכניסה לתוך 'פקודת סדרי שלטון ומשפט' את סעיף 18א: 'שבת ומועדי ישראל [...] הם ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל. שאינם יהודים – זכותם לקיים ימי מנוחתם בחגיהם הם'.¹²⁶

גם בדיונים סביב חקיקת 'חוק שיפוט בתי דין רבניים' נתקל ורהפטיג, שהיה מראשי הפועלים לקבלת החוק, בטענות דומות לאלה שהשמיע כהן, ואשר נבעו מתפיסה כי במדינה מודרנית לא ראוי לתת מקום נרחב לשיפוט הדתי. ורהפטיג נדרש להדוף טענות כאלה בכמה הזדמנויות. ראו: ז' ורהפטיג, על השיפוט הרבני בישראל: נאומים, תל-אביב תשט"ו, עמ' 7-8, 28, 33-37.

120 ראו את דבריו ב'תזכיר ד', סעיף יא, שהובאו לעיל, אחרי הערה 48.

121 לסיכום העניין ראו: ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 264-265. ורהפטיג ציין בשני תזכיריו כי יום המנוחה מוגדר בחוקות של מספר מדינות באירופה.

122 מבין שלוש הנקודות שעליהן מדובר כאן, זו היחידה שהזכיר באוטוביוגרפיה שלו: 'התאכזבתי מאוד [...] כשקיבלתי את הטיוטה השישית [...] ואין בה זכר להכרה בשבת קודש כיום המנוחה במדינת ישראל' (ורהפטיג, חמישים ולעיל, הערה 24, עמ' 77-78). לניסוח דומה ראו: ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 265. ושם: 'לפקודת ימי מנוחה תש"ח יש ערך הצהרתי, הכרת המדינה בעיקר שבת'.

123 ורהפטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 489.

124 ראו לעיל, עמ' 137.

125 מועצת המדינה הזמנית: הישיבה הראשונה (לעיל, הערה 2), עמ' 12-14.

126 נקבע גם כי תחולת הסעיף היא למפרע, מהקמת המדינה, כפי שנאמר בסעיף 23 של הפקודה. ראו: מועצת המדינה הזמנית: הישיבה השלישית, 3 ביוני 1948, עמ' 26, 33. הנוסח הסופי דומה לנוסח שהציע ורהפטיג ב'תזכיר ד'. לימים טען כהן שהוא אחראי לעניין זה: 'אני הוא זה שעמדתי על כך בכל תוקף שבחוק ימי המנוחה – אחד החוקים הראשונים שנתקבלו חודש או חודשיים אחרי קום המדינה – יהיה כתוב שלכל בן דת תהא הזכות לקבוע את יום המנוחה על פי דתו' (מ' ששר, חיים כהן שופט עליון: שיחות עם מיכאל ששר, ירושלים תשמ"ט, עמ' 134).

מדוע לא הוכנס עניין זה כבר לנוסחה המקורית של הפקודה, ומדוע אין לו זכר בטיוטותיה? נראה לי שהתשובה על שאלה זו דומה להסבר שניתן בשני העניינים הקודמים: חששם של המזכירים מפני הרחבת ההשפעה הדתית על המשפט בארץ. דומה שהבנה זו עולה מתגובתו של ידין על קבלת התיקון לפקודה:

גם חק השבת נתקבל [...] קבלנו הצעה של שפירא,¹²⁷ נציג הפועל המזרחי בממשלה ונתברר שאין טוב ממנה. היא מספקת, כנראה, את דרישות האגף האדוק ויחד עם זה אין בה כדי לפגוע אף באפיקורוס המושבע, כי כל החוק אינו מפרש, אינו מפרט ואינו מחייב. הכל סתום, בלי סנקציה, בלי חיוב לסגירת שירותים בשבת וכו'.¹²⁸

מדבריו של ידין, מעצבה של הפקודה בשלביה האחרונים, ניתן להבין כי הוא חשש מפני הגדרה מחייבת יותר של חוק השבת, שעלולה לפגוע במי שאינו מעוניין בכפייה דתית. ואכן מהר מאוד התברר שההגדרה הבלתי מחייבת של ימי מנוחה גררה עימותים עם נציגי המפלגות הדתיות.¹²⁹ ורפהטיג לא הסתיר את דעתו שההסדר שנתקבל בסופו של דבר היה חלקי בלבד ודרש השלמות.¹³⁰ אין ספק שהוא סבר כי סעיף הצהרתי בלבד אינו מספק, וכי יש ליצוק בו תוכן שיקבע את המותר והאסור בשבת ובמועדים. ורפהטיג לא הלך בדרך שהציע הרב עוזיאל – לקבוע במפורש הגבלות דתיות על חילול שבת,¹³¹ אולם כבר ב'תזכיר ד' כתב שיש לקבוע בחוק מפורט את הדרך לשמירת מנוחת השבת.¹³² יתר על כן, ורפהטיג לא הסתיר את היסוד הדתי שהיה בין הגורמים שהנחו אותו. בנוסח חלופי שהציע לסעיף הרלוונטי ב'תזכיר ד' השתמש במונח הדתי 'קדושה',¹³³ ובמשפט שהקדים לכך הבהיר כי זהו 'נוסח אחר לסעיף זה שגם הוא מביא לידי בטיי את הכוונה הצפונה בו'. ברור אם כן שוורפהטיג שאף לקבוע בתזכירו הגבלות על חילול השבת, הגבלות שוורדי לא היו לרוחו של ידין. נראה שמשום כך לא נכלל רעיון ימי המנוחה בנוסח הראשוני של הפקודה. גם כשתוקנה הפקודה, בלחץ המפלגות הדתיות, היא תוקנה באופן סמלי, חסר משמעות מעשית של ממש.

עם זאת יש להדגיש כי מן הדברים שב'תזכיר א' של ורפהטיג ניתן להבין שעניין השבת הוא חברתי בלבד: זהו יום מנוחה, ואין כל זכר לממד דתי. גם בנקודה זו חל שינוי במעבר ל'תזכיר ד'.

127 גם ורפהטיג קבע כי נוסח הסעיף הוצע על ידי שר העלייה והבריאות משה שפירא. ראו: ורפהטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 41. עם זאת הוא לא נמנע מלבקר את 'הרשלנות שבהכנת ההצעה' (שם, עמ' 265).

128 ידין (לעיל, הערה 7), עמ' 30. הדברים נכתבו ב-5 ביוני 1948. פרידמן שיער שגם 'בן-גוריון חשש מפני הגדרה דתית של השבת והמועדים', ולכן דחה את הדיון בנושא זה לישיבה השלישית של מועצת המדינה הזמנית, ובה אכן הוסכם שהשבת והמועדים 'הם ימי מנוחה', הגדרה שאין לה משמעות דתית'. ראו: פרידמן (לעיל, הערה 50), עמ' 65.

129 א' הכהן, 'מדינת ישראל, כאן מקום קדוש!', בראון וצמרת (לעיל, הערה 4), עמ' 157-158, 165. על המאבק שהתנהל בראשית שנות החמישים סביב השאלה אם חוק שעות עבודה ומנוחה אמור לשאת אופי חברתי בלבד או גם דתי ראו: כהן, הלכה ומדינה (לעיל, הערה 69), עמ' 435-451.

130 ורפהטיג (לעיל, הערה 15), עמ' 265. וראו גם: 'השילוב הרטרואקטיבי של הפקודה בא לתקן במידת-מה [ההדגשה שלי] את החסרון, שחוק היסוד הראשון של מדינת ישראל התעלם מחקיקת עקרונות השבת' (שם, עמ' 42).

131 ראו לעיל, עמ' 137.

132 ראו לעיל, הערה 43.

133 ראו לעיל, עמ' 137. כאמור ורפהטיג חזר על מונח זה במכתב ההערות שלו על הטיוטה השישית.

מועצת המדינה הזמנית

14 במאי 1948 - 14 בפברואר 1949

ה'באייר תש"ח - ט"ז בשבט תש"ט



חותמי מגילת היסוד



חילופי גברא



מזכירות המועצה



חברי מועצת המדינה הזמנית (14 במאי 1948 - 14 בפברואר 1949)

ניתן לסכם ולומר ששום 'עניין דתי' לא נכלל בפקודה ובטיוטותיה שכתבו מזכירי המועצה המשפטית, ונראה שלא במקרה. לפחות שני עניינים: ההפניה אל המשפט העברי והרחבת סמכות השיפוט הרבני, סוכלו באופן מכוון ובניגוד לדעתם של חברי המועצה המשפטית. לדעתי החשש מפני עירוב דת ומדינה והניסיון לצמצם ככל האפשר את השפעתה של ההלכה על המשפט הישראלי המתהווה, היו בין הגורמים המרכזיים שהנחו את פעולתם של אבות הפקודה.

סיכום

בדיון הפומבי הראשון בפקודה, בישיבתה הראשונה של מועצת המדינה הזמנית,¹³⁴ ביקר חבר המועצה מן המפלגה הקומוניסטית, שמואל מיקוניס, את הפקודה. הוא פתח את דבריו באמירה כי 'כל הדוקומנט הראשון הזה מראה על עבודת חפזון', ועבר לשורת הערות ביקורת. אחת ההערות הייתה שהפקודה לא קבעה במפורש את הפרדת הדת מהמדינה, דבר שלדעתו צריך להיאמר במפורש, משום ש'אנו מקווים שלפי יחסי הכחות בארץ תהיה מדינתנו מדינה דמוקרטית חילונית, עם חופש פולחן הדת, חופש מלא לכל מאמין'.

ראשית, אני סבור כי קשה להגדיר את מלאכת יצירת הפקודה 'עבודת חפזון'. הפקודה הייתה תוצר החקיקה המשמעותי ביותר של המועצה המשפטית והיו לה גלגולים רבים. ברור שעיצובה של הפקודה התחיל לכל המאוחר במרס 1948, אולם מן התיעוד שהצגתי במאמר זה עולה כי יש להקדים את נקודת הבראשית שלה. עקרונותיה של הפקודה הופיעו באופן ברור כבר בפברואר 1948 ב'תזכיר ד', וקודם לכן בדיוני המועצה המשפטית, שהחלו בינואר. יתר על כן, הדמיון של הפקודה וטיטוטתיה ל'תזכיר ד' ועובדת הדיון בו מאששים את טענתו של ורהפטיג בדבר אבהותו על הפקודה (לצד ידן וכהן).¹³⁵ אם כך יש להקדים עוד את נקודת ההתחלה של הדיונים בדבר החקיקה הראשון של המדינה, ולבחון את תזכירו הראשון של ורהפטיג, מאוקטובר 1947, ואת התגובות שקיבל עליו, ואשר באו לידי ביטוי ב'תזכיר ד'.

שנית, ברור שלתביעתו של מיקוניס לכלול בפקודה את עקרון הפרדת הדת מן המדינה, לא היה כל סיכוי להתקבל, גם אם בין מעצבי הפקודה היה לפחות חבר אחד (כהן) שסבר כי הפרדה זו נחוצה. הפקודה לא הייתה מסמך הצהרות, והיא נמנעה מכל אמירה מפורשת על ענייני הדת,¹³⁶ וכן משינוי לרעה של המצב המשפטי הקיים, שבו ניתן למשפט הדתי מקום במשפט המדינה בתחום דיני המעמד האישי ובו בלבד. עם זאת גם אי שינוי היה במקרה זה הכרעה פעילה ואולי אף אידאולוגית. הפקודה, למן טיטוטתיה הראשונות, הושתתה על התפיסה שאין להגדיל את מעורבות הדת בחיי המדינה, גם לא במישור הסמלי (שבת), ואפילו כאשר ברור היה שאי ההגדלה תגרום בעיות משפטיות סבוכות (עניין ההשתייכות ל'כנסת ישראל'). הכרעתם הפעילה של המזכירים שלא לקבל תיקונים שיגדילו את מקומה של הדת במשפט המדינה, בולטת במיוחד על רקע התמיכה בקרב חברי המועצה המשפטית בתיקון סימן 46, ועוד יותר מזה: בתיקון הסמכות של השיפוט הרבני; הכרעת המזכירים הייתה כרוכה בהתעלמות למעשה מדעתם של אותם חברים במועצה המשפטית, שהייתה ידועה, וכן מההסדרים ה'דתיים' שב'תזכיר ד' (בניגוד לאימוץ הסדרים אחרים בו). אם כן מהלכי עיצוב הפקודה – דבר החקיקה הראשון של מדינת ישראל – היו במידה מסוימת הראשון בשורה ארוכה של עימותים בנושא החקיקה הדתית.

134 מועצת המדינה הזמנית: הישיבה הראשונה (לעיל, הערה 2), עמ' 15.

135 ראו לעיל, עמ' 126.

136 וראו לעיל, הערה 16. דומה שמעצבי הפקודה וחברי הממשלה הזמנית הזדהו עם תגובתו של הרב קלמן כהנא על דבריו של מיקוניס: 'אינני חושב שכעת הזמן להתחיל פה ב"קולטור קמפף" [...] כרגע היה רצוי אילו כל אחד ואחד היה מכיר את אחריות השעה ולא היה בא בהצעות מסוג זה שבהחלט אינן רצויות ורק עלולות להזיק למאמצנו המשותף' (מועצת המדינה הזמנית: הישיבה הראשונה [לעיל, הערה 2], עמ' 17).

נקודה נוספת שיש להזכיר לסיום היא עמדתו המעניינת של ורהפטיג. מן ההשוואה בין שני תזכיריו מתברר שעמדתו הבסיסית בסוגיית יחסי דת ומדינה הייתה עמדה שניתן לכנותה מינימליסטית. ב'תזכיר א' עסק בשבת רק במישור החברתי, כיום מנוחה רשמי, ואילו נושאי השימוש במשפט העברי והגדלת סמכותם של בתי הדין הרבניים נעדרים. נושאים אלה הגיעו ל'תזכיר ד' בעקבות תגובות שקיבל ורהפטיג, והם אינם משקפים כנראה את עמדתו הבסיסית, שיש לשמר את המצב הקיים בתחום יחסי דת ומדינה.¹³⁷ במקומות אחרים כבר עמדנו על כך שכתוך זמן קצר, במהלך השנים 1948-1949, שינה ורהפטיג את עמדותיו ונתן מקום רחב יותר לשיקולים דתיים בחקיקה, אך לא כך היה בתחילה.¹³⁸

מכל מקום ניתן לומר כי בענייני דת ומדינה התקבלה בפקודה (וכנראה אף בתיקון הראשון שלה: נושא ימי המנוחה) העמדה המיוצגת ב'תזכיר א' דווקא, אף שלא הייתה לתזכיר זה השפעה ישירה על עיצובה. מגמתו הבסיסית של ורהפטיג בעת שכתב את 'תזכיר א' הייתה לשמר את הסטטוס קוו, והוא ציין זאת במפורש. למגמה זו היו שותפים המזכירים, ובראשם כהן וידין, והם סירבו למעשה לקבל את השינויים שחלו בעמדתו של ורהפטיג, ואשר באו לידי ביטוי בתזכירו האחרון ובדינייה והחלטותיה של ועדת המשנה מס' 6.

לא במקרה הפכה הפקודה לגורם הבסיסי בעיגון הסטטוס קוו במדינת ישראל.¹³⁹



שירת 'התקווה'
בסיום ישיבת
מועצת המדינה
הזמנית (14 במאי
1948)
(צילום: פרנק שרשל)

137 כאמור גם ב'תזכיר ד' אין בהסדר של שני נושאים אלה מהפכה רבת משמעות אלא שינויים מתונים למדי, שהתקבלו אף על דעתם של אנשים חילוניים למהדרין.

138 רדזינר ופרידמן (לעיל, הערה 11), בפרט עמ' 194-201; הנ"ל (לעיל, הערה 24), בפרט עמ' 52-60. בחיבורים אלה גם מובאות הביקורות שהושמעו על 'הקצנתו הדתית' של ורהפטיג. אין כאן המקום להרחיב בכך ואף לא בשאלה אם שינויים אלה נבעו משינוי אידאולוגי או משיקולים פוליטיים. וראו גם לעיל, הערה 63.

139 ראו לעיל, עמ' 132.